

الحلقة التكوينية في موضوع إثبات الالتزامات
و البراءة منها
و العقود المسماة

اعداد مصطفى علاوي المستشار بمحكمة الاستئناف
بفاس

المدخل في الحلقة التكوينية في موضوع إثبات
الالتزامات و البراءة منها و العقود المسماة

المدخل في الحلقة التكوينية في موضوع إثبات الالتزامات و البراءة منها و العقود المسماة

استعدادا لدخول السيدات و السادة العدول مجال خطة العدالة وممارسة مهامهم بعد نجاحهم في اجتياز المباراة المؤهلة لذلك، شهدت يوم الإثنين 17 دجنبر 2018 بالمعهد العالي للقضاء الجلسة الافتتاحية لحفل إطلاق سلسلة دورات التكوين الأساسي للناجحات والناجحين في مباراة العدول برسم سنة 2018.

ويتوزع تكوين 800 عدل من المتمرنين على ثمانية مراكز للتكوين، هي إضافة إلى مركز الرباط بالمعهد العالي للقضاء، سبعة مراكز جهوية بكل من الدار البيضاء وفاس ومراكش وأكادير وطنجة ووجدة وكلميم، يدوم التكوين فيها سنة كاملة موزعة بين 6 أشهر بمراكز التكوين و4 أشهر بمكاتب عدول ممارسين وشهران اثنان بأقسام قضاء الأسرة بالمحاكم، بإشراف وتأطير خبراء من الإدارة المركزية للوزارة ومن العدول وقضاة الحكم وقضاة النيابة العامة وخبراء لما لهذا التكوين من أهمية ودور مهنة العدول في تعزيز الأمن التعاقدية وبأهمية ودلالات الخطوة الحقوقية الكبرى التي أقبل عليها المغرب بفتح باب خطة العدالة أمام المرأة المغربية بتوجيهات ملكية سامية، و ستحتضن قاعة الاجتماعات بمقر المحكمة الادارية بفاس حلقة تكوينية في موضوع إثبات الالتزامات و البراءة منها و العقود المسماة وذلك يوم 06 فبراير 2019 على الساعة 15.12 إلى 15.14 . من تأطير مصطفى علاوي المستشار بمحكمة الاستئناف بفاس .

التوثيق العدلي

المقتضيات القانونية المؤطرة للتوثيق العدلي

القانون رقم 16-03 المتعلق بخطة العدالة.

يونيو 25, 2012

الجريدة الرسمية رقم 5400 الصادرة يوم الخميس 2 مارس 2006
ظهير شريف رقم 1-06-56 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ
القانون رقم 16-03 المتعلق بخطة العدالة.

الديباجة

تعتبر خطة العدالة محورا أساسيا في المنظومة القضائية ، لكونها من المهن القانونية والقضائية التي تزاوُل في إطار مساعدي القضاء ، هدفها الأساسي توثيق الحقوق والمعاملات ، والحفاظ على أعراض الناس وأنسابهم ، وتحضير وسائل الإثبات ، التي تمكن القضاء من فض النزاعات والفصل في الخصومات ، بالإضافة إلى المساهمة في التنمية العقارية والاقتصادية والاجتماعية ، وتحصيل الموارد وضبط الواجبات المفروضة على المعاملات العقارية وغيرها ، وقد كان لها طيلة قرون دور فعال فيما يتعلق بتوثيق بيعة الملوك والسلطين في علاقتهم مع رعاياهم ، وفيما يتعلق بتوثيق جلسات القضاء وضبط الأحكام وحفظها وتدوينها.

ونظرا لأهمية خطة العدالة ، فقد حظيت بعناية كبيرة ومكانة رفيعة في الفقه الإسلامي ، وأولاها الفقهاء والعلماء اهتماما كبيرا ، خاصة فقهاء المغرب والأندلس ، حيث جعلوها مهنة شريفة وارتقوا بها إلى مصاف المهن المنظمة ، التي تخضع في مزاولتها لمراقبة القضاء وتحت إشرافه ، كما امتننها كثير من أكابر العلماء والفقهاء والقضاة والمفتين وغيرهم ، وأولاها ملوك الأمة وأمرؤها اهتماما خاصا واعتبارا متميزا ، ولاسيما ملوك الدولة العلوية الشريفة ، الذين ما فتنوا يصدرن ظهائر شريفة ومراسيم جليلة لتنظيمها ، راسمين لها قواعد شرعية وضوابط مرعية مستوحاة من نصوص الشريعة وروحها ، وواضعين لها مسطرة خاصة سواء من حيث الانخراط فيها أو من حيث ممارستها وكيفية تطبيقها ، ومن الظهائر الشريفة التي اهتمت بتنظيم خطة العدالة الظهير الشريف

الصادر في 7 يوليو 1914 والظهير الشريف الصادر في 23 يونيو 1938 والظهير الشريف الصادر في 7 فبراير 1944.

أما القانون رقم 81-11 القاضي بتنظيم خطة العدالة وتلقي الشهادة وتحريرها ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 332-81-1 بتاريخ 6 ماي 1982 والمرسوم التنظيمي له ، فرغم الإيجابيات العديدة التي تضمنها ، والتعديلات المدخلة عليهما ، فقد تبين أخيرا أنهما تكتنفهما بعض الثغرات ، ولم يعودا كافيين لمعالجة جميع المشاكل التوثيقية المطروحة.

وسدا لهذه الثغرات ، ومن أجل دمج خطة العدالة في المحيط الاقتصادي والاجتماعي ، والرقي بها إلى مصاف المهن القانونية ، والقضائية المتطورة ، وجعلها مهنة العصر ، تتماشى مع التطورات والتغيرات التي يعرفها الوقت الراهن في شتى المجالات ، خاصة مجال التوثيق.

واستجابة للبرنامج الإصلاحي الذي تنهجه الدولة المغربية في شتى القطاعات من أجل تخليق الحياة العامة وتحديث الأساليب والمناهج المتبعة في التسيير الإداري والمهني ، وعصرنة المهن الحرة ، لمواكبة التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، تم وضع هذا القانون الذي يتسم بمميزات هامة وحافظ بشكل إجمالي على أصالة خطة العدالة ومكتسباتها ورسخ عدة اجتهادات في مجال التوثيق ، واستجاب في نفس الوقت لانتظارات الفاعلين في القطاع على جميع المستويات.

قانون رقم 03-16 يتعلق بخطة العدالة

القسم الأول

خطة العدالة

المادة 13:

يقع تلقي شهادة اعتناق الإسلام ومراقبة الهلال مجانا ، وكذا تلقي شهادة الزواج إذا ثبت عسر المتعاقدين ، ويكلف القاضي المكلف بالتوثيق عدلين بالتناوب بتلقي هذه الشهادات.

المادة 15:

إذا كان موضوع الإشهاد يتعلق بعقار أو عقارات تتنازعها دائرتان أو أكثر ، ولم يتفق أرباب الشهادة ، عين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الذي رفع إليه الأمر أولا ، الدائرة التي يقام فيها الإشهاد بأمر مبني على طلب الطرف الذي بادر برفع المشكل إليه.

المادة 16:

يحق للعدل أن يعلق بالبناية التي يوجد بها مكتبه دون غيرها لوحة تحمل اسمه الشخصي والعائلي ، وكونه عدلا ، أو عدلا رئيسا حاليا أو سابقا للهيئة الوطنية للعدول ، أو رئيسا لأحد مجالسها الجهوية على صعيد دوائر محاكم الاستئناف ، أو حاملا لشهادة الدكتوراه ، ويحدد شكل هذه اللوحة بنص تنظيمي.

يمكن للعدل أن يشير إلى هذه الصفات في بطاقته الخاصة وأوراق مكتبه دون الرسوم العدلية.

المادة 17:

للمتعاقدين الخيار بين أن يقوموا بأنفسهم بالإجراءات المتعلقة بإدارة التسجيل والتنبر وإدارة الضرائب والمحافظة العقارية وغيرها ، أو أن يكلفوا أحد العدلين المتلقين بالقيام بالإجراءات المذكورة بمقتضى تصريح موقع عليه من الطرفين بكناش يحدد شكله بنص تنظيمي.

القسم الثاني

تلقي الشهادة وتحريرها ونسخها

الباب الأول

تلقي الشهادة

المادة 27:

يتلقى الشهادة في آن واحد عدلان منتصبان للإشهاد.

غير أنه يسوغ للعدلين عندما يتعذر عليهما تلقي الإشهاد مثنى في آن واحد ، أن يتلقياه منفردين بإذن من القاضي في آحاد متفاوتة ، إلا إذا نصت مقتضيات خاصة على خلاف ذلك.

إذا تعذر الحصول على إذن القاضي تعين على العدلين إشعاره بذلك داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التلقي.

يجب على العدلين - في حالة التلقي الفردي - أن ينصا على تاريخ تلقي الإشهاد بالنسبة لكل منهما ، مع الإشارة دائما إلى سبب ذلك. كما يجب النص في ضلع الملاحظات على مراجع الشهادة بمذكرة الحفظ لكل منهما.

يحق للعدلين أن يشهدا شهادة علمية بإذن من القاضي.

المادة 28:

يتلقى العدلان الشهادة أولا في مذكرة الحفظ المشار إليها أعلاه ، على أن تدرج في مذكرة أحدهما فقط إذا وقع التلقي في آن واحد ، وفي مذكرة كل واحد منهما إذا وقع التلقي الفردي في آحاد متفاوتة ، مع التنصيص في الحالتين على تاريخ تلقي الشهادة. يحدد شكل مذكرة الحفظ وكيفية إدراج الشهادة فيها بنص تنظيمي.

المادة 29:

يسوغ تلقي الإشهاد مباشرة من العاجز عن الكلام أو السمع بالكتابة ، وإلا فبالإشارة المفهومة ، مع التنصيص على ذلك في العقد.

المادة 30:

يستعين العدل بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي مباشرة من المشهود عليهم.

يستعان في حالة انعدام الترجمان بكل شخص يراه العدل أهلا للقيام بهذه المهمة بعد قبول المشهود عليه له.

يشترط في الترجمان أو الشخص المستعان به أن لا تكون له مصلحة في الشهادة. تكتب الشهادة وجوبا باللغة العربية ، وينص فيها على اللغة الأجنبية أو اللهجة التي تم بها التلقي إذا تعلق الأمر بغير لغة الكتابة.

المادة 31:

يتعين أن تشتمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه ، وحقه في التصرف في المشهود فيه ، وكونه يتمتع بالأهلية القانونية لهذا التصرف.

يتعين أن تشتمل الشهادة أيضا على تعيين المشهود فيه تعيينا كافيا.

المادة 32:

يمنع تلقي الشهادة التي يكون موضوعها خارجا عن دائرة التعامل.

الباب الثاني

تحرير الشهادة

المادة 33:

تكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب.

تذيل الوثيقة بتوقيع عدليها مقرونا باسميهما مع التنصيص دائما على تاريخ التحرير.

تحدد بنص تنظيمي الإجراءات الخاصة بتحرير الشهادات وحفظها.

المادة 34:

يؤدي العدلان الشهادة لدى القاضي المكلف بالتوثيق بتقديم وثيقتها إليه مكتوبة وفق مقتضيات المقررة في هذا القانون ، وفي النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقه بقصد مراقبتها والخطاب عليها.

المادة 35:

يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة ، والتأكد من خلوها من النقص ، وسلامتها من الخلل ، وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها.

يتعين على القاضي ألا يخاطب على الشهادات الخاضعة لواجبات التسجيل إلا بعد تأديتها.

لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مزيلة بالخطاب ، وتعتبر حينه وثيقة رسمية.

جريدة رسمية عدد 5687 صادرة بتاريخ 2 ذو الحجة 1429 (فاتح ديسمبر 2008)

مرسوم رقم 2.08.378 صادر في 28 من شوال 1429 (28 أكتوبر 2008)

بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة

الفرع الثالث

التمرين

المادة 9

يقضي العدل المتمرن فترة التمرين المنصوص عليها في المادة 7 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة المشار إليه أعلاه، بالمعهد العالي للقضاء وبتنسيق مع مديرية الشؤون المدنية؛
تشتمل هذه الفترة على:

أ) طور للدراسات والأشغال التطبيقية بالمعهد العالي للقضاء مدته ستة أشهر ، ويرمي إلى تأهيله لمزاولة مهنة التوثيق بواسطة تعليم خاص ؛ يشمل على الخصوص مقتضيات القانونية المنظمة لخطة العدالة ؛ وكيفية تلقي وتحرير مختلف الشهادات ؛ والإجراءات المتعلقة بإدارة التسجيل والتمرير وإدارة الضرائب والمحافظة العقارية ؛ والتعمير والأراضي الفلاحية ؛ مع القيام بزيارات ميدانية إلى المؤسسات المعنية.

ب) تدريب بقسم قضاء الأسرة مدته شهران تحت إشراف القاضي المشرف على القسم المذكور ؛ وبمكتب عدلي يحدده القاضي المكلف بالتوثيق ؛ باقتراح من رئيس المجلس الجهوي للعدول أو من ينوب عنه ، مدته أربعة أشهر.

الباب الثالث ممارسة خطة العدالة

المادة 18

يتعين على العدل عند تلقي الشهادات مراعاة الشروط المقررة وكذا استحضار المستندات اللازمة.

إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ وجب العدل التأكد بواسطة شهادة صادرة عن السلطة المحلية من كونه ليس ملكا جماعيا أو حبسيا وليس من أملاك الدولة وغيرها.

المادة 19

تدرج الشهادة في الإطار المخصص لها بمذكرة الحفظ بخط يد أحد العدلين المتلقين لها. تشمل الشهادة في طليعتها بمذكرة الحفظ على اسمي عدلي التلقي ومكانه مع ذكر تاريخه بالساعة واليوم والشهر والسنة بالحروف والأرقام وفق التقويم الهجري مع بيان ما يوافق من التقويم الميلادي؛ وذلك يوما فيوما بتتابع الشهادات حسب ساعات وتواريخ تلقيها.

يضمن العدلان في الشهادة فصولها الجوهرية التي ينتفى معها كل غموض أو إبهام ، ويثبتان بها كل المعلومات والمستندات التي يتعين استيفاؤها دون بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب إلا ما اعتذر عنه بالنسبة لغير البشر ، أما البشر فلا يقبل الاعتذار فيه.

إذا تعلقت الشهادة بعقار وجب تعيينه، بذكر اسمه ورقم الصك العقاري إن كان ورقم مطلب التحفيظ إن كان في طور التحفيظ وصفاته ومساحته وقيمه وموقعه وحدوده مع توضيح هذه الحدود بما يميزها من الأشياء الطبيعية أو بكل وسيلة أخرى.

يتعين إذا كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ أن تكون المعلومات المذكورة في الشهادة مطابقة لما يتضمنه الصك العقاري أو المطلب مع بيان جميع التحملات المذكورة فيهما.

تحدد بالأرقام والحروف المساحات التي يجب تعيينها بالمقاييس الرسمية أو المصطلح عليها، وكذا الأمر بالنسبة للمبالغ المالية.

ينص في الشهادة على المستندات اللازمة طبقا للقواعد المعمول بها مع ذكر رقمها وتاريخها والدائرة التي أقيمت فيها ، ومراجع التسجيل.

يقوم العدلان بتلاوة مضمون الشهادة فور الانتهاء من إدراجها بمذكرة الحفظ على المتعاقدين والشهود والترجمان عند الاقتضاء مع الإشارة في الشهادة إلى ذلك ؛ وتوقع من طرفهم بإمضائهم أو بصممتهم إن تعذر الإمضاء ؛ وذلك دون ترك بياض أو مسافة بين التوقيعات وبين نص الشهادة.

يتعين أن يكون الاعتذار في الشهادة بمذكرة الحفظ قبل التوقيعات؛ فإن وقع ما يدعو إلى الاعتذار بعدها؛ وجب أن يكون قبل انتهاء مجلس الإشهاد وتعاد التوقيعات.

المادة 20

في حالة الامتناع عن التوقيع أو وضع البصمة أسفل الشهادة بعد إدراجها بمذكرة الحفظ؛ يشير العدلان إلى هذا الامتناع قبل توقيعهما؛ ويخبران القاضي المكلف بالتوثيق فوراً بذلك.

المادة 21

إذا توفي عدل أو زالت عنه الصفة أو انتقل أو فقد أهليته أو عاقه عائق آخر عن الأداء بعد أن تلقى شهادة بصفة قانونية وأثبتها في كناش الجيب المعمول به سابقاً أو في مذكرة الحفظ؛ كلف القاضي المكلف بالتوثيق - بناء على طلب يقدم إليه من ذوي المصلحة - عدلين للتعريف به مع إدراج نص الشهادة موضوع التعريف في مذكرة الحفظ لأحد العدلين المعرفين ضمن شهادة التعريف ثم يحرر رسم بذلك ويضمن بسجل التضمين. يعتبر رسم التعريف بعد الخطاب عليه بمثابة أصل.

تطبق نفس المسطرة بالنسبة للتعريف فيما يخص الشهادة المضمنة بسجل التضمين المذيلة بشكل العدلين المتلقيين لها عند تعذر الوقوف على كناش الجيب أو مذكرة الحفظ.

المادة 22

يلزم العدل بحفظ جميع الكنايش الجيب ومذكرات الحفظ بمقر مكتبه وتعد من جملة محفوظاته.

لا يسلم العدل - مع مراعاة مقتضيات التشريعية الجاري بها العمل - كنايش الجيب ومذكرات الحفظ المحفوظة بمكتبه للجهة الراغبة في الاطلاع عليها - غير وزير العدل والقاضي المكلف بالتوثيق - إلا بناء على طلب كتابي وتحت إشراف القاضي المذكور.

المادة 23

يتسلم القاضي المكلف بالتوثيق من العدل في حالة إسقاطه أو إيقافه أو إقصائه مؤقتاً عن العمل أو عزله أو إعفائه أو استقالته أو نقله جميع كنايش الجيب ومذكرات الحفظ؛ وفي حالة وفاته من رئيس المجلس الجهوي للعدول؛ لحفظها بكتابة الضبط.

يحرر محضر في الموضوع يوقع من طرف القاضي وكاتب الضبط والعدل المعني بالأمر أو رئيس المجلس الجهوي أو من يفوض له؛ يتضمن عددها ووصف حالتها وتسلم نسخة منه للعدل المعني بالأمر أو لرئيس المجلس الجهوي للعدول في حالة الوفاة.

المادة 24

يحدد بقرار مشترك لوزير العدل ووزير المالية شكل كناش التصاريح المنصوص عليه في المادة 17 من القانون رقم 16.03 المشار إليه أعلاه.

الفرع الثالث

الإجراءات الخاصة بتحرير الشهادات وحفظها

المادة 25

تحرر الشهادة اعتمادا على ما هو مدرج بمذكرة الحفظ المتلقاة بها. تشمل الوثيقة في طليعتها على اسمي عدلي التلقي ودائرة انتصابهما والمكتب المعينين به ، مع ذكر تاريخ التلقي بالساعة واليوم والشهر والسنة بالحروف والأرقام ، وفق التقويم الهجري مع بيان ما يوافق من التقويم الميلادي، وكذا رقم مذكرة الحفظ وصاحبها ، وعدد الشهادة فيها.

تشتمل أيضا على الحالة المدنية الكاملة للمشهود عليهم وجنسيتهم ومهنتهم وعنوانهم الكامل، وكذا رقم بطاقة التعريف الوطنية وتاريخها إن وجدت ، أو أي وثيقة إدارية تفيد التعريف.

المادة 26

تتضمن الوثيقة المحررة جميع الأركان والشروط والمستندات المتعلقة بها ، وفق ما هو مثبت بمذكرة الحفظ.

المادة 27

يحرر العدل الشهادة ويقدمها للقاضي المكلف بالتوثيق في أجل لا يتعدى ستة أيام من تاريخ تلقيها ما لم ينص على خلاف ذلك.

تحرر الشهادة بأكملها دون انقطاع في ورق جيد بكيفية واضحة مخطوطة باليد بمداد أسود غير قابل للمحو أو مطبوعة بالحاسوب ؛ ويوقعها العدلان اللذان قاما بتلقيها.

المادة 28

يتعين على العدل إذا تعلق الأمر بشهادات تخضع لواجبات التسجيل:

- إشعار المتعاقدين بذلك وحثهم على أداء الواجبات لدى الجهة المختصة داخل الأجل القانوني ؛ ما لم يكلف من طرف المتعاقدين بإجراء التسجيل.
- تحرير العقد بمجرد تلقي الإشهاد وتوجيهه إلى مكتب التسجيل المختص مرفقا بنسخة منه.

المادة 29

تؤدي الواجبات المستحقة عن الشهادات الخاضعة للتسجيل في الأجال القانونية بمكتب التسجيل المختص بالمدن التي بها مكاتب للتسجيل ؛ ولدى عدل أو موظف تابع لوزارة العدل يعينهما وزير المالية باقتراح من وزير العدل بالمدن والمراكز والمناطق التي لا تتوفر على هذه المكاتب.

يتقاضى العدل المعين لاستخلاص واجبات التسجيل أجرا محددًا طبقًا للتعريف الملحقة بهذا المرسوم.

تقوم وزارة المالية بمراقبة العدل أو الموظف المعين لاستخلاص الواجبات طبقًا للقوانين الجاري بها العمل.

المادة 30

ترفق أصول المستندات التي أسست عليها الشهادة مع وثيقتها وتسلم لأصحابها. إذا كانت المستندات محررة بلغة أجنبية ضم إلى الشهادة نص تعريبيها منجزاً من لدن ترجمان مقبول لدى المحاكم. يحتفظ العدل في مكتبه بنسخ أو صور المستندات الموماً إليها أعلاه.

المادة 31

يجب أن تستعمل لتضمين الشهادات العدلية السجلات الآتية:

- سجل الأملاك العقارية لتضمين الوثائق المتعلقة بالحقوق العينية العقارية ؛
- سجل التركات والوصايا ؛
- سجل خاص بتضمين نصوص عقود الزواج ؛
- سجل رسوم الطلاق ؛
- سجل باقي الوثائق.

تحدد نماذج هذه السجلات بقرار لوزير العدل ، ويؤشر على صفحاتها القاضي المكلف بالتوثيق بعد ترقيمها ووضع الطابع على كل صفحة منها قبل الشروع في استعمالها ؛ باستثناء السجل الخاص بتضمين نصوص عقود الزواج.

المادة 32

تضمن الشهادة بأكملها طبقًا لمقتضيات المادة 11 من القانون رقم 49.00 المتعلق بتنظيم مهنة النساخة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.01.124 الصادر في 29 من ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001).

يوقع العدلان في سجلات التضمين أسفل الشهادات التي تلقاها داخل أجل 20 يوما من تاريخ تضمينها.

يخاطب القاضي في تلك السجلات داخل أجل شهر من تاريخ التضمين على الشهادات المضمنة بها؛ كل شهادة على حدة بعد توقيع العدول شهودها عليها.

المادة 33

يجب أن ينص بهامش الشهادات وبنسخها قبل الخطاب عليها على اسم السجل المضمنة به ورقمه والعدد الترتيبي والصفحة وتاريخ التضمين ؛ وكذا مراجع التسجيل بالنسبة إلى نسخ الرسوم الخاضعة له.

المادة 34

تحفظ بالمحكمة (قسم قضاء الأسرة) كنانيش الجيب ومذكرات الحفظ التي يتسلمها القاضي المكلف بالتوثيق وكذا سجلات التضمين ؛ وتعد من جملة وثائقها ومستنداتها ويجب على القاضي - عند انتهاء تكليفه بمهام التوثيق - أن يسلمها خلفه بعد إحصائها وبيان حالتها بواسطة تقرير تبعث نسخة منه إلى الوزارة ، وفي حالة حدوث مانع يحول دون الاستمرار في مزاولة مهامه ؛ يقوم خلفه بجردها وبيان وضعيتها وإخبار الوزارة بذلك.

الفرع الرابع
نسخ الشهادات

المادة 35

تحدد كيفية استخراج النسخ في حالة تخلف الشرطين المنصوص عليهما في المادة 38 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة المشار إليه أعلاه كما يلي:

إذا كانت الشهادة مضمنة بسجل التضمين وموقعة من طرف العدلين وغير مخاطب عليها من طرف القاضي في وقته ؛ فإنه يتعين عليه الخطاب عليها بالصفة التي يحملها أو التي كانت له إبان تكليفه بالتوثيق ، والمرتبطة بتصفية الأشغال الواجبة عليه قبل أي انتقال أو استقالة أو تقاعد أو عزل أو نحو ذلك.

فإن حصل له مانع والحال أن العدلين ما زالوا على قيد الحياة ، أكدا وجوبا شهادتهما بالصفة التي يحملانها أو التي كانت لهما أمام القاضي الحالي بطرتها "نوكدها" مع التوقيع والتاريخ ، ويتم الخطاب عليها من طرفه بعد مراقبتها والتأكد من سلامتها. أما إذا عاقهما أو أحدهما عائق عن تأكيد شهادتهما فتسلك مسطرة التعريف المنصوص عليها في المادة 21 المشار إليها أعلاه.

إذا كانت الشهادة المضمنة بسجل التضمين غير موقعة من طرف العدلين ، فإنه يتعين عليهما توقيعها وتأكيدهما لدى القاضي الحالي بالصفة التي يحملانها أو التي كانت لهما ؛ والمرتبطة بتصفية الأشغال الواجبة عليهما قبل أي انتقال أو استقالة أو إسقاط أو عزل.

إذا تعذر استخراج نسخة الشهادة من سجلات التضمين ، أو من النظائر المحفوظة بكتابة الضبط ، وكانت متلقاة في كنانش الجيب المعمول به سابقا ، أو بمذكرة الحفظ بصفة قانونية ، والعدلان ما زالوا منتصبين بمكان الإشهاد ؛ أعادا تحريرها بإذن كتابي من القاضي المكلف بالتوثيق ، بناء على طلب ممن له الحق في ذلك.

أما إذا زالت عن العدلين الصفة ؛ أو عاقهما عائق عن إعادة تحريرها ، فتسلك مسطرة التعريف.

الفرع الخامس
معايير الانتقال

المادة 36

تحدد معايير انتقال العدول في الأقدمية في المهنة وفي مقر العمل وفي الشهادات الجامعية وفق التفصيل الذي سيحدد بقرار لوزير العدل.

الباب الرابع
مراقبة خطة العدالة

المادة 37

يكلف وزير العدل بمقتضى مقرر قاضيا أو أكثر بشؤون التوثيق في دائرة كل محكمة ابتدائية.
يوضع حد لهذا التكليف بنفس الطريقة كلما استوجب الأمر ذلك.

المادة 38

يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادة المنجزة طبقا للقانون بمداد أسود غير قابل للمحو بصيغة : الحمد لله أعلم بأدائها ومراقبتها ؛ مع توقيعه مقرونا باسمه ووضع الطابع والتنصيب على تاريخ الخطاب وذلك في أجل لا يتعدى ستة أيام من تاريخ التضمين.
يطلع على كنانيش الجيب ومذكرات الحفظ والوثائق التي تحت عهدة العدل.
يراقب تصرفات العدول التابعين لدائرته باستمرار.
يفتش مكاتبهم مرة في السنة على الأقل.

يوجه لمكتب التسجيل المختص نسخة من الشهادات الخاضعة للتسجيل بعد الخطاب عليها يوجه إلى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية نظائر من عقود التحبيس وعقود اعتناق الإسلام.
يرفع تقريرا سنويا في مطلع كل سنة بالإضافة إلى التقارير الخاصة بمخالفة أو إخلال.

المادة 39

يسوغ لوزير العدل أن يعين قاضيا أو عدة قضاة من محاكم الاستئناف أو ممن يزاولون عملهم بالإدارة المركزية للقيام بتفتيش المكاتب العدلية تفتيشا عاما أو خاصا للبحث في وقائع محددة.

يتمتع المفتش بسلطة عامة للتحري والتحقق والمراقبة ، ويمكنه بوجه خاص استدعاء العدول والعاملين بمكاتبهم للاستماع إليهم ، والاطلاع على جميع الوثائق المفيدة.

ترسل تقارير التفتيش حالا إلى وزير العدل مع مستنتجات المفتش واقتراحاته.

الباب الخامس
تحديد أجور العدول

المادة 40

يتقاضى العدول عن الشهادات التي يتلقونها أجورا طبق التعريفة الملحق بهذا المرسوم ما لم تكن هناك نصوص خاصة فيعمل بها.

المادة 41

تجبر إلى تمام درهم كسور المبالغ الواجب الأداء عليها عند تقدير الأجر النسبية.

المادة 42

تؤدي عن الشهادة المشتملة على عدة فصول بعضها ناتج عن بعض أو مرتبط به أعلى أجره يستوجبها أحد هذه الفصول.

إذا اشتملت الشهادة على عدة فصول بعضها مستقل عن بعض استخلص عن كل واحد منها حسب نوعه الأجر الخاصة به.

المادة 43

يتعين على طالب الشهادة أو يؤدي الأجر مباشرة للعدلين ؛ ويتعين عليهما أن يسلما له وصلا مرقما مستخرجا من كناش ذي جذور مرقم ومؤشر عليه من لدن القاضي المكلف بالتوثيق.

إذا استوجبت إقامة الشهادة توجهها حدد العدلان القدر المقدم من الأجر مؤقتا على أن تصفى نهائيا بعد تحرير الرسم برد القدر الذي حيز زائدا أو باستيفاء الباقي الواجب أدائه.

**عرض موضوع اثبات الالتزامات تحت عنوان شامل
وسائل الاثبات في التشريع المغربي**

المؤلف

وسائل الإثبات في التشريع المغربي

إعداد وتنسيق: مصطفى علاوي

حاصل على الإجازة في الشريعة جامعة القرويين فاس

الإطار القانوني لمبحث إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها

الإطار القانوني لمبحث إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها 1

_ 1

كيف يزول العقد

الوسيط_ جزء_1 عقد

مصادر الالتزام

كيف يزول العقد؟

كيف يزول العقد؟

الفصل الثالث: زوال العقد

456 – كيف يزول العقد :

العقد يزول بالانقضاء (extinction)

والانحلال (dissolution)

والإبطال . (annulation)

فهو ينقضي بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها ، وهذا هو مصيره المألوف .

ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه ، أو قبل البدء في تنفيذه ، فينحل ، الفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه ، والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ .

وانحلال العقد غير إبطاله ، كلاهما زوال (disparition) للعقد ، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي ، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الأبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

وقد رأينا فيما مرّ كيف يبطل العقد

الوسيط_ جزء_1 بطلان مصادر الالتزام

الجزء: نظرية البطلان - تمييزه - أنواعه - تأصيله - آثاره

الجزء:

نظرية البطلان - تمييزه - أنواعه - تأصيله - آثاره

الجزء : نظرية البطلان

298 - نظرية البطلان في القانون القديم وفي القانون الحالي :

بطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم . ولذلك كان منطقياً أن نتكلم في بطلان العقد على اثر الفراغ من الكلام في أركانه .

ولم يكن القانون القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان ، بل كنا نجد القواعد العامة في البطلان تحتويها نصوص متناثرة في أمكنة متفرقة متباعدة ، كما هو شأن القانون المدني الفرنسي . أما القانون الحالي فقد عنى بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً ، جمع فيه النصوص الرئيسية التي ترسم القواعد العامة في بطلان العقد (م 138 - 144) .

ونحن نبسط نظرية البطلان في هدى هذه النصوص ([1]) .

299 - ضرورة تمييز البطلان عما يقاربه من النظم:

ويحسن منذ البداية أن نميز البطلان (nullité) عما يقاربه من النظم . نميز بينه وبين عدم السريان (inopposabilité) ، وبينه وبين الفسخ (résolution) .

فالبطلان هو إعدام اثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك .

وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسري في حق الغير . فالعقد الحقيقي في الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين ، غير نافذ في حق الغير . والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يحتج به على الغير . والعقد غير ثابت التاريخ تاريخه حجة على المتعاقدين دون أن يكون حجة على الغير . والعقد الذي أبرمه المدين المعسر إضراراً بحق دائنه صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسري في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصة . والبيع في مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسري في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . بل قد يكون العقد ثابت للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو في الوقت ذاته لا يسري في حق الغير . فبيع ملك الغير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري ، ثم هو لا يسري في حق المالك الحقيقي ، وقد يجيز المشتري العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان . والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالإجازة (confirmation) على ما سنرى . أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير للعقد (ratification) على ما سنرى . أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير للعقد (ratification) . ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن " الغير " ليس له مدلول واحد ، فيختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر .

والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد ، أما في الفسخ فأركان العقد سليمة ومستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر ، ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقد الملزم للجانبين .

300 – أنواع البطلان:

لما كان البطلان يعد العقد ، فإن المنطق يقضي بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل الدرج ، إذ العدم لا تفاوت فيه . ولكن نظرية البطلان ، مع هذه البساطة النقطة ، قد تعقدت لاعتبارات تاريخية ، ولا اعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية ، ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تبعاً لذلك إلى مراتب متدرجة . ومن ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثي للبطلان . وقد هوجمت من ناحيتين مختلفتين : فكثرة الفقهاء يكتفون بتقسيم ثنائي ، وبعضهم لا يكفيهم التقسيم الثلاثي ويذهب إلى تنوع البطلان مراتب متعددة .

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قدمنا إلى مراتب ثلاث : الانعدام (inexistence) والبطلان المطلب (nullité absolue) والبطلان النسبي (nullité relative) . وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون . ولهذه الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا تختلف . وركن من هذه الأركان – وهو الرضاء – لا بد أن يصدر من ذي أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً . وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب ، وكذلك الشكل في العقود الشكلية ، فإذا انعدم ركن منها أكان العقد منعدماً . وشروط المحل أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً ، وشرط السبب أن يكون مشروعاً ، فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً . وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شابهه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه ، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً .

وكثرة الفقهاء تنعي على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . إذ التمييز يصطدم من المنطق ، وليس بذي فائدة . أما أنه يصطدم من المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني ، فهو يستوي في الانعدام مع العقد المنعدم ، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم اشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت في العدم كما قدمنا . وأما أن التمييز غير ذي فائدة فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم : كلا العقدين لا ينتج أثراً ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم . والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه الفرنسي في مناسبة عقد الزواج ، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص ، صيانة له من النزاع . فقامت حالات بطلان لا شك فيها ، ولكن لم يرد في شأنها نص ، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد ، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه . فخلقت نظرية الانعدام حتى تغطي هذه الحالات . وكان الأولى عدم التقيد بالقاعدة الضيقة التي تقضي بان البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج ، أو في القليل قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية .

وهناك من الفقهاء من يذهب ، على النقيض مما تقدم ، إلى عدم الاقتصار على مراتب البطلان الثلاث التي تقول بها النظرية التقليدية . فإن هذا التقسيم الثلاثي في نظرهم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات . وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج أثراً معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين ، فإذا اختل شرط كان العقد باطلاً في الناحية التي تتلاءم مع هذا الشرط ، فتتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون ([2]) . ومهما قيل في مرونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية ، كما في إجازة الواهب أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م 489) ، وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي (م 467) ، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير (م 507) ، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً ، وهي لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاطمئنان إليها ([3]) .

فالوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً (ويدخل فيه العقد المنعدم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً ، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . بل خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق . ذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر كما سنرى على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (والمرحلة الثانية) يلقي فيها العقد

أحد مصيرين ، فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشأً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح ، وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله اثر رجعي ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً . فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً كما نرى لا يعدو في ماله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم ، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان ، يندمج فيها البطلان النسبي ، كما اندمج فيه الانعدام ([4]) .

301 – تأصيل البطلان :

على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانوني فهو لا يبسر الصياغة الفنية لنظرية البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضي شيئاً من التنوع . والأولى من ناحية الصياغة المحضة الرجوع إلى التقسيم الثنائي ، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً ، أو كما يقول القانون الحالي يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . ونقف عند هذا التقسيم ، على أن نتولى تأصيله .

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية . ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلي الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً ، ولكن بالقدر الذي يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذي يعين له الجزء الكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا تحلقه الإجازة . وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م 489) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطلوب (م 507) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قدمنا من خلق القانون ، صنعه على عينه ، ويقدمه على القالب الذي يختاره ([5]) . ونحن في هذه الدائرة وحدها – دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب – نتمشى مع القائلين بتتبع مراتب البطلان .

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية ، فهنا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد . وقبل ذلك نقول أن البطلان قد يرجع إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما في بطلان بيع ملك الغير (م 466) وفي بطلان تصرف السفينة الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م 115) . وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع في شأنه النص الذي يعالجه . ولكن البطلان الذي يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية نتولى الآن تعييدها .

ذلك أن للعقد أركاناً ثلاثة هي الرضاء والمحل والسبب . فإذا انعدم أي ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعياً ، ويكون باطلاً . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية ، والسبب يشترط فيه المشروعية . فشرط التمييز والتقابل والتطابق في الرضاء ، وشرط الإمكان والتعيين في المحل هي شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها . وشرط المشروعية في المحل وفي السبب هو شرط قانوني لا يقوم العقد أيضاً بدونها . فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً ([6]) . والبطلان هنا تمليه طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة . والعقد الباطل منعدم طبيعياً أو شرعاً ، فلا ينتج أثراً ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

وهناك ركن في العقد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة ، وهذا هو الرضاء . فالرضاء كما رأينا يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ولكنه يكون رضاء معيباً غير صحيح . وفي هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه ، فهو منعقد تنرتب عليه آثاره . ويبقى أن المتعاقد الذي صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد ، كما له أن يجيزه ، وإذا سكت سقط حقه في إبطال العقد بالتقادم . ذلك أن هذا الحق في إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور رضاءه من نقص ([7]) .

وليس فيما قدمناه من تأصيل للبطلان إلا نتائج منطقية لمقدمات تؤدي إليها ، ومعلولات معقولة لعلل ظاهرة ([8]).

302 – خطة البحث :

والآن نستطيع أن نرسم خطة لبحث نظرية البطلان . فالعقد الباطل والعقد القابل للإبطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتها إلى أن يتقرر بطلانهما . فقد يترتب عليهما بعض الآثار ، وقد يرد على العقد القابل للإبطال الإجازة أو التقادم فينقلب صحيحاً . ولكن في أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فيعدم .

فالأدوار إذن ثلاثة : (1) ترتيب الآثار . (2) الإجازة والتقادم . (3) تقرير البطلان . ونتولى بحث كل من هذه الأدوار .

المبحث الأول: الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال

303 – الآثار العرضية والآثار الأصلية :

العقد الباطل ليس عملاً قانونياً (acte juridique) إذ هو كعقد لا وجود له ، ولكنه عمل مادي (acte matériel) أو واقعة قانونية (fait juridique) . وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانونيين باعتباره عقداً ، بل هي اثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية . على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات الاستثنائية أثره الأصلي باعتباره عقداً ، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية ، وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء . فإذا قلنا العقد الباطل ، كان المقصود أن يدخل في مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر إبطاله ([9]) .

ونتناول الآن كلا من الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل .

المطلب الأول: الآثار العرضية للعقد الباطل

304 – استعراض بعض هذه الآثار :

قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف في الرأي ([10]). وهذه الآثار لا تترتب على الزواج باعتباره عقداً ، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً ، ولكنها تترتب عليه باعتباره واقعة مادية . فإذا وقع أن رجلاً وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين ، فالعدة واجبة على اثر هذا الاتصال الفعلي ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء ، والمهر بمثابة تعويض عن الدخول ، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رباطة الزوجية .

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلاً ، ولكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة ، فتكون باطلة وهي مع ذلك تقطع التقادم (م 383 جديد) . ومن ذلك أيضاً العطاء للحق في المزايدة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطلاً (م 99 جديد) .

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين ، إحداهما نظرية تحول العقد ، والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما .

[1] [^] وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " اتقي المشروع ما تستهدف له التقنيات اللاتينية من مآخذ حين تجمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات في صعيد واحد . وقد نهج في هذا الشأن نهج التقنين البرازيلي . وجعل للبطلان نظرية جامعة ، فهياً بذلك مكاناً مناسباً لطائفة من الأحكام تناثرت وانفرط عقدها ، مع ما بينهما من سبب جامع ، كالنصوص الخاصة بالترام ناقص الأهلية برد ما تسلمه عند إبطال العقد . وقد استمسك المشروع بتقاليد المذهب اللاتيني فيما استحدث في هذا الشأن بوجه عام ، على أن المذهب الجرمانى لم يعد أثره في هذه الناحية . فقد اقتبس المشروع أحكاماً هامة من التقنين الألماني والسويسري . فمن ذلك . . . نظرية انتقاص العقود ونظرية تحويل العقود أو انقلابها ، وتطبيق الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبي على شق من العقد ، وتطبيق الثانية إذا توافرت للعقد الباطل أو القابل للبطلان شروط انعقاد عقد آخر (أنظر المادتين 139 ، 140 من التقنين الألماني) . ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد نص على تقادم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات ، مستلهما في ذلك تقنين الالتزامات السويسري (أنظر المادة 229 وهي تجعل المدة سنة واحدة) ، هذا فضلاً عن التقادم الطويل المقرر بمقتضى القواعد العامة . ويراعى أن مبدأ سريان التقادم القصير في هذه الحالة يختلف عن مبدأ سريان التقادم الطويل ، ولذلك يكون لهذا التقادم الطويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 233 – ص 234) .

[2] [^] أنظر دروجول (Drogoul) في رسالته في النظرية العامة في البطلان ص 206 وما بعدها – جابيو (japiot) في رسالته في بطلان العقود ص 151 وص 154 .

[3] [^] أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة 819 – فقرة 820 .

[4] [^] وقد ورد في " نظرية العقد " للمؤلف (ص 618 هامش رقم 1) في هذا الصدد ما يأتي : " لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر : الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق ، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى ، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو ، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق " .

[5] [^] أنظر آنفاً فقرة 135 في الهامش .

[6] [^] وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد باطلاً ، فنصت المادة 193 من هذا المشروع على ما يأتي :

" يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية :

أ) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقاً .

ب) إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية .

ج) إذا اشترط القانون في العقد شكلاً يكون باطلاً بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل . أو إذا اغفل المتعاقدان إجراء شكلياً يعتبره القانون ركناً في تكوين العقد .

د) إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان " .

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي " لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 250 في الهامش) .

[7] ^ وقد تضمن المشروع التمهيدي نصا يجمع الحالات التي يكون فيها العقد قابلاً للإبطال . فنصت المادة 195 من هذا المشروع على ما يأتي :

" يعتبر العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية :

(ا) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية .

(ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال .

(ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضي بأن العقد قابل للإبطال " .

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي " لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 235 في الهامش) .

[8] ^ وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية اطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفرعاً على ذلك أو كانتفاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، في حكم الواقع زوحكم القانون ، يحول دون انعقاده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق . أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء يفسد بسبب عيب يداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاء العيب أو من لم تكتمل أهليته . ومن الجلى أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد في مرحلتين متتابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره ، والثانية مرحلة البطلان ويعتبر العقد فيها باطلاً لا حكم له من وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث ، الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان ، الصحة والبطلان . وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبي بمقتضى نص خاص في القانون " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 255 - ص 256) .

هذا ويمكن القول إن القوانين الأخرى ، من قديمة وحديثة ، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب متعددة ، وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتجها العقد الباطل من الآثار .

فالقانون الألماني يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبي (م 141 - 142) . بل إن الفقه الألماني يعرف العقد المنعدم .

ويميز قانون الالتزامات السويسري بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (م 11 و 19 و 20) والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (م 21 و 23 و 25 و 26 و 28 و 29) .

والقانون الإنجليزي يميز بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (void) ويدخل فيه العقد المنعدم ، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (voidable) والعقد غير النافذ (unenforceable) . ويريد بالآخر عقد صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية ، كعقد غير مكتوب لا يجوز إثباته بغير الكتابة . مثل هذا العقد لا يكون باطلاً ولا يجوز طلب إبطاله ، ولكن لا تمكن المطالبة بتنفيذه ، على أنه إذا نفذه الملتزم اختياراً فليس له أن يسترد ما دفع . وظاهر أن هذا الفرض هو إحدى حالات الالتزام الطبيعي في القانونين المصري والفرنسي ، ولما كان القانون الإنجليزي لا يعترف بالالتزام الطبيعي كنظرية عامة ، فقد وضع إحدى حالاته في نظرية البطلان .

أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره . ومراتب العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي العقد الباطل ، ثم الفاسد ، ثم الموقوف ، ثم النافذ ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر . فالعقد الباطل ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً ، أي ما كان في ركنه أو في محله حلال ، وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض . والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً

بأصله لا بوصفه ، بان يكون المعقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة فاحشة ، أو يكون العقد خالياً من الفائدة ، أو يكون مقروناً بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد . وهو لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه . والعقد الموقوف هو ما كان العاقد فيه فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه ، أو كان صيباً مميزاً . فلا يظهر اثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازه المالك في الصورة الأولى ، والولى أو الوصى في الصورة الثانية . والعقد النافذ هو ما صدر من ذى أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه . والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربعة : خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية . ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان في الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان في القانون الحديث .

[9] ⁸ وقد يكون العقد القابل للإبطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجا لبعض الآثار كواقعة مادية لا كعقد . فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية يستند إليه الحائز في التملك بالتقادم الخمسي ، بخلاف العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، وكان البائع قاصراً ، صلح هذا البيع أن يكون سبباً صحيحاً ، وتملك المشتري العقار بالتقادم الخمسي ، وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يعتبر في العلاقة ما بين المشتري والمالك الحقيقي واقعة مادية لا عقداً . وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله ، أما إذا أبطله القاصر أو المشتري فإنه لا يعود صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً . ويتصور أن المشتري يبطله إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر ، لاسيما إذا نزلت قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشتري أن يرجع بالثمن على القاصر باعتبار أنه قد أفاد منه إفادة كاملة .

[10] ⁸ فتح التقدير 5 ص 30 وما بعدها وص 40 وما بعدها .

الوسيط_ جزء 1_ بطلان , مصادر الالتزام

ونبحث الآن كيف ينقضي وكيف ينحل .

457 – انقضاء العقد :

يجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد الزمني . فالعقد الفوري ، ولو كان مؤجلاً التنفيذ ، ينقضي بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات . فالبيع مثلاً ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، عندما يحل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

والعقد الزمني انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن ، لأن الزمن كما قدمنا عنصر جوهري فيه . فالإيجار ينقضي بانتهاء المدة المحددة ، فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الأخطار الذي يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل ([1]) .

458 – انحلال العقد :

وينحل العقد قبل انقضائه ، بل وقبل البدء في تنفيذه في كثير من الأحيان ، باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون . فالانحلال باتفاق الطرفين هو التنازل (.) (resiliation conventionnelle) أما الأسباب التي يقررها القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بارادة منفردة (.) (resiliation unilaterale) والفسخ (.) (resolution)

459 – التنازل :

قد يتنازل المتعاقدان بأن يتفقا على إلغاء العقد . والتنازل يكون بإيجاب وقبول ، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي ([2]) .

والأصل أن التنازل ليس له أثر رجعي ، فيكون هناك عقدان متقابلان . فإذا تنازل المتبايعان البيع ، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري ، يعقبه عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع . وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتنازل أثر رجعي ، فيعتبر البيع بهذا التنازل كأن لم يكن .

وسواء كان للتقابل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر ، فهو على كل حال ، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل ، عقد ثان اعقب العقد الأول . ويترتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذي حصل التقابل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين ، فالتقابل لا يمس حقوق الغير ، وترجع العين إلى مالكة الأصلي مثقلة بهذه الحقوق . كذلك يجب تسجيل التقابل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول .

460 – الإلغاء بإرادة منفردة :

وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد . نص القانون على ذلك في عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاوله والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والهبة والشركة .

ففي الوكالة ، يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة (م 715) ، كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل (م 716) .

وفي العارية ، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م 643 فقرة 3) ، ويجوز للمعاير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة (م 644) .

وفي الوديعة ، يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر في العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م 722) .

وفي المقاوله ، لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل اتمامه ، على أن يعرض المقاول عن جميع ما انفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه اتم العمل (م 663 فقرة 1) .

وفي القرض ، إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بإداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م 544) .

وفي الدخل الدائم ، يجوز استبدال الدخل في أي وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة في ذلك (م 546) .

وفي عقد التأمين على الحياة ، يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية اني تحلل في أي وقت من العقد باخضرار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الاقساط اللاحقة (م 759) . ويجوز له أيضاً ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل . أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م 762) .

وفي الهبة ، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، وهذا يعتبر تقايلا . فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من لاقضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من

الرجوع (م 500 – 503) . والرجوع في هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الهبة كأن لم يكن .

وفي الشركة . يجوز للمحكمة أن تقضي بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل ، وهذا ضرب من الفسخ كما يجوز لاي شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء اخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (م 531) ، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء ([3]) .

461 – الفسخ ووقف التنفيذ :

وفي العقود الملزمة للجانبين . إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد ، وللقاضي سلطة تقدير هذا الطلب ([4]) . ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يوقم الطرف الآخر بالتنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

ونقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لاهميتها ، ونفصل ما يتعلق بهما من الأحكام .

-فسخ العقد {أذهب الى الموضوع}

-دفع عدم التنفيذ او الامتناع المشروع في عدم تنفيذ العقد. {أذهب الى الموضوع}

تصنيف : عقد

[1_] (أنظر في الإيجار م 563 ، وفي الشركة م 529 ، وفي عقد العمل م 694 فقرة 2 – هذا وقد يبقى العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضي به القانون في ظروف استثنائية ، كما في التشريعات الخاصة بعقود إيجار المباني عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك . وقد ينقضي العقد حتى قبل انتهاء مدته بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما في الشركة والمزارعة والإيجار الذي تراعى فيه شخصية المستأجر .

[2_] (وقد قضت محكمة النقض بأن التفاوض (التفاوض) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنين ، وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالفسخ الضمني أن تورّد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن ارادتي طرفي التعاقد ، وأن تبين كيف تلاققت هاتان الارادتان على حل العقد (نقض مدني في 16 أكتوبر سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 221 ص 470) . وقضت أيضاً بأن حصول التفاوض من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها ، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاوض من عبارات واردة في أوراق الدعوى مؤدية إليه ، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض فإذا كان كل ما شرطه المشتري في انذاره البائع لقبول التفاوض هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضاً حقيقياً على يد محضر في ظرف أسبوع ، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإبداع أيضاً في ظرف الأسبوع كان شرطاً للتفاوض : وكان الثابت بالحكم أن

المشتري تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستنداً في ذلك إلى أن المبلغ المعروض لم يكن شاملاً الرسوم التي دفعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع في الأسبوع ، فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض في حين أن إيداع المبلغ المعروض لم يتم في الأسبوع (نقض مدني في 15 أبريل سنة 1948 مجموعة عمر 5 رقم 301 ص 601) .

[3_] (وقد تضمن المشروع التمهيدي ثلاثة نصوص في إلغاء العقد ، حذفها لجنة المراجعة جميعاً في المشروع النهائي لأنها تطبق للقواعد العامة ، ويمكن الاستغناء عنها بالمادة 213 من هذا المشروع (تقابلها المادة 147 من القانون الحالي) .
وهذه النصوص هي :

م 255 من المشروع التمهيدي : لا يجوز إلغاء العقد إلا باتفاق المتعاقدين جميعاً ، وذلك فيما عدا العقود التي تنتهي بموت أحد المتعاقدين .

م 226 من المشروع التمهيدي : 1 – ومع ذلك يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بإلغاء العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط في العقد أو نص عليه في القانون . 2 – فإذا كان من أعطى الحق في إلغاء العقد قد تسف في استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتعويض .
م 227 من المشروع التمهيدي : إذا ألغى العقد فلا ينتهي إلا من يوم انحلاله دون أن يكون لذلك أثر رجعي .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :
" والأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا بتراضي المتعاقدين ، فيجوز مثلاً إلغاء عقد الإيجار إذا كان محدد المدة قبل انقضاء الأجل المعين له باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك ، ولكن يجوز أن يقع الإلغاء دون حاجة إلى التراضي في أحوال ثلاث : أولاً حالة العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لذاتها كالزراعة ، فيقع الغاؤها بموت من كانت شخصيته محلاً للاعتبار . والثانية حالة العقود التي يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء ، فيكون له أن يلغى العقد بإرادته المنفردة ، ويكون للعاقدين الآخر أن يقتضي ما يجب له من التعويض عند اساءة استعمال هذا الحق . أما الحالة الثالثة فهي حالة العقود التي ينص القانون بصدها على تحويل حق الإلغاء بإرادة منفردة ، والأصل في هذه العقود أن تكون غير محددة المدة (كالشركة والإجارة) ، أو أن تكون قابلة للنقض بطبيعتها (كالوكالة) ، ويقع الإلغاء في هذه الحالة بالإرادة المنفردة التي خولها القانون ذلك ، في غير إخلال بما يكون للعاقدين الآخر من حق في التعويض عند الاساءة في استعمال الحق " .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 331 – ص 332 في الهامش) .
هذا ويتبين مما نقلناه من نصوص المشروع التمهيدي ومذكرته الإيضاحية أن إلغاء العقد بإرادة منفردة قد يكون مشروطاً في العقد ذاته ، لا أتياً من نص في القانون ، فيستمد من له حق إلغاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق . وهذا ضرب من التقايل يتم باتفاق ارادتين سابقتين مقرونتين بصور إرادة لاحقة ، ويشترط فيه ألا يتعسف صاحب حق الإلغاء في استعمال حقه .

[4_] (والفسخ هو انحلال العقد؟؟؟؟؟؟)

الوسيط_ جزء 1_ عقد , مصادر_ الالتزام

الوسيط_ جزء 3_ أوصاف الالتزام

آثار الأجل قبل وعند حلوله

آثار الأجل قبل وعند حلوله

تنص المادة 274 من التقنين المدني على ما يأتي :

" 1- إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف ، فانه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل ، على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه ، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا كان يخشى إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول " .

" 2- ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال اثر رجعي

الفرع الثاني ما يترتب على الأجل من الآثار

63 – النصوص القانونية: تنص المادة 274 من التقنين المدني على ما يأتي :

" 1- إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف ، فانه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل ، على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه ، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا يخشى إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول " .

" 2- ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال اثر رجعي ([1]) " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقضي بها كان معمولاً بها دون حاجة إلى نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة 274 ، وفي التقنين المدني الليبي المادة 261 ، وفي التقنين المدني العراقي المادة 293 ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد 108 و 111 و 117 و 118 ([2]) .

64 – قبل حلول الأجل وعند حلول الأجل:

ويتبين من النص المتقدم أنه هنا أيضاً ، كما في الشرط ، يجب أن نميز بين مرحلتين : (1) المرحلة السابقة على حلول الأجل ، أي وقت قيام الأجل . (2) ومرحلة حلول الأجل ، وهذه المرحلة لا تحتمل إلا صورة واحدة هي أن يحل الأجل فعلاً . ويختلف الشرط عن الأجل في ذلك بأن مرحلة ما بعد التعليق تحتمل تحقق الشرط أو تخلفه ، لأن الشرط ، خلافاً للأجل ، أمر غير محقق الوقوع .

– الحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود

[1] ^ تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 398 من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الحالي . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم 286 من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس

النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم 274 (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 3 ص 34 – ص 35) . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 3 ص 34 – ص 35) .

[2] ^ التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م 274 (مطابقة للمادة 274 من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م 261 (مطابقة للمادة 274 من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م 293 : 1 – العقد المضاف إلى أجل واقف ينفذ سبباً في الحال ، ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه . 2 – والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذاً في الحال ، ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء العقد . (والحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، وعبارة التقنين العراقي مستمدة من لغة الفقه الإسلامي . قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة 154) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م 108 : أن الأجل المؤجل لا يقتصر على جعل الموجب غير مستحق الإيفاء ، بل يمنع عنه حكم مرور الزمن ما دام الأجل لم يحل . أما إذا كان الموجب قد نفذ ، فلا وجه لاسترداد ما لم يجب .

م 111 : إن الدائن إلى أجل يمكنه حتى قبل الاستحقاق إنني توسل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وأن يطلب كفالة أو غيرها من وجوه التأمين أو أن يعتمد على الحجز الاحتياطي حين يجد من الأسباب الصحيحة ما يحمله على الخوف من عدم ملاءة الديون أو من إفلاسه أو من هربه .

م 117 : إن الموجبات التي موضعها إجراء أمر متواصل أو سلسلة أمور متتابعة يكون مفعول الأجل فيها الأسقاط .

م 118 : للموجب ذي الأجل المسقط مفاعيل الموجب البسيط ما دام ذلك الأجل لم يحل . وعند حلوله تنقطع مفاعيل الموجب فيما يختص بالمستقبل فقط .

(ورغم إفاضة التقنين اللبناني في التفصيلات فإن الأحكام واحدة في التقنينين المصري واللبناني فيما عدا ما يأتي :)
1 (لا يجيز التقنين اللبناني رد الدين المؤجل إذا كان قد وفى قبل حلول الأجل ، ويجيز التقنين المصري ذلك على تفصيل سيأتي (م 183 مصري) – (2) يجيز التقنين اللبناني الحجز التحفظي بالدين المؤجل ، أما تقنين المرافعات المصري فيشترط في الحجز التحفظية أن يكون الدين محقق الوجود حال الأداء (م 543 و 604 مرافعات مصري) – ويلاحظ أيضاً أن المادة 117 من التقنين اللبناني تعرض للالتزامات الناشئة من عقود زمنية ، ولكن لتقرر جواز أن يقترن بها أجل فاسخ يكون مفعوله عند انقضائه إسقاط الالتزام .

– الحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود

قانون الالتزامات والعقود

ظهر 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

القسم السابع: إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها

الباب الأول: أحكام عامة

الفصل 399

إثبات الالتزام على مدعيه.

الفصل 400

إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه.

الفصل 401

لا يلزم، لإثبات الالتزامات، أي شكل خاص، إلا في الأحوال التي يقرر القانون فيها شكلا معيناً.

إذا قرر القانون شكلا معيناً، لم يسغ إجراء إثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه، إلا في الأحوال التي يستثنيها القانون.

إذا قرر القانون أن يكون العقد مكتوباً اعتبر نفس الشكل مطلوباً في كل التعديلات التي يراد إدخالها على هذا العقد.

الفصل 402

إذا لم يكن العقد خاضعاً لشكل خاص، واتفق عاقداه صراحة على أنهما لا يعتبرانه تاماً إلا إذا وقع في شكل معين، فإن الالتزام لا يكون موجوداً إلا إذا حصل في الشكل الذي اتفق عليه العاقدان.

الفصل 403

لا يجوز إثبات الالتزام:

1 - إذا كان يرمي إلى إثبات وجود التزام غير مشروع، أو التزام لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه؛

2 - إذا كان يرمي إلى إثبات وقائع غير منتجة.

الفصل 404

وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي:

1 - إقرار الخصم؛

2 - الحجة الكتابية؛

3 - شهادة الشهود؛

4 - القرينة؛

5 - اليمين والنكول عنها.

الفرع الأول: إقرار الخصم

الفصل 405

الإقرار قضائي أو غير قضائي. فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا.

والإقرار الحاصل أمام قاض غير مختص، أو الصادر في دعوى أخرى، يكون له نفس أثر الإقرار القضائي.

الفصل 406

يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم، عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوذ بالصمت، ولا يطلب أجلا للإجابة عنها.

الفصل 407

الإقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي. ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه.

مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر إقرارا بأصل الحق. ولكن من يقبل الإسقاط أو الإبراء من أصل الحق يحمل على أنه مقر بوجوده.

الفصل 408

يلزم أن يكون الإقرار لصالح شخص متمتع بأهلية التملك، سواء كان فردا أم طائفة معينة، أم شخصا معنويا. ويلزم أن يكون محل الإقرار معينا أو قابلا للتعيين.

الفصل 409

يلزم في الإقرار أن يصدر عن اختيار وإدراك -2. والأسباب التي تعد عيبا في الرضى تعد عيبا في الإقرار.

الفصل 410

الإقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال التي يصرح بها القانون.

الفصل 411

إقرار الوارث ليس حجة على باقي الورثة. وهو لا يلزم صاحبه إلا بالنسبة إلى نصيبه وفي حدود حصته من التركة.

الفصل 412

الوكالة المعطاة من الخصم لنائبه في أن يقر بالالتزام حجة قاطعة عليه، ولو قبل أن يصدر الإقرار من الوكيل.

الفصل 413

لا يجوز إثبات الإقرار غير القضائي بشهادة الشهود إذا تعلق بالتزام يوجب القانون إثباته بالكتابة.

الفصل 414

لا يجوز تجزئة الإقرار ضد صاحبه إذا كان هذا الإقرار هو الحجة الوحيدة عليه. ويمكن تجزئته:

1 - إذا كانت إحدى الوقائع ثابتة بحجة أخرى غير الإقرار؛

2 - إذا انصب الإقرار على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض؛

3 - إذا ثبت كذب جزء من الإقرار.

لا يسوغ الرجوع في الإقرار ما لم يثبت أن الحامل عليه هو غلط مادي.

الغلط في القانون لا يكفي للسماح بالرجوع في الإقرار ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس الطرف الآخر.

ولا يسوغ الرجوع في الإقرار ولو كان الخصم الآخر لم يعلم به.

الفصل 415

لا يعتد بالإقرار:

1 - إذا انصب على واقعة مستحيلة استحالة طبيعية، أو واقعة ثبت عكسها بأدلة لا سبيل لدحضها؛

2 - إذا ناقضه صراحة من صدر لصالحه؛

3 - إذا استهدف إثبات التزام أو واقعة مما فيه مخالفة للقانون أو للأخلاق الحميدة أو مما لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه، أو استهدف التخلص من حكم القانون؛

4 - إذا قضى حكم حائز لقوة الأمر المقضي بعكس ما تضمنه الإقرار.

الفرع الثاني: الإثبات بالكتابة

الفصل 416

يمكن أن ينتج إقرار الخصم من الأدلة الكتابية.

الفصل 417 3

3 - تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية.

ويمكن أن ينتج كذلك عن المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة، كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها.

إذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبث في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة المستعملة.

الفصل 1- 417 4

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.

الفصل 3- 417

يفترض الوثوق في الوسيلة المستعملة في التوقيع الإلكتروني، عندما تتيح استخدام توقيع إلكتروني مؤمن إلى أن يثبت ما يخالف ذلك.

يعتبر التوقيع الإلكتروني مؤمنًا إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتامة الوثيقة القانونية مضمونة، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

تتمتع كل وثيقة مذيبة بتوقيع إلكتروني مؤمن والمختومة زمنيًا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت.

1 - الورقة الرسمية

الفصل 418

4 - تَمَمَّتْ الفصول 1-417 و2-417 و3-417 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.

5 - انظر الشروط التي يجب أن يستوفيها التوقيع الإلكتروني المؤمن في المادة 6 من القانون رقم 53.05.

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 تثبتتها.

الفصل 419

الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.

إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور.

ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة.

الفصل 420

الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضا حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفة. وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر.

الفصل 421

في حالة تقديم دعوى الزور الأصلية⁶، يوقف تنفيذ الورقة المطعون فيها بالزور بصدور قرار الاتهام⁷. أما إذا كان قرار الاتهام لم يصدر، أو وقع الطعن بالزور بدعوى فرعية فللمحكمة وفقا لظروف الحال أن توقف مؤقتا تنفيذ الورقة.

الفصل 422

6 - قارن مع المادة 89 وما يليها من قانون المسطرة المدنية بخصوص تحقيق الخطوط والزور الفرعي.

7 - صدور الأمر بالإحالة.

انظر المادتين 217 و218 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1424 (30 يناير 2003)، ص 315.

الورقة الرسمية التي تتضمن الشهادة المسماة: "شهادة الاستغفال" 8 تكون باطلة بقوة القانون، ولا تكون حتى بداية حجة.

وتعتبر أيضا باطلة وكان لم تكن الورقة الرسمية التي تتضمن تحفظا 9 أو استرعاء.

الفصل 423

الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة.

2 - الورقة العرفية

الفصل 424

الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 و420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد.

الفصل 425 10

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.

8 - شهادة الاستغفال: هي الشهادة التي يقيمها المشهود له في غفلة عن المشهود عليه، وهي أن يدخل الرجل شهودا خلف ستر ثم يستمر الذي يستغل في الحديث، فيقر بشيء، فأجاز ذلك قوم وكرهه آخرون، والمشهور أن ذلك لا يضر، وقيده بعض الفقه بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا فاسق؛ تبصرة ابن فرحون، الجزء الثاني، ص 8.

9 - الشهادة التحفظية: هي الشهادة التي يقيمها المشهود له ليحفظ بحقه في ما يمكن أن يعقده من العقود والتبرعات تحت الإكراه أو الخوف أو غير ذلك؛ البهجة على شرح التحفة وكذا العمل الفاسي.

10 - تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

6 - إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.

ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه.

الفصل 426 11

يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملزم بها بشرط أن تكون موقعة منه. ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملزم نفسه وأن يرد في أسفل الوثيقة ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه.

وإذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال.

الفصل 427

المحررات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك.

الفصل 428

تكون البرقية دليلا كالورقة العرفية، إذا كان أصلها يحمل توقيع مرسلها أو إذا ثبت أن هذا الأصل قد سلم منه إلى مكتب البرقيات ولو لم يكن توقيعه عليه.

وتاريخ البرقيات دليل بالنسبة إلى يوم وساعة تسليمها أو إرسالها إلى مكتب البرقيات ما لم يثبت العكس.

الفصل 429

للبرقية تاريخ ثابت، إذا سلم مكتب التلغراف الصادرة عنه للمرسل نسخة منها مؤشرا عليها بما يفيد مطابقتها للأصل، وموضحا فيها يوم وساعة إيداعها.

الفصل 430

إذا وقع خطأ أو تحريف أو تأخير في نسخ البرقية، طبقت القواعد العامة المتعلقة بالخطأ. ويفترض عدم وقوع الخطأ من مرسل البرقية، إذا كان قد طلب مقابلتها مع الأصل، أو أرسلها مضمونة، وفقا للضوابط التلغرافية.

الفصل 431

يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه، أن ينكر صراحة خطه أو توقيعه. فإن لم يفعل، اعتبرت الورقة معترفا بها.

ويسوغ للورثة وللخلفاء أن يقتصروا على التصريح بأنهم لا يعرفون خط أو توقيع من تلقوا الحق منه.

الفصل 432

اعتراف الخصم بخطه أو بتوقيعه لا يفقده حق الطعن في الورقة بما عساه أن يكون له من وسائل الطعن الأخرى المتعلقة بالموضوع أو الشكل.

3 - محررات أخرى تكون الدليل الكتابي 12

الفصل 433

إذا تضمنت دفاتر التاجر تقييدا صادرا من الخصم الآخر أو اعترافا مكتوبا منه أو إذا طبقت نظيرا موجودا في يد هذا الخصم، فإنها تكون دليلا تاما لصاحبها وعليه.

الفصل 434

ما يقيد في الدفاتر التجارية الكاتب المكلف بها أو المكلف بالحسابات يكون له نفس قوة الإثبات كما لو قيده نفس التاجر الذي كلفه.

الفصل 435

لا يسوغ للقاضي أن يأمر بإطلاع الخصم على دفاتر التجار وإحصاءاتهم ولا على الدفاتر المتعلقة بالشؤون الخاصة إلا في المسائل الناتجة عن تركة أو شياح أو الشركة وفي غير ذلك من الحالات التي تكون فيها الدفاتر مشتركة بين الخصمين وكذلك في حالة الإفلاس¹³ وهذا الاطلاع يجوز للقاضي أن يأمر به إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصمين، أثناء النزاع وحتى قبل وقوع أي نزاع، بشرط أن تكون هناك ضرورة تقتضي هذا الإطلاع، وفي الحدود التي تقتضيه فيها.

الفصل 436

يكون الإطلاع بالكيفية التي يتفق عليها الطرفان. فإن لم يتفقا، حصل عن طريق الإيداع في كتابة ضبط المحكمة التي تنتظر في النزاع.

الفصل 437

دفاتر الوسطاء المتعلقة بالصفقات التي تمت على أيديهم، ودفاتر الغير ممن ليست لهم مصلحة في النزاع، يكون لها قيمة الشهادة غير المشكوك فيها إذا كان مسكها على وجه منظم.

الفصل 438

الدفاتر والأوراق المتعلقة بالشؤون الخاصة، كالرسائل والمذكرات والأوراق المتفرقة، المكتوبة بخط من يتمسك بها أو الموقع عليها منه، لا تقوم دليلا لصالحه.

وتقوم دليلا عليه:

1 - في جميع الحالات التي يذكر فيها صراحة استيفاء الدائن لدينه أو تحلل المدين منه بأي وجه كان؛

12 - قارن مع المادة 18 وما بعدها من مدونة التجارة بخصوص القواعد المحاسبية والمحافظة على المراسلات.

13 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقاوله التي عوضت نظام الإفلاس.

2 - إذا نصت صراحة على أن القصد من التقييد فيها هو إقامة حجة لفائدة من ذكر بها عوضا عن الحجة التي تنقصه.

الفصل 439

التأشير من الدائن على سند الدين بما يفيد براءة الذمة، ولو لم يكن موقعا منه أو لم يكن مؤرخا، دليل عليه، ما لم يثبت العكس.

4- نسخ الوثائق

الفصل 440 14

النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها، إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النسخ. ويسري نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الأصول بالتصوير الفوتوغرافي.

تقبل للإثبات نسخ الوثيقة القانونية المعدة بشكل إلكتروني متى كانت الوثيقة مستوفية للشروط المشار إليها في الفصلين 1-417 و 2-417 وكانت وسيلة حفظ الوثيقة تتيح لكل طرف الحصول على نسخة منها أو الولوج إليها.

الفصل 441

النسخ المأخوذة، وفقا للقواعد المعمول بها، عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة في خزائن المستندات (الأرشيف) بواسطة أمين هذه الخزائن تكون لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها. ويسري نفس الحكم على نسخ الوثائق المضمنة في سجلات القضاة، إذا شهد هؤلاء القضاة بمطابقتها لأصولها.

الفصل 442

لا يسوغ للخصوم، في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين السابقين أن يطلبوا تقديم أصل الوثيقة المودع في الأرشيف إلى المحكمة. ولكن لهم دائما الحق في أن يطلبوا مقابلة النسخة بأصلها وإن لم يوجد الأصل فبالنسخة المودعة في الأرشيف، ويجوز لهم أيضا أن يطلبوا على نفقتهم تصويرا فوتوغرافيا لما هو مودع في الأرشيف من أصل أو نسخة.

إذا لم يوجد في الأرشيف العام لا أصل الوثيقة ولا نسخته، فإن النسخ الرسمية المأخوذة طبقا لأحكام الفصلين 440 و 441 تقوم دليلا، بشرط ألا يظهر فيها شطب ولا تغيير ولا أي شيء آخر من شأنه أن يثير الريبة.

الفرع الثالث: الإثبات بشهادة الشهود

الفصل 443 15

الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة

14 - تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

15 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 440.

الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية.

الفصل 444

(ظهر 6 يوليو 1954) لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين، شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج، ولو كان المبلغ والقيمة 16 يقل عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443.

وتستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يراد فيها إثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة، أو تحدد مداها، أو تقيم الدليل على تنفيذها.

الفصل 445

(ظهر 6 يوليو 1954) لا تقبل شهادة الشهود ممن أقام دعوى تتجاوز قيمتها القدر المنصوص عليه في الفصل 443، ولو أنقص قيمة دعواه الأصلية فيما بعد، ما لم يثبت أن الزيادة التي حصلت في قيمة دعواه قد نشأت عن غلط.

الفصل 446

(ظهر 6 يوليو 1954) لا تقبل شهادة الشهود لإثبات دعوى المطالبة بمبلغ يقل مقداره عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443، إذا حصل التصريح بأن هذا المبلغ جزء من دين أكبر لم يقع إثباته بالكتابة.

الفصل 447

لا تطبق الأحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة.

وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال إذا كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر إليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه.

وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه، موظف رسمي مختص، في الشكل الذي يجعلها حجة في الإثبات، وكذلك أقوال الخصوم الواردة في محرر أو في حكم قضائي صحيحين شكلاً.

الفصل 448

استثناء من الأحكام السابقة يقبل الإثبات بشهادة الشهود:

- 1 - في كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذي يتضمن الدليل الكتابي للالتزام له أو للتحلل من التزام عليه، نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة أو سرقة. وتخضع الأوراق النقدية والسندات لحاملها لأحكام خاصة؛
- 2 - إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن أشباه العقود وعن الجرائم أو أشباه الجرائم والحالة التي يراد فيها إثبات وقوع غلط مادي

في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للإكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الأمر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها.

تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكول لحكمة القاضي.

الفرع الرابع: القرائن

الفصل 449

القرائن دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة.

1- القرائن المقررة بمقتضى القانون

الفصل 450

القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي:

1 - التصرفات التي يقضي القانون ببطالها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه؛

2 - الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة، كالتقادم؛

3 - الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي.

الفصل 451

قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له. ويلزم:

1 - أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه؛

2 - أن تؤسس الدعوى على نفس السبب؛

3 - أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة.

ويعتبر في حكم الخصوم الذين كانوا أطرافاً في الدعوى ورتتهم وخلفاؤهم حين يباشرون حقوق من انتقلت إليهم منهم باستثناء حالة التدليس والتواطؤ.

الفصل 452

لا يعتبر الدفع بقوة الأمر المقضي إلا إذا تمسك به من له مصلحة في إثارتها. ولا يسوغ للقاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه.

الفصل 453

القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته من كل إثبات.

ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية.

2- القرائن التي لم يقررها القانون

الفصل 454

القرائن التي لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضي. وليس للقاضي أن يقبل إلا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها. وإثبات العكس سائغ، ويمكن حصوله بكافة الطرق.

الفصل 455

لا تقبل القرائن، ولو كانت قوية وخالية من اللبس ومتوافقة، إلا إذا تأيدت باليمين ممن يتمسك بها متى رأى القاضي وجوب أدائها.

الفصل 456

يفترض في الحائز بحسن نية شيئاً منقولاً أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه.

ولا يفترض حسن النية فيمن كان يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشيء أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه.

الفصل 456 مكرر

(ظهير 3 يونيو 1953) من ضاع له أو سرق منه شيء كان له الحق في استرداده، خلال ثلاث سنوات من يوم الضياع أو السرقة، ممن يكون هذا الشيء موجوداً بين يديه. ولهذا الأخير أن يرجع على من تلقى الشيء منه.

الفصل 457

عندما يكون كل من الطرفين حسن النية يرجح جانب الحائز، إذا كان حسن النية وقت اكتسابه الحيازة ولو كان سنده لاحقاً في التاريخ.

الفصل 458

إذا لم تكن الحيازة ثابتة لأحد، وتساوت السندات رجح جانب من كان سنده سابقاً في التاريخ.

إذا لم يكن سند أحد الخصمين ثابت التاريخ رجح جانب من كان لسنده تاريخ ثابت.

الفصل 459

إذا أعطيت عن الأشياء ما يمثلها من شهادات إيداع أو (بوليصات) نقل أو غيرها من السندات المشابهة رجح جانب من يحوز الأشياء على من يحوز السند إذا كان كل منهما حسن النية وقت اكتسابه الحيازة.

الفرع الخامس: اليمين

الفصل 460

الأحكام المتعلقة باليمين -17 - مقررته بظهيرنا في شأن المسطرة المدنية -18 - .

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)

كما تم تنميته

ظهير الشريف 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،

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.

17 - انظر الفصول من 85 إلى 88 من قانون المسطرة المدنية.

18 - يتعلق الأمر بظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالمسطرة المدنية، والذي تم إلغاؤه بموجب الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية كما وقع تغييره وتنميته؛ الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2742.

لا تفيد عقود التفويت ملكية العقارات غير المحفوظة إلا إذا استندت على أصل التملك وحاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية.

إذا تعارضت البيئات 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 بيئة الملك على بيئة الحوز؛

زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد؛

تقديم بيئة النقل على بيئة الاستصحاب؛

تقديم بيئة الإثبات على بيئة النفي؛

تقديم بيئة الأصالة على خلافها أو ضدها؛

تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد؛

تقدم البيئة المؤرخة على البيئة غير المؤرخة؛

تقديم البيئة السابقة على البيئة اللاحقة تاريخاً؛

تقديم بيئة التفصيل على بيئة الإجمال.

المادة 194

يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها 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 حررتة.

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.

19- تم تميم الفقرة الأولى من المادة 4 أعلاه بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 69.16 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.17.50 بتاريخ 8 ذي الحجة 1438 (30 أغسطس 2017)؛ الجريدة الرسمية عدد 6604 بتاريخ 23 ذو الحجة 1438 (14 سبتمبر 2017)، ص 5068.

المادة 7

العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضعه مالكة في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة.

التوثيق

الجريدة الرسمية رقم 5400 الصادرة يوم الخميس 2 مارس 2006

ظهير شريف رقم 1-06-56 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16-03 المتعلق بخطة العدالة.

قانون رقم 16-03 يتعلق بخطة العدالة

القسم الأول

خطة العدالة

الباب الأول

المادة 1 :

تمارس خطة العدالة بصفتها مهنة حرة حسب الاختصاصات والشروط المقررة في هذا القانون وفي النصوص الخاصة ، ويعتبر العدول من مساعدي القضاء.

القسم الثاني

تلقي الشهادة وتحريرها ونسخها

الباب الأول

تلقي الشهادة

المادة 27 :

يتلقى الشهادة في آن واحد عدلان منتصبان للإشهاد.

غير أنه يسوغ للعدلين عندما يتعذر عليهما تلقي الإشهاد مثني في آن واحد ، أن يتلقياه منفردين بإذن من القاضي في أماد متفاوتة ، إلا إذا نصت مقتضيات خاصة على خلاف ذلك.

إذا تعذر الحصول على إذن القاضي تعين على العدلين إشعاره بذلك داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التلقي.

يجب على العدلين - في حالة التلقي الفردي - أن ينصا على تاريخ تلقي الإشهاد بالنسبة لكل منهما ، مع الإشارة دائما إلى سبب ذلك. كما يجب النص في ضلع الملاحظات على مراجع الشهادة بمذكرة الحفظ لكل منهما.

يحق للعدلين أن يشهدا شهادة علمية بإذن من القاضي.

المادة 28 :

يتلقى العدلان الشهادة أولا في مذكرة الحفظ المشار إليها أعلاه ، على أن تدرج في مذكرة أحدهما فقط إذا وقع التلقي في آن واحد ، وفي مذكرة كل واحد منهما إذا وقع التلقي الفردي في أماد متفاوتة ، مع التنصيص في الحالتين على تاريخ تلقي الشهادة.

يحدد شكل مذكرة الحفظ وكيفية إدراج الشهادة فيها بنص تنظيمي.

المادة 29 :

يسوغ تلقي الإشهاد مباشرة من العاجز عن الكلام أو السمع بالكتابة ، وإلا فبالإشارة المفهمة ، مع التنصيص على ذلك في العقد.

المادة 30 :

يستعين العدل بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي مباشرة من المشهود عليهم.

يستعان في حالة انعدام الترجمان بكل شخص يراه العدل أهلا للقيام بهذه المهمة بعد قبول المشهود عليه له.

يشترط في الترجمان أو الشخص المستعان به أن لا تكون له مصلحة في الشهادة.

تكتب الشهادة وجوبا باللغة العربية ، وينص فيها على اللغة الأجنبية أو اللهجة التي تم بها التلقي إذا تعلق الأمر بغير لغة الكتابة.

المادة 31 :

يتعين أن تشتمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه ، وحقه في التصرف في المشهود فيه ، وكونه يتمتع بالأهلية القانونية لهذا التصرف.

يتعين أن تشتمل الشهادة أيضا على تعيين المشهود فيه تعيينا كافيا.

المادة 32 :

يمنع تلقي الشهادة التي يكون موضوعها خارجا عن دائرة التعامل.

الباب الثاني

تحرير الشهادة

المادة 33 :

تكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب.

تذيل الوثيقة بتوقيع عدليها مقرونا باسميهما مع التنصيص دائما على تاريخ التحرير.
تحدد بنص تنظيمي الإجراءات الخاصة بتحرير الشهادات وحفظها.

المادة 34 :

يؤدي العدلان الشهادة لدى القاضي المكلف بالتوثيق بتقديم وثيقتها إليه مكتوبة وفق المقتضيات المقررة في هذا القانون ، وفي النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقه بقصد مراقبتها والخطاب عليها.

المادة 35 :

يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة ، والتأكد من خلوها من النقص ، وسلامتها من الخلل ، وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها.

يتعين على القاضي ألا يخاطب على الشهادات الخاضعة لواجبات التسجيل إلا بعد تأديتها.

لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب، وتعتبر حينه وثيقة رسمية.

تنظيم مهنة التوثيق

صيغة محينة بتاريخ 26 أكتوبر 2011

القانون رقم 32.09 يتعلق بتنظيم مهنة التوثيق كما تم تعديله

ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق

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 تنظيمي

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 لزوجه أو أقاربه أو أن يشترط فيها منفعة لأصلح غيره؛
- أن يلجأ إلى سمسرة لطلب 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 استثناءً بذلك من طرف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف المعين بدائلتها مع إبلاغ الوكيل العام للملك لديها ورئيس المجلس الجهوي.

القسم الثاني: اختصاصات الموثق

وحجية العقود وحفظها وتسليم النظائر والنسخ

الباب الأول: اختصاصات الموثق

المادة 35

يتلقى الموثق - ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - العقود التي يفرض القانون إعطاءها الصيغة الرسمية المرتبطة بأعمال السلطة العمومية أو التي يرغب الأطراف في إضفاء هذا الطابع عليها ويقوم بإثبات تاريخها وضمان حفظ أصولها وتسليم نظائر ونسخ منها.

الباب الثاني: تحرير العقود وحجيتها

المادة 36

تتضمن العقود التي يتلقاها الموثق على الخصوص:

- الأسماء الكاملة للأطراف بما فيها إسم الأب والأم وباقي الموقعين على العقد، ولا يسمح باختصارها إلا إذا سبق في العقد ما يوضحها مرة واحدة على الأقل، وبيان موطنهم وتاريخ ومكان ولادتهم وجنسيتهم ومهنتهم ونوع الوثيقة الرسمية التي تثبت هويتهم ومراجعها وحالتهم العائلية والنظام المالي للزواج بالنسبة للأطراف عند الاقتضاء؛
- بيان أركان وشروط العقد مع تعيين محله تعييناً كاملاً؛
- بيان المراجع الكاملة للوثائق التي استند عليها في إبرام العقد؛

- كتابة المبالغ المالية بالحروف والأرقام.

المادة 37

يتحقق الموثق تحت مسؤوليته من هوية الأطراف وصفاتهم وأهليتهم للتصرف ومطابقة الوثائق المدلى بها إليه للقانون.

يجب على الموثق إسداء النصح للأطراف، كما يجب عليه أن يبين لهم ما يعلمه بخصوص موضوع عقودهم، وأن يوضح لهم الأبعاد والآثار التي قد تترتب عن العقود التي يتلقاها.

المادة 38

يستعين الموثق بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي. وفي حالة تعذر وجود ترجمان، يمكن الاستعانة بكل شخص يراه الموثق أهلا للقيام بهذه المهمة شريطة قبوله من طرف المعني بالترجمة.

يشترط في الترجمان أو الشخص المستعان به أن لا يكون شاهدا أو له مصلحة في العقد.

المادة 39

يجب أن يكون الشاهد في العقد راشدا أو تم ترشيده وامتتعا بحقوقه المدنية.

يمنع على الزوج أن يشهد في نفس العقد الذي شهد فيه زوجته أو ولده.

المادة 40

يشار في العقد إلى قراءة الأطراف له أو إلى أنهم اطلعوا على مضامينه من طرف الموثق.

إذا كان أحد الأطراف يجهل اللغة التي حرر بها العقد يشهد عليه الموثق بذلك، ويجب عليه في هذه الحالة تطبيق أحكام المادة 38 أعلاه.

المادة 41

يحرر العقد تحت مسؤولية الموثق دون انقطاع أو بشر أو إصلاح في صلبه أو إقحام أو كتابة بين السطور أو إلحاق أو تشطيب أو ترك بياض باستثناء ما يفصل بين الفقرات والبنود، وفي هذه الحالة يوضع خط على البياض.

ترقم جميع الصفحات ويشار إلى عددها في آخر العقد.

يجب تصحيح الأخطاء والإغفالات بواسطة إحالات تدون إما في الهامش أو في أسفل الصفحة.

يجب التنصيص في الصفحة الأخيرة على الكلمات والأرقام الملغاة وعدد الإحالات والإشارة إلى الحيز الفارغ من الكتابة مع بيان عدد الخطوط التي وضعت عليه، ويذيل الموثق هذه البيانات بتوقيعه وخاتمه مع توقيع باقي الأطراف بعد اطلاعهم على مضمون التصحيح.

تكون ملغاة كل الكلمات أو الأرقام التي وقع فيها بشر أو إصلاح أو تشطيب أو أقحمت أو ألحقت أو كتبت بين السطور، في حالة عدم احترام مقتضيات المنصوص عليها في الفقرة السابقة.

المادة 42

تحرر العقود والمحركات باللغة العربية وجوبا، إلا إذا اختار الأطراف تحريرها بلغة أخرى.

تحرر أصول العقود والنسخ بكيفية مقروءة وغير قابلة للمحو على ورق يتميز بخاصية الضمان الكامل للحفظ.

المادة 43

تذيل أصول العقود - تحت طائلة البطلان - بالأسماء الكاملة وتوقيعات الأطراف والترجمان والشهود إن وجدوا، ثم الموثق مع خاتمه.

يوقع الأطراف على كل صفحة من صفحات العقد ويكتب تاريخ توقيع كل طرف كما يؤشر الموثق على كل صفحة.

يكتب تاريخ وساعة توقيع الأطراف والموثق بالأرقام والحروف.

إذا كان أحد الأطراف لا يحسن التوقيع فإنه يضع بصمته على العقد ويشهد عليه الموثق بذلك، وإذا تعذر عليه التوقيع والإبصام فإن الموثق يشهد عليه بذلك بمحضر شاهدين.

تكون التأشيرات والتوقيعات دائما بخط اليد وبمداد غير قابل للمحو.

في حالة وجود صفحات غير مؤشر عليها من طرف الموثق أو غير موقعة من الأطراف على العقد فإن البطلان لا يلحق إلا هذه الصفحات.

المادة 44

يجب على الموثق أن يوقع العقد فور آخر توقيع للأطراف.

يكتسب العقد الصبغة الرسمية ابتداء من تاريخ توقيع الموثق.

المادة 45

إذا توفي الموثق قبل أن يوقع على العقد الذي تلقاه وبعد توقيع الأطراف والترجمان والشهود إن وجدوا، أمكن لرئيس المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها مقر عمل الموثق أن يأمر بناء على طلب من المتعاقدين بتذييل العقد بتوقيع موثق آخر بحضورهم وموافقته على مضمونه بعد قراءته عليهم من جديد.

المادة 46

يجب أن تلحق بالعقد الوثائق التي استند عليها الموثق لإبرامه.

تكون هذه الوثائق حاملة لإشارة تثبت هذه الإضافة ومذيلة بتوقيع الموثق والأطراف إن اقتضى الحال.

المادة 47

يجب على الموثق أن يقدم نسخا من المحررات والعقود بعد الإشهاد بمطابقتها للأصل من طرفه، لمكتب التسجيل المختص لاستيفاء إجراء التسجيل وأداء الواجب في الأجل المحدد قانونا وإنجاز الإجراءات الضرورية للتقييد في السجلات العقارية وغيرها لضمان فعاليتها ويقوم بإجراءات النشر والتبليغ عند الاقتضاء.

يمكن للأطراف المعنيين إعفاء الموثق من إجراءات النشر والتبليغ، وذلك تحت مسؤوليتهم، ويشار إلى ذلك في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة ثابتة التاريخ يوقعها الطرف المعني.

المادة 48

تكون للعقود والمحركات التي ينجزها الموثق وفقا لمقتضيات هذا القانون الصبغة الرسمية المقررة في قانون الالتزامات والعقود.

المادة 49

يكون باطلا كل عقد تم تلقيه وفقا للشكل الرسمي، وأنجز خلافا لأحكام المواد 30 و31 و32 و37 و39 و40 من هذا القانون إذا كان غير مذيّل بتوقيع كافة الأطراف، وإذا كان يحمل توقيع كل الأطراف تكون له فقط قيمة العقد العرفي مع الحق في مطالبة الموثق بالتعويض في الحالتين وإمكانية تطبيق العقوبات التأديبية والزجرية في حقه.

تسري نفس المقتضيات إذا تلقى موثق عقدا خارج مكتبه خلافا لمقتضيات المادة 12 أعلاه أو إذا تلقاه موثق موقف أو معزول.

تصرح المحكمة بالبطان بناء على طلب كل من له مصلحة أو النيابة العامة.

يمكن إثارة بطلان العقود التي لم تراعى فيها أحكام المادتين 38 و46 من هذا القانون قبل أي دفاع في جوهر القضية من طرف أي معني، مع الحق في التعويض وإمكانية تطبيق العقوبات التأديبية والزجرية على الموثق.

المفوضين القضائيين

الجريدة الرسمية رقم 5400 الصادرة يوم الخميس 2 مارس 2006

ظهير شريف رقم 1-06-23 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 03-81 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين .

اختصاصات

المادة: 15

يختص المفوض القضائي بصفته هاته ، مع مراعاة الفقرة الرابعة من هذه المادة ، بالقيام بعمليات التبليغ وبإجراءات تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات وكذا كل العقود والسندات التي لها قوة تنفيذية ، مع الرجوع إلى القضاء عند وجود أي صعوبة ، وذلك باستثناء إجراءات التنفيذ المتعلقة بإفراغ المحلات والبيوعات العقارية وبيع السفن والطائرات والأصول التجارية.

يتكلف المفوض القضائي بتسليم استدعاءات التقاضي ضمن الشروط المقررة في قانون المسطرة المدنية وغيرها من القوانين الخاصة ، وكذا استدعاءات الحضور المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية ، ويمكن له أن يقوم باستيفاء المبالغ المحكوم بها أو المستحقة بمقتضى سند تنفيذي وإن اقتضى الحال البيع بالمزاد العلني للمنقولات المادية.

يقوم المفوض القضائي بتبليغ الإنذارات بطلب من المعني بالأمر مباشرة ما لم ينص القانون على طريقة أخرى للتبليغ.

ينتدب المفوض القضائي من لدن القضاء للقيام بمعاينات مادية محضة مجردة من كل رأي ، ويمكن له أيضا القيام بمعاينات من نفس النوع مباشرة بطلب ممن يعنيه الأمر.

يمكن للمفوض القضائي أن ينيب عنه تحت مسؤوليته كاتباً محلفاً أو أكثر للقيام بعمليات التبليغ فقط وفق أحكام الباب العاشر من هذا القانون.

الباب الخامس إجراءات المفوض القضائي

المادة: 16

يمارس المفوض القضائي المهام الموكولة إليه في تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات وينجزها وفقا للقواعد العامة للتنفيذ وذلك تحت مراقبة رئيس المحكمة أو من ينتدبه لهذه الغاية. تشعر المحكمة بمآل ملفات التنفيذ أو بأسباب التأخير في إنجاز الإجراءات. يجب على المفوض القضائي خلال أجل لا يتعدى عشرة أيام من تاريخ تسلمه طلب التنفيذ ، تبليغ الطرف المحكوم عليه الحكم المكلف بتنفيذه وإعداره بالوفاء أو بتعريفه بنواياه. يجب على المفوض القضائي تحرير محضر تنفيذي أو بيان الأسباب التي حالت دون إنجازها وذلك داخل أجل عشرين يوما تبتدئ من تاريخ انتهاء أجل الإصدار. يجب على المفوض القضائي إشعار طالب التنفيذ بالإجراء المتخذ داخل أجل عشرة أيام من تاريخ إنجازها.

المادة: 17

يمكن للمفوض القضائي عند الاقتضاء الاستعانة بالقوة العمومية أثناء مزاولة مهامه وذلك بعد الحصول على إذن من وكيل الملك طبقا لمقتضيات القانون الجاري به العمل.

المادة: 18

يجب على المفوض القضائي إنجاز الإجراءات والتبليغات والمحاضر في ثلاثة أصول ، يسلم الأول إلى الطرف المعني بالأمر معفى من حق التنبر ومن كل شكلية جبائية ، ويودع الثاني بملف المحكمة ويحتفظ المفوض القضائي بالثالث بمكتبه. يسأل المفوض القضائي شخصا عن أخطائه المهنية وكذا عن إعداد المستندات والاحتفاظ بها ، ولضمان هذه المسؤولية يجب إبرام عقد تأمين على ذلك.

المادة: 19

يجب على المفوض القضائي مسك الوثائق التي لها علاقة بحقوق الأطراف لمدة خمس سنوات من تاريخ انتهاء الإجراءات تحال بعدها إلى كتابة ضبط المحكمة المعين بدائرة نفوذها من أجل حفظها مقابل إيصال يسلم له من طرف رئيس كتابة الضبط. تسلم وثائق الإجراءات أو نسخ منها إلى من له الحق فيها بناء على طلبه.

الإطار القانوني للكتابة الإلكترونية

الإطار القانوني للكتابة الالكترونية

الكتابة الالكترونية

الإطار القانوني للكتابة الالكترونية

قانون الالتزامات والعقود

ظهر 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الكتاب الأول: الالتزامات بوجه عام

القسم الأول: مصادر الالتزامات

الفصل 1

تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود وعن الجرائم وعن أشباه الجرائم²⁰.

20 - وردت في النص الفرنسي عبارة "des délits et des quasi-délits" "عن الجرائم وأشباه الجرائم" بدل "عن الجرائم وعن أشباه الجرائم" كما جاء في الترجمة العربية؛ فالجريمة (الخطأ العمدي) وشبه الجريمة (الخطأ غير

الباب الأول: الالتزامات التي تنشأ عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة

الفصل 2

الأركان -21- - 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 -22-

عندما تشترط الكتابة لصحة تصرف قانوني، يمكن إعدادها وحفظها بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و 2-417 أدناه 23.

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.

(العمدى)، مصدر واحد من مصادر الالتزام الذي يطلق عليه العمل غير المشروع؛ مطابقة مع عنوان الباب الثالث الذي ورد فيه: "الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم".

وبذلك يمكن صياغة الفصل 1 أعلاه كالاتي: تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود وعن الجرائم وأشباه الجرائم.

21 - 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 كالاتي: العناصر اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي: ...

22 - تمَّ الفصل 1-2 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.

23 - 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.

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 24، ماعدا المحركات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته.

القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.129 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)

الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نونبر 2002)، ص 3183.

الفرع الثاني: الإثبات بالكتابة

الفصل 416

يمكن أن ينتج إقرار الخصم من الأدلة الكتابية.

الفصل 417 -25-

الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية.

ويمكن أن ينتج كذلك عن المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة، كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها.

إذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبت في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة المستعملة.

الفصل 1- 417 26

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.

24 - المقصود بالقانون في هذا الفصل، القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

25 - تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

26 - تَمَمَّتْ 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.

عندما يكون التوقيع إلكترونيًا، يتعين استعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباطه بالوثيقة المتصلة به.

الفصل 3- 417

يفترض الوثوق في الوسيلة المستعملة في التوقيع الإلكتروني، عندما تتيح استخدام توقيع إلكتروني مؤمن إلى أن يثبت ما يخالف ذلك.

يعتبر التوقيع الإلكتروني مؤمناً 27 إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتامة الوثيقة القانونية مضمونة، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

تتمتع كل وثيقة مذيبة بتوقيع إلكتروني مؤمن والمختومة زمنياً بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت.

الباب الأول المكرر: العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية 28

الفرع الأول: أحكام عامة

الفصل 1- 65

مع مراعاة أحكام هذا الباب، تخضع صحة العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية لأحكام الباب الأول من هذا القسم.

الفصل 2- 65

لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 أعلاه على هذا الباب.

27 - انظر الشروط التي يجب أن يستوفيهما التوقيع الإلكتروني المؤمن في المادة 6 من القانون رقم 53.05.

28 - تَمَّ الباب الأول المكرر أعلاه، القسم الأول من الكتاب الأول من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود، وذلك بمقتضى المادة 3 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 42 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك نصت على أنه: " لا تطبق أحكام المواد 29 و32 و36 و37 على العقود التي يكون محلها :

1- تزويد المستهلك بسلع الاستهلاك العادي في محل سكنه أو عمله من لدن موزعين يقومون بجولات متواترة ومنتظمة ؛

2- تقديم خدمات الإيواء أو النقل أو المطاعم أو الترفيه التي يجب أن تقدم في تاريخ معين أو بشكل دوري محدد.

تطبق أحكام المادتين 29 و32 على العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عندما يكون موضوعها تقديم الخدمات المشار إليها في البند 2 أعلاه".

انظر القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 11.03.1 بتاريخ 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص 1072.

الفرع الثاني: العرض

الفصل 3- 65

يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود.

يمكن توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه صراحة على استخدام الوسيلة المذكورة.

يمكن توجيه المعلومات إلى المهنيين عن طريق البريد الإلكتروني ابتداء من الوقت الذي يدلون فيه بعنوانهم الإلكتروني.

إذا كان من الواجب إدراج المعلومات في استمارة، تعين وضع هذه الأخيرة بطريقة إلكترونية رهن إشارة الشخص الواجبة عليه تعبئتها.

الفصل 4- 65

يتعين على كل من يقترح، بصفة مهنية وبطريقة إلكترونية 29 توريد سلع أو تقديم خدمات أو تفويت أصول تجارية أو أحد عناصرها، أن يضع رهن إشارة العموم الشروط التعاقدية 30 المطبقة بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها.

دون الإخلال بشروط الصحة المنصوص عليها في العرض، فإن صاحب العرض يظل ملزماً به سواء طيلة المدة المحددة في العرض المذكور أو، إن تعذر ذلك، طالما ظل ولوج العرض متيسراً بطريقة إلكترونية نتيجة فعله.

يتضمن العرض 31، علاوة على ذلك، بيان ما يلي:

29- انظر المادة 31 من القانون رقم 31.08 سالف الذكر والتي تنص على أنه: "دون الإخلال بمقتضيات المادة 29، يجب على المورد، إذا تعلق الأمر ببيع عن بعد باستعمال الهاتف أو أية تقنية أخرى للاتصال عن بعد، أن يشير صراحة في بداية المحادثة مع المستهلك إلى هويته والغرض التجاري من الاتصال".

30- انظر المادة 30 من القانون رقم 31.08 سالف الذكر والتي تنص على أنه: "يجب على المورد أن يمكن المستهلك من الولوج بسهولة والاطلاع على الشروط التعاقدية المطبقة على توريد المنتجات والسلع أو على تقديم الخدمات عن بعد، وذلك على صفحة الاستقبال في الموقع الإلكتروني لمورد السلعة أو مقدم الخدمة أو على أية دعامة اتصال تتضمن عرضاً للمورد. كما يجب أن تكون هذه الشروط موضوع قبول صريح من طرف المستهلك وذلك قبل تأكيد قبول العرض".

31- قارن مع المادة 29 من القانون رقم 31.08 سالف الذكر والتي تنص على أنه: "دون الإخلال بالمعلومات المنصوص عليها في المادتين 3 و 5 أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي آخر جاري به العمل، يجب أن يتضمن العرض المتعلق بعقد البيع عن بعد المعلومات التالية:

1- التعريف بالمميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة محل العرض ؛

2- اسم المورد وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من التواصل الفعلي معه وبريده الإلكتروني وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير المورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض ؛

بالنسبة للتاجر السبيراني :

- 1 - الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقترحة أو الأصل التجاري المعني أو أحد عناصره ؛
- 2 - شروط بيع السلعة أو الخدمة أو شروط تفويت الأصل التجاري أو أحد عناصره ؛
- 3 - مختلف المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بطريقة إلكترونية ولا سيما الكيفية التي يفي طبقها الأطراف بالتزاماتهم المتبادلة ؛
- 4 - الوسائل التقنية التي تمكن المستعمل المحتمل، قبل إبرام العقد، من كشف الأخطاء المرتكبة أثناء تحصيل المعطيات وتصحيحها ؛
- 5 - اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد 32 ؛
- 6 - طريقة حفظ العقد في الأرشيف من لدن صاحب العرض وشروط الاطلاع على العقد المحفوظ إذا كان من شأن طبيعة العقد أو الغرض منه تبرير ذلك ؛
- 7 - وسائل الاطلاع، بطريقة إلكترونية، على القواعد المهنية والتجارية التي يعتمزم صاحب العرض الخضوع لها، عند الاقتضاء.
- كل اقتراح غير متضمن لكافة البيانات المشار إليها في هذا الفصل لا يجوز اعتباره عرضاً بل يبقى مجرد إشهار، ولا يلزم صاحبه.

-
- إذا كان خاضعاً لشكليات القيد في السجل التجاري، فرقم تسجيله ورأس المال الشركة؛
 - إذا كان خاضعاً للضريبة على القيمة المضافة، فرقم تعريفه الضريبي؛
 - وإذا كان نشاطه خاضعاً لنظام الترخيص، فرقم الرخصة وتاريخها والسلطة التي سلمتها ؛
 - إذا كان منتبهاً لمهنة منظمة، فمرجع القواعد المهنية المطبقة وصفته المهنية والبلد الذي حصل فيه على هذه الصفة وكذا اسم الهيئة أو التنظيم المهني المسجل فيه.
 - 3- أجل التسليم ومصاريفه إن اقتضى الحال ؛
 - 4- وجود حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36، ما عدا في الحالات التي تستثنى فيها أحكام هذا الباب ممارسة الحق المذكور؛
 - 5- كفيات الأداء أو التسليم أو التنفيذ ؛
 - 6- مدة صلاحية العرض وثمانه أو تعريفته ؛
 - 7- تكلفة استعمال تقنية الاتصال عن بعد ؛
 - 8- المدة الدنيا للعقد المقترح، إن اقتضى الحال، عندما يتعلق الأمر بتزويد مستمر أو دوري لمنتوج أو سلعة أو خدمة. تبلغ المعلومات المذكورة، التي يجب أن يتجلى طابعها التجاري دون التباس، إلى المستهلك بصورة واضحة ومفهومة عن طريق كل وسيلة ملائمة للتقنية المستخدمة للاتصال عن بعد.
 - دون الإخلال بمقتضيات القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يجب على المورد أن يذكر المستهلك قبل إبرام العقد بمختلف اختياراته، وأن يمكنه من تأكيد طلبه أو تعديلها حسب إرادته.
 - 32- انظر المادة 206 من القانون رقم 31.08 سالف الذكر والتي نصت على أنه: "إن كل عقد حرر بلغة أجنبية يصطحب وجوباً بترجمة إلى العربية".

الفرع الثالث: إبرام عقد بشكل إلكتروني

الفصل 5- 65

يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن سعره الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله.

يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة إلكترونية، ودون تأخير غير مبرر، وبطريقة إلكترونية، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه.

يصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزماً به بشكل لا رجعة فيه.

يعتبر قبول العرض وتأكيد الإشعار بالتسلم متوصلاً بها إذا كان بإمكان الأطراف المرسله إليهم الولوج إليها.

الفرع الرابع: أحكام متفرقة

الفصل 6- 65

تعتبر إلزامية الاستمارة القابلة للاقتطاع مستوفاة عندما يكون في الإمكان، بواسطة وسيلة إلكترونية معينة، الولوج إلى الاستمارة وتعبئتها وإعادة إرسالها بالطريقة نفسها.

الفصل 7- 65

عندما يطلب الإدلاء بعدة أصول، تعتبر هذه الإلزامية مستوفاة بالنسبة للمحركات المعدة بشكل إلكتروني إذا كان المحرر المعني معداً ومحفوظاً وفقاً لأحكام الفصول 1-417 و 2-417 و 3-417 أدناه، وكانت الوسيلة المستعملة تسمح لكل طرف من الأطراف المعنية بالحصول على نسخة منه أو بالولوج إليه.

ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)

بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية

قانون رقم 53.05

يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية

القسم الثاني

النظام القانوني المطبق على التوقيع الإلكتروني المؤمن

والتشفير والمصادقة الإلكترونية

الباب الأول

التوقيع الإلكتروني المؤمن والتشفير

الفرع الأول

التوقيع الإلكتروني المؤمن

المادة 6

يجب أن يستوفي التوقيع الإلكتروني المؤمن ، المنصوص عليه في الفصل 3-417 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود، الشروط التالية :

- أن يكون خاصا بالموقع ؛
- أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية
- أن يضمن وجود ارتباط بالوثيقة المتصلة به بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق أدخل عليها .

يجب أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الإلكتروني ، تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة المطابقة

يتعين أن يشار إلى معطيات التحقق من التوقيع الإلكتروني المؤمن في الشهادة الإلكترونية المؤمنة المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون .

المادة 7

الموقع المشار إليه في المادة 6 أعلاه هو الشخص الطبيعي الذي يعمل لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله والذي يستخدم آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني.

المادة 8

تتمثل آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني في معدات أو برمجيات أو هما معا يكون الغرض منها توظيف معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني التي تتضمن العناصر المميزة الخاصة بالموقع ، كمفتاح الشفرة الخاصة المستخدم من لدنه لإنشاء التوقيع الإلكتروني .

المادة 9

تسلم شهادة المطابقة المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 6 أعلاه السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية على التوقيع والمنصوص عليها في المادة 15 من هذا القانون ، عندما تستجيب آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني للمتطلبات التالية :

- 1- أن تضمن ، بوسائل تقنية وإجراءات ملائمة ، أن معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني ؛
(أ)- لا يمكن إعدادها أكثر من مرة واحدة وتكون سريتها مضمونة ؛
(ب)- لا يمكن الوصول إليها عن طريق الاستنباط ويكون التوقيع الإلكتروني محميا من أي تزوير ؛
(ج)- أن يكون بالإمكان حمايتها من قبل الموقع بشكل كاف يحول دون أي استعمال من لدن الغير
- 2- أن تحول دون أي تغيير أو تبديل لمحتوى الوثيقة المراد توقيعها وألا تشكل عائقا يحول دون إمام الموقع بالوثيقة قبل توقيعها إماما تاما .

المادة 10

تثبت العلاقة بين المعطيات التي تمكن من التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع بشهادة إلكترونية .
وتتمثل هذه الشهادة في سند يتم إعداده بشكل إلكتروني .
يمكن أن تكون الشهادة الإلكترونية المذكورة بسيطة أو مؤمنة .

المادة 11

تعتبر الشهادة الإلكترونية المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه شهادة إلكترونية مؤمنة عندما يسلمها مقدم لخدمات المصادقة الإلكترونية معتمد من لدن السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية وتتضمن المعطيات التالية :

- أ) الإشارة إلى أن هذه الشهادة مسلمة باعتبارها شهادة إلكترونية مؤمنة ؛
- ب) هوية مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية وكذا اسم الدولة التي يوجد مقره بها ؛
- ج) اسم الموقع صاحب الشهادة الإلكترونية المؤمنة أو اسمه المستعار عند وجوده ، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين التعريف بهذه الصفة ؛
- د) الإشارة ، عند الاقتضاء ، إلى صفة الموقع حسب الاستعمال الذي خصصت له الشهادة الإلكترونية ؛
- هـ) المعطيات التي تمكن من التحقق من التوقيع الإلكتروني المؤمن ؛
- و) وتحديد بداية ونهاية مدة صلاحية الشهادة الإلكترونية ؛
- ز) الرقم السري للشهادة الإلكترونية ؛
- ن) التوقيع الإلكتروني المؤمن لمقدم خدمات المصادقة الإلكترونية الذي يسلم الشهادة الإلكترونية ؛
- ح) عند الاقتضاء ، شروط استخدام الشهادة الإلكترونية ولا سيما المبلغ الأقصى للمعاملات التي يمكن أن تستخدم فيها الشهادة المذكورة .

الفرع الثاني

التشفير

المادة 12

تهدف وسائل التشفير على الخصوص إلى ضمان سلامة تبادل المعطيات القانونية بطريقة إلكترونية أو تخزينها أو هما معا ، بكيفية تمكن من ضمان سريتها وصدقيتها ومراقبة تماميتها .
يراد بوسيلة التشفير كل عتاد أو برمجية أو هما معا ، ينشأ أو يعدل من أجل تحويل معطيات سواء كانت عبارة عن معلومات أو إشارات أو رموز استنادا إلى اتفاقيات سرية أو من أجل إنجاز عملية عكسية لذلك بموجب اتفاقية سرية أو بدونها .

يراد بتقديم خدمة التشفير كل عملية تهدف إلى استخدام وسائل التشفير لحساب الغير

المادة 13

للحيلولة دون استخدام التشفير لأغراض غير مشروعة ومن أجل الحفاظ على مصالح الدفاع الوطني وأمن الدولة الداخلي أو الخارجي ، فإن استيراد وسائل التشفير أو تصديرها أو توريدها أو استغلالها أو استخدامها أو تقديم خدمات متعلقة بها يخضع لما يلي:

أ- التصريح المسبق عندما ينحصر الغرض من هذه الوسيلة أو هذه الخدمة في التصديق على إرسالية أو ضمان تامة المعطيات المرسله بطريقة إلكترونية ؛

ب-الترخيص المسبق من الإدارة عندما يتعلق الأمر بغرض غير الغرض المشار إليه في البند (أ) أعلاه.

تحدد الحكومة :

(1) الوسائل أو الخدمات المستوفية للمعايير المشار إليها في البند (أ) أعلاه

(2) الطريقة التي يتم وفقها الإدلاء بالتصريح ومنح الترخيص ، المشار إليهما في الفقرة السابقة .

يجوز للحكومة أن تقرر نظاما مبسطا للتصريح أو الترخيص أو الإعفاء من التصريح أو من الترخيص بالنسبة إلى بعض أنواع وسائل أو خدمات التشفير أو بالنسبة إلى بعض فئات المستعملين .

المادة 14

يختص مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية ، المعتمدون لهذا الغرض وفقا لأحكام المادة 21 من هذا القانون ، بتوريد وسائل أو خدمات التشفير الخاضعة للترخيص .وإذا تعذر ذلك ، تعين أن يكون الأشخاص الراغبون في تقديم خدمات التشفير الخاضعة للترخيص معتمدين لهذا الغرض من لدن الإدارة .

الباب الثاني

المصادقة على التوقيع الإلكتروني

الفرع الأول

السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية

المادة 15

يعهد إلى السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية المسماة بعده السلطة الوطنية ، علاوة على المهام المسندة إليها بموجب مواد أخرى من هذا القانون ، بالمهام التالية :

- اقتراح معايير نظام الاعتماد على الحكومة واتخاذ التدابير اللازمة لتفعيله

- اعتماد مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية ومراقبة نشاطهم .

المادة 16

تقوم السلطة الوطنية بنشر مستخرج من قرار الاعتماد في الجريدة الرسمية وبمسك سجل بأسماء مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية المعتمدين ينشر في نهاية كل سنة بالجريدة الرسمية.

المادة 17

تتأكد السلطة الوطنية من احترام مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية الذين يسلمون شهادات إلكترونية مؤمنة ، للالتزامات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه .

المادة 18

يجوز للسلطة الوطنية ، إما تلقائيا واما بطلب من أي شخص يهمله الأمر ، القيام بالتحقق من مطابقة نشاط مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية الذي يسلم شهادات إلكترونية مؤمنة لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه . ويمكنها أن تستعين بخبراء لإنجاز مهامها المتعلقة بالمراقبة .

المادة 19

يخول أعوان السلطة الوطنية والخبراء المعينون من قبلها ، خلال ممارسة مهمة التحقق المكلفين بها المنصوص عليها في المادة 18 أعلاه ، بعد إثبات صفاتهم ، حق ولوج أية مؤسسة والاطلاع على كل الآليات والوسائل التقنية المتعلقة بخدمات المصادقة الإلكترونية المؤمنة التي يعتبرونها مفيدة أو ضرورية لإنجاز مهمتهم .

الفرع الثاني

مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية

المادة 20

مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية المعتمدون دون غيرهم ، الذين يمكنهم إصدار شهادات إلكترونية مؤمنة ، وتسليمها وتبديل الخدمات المتعلقة بها وفق الشروط المحددة في هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه .

المادة 21

يشترط من أجل الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية أن يكون طالب الاعتماد مؤسسا في شكل شركة يوجد مقرها الاجتماعي بتراب المملكة وأن يكون :

1. متوفرا على شروط تقنية تضمن :

(أ) الوثوق بخدمات المصادقة الإلكترونية التي يقدمها ، ولا سيما ما يتعلق بالسلامة التقنية والتشفيرية الخاصة بالوظائف التي تقوم بها نظم ووسائل التشفير المقترحة من لدنه

(ب) سرية المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع الإلكتروني التي يقدمها للموقع ؛

(ج) توافر مستخدمين لهم المؤهلات اللازمة لتقديم خدمات المصادقة الإلكترونية؛

(د) إمكانية التي تتيح للشخص الذي سلمت إليه الشهادة قصد إلغائها في الحال وبكل يقين ؛

(هـ) التحديد الدقيق لتاريخ وساعة تسليم الشهادة الإلكترونية وإلغاؤها؛

(و) وجود نظام للسلامة ، قادر على اتقاء تزوير الشهادات الإلكترونية والتأكد من أن معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني تطابق معطيات التحقق منه عندما تقدم في آن واحد المعطيات معا؛

2. قادرا على المحافظة ، عند الاقتضاء بشكل إلكتروني ، على جميع المعلومات المتعلقة بالشهادة الإلكترونية التي قد تبدو ضرورية لاثبات التصديق الإلكتروني أمام القضاء بشرط أن تضمن نظم المحافظة على الشهادات الإلكترونية .

أ) أن إدخال المعطيات وتغييرها لا يسمح بهما إلا للأشخاص المرخص لهم لهذا الغرض من لدن مقدم الخدمة؛

ب) إن اطلاع العموم على شهادة إلكترونية لا يتأتى دون موافقة سابقة من صاحب الشهادة ؛

ج) أن بالإمكان كشف أي تغيير من شأنه أن يخل بسلامة النظام .

3. ملتزمًا :

3-1 – بالتحقق من هوية الشخص الذي سلمت له شهادة إلكترونية ومطالبتة بالإدلاء بوثيقة هوية رسمية للتأكد أن الشخص يتوفر على الأهلية القانونية للالتزام ، من جهة ، والصفة التي يدعيها من جهة أخرى، والمحافظة على مميزات ومراجع الوثائق المدلى بها لاثبات هذه الهوية وهذه الصفة ؛

3-2 بالتأكد وقت تسليم الشهادة الإلكترونية أن :

أ) المعلومات التي تحتوي عليها صحيحة

ب) الموقع المشار فيها إلى هويته يمتلك معطيات لإنشاء التوقيع الإلكتروني تطابق معطيات التحقق من التوقيع الإلكتروني المضمنة في الشهادة .

3-3 بإخبار الشخص الذي يطلب تسليمه شهادة إلكترونية كتابة بما يلي قبل إبرام عقد تقديم خدمات المصادقة الإلكترونية ؛

أ) كفاءات وشروط استعمال الشهادة؛

ب) كفاءات المنازعة وطرق تسوية الخلافات

3-4 بتقديم عناصر الإخبار المنصوص عليها في النقطة السابقة إلى الأشخاص الذين يستندون إلى شهادة إلكترونية إذا كانت العناصر المذكورة مفيدة لهم ؛

3-5 بإخبار أصحاب الشهادات المؤمنة سنيين (60) يوما على الأقل قبل تاريخ انتهاء صلاحية شهاداتهم لحلول أجلها ودعوتهم إلى تجديدها أو إلغائها .

3-6 بإبرام تأمين لتغطية الأضرار الناتجة عن أخطائهم المهنية .

3-7 بإلغاء شهادة إلكترونية إذا:

أ) تبين أن تسليمها تم بناء على معلومات مغلوطة أو مزورة ، أو أن المعلومات الواردة في الشهادة المذكورة لم تعد مطابقة للواقع أو أن سرية المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع قد تم خرقها ؛

ب) أمرته السلطات القضائية بالقيام في الحال بإخبار أصحاب الشهادات المؤمنة المسلمة من قبله بعدم مطابقتها لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه .

استثناء من أحكام المادتين 20 و 21 أعلاه:

- 1- تتمتع الشهادات المسلمة من قبل مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية المستوطن بالخارج بنفس القيمة القانونية التي تتمتع بها الشهادات المسلمة من قبل مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية الذي يوجد مقره بالمغرب إذا كان معترفا بالشهادة أو بمقدم خدمة المصادقة في إطار اتفاق متعدد الأطراف يعتبر المغرب طرفا فيه أو اتفاق ثنائي يتعلق بالاعتراف المتبادل بين المغرب وبلد إقامة مقدم الخدمات ؛
- 2- يمكن اعتماد مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية الذين يوجد مقرهم الاجتماعي بالخارج ، شريطة أن تكون الدولة التي يمارسون بترابها نشاطهم قد أبرمت مع المملكة المغربية اتفاقية للاعتراف المتبادل بمقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية .

المادة 23

يتعين على مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية الذي يصدر أو يسلم أو يدبر الشهادات الإلكترونية أن يخبر الإدارة سلفا برغبته في إنهاء نشاطه داخل أجل أقصاه شهران .

وفي هذه الحالة يجب عليه أن يتأكد من استئناف هذه الخدمات من لدن مقدم لخدمات المصادقة الإلكترونية يضمن نفس الجودة ونفس السلامة أو إذا تعذر ذلك أن يلغي الشهادات داخل أجل أقصاه شهران بعد إخبار أصحابها بذلك .

يخبر السلطة الوطنية أيضا ، على الفور ، بوقف نشاطه في حالة تصفية قضائية.

المادة 24

- يلزم مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية ومستخدموهم كذلك بكتمان السر المهني ، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل .
- يتحملون وفق القواعد القانونية العادية ، مسؤولية تهاونهم أو قلة كفاءتهم أو قصورهم المهني سواء تجاه المتعاقدين معهم أو تجاه الأغير.
- يجب على مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية أن يحافظوا على معطيات إنشاء الشهادة ويلزمون ، بأمر من وكيل الملك ، بتبليغها إلى السلطات القضائية ، وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل . وفي هذه الحالة ، وعلى الرغم من كل المقترضات التشريعية المخالفة يتولى مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية إخبار المستعملين المعنيين على الفور بذلك .
- لا تطبق إلزامية كتمان السر المهني ، المشار إليها في الفقرة الأولى أعلاه:
- تجاه السلطات الإدارية المؤهلة قانونا لذلك وفق التشريع الجاري به العمل.
 - تجاه أعوان السلطة الوطنية وخبرائها والأعوان والضباط المشار إليهم في المادة 41 أدناه خلال ممارسة الصلاحيات المنصوص عليها في المادتين 19 و 41 من هذا القانون.
 - إذا وافق صاحب التوقيع الإلكتروني على نشر أو تبليغ المعلومات المدلى بها إلى مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية .

الفرع الثالث

التزام صاحب الشهادة الإلكترونية

المادة 25

يعتبر صاحب الشهادة الإلكترونية ، فور إحداث المعطيات المرتبطة بإنشاء التوقيع ، مسؤولاً عن سرية وتامة المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع الذي يستعمله . ويعد كل استعمال للمعطيات المذكورة ، ناتجاً عن فعله ما لم يثبت خلاف ذلك .

المادة 26

يتعين على صاحب الشهادة الإلكترونية القيام في أقرب الآجال بتبليغ مقدم خدمات المصادقة كل تغيير يطرأ على المعلومات التي تتضمنها الشهادة .

المادة 27

يجب على صاحب الشهادة ، في حالة شك يتعلق بالإبقاء على سرية المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع أو انعدام مطابقة المعلومات المضمنة في الشهادة للواقع ، أن يطلب إلغاؤها في الحال وفقاً لأحكام المادة 21 من هذا القانون .

المادة 28

عندما تنتهي مدة صلاحية شهادة إلكترونية أو يتم إلغاؤها ، لا يمكن لصاحبها استعمال المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع المطابقة للتوقيع أو السعي للمصادقة عليها من لدن مقدم آخر لخدمات المصادقة الإلكترونية .

الباب الثالث

العقوبات والتدابير الوقائية ومعاينة المخالفات

المادة 29

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة كل من قدم خدمات للمصادقة الإلكترونية المؤمنة دون أن يكون معتمداً وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 21 أعلاه أو واصل نشاطه رغم سحب اعتماده أو أصدر أو سلم أو دبر شهادات إلكترونية مؤمنة خلافاً لأحكام المادة 20 أعلاه .

المادة 30

بصرف النظر عن المقتضيات الجنائية الأكثر صرامة ، يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 50.000 درهم كل من أفشى المعلومات المعهود بها إليه في إطار ممارسة نشاطاته أو وظيفته أو حرض على نشرها أو ساهم في ذلك .

غير أن أحكام هذه المادة لا تطبق على أعمال النشر أو التبليغ المرخص به ، كتابة على دعامة ورقية أو بطريقة إلكترونية ، إذا قام بها صاحب الشهادة الإلكترونية أو على النشر أو التبليغ المرخص به بموجب النصوص التشريعية الجاري بها العمل

المادة 31

بصرف النظر على المقتضيات الجنائية الأكثر صرامة ، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 درهم كل من أدلى عمدا بتصاريح كاذبة أو سلم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية .

المادة 32

يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة مبلغها 100.000 درهم كل من استورد أو صدر أو ورد أو استغل أو استعمل إحدى الوسائل أو خدمة من خدمات تشفير دون الإدلاء بالتصريح أو الحصول على الترخيص المنصوص عليهما في المادتين 13 و 14 أعلاه. يجوز للمحكمة أيضا أن تحكم بمصادرة وسائل التشفير المعنية.

المادة 33

عندما يتم استعمال وسيلة تشفير حسب مدلول المادة 14 أعلاه ، لتمهيد أو ارتكاب جناية أو جنحة أو لتسهيل تمهيدها أو ارتكابها ، يرفع الحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية المتعرض لها على النحو التالي :

- إلى السجن المؤبد إذا كان معاقبا على الجريمة بثلاثين سنة من السجن ؛
- إلى ثلاثين سنة من السجن إذا كان معاقبا على الجريمة بعشرين سنة من السجن ؛
- إلى عشرين سنة من السجن إذا كان معاقبا على الجريمة بخمس عشرة سنة من السجن ؛
- إلى خمس عشرة سنة من السجن إذا كان معاقبا على الجريمة بعشر سنوات من السجن ؛
- إلى عشر سنوات من السجن إذا كان معاقبا على الجريمة بخمس سنوات من السجن ؛
- إلى الضعف إذا كان معاقبا على الجريمة بثلاث سنوات من الحبس على الأكثر.

على أن أحكام هذه المادة لا تطبق على مرتكب الجريمة أو المشارك في ارتكابها الذي يسلم إلى السلطات القضائية أو الإدارية ، بطلب منها ، النص الواضح للرسائل المشفرة وكذا الاتفاقات السرية اللازمة لقراءة النص المشفر .

المادة 34

يعتبر الأشخاص الذين يقدمون خدمات تشفير لأغراض سرية ، ما لم يثبتوا عدم ارتكابهم أي خطأ متعمد أو تهاون ، مسؤولين ، فيما يخص الخدمات المذكورة ، عن الضرر اللاحق بالأشخاص الذين كلفهم بتدبير اتصالاتهم السرية في حالة المس بتمامية المعطيات المحولة بواسطة هذه الاتفاقات أو سريتها أو توفرها .

المادة 35

يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم كل من استعمل، بوجه غير قانوني ، العناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلقة بتوقيع الغير .

المادة 36

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر كل مقدم لخدمات المصادقة الإلكترونية لا يتقيد بوجوب إخبار السلطة الوطنية المنصوص عليه في المادة 23 أعلاه.

علاوة على ذلك ، يمكن أن يتعرض مرتكب المخالفة طوال مدة خمس سنوات للمنع من ممارسة كل نشاط يتعلق بتقديم خدمات المصادقة الإلكترونية .

المادة 37

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم وبالحبس من سنة أشهر إلى سنتين كل صاحب شهادة إلكترونية استمر في استعمال الشهادة المذكورة بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو بعد إلغائها .

المادة 38

بصرف النظر عن المقتضيات الجنائية الأكثر صرامة ، يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم كل من استعمل بصفة غير قانونية عنوانا تجاريا أو إشهارا وبشكل عام كل عبارة تحمل على الاعتقاد أنه معتمد وفقا لأحكام المادة 21 أعلاه .

المادة 39

عندما تعين السلطة الوطنية ، بناء على تقرير أعوانها أو خبراءها ، أن مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية الذي يسلم شهادات مؤمنة لم يعد متوفرا على أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 21 أعلاه أو أن نشاطه غير مطابق لأحكام هذا القانون أو الأنظمة المتخذة لتطبيقه ، تطلب منه التقيد بالشروط أو الأحكام المذكورة داخل الأجل الذي تحدده .

إذا انصرم الأجل المذكور دون أن يتقيد مقدم الخدمات بالشروط أو الأحكام المذكورة ، قامت السلطة الوطنية بسحب الاعتماد المسلم وبشطب مقدم الخدمات من سجل مقدمي الخدمات المعتمدين وبنشر مستخرج من قرار سحب الاعتماد في الجريدة الرسمية .

إذا كان من شأن نشاط المخالف أن يمس بمتطلبات الدفاع الوطني أو أمن الدولة الداخلي أو الخارجي فإن السلطة الوطنية تؤهل لاتخاذ جميع التدابير التحفظية الضرورية لوضع حد للنشاط المذكور ، دون الإخلال بالمتابعات الجنائية التي تترتب عليها .

المادة 40

إذا كان مرتكب الجريمة شخصا معنويا ، رفعت الغرامات المنصوص عليها في هذا الباب إلى الضعف دون إخلال بالعقوبات التي يمكن تطبيقها على مسيريه المرتكبين لإحدى الجرائم المنصوص عليها أعلاه .

علاوة على ذلك ، يمكن أن يتعرض الشخص المعنوي لإحدى العقوبات التالية :

- المصادرة الجزئية لممتلكاته ؛
- المصادرة المنصوص عليها في الفصل 89 من القانون الجنائي؛
- إغلاق مؤسسة أو مؤسسات الشخص المعنوي التي استعملت في ارتكاب الجرائم.

المادة 41

يجوز لأعوان السلطة الوطنية المؤهلين لهذا الغرض والمحلّفين وفق القواعد القانونية العادية ، أن يبحثوا عن المخالفات لأحكام هذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه وأن يحرروا محاضر بشأنها وذلك بالإضافة إلى ضبط وأعوان الشرطة القضائية وأعوان الجمارك داخل نطاق اختصاصهم . وتحال محاضرهم إلى وكيل الملك داخل أجل خمسة أيام التالية لتحريرها .

يجوز للأعوان والضباط المشار إليهم في الفقرة السابقة أن يلجوا الأماكن أو الأراضي أو وسائل النقل المعدة لغرض مهني وأن يطلبوا الاطلاع على كل الوثائق المهنية وأن يأخذوا نسخا منها وأن يحصلوا على المعلومات والإثباتات بعد استدعاء المعنيين بالأمر أو بعين المكان .

يجوز لهم القيام ، في نفس الأماكن ، بحجز الوسائل المشار إليها في المادة 12 أعلاه بأمر من وكيل الملك أو قاضي التحقيق.

تسجل الوسائل المحجوزة في المحضر المحرر في عين المكان . وتوجه النسخ الأصلية للمحضر والجرد إلى السلطة القضائية التي أمرت بالحجز.

الباب الرابع

أحكام ختامية

المادة 42

تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذا القانون على الحقوق العينية بمرسوم .

المادة 43

استثناء من أحكام الفقرة الأولى من المادة 21 أعلاه ، يمكن للحكومة باقتراح من السلطة الوطنية المشار إليها في المادة 15، وأخذا في الاعتبار مصلحة المرفق العام ، اعتماد الأشخاص المعنوية للقانون العام من أجل إصدار شهادات إلكترونية مؤمنة ، وتسليمها وتدبير الخدمات المتعلقة بها ، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه .

وسائل الإثبات فى التشريع المغربى

ففى الميدان المدنى:

هى (اقامة الدليل امام القضاء بالطرق التى حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها)

-الوسيط في شرح القانون المدني. القاهرة دار النهضة العربية ج2 ص13-14.
وتعريف الدكتور سليمان مرقس

(اقامة الدليل على حقيقة امر مدعى به، نظر لما يترتب عليه من آثار قانونية)

-اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية ج1. الناشر. عالم الكتب. القاهرة 1981
فقرة 1 ص11.

-33-

- 33

ورد في مؤلف الوسيط في القانون المدني

عبد الرزاق السنهوري الجزء الثاني فقرة 10 و 11

في تعريف الاثبات وأهميته

الملخص التالي :

الإثبات - بمعناه القانوني - هو إقامة الدليل أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها. ويستخلص من هذا التعريف الأمور الأربعة الآتية :

1-الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام . فالإثبات بالمعنى العام يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة. بل هو طليق من هذه القيود.

2-الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتما مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين ، وتجافي إحداهما الأخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع ، بل بعيدة عن الحق ، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية.

3- محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعى في دعواه ، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر . والواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام ، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يترتب القانون عليه أثراً معيناً .

4-الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي. فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليله القضائي ، ليست له قيمة عملية ، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية، ولكن هذا من الندره بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب .

1 - تعريف الاثبات وأهميته :

10-تعريف الاثبات :

الإثبات - بمعناه القانوني - هو إقامة الدليل أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها ([1]).

11- ما يستخلص من هذا التعريف - أهمية الاثبات :

ويستخلص من هذا التعريف الأمور الأربعة الآتية :

(1) الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام . فالإثبات بالمعنى العام يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة. بل هو طليق من هذه القيود. فالباحث في التاريخ يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التي يقررها من المستندات التي تحت يده أو من أية طريقة أخرى يراها كافية للإثبات. وهذا هو شأن الباحث في أي علم . وقد غلب على العلم في تطوراته الأخيرة أن تكون أدلته تجريبية ، يتلمسها الباحث في المعامل وعن طريق الاستقصاء وبلاستخلاص الصحيح من الإحصاءات الدقيقة . فالإثبات التاريخي ، والإثبات العلمي ، والإثبات بوجه عام ، لا ترد عليه قيود الإثبات القضائي .

ويختلف الإثبات القضائي عن الإثبات غير القضائي من وجوده. فالإثبات القضائي مقيد في طرقه وفي قيمة كل طريقة منها . أما الإثبات غير القضائي فلا قيد عليه كما قدمنا. والإثبات القضائي متى استقام ملزم للقاضي، فيتعين عليه ان يقضى بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان في إمتناعه نكول عن أداء العدالة (déni de justice) . أما الإثبات غير القضائي فلا يتعين فيه على الباحث أن يأخذ بنتائج محددة ، بل هو حر في البحث . ثم إن ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها ولا يجوز الانحراف عنها ، وهذا ما يسمى بحجية الأمر المقضي (autorité de la chose jugée). أما ما ثبت بطريق علمي أو بأي طريق آخر فإنه لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير ، فكثيراً ما يستبين أن الحقائق العلمية ليست إلا فروضاً غير دقيقة ، ثم ينكشف بعد ذلك خطؤها ، ويقوم مقامها حقائق أخرى هي أيضاً قابلة للتغيير ([2]).

(2) ولما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أما القضاء بالطرق التي حددها القانون ، وكان الإثبات القضائي مقيداً إلى هذا الحد ، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتماً مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين ، وتجافي إحداها الأخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع ، بل بعيدة عن الحق ، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية([3]). وسنعود إلى هذا المعنى في موضع آخر.

(3) ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها ، فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعى في دعواه ، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر . والواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام ، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً . فالعمل غير المشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها التزاماً بالتعويض . والعقد تصرف قانوني يرتب القانون عليه الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان . وكل من العمل غير المشروع والعقد واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً ، وهي - أي هذه الواقعة القانونية - دون الأثر الذي يترتب عليها، التي تكون محلاً للإثبات. وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى ([4]).

(4) وما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثراً، فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي. فالحق الذي ينكر على صاحبه، ولا يقام عليه دليله القضائي ، ليست له قيمة عملية ، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية، ولكن هذا من الندره بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب.

ومن ثم تتبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية. ((فالحق - كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الحالي ([5]) - يتجرد من قيمته مالم يقم الدليل على الحادث المبدئ له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه). (ونظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية. بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أفضية) ([6]).

[1] الموجز للمؤلف ص 614 - ص 645 .

[2] أنظر في مقارنة دقيقة بين الإثبات القضائي والإثبات التعليمي أو التاريخي بارتان على أوبرى ورو جزء 12 فقرة 749 حاشية رقم 2 مكرر ، وأنظر أيضاً : بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1407 - ص 828 - ص 829 - بيدان ووبرو 9 فقرة 1138 ص 306

- الأستاذ عبد الباسط جميعي نظام الإثبات في القانون المدني المصري ص 39 - ص 42 .

في الميدان الجنائي :

الاثبات الجنائي هو:

الوقوف على حقيقة واقعة الجريمة ونسبتها الي شخص معين بإقامة الدليل على وقوع الفعل المشكل للجريمة وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبها.

مجموعة القانون الجنائي المغربي

[3] وقد مر الاثبات القضائي في تاريخ الانسانية بمراحل يضيق المقام هنا عن الخوض فيها. فقد كانت الإنسانية في طفولتها تلجأ في الإثبات القضائي على ضروب من السحر والشعوذة . ثم لجأت إلى الدين ، من حلف واستدعاء الله وللقديسين على المبطل من الخصمين . وكان القتال ، بل الانتحار ، من الأدلة القضائية عند بعض الأمم في فجر التاريخ (انظر في هذا راؤول دي جراسيرى (Raoul de la Grasserie) في الاثبات في المواد المدنية والجنائية في القانون الفرنسى والتشريعات الأجنبية ص 18 - الأستاذ أحمد نشأت في الاثبات جزء أول ص 9 - ص 12) .

[4] وقد تغلب العادة فيجرى القلم بذكر إثبات الحق ، والمقصود دائماً هو إثبات الواقعة القانونية التي أنشأت الحق.

[5] مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 349.

[6] الموجز فقرة 614 ص 645 .

وأنظر: بانبول و ريبير وجابولد 7 ص 1406 ص 825 وقد جاء فيه :

(الدليل وحده هو الذى يحيى الحق ويجعله مفيدا)

(La preuve seule vivifie le droit et le rend utile).

وقد أثرت في هذا المعنى أقوال مشهورة، منها (ما لادليل عليه هو والعدم سواء)

أو (يستوي حق معدوم وحق لا دليل عليه) (Idem est non esse aut non probari)

- ويقول أهرنج: (الدليل هو قوة الحق) (La preuve est la rançon des droits)

- أنظر أيضا: بيدان وبرو 9 ص 1139 ص 207

- الأستاذ سليمان مرقس في أصول الاثبات ص 1 ص 2.

مبادئ عامة

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.

طرق الإثبات:

الإثبات في المواد الجنائية:

طريقتان :

1 - الطريقة القانونية:

وهي الطريقة التي حددها القانون والزم القاضي بإتباعها.

مدونة الحقوق العينية صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

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)

كما تم تنميته

المادة 4

يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها 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 حررتة.

تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها.

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفرع الثالث: الإثبات بشهادة الشهود

الفصل 443

الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية.

الفصل 444

(ظهير 6 يوليوز 1954) لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين، شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج، ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443.

وتستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يراد فيها إثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة، أو تحدد مداها، أو تقيم الدليل على تنفيذها.

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

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

2 - الطريقة الوجدانية:

الاقتناع الصميم الذي يتولد عند القاضي بوقوع الجريمة و نسبتها الى المتهم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي بتعليقات مستساغة تبرز النتيجة التي توصل اليها منطقاً و قانوناً .

قانون المسطرة الجنائية

صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله

القسم الثالث: بشأن عقد الجلسات و صدور الأحكام

الباب الأول: الجلسات

الفرع الأول: وسائل الإثبات

المادة 286

يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقاً للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده.

إذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم و حكمت ببراءته

المادة 287

لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررها إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة و نوقشت شفهيّاً و حضورياً أمامها.

المادة 288

إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على دليل تسري عليه أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة، تراعي المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة.

ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي:

المادة 365

يجب أن يستهل كل حكم أو قرار أو أمر بالصيغة الآتية:

المملكة المغربية - باسم جلاله الملك و طبقاً للقانون 34.

34 - تم تغيير و تنميط المادة 365 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11، سالف الذكر.

- قارن مع مقتضيات الفصل 124 من الدستور الجديد:

ويجب أن يحتوي على ما يأتي:

- 1- بيان الهيئة القضائية التي أصدرته؛
- 2- تاريخ صدوره؛
- 3- بيان أطراف الدعوى المحكوم فيها مع تعيين الاسم العائلي والشخصي للمتهم وتاريخ ومحل ولادته وقبيلته وفخذته ومهنته ومحل إقامته وسوابقه القضائية ورقم بطاقة تعريفه عند الاقتضاء؛
- 4- كيفية وتاريخ الاستدعاء الموجه للأطراف إن اقتضى الحال؛
- 5- بيان الوقائع موضوع المتابعة وتاريخها ومكان اقتراها؛
- 6- حضور الأطراف أو غيابهم وكذا تمثيلهم إن اقتضى الحال والصفة التي حضروا بها ومؤازرة المحامي؛
- 7- حضور الشهود والخبراء والتراجمة عند الاقتضاء؛
- 8- الأسباب الواقعية والقانونية التي يبني عليها الحكم أو القرار أو الأمر ولو في حالة البراءة؛
- 9- بيان مختلف أنواع الضرر التي قبل التعويض عنها في حالة مطالبة طرف مدني بالتعويض عن الضرر الحاصل بسبب الجريمة؛
- 10- منطوق الحكم أو القرار أو الأمر؛
- 11- تصفية المصاريف مع تحديد مدة الإكراه البدني إن اقتضى الحال؛
- 12- اسم القاضي أو القضاة الذين أصدروا الحكم أو القرار أو الأمر واسم ممثل النيابة العامة وكاتب الضبط؛
- 13- توقيع الرئيس الذي تلا الحكم أو القرار أو الأمر وتوقيع كاتب الضبط الذي حضر الجلسة.

بعض المبادئ المتعلقة بالإثبات بصفة عامة:
استبعاد شهادة الشهود أمام الحجة الكتابية - 35-
إثبات – استبعاد شهادة الشهود أمام الحجة الكتابية

القرار عدد 1764

الصادر بتاريخ 08 دجنبر 2011

في الملف الاجتماعي عدد 2010/1/5/1401

لكن، حيث إن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه، عندما اقتنعت بكون الأجير المطلوب يعمل في الحفر والتنقيب، وأنه كان من حقه رفض سيطرة الشاحنة من القنيطرة للدار البيضاء، مستندة للشواهد المسلمة له من طرف الطاعنة تثبت أنه يعمل لديها كمنقب، وأن سيطرة الشاحنة لا يدخل ضمن الأعمال التي شغل من أجلها، مستبعدة شهادة الشاهدين والتي لا تصمد أمام الحجة الكتابية، واعتبرت أن المطلوب تعرض للطرد من طرف الطاعنة، تكون قد استعملت السلطة المخولة لها قانونا في تقدير الوقائع والتي لا رقابة عليها من طرف محكمة النقض إلا فيما يخص التعليل، والذي بالرجوع إليه يلقي أنها علته بما فيه الكفاية وأجابت على كافة دموع الطاعنة، وناقشتها مستبعدة إياها ضمنيا، فلم يخرق قرارها أي حق من حقوق الدفاع وجاء مرتكزا على أساس ومعللا بما يكفي والوسيلتان على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب

شهود – استبعاد الفصل 444 من ق.ع. مقتضيات هذا الفصل لا تكون قابلة للتطبيق عندما تكون الحجة الكتابية المعتمدة من لدن الخصم من صنعه ولا يكون خصمه طرفا فيها -36-

نص الفصلان 447 و448 من قانون الالتزامات والعقود على حالات يجوز فيها على سبيل الاستثناء الإثبات بشهادة الشهود وهذه الحالات أربعة وهي:

-حالة وجود بداية حجة بالكتابة.

-حالة فقد السند الكتابي .

-حالة وجود المانع من الحصول على دليل كتابي.

-حالة التصرفات القانونية التجارية.

- 36

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 444

(ظهير 6 يوليوز 1954) لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين، شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج، ولو كان المبلغ والقيمة 36 يقل عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443.

وردت في النص الفرنسي عبارة "somme ou valeur" "المبلغ أو القيمة"

حيث تبين صحة ما نعاه الطاعن على القرار بخصوص طبيعة علاقة الشغل التي كانت تربط الطرفين، ذلك أنه لما كان عبء إثبات علاقة الشغل واستمراريتها يقع على عاتق الأجير، فإن الثابت من وثائق الملف أن المحكمة الابتدائية استمعت في هذا الإطار - خلال البحث الذي قامت به إلى ثلاثة شهود وهم: الخياط الرقاص والميلودي الرقاص العربي العطي، الذين صرحوا بالإجماع على اشتغال الطاعن كحارس بكيفية مستمرة منذ التحاقه بالعمل لدى شركة صوجيطة التي حلت المطلوبة محلها في استغلال نفس الضيعة كما أكدوا اشتغاله لدى المطلوبة بعد تسلمها الضيعة لمدة حددها الشاهد بالعربي العطي في شهر ونصف وحددها الشاهد ادريس حوسة في شهرين، مما يدحض دفع المطلوبة في النقض بعدم اشتغال الطاعن لديها.

وحيث ان استبعاد محكمة الاستئناف شهادة الشهود لعدم جواز الأخذ بها لإثبات ما يخالف أو يجاوز ماهو ثابت بالكتابة عملا بمقتضيات الفصل 444 من قانون الالتزامات والعقود مع أن مقتضيات هذا الفصل لا تكون قابلة للتطبيق عندما تكون الحجة الكتابية المعتمدة من لدن الخصم من صنعه ولا يكون خصمه طرفا فيها كما هو الحال في النزلة، إذ الوثائق التي استدلت بها المطلوبة في النقض لإثبات أن الطاعن كان مجرد عامل موسمي، استنادا إلى اتفاقية الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتي تدرج في إطار الخصوصية بخصوص الأراضي الفلاحية التابعة للملك الخاص للدولة والمؤرخة في 2006/08/22 وصورة محضر التسليم المنجز بنفس التاريخ والذي بموجبه تسلمت شركة سودفور المطلوبة في النقض الضيعة التي يشتغل بها الطاعن والتي استمر في الاشتغال بها لما بعد هذا التسليم، كما شهد بذلك الشهود اعلاه لا تلزم الطاعن الذي ليس طرفا فيها والقرار لما اعتمدها واستبعد شهادة الشهود الذين أكدوا اشتغاله بكيفية مستمرة منذ التحاقه بالعمل وإلى ما بعد استلام المطلوبة في النقض للضيعة التي يشتغل بها ويخلص إلى أن الطاعن مجرد عامل موسمي لا يستحق أي تعويض كان معللا تعليلا غير سليم ومخلا بمقتضيات المادة 18 من مدونة الشغل، مما يعرضه للنقض ومن غير حاجة لبحث الفرع الأخير من الوجه الثالث.

الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية.

تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض وإبطال القرار المطعون فيه.

إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على دليل تسري عليه أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة، تراعي المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة.

القرار عدد 7/975

المؤرخ في 2017/7/19

الصادر عن محكمة النقض في ملف جنحي عدد 2017/7/6/10105

و عليه فالمحكمة مصدرة القرار لما برأت المتهم من أجل جنحة خيانة الأمانة و عللت قرارها بمقتضيات المادة 288³⁷ من قانون المسطرة الجنائية التي تنص على " إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على دليل تسري عليه أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة، تراعي المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة لإثبات جريمة خيانة الأمانة يجب إثبات الوديعة التي وضعت عند المتهم و الوديعة تثبت إذا كانت قيمتها تفوق 10000 درهم أو غيره محدد القيمة بعقد كتابي ، كما نص على ذلك الفصل 443 من ق ل ع و لا يمكن أن تثبت خيانة الأمانة متى تعدى المبلغ المذكور و لو أحضر المدعي الشهود الذين عاينوه وهو يدفع الأمانة للمتهم أو المتهم وهو يبذل الأمانة لأن القانون حدد إثبات هذه الجريمة و لا مجال للأخذ بالقرائن بعدما حدد القانون الإثبات القانون لقيام جريمة خيانة الأمانة حسبما سبق بيانه ، و الحال أن الأمر يتعلق بإثبات واقعة مادية المنصوص عليها في الفصل 547 من القانون الجنائي و التي يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات و لا ينحصر اثباتها بما جاء في المادة 288 من قانون المسطرة الجنائية و الفصل 443³⁸

37 _

قانون المسطرة الجنائية صيغة محينة بتاريخ 19 سبتمبر 2016

القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله

المادة 288

إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على دليل تسري عليه أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة، تراعي المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة.

38 _

قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفرع الثالث: الإثبات بشهادة الشهود

الفصل 443

الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية.

من ق ل ع ، مما جاء معه قرارها فاسد التعليل الذي ينزل منزلة انعدامه الموجب للنقض

إقرار قضائي أمام المحكمة الجنحية لإثبات بيع عقار محفظ خرق القانون.

إذا كان المبيع عقارا محفظا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ وإذا
اختلف هذا الركن الشكلي فإن البيع لا يقوم.

القرار (817) الصادر بتاريخ (1983) ملف مدني (.....)

إذا كان المبيع عقارا محفظا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ و إذا
اختلف هذا الركن الشكلي فإن البيع لا يقوم.

و إن المحكمة لما اعتمدت مجرد إقرار قضائي أمام المحكمة الجنحية لإثبات بيع عقار
محفظ تكون قد خرقت القانون " الفصل 489 من قانون الالتزامات و العقود " -39-

1983-817

عقد الكراء لا يجب إثباته بالكتابة إلا إذا عقد لأكثر من سنة عملا بالفصل 629 من قانون الالتزامات والعقود

القرار عدد 1147 المؤرخ في 02/04/02 ملف مدني عدد : 1828/1/3/01
عقد الكراء – إثبات السومة الكرائية - خضوع السومة للفصل 443 من قانون
الالتزامات و العقود.

(لا) – الاستماع إلى شهود (نعم).

لما كان عقد الكراء لا يجب إثباته بالكتابة إلا إذا عقد لأكثر من سنة عملا بالفصل 629
من قانون الالتزامات والعقود فإن اشتراط كتابة هذا العقد يتعلق بمدته لا بالسومة

الاتفاقية كونها تزيد أو تنقص عن 250 درهم ويكون اثبات سومة الكراء غير خاضع للفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود. -40-

شركة الواقع تثبت بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك تصريح الشهود.

القرار عدد 1322 المؤرخ في: 2004/12/01 الملف التجاري عدد : 48
2002/1/3/7

شركة الواقع تثبت بجميع وسائل الإثبات (نعم)

الشركة التي نشأت بفعل الواقع يمكن إثبات وجودها بجميع وسائل الإثبات المتاحة. بما في ذلك تصريح الشهود، عملاً بأحكام الفصل 982 من قانون الالتزامات و العقود -41-

40_

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفرع الثالث: الإثبات بشهادة الشهود

الفصل 443

الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية.

- تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

الفصل 629

ومع ذلك، يلزم أن يثبت كراء العقارات والحقوق العقارية بالكتابة، إذا عقدت لأكثر من سنة، فإن لم يوجد محرر مكتوب، اعتبر الكراء قد أجري لمدة غير معينة.

كراء العقارات لمدة تزيد على سنة لا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يكن مسجلاً وفقاً لما يقضي به القانون.

41_

قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الباب الثاني: الشركة العقدية

الفرع الأول: القواعد العامة المتعلقة بالشركات المدنية والتجارية

والمادتين 88 و89 من القانون المتعلق بشركات التضامن و شركة التوصية و شركة
المسؤولية المحدودة و شركة المحاصة . -42-
يخضع الأمر لإثبات وجود الشركة من عدمها طبقاً للمادة 334 من مدونة التجارة و ليس
لإثبات اتفاق تجاوزت قيمته 250 درهما

الفصل 982

الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان

أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا، لتكون مشتركة بينهم، بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها.

- انظر القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة (S.A) الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.96.124 بتاريخ
14 من ربيع الآخر 1417 (30 غشت 1996) كما تم تغييره وتتميمه؛ الجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 4 جمادى
الأخرة 1417 (17 أكتوبر 1996) ص 2321. والقانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن (S.N.C) وشركة
التوصية البسيطة (S.C.S) وشركة التوصية بالأسهم (S.C.A) والشركة ذات المسؤولية المحدودة (S.A.R.L) وشركة
المحاصة (S.P) الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.97.49 بتاريخ 5 شوال 1417 (13 فبراير 1997)؛ الجريدة
الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006) ص 558.

- قارن مع المادة 44 من القانون رقم 5.96 سالف الذكر التي تنص على أنه: « تتكون الشركة ذات المسؤولية
المحدودة من شخص أو أكثر لا يتحملون الخسائر إلا في حدود حصصهم.... ».

42_

الباب الخامس

شركة المحاصة

المادة 88

لا وجود لشركة المحاصر إلا في العلاقات بين الشركاء، ولا ترمي إلى علم الغير بها.

لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

لا تخضع لأي تقييد في السجل التجاري ولا لأي إجراء من إجراءات الشهر، ويمكن إثبات وجودها بكافة الوسائل.

يمكن أن تنشأ بفعل الواقع.

المادة 89

يتفق الشركاء بكل حرية على غرض الشركة وعلى حقوقهم والتزاماتهم وشروط تسيير الشركة مع مراعاة القواعد الأمرة
الواردة بالخصوص في الفصول 982 و985 و986 و988 و1003 من الظهير الشريف المشار إليه أعلاه المتعلق بقانون
الالتزامات والعقود.

إذا كان للشركة طابع تجاري، فإن الأحكام المطبقة على شركات التضامن هي التي تضبط العلاقات بين الشركاء، ما لم يشترط
خلاف ذلك.

يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الخاص. ويسأل وحده ولو في الحالة التي يكشف فيها عن أسماء باقي الشركاء دون موافقتهم
غير أنه إذا تصرف المحامون علنا بصفقتهم شركاء، يسألون تجاه الغير كشركاء متضامنين.

إن إثبات الرهن يجب أن يتم بواسطة الكتابة و لا تقبل فيه شهادة الشهود.

الغرفة المدنية القرار رقم (409) الصادر بتاريخ (1980) في الملف المدني رقم (.....) الرهن ،،، إثباته .
قاعدة :

- تحدد قيمة المرهون بقيمة الدين المضمون فإذا تجاوز هذا الدين مبلغ 250 درهما (10000 درهم) فإن إثبات الرهن يجب أن يتم بواسطة الكتابة و لا تقبل فيه شهادة الشهود.

- و أن المحكمة لما قبلت إثبات عقد تجاوزت قيمته مبلغ 250 درهم (10000 درهم) تكون قد خرقت الفصل 443 من ق ل ع -43- و عرضت قرارها للنقض .
1980-409

يعتبر الليف من حيث الشكل ورقة رسمية و إن كان من حيث المحتوى مجرد شهادة .

يعتبر الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلان بأتمية المشهود عليه حجة رسمية على أنه لم يكن وقت الإشهاد مريضاً مرض الموت.

المدنية القرار (809) الصادر بتاريخ (1982) ملف مدني (.....)

- يعتبر الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلان بأتمية المشهود عليه حجة رسمية على أنه لم يكن وقت الإشهاد مريضاً مرض الموت.

- لا يكفي لبطلان العقد محاباة الوارث بل لابد أن يكون مقرونا بمرض الموت.

الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنتقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية.

- تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

- يعتبر اللفيف من حيث الشكل ورقة رسمية و إن كان من حيث المحتوى مجرد شهادة .
1982-809

إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام كالحالة التي تكون فيها
الالتزامات ناشئة عن أشباه العقود وعن الجرائم أو أشباه الجرائم والحالة التي يراد
فيها إثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للإكراه أو
الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الأمر بين التجار فيما
يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها

القرار 178 الصادر بتاريخ 5 يناير 1984 ملف جنحي 84-237
النصب ... إثبات ... شهادة الشهود إذا كان إثبات الجريمة متوقفا على حجة جارية
عليها أحكام القانون المدني فيراعى القاضي في ذلك قواعد القانون المذكور (الفصل
290 من قانون المسطرة الجنائية) -44- لأن كانت المحكمة قد استمعت إلى شهادة
الشهود لإثبات أن الطاعن تسلم من الضحية مبلغا يفوق 250 درهم (10000 درهم)
فان ذلك لم يكن لأجل اثبات دين و انما لتعزيز اعتراف الطاعن بجريمة النصب . -45-
1984-178

يمكن اعتبار اللفيف دليلا لإثبات الوقائع المادية.

44 -

قانون المسطرة الجنائية صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله

المادة 288

إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على دليل تسري عليه أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة، تراعى المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة.

- أنظر 45

الفصل 448 من قانون الالتزامات و العقود

استثناء من الأحكام السابقة يقبل الإثبات بشهادة الشهود:

- 1 - في كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذي يتضمن الدليل الكتابي لالتزام له أو للتحلل من التزام عليه، نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة أو سرقة، وتخضع الأوراق النقدية والسندات لحاملها لأحكام خاصة؛
 - 2 - إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن أشباه العقود وعن الجرائم أو أشباه الجرائم والحالة التي يراد فيها إثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للإكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الأمر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها.
- تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكل لحكمة القاضي.

القرار عدد 717 الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 8 دجنبر 1976
القاعدة :

- يمكن اعتبار اللفيف دليلا لإثبات الوقائع المادية.

- على من يدعي مخالفة شهادة شهود اللفيف للقواعد المسطرية المتعلقة بسماع الشهود وأداء اليمين أن يتمسك بذلك أمام قضاة الموضوع، فإثارته لأول مرة أمام المجلس الأعلى يكون غير مقبول.

إثبات الشراء باللفيف مع بيان المستند الخاص و هو الحضور و المعاينة و أن شهادة اللفيف قد جرى العمل بقبولها في مثل هذا الموضوع .

القرار 416 الصادر بتاريخ 11 مايو 1982 ملف مدني عقاري 34446

اللفيف... إعماله،، الحجج،، ترجيح، أسبابه لما كان المدعى عليه قد أثبت شراء العقار من المدعى و حيازته للمبيع منذ عشرين سنة خلت من تاريخ إقامة لفيفي التصرف و الشراء و أن شهود لفيفي الشراء قد بينوا مستندهم الخاص في ذلك و هو الحضور و المعاينة و لم يطعن المدعى في اللفيفين بشيء كما لم دل بأية حجة تثبت عارية المدعى فيه للمدعى عليه .
و أن شهادة اللفيف قد جرى العمل بقبولها في مثل هذا الموضوع لقول الزقاق في لاميته و كثرن بغير عدول
و قول صاحب العمل الفاسي و قدره في الغالب اثني عشر .
في حالة تقديم حجة مستصحة ضد حجة ناقلة فمن المقرر فقها عند تعارض الحجتين ترجيح الحجة الناقلة على المستصحة .

1982-416

إثبات الصلح في العقار بمنزلة البيع .

القرار 1351 الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 1984 ملف عقاري 2929
العقار ... الصلح ... إثبات الصلح في العقار بمنزلة البيع يقتضي الإشهاد به لدى عدلين أو على الأقل توفر النصاب الكامل من الشهود الذين يشهدون بحضورهم لوقوع الصلح بين المتعاقدين.

1984-1351

شهادة الاثبات مقدمة على شهادة النفي

قواعد الاثبات الجنائي لا تقبل هذه الارجحية

كون شهادة الاثبات مقدمة على شهادة النفي، فان قواعد الاثبات الجنائي لا تقبل هذه الارحية وانما يتعين على المحكمة ابراز قناعتها من ضمن تصريحات الشهود ليتأتى على ضوئها بسط رقابة المجلس الاعلى على الاسباب الواقعية والقانونية المبررة لما قضت به.

يتعين على المحكمة ابراز قناعتها من مضمّن تصريحات الشهود ليتأتى على ضوئها بسط رقابة المجلس الاعلى على الاسباب الواقعية والقانونية المبررة لما قضت به.

القرار عدد 6/833

المؤرخ في 2003/4/30

الصادر عن محكمة النقض

مجلة قضاء المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي ديسمبر 2004 - العدد 61.

الملف الجنائي عدد: 2000 / 12989

مثال الترجيح بين الحجج

القرار رقم 7097

المؤرخ في 24/11/98

الملف المدني رقم 4304/1/1/95

البينتان - تعارضهما - الملكية - شروطها

إن تعارض الحججتين موجب لسقوطهما معاً،

لا يقضى بسقوط البينتين إلا إذا تعادلتا وتعذر ترجيح إحداهما على الأخرى بوجه من وجوه الترجيح الشرعية.

لا تعادل بين ملكية مستوفية لشروط الملك الشرعي وموجب التصرف الذي لا يشمل على شروط الملك.

حيث تبين صحة ما عابه الطاعن على القرار فهو استبعد ملكيته بعلّة تعارضها مع حجة المطلوب لأن الحججتين موجب لسقوطهما معاً وبقاء الشيء بيد حائزّه وأن طالب التحفيظ أجنبي عن المتعرض وقد حاز العقار مدة تزيد على عشر سنين ويجهل وجه مدخله ولذلك فلا يمكن سماع دعوى الطاعن بعد مرور الأجل المسقط للدعوى مع أن المنصوص عليه فقها أنه لا يقضى بسقوط البينتين إلا إذا تعادلتا وتعذر ترجيح إحداهما على الأخرى بوجه من وجوه الترجيح وأن مجرد وضع اليد وحده غير كاف لسماع دعوى المدعي المعززة بالملكية. ومادامت ملكية المتعرضين مستوفية لكل شروط الملك وحجة طالب التحفيظ مجرد موجب تصرف لا يشمل كل شروط الملك فإنه كان يتعين

على المحكمة أعمال قاعدة الترجيح بين الحجتين وأنها لما عدلت عن ذلك إلى القول بأن حجتي الطرفين تعارضتا فسقطتا معا وبقي الملك بيد حائزه فإنها لم تركز قرارها على أساس ولم تعلله تعليلا كافيا فعرضته بذلك للنقض.

القرار رقم 1415

المؤرخ في 24/3/99

الملف المدني رقم 2329/1/1/98

طلب التحفيظ - التعرض - إثبات التعرض بحجج سليمة - استبعاد الحيازة المجردة.

- المحكمة المحال عليها النزاع المتعلق بالتحفيظ لا تكون مؤهلة لمناقشة حجج طالب التحفيظ باعتباره مدعى عليه، إلا إذا أدلى المتعرض بصفته مدعيا بحجج سليمة من المآخذ.

والمحكمة كانت على صواب لما استبعدت حوز المتعرض لأرض المطلب لما ثبت لها أنه كان عن طريق الإسكان من البائعين لطالب التحفيظ.

لكن حيث إنه ردا على الوسيطتين معا فإن المحكمة وبما لها من سلطة تقديرية ارتأت عدم الوقوف على عين المكان، إذ لا وجود لنزاع حول الحدود أو حول عدم مطابقة الرسوم على أرض النزاع وعللت قرارها «بأن المتعرض عليه إثبات تعرضه طبقا لقواعد الإثبات المقررة في باب الاستحقاق، وأنه أدلى بتأييد لتعرضه بموجب التصرف المضمن برقم 19 صحيفة 15 مضمنة شهادة شهوده بتصرفه في بقعة النزاع، وإن الليف ساقط عن درجة الاعتبار لعدم استجماعه لكافة شروط الملك المنصوص عليها بقول الشيخ خليل «وصحة الملك بالتصرف وعدم المنازع، والمعارض وطول المدة.. إلخ. وبقول صاحب التحفة، والمدعى استحقاق شيء يلزم بينة مثبتة ما يزعم» وبقول صاحب اللامية (يد نسبة طول) وإن حوز المستأنف للعقار، المذكور غير كامل لأن وضع يده عليه كان عن طريق الإسكان من البائعين لطالب التحفيظ حسب الثابت من شهادة الشهود : عريبي الحسين بن محمد وعريبي أحمد بن محمد وبوعزة بن عبد القادر بن قاسم والحاج علي بن أحمد المدلى بها خلال البحث المجري، ومن ثم فلا عبرة بالحوز المذكور. وأنه لما كان المستأنف لم يثبت تعرضه بحجة تامة سالمة من القوادح والطعون، فإن المحكمة تكون غير مؤهلة لمناقشة حجج طالب التحفيظ الذي يعتبر مدعى عليه. وأن الحكم الابتدائي قد صادف الصواب يتعين رد وسائل الاستئناف...» وبهذه التعليقات يكون القرار معللا تعليلا سليما مطبقا للقواعد الفقهية الواجبة التطبيق على العقار موضوع النزاع دون أن يكون في تعليله هذا خرق لأي إجراء مسطري، أو عدم حسن تطبيق لقاعدة الترجيح خلافا لما ورد بالوسيلتين.

القرار رقم 4831

المؤرخ في 20/10/99

الملف المدني رقم 347/1/4/99

الهبة - شرط الحيازة - الاشهاد بالحيازة معاينة

لا يكفي لصحة الهبة بالنسبة لشرط الحيازة مجرد اعتراف الموهوب له بتسلم الدار فارغة من شواغل الواهب وأمتعته، بل لا بد من معاينة الإفراغ والحيازة من طرف العدلين، طالما أن من شروط الهبة حيازتها في حياة الواهب.

لكن حيث يتجلى من القرار المطعون فيه أنه أجاب عن الدفع إذ جاء فيه :

«ذلك أن رسم الهبة الذي يؤسس عليه المستأنف طلباته قد اختلفت فيه أهم الشروط الأساسية ألا وهي معاينة العدول لإخلاء الواهبة للدار المتبرع بها من كافة المنقولات والشواغل، ولا يكفي في ذلك مجرد الاعتراف الأمر الذي يجعل الهبة باطلة» مما يكون معه القرار المطعون فيه معللا تعليلا كافيا والوسيلة على غير أساس.

القرار عدد 818 الصادر عن محكمة النقض

المؤرخ في: 2007-03-07

ملف مدني عدد 2006-1-1-2267

إن المتعرض في مادة التحفيظ العقاري هو الملزم بإثبات ما يدعيه تجاه طالب التحفيظ وأنه لا يلجأ إلى الترجيح بين الحجج إلا إذا كانت حجة المتعرض مستوفية لشروط الاستحقاق.

ان عقد شراء مؤسس على عقد شراء البائع والقائم على مجرد رسم مخارجة لا يفيد الملك ولا ينتزع هذا الأخير من حائزه.

شهادة متهم على متهم اخر

تقدير جواز شهادة متهم على متهم عملا للاجتهاد المتواتر لمحكمة النقض - المغربية - يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ما دام أن التصريحات المذكورة لم يقدّم بالملف دليل أو حتى قرينة تعزز صحتها ورجحان مضمونها.

القرار عدد 1/745

المؤرخ في 2014/7/23

الصادر عن محكمة النقض في ملف جنائي عدد 2014/4017

حيث علل القرار المطعون فيه قضاءه ببراءة المطلوبين في النقض:

بالنسبة للمتهمين () و ():

" حيث لئن كان من المقرر دستوريا و كذا بمقتضى أحكام المسطرة الجنائية ، ان قرينة البراءة هي الأصل المفترض في المتهم كأحد مقومات المحاكمة العادلة ، فقد تجلى للمحكمة أن المتهمين – و المطلوب أحدهما – أنكرا جميع التهم التي تضمنها صك المتابعة في حقهما ليس خلال مرحلة المحاكمة ، و إنما ابتداء من مرحلة البحث التمهيدي و مرورا بمرحلة التحقيق بشقيه الاعدادي و التفصيلي مما أضحت معه المتابعة المذكورة () - () جرائم الاختلاس و تبديد أموال عمومية و المشاركة في تزوير وثائق إدارية و تجارية و محاولة النصب ، و () من أجل جرائم اختلاس و تبديد أموال عمومية و النصب و التزوير في وثائق إدارية و تجارية و المشاركة . () عارية من الحجة المقبولة و الكفيلة بتوليد الاقتناع الجازم لدى هذه المحكمة بثبوت تلك الأفعال في حقهما بعد استبعادها لتصريحات المتهم الأول في إطار سلطتها التقديرية لتقدير جواز شهادة متهم على متهم عملا للاجتهاد المتواتر لمحكمة النقض في هذا المقام ما دام أن التصريحات المذكورة لم يقم بالملف دليل أو حتى قرينة تعزز صحتها و رجحان مضمونها ، مما يبقى معه القرار المستأنف مصادف للصواب فيما قضى به من براءة المتهمين ، و كذا من عدم الاختصاص في الطلبات المدنية المقدمة من قبل المطالبة بالحق المدني في مواجهتهما " .

وحيث يتجلى من هذا التعليل أن المحكمة أبرزت بما فيه الكفاية وجه اقتناعها بعدم ثبوت ما نسب الى المطلوب في النقض () في حقه وعللت قرارها في هذا الشأن تعليلا كافيا تعرضت فيه لشهادة المتهم الأول التي استبعدتها في إطار سلطتها التقديرية في تقييم ما يعرض عليها من حجج، والتي لا تمتد إليها رقابة محكمة النقض، فالوسيلة غير مبنية على أساس.

عبء الإثبات:

يقع عبء الإثبات في الميدان الجزري على عاتق النيابة العامة باعتبارها تمثل المجتمع وتملك سلطة المتابعة

الباب الثالث: الدعوى العمومية

المادة 3

تمارس الدعوى العمومية ضد الفاعل الأصلي للجريمة والمساهمين والمشاركين في ارتكابها.

يقيم الدعوى العمومية ويمارسها قضاة النيابة العامة، كما يمكن أن يقيمها الموظفون المكلفون بذلك قانوناً.

يمكن أن يقيمها الطرف المتضرر طبقاً للشروط المحددة في هذا القانون.

إذا أقيمت الدعوى العمومية في حق قاض أو موظف عمومي أو عون أو مأمور للسلطة أو القوة العمومية، فتبلغ إقامتها إلى الوكيل القضائي للمملكة.

الفرع الثاني: وكيل الملك

المادة 39

يمثل وكيل الملك شخصياً أو بواسطة نوابه النيابة العامة، في دائرة نفوذ المحكمة الابتدائية المعين بها، ويمارس الدعوى العمومية تحت مراقبة الوكيل العام للملك إما تلقائياً أو بناء على شكاية أي شخص متضرر.

يمارس وكيل الملك سلطته على نوابه، وله أثناء مزاولته مهامه الحق في تسخير القوة العمومية مباشرة.

يجب عليه أن يخبر الوكيل العام للملك بالجنايات التي تبلغ إلى علمه وكذا بمختلف الأحداث والجرائم الخطيرة أو التي من شأنها أن تخل بالأمن العام.

المادة 365

يجب أن يستهل كل حكم أو قرار أو أمر بالصيغة الآتية:

المملكة المغربية - باسم جلالة الملك وطبقاً للقانون 46.

ويجب أن يحتوي على ما يأتي:

1- بيان الهيئة القضائية التي أصدرته؛

2- تاريخ صدوره؛

3- بيان أطراف الدعوى المحكوم فيها مع تعيين الاسم العائلي والشخصي للمتهم وتاريخ ومحل ولادته وقبيلته وفخذته ومهنته ومحل إقامته وسوابقه القضائية ورقم بطاقة تعريفه عند الاقتضاء؛

46 - تم تغيير وتتميم المادة 365 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11،

- قارن مع مقتضيات الفصل 124 من الدستور الجديد:

"تصدر الأحكام وتنفذ باسم الملك وطبقاً للقانون".

- 4- كيفية وتاريخ الاستدعاء الموجه للأطراف إن اقتضى الحال؛
- 5- بيان الوقائع موضوع المتابعة وتاريخها ومكان اقترافها؛
- 6- حضور الأطراف أو غيابهم وكذا تمثيلهم إن اقتضى الحال والصفة التي حضروا بها ومؤازرة المحامي؛
- 7- حضور الشهود والخبراء والتراجمة عند الاقتضاء؛
- 8- الأسباب الواقعية والقانونية التي يبني عليها الحكم أو القرار أو الأمر ولو في حالة البراءة؛
- 9- بيان مختلف أنواع الضرر التي قبل التعويض عنها في حالة مطالبة طرف مدني بالتعويض عن الضرر الحاصل بسبب الجريمة؛
- 10- منطوق الحكم أو القرار أو الأمر؛
- 11- تصفية المصاريف مع تحديد مدة الإكراه البدني إن اقتضى الحال؛
- 12- اسم القاضي أو القضاة الذين أصدروا الحكم أو القرار أو الأمر واسم ممثل النيابة العامة وكاتب الضبط؛
- 13- توقيع الرئيس الذي تلا الحكم أو القرار أو الأمر وتوقيع كاتب الضبط الذي حضر الجلسة.

المادة 45

يسير وكيل الملك في دائرة نفوذ محكمته أعمال ضباط الشرطة القضائية ويقوم بتنقيطهم في نهاية كل سنة.

يوجه وكيل الملك لائحة التنقيط إلى الوكيل العام للملك قصد إبداء وجهة نظره وإحالتها على السلطة المشرفة إدارياً على ضباط الشرطة القضائية. ويؤخذ هذا التنقيط بعين الاعتبار من أجل التقييم العام للمعني بالأمر.

يقوم الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بتنقيط ضباط الفرقة الوطنية أو الجهوية للشرطة القضائية التي يقع بدائرتها مقرها. ويمكن لهذه الغاية لجميع الوكلاء العاملين للملك أن يرفعوا إليه تلقائياً ملاحظاتهم حول أداء ضباط الفرقة الذين سبق أن أجروا أبحاثاً تحت إشرافهم خلال السنة.

يسهر وكيل الملك على احترام إجراءات الحراسة النظرية وأجالها وعلى مباشرتها في الأماكن المعدة لهذه الغاية الموجودة في دائرة نفوذه. كما يسهر على احترام التدابير الكفيلة باحترام أنسنة ظروف الاعتقال.

يتعين عليه أن يقوم بزيارة هذه الأماكن في أي وقت شاء ومتى دعت الضرورة لذلك، دون أن تقل هذه الزيارة عن مرتين في الشهر، وعليه أيضا مراقبة سجلات الحراسة النظرية.

يحرر تقريراً بمناسبة كل زيارة يقوم بها، ويشعر الوكيل العام للملك بملاحظاته وبما يعاينه من إخلالات.

يتخذ الوكيل العام للملك التدابير والإجراءات الكفيلة بوضع حد للإخلالات ويرفع تقريراً بذلك لوزير العدل.

فالنيابة العامة إذا باعتبارها جهة متابعة هي الملزمة بتقديم الدليل على أن المتهم الذي أحالته على المحاكمة هو الذي قام بالفعل الى جانب الضحية الذي ينصب نفسه مطالباً بالحق المدني.

فالمتهم المائل أمام المحكمة له أن ينكر الفعل المنسوب إليه وليس ملزماً بتقديم دليل على صحة إنكاره.

وهناك بعض الحالات التي يجب على المتهم فيها أن يثبت ما يدعيه وذلك حينما يعترف بالفعل المنسوب إليه ولكنه يدعي أن هناك سببا من أسباب التبرير أو

إذا توفرت أسباب الإباحة.

سواء كانت معفية من العقوبة مثل الفصيلين 124 و 125 ق ج.

ذلك ان الفصل 124 ق ج ينص عل انه " 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 إذا كان في حالة استحال عليه فيها استحالة مادية اجتنابها وذلك لسبب خارجي لم يستطع مقاومته.
 - 3 - إذا كانت الجريمة قد استلزمته حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو عن الغير أو عن ماله أو مال غيره شرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء.
- " قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 7533 الصادر يوم 89/7/6 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 42 و43 :

إن عدم جواب المحكمة على دفع الطاعن بأنه كان في حالة دفاع شرعي حين قام برد الفعل ضد الضحية الذي سبق أن ضربه على رأسه بألة حادة يعد بمثابة نقصان التعليل وينزل منزلة انعدامه ."

- فالمتهم الذي يضبط في يده مسروق ويدعي انه اشتراه فيجب عليه إثبات الشراء.
- وكذا المتهم الذي يضبط متلبسا بالفساد مع امرأة ويدعي أنها زوجته فعليه إثبات الزواج.

- يجب على القاضي الجنائي استحضار مبدأين هما:
- البراءة هي الأصل:

بمعنى أن المتهم يعد بريئاً الى أن يدان بحكم نهائي وقد أصبح هذا المبدأ دستورياً. كما أن الباب الأول من قانون المسطرة الجنائية:

نص على قرينة البراءة وجاء في الفصل الأول:

إن كل متهم يعد بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية "وجاء في الديباجة المقدمة لقانون المسطرة الجنائية أن هذا المبدأ كرسه الدستور وذلك حينما نص " على أن المملكة المغربية تتعهد بالتزام ما تقتضيه المواثيق الدولية من مبادئ وحقوق وواجبات وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دولياً .

كما أن المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 1948/12/10 نص على " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً الى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه " وأكدت هذا الحق المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وتعزيزاً للبراءة فإن المشرع المغربي أحاطها بعدة تدابير أهمها:

- 1 - اعتبار الاعتقال الاحتياطي والمراقبة القضائية تدبيرين استثنائيين المادة 159
- 2 - تحسين ظروف الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي وأحاطتهما بإجراءات مراقبة صارمة من طرف السلطة القضائية.
- 3 - ترسيخ حق المتهم بإشعاره بالتهمة.
- 4 - حقه في الاتصال بمحام خلال فترة تمديد الحراسة النظرية وحق المحامي في تقديم كتابات في نفس الفترة وتضاف إلى المحضر.
- 5 - حق المتهم في إشعار عائلته بوضعه تحت الحراسة النظرية
- 6 - إمكانية النشر الكلي أو الجزئي بقرار عدم المتابعة الذي يصدره قاضي التحقيق بناء على طلب المعني أو النيابة العامة.
- 7 - منع تصوير شخص معتقل أو يحمل أصفادا أو نشر أية إشارة تعرف به دون موافقة منه .

الوضع تحت المراقبة القضائية كبديل لضرورة الاعتقال الاحتياطي :

المادة 160 من قانون المسطرة الجنائية :

- يصدر بأمر من قاضي التحقيق ويمكن استئنافه خلال اليوم الموالي المدة شهرين قابلة للتجديد 5 مرات .

- في حالة عدم احترام المتهم لشروط الوضع تحت المراقبة القضائية يقوم قاضي

التحقيق بإلغائه ويصدر أمراً بإيداعه في السجن.
المادة 161 من قانون المسطرة الجنائية (صيغة محكمة بتاريخ 12 مارس 2018)

من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله

تنص على ما يلي

يتضمن الأمر بوضع المتهم تحت المراقبة القضائية، الخضوع تبعاً لقرار قاضي التحقيق لواحد أو أكثر من التدابير أو الالتزامات التالية:

- 1) عدم مغادرة الحدود الترابية المحددة من طرف قاضي التحقيق؛
- 2) عدم التغيب عن المنزل أو السكن المحدد من طرف قاضي التحقيق إلا وفق الشروط والأسباب التي يحددها القاضي المذكور؛
- 3) عدم التردد على بعض الأماكن التي يحددها قاضي التحقيق؛
- 4) إشعار قاضي التحقيق بأي تنقل خارج الحدود المعينة؛
- 5) التقدم بصفة دورية أمام المصالح والسلطات المعنية من طرف قاضي التحقيق؛
- 6) الاستجابة للاستدعاءات الموجهة إلى الخاضع للمراقبة من أية سلطة أو أي شخص مؤهل معين من طرف القاضي؛
- 7) الخضوع لتدابير المراقبة المتعلقة بالنشاط المهني أو حول مثابرتة على تعليم معين؛
- 8) إغلاق الحدود؛
- 9) تقديم الوثائق المتعلقة بهويته لاسيما جواز السفر إما لكتابة الضبط، أو لمصلحة الشرطة أو الدرك الملكي مقابل وصل؛
- 10) المنع من سيطرة جميع الناقلات أو بعضها، أو تسليم رخصة السياقة لكتابة الضبط مقابل وصل ويمكن لقاضي التحقيق أن يأذن له باستعمال رخصة السياقة لمزاولة نشاطه المهني؛
- 11) المنع من الاتصال ببعض الأشخاص المحددين على وجه الخصوص من طرف قاضي التحقيق؛
- 12) الخضوع لتدابير الفحص والعلاج أو لنظام الاستشفاء سيما من أجل إزالة التسمم؛
- 13) إيداع كفالة مالية يحدد قاضي التحقيق مبلغها وأجل أدائها، مع الأخذ بعين الاعتبار الحالة المادية للمعني بالأمر؛

14) عدم مزاوله بعض الأنشطة ذات طبيعة مهنية أو اجتماعية أو تجارية ماعدا المهام الانتخابية أو النقابية، وذلك في الحالة التي ترتكب فيها الجريمة أثناء ممارسة هذه الأنشطة أو بمناسبةها، أو إذا كان يخشى ارتكاب جريمة جديدة لها علاقة بممارسة النشاط المعني. غير أنه إذا تعلق الأمر بعدم مزاوله مهنة المحاماة، فإن الوكيل العام للملك يحيل الأمر بطلب من قاضي التحقيق على مجلس هيئة المحامين، الذي يبت طبقاً لمقتضيات المواد من 65 إلى 69 من القانون المنظم لمهنة المحاماة وفي حالة عدم البت داخل أجل شهرين من تاريخ الإحالة يعود لقاضي التحقيق اتخاذ القرار بنفسه.

يمكن الطعن في قرار مجلس الهيئة طبقاً لأحكام المادة 90 وما يليها إلى المادة 93 من القانون المذكور

- المواد من 90 إلى 93 أصبحت تقابلها المواد من 94 إلى 97 من القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008)، وأصبحت تقابل المواد من 65 إلى 69 من الظهير المنسوخ المواد من 61 إلى 72 من القانون رقم 28.08 المذكور (الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044).

- تم نسخ الظهير الشريف رقم 1.93.162 صادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) معتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة بموجب المادة 103 من القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008)، وأصبحت تقابل المواد من 65 إلى 69 من الظهير المنسوخ المواد من 61 إلى 72 من القانون رقم 28.08 المذكور (الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 (6 نوفمبر 2008)، ص 4044).

15) عدم إصدار الشيكات؛

16) عدم حيازة الأسلحة وتسليمها إلى المصالح الأمنية المختصة مقابل وصل؛

17) تقديم ضمانات شخصية أو عينية يحددها قاضي التحقيق تستهدف ضمان حقوق الضحية؛

18) إثبات مساهمة المتهم في التحملات العائلية أو أنه يؤدي بانتظام النفقة المحكوم بها عليه.

وإذا تعلق الأمر بمحام فإن السيد الوكيل العام للملك يحيل الملف على النقيب بطلب من قاضي التحقيق وعلى النقيب اتخاذ القرار طبقاً للمادة 65 و69 وان لم يفعل داخل أجل شهرين يرجع الاختصاص للسيد قاضي التحقيق ليتخذ القرار نفسه)
-وطبقاً لمبدأ الأصل هو البراءة: يجب على القاضي أن ينظر في المتهم المائل أمامه كشخص بريء ولا يصدر حكمه ولو نفسياً إلا بعد دراسة الملف والأدلة دراسة وفيه

وعليه أن لا ينطلق من كون المتهم من ذوي السوابق.

الشك يفسر لمصلحة المتهم:

جاء في ديباجة القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية ما يلي :

اهتم قانون المسطرة الجنائية بإبراز المبادئ والأحكام الأساسية في مجال حقوق الإنسان وتوفير ظروف المحاكمة العادلة، وكان توجهه الأساسي يرمي إلى تحقيق تلك المبادئ السامية والمحافظة عليها باعتبارها من الثوابت في نظام العدالة الجنائية المعاصرة، ولذلك فقد حرص على إقرار المبادئ التالية:

- أن تكون المسطرة الجنائية منصفة وحضورية وحافضة لتوازن حقوق الأطراف؛
 - أن تتضمن الفصل بين السلطات المكلفة بممارسة الدعوى العمومية والتحقيق وسلطات الحكم؛
 - أن تتم محاكمة الأشخاص الموجودين في شروط مماثلة والمتابعين بنفس الأفعال على أساس نفس القواعد؛
 - أن كل شخص مشتبه فيه أو متابع تفترض براءته ما دامت إدانته غير مقررة بمقتضى حكم نهائي. وكل مساس ببراءته المفترضة محرم ومعاقب عليه بمقتضى القانون؛
 - أن يفسر الشك دائماً لفائدة المتهم؛
 - أن يتمتع كل شخص بالحق في العلم بجميع أدلة الإثبات القائمة ضده ومناقشتها وأن يكون له الحق في مؤازرة محام؛
 - أن تسهر السلطة القضائية على الإخبار وعلى ضمان حقوق الضحايا خلال مراحل المسطرة الجنائية؛
 - أن يقع البت في التهم المنسوبة إلى الشخص داخل أجل معقول؛
 - كل شخص مدان له الحق في أن يطلب إعادة فحص التهم المنسوبة إليه والمدان من أجلها أمام محكمة أخرى عبر وسائل الطعن المحددة في القانون.
- ويمكن اختصار أهم المبادئ التي تضمنها القانون فيما يلي:

قرينة البراءة:

نصت المادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية على اعتبار البراءة هي الأصل إلى أن تثبت إدانة الشخص بحكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية.

ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)
بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية

قانون رقم 22.01 يتعلق بالمسطرة الجنائية

الكتاب التمهيدي

الباب الأول: قرينة البراءة

المادة 1

كل متهم أو مشتبه فيه بارتكاب جريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به، بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية⁴⁷.

يفسر الشك لفائدة المتهم.

هذا المبدأ يكرس ما تضمنه الدستور من أن المملكة المغربية تتعهد « بالتزام ما تقتضيه المواثيق (الدولية) من مبادئ وحقوق وواجبات وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دولياً⁴⁸ ».

والجدير بالذكر أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 دجنبر 1948 كان قد نص على هذا المبدأ في مادته الحادية عشرة كما يلي: « كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه»، وأكدته المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

وبالإضافة إلى النص صراحة على قرينة البراءة، فإن قانون المسطرة الجنائية أحاطها بعدة تدابير عملية لتعزيزها وتقويتها من بينها:

- اعتبار الاعتقال الاحتياطي والمراقبة القضائية تدبيرين استثنائيين؛
- تحسين ظروف الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي، وإحاطتهما بإجراءات مراقبة صارمة من طرف السلطة القضائية؛
- ترسيخ حق المتهم بإشعاره بالتهمة؛
- حقه في الاتصال بمحامي خلال فترة تمديد الحراسة النظرية، وحق المحامي في تقديم ملاحظات كتابية خلال تلك الفترة؛
- حقه في أن تشعر عائلته بوضعه تحت الحراسة النظرية؛

47 - انظر الفقرة 4 من الفصل 23 من الدستور الجديد: " قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان".

48 - هذا المبدأ كرسه تصدير الدستور الجديد في فقرته الثالثة: " وإدراكاً منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، فإن المملكة المغربية، العضو العامل النشط في المنظمات الدولية، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالمياً".

- إمكانية النشر الكلي أو الجزئي لقرار عدم المتابعة الذي يصدره قاضي التحقيق بالصحة بناء على طلب من يعنيه الأمر أو النيابة العامة؛

- منع تصوير شخص معتقل أو يحمل أصفاداً أو قيوداً أو نشر صورته أو اسمه أو أية إشارة تعرف به دون موافقة منه والمعاقبة على ذلك أو القيام بأية وسيلة كانت بنشر تحقيق أو تعليق أو استطلاع للرأي يتعلق بشخص تجري في حقه مسطرة قضائية سواء كان متهماً أو ضحية دون موافقته. .

احترام قاعدة الشيء المقضي به

الأحكام الحائزة لحجية الشيء المقضي به هي التي تكون قابلة لكل طرق الطعن وأما الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به هي التي تكون غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن العادية.

وأما الأحكام النهائية فهي التي تكون غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن سواء كان عادياً أم غير عادي.

القرار رقم 2011 الصادر بتاريخ 2001/10/03 الملف التجاري رقم 00/1659
حجية الشيء المقضي به تثبت للوقائع لا للقانون.

لئن كان الحكم المؤسس عليه الدفع بسبقية البت، قد قضى برفض طلب الإفراج، فإنه لم يبت في الواقعة المعروضة عليه، وإنما فصل في مسألة قانونية تتعلق بالإطار القانوني الذي ينبغي إخضاع النزاع إليه وهو ظهير 24 ماي 1955 وليس القواعد العامة المستند إليها في الملف موضوع الحكم المذكور
قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

1- القرائن المقررة بمقتضى القانون

الفصل 450

القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي:

1 - التصرفات التي يقضي القانون ببطالها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه؛

2 - الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة، كالتقادم؛

3 - الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي.

الفصل 451

قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له. ويلزم:

1 - أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه؛

2 - أن تؤسس الدعوى على نفس السبب؛

3 - أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة.

ويعتبر في حكم الخصوم الذين كانوا أطرافاً في الدعوى ورثتهم وخلفائهم حين يباشرون حقوق من انتقلت إليهم منهم باستثناء حالة التدليس والتواطؤ.

الفصل 452

لا يعتبر الدفع بقوة الأمر المقضي إلا إذا تمسك به من له مصلحة في إثباته. ولا يسوغ للقاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه.

الفصل 453

القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته من كل إثبات.

ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية.

قانون المسطرة الجنائية صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

المادة 369

كل متهم حكم ببراءته أو بإعفائه، لا يمكن أن يتابع بعد ذلك من أجل نفس الوقائع ولو وصفت بوصف قانوني آخر.

حقاً فإنه للقول بسبقية البت في الدعوى وأن الحكم اكتسب قوة الشيء المحكوم به، وبالتالي يعتبر قرينة قاطعة على صحة ما قضى به لا تقبل إثبات العكس، فلا بد من توفر عدة شروط منها اتحاد الموضوع أو محل الحق، واتحاد السبب وأن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة...

وبالتالي فإنه وإن توافرت بعض من الشروط المذكورة أعلاه فإن الحق المطالب به في هذه الدعوى يختلف عن الحق الذي سبق المطالبة به... ولم تجب على ما ورد في المقال الاستئنافي كون المدة المطلوبة في الدعوى المتمسك بها من طرف المطلوب تختلف عن المدة موضوع هذه الدعوى، رغم ما قد يكون لذلك من أثر على القرار فحاشى ناقص التعليل الموازي لانعدامه وكان ما بالوسيلة وارد على المقال "...

قرار محكمة النقض عدد 2/300، في الملف التجاري عدد: 2013/2/3/1429 بتاريخ 2014/5/15 غير منشور.

وحيث إن الدعوى الجمركية مستقلة عن دعوى الحق العام، وهي ذات صبغة خاصة تخضع لمدونة الجمارك ولا تخضع للقواعد العامة للمسطرة الجنائية.

حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قضت بسقوط الدعوى العمومية في حق المطلوب في النقض بعلّة سبق البت فيها بمقتضى القرار الاستئنافي عدد 10/7/814 بتاريخ 2011/4/27 الذي أدانته من أجل مسك المخدرات والاتجار فيها على الصعيد الوطني والدولي والارتشاء واستهلاك المخدرات، والحال أن المتابعة موضوع النازلة تتعلق بالمشاركة في تصدير المخدرات بدون تصريح و لا ترخيص طبقا للفصول 279 مكرر و 279 مكرر مرتين و 221 من مدونة الجمارك ، و ليس بالملف ما يثبت صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به بالنسبة لهذا الفعل الذي يشكل جريمة جمركية لا علاقة لها بالأفعال التي أدين من أجلها المطلوب بالحكم السابق ، و بذلك تكون المحكمة بقضاءها على النحو المذكور قد أساءت تطبيق القانون و أضفت على قرارها عيب فساد التعليل المنزل منزلة انعدامه و عرضته بالتالي للنقض و الابطال .

القرار عدد 12/378

الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2018/3/06

في ملف جنحي عدد 2018/12/6/12279

إعطاء التكييف القانوني الصحيح والقانوني

العبرة ليست بتكييف المحكمة بل العبرة بالتكييف القانوني.

بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 518 من قانون المسطرة الجنائية، تمتد مراقبة محكمة النقض إلى التكييف القانوني للوقائع المبنية عليها المتابعة الجنائية.

يتعين على المحكمة و هي بصدد تقدير حقيقة الوقائع و وصفها الوصف القانوني السليم، أن تعتبر في ذلك كل العناصر ذات الصلة بالواقع، و مدى إسهامها في قيام كافة عناصر التهمة محل المتابعة.

يتوجب على المحكمة أن تقدر حقيقة الوقائع وتصفه الوصف الملائم.

القرار عدد 5/646

الصادر عن محكمة النقض في مل جنائي عدد 2017/5/6/18652

بتاريخ 2018/5/09

جاء في قرار محكمة النقض أنه بالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أن الطالب التمس في مقاله الحكم ببطلان عقد البيع المبرم بينه وبين المطلوب في النقض لكون هيكل السيارة -موضوع البيع- مزور مما أدى إلى حجزها من طرف الشرطة حسب الثابت من المحضر المحرر من شرطة فاس عدد 14367\ش.ق. وتاريخ 17\06\02 مما يدل على أن السيارة أصبحت غير مسموح بالتعامل بشأنها وبالتالي لا تصلح أن تكون محلا للالتزام، والمحكمة عوض أن تثبت في الطلب في إطاره القانوني المشار إليه أعلاه قامت

بتكليف الدعوى على أساس الفصل 553 من قانون الالتزامات و العقود المتعلق بضمان عيوب الشيء المبيع، ورتبت على ذلك سقوط الدعوى لعدم إخطار المطلوب في النقض بالعيب داخل أجل 7 ايام، تكون بذلك قد بنت قضاءها على غير أساس قانوني، وعللت قرارها تعليلا فاسدا يستوجب نقضه.

– قرار المجلس الأعلى، عدد: 1180، في الملف المدني عدد 2003\7\1\4008 بتاريخ 20\4\2005، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 63، مطبعة الأمنية الرباط سنة 2007، ص:43 وما بعدها.

إذا كانت محكمة الاستئناف غير مقيدة بالوصف الذي رفعت به الدعوى الجنحية إليها، فلا يمكنها تغيير الوصف إلا بعد إشعار المتابع بفحواه حينما يكون ذلك سببا في تشديد وضعيته من حيث العقاب.

مجلة قضاء المجلس الأعلى

العدد الخامس والخمسون

القرار رقم 1484/5

المؤرخ في 29/7/98

الملف الجنحي رقم 4998/3/5/96

لئن كانت غرفة الجنايات لا ترتبط بتكليف الجريمة المحال عليها ، و يجب عليها تكليف قانونا الأفعال التي تحال إليها ، و أن تطبق عليها النصوص الجنائية مع نتيجة بحث القضية في الجلسة ، فإنه يتعين كلما لجأت إلى إعادة تكليف الجريمة المحال عليها أن تعلق قرارها و تبين فيه توافر عناصر الجريمة في الوصف الجديد المأخوذ به و غيابها في الوصف المتروك .

القرار عدد 5/653

الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2018/5/16

في ملف جنائي عدد 2017/5/6/19524

اعترافات المتهم أمام السيد وكيل الملك وسيلة قانونية يعمل بها في الإثبات الجنائي :

" وحيث إن اعترافات المتهم أمام السيد وكيل الملك صدرت عنه عن بينة واختيار ووفق إرادة حرة وسليمة وجاءت مطابقة لتصريحاته المفصلة في مرحلة البحث

التمهيدي، وبالتالي فهي تنهض دليلاً قانونياً مقبولاً لإثبات عرض الرشوة بعناصرها التكوينية الواردة بمضمون الفصلين 248 و251 من القانون الجنائي

وحيث يتجلى من هذا التعليل أن المحكمة أبرزت العناصر الواقعية والقانونية للجناية وفق ما تقتضيه فصل القانون المنطبق عليها، وعللت قرارها تعليلاً كافياً ناقشت فيه وسائل الإثبات المعروضة عليها، والتي اعتمدها فيما انتهت إليه،

ويعتبر سكوتها عن ملتمس استدعاء الشهود بمثابة رفض ضمني له، مما تكون معه الوسيلتان غير مرتكزتان على أساس.

القرار عدد 1/538

المؤرخ في 2015/4/29

الصادر عن محكمة النقض في ملف جنائي عدد 2013/15362.

مراعاة التقادم الجنائي من النظام العام يثار في أية مرحلة من الدعوى الجنائية تلقائياً

:

قانون المسطرة الجنائية صيغة محينة بتاريخ فاتح يونيو 2015

القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله

الباب السادس: تقادم العقوبات

المادة 648

يترتب عن تقادم العقوبة تخلص المحكوم عليه من آثار الإدانة إذا لم تكن العقوبة قد نفذت خلال الأجل المحددة في المادة 649 وما بعدها إلى المادة 651 بعده.

غير أنه، مع ذلك، فإن حالات انعدام الأهلية المحكوم بها في مقرر الإدانة أو التي تكون نتيجة قانونية لهذا المقرر تبقى سارية المفعول.

ينقطع التقادم فيما يخص استيفاء المصاريف القضائية والغرامات، بكل إجراء من إجراءات التحصيل يتم بمسعى من الجهات المأذون لها بتحصيل تلك الأموال.

المادة 649

تتقدم العقوبات الجنائية بمضي خمس عشرة 49 سنة ميلادية كاملة، تحسب ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر بالعقوبة مكتسباً لقوة الشيء المقضي به. إذا تقدمت عقوبة المحكوم عليه، فإنه يخضع بقوة القانون طيلة حياته للمنع من الإقامة في دائرة العمالة أو الإقليم التي يستقر بها الضحية الذي ارتكبت الجريمة على شخصه أو على أمواله أو يستقر بها ورثته المباشرون. تطبق على المنع من الإقامة في هذه الحالة مقتضيات القانون الجنائي.

المادة 650

تتقدم العقوبات الجنحية بمضي أربع 50 سنوات ميلادية كاملة، ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر بالعقوبة مكتسباً لقوة الشيء المقضي به. غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المحكوم بها تتجاوز خمس سنوات، فإن مدة التقادم تكون مساوية لمدة العقوبة.

المادة 651

تتقدم العقوبات عن المخالفات بمضي سنة 51 ميلادية كاملة، تحسب ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر بالعقوبة مكتسباً لقوة الشيء المقضي به.

المادة 652

لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن يقبل من شخص تقدمه لتنفيذ ما حكم به عليه في غيبته، أو بناءً على المسطرة الغيابية، إذا تقدمت العقوبة المحكوم بها عليه.

المادة 653

تتقدم المقتضيات المدنية الواردة في منطوق مقرر زجري مكتسب لقوة الشيء المقضي به حسب قواعد تقادم الأحكام المدنية.

المادة 1-65352

لا تتقدم العقوبات الصادرة بشأن جرائم ينص على عدم تقدمها القانون أو اتفاقية دولية صادقت عليها المملكة المغربية ونشرت بالجريدة الرسمية.

49 - تم تغيير وتنظيم المادة 649 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11،.

50 - تم تغيير وتنظيم المادة 650 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11.

51 - تم تغيير وتنظيم المادة 651 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11،.

52 - تمت إضافة المادة 1-653 أعلاه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 35.11، .

الباب الثالث: الدعوى العمومية

المادة 4

تسقط الدعوى العمومية بموت الشخص المتابع، وبالتقادم وبالعفو الشامل وبنسخ المقتضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به. وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك.

المادة 53 5

تتقادم الدعوى العمومية، ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك بمرور:

- خمس عشرة سنة ميلادية كاملة تبتدى من يوم ارتكاب الجريمة؛

- أربع سنوات ميلادية كاملة تبتدى من يوم ارتكاب الجريمة؛

- سنة ميلادية كاملة تبتدى من يوم ارتكاب المخالفة.

غير أنه إذا كان الضحية قاصراً وتعرض لاعتداء جرمي ارتكبه في حقه أحد أصوله أو من له عليه رعاية أو كفالة أو سلطة، فإن أمد التقادم يبدأ في السريان من جديد لنفس المدة ابتداء من تاريخ بلوغ الضحية سن الرشد المدني.

لا تتقادم الدعوى العمومية الناشئة عن الجرائم التي ينص على عدم تقادمها القانون أو اتفاقية دولية صادقت عليها المملكة المغربية وتم نشرها بالجريدة الرسمية.

المادة 54 6

ينقطع أمد تقادم الدعوى العمومية بكل إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق أو المحاكمة تقوم به السلطة القضائية أو تأمر به، وبكل إجراء يعتبره القانون قاطعاً للتقادم.

يقصد بإجراءات المتابعة في مفهوم هذه المادة، كل إجراء يترتب عنه رفع الدعوى العمومية إلى هيئة التحقيق أو هيئة الحكم.

يقصد بإجراءات التحقيق في مفهوم هذه المادة، كل إجراء صادر عن قاضي التحقيق خلال مرحلة التحقيق الإعدادي أو التحقيق التكميلي وفقاً لمقتضيات القسم الثالث من الكتاب الأول من هذا القانون.

53 - تم تغيير وتتميم المادة 5 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5990 بتاريخ 29 ذو القعدة 1432 (27 أكتوبر 2011)، ص 5235.

54 - تم تغيير وتتميم المادة 6 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11، .

يقصد بإجراءات المحاكمة في مفهوم هذه المادة، كل إجراء تتخذه المحكمة خلال دراستها للدعوى.

يسري هذا الانقطاع كذلك بالنسبة للأشخاص الذين لم يشملهم إجراء التحقيق أو المتابعة أو المحاكمة.

يسري أجل جديد للتقادم ابتداء من تاريخ آخر إجراء انقطع به أمده، وتكون مدته مساوية للمدة المحددة في المادة السابقة.

تتوقف مدة تقادم الدعوى العمومية فيما إذا كانت استحالة إقامتها ترجع إلى القانون نفسه.

يبدأ التقادم من جديد ابتداء من اليوم الذي ترتفع فيه الاستحالة لمدة تساوي ما بقي من أمده في وقت توقفه.

الباب السادس: تقادم العقوبات

المادة 648

يترتب عن تقادم العقوبة تخلص المحكوم عليه من آثار الإدانة إذا لم تكن العقوبة قد نفذت خلال الأجل المحددة في المادة 649 وما بعدها إلى المادة 651 بعده.

غير أنه، مع ذلك، فإن حالات انعدام الأهلية المحكوم بها في مقرر الإدانة أو التي تكون نتيجة قانونية لهذا المقرر تبقى سارية المفعول.

ينقطع التقادم فيما يخص استيفاء المصاريف القضائية والغرامات، بكل إجراء من إجراءات التحصيل يتم بمسعى من الجهات المأذون لها بتحصيل تلك الأموال.

المادة 649

تتقادم العقوبات الجنائية بمضي خمس عشرة 55 سنة ميلادية كاملة، تحسب ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر بالعقوبة مكتسباً لقوة الشيء المقضي به.

إذا تقادمت عقوبة المحكوم عليه، فإنه يخضع بقوة القانون طيلة حياته للمنع من الإقامة في دائرة العمالة أو الإقليم التي يستقر بها الضحية الذي ارتكبت الجريمة على شخصه أو على أمواله أو يستقر بها ورثته المباشرون.

تطبق على المنع من الإقامة في هذه الحالة مقتضيات القانون الجنائي.

المادة 650

تتقدم العقوبات الجنحية بمضي أربع 56 سنوات ميلادية كاملة، ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر بالعقوبة مكتسباً لقوة الشيء المقضي به.
غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المحكوم بها تتجاوز خمس سنوات، فإن مدة التقادم تكون مساوية لمدة العقوبة.

المادة 651

تتقدم العقوبات عن المخالفات بمضي سنة 57 ميلادية كاملة، تحسب ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم الصادر بالعقوبة مكتسباً لقوة الشيء المقضي به.

المادة 652

لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن يقبل من شخص تقدمه لتنفيذ ما حكم به عليه في غيبته، أو بناءً على المسطرة الغيابية، إذا تقدمت العقوبة المحكوم بها عليه.

المادة 653

تتقدم المقتضيات المدنية الواردة في منطوق مقرر زجري مكتسب لقوة الشيء المقضي به حسب قواعد تقادم الأحكام المدنية.

المادة 1-65358

لا تتقدم العقوبات الصادرة بشأن جرائم ينص على عدم تقدمها القانون أو اتفاقية دولية صادقت عليها المملكة المغربية ونشرت بالجريدة الرسمية.

القرار 20 929 الصادر بتاريخ 28 دجنبر 1994 ملف جنحي 26499-92

تقادم المخالفات الغابوية – تطبيق الفصل 75 من ظهير 1917/10/10

- التقادم من النظام العام يمكن أن يثار في أية مرحلة من مراحل التقاضي. - التقادم بالنسبة لمخالفات المياه و الغابات يحدد في ستة أشهر طبقاً للفصل 75 من ظهير 1917/10/10.

56 - تم تغيير وتنميط المادة 650 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11، .

57 - تم تغيير وتنميط المادة 651 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11، .

58 - تمت إضافة المادة 1-653 أعلاه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 35.11، سالف الذكر.

التقادم المسقط للدعوى العمومية يطال وقائع الجريمة ويمحو الصفة الاجرامية ويزيل الجريمة نفسها

اذا كانت بداية احتساب الآجال بالنسبة لتقادم تنفيذ العقوبة هو تاريخ صدور الحكم. فان هذا الحكم ينبغي ان يكون منهيًا للخصومة الجنائية وباتا بصفة نهائية وغير قابل للطعن وموجبا للتنفيذ، وعليه فان الاحكام الغيابية لا تكون نهائية الا بعد تبليغها بصفة قانونية وفوات اجل التعرض او الاستئناف. واذا لم يقع التبليغ او اطلاع المتهم على الحكم فان هذا الاجل يمتد الى انتهاء اجل تقادم العقوبة طبقا للفصل 373 من قانون المسطرة الجنائية.

تقادم الدعوى العمومية غير تقادم تنفيذ العقوبة ذلك ان التقادم المسقط للدعوى العمومية يطال وقائع الجريمة ويمحو الصفة الاجرامية ويزيل الجريمة نفسها وبالتالي يمنع على قضاة الموضوع النظر في الافعال المعروضة عليهم ويتحتم عليهم التصريح بسقوط الدعوى.

– ان تقادم الدعوى العمومية يطال وقائع الجريمة ويمحو الصفة الاجرامية ويزيل الجريمة نفسها بينما تقادم تنفيذ العقوبة يطال اجراءات التنفيذ ويترتب عن تخلص المحكوم عليه من تنفيذ الحكم –

وان وصف خطأ في حق المحكوم عليه بمثابة الحضورى فانه في الحقيقة وطبقا لمقتضيات الفصل 371 من قانون المسطرة الجنائية صدر غيابيا ذلك انه وحسبما يتضمنه الحكم المذكور فان المحكوم عليه وان توصل شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر فانه لا يوجد بالحكم ما يفيد انه تخلف بدون عذر مشروع. فكان بذلك قابلا للطعن بطريق التعرض او الاستئناف وبالتالي لا يبتدىء اجل تنفيذ العقوبة في شأنه الا بعد صيرورته نهائيا.

مجلة قضاء المجلس الاعلى – الاصدار الرقمي دجنبر 2000 – العدد 52

محكمة النقض – المغرب

التقادم في الميدان المدني

التقادم لا يسقط الحق مهما طال الأمد

التقادم في الميدان المدني مبني على قرينة الوفاء

قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

الباب السابع: التقادم

الفصل 372

التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به. وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه.

الفصل 373

لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم، ولكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله

الفصل 374

يسوغ للدائن ولكل شخص آخر له مصلحة في التمسك بالتقادم، كالكفيل، أن يتمسك به ولو تنازل عنه المدين الأصلي.

الفصل 375

لا يسوغ للمتعاقدين، بمقتضى اتفاقات خاصة، تمديد أجل التقادم إلى أكثر من الخمس عشرة سنة التي يحددها القانون.

الفصل 376

التقادم يسقط الدعوى المتعلقة بالالتزامات التبعية في نفس الوقت الذي يسقط فيه الدعوى المتعلقة بالالتزام الأصلي، ولو كان الزمن المحدد لتقادم الالتزامات التبعية لم ينقض بعد.

الباب الثاني: تنفيذ الالتزامات

الفصل 236

- يجوز للمدين أن ينفذ الالتزام إما بنفسه وإما بواسطة شخص آخر. ويجب عليه أن ينفذه بنفسه:
- أ - إذا اشترط صراحة أن يقوم شخصيا بأداء الالتزام. وفي هذه الحالة لا يسوغ له أن يجعل شخصا آخر مكانه ولو كان هذا الشخص أفضل منه في أدائه.
 - ب - إذا نتج هذا الاستثناء ضمنيا من طبيعة الالتزام أو من الظروف ومثال ذلك أن يتمتع المدين بمهارة شخصية تكون أحد البواعث الدافعة لإبرام العقد.

الفصل 237

إذا لم يكن واجبا تنفيذ الالتزام من المدين شخصيا، ساع أن ينفذ من الغير ولو برغم إرادة الدائن. ويبرئ هذا التنفيذ ذمة المدين، بشرط أن يكون ذلك الغير قد عمل لحسابه وإبراء لذمته.

ولا يجوز أن ينفذ الالتزام من الغير برغم إرادة المدين والدائن معا.

الفصل 238

يجب أن يقع الوفاء للدائن نفسه أو لممثله المأذون له على وجه صحيح أو للشخص الذي يعينه الدائن لقبض الدين. والوفاء لمن ليست له صلاحية استيفاء الدين لا يبرئ ذمة المدين إلا:

1 - إذا أقره الدائن، ولو ضمناً أو استفاد منه.

2 - إذا أذنت به المحكمة.

الفصل 239

من قدم توصيلاً أو إبراء من الدائن أو سندا يأذن له بقبض ما هو مستحق له افتراض فيه أنه مأذون في استيفاء الالتزام، ما لم يكن المدين في واقع الأمر قد علم أو كان عليه أن يعلم أن لا حقيقة لهذا الإذن.

الفصل 240

يكون صحيحاً الوفاء الحاصل بحسن نية لمن يحوز الحق، كالوارث الظاهر ولو استحق منه فيما بعد.

الفصل 241

إذا حصل الوفاء من مدين ليست له أهلية التصرف، أو لدائن ليست له أهلية قبض الدين، اتبعت القواعد الآتية:

1 - الوفاء أو التنفيذ الذي يقوم على شيء مستحق ولا يضر بناقص الأهلية الذي أجراه ينقضي به الدين، ولا يسوغ الاسترداد ضد الدائن الذي قبضه؛

2 - الوفاء الحاصل لناقص الأهلية يكون صحيحاً، إذا أثبت المدين أنه استفاد منه على معنى الفصل 9.

الفصل 242

لا تبرأ ذمة المدين إلا بتسليم ما ورد في الالتزام، قدراً وصنفاً.

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 59 عند سكوت هذا السند.

الفصل 243

إذا لم يكن هناك إلا مدين واحد، لم يجبر الدائن على أن يستوفي الالتزام على أجزاء، ولو كان هذا الالتزام قابلاً للتجزئة، وذلك ما لم يتفق على خلافه إلا إذا تعلق الأمر بالكمبيالات.

(ظهر 18 مارس 1917) ومع ذلك، يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه أجلاً معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها.

الفصل 244

إذا لم يعين الشيء إلا بنوعه لم يكن المدين ملزماً بأن يعطي ذلك الشيء من أحسن نوع، كما لا يمكنه أن يعطيه من أردئه.

الفصل 245

تبرأ ذمة المدين بشيء معين بذاته بتسليمه في الحالة التي كان عليها وقت العقد، ومع ذلك يكون مسؤولاً عن العيوب التي تحصل منذ هذا التاريخ:

1 - إذا نشأ العيب عن فعل أو خطأ يتحمل مسؤوليته، وفقاً للأحكام المقررة في الجرائم وأشباه الجرائم؛

2 - إذا كان في حالة مَطْل وقت حصول العيب.

الفصل 246

إذا كان محل الالتزام أشياء مثلية لا يكون المدين ملتزماً إلا بنفس المقدار والصفة والنوع، المبينة في الالتزام كيفما كانت الزيادة أو النقص في القيمة.

وإذا أصبحت الأشياء محل الالتزام غير موجودة عند حلول الأجل، كان للدائن الخيار بين أن ينتظر حتى توجد وبين أن يفسخ الالتزام وأن يسترد ما سبق له دفعه بسبب العقد.

الفصل 247

إذا كان اسم العملة الواردة في الالتزام يسري على نقود عديدة متداولة قانوناً ولكنها مختلفة القيمة، كان للمدين، عند الشك، أن يبرئ ذمته بالدفع بالنقود الأقل قيمة.

ومع ذلك ففي العقود التبادلية يفترض في المدين أنه ملتزم بالنقود الأكثر استعمالاً. فإن كانت العملات على قدم المساواة في الاستعمال وجب إبطال العقد.

الفصل 248

يجب تنفيذ الالتزام في المكان الذي تقتضيه طبيعة الشيء أو يحدده الاتفاق، فإذا لم يحدد الاتفاق مكاناً للتنفيذ، وجب أن يقع في مكان إبرام العقد، إذا قام على أشياء يكون نقلها كثيراً الكلفة أو صعباً. وإذا كان من الممكن نقل محل الالتزام، دون صعوبة، ساع للمدين أن يقوم بالوفاء أينما وجد الدائن ما لم يكن للدائن مبرر معقول في عدم قبول الوفاء المعروف عليه.

وفي الالتزامات الناشئة عن الجريمة، يحصل التنفيذ في مقر المحكمة التي باشرت القضية.

الفصل 249

القواعد الخاصة بالوقت الذي يجب حصول التنفيذ فيه مبينة في الفصل 127 وما بعده.

الفصل 250

مصروفات الوفاء تقع على عاتق المدين، ومصروفات القبض تقع على عاتق الدائن، وذلك ما لم يشترط عكسه أو تجري العادة بخلافه، ومع استثناء الحالات التي يقضي فيها القانون بحكم مخالف.

الفصل 251

للمدين الذي وفى الالتزام الحق في أن يطلب استرداد السند المثبت لدينه، موقعا عليه بما يفيد براءة ذمته. فإن تعذر على الدائن أن يرد سند الدين أو كانت له مصلحة مشروعة في الاحتفاظ به حق للمدين أن يطلب على نفقته، توصيلا مؤقتا مثبتا براءته.

الفصل 252

للمدين الذي يفى ببعض الالتزام الحق في أن يطلب إعطائه توصيلا بما يدفعه وله أيضا أن يطلب التأشير بما يفيد حصول الوفاء الجزئي على سند الدين.

الفصل 253

إذا كان الملتزم به إيرادا مرتبا أو وجيبة كراء أو غيرها من الأداءات الدورية، فإن التوصيل الذي يعطى، من غير تحفظ، عن قسط معين يقوم قرينة على حصول الوفاء بالأقساط المستحقة عن مدد سابقة لتاريخ حصوله.

- ابتداء من فاتح نونبر 1961، صارت الالتزامات أيا كان نوعها تحرر وجوبا بالدرهم فيما إذا كان يجب التعبير عن مبلغها بالعملة الوطنية؛ كما حولت بحكم القانون ابتداء من نفس التاريخ الالتزامات التي سبق تحريرها بالفرنكات المغربية إلى الدرهم لأجل تنفيذها. الظهير الشريف رقم 1-59-387 بتاريخ 22 شوال 1379 (19 أبريل 1960) يقضى باستعمال الدرهم في ميدان الالتزامات، الجريدة الرسمية عدد 2479 بتاريخ 2 ذي القعدة 1379 (29 أبريل 1960)، ص 1426. مع الإشارة إن تاريخ إجراء العمل الذي كان محددًا في فاتح نونبر 1960 بمقتضى هذا الظهير تم تأخيره إلى فاتح نونبر 1961 طبقا للظهير الشريف بتاريخ 5 جمادى الأولى 1380 (16 أكتوبر 1960)، الجريدة الرسمية عدد 2506 بتاريخ 14 جمادى الأولى 1380 (4 نونبر 1960)، ص 3293.

مراعاة القرينة القانونية

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

- القرائن المقررة بمقتضى القانون

الفصل 450

القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي:

1 - التصرفات التي يقضى القانون ببطانها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه؛

2 - الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة، كالتقادم؛

3 - الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي.

الفصل 453

القرينة القانونية تعفي من تقرر لمصلحته من كل إثبات.

ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية.

كرست المادة 188 60 من مدونة الأسرة قرينة ملاءة الذمة المالية للملزم قانونا أو الملتمزم تطوعا بالإنفاق على غيره إلى أن يثبت العكس .

من ادعى شيئا عليه إثباته

من المقرر أن من ادعى شيئا عليه إثباته ، وأن ما يثبت بحجة كتابية لا يمكن دحضه إلا بحجة كتابية مماثلة

قانون الالتزامات و العقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

القسم السابع: إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها

الباب الأول: أحكام عامة

الفصل 399

إثبات الالتزام على مدعيه.

الفصل 400

إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه.

تقارير تشكل الدليل الكتابي منصوص عليها في مدونة الشغل

مدونة الشغل

صيغة محينة بتاريخ 26 أكتوبر 2011

60 المادة 188

لا تجب على الإنسان نفقة غيره إلا بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه، وتفترض الملاءة إلى أن يثبت العكس.

القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل

كما تم تغييره

الفرع السابع: شهادة الشغل

تعفى شهادة الشغل من رسوم التسجيل ولو اشتملت على بيانات أخرى غير تلك الواردة في الفقرة الثانية أعلاه. ويشمل الإعفاء الشهادة التي تتضمن عبارة "حر من كل التزام" أو أي صياغة أخرى تثبت إنهاء عقد الشغل بصفة طبيعية.

الفرع الثامن: توصيل تصفية كل حساب

المادة 73

"التوصيل عن تصفية كل حساب" هو التوصيل الذي يسلمه الأجير للمشغل، عند إنهاء العقد لأي سبب كان، وذلك قصد تصفية كل الادعاءات تجاهه.

يعتبر باطلا كل إبراء أو صلح، طبقا للفصل 1098

من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه.

- انظر الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود:

الصلح عقد، بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معيناً أو حقا.

المادة 39

يقوم مفتش الشغل في هذه الحالة الأخيرة بمعاينة عرقلة سير المؤسسة وتحرير محضر بشأنها.

المادة 63

يقع على عاتق المشغل عبء إثبات وجود مبرر مقبول للفصل، كما يقع عليه عبء الإثبات عندما يدعي مغادرة الأجير لشغله.

الباب الثالث: المصالح الطبية للشغل

المادة 307

يتولى رئيس المصلحة الطبية المستقلة أو المشتركة بين المقاولات، إدارة المصلحة. ويجب عليه أن يوجه سنويا، تقريرا حول تنظيم المصلحة، وسيرها، وتديرها المالي عن السنة الفارطة، إلى كل من العون المكلف بتفتيش الشغل، وإلى الطبيب المكلف بتفتيش

الشغل، وإلى مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين بالمقابلة عند وجودهم، وإلى مناديب السلامة، إذا تعلق الأمر بالمقاولات المنجمية التي يسري عليها النظام المنجمي.

يحدد نموذج هذا التقرير من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالشغل

المادة 313

يجب أن يكون، كل إجراء تأديبي، يعترزم المشغل أو رئيس المصلحة الطبية المشتركة بين المقاولات اتخاذه في حق طبيب الشغل، موضوع قرار، يوافق عليه العون المكلف بتفتيش الشغل، بعد أخذ رأي الطبيب مفتش الشغل.

مفتش الشغل

1- قرار لوزير التشغيل والتكوين المهني رقم 3124.10 صادر في 15 من ذي الحجة 1431 (22 نوفمبر 2010) بتطبيق أحكام المادتين 305 و330 من القانون رقم 65.99 بمثابة مدونة الشغل، الجريدة الرسمية عدد المادة 325

يقوم طبيب الشغل بمسك بطاقة للمقابلة، يعمل على تحيينها باستمرار، تتضمن لائحة الأخطار والأمراض المهنية إن وجدت، وعدد الأجراء المعرضين لهاته الأخطار والأمراض.

توجه هذه البطاقة للمشغل وللجنة حفظ الصحة والسلامة، وتوضع رهن إشارة العون المكلف بتفتيش الشغل والطبيب مفتش الشغل.

5902 بتاريخ 17 محرم 1432 (23 ديسمبر 2010)، ص 5406.

الباب الثاني: الأحكام المتعلقة بمقاولات التشغيل المؤقت

المادة 506

يجب على وكالات التشغيل الخصوصية التي تباشر نشاطها قبل تاريخ صدور هذا القانون أن تتخذ في أجل لا يتعدى ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية كل الإجراءات الكفيلة بتسوية وضعيتها وفق ما تقتضيه مقتضياته.

يمكن للمحكمة المختصة في حالة عدم التقيد بأحكام الفقرة السابقة وبناء على محضر مفتش الشغل أن تأمر بإغلاق وكالة التشغيل الخصوصية.

المادة 534

يجب على الأعوان المكلفين بتفتيش الشغل، حين قيامهم بزيارة من زيارات المراقبة، أن يخبروا المشغل أو من ينوب عنه بوجودهم، ما لم يعتبروا أن هذا الإشعار قد يضر بفعالية المراقبة.

يجب على الأعوان المكلفين بتفتيش الشغل، حين قيامهم بزيارة من زيارات المراقبة، أن يحرروا تقريراً عن كل زيارة يقومون بها.

تحدد السلطة الحكومية المكلفة بالشغل نموذج هذا التقرير

1 - قرار لوزير التشغيل والتكوين المهني رقم 351.05 صادر في 29 من ذي الحجة 1425 (9 فبراير 2005) بتحديد نموذج التقرير المتعلق بزيارات المراقبة التي يقوم بها الأعوان المكلفون بتفتيش الشغل، الجريدة الرسمية عدد 5300 بتاريخ 6 صفر 1426 (17 مارس 2005)، ص 1001 المادة 583

إذا استدعي أحد الأطراف بصفة قانونية للمثول أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة، أو أمام اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، أو أمام الحكم، أو أمام الغرفة التحكيمية، في حالة إجراء بحث تكميلي ولم يحضر من غير أن يكون لديه عذر مقبول ودون أن ينيب عنه ممثلاً قانونياً، فإن رئيس اللجنة المعنية، أو الحكم، يحرر تقريراً في الموضوع، ويوجهه إلى الوزير المكلف بالشغل الذي يحيله إلى النيابة

المادة 584

إذا امتنع أحد الأطراف عن تقديم الوثائق المشار إليها في المادة 561 أعلاه، فإن رئيس لجنة البحث والمصالحة المعنية، أو الحكم، يعد تقريراً في الموضوع، ويوجهه إلى الوزير المكلف بالشغل الذي يحيله إلى النيابة العامة.

تكتسى رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية

القانون المتعلق بالحالة المدنية

ظهير شريف رقم 1-02-239 صادر في 25 من رجب 1423 بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية (ج. ر. بتاريخ 2 رمضان 1423 - 7 نوفمبر 2002).
الجريدة الرسمية رقم 5054 الصادرة يوم الخميس 7 نونبر 2002.

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 تنظيمي.

المادة 2

تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية، مع اعتبار الشروط الشرعية في إثبات النسب والأحوال الشخصية -61 .
إثبات عقد الزواج و الطلاق -62.

61 _

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 26 يوليو 2010
القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما تم تعديله

62_

شرط الإشهاد في عقد النكاح

الدكتور محمد الكشور
أستاذ بكلية الحقوق - الدار البيضاء

مجلة المحاكم المغربية، عدد، 52، 6

مقدمة:

1 - يبرم عقد الزواج عادة بإيجاب يصدر من احد طرفيه وقبول يطابق هذا الإيجاب يصدر من الطرف الثاني. الا انه، ونظرا لأهمية هذا العقد وخطورة الاثار التي تترتب عليه، فان الشارع الحنيف قد اضاف للركنين السالفين شروطا اخرى لا يصح الزواج الا بتوافرها. من هذه الشروط انه يجب ان يكون كل من الزوجين بالغا عاقلا وان يكون خاليا من الموانع الشرعية وان تمثل المرأة في العقد بوليها وان يكون للمرأة مهر واخيرا ان يتم الاشهاد على الزواج.(1)

واختلال احد هذه الشروط يجعل عقد الزواج فاسدا، فيكون إذن توافر الشرط من عدمه فاصلا بين الصحة وعدمها في هذا الصدد.

لقد جرى العمل الفقهي والقضائي عموما على التعامل مع هذه الشروط بحذر شديد، فلا يصرح بفساد عقد الزواج الا في الحالات التي تكون فيها الحجة جد قوية لا تخلف الشرط، بخصوص عندما يمس النزاع نسب الأولاد وعرض الزوجة.

1) راجع الفصلين الرابع والخامس من مدونة الأحوال لشخصية

انظر للزيادة في الإيضاح حول اركان عقد الزواج وشروطه، الدكتور صلاح الدين زكي.

أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة 1985 . ص33 وما بعدها.

وبالإضافة الى ما سبق، فان المتمعن جيدا في احكام الفقه الاسلامي بوجه عام، وفي احكام مدونة الاحوال الشخصية بوجه خاص سيلاحظ انه لا تلازم دائما بين فساد عقد الزواج وعدم ثبوت النسب مادام ان هذا الاخير يثبت في حالات يكون فيها الفساد بينا (2).

والقرار الذي نحن بصدده يطرح مشاكل قانونية تتصل اساسا بشرط الإشهاد في عقد الزواج وبإثباته

الوقائع:

2 - رفعت السيدة ... دعوى نفقتها ونفقة ابنتها على شخص ادعت انه زوجها، وكان عليها بادئ ذي بدء ان تثبت العلاقة الزوجية عن طريق الرسم الذي يحرره العدول عادة الا انها أثبتت هذه العلاقة عن طريق لفيف تضمن معرفة شهوده لطرفي النزاع وشهادتهم بثبوت الزوجية واتصالها بينهما كما أثبتت ان عدم توثيق الزواج امام العدول يعود بالأساس الى تخوف الزوج من المشاكل العائلية التي من الممكن ان تحدثها له زوجته الاولى.

حكمت المحكمة الابتدائية بعدم ثبوت الزوجية عن طريق اللئيف مادام العدول متواجدين بالمنطقة التي ابرم بها الزوج. وقد ألغت محكمة الاستئناف الحكم المذكور وحكمت من جديد بثبوت الزوجية عن طريق اللئيف اعتمادا على الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من مدونة الاحوال الشخصية التي تسمح للقاضي بسماع دعوى الزوجية بصفته استثنائية عن طريق البنية الشرعية

2) سوف نلاحظ مثلا ان العقد المجمع على فساده يثبت به نسب الأولاد متى كان الزوج حسن النية وان العقد المختلف في فساده يثبت به النسب دائما.
راجع في هذا الصدد الفصل 37 من مدونة الاحوال الشخصية.

وقد نقض المجلس الاعلى قرار محكمة الاستئناف بناء على وسيلتين أولهما ان حالة الاستثناء غير متوفرة في الواقعة ما دام بالمنطقة التي ابرم بها الزواج عدول، وثانيهما ان خوف الرجل من امرأته الأولى وكنمان عنها الزواج بغيرها يتنافى وقصد الشارع من الحرص على إفشاء النكاح وإعلانه.

وعليه، فاننا سنناقش قرار المجلس الاعلى انطلاقا من الويلتين التي اعتمدهما.
الإشهاد في الفقه الإسلامي:

3 - ذهب جمهور الفقهاء وعلى رأسهم الأئمة الأربعة الى ان الاشهاد شرط لازم لإبرام عقد الزواج لا يقوم هذا الاخير الا بتوافره. وسندهم في ذلك أحاديث رويت عن الرسول الكريم منها انه " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل" (3) وانه " البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بيعة " (4) بين الفقهاء.

وإذا كان الاجماع منعقدا بها حول شرط الإشهاد، فانهم قد اختلفوا حول الوقت الذي يجب ان يتم فيه. فبينما قد اقتضى الاحناف والشافعية والحنابلة تحققه وقت إبرام العقد لكي ينعقد الزواج صحيحا، قد اقر المالكية صحة انعقاده بغير شهود على ان يظل العقد موقوفا بحيث يمتنع على الزوج الدخول بزوجه الى حين تمام الاشهاد.

3) رواه الامام احمد عن عمران بن حصين ورواه الدارقطني عن عائشة.
4) رواه الترمذي عن ابن عباس.

على انه لا بد من الاشارة الى هناك خلافات كثيرة بين الفقهاء حول الاشهاد وقد اجمل ابن رشد هذه الخلافات في مؤلفه بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار الفكر. الجزء الثاني. ص 13.

وعليه، فبالنسبة للرأي الاول فان الإشهاد شرط في العقد، بينما هو بالنسبة للرأي الثاني شرط في الدخول فحسب. وغني عن البيان ان الزواج ينعقد صحيحا نافذا عند المالكية متى وقع الاشهاد عليه عند ابرام العقد، فترتب عليه جميع آثاره في الحال بما في ذلك صحة الدخول. بل ان هذا هو المستحب عندهم.

موقف المشرع المغربي من الخلاف حول الإشهاد:

4 - ينص البند الاول من الفصل الخامس من مدونة الاحوال الشخصية على انه: " يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلي سامعين في مجلس العقد" ...
إذن، ليس هناك شك في ان المشرع المغربي قد غض الطرف عن المالكية في هذا الموضوع واتبع ما انعقد عليه اجماع المذاهب السنية الثلاثة الاخرى. (5)

اهمية الإشهاد في الفقه الإسلامي

5 - لا يوجد في الواقع عقد يحمل في طياته نفس الخطورة التي يحملها عقد الزواج، ولذلك فقد شرط المشرع الاسلامي ان يتم الاشهاد عليه، خلافا لما عليه الامر بالنسبة لبقية العقود الاخرى المتداولة بين الناس.

5) انظر المزيد من الايضاح محمد ابن معجوز احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية وفق مدونة الاحوال الشخصية. مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء 1983 ص 144 وما بعدها.
انظر كذلك صلاح الدين زكي م. س ص 103 وما بعدها.

والإشهاد يرمي على العموم الى انشاء العقد بين افراد المجتمع وعلى الخصوص بين الأقارب و الجيران دفعا للريبة وكلام السوء.

وقد خص عقد الزواج وحده بذلك لانه يتعلق بالأعراض وبالأنساب وتبنى عليه احكام ذات اثر كبير في حياة الشخص وحياته اسرته كحرمة المصاهرة وثبوت النسب والحق في الارث.

وبالإضافة الى ما سبق فان الأشهاد على الزواج يوفر لأصاحب المصلحة في كل نزاع يتعلق بإثبات الزوجية، البيئة لشرعية المطلوبة في هذا الصدد.(6)

ونستنتج ان الأشهاد يرمي الى تحقيق غرضين أساسيين الاول يتعلق بأشهار الزوج، والثاني يتعلق بإثباته امام القضاء.

تحريم نكاح السر في الفقه الإسلامي:

6 - اذا كان الإشهاد - وبإجماع المذاهب السنية الاربعة كما رأينا- شرطاً من شروط صحة الزواج لا يتم هذا الأخير الا بتوفره، واذا كان الإشهاد كمبدأ يفيد الأشهار والاعلان، فان ذلك يفيد من ناحية اخرى ان نكاح السر - وبإجماع المذاهب السنية الاربعة هنا كذلك- يقع فاسداً (7) لكن ما المقصود بنكاح السر؟

6 (عمر بن عبد الله. احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية. دار المعارف بالإسكندرية 1968. ص85 وما بعدها. (7)يقول ابن عاصم الغرناطي وهو بصدد تصنيف الأنكحة الفاسدة:

والعقد للنكاح في السر اجتنب ولو بالاستكتمام والفسخ يجب

مفهوم نكاح السر في الفقه الإسلامي:

7) لم يتعرض المشرع المغربي من خلال مدونة الاحوال الشخصية لمفهوم نكاح السر. ونكاح السر لدى جانب هام من الفقه المالكي هو ما طلب من الشهود الذين حضروا عملية إبرام العقد كتمانهم يقول ابن عرفة في هذا المجال : " نكاح السر باطل والمشهور انه ما امر الشهود حين العقد بكنمته (8) وللزيادة في الإيضاح يرى هذا الجانب من الفقه ان نكاح السر هو ما طلب من الشهود اثناء العقد او قبله كتمان العلاقة الزوجية، اما اذا طلب منهم ذلك بعد ابرام العقد فلا يكون هناك أي سر.(9) ونكاح السر يفسخ قبل الدخول وبعده عند المالكية. وقد روي عن الامام مالك رضي الله عنه انه لا يفسخ اذا طال عليه الأمد (10).

8 (انظر شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر بيروت. ج 3 ص188. ويضيف بعض الفقهاء لهذه الصورة الحالة التي يتفق فيها الزوجان والولي على كتمان الزواج. جاء في البهجة شرح التحفة : ".... المشهور كما لابن عرفة ان نكاح السر هو ما امر الشهود حين العقد بكنمته ولو كان الشهود ملء الجامع ولا مفهوم للشهود بل كذلك استكتمام غيرهم لقول الباجي ان اتفق الزوجان والولي على كتمه ولم يعلموا البيئة بذلك هو نكاح سر"...

التسولي. البهجة شرح التحفة. المجلد الاول دار الفكر. ص271 و272.

9 (انظر محمد بن يوسف الكافي. احكام الاحكام على تحفة الحكام. دار الفكر1978. لبنان ص85 و86. انظر كذلك الزرقاني. م. س.

وانظر التسولي. م. س.

10 (انظر كذلك ميارة الفاسي. شرح على تحفة الحكام . دار الفكر بيروت . ج 1 ص 173. انظر الزرقاني . م. س ص 188.

وقد ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية الى ان الزواج ينعقد صحيحاً متى حضره شاهدان فقط، ولو طلب منهما كتمانهم اذ في رايهم كيف يكون هذا الزواج وقد حضره أربعة هم العاقدان والشاهدان(11)

هل نكاح السر محقق في الواقعة المضمنة في قرار مجلس الأعلى:

8-يستفاد من الوقائع الذي أثبتتها القرار ان الزواج التي ابرم بين المدعية والمدعى عليه قد تم الأشهاد عليه من طرف جماعة من الناس، ومن ثم فان نية إخفاءه من الزوج عن زوجته الاولى لا يضيف عليه اطلاقاً مفهوم نكاح السر من وجهة الفقه المالكي الذي يجب ان تفسر أحكام مدونة الاحوال الشخصية على ضوء مبادئه.

ولنفرض ان المدعى عليه قد وثق عقد زواجه امام عدلين وعمل كل ما في وسعه لإخفاء هذا الزواج عن زوجته الاولى، فهل يعتبر ذلك نكاح سر ؟

مما تجدر ملاحظاته ان المجتمع المغربي مليء بافراد متزوجين باكثر من امراة لكنهم يخفون التعدد عن زوجاتهم، بحيث كلا منهن تعتقد انها الزوجة الوحيدة في حياة الرجل. فهل نستطيع القول ان هؤلاء الافراد يعيشون في حرام؟ لا نعتقد ذلك.

وحتى اذا سلمنا، تمشيا مع منطق المجلس الاعلى - وهو منطق غير سليم كما أسلفنا- بفساد الزواج الذي نحن بصددده، لتخلف ركن الإشهاد فيه، فانه سيكون لا محالة نكاحا مختلفا في فساده، ما دام ان بعض المذاهب السنية الاخرى تعتبر الزواج الذي حضره شهود وطلب منهم كتمانهم قد انعقد صحيحا منتجا لكافة آثاره.

11 (محمد اللبناني. حاشية الزرقاني على مختصر سيدي خليل. م. س ص188. راجع كذلك محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة دار النهضة العربية. 1977 ص104 وما بعدها.

والزواج المختلف في فساده - وبصريح الفصل37 من مدونة الاحوال الشخصية يثبت به النسب ويثبت به حق التوارث مادام لم يفسخ.(12)

لو انتبه المجلس الاعلى لهذه الحالة لا اعتبر البنت لاحقة او على الاقل لما تصدى للنزاع، فتنظلم امكانية ذلك وارادة امام محكمة الاحالة، خاصة ان القضاء المغربي ويتقدمه المجلس الاعلى نفسه قد اعتبر في قضايا سابقة ان نسب الأولاد يلحق بالمدعى عليه رغم عدم صحة الزواج(13)

إثبات عقد الزواج:

9 - ان الفقه الإسلامي عموما - وبدون الدخول في التفاصيل - يسمح باثبات العلاقة الزوجية باقرار الزوجين وشهادة الشهود ببينة السماع وبالقرائن القوية كعاشرة الرجل والمرأة معايشرة الأزواج وظهورهما امام -الناس بذلك المظهر، وقد جرى العمل القضائي بالمغرب - ومنذ زمن بعيد- على قبول شهادة اللفيف كبينة شرعية كافية لاثبات العلاقة الزوجية.(14)

12) ينص الفصل37 من مدونة الاحوال الشخصية على ما يلي:
1-النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده وفيه المسمى بعد الدخول والفاسد لصدقه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

2-كل زواج مجمع على فساده كالمحرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه تعيين الاستبراء وثبوت النسب اذا كان حسن القصد اما اذا كان مختلفا في فساده فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ."

13 (القرار رقم5 الصادر بتاريخ 9 يناير 1978 في القضية ع 62659 أورده الاستاذ احمد الخليلي في مؤلفه التعليق على قانون الاحوال الشخصية. مطبعة المعارف الجديدة بالرباط 1984 . ص 171 و 172.
راجع كذلك القرار رقم 197 الصادر بتاريخ 22 دجنبر 1975 في القضية ع 45891 . أورده الاستاذ احمد الخليلي وعلق بمرجه السابق ص172 (هامش 38).

والفقه الإسلامي كقاعدة عامة لا يعرف مسألة التوثيق عقد الزواج ولا يعرف نظام العدول، وانما هي امور اقتضتها مصالح الناس عند ما تعقدت سبل الحياة، وضعف الوازع الديني لدى أغلبية الافراد.(15)

موقف المشرع المغربي من اثبات عقد الزواج:

10-يستفاد من بعض مقتضيات التشريع المغربي وخاصة الفصلين 5 و 41 من مدونة الاحوال الشخصية ان عقد الزواج لا بد وان يوثق في وثيقة رسمية من طرف عدلين منتصبين للإشهاد في مجلس العقد.

تعتبر الوثيقة التي يحرره العدلان كمبدأ هي الأداة الاصلية المسموح بها لاثبات العلاقة الزوجية في التشريع المغربي. ولان الضرورات تقدر بقدرها، فقد سمح هذا التشريع بصفة استثنائية بسماع دعوى الزوجية عن طريق البينة الشرعية اي الوسائل المتعمدة في الفقه المالكي، وان جرى العمل على اعتماد اللفيف في هذا الصدد. واسباب حالة الاستثناء لا تخف على احد وقد تعرض لها المهتمون بفقه لاحوال الشخصية بالتحليل المستفيض فليرجع إليها.(16)

14 (المزغرائي، م. س ص 49 وما بعدها.

انظر كذلك احمد الخليلي م. س ص173 وما بعدها.

15 صلاح الدين زكي م. س ص 146.

16) فمن جهة هناك عقود غير موثقة أبرمت قبل دخول مدونة الأحوال الشخصية الى حيز التطبيق والمبدأ هو انه ليس للقانون اثر رجعي، ومن جهة ثانية ورغم ان الجهل بالقانون لا يعد عذرا فان أغلبية سكان المدن والبوادي المغربية على غير علم باحكام تلك المدونة ومن جهة ثالثة هناك عادات مستحكمة في نفوس الناس والتي يصعب التخلص منها بكل سهولة في بعض الاحيان ومن جهة رابعة فليس من المستبعد ان تحول امور بين المتعاقدين وتوثيق زواجهما.

مفهوم حالة الاستثناء في القضاء المغربي:

11- يتبين من القرارات الصادرة عن المجلس الاعلى في هذا الصدد ان القاعدة التي تسمح باللجوء الى حالة الاستثناء هي قاعدة لها طابع موضوعي وطابع شكلي، فمن الناحية الموضوعية فانه يجب على قاضي الموضوع ان يبين بكل ووضوح حالة الاستثناء التي كانت السبب في عدم توثيق الزواج والتي اعتمدها الخصم في الدعوى، ومن الناحية الإجرائية فانه يجب عليه ان يبرر اخذه او عدم أخذه بتلك الحالة والا عرض حكمه للنقض.

12- لقد عمد القضاء المغربي في مجموعه - ويسايره في ذلك المجلس الاعلى (17)- الى التوسع في مفهوم حالة الاستثناء بكيفية تكاد تستغرق جميع حالات عدم توثيق الزواج رسميا امام العدول. وهكذا فقد قرر ان: "جل سكان البادية وحتى البعض من الحاضرة يستغنون عن إحضار العدول اكتفاء بالجماعة وان الإشادة بالزواج وشهرته تكفي، وان مرد ذلك الى العادة التي استحكمت في نفوس المغاربة سواء من بقي بالبادية او من نزع الى الحاضرة وان المشرع المغربي عندما اجاز سماع البينة اعتبر ما استحكم في نفوس المغاربة، واعتبر الحفاظ على الاسرة من التصدع طبقا للفقرة الثالثة من الفصل الخامس من المدونة " (18) كما اقر في قرار آخر ان " ... سببه عدم توفر المتداعيين على عقد نكاح يرجع الى العادة التي ورثها الافراد واستحكمت في نفوسهم مما يجعل البينة هي الوسيلة الكفيلة لحل المشكل. (19) "... وفي قرار ثالث " ... ان اثبات الزواج بالبينة الشرعية يعتبر مصلحة كبيرة للهيئة الاجتماعية..."

17 (الاحكام المشار اليها في ما يلي - واحكام أخرى كثيرة سوف لن نشير اليها لان التعليق الذي نحن بصده يتطلب بعض الاجمال - الأستاذ احمد الخليلي في مرجعه السابق. ص 162 وما بعدها.
18) قرار رقم 111 الصادر بتاريخ 5 ماي 1975 قضية تحت عدد 49575.
19) قرار رقم 29 الصادر بتاريخ 23 يناير 1975 قضية تحت عدد 45546.

(20) وفي قرار رابع: "... ان المشرع لم يحصر حالة الاستثناء في وجود العدول في منطقة دون اخرى بل ترك الباب مفتوحا امام المتنازعين في اثبات الزوجية بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من المدونة. (21) "...

13 - وقد علق أستاذنا صلاح الدين زكي على الموقف السالف ذكره قائلا: " ذلك قضاء وان كان لم يسلم من نقض الفقه، فانه سليم وصحيح وسديد، ذلك لانه قد استجاب الى إرضاء الحاجة العملية المشروعة التي تتور في المجتمع المغربي وغيره من المجتمعات الإسلامية في الواقع، ومع ما يتمشى مع إرضائها هو خير تفسير لنصوص التشريع الوضعي وحفظ الزواج لطابعها الإسلامي، فالشريعة الغراء لا تعرف نظام التوثيق والموثقين. وما يقال من ان هناك مبدءا تخصيص القضاء، فمردود بانه مبدءا خطأ يحسن الابتعاد عنه اذ الواقع انه يمكن اتخاذه وسيلة لقلب أحكام الشريعة الغراء رأسا على عقب. (22) "...

ورغم ذلك، فان القضاء المغربي وعلى راسه قضاء المجلس الاعلى، وان توسع في مفهوم حالة الاستثناء فانه لم يكون دائما واضحا في تفسيره لها اذ كثيرا ما يتناقض مع نفسه في هذا الصدد ويعتبر مثلا ان واقعة ما تبرره الاخذ بحالة الاستثناء ثم يقرر في واقعة مشابهة عكس ما قرره فيما قبل (23) ومن هنا ننتقل لتقييم موقف المجلس الاعلى.

20 (قرار رقم 153 الصادر بتاريخ 30 يونيو 1975. قضية تحت عدد 41778.

21 (قرار رقم 228 الصادر بتاريخ 21 ماي 1975. قضية تحت عدد 47563.

22 (صلاح الدين زكي. م. س ص 146. 23.

23 (ومن ذلك ان القضاء المغربي، ويدعمه المجلس الاعلى في ذلك، يرى احيانا انه لا يمكن اثبات الزواج عن طريق البينة الشرعية في المناطق التي يتواجد بها عدول وفي احيان اخرى يرى عكس ذلك على ما سوف نوضحه في الفقرة الموالية.

تقييم قرار المجلس الاعلى:

14 - جاء في قرار المجلس الاعلى ما يلي:

"حيث ان الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية اشترط لصحة الزواج حضور شاهدين عدلين يشهدان بالإيجاب والقبول عن المتعاقدين بينما نصت الفقرة الثالثة من نفس الفصل على انه يجوز للقاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية واعتماد

البينة الشرعية في ثبوتها وقد صدرت عن المجلس الاعلى عدة قرارات تفسر حالة الاستثناء بحالات معينة كوقوع الزواج في مكان لا عدول فيه او في ظروف يعسر فيها الاستدعاء العدول لإشهادهم على الزواج وما شابه ذلك وليس منه حالة الاستثناء التي اعتمدها القرار المطعون فيه وهي خوف الرجل من امراته الاولى وكتمانه الزواج بغيرها بمفهوم الفصل 5 أشار له على ان تلك الحالة تنافي قصد الشارع من الحض على افشاء النكاح وإعلانه..."

لقد سبق للمجلس الاعلى من خلال قرارات كثيرة ان قرر ان وجود العدول بمنطقة معينة لا يحول دون توافر حالة الاستثناء. ومن هذه القرارات نذكر القرار رقم 37 والصادر في 11 فبراير 1980 تتلخص وقائعه فيما يلي:

ان السيدة سجلت دعوى بالمحكمة الابتدائية بمراكش على السيد ... والذي يعمل كشرطي بنفس المدينة تذكر فيها ان المدعى عليه وهو زوج لها قد تركها هي وابنائها الثلاثة ... منذ ... ولإثبات الزوجية ادلت بلفيف، وقد صدر الحكم الابتدائي غايبا وفق طلبات المدعية مع يمينها على عدم الإنفاق.

استأنف المدعى عليه هذا الحكم. وقد بين في موجب استئنافي انه لا تربطه بالمدعية اية علاقة زوجية ولا سبق له ان أنجب منها، اما اللفيف الذي ادلت به فهو غير صحيح لكونه شرطيا لا يمكن ان يعقد زواجه الا بعد إذن خاص من رؤسائه، وان البينة الشرعية لا يلجا اليها الا عند عدم وجود عدول.

وقد بينت المدعية في استئنافها الفرعي ان ما جنح اليه المستأنف لا يستند على اساس لكونه قد حضر لدى عائلتها صحبة طائفة من الناس وأنكحه إياها ولبيها امامهم بعد الاتفاق على جميع الشروط الزواج وبعد قراءة الفاتحة وقد لجا المدعى عليه الى هذه الطريقة لانه استحال عليه الحصول على الاذن الإداري اذ سبق له ان حصل عليه وتزوج به من امرأة اخرى قبل ان يعقد على المدعية.

وقد ألغت محكمة الاستئناف حكم الدرجة الاولى وحكمت من جديد بعدم ثبوت الزوجية لان ليس في الوقائع ما يبرر - حسب زعمها - الأخذ بحالة الاستثناء، وان الزوجية لا تثبت في مثل هذه الأحوال الا بعدلين.

وقد نقض المجلس الاعلى قرار محكمة الاستئناف معللا موقفه بالكيفية الاتية:

"وحيث ان حالة المطلوب ضده النقض كشرطي متزوج يصعب عليه الحصول على انن بالزواج ليمكن له ان يتقدم به امام العدول، وان مثل هذه الحالة تشكل حالة الاستثناء.(24) ..."

وبالإضافة الى القرار السابق هناك القرار رقم 611 الصادر عن المجلس الاعلى بتاريخ 13 يونيو 1983 تتلخص وقائعه كما يلي :

سجلت السيدة ... مقالا لدى قاضي أولاد عيو ذكرت فيه انها متزوجة بالسيد لمدة اربعة سنوات وقد أنجبت منه بنتا له من العمر ثلاث سنوات.

(24) ج. ع 37 الصادر بتاريخ 11 فبراير 1980 في القضية تحت عدد 74935 (قرار غير منشور).

وقد غادر بيت الزوجية منذ سنتين تقريبا ولم يعد ينفق عليها ولا على بنته منها.

ولقد أجاب المدعى علي بالإنكار سواء فيما يتعلق بالزوجية او فيما يتعلق بالبنت.

ولقد أثبتت المدعية الزواج عن طريق لفيف.

ولقد رفض القاضي الابتدائي دعوى المدعية لأنه تبين له ان شهود اللفيف يقطنون بالبيضاء وليس بالمكان الذي رفعت به الدعوى.

لقد ألغت محكمة الاستئناف بسطات ذلك الحكم، وحكمت للمدعية من جديد بثبوت الزوجية وبالنفقة المطلوبة.

وبتاريخ 6 يوليو 1976 نقض مجلس حكم استئنافية سطات على اساس ان هذه الاخيرة لم توضح حالة الاستثناء التي اعتمدها، لقد أحيلت الدعوى على استئنافية البيضاء.

وقد حكمت استئنافية البيضاء بثبوت الزوجية بناء على شهادة الشهود رغم انهم يقطنون بالبيضاء لانه قد تبين للمحكمة المذكورة بان الزوج قد تزوج بالمدعية بالبيضاء وسكن معها في تلك المدينة ومنطقيا لن يكون الشهود الا من البيضاء.

الذي يثير الانتباه في هذه القضية - بالإضافة الى كون مدينة الدار البيضاء مليء بالعدول - الطريقة التي علنت بها محكمة الاحالة الاستثناء والتي اقرها عليها المجلس الاعلى نفسه .

... "واما الدفع بكون الزوجية لا تثبت الا بعقد النكاح المنصوص عليه في اول الفصل الخامس من المدونة، فان المنصوص عليه فقها انه لا يجوز الدخول بالزوجة الا بعد العقد عليها كما هو مذكور في اول الفصل الخامس ولكن بعد الوقوع ودخول الزوج

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.

بزوجته فان النكاح يفسخ بان العقد ليس بركن ولا شرط في النكاح، كما في فتوى ابن لب حسبما نقله التسولي عند قول العاصمية.

وفي الدخول الختم في الإشهاد * * * وهو مكمل في الانعقاد ان إثمار النكاح مع علم الولي للزوجين يكفي وان لم يحصل اشهاد وهكذا كانت أنكحة السلف وهكذا حين يكون النكاح والدخول مشتتاً شأنهما يسقط الحد باتفاق وثبت النكاح الشيء الذي حدا بالمشرع المغربي ان جعل حالة الاستثناء في الفقرة الثالثة من الفصل الخامس المذكور انه يجوز بصفة استثنائية اثبات الزوجية بالبينة الشرعية ذلك انه اذا وقع النكاح والدخول بين الزوجين ونتج عن ذلك الزواج مولود فان الزوجية تثبت بالبينة ولو كانت سماعية كما في الشيخ خليل وغيره وأقرته الفقرة الثالثة المشار إليها. (25) "...

والحقيقة ان ما ضمن بهذا الحكم يستحق نقاشاً قد يخرجنا عن الموضوع الذي نحن بصدده، يكفي ان نقول ان مفهوم حالة الاستثناء تتطلب من القضاء إبراز العائق الذي حال دون توثيق عقد الزواج وهو ما لم تقم به محكمة الاحالة وانما أبرزت المبادئ العامة للزواج في الفقه المالكي فتكون تلك المحكمة قد جانبت الصواب من حيث التعليل وان انتهت الى نتيجة عادلة.

هل هو تراجع ام سهو ؟

15- قد يبدو ان المجلس الاعلى - ومن خلال القرار الذي ناقشه- قد تراجع عن مواقفه السابقة والتي أعطينا عنها مثالين من خلال الوقائع أعلاه والتي دارت بمدينة مراكش ومدينة الدار البيضاء وهما مدينتان لا يمكن أبدا ان نقول انه ليس بهما عدول.

25 - القرار 611 الصادر في 13 يونيو 1983 منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى ع 36/35 ص 135 وما بعدها.

بل ويبدو لنا جيدا من خلال العبارات التي استعملها المجلس الاعلى وخاصة عبارة " ... لقد صدرت عن المجلس الاعلى عدة قرارات تفسر حالة الاستثناء بحالات معينة كوقوع الزواج بمكان لا عدول فيه ... " ان مصدرى هذا القرار لم يكونوا على علم كاف بالمواقف السابقة للمجلس الاعلى بهذا الصدد.

خطورة قرار المجلس الاعلى على الوضع الاجتماعي والديني للأسرة المغربية.

16- نخلص مما سبق ان القضاء المغربي كثيرا ما يتناقض بصدد حالة الاستثناء، وان هذه التناقض قد يتمثل خطرا واضحا على الأسرة المغربية من ناحيتين:

فمن جهة، فان وضعية الأسرة التي لم توثق عقد الزواج الذي تركز عليه وتستمد منه شرعيتها امام العدول قد تكون وضعيتها جد هاشة بحيث تتوقف هذه الوضعية على موقف القضاء المغربي من تفسيره لحالة الاستثناء، وهو موقف يتقلب من واقعة لأخرى كما أسلفنا.

ومن جهة ثانية، فان عدم توثيق عقد الزواج امام العدول مع الاشهاد عليه من طرف عامة المسلمين قد يجعل هذا الزواج باطلا من ناحية القانون الوضعي مع ما يترتب على ذلك من اثار وخيمة قد تمس الأبناء في نسبهم، وصحيا ومنتجا لكافة اثاره من ناحية الفقه الإسلامي.

وبالإضافة الى ما سبق فإننا نعتقد ان مسألة توثيق عقد الزواج قد قرر في الدرجة الاولى لمصلحة الزوجة التي تكون عادة ضحية الإنكار من طرف الزوج او ورثته عند وفاته على ما يستفاد من كثرة القضايا التي تعرض عادة على المحاكم المغربية. لذلك فيجب ان تفسر الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من مدونة الاحوال الشخصية لمصلحتها لا ضدها.

*مجلة المحاكم المغربية، عدد، 52، 6

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016
القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما تم تعديله
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 خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ
دخول هذا القانون حيز التنفيذ
للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية.

تم تعديل الفقرة الرابعة من المادة 16 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم
102.15 الرامي إلى تعديل المادة 16 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة،
الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1437 (12 يناير
2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 14 ربيع الآخر 1437 (25 يناير
2016)، ص 420.

القسم السادس: الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج
المادة 67

يتضمن عقد الزواج ما يلي:

1 - الإشارة إلى إذن القاضي ورقمه وتاريخ صدوره ورقم ملف مستندات الزواج
والمحكمة المودع بها؛

10 - اسم العدلين وتوقيع كل واحد منهما بعلامته وتاريخ الإشهاد على العقد

المادة 6

يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق
العدول عنها.

المادة 67

يتضمن عقد الزواج ما يلي:

10 - اسم العدلين وتوقيع كل واحد منهما بعلامته وتاريخ الإشهاد على العقد؛

المادة 79

يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

القسم الثامن: إجراءات ومضمون الإشهاد على الطلاق

المادة 138

يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد، بعد إذن المحكمة به، والإدلاء بمسند الزوجية.

الفرع الأول: الإخلال بشرط في عقد الزواج أو الضرر

المادة 99

يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطليق.

المادة 100

تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة.

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 49

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 وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.

الإشهاد على الزواج خارج أرض الوطن

ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)

بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة.

الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004، ص.:

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 128

المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقا 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 بالتذليل بالصيغة التنفيذية، طبقاً لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية.

رفض تذليل الأحكام الأجنبية التي تستند إلى هذا سبب لإبطال الزيجات المبرمة بالبلدان الأوروبية .

قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور

قرار رقم 339

ملف عدد 303 ،

الصادر بتاريخ 2005/06/07 (غير منشور) :

"حيث أن ما اعتمده الحكم الأجنبي كسبب لفسخ الزواج الذي هو أن المستأنف لم يعقد الزواج بنية إقامة أسرة بل كان هدفه الوحيد هو توفير شروط إقامته واستقراره ببلجيكا ، وهو سبب لم ينص عليه المشرع المغربي ضمن الأسباب المبررة للتطليق أو الفسخ سواء في مدونة الأحوال الشخصية أو في مدونة الأسرة ، وهو ما يخالف الفقرة 2 من المادة 128 وبالتالي مخالفته للنظام العام المغربي.

حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالناظور

حكم رقم 721 ،

ملف رقم 05 / 1805 (غير منشور)

"وحيث أن العلة التي بني عليها الحكم الأجنبي لا تستقيم وفقه المدونة على اعتبار أن إبطال الزواج لصلة وجود منفعة مادية لدى طرفيه في انعقاده بحصول الزواج تحديداً على حق الإقامة منفعة مشروعة لا تبطل على فرض وجودها في عقد الزواج فالمشرع المغربي لا يعتبر إلا القصد غير المشروع كما في تحليل المبتوتة" .

قواعد إثبات النسب

الغرفة الشرعية القرار عدد: 686 المؤرخ في: 97/10/28 الملف الشرعي عدد:

92/6263 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض)

دعوى النسب

– حمل

– أجله.

لا بد في دعوى إثبات النسب من إثبات تاريخ ولادة المطلوب إلحاقه بنسبه ليعرف ما إذا كان الولد ازداد في الأجل الأقصى أو الأدنى للحمل أو خارجه.

مدعي النسب من مطلق أمه التي وضعته بعد الطلاق، لابد في دعواه من تحديد تاريخ ولادته بدقة للتأكد من أنه ولد داخل المدة المعتبرة شرعا للحوق النسب.

97- 686

الغرفة الشرعية القرار عدد 84 الصادر بتاريخ 99/2/16 الملف الشرعي عدد

94/2/2/5726

النسب

-مضى أقل مدة الحمل-

-الاتصال-

-عدم الحاجة إلى إثباته.

الوضع الواقع بعد مرور أكثر من ستة أشهر من عقد الزواج أي داخا المد الذي يترتب عن الوضع خلاله ثبوت نسب المولود إلى الزوج طبقا للفصول 76 و84 و85 و98 من المدونة، وبذلك يكون الاتصال قد حصل ولا حاجة لإثباته مع الوضع المتفق على حصوله..

الغرفة الشرعية الحكم الشرعي عدد23 الصادر في 27 رجب 1387 موافق 31

أكتوبر 1967

نسب :

وسائل إثباته.

- الوسائل التي يثبت بها نسب الولد ثلاث:

الفراش والإقرار و البينة. - الفراش في الزوجية إنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول.

- الشبهة التي يثبت بها النسب إما شبهة الملك وإما شبهة العقد وإما شبهة الفعل.

وحيث عن الشبهة التي يثبت بها النسب هي إما (شبهة الملك وتسمى أيضا شبهة الحكم كمواقعة أب جارية ابنه طانا بإاحتها له) ⁶³ وإما شبهت العقد كما إذا تبين أن المدخول بها أخته من الرضاع أو شبهة الفعل كمن يتبين له بعد أن دخل بمن ظنها زوجته أنها ليست له زوجة فالوظء متحقق في الصور كلها.

و حيث استند الحكم بلحق الولد من النصين الحديثين " ادعوا الحدود بالشبهات " و الفقهي " حيث درا الحد يلحق الولد في غير محله إذ ليس في الحكم ما يفيد ترتب الحد على المستأنف المنكر للزوجة رأسا ما دام لم يثبت بينة تامة شرعا أو بإقراره وطؤه للمستأنف ضدها أو خلوته بها و تدعيه هي و لأن النص الفقهي هو النكاح الثابت إلا أنه فاسد .

1967 - 23

الغرفة الشرعية الحكم الشرعي عدد 92 الصادر في 26 رمضان 1388- موافق 17 دجنبر 1968 جرى العمل بأن الفتوحات الواردة على أضرحة الأولياء هي لأبنائهم في النسب أو لمن أسندت له بظهير شريف. ولارتباطها بالنسب كان البت فيها من اختصاص قضاة الأحوال الشخصية.

1968 - 92

الغرفة الشرعية الحكم الشرعي عدد 12 الصادر في 6 شعبان 1388- موافق 29 أكتوبر 1968 إقرار الأب بالبنوة يعمل به في لحوق النسب وهذه القاعدة مؤسسة على الأصول العامة في مذهب الإمام مالك. ومعتمدة على الفصل 89 من قانون مدونة الأحوال الشخصية. يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع بأنه ابنه ولد على فراشه

1968 - 12

الغرفة الشرعية القرار رقم 61 الصادر بتاريخ 24 مايو 77 في الملف الاجتماعي رقم 57513 القاعدة

- المقصود بقضايا الأحوال الشخصية فيما يخص تبليغ النيابة العامة بها عملا بالفصل التاسع من قانون المسطرة أن يوجد نزاع جوهري في الحالة الشخصية، مثل إنكار الزوجية أو إنكار النسب؟

1977 - 61

الغرفة الشرعية القرار 446 الصادر بتاريخ 30 مارس 1983 ملف شرعي 54758 النسب ... مولود قبل الزواج ... إلحاق ... لا .

لا يلحق نسب البنت المولودة قبل عقد النكاح و إن أقر الزوج ببنوتها لأنها بنت زنا و ابن الزنا لا يصح الإقرار ببنوته و لا استلحاقه لقول خليل: إنما يستلحق الابن مجهول النسب قال الزرقاني: لا مقطوعه كولد الزنا لأن الشرع قطع نسبه .

وأن اتفاق الزوجين على أن البنت ازدادت بعد عقد النكاح بينهما على فرض صحته لا يؤدي إلى إلحاقها بالزوج

1983 - 446

الغرفة الشرعية القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف شرعي

الزواج ... النسب لما ثبت أن الزواج كان بعد الوضع فإن المولود لا يلحق بنسب المدعى عليه و لو أقر ببنوته . باسم جلالة الملك إن المجلس و بعد المناداة على نائب طالب النقض و عدم حضوره.

1983 - 446

الغرفة الشرعية القرار 1802 الصادر بتاريخ 5 دجنبر 1989 ملف شرعي 88/5052

- اللعان ... التعجيل به... السكوت بلا عذر ... أثره - دعوى اللعان يجب أن تثار بمجرد رؤية الحمل أو مشاهدة الزنى. - في النازلة فإن المدعى لم يطعن في النسب إلا بعد الولادة وأداء النفقة للمولود مما تعتبر معها الدعوى لم ترفع في أوانها. - خليل : و إن وطئ الرامي زوجته بعد علمه بوضع أو حمل اليوم أو اليومين كما في المدونة ... قال الشارح أو أكثر بلا عذر امتنع لعانه في الصور الأربع فإن كان له عذر فله القيام فيستفاد من ذلك أن سكوت المدعى عليه أحد عشر شهرا قبل ادعاءه الأخير يعد طولا فيلحق به الولد المذكور و ما ذكر سببا و هو وجوده بالخارج لا يقبل منه بعد جواب نائبه بأن موكله ينفي عنه الولد مما يجعل السبب غير مؤسس .

1989 - 1802

الغرفة الشرعية القرار 254 الصادر بتاريخ 20 فبراير 1990 ملف شرعي /6734

89 عقار محفظ... تسجيل الصدقة... إبطالها... سوء النية. الفصل 66 من ظهير التحفيظ. كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله، وابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري. لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير .

1990 - 254

الغرفة الشرعية القرار 1303 الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1991 ملف شرعي -6596

89

-النسب ... أدنى مدة الحمل ... شروط

- الولد للفراش متى ولد لستة أشهر من عقد الزواج و هي أدنى مدة الحمل إن أمكن الاتصال و إلا فلا يلحق نسبه.

- و يتأبد تحريم وطأ المرأة أثناء عدتها.

- و لا يجوز الأخذ إلا بالرأي المشهور و الذي به العمل من أقوال الفقهاء

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 26 يوليو 2010

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما تم تعديله

المادة 135

أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

المادة 154

يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

1 - إذا ولد لستة 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 أسرتهما، 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.

المادة 157

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.

المادة 158

يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية

المادة 159

لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي، طبقا للمادة 153 أعلاه.

المادة 160

يثبت النسب بإقرار الأب ببنة 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.

المادة 161

لا يثبت النسب بإقرار غير الأب.

المادة 162

يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه.

1303 - 1991

الغرفة الشرعية القرار عدد 686 المؤرخ في 97/10/28 الملف الشرعي عدد 92/6263

النسب – الطلاق – المدة المعتبرة شرعا للحقوق النسب –

مدعي النسب من مطلق أمه التي وضعته بعد الطلاق، لابد في دعواه من تحديد تاريخ ولادته بدقة للتأكد من أنه ولد داخل المعتبرة شرعا للحوق النسب.

1997 -86

الغرفة الشرعية القرار عدد 99/84 المؤرخ في 16/02/1999 الملف الشرعي عدد 94/5726 النسب – ثبوته. -الخرق الجوهري لقاعدة مسطرية لا يكون سببا للنقض الا إذا أضر بأحد الأطراف طبقا للفصل 359 من قانون المسطرة المدنية. يكتفي عن إثبات الاتصال بين الزوجين لثبوت النسب ووجوب النفقة، الوضع المتفق على حصوله بعد مرور أمد الحمل الشرعي على عقد الزواج.

1999 -84

الغرفة الشرعية القرار 821 الصادر بتاريخ 2000/9/7 الملف الشرعي عدد 98/1/2/122

النسب- العقم- نفيه (لا)

لا ينتفي نسب الحمل أو الولد المستند إلى فراش الزوجية إلا بسلوك مسطرة اللعان بشروطها الشرعية، ولا يعتمد العقم في نفيه.

2000 -821

مدونة الأسرة

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.

الغرفة الشرعية القرار عدد 488 المؤرخ في : 2000/05/09

ملف شرعي عدد : 95/2/2/572

النسب – ثبوته – إقامة الزوج بالخارج – ترده على المغرب إمكان الاتصال. النسب – الوضع داخل المدة المعتبرة شرعا للحوق النسب بالفراش.

يتحقق إمكان الاتصال بعد ما ثبت أن الزوج المقيم بالخارج كان يتردد على المغرب حيث تقيم الزوجة خلال قيام العلاقة الزوجية .

الوضع الواقع داخل المدة المعتبرة شرعا للحوق النسب بعد الطلاق يجعل نسب المولود ثابتا بالفراش طبقا للفصل 76 من المدونة، ولا حاجة لاعتماد شهادة الشهود في إثباته.

2000 – 488

مدونة الأسرة

المادة 145

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 صحيحا أم فاسدا؛

2 - إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق .

الغرفة الشرعية القرار 79 الصادر بتاريخ 2001/1/18 الملف الشرعي عدد

99/2/2/198

الوضع- توفر الأمد القانوني - عدم الاحتياج إلى إثبات النسب.

إذا ثبت وقوع الولادة داخل أجل سنة من تاريخ الطلاق يلحق النسب بالمطلق، ولا يحتاج ذلك إلى إثباته بوسائل أخرى.

2001 – 79

الغرفة الشرعية القرار عدد 780 المؤرخ في : 2002/11/13 ملف شرعي عدد
2002/1/2/132:

دعوى نفي النسب - العلم بالحمل - ازدياد الولد أثناء المدة المعتبرة شرعا - سكوت
الزوج - المطالبة بإجراء بحث (لا).

نفي النسب لا يقبل بعد علم الزوج بالحمل بيوم أو يومين أو ثلاثة أيام في الأكثر وسكوته
بدون عذر كما هو معمول به فقها وقضاء، و ما دام حمل الزوجة قد وقع أثناء فترة عقد
الزواج و أمكن الإتصال بين الزوجين و ازداد الولد أثناء المدة المعتبرة شرعا فإن
المحكمة لم تكن في حاجة إلى إجراء أي بحث أو أي تحليل طبي لأن حل النزاع محسوم
فقها و قانونا .

2002 - 780

الغرفة الشرعية القرار عدد 328 المؤرخ في : 2002/05/02 الملف الشرعي عدد
2001/2/2/486:

النسب - ثبوت النسب - التسجيل في دفتر الحالة المدنية - تنازع .

لئن كان تقدير الأدلة وتقييمها يرجع للمحكمة، فإن ذلك منوط بأن تبررها انتهت إليه
بأسباب سائغة، والمحكمة لما عللت اقتناعها بثبوت نسب الولد إلى المطلوب في النقض
بسند من القول بأنه مسجل بدفتر الحالة المدنية لوالده بنفس الإسم العائلي و انطلاقا من
الحجج المدلى بها دون أن تبين في قرارها تلك الحجج و ما استخلصته منها يكون
قرارها مشوبا بالقصور معرضا للنقض .

2002- 328

الغرفة الشرعية القرار عدد 435 الصادر بتاريخ 2004/9/22 الملف الشرعي عدد
2002/1/2/235

النسب-إثبات النسب-إجراء بحث.

النسب يثبت بالإقرار كما يثبت بالفراش أو بالبينة ولو بنكاح فاسد أو بشبهة وتترتب عنه
جميع نتائج القرابة، وتستحق معه النفقة والتوارث، ولا تعجيز في إثباته.

إقرار المطلوب ببنته في عقد الطلاق، وفي الأمر قضائي الذي بموجبه قام بتسجيلها
بسجلات الحالة المدنية، و الانفاق عليها طيلة عشر سنوات دون أن يطعن في نسبها ، و
عجزه عن مناقشة واقعة الزواج و الدخول ، و اكتفائه بترديد أن البنت ازدادت داخل

أجل أقل من ستة أشهر ، و اعراض المحكمة عن الاستجابة لملتمس الطاعنة بإجراء بحث في الموضوع لاستجلاء عناصر القضية يجعل قرارها ناقص التعليل يعرضه للنقض .

435 -2004

الغرفة الشرعية القرار عدد 439 المؤرخ في :2005/9/28 الملف الشرعي عدد :
2005/1/2/25

النسب – إقرار الزوج

– أمد الحمل إذا أقر الزوج بنسب الولد إليه ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر فإنه يلحق به وذلك باعتبار أن الرضى بالزواج كان متوفرا قبل كتابة العقد.

إذا اعتبرت المحكمة العقد مجمعا على فساده وقضت بفسخه فإنه يتعين عليها أن ترتب عليه الاثار الواجبة عليه كما ينص على ذلك الفصل 37 من مدونة الأحوال الشخصية .
(المادة 58 من مدونة الأسرة) .

439 – 2005

مدونة الأسرة صيغة معينة بتاريخ 26 يوليو 2010

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما تم تعديله

الفرع الأول: الزواج الباطل

المادة 58

تصرح المحكمة ببطان الزواج تطبيقا 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.

الغرفة الشرعية القرار عدد 213 المؤرخ في :2005/04/13 الملف الشرعي

عدد : 2004/1/2/356

النسب – ازدياد الولد دون أقل من مدة الحمل – خبرة طبية (لا) .

الولد المزداد دون أقل من مدة الحمل بعد عقد الزواج لا يلحق بالزوج إن أنكره. لما كان عقد الزواج مبرما في 2000/10/20 والولد ازداد في 2000/12/16 أي أقل من ستة أشهر على إبرام عقد الزواج ، و قد أنكر الزوج نسبه إليه ، فإن المحكمة لما اعتبرته غير لاحق بالزوج تكون قد طبقت المادة 154 من مدونة الأسرة و لم تكن في حاجة الى إجراء خبرة طبية لأن عقد الزواج قد انعقد و الزوجة حامل الأمر الذي يجعل تطبيق المادة 155 من مدونة الأسرة مستبعدا .

213 2005

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 26 يوليو 2010

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما تم تعديله

الباب الثاني: النسب ووسائل إثباته

المادة 154

يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

1 - إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا؛

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 شرعا.

الغرفة الشرعية القرار عدد 208 المؤرخ في: 2005/04/13 الملف الشرعي عدد :

2003/1/2/550

التطبيق للضرر - سببية البت - الاختصاص المكاني - محكمة الاستئناف - الحكم

الصادر بمثابة حضوري - الدفع بعدم الاختصاص (لا) - غيابي (نعم).

بمقتضى الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية فإنه لا يمكن الدفع بعدم الاختصاص

المكاني إلا بالنسبة للحكام الغيابية .

و لما كان الطاعن قد توصل شخصيا بالاستدعاء في المرحلة الابتدائية و لم يحضر و لم

يقدم جوابا ، فان الحكم يعتبر بمثابة حضوري في حقه طبقا للفصل 47 من قانون

المسطرة المدنية . و لذلك فإن دفعه بعدم الاختصاص المكاني أمام محكمة الاستئناف

يعتبر غير مقبول .

208 -2005

الغرفة الشرعية القرار عدد 150 الصادر بغرفتين بتاريخ: 2005/3/9 الملف الشرعي
عدد : 615/2/1/2003

النسب - إثبات النسب - شروطه - نفي النسب - اعتماد الخبرة (نعم)
- لأن كان الفراش الشرعي قرينة قاطعة على إثبات النسب، فإن ذلك مشروط بأن تكون
الولادة ثابتة التاريخ وداخل الأمد المعتبر شرعا بشكل لا مرأى ولا جدال فيه .
150- 2005

الغرفة الشرعية القرار عدد 142 المؤرخ في : 2005/3/9 الملف الشرعي
عدد : 2004/1/2/534

النسب - إقرار بالبنوة - مرض الموت. الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول
النسب يثبت به النسب من المقر.
ادعاء وجود علاقة غير شرعية بين المقر وأم المقر بنسبه لا يعتد به مادام ذلك غير
ثابت .
142 2005

الغرفة الشرعية القرار عدد 69 المؤرخ في : 2005/2/9 الملف الشرعي
عدد : 2002/1/2/486

النسب - إثبات ازدياد الولد داخل أمد الحمل لما ثبت للمحكمة بأن طلاق المطلوبة وقع
في 1973/4/9 وثبت ازدياد البنت بموجب لفيق في سنة 1973 أي داخل أقصى أمد
الحمل المعتبر شرعا، ورتبت عن ذلك لحوق نسبها بالطاعن للفراش طبقا للفصلين 84
و86 مدونة الأحوال الشخصية فإنها قد تقيدت بالنقطة القانونية التي بت فيها المجلس
الاعلى (محكمة النقض) و عللت بقرارها بما فيه الكفاية .
69- 2005

مدونة الأسرة

المادة 135

أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

المادة 154

يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

- 1 - إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً؛
- 2 - إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق.

الغرفة الشرعية القرار عدد 63 المؤرخ في :2005/2/2 الملف الشرعي عدد
2003/1/2/544:

الإقرار بالولد – زواج فاسد

– ثبوت النسب إن الإقرار بالولد لا يترتب عنه صحة الزواج الفاسد، لأن الزواج الفاسد لعقده يترتب عنه ثبوت النسب إن كان حسن القصد، ويفسخ قبل الدخول وبعده. والزواج المختلف في فساده يفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق، و يترتب عنه ثبوت النسب .
63 -2005

الغرفة العقارية القرار عدد 679 المؤرخ في : 2001/06/27 ملف عقاري

عدد :99/1/2/114

النسب

– إقرار لما أقرت الطاعنة في رسم الإحصاء بنسب المطلوبة ولحوقها للهلك وسلمت الإرث التي أدلت بها فإن إقرارها باعتبارها بنته يلزمها ما دامت الدعوى تتعلق بطلب المال، وليس من اللازم إثبات زواج أمها بالهلك
679 2001

الغرفة المدنية القرار عدد 3612 المؤرخ في 97/6/11 الملف المدني عدد 86/785

الاستئناف - أثره - العون القضائي - مؤسسة عمومية .

- الاستئناف ينشر الدعوى أمام المرجع الاستئنافي بالنسبة لما أثير في مقال الاستئناف من أسباب و بين الطرف المستأنف و المستأنف عليه فقط .

3612- 1997

الغرفة المدنية القرار عدد 57 الصادر في الملف المدني عدد 50628 بتاريخ 25 فبراير
1977 -يتضمن الفصل 106 من ق.ز.ع قاعدة عامة تقضي بتقادم جميع دعاوي

التعويض الناشئة عن الجريمة وتطبق في جميع الأحوال و بالنسبة لكافة الأشخاص ما لم يوجد نص خاص يقضي بخلاف ذلك .
1977- 57

الغرفة المدنية القرار رقم 109 الصادر بتاريخ 14 مارس 1979 في الملف المدني رقم
65542

القاعدة : - إن المحكمة بتصفيتها للغرامة التهديدية بناء على حكم نهائي صدر بتحديددها دون الإفصاح عن الأساس الواقعي الذي بموجبه تم تصفيتها و دون اعتبار لوجود الضرر و ثبوته و مقدار أهميته بالنسبة لطلب التصفية : يكون قضاؤها ناقص التعليل الموازي لانعدامه .
1979- 109

الغرفة المدنية القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....) حجية الأحكام الجنائية ... المسؤولية التقصيرية. إذا كان القضاء المدني يتقيد بأحكام القضاء الجنائي في حدود ما فصلت فيه هذه الأحكام بالنسبة للفعل الجنائي في و وصفه إثباتا أو نفيًا فإن ذلك لا يمنع المحكمة المدنية من أن تتخذ ما تراه بالنسبة للمسؤولية المدنية و تحمل المتضرر من الجريمة جزءا من المسؤولية بسبب ارتكابه خطأ ساهم في وقوع الضرر .
تكون المحكمة على صواب لما اعتبرت تمتع المتضرر بحق الأسبقية في المرور لا يعفيه أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الحادثة .
1982- 746

الغرفة المدنية القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....)
الاستئناف الطلبات الجديدة .. المقاصة .. مسطرة الأمر بالأداء،
يطبق الفصل 143 من ق.م.م الذي يجيز تقديم طلب المقاصة أمام محكمة الاستئناف بالنسبة لجميع الدعاوى حتى ولو تعلق الأمر بدعوى رفعت في نطاق مسطرة الأمر بالأداء.

1982 -118

الغرفة المدنية القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....)

عقد البيع، أداء الثمن المطل، بيع الخيار. بالنسبة لعقود البيع المبتدئة فإن سكوت العقد لا يحمل على أن البيع كان معجل الثمن و لهذا لا يلزم المشتري بدفعه إلا بعد تحرير العقد وتسليم المبيع " الفصل 577 من ق، ل، ع، " -قرار رقم 7 سنة

1982

الغرفة المدنية القرار 1751 الصادر بتاريخ 25 دجنبر

المدنية القرار 922 الصادر بتاريخ 20 مايو 1984 ملف مدني 94744

تأمين ... اقساط ... تقادم ... بدايته تتقادم جميع الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بمضي سنتين اثنتين. غير أن بداية هذه المدة بالنسبة لاقساط التأمين هو بالضرورة تاريخ حلول أجل الأداء.

الغرفة المدنية القرار 145 الصادر بتاريخ 3 فبراير 1987 ملف شرعي 85/5420

الوضع لأقل من ستة أشهر ... ينفي النسب، بغير لعان... و يفسخ النكاح. و لا يتأبد تحريمها إن كان من زناه الادعاء بأن الوضع تم خلال المدة الغير القانونية يستلزم تكليف المدعى بالإدلاء بشهادة الوضع لمعرفة الحقيقة و يطلب فسخ عقد النكاح و الملاعنة و لكل أح 145 1987

الغرفة المدنية القرار 822 الصادر بتاريخ 23 فبراير 1994 ملف مدني 89 2087

تقاضي الميت - إن من شرط التقاضي بالنسبة للطالب أو المطلوب أن يكون متمتعا بالأهلية .

الغرفة المدنية القرار عدد 1940 المؤرخ في 97/4/1 الملف المدني عدد 91/1248

حق عيني - تسجيله - آثاره بالنسبة للغير .

- إذا كان الفصل 67 من ظهير 1913/8/12 بشأن التحفيظ العقاري يعتبر الأفعال الإرادية و الاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير لا تنتج أي أثر و لو بين الأطراف إلا من تاريخ تسجيلها بالرسم العقاري

1997-1940

الغرفة المدنية القرار عدد: 1598 المؤرخ في: 11/3/1998 الملف المدني عدد:
94/770

حقوق عينية

- تسجيلها

-إصلاح الخطأ

- تأجير.

طلب تأجيل البت انتظار لإصلاح الخطأ الواقع في حصص بعض الشركاء تجب
الاستجابة له. المعتبر بالنسبة للحقوق العينية هو ما سجل فيها بالرسم العقاري

الغرفة المدنية القرار عدد 4204 المؤرخ في: 29/11/2001 الملف المدني عدد :
2000/2/3/432

الحياسة في التبرعات بالنسبة للعقار

- وجوب تسجيل عقد الهبة في الصك العقاري قبل حصول المانع (نعم).

إذا كانت الحياسة المادية في التبرعات بالنسبة للعقارات شرطا لصحتها حسب قواعد
الفقه الإسلامي فإن القانون العقاري في الفصل 67 منه نص الفصل 67

إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير
أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ
التقييد بالرسم العقاري،

و بالتالي فإن عقود الهبة موضوع النزاع التي لم يقع تسجيلها بالرسوم العقارية قبل
حصول المانع و هو موت الواهب لا يعتد بها ما دام الطاعنان لم يحوزا العقارات
الموهوبة لهما حياسة فعلية بوضع اليد أو المغارسة قيد حياة الواهب إن محكمة
الاستئناف لما سارت في هذا الاتجاه كانت على صواب .

2001 4204

الغرفة المدنية القرار عدد 425 المؤرخ في : 2005/2/9 الملف المدني عدد :
2003/1/1/1270 دعوى النسب - تقييد إرثه - رسم عقاري - حجية اللقيف - ترجيح
الحجج. القدر في شهادة لقيف إرثه بخصوص سن بعضهم وقصوره ليس من شأنه أن
ينال من حجيتها مادام أن العبرة بزمان الأداء لا التحمل بالنسبة للشاهد.

الغرفة الجنائية القرار 2475 الصادر بتاريخ 25 أبريل 1983 ملف جنائي: 88081
عديم التمييز ... مسؤولية جنائية ... مسؤولية مدنية القاصر عديم التمييز و يلحق به
فاقد العقل بالنسبة للأفعال الحاصلة منه في حالة جنونه
- لا يسأل عن الضرر الذي تسبب فيه .

الغرفة التجارية القرار عدد 671 المؤرخ في 26/4/2000 الملف التجاري عدد
92/231

تعرض الغير الخارج عن الخصومة - شراء أصل تجاري - مواجهة المشتري بأمر
استعجالي (لا). تعرض الغير الخارج عن الخصومة وسيلة أقرها المشرع لإقرار مبدأ
نسبية الأحكام والحيلولة دون أن يسري أثرها بالنسبة للغير.

الغرفة الاجتماعية القرار 196 الصادر بتاريخ 13 ابريل 1992 ملف اجتماعي
89-10003

-الإنذار بالفصل ... أسبابه ... التقيد بها
يجب أن يتضمن الإنذار بفسخ عقد العمل أسبابه بصورة واضحة و بيان تاريخها و تقيد
المحكمة بالأخطاء الواردة في الإنذار دون غيرها.
للأحكام الجنائية حجيتها أمام المحكمة المدنية بالنسبة للوقائع التي فصلت فيها ...

الغرفة الاجتماعية القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف اجتماعي رقم (.....)
التحليل الطبي .. للعلقة.. نعم، انفي النسب،، لا
- يلتجأ إلى التحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم، علة، أو حملا إذا بقيت الريبة في الحمل
بعد انقضاء السنة و من تاريخ الطلاق أو الوفاة و لا يلتجأ إلى هذه الوسيلة في نفي

السبب.
القرار عدد 527
سنة 1981

الغرفة الاجتماعية الحكم الاجتماعي عدد 55 الصادر في 27 ربيع الأول 1388 موافق
24 يونيو 1968
لحوق ولد :
تحديد تاريخ الوضع
- حكم محكمة الإحالة و إن كان مركزا على رسم الطلاق بالنسبة لتحديد تاريخ وقوعه
فإنه لم يستند على حجة فيما قضى به من تحديد تاريخ الوضع .

القرار 4003 الصادر بتاريخ 16 نونبر 1994 ملف مدني 188- 88
شركة في ملك
- اتفاق في شأن الحيابة وجوب احترامه - ليس للمالك الشريك في العقار أن يغير
الوضع المتفق عليه بين الشركاء، بالنسبة لحيابة العقار المشترك.
- يلزم الشريك باحترام الوضع المتفق عليه، و لا يجوز تغييره إلا باتفاق مع بقية
الشركاء.

القرار 20 929 الصادر بتاريخ 28 دجنبر 1994 ملف جنحي 26499 92
تقادم المخالفات الغابوية
- تطبيق الفصل 75 من ظهير 1917/10/10 - التقادم من النظام العام يمكن أن يثار
في أية مرحلة من مراحل التقاضي.
- التقادم بالنسبة لمخالفات المياه والغابات يحدد في ستة أشهر طبقا للفصل 75 من ظهير
1917/10/10.

القرار 9988 الصادر في 5 أكتوبر 1994 ملف جنحي 19862 91
التزوير في محرر عرفي جريمة فورية
- أمد التقادم

- جريمة التزوير في محرر عرفي تعتبر من الجرائم الفورية.
- و يبتدئ أمد التقادم بالنسبة إليها من يوم ارتكاب الجرم.
- لا تعتبر من الجرائم الاستمرارية التي يطول أمد ارتكابها أو يتجدد.

القرار 7109 الصادر في 21 يوليوز 1994 ملف جنحي 19139- 89
- ظروف التخفيف أو إيقاف التنفيذ لا سلطة للقاضي في منحهما بالنسبة لمخالفات الصيد
البري عملا بمقتضيات الفصل 18 من ظهير 1923/7/21 .

يجب أن يجري البيع في العقار غير المحفظ كتابة في محرر ثابت التاريخ

الفصل 488 من قانون الالتزامات والعقود والذي ينص على أنه:

"يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وبتفاهما على
المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى"

قرار محكمة الاستئناف بالرباط قضى:

"أن البيع في القانون الإسلامي يمكن إثبات وجوده بشهادة الشهود إلا أنه حسب عرف
قار في المغرب فإن بيعا عقاريا يتم بالكتابة، وشهادة الشهود لا تكون مقبولة في هذا
الميدان إلا إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر هذا القبول."

قرار 1925/5/12 منشور بمجموعة قرارات هذه المحكمة 1925 ص227.

قرار محكمة النقض الفرنسية:

"يكون البيع العقاري تاما بتراضي الأطراف على المبيع والتمن، وإن معاينة هذا الاتفاق
لا تخضع حسب القانون إلى أي شكل مكتوب محدد."

- الغرفة المدنية بتاريخ 1949/5/2 منشور بجريدة المحاكم المغربية 1949/10/25
ص155.

الفصل 489 من ق ل ع م نظم كيفية تحرير العقود العقارية والجهة المخول لها تحرير هذه العقود.

"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." القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على شكلية العقود المنصبة على العقارات إذ نص الفصل 4 منه على ما يلي:

"يجب ان تحرر – تحت طائلة البطلان – جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية او بإنشاء الحقوق العينية الاخرى او نقلها او تعديلها او اسقاطها بموجب محرر رسمي او بمحرر ثابت التاريخ" ... و هو القانون المطبق على جميع أنواع العقارات سواء كانت محفظة أو ليست كذلك مدونة الحقوق العينية صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

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) كما تم تميمه 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.

قواعد إثباتية في الميدان الجنائي تتعلق بالوسائل التالية:

الدفع بتقادم جريمة.

شهادة متهم على متهم.

شهادة الطرف المدني.

شهادة متهم بنيت فقط على السماع دون معاينة الوقائع المشهود بها من طرفه

تصريحات مصرح التمهيدية دون استدعائه للحضور أمامها ومناقشة شهادته شفاهيا وحضوريا.

القرار عدد 11/1331

الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2018/11/29 في ملف جنحي عدد 13294 -
2018/11/6/13293.

حيث لئن كانت المحكمة مصدرة المطعون فيه، قد طبقت القانون تطبيقا سليما لما ردت الدفع بتقادم جريمة الاتجار في المخدرات استنادا إلى الإجراءات القاطعة له والمتخذة في حق المسمين ... و ... باعتبار أن الفقرة الخامسة من المادة 6 من قانون المسطرة الجنائية أن انقطاع التقادم " يسري هذا الانقطاع كذلك بالنسبة للأشخاص الذين لم يشملهم إجراء التحقيق أو المتابعة أو المحاكمة ". لا يستثني الأشخاص الذين لم تتم الإشارة إليهم أثناء البحث أو الإجراءات المذكورة، والمتخذة في حق المساهمين والمشاركين معهم في نفس الجريمة،

فإنها أي المحكمة المحكمة ولو حولها القانون كذلك السلطة التقديرية في استخلاص قناعتها من خلال الوقائع والأدلة المعروضة عليها فإن ذلك مرهون باعتماد وسائل إثبات تؤدي بشكل يقيني إلى النتيجة التي انتهت إليها بدون شك أو احتمال،

شهادة متهم على متهم وإن كانت تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، فإنها لا تقوم دليلا لوحدها ما دامت لم تعزز بدليل مستساغ قانونا،

وأن شهادة الطرف المدني لا تؤدي إلى اليقين لما له من مصلحة في الدعوى،

كما أن شهادة المتهم ... بخصوص جنائية الاختطاف بنيت فقط على السماع دون معاينة الوقائع المشهود بها من طرفه،

إضافة إلى أن المحكمة اعتمدت تصريحات المسمى ... التمهيدية دون استدعائه للحضور أمامها ومناقشة شهادته شفاهيا وحضوريا وفقا لما تفتضيه المادة 287 من قانون المسطرة الجنائية، حتى تتمكن من تكوين قناعتها على ضوء ذلك سواء سلبا أو إيجابا، وتكون بذلك قد خرقت القانون و جعلت قرارها مشوبا بالقصور في التعليل و هو ما يعرضه للنقض و الإبطال .

قضت بضم الملفين 12293 و 2018/13294 و نقض القرار الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بفا بتاريخ 2018/3/20 تحت عدد 289 في القضية عدد 2017/2612/535 .

قانون المسطرة الجنائية صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله

الفرع الأول: وسائل الإثبات

المادة 286

يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقاً للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده.

إذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم وحكمت ببراءته.

المادة 287

لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررها إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة ونوقشت شفهيًا وحضورياً أمامها.

المادة 365

- الأسباب الواقعية والقانونية التي يبنى عليها الحكم أو القرار أو الأمر ولو في حالة البراءة؛

المادة 5

تتقدم الدعوى العمومية، ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك بمرور:

- خمس عشرة سنة ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجريمة؛

- أربع سنوات ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجريمة؛

- سنة ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب المخالفة.

غير أنه إذا كان الضحية قاصراً وتعرض لاعتداء جرمي ارتكبه في حقه أحد أصوله أو من له عليه رعاية أو كفالة أو سلطة، فإن أمد التقدم يبدأ في السريان من جديد لنفس المدة ابتداء من تاريخ بلوغ الضحية سن الرشد المدني.

لا تتقدم الدعوى العمومية الناشئة عن الجرائم التي ينص على عدم تقدمها القانون أو اتفاقية دولية صادقت عليها المملكة المغربية وتم نشرها بالجريدة الرسمية.

المادة 6

ينقطع أمد تقدم الدعوى العمومية بكل إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق أو المحاكمة تقوم به السلطة القضائية أو تأمر به، وبكل إجراء يعتبره القانون قاطعاً للتقدم.

يقصد بإجراءات المتابعة في مفهوم هذه المادة، كل إجراء يترتب عنه رفع الدعوى العمومية إلى هيئة التحقيق أو هيئة الحكم.

يقصد بإجراءات التحقيق في مفهوم هذه المادة، كل إجراء صادر عن قاضي التحقيق خلال مرحلة التحقيق الإعدادي أو التحقيق التكميلي وفقا لمقتضيات القسم الثالث من الكتاب الأول من هذا القانون. يقصد بإجراءات المحاكمة في مفهوم هذه المادة، كل إجراء تتخذه المحكمة خلال دراستها للدعوى. يسري هذا الانقطاع كذلك بالنسبة للأشخاص الذين لم يشملهم إجراء التحقيق أو المتابعة أو المحاكمة. يسري أجل جديد للتقادم ابتداء من تاريخ آخر إجراء انقطع به أمده، وتكون مدته مساوية للمدة المحددة في المادة السابقة.

تتوقف مدة تقادم الدعوى العمومية فيما إذا كانت استحالة إقامتها ترجع إلى القانون نفسه. يبدأ التقادم من جديد ابتداء من اليوم الذي ترتفع فيه الاستحالة لمدة تساوي ما بقي من أمده في وقت توقيفه.

- تم تغيير وتنظيم المادة 5 و6 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5990 بتاريخ 29 ذو القعدة 1432 (27 أكتوبر 2011)، ص 5235.

تأشير إدارة التسجيل يضاف على المحرر العرفي صفة المحرر الثابت التاريخ

تلخيص رسوم التسجيل

© 2016 المديرية العامة للضرائب

تلخص هذه الوثيقة بإيجاز شديد مقتضيات المدونة العامة للضرائب المتعلقة بواجبات التسجيل. وهي لا تحل بأي حال من الأحوال محل القوانين والأنظمة الجاري بها العمل (المتاحة على صفحات هذه البوابة على الموقع "التشريع والتنظيم الجبائيين").

الباب الأول: إجراءات التسجيل

تعريف

يعتبر التسجيل إجراء تخضع له المحررات والاتفاقات سواء بشكل إجباري أو بشكل اختياري، ويترتب عنه تحصيل ضريبة تدعى "واجب التسجيل".

الآثار المترتبة عن إجراء التسجيل

يترتب على إجراء التسجيل اكتساب الاتفاقات العرفية لتاريخ ثابت عن طريق تسجيلها في سجل يدعى "سجل الإيداع" كما يضمن حفظ المحررات. يثبت التسجيل تجاه الخزينة وجود المحرر وتاريخه. ويعتبر التسجيل صحيحا فيما يخص تعيين الأطراف في المحرر وتحليل بنوده، ما لم يثبت خلاف ذلك. لا يمكن لأطراف العقد الاستدلال بنسخة من تسجيل عقد للمطالبة بتنفيذه، ولا يعتبر التسجيل بالنسبة للأطراف حجة كاملة، كما لا يعتبر وحده بداية حجة كتابية.

الباب الثاني: الاتفاقات والمحررات الخاضعة لإجراء التسجيل

التسجيل الإجمالي

تخضع وجوبا لإجراء وواجبات التسجيل، ولو كانت، بسبب ما يشوبها من عيب شكلي، عديمة القيمة:

جميع الاتفاقات، المكتوبة أو الشفوية وكيفما كان شكل المحرر المثبت لها، عرفيا أو رسميا) توثيقي أو عدلي أو عبري أو قضائي أو غير قضائي (والمتعلقة بما يلي:

التفويطات بين الأحياء، بعوض أو بغير عوض، مثل البيع أو الهبة أو المعاوضة في ما يخص:

العقارات، المحفظة أو غير المحفظة، أو الحقوق العينية الواقعة على العقارات المذكورة؛

الملكية أو حق الرقبة أو حق الانتفاع الواقعة على الأصل التجاري أو الزبائن؛
تفويت الحصص في المجموعات ذات النفع الاقتصادي والحصص والأسهم في الشركات التي لم تدرج أسهمها ببورصة القيم وكذا أسهم أو حصص المشاركة في الشركات العقارية الشفافة.

الإيجار ذي الإيراد الدائم للأموال العقارية والإيجار الحكري وكذا الإيجار لمدى الحياة أو لمدة غير محدودة؛

التخلي عن حق في الإيجار أو الاستفادة من وعد بإيجار واقع على عقار أو جزء منه سواء أوصف بتخل عن العتية أو بتعويض عن الإفراغ أو غير ذلك؛

الإيجار والتخلي عن الإيجار والكراء من الباطن للعقارات وللحقوق العقارية أو الأصول التجارية.

جميع المحررات العرفية أو الرسمية المتعلقة بما يلي:

إ إنشاء رهن رسمي أو افتكاكه، والتخلي عن الدين المضمون برهن رسمي أو الإنابة فيه.

إ تأسيس والزيادة في رأس مال وتمديد وحل الشركات أو المجموعات ذات النفع الاقتصادي وكذا جميع المحررات المغيرة للعقد أو النظام الأساسي؛

إ تفويت أسهم الشركات التي أدرجت أسهمها في جدول أسعار بورصة القيم؛
إ قسمة الأموال المنقولة أو العقارية؛

إ الرهن العقاري الحيازي أو رهن الأموال العقارية والتخلي عنها.

المحررات المبينة بعده والمثبتة للعمليات غير المذكورة أعلاه:

إ المحررات الرسمية أو العرفية التي ينجزها الموثقون أو الموظفون المكلفون بالتوثيق، وكذا المحررات العرفية التي يستعملها هؤلاء الموثقون أو الموظفون في محرراتهم الرسمية أو التي يلحقونها بها أو يودعونها في محفوظاتهم؛
إ المحررات التي ينجزها العدول والموثقون العبريون والمتعلقة بما يلي:

- صكوك إثبات الملكية؛

- إحصاء التركة؛

- التنازل عن ممارسة حق الشفعة أو التنازل عن حق الضم في بيع الصفقة؛

- الاسترجاع في بيع الثنيا؛

- رفع اليد عن التعرض فيما يخص العقارات؛

- بيع المنقولات أو الأشياء المنقولة كيفما كان نوعها؛

- هبة المنقولات؛

- الالتزامات والاعترافات بالديون وحوالات الديون؛

- الوكالات كيفما كان نوع الوكالة؛

- المخالصات عن شراء العقارات؛

إ الأحكام القضائية والمحررات القضائية وغير القضائية لكتاب الضبط بالمحاكم وكذا أحكام المحكمين التي تخضع بحكم طبيعتها أو حسب مضمونها، لواجبات التسجيل النسبية.

بيوع المنتجات الغابوية المنجزة بمقتضى الفصل 3 وما يليه من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 20 ذي الحجة 1335 (10 أكتوبر) 1917 المتعلق بالمحافظة على الغابات واستغلالها، وكذا البيوع المنجزة من طرف مأموري الأملاك المخزنية أو الجمارك.

التسجيل الاختياري

يمكن تسجيل المحررات غير المشار إليها في | أعلاه إذا طلب ذلك أطراف العقد أو أحدهم.

الباب الثالث: الإعفاءات الرئيسية

المحررات ذات المنفعة العامة:

تتعلق بالخصوص:

الاقتناءات التي تنجزها الدول الأجنبية للعقارات المعدة لمقر تمثيلها الدبلوماسي أو القنصلي بالمغرب أو لسكنى رئيس المركز، شريطة المعاملة بالمثل للدولة المغربية؛
المحررات والوثائق المتعلقة بالتحصيل الجبري للديون العمومية.

المحررات والوثائق المنجزة تنفيذا للقانون رقم 7-81 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

المحررات المتعلقة بالجماعات العمومية:

تشمل بالخصوص:

الاقتناءات المنجزة من طرف الدولة والمعاضات والهيئات والاتفاقات التي تعود عليها بالنفع، وعقود التحبيس وجميع أنواع الاتفاقات المبرمة بين الأحباس والدولة؛

الاقتناءات والمعاضات العقارية التي تنجزها الجماعات المحلية والمعدة للتعليم العمومي والإسعاف الاجتماعي والمحافظة على الصحة العامة وكذا أشغال التعمير والبناءات ذات النفع الجماعي.

المحررات ذات المنفعة الاجتماعية:

تتعلق بالخصوص:

عقود إيجار الخدمة.

عقود اقتناء العقارات اللازمة لتحقيق غرضها فقط من طرف الجمعيات غير الهادفة إلى الحصول على ربح والمهتمة بشؤون الأشخاص المعاقين؛

العقود المتعلقة بعمليات شركة سلا الجديدة و الشركة الوطنية للتهيئة الجماعية

(SONADAC)

المتعلقة بإنجاز مساكن اجتماعية مخصصة لإيواء سكان المدينة القديمة بالدار البيضاء؛

المحركات والتفويطات المنجزة من طرف بعض الهيئات غير الهادفة للربح (التعاون الوطني والصليب الأحمر...).

المحركات المتعلقة بالاستثمار:

تشمل المحركات المتعلقة بالاستثمار:

عقود تأسيس و الزيادة في رأس مال الشركات الواقعة في مناطق التصدير الحرة، والبنوك والشركات القابضة الحرة؛

عمليات اقتناء العقارات المنجزة من طرف المقاولات الواقعة في مناطق التصدير الحرة، والبنوك والشركات القابضة الحرة؛

العقود المتعلقة بالتغير الطارئ على رأس المال والتغيير المدخل على الأنظمة الأساسية أو الضوابط المتعلقة بتسيير هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة.

العقود المتعلقة بتأسيس صناديق التوظيف الجماعي للتسديد، واقتناء الأصول وإصدار وتفويت السندات والحصص وتعديل أنظمة التسيير وغيرها من العقود المتعلقة بسير الصناديق المذكورة طبقاً للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل؛ وكذا إعادة الاقتناء اللاحق للأصول العقارية في إطار عملية التسديد.

العقود المتعلقة بالتغير الطارئ على رأس المال والتغيير المدخل على الأنظمة الأساسية أو الضوابط المتعلقة بتسيير هيئات توظيف رأسمال بالمجازفة.

عمليات المشاركة وكذا تحمل الخصوم الناتجة عن تحويل مؤسسة عمومية إلى شركة مساهمة؛

عقود إنشاء الرهن ضماناً لأداء الضريبة على القيمة المضافة المؤداة من طرف الدولة والمتعلقة بالسكن الاجتماعي، وكذا افتكاك الرهن المسلم من لدن قابض إدارة الضرائب.

عقود التأسيس والزيادة في رأس مال الشركات المكتسبة لصفة « القطب المالي للدار البيضاء ».

المحركات المتعلقة بعمليات القرض:

تتعلق بالخصوص:

العقود المتعلقة بالعمليات التي ينجزها البنك الأفريقي للتنمية و"صندوق إفريقيا 50" والبنك الإسلامي للتنمية وفروعه.

عقود التسبيقات المضمونة بسندات من أموال الدولة أو بسندات تصدرها الخزينة؛

المحركات المثبتة لعمليات القرض المبرمة بين الخواص والهيئات البنكية، وكذا عمليات القرض العقاري المبرمة بين الخواص وشركات التمويل أو المبرمة بين المقاولات ومأجوريتها أو جمعيات الأعمال الاجتماعية للقطاع العام أو شبه العام أو الخاص وبين المنخرطين فيها لتملك أو بناء سكناهم الرئيسية.

الباب الرابع: آجال التسجيل

أجل ثلاثين (30) يوما

تخضع للتسجيل ولأداء الواجبات داخل أجل ثلاثين (30) يوما:

ابتداء من تاريخ إنشائها:

المحركات والاتفاقات الخاضعة إجباريا؛

المحاضر المثبتة لبيع المنتجات الغابوية والبيع التي ينجزها مأمورو أملاك الدولة أو الجمارك؛

محاضر البيع بالمزاد العلني للعقارات أو الأصول التجارية أو المنقولات الأخرى؛

ابتداء من تاريخ تلقي الإشهاد فيما يخص المحركات التي ينجزها العدول.

أجل ثلاثة (3) أشهر:

تخضع للتسجيل داخل أجل ثلاثة أشهر:

ابتداء من تاريخ وفاة الموصي بالنسبة للتبرعات المعلقة على حدوث الوفاة؛

ابتداء من تاريخها بالنسبة للأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عن مختلف المحاكم.

الباب الخامس: الأساس الخاضع للضريبة

من أجل تصفية الواجبات، تحدد قيمة الملك وحق الرقبة وحق الانتفاع واستغلال الأموال المنقولة والعقارية، وبصفة عامة، يحدد أساس الضريبة كما يلي:

فيما يخص البيع وعمليات نقل الملكية الأخرى المنجزة بعوض، في الثمن المعبر عنه والتكاليف التي يمكن أن تضاف إليه.

فيما يخص المعاوضات، في قيمة الشيء المعروض به الأكثر قيمة.

فيما يخص قسمة الأموال المنقولة أو العقارية بين الشركاء في الملك أو الإرث أو الشركة، كيفما كان نوع القسمة، في المبلغ الصافي للأصول المراد قسمتها.

فيما يخص نقل الملكية بين الأحياء بغير عوض، في التقدير المصرح به من قبل الأطراف لقيمة الأموال الموهوبة، دون إسقاط التحملات.

فيما يخص صكوك إثبات الملكية، في قيمة العقارات المتعلقة بها. ويجب أن تقدر على حدة قيمة كل عقار أو جزء منه وأن تعين بكل دقة حدود تلك العقارات ومساحتها وطبيعتها وموقعها؛

فيما يخص العقود المتعلقة بإنشاء الرهن الرسمي أو رهن الأصل التجاري، في المبلغ المضمون المتكون من أصل الدين والمصاريف المختلفة والفوائد في حدود سنتين؛ فيما يخص الرهون الحيازية العقارية، في الثمن والمبالغ التي أبرمت لضمانها تلك الرهون.

فيما يخص حصة المشاركة المجردة في تأسيس الشركات، في مبلغ أو قيمة الحصة. فيما يخص التخلي عن الأسهم أو حصص المشاركة في الشركات أو المجموعات ذات النفع الاقتصادي، في مبلغ القيمة المتداولة، مع خصم المبالغ التي لم تسدد من قيمة السندات غير المدفوعة بكاملها.

فيما يخص التخلي عن سندات القرض التي تصدرها الشركات أو المقاولات أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية، في مبلغ القيمة المتداولة.

فيما يخص الديون لأجل، وتمديد أجل أداءها وهبتها والتخلي عنها ونقلها والالتزامات بمبالغ، وغير ذلك من العقود المتضمنة لالتزامات، في رأس المال المعبر عنه في العقد والذي يكون موضوعا لها.

فيما يخص عمليات القرض، في مبلغ القرض .

فيما يخص المخالصات وجميع عقود الإبراء الأخرى، في مجموع المبالغ أو رؤوس الأموال التي تم إبراء المدين منها.

فيما يخص إنشاء الإيرادات الدائمة والعمرية والمعاشات وهبتها والتخلي عنها ونقلها، في رأس المال المؤسس والمتخلى عنه. وفي حالة عدم التصريح برأس مال، في رأس مال يعادل عشرين (20) مرة الإيراد الدائم وعشر (10) مرات الإيراد العمري أو المعاش، وذلك কিفما كان الثمن المصرح به فيما يخص النقل أو الاستخدام.

فيما يخص كفالة المبالغ والقيم والمنقولات والضمانات بمنقولات والتعويضات من نفس الطبيعة، في مبلغ الكفالة أو الضمان أو التعويض.

فيما يخص إيجار الصناعة والصفقات الخاصة بالبناء والإصلاح والصيانة، وجميع الأشياء المنقولة الأخرى القابلة لتقدير قيمتها، إذا أبرمت بين الخواص، وكانت لا تتضمن بيع بضائع أو سلع غذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة أو وعدا بتسليمها، في الثمن المعبر عنه مضافة إليه التكاليف أو قيمة الأشياء التي يمكن تقديرها.

فيما يخص إحصاء الشركات، في إجمالي الشركة، ما عدا الأفرشة والملابس وأثاث بيوت السكنى.

فيما يخص تسليم الوصية، في مجموع المبالغ أو قيمة الأشياء الموصى بها.

فيما يخص عقود الإيجار ذات الإيراد الدائم للعقارات والإيجارات الحكرية وعقود الإيجار المبرمة لمدة غير محدودة، في رأس مال يعادل عشرين (20) مرة الإيراد أو الثمن السنوي مع إضافة التحملات.

فيما يخص عقود الإيجار لعقارات لمدى الحياة، مهما كان عدد المستفيدين المتعاقبين، في رأس مال يعادل عشر (10) مرات الثمن مع إضافة التحملات.

الباب السادس: تعريف الواجبات

الواجبات النسبية: 1%، 1,5%، 3%، 4% و6%.

تخضع بشكل رئيسي لنسبة :

6%:

التفويطات بين الأحياء، بعوض أو بغير عوض، للعقارات أو الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المذكورة أو الملكية أو حق الرقبة أو حق الانتفاع الواقعة على الأصل التجاري أو الزبائن.

التخلي، بعوض أو بغير عوض، عن الأسهم والحصص في الشركات العقارية الشفافة والشركات التي يغلب عليها الطابع العقاري.

الإيجار ذي الإيراد الدائم للعقارات، والإيجار الحكري والإيجار لمدى الحياة أو لمدة غير محدودة.

التخلي عن الحق في الإيجار أو الاستفادة من وعد بإيجار.

4%:

اقتناء محلات مبنية من طرف أشخاص ذاتيين أو معنويين، غير مؤسسات الائتمان وبنك المغرب وصندوق الإيداع والتدبير وشركات التأمين وإعادة التأمين، سواء أكانت معدة للسكنى أو مخصصة لغرض تجاري أو مهني أو إداري.

الاقتناء بعوض لأراض عارية أو أراض مشتملة على بناءات مقرر هدمها، ومرصدة لإنجاز عمليات تجزيء أو بناء محلات معدة للسكنى أو لغرض تجاري أو مهني أو إداري، في غضون أجل سبعة أعوام ابتداء من تاريخ الاقتناء.

3%:

أ) تفويطات الحصص في المجموعات ذات النفع الاقتصادي، أو الأسهم أو الحصص في الشركات غير الشركات الشفافة أو التي يغلب عليها الطابع العقاري.

أ) المزايدة والبيع وإعادة البيع والتخلي واسترجاع المبيع من طرف البائع والصفقات وجميع العقود الأخرى، مدنية كانت أو قضائية، الناقلة لملكية الأموال المنقولة بعوض أو بغير عوض.

أ) صكوك إثبات ملكية العقارات.

أ) البيع الأول للمساكن الاجتماعية والمساكن ذات القيمة العقارية المخفضة.

:%1.5

أ) التخلي بغير عوض عن العقارات أو الحقوق العينية العقارية أو الأصل التجاري أو الزبائن أو الحصص في المجموعات ذات النفع الاقتصادي أو الحصص أو الأسهم في الشركات العقارية الشفافة أو التي يغلب عليها الطابع العقاري إذا كان مبرما بين الأصول والفروع وبين الأزواج أو بين الإخوة والأخوات.

أ) قسمة الأموال المنقولة أو العقارية بين الشركاء في الملك أو الإرث أو الشركة، কিفما كان نوع القسمة. غير أنه إذا كانت القسمة مشتملة على مدرك أو زائد القيمة، فإن الواجبات المستحقة على محتواها تستوفى حسب النسب المقررة لنقل الملكية بعوض، اعتباراً لقيمة كل مال من الأموال المشتملة عليها الحصة موضوع المدرك أو زائد القيمة.

أ) الرهون الحيازية للعقارات ورهون الأموال العقارية.

أ) العقود المتعلقة بإنشاء رهن رسمي أو رهن الأصل التجاري، ضماناً لدين حالي أو محتمل.

أ) عقود إيجار الصناعة والصفقات المتعلقة بالبناء والإصلاح والصيانة، وجميع الأشياء المنقولة القابلة لتقدير قيمتها، إذا أبرمت بين الخواص وكانت لا تتضمن بيع أو وعد بتسليم بضائع أو سلع غذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة.

:%1

أ) التخلي عن سندات الاقتراض التي تصدرها الشركات أو المقاولات أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية؛

أ) الكفالات المتعلقة بالمبالغ والقيم والأشياء المنقولة، والضمانات المنقولة وكذا التعويضات من نفس الطبيعة؛

أ) عمليات تأسيس رأس مال الشركات أو المجموعات ذات النفع الاقتصادي أو الزيادة فيه المنجزة عن طريق حصص مشاركة مجردة جديدة.

أ) الصفقات التي تبرمها الدولة والتي تتحمل الخزينة العامة أداء ثمنها.

أ) إحصاء التركات.

الحد الأدنى للاستخلاص

يتم استيفاء 100 درهم كحد أدنى فيما يخص تسجيل المحررات والتفويطات الخاضعة للواجبات النسبية. ويرفع هذا المبلغ إلى 1.000 درهم بالنسبة لعقود تأسيس الشركات أو المجموعات ذات النفع الاقتصادي، وكذا الزيادة في رأسمالها.

الواجبات الثابتة:

تخضع بالخصوص للواجب الثابت:

1000 درهم:

أ عمليات تأسيس الشركات أو المجموعات ذات النفع الاقتصادي والزيادة في رأسمالها، المنجزة عن طريق حصص مشاركة مجردة، عندما لا يتجاوز رأس المال المكتتب به مبلغ خمسمائة ألف 500.000 درهم.

أ العقد المثبت لحصص المشاركة من الذمة المالية المهنية لشخص ذاتي أو شركة منجزة ما بين فاتح يناير و31 دجنبر 2010.

أ يمتد هذا الإجراء ليشمل حصص مشاركة منجزة ما بين فاتح يناير 2013 و31 دجنبر 2014.

أ العقد المثبت للزيادة في رأس المال المنجزة ما بين فاتح يناير 2011 و31 دجنبر 2012، لمقابلة يقل أو يعادل رقم معاملاتها المنجز برسم كل سنة من السنوات المالية الأربعة الأخيرة مبلغ خمسين (50) مليون درهم.

يتمد هذا الإجراء ليشمل عقود زيادة رأس المال المنجزة ما بين فاتح يناير و31 دجنبر 2013 مع إدخال الغاية.

200 درهم:

أ التنازل عن ممارسة حق الشفعة أو الصفقة، ويستحق واجب واحد على كل مالك من الملاك الشركاء المتنازلين؛

أ الوصايا والرجوع فيها وجميع عقود التبرع التي لا تتضمن سوى تصرفات معلقة على حدوث الوفاة؛

أ عمليات الفسخ غير المشروط إذا تمت داخل الأربع والعشرين (24) ساعة الموالية للعقود المفسوخة وقدم للتسجيل داخل الأجل نفسه.

أ العقود التي لا تتضمن سوى تنفيذ وتكملة وإنجاز عقود سبق تسجيلها.

أ الصفقات والاتفاقات المعتبرة أعمالا تجارية.

أ الإيجار و الكراء و التخلي عن الإيجار و الكراء من الباطن لعقارات أو لأصول

تجارية.

أ عقود تمديد أو حل الشركات أو المجموعات ذات النفع الاقتصادي التي لا تحتوي على التزام أو إبراء أو نقل ملكية أموال منقولة أو عقارية فيما بين الشركاء أو الأعضاء في المجموعات ذات النفع الاقتصادي أو غيرهم من الأشخاص و التي لا يترتب عليها أداء الواجب النسبي.

أ عقود تأسيس المجموعات ذات النفع الاقتصادي بدون رأس مال.

أ عقود الائتمان الإيجاري العقاري المتعلقة بأماكن تخصص لغرض مهني أو للسكن، وفسخ العقود المذكورة بتراضي الأطراف خلال سريان مفعولها وكذا تفويت هذه الأماكن لفائدة المستأجرين الواردين في العقود سالفة الذكر.

أ العقود المتعلقة بعمليات القرض المبرمة بين شركات التمويل والخواص.

أ عقود إنشاء وافتكالك الرهون الرسمية و الرهون الواقعة على الأصول التجارية؛

أ جميع العقود الأخرى غير المسماة التي لا يترتب عليها أداء الواجب النسبي.

إذا كان المبيع عقارا محفظا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....)

إذا كان المبيع عقارا محفظا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ و إذا اختل هذا الركن الشكلي فإن البيع لا يقوم . و إن المحكمة لما اعتمدت مجرد إقرار قضائي أمام المحكمة الجنحية لإثبات بيع عقار محفظ تكون قد خرقت القانون " الفصل 489 من قانون الالتزامات و العقود" و عرضت قرارها للنقض.

القرار عدد 817 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) سنة 1983

مدونة الحقوق العينية صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

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 كما تم تنميته

المادة 4

يجب أن تحرر- تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها 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 حررتة.

تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها.

تم تتميم الفقرة الأولى من المادة 4 أعلاه بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 69.16 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.17.50 بتاريخ 8 ذي الحجة 1438 (30 أغسطس 2017)؛ الجريدة الرسمية عدد 6604 بتاريخ 23 ذو الحجة 1438 (14 سبتمبر 2017)، ص 5068.

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفرع الثاني: في تمام البيع

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

مضمن الاجتهاد القضائي المغربي في اثبات الالتزامات و
البراءة منها

مضمن الاجتهاد القضائي المغربي في اثبات الالتزامات و البراءة منها

القرار عدد 715 المؤرخ في :2004/6/9 الملف التجاري عدد : 12335-
03/2/3/1234

بيع بالمزاد العلني - امتناع الراسي عليه المزاد من تنفيذ شروط المزايدة - إعادة البيع (نعم) - مراقبة القاضي لصحة العروض (نعم) مقتضيات المادة 119 من مدونة التجارة تطبق لما يقع البيع بالمزاد العلني وتكون هناك إجازة للبيع من طرف من طرف القاضي المنتدب ثم يمتنع الراسي عليه المزاد من تنفيذ شروط المزايدة فيؤمر . و هو وضع يختلف عن نازلة الحال بإعادة البيع على ذمة هذا الأخير . و هو وضع يختلف عن نازلة الحال التي لم يجر فيها القاضي المنتدب البيع و أصدر أمره بعدم الموافقة على العروض المقدمة .

مسطرة صعوبة المقاوله ترمي بالأساس الى حماية مصالح الدائنين و المدين .

قرار عدد 367 بتاريخ : 95/09/21 الملف الإداري : 94/1/5/10391
عقد إداري

- لا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما و أن يتضمن العقد شروطا و مقتضيات غير مألوفة في القانون العادي.
يتعين أن يتوفر شرط ثالث و هو أن يتعلق إبرام العقد بتسيير مرفق عمومي

القرار رقم 74 الصادر بتاريخ 12 مارس 1973 في الملف الاجتماعي رقم 37192 قاعدة : ينعقد الزواج بالإيجاب و القبول : " الفصل 4 " من مدونة الأحوال، و أن عدم توافر شروط صحة الزواج المنصوص عليها في الفصل الخامس لا يتنافى مع ثبوت ركن العقد الذي يترتب عليه في حالة عدم توافر شروط صحته - آثار النكاح الفاسد التي من جملتها وجوب النفقة قبل الحكم بفسخه و ثبوت نسب الولد و ان المحكمة قد قدرته قيمة البينة المثبتة لركن العقد و قضت تبعا لذلك بالنفقة الواجبة قبل فسخ النكاح
رسم الوصية ... أخذ نسخة منه، ... شروط

- يشترط لأخذ النسخة من رسم الوصية أن يؤدي شهودها شهادتهم عند القاضي فلا ينسخ رسم حتى يثبت تأدية شهوده عند القاضي أن كانوا حاضرين أو بالرفع عن شهادتهم إن كانوا قد توفوا أو غائبين

القرار عدد 84

الصادر بتاريخ 12 فبراير 2015

في الملف التجاري عدد 17/3/1/2013

سببية البت - شروطها - حجية الأمر المقضي - نطاقها.
إن حجية الأمر المقضي لا تثبت لمنطوق الحكم فقط و إنما لحديثاته أيضا. و ما دام أن الشيء المطلوب بمقتضى هذه الدعوى هو نفس الشيء المطلوب سابقا، وأن الدعوى مؤسسة على نفس السبب، ومرفوعة بين نفس الأطراف وموجهة منهم وعليهم بنفس الصفة، فإن سببية البت في الموضوع تكون قائمة وثابتة بمقتضى أحكام وقرارات أصبحت مكتسبة لقوة الشيء المقضي.

رفض الطلب

القرار عدد 715 المؤرخ في: 2004/6/9 الملف التجاري عدد : 12335-

03/2/3/1234

بيع بالمزاد العلني - امتناع الراسي عليه المزاد من تنفيذ شروط المزايدة - إعادة البيع (نعم) - مراقبة القاضي لصحة العروض (نعم) مقتضيات المادة 119 من مدونة التجارة تطبق لما يقع البيع بالمزاد العلني وتكون هناك إجازة للبيع من طرف من طرف القاضي المنتدب ثم يمتنع الراسي عليه المزاد من تنفيذ شروط المزايدة فيؤمر . و هو وضع يختلف عن نازلة الحال بإعادة البيع على ذمة هذا الأخير . و هو وضع يختلف عن نازلة الحال التي لم يجر فيها القاضي المنتدب البيع و أصدر أمره بعدم الموافقة على العروض المقدمة .

مسطرة صعوبة المقاوله ترمي بالأساس الى حماية مصالح الدائنين و المدين .

قرار عدد 367 بتاريخ : 95/09/21 الملف الإداري : 94/1/5/10391

عقد إداري

- لا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما و أن يتضمن العقد شروطا و مقتضيات غير مألوفة في القانون العادي.
يتعين أن يتوفر شرط ثالث و هو أن يتعلق إبرام العقد بتسيير مرفق عمومي

القرار رقم 74 الصادر بتاريخ 12 مارس 1973 في الملف الاجتماعي رقم 37192
قاعدة : ينعقد الزواج بالإيجاب و القبول : " الفصل 4 " من مدونة الأحوال، و أن عدم
توافر شروط صحة الزواج المنصوص عليها في الفصل الخامس لا يتنافى مع ثبوت
ركن العقد الذي يترتب عليه في حالة عدم توافر شروط صحته

- آثار النكاح الفاسد التي من جملتها وجوب النفقة قبل الحكم بفسخه و ثبوت نسب الولد و
ان المحكمة قد قدرته قيمة البينة المثبتة لركن العقد و قضت تبعا لذلك بالنفقة الواجبة قبل
فسخ النكاح . -64-

- 64

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 26 يوليو 2010

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما تم تعديله

لفرع 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
ويصحح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده

المادة 60

يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح 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 بالإيجاب 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

رسم الوصية ... أخذ نسخة منه، ... شروط * يشترط لأخذ النسخة من رسم الوصية أن يؤدي شهودها شهادتهم عند القاضي فلا ينسخ رسم حتى يثبت تأدية شهوده عند القاضي أن كانوا حاضرين أو بالرفع عن شهادتهم إن كانوا قد توفوا أو غائبين .

القرار عدد 84

الصادر بتاريخ 12 فبراير 2015

في الملف التجاري عدد 17/3/1/2013

سببية البت - شروطها - حجية الأمر المقضي - نطاقها.
إن حجية الأمر المقضي لا تثبت لمنطوق الحكم فقط وإنما لحديثاته أيضا. و ما دام أن الشيء المطلوب بمقتضى هذه الدعوى هو نفس الشيء المطلوب سابقا، وأن الدعوى مؤسسة على نفس السبب، ومرفوعة بين نفس الأطراف وموجهة منهم وعليهم بنفس الصفة، فإن سببية البت في الموضوع تكون قائمة وثابتة بمقتضى أحكام وقرارات أصبحت مكتسبة لقوة الشيء المقضي.

رفض الطلب

القرار 205 الصادر بتاريخ 1980/10/30 في الملف المدني 65682

قاعدة:

يعد توجيه اليمين المتممة من طرف القاضي للخصم الذي لم يدل بالحجة الكافية لإثبات دعواه إجراء من إجراءات التحقيق المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية يتوقف البت في النازلة عليه إعدادا للدليل فلا يمكن الفصل في النزاع قبل قيام هذا الدليل .
كان على المحكمة و قد رأت أن توجه اليمين المتممة للمدع لاستكمال دليله أن توجه هذه اليمين بحكم تمهيدي تبين فيه الوقائع التي ستلقى اليمين بشأنها و تسجل بعد ذلك تأدية هذه اليمين قبل الفصل في النزاع .

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.

القرار عدد 3717 المؤرخ في: 2003/12/24 الملف المدني عدد: 2002/2/1/3916

شيك - إقرار - ادعاء الوفاء - واقعتين

-تجزئة الإقرار إقرار الطالب بحيازة الشيك و صرفه يجعل ذمته عامرة بمبلغ الشيك بإقراره، وادعائه أداء المبلغ لفائدة المطلوب دون أن يقيم الدليل على ذلك، هو قول يتشكل من واقعتين اثنتين لا واقعة واحدة و المحكمة لما اعتبرته مدينا و قضت عليه بالأداء لم تجزء الاقرار و طبقت الفصل 441 من قانون الالتزامات و العقود الذي يقول بإمكانية تجزئة الاقرار إذا انصب على واقعتين متميزتين و منفصل بعضها عن بعض مما يجعل قرارها غير خارق الفصل 414 من قانون الالتزامات و العقود و الوسيلة بدون أساس.

3717-2003

قانون الالتزامات و العقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 414

لا يجوز تجزئة الإقرار ضد صاحبه إذا كان هذا الإقرار هو الحجة الوحيدة عليه. ويمكن تجزئته:

1 - إذا كانت إحدى الوقائع ثابتة بحجة أخرى غير الإقرار؛

2 - إذا انصب الإقرار على وقائع متميزة و منفصل بعضها عن البعض؛

3 - إذا ثبت كذب جزء من الإقرار.

لا يسوغ الرجوع في الإقرار ما لم يثبت أن الحامل عليه هو غلط مادي.

الغلط في القانون لا يكفي للسماح بالرجوع في الإقرار ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس الطرف الآخر.

ولا يسوغ الرجوع في الإقرار ولو كان الخصم الآخر لم يعلم به.

القرار عدد 3497 المؤرخ في 1999/7/6 ملف مدني عدد 97/3/1/4738 - الاتفاقات

التعاقدية الرامية إلى نقل حق عيني إلى الغير، لا أثر لها - ولو بين الأطراف إلا من تاريخ تسجيلها بالرسم العقاري وكل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله بالرسم العقاري. - إن مشتري عقار محفظ مؤجر للغير - لا يعد مالكا له إلا بتسجيل عقد شراؤه بالرسم العقاري.

بيان حساب أجل الثلاث سنوات المنصوص عليها في الفصل 14 من القانون رقم 14-

79 المنظم لعقود كراء المحلات المعدة للسكن من اليوم الذي تنتقل فيه الملكية الى المشتري . وهو التسجيل بالرسم العقاري. لا من تاريخ ابرامه عقد الشراء. لا يصبح مشتري العقار خلفا خاصا للمالك والسابق إلا من اليوم الذي يصبح ملكا له.

القرار 446 الصادر بتاريخ 21 شتنبر 1987 ملف اجتماعي 85/ 6387
التنازل ...

- ليس في الإشهاد المحرر من طرف السلطة المحلية ما يفيد أن العامل قد غادر عمله تلقائيا و كل ما فيه أن رئيس الدائرة استدعى الطرفين و أدى المشغل ما بذمته للعامل كما أنه ليس فيه أي تنازل عن حقوقه .

* على أن التنازل و إن وقع فهو باطل و فق ما ينص عليه الفصل 745 من قانون الالتزامات و العقود المكرر مرتين الذي ينص على أنه..... :

قانون الالتزامات و العقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 745 مكرر مرتين

(ظهير 6 يوليوز 1954) التوصيل الذي يعطيه العامل لرب العمل، عند فسخ أو انقضاء عقده، بتصفية كل حساباته تجاهه، يجوز نقضه خلال الثلاثين يوما التالية لتوقيعه.

يبطل كل ما يصدر من الأجير في التوصيل من تنازل عن المكافآت الممنوحة عن العطل السنوية المدفوعة وعن المكافآت المستحقة له تعويضا عن العطل التي لم يأخذها، وعن المكافآت والمزايا المقررة بمقتضى العقد الجماعي والتي مازالت مستحقة له، وعن التعويضات التي قد تستحق له نتيجة إنهاء العقد بمقتضى الفصل 754 التالي:

يلزم أن يتضمن التوصيل البيانات الآتية، وإلا وقع باطلا:

أ - جملة المبلغ المدفوع للأجير تصفية لكل حساباته مكتوبا بخط يده. كما يلزم على الأجير أن يكتب قبل توقيعه عبارة " قرئ وصدق عليه ". وإذا كان الأجير أميا، استبدل بتوقيعه توقيع شاهدين يختارهما بنفسه؛

ب - ميعاد السقوط المذكور في الفقرة الأولى مكتوبا بحروف تقرأ بوضوح؛

ج - أنه حرر في نظيرين أعطي أحدهما للأجير.

ويلزم إجراء نقض التوصيل إما بخطاب مضمون موجه لرب العمل، وإما برفع الدعوى أمام محكمة الشغل وعند عدم اختصاصها، أمام محكمة السدد-65 وهو لا يصلح إلا بشرط توضيح الحقوق المختلفة التي يدعيها الأجير لنفسه.

التوصيل عن صافي كل الحسابات الذي يحصل نقضه على وجه قانوني أو ذلك الذي لم يفت بعد ميعاد نقضه، لا يكون له إلا قيمة التوصيل البسيط بالمبالغ المذكورة فيه

الفصل 775

لا يستحق وفاء الثمن إلا بعد إنجاز العمل أو الفعل الذي هو محل العقد، وإذا حدد أداء الثمن على أساس وحدة زمنية أو جزء من العمل استحق الوفاء بعد إنجاز كل وحدة من وحدات الزمن أو العمل. قارن مع المواد 73 إلى 76 من مدونة الشغل.

مدونة الشغل

صيغة محينة بتاريخ 26 أكتوبر 2011

الفرع الثامن: توصيل تصفية كل حساب

المادة 73

"التوصيل عن تصفية كل حساب" هو التوصيل الذي يسلمه الأجير للمشغل، عند إنهاء العقد لأي سبب كان، وذلك قصد تصفية كل الأدعاءات تجاهه.

يعتبر باطلا كل إبراء أو صلح، طبقا للفصل 1098-66 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنجائه.

المادة 76

لا يعتد بالتوصيل الذي وقع التراجع عنه بصفة قانونية أو الذي لا يمكن أن يسري عليه أجل السقوط إلا باعتباره مجرد توصيل بالمبالغ المبينة فيه.

يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقا للفصل 1098-67 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبينة فيها.

65 - انسجاما مع التنظيم القضائي الحالي للمملكة يمكن صياغة الفقرة أعلاه كالآتي: ويلزم إجراء نقض التوصيل إما بخطاب مضمون موجه لرب العمل، وإما برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية. وهو لا يصلح إلا بشرط توضيح الحقوق المختلفة التي يدعيها الأجير لنفسه.

13 - انظر الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود:

الصلح عقد، بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معيناً أو حقا.

14 - نفس الإحالة المضمنة في الهامش السابق.

تعفى التعويضات التي يتقاضاها الأجير عن الفصل بموجب صلح أو حكم قضائي، من الضريبة عن الدخل وواجبات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ورسوم التسجيل.

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف عقاري (.....) البينة ... تكذيبها... اختلاف أقوال المدعى ... الأثر
من المقرر أن من أكذب بينة فقد أبطل العمل بها، إن الباطل لا يصح الاحتجاج به لكونه منعدما شرعا و المنعدم شرعا كالمنعدم حسا .
من اختلفت أقواله سقطت دعواه و بينته .

القرار عدد 614 سنة 1983

الغرفة المدنية القرار عدد 1235 المؤرخ في 2001/4/4 الملف المدني عدد 2000/2/1/2016 عقد القرض – الفائدة بين المسلمين (لا) – اثبات الأداء الجزئي بدليل كتابي (نعم) – إجراء بحث (لا) . اشتراط الفائدة في عقد القرض بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه.
تكون المحكمة على صواب لما قضت على المدين بأداء أصل الدين ورفضت الفوائد المترتبة عنه .

- 1235

2001

الغرفة القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف عقاري (.....) البينة ... تكذيبها... اختلاف أقوال المدعى ... الأثر
من المقرر أن من أكذب بينة فقد أبطل العمل بها، إن الباطل لا يصح الاحتجاج به لكونه منعدما شرعا و المنعدم شرعا كالمنعدم حسا .
من اختلفت أقواله سقطت دعواه و بينته .

القرار عدد 614 سنة 1983

الغرفة المدنية القرار عدد 1235 المؤرخ في 2001/4/4 الملف المدني عدد 2000/2/1/2016 عقد القرض – الفائدة بين المسلمين (لا) – اثبات الأداء الجزئي بدليل كتابي (نعم) – إجراء بحث (لا) . اشتراط الفائدة في عقد القرض بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه.
تكون المحكمة على صواب لما قضت على المدين بأداء أصل الدين ورفضت الفوائد المترتبة عنها ...

1235

2001

- القرار 529 الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1987 ملف اجتماعي 85-5482
- المدين ... أمواله ... ضمان عام ... الدائن ... حق الاعتراض ... نعم .
 - تشكل أموال المدين الضمان العام لدائنيه.
 - العقود لا تلزم إلا أطرافها فهي لا تنفع و لا تضر الغير إلا في الحالات المذكورة في القانون .
 - للدائن حق الاعتراض على الاتفاقات التي يبرمها المدين.

- القرار عدد 438 الصادر عن غرفتين المؤرخ في 98/5/27 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف الإداري عدد 96/1/5/692
- حكم
 - انصرافه إلى كل الأحكام ابتدائية أو انتهائية - تحكيم - نظام اختياري
 - اتفاق الطرفين عليه

- إضفاء الصبغة القانونية عليه. ان المشرع استعمل في الفصل 382 مصطلح الحكم دون تقييد، مما يعني انه يمكن ان ينصرف الى كل الأحكام سواء ابتدائية أو انتهائية، يدل ذلك أن الفصل 381 من قانون المسطرة المدنية الذي اعطى للوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى (محكمة النقض) امكانية الطعن في الاحكام التي تصدر على وجه مخالف للقانون أو لقواعد المسطرة قد استعمل مصطلح الحكم النهائي.

قانون المسطرة المدنية صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

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

الفصل 381

إذا علم الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض أنه صدر حكم انتهائي على وجه مخالف للقانون أو لقواعد المسطرة ولم يتقدم أحد من الأطراف بطلب نقضه في الأجل المقرر فإنه يحيله على المحكمة. إذا صدر عن المحكمة حكم بالنقض فلا يمكن للأطراف الاستفادة منه ليتخلصوا من مقتضيات الحكم المنقوض.

قرار عدد 4776
الصادر بتاريخ 1 نونبر 2011
عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف المدني عدد 1060/1/1/2010

القاعدة:

تعرض على مطلب التحفيظ- إثبات -الصبغة الجماعية للملك.
الشهادة التي تنسب الملك إلى الجماعة السلالية لا يشترط فيها وبالضرورة توفرها على
كافة شروط الملك ما دام شهودها يشهدون بالصبغة الجماعية للمشهود فيه، وإذا ما رأت
المحكمة خلاف ذلك فعليها أن تتخذ التدابير التكميلية للتحقيق بالوقوف على عين العقار
المدعى فيه للتأكد من صبغته، أهي جماعية أم لا ؟

الحكم الجنائي عدد507(س9) الصادر في 22 ذي الحجة 1385 موافق 14 أبريل
1966 عن المجلس الأعلى (محكمة النقض)

-شهادة الاسترعاء

-مفادها

-القطع بما في علم الشهود

-لا تفيد القطع بالملاء المشهود به.

2 - شهادة - تناقض الشهود في شهاداتهم - ثبوت الزور (لا).

1 - إن الشهادة الاسترعاءية هي التي يشهد شهودها بما في علمهم و أن عبارة (كل
ذلك في علمهم و صحة يقينهم) الواردة فيها انما تفيد القطع بأن المشهود به في علم
الشهود و لا تفيد حتما ثبوت الملاء المشهود به في الواقع اذ أن الملاء من الأمر التي لا
يصح فيها القطع و الجزم عادة أو يعسران على الأقل و عليه فإن المحكمة كانت على
صواب حينما اعتبرت أن مدار شهادة اللفييف المتنازع في شأنها على غلبة الظن لا
القطع.

1 - تناقض الشهود في شهادتهم لا يثبت زوريتها و يرجع للقضاة المدنيين لا قضاة
الزجر إبداء نظرهم في مضمون الشهادة و الحق في أعمالها و إهمالها.

الحكم الشرعي عدد 12 الصادر في 6 شعبان 1388- موافق 29 أكتوبر 1968 عن
المجلس الأعلى (محكمة النقض)

في إقرار الأب بالبنوة يعمل به في لحوق النسب و هذه القاعدة مؤسسة على الأصول
العامة في مذهب الإمام مالك و معتمدة على الفصل 89 من قانون مدونة الأحوال

الشخصية. يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته .

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما تم تعديله

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 أسرتهما، 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.

المادة 157

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.

المادة 158

يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية.

المادة 159

لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي، طبقا للمادة 153 أعلاه.

المادة 160

يثبت النسب بإقرار الأب ببنة 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.

المادة 161

لا يثبت النسب بإقرار غير الأب.

يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه.

القرار عدد 539 المؤرخ في 2001/2/7 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض)
في الملف المدني عدد 98/2/1/428

مرض الموت - عقد البيع - المحاباة - استخلاصها.

لما استخلصت المحكمة من الشهادة الطبية المحررة من طرف طبيب مختص في الأمراض العقلية والنفسية ومن اللفيف المدلى به أن الهالك- البائع - كان مصابا بخلل عقلي، ويعاني من مرض مزمن ألزمه الفراش الى ان مات منه وأن عقد البيع الذي أبرمه مع بنته كان في مرض الموت واستخلصت وجود محابات للوارث ناتج من ثمن البيع المذكور في العقد المذكور الذي يقل بكثير عن الثمن الحقيقي للمبيع. تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا وطبقت الفصل 479 من قانون الالتزامات والعقود.

قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 345

الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته.

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.

قرار 354 الصادر بتاريخ 21 مارس 1987 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة

النقض) في ملف عقاري 84/4218

اللفيف... عدل واحد... طبيعة اللفيف

يجوز للعدل الواحد أن يتلقى شهادة اللفيف شهادة اللفيف التي يتلقاها العدول نيابة عن القاضي وتسجل عليه هي بمثابة شهادة العدول في إثبات الحقوق وليست مجرد لائحة شهود ولا يلزم شهودها بأداء اليمين.

القرار 145 الصادر بتاريخ 3 فبراير 1987 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في ملف شرعي 85/5420

الوضع لأقل من ستة أشهر... ينفي النسب، بغير لعان... ويفسخ النكاح. و لا يتأبد تحريمها إن كان من زناه الادعاء بأن الوضع تم خلال المدة الغير القانونية يستلزم تكليف المدعى بالإدلاء بشهادة الوضع لمعرفة الحقيقة و يطلب فسخ عقد النكاح و الملاعنة و لكل أحكامه قال ابن عرفة :

اللعان هو حلف الرجل على زنى زوجته أو حملها اللازم له الى قوله اللازم له كما لو اتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد فإنه منتف بغير لعان .
و في المعيار الجديد

من تزوج امرأة فأتت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من يوم العقد عليها قلة زائدة عما ان تنقصه الشهور كسنة ايام ينتفي عنه ذلك الولد بغير لعان لقيام المانع الشرعي على نفيه و يفسخ النكاح و يتأبد تحريمه على الراجح إن كان من زنى غيره و إلا إن كان من زناه فالمشهور عدم التأبيد و أما الصداق فإن غرت به و تزوجها في الاستبراء عالمة بالحكم فليس لها الا ربع دينار للدخول لبناءه بها .

مدونة الأسرة

المادة 135

أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

المادة 154

يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

1 - إذا ولد لسنة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا؛

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 شرعا.

قرار عدد 301 المؤرخ في 97/1/15 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض)
في الملف المدني عدد 1067/

96 شهادة التسليم – قوتها الإثباتية (نعم) - اعتماد المحكمة على إشهاد (لا) .

- الشهادة المعتمدة قانونا لإثبات التبليغات القضائية هي شهادة التسليم المنصوص عليها
في الفصل 39 من قانون المسطرة المدنية و المحكمة عندما أصدرت قرارها بعدم قبول
الاستئناف شكلا استنادا الى شهادة تبليغ مسلمة من طرف رئيس كتابة الضبط تفيد ان
التبليغ قد بلغ الى للمستأنف

دون أن ترجع الى ملف التبليغ و تبحث عما اذا كان يتوفر على شهادة التسليم التي هي
وحدها المثبتة للتبليغ المدعى به أم لا ، تكون قد خرقت الفصل 39 من قانون المسطرة
المدنية . و عرضت قرارها للنقض والابطال.

قانون المسطرة المدنية صيغة مهيئة بتاريخ 20 مارس 2014 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 39

ترفق بالاستدعاء شهادة يبين فيها من سلم له الاستدعاء وفي أي تاريخ ويجب أن توقع هذه الشهادة
من الطرف أو من الشخص الذي تسلمها في موطنه. وإذا عجز من تسلم الاستدعاء عن التوقيع أو
رفضه أشار إلى ذلك العون أو السلطة المكلفة بالتبليغ ويوقع العون أو السلطة على هذه الشهادة في
جميع الأحوال ويرسلها إلى كتابة ضبط المحكمة.

إذا تعذر على المكلف بالتبليغ أو السلطة الإدارية تسليم الاستدعاء لعدم العثور على الطرف أو على
أي شخص في موطنه أو محل إقامته ألصق في الحين إشعارا بذلك في موضع ظاهر بمكان التبليغ
وأشار إلى ذلك في الشهادة التي ترجع إلى كتابة ضبط المحكمة المعنية بالأمر

-68.

توجه حينئذ كتابة الضبط الاستدعاء بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل.

إذا رفض الطرف أو الشخص الذي له الصفة، تسلم الاستدعاء أشير إلى ذلك في الشهادة.

يعتبر الاستدعاء مسلما تسليما صحيحا في اليوم العاشر الموالي للرفض الصادر من الطرف أو
الشخص الذي له الصفة في تسلم الاستدعاء.

يمكن للقاضي من ناحية أخرى تبعا للظروف تمديد الأجال المذكورة أعلاه والأمر بتجديد الاستدعاء.

يعين القاضي في الأحوال التي يكون فيها موطن أو محل إقامة الطرف غير معروف عوناً من كتابة الضبط بصفته قيماً يبلغ إليه الاستدعاء.

يبحث هذا القيم عن الطرف بمساعدة النيابة العامة والسلطات الإدارية ويقدم كل المستندات والمعلومات المفيدة للدفاع عنه دون أن يكون الحكم الصادر نتيجة القيام بهذه الإجراءات حضورياً. إذا عرف فيما بعد موطن أو محل إقامة الطرف الذي كان يجهل موطنه فإن القيم يخبر بذلك القاضي الذي عينه ويخطر الطرف برسالة مضمونة عن حالة المسطرة وتنتهي نيابته عنه بمجرد القيام بذلك

القرار عدد 888 المؤرخ في 96/12/17 الملف العقاري عدد 92/6203
عدل واحد - شهادته - صحتها .

- الشهادة الاسترعاية التي ينسبها عدل واحد إلى علمه بوقوع البيع وتتضمن كل شروطه لا يضيره تأخر الأداء ولا يؤثر في ذلك صحة العمل به مادام الرسم مخاطباً عليه. ولما كان موضوع الدعوى مالياً فإنها تثبت بالشاهد واليمين مع الحيازة.

القرار رقم 187 الصادر بتاريخ 8 يونيو 1979 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف المدني رقم 40903
القاعدة :

تطابق الحدود و ما يمكن أن يستنتج منه فيما يرجع لشهادة الشهود مسألة واقعية محضة غير خاضعة لرقابة المجلس الأعلى.

المحكمة غير ملزمة بأن تشير في حكمها إلى أن التعرض على التحفيظ وقع داخل الأجل القانوني.

- عدم مخاطبة القاضي على استفسار شهود الملكية ليس من الأسباب الموجبة لبطلانها .

القرار عدد 181 المؤرخ في :20/02/2002 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف الجنحي عدد : 2001/21294

تسجيل الناقله

-الورقة الرمادية

-اعتراف بالشراء

-مسؤولية المالك

-مسؤولية حارس الشيء. المقصود بتسجيل الناقله في اسم المالك الجديد هو إتمام وإنهاء تحويل الورقة الرمادية في اسمه وأن مجرد الاعتراف بشراء السيارة من مالكة الأصلي لا يعفيه من مسؤولية حراسة الشيء .

القرار عدد 760 المؤرخ في 2001/2/21 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف المدني عدد 95/2/1/3956

الاعتراف بالدين – الورقة العرفية - المصادقة على التوقيع – استبعاد المحكمة للدليل الكتابي تلقائيا (لا).

بمقتضى الفصل 426 من ق ل ع فإن الورقة العرفية المعترف بها مما يقع التمسك بها ضده لها نفس القوة الثبوتية التي للورقة الرسمية المصادقة على التوقيع على الورقة العرفية من المصالح المختصة ليس شرطا في صحتها ما دام صاحب التوقيع لا ينكر توقيعه عليها المحكمة تلتى ردت الاعتراف بالدين بدعوى أنه غير مصادق عليه من طرف المصالح المختصة دون أن يثار ذلك من الموقع ، تكون قد خرقت الفصلين 426 و 431 من قانون الالتزامات و العقود و عرضت قرارها للنقض .

الفصل 426 من قانون الالتزامات و العقود

يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملزم بها بشرط أن تكون موقعة منه. ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملزم نفسه وأن يرد في أسفل الوثيقة ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه.

وإذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال.

الفصل 431 من قانون الالتزامات و العقود

يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه، أن ينكر صراحة خطه أو توقيعه. فإن لم يفعل، اعتبرت الورقة معترفا بها.

ويسوغ للورثة وللخلفاء أن يقتصروا على التصريح بأنهم لا يعرفون خط أو توقيع من تلقوا الحق منه.

القرار 311 الصادر بتاريخ 11 فبراير 1987 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في ملف مدني 84/3188 كميالية... قبول... تعليق على شرط... لا... مجرد تحفظ... نعم .

لما كان النزاع يتعلق بالكميالية كورقة تجارية تنظم أحكامها قواعد دعوى الصرف فإن مقتضيات الواجبة التطبيق هي أحكام القانون التجاري و بالخصوص منها الفصلان 134 و 139 منه و ليس القواعد العامة المتعلقة بالالتزامات بوجه عام الواردة في قانون الالتزامات و العقود.

1987-311

القرار عدد 3105 المؤرخ في 13/5/98 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف المدني عدد 97/5/1/3907 دليل كتابي

– مفهومه في المادة التجارية
– فاتورة
– حجيتها
- الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية و يمكن أن ينتج أيضا من المراسلات... و الفواتير المقبولة
- لا يجوز لشخص أن يصطنع حجته بنفسه ، و من ثم فإن الفاتورات التي يعدها التاجر للغير طبقا للفصل 49 من مدونة التجارة لا يجوز الاحتجاج بها ضد هذا الأخير إلا إذا كان قد قبلها صراحة أو ضمنا .

مدونة التجارة صيغة مهيئة بتاريخ 23 ابريل 2018

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة كما تم تعديله

المادة 49

يجب على كل شخص ملزم بالتسجيل في السجل التجاري أن يبين في فاتوراته ومراسلاته وأوراق الطلب والتعريفات والمنشورات وسائر الوثائق التجارية المعدة للأغيار رقم التسجيل ومكانه في السجل التحليلي.

إذا صدرت الوثائق المشار إليها في الفقرة السابقة عن فروع أو وكالات وجب ذكر رقم التصريح الذي سجل به الفرع أو الوكالة علاوة على رقم التسجيل في السجل التجاري للمركز الرئيسي أو المقر الاجتماعي.

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....)
يعتبر الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلان بأتمية المشهود عليه حجة رسمية على أنه لم يكن وقت الإشهاد مريضاً بمرض الموت .
لا يكفي لبطلان العقد محاباة الوارث بل لابد أن يكون مقروناً بمرض الموت .
يعتبر اللفيف من حيث الشكل ورقة رسمية و إن كان من حيث المحتوى مجرد شهادة .
القرار عدد 809 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) سنة- 1982 .

الغرفة المدنية

القرار عدد 3105 المؤرخ في 98/5/13 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف المدني عدد 5/1/3907
97 الدليل الكتابي - مفهومه - فواتورات التاجر - حجبتها.

بمقتضى الفصل 417 من قانون الالتزامات فإن "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية، ويمكن أن ينتج أيضاً من المراسلات ... والفواتير المقبولة". - ان قاعدة انه لا يجوز لشخص أن يصطنع حجته بنفسه يجب التقيد بها في المادة التجارية كما في المادة المدنية ومن تم فان الفواتورات التي يعدها التاجر للغير طبقاً للفصل 49 من مدونة التجارة لا يجوز الاحتجاج بها ضد هذا الأخير الا إذا كان قد قبلها صراحة.
1997-3105

الفصل 417 من قانون الالتزامات و العقود

الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية.

ويمكن أن ينتج كذلك عن المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة، كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها.

إذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبت في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة المستعملة.

- تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

القرار عدد 138 الصادر عن المجلس الاعلى (محكمة النقض) في الملف المدني عدد 45171 بتاريخ 22 ابريل 1977

- العقد العرفي المعترف به أو المعد في حكم المعترف به له نفس قوة الدليل الرسمي في مواجهة الكافة على التعهدات و البيانات التي تضمنها.
- إنكار وقوع الصلح و التنازل لا يمكن أن يكون له أثر على حجية الورقة العرفية المدلى بها ما دام لم يطعن فيها بالزور.

القرار 1351 الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 1984 ملف عقاري 2929 العقار ... الصلح ... إثبات الصلح في العقار بمنزلة البيع يقتضي الإشهاد به لدى عدلين أو على الأقل توفر النصاب الكامل من الشهود الذين يشهدون بحضورهم لوقوع الصلح بين المتعاقدين.

القرار 1203 الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 1994 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في ملف عقاري 89 6326
حجية العقود
- نسبيتها

- حجية العقود نسبية لا تلزم إلا من كان طرفاً فيها. المدعى عليه في دعوى الاستحقاق يكفيه في الجواب على هذه الدعوى الادعاء بالحوز والملك. عقود الأثرية المجردة كعقود الصلح المبرمة دون حضور المدعى عليه لا تشكل حجة في مواجهته بذلك و المحكمة كانت على صواب في عدم اعتبارها رسم الصلح حجة في دعوى الاستحقاق.

القرار عدد 370 المؤرخ في : 2005/2/2 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف المدني عدد : 2004-1-1-1305
الحجية - حكم (نعم) - محضر التنفيذ (لا).

الحجية تثبت للحكم وليس لمحضر التنفيذ، والمحكمة بعد الإحالة ملزمة بالتقيد بقرار المجلس الأعلى الذي اعتبر أن رسم الاستمرار أسس عليه الحكم القاضي باستحقاق الطاعن لأرض النزاع وهو ما أكدته المعاينة والخبرة المجرأة في النازلة.

2005-370

القرار عدد 4/5302 المؤرخ في 97/7/2 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف الجنحي عدد 91/19172

محاضر إدارة الجمارك - حجيتها. (الفصل 242 من مدونة الجمارك).

- إن حجية المحاضر المحررة من طرف أعوان إدارة الجمارك موثوق بها فيما يخص الإثباتات المادية المضمنة فيها طبقاً للفصل المذكور.

- إن ثبوت كون المتهمين كانا مجرد أجيرين لا يدخل ضمن الإثباتات المادية للمخالفة الجمركية المضمنة في تلك المحاضر و إنما هي علاقة تبعية مستقلة يخضع اثباتها لحرية اقتناع محكمة الموضوع و يدخل في إطار سلتها التقديرية و لا رقابة عليها من المجلس الأعلى (محكمة النقض) .

القرار عدد 425 المؤرخ في : 2005/2/9 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف المدني عدد : 2003/1/1/1270

دعوى النسب - تقييد إرث - رسم عقاري - حجية الليف - ترجيح الحجج.

القدح في شهادة ليف إرثه بخصوص سن بعضهم وقصوره ليس من شأنه أن ينال من حجيتها مادام أن العبرة بزمان الأداء لا التحمل بالنسبة للشاهد. يمكن الجمع بين الليفيتين إذا اكتفى شهوده بتعداد أولاد الهالك و لم يقولوا بان المدعية ليست من صلبه.

القرار عدد 138 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف المدني عدد 45171 بتاريخ 22 ابريل 1977

- العقد العرفي المعترف به أو المعد في حكم المعترف به له نفس قوة الدليل الرسمي في مواجهة الكافة على التعهدات والبيانات التي تضمنها.

- إنكار وقوع الصلح والتنازل لا يمكن أن يكون له أثر على حجية الورقة العرفية المدلى بها ما دام لم يطعن فيها بالزور

القرار 1351 الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 1984 عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في ملف عقاري 2929

العقار ... الصلح ... إثبات الصلح في العقار بمنزلة البيع يقتضي الإشهاد به لدى عدلين أو على الأقل توفر النصاب الكامل من الشهود الذين يشهدون بحضورهم لوقوع الصلح بين المتعاقدين.

القرار عدد 138 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في الملف المدني عدد 45171 بتاريخ 22 ابريل 1977

- العقد العرفي المعترف به أو المعد في حكم المعترف به له نفس قوة الدليل الرسمي في مواجهة الكافة على التعهدات و البيانات التي تضمنها.
- إنكار وقوع الصلح والتنازل لا يمكن أن يكون له أثر على حجية الورقة العرفية المدلى بها ما دام لم يطعن فيها بالزور.

القرار رقم (.....) الصادر بتاريخ (.....) في الملف المدني رقم (.....) الرهن، إثباته.

قاعدة:

تحدد قيمة المرهون بقيمة الدين المضمون فإذا تجاوز هذا الدين مبلغ 250 درهما فإن إثبات الرهن يجب أن يتم بواسطة الكتابة و لا تقبل فيه شهادة الشهود.
و أن المحكمة لما قبلت إثبات عقد تجاوزت قيمته مبلغ 250 درهم

(10000درهم) تكون قد خرقت نص الصل 443 من قانون الالتزامات و العقود و عرضت قرارها للنقض.

1980-409

قانون الالتزامات و العقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفرع الثالث: الإثبات بشهادة الشهود

الفصل 443

الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية.

- تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

الغرفتين المدنية والإدارية

القرار رقم 777 الصادر عن الغرفتين بتاريخ 15 دجنبر 1976 عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) في

القاعدة

- لا يوجد أي نص قانوني يوجب على المحكمة إشعار الأطراف بضم الملفات قبل الحكم فيها .

الصلح يشكل اتفاقا فلا يجوز إثباته بشهادة الشهود إن كان من شأنه أن ينقل أو يعدل أو ينهي التزاما تجاوز مبلغ 250 درهما كما هو الحال في النازلة .

الامي ليس هو الذي لا يحسن التوقيع لكن الذي لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد . يمكن لمن وقع على العقد بخط اليد أن يثبت انه امي .

يقع الاثبات بكافة الوسائل القانونية.

- و يثبت بعدم مجادلة الخصم .

لما طلب الخصم فسخ العقد يكون قد طلب ضمنا بالضرورة ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل العقد .

القرار عدد 1147 المؤرخ في 02/04/02 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة

النقض) في ملف مدني عدد : 1828/1/3/01

عقد الكراء

- إثبات السومة الكرائية

- خضوع السومة للفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود. (لا)

- الاستماع إلى شهود (نعم).

لما كان عقد الكراء لا يجب إثباته بالكتابة إلا إذا عقد لأكثر من سنة عملا بالفصل 629 من قانون الالتزامات والعقود (قانون الالتزامات والعقود) فإن اشتراط كتابة هذا العقد يتعلق بمدته لا بالسومة الاتفاقية

- كونها تزيد أو تنقص عن 250 درهم (10000 درهم)

- و يكون اثبات سومة الكراء غير خاضع للفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود .

الفصل 443

الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية.

- تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

القرار عدد 4354 المؤرخ في: 11/12/2001 الملف المدني عدد : 2446/1/1/01
إرثه

- طرق إثباتها

- محضر استجواب (لا).

- لمن له المصلحة حق إثارة عدم الإدلاء بالإرثه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف -

على من ادعي حقا على ميت أن يثبت (موته) و عدة إرثته بمقبول شرعا.

- لا يمكن إنجاز إرثه شخص بمجرد محضر الاستجواب

القرار رقم (.....) الصادر بتاريخ (.....) الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض)

في الملف المدني رقم (.....)

الرهن ،،،، إثباته.

قاعدة :

تحدد قيمة المرهون بقيمة الدين المضمون فإذا تجاوز هذا الدين مبلغ 250 درهما فإن

إثبات الرهن يجب أن يتم بواسطة الكتابة و لا تقبل فيه شهادة الشهود. * و أن المحكمة

لما قبلت إثبات عقد تجاوزت قيمته مبلغ 250 درهم

(10000) درهم

القرار عدد 409 الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) سنة 1980

2548 المدنية القرار رقم 31 الصادر بتاريخ 1981/2/6 عن المجلس الأعلى

(محكمة النقض) في الملف المدني رقم 59382

القاعدة :

يجب أن يكون مكتب التصويت مشكلا عند افتتاح الاقتراع من رئيس يساعده ناخبان

أكبرا سنا و ناخبان أصغرا سنا من المقيدين الذين يحسنون القراءة و الكتابة و يتولى

أصغر هؤلاء الأربعة الكتابة " الفصل 22 من ظهير فاتح شتنبر 1959 بشأن الانتخابات

31- 1981

الغرفة المدنية القرار عدد 1147 المؤرخ في 02/04/02 ملف مدني عدد :

1828/1/3/01

عقد الكراء - إثبات السومة الكرائية

- خضوع السومة للفصل 443 من قانون الالتزامات و العقود . (لا)

- الاستماع إلى شهود (نعم).

لما كان عقد الكراء لا يجب إثباته بالكتابة إلا إذا عقد لأكثر من سنة عملا بالفصل 629

من قانون الالتزامات و العقود (قانون الالتزامات و العقود .) فإن اشتراط كتابة

1147- 2002

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني: (.....)
بيع المحجوز ... بطلان، طبيعته... أثره.

بناء على الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية. فإن التصرفات التي يجريها المحجوز عليه والضارة بالغير هي التي تكون باطلة أما التصرفات التي لم يتضرر منها الغير فتبقى صحيحة وتنتج أثرها بين الطرفين، ولهذا فإن المحكمة لما اعتبرت ان بيع المحجوز يعد باطلا حتى بالنسبة للعلاقة بين طرفي العقد تكون قد عللت قضاءها تعليلا فاسدا ...

قانون المسطرة المدنية صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

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 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 وقديم الأثر.

قرار محكمة النقض عدد 347

الصادر بتاريخ 07 يناير 2015

في الملف المدني عدد 2828/1/7/2014

القاعدة

دعوى تكملة المساحة الناقصة أو التعويض – عدم جوازها طبقا للفصل 528 من قانون الالتزامات والعقود – الحق في طلب الفسخ أو قبول المبيع على حالته

إن النقص في مساحة الأرض المبيعة بثمن إجمالي لا يخول للمشتري المطالبة بالتعويض المادي عن ذلك النقص أو تكملته عينا، وإنما يحق له المطالبة بفسخ العقد أو قبول المبيع على حالته.

قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 528

إذا كان محل البيع أشياء تباع بالوزن أو القياس ويضرها التبويض 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

ووجد فرق بالزيادة أو النقصان، كان للمشتري الخيار بين أن يفسخ العقد، وبين أن يقبل القدر المسلم، مع دفع الثمن بنسبته.

- وردت في النص الفرنسي عبارة "unité de mesure" "وحدة القياس" بدل "وحدة الكيل" كما جاء في الترجمة العربية.

القرار رقم 528 الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 21 شتنبر 1977

- بطلان التصرف الذي يجريه المدين على الأموال المحجوزة قضاءا يحتج به دائنو هذا الأخير إذا أضر بمصالحهم.

أما الخلف العام للمدين ، فإن التصرف يبقى صحيحا في حقهم و لا يجوز لهم أن يحتجوا ببطلانه.

- دعوى صحة البيع هي التي تتقدم أما إجراء تسجيل تسجيل البيع على الرسم العقاري فلا يتقدم.

دعوى صحة البيع ضد الورثة لا يبتدئ تقادمها الا من وتاريخ تسجيلهم كورثة على الرسم العقاري .

القرار عدد 3598 المؤرخ في : 16-12-2003 الملف المدني عدد : 2001/1/1/650

نقض - محكمة الإحالة - المساس بنقطة قانونية (لا)

العبرة في العقود والوثائق بمضمونها لا بعناوينها. ليس لمحكمة الإحالة المساس بالنقطة القانونية التي سبق للمجلس الأعلى أن بت فيها واكتسبت بذلك قوة الشيء المقضي به، وإذا كان لها أن تقيم حكمها بعد الإحالة على عناصر جديدة تستخلصها من اوراق الملف فان ذلك مشروط بأن لا يكون لاستخلاصها مساس بتلك النقطة القانونية.

إذا تبين من عقد البيع الابتدائي أنه مستوف لشروطه و أركانه اذ يتضمن رضی الطرفين و التزامهما أحدهما بالبيع و الاخر بالشراء كما يتضمن الثمن و المثلن و بقية الشروط الاخرى فانه لا يترتب على عدم أداء الثمن في الاجل المحدد الفسخ بقوة القانون.

الغرفة الاجتماعية القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف اجتماعي (.....)

عقد العمل

-إثبات

-تقادم...

-يمكن للعامل أن يثبت عقد العمل بكافة وسائل الإثبات.

- لا تتقادم بسنة واحدة دعاوى العمال الرامية إلى المطالبة بالتعويض عن الإغفاء و عن الطرد التعسفي " الفصل 388 من قانون الالتزامات و العقود

الغرفة الاجتماعية القرار رقم 1 الصادر بتاريخ 26 - 1 - 1981 في الملف الاجتماعي
56441 قاعدة :

في حالة توزيع المسؤولية بين الغير مرتكب الحادثة و المصاب فإن المؤجر يعفى إلى غاية التعويضات القانونية المفروضة على الغير . مقتضى هذه القاعدة أن المؤجر أو مؤمنه القانوني لا يحق لهما أن يطالبا الغير بأكثر من نصيبه في المسؤولية.

الغرفة الاجتماعية القرار 314 الصادر بتاريخ 22 - 9 - 1980 في الملف
الاجتماعي عدد: 73698

- إثبات الخلوة خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و متى ثبتت الخلوة ترتب على ذلك وقوع البناء
- في دعوى المسيس مع ثبوت الخلوة فإن المدعية مصدقة.

الغرفة المدنية القرار 4257 الصادر بتاريخ 30 نونبر 1994 ملف مدني 86 4604
عقد

- إتمامه

- تسليم المبيع

- استحقاق جزء منه - إذا تم عقد البيع طبق المقرر فيه قانونا تترتب عليه كافة آثاره.
- نزع ملكية جزء من المبيع لا يبيح للبائع الامتناع عن تسليم باقيه بدعوى الجهل بالمبيع.

الغرفة المدنية القرار 89/3396 الصادر بتاريخ 20 يونيو 95 ملف مدني 89/656
كراء

- دعوى المطالبة به

- الدفع بتقادم الكراء، دفع موضوعي يتمسك به في كل مراحل الدعوى.

- اعتبار المحكمة المطعون في حكمها أنه دفع شكلي يجب أن يثار قبل كل دفع في الموضوع، اعتبار خاطئ يعرض القرار للنقض .

الغرفة المدنية القرار 1719 الصادر بتاريخ 28 يونيو 1993 ملف مدني 89 2212

أداء الكراء

- الإبراء منه

- المكلف بقبضه - تغييره

- إن أداء كراء محل لمن كان مكلف بقبضه، و بحسن نية يبىء ذمة المكثري.

- مطالبة المكلف الذي حل محل القابض السابق لكراء سبق أدائه لغيره تكون غير مقبولة.

الغرفة المدنية القرار 3201 الصادر بتاريخ 29 نونبر 93 ملف مدني 87 3777

الحكم باليمين

- إجراء مسطري

- استئنائه

- الحكم الصادر بأداء اليمين يعتبر حكماً تمهيدياً لا يستأنف إلا بعد البت في الموضوع: -

الحكم بإفراغ الطاعن بعد حلف المطلوب، دون الأمر بتنفيذ أداء تلك اليمين، يكون قد بت في الموضوع، قبل استثناء الإجراء المسطري.

الغرفة المدنية القرار 2567 الصادر بتاريخ 20 يوليوز 1994 ملف مدني 88 987

بيع المريض

- أثر الأتمية في العقد

- التنصيص في العقد على أتمية المريض البائع، يجعل البيع منعقداً.

- الأصل في العقود الصحة، و عدم إثبات التوليغ المدعى به، يبقى العقد بيعاً؛

الاجتماعية القرار 86 الصادر بتاريخ 17 مارس 1986 ملف اجتماعي 6206 - 85

الطرء ... إخطار ... جزاء ... تعسف يجب على المشغل أن يخطر العامل بالخطأ

الجسيم الذي يستوجب طرده عن طريق البريد المضمون و يسلم له نسخة من الإخطار

يدا بيد و عند المنازعة في أسباب الطرد لا يجوز للمحكمة أن تعتبر إلا ما ورد منها في

الإنذار بالطرء .

الغرفة الاجتماعية القرار عدد 87 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 25 صفر
1392 في الملف الاجتماعي رقم 37820
القاعدة - لا تسمع دعوى الزوجية اعتمادا على البينة إلا بصفة استثنائية.
- يجب على المحكمة أن تبين حالة الاستثناء و ألا تعرض حكمها للنقض .

الغرفة المدنية القرار 68 الصادر بتاريخ 6 يناير 1988 ملف مدني 833
مجال أطراف الدعوى و مجال القاضي ... ظهير 24 مايو ... بداية العقد الجديد.
* إذا كانت وقائع الدعوى و كذا طلبات الأطراف تدخل في مجال سلطانهم على الوقائع
فإن القانون و يدخل في ذلك تكليف الدعوى و البحث عن النص القانوني الواجب
التطبيق هو من صميم اختصاص المحكمة

الغرفة اجتماعية القرار عدد 982 المؤرخ في : 2001/11/20 ملف اجتماعي عدد :
2001/1/5/564
الأجر

- التعويض عن الأقدمية
- خضوعه للتقادم (نعم). إن التعويض عن الأقدمية يعتبر من توابع الأجر ويخضع
للتقادم المنصوص عليه في الفصل 388 من قانون الالتزامات والعقود ولا تتوقف
المطالبة به عن البت في دعوى الطرد من العمل ..

الاجتماعية الحكم الاجتماعي عدد 8 الصادر في 9 نونبر 1970
بين (س1) و بين (س2) 1 - حجج - وجوب الإدلاء بها تلقائيا . 2 - نيابة عامة - حضور
ممثلها في الجلسة . 1 - إن الخصوم مدعوون تلقائيا للإدلاء بالحجج التي تفيدهم و لهذا
تكون غير مبنية على أساس الوسيلة المتخذة من أن محكمة الموضوع لم تسأل الطالبة
عن حججها ...

المدنية القرار 904 الصادر بتاريخ 4 أبريل 1988 ملف مدني 3833-86
الإشعار البريدي بالتوصل ... طبيعته... ظهير 24 مايو ... أجل ستة أشهر ...
المنازعة في أسباب الإنذار أن الإشعار البريدي بالتوصل يعد محررا رسميا فهو حجة
بالوقائع التي يشهد الموظف العمومي بحصولها إلى أن يطعن فيه بالزور .

المدنية القرار 84 الصادر بتاريخ 4 يناير 1985 ملف مدني 97348
القاعدة إن قدم التاريخ الذي يقع به الترجيح بين البيئات يعني قدم تاريخ الشيء المشهود
به لا تاريخ تحرير البيئات فإذا ما شهدت بيئة بأن فلانا تصرف منذ أربع و أربعين سنة
و أخرى شهدت بأن خصمه تصرف منذ أربعين سنة فإن الأولى مرجحة بقدمها.

المدنية القرار 631 الصادر بتاريخ 18 أبريل 1984 ملف مدني 81914
القاعدة عندما يخول الشيء المبيع من الصفات المتفق عليها في عقد البيع فإنه يجب أن
يرفع الدعوى عند الاقتضاء في أجل محدد و إلا سقطت بالتقادم و كانت غير مقبولة .

المدنية القرار 2270 الصادر بتاريخ 28 نونبر 1984 ملف مدني 95200
القاعدة إن من بنى في ملك غيره عن سوء نية يلزم بهدم البناء إذا طالب به رب الملك أو
بالتعويض الذي يحدده رب الملك و يرضي به الباني في ملكه و لا يلزم بتعويض تحده
المحكمة.

القرار 7109 الصادر في 21 يوليوز 1994 ملف جنحي 19139 89
- ظروف التخفيف أو إيقاف التنفيذ لا سلطة للقاضي في منحهما بالنسبة لمخالفات الصيد
البري عملا بمقتضيات الفصل 18 من ظهير 1923/7/21.

القرار 1761 الصادر في 20 دجنبر 1994 ملف عقاري 7873 89
- يجب الوقوف على عين المكان عند اختلاف الطرفين حول محل النزاع المتعلق
بقطعتين مختلفتي الأسماء. - المحكمة لما لم تستجب لذلك و لم تبرر عدم الاستجابة و لم
تجب عن عقدة البيع تكون قد خرقت حقا من حقوق الدفاع كما خرقت قاعدة وجوب بيان
المدعى فيه.

القرار 226 الصادر بتاريخ 15 فبراير 1984 ملف مدني 93961 الدعوى المباشرة ...
البراءة ... الضرر ... سوء النية ... إذا كان الالتجاء إلى القضاء حق فيجب أن يمارس
بحسن نية " الفصل 5 من " ق.م.م " أن المحكمة بما لها من سلطة في تقدير الوقائع
اعتبرت أن الطاعن قدم الدعوى المباشرة التي أدت إلى الاعتقال و إلى تحريك الدعوى
العمومية بسوء نية فمصدر الضرر هو الشكاية التي ادت إلى الاعتقال .

القرار عدد 761/3 المؤرخ في 14/4/2004 الملف الجنحي عدد 21220/6/3/02

النصب و خيانة الأمانة

- سراح مؤقت بكفالة

- البراءة مع رد المبلغ للغير

- السند القانوني رد ما يجب رده لصاحب الحق فيه يقتضي من المحكمة المطعون في
قرارها أن تبين السند القانوني الذي اعتمده بالحكم برد المبلغ المودع من طرف الطاعن

بصندوق المحكمة من اجل احرازه على السراح المؤقت و الاذن بسحبه لفائدة الغير و الحال أن من أودعه صدر حكم ببراءته و بعدم الاختصاص في الطلبات المدنية .

القرار عدد 6/518 المؤرخ في 9/4/97 الملف الجنحي عدد 94/23584 إصدار شيك برصيد ناقص - البراءة - السند القانوني - استبعاد وسائل الإثبات. - طالما ان القرار المطعون فيه لم يبين السند القانوني الذي اعتمده في تقرير البراءة بكيفية واضحة و لا كيف استبعد تصريحات المتهم لدى الضابطة القضائية و أمام السيد وكيل التي يعترف فيها بأنه اصدر الشيك في الوقت الذي لم يكن فيه يتوفر على رصيد كاف و أنه سلم الشيك على سبيل الضمان يكون ناقص التعليل يوازي انعدامه .

القرار رقم 342 الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 26 يناير 1978 القاعدة يجب أن يكون كل حكم معلل قانونيا و واقعا و لو في حالة البراءة و إلا كان باطلا و أن نقصان التعليل يعد بمثابة انعدامه. يجب على المحكمة أن تبرز في قضائها الأدلة التي اعتمدها وتبين حالة الاستفزاز أو الدفاع الشرعي فلا يكفي القول بأن المتهمين انكروا المنسوب اليهم و أن المحكمة تتوفر على الأدلة و القرائن الكافية على أن المشتكين استنزوا المتهمين .

القرار 3451 الصادر بتاريخ 24 أبريل 1986 ملف جنحي 16324- 84 الشهود ... استدعاءؤهم ... البراءة ... التعويض للمتهم ... الأساس القانوني. يرجع استدعاء الشهود في المرحلة الاستئنافية إلى السلطة التقديرية إلى قضاة الموضوع متى رأوا في ذلك فائدة. الأساس القانوني للحكم بالتعويض على المطالب بالحق المدني هو الفصل 381 من قانون المسطرة الجنائية

الحكم الاجتماعي عدد 47 الصادر في 8 محرم 1390 – 16 مارس 1970 بين (س1) وبين (س2) - البيانات الواردة في طرة الحكم – الاعتراد بها في حالة عدم الاعتذار عنها – (لا) . - تجديد الأعدار للطرفين (لا) . - أداء بقية الصداق – إثبات البراءة منه. - إن العبرة بالحكم لا بالبيانات الواردة في طرته و التي لم يعتذر عليها ...

القرار عدد 169 الصادر بتاريخ 7/4/2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/351 الاصل في الانساب ثبوتها بالظن تسجيل المطلوب من طرف الهالك بسجلات الحالة المدنية يعتبر قرينة قوية على ثبوت نسبه له لا يمكن دحضها الا بحجة أقوى .

الغرفة المدنية القرار 3727 الصادر بتاريخ 6 يوليوز 1995 ملف مدني 909 90
مطل المكثري إثباته
- الفسخ و الإفراغ
- للمكثري حق فسخ الكراء إذا لم يؤد المكثري الكراء الذي حل أجل أدائه. - يمكن للقاضي، تصحيح الإشعار في الأحوال المشار إليها في الفصل 692 من ظهير الالتزامات والعقود تطبيقا لمقتضيات الفصل 12 من ظهير 80/12/25.

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 692

للمكري فسخ الكراء مع حفظ حقه في التعويض إن اقتضى الأمر:

أولا - إذا استعمل المكترى الشيء المكترى في غير ما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى الاتفاق؛

ثانيا - إذا أهمل الشيء المكترى على نحو يسبب له ضررا كبيرا؛

ثالثا - إذا لم يؤد الكراء الذي حل أجل أدائه.

فصل 12

يمكن للقاضي وبصفة خاصة تصحيح الإشعار في الأحوال المشار إليها في الفصل 692 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بقانون الالتزامات والعقود وكذا إذا أدخل المكترى تغييرات على المحل أو تخلى عنه أو ولاه لغيره والكل دون موافقة المكري.

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 و المكترى للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني

الباب الثامن: فسخ عقد الكراء

المادة 56

يمكن للمكري أن يطلب من المحكمة فسخ عقد الكراء وإفراغ المكترى 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 المكترى بدون موافقة أو إذن المكري؛

إهمال المحل المكترى على نحو يسبب له ضررا كبيرا؛

عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصله بإذار الأداء؛

استعمال المكترى المحل المكترى لأغراض غير تلك المتفق عليها في العقد أو المخالفة للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون.

يكون الحكم بالإفراغ مشمولا بالنفاذ المعجل في حالة عدم تنفيذ المكترى الأمر القاضي بالمصادقة على الإنذار المنصوص عليه في المادة 27 أعلاه .

القرار

1995/ 3727

الغرفة المدنية القرار (.....) الصادر بتاريخ 8 فبراير 1995 ملف مدني 1792 - 88

الالتزامات المتقابلة

- الدعوى الناتجة عن الالتزام

- لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي ما كان ملتزماً به. - يجوز لكل متعاقد الامتناع عن الوفاء بالتزامه إلا إذا وفى المتعاقد معه بالتزامه المقابل ...

القرار

1995/ 395

الغرفة المدنية القرار عدد: 3434 المؤرخ في: 1996/5/28 الملف المدني عدد: 92/2409 عقد بيع موثق-الطعن بالزور.

إن عقد البيع المحرر من طرف الموثق يعتبر حجة رسمية لا يطعن فيها طبقاً للفصلين 418، 419 من قانون الالتزامات والعقود إلا بالزور.

إن الطعون الموجهة ضد الوكالة التي انعقد بها البيع نيابة عن الطاعنة لا تهم المطلوب المشتري باعتباره لم يكن طرفاً فيها وكان على الطاعنة توجيه هذه الطعون ضد من كان طرفاً فيها وليس ضد المطلوب المشتري.

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

1 - الورقة الرسمية

الفصل 418

الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون.

وتكون رسمية أيضاً:

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 تثبتتها.

الفصل 419

الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.

إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور.

ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة.

القرار

1996 /3434

الغرفة المدنية القرار عدد 3105 المؤرخ في 13/5/98 الملف المدني عدد 97/5/1/3907

الدليل الكتابي - مفهومه - فواتورات التاجر - حجيتها. بمقتضى الفصل 417 من قانون الالتزامات فإن "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية، ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات ... والفواتير المقبولة".

- ان قاعدة انه لا يجوز لشخص أن يصطنع حجته بنفسه يجب التقيد بها في المادة التجارية كالمادة المدنية، و من تم فإن الفواتورات التي يعدها التاجر للغير طبقا للفصل 49 من مدونة التجارة لا يجوز الاحتجاج بها ضد هذا الأخير إلا إذا كان قد قبلها صراحة أو ضمنا .

إن المحكمة كانت على حق عندما عللت ما انتهت اليه في منطوقها بأنه لا توجد بالملف أوراق التسليم ولا فواتورات موقعة من طرف المدين.

القرار

1997/ 3105

القرار عدد 3105 المؤرخ في 13/5/98 الملف المدني عدد 97/5/1/3907 دليل كتابي - مفهومه في المادة التجارية - فاتورة - حجيتها - الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات... والفواتير المقبولة - لا يجوز لشخص أن يصطنع حجته بنفسه، ومن ثم فإن الفواتورات التي يعدها التاجر للغير طبقا للفصل 49 من مدونة التجارة لا يجوز الاحتجاج بها ضد هذا الأخير إلا إذا كان قد قبلها صراحة أو ضمنا.

القرار

1998/3105

مدونة التجارة صيغة محينة بتاريخ 23 ابريل 2018

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة كما تم تعديله

المادة 49

يجب على كل شخص ملزم بالتسجيل في السجل التجاري أن يبين في فواتوراته ومراسلاته وأوراق الطلب والتعريفات والمنشورات وسائر الوثائق التجارية المعدة للأغيار رقم التسجيل ومكانه في السجل التحليلي.

إذا صدرت الوثائق المشار إليها في الفقرة السابقة عن فروع أو وكالات وجب ذكر رقم التصريح الذي سجل به الفرع أو الوكالة علاوة على رقم التسجيل في السجل التجاري للمركز الرئيسي أو المقر الاجتماعي.

الفرع الثاني: الإثبات بالكتابة

الفصل 417 (-) تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية.)

الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية.

ويمكن أن ينتج كذلك عن المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة، كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها.

إذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبت في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة المستعملة.

الغرفة المدنية القرار عدد: 2558 المؤرخ في: 97/4/30 الملف المدني عدد: 94/5/1/2951

الإقرار

– عدم تجزئته

– آثاره

– تجنب تغيير المركز القانوني لطرفي الدعوى (نعم). الهدف من قاعدة عدم تجزئة الإقرار ضد صاحبه طبقاً للفصل 414 من قانون الالتزامات والعقود هو تجنب تغيير المركز القانوني للخصوم في الدعوى بشأن من يتحمل عبء الإثبات. 1997/ 2558

6138 المدنية القرار عدد 1911 المؤرخ في 97/3/26 الملف المدني عدد 94/5/1/2319

مال مشاع – دعوى التخلي

– قسمة بتية . - دعوى التخلي عن عقار لا يمكن أن تنصب إلا على مال مفرز باعتبار أن لكل مالك على الشياخ حصة شائعة في ملكية الشيء طبقاً للفصل 973 من قانون الالتزامات والعقود .

1997/ 1911

6869 المدنية القرار عدد 3488 المؤرخ في 98/10/14 الملف المدني عدد 95/3488

بطلان جزء من الالتزام

– قيام الجزء متميزاً عن العقد الأصلي.

- بطلان جزء من الالتزام لا يبطل الالتزام كله إذا أمكن قيامه بدون الجزء المذكور.

- اعتماد مبدأ انتقاص العقد المنصوص عليه في الفصل 308 من قانون الالتزامات والعقود. 3488/

1998

المدنية القرار عدد 4796 المؤرخ في 99/10/20 الملف المدني عدد 95/1/1/4626

عقد البيع – الإشارة فيه إلى رقم المطلب بدل رقم الرسم العقاري – تنفيذ الالتزام

– الحكم بتصحيح الخطأ (نعم) إذا وقع بيع عقار بعد تحفيظه وأشير في عقد البيع إلى رقم المطلب بدل رقم الرسم العقاري الذي أصبح العقار المبيع يحمله بعد تحفيظه،

القرار

1999/ 4796

الغرفة المدنية القرار عدد 1181 المؤرخ في 10 مارس 1999 الملف المدني عدد 94/4285

انقضاء عقد الكراء

– إثباته.

إذا أثبت المدعي الالتزام كان على من يدعي انقضائه أن يثبت ادعائه. ادعاء تسليم مفاتيح المحل الى زوج المكري ليس وسيلة قانونية تثبت انقضاء عقد الكراء .

القرار
1999 /1181

المدنية القرار عدد 180 المؤرخ في 1999/1/13 الملف المدني عدد 96/1/1/274
الالتزام
- آثاره بالنسبة للورثة
- القسمة الرضائية
- استبعادها بمقتضى الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود فالالتزامات تنتج آثارها لا بين
المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما. والمحكمة قد خرقت الفصل المذكور

القرار
1999/ 180

الغرفة المدنية القرار عدد 1471 المؤرخ في 2001/4/18 الملف المدني عدد 97/2/1/3454
الخبرة
- الدفع الذي لا يهم الطاعن
- لا مصلحة له في إثارته
- كراء رخصة النقل
- تقادم الالتزام
- تطبيق الفصل 370 من قانون الالتزامات و العقود (نعم) الدفع بعدم حضور المطعون ضده
إجراءات الخبرة دفع لا يتعلق بالطاعن وليست له مصلحة في إثارته والتمسك به.
الباب السادس: اتحاد الذمة

الفصل 369

إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين لنفس الالتزام، نتج اتحاد في الذمة يؤدي إلى انتهاء
علاقة دائن بمدين.

ويسوغ أن يكون اتحاد الذمة كلياً أو جزئياً، حسبما يكون متعلقاً بالدين كله أو بجزء منه.

الفصل 370

إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، عاد الدين بتوابعه في مواجهة جميع الأشخاص، واعتبر اتحاد
الذمة كأن لم يكن أبداً.

ثالثاً - بعزل الوكيل؛

2001 -1471

القرار عدد 1147 المؤرخ في 02/04/02 ملف مدني عدد : 1828/1/3/01
عقد الكراء

- إثبات السومة الكرائية
- خضوع السومة للفصل 443 من ق.ل.ع. (لا)
- الاستماع إلى شهود (نعم). لما كان عقد الكراء لا يجب إثباته بالكتابة إلا إذا عقد لأكثر من سنة
عملا بالفصل 629 من قانون الالتزامات والعقود (ق.ل.ع)
2002/ 1147

المدنية القرار عدد 212 المؤرخ في : 2004/01/21 الملف المدني عدد: (.....)/1/1/2002
وكالة

- انقضاؤها
- وفاة الموكل (نعم)
- سلوك مسطرة الفصل 46 من ظهير 1/93/162 (لا) - خيرة
- تبليغها للوكيل بعد موت الموكل (لا) تنقضي الوكالة بما فيها وكالة المحامي بموت الموكل طبقا
للفصل 929 من قانون الالتزامات و العقود .

الباب الرابع: انقضاء الوكّالة

الفصل 929

تنتهي الوكّالة:

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 الوكّالة؛

خامسا - بموت الموكل أو الوكيل؛

سادسا - بحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه، كما هي
الحال في الحجر والإفلاس⁶⁹. وذلك ما لم ترد الوكّالة على أمور يمكن للوكيل تنفيذها، برغم حدوث
هذا التغيير في الحالة؛

سابعا - باستحالة تنفيذ الوكّالة لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين.

القرار

2004 /212

69 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقابلة التي عوضت نظام الإفلاس.

القرار رقم 676 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ رابع أكتوبر 1978 في الملف المدني رقم
46952
لقاعدة

بناء على قاعدة أن الحقوق لا تتقدم إلا من تاريخ اكتسابها فإن تقادم حق الوارث يسري من تاريخ
الحكم له بهذه الصفة لا من تاريخ الالتزام المورث بالدين.

القرار

1978/ 676

الغرفة المدنية القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....)
يبتدئ أمد تقادم حقوق المهندسين من تاريخ إنجاز جميع ما تعهدوا به من الأعمال وليس من تاريخ
إنجاز بعضها.

بناء على الفصل 388 من قانون الالتزامات والعقود. -70-

70 _

الفصل 388 (معدل بظواهر 8 أبريل 1938 و6 يوليوز 1954 و2 أبريل 1955)

تتقدم بخمس سنوات: دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها لغيرهم من التجار أو
الموردين أو أرباب المصانع من أجل حاجات مهنيهم.

تتقدم بسنتين:

1 - دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والبيطرة من أجل ما يقومون به من زيارات ويؤدونه من
عمليات، وكذلك من أجل ما يوردونه من أشياء وما يقدمونه من نقود ابتداء من تاريخ حصوله؛

2 - دعوى الصيادلة من أجل الأدوية التي يوردونها، ابتداء من تاريخ توريدها؛

3 - دعوى المؤسسات الخاصة أو العامة المخصصة لعلاج الأمراض البدنية أو العقلية أو لرعاية المرضى، من أجل
العلاج المقدم منها لمرضاهم والتوريدات والمصروفات الحاصلة منها لهم، ابتداء من تاريخ تقديم العلاج أو حصول
التوريدات؛

4 - دعوى المهندسين المعماريين وغيرهم من المهندسين والخبراء والمساحين من أجل مواصفاتهم أو عملياتهم
والمصروفات المقدمة منهم ابتداء من تاريخ تقديم المواصفة أو إتمام العمليات أو إجراء المصروفات؛

5 - دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل التوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص؛

6 - دعوى الفلاحين ومنتجي المواد الأولية من أجل التوريدات المقدمة منهم، إذا كانت قد استخدمت في الأغراض
المنزلية للمدين، وذلك ابتداء من يوم وقوع التوريدات.

تتقدم بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً:

1 - دعوى المعلمين والأساتذة وأصحاب المؤسسات المخصصة لإقامة التلاميذ العامة منها والخاصة، من أجل أتعابهم
المستحقة على تلاميذهم وكذلك من أجل التوريدات المقدمة منهم إليهم، وذلك ابتداء من حلول الأجل المحدد لدفع
أتعابهم؛

2 - دعوى الخدم 70 من أجل أجورهم وما قاموا به من مصروفات وغير ذلك من الأداءات المستحقة لهم بمقتضى
عقد إجارة العمل، وكذلك دعوى المخدمين ضد خدامهم من أجل المبالغ التي يسبقونها لهم على أساس تلك الرابطة؛

القرار
1980/ 255

المدنية القرار 2103 الصادر بتاريخ 9 شتنبر 1991 ملف مدني 87-1797
-الشيك ... وسيلة إثبات ... لا
إن الشيك هو بطبيعته أداة وفاء و وسيلة لإثباته و لا يشكل وسيلة لإثبات الالتزام أو العلاقة العقدية.
وأن المحكمة حين اعتبرت الشيك وسيلة لإثبات علاقة الكراء تكون قد بنت قضاءها على غير
أساس.

القرار
1991 /2103

الحكم المدني عدد 349 الصادر في 18 ربيع الثاني 1389 – 4 يوليوز 1969
بين (شركة1) وبين (س1) 1
– التزام
– صدوره عن أمي
– وجوب تحريره بواسطة موثق أو موظف عمومي مختص.
2 – إعفاء من العمل
– تعويض
– مستخدمو المقاولات المعدنية
– تحديد الحد الأدنى قانونيا
– ترك ما زاد عليه لتقدير المحكمة .

القرار
1969 /349

القرار عدد 470 المؤرخ في :2005/4/27 الملف التجاري عدد : 02/1/3/568
شركة

– تفويت أسهم
– التزامات الشريك الحقوق والالتزامات التي تنتقل للشريك المفوتة له الأسهم هي التي تنصب على

3 - دعوى العمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين ومندوبي التجارة والصناعة70، من أجل رواتبهم وعمولاتهم،
وما أدوه من مصروفات بسبب وظائفهم، وما يستحقونه من عطلة سنوية مؤدى عنها أو ما يعوضها وذلك عن السنة
الجارية وعند ثبوت الحق في عطل مجتمعة، عن السنة أو السنتين الماضيتين؛

دعوى أرباب الحرف من أجل توريداتهم ومياوماتهم وما أنفقوه بسبب خدماتهم؛

دعوى المخدوم أو رب العمل من أجل المبالغ المسبقة للعمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين والمندوبين من
أجورهم أو عمولاتهم أو المبالغ التي أنفقوها بسبب خدماتهم؛

4 - دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم، من أجل الإقامة والطعام وما يصرفونه لحساب زبائنهم؛

5 - دعوى مكري المنقولات من أجل أجرتها.

تحميلات هذه الأسهم، أما استثناء مفوتها بدخول أرباح الشركة دون باقي الشركاء فهو التزام مستقل لا تنتقل آثاره للشريك الذي فوتت له هذه الاسهم

القرار

2005/ 470

القرار عدد 288 المؤرخ في 7/2/01 الملف تجاري عدد 1095/3/2/99
الصفة

- وضع شركة في حالة التصفية
- آثارها - وجوب رفع الدعوى منها أو عليها باسم المصفي (نعم). خلافا لمقتضيات الفصل 516 من قانون المسطرة المدنية وبمقتضى الفصل 1070 من قانون الالتزامات والعقود فإن المصفي هو الذي يمثل الشركة في طور التصفية

القرار

1999/ 288

الغرفة التجارية القرار عدد 379 المؤرخ في :2004/3/31 الملف التجاري عدد : 2002/1311
عقد الكراء - تغيير الممثل القانوني للشركة
- حوالة الالتزام (لا) لما كانت الشركة قائمة بذاتها وتتوفر على شخصية معنوية وهي طرف بصفتها هذه في عقد الكراء فإن تغيير ممثلها القانوني لا ينفى عنها التزاماتها ولا يشكل حوالة الالتزام.

القرار

2004/ 379

القرار عدد 1648 المؤرخ في 98/3/11 الملف المدني عدد 94/4/7/2359
الطعن

- توجيهه ضد جميع الأطراف
- حالاته - وجوب توجيه الطعن من المحكوم عليه ضد جميع المحكوم عليهم في حالة عدم قابلية الالتزام للتجزئة وفي حالة التضامن وفي الحالة التي يوجب فيها القانون ذلك.
- تطبيق هذه القاعدة على الطالبة باعتبارها

القرار

1998/ 1648

القرار عدد 110 الصادر بغرفتين بتاريخ :2004/2/18 الملف الإداري عدد : (.....) 2003/2/4/
انتخابات - إلغاء عملية انتخابية - رئيس مجلس جماعي - شهادة مدرسية - معاينة - تقييم محضر المعاينة المعاينة تعتبر من الأدلة في المسائل المادية بالرغم من عدم التنصيص عليها في الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود كوسيلة اثبات. ..

القسم السابع: إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها

الباب الأول: أحكام عامة

الفصل 400

إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه.

القرار
2004/ 110

القرار عدد 515 الصادر بتاريخ 2001/7/26 ملف إداري عدد 2000/1/4/1272
نفقة عمومية
- جماعة محلية
- صدورها من الأمر بالصرف (نعم). تفويض
- إثباته.
لا يمكن بتاتا الالتزام بأية نفقة عن الجماعة المحلية، إلا من طرف الأمر بالصرف، وهو رئيس تلك الجماعة أو من ينيبه عنه تحت مسؤوليته.
كل وثيقة تتعلق بصرف نفقة عمومية

القرار
2001/ 515

القرار عدد 2731 المؤرخ في 98/05/07 الملف المدني عدد 96/4/1/833
- حقوق الأقلية
- شركة المساهمة
- مراقب الحسابات
- مهامه.
- مقتضيات الفصل 1028 من قانون الالتزامات والعقود هو نص عام لا يطبق عند وجود نص خاص.
- إمساك القانون المغربي عن تنظيم حقوق أقلية المساهمين ينبئ عن منع سلوك الأقلية لطلب مماثل.....

القرار
1998/ 2731

الغرفة الإدارية القرار عدد 110 الصادر بغرفتين بتاريخ: 2004/2/18
الملف الإداري عدد : (.....) 2003/2/4/
انتخابات
- إلغاء عملية انتخابية
- رئيس مجلس جماعي - شهادة مدرسية - معاينة
- تقييم محضر المعاينة

المعاينة تعتبر من الأدلة في المسائل المادية بالرغم من عدم التنصيص عليها في الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود كوسيلة اثبات

القرار

2004/ 110

- الوفاء بالواسطة الفصل 182 من القانون التجاري. - انتقال الالتزام 217 و 219 ق م.
- التجديد الفصول 347 - 350 - 352 ق م. - الوفاء موضوع الفصل 182 من القانون التجاري -
71- المحتج بخرقه، مفيد بوجوب إجراء البروتستو غداة آخر يوم يقبل فيه .

71

مدونة التجارة صيغة محينة بتاريخ 23 ابريل 2018

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة كما تم تعديله

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 الملتزمين:

عند الاستحقاق، إذا لم يقع وفاء الكمبيالة؛

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 للضامنين 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 يرتكز على أساس، أصدر أمراً يحدد فيه الميعاد الذي يتعين فيه على الضامنين الوفاء بمبالغ الكمبيالات المعنية بالأمر، دون أن تتجاوز الأجل 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 الأجل 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.

يعني 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 الكميالة المشروط عدم تقديمها للقبول، يكفي الحامل تقديم الحكم القاضي بالتسوية أو التصفية القضائية ليجوز له استعمال حقه في الرجوع.

المادة 198

إذا رضي الحامل بتسلم شيك على سبيل الوفاء، وجب أن يعين في هذا الشيك عدد الكميالات الموافة بهذه الكيفية وتاريخ استحقاقها.

فإذا لم يؤد الشيك وجب إبلاغ الاحتجاج لعدم وفائه إلى الموطن المعين لوفاء الكميالة 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 الكميالة ومصاريف الاحتجاج بعدم وفاء الشيك ومصاريف التبليغ، أن يرجع الكميالة للمأمور القائم بالإجراء. ويحرر هذا المأمور فوراً احتجاجاً بعدم وفاء الكميالة. إذا لم يرجع المسحوب عليه الكميالة حرر في الحين محضر يثبت عدم الإرجاع ويعفى الحامل في هذه الحالة من التقيد بأحكام المادتين 191 و192.

ويشكل عدم إرجاع الكميالة جريمة يعاقب عليها بالعقوبات المنصوص عليها في الفصل 547 من القانون الجنائي.

المادة 199

يجب على الحامل أن يوجه إلى من ظهر له الكميالة إعلاماً بعدم القبول أو الوفاء داخل ستة أيام العمل التي تلي يوم إقامة الاحتجاج أو يوم التقديم في حالة اشتراط الرجوع بلا مصاريف.

يجب على عون التبليغ، إذا كانت الكميالة 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 الكميالة وأن يعين أسماء الذين وجهوا الإعلانات السابقة وموطنهم وهكذا بالتتابع حتى الوصول إلى الساحب. وتسري هذه الأجل ابتداء من تسلم الإعلام.

إذا وجه إعلام إلى أحد موقعي الكميالة طبقاً 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 إعلاماً أن يوجهه بأية طريقة كانت ولو بمجرد إرجاع الكميالة.

ويجب على من وجه الإعلام أن يثبت أنه وقع داخل الأجل المحدد.

ويعتبر هذا الأجل مرعياً 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 مسؤولاً، عند الاقتضاء، عن الضرر الذي تسبب فيه بإهماله دون أن يتجاوز التعويض مبلغ الكميالة.

المادة 200

يجوز للساحب ولأي مظهر أو ضامن احتياطي أن يعفي حامل الكميالة عند مباشرة حقه في الرجوع، من إقامة احتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء إذا كتب على الكميالة شرط "الرجوع بلا مصاريف" أو "بدون احتجاج"، أو أي شرط مماثل مذيل التوقيع.

لا يعفي هذا الشرط حامل الكميالة من تقديمها داخل الأجل المعينة ولا من الإعلانات الواجب عليه توجيهها.

وعلى من يتمسك قبل الحامل بعدم مراعاة هذه الأجل، 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 والضمانيين الاحتياطيين على وجه التضامن نحو الحامل. يحق للحامل أن يوجه الدعوى ضد جميع هؤلاء الأشخاص فرادى أو جماعة دون أن يكون ملزما 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 أولا.

المادة 202

يجوز لحامل الكمبيالة مطالبة من له حق الرجوع عليه بما يلي:

أولا: مبلغ الكمبيالة التي لم تقبل أو لم توف مع فوائد الاتفاقية إن كانت مشروطة؛

ثانيا: الفوائد بالسعر القانوني محسوبة من يوم الاستحقاق؛

ثالثا: مصاريف الاحتجاج و الإخطارات 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:

أولا: المبلغ الذي وفاه كاملا؛

ثانيا: فوائد المبلغ المذكور محسوبة بالسعر القانوني ابتداء من يوم دفعه إياه؛

ثالثا: المصاريف التي تحملها.

المادة 204

يجوز لكل ملتزم وقع ضده الرجوع أو كان معرضا 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 الأجل المحددة:

لتقديم الكمبيالة المستحقة عند الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع؛

لإقامة الاحتجاج بسبب عدم القبول أو عدم الوفاء؛

لتقديم الكمييالة 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 الكمييالة 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 التظاهرات لم يجز التمسك به إلا للمظهر وحده.

المادة 207

إذا حالت قوة قاهرة دون تقديم الكمييالة أو إقامة الاحتجاج ضمن الأجل المنصوص عليها مددت تلك الأجل.

يجب على الحامل أن يوجه بدون تأخير إخطارا إلى من ظهر له الكمييالة، بوجود حالة القوة القاهرة، وأن يقيد هذا الإخطار ويؤرخه ويوقعه على الكمييالة ذاتها أو على وصلة؛ وفيما عدا ذلك تطبق مقتضيات المادة 199.

يجب على الحامل بمجرد انتهاء حالة القوة القاهرة أن يقدم الكمييالة 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 الكمييالة أو إقامة الاحتجاج، ما لم تكن دعاوي الرجوع موقوفة لمدة أطول بمقتضى نصوص خاصة.

يسري أجل الثلاثين يوما بالنسبة للكمييالة 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 للكمييالة المستحقة بعد مدة من الاطلاع يضاف إلى أجل الثلاثين يوما مدة بعد الاطلاع المعينة في الكمييالة.

ولا تعتبر من قبيل القوة القاهرة الأفعال الشخصية المتعلقة بحامل الكمييالة أو بمن كلفه بتقديمها أو إقامة الاحتجاج.

المادة 208

بصرف النظر عن الإجراءات المنصوص عليها لممارسة دعوى الضمان، يجوز لحامل الكمييالة 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

يجرر 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 الكمييالة كملزمين بالوفاء عند الاقتضاء؛

في موطن الشخص الذي قبل الكمييالة على وجه التدخل.

والكل في محرر واحد.

ويلزم في حالة وجود بيان خاطئ يتعلق بالموطن، إجراء تحرر قبل إقامة الاحتجاج.

المادة 210

يشتمل الاحتجاج على النص الحرفي للكمييالة والقبول والتظاهرات والبيانات المذكورة فيها والإنذار بوفاء قيمة الكمييالة. 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 الكمييالة عن الاحتجاج إلا في الحالات المنصوص عليها في المواد من 190 إلى 192 .

قانون الالتزامات والعقود

ظهر 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الباب الرابع: الإنابة

الفصل 217

الإنابة تصرف بمقتضاه يحول الدائن حقوقه على المدين لدائنه هو، وفاء لما هو مستحق عليه له. وتكون الإنابة أيضا في تصرف من يكلف أحدا من الغير بالوفاء عنه ولو لم يكن هذا الغير مدينا لمن وكله على الوفاء.

الفصل 219

تتم الإنابة برضى المُناب والمُناب لديه، ولو بدون علم المدين المُناب. بيد أنه إذا وجدت هناك أسباب عدائية بين المُناب لديه والمدين المُناب لزم قبول هذا الأخير لصحة الإنابة، وكان له كامل الحرية في الرفض.

الباب الرابع: التجديد

الفصل 347

التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله.

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: كميالة الرجوع

المادة 213

يجوز لكل شخص يملك حق الرجوع أن يستوفي حقه بسحبه على أحد ضامنيه كميالة جديدة مستحقة الوفاء عند الاطلاع وفي موطن الضامن المسحوب عليه ما لم يحصل اتفاق على غير ذلك.

وتتضمن الكميالة الجديدة علاوة على المبالغ المشار إليها في المادتين 202 و203 رسم سمسرة ورسوم التنبر الواجبة عليها.

وإذا كان صاحب الكميالة الجديدة هو الحامل عين مبلغها بالنظر إلى سعر كميالة مستحقة عند الاطلاع، مسحوبة من المكان الذي كان يجب أن توفى فيه الكميالة الأصلية على مكان موطن الضامن. وإذا كان الساحب للكميالة الجديدة هو أحد المظهرين، عين مبلغها بحسب سعر كميالة مستحقة عند الاطلاع مسحوبة من المكان الموجود فيه موطن ساحب الكميالة الجديدة على مكان موطن الضامن.

المادة 214

تحرر كميالات الرجوع مقابل سعر موحد قدره ربع الواحد في المائة في جميع المدن.

ولا يجوز أن يجمع في كميالة واحدة الفرق بين أسعار كميالات رجوع.

ولا يتحمل كل مظهر فيها إلا رجوعا واحدا وكذا بالنسبة للساحب.

والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه

الفصل 350

يحصل التجديد بثلاث طرق:

- 1 - أن يتفق الدائن والمدين على إحلال التزام جديد محل القديم الذي ينقضي، أو على تغيير سبب الالتزام القديم؛
 - 2 - أن يحل مدين جديد محل القديم الذي يحلله الدائن من الدين ويجوز أن يحصل هذا الإحلال من غير مشاركة المدين القديم؛
 - 3 - أن يحل، نتيجة تعهد جديد، دائن جديد محل القديم الذي تبرأ ذمة المدين بالنسبة إليه.
- مجرد تعيين المدين شخصاً يلتزم بأن يقوم بالوفاء بالدين مكانه لا يؤدي إلى التجديد. كما لا يؤدي إلى التجديد مجرد تعيين الدائن شخصاً للاستيفاء عنه.

الفصل 352

الإناية التي بمقتضاها يعطي المدين للدائن مديناً آخر غيره يلتزم تجاهه بأن يدفع له الدين تؤدي إلى التجديد، إذا صرح الدائن بأنه يقصد إبراء ذمة مدينه الذي أجرى الإناية وبأنه يتنازل عن كل حق له في الرجوع عليه.

القرار

1995/ 1346

الإداري القرار عدد 373 المؤرخ في 30/4/1998 الملف الإداري عدد 96/1/5/1032 -حوادث
مدرسية- مسؤولية
- أساسها

-مسؤولية الدولة عن الحوادث المدرسية تخضع لمقتضيات الفصل 85 مكرر من قانون الالتزامات
والعقود المسؤولية قائمة على الخطأ الثابت و ليس الخطأ المفترض..
-عدم قيام دليل على إخلال الأستاذ بواجباته في المراقبة

1998 -373

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

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 وفقاً 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 تباشر دعوى الاسترداد، إما على رجال التعليم وموظفي إدارة الشبيبة وإما على الغير، وفقا للقواعد العامة.

الغرفة الاجتماعية

القرار عدد 505 المؤرخ في 26/5/99 الملف الاجتماعي عدد 98/1/4/69

تعويض عن الطرد التعسفي

–تقادم الدعوى

– تطبيق الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود. تتقادم دعوى التعويض عن الطرد التعسفي طبقا للفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود بمرور خمس سنوات من تاريخ الطرد لا من تاريخ صدور الحكم البات في الدعوى الجنحية.

قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 106

(معدل بالظهير رقم 1.60.196 المؤرخ في 27 جمادى الأولى 1380 الموافق 17 نونبر 1960)

إن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه. وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر.

القرار عدد 658 المؤرخ في 19/9/1996 الملف الإداري عدد 96/1/5/668

-الاعتداء المادي

– مسؤولية

– القانون الواجب التطبيق

– اختصاص المحكمة. الفصلان 79 و 80 من قانون الالتزامات و العقود لا مجال لتطبيقهما في مجال الاعتداء المادي الممارس من طرف الإدارة لأن الفصل 79 المذكور يتعلق بترتيب مسؤولية الدولة و البلدية ...

1996 /658

الغرفة الاجتماعية القرار عدد 773 المؤرخ في 27/7/99 الملف الاجتماعي عدد 98/1/4/363

عقد العمل

– استقالة الأجير من عمله – ضرورة إثبات وقوعها تحت الضغط والإكراه. التهديد بالمطالبة

القضائية لا يخول إبطال العقد وفق أحكام الفصل 48 من قانون الالتزامات والعقود إلا في حالة ثبوت استغلال التعاقد لانتزاع فوائد مفرطة أو غير مستحقة

القرار
1998/ 773

الغرفة الاجتماعية القرار 49 الصادر بتاريخ 17 يناير 1995 ملف اجتماعي 8774- 91
طرد تعسفي - استحقاق الأجير الذي يضع نفسه رهن إشارة المشغل للأجر - إن الأجير الذي يضع نفسه رهن إشارة مشغله يستحق الأجر طبقا لمقتضى الفصل 735 من قانون العقود و الالتزامات. سواء باشر عمله أو تعذر عليه ذلك برفض المشغل السماح له بممارسة عمله. -

الغرفة الاجتماعية

القرار عدد 982 المؤرخ في : 2001/11/20 ملف اجتماعي عدد : 2001/1/5/564
الأجر

- التعويض عن الأقدمية

- خضوعه للتقادم (نعم).

إن التعويض عن الأقدمية يعتبر من توابع الأجر ويخضع للتقادم المنصوص عليه في الفصل 388 من قانون الالتزامات والعقود ولا تتوقف المطالبة به عن البت في دعوى الطرد من العمل

أحكام الالتزام - الإثبات
(الجزء الاول)

أحكام عامة

قانون مطبق

تطبق القواعد العامة في الإثبات إذا لم يحدد النص الخاص قواعد معينة لذلك.

قرار م.أ 195 19/06/1981

قضاء المجلس الأعلى - 30

127

إثبات - قانون

قواعد الإثبات المعتمدة في العقار المحفظ هي قواعد ق.ا.ع و ليس الفقه الإسلامي.

قرار م.أ 717 18/10/1976

قضاء المجلس الأعلى - 26

67

عبء

عبء إثبات وجود الالتزام يقع على مدعيه.

قرار م.أ 311 14/03/1967

قضاء المجلس الأعلى - 6

8

قرار م.أ 317 14/03/1967

قضاء المجلس الأعلى - 6

13

قرار م.أ 1726 23/11/1983

قضاء المجلس الأعلى - 36/35

18

مدعي الواقعة ملزم بإثباتها.

قرار م.أ 165 02/04/1969

قضاء المجلس الأعلى - 9

29

قرار م.أ 279 11/06/1969

قضاء المجلس الأعلى - 8

42

قرار م.أ 717 18/10/1976

قضاء المجلس الأعلى - 26

67

قرار م.أ 1019 15/07/1986

قضاء المجلس الأعلى - 40

143

قرار م.أ 6577 12/12/1995

قضاء المجلس الأعلى - 52

50

مطلب التحفيظ يخول صاحبه صفة المدعى عليه في منازعات التحفيظ العقاري؛ فيكون عبء الإثبات على كاهل المتعرض.

قرار م.أ 165 20/03/1968

قضاء المجلس الأعلى - 1

24

قرار م.أ 886 29/07/1981

قضاء المجلس الأعلى - 31

17

في المسؤولية على حراسة الأشياء، يقع عبء الإثبات على كاهل المالك أو الحارس.

قرار م.أ 232 15/05/1968

قضاء المجلس الأعلى - 14

4

عبء إثبات انقضاء الالتزام على مدعيه.

قرار م.أ 10 14/01/1985

قضاء المجلس الأعلى - 39

140

قرار م.أ 79 18/02/1980

قضاء المجلس الأعلى - 29

133

قرار م.أ 1181 10/03/1999

قضاء المجلس الأعلى - 55

106

عبء إثبات الدفع يقع على مدعيه، كما يقع عليه إثبات ادعائه في الدعوى.

قرار م.أ 803 09/05/1984

قضاء المجلس الأعلى - 36/35

29

قرار م.أ 522 14/04/1999

قضاء المجلس الأعلى - 56

167

قلب العبء

إذا أثبت المدعي القائم دعواه ثبوتاً كافياً، يتعين على المدعى عليه أن يدلي ببيان وجه مدخله، و لا يغنيه التمسك بالحوز و التصرف

قرار م.أ 889 14/12/1982

قضاء المجلس الأعلى - 32

57

تلقائي

الخصوم مدعوون تلقائياً إلى تقديم حججهم دون أن تدعوهم المحكمة إلى ذلك.

قرار م.أ 826 31/05/1983

قضاء المجلس الأعلى - 34/33

85

قرار م.أ 1459 20/10/1999

قضاء المجلس الأعلى - 55

187

قرار م.أ 38 16/03/1970

قضاء المجلس الأعلى - 17

45

قرار م.أ 64 18/03/1970

قضاء المجلس الأعلى - 20

30

قرار م.أ 8 09/11/1970

قضاء المجلس الأعلى - 22

43

قرار م.أ 1643 11/03/1998

قضاء المجلس الأعلى - 54/53

115

لقضاء الموضوع السلطة الكاملة في تصفح الحجج و الاطلاع عليها و لو لم يطلبه الخصم.

قرار م.أ 217 08/05/1968

قضاء المجلس الأعلى - 1

36

سلطة تقديرية

للمحكمة كامل السلطة في تقدير وسائل الإثبات.

قرار م.أ 128 05/03/1969

قضاء المجلس الأعلى - 7

24

قرار م.أ 134 26/03/1969

قضاء المجلس الأعلى - 10

25

قرار م.أ 182 09/04/1969

قضاء المجلس الأعلى - 8

24

قرار م.أ 279 11/06/1969

قضاء المجلس الأعلى - 8

42

قرار م.أ 10 30/10/1968

قضاء المجلس الأعلى - 13

20

قرار م.أ 64 18/03/1970

قضاء المجلس الأعلى - 20

30

قرار م.أ 187 08/06/1979

قضاء المجلس الأعلى - 26

82

قرار م.أ 242 13/05/1970

قضاء المجلس الأعلى - 22

26

قرار م.أ 219 29/04/1970

قضاء المجلس الأعلى – 19

27

قرار م.أ 13 25/11/1969

قضاء المجلس الأعلى – 11

66

تكون المحكمة قد استعملت سلطتها التقديرية لما اعتبرت أن الأخطاء المنسوبة للعامل لم تثبت في حقه و أن فصله عن العمل كان إجراء تعسفياً.

قرار م.أ 170 17/07/1972

قضاء المجلس الأعلى – 26

161

إن المحكمة بما لها من سلطة في التقدير التي لا تخضع لرقابة المجلس، اعتبرت أن ما أدلى به المكري من حجج تثبت أنه محتاج للسكن.

قرار م.أ 2254 21/10/1985

قضاء المجلس الأعلى – 41

13

لما استبعدت المحكمة البيئة الشرعية بعلّة أن مستندها عام و ليس خاصاً، تكون قد استعملت سلطتها في تقييم الحجج، و لا رقابة عليها في ذلك.

قرار م.أ 46 02/02/1982

قضاء المجلس الأعلى – 30

74

لما استبعدت المحكمة زمام التركة بعلّة أنها مجرد تصريح قدم إلى العدلين، فلا تصح حجة يمكن الاستناد عليها، تكون قد استعملت سلطتها في تقييم الحجج، و لا رقابة عليها في ذلك.

قرار م.أ 59 09/02/1982

قضاء المجلس الأعلى – 30

81

إذا اعتمد الحكم الابتدائي على حجة معينة، و تمسك الأطراف في المرحلة الاستئنافية بهذه الحجة، و تبين للمقرر غيابها من الملف، كان عليه أن يطالب الأطراف بتقديمها. فإذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي لعدم الإدلاء بالحجج، تكون قد أخلت بحقوق الدفاع.

قرار م.أ 2246 25/09/1985

قضاء المجلس الأعلى – 39

75

تعليق

السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير وسائل الإثبات مقيدة بضرورة تعليلها لذلك.

قرار م.أ 12 25/11/1969

قضاء المجلس الأعلى – 11

60

قرار م.أ 17 05/11/1969

قضاء المجلس الأعلى – 12

6

قرار م.أ. 286 24/06/1970

قضاء المجلس الأعلى - 20

20

إذا أدلى المكري بالحجج المثبتة لسبب الإفراغ و لم يناقشها المكثري أما محكمة الدرجة الأولى، فإن على محكمة الاستئناف قبل أن تستبعدا أن تبين أسباب عدم أخذها بما ثبت أمام قاضي الدرجة الأولى.

قرار م.أ. 525 16/07/1982

قضاء المجلس الأعلى - 31

49

مناقشة الحجج

يجب على المحكمة أن تناقش حجج الأطراف، و إلا اعتبر قرارها ناقص التعليل.

قرار م.أ. 1110 26/07/1983

قضاء المجلس الأعلى - 34/33

99

قرار م.أ. 3877 13/07/1995

قضاء المجلس الأعلى - 48

185

قرار م.أ. 887 11/02/1998

قضاء المجلس الأعلى - 52

29

قرار م.أ. 891 11/02/1998

قضاء المجلس الأعلى - 52

36

قرار م.أ. 4001 25/06/1997

قضاء المجلس الأعلى - 52

91

قرار م.أ. 355 16/01/1996

قضاء المجلس الأعلى - 52

157

قرار م.أ. 780 18/06/2003

قضاء المجلس الأعلى - 61

181

قرار م.أ. 539 03/12/2003

قضاء المجلس الأعلى - 61

139

تطبيق زمني

المبدأ العام في سريان القواعد الموضوعية للإثبات من حيث الزمان، هو أن يعمل بالقانون، الساري

المفعول وقت نشوء الحق المراد إثباته، الذي يعين طرق الإثبات و يبين متى يجوز قبولها و يحدد قيمة كل منها. فإذا كان هذا القانون يجيز الإثبات بالبينة، لوجب العمل به حتى و لو كان القانون الجديد المطبق وقت إقامة الدعوى لا يجيز الإثبات إلا بالكتابة.

قرار م.أ 803 15/05/1985

قضاء المجلس الأعلى – 38/37

65

قطعية الحجة

العقود لا تبنى على الاحتمال، فلا تثبت إلا بالإقرار أو الإشهاد عليها، و لا تستخلص من مجرد السكوت.

قرار م.أ 266 05/05/1981

قضاء المجلس الأعلى – 30

54

تساوي الحجج

إذا اعتبرت المحكمة حجج الطرفين متساوية، تعين عليها إسقاطها كلها، و ليس لها أن تأخذ بإحداها.

قرار م.أ 424 15/05/1982

قضاء المجلس الأعلى – 31

71

ترجيح

لا يؤخذ بوضع اليد قصد ترجيح بينة على أخرى إلا إذا تجردت الدعوى أو تساوت البيئات.

قرار م.أ 395 21/01/1998

قضاء المجلس الأعلى – 54/53

106

تعارض الحجج

تعارض حجتين موجب لسقوطهما معا – لا يقضى بسقوط البينتين إلا إذا تعادلتا و تعذر ترجيح إحداها على الأخرى – لا تعادل بين ملكية مستوفية لشروط الملك الشرعي، و أخرى لا تشتمل على هذه الشروط.

قرار م.أ 7097 24/11/1998

قضاء المجلس الأعلى – 55

33

سقوط الحجة

من القواعد الفقهية، من كذب بينة فقد أبطل العمل بها. و من اختلفت أقواله، سقطت دعواه و بينته.

قرار م.أ 614 26/04/1983

قضاء المجلس الأعلى – 34/33

81

نقصان الحجة

إذا قدم المتقاضى حجة ناقصة، يجب أن تسأله المحكمة ما إذا كان له غيرها قبل استبعاد الحجة رفض الطلب لنقصانها.

قرار م.أ 43 30/06/1969

قضاء المجلس الأعلى – 12

65

قرار م.أ. 75 05/12/1967

قضاء المجلس الأعلى - 5

37

عيوب الحجة

البتز و الإلحاق و التشطيب و عدم المطابقة للأصل، كلها عيوب تؤدي إلى الشك في الحجة.

قرار م.أ. 83 17/12/1968

قضاء المجلس الأعلى - 5

49

ترجمة الحجة

ترجمة الحجج لا تقوم مقام الأصول كوسائل إثبات.

قرار م.أ. 217 08/05/1968

قضاء المجلس الأعلى - 1

36

دعوى استحقاق

يجب إثبات دعوى الاستحقاق بملكية تامة الشروط و الأركان المنصوص عليها فقها؛ و على المحكمة أن تقيم الحجج في إطار الفقه، و تقارنها للتأكد من صحتها و مطابقتها لموضوع الدعوى و عدم تعارضها.

قرار م.أ. 632 15/05/1990

قضاء المجلس الأعلى - 45

75

وسائل الإثبات - عام

إثبات حر - تجاري

المبدأ في المادة التجارية هو حرية الإثبات.

قرار م.أ. 265 04/06/1969

قضاء المجلس الأعلى - 9

47

قرار م.أ. 1913 29/11/2000

قضاء المجلس الأعلى - 56

353

إثبات حر - اجتماعي

يمكن إثبات عقد الشغل بكل الوسائل.

قرار م.أ. 925 29/11/1982

قضاء المجلس الأعلى - 31

111

يمكن إثبات خطأ الأجير بكل وسائل الإثبات.

قرار م.أ. 213 25/02/1997

قضاء المجلس الأعلى - 52

221

شيك

الشيك وسيلة لإثبات الوفاء بالالتزام، و لا يمكن أن يكون وسيلة لإثبات الالتزام أو العلاقة التعاقدية.

قرار م.أ 2103 09/09/1991

قضاء المجلس الأعلى – 46

100

اثبات

قسمة

لا تثبت قسمة المشاع إلا بما يثبت به التفويت لأنها بيع من البيوع.

قرار م.أ 45 25/01/1994

قضاء المجلس الأعلى – 48

230

اثبات

إرث

لا تثبت الإرث بمجرد محضر الاستجواب، و إنما بما هو مقبول شرعا كشهادة استرغائية أو علمية.

قرار م.أ 4354 11/12/2001

قضاء المجلس الأعلى – 60/59

29

تجزئة

اقرار

لا يجوز تجزئة الإقرار ضد صاحبه إذا كان الحجة الوحيدة ضده.

قرار م.أ 3 09/01/1980

قضاء المجلس الأعلى – 27

76

قرار م.أ 199 16/04/1969

قضاء المجلس الأعلى – 15

23

قرار م.أ 482 30/07/1980

قضاء المجلس الأعلى – 28

71

قرار م.أ 2558 30/04/1997

قضاء المجلس الأعلى – 52

94

اقرار بسيط أو مركب

يلتجأ إلى ما تضمنه الإقرار حال صدوره من المقر، لا لما يضيفه فيما بعد، لتحديد ما إذا كان بسيطاً

أو مركباً؛ أي قابلاً للتجزئة أم لا.

قرار م.أ 1 02/01/1991

قضاء المجلس الأعلى – 52

17

إقرار قضائي

إذعان المحكوم عليه لأوامر مأمور التنفيذ لا تشكل إقرارا قضائيا بما قضى به الحكم الابتدائي، لأن المأمور ليس سلطة قضائية.

قرار م.أ 59 09/02/1982

قضاء المجلس الأعلى – 30

81

يخضع الإقرار الضمني القضائي لسلطة المحكمة و يمكن أن ينتج عن سكوت الخصم إذا دعاه القاضي للجواب.

قرار م.أ 4550 05/10/1999

قضاء المجلس الأعلى – 58/57

59

الاقرار

حجيته على الغير

إقرار المطلوب في الشفعة بوقوع الشراء يلزمه، و يعفي طالبا من الإثبات. و يمكن للمتضرر من الإقرار أن يطعن فيه و أن يدفع بنسبية الحكم.

قرار م.أ 38 22/01/1980

قضاء المجلس الأعلى – 27

105

قرار م.أ 34 27/01/1981

قضاء المجلس الأعلى – 29

57

إذا تعدد الخصوم و أقر أحدهم، و كان هذا الإقرار الحجة الوحيدة، فلا حق للمحكمة أن تعتبر المدعي عاجزا عن الإثبات بل عليها أن تتقصى مدى علاقة المقر بالمدعي فيه، حتى تتمكن من تجزيء قضائها على المدعي عليهم، بين من أقر و من لم يفعل.

قرار م.أ 406 04/05/1982

قضاء المجلس الأعلى – 31

65

في حالة تعدد المدعي عليهم، فإن إقرار أحدهم لا يلزم أحدا غيره.

قرار م.أ 6574 12/12/1995

قضاء المجلس الأعلى – 52

45

إقرار للغير

في الفقه، إذا أقر المدعي عليه أن المدعي فيه ملك للغير و أثبت ذلك، انتقلت الخصومة للمقر له.

قرار م.أ 390 17/06/1997

قضاء المجلس الأعلى – 52

105

اقرار

بيع عقار محفظ

لا يثبت الإقرار عقد البيع الوارد على العقار المحفظ، لأن هذا العقد لا يثبت إلا بالوسيلة المنصوص عليها في ف 489 ق.ا.ع.

قرار م.أ 817 27/04/1983

قضاء المجلس الأعلى – 32

52

قرائن

ملاءة الذمة

الأصل في الأشخاص الملاءة.

قرار م.أ 664 28/03/1995

قضاء المجلس الأعلى – 47

127

قرائن

حسن النية

للمحكمة استخلاص حسن النية من القرائن.

قرار م.أ 478 15/07/997

قضاء المجلس الأعلى – 52

108

قرائن

توليج

يثبت التوليج بالإقرار و القرائن و بما يرتقي إلى مستواهما من القرائن الدالة عليه بوضوح. و من القرائن سكوت المقر له و عدم مطالبته بما اعترف له به إلا بعد 7 سنوات من وفات المقر.

قرار م.أ 758 30/06/1987

قضاء المجلس الأعلى – 41

147

يمين

في الفقه، لا يمكن الحكم باليمين إلا إذا كان التصرف ثابتا.

قرار م.أ 213 29/04/1970

قضاء المجلس الأعلى – 17

35

يمين حاسمة

لا يقبل الحكم المبني على اليمين الحاسمة أي طعن في الموضوع، لأن هذه اليمين تنهي النزاع بصفة لا رجعة فيها مطلقا.

قرار م.أ 1934 01/06/1994

قضاء المجلس الأعلى – 50/49

271

ليس شرطا أن تؤدي اليمين الحاسمة في نفس الجلسة التي صدر فيها الحكم بأدائها – إذا كان التنفيذ معلقا على أداء اليمين، فلا يبدأ إلا بعد لإثبات القيام بها حسب ما ينص عليه الفصل 444 ق.م.م.

قرار م.أ 586 15/02/1995

قضاء المجلس الأعلى – 54/53

191

اليمين الحاسمة حق للخصم، و لا يمكن للمحكمة أن لا تستجيب لطلب توجيه اليمين الحاسمة.

قرار م.أ 330 01/03/2000

قضاء المجلس الأعلى – 56

287

يمكن للمحكمة ألا تستجيب لطلب الخصم في توجيه اليمين الحاسمة إذا ما ظهر لها أن طالبها متعسف فيه.

قرار م.أ 2875 28/07/1998

قضاء المجلس الأعلى – 58/57

538

يمين متممة

إذا رأت المحكمة توجيه اليمين المتممة، يجب عليها أن تصدر حكما تمهيديا بذلك، لا أن تفصل في الدعوى بحكم معلق على شرط أداء اليمين.

قرار م.أ 205 30/10/1980

قضاء المجلس الأعلى – 28

64

قرار م.أ 2360 19/12/1984

قضاء المجلس الأعلى – 39

63

قرار م.أ 1032 15/03/1993

قضاء المجلس الأعلى – 47

338

قرار م.أ 3201 29/11/1993

قضاء المجلس الأعلى – 48

115

اليمين المتممة تكمل أدلة الإثبات و ليست حجة مستقلة، فلا توجهها المحكمة إلا إذا أقام المدعي دليلا اعتبرته المحكمة غير كامل.

قرار م.أ 1726 23/11/1938

قضاء المجلس الأعلى – 36/35

18

حسب قواعد الفقه، فإذا كانت حجة المدعي ناقصة شرعا، وجب استبعادها و لا تزكى باليمين المتممة، لأن اليمين المتممة لا تكون إلا إذا كانت الحجة شهادة ينقصها النصاب القانوني.

قرار م.أ 85 17/02/1981

قضاء المجلس الأعلى – 29

63

في حالة قيام الزوجية، تثبت النفقة بقول الزوج بيمينه.

قرار م.أ 371 26/08/1979

قضاء المجلس الأعلى - 29

125

توجه المحكمة اليمين المتممة إذا اعتبرت أن حجج أحد الأطراف غير كافية لتعزيز ادعائه.

قرار م.أ 4550 05/10/1999

قضاء المجلس الأعلى - 58/57

59

يمين الإنكار

لا توجه يمين الإنكار ضد المحاجر.

قرار م.أ 622 15/05/1990

قضاء المجلس الأعلى - 44

93

لا يقضى بيمين الإنكار على المدعى عليه إلا إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه.

قرار م.أ 395 21/01/1998

قضاء المجلس الأعلى - 54/53

106

يمين الإنكار ليست طلبا جديدا حسب الفقرة الأخيرة من الفصل 143 ق.م.م.

قرار م.أ 446 28/07/1998

قضاء المجلس الأعلى - 54/53

184

يمين التقادم القصير

لا يمكن أن توجه اليمين ضد المدعى عليه المتمسك بالتقادم القصير إلا بناء على طلب خصمه.

قرار م.أ 342 03/02/1988

قضاء المجلس الأعلى - 43/42

13

كشف الحساب

ان القرار المطعون فيه، باستبعاده كشف الحساب بعلّة انه لا يحمل أي قبول من طرف المدعى عليه،

وانه من صنع المدعية، يكون من جهة فاسد التعليل، ومن جهة اخرى خارقا للقانون، ما دام كشف

الحساب الماخوذ من الدفاتر التجارية الممسوكة بانتظام يعتبر حجة كتابية بين التجار بصدد معاملاتهم

التجارية، وللمحكمة الحق في الاطلاع على الدفاتر التجارية الماخوذ منها الكشف لتقدير حجية

البيانات المضمنة بها، ومقارنتها عند الاقتضاء بدفاتر الخصم.

قرار المجلس الأعلى عدد 432 س 3 بتاريخ 16/7/1980 ملف مدني عدد 63013

م المحاكم المغربية

ع 34

94

الترجيح

بين حجتين

- الترجيح بين حجتين - تساقطهما -

ان التعارض الذي يوجب الالتجاء الى المرجحات هو الذي لا يمكن معه الجمع بين الحجتين.

ان الشهادة بالعلم بوارث، لا تتعارض مع الشهادة بعدم العلم به، لما هو مقرر من ان من علم هو حجة على من لم يعلم.

قرار المجلس الأعلى

عدد 148

بتاريخ 1975/3/11 ملف شرعي عدد 43203

م المحاكم المغربية

ع 32

38

التقادم

تقادم - على لمن يقع عبء اثبات انقطاعه ؟

على المطلوب في الدعوى المسؤولية التقصيرية، ان يثبت تاريخ علم الطرف المتضرر بالمتسبب في الضرر والمسؤول عنه.

قرار م ا مدني عدد

1140

بتاريخ 1983/4/19

ملف عدد 82/1298

م المحاكم المغربية

ع 30

54

الترجيح

بين حجتين

لا ضرورة لاصدار قرار بالتخلي في قضايا التحفيظ العقاري لأن الفصل 44 من ظهير التحفيظ العقاري لا يحتم ذلك.

ان اغفال الحكم تصفية المصاريف القضائية لا يشكل سببا من اسباب النقص لامكانية تصنيفيتها فيما بعد بامر من القاضي.

ان الحجة الأقدم تاريخا حسب قواعد الفقه الاسلامي ترجح على الحجة اللاحقة بها، ولو كانت هذه الاخير اعدل من الاولى

م ا القرار عدد 4 بتاريخ 1979/4/11 ملف مدني عدد 59101

م المحاكم المغربية

ع 45

73

شهادة الشهود

شهادة شاهد واحد لاثبات علاقة الشغل - نعم.

لا يوجد في القانون أي نص يمنع الاخذ بشهادة الشاهد الواحد لاثبات علاقة العمل ، فالقرار معلل لعدم كفاية شهادة الشاهد الواحد لاثبات هذه العلاقة من غير بيان الاساس القانوني لذلك يكون ناقص التعليل

قرار م ا غ الاج

قرار عدد 534 بتاريخ 1987/10/19 ملف اجتماعي عدد 87/8061

م المحاكم المغربية

ع 56

81

اثبات:

الزور الفرعي

لا تفتح المحكمة مسطرة الزور الفرعي اذا لم يدل الطاعن باصل الوثيقة ، اذ ان اجراءات هذا الطعن لا تقام الا على الاصول دون الصور كما يتجلى ذلك باستقرار الفصول 93، 95 و96 من ق م م. تكون المحكمة قد جانبت الصواب حين اسست قضاءها على مجرد صورة وصل لا تتوفر فيها الشروط المتطلبة في الفصل 440 من القانون المدني

م ا قرار عدد 606 بتاريخ 1986/2/11 ملف تجاري عدد 431/8

م المحاكم المغربية

ع 56

97

شهادة اللفيف

اللفيفية لا تقوم حجة على الشراء، اذا استند شهودها فقط الى المخالطة والمجاورة وشدة الاطلاع على الاحوال، لان عقد الشراء يتوقف على الايجاب من البائع والقبول من المشتري، وهما من مدركات السمع فلا يحصلان الا به لقول المتحف : (ويشهد الشاهد بالاقرار - من غير اشهاد على المختار - بشرط ان يستوعب الكلام - من المقر البدء والتمام).

القرار رقم 1346 بتاريخ 1988/11/15 ملف عقاري عدد 86/5105

م المحاكم المغربية

ع 63

116

الخبرة

ان الخبرة الطبية الثلاثية المنصوص عليها في الفصل 11 من قرار 20 مايو ب1967 لا تكون حاسمة في الموضوع الا اذا توفرت فيها جميع الشروط المتطلبة.

*تكون محكمة الاستئناف على صواب عندما امرت باجراء خبرة طبية جديدة على المصاب من غير اعتبار للفحص الذي اجراه الاطباء الثلاثة في المرحلة الابتدائية لعدم توافر شروط الخبرة الثلاثية في تقريرهم

م ا القرار عدد 402

المروخ في 93/5/17،

ملف عدد 91/8719

م المحاكم المغربية

عدد 70

84

اثبات:

الكتابة

*حيث ينص هذا الفصل (اذا انكر خصم ما نسب اليه من كتابة او توقيع او صرح بانه لا يعترف بما نسب الي الغير امكن للقاضي صرف النظر عن ذلك و اذا كان الامر بخلاف ذلك يؤشر على المستند ويامر بتحقيق الخطوط)

*حقا حيث يتجلى من وثائق ملف الموضوع بان الطالبة اثار في مقاله الاستنافي بان يكتري المحل موضوع النزاع من المطلوبة في النقض وبوجد به بمقتضى العلاقة الكرائية حسب وصل الكراء المسلم له من طرفها في حين ان المطلوبة ضدها النقض انكرت التوقيع الوارد بالوصل المذكور وان القرار المطعون فيه لما صرح في حيثياته (بان تشبث الطالب بالتوصيل لا يقوم على اساس) دون ان يامر باجراء تحقيق الخطوط على الوصل المستدل به طبقا لمقتضيات الفصل 89 من قانون المسطرة المدنية المذكور طليعته يجعل قرارها مستوجبا للنقض.

م اقرار عدد 1636

بتاريخ 96/3/13 ملف مدني عدد 91/3544

م المحاكم المغربية

ع 80

130

الكشوف الحسابية

*الكشوف الحسابية البنكية لها حجيتها رغم انكار الدين

*لكن حيث ان المحكمة لما استبعدت دفع الطالب بعدم تسليمه لكشف الحساب، بعلة عدم توضيحه العملية الحسابية الواردة به، التي لا يسلم بها، واسست قضاءها على حجية الكشوف الحسابية البنكية، تكون قد رفضت ضمنا ما تمسك به الطاعن من طلب اجراء خبرة، و الوسيلة على غير اساس.

م اقرار عدد 1570

بتاريخ 2000/10/11 ملف تجاري عدد 99/1771

م المحاكم المغربية

ع 88

112

رقابة المجلس الاعلى

محكمة الموضوع لها سلطتها في تقييم الحجج المثارة امامها و التي لا تخضع لرقابة المجلس الاعلى الا من حيث التعليل

م اقرار عدد 1781 2000/11/15 ملف تجاري عدد 98/1/6/169

م المحاكم المغربية

ع 88

115

الخبرة

ان الخبرة المامور بها في اطار قضاء الموضوع لا يمكن استبعادها والحكم بخبرة جديدة في اطار الاوامر بناء على طلب. وان قضاء الموضوع هو المؤهل قانونا لاعتمادها او استبعادها.

حكم رقم 356

ملف عدد 2001/273/1

المحكمة التجارية

الإشعاع عدد 24

200

اليمين المتممة

تعتبر اليمين المتممة اجراء من اجراءات التحقيق، ويعتبر الحكم الصادر بشأنها حكما تمهيديا لا يقبل الطعن الا مع الحكم في الموضوع.

قرار رقم 92 بتاريخ 1997/01/7 ملف مدني عدد 697-1-1502

الإشعاع عدد 24

119

الشهادة

الشهادة الكتابية لا ترقى لدرجة الاعتبار وان الشهادة التي يؤخذ بها هي التي يتم الادلاء بها امام المحكمة وفق الاجراءات المنصوص عليها في القانون.

حكم رقم 513

صادر بتاريخ 99/05/11 ملف تجاري عدد 4/98/727

المحكمة التجارية

الإشعاع عدد 24

اليمين

لا يمكن ان توجه اليمين لاحد الاطراف الا اذا كانت حجة الطرف الموجهة اليه اليمين غير كافية وغير مقنعة.

م ا ملف مدني 90/2659 بتاريخ 1995/11/21

الإشعاع عدد 16

118

الاثبات في المادة التجارية

اعمال الصرف والابناك تعد اعمال تجارية ولذلك تعد خاضعة لمبدأ حرية الاثبات المعمول به في المادة التجارية

حكم بتاريخ 1998/1/8 - ملف رقم 97/224

الإشعاع عدد 18

كشف الحساب

لكن حيث أن المحكمة اعتمدت أساسا فيما قضت به على كشف الحساب والذي يعتبر حجة بين التجار بصدد معاملاتهم التجارية مادام مستندا على دفاتر تجارية ممسوكة بانتظام والذي لم ينازع في محتواه الطاعن بالإضافة إلى أن الرسالة الموجهة منه إلى المطلوبة والتي يلتبس فيها منحه أجلا لتسديد المبالغ التي بذمته لفائدته

قرار مدني عدد 1856

ملف عدد 86/459 قرار بتاريخ 1990-9-19

الإشعاع عدد 4

141

الترجيح

بين الحجج

حيث أن المحكمة ركزت قضاءها على قاعدة الترجيم بين الحجج فلاحظت أن ملكية طالب التحفيظ أقدم تاريخ من ملكية الطاعنين لأن الأولى مؤرخة بـ 44/4/13 قد شهد شهودها لمشهود له بالحيازة منذ 35 سنة مضت عن تاريخها في حين أن الثانية مؤرخة بأبريل 1957 مشهود فيها بالحيازة لمدة

عشرين سنة مضت عن تأريخها هذا علاوة على تأييدها بالحيازة المعترف بها من طرف الطاعنين وأن العبرة بالحدود لا بالمساحة التي تذكر على وجه التقريب وشهادة المتعرض للطاعنين

بالمالك في ملكيتهم لا يفيدهم في شيء وليس من واجب المحكمة الرد على جميع ما أثير لديها إلا ما كان منه مؤثرا في وجه الحكم الأمر الذي يبقى معه ما بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار.

قرار محكمة النقض عدد 679 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2012 في الملف المدني عدد
2010/7/1/4813

القاعدة

بيع - عقار محفظ - شرط الكتابة - قاعدة الجنائي يعقل المدني - حدودها. قاعدة الجنائي يعقل المدني تقضي بأن توقف المحكمة المدنية البت في القضية إلى حين صدور حكم نهائي في القضية الجزرية عندما يكون للحكم الجزري تأثير على ما هو معروض أمام القاضي المدني، ولما كان إتمام البيع الواقع على عقار محفظ يجب أن يجري في محرر ثابت التاريخ طبقا لمقتضيات الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود وكان هذا المحرر غير متوفر، فإنه على فرض صدور حكم بالإدانة في دعوى جزرية تتعلق بعدم تنفيذ عقد، فإنه لا يرقى إلى درجة المحرر الثابت التاريخ المتطلب في قيام البيع. رفض الطلب.

لكن، حيث إنه لئن كانت قاعدة الجنائي يعقل المدني المقررة في الفصل العاشر من قانون المسطرة الجنائية المحتج به يقضي بأن توقف المحكمة المدنية البت في القضية إلى حين صدور حكم نهائي في القضية الجزرية، فإن ذلك منوط بأن يكون للحكم الجزري تأثير على ما هو معروض أمام القاضي المدني، ولما كان موضوع الدعوى يتعلق بإتمام البيع الواقع على عقار محفظ الذي يجب أن يجري في محرر ثابت التاريخ، وكان هذا المحرر غير متوفر في النازلة، فإنه على فرض صدور حكم بالإدانة في دعوى جزرية تتعلق بعدم تنفيذ عقد، فإنه لا يرقى إلى درجة المحرر الثابت التاريخ المتطلب في قيام البيع طبقا لمقتضيات الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود، و المحكمة لما رفضت إيقاف البت في النازلة تكون قد طبقت الفصل العاشر المحتج به تطبيقا سليما مما يجعل الوسيلة بدون أساس

قرار عدد: 4

ملف مدني: 84/1022، بتاريخ: 1991/1/2

الإشعاع عدد5

شهادة الابناء

شهادة الابناء اخذت على سبيل الاستئناس - نعم
ان شهادة الابناء يجوز الاخذ بها على سبيل الاستئناس مادام المطلوب في النقض لم يات بالحجة على
مواصلته الانفاق على ابنائه

قرار عدد 1487- بتاريخ 88/12/6- ملف عدد 84/4142

الإشعاع عدد1

93

الاثبات في المادة المدنية

اثبات - الالتزامات بين التجار، اثباتها بكل الوسائل - نعم
عقود عرفية - قوة اثباتية بين عاقيديها - نعم
ان العقود العرفية لها قوة اثباتية بين عاقيديها ما لم يتم انكارها بصفة صريحة ووفق مقتضيات
القانونية، ولا يعتبر عدم المصادقة على الامضاء المثبت عليها موجب لابعادها.

قرار عدد 1010

ملف عدد

35/85 بتاريخ

12/4/89

الإشعاع عدد2

81

أحكام الالتزام - الإثبات (الجزء الثاني)

حجية الشيء المقضي به
لا يمكن للمحكمة المدنية أن تثير قوة الشيء المقضي به تلقائيا.

قرار م.أ. 74 05/04/1971

قضاء المجلس الأعلى - 24

33

حجية الشيء المقضي به

حجية الأحكام نسبية بحيث لا تلزم إلا من كان طرفاً فيها.

قرار م.أ 388 21/03/1967

قضاء المجلس الأعلى – 3

41

لا يمكن إعادة النظر في الدعوى المفصول فيها بين نفس الأطراف و في نفس الموضوع.

قرار م.أ 200 24/04/1968

قضاء المجلس الأعلى – 13

16

يجب أن تنتظر المحكمة في جوهر الحق حتى يكتسي الحكم قوة الشيء المقضي به.

قرار م.أ 206 22/04/1970

قضاء المجلس الأعلى – 17

29

قرار م.أ 2011 03/10/2001

قضاء المجلس الأعلى – 60/59

259

يجب أن تتحد الدعويان في الموضوع للاعتداد بقوة الشيء المقضي به.

قرار م.أ 248 27/05/1970

قضاء المجلس الأعلى – 18

22

قرار م.أ 219 29/04/1970

قضاء المجلس الأعلى – 19

27

ضرورة اتحاد الأطراف و الموضوع للتمسك بحجية الشيء المقضي به.

قرار م.أ 220 مكرر 23/06/1971

قضاء المجلس الأعلى – 23

24

الدفع بسبق الفصل مشروط بشروط قوة الشيء المقضي به و هي وحدة الأطراف و الموضوع و السبب – على المحكمة المدلى لها بالحكم المحتج به أن تتأكد من توفر هذه الشروط، و ألا تعتمد فقط على مجرد اعترافات الخصم بسبقية البت.

قرار م.أ 6 06/01/1981

قضاء المجلس الأعلى – 27

98

قرار م.أ 1686 25/06/1990

قضاء المجلس الأعلى – 45

13

لا يمكن الاعتماد في سبقية البت على حكم غيابي متعرض عليه.

قرار م.أ 4092 25/07/1995

قضاء المجلس الأعلى – 50/49

18

حجية الشيء المقضي به
حجية الحكم لا تتوقف على تبليغه للطرفين.

قرار م.أ 198 15/06/1979

قضاء المجلس الأعلى – 26

88

حجية الشيء المقضي به
الحكم الذي ألغى الدعوى على الحالة، دون البت في النزاع، ليست له قوة الشيء المقضي به.

قرار م.أ 63 13/12/1967

قضاء المجلس الأعلى – 15

4

حجية الشيء المقضي به
لا يمكن دحض قوة الشيء المقضي به بمكتوب يثبت الملكية.

قرار م.أ 49 03/12/1969

قضاء المجلس الأعلى – 16

13

حجية الشيء المقضي به
لا يمكن الاستدلال بقوة الشيء المقضي به لأول مرة أمام المجلس الأعلى.

قرار م.أ 49 03/12/1969

قضاء المجلس الأعلى – 16

13

حجية الشيء المقضي به
مبدأ قوة الشيء المحكوم به يمنع من إعادة الطلب مرة ثانية.

قرار م.أ 11 08/12/1969

قضاء المجلس الأعلى – 12

56

الحكمة من سبقية الفصل في الموضوع، منع الخصوم من إثارة المنازعة من جديد.

قرار م.أ 1588 05/07/1989

قضاء المجلس الأعلى – 43/42

54

حجية الشيء المقضي به
تجاهل الإدارة للأحكام النافذة المفعول فيه مساس بمبدأ قوة الأحكام، و يعتبر شططا في استعمال السلطة.

قرار م.أ 8 29/01/1969

قضاء المجلس الأعلى – 13

80

يجب على الإدارة أن تمتثل للأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به و المختومة بالصيغة التنفيذية، إلا في حالة الاستثناء.

قرار م.أ 4 23/11/1967
قضاء المجلس الأعلى - 36/35

18

حجية الشيء المقضي به
لا حجية للحكم الجنحي الملغى من طرف المجلس الأعلى . (محكمة النقض)

قرار م.أ 212 07/05/1969

قضاء المجلس الأعلى - 7

30

حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني مشروطة بكون الحكم الجنائي نهائياً.

قرار م.أ 315 29/02/1984

قضاء المجلس الأعلى - 36/35

62

لا يعتد بقوة الحكم الجنائي، في المتابعات التأديبية، إذا كان الحكم مبنياً على مجرد الشك.

قرار م.أ 28 12/06/1970

قضاء المجلس الأعلى - 18

51

للحكم الجنائي القاضي بالبراءة في لعدم ثبوت الأفعال في حق الموظف، حجية على سلطة الإدارة في المجال التأديبي.

قرار م.أ 1 04/01/1996

قضاء المجلس الأعلى - 51

13

الحكم الجنائي يقيد المدني إذا اتحد السبب و الموضوع و الأطراف.

قرار م.أ 98 08/06/1970

قضاء المجلس الأعلى - 21

25

لا يقبل الدفع بسبقية الشيء المقضي به بين قرار جنحي و آخر مدني لعدم توفر شرط وحدة الأطراف المنصوص عليه في ف 451 ق.ا.ع.

قرار م.أ 806 11/04/1990

قضاء المجلس الأعلى - 46

87

حجية الحكم الجنائي على القاضي المدني مقصورة على المنطوق و الحثيات التي تتصل بالمنطوق.

قرار م.أ 169 12/04/1969

قضاء المجلس الأعلى - 56

29

حجية الحكم الجنائي على القاضي المدني مقصورة بالنسبة لما يدخل في اختصاص القاضي الجنائي من بين ما فصل فيه الحكم.

قرار م.أ 1130 18/02/1998

قضاء المجلس الأعلى - 52

- 180
قضاء المجلس الأعلى – 56
- 89
حجية الشيء المقضي به
الحكم الجنائي ببراءة المسؤول، لا ينفي المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء عن المسؤول المذكور.
قرار م.أ. 152 11/03/1970
قضاء المجلس الأعلى – 16
- 44
الحكم بالبراءة من جريمة الاعتداء على رب العمل لا حجية له إزاء واقعة الإخلال بالالتزام الواجب على العامل إزاء رب العمل.
قرار م.أ. 285 02/07/1979
قضاء المجلس الأعلى – 26
- 100
حجية الحكم الجنائي لا تمنع القاضي المدني من أن يحمل المتضرر من الجريمة جزءا من المسؤولية بسبب مشاركته في وقوع الضرر.
قرار م.أ. 746 01/12/1982
قضاء المجلس الأعلى – 32
- 11
الحكم بالبراءة لا يكفي في تحليل المتابع جنحيا و المتسبب في الضرر من المسؤولية المدنية.
قرار م.أ. 1265 04/05/1988
قضاء المجلس الأعلى – 41
- 113
الحكم بالبراءة لعدم ثبوت الفعل الجرمي لا يمنع المحكمة المدنية من البت في النازلة في الإطار المدني دون أن تحرف حجية الأمر المقضي به.
قرار م.أ. 1459 20/10/1999
قضاء المجلس الأعلى – 55
- 187
الحكم الجنحي بالبراءة لا يثبت أن المتهم فعل كل ما هو ضروري لتجنب وقوع الضرر.
قرار م.أ. 205 23/04/1969
قضاء المجلس الأعلى – 9
- 31
اتحاد موضوع و أطراف و سبب دعوى جنائية و دعوى مدنية، يوقف النظر في الثانية لحين البت في الأولى عملا بقاعدة الجنائي يوقف المدني.
قرار م.أ. 149 08/03/1982
قضاء المجلس الأعلى – 30
- 104
حجية الشيء المقضي به
قاعدة الجنحي يعقل المدني تعرف استثناءا في ف 174 من قانون حوادث الشغل، حيث إن المدني

يوقف البث في الجنحي.

قرار م.أ 124 23/02/1982

قضاء المجلس الأعلى – 34/33

111

حجية الشيء المقضي به

لا تمتد حجية الحكم من السلف إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر الحكم المحتج به قبل عقد التفويت.

قرار م.أ 1250 26/07/2000

قضاء المجلس الأعلى – 58/57

221

حجية الشيء المقضي به

في حوادث الشغل، الأمر القاضي بالإشهاد على الأطراف بالتصالح و بأمر المؤاجر أن يؤدي معاشا سنويا لذوي الحقوق، تحت إناية شركة التأمين، لا يقبل أي طعن إلا دعوى الإلغاء في إطار ف 384 ق. حوادث الشغل، و له حجية إزاء كافة الأطراف لا سيما المؤمن – إذا أبرم الصلح، فلا يسوغ للمتضرر أن يقيم أي دعوى ضد المشغل – لا يمكن للمؤمن أن يعترض بأي شكل يمس مصالح ذوي الحقوق، و لا يمكنه إلا ان يرجع على المؤمن له.

قرار م.أ 681 29/10/1984

قضاء المجلس الأعلى – 38/37

154

كتابة

ينتج الدليل الكتابي من الورقة الرسمية أو العرفية و يمكن أن ينتج من المراسلات و الفواتير المقبولة – لا يجوز لشخص أن يصطنع حجته بنفسه، و لهذا فإن الفواتير التي يعدها التاجر للغير طبقا للمادة 49 مدونة التجارة لا يجوز الاحتجاج بها ضد هذا الأخير إلا إذا كان قد قبلها صراحة أو ضمنا.

قرار م.أ 3105 13/05/1998

قضاء المجلس الأعلى – 54/53

247

كتابة

ما ثبت بالكتابة لا ينفى إلا بالكتابة.

قرار م.أ 1235 04/04/2001

قضاء المجلس الأعلى – 58/57

44

كتابة

الرسم الذي يشهد فيه أحد الأطراف دون الآخر، لا حجية له في مواجهة هذا الطرف الثاني.

قرار م.أ 500 22/07/1997

قضاء المجلس الأعلى – 52

112

كتابة

الفصل 418 ق.ا.ع يقصر الحجية على الوقائع المثبتة – لا يمكن للمحكمة على ما ورد في الحكم الأجنبي من وصف السرقة بأنه قرصنة.

قرار م.أ 3066 23/12/1992

قضاء المجلس الأعلى – 56

49

كتابة

محضر

محاضر الضابطة القضائية ليست لها أية حجية في الإثبات أمام القاضي المدني الذي لا يطبق أمامه إلا ما نص عليه ق.ا.ع.

قرار م.أ 2223 08/11/1989

قضاء المجلس الأعلى – 44

41

كتابة

إشعار بريدي

الإشعار البريدي بالتوصل يعد محررا رسميا و حجة بالوقائع التي يشهد الموظف العمومي بحصولها إلى أن يطعن فيه بالزور.

قرار م.أ 904 04/04/1988

قضاء المجلس الأعلى – 41

92

كتابة

وثيقة رسمية

يوثق بالوثيقة الرسمية المحررة من طرف كاتب الضبط إلى أن تثبت زوريتها.

قرار م.أ 570 23/04/1970

قضاء المجلس الأعلى – 17

67

كتابة

وثيقة رسمية

عقد البيع المحرر من طرف الموثق حجة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور.

قرار م.أ 3434 28/05/1996

قضاء المجلس الأعلى – 52

60

كتابة

رسم عدلي

الرسم العدلي الذي يفتقد شكلياته القانونية، يفقد صفة الورقة الرسمية – بل و لا يعتبر محررا عرفيا للإثبات إذا لم يكن موقعا عليه.

قرار م.أ 150 27/05/1981

قضاء المجلس الأعلى – 27

81

قرار م.أ 1486 06/12/1988

قضاء المجلس الأعلى – 43/42

132

الرسم العدلي غير المعرف به ليس حجة مطلقا.

قرار م.أ 28/06/1983 968
قضاء المجلس الأعلى – 34/33

95

الرسم العدلي الذي يشهد فيه عدل عرف بأنه كان يمارس العدالة عند تاريخ تحريره، غير أنه لم يؤد الشهادة عند القاضي، مجرد زمام لا يصح الاحتجاج به.

قرار م.أ 02/07/1985 920
قضاء المجلس الأعلى – 40

140

الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلان على أتمية المشهود عليه، حجة رسمية على أنه لم يكن في مرض الموت.

قرار م.أ 25/12/1982 809
قضاء المجلس الأعلى – 31

45

المقصود ب "عرفا قدره" في الرسوم العدلية، أن المشهود عليهما يعلمان قدر المشهود به و مبلغه؛ و المقصود بأتمه في الرسوم العدلية، كمال حال الصحة و الطوع و الجواز.

قرار م.أ 06/12/1988 1486
قضاء المجلس الأعلى – 43/42

132

المبادلة عقد إنشائي لا يثبت إلا بالإشهاد العدلي أو ما يقوم مقامه.

قرار م.أ 29/07/1997 524
قضاء المجلس الأعلى – 52

117

القسمة و باقي العقود الإنشائية يجب إثباتها بوثيقة رسمية أو عرفية، و لا تثبت باللفيف لأنها لا تقبل إلا للضرورة.

قرار م.أ 09/12/1997 790
قضاء المجلس الأعلى – 52

133

كتابة

ملكية

يجب استبعاد الملكية غير المخاطب عليها.

قرار م.أ 11/03/1970 145
قضاء المجلس الأعلى – 16

40

ترجيح

قدم التاريخ الذي يقع به الترجيح بين البيئات يعني قدم تاريخ الشيء المشهود به لا تاريخ تحرير البيئات.

قرار م.أ 04/01/1985 84
قضاء المجلس الأعلى – 41

45

تنزيل

لا يكفي في شهادة التنزيل المستند العام، بل لا بد فيها من المستند الخاص و هو الحضور و إقرار المشهود عليه على الشهود بهذا التنزيل.

قرار م.أ 819 23/11/1982

قضاء المجلس الأعلى – 31

76

لفيف

يجب على المحكمة أن تبين عيوب اللفيف و نواقصه قبل أن تجرده من قوته الثبوتية.

قرار م.أ 2 04/11/1969

قضاء المجلس الأعلى – 12

27

اللفيف مقبول لإثبات الوقائع المادية.

قرار م.أ 717 08/12/1976

قضاء المجلس الأعلى – 25

21

استفسار الموجب للفيفي يقع على عاتق المدلي به لأنه يعد تكملة له؛ فلا يتحمله المواجه باللفيف.

قرار م.أ 198 04/03/1980

قضاء المجلس الأعلى – 27

124

اللفيف ورقة رسمية من حيث الشكل، و إن كان ورقة عرفية من حيث المحتوى.

قرار م.أ 809 25/12/1982

قضاء المجلس الأعلى – 31

45

اللفيف الذي يثبت وقوع التصرف بالبيع حضورا و معاينة، حجة مقبولة ما لم يطعن فيها أو لم يقدم دليل أقوى على أن التصرف عارية لا شراء – الحجة الناقلة مقدمة على الحجة المستصحة.

قرار م.أ 416 11/05/1982

قضاء المجلس الأعلى – 31

68

نصف اللفيف بمثابة عدل واحد، و شهادة العدل الواحد يعمل بها في المال أو ما يؤول للمال مع يمين المدعي. و الإرثاة تؤول للمال.

قرار م.أ 718 15/03/1989

قضاء المجلس الأعلى – 43/42

42

قرار م.أ 888 17/12/1996

قضاء المجلس الأعلى – 54/53

168

يجوز للعدل الواحد أن يتلقى شهادة اللفيف – شهادة اللفيف التي يتلقاها العدل نيابة عن القاضي و

تسجل عليه هي بمثابة شهادة العدول في إثبات الحقوق، و ليست مجرد لائحة شهود، و لا يلزم شهودها بأداء اليمين.

قرار م.أ 354 21/03/1987

قضاء المجلس الأعلى – 40

149

يكون الحكم الذي استبعد اللفيف لإثبات واقعة الخلل العقلي المدعاة قصد الطعن رسم الصدقة، بعلة أن حالة الاختلال العقلي يمكن إثباتها بطرق طبية و علمية حديثة، غير مرتكز على أساس.

قرار م.أ 5313 23/11/1999

قضاء المجلس الأعلى – 58/57

32

لفيف الملكية حجة على الملك-

قرار م.أ 785 28/05/1985

قضاء المجلس الأعلى – 40

133

لفيف - استفسار

لا يعمل باللفيف إلا إذا كان مستفسرا و لو لم يكن به إجمال أو إبهام، و لا طلبه الخصم، فالأحرى إذا طلبه.

قرار م.أ 215 09/02/1988

قضاء المجلس الأعلى – 43/42

168

استفسار البيئة لا يعتبر شرطا لصحتها لا سيما إذا لم يكن إجمال أو غموض.

قرار م.أ 2408 15/04/1998

قضاء المجلس الأعلى – 54/53

122

عدم مخاطبة القاضي على استفسار شهود الملكية ليس سببا موجبا للبطلان.

قرار م.أ 187 08/06/1979

قضاء المجلس الأعلى – 26

82

محضر عرفي

العقد العرفي يكتسب قوته الإثباتية بالتوقيع؛ و مادام أن المطعون ضده لم ينكر التوقيع، فقد كان على المحكمة أن تأخذه بمضمونه – عدم المصادقة على العقد العرفي لا ينزع منه قوته الثبوتية .

قرار م.أ 792 22/03/1989

قضاء المجلس الأعلى – 46

125

للوثيقة المعترف بها قوة إثبات رسمية، إلى أن يطعن فيها بالزور.

قرار م.أ 138 22/04/1977

قضاء المجلس الأعلى – 25

74

الوثيقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده لها نفس القوة الثبوتية للورقة الرسمية – لا أثر لعدم المصادقة على التوقيع مادام صاحبه لا ينكره.

قرار م.أ 760 21/02/2001

قضاء المجلس الأعلى – 58/57

40

كشف حساب

من حق المحاكم أن تستبعد سند الدين إذا كان كشف الحساب وحده.

قرار م.أ 3373 15/10/1993

قضاء المجلس الأعلى – 47

49

شهادة التأمين

شهادة التأمين وسيلة لإثبات الوفاء بقسط التأمين و دليل على أن عقد التأمين كان ساري المفعول وقت الحادث.

قرار م.أ 164 15/05/1981

قضاء المجلس الأعلى – 29

151

وصل الأداء

لا يشكل عقدا للتأمين مجرد إعطاء وصل أداء المبلغ الذي اقترحه المؤمن ما دام لا يحمل أي تعهد من طرف شركة التأمين، و لا يتضمن ما يجب أن تشتمل عليه شهادة التغطية.

قرار م.أ 699 05/09/1979

قضاء المجلس الأعلى – 30

12

شهود

250 درهما

إذا تجاوزت الأجرة المتفق عليها عن مدة العقد 250 درهما، فإن فسخ العقد لا يثبت بشهادة الشهود.

قرار م.أ 71 22/12/1971

قضاء المجلس الأعلى – 26

121

شهود

تجريح

إذا استبعدت المحكمة شهادة الشهود بسبب تجريحهم للقراءة، فعليها أن تبين درجة القراءة، و إلا عرضت قرارها للنقض.

قرار م.أ 279 28/08/1981

قضاء المجلس الأعلى – 29

167

شهود

رجوع

حسب الفقه، فإن الرجوع عن الرجوع في الشهادة غير مقبول. و المحكمة التي اعتبرت ذلك بمثابة تأكيد للشهادة قد خالفت القانون.

قرار م.أ 504 09/04/1985

قضاء المجلس الأعلى – 39

118

شهود

ترجيح

رجحت المحكمة بما لها من سلطة في تقييم الحجج حجة التعديل على حجة التجريح، بناء على أن شهادة التعديل أولى من شهادة التجريح.

قرار م.أ 90 09/02/1982

قضاء المجلس الأعلى – 30

109

شهادة السماع

استبعاد المحكمة للشهادة بسبب عدم تحديدها تاريخ الاعتداء و بسبب اعتمادها على مجرد السماع، يجعل قرارها معطلا.

قرار م.أ 170 17/07/1972

قضاء المجلس الأعلى – 26

161

إذا استبعدت المحكمة إرثة بعلة أنها تتضمن شهادة سمعية، وجب عليها تحديد مكن السماع المنسوب إليها، و إلا خرقت القانون.

قرار م.أ 604 20/12/1980

قضاء المجلس الأعلى – 27

93

في الفقه، شهادة السماع تنفع الحائز، و لا ينتزع بها من يده.

قرار م.أ 131 08/04/1981

قضاء المجلس الأعلى – 29

102

لا تقبل شهادة السماع في تقدم موت شخص على آخر.

قرار م.أ 826 31/05/1983

قضاء المجلس الأعلى – 34/33

85

ليس هناك ما يمنع الأخذ بشهادة السمع في الإرث إذا كانت مستوفية لما يشترطه الفقهاء من ذكر تاريخ الوفاة و معرفة الشهود.

قرار م.أ 795 23/02/2000

قضاء المجلس الأعلى – 58/57

92

شهود

أجبر

لا يوجد في القانون ما يمنع شهادة الأجير لفائدة المشغل أو أجبر آخر؛ لذلك تكون هذه الشهادة جائزة.

قرار م.أ 719 24/04/1989

قضاء المجلس الأعلى – 43/42

192

شهود

عدل

شهادة العدل أمام المحكمة بانعقاد بيع عقار، لا تقوم مقام الإشهاد بالبيع الذي يتلقاه هذا العدل من المتبايعين بصفته عدلا منتصبا للإشهاد، مع ما يستلزمه ذلك من تحرير عقد البيع و مخاطبة القاضي عليه.

قرار م.أ 2950 04/12/1991

قضاء المجلس الأعلى – 46

32

خبرة

سلطة الأمر

للمحكمة سلطة واسعة للحكم بإجراء خبرة ثانية.

قرار م.أ 171 01/04/1970

قضاء المجلس الأعلى – 17

9

المحكمة غير ملزمة بتعيين خبير تلقائيا.

قرار م.أ 279 11/06/1969

قضاء المجلس الأعلى – 8

42

للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في الاستجابة لطلب الخبرة من عدمه.

قرار م.أ 265 29/05/1969

قضاء المجلس الأعلى – 10

18

خبرة

سلطة المصادقة

لمحكمة الموضوع سلطة التقدير في اعتبار الخبرة القضائية التي أمرت بها و لا رقابة في ذلك عليهم.

قرار م.أ 250 21/03/1979

قضاء المجلس الأعلى – 30

10

قرار م.أ 1179 10/03/1999

قضاء المجلس الأعلى – 55

103

مهمة الخبير تقنية لا أثر لها على ما يرجع النظر فيه للقضاة الذين لهم وحدهم حق مناقشة الدعوى في إطارها القانوني.

قرار م.أ 48 03/01/1995

قضاء المجلس الأعلى – 47

175

الخبرة غير ملزمة للمحكمة، و إذا تعددت الخبرات للمحكمة السلطة التقديرية لاختيار الخبرة التي تراها.

قرار م.أ 151 26/03/1969

قضاء المجلس الأعلى – 8

12

الاستناد على تقرير الخبير يعتبر تعليلا كافيا لحكم المحكمة.

قرار م.أ 288 07/05/1969

قضاء المجلس الأعلى – 9

36

يكون القرار غير معطل إذا فند و استبعد ما وصلت إليه الخبرة الطبية في أمر يدخل في مسائل تقنية و رتب عليه نتائج قانونية، دون أن يسترشد في ذلك بخبرة أخرى لذوي الاختصاص.

قرار م.أ 1885 03/09/2003

قضاء المجلس الأعلى – 61

307

خبرة

استدعاء الأطراف

استدعاء الأطراف في الفصل 63 ق.م.م إجراء إجباري لأن له علاقة بحقوق الدفاع.

قرار م.أ 61 27/02/1981

قضاء المجلس الأعلى – 27

176

يكون الخبير قد احترم ف 63 ق.م.م إذا استدعى الأطراف، و لم يستجيبوا للاستدعاء الموجه إليهم لحضور الخبرة، بسبب تقاعسهم.

قرار م.أ 4908 22/07/1998

قضاء المجلس الأعلى – 55

158

يجب إلى الخبير أن يشعر الأطراف باليوم و الساعة اللذين ستجرى فيهما الخبرة برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، و يدعوهم إليها قبل الميعاد بخمسة أيام على الأقل.

قرار م.أ 717 06/04/1987

قضاء المجلس الأعلى – 40

116

حضور الخبرة

إذا وجه الخبير الاستدعاء لحضور الخبرة، لجميع الأخوة اللذين يشكلون فريقا واحدا في الدعوى، و اللذين لهم نفس الدفوع و الحجج، فإن عدم حضور بعضهم لا يؤثر ما دام المقصود هو علمهم بقرار إجراء الخبرة.

قرار م.أ 862 24/05/2000

قضاء المجلس الأعلى – 58/57

216

خبرة

دعوى مدنية تابعة

بما أن ق.م.ج لا يحدد كيفية إنجاز الخبرة التقنية في الدعوى المدنية التابعة، وجب الرجوع بشأنها إلى مقتضيات ق.م.م.

قرار م.أ 7571 22/10/1991

قضاء المجلس الأعلى - 46

241

خبرة

تحقيق الخطوط

لم تكن المحكمة ملزمة و قد أمرت بإحالة الملف على المقرر ليقوم بنفسه بتحقيق الخطوط، أن تنتقل إلى تحقيق الخطوط بواسطة الشهود أو الخبرة - عدم تقديم ما يفيد الوصول للحقيقة قرينة على أن إنكار التوقيع دفع غير جدي و مجرد مراوغة.

قرار م.أ 236 16/05/1970

قضاء المجلس الأعلى - 26

113

يجب أن يتم تحقيق الخطوط بواسطة حكم تمهيدي، كما يجب أن يكون بصورة تواجيهة بين الطرفين.

قرار م.أ 1279 03/06/1987

قضاء المجلس الأعلى - 41

20

معاينة

إذا أمر القاضي بالمعاينة، وجب عليه أن ينتقل بنفسه إلى عين المكان. و إذا اعتمدت المحكمة على محضر المعاينة الذي ينجزه كاتب الضبط وحده، و رفضت دفوع الخصوم في هذا الشأن، تكون قد خرقت القانون.

قرار م.أ 25 23/01/1980

قضاء المجلس الأعلى - 26

108

حيازة

وجود منقولات في منزل شخص ما قرينة على حيازته لهذه المنقولات، و بالتالي على ملكيته لها.

قرار م.أ 803 09/05/1984

قضاء المجلس الأعلى - 36/35

29

احكام الالتزام: الالاثبات (الجزء الثالث)

الموضوع

كشف الحساب

ان القرار المطعون فيه، باستبعاده كشف الحساب بعله انه لا يحمل أي قبول من طرف المدعى عليه، وانه من صنع المدعية، يكون من جهة فاسد التعليل، ومن جهة اخرى خارقا للقانون، ما دام كشف الحساب الماخوذ من الدفاتر التجارية المسوكة بانتظام يعتبر حجة كتابية بين التجار بصدد معاملاتهم التجارية، وللمحكمة الحق في الاطلاع على الدفاتر التجارية الماخوذ منها الكشف لتقدير حجية

البيانات المضمنة بها، ومقارنتها عند الاقتضاء بدفاتر الخصم.
قرار المجلس الأعلى عدد 432 س 3 بتاريخ 16/7/1980 ملف مدني عدد 63013
م المحاكم المغربية

ع 34

94

الترجيح

بين حجتين

- الترجيح بين حجتين - تساقطهما -.

ان التعارض الذي يوجب الالتجاء الى المرجحات هو الذي لا يمكن معه الجمع بين الحجتين.
ان الشهادة بالعلم بوارث، لا تتعارض مع الشهادة بعدم العلم به، لما هو مقرر من ان من علم هو
حجة على من لم يعلم.

قرار المجلس الأعلى

عدد 148

بتاريخ 11/3/1975 ملف شرعي عدد 43203

م المحاكم المغربية

ع 32

38

التقادم

تقادم - على لمن يقع عبء اثبات انقطاعه ؟

على المطلوب في الدعوى المسؤولية التقصيرية، ان يثبت تاريخ علم الطرف المتضرر بالمتسبب في
الضرر والمسؤول عنه.

قرار م ا مدني عدد

1140

بتاريخ 19/4/1983

ملف عدد 82/1298

م المحاكم المغربية

ع 30

54

الترجيح

بين حجتين

لا ضرورة لاصدار قرار بالتخلي في قضايا التحفيظ العقاري لأن الفصل 44 من ظهير التحفيظ
العقاري لا يحتم ذلك.

ان اغفال الحكم تصفية المصاريف القضائية لا يشكل سببا من اسباب النقض لامكانية تصفيتها فيما
بعد بامر من القاضي.

ان الحجة الأقدم تاريخا حسب قواعد الفقه الاسلامي ترجح على الحجة اللاحقة بها، ولو كانت هذه
الاخير أعدل من الاولى

م ا القرار عدد 4 بتاريخ 11/4/1979 ملف مدني عدد 59101

م المحاكم المغربية

ع 45

شهادة الشهود

شهادة شاهد واحد لاثبات علاقة الشغل - نعم.

لا يوجد في القانون أي نص يمنع الاخذ بشهادة الشاهد الواحد لاثبات علاقة العمل ، فالقرار معلل لعدم كفاية شهادة الشاهد الواحد لاثبات هذه العلاقة من غير بيان الاساس القانوني لذلك يكون ناقص التعليل

قرار م ا غ الاج

قرار عدد 534 بتاريخ 1987/10/19 ملف اجتماعي عدد 87/8061

م المحاكم المغربية

ع 56

81

اثبات:

الزور الفرعي

لا تفتح المحكمة مسطرة الزور الفرعي اذا لم يدل الطاعن باصل الوثيقة ، اذ ان اجراءات هذا الطعن لا تقام الا على الاصول دون الصور كما يتجلى ذلك باستقرار الفصول 93، 95 و96 من ق م م. تكون المحكمة قد جانبت الصواب حين اسست قضاءها على مجرد صورة وصل لا تتوفر فيها الشروط المتطلبية في الفصل 440 من القانون المدني

م ا قرار عدد 606 بتاريخ 1986/2/11 ملف تجاري عدد 431/8

م المحاكم المغربية

ع 56

97

شهادة اللفييف

اللفيفية لا تقوم حجة على الشراء، اذا استند شهودها فقط الى المخالطة والمجاورة وشدة الاطلاع على الاحوال، لان عقد الشراء يتوقف على الايجاب من البائع والقبول من المشتري، وهما من مدركات السمع فلا يحصلان الا به لقول المتحف : (ويشهد الشاهد بالاقرار - من غير اشهاد على المختار - بشرط ان يستوعب الكلام - من المقر البدء والتمام).

القرار رقم 1346 بتاريخ 1988/11/15 ملف عقاري عدد 86/5105

م المحاكم المغربية

ع 63

116

الخبرة

- ان الخبرة الطبية الثلاثية المنصوص عليها في الفصل 11 من قرار 20 مايو ب1967 لا تكون حاسمة في الموضوع الا اذا توفرت فيها جميع الشروط المتطلبية.

*تكون محكمة الاستئناف على صواب عندما امرت باجراء خبرة طبية جديدة على المصاب من غير اعتبار للفحص الذي اجراه الاطباء الثلاثة في المرحلة الابتدائية لعدم توافر شروط الخبرة الثلاثية في تقريرهم

م ا القرار عدد402

المروخ في 93/5/17،

ملف عدد 91/8719

م المحاكم المغربية

ع 70

84

اثبات:

الكتابة

- حيث ينص هذا الفصل (اذا انكر خصم ما نسب اليه من كتابة او توقيع او صرح بانه لا يعترف بما نسب الي الغير امكن للقاضي صرف النظر عن ذلك و اذا كان الامر بخلاف ذلك يؤشر على المستند ويامر بتحقيق الخطوط)

*حقا حيث يتجلى من وثائق ملف الموضوع بان الطالبة اثار في مقاله الاستنافي بان يكتري المحل موضوع النزاع من المطلوبة في النقض و يوجد به بمقتضى العلاقة الكرائية حسب وصل الكراء المسلم له من طرفها في حين ان المطلوبة ضدها النقض انكرت التوقيع الوارد بالوصل المذكور وان القرار المطعون فيه لما صرح في حيثياته (بان تثبت الطالب بالتوصيل لا يقوم على اساس) دون ان يامر باجراء تحقيق الخطوط على الوصل المستدل به طبقا لمقتضيات الفصل 89 من قانون المسطرة المدنية المذكور طليعته يجعل قرارها مستوجبا للنقض.

م اقرار عدد 1636

بتاريخ 96/3/13 ملف مدني عدد 91/3544

م المحاكم المغربية

ع 80

130

الكشوف الحسابية

- الكشوف الحسابية البنكية لها حجيتها رغم انكار الدين
*لكن حيث ان المحكمة لما استبعدت دفع الطالب بعدم تسليمه لكشف الحساب، بعلة عدم توضيحه العملية الحسابية الواردة به، التي لا يسلم بها، واسست قضاءها على حجية الكشوف الحسابية البنكية، تكون قد رفضت ضمنا ما تمسك به الطاعن من طلب اجراء خبرة، و الوسيلة على غير اساس.

م اقرار عدد 1570

بتاريخ 2000/10/11 ملف تجاري عدد 99/1771

م المحاكم المغربية

ع 88

112

رقابة المجلس الاعلى

محكمة الموضوع لها سلطتها في تقييم الحجج المثارة امامها و التي لا تخضع لرقابة المجلس الاعلى الا من حيث التعليل

م اقرار عدد 1781 2000/11/15 ملف تجاري عدد 98/1/6/169

م المحاكم المغربية

ع 88

115

الخبرة

ان الخبرة المأمور بها في اطار قضاء الموضوع لا يمكن استبعادها والحكم بخبرة جديدة في اطار

الاورامر بناء على طلب. وان قضاء الموضوع هو المؤهل قانونا لاعتمادها او استبعادها.

حكم رقم 356

ملف عدد 2001/273/1

المحكمة التجارية

الإشعاع عدد 24

200

اليمين المتممة

تعتبر اليمين المتممة اجراء من اجراءات التحقيق، ويعتبر الحكم الصادر بشأنها حكما تمهيديا لا يقبل الطعن الا مع الحكم في الموضوع.

قرار رقم 92 بتاريخ 1997/01/7 ملف مدني عدد 697-1-1502

الإشعاع عدد 24

119

الشهادة

الشهادة الكتابية لا ترقى لدرجة الاعتبار وان الشهادة التي يؤخذ بها هي التي يتم الادلاء بها امام المحكمة وفق الاجراءات المنصوص عليها في القانون.

حكم رقم 513

صادر بتاريخ 99/05/11 ملف تجاري عدد 4/98/727

المحكمة التجارية

الإشعاع عدد 24

اليمين

لا يمكن ان توجه اليمين لاحد الاطراف الا اذا كانت حجة الطرف الموجهة اليه اليمين غير كافية وغير مقنعة.

م ا ملف مدني 90/2659 بتاريخ 1995/11/21

الإشعاع عدد 16

118

الاثبات في المادة التجارية

اعمال الصرف والابناك تعد اعمال تجارية ولذلك تعد خاضعة لمبدأ حرية الاثبات المعمول به في

المادة التجارية

حكم بتاريخ 1998/1/8 - ملف رقم 97/224

الإشعاع عدد 18

كشف الحساب

لكن حيث أن المحكمة اعتمدت أساسا فيما قضت به على كشف الحساب والذي يعتبر حجة بين التجار بصدد معاملاتهم التجارية مادام مستندا على دفاتر تجارية ممسوكة بانتظام والذي لم ينازع في محتواه الطاعن بالإضافة إلى أن الرسالة الموجهة منه إلى المطلوبة والتي يلتبس فيها منحه أجلا لتسديد المبالغ التي بذمته لفائدته

قرار مدني عدد 1856

ملف عدد 86/459 قرار بتاريخ 19-9-1990

الإشعاع عدد4

141

الترجيح

بين الحجج

حيث أن المحكمة ركزت قضاءها على قاعدة الترجيم بين الحجج فلاحظت أن ملكية طالب التحفيظ أقدم تاريخ من ملكية الطاعنين لأن الأولى مؤرخة بـ 44/4/13 قد شهد شهودها لمشهود له بالحيازة منذ 35 سنة مضت عن تاريخها في حين أن الثانية مؤرخة بأبريل 1957 مشهود فيها بالحيازة لمدة عشرين سنة مضت عن تاريخها هذا علاوة على تأييدها بالحيازة المعترف بها من طرف الطاعنين وأن العبرة بالحدود لا بالمساحة التي تذكر على وجه التقريب وشهادة المتعرض للطاعنين بالملك في ملكيتهم لا يفيدهم في شيء وليس من واجب المحكمة الرد على جميع ما أثير لديها إلا ما كان منه مؤثرا في وجه الحكم الأمر الذي يبقى معه ما بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار.

قرار عدد: 4

ملف مدني: 84/1022، بتاريخ: 1991/1/2

الإشعاع عدد5

شهادة الابناء

شهادة الابناء اخذت على سبيل الاستئناس - نعم
ان شهادة الابناء يجوز الاخذ بها على سبيل الاستئناس مادام المطلوب في النقض لم يات بالحجة على مواصلته الانفاق على ابنائه

قرار عدد 1487- بتاريخ 88/12/6- ملف عدد 84/4142

الإشعاع عدد1

93

الاثبات في المادة المدنية

اثبات - الالتزامات بين التجار، اثباتها بكل الوسائل - نعم

عقود عرفية - قوة اثباتية بين عاقدتها - نعم

ان العقود العرفية لها قوة اثباتية بين عاقدتها ما لم يتم انكارها بصفة صريحة ووفق مقتضيات القانونية، ولا يعتبر عدم المصادقة على الامضاء المثبت عليها موجب لابعادها.

قرار عدد 1010

ملف عدد

35/85 بتاريخ

12/4/89

الإشعاع عدد2

81

مجموعة قرارات مهمة لمحكمة النقض في إثبات الالتزام
مجموعة قرارات مهمة لمحكمة النقض في إثبات الالتزام

قرار م.أ 717 18/10/1976

قضاء المجلس الأعلى - 26

67

قرار م.أ 1019 15/07/1986

قضاء المجلس الأعلى - 40

143

قرار م.أ 6577 12/12/1995

قضاء المجلس الأعلى - 52

50

مطلب التحفيظ يخول صاحبه صفة المدعى عليه في منازعات التحفيظ العقاري؛ فيكون عبء الإثبات على كاهل المتعرض.

قرار م.أ 165 20/03/1968

قضاء المجلس الأعلى - 1

24

قرار م.أ 886 29/07/1981

قضاء المجلس الأعلى - 31

17

في المسؤولية على حراسة الأشياء، يقع عبء الإثبات على كاهل المالك أو الحارس.

قرار م.أ 232 15/05/1968

قضاء المجلس الأعلى - 14

4

عبء إثبات انقضاء الالتزام على مدعيه.

قرار م.أ 10 14/01/1985

قضاء المجلس الأعلى - 39

140

قرار م.أ 79 18/02/1980

قضاء المجلس الأعلى - 29

133

قرار م.أ 1181 10/03/1999

قضاء المجلس الأعلى - 55

106

عبء إثبات الدفع يقع على مدعيه، كما يقع عليه إثبات ادعائه في الدعوى.

قرار م.أ 803 09/05/1984

قضاء المجلس الأعلى - 36/35

29

قرار م.أ 522 14/04/1999

قضاء المجلس الأعلى - 56

167

قلب العباء

إذا أثبت المدعي القائم دعواه ثبوتاً كافياً، يتعين على المدعى عليه أن يدلي ببيان وجه مدخله، و لا يغنيه التمسك بالحوز و التصرف

قرار م.أ 889 14/12/1982

قضاء المجلس الأعلى – 32

57

تلقائي

الخصوم مدعون تلقائياً إلى تقديم حججهم دون أن تدعوهم المحكمة إلى ذلك.

قرار م.أ 826 31/05/1983

قضاء المجلس الأعلى – 34/33

85

قرار م.أ 1459 20/10/1999

قضاء المجلس الأعلى – 55

187

قرار م.أ 38 16/03/1970

قضاء المجلس الأعلى – 17

45

قرار م.أ 64 18/03/1970

قضاء المجلس الأعلى – 20

30

قرار م.أ 8 09/11/1970

قضاء المجلس الأعلى – 22

43

قرار م.أ 1643 11/03/1998

قضاء المجلس الأعلى – 54/53

115

لقضاء الموضوع السلطة الكاملة في تصفح الحجج و الاطلاع عليها و لو لم يطلبه الخصم.

قرار م.أ 217 08/05/1968

قضاء المجلس الأعلى – 1

36

سلطة تقديرية

للمحكمة كامل السلطة في تقدير وسائل الإثبات.

قرار م.أ 128 05/03/1969

قضاء المجلس الأعلى – 7

24

قرار م.أ 134 26/03/1969

قضاء المجلس الأعلى – 10

25

قرار م.أ 182 09/04/1969

قضاء المجلس الأعلى - 8

24

قرار م.أ 279 11/06/1969

قضاء المجلس الأعلى - 8

42

قرار م.أ 10 30/10/1968

قضاء المجلس الأعلى - 13

20

قرار م.أ 64 18/03/1970

قضاء المجلس الأعلى - 20

30

قرار م.أ 187 08/06/1979

قضاء المجلس الأعلى - 26

82

قرار م.أ 242 13/05/1970

قضاء المجلس الأعلى - 22

26

قرار م.أ 219 29/04/1970

قضاء المجلس الأعلى - 19

27

قرار م.أ 13 25/11/1969

قضاء المجلس الأعلى - 11

66

تكون المحكمة قد استعملت سلطتها التقديرية لما اعتبرت أن الأخطاء المنسوبة للعامل لم تثبت في حقه و أن فصله عن العمل كان إجراء تعسفيا.

قرار م.أ 170 17/07/1972

قضاء المجلس الأعلى - 26

161

إن المحكمة بما لها من سلطة في التقدير التي لا تخضع لرقابة المجلس، اعتبرت أن ما أدلى به المكري من حجج تثبت أنه محتاج للسكن.

قرار م.أ 2254 21/10/1985

قضاء المجلس الأعلى - 41

13

لما استبعدت المحكمة البيئة الشرعية بعلة أن مستندها عام و ليس خاصا، تكون قد استعملت سلطتها في تقييم الحجج، و لا رقابة عليها في ذلك.

قرار م.أ 46 198

وسائل الإثبات

وسائل الإثبات هي:

1- الاعتراف. +

2 - المعاينة.

3 - الخبرة.

4- شهادة الشهود.

5- القرائن.

6- الكتابة.

الاعتراف:

الاعتراف في المادة الجنائية

يعتبر الاعتراف في المادة الجنائية وسيلة إثبات قائمة بذاتها يخضع تقييمه كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع طبقاً للفصل 293 72 من قانون المسطرة الجنائية ولا يحتاج إلى غيره من وسائل الإثبات الأخرى لتزكيته.

72 _

قانون المسطرة الجنائية

صيغة محينة بتاريخ 19 سبتمبر 2016

القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله

المادة 293

يخضع الاعتراف كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة.

لا يعتد بكل اعتراف ثبت انتزاعه بالعنف أو الإكراه.

وعلاوة على ذلك، يتعرض مرتكب العنف أو الإكراه للعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي.

أنظر

الفرع الأول: وسائل الإثبات

المادة 286

يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقاً للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده.

إذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم وحكمت ببراءته.

و المادة 290

المحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجرح والمخالفات، يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات.

والمادة 291

لا يعتبر ما عدا ذلك من المحاضر أو التقارير إلا مجرد معلومات.

قارن الاعتراف (الإقرار) في المادة المدنية.

الفصل 404

وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي:

1 - إقرار الخصم؛

2 - الحجة الكتابية؛

3 - شهادة الشهود؛

4 - القرينة؛

5 - اليمين والنكول عنها.

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفرع الأول: إقرار الخصم

الفصل 405

الإقرار قضائي أو غير قضائي. فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا.

والإقرار الحاصل أمام قاض غير مختص، أو الصادر في دعوى أخرى، يكون له نفس أثر الإقرار القضائي.

الفصل 406

يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم، عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوز بالصمت، ولا يطلب أجلا للإجابة عنها.

الفصل 407

الإقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي. ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه. مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر إقرارا بأصل الحق. ولكن من يقبل الإسقاط أو الإبراء من أصل الحق يحمل على أنه مقر بوجوده.

الفصل 408

الصادر عن محكمة النقض في ملف جنائي

عدد:

. 2014 / 9 / 6 / 18086

يلزم أن يكون الإقرار لصالح شخص متمتع بأهلية التملك، سواء كان فردا أم طائفة معينة، أم شخصا معنويا. ويلزم أن يكون محل الإقرار معينا أو قابلا للتعيين.

الفصل 409

يلزم في الإقرار أن يصدر عن اختيار وإدراك⁷². والأسباب التي تعد عيبا في الرضى تعد عيبا في الإقرار.

الفصل 410

الإقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال التي يصرح بها القانون.

الفصل 413

لا يجوز إثبات الإقرار غير القضائي بشهادة الشهود إذا تعلق بالتزام يوجب القانون إثباته بالكتابة.

الفصل 414

لا يجوز تجزئة الإقرار ضد صاحبه إذا كان هذا الإقرار هو الحجة الوحيدة عليه. ويمكن تجزئته:

1 - إذا كانت إحدى الوقائع ثابتة بحجة أخرى غير الإقرار؛

2 - إذا انصب الإقرار على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض؛

3 - إذا ثبت كذب جزء من الإقرار.

لا يسوغ الرجوع في الإقرار ما لم يثبت أن الحامل عليه هو غلط مادي.

الغلط في القانون لا يكفي للسماح بالرجوع في الإقرار ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس الطرف الآخر.

ولا يسوغ الرجوع في الإقرار ولو كان الخصم الآخر لم يعلم به.

الفصل 415

لا يعتد بالإقرار:

1 - إذا انصب على واقعة مستحيلة استحالة طبيعية، أو واقعة ثبت عكسها بأدلة لا سبيل لدحضها؛

2 - إذا ناقضه صراحة من صدر لصالحه؛

3 - إذا استهدف إثبات التزام أو واقعة مما فيه مخالفة للقانون أو للأخلاق الحميدة أو مما لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه، أو استهدف التخلص من حكم القانون؛

4 - إذا قضى حكم حائز لقوة الأمر المقضي بعكس ما تضمنه الإقرار.

والمحكمة باستبعادها لاعتراف المتهم التمهيدي بقيامه بعدة سرقات رفقة أشخاص آخرين استهدفت عدة ضحايا تحت التهديد بالسلاح للعلة المذكورة، تكون أساءت تطبيق مقتضيات المادة 293 من القانون المذكور وأضفت على قرارها عيب النقصان في التعليل الموازي لانعدامه وهو ما يعرضه للنقض والإبطال

الاعتراف في المادة المدنية (الإقرار).

- الإقرار سيد الأدلة

- الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره.

- لا نكول بعد إقرار.

- المرء مؤاخذ بإقراره.

قانون الالتزامات والعقود

الفرع الأول: إقرار الخصم

الفصل 410

الإقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال التي يصرح بها القانون.

مبدأ عدم تجزئة الإقرار القضائي في المادة المدنية و استثناءه .

القرار عدد 3717 المؤرخ في: 2003/12/24 الملف المدني عدد: 2002/2/1/3916

شيك - إقرار - ادعاء الوفاء - واقعتين

- تجزئة الإقرار إقرار الطالب بحيازة الشيك و صرفه يجعل ذمته عامرة بمبلغ الشيك بإقراره، وادعائه أداء المبلغ لفائدة المطلوب دون أن يقيم الدليل على ذلك، هو قول يتشكل من واقعتين اثنتين لا واقعة واحدة و المحكمة لما اعتبرته مدينا و قضت عليه بالأداء لم تجزء الإقرار و طبقت الفصل 441 من قانون الالتزامات و العقود الذي يقول بإمكانية تجزئة الإقرار إذا انصب على واقعتين متميزتين و منفصل بعضها عن بعض مما يجعل قرارها غير خارق الفصل 414 من قانون الالتزامات و العقود و الوسيلة

بدون أساس.

3717-2003

قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 414

لا يجوز تجزئة الإقرار ضد صاحبه إذا كان هذا الإقرار هو الحجة الوحيدة عليه. ويمكن تجزئته:

1 - إذا كانت إحدى الوقائع ثابتة بحجة أخرى غير الإقرار؛

2 - إذا انصب الإقرار على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض؛

3 - إذا ثبت كذب جزء من الإقرار.

لا يسوغ الرجوع في الإقرار ما لم يثبت أن الحامل عليه هو غلط مادي.

الغلط في القانون لا يكفي للسماح بالرجوع في الإقرار ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس الطرف الآخر.

ولا يسوغ الرجوع في الإقرار ولو كان الخصم الآخر لم يعلم به.

(+) 73

73 _

مبدأ عدم تجزئة الإقرار القضائي

المؤلف : طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي

الكتاب أو المصدر : حجية الإقرار القضائي في الإثبات المدني

الجزء والصفحة : ص122-138

ليس دائماً يأتي إقرار المقرّ مطابقاً للمدعى به ، فانه قد يُعدّل فيما جاء بادعاء المدعي بحذف بيان منه ، أو إضافة بيان أو وصف إليه ، أو واقعة جديدة للواقعة المدعى بها ، وعلى أساس ان جميع اجزاء الإقرار القضائي متساوية في الإثبات ، فليس للمقر له ان يأخذ من الإقرار ما يفيد ويترك ما هو في غير صالحه ، فعندما يقر الخصم بالحق وبالواقعة فلا يحق للمقر له ان يجزئ هذا الإقرار بتركه الجزء الذي هو على خلاف مصلحته ، فهذا هو المقصود بمبدأ عدم تجزئة الإقرار القضائي . والذي يُستهدف من وراء ذلك ملافة تغيير مركز المتقاضيين في الدعوى فيما يتعلق بعبء الإثبات لأننا لو جزأنا الإقرار وكلفنا المقر بأثبات ما كان قد عدّله أو أضافه فقد حملناه عبء الإثبات من غير حق لان الدليل على المدعى به لم يصدر من خصمه ضده وإنما صدر منه وأحتج خصمه به عليه لذا يجب ان لا نعتبر ما قاله المقر فيما لا يطابق المدعى به دفعاً يطلب منه اثباته والا نكون قد جافينا العدل(1). ويُعبر عن هذه المسألة - موضوع التجزئة وعدمها - في الفقه الإسلامي بمسألة تعقيب الإقرار بما يُنافيه ، وتعرض هكذا : هل يلتزم بالحاصل من مجموع كلام المقر ام تجعل عبارة الإقرار كلاماً ، والعبارة المنافية له كلاماً آخر ، ويسوقها بعضهم بتعبير آخر : إن الإقرار المتعقب بالمنافي هل يُعدّ إقراراً تاماً قبل التعقيب ليكون حجة ويمتنع الرجوع عنه ام لا يُعدّ كذلك فلا يكون حجة ، ولا يعتبر تعقيبه رجوعاً(2). ولأجل ايضاح هذا المبدأ ينبغي ان نبيّن مجال تطبيقه أولاً ثم شروط تطبيق هذا المبدأ ، وهذا ما سنتناوله في هذا الموضوع بفرعين:

الفرع الأول

مجال تطبيق المبدأ

يستلزم بيان مجال تطبيق مبدأ عدم تجزئة الاقرار القضائي التعرض لصورة الاقرار البسيط ، والاقرار الموصوف ، والاقرار المركب:

أولاً : الاقرار البسيط:

عندما يدعي شخص على آخر امام القضاء بان المدعى عليه مدين له بخمسين مليون دينار فيُجيب المدعى عليه ويقر بانه مدين للمدعي بالمبلغ المذكور من دون ان يضيف شيئاً ، أو يدعي عليه بذلك الدين مع فائدة قدرها 5% ابتداءً من تاريخ معين فيقر المدعى عليه بالدين ومبلغه وبالفوائد وسعرها وتاريخ سريانها ، أو يدعي عليه بذلك وبانه مؤجل إلى سنتين فيقر المدعى عليه بالدين وبأجله الذي ذكره المدعي ، أو يدعي عليه ذلك ويذكر بان المدعى عليه وفي منها خمسة وعشرين مليون دينار وبقي في ذمته خمسة وعشرون مليون دينار فيقر المدعى عليه بذلك وبانه سبق ان وفي نصف مبلغ الدين المدعى به كما ذكر المدعي في دعواه . ففي كل الامثلة أعلاه نرى ان اقرار المدعى عليه جاء مطابقاً لما يدعيه المدعي دون أي تعديل أو اضافة سواء اكان المدعى به - محل الاقرار - واقعة واحدة مجردة ، أو مع قيد معين، وسواء كانت تلك الواقعة موصوفة ، أو غير مقترنة بوصف ، وسواء كان المدعى به يتضمن واقعة واحدة أو اكثر من واقعة ، مما يعني انه اعترف بكل الحق المدعى به أو به وبملحقته . وهذا الاقرار هو الذي يعرف بالاقرار البسيط ، ويُراد به مجرد تسليم المدعى عليه بدعوى المدعي كما هي ، فهو يصادقهُ في جميع ما إدعاه دون ان يجري تغييراً أو تعديلاً أو يُضيف وصفاً أو واقعةً جديدة غير ما طلبه المدعي.

ثانياً : الاقرار الموصوف:

عندما يدعي شخص على خصمه بانه مدين له بمبلغ معين مع فائدة معينة فيقر المدعى عليه بالدين ولكن دون الفائدة أو يقر بالدين والفائدة ولكن معدلاً بسعرها من 5% إلى 3% ، أو يدعي على خصمه بعقد مقرون بالشرط الجزائي فيقر الخصم بالعقد ولكن دون الشرط الجزائي ، أو يدعي الدائن انه اقرض المدعى عليه مبلغاً معيناً من المال ويطلبه برد القرض فيقر المدعى عليه بواقعة القرض ولكن يذكر في اقراره ان هذا القرض كان لمدة ثلاث سنوات - أي التزامه بالرد مؤجلاً والاجل لم يحل بعد ، أو يدعي الدائن ان المدعى عليه تعهد له بعمل معين فيقر المدعى عليه بواقعة التعهد ولكن يذكر في اقراره ان تعهده كان معلقاً على شرط والشرط لم يتحقق بعد . ففي الأمثلة المذكورة نرى ان اقرار المدعى عليه لم يأت مطابقاً لدعوى المدعي وانما جاء معدلاً بالمدعى به بحذف بيان أو قيد منه أو تغييره أو مضيفاً بياناً جديداً أو وصفاً لم يرد في دعوى المدعي . وهذا الاقرار هو الذي يعرف بالاقرار الموصوف ، ويُراد به ان المدعى عليه وان أقر بالمدعى به ، ولكن لا على الوجه الذي ذكره المدعي ، فالمدعى عليه لم يعترف بالطلب المدعى به كما هو وانما جاء اقراره مغيّراً أو معدلاً فيه حذفاً منه أو اضافةً . وهكذا يظهر بان الاقرار الموصوف ليس فقط ما يضيفه المقر من وصف كالاجل والشرط عند إقراره بالمدعى به ، وانما هو الاقرار الذي يعترف بالمدعى به مع تعديله كما تقدم . والامر المهم الذي يجب ان يلاحظ في هذا الاقرار ان التعديل او التغيير أو الاضافة أو الوصف الذي ذكره المقر للواقعة الاصلية ، كان معاصراً لنشوء هذه الواقعة ، لا انه حادث حصل بعد الواقعة الاصلية(3). فيجب لعدّ الاقرار موصوفاً ان ينصب على وصف اقترن بالدين - مثلاً - من وقت نشوئه كالاجل والشرط أو انتاج الفوائد ، لا على وصف استحدث بعد ذلك كتمديد الاجل أو اضافة شرط لاحق أو الاتفاق - فيما بعد - على سريان الفوائد . هذا ولا شك بأن من شأن ما فعله المقر عند اقراره بالمدعى به يؤثر على الاحكام والنتائج القانونية للواقعة الاصلية بما هو في صالحه. وقد بيّن المشرع اللبناني - من دون بقية التشريعات - متى يكون الاقرار موصوفاً فنصّ على انه (يسمى الاقرار موصوفاً عندما يقتصر على الواقعة التي صرح بها الخصم الآخر الا انه يفسد نتائجها القانونية بما يشتمل عليه من البيانات الاضافية...)(4).

ثالثاً : الاقرار المركب:

عندما يدعي شخص على آخر بدين معين فيقر الخصم بالدين كما ذكره المدعي الا انه يدعي ايضاً انه قد اوفى هذا الدين كاملاً ، أو انه اوفى جزءاً منه ، أو يدعي عليه بقرض معين فيقر المدعى عليه بالقرض المذكور ولكنه يقول بان هذا القرض قد انقضى بالابراء . ففي هاتين الصورتين نرى ان اقرار المدعى عليه لم يأت مطابقاً لدعوى المدعي وانما جاء مُعدلاً له بذكر واقعة جديدة فضلاً عن الواقعة الاصلية كواقعة الوفاء أو الابراء ولم يحصل التعديل على

ذات الواقعة الاصلية . وهذا الاقرار هو الذي يُعرف بالاقرار المركب ، ويُراد به الاعتراف بالواقعة القانونية المدعى بها كما هي إلا ان المقر يُلحق بأقراره واقعة اخرى من شأنها ان تؤثر في نتائج الواقعة الاصلية تأثيراً مهماً قد يصل إلى اسقاط مقتضى وجودها بما يؤدي إلى انقضائها كما في صورة ادعاء وفاء الدين كاملاً . وهكذا يظهر - مما تقدم - أن الاقرار الموصوف والمركب يشتركان في ان كليهما اعتراف بالواقعة المدعى بها مع إضافة عنصر آخر اليها من شأنه ان يؤثر في نتائجها القانونية، ويختلفان في العنصر المضاف إلى تلك الواقعة ، اذ هو في الاقرار الموصوف يتصل بالواقعة الاصلية منذ نشوئها في حين انه في الاقرار المركب يُلحق بالواقعة الاصلية بعد حدوثها(5) (6). وجاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بهذا الصدد انه (قد يقر المدعى عليه بالدين ويدعى انه معلق أو مضاف إلى أجل ويسمى هذا الاقرار موصوفاً(7) في اصطلاح الفقه لأن الشيء المضاف معاصر للواقعة القانونية ، وقد يقر المدعى عليه بوجود القرض ويدعي الوفاء فيكون الشئ المضاف غير معاصر للواقعة القانونية(8). وبين المشرّع اللبناني - من دون بقية التشريعات ايضاً - متى يكون الأقرار مركباً ، فنص على انه (يسمى الاقرار مركباً عندما يكون منصباً ... على الواقعة الاصلية وعلى واقعة أخرى ...) (9). بعد ان عرضنا انواع الاقرار القضائي المتقدمة وتبين لنا المراد من كل نوع ، فان مبدأ عدم تجزئة الاقرار القضائي لا محل للنظر فيه بالنسبة للاقرار البسيط اذ لم يأت المقر بشيء يختلف عما ادعاه المقر له ، فالوقائع المدعاة قد أقر المدعى عليه بها جميعاً ، والاقرار بجميع اجزائه هو في صالح المقر له وليس هناك مصلحة تدعو إلى تجزئة هذا الاقرار ، لذا جاء في الاعمال التحضيرية اعلاه أن هذا الاقرار : (لا تعرض بشأنه أية صعوبة لان إشكال عدم التجزئة ممتنع بطبعه(10). وان مجال تطبيق مبدأ عدم التجزئة هو الاقرار الموصوف والمركب ، ففي الامثلة والصور المتقدمة ليس للمدعي ان يعدّ الدين ثابتاً في ذمة المقر ويهمل الاجل الذي ذكره المقر في اقراره ويُطلب منه اثباته ، أو يعدّ الواقعة الاصلية ثابتة ويطلب من المقر إثبات الواقعة المضافة . ويلاحظ ان مبدأ عدم التجزئة الذي يُطبق على الاقرار القضائي الموصوف أو المركب لا يفرق فيهما سواء ادلى المقر بأحدهما شفويّاً أو كتابياً ، ((فاذا قدّم المدعى عليه سنداً خطياً يحتوي على إقرار بموضوع الدعوى يُعدّ هذا الأقرار غير قابل للتجزئة (...)) (11). ولكنّ المشرّع العراقي في اعماله التحضيرية للقانون المدني خصّ مجال تطبيق المبدأ في الاقرار الشفوي اذ جاء فيها أنّ عدم تجزئة الاقرار تحصل عندما (... يكون اقراراً شفويّاً امام المحكمة . اما الاقرار المكتوب فهذا سند كتابي له حكمه(12). وهذا محل نظر لأن للمقر أن يعبر عن ارادته للاقرار أثناء نظر الدعوى بصورة شفوية أو خطية ويُعدّ اقراره بالمدعى به في كلا صورتين إقراراً قضائياً(13). ويلاحظ - ايضاً - ان مبدأ عدم التجزئة كما يُلزم به المقر له فانه يجب على القاضي تطبيقه ايضاً ، فليس من صلاحية القاضي ان يطرح جزءاً من الاقرار الواقع امامه ويأخذ بجزء آخر منه(14).

الفرع الثاني

شروط تطبيق المبدأ

لابد لتطبيق مبدأ عدم التجزئة ان تتوافر في الاقرار القضائي الموصوف أو المركب عدة شروط ، نعرضها فيما يأتي:

اولاً : ان يوجد تلازم بين العنصر المضاف والواقعة الاصلية.

يشترط لتطبيق هذا المبدأ ان يكون هناك تلازم بين العنصر المضاف من بيان أو وصف أو واقعة أخرى مع الواقعة الاصلية . وهذا التلازم أمر طبيعي بالنسبة للاقرار الموصوف لأن ما عدلّه أو اضافهُ المقر مقترن بالواقعة الاصلية من حين نشوئها ، اما في الاقرار المركب فلا بد من ان يوجد هذا التلازم بحيث لا يمكن تصور وجود الواقعة المضافة من دون وجود الواقعة الاصلية ، فلا يمكن ان نتصور الوفاء دون وجود الدين الاصيلي ، وكذا بالنسبة للابراء والتجديد . اذن لابد من ان يكون العنصر المضاف في الاقرار الموصوف أو المركب على نحو لا يمكن معه ان يتجزأ عن الواقعة الاصلية ، وهذا هو الرأي الراجح لدى الفقهاء(15). ويذهبُ اكثرُ الفقهاء الفرنسيين في هذا الشرط ، بان تكون الواقعة المضافة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً من حيث محلها وطبيعتها بالواقعة الاصلية ، بحيث يكون حصول الواقعة المضافة يتطلب حتماً سبق الواقعة الاصلية ، فعندئذ لا يتجزأ الاقرار القضائي ، ولذا فان الاقرار بالدين مع إضافة الوفاء لا يتجزأ لان الوفاء يفترض وجود الدين اولاً ولأن محله هو ذات محل الدين(16). ويذهب الفقيهان أو برى ورو في هذا الشرط إلى ان الاقرار المركب يكون اعترافاً غير قابل للتجزئة كلما كان الاعتراف بالواقعة المضافة باعتباره نتيجة للواقعة الاصلية من شأنه ان يُفقد الاعتراف بالواقعة الاصلية آثاره القانونية أو يحد من هذه الآثار(17). وذهب فريقٌ من الفقهاء - فيما يتعلق بهذا الشرط - إلى ان مبدأ عدم التجزئة لا يكفي - لتطبيقه - مجرد التلازم بل يجب ان يكون هذا التلازم على نحو معه تقابل تام بين الواقعتين، فإذا كانت الواقعة المضافة تقابل تماماً الواقعة الاصلية كالوفاء يقابل وجود الدين فعندئذ يطبق المبدأ ، اما لو أضاف المقر إلى واقعة الدين واقعة الأبراء أو التجديد

فعدنذ لا يوجد تقابل تام بين الواقعتين وبالتالي لا يطبق مبدأ عدم التجزئة في هذه الحالة(18). وخلافاً للرأي الراجح ذهب بعضُ الفقهاء إلى ان مبدأ عدم التجزئة يطبق في جميع الصور - وان لم يكن هناك تلازم بين ما اضافهُ المقر والواقعة الاصلية - فطالما ان الاقرار موصوف أو مركب فإنه لا يسوغ تجزئة الاقرار القضائي لأن هذا الاقرار عمل قانوني ارادي، فمن أقر لم يتجه قصده فقط إلى اعتبار المدعى به ثابتاً في ذمته دون بقية ما ذكره في إقراره(19) وهذا يعني ان منشأ المبدأ - لدى هؤلاء الفقهاء - يعود إلى قصد المقر ، فالاقرار لا يتجزأ على اساس ارتباط اجزائه في قصد المقر ، وانه لو جزأناه نكون عندئذ خالفنا شرطاً من شروط حجبة الاقرار الذي يجب ان يتوافر في المقر(20)، لان هذا الاقرار حينما صدر عن المقر اتجه قصده إلى اعتباره حجة بكامله بما تضمن من وصف أو واقعة مضافة(21) . ولكن - قبال ذلك - وبناءً على ما ذهب إليه الرأي الراجح ، ان منشأ هذا المبدأ أمر تشريعي(22)، فالمشرع هو الذي يمنع التجزئة مع وجود الترابط الحتمي بين الواقعة الاصلية والواقعة المضافة ((ومبناه في ذلك الصلة المنطقية في الذهن الانساني بين وقائع معينة ، فاذا كانت الواقعة المضافة يفترض وجودها وجود الواقعة الاصلية ... فإنه لا يجوز للمقر له أن يجزئ الاقرار على المقر)) (23). ويرد هؤلاء على اصحاب الاتجاه القسدي ان الامر لو كان كما تزعمون لكان ليس في وسع المقر له عند تمسكه بالاقرار ان يدحض الوصف أو الواقعة المضافة بينما من المسلم به - فقهاً وقضاءً -

- ان مبدأ عدم التجزئة لا يمنع من ذلك (24). واما على الصعيد التشريعي ، فقد نصَّ المشرع العراقي على انه (لا يتجزأ الاقرار على صاحبه الا اذا انصبَّ على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الاخرى)(25)، ويتضح من هذا النص ان الاصل عدم تجزئة الاقرار القضائي ، ويفهم منه ان شرط تطبيق هذا الاصل ان يكون هناك تلازم بين الوقائع الواردة في الاقرار الواحد ، وهذا النص كان واراداً بلفظه في القانون المدني(26)، وقد ناقشته لجنة مشروع هذا القانون وقالت (الاقرار الذي لا يتجزأ فهو ان يقر المدين بالدين أمام المحكمة ويضيف انه وفي به ... والسبب انه لا يتجزأ في هذه الحالة لان المدين اقر بواقعتين : 1. واقعة المديونية ، 2. واقعة الوفاء ، وواقعة الوفاء تستلزم حتماً واقعة المديونية)(27)، فأذن المشرع العراقي يأخذ بالرأي الراجح في الفقه . ونصَّ المشرع المصري بما يتطابق مع نصِّ المشرع العراقي(28)، فلا بد لتطبيق مبدأ عدم التجزئة أن يوجد تلازم حتمي بين الواقعة المضافة والواقعة الاصلية ، ولكن لائحة المحاكم الشرعية المصرية ذهبت إلى عدم التجزئة مطلقاً حيث نصت على انه (لا يتجزأ الاقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء فلا يؤخذ منه الضارُّ به ويترك الصالح له بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر انكاراً للدعوى)(29)، وقد اتجه واضعو مشروع تنقيح القانون المدني المصري اول الامر إلى هذا الاتجاه، ولكنهم عدلوا عنه إلى الرأي الراجح فقهاً في المشروع التمهيدي للقانون المدني(30)، وكان المشروع الأولي - وهو مشروع القاضي استنوت - الذي سبق المشروع التمهيدي يأخذ بقاعدة عدم التجزئة مطلقاً ايضاً اذ نصَّ على ان) الاقرار لا يتجزأ على صاحبه *Laveu ne peut etre divise contre celui qui la Fait*(31)، وقد ورد في المذكرة الابضاحية تعليقاً على ما جاء في المشروع التمهيدي(32) - والذي تبناه المشرع المصري في القانون المدني ثم نقله إلى قانون الأثبات - على انه (تعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للاقرار المركب أي مسألة معرفة ما اذا كان يجوز لمن وجه الاقرار اليه ان يأخذ منه ما يرى فيه مصلحة له وان يهمل الشق المضاف الا أن من المقرر ان الشق المضاف يعتبر غير منفك من جملة الاقرار موصوفاً كان الاقرار أو غير موصوف اذ لولاه لما صدر الاعتراف ثم ان الاقرار بأسره هو الذي يعتبر حجة لا جزء منه فحسب ، ويترتب على ذلك أن الاقرار المركب لا يتجزأ موصوفاً كان أو غير موصوف بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه ان يعتد به بأسره)(33). الواقع اننا اذا أمعنا النظر في هذا التعليق وجدناه لا يستقيم مع نص المشروع التمهيدي ونص القانون المدني وانما يُناسب مع ما جاء في المشروع الاولي للقاضي استنوت ، ولا تفسير لذلك سوى انه نُقل خطأ من المذكرة الابضاحية التي وضعها القاضي استنوت إلى المذكرة الابضاحية للمشروع التمهيدي فلم يُلْتَفِت عند النقل إلى اختلاف النص المعلق عليه ، لان المشروع التمهيدي لم يأخذ بما في المشروع الأولي كما هو ملاحظ مما تقدم ، ويتعين ازاء ذلك عدم التعويل مطلقاً على ما جاء بهذه المذكرة والاعتماد على نص القانون(34). واما المشرع الفرنسي فقد نص على ان (الاقرار حجة ... على من صدر منه ولا يجزأ عليه...)(35). وهذا يدل على انه اخذ بالرأي الآخر الذي يرى ان الاقرار لا يتجزأ في جميع الصور ، ولم ينصَّ المشرع الأردني على مبدأ عدم التجزئة ، ولكن يذهب فقهاء وشراح قانون البيئات إلى الاخذ بهذا المبدأ في ظل التشريع الأردني شريطة ان يكون هناك ارتباط وثيق بين الوقائع المقر بها من حيث طبيعتها ، ويؤيد هذا المذهب أن المشرع أخذ بمبدأ عدم التجزئة فيما ورد من إقرار خطي للتاجر في دفاتره الاجبارية(36)، ويضاف إلى ذلك ان المنطق يقضي بأن من أقر بشيء وليس عليه بيّنة فالقول ما قاله لان إقراره دليلٌ على صدقه(37). واما بقية التشريعات فقد نصت على ما يتفق مع النص العراقي

والمصري(38)، عدا المشرع الليبي فإنه ((اقتصر على بيان عناصر الأقرار غير المجزأ وتحديد أثره في حالة واحدة هي عدم اعتراض المقر له على صحة البيانات الاضافية حيث يُشكّل عندئذ بيئة تامة اما في حالة الخلاف فيعود تقدير تجزئة الاقرار وعدم تجزئته إلى القاضي)) (39)، لذا نص على انه (اذا اقترن الاقرار الصادر من احد الطرفين عن وقائع ليست لمصالحه بالتصريح بوقائع أخرى أو بطروف يراد منها الحد من أثر الواقعة المقر بها أو تغييرها أو إزالة آثارها فلكامل الاقرار وما اقترن به قوة البيّنة الكاملة اذا لم يطعن الطرف الآخر في صحة ما أُضيف من وقائع أو ظروف ، ويترك للقاضي عند الاختلاف تقدير قوة الاقرار كبيّنة(40)، اذن يبدو ان المشرع الليبي باخذ بمبدأ عدم التجزئة مطلقاً في حالة عدم اعتراض المقر له على الاقرار الموصوف أو المركب الصادر عن المقر . وعلى الصعيد القضائي ؛ جرى القضاء العراقي على تطبيق مبدأ عدم التجزئة بما ذهب اليه الرأي الراجح وما نصّ عليه المشرع ، فقد ذهبت محكمة التمييز إلى ان (اقرار المدعى عليه بالدين المثبت بالكمبيالة وبانه عن كفالة مصرفية هو إقرار غير قابل للتجزئة لتوافر الارتباط بين واقعة تحرير الكمبيالة والكفالة المصرفية التي لم تتم والتي يؤثر عدم اتمامها على كيان الكمبيالة(41)، وذهبت أيضاً إلى ان (المدعى عليه أقر بالمدعى به وادعى الوفاء ، فواقعة الوفاء ، وان كانت منفصلة عن الواقعة الاصلية وهي الاقرار الا انها مرتبطة بحيث تؤثر على كيانها ووجودها القانوني لذا فالإقرار هذا لا يتجزأ...)(42). وفي هذا الاتجاه نفسه ذهب القضاء المصري ، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض (ان المطعون ضده قد أقر امام المحكمة ان العملية محل الخلاف رست عليه ولكنه لم يقر بتنفيذها وانما تنازل عنها لآخر ، وهو من قبيل الاقرار المركب وذلك لتوافر الارتباط بين الواقعة الاصلية - وهي رسو العملية محل الخلاف على المطعون ضده - والواقعة المصاحبة لها وهي عدم قيامه بتنفيذها وتنازله عنها لآخر ، وهذا الارتباط يؤثر على كيان الواقعة الاولى ووجودها القانوني ومن ثم فهو لا يقبل التجزئة(43). وفي قرار اخر لها قضت بان (اقرار المستفيد بانه لم يتسلم قيمة الشيكات ليكون مديناً بها أو لينفقها على شؤون نفسه وانما استعملها لينفق منها على اعمال والده - الساحب - ... أنه لا يقبل التجزئة لتوافر الارتباط بين الواقعة الاصلية وهي قبض الشيكات والواقعة المصاحبة لها وهي القصد من القبض ، وهذا الارتباط يؤثر على كيان الواقعة الاولى ووجودها القانوني(44). واما في نطاق الفقه الإسلامي ؛ فهناك اتجاه في هذا الفقه يذهب إلى عدم تجزئة الاقرار اذا عقّب المقر إقراره بوصف أو بواقعة معينة مضادة لذلك الاقرار - أي مؤثرة في نتائجه سلباً - على اعتبار ان الاقرار كلام واحد متصل لا يؤخذ بعضه ويترك بعضه الآخر فهو لا ينعقد له ظهور حتى ينتهي المتكلم منه ، وان الكلام - بحسب القاعدة - تتقوم إفادته للمعنى بمجموع أجزائه ، وأتينا لو جزأنا الكلام لكان في ذلك ضرر على المقر ، وان الضرر منفي في الشريعة الإسلامية(45). وهكذا يبدو ان هذا الاتجاه يوافق الرأي الآخر الذي ذهب اليه بعض فقهاء القانون وبعض التشريعات كما تقدم . ويرى بعضهم ان الكلام مع تعقيبه بما ينافيه لا بد من الرجوع في تشخيصه وتعيين كونه إقراراً أو ليس بإقرار إلى العرف فمتى حكم العرف بكونه إقراراً أخذ به - أي يكون حجة بجميع اجزائه - واذا حكم العرف بانه لا ينطبق عليه عنوان الاقرار فعندئذ لا يكون ملزماً للمقر ، وللقاضي اهماله(46).

ثانياً : يجب ان يكون الادلاء بالعنصر المضاف والواقعة الاصلية في آن واحد:

يشترط لتطبيق مبدأ عدم التجزئة ان يدلي المقر بالواقعة الاصلية وما يريد تعديله فيها أو اضافته اليها في آن واحد ، فلو اقر بالواقعة الاصلية أولاً ثم أضاف في فرصة تالية واقعة اخرى تُعدّل من أثر الواقعة الاصلية ففي هذه الصورة يكون الاقرار بسيطاً يترتب عليه ثبوت الواقعة الاصلية واما ما أدلى به لاحقاً فلا يُعدّ إقراراً أصلاً إنما هو مجرد ادعاء ، يفقّر إلى اثبات من جانبه(47). فيجب على المقر ان يذكر ما يريد تعديله أو يضيفه في ذات الاقرار لا بعده ، وعليه فاذا أقر المدعى عليه بالدين وسكت ، ثم جاء في جلسة اخرى وادعى أنه سبق منه وفاء هذا الدين المدعى به ، فانه في هذه الحالة يلزم بالدين ويكلف بأثبات الوفاء(48). وقد اشار المشرع اللبناني إلى هذا الشرط عند نصه على الاقرار المركب فقال (يسمى الاقرار مركباً عندما يكون منصّباً في وقت واحد على الواقعة الاصلية وعلى واقعة اخرى...)(49).

ثالثاً : ألا يكون للمدعي دليلٌ سوى الاقرار

أن مبدأ عدم التجزئة يشترط لتطبيقه على الاقرار القضائي الصادر في الدعوى ، ألا يكون للمدعي دليل اخر على دعواه غير الاقرار الموصوف أو المركب الصادر عن خصمه ، فاذا تمسك المقر له بهذا الاقرار لإثبات دعواه فعليه ان يقبل به بجميع اجزائه ، وعندئذ تعتبر الواقعة الاصلية ثابتة بصفة قاطعة ، وما أضافه المقر عليها يعتبر ثابتاً لمصلحته ويُعفى من اقامة الدليل عليه ، ولكن للمقر له ان يُثبت عدم صحة هذه الاضافة وفقاً للقواعد العامة في الاثبات ، وبنفس الطرق التي كان يمكن بها إثبات الواقعة الاصلية ، واذا توصل المقر له إلى دحض ذلك فان الاقرار

يعود - في الواقع - بسيطاً وبالتالي يكون حجة على المقر(50). وإذا لم يتمكن المقر له من دحض ما اضافته المقر ، فهل يجوز توجيه اليمين إلى المقر عن احد شطري الاقرار ؟ فيه خلاف فهناك من يذهب إلى عدم الجواز باعتبار ان الاقرار القضائي لا يصح تجزئته بأي طريق من طرق الاثبات حتى لو باليمين الحاسمة(51)، بينما يرى بعضهم لا مانع من ذلك ، ففي وسع الدائن - مثلاً - ان يوجه اليمين إلى المقر عن واقعة الوفاء التي قرن بها إقراره بالدين(52) (53). اما اذا كان للمدعي دليل آخر غير الاقرار فله ان يثبت دعواه الاصلية به ، وعلى المدعي عليه (المقر) ان يثبت ما ادعاه من اضافة أو وصف أو دعوى اخرى ذكرها مع اقراره بالدعوى الاصلية ، طبقاً للقواعد العامة في الاثبات . وللمدعي - في هذه الحال - اذا كان دليله يحتاج إلى ما يعزّزه أو يجعله جائز القبول - كالقرائن والبيئة في الاحوال التي يجب فيها الكتابة - يجوز له التمسك بأقوال المقر لا باعتبارها إقراراً قانونياً وانما باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، وحينئذ لا تطبق قواعد الاقرار بما فيها مبدأ عدم التجزئة ، لأن تطبيق هذا المبدأ مقيد اذا لم يكن للمدعي دليل سوى الاقرار كما تقدم(54)، فضلاً عن ان تمسك المدعي بذلك لا بكونه إقراراً . ولا يُقال - هنا - إن الاقرار كتصرف قانوني بالارادة المنفردة ينتج أثره دون توقف على قبول المقر له ، لاننا (55) ان حجّية الاقرار القضائي وان لم تتوقف على قبول المقر له ولكن بشرط ان لا يرده ، فالمقر له اذا وجد مصلحته في غير الاقرار ردةً ، وتولى إثبات دعواه بدليل آخر.(56)

وجاء في الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي في ما يخص هذا الشرط ان (عدم تجزئة الاقرار يراد به الاقرار باعتباره الدليل الوحيد على الحق ... ويترتب على ذلك ان الدائن اذا قدم سنداً مكتوباً إثباتاً لحقه وأقرّ المدين بالدين وادعى وفاء فليس هذا هو الاقرار الذي لا يتجزأ لان الدائن اعتمد في اثبات حقه لا على اقرار المدين بل على السند الكتابي فيكلف المدين في هذه الحالة باثبات الوفاء . اما الاقرار الذي لا يتجزأ فهو ان يقر المدين بالدين امام المحكمة ويضيف انه اوفى به ولا دليل للدائن غير اقرار المدين)(57). وجاء في الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بانه اذا كان الاقرار هو الدليل الوحيد على الواقعة المدعى بها وان (من يقع عليه عبء الاثبات ... اعتراف ان ينتفع من الاقرار بوصفه هذا في هذه الحالة يكون الاقرار غير قابل للتجزئة) ، اما اذا كان لديه دليل آخر (فان الخصم لا يتمسك في هذه الحالة بالاقرار كطريق من طرق الاثبات ، ولذلك لا تطبق بشأنه الاحكام العامة ، ولا يكون غير قابل للتجزئة ، بل يجوز الانتفاع من أي عنصر من عناصره بأيّة صفة قانونية اخرى) ومن ثمّ يمكن للمدعي ان يعدّ (الاقرار المركب مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح الاثبات بالبيئة أو مبدأ ثبوت يجيز توجيه اليمين المتممة ، وفقاً للقواعد العامة في الاثبات)(58). وجاء عن المشرع اللبناني - من دون بقية التشريعات ايضاً - فيما اذا كان الاقرار الموصوف أو المركب هو دليل المدعي على دعواه ان (... هذا الاقرار يفيد الثبوت التام فيما يختص بالواقعة الاصلية ، اما البيانات الاضافية فتعدّ ثابتة إلى ان يثبت عكسها)(59)، فاذا اعترف المدين (... بانه اقترض المبلغ المدعى به ولكنه يزيد على اعترافه انه اوفاه فيما بعد ، فالمحكمة تعتبر فعل الاقتراض ثابتاً على وجه نهائي ، اما الإيفاء فيعدّ ثابتاً إلى ان يُثبت عكسه)(60). واما ما ورد من تطبيقات قضائية بشأن هذا الشرط وما يتعلق به ، فقد ذهبت محكمة التمييز إلى ان الدعوى اذا (أصبحت مقصورة على مجرد الاقرار في هذه الحالة لا يمكن تجزئة هذا الاقرار ، فأما ان يقبل الدفع بالتسديد برمته عن كافة المبلغ المدعى بعدم تسديده أو تُكلف المدعية بالاثبات فان عجزت كان لها حق طلب تحليف المدعي عليه اليمين ، وهذا هو حكم الاقرار المركب)(61). وقضت هذه المحكمة - فيما اذا أراد المدعي ان يثبت دعواه بالبيئة - ان (الاقرار المركب الوارد بدليل كتابي الذي لا يجوز تجزئته يُعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مما يصح معه استماع الشهادة لأثبات التصرف القانوني)(62). وذهبت محكمة النقض المصرية بصدد هذا الشرط إلى انه (من المقرّر - على ما جرى به قضاء النقض - ان عدم تجزئة الاقرار الموصوف أو المركب المتخذ كدليل في الدعوى محله ألا يكون فيها دليل غيره اما اذا وجد دليل اخر كالبينة أو أريد اتخاذ الاقرار كمقدمة دليل كتابي فانه يكون من الجائز تجزئته والاخذ ببعضه دون بعضه الآخر واعتبار ما اجتزئ منه مبدأ ثبوت بالكتابة)(63). وقضت هذه المحكمة بانه (لا يمنع المقر له ... من التمسك بما هو في صالحه من الاقرار على ان يتحمل عبء نفي الواقعة المرتبطة اذا كان الاقرار غير قابل للتجزئة)(64).

رابعاً : ان يتوافر في العنصر المضاف شروط الحجّية:

يجب ان يكون ما اضافته المقر إلى واقعة الاقرار الاصلية عند الادلاء بأقراره ان تتوافر في هذه الاضافة الشروط العامة والخاصة لحجّية الاقرار القضائي - كما تقدمت - فيجب - مثلاً - ان تكون الواقعة الاخرى المضافة إلى الواقعة الاصلية غير مكذبة بظاهر الحال(65)، فلو ثبت لدى القاضي ما يفيد تكديماً لاحدى الوقائع المرتبطة فيجب على القاضي ان يهملها، ويبقى الاقرار حجة في الواقعة الاصلية ، فلو اقر المدعي عليه بواقعة تسلمه مبلغ المال

المدعى به ولكنه اضاف انه اشترى به عقاراً للمدعي ، ثم تبين ان العقار المذكور لم يكن باسم المقر له وانما باسم شخص آخر ، ففي هذه الحالة يكون الاقرار حجة في واقعة التسلم واما ما اضافه فلا حجية له ، وكذلك الحال لو تناقضت أقوال المقر في الواقعة المضافة مما يلزم منه عدم تصديقها فعندئذ يستبعد القاضي ويعتني بالاقرار المنصب على الواقعة الاصلية فقط لاقتصار الحجية عليه ويلزم المقر بما أقر به(66). ففي هذه الحالات لا يطبق مبدأ عدم التجزئة وذلك لتخلف احد شروط حجية الاقرار القضائي في الواقعة المضافة . ولهذا ذهبت محكمة النقض المصرية إلى ان (الاصل في الاقرار المركب انه لا تجوز تجزئته الا انه يجب ان تكون الواقعة الاخرى المرتبطة مع الواقعة الاصلية المعترف بها ثابتة لا يدل ظاهر الحال على عدم صحتها).(**) (67)

1- د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الاثبات ، ط2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2006م ، ص122 ، د. آدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، ط1 ، الدار العربية ، بغداد ، 1976م ص220 ، د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الاثبات العراقي ، ط2 ، جامعة الموصل ، 1997م ، ص174 - د. سليمان مرقس ، أصول الاثبات ، ط2 ، مكتبة الانجلو مصرية ، 1952م ص175 - أدوار عيد ، قواعد الاثبات ، ج1 ، مطبعة النمر ، بيروت ، 1961م ، ص373 - ألياس ابو عيد ، نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية ، ج2 ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2005م ، ص91 - 92 - د. عدنان طه الدوري ، احكام الالتزام والاثبات في القانون المدني الليبي ، ط3 ، الجامعة المفتوحة طرابلس ، 1999م ، ص279.

2- الابراهيمى ، قاسم ، الاثبات القضائي ، الاقرار ، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت (ع) الصادرة عن مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي قم ، العدد 23 السنة السادسة ، 2001م ، ص178.

3- أنظر : ما سيأتي بشأن الاقرار المركب.

4- م 213 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

5- أنظر : لصور الاقرار الثلاثة والمراد منها ، المصادر التالية : د. سعدون العامري ، موجز نظرية الاثبات ، ط1 ، مطبعة العارف ، بغداد ، 1966م ، ص112 - 114 . حسين المؤمن ، نظرية الاثبات ، دار الكتاب العربي ، مصر ، 1948م ، ص115 - 118 ، محمد علي السوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1983م ، ص642 - 643 ، د. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، دون مكان ، 1982م ص167 ، د. حسين النوري ، إثبات الالتزام وأثاره ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، 1957م ، ص101 - 102 ، د. حلمي محمد الحجار ، الوجيز في اصول المحاكمات المدنية ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007م ، ص83 - 184.

6- يلاحظ على اصطلاح (الاقرار البسيط) ان هذا الاصطلاح تعوزه الدقة لان الاقرار الذي يصدر من المقر قد يكون بسيطاً ، وقد يكون غير بسيط بحسب المدعى به الذي وقع عليه الاقرار ، فاذا كان بسيطاً جاء الاقرار بسيطاً ايضاً واذا كان مركباً جاء الاقرار مركباً ، اذ المهم ان يأتي الاقرار مطابقاً للمدعى به - وترد الملاحظة نفسها على الاقرار الموصوف لان المقر قد لا يأتي بوصف اضافي بل قد يحذف وصفاً او قد يضيف قيداً معيناً ، اذ المهم ان يأتي الاقرار معدلاً للمدعى به على نحو لا يتطابق معه . [] فالاقرار - اذن - يصدر من المقر اما مطابقاً للمدعى به او غير مطابق له ، والاقرار غير المطابق اما ان يأتي معدلاً للمدعى به او ملحقاً به واقعة جديدة ... فيبدو أنّ المصطلحات المتقدمة تحتاج الى اعادة نظر فيها ووضع المصطلح الذي يحمل الدلالة الكافية على المطلوب بنحو جامع مانع.

7- يلاحظ ان اطلاق مصطلح (المركب) قد يطلق على الموصوف ايضاً ، فان كان العنصر المضاف معاصراً للواقعة الاصلية فهو اقرار موصوف ، وان كان مستحدثاً فهو اقرار مركب.

8- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج3 ، اعداد وزارة العدل المصرية ، مطبعة أحمد مخيمر ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص437.

9- م 214 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

- 10- مجموعة الاعمال التحضيرية : المصدر نفسه ، الصفحة نفسها.
- 11- د. أدوار عيد ، مصدر سابق ، ص 378 - وأنظر ايضاً : د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 5 ، أصول الاثبات وأجراته في المواد المدنية ، المجلد الاول ، الادلة المطلقة ، ط 5 ، القاهرة ، 1991م ، ص 676.
- 12- القانون المدني العراقي مع مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج 2 ، اعداد : ضياء شيت خطاب ، و ابراهيم المشاهدي ، و عبد المجيد الجنابي ، و عبد العزيز الحساني ، و غازي ابراهيم الجنابي ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 2000م ، ص 254.
- 13- لقد طبق المشرع العراقي مبدأ عدم التجزئة على ما يرد في الدفاتر التجارية الالزامية ، اذ نص في المادة 28 من قانون الاثبات على انه (ولاً : لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء كانت منتظمة ام غير منتظمة حجة لصاحبها ، ثانياً : يجوز ان تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها شريطة عدم تجزئة الاقرار المثبت فيها .) والسبب في تطبيق المبدأ - هنا - لأن القيود الواردة في هذه الدفاتر تقوم مقام الاقرار الكتابي ، فاذا ذكر التاجر في دفتره انه اشترى بضاعة من شخص ما ودفع الثمن ثم قامت خصومة بين التاجر والبائع حول ذلك فلا يجوز للبائع اذا اراد ان يستند في دعواه الى ما في دفتر التاجر ان يتمسك بواقعة الشراء دون واقعة دفع الثمن فعليه ان يقبل فيما يتعلق بموضوع الخصومة ككل ... ، أنظر : د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، جامعة بغداد ، 1987م ، ص 164 - د. نوري الطالبي ، وكامل عبد الحسين البلداوي وهاشم الجزائري ، القانون التجاري ، القسم الاول ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1979م ، ص 284 - ونص المشرع المصري في المادة 17 من قانون الاثبات على ان (... تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد ان يستخلص منها دليلاً لنفسه ان يجرى ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه) ، وبهذا يختلف المشرع المصري عن العراقي اذ قصر مبدأ عدم التجزئة على الدفاتر المنتظمة ، وعليه ((اذا كانت الدفاتر غير منتظمة جاز للقاضي تجزئة الاقرار وعدم التقيد بقاعدة عدم تجزئته [] ذلك ان عدم انتظام الدفاتر التجارية قرينة على عدم صحة ما ورد فيها كله او بعضه)) أنظر : عزت عبد القادر المحامي ، القانون التجاري ، النسر الذهبي ، القاهرة ، 1997م ، ص 196.
- 14- ألياس ابو عيد ، نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية ، ج 2 ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2005م ، ص 92.
- 15- د. آدم وهيب الندوي ، الموجز في قانون الاثبات ، بيت الحكمة ، بغداد ، 1990م ، ص 127 - د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي ، ط 2 ، جامعة الموصل ، 1997م ، ص 176 - حسين المؤمن ، مصدر سابق ، ص 118- د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، ص 668 - د. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، دون مكان ، 1982م ص 170-167 - د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات ، دون ناشر ، 1999م ، ص 123.
- 16- أنظر في هذا المعنى : بودرى وبارد ، في شرح القانون المدني الفرنسي ، ج 4 ، ط 3 ، فقرة (2716) - بيدان وبيرو ، في شرح القانون المدني الفرنسي ، ج 9 ، ط 2 ، فقرة (1316) . نقلاً عن : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 2 ، ط 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000م ، هامش (1) ص 511.
- 17- أنظر لهما : مصدر سابق ، ص 125 ، نبذة 751 ، نقلاً عن : د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، هامش (86) ص 667.
- 18- تعليقات بارتان على اوبرى ورو ، ص 124 ، هامش رقم 26 مكرر - بلانيول وريبير وجابولد ، فقرة 1575 ، ص 1045 ، نقلاً عن د. السنهوري ، المصدر نفسه ، الهامش نفسه.
- 19- د. سليمان مرقس ، المصدر نفسه ، ص 669 ، واصول الاثبات ، مصدر سابق ص 178.

- 20- أنظر : الفصل الثاني ، ما عرضناه بصدد قصد المقر ، ص44 – 45.
- 21 - د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص369 ، محمد علي الصوري ، مصدر سابق ، ص634.
- 22-د. السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص510 – 511 ، د. عابد فايد عبد الفتاح ، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006م ، ص218.
- 23- د. عصام أنور سليم ، عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون ، دار المعارف ، الاسكندرية، بلا سنة نشر ، ص654.
- 24-د. عصام أنور سليم ، عدم تجزئه العقد ، دار التعارف ، الاسكندرية ، بلا سنة نشر ، ص655 – 656.
- 25-م 69 من قانون الاثبات العراقي.
- 26-أنظر : م 470 (ملغاة) من القانون المدني العراقي.
- 27-ضياء شيب خطاب واخرون ، القانون المدني مع مجموعة الاعمال التحضيرية ، مصدر سابق ، ص254.
- 28- أنظر : م 104 من قانون الاثبات المصري ، تقابلها م 409 (ملغاة) من القانون المدني المصري.
- 29-م 129 من لائحة المحاكم الشرعية المصرية ، نقلاً عن د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ص669.
- 30- د. سليمان مرقس ، اصول الاثبات ، مصدر سابق ص179.
- 31- م 38 من مشروع القاضي أستوت.
- 32- أنظر : م 547/ثانياً من المشروع التمهيدي والتي صارت فيما بعد م 409 من القانون المدني المصري والتي نقلت الى قانون الاثبات المصري بالمادة (104) كما تقدم.
- 33- مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج3 ، مصدر سابق ، ص437.
- 34- د. السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، هامش (1) ص510 - 511 - د. سليمان مرقس ، أصول الاثبات ، مصدر سابق ، هامش (2) ص179 – 180.
- 35- م 1356 من القانون المدني الفرنسي.
- 36- أنظر : م 1/16 من قانون البيئات الأردني.
- 37- د. . مفلح عواد القضاة ، البيئات في المواد المدنية والتجارية ، ط1 ، الاصدار الاول ، دار الثقافة ، عمان ، 2007م ، ص301 – 302 – أنظر : د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون البيئات الجديد ، مصدر سابق ، ص199 – 200 - د. عباس الصراف و د. جورج حزبون ، مصدر سابق، ص245.
- 38 - أنظر : م 101 من قانون البيئات السوري ، و م 212 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، و م 104 من قانون الاثبات البحريني ، و م 57 من قانون الاثبات الكويتي ، و م 322 من القانون المدني الجزائري.
- 39- د. أدوار عيد ، مصدر سابق ، هامش (1) ، ص366 – 367.
- 40- م 2/397 من القانون المدني الليبي.
- 41-قرارها رقم 973/1م/210 في 1974/1/30، منشور في مجموعة الأستاذ ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في فضاء محكمة التمييز ، قسم الاثبات ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، 1994م ، ص14.
- 42-قرارها رقم 847/حقوقية/60 في 1960/5/29 ، منشور في مجموعة الأستاذ سلمان بيّات ، القضاء المدني العراقي ، ج1 ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، دون مكان ، 1962 ، ص512.

- 43- قرارها في الطعن رقم 277 سنة 49 جلسة 1981/2/9 س22 ص458 ، منشور في مجموعة المستشار سعيد أحمد شعلة ، قضاء النقض في الاثبات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1998م ، ص434.
- 44- قرارها في الطعن رقم 23 لسنة 31 ق جلسة 1963/6/19 س14 ص860 ، منشور في مجموعة الاساتذيين حسن الفكهاني وعبد المنعم حُسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، الاصدار المدني ، ج1 ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، 1992 ، ص249.
- 45- وهذا الاتجاه اخذت به المدرسة الحنبلية ، وبعض فقهاء المدرسة الجعفرية ، وأحد قولي المدرسة الشافعية ، أنظر : أبن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، المغني ، ج5 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص285 – السماكية ، مجيد حميد ، حجّية الاقرار في الاحكام القضائية في الشريعة الاسلامية ، جامعة بغداد ، بلا سنة نشر ، ص77 – زين الدين ، محمد أمين ، كلمة التقوى ، ج5 ، مؤسسة اسماعيليان ، قم ، 1413 هـ ، ص409-410 – بحر العلوم ، محمد صادق ، دليل القضاء الشرعي ، ج2 ، دون ناشر ، النجف ، 1957م . ، ص219-220 ، الابراهيمي ، مصدر سابق ، العدد 23 السنة السادسة 2001م ، ص163.
- 46- مغنّية ، اصول الاثبات في الفقه الجعفري ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1964م ، ص46 – 47.
- 47- د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، ص666 وهامش (84) الصفحة نفسها.
- 48- أدوار عيد ، مصدر سابق ، ص378 – 379.
- 49- م214 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.
- 50- د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص113 ، د. همام محمد محمود ، مصدر سابق ، ص247 – احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص52.
- 51- أحمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج2 ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص55.
- 52- د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، هامش (88) ص668.
- 53- يلاحظ ان الاقرار بالدين مع الوفاء أكثر انواع الاقرار حصولاً في الحياة العملية ، خاصة اذا تم القرض امام شهود وكان مبلغه لا يجوز اثباته بالشهادة حيث لا يستطيع المدين من الناحية الأدبية انكار الدين فيقر ولكنه يضيف الى ذلك واقعة الوفاء . أنظر : د. سعدون العامري ، المصدر نفسه ص113 – 114.
- 54- ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص233 – د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، ص679 – 680 – أحمد نشأت ، مصدر سابق ، ص48.
- 55- أنظر : الفصل الثاني ، ما عرضناه بصدد رد وقبول المقر له ، ص79 – 80.
- 56- د. همام محمد محمود ، الوجيز في الاثبات ، دار الجامعة ، الاسكندرية ، 2003م ، ص247.
- 57- ضياء شيت خطاب وآخرون ، القانون المدني مع مجموعة الاعمال التحضيرية ، مصدر سابق ، ص254.
- 58- مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج3 ، مصدر سابق ، ص438 و ص439.
- 59- م213 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.
- 60- م214 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.
- 61- قرارها رقم 615/68/ص48 في 1968/4/23 منشور في مجموعة قضاء محكمة تمييز العراق ، ص100 – 101.
- 62 - قرارها رقم 58/م1/84 في 1984/8/5 منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، عدد 41 لسنة 1984 ، ص89.

63 - قرارها في الطعن رقم 599 سنة 41 ق جلسة 1982/12/28 ، منشور في مجموعة الاستاذ حسن الفكهاني ، الموسوعة الذهبية ، الاصدار الثاني ، ملحق 4 ، مصدر سابق ، ص78.

64 - قرارها في الطعن 1546 سنة 50 ق جلسة 1985/11/30 ، منشور في مجموعة الاستاذ حسن الفكهاني ، المصدر نفسه ، ص80.

65 - د. . أحمد شوقي محمد ، أحكام الالتزام والاثبات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004م ، ص431.

66 - د. فتحى عبد الرحيم عبد الله ، د. أحمد شوقي محمد ، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني ، دون ناشر ، مصر ، 2001م ، ص470-471.

67 - قرارها في الطعن 3740 سنة 90 ق جلسة 1994/4/27 س45 ص651 ، منشور في مجموعة المستشار سعيد احمد شعله ، مصدر سابق ، ص434.

(*)تجدر الاشارة بالنسبة للاعتراف الجنائي ، ان الاصل فيه للقاضي تجزئة هذا الاقرار حسب قناعته ، ولكن اذا كان الجرم قائما على عقد مدني - كالوديعة او العارية - وكان الاعتراف هو الوسيلة الوحيدة لاثبات هذا العقد وفقاً لاحكام القانون المدني ، فيعد هذا الاعتراف غير قابل للتجزئة.

ويلاحظ ان المشرع العراقي يمنع تجزئة الاقرار الجنائي اذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى الجزائية مطلقاً وقد نص في م 219 من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 على انه (يجوز تجزئة الاقرار والاخذ بما تراه المحكمة منه صحيحاً واطراح ما عداه غير انه لا يجوز تأويله او تجزئته اذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى) .
أنظر : د. محمد معروف عبد الله ، خصائص الاثبات الجزائي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية الصادرة عن كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، المجلد الخامس ، العدد الاول والثاني ، 1986م ، ص268 ، مراد أحمد فلاح ، اعتراف المتهم واثره في الاثبات ، دار الثقافة ، عمان ، 2005م ، ص52 ، و د. ادوار عيد ، مصدر سابق ، ص379 ، و د. سليمان مرقس ، اصول الاثبات ، مصدر سابق ، ص182.

الاعتراف الجنائي:

نصت المادة 293 من ق م ج على ما يلي

" يخضع الاعتراف كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة لا يفيد بكل اعتراف ثبت انتزاعه بالعنف أو الإكراه..

هذا الفعل الأخير يقع تحت طائلة القانون الجنائي عاقب كل موظف عمومي يقوم او يأمر به .

مجموعة القانون الجنائي صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962)
بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي كما تم تعديله

الفرع الثالث: شطط الموظفين في استعمال سلطتهم إزاء الأفراد وممارسة التعذيب

(الفصول 224 – 232)

الفصل 224

يعد موظفا عموميا، في تطبيق أحكام التشريع الجنائي، كل شخص كيفما كانت صفته، يعهد إليه، في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر ويساهم بذلك في خدمة الدولة، أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية، أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات نفع عام.

وتراعى صفة الموظف في وقت ارتكاب الجريمة ومع ذلك فإن هذه الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمته، إذا كانت هي التي سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها.

الفصل 225

كل قاض، أو موظف عمومي، أو أحد رجال أو مفوضي السلطة أو القوة العمومية يأمر أو يباشر بنفسه عملا تحكيميا، ماسا 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.

وإذا كان العمل التحكيمي أو المساس بالحرية الفردية قد ارتكب أو أمر به لغرض ذاتي أو بقصد إرضاء أهواء شخصية، طبقت العقوبة المقررة في الفصول 436 إلى 440.

- فالطريق الشرعي للحصول على الاعتراف: هو استجواب المتهم من طرف الضابطة القضائية والنيابة العامة أو قاضي التحقيق أو المحكمة..

القانون المغربي أعطى الحق للضابطة القضائية والنيابة العامة والقاضي وقاضي التحقيق باستجواب المتهم وذلك لإلقاء الضوء على تفاصيل النزاع. وقد نص المادة 304 من ق م ج " - إن الرئيس وفي كل قضية يتحقق من هوية المتهم وينادي على الشهود ويتأكد من حضور الطرف المدني... ويأمر الشهود والخبراء بالانسحاب ويشرع آنذاك في دراسة الدعوى ونص المادة 305 من ق م ج " - إن دراسة القضية تشمل استنطاق المتهم .

- استنطاق المتهم من طرف الضابطة القضائية والضمانات المخولة للمتهم
الاعتراف الجنائي كما يعرفه الفقه هو أقرار صادر من المتهم بصحة ارتكابه للوقائع
المكونة للجريمة كلها أو بعضها.

-الباب الثاني: الشرطة القضائية

الفرع الأول: أحكام عامة

المادة 16

يمارس مهام الشرطة القضائية القضاة والضباط والموظفون والأعوان المبينون في هذا
القسم.

يسير وكيل الملك أعمال الشرطة القضائية في دائرة نفوذه.

المادة 17

توضع الشرطة القضائية في دائرة نفوذ كل محكمة استئناف تحت سلطة الوكيل العام للملك
ومراقبة الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف المشار إليها في الفرع الخامس من هذا الباب.

المادة 18

يعهد إلى الشرطة القضائية تبعا للبيانات المقررة في هذا القسم بالتحقيق من وقوع الجرائم
وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها.

تقوم بتنفيذ أوامر وإنابات قضاء التحقيق وأوامر النيابة العامة.

المادة 19

تضم الشرطة القضائية بالإضافة إلى الوكيل العام للملك ووكيل الملك ونوابهما وقاضي
التحقيق، بوصفهم ضباطاً سامين للشرطة القضائية:

أولاً: ضباط الشرطة القضائية؛

ثانياً: ضباط الشرطة القضائية المكلفين بالأحداث؛

ثالثاً: أعوان الشرطة القضائية؛

رابعاً: الموظفون والأعوان الذين ينيط بهم القانون بعض مهام الشرطة القضائية.

الفرع الثاني: ضباط الشرطة القضائية

المادة 20

يحمل صفة ضابط للشرطة القضائية:

- المدير العام للأمن الوطني وولاية الأمن والمراقبون العامون للشرطة وعمداء الشرطة وضباطها؛

- ضباط الدرك الملكي وذوو الرتب فيه وكذا الدركيون الذين يتولون قيادة فرقة أو مركز للدرك الملكي طيلة مدة هذه القيادة؛
- الباشوات والقواد.

- المدير العام لإدارة مراقبة التراب الوطني وولاية الأمن والمراقبون العامون للشرطة وعمداء الشرطة وضباطها بهذه الإدارة، فيما يخص الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من هذا القانون 74.

يمكن تخويل صفة ضابط للشرطة القضائية:

- لمفتشي الشرطة التابعين للأمن الوطني، ممن قضوا على الأقل ثلاث سنوات بهذه الصفة بقرار مشترك صادر من وزير العدل ووزير الداخلية؛

- للدركيين الذين قضوا على الأقل ثلاث سنوات من الخدمة بالدرك الملكي وعينوا اسمياً بقرار مشترك من وزير العدل و السلطة الحكومية المكلفة بالدفاع الوطني.

المادة 21

يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات المحددة في المادة 18.

يتلقون الشكايات والوشايات ويجرون الأبحاث التمهيديّة، طبقاً للشروط المنصوص عليها في الباب الثاني من القسم الثاني من الكتاب الأول الآتي بعده.

يمارسون السلطات المخولة لهم بمقتضى الباب الأول من القسم الثاني من الكتاب الأول الآتي بعده في حالة التلبس بجناية أو جنحة.

يتعين عليهم الاستعانة بمتّرجم، إذا كان الشخص المستمع إليه يتحدّث لغة أو لهجة لا يحسنها ضابط الشرطة القضائية، أو يستعينون بكل شخص يحسن التخطّاب مع المعني بالأمر إذا كان أصماً أو أبكماً، ويشار إلى هوية المترجم أو الشخص المستعان به بالمحضر ويمضي عليه.

يحق لهم أن يلتمسوا مباشرة مساعدة القوة العمومية لتنفيذ مهامهم.

المادة 2275

- تمت إضافة هذا البند إلى المادة 20 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11، سالف الذكر. 74.

- تم تغيير وتنميط المادة 22 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 35.11، سالف الذكر. 75.

يمارس ضباط الشرطة القضائية اختصاصاتهم في نطاق الحدود الترابية التي يزاولون فيها وظائفهم.

يمكنهم في حالة الاستعجال أو إذا استدعت ضرورة البحث ذلك، أن يمارسوا مهامهم في جميع أنحاء المملكة إذا طلبت منهم ذلك السلطة القضائية أو العمومية.

يتعين إشعار النيابة العامة المختصة مكانيا بهذا الانتقال كما يتعين أن يتم تنفيذ الإجراءات بحضور ضابط شرطة مختص مكانيا.

يمارس ضباط الشرطة القضائية في هذه الحالة كافة الصلاحيات التي يخولها لهم القانون.

إذا تعلق الأمر بانتقال ضباط شرطة قضائية يشمل اختصاصهم أكثر من دائرة قضائية، تعين عليهم إشعار الجهة القضائية التي تشرف على البحث وكذلك النيابة العامة التي انتقلوا لإجراء البحث في دائرتها. كما يمكنهم الاستعانة بضابط شرطة قضائية أو أكثر مختص مكانيا.

في كل دائرة حضرية مقسمة إلى دوائر للشرطة، يمتد اختصاص ضباط الشرطة القضائية الممارسين لمهامهم في إحدى هذه الدوائر إلى مجموع الدائرة.

إذا حدث لأحد هؤلاء الضباط مانع، يكلف ضابط من أي دائرة مجاورة للقيام مقامه.

يجب إخبار وكيل الملك والوكيل العام للملك المختص، بكل تغيير يطرأ تنفيذا لمقتضيات الفقرات السابقة.

المادة 1-2276

يمكن إنشاء فرق وطنية أو جهوية للشرطة القضائية بمقتضى قرار مشترك لوزير العدل والسلطة الحكومية المشرفة إداريا على الفرقة.

تخضع هذه الفرق لتسيير النيابة العامة التي تشرف على البحث.

يمكن للنيابة العامة إذا اقتضت ضرورة البحث أو طبيعة الجريمة، أن تعهد بالبحث إلى فرقة مشتركة تتألف من ضباط للشرطة القضائية ينتمون لجهات إدارية مختلفة يرأسها ضابط للشرطة القضائية تعيينه النيابة العامة المختصة لهذا الغرض.

المادة 23

يجب على ضباط الشرطة القضائية أن يحرروا محاضر بما أنجزوه من عمليات وأن يخبروا وكيل الملك أو الوكيل العام للملك المختص فورا بما يصل إلى علمهم من جنايات وجنح.

يجب على ضباط الشرطة القضائية، بمجرد انتهاء عملياتهم، أن يوجهوا مباشرة إلى وكيل الملك أو الوكيل العام للملك أصول المحاضر التي يحررونها مرفقة بنسختين منها مشهود بمطابقتها للأصل، وكذا جميع الوثائق والمستندات المتعلقة بها.

توضع الأشياء المحجوزة رهن إشارة وكيل الملك أو الوكيل العام للملك.

يجب أن تشير المحاضر إلى أن لحررها صفة ضابط الشرطة القضائية.

المادة 24

المحضر في مفهوم المادة السابقة هو الوثيقة المكتوبة التي يحررها ضابط الشرطة القضائية أثناء ممارسة مهامه ويضمنها ما عاينه أو ما تلقاه من تصريحات أو ما قام به من عمليات ترجع لاختصاصه.

دون الإخلال بالبيانات المشار إليها في مواد أخرى من هذا القانون أو في نصوص خاصة أخرى، يتضمن المحضر خاصة اسم محرره وصفته ومكان عمله وتوقيعه، ويشار فيه إلى تاريخ وساعة إنجاز الإجراء وساعة تحرير المحضر إذا كانت تخالف ساعة إنجاز الإجراء.

يتضمن محضر الاستماع هوية الشخص المستمع إليه ورقم بطاقة تعريفه عند الاقتضاء، وتصريحاته والأجوبة التي يرد بها عن أسئلة ضابط الشرطة القضائية.

إذا تعلق الأمر بمشتبه فيه، يتعين على ضابط الشرطة القضائية إشعاره بالأفعال المنسوبة إليه.

يقرأ المصرح بتصريحاته أو تتلى عليه، ويشار إلى ذلك بالمحضر ثم يدون ضابط الشرطة القضائية الإضافات أو التغييرات أو الملاحظات التي يبديها المصرح، أو يشير إلى عدم وجودها.

يوقع المصرح إلى جانب ضابط الشرطة القضائية على المحضر عقب التصريحات وبعد الإضافات ويدون اسمه بخط يده. وإذا كان لا يحسن الكتابة أو التوقيع يضع بصمته ويشار إلى ذلك في المحضر.

يصادق ضابط الشرطة القضائية والمصرح على التشطيبات والإحالات.

يتضمن المحضر كذلك الإشارة إلى رفض التوقيع أو الإبصام أو عدم استطاعته، مع بيان أسباب ذلك.

قيمة الاعتراف الإثباتية

الاعتراف نوعان:

- اعتراف قضائي

- اعتراف غير قضائي.

الاعتراف القضائي:

الفرع الأول: إقرار الخصم

الفصل 405

الإقرار قضائي أو غير قضائي. فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا.

والإقرار الحاصل أمام قاض غير مختص، أو الصادر في دعوى أخرى، يكون له نفس أثر الإقرار القضائي.

الفصل 406

يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم، عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوز بالصمت، ولا يطلب أجلا للإجابة عنها.

- الاعتراف الغير قضائي:

هو الذي يصدر عن المتهم خارج ساحة القضاء كان يعترف المتهم أمام الشهود أو أمام الشرطة.

ما هي قيمة الاعتراف أمام النيابة العامة: إن النيابة العامة باعتبارها هي مقيمة الدعوى فهي طرف في النزاع كما أن ممثل النيابة ع حين يستنطق المتهم فانه يتسم بصفة ضابط سامي للشرطة القضائية وبذلك فان الاعتراف الصادر أمامه يكون اعتراف غير قضائي. الاعتراف أمام قاض التحقيق: يعد اعترافا قضائيا سواء صدر أثناء التحقيق الأولي أو النهائي.

هل يعتبر الاعتراف القضائي ملزما للمحكمة ومتى يكون ذلك؟

انه ملزم للمحكمة إذا توفرت فيه عدة شروط وأهمها :

- 1 - أن يكون صادرا عن المتهم نفسه لا عن محاميه أو احد المتهمين الآخرين.
- ما قيمة اعتراف متهم على متهم: هذا التعبير خاطيء لان الاعتراف لا يصدر إلا عن المتهم نفسه أما التصريحات التي تصدر عن الغير لا تعد إلا شهادة للمحكمة أن تقدرها وتأخذ بها أو تستغني عنها وهو اعتراف لمن صدر منه.
- 2 - أن يكون المتهم متمتعا لكامل قواه العقلية ومدركا لما يترتب عن هذا الاعتراف وان لا يكون مكرها ماديا أو معنويا (و عليه أن يثبت الإكراه)
- 3 - أن ينصب الاعتراف على نفس الجريمة المتابع من اجلها المتهم.
- 4 - أن يكون مطابقا للواقع ومنصبا على وقائع ليست مستحيلة (كان يعترف المتهم وقبل انتهاء المحاكمة يتضح أن الضحية حي يرزق)

فإذا توفرت هذه الشروط فإن الاعتراف القضائي ملزم للمحكمة .
الاعتراف ورقابة محكمة النقض عليه:

الاعتراف في المادة الجنائية، يعتبر وسيلة إثبات قائمة بذاتها، يخضع تقييمه كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، المستمدة لهم من المادة 293 من قانون المسطرة الجنائية وأن المحكمة لما استبعدت اعترافاتهم التمهيدية للعللة المذكورة تكون قد أساءت تطبيق مقتضيات المادة 293 أعلاه.

القرار عدد 8/937 المؤرخ في 2017/6/22

الصادر عن محكمة النقض في ملف جنحي عدد 2014/9/6/1425

الاعتراف في حد ذاته من مسائل الموضوع ويخضع تقديره لسلطة القاضي ولا رقابة للمجلس الأعلى عليه وتتكون قناعة القاضي هي أيضا من مسائل الموضوع فلا رقابة لمحكمة النقض عليه لكن الطريقة التي كون بها القاضي قناعته وطريق دراسته للوقائع وترجيح الحجج تدخل في مسائل القانون التي يراقبها المجلس الأعلى (محكمة النقض)

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 8 س 15 بتاريخ 11 /11/ 1971 (مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 23 السنة 4 ص: 67)

جاء فيه المحاضر التي تحرر من طرف شخصين على الأقل من رجال الجمارك في المسائل المالية يوثق إلى أن يدعي الزور فيها ولهذا يتعرض للنقد الحكم الذي اعتبر محضرا من هذا النوع باطلا استنادا إلى إثبات ما يخالفه عن طريق شهادة الشهود وعن طريق القرائن.

القرار عدد 935- الصادر بتاريخ 31 يناير 1985 والذي جاء فيه "إن المحاضر التي تعتبر إلا مجرد بيانات فيما يخص الجنايات هي محاضر ضابطة الشرطة القضائية وجنود الدرك أمت الاستنطاقات أمام النيابة العامة فليست كذلك
قرار منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى(1966-1995)

"إذا كان مبدأ عدم تجزئة إقرار المتهم يصح في القضايا المدنية، فإنه لا يصح في الأمور الجزائية حيث يتمتع قاضي الأساس بصلاحيه التقدير المطلقة، إذ له أن يأخذ من الإقرارات و الإفادات و الشهادات ما يتفق و قناعته و ينبذ القسم الذي لا يرتاح إليه وجدانه" محكمة التمييز السورية قرار و ارد في مرجع ذ عبد الواحد العلمي السابق شرح قانون المسطرة الجنائية الجزء الثاني في هامش الصفحة 256

القرار الصادر في الملف رقم 9128 تحت عدد 91/27457 بتاريخ 24/9/27 مأخوذ من كتاب: " دليل القاضي في العمل القضائي المدني للدكتور عمر بوحموش ط 2001 و جاء فيه على المصاب في حادث سير على ذوي حقوقه أن يدلوا للمحكمة بما يثبت الأجر أو الكسب المهني. و في حالة عدم إثبات الأجر أو الكسب المهني يفترض من المصاب أجر يوازي الحد الأدنى الوارد بالجدول المرفق بالظهير المذكور, فقواعد هذا الظهير (2/10/84) تعتبر أمرة لا مجال لاستعمال السلطة التقديرية معها.

لما كان القانون (286) من قانون المسطرة الجنائية قد أعطى لقضاة الموضوع كامل الصلاحية لتبيين قناعتهم.. و لم يقيدهم بوسائل إثبات معينة إلا في حالات استثنائية محددة على سبيل الحصر, فإن المحكمة تكون قد استعملت سلطتها التقديرية التي لا رقابة عليها من قبل المجلس الأعلى في ذلك.. قرار رقم 7931 في 1983/12/5 مجلة القضاء و المجلس الأعلى عدد 35 و 36 م 219

قرار رقم 4/6213 في 1997/11/26 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53 و 54 م [406

قرار للمجلس الأعلى : " إن تقدير أدلة الإثبات هو من اختصاص محكمة الموضوع في المسائل الجزائية. و لا يمكن تقييدها بمبدأ عدم تجزئة الإعراف, لأنه متعلق بالإثبات في المسائل المدنية, و لا يقيد القاضي الجزائي في إقنتاعه, و عليه إذا اعترف المتهم بالمضاربة مع المشتكي و تمسك بأنه كان في حالة دفاع شرعي, جاز لمحكمة الموضوع تجزئة الإعراف " قرار عدد 76 و تاريخ 23 أكتوبر 1961, مجلة قضاء المجلس الأعلى, عدد 43-44, م. 33

إن ما تتضمنه تصريحات الشهود موكول لقضاة الموضوع و غير خاضع لرقابة النقض " و هو قرار رقم 400 في 63/4/17 مجلة القضاء و القانون عدد 65 م 269. نقلا عن ما ورد في مرجع سابق للدكتور عبد الواحد العلمي م 417 هامش 40

قرار المجلس الأعلى عدد 1/1885 المؤرخ في 01/9/10 الملف الجنحي عدد 03/9440 والذي ورد فيه أن "المحكمة حينما انبرت بنفسها إلى تنفيذ واستبعاد ما خلصت إليه خبرة قضائية طبية في أمر يدخل في مسائل تقنية ورتبت عنها نتائج قانونية، دون ان تسترشد في ذلك بخبرة أخرى لذوي الاختصاص تأمر بها لتوضيح أمر

لا تقوم فيه مقام الخبير، تكون قد بنت قضاءها على تعليل ناقص يوازي انعدامه، ويعرض قرارها للنقض والإبطال”.

قراره عدد 4463 الصادر بتاريخ 29 مايو 1984 ملف جنائي 84/9381 الذي جاء فيه ” الخبرة وسيلة إثبات تملك معها المحكمة سلط تقديرية لا تخضع فيها لرقابة المجلس وإن عدم الاستجابة لطلب إجراء الخبرة لا يؤثر في قرار المحكمة وأن السكوت عنه يعد جوابا ضمنيا برفضه”

قرار منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى(1966-1995)

قرارها الصادر بتاريخ 12 / 5 / 1980، قرار رقم 405.مجلة المحاكم المغربية عدد 26م 86 : ” يكون ناقص التعليل و معرضا للنقض الحكم الجنحي القاضي بالمؤاخذة , و الحال إن إثبات الجنحة متوقف على حجة جارية عليها أحكام القانون المدني, دون أن يراعي في ذلك قواعد القانون المذكور.”

لما كانت المادة (286) من قانون المسطرة الجنائية قد أعطت لقضاة الموضوع كامل الصلاحية لتبيين قناعتهم ، و لم يقيدهم بوسائل إثبات معينة إلا في حالات استثنائية محددة على سبيل الحصر، فإن المحكمة تكون قد استعملت سلطتها التقديرية التي لا رقابة عليها من قبل المجلس الأعلى في ذلك.

قرار رقم 7931 في 5/12/1983 مجلة القضاء والمجلس الأعلى عدد 35 و 36 م 219

القرار عدد 96 الصادر عن الغرفة الشرعية بتاريخ ثاني أبريل 1971 القاعدة - لما اعتبرت المحكمة أن الإقرار للموروث هو غير الإقرار للوارث لاحتمال أن يكون الموروث قد فوت المال قيد حياته تكون قد خرقت قاعدة الاستصحاب القائلة: من مات على حق فلوارثه إلى أن يثبت العكس.

قانون المسطرة الجنائية المغربي

المادة 370

تبطل الأحكام أو القرارات أو الأوامر:

- 1- إذا لم تكن تحمل الصيغة المنصوص عليها في مستهل المادة 365؛
- 2- إذا لم تكن هيئة الحكم مشكلة طبق القانون المنظم لها، أو إذا صدر الحكم عن قضاة لم يحضروا في جميع الجلسات التي درست فيها الدعوى؛
- 3- إذا لم تكن معللة أو إذا كانت تحتوي على تعليقات متناقضة؛
- 4- إذا أغفل منطوق الحكم أو القرار أو الأمر أو إذا لم يكن يحتوي على البيانات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 366؛
- 5- إذا لم تصدر في جلسة علنية خرقا لمقتضيات المادة 364؛
- 6- إذا لم تكن تحمل تاريخ النطق بالحكم أو القرار أو الأمر و التوقيعات التي تتطلبها المادة 365، مع مراعاة مقتضيات المادة 371 بعده.

الفرع الثاني: أسباب النقض

المادة 534

يجب أن يرتكز الطعن بالنقض في الأوامر أو القرارات أو الأحكام القابلة للطعن بالنقض على أحد الأسباب الآتية:

- 1- خرق الإجراءات الجوهرية للمسطرة؛
- 2- الشطط في استعمال السلطة؛
- 3- عدم الاختصاص؛
- 4- الخرق الجوهري للقانون؛
- 5- انعدام الأساس القانوني أو انعدام التعليل.

المادة 535

لا تقبل وسيلة النقض المبنية على سبب للإبطال حدث أثناء النظر في القضية ابتدائيا ولم تتم إثارته أمام محكمة الاستئناف.

المادة 536

لا تقبل وسيلة النقض المستخلصة من أسباب ليست ضرورية لمنطوق المقرر المطعون فيه.

- المعاينة:

المعاينة تعتبر من الأدلة في المسائل المادية بالرغم من عدم التنصيص عليها في الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود .
والمعاينة تعني الانتقال إلى عين المكان الذي وقعت فيه الجريمة لمشاهدة مسرحها وجمع الأدلة قبل اندثارها.

قانون المسطرة الجنائية

صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله
القسم الثالث: التحقيق الإعدادي

المادة 85

يقوم قاضي التحقيق - وفقا للقانون - بجميع إجراءات التحقيق التي يراها صالحة للكشف عن الحقيقة.

علاوة على الأصول تستخرج من وثائق الإجراءات نسخ مرقمة يشهد بمطابقتها للأصل كاتب الضبط أو ضابط الشرطة القضائية المنتدب بمقتضى المادة 86 الآتية بعده.

المادة 86

إذا تعذر على قاضي التحقيق أن يقوم شخصياً ببعض إجراءات التحقيق، جاز له بصفة استثنائية أن يكلف بإنابة قضائية ضابطاً للشرطة القضائية لتنفيذ هذه الإجراءات، ضمن الشروط ومع مراعاة التحفظات المنصوص عليها في المواد 189 و190 و193 بعده.

المادة 362

إذا كانت القضية غير جاهزة للحكم، أمرت المحكمة بتأجيلها لمتابعة دراستها بجلسة أخرى يحدد تاريخها، ولا يجوز تأجيل النظر في القضية دون مبرر جدي مقبول .

يمكن للمحكمة أن تأمر بإجراء تحقيق تكميلي، وفي هذه الحالة تعين أحد أعضائها للقيام بالتحقيق وفقاً لمقتضيات القسم الثالث من الكتاب الأول من هذا القانون.

يبت في شأن الإفراج المؤقت وفي شأن الوضع تحت المراقبة القضائية ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 178 أعلاه.

الفرع الأول: وسائل الإثبات

يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقاً للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده.

إذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم وحكمت ببراءته.

معينة الأماكن

قانون المسطرة المدنية

صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

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

الفرع الثالث: معينة الأماكن

الفصل 67

إذا أمر القاضي تلقائياً أو بناء على طلب الأطراف بالوقوف على عين المكان فإنه يحدد في حكمه اليوم والساعة التي تتم فيها بحضور الأطراف الذين يقع استدعاؤهم بصفة قانونية فإذا كان الأطراف حاضرين وقت النطق بالحكم أمكن للقاضي أن يقرر حالاً الانتقال إلى عين المكان.

يمكن أن يؤخر أو أن يستأنف الوقوف على عين المكان إذا لم يستطع أو لم يحضر أحد الأطراف في اليوم المحدد بسبب اعتبار وجبها.

الفصل 68

إذا كان موضوع الانتقال يتطلب معلومات لا يتوفر عليها القاضي أمر في نفس الحكم بتعيين خبير لمصاحبته أثناء المعاينة وإبداء رأيه.

الفصل 69

يجوز للقاضي علاوة على ذلك أن يستمع أثناء الانتقال إلى الأشخاص الذين يعينهم وأن يقوم بمحضرهم بالعمليات التي يراها مفيدة.

الفصل 70

يحرر محضر بالانتقال إلى عين المكان ويوقع حسب الأحوال من طرف رئيس الهيئة التي قامت به وكاتب الضبط، أو من طرف القاضي المقرر، أو القاضي المكلف بالقضية، وكاتب الضبط. ويودع هذا المحضر رهن إشارة الأطراف بكتابة الضبط

الخبرة:

المادة 295 من قانون المسطرة الجنائية

يجب على المحكمة التي تأمر بإجراء الخبرة أن تراعي في ذلك مقتضيات المادتين 194 و195 والمادة 198 وما يليها إلى غاية 208 من هذا القانون.

الباب الحادي عشر: إجراء الخبرة

المادة 194

يمكن لكل هيئة من هيئات التحقيق أو الحكم كلما عرضت مسألة تقنية، أن تأمر بإجراء خبرة إما تلقائيا وإما بطلب من النيابة العامة أو من الأطراف.

يقوم الخبير أو الخبراء بمهمتهم تحت مراقبة قاضي التحقيق أو المحكمة المعروضة عليها القضية أو القاضي الذي تعينه المحكمة عند الاقتضاء.

إذا ارتأى قاضي التحقيق أنه لا موجب للاستجابة للطلب الخاص بإجراء الخبرة، فعليه أن يصدر في ذلك أمرا معللا قابلا للاستئناف، طبق الكيفيات وضمن الأجل المنصوص عليها في المادتين 222 و223.

المادة 195

يعين لإنجاز الخبرة خبير مسجل بجدول الخبراء القضائيين ما عدا إذا تعذر ذلك. وفي هذه الحالة، يؤدي الخبير اليمين المنصوص عليها في المادة 345 بعده أمام قاضي التحقيق.

يجب أن توضح دائما في المقرر الصادر بإجراء الخبرة مهمة الخبراء التي لا يمكن أن تنصب إلا على دراسة مسائل تقنية.

المادة 196

إذا صدر القرار بإجراء الخبرة من قاضي التحقيق، يجب تبليغه إلى النيابة العامة والأطراف، ويشار في التبليغ إلى اسم الخبير وصفته، ويضمن فيه نص المهمة التي كلف بها.

لا يقبل القرار الصادر بإجراء الخبرة الطعن بالاستئناف.

غير أنه يمكن للنيابة العامة وللأطراف أن يبدوا ملاحظاتهم خلال الثلاثة أيام الموالية لتاريخ التبليغ، ويمكن أن تتعلق هذه الملاحظات إما باختيار الخبير وإما بالمهمة المنوطة به.

المادة 197

إذا صدر القرار عن قاضي التحقيق، وكان من المتعين إجراء الخبرة على أشياء من بينها علامات أو مواد أو منتوجات قابلة للتغير أو الاندثار، فبإمكان النيابة العامة أو الأطراف أو محاميهم أن يختاروا خلال أجل ثلاثة أيام خبراء مساعدين لمؤازرة الخبير المعين، وفي هذه الحالة، يجب على قاضي التحقيق تعيين هؤلاء الخبراء.

إذا تعدد المتهمون، تعين عليهم أن يتفقوا على اختيار الخبير المساعد، ويمكن بصفة استثنائية في حالة تعارض مصالحهم فقط، أن يقع الاختيار على خبيرين على الأكثر.

غير أنه يمكن لقاضي التحقيق، أن يصدر عند الضرورة قراراً معللاً يأمر فيه الخبير المعين بأن يشرع فوراً في إنجاز المعاينات أو العمليات التي لها طابع الاستعجال.

يحرر الخبير أو الخبراء تقريراً بالمهام التي كلفوا بإنجازها.

المادة 198

تسري على الخبير المساعد مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 195 أعلاه.

يجب أن يستدعي الخبير المعين الخبير المساعد عند إجراء جميع عمليات الخبرة، ليتابع سيرها وليقدم كل الاقتراحات التي يراها مفيدة للقيام بالمهمة على أكمل وجه.

يجب على الخبير المعين عند عدم مراعاته لهذه الاقتراحات، أن يشير إلى ذلك في تقريره وأن يبين أسباب رفضه.

المادة 199

يجب أن يحدد، في كل قرار يصدر بتعيين خبير، أجل يتعين على الخبير إنجاز مهمته خلاله.

يجوز بناء على طلب من الخبير المعين تمديد هذا الأجل بموجب قرار معلل يصدره القاضي أو المحكمة التي عينته، إذا اقتضت ذلك أسباب خاصة.

إذا لم يضع الخبير المعين تقريره ضمن الأجل المحدد له، يمكن أن يستبدل فوراً بآخر، ويتعين عليه إذ ذاك أن يحيط القاضي علماً بما قام به من عمليات.

يجب عليه أيضاً أن يرد خلال الثماني والأربعين ساعة الأشياء والمستندات والوثائق التي قد يكون عهد بها إليه قصد إنجاز مهمته، وعلاوة على ذلك يمكن أن تتخذ ضده تدابير تأديبية.

المادة 200

يجب على الخبير القيام بمهمته باتصال مع قاضي التحقيق أو المحكمة أو القاضي المعهود إليه بذلك، كما يجب عليه أن يخبرهم بتطور عملياته في أي وقت وحين، لتمكينهم من اتخاذ كل الإجراءات المفيدة.

يمكن دائماً لقاضي التحقيق أثناء سير عملياته أن يستعين بخبراء إن رأى ذلك مفيداً.

المادة 201

إذا طلب الخبراء أن توضح لهم مسألة لا تدخل في اختصاصهم، فيمكن لقاضي التحقيق أن يأذن لهم في الاستعانة بتقنيين تتم تسميتهم من بين التقنيين المؤهلين خاصة لذلك.

يؤدي التقنيون المعينون على الوجه المذكور اليمين أمام قاضي التحقيق أو هيئة الحكم التي أمرت بإجراء خبرة، وفق الصيغة المنصوص عليها في المادة 345 بعده ما لم يكونوا مسجلين في جدول الخبراء القضائيين.

يضاف تقريرهم بكامله إلى التقرير المذكور في المادة 205.

المادة 202

يجب على قاضي التحقيق أو على القاضي الذي تعينه المحكمة، أن يعرض على المتهم طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 104 الأشياء المختوم عليها التي لم تفتح أختامها أو لم يقع إحصاؤها وذلك قبل إرسالها إلى الخبراء، وعليه أن يحصي الأشياء المختوم عليها في المحضر المحرر قصد إثبات تسليمها إلى الخبراء، ويجب على الخبراء أن يذكروا في تقريرهم ما فتحوه أو ما أعادوا فتحه من الأختام مع إحصاء الأشياء التي فتحت أختامها.

المادة 203

يمكن للخبراء أن يتلقوا على سبيل الإخبار وللقيام بمهامهم فقط تصريحات أشخاص آخرين غير المتهم، ويمضي المصرحون على تصريحاتهم.

إذا رأوا أن هناك ما يستلزم استنطاق المتهم، فإن هذا الاستنطاق يقوم به بحضورهم قاضي التحقيق أو القاضي الذي تعينه المحكمة، ويجري طبق الكيفيات وضمن الشروط المنصوص عليها في المواد 139 و140 و141 أعلاه.

غير أنه يمكن للخبراء الأطباء المكلفين بفحص المتهم أن يلقوا عليه في غيبة القاضي والمحامين الأسئلة الضرورية لإنجاز مهمتهم.

المادة 204

يمكن للأطراف أن يطلبوا، أثناء إنجاز أعمال الخبرة، من قاضي التحقيق أو من المحكمة التي أمرت بها أن تأمر الخبراء بإجراء بعض الأبحاث، أو بالاستماع إلى كل شخص معين قد يكون بإمكانه تزويدهم بمعلومات تقنية.

المادة 205

يحرر الخبير المعين عند انتهاء عمليات الخبرة تقريراً يجب أن يتضمن وصف تلك العمليات ونتائجها، ويجب عليه أن يشهد بكونه أنجز شخصياً العمليات التي عهد إليه بها أو بكونه قام بمراقبتها ثم يوقع على تقريره.

إذا كانت لدى الخبير المساعد تحفظات يريد أن يقدمها، فيضمنها في مذكرة ويجب على الخبير المعين إضافتها إلى تقريره مع ملاحظاته الخاصة بشأنها.

المادة 206

إذا تعدد الخبراء المعينون وحدث أن اختلفت آراؤهم أو كانت لهم تحفظات في شأن النتائج المشتركة، يبين كل واحد منهم رأيه في التقرير المشترك مع إبداء تحفظاته المعللة.

المادة 207

يودع التقرير والأشياء المختوم عليها أو ما تبقى منها لدى كتابة الضبط للمحكمة التي أمرت بإجراء الخبرة، ويثبت هذا الإيداع بواسطة إسهاد من كتابة الضبط.

المادة 208

يستدعي قاضي التحقيق أو القاضي المكلف من طرف المحكمة الأطراف ليطلعهم على استنتاجات الخبير، وليتلقى تصريحاتهم ويحدد لهم الأجل الذي يمكن لهم خلاله إبداء ملاحظاتهم أو تقديم طلباتهم، خاصة بقصد إجراء خبرة تكميلية أو خبرة مضادة. ويحق للأطراف الحصول على نسخة من تقرير الخبير.

لا يمكن رفض تلك الطلبات إلا بقرار معلل. وإذا تعلق الأمر بأمر صادر عن قاضي التحقيق، فيكون هذا الأمر قابلاً للاستئناف طبق الكيفيات وضمن الأجل المنصوص عليها في المواد 222 إلى غاية 224.

المادة 209

يجوز في الجلسة الاستماع إلى الخبراء بصفة شهود طبق الشروط المنصوص عليها في المواد 335 و345 و346.

قانون المسطرة المدنية صيغة معينة بتاريخ 20 مارس 2014

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

الفرع الثاني: الخبرة

الفصل 59

إذا أمر القاضي بإجراء خبرة عين الخبير الذي يقوم بهذه المهمة تلقائيا أو باقتراح الأطراف واتفقهم.

وعند عدم وجود خبير مدرج بالجدول يمكن بصفة استثنائية للقاضي أن يعين خبيرا لهذا النزاع، وفي هذه الحالة يجب على الخبير أن يؤدي اليمين أمام السلطة القضائية التي عينها القاضي لذلك على أن يقوم بأمانة وإخلاص بالمهمة المسندة إليه وأن يعطي رأيه بكل تجرد واستقلال ما لم يعف من ذلك اليمين باتفاق الأطراف.

يحدد القاضي النقط التي تجري الخبرة فيها في شكل أسئلة فنية لا علاقة لها مطلقا بالقانون.

يجب على الخبير أن يقدم جوابا محددًا وواضحًا على كل سؤال فني كما يمنع عليه الجواب على أي سؤال يخرج عن اختصاصه الفني وله علاقة بالقانون

الفصل 60

إذا كان التقرير مكتوبا حدد القاضي الأجل الذي يجب على الخبير أن يضعه فيه وتبلغ كتابة الضبط الأطراف بمجرد وضع التقرير المذكور بها، لأخذ نسخة منه.

إذا كان التقرير شفويا حدد القاضي تاريخ الجلسة التي يستدعى لها الأطراف بصفة قانونية ويقدم الخبير تقريره الذي يضمن في محضر مستقل.

يمكن للأطراف أخذ نسخة من ذلك المحضر وتقديم مستنتاجاتهم حوله عند الاق

الفصل 61

إذا لم يتم الخبير بالمهمة المسندة إليه داخل الأجل المحدد له أو لم يقبل القيام بها، عين القاضي بدون استدعاء للأطراف خبيرا آخر بدلا منه وأشعر الأطراف فورا بهذا التغيير.

بصرف النظر عن الجزاءات التأديبية، يمكن الحكم على الخبير الذي لم يتم بالمهمة المسندة إليه أو رفضها بدون عذر مقبول بالمصاريف والتعويضات المترتبة عن تأخير إنجاز الخبرة للطرف المتضرر كما يمكن الحكم عليه بغرامة لفائدة الخز

الفصل 62

يمكن تجريح الخبير الذي عينه القاضي تلقائياً للقرابة أو المصاهرة بينه وبين أحد الأطراف إلى درجة ابن العم المباشر مع إدخال الغاية:

- إذا كان هناك نزاع بينه وبين أحد الأطراف؛
- إذا عين لإنجاز الخبرة في غير مجال اختصاصه؛
- إذا سبق له أن أبدى رأياً أو أدلى بشهادة في موضوع النزاع؛
- إذا كان مستشاراً لأحد الأطراف؛
- لأي سبب خطير آخر.

يمكن للخبير أن يثير أسباب التجريح من تلقاء نفسه.

يتعين تقديم طلب التجريح داخل أجل خمسة أيام من تاريخ تبليغ المقرر القضائي بتعيين الخبير.

تبت المحكمة في طلب التجريح داخل خمسة أيام من تاريخ تقديمه، ولا يقبل هذا المقرر أي طعن إلا مع الحكم البات في الجوهر

الفصل

63

يجب على الخبير تحت طائلة البطلان، أن يستدعي الأطراف ووكلائهم لحضور إنجاز الخبرة، مع إمكانية استعانة الأطراف بأي شخص يرون فائدة في حضوره⁷⁷.

يجب عليه أن لا يقوم بمهمته إلا بحضور أطراف النزاع ووكلائهم أو بعد التأكد من توصلهم بالاستدعاء بصفة قانونية ما لم تأمر المحكمة بخلاف ذلك إذا تبين لها أن هناك حالة استعجال.

يضمن الخبير في محضر مرفق بالتقرير أقوال الأطراف وملاحظاتهم ويوقعون معه عليه مع وجوب الإشارة إلى من رفض منهم التوقيع.

يقوم الخبير بمهمته تحت مراقبة القاضي الذي يمكن له حضور عمليات الخبرة إذا اعتبر ذلك مفيداً.

77 - تم تعديل الفصل 63 أعلاه بموجب القانون رقم 33.11، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 6 شوال 1432 (5 سبتمبر 2011)، ص 4389؛ إلا أن هذا التعديل شمل الفقرة الأولى فقط دون باقي الفقرات كما بين ذلك استدراك الخطأ المادي الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6099 بتاريخ 27 ذو الحجة 1433 (12 نوفمبر 2012)، ص 5844.

الفصل 64

يمكن للقاضي إذا لم يجد في تقرير الخبرة الأجوبة على النقاط التي طرحها على الخبير أن يأمر بإرجاع التقرير إليه قصد إتمام المهمة.

كما يمكنه تلقائياً أو بطلب من أحد الأطراف استدعاه لحضور الجلسة التي يستدعى لها جميع الأطراف لتقديم الإيضاحات والمعلومات اللازمة التي تضمن في محضر يوضع رهن إشارة الأطراف

الفصل 65

إذا احتاج الخبير أثناء قيامه بمهامه إلى ترجمة شفوية أو كتابية تعين عليه اختيار ترجمان 78 من بين المدرجين بالجدول أو الالتجاء إلى القاضي.

يمكن للخبير أن يتلقى على شكل تصريح عاد كل المعلومات الضرورية مع الإشارة إلى مصدرها في تقريره عدا إذا منعه القاضي من ذ

الفصل 66

إذا اعتبر القاضي أن الخبرة يجب أن لا تقع عن خبير واحد فإنه يعين ثلاثة أو أكثر حسب ظروف القضية 79.

يقوم الخبراء بأعمالهم مجتمعين ويحررون تقريراً واحداً، فإذا كانت آراؤهم مختلفة بينوا رأي كل واحد والأسباب المساندة له مع توقيعه من طرف الجميع.

لا يلزم القاضي بالأخذ برأي الخبير المعين ويبقى له الحق في تعيين أي خبير آخر من أجل استيضاح الجوانب التقنية في النزاع.

قيمة الخبرة من حيث الإثبات:

الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات لكنها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي

القاعدة العامة أن تقدير الخبير يكتسب القوة الثبوتية التي تكون للأوراق الرسمية وبالتالي فلا يمكن إثبات عكس ما ضمن بالتقرير بهذا الخصوص إلا بالطعن فيه بالزور.

78 - انظر القانون رقم 50.00 يتعلق بالترجمة المقبولين لدى المحاكم، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.01.127 بتاريخ 29 من ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001)، الجريدة الرسمية عدد 4918 بتاريخ 27 ربيع الآخر 1422 (19 يوليو 2001)، ص 1873.

79 - تم تعديل الفصل 66 أعلاه بموجب القانون رقم 85.00 .

- محمد أوزيان: الرقابة القضائية على أدلة الإثبات في المادة المدنية – مقال منشور بمجلة القضاء المدني – العدد الثامن. سنة 2013 - ص 42.

⚭ - "Le moyen de cassation qui critique la mission donnée à un expert se heurte au pouvoir souverain reconnu au juge du fond pour fixer l'étendue de cette mission qui ne peut être remise en cause devant la cour de cassation ». CIV 26 novembre 1980. Bull civ. I, N° 308 P :244.

إن الخبير المعين من طرف المحكمة تقتصر مهمته على تنفيذ الأمر الصادر بتعيينه لمساعدتها في التثبت من وقائع تعود إلى اختصاصه.

لا يجوز للخبير أن يستمع إلى الأطراف والشهود للتثبت من وقائع يعود اختصاصها للمحكمة التي عينته.

مجلة قضاء المجلس الأعلى

العدد الخامس والخمسون

محكمة النقض (المجلس الأعلى)

القرار رقم 7/2443

المؤرخ في 97/12/11.

الملف الجنحي رقم 97/7513

اليمين

عرف الأستاذ السنهوري اليمين بأنها " قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد، وستنزل عقابه إذا ما حنت."

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الجزء الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام – منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان – الطبعة الثالثة، ص 42.

- ينص الفصل 85 قانون المسطرة المدنية على :

{ إذا وجه أحد الأطراف اليمين الى خصمه لإثبات إدعاء أو ردها هذا الأخير لحسم النزاع نهائيا، فإن الخصم يؤدي اليمين في الجلسة بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية }

الفرع الخامس: اليمين

الأحكام المتعلقة باليمين

مقررة بظهيرنا في شأن المسطرة المدنية -80-

قانون المسطرة المدنية صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

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

الفرع الخامس: اليمين

الفصل 85

إذا وجه أحد الأطراف اليمين إلى خصمه لإثبات ادعاء أوردها هذا الأخير لحسم النزاع نهائيا فإن الخصم يؤدي اليمين في الجلسة بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية.

يؤدي الطرف اليمين بالعبرة الآتية: "أقسم بالله العظيم" وتسجل المحكمة تأديته لليمين.

الفصل 86

إذا عاق الطرف مانع مشروع وثابت بصفة قانونية أمكن تأدية اليمين أمام قاض، أو هيئة منتدبة للتوجه عنده مساعدا بكاتب الضبط الذي يحزر في هذه الحالة محضرا بالقيام بهذه العملية 81.

إذا كان الطرف الذي وجهت إليه اليمين أو ردت يسكن في مكان بعيد جدا أمكن للمحكمة أن تأمر بأن يؤدي اليمين أمام المحكمة الابتدائية لمحل موطنه على أن تسجل له تأديته لهذه اليمين.

80 -

انظر الفصول من 85 إلى 88 من قانون المسطرة المدنية.

- يتعلق الأمر بظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالمسطرة المدنية، والذي تم إلغاؤه بموجب 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.

81 - تم تغيير الفقرة الأولى من الفصل 86 أعلاه بموجب الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.93.206، سالف الذكر.

الفصل 87

إذا اعتبرت المحكمة أن أحد الأطراف لم يعزز ادعاءاته بالحجة الكافية أمكن لها تلقائياً أن توجه اليمين إلى هذا الطرف بحكم يبين الوقائع التي ستتلقى اليمين بشأنها. تؤدي هذه اليمين وفق الشكليات والشروط المنصوص عليها في الفصل السابق.

الفصل 88

يمكن للمحكمة أن تأمر دائماً بعد اتفاق الأطراف على أن تؤدي اليمين طبقاً للشروط التي تلزم دينياً ضمير من يؤديها.

في حالة حصول مثل هذا الاتفاق يثبت ذلك في الحكم الذي يحدد الوقائع التي تستوفى اليمين عليها، والأجل والمحل والشروط المحددة لإتمام تأديتها.

تؤدي اليمين حينئذ بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية وبحضور القاضي المنتدب، أو الهيئة المنتدبة، وكاتب الضبط الذي يحرر محضراً بالقيام بهذه العملية

اليمين الحاسمة

البينة على من ادعى واليمين على من أنكر

البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل

البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة

القرار الذي صدر بناء على توجيه اليمين الحاسمة لا يقبل الطعن.

اليمين الحاسمة لا يصار إليها إلا إذا انعدمت البينة .

قرار المجلس الأعلى عدد : 3718 المؤرخ في : 2000/10/06

ملف مدني عدد : 97/9/1/1685

لئن كان من حق الطالبين توجيه اليمين الحاسمة للمطلوب طبقاً للفصل 85 من قانون المسطرة المدنية ، فإن المحكمة ليس من حقها أن تردّها لأي سبب كان إذا رأت أن في توجيهها تعسفاً... ويتعين عليها أن تبرز في تعليلها هذا التعسف.

قرار المجلس الأعلى عدد : 1472 المؤرخ في : 2001/07/18

ملف مدني عدد : 99/1/3/1843

إن كل من وجهت إليه اليمين الحاسمة ونكل عنها دون أن يعارض في تعلق الواقعة المراد الاستحلاف عليها بموضوع الدعوى ولا في جواز قبولها ولم يردّها على خصمه،

يحكم ضده لفائدة من وجه اليمين بعد أن يؤديها هذا الأخير، لأن نكول الخصم بمثابة شاهد عرفي لخصمه ويترتب عن ذلك بأنه بمجرد صدور الحكم على الناكل لم يعد من حق هذا الأخير محاولة إثبات ادعاءاته بوسائل أخرى.

القرار 3201 الصادر بتاريخ 29 نونبر 93 ملف مدني 87 3777

الحكم باليمين – إجراء مسطري - استئنافه

- الحكم الصادر بأداء اليمين يعتبر حكماً تمهيدياً لا يستأنف إلا بعد البت في الموضوع: -
الحكم بإفراغ الطاعن بعد حلف المطلوب، دون الأمر بتنفيذ أداء تلك اليمين، يكون قد بت في الموضوع، قبل استيفاء الإجراء المسطري.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 440 صادر بتاريخ 2004/04/14 في ملف رقم

2002/ 544

وحيث إن اليمين الحاسمة تحسم النزاع القائم بين الطرفين، وبالتالي فإن القرار الذي صدر بناء عليها لا يقبل الطعن.

قرار محكمة النقض عدد 782 صادر في 2012/11/13 ملف رقم 2011/1/2/149.

" إن اليمين الحاسمة هي وسيلة إثبات أقرها القانون للطرف المتحمل بعبء الإثبات الذي تعذر عليه تقديم الدليل و لا سلطة للمحكمة في تقدير ضرورة إجراء هذه اليمين التي وجهها المطالب بالإثبات لإقامة الدليل على ما يدعيه ، و محكمة الاستئناف حين رفضت توجيه اليمين الحاسمة التي طلبها الطاعن بعد أن تعذر عليه تقديم الدليل على وفائه بالدين و بالرغم من القواعد المنظمة لليمين الحاسمة لا تنص على أن اليمين لا تقبل إذا كان هناك تعسف في طلبها تكون قد خرقت الفصل 85 من قانون المسطرة المدنية 82 . "

82 - قانون المسطرة المدنية

صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

قانون المسطرة المدنية

القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2015/01/06 في الملف المدني عدد 3424/2015/2/1.

توجيه اليمين الحاسمة يعتبر تنازلاً عن كل بينة سواها

اليمين الحاسمة هي وسيلة إثبات أقرها القانون للطرف المتحمل بعبء الإثبات و لا سلطة للمحكمة في تقدير ضرورة إجراء هذه اليمين التي وجهها المطالب بالإثبات لإقامة الدليل على ما يدعيه .

إذا وجه اليمين الحاسمة لدائنه على براءة ذمته من الدين المطالب به و حلف هذا الأخير أمام المحكمة بأنه لا زال دائناً للأول و أشهدت المحكمة على أدائها ، فإن ذلك يجعل النزاع بشأن الدين قد حسم بصفة نهائية و يخرج بذلك النزاع عن دائرة الإثبات ، و يمنع على من وجهها الإستدلال بوسيلة أخرى لنفي مضمونها ،

القرار عدد 9/246

المؤرخ في 2017/3/30

الصادر عن محكمة النقض في الملف مدني عدد 2016/9/1/3810

اليمين المتممة

القرار رقم (.....) الصادر بتاريخ (.....) في الملف الشرعي رقم (.....)

اليمين المتممة ... توجيهها ... حجة ناقصة، لا

قاعدة:

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: اليمين

الفصل 85

إذا وجه أحد الأطراف اليمين إلى خصمه لإثبات ادعاء أوردها هذا الأخير لحسم النزاع نهائياً فإن الخصم يؤدي اليمين في الجلسة بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية.

يؤدي الطرف اليمين بالعبارة الآتية: "أقسم بالله العظيم" وتسجل المحكمة تأديته لليمين.

ثانية توجب حقا مع قسم في المال أو ما آل للمال تؤم. شهادة العدل ... الخ تحفة ابن عاصم

إذا كانت حجة المدعى ناقصة شرعا وجب استبعادها ولا تزكى باليمين المتممة، إذ اليمين المتممة إنما تتوجه في الحالات التي تكون فيه الحجة شهادة ينقصها النصاب القانوني، لهذا تكون المحكمة قد خالفت قواعد الفقه هذه حين أعملت حجة اعتبرتها ناقصة و دعمتها باليمين المتممة.

الشهادة:

قانون المسطرة الجنائية المغربي

الباب السادس: الاستماع إلى الشهود

المادة 117

يوجه قاضي التحقيق بواسطة أحد أعوان القوة العمومية استدعاء لأي شخص يرى فائدة لسماع شهادته قصد الحضور أمامه، وتسلم له نسخة من الاستدعاء.

يمكن استدعاء الشهود أيضا بواسطة الأعوان القضائيين أو برسالة مضمونة أو بالطريقة الإدارية، كما يمكنهم الحضور بمحض إرادتهم.

المادة 118

يتعين على كل شخص استدعي لسماعه بصفته شاهدا، أن يحضر ويؤدي اليمين القانونية عند الاقتضاء، وأن يدلي بشهادته، وذلك تحت طائلة العقوبات المقررة في القانون.

غير أنه يمكن للشخص الموجهة ضده شكاية مرفقة بالمطالبة بالحق المدني أن يرفض سماعه بصفة شاهد، وعلى قاضي التحقيق أن يشعره بهذا الحق، وأن يطلع على الشكاية ويضمن هذا الإجراء في المحضر، وفي حالة الرفض لا يمكن سماع الشخص المذكور إلا بصفته متهماً.

المادة 119

يستمتع قاضي التحقيق بمساعدة كاتبه إلى كل شاهد على حدة وبدون حضور المتهم.

يحرر محضر بتصريح كل شاهد.

المادة 120

إذا كان الشهود يتكلمون لغة أو لهجة أو لسانا يصعب فهمه على المتهمين أو الأطراف أو الشهود الآخرين أو قاضي التحقيق، فإن قاضي التحقيق يستعين إما تلقائيا وإما بناء على طلب من المتهم أو

الأطراف، بكل شخص قادر على الترجمة، شريطة أن يكون بالغاً من العمر 18 سنة وغير مدعو لأداء شهادته في القضية.

إذا كان المترجم غير محلف وجب أن يؤدي أمام قاضي التحقيق يمينا على أن يترجم بأمانة. إذا أثير أثناء القيام بالترجمة نزاع يتعلق بأمانتها، فلقاضي التحقيق أن يقرر ما إذا كان من الملائم تعيين مترجم آخر.

المادة 121

توجه الأسئلة وترد الأجوبة عنها كتابة إذا كان الشاهد أصماً أو أكمماً، فإذا كان لا يعرف الكتابة يساعده شخص اعتاد التحدث معه، فإن لم يكن من يساعده حاضراً فأى شخص قادر على التفاهم معه، وتسري على هذا الشخص المقتضيات المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 120.

يضمن في المحضر اسم المترجم العائلي والشخصي وسنه ومهنته ومحل سكنه واليمين التي أداها، ويوقع المحضر المترجم نفسه أو يضع بصمته أو يشار إلى تعذر ذلك.

المادة 122

يطلب من الشهود، قبل سماع شهادتهم حول الوقائع، أن يبينوا أسماءهم العائلية والشخصية وسنهم وحالتهم العائلية ومهنتهم ومحل سكنهم، وعند الاقتضاء قبيلتهم والفخذة التي ينتمون إليها وما يربطهم بالأطراف من قرابة أو مصاهرة ودرجة هذه العلاقة إن وجدت، وما إذا كانوا يعملون تحت إمرة أحد الأطراف أو هم من فاقدى الأهلية.

ينص في المحضر على هذه الأسئلة والأجوبة عنها.

يجوز أن تتلى على الشهود المقتضيات الجنائية المتعلقة بالمعاقبة على شهادة الزور.

المادة 123

يؤدي كل شاهد بعد ذلك اليمين حسب الصيغة التالية:

« أقسم بالله العظيم على أن أشهد بدون حقد ولا خوف، وأن أقول الحق كل الحق وأن لا أشهد إلا بالحق».

تسمع شهادة القاصرين الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من عمرهم وكذا الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة جنائية دون يمين.

يعفى أصول المتهم وفروعه وزوجه من أداء اليمين.

لا يعد سبباً للبطلان أداء اليمين من شخص معفى منها أو فاقد الأهلية أو محروم من أداء الشهادة.

المادة 124

يدعى الشاهد بمجرد الانتهاء من أداء شهادته إلى قراءة نصها كما نقلت عنه، فإن تمسك بما صرح به، يطلب منه التوقيع وتذييل كل صفحة على حدة.

إذا كان الشاهد أمياً، يتلو عليه كاتب الضبط نص الشهادة ثم يضع الشاهد بصمته على كل صفحة بدلاً من تذييل الصفحات والتوقيع عليها.

إذا رفض الشاهد التوقيع أو وضع البصمة أو تعذر عليه ذلك، نص عليه في المحضر.
يوقع القاضي والكاتب على كل صفحة، وكذلك الترجمان إن تمت الاستعانة به.

المادة 125

يمكن لقاضي التحقيق أن يستجوب الشاهد وأن يجري مواجهة بينه وبين شهود آخرين أو المتهمين بحضور دفاعهم ما لم يتنازلوا عن ذلك صراحة، وأن يقوم بإشراكهم في كل تشخيص للجريمة و في كل العمليات المفيدة لإظهار الحقيقة.

المادة 126

يجب ألا تتضمن المحاضر أي كتابة بين السطور، ويصادق قاضي التحقيق وكاتب الضبط والشاهد، وعند الاقتضاء الترجمان على ما يقع من تشطيات وما يلحق بالهامش، وفي حال عدم المصادقة عليها تعتبر كأن لم تكن.

يسري نفس الحكم على المحضر الذي لم يوقع بكيفية صحيحة وعلى الصفحات التي لم تذيّل أو لم يقع بصمها من الشاهد، ما لم ينص المحضر على تعذر ذلك وفقاً للمادة 121 أعلاه.

المادة 127

يحق لكل شاهد حضر لأداء الشهادة أن يحصل بناء على طلبه على تعويض عن الحضور، وعند الاقتضاء، تعويض عن الإقامة. وله أيضاً أن يسترد مصاريف السفر.

تؤدى هذه التعويضات والمصاريف فوراً بعد أن يحددها قاضي التحقيق وفقاً للتعريف القانونية.

المادة 128

إذا لم يحضر الشاهد ثم وجه إليه استدعاء ثان، إما برسالة مضمونة مع إشعار بالاستلام أو باستدعاء بلغ بصفة قانونية بواسطة عون للتبليغ أو عون قضائي أو بطريقة إدارية وبقي دون جدوى، جاز لقاضي التحقيق بناء على ملتزمات النيابة العامة، أن يجبره على الحضور بواسطة القوة العمومية وأن يصدر في حقه أمراً بأداء غرامة تتراوح بين 1.200 و 12.000 درهم.

غير أنه إذا حضر الشاهد فيما بعد وقدم اعتذاراً أو مبرراً، فيمكن لقاضي التحقيق بناء على ذلك إعفاؤه من الغرامة كلياً أو جزئياً بعد تقديم ملتمس النيابة العامة.

ويمكن بناء على ملتزمات النيابة العامة إصدار نفس العقوبة على الشاهد الذي يمتنع رغم حضوره من أداء اليمين أو من الإدلاء بشهادته، ويمكن إعفاؤه من الغرامة كلياً أو جزئياً إذا عدل عن امتناعه قبل انتهاء التحقيق.

وتصدر العقوبة المنصوص عليها في هذه المادة بموجب أمر قضائي غير قابل لأي طعن.

المادة 129

تتخذ الشرطة أو الدرك الملكي بناء على تسخير موجه من قاضي التحقيق التدبير المتخذ لإجبار الشاهد المتخلف عن الحضور، ويقدم الشاهد فوراً ومباشرة إلى القاضي الذي اتخذ التدبير.

المادة 130

يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 1.200 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص صرح علانية بأنه يعرف مرتكب جنائية أو جنحة ورفض الجواب على الأسئلة الموجهة إليه في هذا الصدد من قاضي التحقيق.

المادة 131

إذا كان الشاهد يقيم بالدائرة القضائية لقاضي التحقيق وادعى تعذر حضوره أمامه، فإن قاضي التحقيق ينتقل لسماع شهادته أو يصدر لهذه الغاية إنابة قضائية وفقاً للشكل المنصوص عليه في المادة 189 بعده.

إذا كان الشاهد يقيم خارج الدائرة القضائية لقاضي التحقيق، فإن القاضي يطلب من نظيره بالمحكمة التي يقيم الشاهد في دائرة نفوذها أن ينتقل إلى محل إقامة الشاهد للقيام بسماع شهادته.

إذا كان الشاهد لا يقيم في المكان الموجود فيه مقر القاضي المنتدب، فيمكن للقاضي أن يكلف أحد ضباط الشرطة القضائية للقيام بسماع الشهادة.

ترسل التصريحات المتلقاة تنفيذاً للقرارات السابقة، مباشرة داخل ظرف مختوم، إلى قاضي التحقيق المكلف بالقضية.

المادة 132

إذا تبين لقاضي التحقيق عدم صحة ما ادعاه الشاهد من تعذر الحضور، أمكن له أن يحكم عليه بغرامة تتراوح بين 2.000 و10.000 درهم.

المادة 133

تطبق أثناء التحقيق الإحصائي مقتضيات المادتين 326 و327 فيما يتعلق بشهادة الوزير الأول 83 وباقي أعضاء الحكومة وممثلي الدول الأجنبية.

المادة 296

تقام الحجة بشهادة الشهود وفقاً لمقتضيات المادة 325 وما يليها إلى غاية المادة 346 من هذا القانون.

الفرع الخامس: الاستماع إلى الشهود والخبراء

المادة 325

يتعين على كل شخص استدعي بصفته شاهداً أن يحضر ويؤدي اليمين، عند الاقتضاء، ثم يؤدي شهادته.

يستدعى الشاهد تلقائياً من طرف المحكمة أو بناء على طلب النيابة العامة أو الطرف المدني أو المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية، إما برسالة مضمونة مع إشعار بالاستلام، وإما باستدعاء يبلغه عون التبليغ أو عون قضائي، وإما بالطريقة الإدارية.

ينص في الاستدعاء على أن القانون يعاقب على عدم الحضور كما يعاقب على شهادة الزور.

المادة 326

لا يمكن استدعاء أعضاء الحكومة وكتاب الدولة ونواب كتاب الدولة بصفة شهود إلا بإذن من المجلس الوزاري على إثر تقرير يقدمه وزير العدل.

إذا منح هذا الإذن، فتتلقى الشهادة وفقا للإجراءات العادية.

إذا لم يطلب الحضور، أو لم يؤذن فيه، فإن الشهادة يتلقاها كتابة بمنزل الشاهد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، أو قاض ينتدبه إذا كان الشاهد مقيما خارج دائرة نفوذ المحكمة.

ويستعين الرئيس الأول أو القاضي المعين من قبله بكاتب للضبط.

ولهذه الغاية توجه المحكمة المحالة إليها القضية إلى الرئيس الأول أو القاضي المنتدب ملخص الوقائع والطلبات والأسئلة المطلوب أداء الشهادة فيها.

تسلم الشهادة فورا إلى كتابة ضبط المحكمة التي تم تلقي الشهادة بدائرة نفوذها، أو ترسل مغلقة ومختوما عليها إلى كتابة ضبط المحكمة التي طلبت أداء الشهادة، وتبلغ فورا إلى النيابة العامة وكذا للأطراف الذين يهمهم الأمر.

تتلى الشهادة بالجلسة العلنية وتعرض على المناقشة، وإلا ترتب عن ذلك البطلان.

المادة 327

تطلب الشهادة التي يؤديها كتابة ممثل دولة أجنبية من المعني بالأمر بواسطة الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

إذا قبل الطلب، يتلقى الشهادة الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو القاضي الذي يعينه لهذه الغاية.

تتم الإجراءات وفقاً للمقتضيات المنصوص عليها في المادة 326 أعلاه.

المادة 328

يأمر الرئيس الشهود بالانسحاب إلى القاعة المعدة لهم، ولا يغادرونها إلا لأداء شهادتهم.

يتخذ الرئيس، عند الاقتضاء، جميع التدابير لمنع الشهود من التحدث بشأن القضية سواء فيما بينهم أو فيما بينهم وبين المتهم.

المادة 329

بعد انسحاب الشهود، يتولى الرئيس استنطاق المتهمين حسب الترتيب الذي يراه ملائماً دون أن يكشف عن رأيه الخاص.

لا يمكن للقضاة المستشارين ولا للنيابة العامة ولا للطرف المدني ولا لمحامي المتهم أن يلقوا أسئلة على المتهم إلا بعد استنطاقه من الرئيس وتلقى الأسئلة بواسطته أو مباشرة بعد الحصول على إذنه.

المادة 330

يستمع إلى الشهود فرادى بعد استنطاق المتهم.

يستفسر الرئيس كل شاهد عن اسمه العائلي واسمه الشخصي وسنه وحالته ومهنته ومحل إقامته، وعند الاقتضاء، عن قبيلته وعن فخذته الأصلية، وما إذا كانت تربطه بالمتهم أو الطرف المدني قرابة أو مصاهرة ودرجتها أو علاقة عمل أو كانت تربطه بهما أية علاقة أو بينهما عداوة أو خصومة. ويسأله كذلك عما إذا كان محروما من أهلية أداء الشهادة.

المادة 331

يؤدي الشاهد قبل الإدلاء بشهادته اليمين المنصوص عليها في المادة 123 أعلاه، ويترتب عن الإخلال بذلك بطلان الحكم أو القرار.

يمكن أن تتلى عليه قبل أدائه اليمين المقتضيات القانونية القاضية بالمعاقبة على شهادة الزور.

المادة 332

يستمع إلى الأحداث الذين يقل سنهم عن 18 سنة دون أداء اليمين، وكذلك الشأن فيما يخص المحكوم عليهم بعقوبة جنائية والمحرومين من الإدلاء بالشهادة أمام العدالة.

يعفى من اليمين أصول المتهم وفروعه وزوجه، وتعتبر تصريحاتهم مجرد معلومات.

غير أن أداء اليمين من شخص معفى منها أو لا أهلية له، أو محروم من أداء الشهادة، لا يعد سببا للبطلان، ما لم تكن النيابة العامة أو أحد الأطراف قد اعترض على ذلك.

المادة 333

لا يتعين على الشاهد الذي يستمع إليه عدة مرات أثناء متابعة نفس المناقشات تجديد يمينه، غير أن الرئيس يذكره عند الاقتضاء باليمين التي سبق له أن أداها.

المادة 334

لا يمكن سماع شهادة محامي المتهم حول ما علمه بهذه الصفة.

يمكن الاستماع إلى الأشخاص المقيدون بالسر المهني، وفق الشروط وفي نطاق الحدود المقررة في القانون.

المادة 335

إذا كان الشاهد يتكلم لغة أو لهجة أو لسانا يصعب فهمه، طبقت في شأنه مقتضيات المادة 120 من هذا القانون.

إذا كان الشاهد أصما أو أباكما، تطبق في حقه مقتضيات المادة 121 من هذا القانون.

المادة 336

يؤدي الشهود شهادتهم حسب الترتيب المعد من الطرف الذي طلب شهادتهم.

يستمع أولا إلى الشهود المطلوبة شهادتهم من طرف طالبي المتابعة.

غير أنه يمكن للرئيس أن يقرر خلاف ذلك.

المادة 337

يؤدي الشاهد شهادته شفهيًا، ويمكنه بصفة استثنائية أن يستعين بمذكرات بإذن من رئيس الهيئة. بعد أداء كل شهادة، يسأل الرئيس المتهم عما إذا كان لديه ما يقوله رداً على ما وقع الإدلاء به، ويطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها ضرورية، وعند الاقتضاء، الأسئلة التي تقترح عليه من القضاة المستشارين و من النيابة العامة ثم من الأطراف أو يؤذن لهم بطرحها مباشرة.

المادة 338

يجب على كاتب الضبط أن ينص في محضر الجلسة على هوية الشهود وعلى اليمين التي أديت. ويترتب عن الإخلال بذلك بطلان الحكم أو القرار. يلخص علاوة على ذلك أهم ما جاء في شهادتهم.

المادة 339

إذا لم يحضر شاهد استدعي بصفة قانونية وظهر أن تصريحه لا يستغنى عنه، فإن المحكمة يمكنها بناء على ملتصق من النيابة العامة أو تلقائياً أن تأمر بإحضار هذا الشاهد حالاً باستعمال القوة العمومية ليستمع إليه، كما يمكنها أن تؤجل القضية إلى جلسة مقبلة. وفي هذه الحالة الأخيرة، فإن الشاهد المتخلف يتحمل جميع المصاريف الجديدة المترتبة عن التبليغ وتنتقل الشهود وغير ذلك مما يحتاج إليه للحكم في القضية، ما لم يبرر تخلفه بعذر مقبول، ويجبر على الأداء مع تحديد مدة الإكراه البدني بناء على ملتصق النيابة العامة، وذلك بموجب القرار الذي تم بمقتضاه تأجيل القضية.

وتحكم المحكمة بالغرامة المنصوص عليها في المادة 128 أعلاه على الشاهد الذي يتخلف أو يرفض إما أداء اليمين أو الإدلاء بتصريحه، ولو لم يترتب عن عدم الحضور تأجيل القضية.

يمكن للشاهد المحكوم عليه من أجل عدم الحضور أن يتعرض على القرار داخل خمسة أيام من يوم التبليغ له شخصياً أو في موطنه، وتبت المحكمة في هذا التعرض.

المادة 340

يأمر الرئيس إما تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو أحد الأطراف، كاتب الضبط، بوضع محضر يسجل فيه ما قد يرد من زيادة أو تبديل أو اختلاف عند المقارنة بين شهادة الشاهد وتصريحاته السابقة. يضاف هذا المحضر إلى محضر المناقشات.

المادة 341

يجب على كل شاهد أن يبقى في القاعة بعد أداء شهادته إلى أن تنتهي المناقشات، ما لم يقرر الرئيس خلاف ذلك.

المادة 342

يمكن للرئيس إما تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو الأطراف، أن يأمر بانسحاب الشهود الذين يعينهم، وأن يرجع إلى القاعة أحدهم أو البعض منهم، وأن يستمع إليهم من جديد إما على حدة أو بحضور الآخرين، وله أن يجري مواجهة فيما بينهم أو أن يستغنى عن ذلك.

المادة 343

يمكن للرئيس قبل الاستماع إلى الشاهد أو أثناء أو عقب ذلك، أن يأمر بإخراج أحد المتهمين أو البعض منهم ليستمع إليهم فيما بعد على التوالي حول إحدى خصوصيات القضية، ولا يواصل بحث القضية إلا بعد أن يخبر كل متهم بما راج في غيبته.

المادة 344

يقوم الرئيس خلال أداء الشهادات أو عقبها بعرض جميع أدوات الاقتناع على المتهم ويسأله حول تعرفه عليها، ويعرضها كذلك عند الاقتضاء على الشهود أو الخبراء.

المادة 345

يؤدي الخبراء غير المحلفين اليمين التالية أمام المحكمة:

« أقسم بالله العظيم على أن أقدم مساعدتي للعدالة وفق ما يقتضيه الشرف والضمير ».

يستمع إلى الخبراء بالجلسة ويعرضون نتائج العمليات التقنية التي قاموا بها، ويمكنهم أثناء الاستماع إليهم أن يطلعوا على تقريرهم و على ملحقاته.

يمكن للرئيس إما تلقائياً أو بطلب من النيابة العامة أو من الأطراف أو محاميهم، أن يطرح على الخبراء كل الأسئلة التي تدخل في نطاق المهمة المعهود بها إليهم، أو يأذن لهم بطرحها مباشرة.

يحضر الخبراء المناقشات بعد الاستماع إليهم ما لم يعفهم الرئيس من ذلك، وما لم تعترض النيابة العامة أو الأطراف.

المادة 346

إذا عارض شخص استمع إليه أثناء جلسة الحكم بصفته شاهداً أو على سبيل الاستئناس فيما ورد بمستنتجات أحد الخبراء أو تقدم ببيانات تقنية جديدة، فإن الرئيس يطلب من الخبير ومن النيابة العامة والأطراف عند الاقتضاء أن يقدموا ملاحظاتهم.

تصرح المحكمة بقرار معلل إما بصرف النظر عن المنازعة ومواصلة المناقشات، وإما بتأجيل القضية إلى تاريخ لاحق، وفي هذه الحالة الأخيرة، يمكن للمحكمة أن تقرر كل تدبير تراه مفيداً بالنسبة لإجراء الخبرة.

المادة 347

يتحمل المتهمون مصاريف استدعاء الشهود المستمع إليهم بطلب منهم ومبالغ التعويضات المؤداة لهؤلاء الشهود.

غير أنه يمكن للنيابة العامة أن تستدعي بطلب منها الشهود الذين يعينهم المتهم المعوز، في حالة ما إذا ارتأت أن تصريحهم مفيد لإظهار الحقيقة.

المادة 1-347

إذا كانت هناك أسباب جدية تؤكد دلائل على أن حضور الشاهد للإدلاء بشهادته أو مواجهته مع المتهم من شأنها أن تعرض حياته أو سلامته الجسدية أو مصالحه الأساسية أو حياة أفراد أسرته أو أقاربه أو سلامته الجسدية للخطر أو مصالحهم الأساسية، جاز للمحكمة بناء على ملتمس النيابة العامة أن تأذن بتلقي شهادته بعد إخفاء هويته بشكل يحول دون التعرف عليه. كما يمكنها الإذن

باستعمال الوسائل التقنية التي تستعمل في تغيير الصوت من أجل عدم التعرف على صوته، أو الاستماع إليه عن طريق تقنية الاتصال عن بعد.

المادة 2-347

تطبق أمام هيئة الحكم مقتضيات القسم الثاني المكرر من الكتاب الأول من هذا القانون، المتعلقة بحماية الضحايا والشهود والخبراء والمبلغين.

الشهادة في القضايا المدنية

قانون المسطرة المدنية المغربي صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

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

الفرع الرابع: الأبحاث

الفصل 71

يجوز الأمر بالبحث في شأن الوقائع التي يمكن معاينتها من طرف الشهود والتي يبدو التثبت منها مقبولا ومفيدا في تحقيق الدعوى.

الفصل 72

يبين الحكم الذي يأمر بالبحث الوقائع التي سيجري بشأنها وكذلك يوم وساعة الجلسة التي سيتم فيها.

يتضمن الحكم استدعاء الأطراف للحضور وتقديم شهودهم في اليوم والساعة المحددين أو إشعار كتابة الضبط خلال خمسة أيام بأسماء الشهود الذين يرغبون في الاستماع إليهم.

الفصل 73

يجوز للقاضي أيضا أن يقرر الانتقال إلى عين المكان والاستماع إلى الشهود فيه.

الفصل 74

يجوز للأطراف استدعاء شهودهم مباشرة برسالة مضمونة أو عن طريق كتابة الضبط وفق الشروط المنصوص عليها في الفصول 37 و38 و39.

الفصل 75

لا تقبل شهادة من كانت بينهم وبين الأطراف أو أزواجهم رابطة مباشرة من قرابة أو مصاهرة من الأصول، أو الفروع أو الحواشي إلى الدرجة الثالثة بإدخال الغاية عدا إذا قرر القانون خلاف ذلك.

لا تقبل أيضا شهادة الأشخاص الذين نص القانون أو أمر قضائي بأنهم عديمو الأهلية لتأدية الشهادة في كل الإجراءات وأمام القضاء.

الفصل 76

يستمتع إلى الشهود على انفراد سواء بمحضر الأطراف أو في غيبتهم.

يصرح كل شاهد قبل سماع شهادته باسمه العائلي والشخصي وحرفته وسنه وموطنه وما إذا كان قريبا أو صهرا للأطراف مع ذكر الدرجة أو خادما أو عاملا عند أحدهم.

يقسم الشاهد تحت طائلة البطلان على قول الحقيقة.

لا يؤدي الأفراد الذين لم يبلغوا ست عشرة سنة كاملة اليمين ولا يستمع إليهم إلا على سبيل الاستئناس.

يمكن إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم لبعض.

الفصل 77

يجب أن يكون بين يوم تسليم الاستدعاء ويوم حضور الشهود خمسة أيام على الأقل إذا كان الشاهد يقيم بدائرة نفوذ المحكمة الابتدائية أو بمركز مجاور لها ويمدد هذا الأجل إلى خمسة عشر يوما إذا كان يقيم خارج مقرها في أي مكان آخر من تراب المملكة.

يمكن الحكم على الشهود المتخلفين بحكم قابل للتنفيذ رغم التعرض أو الاستئناف بغرامة لا تتعدى خمسين درهما.

يجوز استدعائهم من جديد فإن تخلفوا مرة ثانية حكم عليهم بغرامة لا تتعدى مائة درهم.

غير أنه يمكن إعفاء الشاهد بعد أداء شهادته من العقوبة الصادرة عليه إذا قدم عذرا مقبولا.

الفصل 78

إذا أثبت الشاهد أنه يستحيل عليه الحضور في اليوم المحدد جاز للقاضي منحه أجلا أو الانتقال بنفسه قصد تلقي شهادته.

إذا كان الشاهد يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة أمكن الاستماع إلى شهادته بواسطة إنابة قضائية.

الفصل 79

إذا وجه أي تجريح إلى الشاهد ينظر فيه في الحال على أن يكون الحكم في ذلك غير قابل للاستئناف أو للطعن بالنقض إلا في وقت واحد مع الحكم المتعلق بالجواهر إن كان هو نفسه قابلا لنفس طرق الطعن.

يمكن تجريح الشهود لعدم أهليتهم لأداء الشهادة أو للقراة القريبة أو لأي سبب خطير آخر.

الفصل 80

يجب تقديم التجريح قبل أداء الشهادة عدا إذا لم يظهر سببه إلا بعد ذلك.

إذا قبل التجريح في هذه الحالة الأخيرة ألغيت الشهادة.

الفصل 81

يجب أن يؤدي الشاهد شهادته شفاهيا ولا يمكن له أن يستعين بمذكرات إلا بصفة استثنائية وبعد إذن القاضي له بذلك.

يجوز للقاضي تلقائياً أو بطلب من الأطراف أو من أحدهم استفسار الشهود عن كل ما يراه ملائماً لتوضيح الشهادة.

الفصل 82

لا يجوز للطرف أن يقاطع الشاهد أثناء إدلائه بها أو أن يوجه إليه أسئلة مباشرة. تقرأ لكل شاهد شهادته ويوقع عليها أو يذكر فيها أنه لا يعرف أو لا يريد التوقيع.

الفصل 83

يحرر كاتب الضبط في جميع الأحوال محضراً بشهادة الشهود ويوقع هذا المحضر حسب الأحوال من طرف القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية أو رئيس الجلسة ويرفق بأصل الحكم ويبين اليوم ومكان وساعة الاستماع وغياب أو حضور الأطراف والأسماء العائلية والشخصية والمهن وسكنى الشهود وأدائهم اليمين وتصريحاتهم وإذا كانت هناك رابطة تتعلق بالزوجية أو القرابة أو المصاهرة أو الخدمة أو العمل عند الأطراف وأوجه التجريح وشهادتهم والإشارة إلى تلاوتها عليهم

الفصل 84

يبت القاضي حالاً بعد البحث أو يؤخر القضية إلى جلسة مقبلة.

تعد المادة 404 من قانون الالتزامات والعقود الشهادة من بين وسائل الإثبات حيث تنص على: وسائل الإثبات التي يقررها القانون هما:

- إقرار الخصم
- الحجة الكتابية
- شهادة الشهود
- القرينة

حدود شهادة الشهود

قانون الالتزامات والعقود يمنع قبول شهادة الشهود لإثبات الالتزامات التي تفوق قيمتها عشرة الاف درهما، فإنه يجوز قبولها في المواد التجارية، وفي الوقائع التي يتعذر بحكم طبيعتها أن تكون موضوع حجة سابقة لقيام النزاع،

نص الفصل 71 من ق م م على أنه "يجوز الأمر بالبحث في شأن الوقائع التي يمكن معاينتها من طرف الشهود، والتي يبدو التثبت منها مقبولاً ومفيداً في تحقيق الدعوى." و بينت الفصول 72 و 73 و 74 من ق م م المقننات الضابطة للحكم بالشهادة وظروف تنفيذه وملخصها، أن الحكم التمهيدي بالأمر بالبحث هو الذي يبين الوقائع التي تجري الشهادة بشأنها، وكذا يوم وساعة الجلسة التي يتم فيها، كما يتضمن استدعاء الأطراف للحضور وتقديم شهودهم إذا رغبوا في استدعاء شهودهم مباشرة أو إشعار كتابة الضبط خلال خمسة أيام بأسماء الشهود الذين يرغبون في الاستماع إليهم، ليتم استدعاؤهم من

قبلها، وفق القواعد الخاصة بتوجيه الاستدعاءات.
الفصول 37 و ما يليه من قانون المسطرة المدنية

المشتري، وجاء أمام المحكمة ليشهد بما سمعه أو رآه .
والأصل في الشهادة المباشرة أن تكون شفوية، بحيث يدلي الشاهد بشهادته دون
الاستعانة بأية مذكرة وإن كان المشرع المصري يجيز للشاهد الاستعانة بمفكرات
مكتوبة بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى، وذلك ما
ورد صراحة في المادة 90 من قانون الإثبات المصري.
إثبات التصرفات القانونية التجارية.

تنص المادة 334 من مدونة التجارة على حرية إثبات التصرفات القانونية بين
التجارة.

جاء في قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) الصادر بتاريخ 1991/5/29 أن
المحكمة اعتبرت شهادة الشاهدين المستمع إليهما في المرحلة الابتدائية غير كافية لإثبات
مديونية المطلوب في النقض باعتبار أن المبلغ المدعى فيه يقوق 250 درهما على الرغم
من أن المعاملة حسبما وقع التمسك بها بين تاجرين بعدد معاملات تجارية ويمكن
الاعتماد في إثباتها على شهادة الشهود، استثناء من القاعدة العامة، كما تقضي بذلك
الفقرة الأخيرة من الفصل 448 من ق ل ع مما يكون معه القرار المطعون فيه الذي
اعتمد مقتضيات الفصل 44 من ق ل ع دون التثبت من صفة الدين، والطرفين خارفا
لمقتضيات الفصلين المذكورين.

- قرار المجلس الأعلى عدد 1358 بتاريخ 1991-5-29 في الملف المدني عدد
87/3169 منشور بمجلة الإشعاع عدد 6 دجنبر 1991، ص: 59.

**يجوز إثبات الواقعة المادية بجميع طرق الإثبات القانونية ومنها شهادة الشهود والبينة
والقرائن.**

جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2004/3/31 " ...ما دام أن الشاهدة لم
يتم الاستماع إليها واكتفى فقط المشغل بالإدلاء بصورة لتصريح لها، فإن هذا غير كاف

لأن الشهادة المعتمدة هي التي تؤدي عنها اليمين القانونية، وبذلك فالمحكمة وما لها من سلطة تقديرية في تقييم شهادة الشهود عندما اعتبرت بأن ما نسب للأجير من أخطاء لا يستند فيه على دليل كان لإثباته مما يشكل إخلالا من طرف المشغل في فصله للأجير

- قرار عدد 301 بتاريخ 2004/03/31 ملف اجتماعي عدد 2003/1/5/1251 امحمد لفروجي

دلائل عملية عدد 2 الإثبات أمام المحاكم من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000-2005 في القضايا التجارية والجنائية والاجتماعية والإدارية والمدنية، مطبوعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2005.

شهادة اللفيف

اللفيفية لا تقوم حجة على الشراء، اذا استند شهودها فقط الى المخالطة والمجاورة وشدة الاطلاع على الاحوال، لان عقد الشراء يتوقف على الايجاب من البائع والقبول من المشتري، وهما من مدركات السمع فلا يحصلان الا به لقول المتحف:

(ويشهد الشاهد بالإقرار - من غير اشهاد على المختار - بشرط ان يستوعب الكلام - من المقر البدء والتمام).

القرار رقم 1346 بتاريخ 1988/11/15 ملف عقاري عدد 86/5105
مجلة المحاكم المغربية

عدد 63

116

القرار عدد 2461 المؤرخ في : 2005/9/21 الملف المدني عدد: 2003/7/1/130
القسمة - إثبات القسمة بشهادة اللفيف (لا) القسمة من العقود الإنشائية التي لا بد فيها من حجة ثابتة التاريخ ومستند خاص بالحضور والمعينة، والمحكمة لما أخذت باللفيف المدلى به لإثبات وقوع قسمة رضائية مستند علم الشهود المخالطة بين المطلوب وموروث الطالبين، رغم أن مستند الشهود هو المخالطة و المجاورة ، و ليس المستند الخاص الذي هو شرط أساسي في إثبات القسمة الرضائية باللفيف ، فانها تكون قد خالفت قواعد الفقه المالي و عرضت قرارها للنقض .

القسمة و باقي العقود الإنشائية يجب إثباتها بوثيقة رسمية أو عرفية، و لا تثبت باللفيف لأنها لا تقبل إلا للضرورة.

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 790 بتاريخ 09/12/1997

الفصل 401 من ق ل ع ينص "لا يلزم لإثبات الالتزامات أي شكل خاص إلا في الأحوال التي يقرر القانون فيها شكلا معيناً إذا قرر القانون شكلاً معيناً، لم يسغ إجراء إثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه إلا في الأحوال التي يستثنىها القانون." كما ينص الفصل 402 من ق ل ع "إذا لم يكن العقد خاضعاً لشكل خاص واتفق عقده صراحة على أنهما لا يعتبران تاماً إلا إذا وقع في شكل معين، فإن الالتزام يكون موجوداً إلا إذا حصل في الشكل الذي اتفق عليه المتعاقدان."

محكمة النقض في قرارها عدد 2014 بتاريخ 12 أبريل 1996 في الملف رقم 1259-92:

«إن اللفيق الذي يثبت الملكية هو الذي يشهد شهوده بحيازة وتصرف المشهود له للمشهود به ونسبته إلى نفسه ونسبة الناس إليه وعدم التنازع والتفويت طيلة مدة الحيازة الشرعية حتى تاريخ أداء الشهادة... المحكمة التي قضت بصحة تعرض المتعرض الذي أدلى بملكية لم يشهد شهودها للمشهود له بالملك ونسبة الملك إليه وعدم المنازعة تكون قد جردت قرارها من الأساس القانوني وخرقت قاعدة فقهية جوهرية»

حيث صح ما عابه الطاعنون على القرار المطعون فيه، فهو رد ملكيتهم بعلّة أنه تبين أن المدعى فيه سبق أن كان محل منازعة مع موروث طالبي التحفيظ بعد الدعوى التي رفعها المتعرضان... بتاريخ 8/2/1977 في حين أن الملكية المذكورة تشهد للطاعنين وسلفهم بالمدة المشار إليها بالوسيلة. والمنازعة التي تجعل الملكية ناقصة على درجة الاعتبار هي التي تنصب على مدة الحيازة المشهود بها. والقرار المطعون فيه لما ذهب عكس ذلك قد علل تعليلاً فاسداً يوازى انعدامه مما يعرضه للنقض والإبطال - «. قرار محكمة النقض عدد 669 بتاريخ 20 فبراير 2002 ملف مدني 1873-1 - 2000 قضاء المجلس الأعلى 61 ، سنة 2003 ، ص 21.

نظرية الاستحقاق في القانون المغربي، الدكتورة حليلة بنت المحجوب بن حفو، ص 171، طبعة دجنبر 2010.

«لكن من حيث إن شروط إثبات الملك النسبة، كما في العمل الفاسي - تصرف المالك والنسبة وأن التنصيص على ذكر النسبة في الوثيقة كانت عدلية أو استرعائية لازم - والمحكمة المنتقد قرارها حينما عللت بأن الملكية عدد 1473 غير متوفرة على جميع شروط الملك المنصوص عليها شرعاً إذ ذكر فيها للنسبة، كانت على صواب...»

– قرار 1116 بتاريخ 14 مارس 2000 ملف مدني رقم 2309-14-9-59 (غير منشور).

القرار عدد 717

الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 8 دجنبر 1976

القاعدة:

- يمكن اعتبار اللفيف دليلا لإثبات الوقائع المادية.

- على من يدعي مخالفة شهادة شهود اللفيف للقواعد المسطرية المتعلقة بسماع الشهود وأداء اليمين أن يتمسك بذلك أمام قضاة الموضوع، فإثارته لأول مرة أمام المجلس الأعلى يكون غير مقبول.

بناء على طلب النقض المرفوع بتاريخ 1970/9/24 من طرف شركة التأمين ومن معها بواسطة نائبها الأستاذ كايولي ضد حكم محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 1970/1/16 في القضية المدنية عدد 15.098.

لكن حيث إن الليفة يمكن الاستئناس بها لإثبات وقائع مادية وعلى من يتمسك بعدم صحتها لمخالفتها للإجراءات المسطرية اللازمة لسماع شهادة الشهود أن يثير ذلك لدى قضاة الموضوع ويطلب منهم سماع الشهود بمحضر الأطراف ويتمسك بأدائهم لليمين القانونية لذلك فإن المحكمة عندما اعتبرت الليفية كوسيلة لإثبات كفالة الهالكة لوالديها بعد أن لم يطعن في شهادة شهودها بأي خرق مسطري تكون قد قدرت الحجة المعروضة عليها في نطاق سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة المجلس الأعلى. كما أن الدفع بخرق القواعد المسطرية المتبعة لسماع شهادة الشهود يكون قد أثير لأول مرة أمام المجلس الأعلى وهو لذلك غير مقبول.

فيما يتعلق بالوسيلة الثانية:

لكن حيث إن الفصل 113 من ظهير 6 فبراير 1963 لا يشترط لمنح الإيراد سوى إثبات كفالة المصاب للأصول وقت الحادثة وأن المحكمة في نطاق ما تملكه من سلطة لتقدير الحجج المعروضة عليها اعتبرت الحجة التي أدلى بها الأصول كافية لإثبات كفالة الهالكة لوالديها وقت وقوع الحادثة وفي ذلك لم تكن ملزمة بإجراء بحث في إمكانات الأصول والهالكة كما أنها لن تقلب عبء الإثبات.

لذلك فالوسيلة في جميع وجودها غير مرتكزة على أساس.

من أجله

قضى المجلس الأعلى برفض طلب النقض وعلى الطالب بالصائر.

- قرار عدد 34 بتاريخ 6-2-80 في الملف رقم 61405 منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 6 يونيو 83، ص: 145.

القرار عدد 169 الصادر بتاريخ 2015/4/7 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/351 الاصل في الانساب ثبوتها بالظن تسجيل المطلوب من طرف الهالك بسجلات الحالة المدنية يعتبر قرينة قوية على ثبوت نسبه له لا يمكن دحضها الا بحجة أقوى.

ورد في كتاب شرح قانون المسطرة الجنائية الجزء الثاني للدكتور احمد الخليلي في الصفحة 171 إن وسائل الإثبات في الميدان الجنائي هي:
(الاعتراف – الأوراق والمحركات – الشهادة – الخبرة – القرائن)

1 - الاعتراف:

وهو سيد الأدلة ويفيد اليقين لصدوره عن المتهم نفسه وقد نصت عليه المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية ويرى الأستاذ الخليلي أن الاعتراف الذي يصنف في وسائل الإثبات هو الذي يصدر عن المتهم شخصيا وبعبارات صريحة لا غموض فيها ولا إجمال ويتعلق بواقع الجريمة وعناصرها المادية والمعنوية دون إكراه مادي أو معنوي وهكذا فيجب على القضاء أن يدرس الظروف الذي صدر فيها الاعتراف .

2 - الأوراق المتضمنة لاعتراف أو لوقائع مرتبطة بالجريمة:

فهي إما أوراق شخصية صادرة عن المتهم أو أوراق صادرة عن الغير الأوراق الشخصية: ويدخل ضمنها المذكرات الشخصية أو الرسائل الصادرة عن المتهم وكل المحركات التي يكتبها المتهم ويضمن فيها اعترافه بالجريمة أو بواقعة لها علاقة بارتكاب هذه الجريمة ويشترط للاستئناس بهذه الأوراق كوسيلة إثبات أن تصل إلى ملف القضية عن طريق المشرع لكن الحجة الكتابية لا تثبت من خلال المراسلات بين المتهم ودفاعه طبقا للفصل 334 من قانون المسطرة الجنائية

الأوراق الصادرة عن الغير: ومنها

الأوراق العرفية الصادرة عن أفراد عاديين مثل الأوراق والرسائل التي يحررها أصدقاء المتهم ويدونون فيها بعض الوقائع لها علاقة بإثبات الجريمة ومنها أيضا أوراق صادرة عن بعض الموظفين العموميين أثناء مزاوتهم لمهامهم والتي لم تحرر من اجل إثبات الجريمة ومع ذلك ترد فيها وقائع لها علاقة بهذه الجريمة مثلا يقوم الموظف العمومي بتضمين بطاقة تعريف شخص معين أو شهادة مدرسية أو أية وثيقة أخرى في نطاق عمله فإذا توبع مزور تلك البطاقة أو الشهادة أو الوثيقة المدلى بها بجريمة التزوير أو استعمال وثيقة مزورة دون أن تضبط تلك الوثيقة المزورة اعتبرت الأوراق أو السجلات

التي كتبت فيها تلك التضمينات من المحررات المكتوبة التي يمكن للمحكمة أن تستأنس بها لإثبات جريمة التزوير واستعمال ورقة مزورة .
وكذا الأوراق والمحررات التي يكتبها الموظفون المعهود إليهم بالثبوت من الجريمة وجمع الأدلة عنها

ماهي القيمة الإثباتية للمحاضر

نصت المادة 286 ق م ج على انه يمكن إثبات الجريمة بجميع وسائل الإثبات القانونية ويحكم القاضي باقتناعه الصميم

أن قوة الإثبات التي للمحاضر المقامة في شأن الجرح والمخالفات من لدن ضباط الشرطة القضائية وجنود الدرك والموظفين الموكل إليهم ذلك قانونا ، لا تنسحب إلا على ما شاهده أو سمعه أو قام به محررو تلك المحاضر بأنفسهم ،

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) تحت عدد 650 صادر بتاريخ 7 يونيو 1962 في الملف عدد 8705

ونصت المادة 289 من قانون المسطرة الجنائية على أن محاضر البحث التمهيدي لا يعتد بها إلا إذا كانت صحيحة في الشكل وبمفهوم المخالفة لا تحتفظ بأية قيمة اثباتية إذا لم تحترم تلك الشكليات التي نص عليها قانون المسطرة الجنائية المغربي وتستبعد وتطبق المادة 751 من القانون المذكور.

المادة 751

كل إجراء يأمر به هذا القانون ولم يثبت إنجازه على الوجه القانوني يعد كأنه لم ينجز، وذلك مع مراعاة مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 442 المتعلقة بجلسات غرفة الجنايات.

كما أن كل محضر حرره بصفة قانونية أحد ضباط الشرطة القضائية يوثق ما لم يثبت ما يخالف ذلك، بما ضمن فيه واضعه، وهو يزاول مهام وظيفته، أنه عاينه أو تلقاه شخصيا في شأن الأمور الراجعة إلى اختصاص يعتبر من المحررات العمومية يجوز الطعن فيها بالزور إذا طالها التزوير وإن بدت صحيحة من الناحية الشكل المتطلب قانونا.

إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور

الفصل 419 من قانون الالتزامات و العقود

المادة 752

تطبق أحكام قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف رقم 1.74.474 الصادر في 11 من رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) على الدعاوى المدنية المقامة أمام القضاء الجزري، كلما كانت غير متناقضة مع مقتضيات الخاصة لهذا القانون والمتعلقة بنفس الموضوع.

ويلاحظ في المادة المدنية أن الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة عملا بالفصل 423 من قانون الالتزامات و العقود.

قرار المجلس الأعلى عدد 2338 المؤرخ في 2004.7.21 ملف مدني عدد 2003/5/1/3768

" استبعاد محكمة الاستئناف الشواهد الطبية المثبتة لإصابة الطالب بجروح بسبب الحادثة استنادا إلى مجرد تصريح أدلى به لدى الضابطة القضائية والحال أنه يجوز إثبات خلاف التصريح المذكور بجميع وسائل الإثبات ما دامت مخلفات الحادثة لا تظهر في بعض الحالات إلا بعد مدة من وقوعها يجعل قرارها فاسد التعليل."

ونصت المادة 292 ق م ج على انه يمكن إثبات عكس ما دون بتلك المحاضر بجميع وسائل الإثبات القانونية.

جاء في القرار عدد 287 الصادر بتاريخ 18-1-1973 في الملف الجنحي رقم 24123: « لما كان الفصل 291 من قانون المسطرة الجنائية لم يحدد نوعية الحجج التي يكون من شأنها أن تعارض التنصيصات الواردة في محاضر ضابط الشرطة القضائية والتي يوثق بمضمونها ما لم يثبت ما يخالف ذلك ، فإنه يسوغ لقضاة الموضوع من غير أن يكونوا قد خرخوا نص الفصل المذكور أن يعتمدوا سعيا وراء دحض ما جاء في المحضر على الصور الفوتوغرافية التي التقطها رجال الدرك الملكي أنفسهم و أرفقوها بمحاضرهم .

قرار منشور بمجلة المحاماة عدد 20 السنة 14 شهري شتنبر – اكتوبر 1982 الصفحة 122.

جاء في قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 306 لسنة 1963: " المحضر المستوفي لما يشترطه القانون يقوم حجة لا يمكن دحضها إلا بقيام الدليل القاطع على

مخالفتها للواقع بواسطة حجة تماثلها في قوة الإثبات كشهادة شهود استمع إليهم بعد أدائهم اليمين، وكالإدلاء بمحاضر أخرى وتقارير خبراء أو ما شابه ذلك من مستندات موثوق بصحتها قانوناً، وعليه فمجرد الادعاءات العارية من كل برهان لا يسوغ بحال أن تعتبر حجة مضادة

قرار المجلس الأعلى عدد 1902 المؤرخ في 2006/06/07 ملف مدني عدد 2004/2/1/2598

" إن ما تثبته الشهادة الطبية لا يمكن دحضه - فقط - بما شهد به العدلان من أتمية البائع، وهي أتمية، لا تعني انتفاء حالة المرض التي أشار إليها الفصل 54 من ق ل ع كسبب لإبطال التصرف، مما يشكل تطبيقاً خاطئاً للفصل 54 المشار إليه"

" المحكمة اعتبرت أي تصرف يبرمه المريض في مرضه، يتم صحيحاً وناظراً ما لم يقرن بالمحابة أو التوليج، دون أن تناقش إقرار المطلوبة في النقض، أثناء جلسة البحث، - والمشار له بالحكم الابتدائي - بأنها لم تؤد ثمن المبيع عياناً أمام العدلين وإنما الثمن كان تسديداً للمبالغ التي سبق أن أدتها للزوج البائع، قيد حياته، لسداد مصاريفه الطبية، وهو إقرار يتعلق بوقائع تؤثر في تحديد طبيعة التصرف، وفي تحديد أحكام القانون، واجبة التطبيق على هذه الوقائع وهذا التصرف، مما كان مع قرارها منعدم التعليل"

ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية.

القرينة القانونية تعفي من تقرر لمصلحته من كل إثبات. ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية

لا يقبل دحض حجة الا بحجة اقوى منها من حيث قوتها الإثباتية:

صنف إثبات ذات قوة مطلقة، تصلح للإثبات جميع الوقائع، سواء كانت وقائع مادية، أو تصرفات قانونية، وبغض النظر عن قيمة الحق المراد إثباته، كالكتابة.

صنف ذات قوة محدودة في الإثبات، وهي التي تصلح لإثبات بعض الوقائع القانونية و المادية، وهي: الشهادة، والقرائن القضائية، واليمين المتممة.

ونصت المادة 291 ق م ج على إن كل محضر جاء مخالفاً لما سبق يعتبر مجرد معلومات و استثناءاً من المبدأ العام نصت المادة 292 فانه إذا كان هناك نص خاص فلا يمكن الطعن في المحضر إلا بالزور

مثل المحاضر التي يحررها الموظفون والأعوان المكلفون ببعض مهام الشرطة القضائية طبقاً للمادة 27 من قانون المسطرة الجنائية التي تنص على أنه :

يمارس موظفو وأعوان الإدارات والمرافق العمومية الذين تسند إليهم بعض مهام الشرطة القضائية بموجب نصوص خاصة، هذه المهام حسب الشروط وضمن الحدود المبينة في هذه النصوص، كالأعوان المكلفين بالمياه والغابات ، المحاضر التي يحررها الموظفون المكلفون بجزر الغش ومحاضر رجال الجمارك و غيرهم المشار اليه في القوانين الخاصة -84-

الفرع الرابع من قانون المسطرة الجنائية:

الموظفون والأعوان المكلفون ببعض مهام الشرطة القضائية

المادة 27

يمارس موظفو وأعوان الإدارات والمرافق العمومية الذين تسند إليهم بعض مهام الشرطة القضائية بموجب نصوص خاصة، هذه المهام حسب الشروط وضمن الحدود المبينة في هذه النصوص.

المادة 28

يجوز للوالي أو العامل، في حالة الاستعجال، عند ارتكاب جرائم تمس أمن الدولة الداخلي أو الخارجي، أن يقوم شخصياً بالإجراءات الضرورية للثبوت من ارتكاب الجرائم المبينة أعلاه أو أن يأمر كتابة ضباط الشرطة القضائية المختصين بالقيام بذلك، ما لم يخبر بإحالة القضية إلى السلطة القضائية.

يجب على الوالي أو العامل في حالة استعماله لهذا الحق، أن يخبر بذلك فوراً ممثل النيابة العامة لدى المحكمة المختصة، وأن يتخلى له عن القضية خلال الأربع والعشرين ساعة الموالية للشروع في العمليات و يوجه إليه جميع الوثائق ويقدم له جميع الأشخاص الذين ألقى عليهم القبض.

يجب على كل ضابط من ضباط الشرطة القضائية تلقى أمراً بالتسخير من الوالي أو العامل عملاً بالمقتضيات أعلاه، وعلى كل موظف بلغ إليه أمر القيام بحجز عملاً بنفس المقتضيات، أن يمتثل لتلك الأوامر وأن يخبر بذلك فوراً ممثل النيابة العامة المشار إليه في الفقرة السابقة.

إذا تبين للنيابة العامة أن القضية من اختصاص المحكمة العسكرية، فإنها توجه الوثائق إلى السلطة الحكومية المكلفة بالدفاع الوطني وتأمّر فوراً عند الاقتضاء بتقديم الأشخاص الملقى عليهم القبض إلى السلطة المختصة وهم في حالة اعتقال وتحت الحراسة.

وتصنف الرخص أو الشهادات أو الكتيبات أو البطاقات أو النشرات أو التواصل أو جوازات السفر أو أوامر الخدمة أو أوراق الطريق أو جوازات المرور، أو أية وثيقة أخرى تصدرها الإدارات العامة إثباتاً لحق أو هوية أو صفة أو منح ترخيص درهم الواردة في مجموعة القانون الجنائي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي كما تم تعديله ضمن أنواع خاصة من الوثائق الإدارية والشهادات و ما عداها اعتبرها القانون الجنائي أوراقاً رسمية أو عمومية يحررها كل واحد من رجال القضاء أو الموظفين العموميين أو الموثقين أو العدول أثناء قيامه بوظيفته، تتميز هذه الوثائق الإدارية عن الوثائق الرسمية أو العمومية كون الاستدلال بها محصور في الزمن الذي تنص عليه وفي جميع الشهادات الإدارية لا تتجاوز المدة ثلاثة أشهر وتسلم من طرف السلطة الإدارية بناء على الطلب.

تقرير مدير السجن بارتكاب جنحة أو جنابة

الجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 1999/09/16 الصفحة 2283

ظهير الشريف رقم 1.99.200 صادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999)

بتنفيذ القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية

الباب الخامس

الحوادث

المادة 72

يجب على مدير المؤسسة، التي ارتكبت فيها جنابة أو جنحة، أن يحرر تقريراً بذلك، وأن يشعر بها مباشرة وعلى الفور وكيل الملك ومدير إدارة السجون.

يجب عليه ضبط الفاعل فوراً.

المادة 73

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.

القرار عدد 7/690

الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 09/05/2018

في ملف جنحي عدد 2017/7/6/17346

حيث إنه لما قضت المحكمة ببراءة المطلوب في النقض من جنحة حيازة المخدرات مقتصرة في تعليل ذلك على انكاره و عدم وجود بالملف ما يؤيد الجنحة المذكورة من وسائل الإثبات القانونية و عدم توفر عناصرها التكوينية دون مناقشة تقرير مدير السجن بطنجة المؤرخ في 17/02/2012 و الذي تضمن أن موظف بالسجن ضبط حوالي 140 غرام من مخدر الشيرا و و 30 قرص مهلوس من نوع فاليوم من المتهم تكون قد عللت قرارها تعليلًا ناقصًا و عرضته للنقض

قضت بنقض و إبطال القرار الصادر عن غرفة الجرح الاستئنافية بمحكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 10/05/2017 في القضية ذات العدد 2016/2602/2034 .

أنواع المحاضر بحسب قيمتها الثبوتية

1 - محاضر يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس.

2 - محاضر تعد مجرد معلومات.

3- محاضر يوثق بمضمونها إلى أن يطعن فيها بالزور.

محاضر يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس:

لقد نص المشرع المغربي على هذا النوع من المحاضر في الفصل 290 من قانون المسطرة الجنائية.

يقصد بمضمن المحاضر جميع ما تم تضمينه وتدوينه وتحريره من طرف ضابط الشرطة القضائية المختص من وقائع وأحداث لها صلة بالجريمة المرتكبة ،

المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قراره تحت عدد 650 صادر بتاريخ 7 يونيو

1962 في الملف عدد 8705 الذي جاء فيه ب- « أن قوة الإثبات التي للمحاضر

المقامة في شأن الجرح والمخالفات من لدن ضباط الشرطة القضائية وجنود الدرك

والموظفين الموكل إليهم ذلك قانونا ، لا تتسحب إلا على ما شاهده أو سمعه أو قام به

محررو تلك المحاضر بأنفسهم ، وليس على ما تضمنته تصريحات تلقوها من غيرهم

شأنها أن تحمل الصدق والكذب . وعليه إذا كان المحضر متضمنا لإقرار المتهم أمام ضابط الشرطة القضائية المحرر له ثم رجع المتهم عن إقراره أمام المحكمة ، فإنه يعود إلى هذه بما لها من سلطة تقديرية مطلقة بخصوص وقائع النازلة أن تقبل ذلك الرجوع وتعتبر أن ما صرح به المتهم لدى السلطة غير مطابق للوقائع

– قرار منشور بمجلة القضاء والقانون عددي 52-53 ، الصفحة 92.

وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 1581 بتاريخ 3 مارس 1964 ما يلي « : تطبيقا للفصلين 291 و 292 من قانون المسطرة الجنائية ، كل محضر حرره بصفة قانونية أحد ضباط الشرطة القضائية يوثق ما لم يثبت ما يخالف ذلك ، بما ضمن فيه واضعه ، وهو يزاول مهام وظيفته ، أنه عاينه أو تلقاه شخصيا في شأن الأمور الراجعة إلى اختصاصه . وثيقة من هذا النوع تشمل التصريح الذي يؤكد بموجبه ضابط الشرطة القضائية موقع المحضر أنه انتقل شخصيا فورا إلى مكان الحادث ويسجل المعلومات المأخوذة في عين المكان .

– قرار منشور ضمن اجتهادات المجلس الأعلى في المادة الجنائية (1957-1965) ص 104-105

ويمكن إثبات عكس محاضر الجرح والمخالفات بعدة وسائل نذكر منها:

المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في عديد قراراته من بينها القرار عدد 287 الصادر بتاريخ 18-1-1973 في الملف الجنحي رقم 24123 والذي جاء فيه : « لما كان الفصل 291 من قانون المسطرة الجنائية لم يحدد نوعية الحجج التي يكون من شأنها أن تعارض التنصيصات الواردة في محاضر ضابط الشرطة القضائية والتي يوثق بمضمونها ما لم يثبت ما يخالف ذلك ، فإنه يسوغ لقضاة الموضوع من غير أن يكونوا قد خرقوا نص الفصل المذكور أن يعتمدوا سعيًا وراء دحض ما جاء في المحضر على الصور الفوتوغرافية التي التقطها رجال الدرك أنفسهم و أرفقوها بمحاضرهم .

– قرار منشور بمجلة المحاماة عدد 20 السنة 14 شهري شنتبر – اكتوبر 1982 الصفحة 122.

محاضر تعد مجرد معلومات:

القرار الجنائي الصادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) تحت عدد 95 بتاريخ 3 دجنبر 1970 والذي جاء فيه « : تكون محكمة الجنايات قد طبقت القانون تطبيقا سليما عندما ارتكزت على اعتراف المتهم المسجل بمحضر الشرطة الذي اقتنعت المحكمة بما جاء فيه ، لأن ما حواه من اعترافات يخضع تقديره لقضاة الموضوع في حدود سلطتهم المطلقة ، إن عدم تقديم أدلة الجريمة وعرضها على المتهم لا يقع تحت طائلة البطلان، سيما وأنه لم يثبت أن المتهم طالب بذلك.

إن أجزاء الحكم يكمل بعضها البعض الآخر لكون الحكم يكون وحدة واحدة ، ولهذا فإن الحكم المطعون فيه لم يخرق القانون عندما لم يعترض منطوقه لبيان الجرائم المعاقب عليها إذ ورد ذلك البيان في باقي تنصيصات الحكم .

– قرار منشور بمجلة “ القضاء والقانون ” عدد 65-66-67 شهريناير الصفحة 272.

القرار الجنائي الصادر عن المجلس الأعلى تحت عدد661 بتاريخ 02 يونيو1966 والذي جاء فيه « : أنه بمقتضى الفصلين 291 و 293 من قانون المسطرة الجنائية فإن المحاضر والتقارير في الجنايات لا تعتبر إلا مجرد بيانات لقضاة الموضوع أن يبتعدوها أو يعتمدوها حسب اعتقادهم الصميم .

– قرار منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة الجنائية (1966- 1986) الصفحة

القرار الجنائي الصادر عن محكمة الإستئناف بالجديدة تحت عدد 680 بتاريخ 01يوليوز 2010 ملف عدد 165/10 الذي جاء فيه ... « : وحيث أن المتهم وإن اعترف تمهيدا فإنه ينكر في باقي مراحل البحث والتحقيق . وحيث أن الإقرار التمهيدي الذي لا تعززه أية قرينة لا يعتبر وسيلة إثبات للإدانة . وحيث أن الشك يفسر لمصلحة المتهم وأن الشك يحوم حول اتهام المتهم الذي ينكر في سائر المراحل باستثناء ما اعترف به تمهيدا ، وأن الإقرار التمهيدي لاقيمة إثباتية له لوحده ... وتبعاً لذلك فإن قرار غرفة الجنايات كان على غير صواب عندما أدانه من أجل المنسوب إليه ويتعين إلغاؤه .

ويشمل هذا النوع من المحاضر الذي يعد مجرد معلومات ما يلي:

أولا : محاضر البحث التمهيدي في الجنايات:

قرر المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) نقض حكم أدان المتهم بجناية بناء على اعترافه المسجل بمحضر البحث التمهيدي حيث جاء في هذا الحكم ما يلي « ولئن كانت المحكمة حرصت في حكمها المطعون فيه أن الإقرافات لدى الضابطة القضائية وإن كان مجرد بيان ، فإنها قد اقتنعت بما جاء فيه ، ولكنها لم تعلق وجه هذه الإقتراف بما يؤكد ويسانده من قرائن أخرى كدلالة المتهم على الأماكن المسروقة أو العثور بين يديه على المسروقات كلا أو شهادة شهود جعلها الكل تقتنع بتلك الإقرافات وتطمئن إليها .

– قرار عدد 155 صادر بتاريخ 05 فبراير 1976.

محاضر يوثق بمضمونها إلى أن يطعن فيها بالزور

ينص الفصل 292 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي : « إذا نص قانون خاص على أنه لا يمكن الطعن في مضمون بعض المحاضر أو التقارير إلا بالزور ، فلا يمكن – تحت طائلة البطلان – إثبات عكسها بغير هذه الوسيلة .

المحاضر و التقارير التي ينص القانون صراحة على عدم جواز الطعن فيها إلا بالزور لا يمكن معارضتها بشهادة الشهود أو بالقرائن أو بالخبرة أو بغير ذلك من وسائل الإثبات ، كما لا يحق للمحكمة أن تستبعد اعتمادا على وسيلة من هذه الوسائل ، وبعبارة أخرى فإن هذا النوع من المحاضر هو استثناء من المبدأ العام في الإثبات الجنائي ، ولا تملك المحكمة إزاءه السلطة التقديرية التي خولها إياها القانون بالنسبة لسائر وسائل الإثبات الأخرى.

مضمن الإقرافات

يخضع الاعتراف كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة.

قانون المسطرة الجنائية صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله

المادة 293

يخضع الاعتراف كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة.

لا يعتد بكل اعتراف ثبت انتزاعه بالعنف أو الإكراه.

وعلاوة على ذلك، يتعرض مرتكب العنف أو الإكراه للعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي.

– جاء في المادة 293 ق م ج ما يلي : « يخضع الإقراف كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة . لا يعتد بكل اعتراف تم انتزاعه بالعنف أو الإكراه . وعلاوة على ذلك ، يتعرض مرتكب العنف أو الإكراه للعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي .

، وتقتصر الحجية القطعية على الوقائع التي شاهدها الموظف أو حدثت أمامه حين تحرير المحضر،

المحاضر و التقارير التي ينص القانون صراحة على عدم جواز الطعن فيها إلا بالزور

المادة 71 من قانون الدرك الملكي (ظهير 14 يناير 1958):

تنص هذه المادة في فقرتها الأولى على ما يلي :

تكون المحاضر موطن ثقة لدى المحاكم القضائية إن لم يثبت خلاف ما تتضمنه من مخالفات أو بعض الجنج يعهد صريحا للدرك بمشاهدتها إن لم يدع الزور فيما يتعلق بالجمرك والصيد البحري .

ظهير شريف رقم 1.57.280 بشأن مصلحة الدرك الملكي المغربي المنشور في

الجريدة الرسمية عدد 2366 بتاريخ 1959/02/28 الصفحة 498

الجزء الرابع

المحاضر

الفصل 70

المحضر هي الوثيقة التي يضمن فيها جنود الدرك ما عينوه من مخالفات أو ما قاموا به من عمليات أو ما تلقوه من معلومات.

يحرر الدرك محضرا يتضمن كل إجراء من الإجراءات الآتية :

الاعتقالات التي يباشرها أثناء القيام بمهامه ؛

المخالفات الجنائية التي يكشف عنها كيفما كان نوعها ؛

الجرائم والجنج التي يفشى إليه بها ؛

جميع التصريحات التي يفضي إليه بها أشخاص قادرين على تزويده بدلائل عن الجرائم والجنج المرتكبة ؛

جميع الحوادث الهامة التي يشاهدها وعن التي تترك آثارا بعدها وذهب الدرك يبحث بشأنها في عين المكان.

وكلما يباشر الدرك عملية ما سواء بأمر بالتسخير أو بطلب من سلطة مؤهلة لطلب مساعدته فإنه يحزر عن ذلك محضرا - ولو في حالة الفشل في مأمورياته - إثباتا لتنقله وإجراء أبحاثه.

الفصل 71

تكون المحاضر موطن ثقة لدى المحاكم القضائية إن لم يثبت خلاف ما تتضمنه من مخالفات أو بعض الجنج يعهد صريحا للدرك بمشاهدتها إن لم يدع الزور فيما يتعلق بالجمرك والصيد البحري وتعتبر

المحاضر مجرد معلومات في جميع الأحوال الأخرى وليس من الجائز أن تبطل المحاضر بدعوى عيب في صيغتها.

الفصل 93

يقوم الدرك بإجراء المراقبة في الطرق والمحافظات فيها على حرية المواصلات.

ويثبت في محضر ما يرتكبه الأشخاص من مخالفات السير في الطرق الكبرى والطرق الصغرى.

إن الأشخاص الذين يوجدون وهم في حالة قطعهم أو إتلافهم الأشجار المغروسة في جانب السبل وأماكن التنفس العمومية والمشيدات العسكرية أو في حالة تحطيمهم التماثيل الموجودة فيها يقوم الدرك حسب خطورة الوقائع بإلقاء القبض عليهم أو إثبات مخالفتهم في محضر أو يخبر بهؤلاء في تقرير بحسب خطورة الأعمال.

كما يقبض الدرك ويسوق أمام وكيل الدولة للدائرة كل من وجد يتلف السكك الحديدية أو يحولها عن أماكنها أو يضع أشياء عليها لعرقلة السير أو يحاول قطع الأسلاك وإفساد أجهزة الاستماع إلى المكالمات أو المراسلة التليغرافية أو التليفونية.

الفصل 94

يسهر الدرك على تنفيذ الضوابط الخاصة بمجاري المياه والزوارق ومراكب المرور والقنوات والتجفيفات والموانئ البحرية وكذلك الأغراس لنتشيت التلال وحماية الأراضي وترميمها.

الفصل 95

يثبت الدرك في محضر ما يرتكبه سائقو العربات والدراجات وغيرها من وسائل النقل وكذا مقاولوا النقل العمومي من مخالفات القوانين والضوابط الصادرة بمراقبة الجولان وتنسيق النقل.

إن الأشخاص الذين يتسببون بسوء معرفة أو بتغافل أو بعدم انتباه أو تهاون أو عدم مراعاة الضوابط في قتل أو جرح عن غير قصد وكذا الأشخاص الذين تسببوه في أضرار ضمن نفس الشروط يقوم الدرك بإلقاء القبض عليهم أو يثبت الوقائع في محضر.

الفصل 96

يحرر الدرك محضرا في شأن الأشخاص الذين يخالفون القرارات المتخذة بحكم الظهير الشريف المؤرخ في 9 ذي القعدة 1351 الموافق لـ 6 مارس 1933 المخولة بمقتضاه للباشوات والقواد سلطات خصوصية لحماية الحيوانات المنزلية بمعاملتها أمام الملاء معاملتها سيئة متعدية.

الفصل 97

يشارك الدرك في أعمال الشرطة البدوية وفي هذا الشأن يلقي بالخصوص القبض على الأشخاص الذين يرتكبون أضرارا في الأرياف ويفسدون السياجات والحفائر ويسرقون الفواكه أو غيرها من محصولات أرض مزروعة.

الفصل 98

يسهر الدرك على نظافة الأرياف وفي هذا الشأن يشرف على تنفيذ التدابير الخاصة بالمراقبة الصحية التي تفرضها الضوابط ويكلف بتقطيع الحيوانات الميتة أو دفنها أو إتلافها الأشخاص الراجعة إليهم حراستها.

وينبه بوجود الأوبئة التي تعتري الأناس والحيوان.

الفصل 99

يحرر الدرك محضرا في شأن الأشخاص الموجودين في حالة مخالفتهم القوانين والضوابط الخاصة بالقتص والصيد وكذا في شأن جميع الذين يخالفون الضوابط الغابوية.

مقتضيات المادة 47 من قانون الصيد البحري المؤرخ في 23 نونبر 1973

- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.73.255 المؤرخ في 23 نونبر 1973 يتعلق بتنظيم الصيد البحري

إن المحاضر المثبتة فيها المخالفات يحررها الأعوان المشار إليهم في الفصل 43 وتوجه إلى رئيس القيادة البحرية للمكان المثبتة فيه المخالفة. ويعتمد عليها إلى أن يثبت ما يخالفها.

ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.73.255 بتاريخ 27 شوال 1393 (23 نونبر 1973)

الجريدة الرسمية عدد 3187 بتاريخ 1973/11/28 الصفحة 3815

الجزء التاسع

الاختصاص والمسطرة

الفصل 43

يبحث عن المخالفات ويثبتها متصرفو البحرية التجارية والضباط المشرفون على السفن الحربية والضباط المشرفون على بواخر الدولة وقواد البواخر المعدة خصيصا لمراقبة الصيد البحري ومراقبة الملاحة والحراس البحريون وقواد وضباط الموانئ وضباط الشرطة القضائية وأعوان إدارة الجمارك وجميع موظفي الدولة الآخرين المؤهلين لهذا الغرض بموجب مرسوم.

الفصل 44

يؤهل الأعوان المشار إليهم في الفصل السابق فيما يخص البحث عن المخالفات وإثباتها لحجز بواخر الصيد من كل جنسية وللصعود إليها والقيام بجميع أعمال التفتيش والمراقبة والبحث التي يرون فيها فائدة.

ويعاقب عن منع القائد أو الربان أو رجل الطاقم الأعوان المؤهلين بصفة قانونية من إجراء أعمال البحث والتفتيش بحبس تتراوح مدته بين ثلاثة أشهر وسنة واحدة وبغرامة يتراوح قدرها بين 1.200 و24.000 درهم بصرف النظر عن العقوبات الأكثر شدة التي يمكن التعرض لها طبقا للفصلين 267 و300 والنصوص الموالية لهما من القانون الجنائي.

الفصل 45

يمكن إثبات المخالفات من بعيد إما من باخرة توجد في عرض البحر وإما من البر.

الفصل 46

يخول الأعوان محررو المحاضر الحق في أن يطلبوا مباشرة القوة العمومية لتنفيذ مأموريتهم.

الفصل 47

إن المحاضر المثبتة فيها المخالفات يحررها الأعوان المشار إليهم في الفصل 43 وتوجه إلى رئيس القيادة البحرية للمكان المثبتة فيه المخالفة.

ويعتمد عليها إلى أن يثبت ما يخالفها.

الفصل 48

يرفع رئيس القيادة البحرية القضية إلى جلالة الملك لدى المحكمة المختصة لأجل المتابعة بعد الإطلاع على المحضر المثبتة فيه المخالفة إذا كان الأمر لا يقتضي تطبيق الفصل 53 وما يليه.

الفصل 49

ترفع المتابعات :

أما إلى المحكمة القريبة من الميناء الذي يساق إليه مركب المخالفة؛ وإما فيما يخص البواخر المغربية إلى المحكمة الداخل في دائرة نفوذها الميناء المسجلة فيها الباخرة المذكورة.

محاضر الدرك الملكي المتعلقة بجنح ومخالفات الصيد البحري:

ظهير شريف رقم 1.57.280 بشأن مصلحة الدرك الملكي المغربي المنشور في

الفصل 71

تكون المحاضر موطن ثقة لدى المحاكم القضائية إن لم يثبت خلاف ما تتضمنه من مخالفات أو بعض الجنح يعهد صريحا للدرك بمشاهدتها إن لم يدع الزور فيما يتعلق بالجمرك والصيد البحري وتعتبر المحاضر مجرد معلومات في جميع الأحوال الأخرى وليس من الجائز أن تبطل المحاضر بدعوى عيب في صيغتها.

الفصل 94

يسهر الدرك على تنفيذ الضوابط الخاصة بمجاري المياه والزوارق ومراكب المرور والقنوات والتجفيفات والموانئ البحرية وكذلك الأغراس لنتثبيت التلال وحماية الأراضي وترميمها.

الفصل 99

يحرر الدرك محضرا في شأن الأشخاص الموجودين في حالة مخالفتهم القوانين والضوابط الخاصة بالقنص والصيد وكذا في شأن جميع الذين يخالفون الضوابط الغابوية.

المادة 242 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة (ظهير 9 أكتوبر 1977):

مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة

المصادق عليها بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.77.339

بتاريخ 25 شوال 1397 (9 أكتوبر 1977) كما وقع تغييرها وتنميتها على الخصوص

بمقتضى القانون رقم 99.02 المصادق عليه بالظهير

رقم 1-00-222 بتاريخ 2 ربيع الأول 1421

(5 يونيو 2000)

الباب الثاني

مسطرة المنازعات

القسم الأول

إثبات المخالفات

الفصل 233 - يقوم بإثبات الأفعال المخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية أعوان الإدارة الذين أدوا اليمين طبقا للشروط المحددة في الفصل 33-2 من هذه المدونة وضباط الشرطة القضائية وكذا كل الأعوان محررو المحاضر التابعون للقوة العمومية.

الفصل 234 - 1 - تثبت الأفعال التي تكون خرقاً للقوانين والأنظمة الجمركية عن طريق الحجز أو طريق البحث.

2 - إن الإبراء من سند الإعفاء بكفالة دون ملاحظة من الإدارة لا يحول دون اثبات الأفعال التي تكون خرقاً للقوانين والأنظمة الجمركية التي تكون قد ارتكبت خلال مدة صلاحية سند الإعفاء بكفالة ولم تكتشف إلا بعد الإبراء من هذا السند.

الفصل 235 - 1 - يحق للأعوان محرري المحاضر أن يحجزوا في كل مكان البضائع ووسائل النقل القابلة للمصادرة وكذا جميع الوثائق المتعلقة بهذه الأشياء.

2 - إن البضائع ووسائل النقل المحجوزة يجب :

- إما أن تساق وتودع بمكتب أو مركز الجمرك الأقرب لمكان الحجز؛

- وإما أن يتعهد الظنين أو شخص آخر بحراستها في مكان الحجز أو في مكان آخر.

كما يجب على الحارس أن يتكفل بحراسة هذه البضائع ووسائل النقل وتقديمها عند أول طلب لأعوان الإدارة.

3 - يجوز رفع اليد عن البضائع غير المحظورة و/أو وسائل النقل المحجوزة، غير المهيئة لارتكاب الغش أو لا توجد في وضعية غير قانونية، مقابل كفالة أو ودیعة، تمثل قيمة هذه البضائع و/أو وسائل النقل وذلك الى غاية تسوية النزاع عن طريق الصلح أو بواسطة حكم نهائي .

عندما يمنح رفع اليد تطبق أحكام الفصل 213 أعلاه.

الفصل 236 - في جميع الحالات التي تثبت فيها الجنب أو المخالفات الجمركية يسوغ للإدارة حفظ وسائل النقل والبضائع المتنازع فيها غير القابلة للمصادرة من أجل ضمان أداء العقوبات المالية المستحقة.

ويمكن السماح برفع اليد عن وسائل النقل والبضائع المذكورة، مقابل كفالة أو ودیعة لضمان أداء العقوبات المالية المستحقة.

الفصل 237 - يمكن لأعوان الإدارة أن يقوموا بأبحاث تمهيدية وأن يباشروا بمناسبة تحرياتهم تفتيش المساكن والمحلات المعدة للاستعمال المهني في كل مكان طبقاً للشروط المحددة في الفصل 41 من هذه المدونة.

الفصل 238 - مأمورو الإدارة المرتبون على الأقل في درجة مماثلة لسلم الأجر رقم 11 والأمرون بالصرف يمكنهم وحدهم لحاجات البحث التمهيدية أن يحتفظوا رهن إشارتهم، طبق شروط قانون المسطرة الجنائية بشخص أو بعدة أشخاص يرتابون في ارتكاب جنحة جمركية أو مشاركتهم فيها.

الفصل 239 - لا يمكن للأعوان محرري المحاضر إلقاء القبض على الأضناء إلا في حالة التلبس بالجنحة.

الفصل 239 المكرر - بالرغم من جميع الأحكام المخالفة لهذا الفصل تتقدم الجنب أو المخالفات الجمركية بانصرام أربع (4) سنوات تبتدئ من يوم ارتكاب هذه الجنب أو المخالفات.

القسم الثاني

حجة إثبات المخالفات

الفصل 240 - إن الأفعال المثبتة وأعمال الحجز المنجزة يجب أن تبين في محاضر متى أمكن.

ويجب أن تنص هذه المحاضر على:

- تاريخ ومكان تحريرها واختتامها؛

- أسماء وصفات ومساكن الأعوان محرري المحاضر؛

- تاريخ وساعة ومكان الحجز أو الإثبات؛

- التصريحات التي قد يدلي بها مرتكب أو مرتكبو الفعل الذي يكون خرقاً للقوانين والأنظمة الجمركية.

ويجب أن توقع هذه المحاضر من طرف محرريها ومن طرف مرتكبي الفعل إذا كانوا حاضرين. وفي حالة استحالة توقيع مرتكبي الأفعال أو رفضهم هذا التوقيع ينص على ذلك في الوثائق المذكورة.

وتسلم نسخة من المحاضر إلى مرتكبي الأفعال الحاضرين.

ويجب علاوة على ذلك أن ينص في محاضر الحجز على :

- أسباب الحجز؛

- وصف الأشياء المحجوزة مع بيان نوعها وجودتها وكميتها ؛

- التدابير المتخذة لضمان إيداعها أو حراستها أو حفظها؛

- هوية الحارس المعين عند الاقتضاء مع موافقته وتوقيعه؛

- حضور أو غياب مرتكبي الأفعال عند وصف الأشياء المحجوزة والملاحظات التي قد يقدمها ؛

- السماح عند الاقتضاء باستلام البضائع غير المحظورة أو وسائل النقل مقابل كفالة أو ودیعة.

الفصل 240 المكرر - في جميع الحالات التي تحجز فيها البضائع غير المحظورة ووسائل النقل غير

المهياة لارتكاب الغش أو التي لا توجد في وضعية غير قانونية، يقدم أعوان الإدارة محررو

المحاضر عرضاً بالسماح باستلام هذه البضائع أو وسائل النقل مقابل كفالة أو ودیعة تمثل قيمة هذه

البضائع و/ أو وسائل النقل المحجوزة.

ويضمن هذا العرض وكذا الجواب عنه في محضر داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام ابتداء من تاريخ

إثبات الجنحة أو المخالفة الجمركية.

الفصل 241 - تعفى محاضر الجمرك من إجراءات التنبر والتسجيل.

الفصل 242 - إن المحاضر المحررة بشأن الجنحة أو المخالفة لأحكام هذه المدونة من طرف عونين

للإدارة أو أكثر يعتمد عليها في الإثباتات المادية المضمنة في المحاضر الى أن يطعن في صحتها.

ويعتمد عليها في صحة وصدق الاقرارات والتصريحات المتفقاة إلى أن يثبت ما يخالفها.

أما المحاضر المحررة من طرف عون واحد للإدارة فيعتمد عليها إلى أن يثبت ما يخالفها وكذا الشأن بالنسبة للمحاضر المحررة من طرف الأعوان محرري المحاضر التابعين لإدارات أخرى ما لم تكن هناك نصوص خاصة.

الفصل 243 - 1 - لا يسوغ للمحاكم أن تقبل ضد محاضر الجمرک وجوه بطلان غير الناتجة عن إغفال الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 240 أعلاه.

2 - غير أنه يعتبر باطلا وبدون مفعول كل حجز لبضائع غير محظورة عند الاستيراد أو التصدير تكون قد اجتازت مكتب جمرک لم توضع على واجهته اللوحة المشار إليها في الفصل 30 أعلاه.

الفصل 244 - يلزم الظنين الذي يريد الطعن بالتزوير في محضر ما أن يقدم التصريح بذلك شخصيا أو بواسطة وكيل يتوفر على تفويض تشهد بصحته السلطة المحلية إلى كتابة الضبط لدى المحكمة المرفوعة إليها القضية قبل الجلسة المعينة في الاستدعاء.

ويتلقى هذا التصريح كاتب الضبط ويوقعه الظنين أو وكيله وإذا كان لا يعرف أو لا يمكنه التوقيع نص على ذلك صراحة.

وفي اليوم المحدد للجلسة، تسجل المحكمة التصريح وتحدد أجلا لمدة ثلاثة أيام على الأقل وثمانية أيام على الأكثر يلزم الظنين خلاله بأن يودع لدى كتابة الضبط وسائل طعنه بالتزوير وأسماء وصفات ومساكن الشهود الذين يريد أن تستمع إليهم المحكمة.

وعند انصرام الأجل الذي لا يقبل أي تمديد ودون حاجة إلى توجيه استدعاء جديد، تعرض القضية أمام المحكمة التي تنتظر فيما إذا كانت الوسائل وأقوال الشهود قادرة على دحض مفعول المحضر ويثبت في التزوير طبقا للقانون.

وفي حالة العكس أو في حالة عدم استيفاء جميع الإجراءات المبينة أعلاه من طرف الظنين، تصرح المحكمة بعدم قبول وسائل الطعن في التزوير وتأمر بالعدول عن إصدار الحكم.

وكل ظنين رفض طعنه بالتزوير يحكم عليه بغرامة مدنية لفائدة الخزينة يتراوح قدرها بين 500 و1.500 درهم.

الفصل 245 - يسمح للظنين الصادر عليه حكم غيابي بأن يقدم تصريحه بالطعن بالتزوير خلال الأجل الذي يمنحه إياه القانون للحضور في الجلسة من أجل التعرض الذي قدمه.

الفصل 246 - عندما يحضر محضر ضد عدة أظناء ويطعن فيه بالتزوير أحدهم أو عدد منهم فقط يواصل الإعتماد على المحضر فيما يخص الآخرين ما عدا إذا كان الفعل المطعون فيه غير قابل للتجزئة ومشتركا بين الأظناء الآخرين .

الفصل 247 - بغض النظر عن إثبات الأفعال التي تشكل خرقا للقوانين والأنظمة الجمركية بواسطة المحضر يمكن إثبات هذه الأفعال بجميع الطرق القانونية الأخرى حتى ولو لم تبد أية ملاحظة بخصوص البضائع المصرح بها.

المادتان 65 و 66 من قانون المياه والغابات (ظهير 10 أكتوبر 1917) :

تنص المادة 65 من القانون المنظم للمياه والغابات

ظهير شريف مؤرخ في 10 أكتوبر 1917 بشأن حفظ الغابات واستغلالها

على أنه :

التقارير والمحاضر التي يحررها ويكتبها الموظفون بإدارة المياه والغابات على اختلاف طبقاتهم وعليها إمضاءاتهم ، تعتبر حجة صحيحة في ثبوت المخالفات المقررة فيها ،
كيفما كانت العقوبات الناتجة عنها ، بشرط أن تكون تلك التقارير والمحاضر موقعة من طرف اثنين من المهندسين أو التقنيين أو الأعوان التابعين للمندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر في شأن الجرح والمخالفات التي تدخل في اختصاصهم ،
ويعتبر ما تضمنته تلك التقارير والمحاضر صحيحا كيفما كانت العقوبات المقررة ما لم يدع الزور فيها ، وعليه فلا تقبل حجة غيرها إلا إذا كان في ذلك خلل ما ، وإذا كانت التقارير والمحاضر المذكورة قد حررها موظف واحد - مهندس أو تقني أو عون - و أمضى عليها فإن الحجة تكون أيضا صحيحة ما لم يدع الزور فيها . وهذا يعني من جملة ما يعنيه أن جميع المحاضر أو التقارير التي ينجزها الموظفون المحلفون التابعون للمندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر يوثق بمضمونها إلى أن يطعن فيها بالزور ، وذلك بالنسبة للوقائع التي عاينوها وشاهدوها وتثبتوا منها ، وبالتالي لا تقبل أية حجة لإثبات زائد أو معارض لمحتوى هذه المحاضر على الأقل إلى أن يثبت بسبب قانوني.

أما المادة 66 من نفس القانون فقد جاء فيها بأنه كل من ادعى التزوير من المخالفين في المحاضر أو التقارير المنجزة من طرف الموظفين سالف الذكر ، ترجع دعواه إلى المحكمة المختصة ، وإذا وجدت المحكمة أن حجج من ادعى التزوير صحيحة باشرت بإجراء المتابعة وفقا للقانون ، أما إذا كانت تلك الحجج باطلة فإنها ترفض دعواه وتصدر حكمها بمعاينة مدعي التزوير . مع ملاحظة وهي أن المحاضر الأخرى التي لا تتوفر فيها مقتضيات المادة 65 يوثق بمضمونها إلى أن يثبت ما يخالفها.

محركات تشكل الدليل الكتابي في الإثبات المدني

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

الفصل 418

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 تثبتتها.

الفصل 419

الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.

إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور.

ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة.

الفصل 420

الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضا حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفتها. وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر.

الفصل 421

في حالة تقديم دعوى الزور الأصلية+، يوقف تنفيذ الورقة المطعون فيها بالزور بصدور قرار الاتهام+. أما إذا كان قرار الاتهام لم يصدر، أو وقع الطعن بالزور بدعوى فرعية للمحكمة وفقا لظروف الحال أن توقف مؤقتا تنفيذ الورقة.

الفصل 422

الورقة الرسمية التي تتضمن الشهادة المسماة: "شهادة الاستغفال" تكون باطلة بقوة القانون، ولا تكون حتى بداية حجة.

وتعتبر أيضا باطلة وكان لم تكن الورقة الرسمية التي تتضمن تحفظا 85 أو استرعاء.

=- الشهادة التحفظية: هي الشهادة التي يقيمها المشهود له ليحتفظ بحقه في ما يمكن أن يعقده من العقود والتبرعات تحت الإكراه أو الخوف أو غير ذلك؛ البهجة على شرح التحفة وكذا العمل الفاسي.

- شهادة الاستغفال: هي الشهادة التي يقيمها المشهود له في غفلة عن المشهود عليه، وهي أن يدخل الرجل شهودا خلف ستر ثم يستمر الذي يستغفل في الحديث، فيقر بشيء، فأجاز ذلك قوم وكرهه آخرون، والمشهور

الفصل 423

الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة.

2 - الورقة العرفية

الفصل 424

الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 و420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد.

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 وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.

ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه.

الفصل 426 +

يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها بشرط أن تكون موقعة منه.

أن ذلك لا يضر، وقيد بعض الفقه بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا فاسق؛ تبصرة ابن فرحون، الجزء الثاني، ص 8.

ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في أسفل الوثيقة ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه.

وإذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال.

الفصل 427

المحررات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك.

الفصل 428

تكون البرقية دليلاً كالورقة العرفية، إذا كان أصلها يحمل توقيع مرسلها أو إذا ثبت أن هذا الأصل قد سلم منه إلى مكتب البرقيات ولو لم يكن توقيعه عليه.

وتاريخ البرقيات دليل بالنسبة إلى يوم وساعة تسليمها أو إرسالها إلى مكتب البرقيات ما لم يثبت العكس.

الفصل 429

للبرقية تاريخ ثابت، إذا سلم مكتب التلغراف الصادرة عنه للمرسل نسخة منها مؤشراً عليها بما يفيد مطابقتها للأصل، وموضحاً فيها يوم وساعة إيداعها.

الفصل 430

إذا وقع خطأ أو تحريف أو تأخير في نسخ البرقية، طبقت القواعد العامة المتعلقة بالخطأ. ويفترض عدم وقوع الخطأ من مرسل البرقية، إذا كان قد طلب مقابلتها مع الأصل، أو أرسلها مضمونة، وفقاً للضوابط التلغرافية.

الفصل 431

يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه، أن ينكر صراحة خطه أو توقيعه. فإن لم يفعل، اعتبرت الورقة معترفاً بها.

ويسوغ للورثة وللخلفاء أن يقتصرروا على التصريح بأنهم لا يعرفون خط أو توقيع من تلقوا الحق منه.

الفصل 432

اعتراف الخصم بخطه أو بتوقيعه لا يفقده حق الطعن في الورقة بما عساه أن يكون له من وسائل الطعن الأخرى المتعلقة بالموضوع أو الشكل.

3 - محررات أخرى تكون الدليل الكتابي +

الفصل 433

إذا تضمنت دفاتر التاجر تقييداً صادراً من الخصم الآخر أو اعترافاً مكتوباً منه أو إذا طبقت نظيراً موجوداً في يد هذا الخصم، فإنها تكون دليلاً تاماً لصاحبها وعليه.

الفصل 434

ما يقيد في الدفاتر التجارية الكاتب المكلف بها أو المكلف بالحسابات يكون له نفس قوة الإثبات كما لو قيده نفس التاجر الذي كلفه.

الفصل 435

لا يسوغ للقاضي أن يأمر بإطلاع الخصم على دفاتر التاجر وإحصاءاتهم ولا على الدفاتر المتعلقة بالشؤون الخاصة إلا في المسائل الناتجة عن تركة أو شياح أو الشركة وفي غير ذلك من الحالات التي تكون فيها الدفاتر مشتركة بين الخصمين وكذلك في حالة الإفلاس+ وهذا الإطلاع يجوز للقاضي أن يأمر به إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصمين، أثناء النزاع وحتى قبل وقوع أي نزاع، بشرط أن تكون هناك ضرورة تقتضي هذا الإطلاع، وفي الحدود التي تقتضيه فيها.

الفصل 436

يكون الإطلاع بالكيفية التي يتفق عليها الطرفان. فإن لم يتفقا، حصل عن طريق الإيداع في كتابة ضبط المحكمة التي تنتظر في النزاع.

الفصل 437

دفاتر الوسطاء المتعلقة بالصفقات التي تمت على أيديهم، ودفاتر الغير ممن ليست لهم مصلحة في النزاع، يكون لها قيمة الشهادة غير المشكوك فيها إذا كان مسكها على وجه منظم.

الفصل 438

الدفاتر والأوراق المتعلقة بالشؤون الخاصة، كالرسائل والمذكرات والأوراق المتفرقة، المكتوبة بخط من يتمسك بها أو الموقع عليها منه، لا تقوم دليلاً لصالحه. وتقوم دليلاً عليه:

- 1 - في جميع الحالات التي يذكر فيها صراحة استيفاء الدائن لدينه أو تحلل المدين منه بأي وجه كان؛
- 2 - إذا نصت صراحة على أن القصد من التقييد فيها هو إقامة حجة لفائدة من ذكر بها عوضاً عن الحجة التي تنقصه.

الفصل 439

التأشير من الدائن على سند الدين بما يفيد براءة الذمة، ولو لم يكن موقعا منه أو لم يكن مؤرخاً، دليل عليه، ما لم يثبت العكس.

- 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؛ وُعُوِضَتْ 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- التقييد ويقوم على تفويت المقاول لأحد الأغيار مما يضمن استمرارية نشاطها؛

3- التصفية القضائية وتنبني على تصفية أصول المدين من أجل وفاء خصومه.

ويسبق الفصل في مآل المدین بفترة إعداد الحل تتغير في نطاقها قواعد غل يد المدین بالموازة مع السلطات المخولة للسندیک من تسيير کلي أو جزئي أو مراقبة، في حين تؤدي التصفية القضائية إلى غل يد المدین بقوة القانون .

قانون المسطرة المدنية

صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

قانون المسطرة المدنية

ظهیر شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447

بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974)

بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية،

كما تم تعديله

الفرع السادس: تحقيق الخطوط والزور الفرعي

الفصل 89

إذا أنکر خصم ما نسب إليه من كتابة أو توقيع أو صرح بأنه لا يعترف بما ينسب إلى الغير أمکن للمحكمة+ صرف النظر عن ذلك إن رأت أنه غير ذي فائدة في الفصل في النزاع.

إذا كان الأمر بخلاف ذلك فإنه يؤشر بتوقيعه على المستند ويأمر بتحقيق الخطوط بالسندات أو بشهادة الشهود أو بواسطة خبير عند الاقتضاء.

تطبق القواعد المقررة بالنسبة إلى الأبحاث والخبرة في تحقيق الخطوط.

الفصل 90

إن المستندات التي يمكن قبولها للمقارنة هي بصفة خاصة:

- التوقيعات على سندات رسمية؛

- الكتابة أو التوقيعات التي سبق الإقرار بها؛

- القسم الذي لم ينکر من المستند موضوع التحقيق.

يؤشر القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية حسب الأحوال على مستندات المقارنة +

الفصل 91

إذا ثبت من تحقيق الخطوط أن المستند محرر أو موقع ممن أنكره أمكن الحكم عليه بغرامة مدنية من مائة إلى ثلاثمائة درهم دون مساس بالتعويضات والمصاريف.

الفصل 92

إذا طعن أحد الأطراف أثناء سريان الدعوى في أحد المستندات المقدمة بالزور الفرعي صرف القاضي النظر عن ذلك إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على هذا المستند.

إذا كان الأمر بخلاف ذلك أنذر القاضي الطرف الذي قدمها ليصرح بما إذا كان يريد استعمالها أم لا.

إذا صرح الطرف بعد إنذاره أنه يتخلى عن استعمال المستند المطعون فيه بالزور الفرعي أولم يصرح بشيء بعد ثمانية أيام نحي المستند من الدعوى.

الفصل 93

إذا صرح الطرف الذي وقع إنذاره أنه ينوي استعمال المستند أوقف القاضي الفصل في الطلب الأصلي وأمر بإيداع أصل المستند داخل ثمانية أيام بكتابة الضبط، وإلا اعتبر الطرف الذي أثار زورية المستند قد تخلى عن استعماله.

الفصل 94

إذا وضع المستند أجرى القاضي التحقيق في الطلب العارض المتعلق بالزور الفرعي.

الفصل 95

إذا لم يضع الطرف أصل المستند المدعى فيه الزور استدعاه القاضي لوضعه بكتابة الضبط داخل ثمانية أيام إذا كان ينوي استعماله.

إذا لم يقم بذلك في الأجل المحدد أجريت المسطرة كما لو أن الخصم صرح بأنه لا ينوي استعماله.

الفصل 96

إذا كان أصل المستند المطعون فيه بالزور محفوظا في مستودع عمومي أصدر القاضي أمرا لأمين المستودع بتسليم هذا الأصل إلى كتابة ضبط المحكمة.

الفصل 97

يقوم القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية خلال ثمانية أيام من وضع المستند المطعون فيه بالزور أو أصله عند الاقتضاء بكتابة الضبط بالتأشير على المستند أو الأصل وتحرير محضر يبين فيه حالة المستند أو الأصل بحضور الأطراف أو بعد استدعائهم بصفة قانونية لذلك.

يمكن للقاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية حسب الحالات أن يأمر بتحرير محضر بحالة نسخة المستند دون انتظار وضع الأصل الذي يحرر بحالته محضر مستقل.

يتضمن المحضر بيان ووصف الشطب أو الإقحام أو الكتابة بين السطور وما شابه ذلك ويحرر المحضر بمحضر النيابة العامة ويؤشر عليه حسب الحالات من طرف القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية وممثل النيابة العامة والأطراف الحاضرون أو وكلاؤهم ويشار في المحضر إلى امتناع الأطراف أو أحدهم من التوقيع أو إلى أنهم يجهلونه +

الفصل 98

يقع الشروع فور تحرير المحضر في إثبات الزور بنفس الطريقة المشار إليها في الفصولين 89 و90.

يبت القاضي بعد ذلك في وجود الزور.

يحكم على مدعي الزور المرفوض طلبه بغرامة تتراوح بين خمسمائة وألف وخمسمائة درهم دون مساس بالتعويضات والمتابعات الجنائية.

إذا ثبت وجود الزور وظهرت عناصر تسمح بمعرفة مرتكبه أحييت المستندات على النيابة العامة طبقا لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية.

الفصل 99

يوقف تنفيذ الحكم الفاصل في الزور الفرعي بحذف أو تمزيق المستند كلا أو بعضا أو تصحيحه أو إعادته إلى أصله داخل أجل الاستئناف أو إعادة النظر أو النقض وكذا أثناء سريان هذه المساطر عدا إذا وقع التصريح بقبول الحكم أو بالتنازل عن استعمال طرق الطعن.

الفصل 100

يوقف أيضا تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع المستندات المقدمة إلى أصحابها كما هو الشأن في الحالة المعينة في الفصل السابق ما لم يؤمر بغير ذلك بناء على طلب الخواص أو الأمناء العموميين الذين يعينهم الأمر.

الفصل 101

لا يجوز تسليم نسخ من المستند المطعون فيه بالزور مادامت موضوعة بكتابة الضبط إلا بناء على حكم.

الفصل 102

إذا رفعت إلى المحكمة الزجرية دعوى أصلية بالزور مستقلة عن دعوى الزور الفرعي فإن المحكمة توقف البت في المدني إلى أن يصدر حكم القاضي الجنائي.

إن المعاملة إذا تمت بين تاجرين... فإنه يمكن الإعتماد في إثباتها على شهادة الشهود استثناء من القاعدة العامة كما تقضي بذلك الفقرة الأخيرة من الفصل 448 من قانون الإلتزامات والعقود والمادة 334 من مدونة التجارة.

مدونة التجارة

صيغة محينة بتاريخ 23 ابريل 2018

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة كما تم تعديله

ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول (1417) فاتح أغسطس 1996 (بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة

القسم الرابع: التزامات التاجر

الباب الأول: القواعد المحاسبية والمحافظة على المراسلات

المادة 18

يتعين على كل تاجر، لأغراضه التجارية، أن يفتح حسابا في مؤسسة بنكية أو في مركز للشيكات البريدية.

المادة 19

يتعين على التاجر أن يمسك محاسبة طبقا لأحكام القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التاجر العمل بها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.138 بتاريخ 30 من جمادى الآخرة 1413 (25 ديسمبر 1992) 86.

إذا كانت تلك المحاسبة ممسوكة بانتظام فإنها تكون مقبولة أمام القضاء كوسيلة إثبات بين التاجر في الأعمال المرتبطة بتجارته.

المادة 20

- ظهير شريف رقم 1.92.138 صادر في 30 من جمادى الآخرة 1413 (25 ديسمبر 1992) بتنفيذ 86 القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التاجر العمل بها؛ الجريدة الرسمية عدد 4183 بتاريخ 5 رجب 1413 (30 ديسمبر 1992)، ص 1867، كما تم تنميته وتغييره.

يجوز للأغيار أن يحتجوا ضد التاجر بمحتوى محاسبته ولو لم تكن ممسوكة بصفة منتظمة.

المادة 21

حينما تكون وثائق محاسبية متطابقة مع نظير يوجد بين أيدي الخصم، فإنها تكون دليلا تاما لأصحابها وعليه.

المادة 22

يجوز للمحكمة أثناء الدعوى أن تأمر، تلقائيا أو بناء على طلب أحد الأطراف، بتقديم الوثائق المحاسبية أو بالاطلاع عليها.

قرار المجلس الأعلى عدد : 2224 المؤرخ في : 2001/11/14

ملف مدني عدد : 99/1/3/856

إن العرف كقاعدة قانونية يفترض في القاضي العلم ومن واجبه أن يطبقه من تلقاء نفسه ولا يقع عبء إثباته على أطراف الدعوى.

محاضر المفوضين القضائيين طبق الظهير الشريف رقم 1.06.23 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين

المادة 1

المفوض القضائي مساعد للقضاء يمارس مهنة حرة وفقا لأحكام هذا القانون والنصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقه.

القرار عدد 914 المؤرخ في 2002/11/21 الملف إداري عدد 2002/2/4/2023
عون قضائي – محضر إثبات حال – حجيته في التسجيل باللوائح الانتخابية – عقود الولادة – سلطة المحكمة في الترحيح (نعم). محضر إثبات حال المحرر من طرف عون قضائي تقتصر حجيته على ما يكون قد عاينه في مسائل مادية غير التي نظم القانون وسيلة ثبوتها و لايشكل المحضر المذكور حجة رسمية لا على مكان الولادة و لا على مقر اقامة الاشخاص.

الجريدة الرسمية رقم 5400 الصادرة يوم الخميس 2 مارس 2006

ظهير الشريف رقم 1-06-23 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 03-81 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين .

اختصاصات

المادة: 15

يختص المفوض القضائي بصفته هاته ، مع مراعاة الفقرة الرابعة من هذه المادة ، بالقيام بعمليات التبليغ وبإجراءات تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات وكذا كل العقود والسندات التي لها قوة تنفيذية ، مع الرجوع إلى القضاء عند وجود أي صعوبة ، وذلك باستثناء إجراءات التنفيذ المتعلقة بإفراغ المحلات والبيوعات العقارية وبيع السفن والطائرات والأصول التجارية.

يتكلف المفوض القضائي بتسليم استدعاءات التقاضي ضمن الشروط المقررة في قانون المسطرة المدنية وغيرها من القوانين الخاصة ، وكذا استدعاءات الحضور المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية ، ويمكن له أن يقوم باستيفاء المبالغ المحكوم بها أو المستحقة بمقتضى سند تنفيذي وإن اقتضى الحال البيع بالمزاد العلني للمنقولات المادية. يقوم المفوض القضائي بتبليغ الإنذارات بطلب من المعني بالأمر مباشرة ما لم ينص القانون على طريقة أخرى للتبليغ.

ينتدب المفوض القضائي من لدن القضاء للقيام بمعاينات مادية محضة مجردة من كل رأي ، ويمكن له أيضا القيام بمعاينات من نفس النوع مباشرة بطلب ممن يعنيه الأمر.

محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض

الجريدة الرسمية رقم 5680 الصادرة في 6 نوفمبر 2008

ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008)
بتنفيذ القانون رقم

28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة.

الفرع الثاني

مهام المهنة

المادة 30

تحرير العقود، غير أنه يمنع على المحامي الذي حرر العقد، أن يمثل أحد طرفيه في حالة حدوث نزاع بينهما بسبب هذا العقد؛

مدونة الحقوق العينية

صيغة محينة بتاريخ 12 مارس 2018

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)

كما تم تنميته

المادة 4

يجب أن تحرر- تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها 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 حررتة.

تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها.

محضر المزاد العلني

قانون المسطرة المدنية صيغة مهيئة بتاريخ 20 مارس 2014

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 211

لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور.

الفصل 480

يعتبر محضر المزادة:

1 - سندا للمطالبة بالثمن لصالح المحجوز عليه ولذوي حقوقه.

2 - سند ملكية لصالح الراسي عليه المزاد.

يذكر المحضر بأسباب الحجز العقاري والإجراءات المتبعة وإرساء المزادة التي تمت.

لا يسلم المحضر مع وثائق المحجوز عليه إلا عند إثبات تنفيذ شروط المزادة.

ينصب البيع إذا تعلق الأمر بأصل تجاري على جميع عناصره بعد قيام الوصي أو المقدم بإجراءات التبليغ للبايعين السابقين وفق مقتضيات الفصل 3 من ظهير 13 من صفر 1333 (31 ديسمبر 1914) 87 .

القرار عدد 715 المؤرخ في: 2004/6/9 الملف التجاري عدد : 12335-
03/2/3/1234

بيع بالمزاد العلني - امتناع الراسي عليه المزاد من تنفيذ شروط المزايدة - إعادة البيع (نعم) - مراقبة القاضي لصحة العروض (نعم) مقتضيات المادة 119 من مدونة التجارة تطبق لما يقع البيع بالمزاد العلني وتكون هناك إجازة للبيع من طرف من طرف القاضي المنتدب ثم يمتنع الراسي عليه المزاد من تنفيذ شروط المزايدة فيؤمر . و هو وضع يختلف عن نازلة الحال بإعادة البيع على ذمة هذا الأخير . و هو وضع يختلف عن نازلة الحال التي لم يجر فيها القاضي المنتدب البيع و أصدر أمره بعدم الموافقة على العروض المقدمة .

مسطرة صعوبة المقاوله ترمي بالأساس الى حماية مصالح الدائنين و المدين .

جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي:

رغم كونه أكد انطباق حجج المتعرضين على أرض النزاع وتصرفهم فيها الثابتين من محضر الوقوف على عين المكان. ورغم أن الملف ليس فيه ما يثبت أن السيد الصالحي عباس الذي بيعت عليه أرض النزاع بالمزاد العلني هو المالك الوحيد لهذه الأرض المذكورة ذهب إلى أن العقار المبيع يظهر من أية منازعة لاحقة استنادا إلى الفصل 482 من قانون المسطرة المدنية، مع أن هذا الفصل إنما يتكلم عن مسطرة رفع دعوى الاستحقاق الفرعية لإبطال الحجز العقاري، وليس فيه ما يفيد بأن البيع بالمزاد العلني يظهر العقار المبيع من أي منازعة لاحقة كما جاء في تعليل المحكمة وأن الفصل 481 من قانون المسطرة المدنية ينص صراحة على أن إرساء المزاد لا ينقل إلى من رست عليه السمسرة الا حقوق الملكية للمحجوز عليه، وبذلك يكون القرار المذكور قد أخطأ في تطبيق الفصل 482 من قانون المسطرة المدنية الذي اعتمد عليه وأخرجه من الإطار

87 - 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 يطلب من طرف سنديك التسوية أو التصفية القضائية أو من أي مصف أو مسير قضائي أو كان قضائياً يطلب من أي ذي حق، وجب على الطالب أن يبلغ ذلك للبايعين 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".

القانوني الذي حدده المشرع. كما خالف مقتضيات الفصل 481 من قانون المسطرة المدنية.

قرار محكمة النقض عدد 5955 المؤرخ في 6-10-98 في الملف المدني عدد 94/1179

وأن محضر الحجز التحفظي المؤرخ في 10-8-1981 منصب على أرض المطلب وأن المتعرضين هم الحائزون والمتصرفون فيها، وأن المحجوز عليه عباس الصالحة كان بدوره يتصرف في القطعة الموجودة جنوب الطريق التي تشق أرض المطلب هذا فضلا عن إقرار عباس الصالحي في الرسم عدد 650 بأن الجزء المشاع المبيع لابن أخيه المعطي بن محمد هو جزء من أرض مورثة لهما من والديهما معا، وأن العقار المراد تحفيظه ثابت لموروث الجميع وأن طالب التحفيظ إنما يستند على محضر شرائه له بالمزاد العلني. ولم يثبت أنه ملك خالص وخاص بالمبيع عليه عباس بن المعطي. وأن المجلس الأعلى في قراره 5955 بالنقض والإحالة قد حسم الأمر استنادا للفصل 481 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص صراحة على أن إرساء المزاد لا ينقل إلى من رست عليه السمسرة الا حقوق الملكية المحجوز عليه مما تبقى معه إثارة ورثة طالب التحفيظ ومناقشتهم لحياسة المتعرضين وتطبيق المحكمة للفصل 474 من قانون المسطرة المدنية وما بعده واعتبار محضر البيع بالمزاد العلني سند رسميا قابلا للتذليل بالصيغة التنفيذية. كلها مردودة ما داموا لم يثبتوا كون المبيع ملكا للمبيع عليه وحده .

قرار محكمة النقض عدد: 496 المؤرخ في : 18-2-2004 ملف مدني عدد 3931-2002-1-1

مدونة الحقوق العينية

قانون رقم 39.08 يتعلق بمدونة الحقوق العينية
القسم الثالث: في الحجز والبيع الجبري للعقارات

المادة 214

يمكن للدائن الحاصل على شهادة خاصة بتقييد الرهن لفائدته مسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري 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 ومشمولاته ورقم رسمه العقاري.

يبلغ المكلف بالتنفيذ نسخة من الإنذار المذكور إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقبده بالرسم العقاري.

يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج 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 للمحجوز 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 وناظرا على الفور.

المادة 219

بالإضافة إلى الإخطار المنصوص عليه في الفصل 473 من قانون المسطرة المدنية فإن المكلف بالتنفيذ يوجه إلى المحجوز عليه وشركائه وإلى جميع أصحاب الحقوق العينية الواردة على الملك إنذارا للاطلاع على دفتر التحملات والشروط وذلك داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إيداع هذا الدفتر.

المادة 220

لا تسلم كتابة ضبط المحكمة محضر إرساء المزايمة إلا بعد أداء الثمن المستحق أو إيداعه بصندوق المحكمة إيداعا صحيحا لفائدة من له الحق فيه.

يترتب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزاو و تطهيره من جميع الامتيازات والرهن ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن.

المادة 221

لا تقبل أي مزايدة في ثمن العقار بعد بيعه بالتراضي.

الإثبات بالقرائن

قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفرع الرابع: القرائن

الفصل 449

القرائن دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة.

1- القرائن المقررة بمقتضى القانون

الفصل 450

القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي:

1 - التصرفات التي يقضي القانون ببطلائها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه؛

2 - الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة، كالتقادم؛

3 - الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي.

الفصل 451

قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له. ويلزم:

1 - أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه؛

2 - أن تؤسس الدعوى على نفس السبب؛

3 - أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة.

ويعتبر في حكم الخصوم الذين كانوا أطرافاً في الدعوى ورثتهم وخلفاءهم حين يباشرون حقوق من انتقلت إليهم منهم باستثناء حالة التدليس والتواطؤ.

الفصل 452

لا يعتبر الدفع بقوة الأمر المقضي إلا إذا تمسك به من له مصلحة في إثارتة. ولا يسوغ للقاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه.

الفصل 453

القرينة القانونية تعفي من تقرر لمصلحته من كل إثبات.

ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية.

2- القرائن التي لم يقررها القانون

الفصل 454

القرائن التي لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضي. وليس للقاضي أن يقبل إلا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها. وإثبات العكس سائغ، ويمكن حصوله بكافة الطرق.

الفصل 455

لا تقبل القرائن، ولو كانت قوية وخالية من اللبس ومتوافقة، إلا إذا تأيدت باليمين ممن يتمسك بها متى رأى القاضي وجوب أدائها.

الفصل 456

يفترض في الحائز بحسن نية شيئاً منقولاً أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه. ولا يفترض حسن النية فيمن كان يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشيء أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه.

الفصل 456 مكرر

(ظهير 3 يونيه 1953) من ضاع له أو سرق منه شيء كان له الحق في استرداده، خلال ثلاث سنوات من يوم الضياع أو السرقة، ممن يكون هذا الشيء موجودا بين يديه. ولهذا الأخير أن يرجع على من تلقى الشيء منه.

الفصل 457

عندما يكون كل من الطرفين حسن النية يرجح جانب الحائز، إذا كان حسن النية وقت اكتسابه الحيازة ولو كان سنده لاحقا في التاريخ.

الفصل 458

إذا لم تكن الحيازة ثابتة لأحد، وتساوت السندات رجح جانب من كان سنده سابقا في التاريخ.

إذا لم يكن سند أحد الخصمين ثابت التاريخ رجح جانب من كان لسنده تاريخ ثابت.

الفصل 459

إذا أعطيت عن الأشياء ما يمثلها من شهادات إيداع أو (بوليصات) نقل أو غيرها من السندات المشابهة رجح جانب من يحوز الأشياء على من يحوز السند إذا كان كل منهما حسن النية وقت اكتسابه الحيازة.

القرار 1019 الصادر بتاريخ 15 يوليويه 1986 ملف عقاري 85/4978 ادعاء الملك ... إثبات ... الحائز ... لا كان على المدعين الذين يدعون أن لهم حظا في المتنازع فيه و أن المدعى عليهم منعوهم منه مدة من أربعين سنة أن يثبتوا ملكيتهم للحض المذكور و استمرارها إلى يوم إقامة الدعوى و إثبات سبب تصرف المدعى عليهم فيه هذه المدة الطويلة احدثوا فيها تغييرات بالبناء و نحوه و هم حاضرون ساكتون. قاعدة ان كل من سبقت يده الى شيء لا يخرج من يده إلا بيقين و ان واضع اليد غير مكلف بإثبات شيء

اذ وضع اليد يعتبر حجة و يجب ان يعارض بحجة اقوى

الحكم المدني عدد 165 الصادر في 20 حجة 1387 موافق 20 مارس 1968 1

قواعد الإثبات

طالب التحفيظ

صفة المدعى عليه.

2- أملاك جماعية

أفعال التصرف

-عدم مفعولها.

- 1- إن طلب التحفيظ يعطي لصاحبه صفة المدعى عليه و لا يجب عليه الإدلاء بحجة حتى يدعم المتعرض تعرضه بحجة قوية.
- 2- يكون على صواب الحكم الذي لا يعتبر أفعال التصرف التي لا يمكن ان يترتب عليها أي مفعول فيما يتعلق بالاراضي الجماعية التي لا يمكن حيازتها عملا بالفصل الرابع من ظهير 26 رجب 1337 موافق 27 ابريل 1919 بشأن حجر الجماعات.

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف عقاري (.....)

إذا أثبت المدعي القائم دعواه ثبوتاً كافياً فإنه يتعين على المدعى عليه أن يدلي ببيان وجه مدخله و لا يغنيه عن ذلك مجرد التمسك بالحوز و التصرف .

القرار 889

سنة

1982

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف شرعي (.....)

وفاة الموكل .. الجهل بالوفاة، التصرف باسم الموكل،،، استئناف في حالة وفاة الموكل فإن للورثة وحدهم الحق في إثارة عدم استمرار الوكيل في مهمته و لهم أن يجيزوا أو يردوا التصرفات التي أنجزها بعد الوفاة.

إذا تصرف الوكيل و هو جاهل بموت موكله كان تصرفه نافذا لهذا يكون مقبولاً استئناف المحامي الذي قدمه باسم موكله المتوفى اذا كان يجهل وفاته .

القرار

30

سنة

1981

اليمن كوسيلة اثبات مدنية

الفرع الخامس: اليمن

الفصل 460

الأحكام المتعلقة باليمن + مقررة بظهيرنا في شأن المسطرة المدنية

+

الفرع الخامس: اليمن

الفصل 85

إذا وجه أحد الأطراف اليمين إلى خصمه لإثبات ادعاء أوردها هذا الأخير لحسم النزاع نهائياً فإن الخصم يؤدي اليمين في الجلسة بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية.

يؤدي الطرف اليمين بالعبرة الآتية: "أقسم بالله العظيم" وتسجل المحكمة تأديته لليمين

الفصل 86

إذا عاق الطرف مانع مشروع وثابت بصفة قانونية أمكن تأدية اليمين أمام المحكمة . أو هيئة منتدبة للتوجه عنده مساعدا بكاتب الضبط الذي يحرر في هذه الحالة محضرا بالقيام بهذه العملية

إذا كان الطرف الذي وجهت إليه اليمين أو ردت يسكن في مكان بعيد جدا أمكن للمحكمة أن تأمر بأن يؤدي اليمين أمام المحكمة الابتدائية لمحل موطنه على أن تسجل له تأديته لهذه اليمين.

الفصل 87

إذا اعتبرت المحكمة أن أحد الأطراف لم يعزز ادعاءاته بالحجة الكافية أمكن لها تلقائياً أن توجه اليمين إلى هذا الطرف بحكم يبين الوقائع التي ستتلقى اليمين بشأنها. تؤدي هذه اليمين وفق الشكليات والشروط المنصوص عليها في الفصل السابق

الفصل 88

يمكن للمحكمة أن تأمر دائماً بعد اتفاق الأطراف على أن تؤدي اليمين طبقاً للشروط التي تلزم دينياً ضمير من يؤديها.

في حالة حصول مثل هذا الاتفاق يثبت ذلك في الحكم الذي يحدد الوقائع التي تستوفى اليمين عليها، والأجل والمحل والشروط المحددة لإتمام تأديتها.

تؤدي اليمين حينئذ بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية وبحضور القاضي المنتدب، أو الهيئة المنتدبة، وكاتب الضبط الذي يحرر محضرا بالقيام بهذه العملية.

المقرر فقها أن الزوج الذي لم يضمن شوار زوجته ويدفع بأنها قد أخذته ل يلزم إلا بأداء اليمين في حالة إنكاره

شارح تحفة ابن عاصم الشيخ التسولي في الجزء الأول من كتابه "البهجة في شرح

التحفة" ص، 298 و 299

(*)القوانين الجنائية الخاصة

آخر تحيين

31/12/2018

السمسرة الخاصة بالشؤون البحرية
الايدياع القانوني
حماية الخدمات التلفزيونية المقدمة الى جمهور معين
تنظيم الصناعة السينماتوغرافية
النظام الأساسي للصحفيين المهنيين
البريد و المواصلات
انتاج أشرطة الفيديو
الخدمة العسكرية
المخالفات للتشريع الخاص بالأسلحة و العتاد و الأدوات
نظام صناعة المواد المتفجرة
اجراء المراقبة على المواد المتفجرة
استيراد المواد المتفجرة وترويجها وبيعها
تأسيس ضريبة عن رخصة اصدار المتوفرات الزائدة التي تبيعها بالمغرب الجيوش
الأجنبية
التماس الاحسان العمومي
الوقاية من الاشعاعات الأيونية
منع بعض الاعلانات ذات الصبغة المضادة للعائلة
جعل ضابط للإذاعة والنشر بواسطة الاعلانات المعلقة أو المكتوبة على صفائح أو
بواسطة العلامات و الاشارات و غيرها
حماية المستنبطات النباتية
الصيد البحري
السير و الجولان -88-

الباب الأول: التوقيف والسحب الإداريان لرخصة السياقة

المادة 8895

تصدر الإدارة قرارا بسحب رخصة السياقة 88، إذا لم يدفع الشخص الحاصل عليها مبلغ الغرامة الصادرة في حقه بموجب مقرر قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به أو إذا لم يدفع الصوائر المتعلقة بمخالفات لأحكام هذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه أو هما معا، داخل أجل أقصاه شهران (2) من اليوم الذي تسلم فيه أو رفض تسلم الإنذار بذلك الموجه إليه عن طريق السلطة القضائية المختصة.

يكون التسليم وفق الطرق القانونية المعمول بها في قانون المسطرة المدنية.

لا ترجع الرخصة إلا بعد أداء الغرامات أو الصوائر أو هما معا.

المادة 8896

تصدر الإدارة قرارا بتوقيف رخصة السياقة 88 لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر للمرة الأولى وستة أشهر في حالة العود، في حق كل سائق مركبة يقوم بنقل البضائع أو بالنقل الجماعي للأشخاص:

(أ) دون التوفر على وثائق النقل التي تحددها الإدارة؛

(ب) في حق كل سائق يقوم بالنقل المذكور مخالفة للشروط المبينة في الوثائق المذكورة؛

(ج) الذي وجه إليه الأمر بالتوقف وامتنع من تنفيذه أو من الخضوع لأعمال التحقق المقررة أو لم يحترم الأمر بتوقيف المركبة أو رفض سياقة مركبته أو العمل على سياقتها إلى المحجز أو رفض الامتثال للأوامر القانونية الصادرة إليه.

تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه على كل سائق مركبة خاضعة لإجبارية تجهيزها بجهاز قياس السرعة وزمن السياقة ارتكب إحدى المخالفات التالية:

1- غياب أو نقصان البيانات الواجب تحريرها على ورقة تسجيل جهاز قياس السرعة وزمن السياقة؛

2- عدم وضع ورقة التسجيل بجهاز قياس السرعة وزمن السياقة؛

3- عدم تعويض الأوراق التي تم الاحتفاظ بها من قبل الأعوان محرري المحاضر؛

4- استعمال نفس ورقة التسجيل من قبل أكثر من سائق؛

5- عدم استعمال ورقة تسجيل جديدة بعد انتهاء مدة الراحة الإجبارية اليومية والشروع من جديد في سياقة المركبة؛

6- سحب ورقة التسجيل من جهاز قياس السرعة وزمن السياقة قبل نهاية فترة السياقة اليومية خارج الحالات التالية:

- سحب ورقة التسجيل بأمر من الأعوان محرري المحاضر؛

- سحب ورقة التسجيل في حالة تغيير المركبة.

7- عدم جعل جهاز قياس السرعة وزمن السياقة في حالة اشتغال خلال السياقة وخلال فترة الراحة؛

8- عدم استبدال ورقة تسجيل تتضمن تسجيلات ملطخة أو أصابها تلف بورقة تسجيل احتياطية صالحة وعدم الاحتفاظ بالورقة المستبدلة؛

9- عدم الإدلاء، لأعوان محرري المحاضر المؤهلين لإجراء المراقبة على الطريق العمومية، بالوثائق التي تسمح بتسجيل السرعة وزمن السياقة وزمن الراحة بالنسبة لليوم الذي تمت فيه المراقبة وكذا بالنسبة للثمانية وعشرين (28) يوما السابقة؛

10- عدم تسجيل يدويا البيانات المتعلقة بمدة السياقة ومدة الراحة، خلال فترة عطب جهاز قياس السرعة وزمن السياقة أو اشتغاله بشكل معيب، على ورقة ترفق بحامل التسجيل وتفيد فيها العناصر التي تمكن على الخصوص من التعرف على اسمه العائلي والشخصي ورقم رخصة السياقة الخاصة به وتحمل توقيعه.

ويتخذ قرار توقيف رخصة السياقة بناء على المحضر الذي يثبت المخالفة.

يحتفظ العون محرر المحضر برخصة السياقة إلى حين الإدلاء بالوثائق المذكورة إذا صرح السائق أنه يتوفر عليها، لكنه غير قادر على الإدلاء بها وإذا لم يتم الإدلاء خلال أجل ست وتسعين (96) ساعة من تاريخ الاحتفاظ برخصة السياقة، تطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة.

المادة 97

يمكن أن تصدر الإدارة قرارا بسحب رخصة السياقة:

إذا ثبت، بعد فحص يجري وفقا للمواد 14 و 15 و 16 و 19 و 20 من هذا القانون، أن صاحبها غير قادر على سياقة المركبات إما بسبب حالته البدنية أو بسبب حالته العقلية؛

إذا كان العجز البدني المبرر لسحب رخصة السياقة يهم صنفا أو أكثر من المركبات، فإن السحب لا يطبق إلا على هذا الصنف أو الأصناف المعنية؛

إذا لم يخضع الحاصل على رخصة السياقة للفحص الطبي الإجمالي المنصوص عليه في المادة 14 أعلاه.

لا يمكن إرجاع رخصة السياقة لصاحبها إلا بعد أن يثبت بفحص طبي يجري وفق المواد المذكورة في البند 1 أعلاه، أن المعني بالأمر مؤهل للسياقة 88.

المادة 98

يتوقف أثر توقيف أو سحب رخصة السياقة المقرر من قبل الإدارة وفقا لأحكام المواد 95 و 96 و 97 أعلاه، كيفما كانت مدته، بعد أي قرار بالحفظ تصدره النيابة العامة أو إذا أصبح قابلا للتنفيذ، من أجل نفس الأفعال، مقرر قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به بتوقيف أو إلغاء رخصة السياقة أو بعد صدور أي مقرر قضائي بالبراءة أو بالإعفاء أو بعد كل ما ينهي الدعوى العمومية.

إذا تعلق المقرر القضائي بأداء غرامة فإن أثر التوقيف أو السحب المشار إليهما في الفقرة الأولى من هذه المادة لا يمكن أن يتوقف إلا بعد أداء الغرامة.

الباب الثاني: سحب النقط من رخصة السياقة

المادة 8899

طبقا لأحكام المادة 29 من هذا القانون، تقوم، بقوة القانون، السلطة المحدثة لديها الجاذبية الوطنية لرخصة السياقة المشار إليها في المادة 120 أدناه بخصم النقط من الرصيد المخصص لرخصة السياقة، في الحالات المشار إليهما في الفقرة الأولى من المادة 28 أعلاه، بناء على نسخ مقررات قضائية حازت قوة الشيء المقضي به، تحيلها عليها النيابة العامة أو نسخ الوثائق التي تثبت أداء الغرامة التصالحية والجزافية، وفقا لما يلي:

الجنح

الرقم الترتيبي	الجنحة	النقط الواجب خصمها
01	القتل الغير العمدي مع ظروف التشديد، إثر حادثة سير (ما لم يتقرر إلغاء رخصة السياقة).	14
02	القتل الغير العمدي بدون ظروف التشديد، إثر حادثة سير.	6

10	الجروح غير العمدية المؤدية إلى عاهة دائمة مع ظروف التشديد، إثر حادثة سير (ما لم يتقرر إلغاء رخصة السياقة).	03
4	الجروح غير العمدية المؤدية إلى عاهة دائمة بدون ظروف التشديد، إثر حادثة سير.	04
6	الجروح غير العمدية مع ظروف التشديد، إثر حادثة سير.	05
3	الجروح غير العمدية بدون ظروف التشديد، إثر حادثة سير.	06
6	- سياقة مركبة تحت تأثير الكحول أو تحت تأثير المواد المخدرة. - رفض الخضوع للرائز المشار إليه في المادة 207 أدناه أو للتحقيقات أو لاختبارات الكشف المنصوص عليها في المادتين 208 و 213 أدناه.	07
2	سياقة مركبة تحت تأثير الأدوية التي تحظر السياقة بعد تناولها.	08
6	محاولة التلمص من المسؤولية بعدم التوقف. بعد ارتكاب حادثة سير أو التسبب فيها، أو بالفرار أو بتغيير حالة مكان الحادثة أو بأية وسيلة أخرى.	09
4	سياقة مركبة، تتطلب سياقتها الحصول على رخصة السياقة، بالرغم من توقيف إداري أو قضائي لرخصة السياقة.	10
4	سياقة مركبة، تتطلب سياقتها الحصول على رخصة السياقة، أثناء مدة الاحتفاظ برخصة السياقة.	11
4	عدم إيداع رخصة سياقة تقرر توقيفها.	12
2	السائق الذي وجه إليه الأمر بالتوقف وامتنع من تنفيذه أو لم يحترم الأمر بتوقيف المركبة أو رفض سياقة مركبته أو العمل على سياقتها إلى المحجز أو رفض الامتثال للأوامر القانونية الصادرة إليه.	13
2	السياقة بصفة مهنية دون التوفر على بطاقة السائق المهني.	14
6	تجاوز السرعة القصوى المسموح بها بما يعادل 50 كلم في الساعة أو أكثر.	15
3	الرجوع إلى الخلف في طريق سيار أو في طريق سريع أو نصف دورة في نفس الطريق مع عبور الشريط المركزي الفاصل بين القارعتين.	16
4	السير في الطريق السيار أو في الطريق السريع في الاتجاه المعاكس للسير.	17
4	تجاوز الوزن المأذون به عند المرور بإحدى منشآت العبور.	18

المخالفات

الرقم الترتيبي	المخالفات	النقط الواجب خصمها
19	عدم احترام سائق مركبة للوقوف المفروض بعلامة قف أو بإشارة الضوء الأحمر.	4

4	تجاوز السرعة المسموح بها بما يفوق 30 كيلومترا في الساعة ويقل عن 50 كيلومترا في الساعة.	20
4	السير في الاتجاه الممنوع.	21
2	عدم احترام حق الأسبقية.	22
4	التجاوز غير القانوني.	23
3	سير مركبة على الطريق العمومية ليلا دون إنارة خارج التجمعات العمرانية.	24
3	سياقة مركبة دون التوفر على شهادة المراقبة التقنية.	25
3	السير على شريط التوقف العاجل أو التوقف غير المبرر بطريق سيار.	26
3	وقوف أو توقف مركبة بقارعة ليست فيها إنارة عمومية، ليلا أو عند عدم كفاية الرؤية وذلك دون إنارة أو دون تشوير.	27
2	تجاوز السرعة المسموح بها بما يفوق 20 كيلومترا في الساعة ولا يتجاوز 30 كيلومترا في الساعة.	28
2	سياقة الدراجات النارية أو الدراجات ثلاثية العجلات بمحرك أو الدراجات رباعية العجلات بمحرك، التي لا تتوفر على هيكل، دون استعمال خوذة معتمدة.	29
1	عدم احترام إجبارية استعمال حزام السلامة.	30
1	إركاب طفل تقل سنه عن عشر سنوات بالمقاعد الأمامية للمركبة.	31
1	- الاستعمال أو التحدث بالهاتف ممسوكا باليد أثناء السياقة أو أي جهاز آخر يقوم بوظائف الهاتف.	32

المادة 100

استثناء من أحكام المادة 99 أعلاه، وفي حالة تعدد الجنح المرتكبة في آن واحد من بينها جنحة واحدة من الجنح المشار إليها في 1 و 3 و 5 من المادة 99 أعلاه، فإن عدد النقط الواجب خصمها من رصيد النقط يساوي 16 نقطة على الأكثر، وفي حالة تعدد الجنح الأخرى المرتكبة في آن واحد فإن عدد النقط الواجب خصمها من رصيد النقط يساوي 10 نقط على الأكثر.

المحافظة على الطرق العمومية و السير و الجولان و التعويض عنه
مراقبة السير و الجولان
زجر الغش في المباريات و الامتحانات
تخفيض مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكترين
احداث بطاقة تعريف وطنية
الحالة المدنية
طرق استخراج صور صاحب الجلالة و صور العائلة الملكية الشريفة
احداث سلطة عليا لمراقبة الرموز و الشعارات
المحافظة على المباني التاريخية و المناظر و الكتابات المنقوشة و التحف الفنية و
العاديات
المختبرات الخاصة للتحليل البيولوجية الطبية
ممارسة الطب البيطري و الجراحة و الصيدلة البيطرية بصفة حرة
استغلال المقالع
اختصاصات المحتسب و أمناء الحرف
زجر الغش في البضائع -

القرار عدد 729L8

الصادر بتاريخ 2018/04/26 عن محكمة النقض

إذا تعددت المخالفات المرتكبة في آن واحد، فإن عدد النقط الواجب خصمها من رصيد النقط يساوي 8 نقط على الأكثر.

إذا ارتكبت في آن واحد عدة جرائم مؤدية إلى خصم نقط، من بينها جنحة واحدة، و جب جمع النقط المخصومة من الرصيد في حدود 14 نقطة.

الباب الثالث: توقيف المركبات وإيداعها بالمحجز

المادة 101

لا يمكن توقيف المركبات أو إيداعها بالمحجز إلا في الحالات ووفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

الفرع الأول: توقيف المركبات

المادة 102

توقيف المركبة هو الأمر الذي يصدره العون محرر المحضر، احتياطياً، للسائق بتوقيف مركبته في مكان معاينة المخالفة أو على مقربة منه، مع التقيد بالقواعد المتعلقة بالتوقف.

تبقى المركبة، خلال مدة توقيفها، تحت المسؤولية القانونية لسائقها أو لمالكها.

يجوز للعون محرر المحضر، في حالة غياب السائق أو المالك أو إذا رفض هذا الأخير تغيير مكان مركبته أو كان عاجزاً عن السياقة، اتخاذ كافة التدابير الضرورية لوضع المركبة في حالة توقف قانوني على نفقة المالك.

في ملف جنائي عدد 2017/8/6/20294

و حيث ان المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللت قضاءها بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به من براءة المطلوب في النقض من جنحة الغش في مادة الزيت الغير المستجمعة للمواصفات القانونية للبيع بعلّة عدم احترام الأجل القانوني في انجاز الخبرة و كذا في إحالة العينات على المختبر من دون اعتبار منها أن مشروع ظهير 1984/10/05 و إن نص على تلك الحالات إنما أراد من سنّها ضمان الفورية تلافياً لاندثار الخصائص الطبيعية للمادة موضوع العينة من غير أن يرتب البطلان عن عدم احترام الأجل المذكور جاء قضاءها فاسد التعليل موازياً لانعدامه عرضة للنقض .

الرعاية الاجتماعية للمكفوفين وضعاف البصر

Copyright © 2007 Ministère de la Justice

الرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين
النظام الأساسي للتعليم الأولي -89-

89_

التعليم الأولي - النظام الأساسي

ظهير شريف رقم 1.00.201 صادر في 15 من صفر 1421 (19 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 05.00 بشأن النظام الأساسي للتعليم الأولي

قانون رقم 05.00 بشأن النظام الأساسي للتعليم الأولي

الباب الخامس: العقوبات ومعاقبة المخالفات

المادة 17

يعاقب بغرامة من ألف درهم (1000 درهم) إلى خمسة آلاف درهم (5000 درهم) :

كل شخص أقدم دون ترخيص على فتح أو إدارة مؤسسة للتعليم الأولي أو على توسيعها أو قام دون إذن من الأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين المعنية بتغيير الأهداف والحصص المنصوص عليها في الترخيص ؛

كل مدير لمؤسسة للتعليم الأولي ثبت أنه لا يزال مهامه بصفة فعلية ومنتظمة أو أن ترشيحه لمنصب المدير من لدن صاحب المؤسسة اكتسى صبغة صورية. وفي هذه الحالة يحكم بالعقوبة نفسها على صاحب المؤسسة ؛

كل شخص يرفض الخضوع للمراقبة التربوية أو الإدارية المنصوص عليها في هذا القانون أو يعرقل القيام بها.

وفي حالة العود، يرفع الحد الأدنى والأقصى للغرامة إلى ألفي درهم (2000 درهم) وإلى عشرة آلاف درهم (10.000 درهم).

ويعتبر في حالة العود، كل شخص صدر في حقه حكم أصبح نهائياً بسبب إحدى المخالفات المنصوص عليها في هذه المادة، وقام بارتكاب مخالفة مماثلة داخل أجل السنة التي تلي صدور الحكم المذكور.

النظام الأساسي للتعليم الخصوصي -90- استيراد مواد الهيدروكاربور وتصديرها

المادة 18

في حالة ارتكاب مخالفة لأحكام هذا القانون يترتب عليها إخلال بالأهداف المحددة في المادة الأولى أعلاه، أو بالشروط الصحية والوقائية، يجوز للأكاديمية بناء على تقرير صادر عن لجنة تفتيش تعينها لهذا الغرض، أن تسحب الترخيص المخول للمؤسسة بمقرر معلل.

المادة 19

علاوة على ما يمكن أن يقوم به ضباط الشرطة القضائية تتم معاينة مخالفات أحكام هذا القانون من لدن موظفين محلفين تختارهم الأكاديمية لهذا الغرض.

90_

التعليم المدرسي الخصوصي - النظام الأساسي

ظهر شريف رقم 1.00.202 صادر في 15 من صفر 1421 (19 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 06.00 بمثابة النظام الأساسي للتعليم المدرسي الخصوصي

الباب السابع: العقوبات ومعاينة المخالفات

المادة 24

يعاقب بغرامة من عشرة آلاف درهم (10.000 درهم) إلى خمسين ألف درهم (50.000 درهم) كل من أقدم دون ترخيص على:

فتح أو إدارة مؤسسة للتعليم المدرسي الخصوصي ؛

توسيع مؤسسة مرخص في إحداثها أو أضاف شعبا إليها؛

إغلاق مؤسسة للتعليم المدرسي الخصوصي قبل نهاية السنة الدراسية، ما عدا في حالة وجود قوة قاهرة ؛

تغيير البرامج والمناهج المرخص بها؛

تسليم دبلوم أو دبلومات خاصة بالمؤسسة.

ويمكن للأكاديمية أن تتخذ إجراءات إدارية يتم تحديدها بنص تنظيمي.

وفي حالة العود، يرفع الحدان الأدنى والأقصى للغرامة إلى عشرين ألف درهم (20.000 درهم) وإلى مائة ألف درهم (100.000 درهم). ويمكن الحكم بحرمان مرتكب المخالفة من حق إحداث مؤسسة للتعليم الخصوصي أو إدارتها لمدة لا تتجاوز عشر سنوات ولا تقل عن سنتين 90.

المادة 25

يعاقب بغرامة من خمسة آلاف درهم (5.000 درهم) إلى عشرين ألف درهم (20.000 درهم) كل مدير لمؤسسة للتعليم المدرسي الخصوصي ثبت أنه لا يزال مهامه بصفة فعلية ومنتظمة، أو أن ترشيحه لمنصب مدير من لدن صاحب المؤسسة اكتسى صبغة صورية. وفي هذه الحالة يحكم بالعقوبة نفسها على صاحب المؤسسة.

وفي حالة العود يسحب الترخيص من صاحب المؤسسة.

المادة 26

يعاقب بغرامة من خمسة آلاف درهم (5.000 درهم) إلى عشرة آلاف درهم (10.000 درهم) كل من استخدم عن قصد بمؤسسته مدرسا أو مكونا لا تتوفر فيه الشروط المقررة في هذا القانون.

ضبط شروط تسليم الترخيصات و الرخص و الامتيازات الخاصة بمنشآت توزيع القوى الكهربائية و كذا شروط تسيرها و مراقبتها

تدابير حماية المستهلك -

الباحثون المنتدبون لمعاينة المخالفات لأحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ونصوصه التطبيقية وإثباتها، التابعون لوزارة الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي⁹¹ -

وفي حالة العود، يرفع الحدان الأدنى والأقصى للغرامة إلى عشرة آلاف درهم (10.000 درهم) وإلى عشرين ألف درهم (20.000 درهم).

المادة 27

يعاقب بغرامة من ألفي درهم (2.000 درهم) إلى عشرين ألف درهم (20.000 درهم) كل شخص يرفض الخضوع للتقويم التربوي والمراقبة التربوية أو الإدارية المنصوص عليها في هذا القانون أو يعرقل القيام بها.

وفي حالة العود يطبق الحد الأقصى للعقوبة.

المادة 28

يعاقب بغرامة من خمسة آلاف درهم (5.000 درهم) إلى خمسين ألف درهم (50.000 درهم) كل مسؤول عن مؤسسة للتعليم المدرسي الخصوصي لم يقم بتأمين جميع التلاميذ المتمدرسين بمؤسسته عن الحوادث المدرسية.

بالإضافة إلى المعاقبة بغرامة من خمسة آلاف درهم (5.000 درهم) إلى خمسين ألف درهم (50.000 درهم) يلزم صاحب المؤسسة بتسوية وضعية تأمين التلاميذ وفي حالة الرفض أو العود تسحب منه رخصة المؤسسة.

المادة 29

يعتبر في حالة العود، كل شخص صدر في حقه حكم أصبح نهائيا بسبب إحدى المخالفات المنصوص عليها في المواد 24 و25 و26 و27 و28 أعلاه، وقام بارتكاب مخالفة مماثلة داخل أجل السنة التي تلي صدور الحكم المذكور.

المادة 30

تتم معاينة مخالفات أحكام هذا القانون من طرف موظفين محلفين تختارهم الأكاديمية لهذا الغرض علاوة على ضباط الشرطة القضائية.

-
91_

الجريدة الرسمية عدد 6255 الصادرة بتاريخ 12 رجب 1435 (12 ماي 2014)

قرار وزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد رقم 2.14 صادر في 29 من صفر 1435

يناير 2014) يتعلق بالباحثين المنتدبين التابعين لوزارة الصناعة والتجارة والاستثمار (2

والاقتصاد الرقمي المكلفين بالبحث وإثبات المخالفات لأحكام القانون رقم 31.08

القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك

وزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي؛

بناء على المرسوم رقم 2.12.503 الصادر في 4 ذي القعدة 1434 (11 سبتمبر 2013) بتطبيق بعض أحكام القانون

رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ولاسيما المادة 4 منه؛

وعلى المرسوم رقم 2.10.74 الصادر في 23 من رجب 1431 (6 يوليو 2010) بتحديد اختصاصات وتنظيم وزارة

الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثة؛

وعلى قرار وزير الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثة رقم 2041.10 الصادر في 24 من رجب 1431 (7

يوليو 2010) بإحداث الأقسام والمصالح التابعة للمديريات المركزية لوزارة الصناعة والتجارة والتكنولوجيات

الحديثة،
قرر ما يلي

المادة 1

يتكون الباحثون المنتدبون لمعاينة المخالفات لأحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ونصوصه التطبيقية وإثباتها، التابعون لوزارة الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي المنصوص عليهم في المادة 4 من المرسوم المشار إليه أعلاه رقم 2.12.503، من رئيس قسم حماية المستهلك؛ -

الموظفين المرسمين الذين يمارسون مهامهم بقسم حماية المستهلك؛ -

رؤساء المصالح اللامركزية التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة والصناعة في عمالات وأقاليم المملكة؛ -

الموظفين الذين يمارسون مهامهم بالمصالح اللامركزية المذكورة أعلاه والمتوفرين على دبلوم يسمح بولوج، على الأقل، سلم الأجور رقم 9 أو ما يعادله

المادة 2

يجب على الباحثين المنصوص عليهم في المادة الأولى أعلاه أن يثبتوا، طبقا لمقتضيات المادة 4 من المرسوم السالف الذكر رقم 2.12.503، معرفتهم بالقانون السالف الذكر رقم 31.08 وبنصوص التطبيقية و أن يتوفروا على كفاءات في مجال النشاط المعني

ولهذا الغرض، يسلم مدير الجودة ومراقبة السوق للمعنيين بالأمر شهادة تثبت كفاءاتهم، بناء على التكوين والتقييم الضروريين اللذين تنجزهما مصالح مديرية الجودة ومراقبة السوق

المادة 3

يجب على الباحثين المنصوص عليهم في المادة الأولى أعلاه أن يؤديوا القسم طبقا للتشريع الجاري به العمل المتعلق بأداء القسم من لدن الأعوان محرري المحاضر، و أن يتوفروا على بطاقة مهنية، طبقا للنموذج المرفق بالمرسوم المشار إليه أعلاه رقم 2.12.503، يظهرونها بوضوح أثناء ممارستهم لمهامهم تمكن من تحديد هويتهم وتحديد المصلحة التابعين لها

المادة 4

ينشر هذا القرار بالجريدة الرسمية

وحرر بالرباط في 29 من صفر 1435 (2 يناير 2014)

الإمضاء: مولاي حفيظ العلمي

العقوبات الجزرية الواردة بقانون المؤسسات السياحية -92-
القانون الأساسي للمرافقين السياحيين و المرشدين السياحيين -93-
النظام الأساسي لوكالات الأسفار -94-

92_

الجريدة الرسمية رقم 5639 الصادرة يوم الإثنين 16 يونيو 2008

ظهير شريف رقم 1-08-60 صادر في 17 من جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) بتنفيذ القانون رقم 01-07
القاضي بسن إجراءات خاصة تتعلق بالإقامات العقارية للإنعاش السياحي وبتغيير و تتميم القانون رقم 61-00 بمثابة
النظام الأساسي للمؤسسات السياحية.

الباب الرابع

العقوبات

المادة 19:

دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي ، تعاقب بغرامة من 100.000 إلى 200.000 درهم
كل

شركة إنعاش إقامة عقارية للإنعاش السياحي لم تحترم أحكام المواد 3 و4 و15 من هذا القانون ، وفي حالة العود
خلال الخمس سنوات الموالية لصدور حكم نهائي بالإدانة ، تكون العقوبة بغرامة من 200.000 إلى 400.000
درهم.

المادة 20:

تسحب الإدارة المختصة الرخص المسلمة طبقا لهذا القانون بعد تقديم تفسيرات
من لدن صاحب الرخصة:

-إذا لم تعد الشروط المطلوبة لتسليمها والواردة في المادة السادسة من هذا
القانون مستوفاة؛

-إذا أخل عمدا صاحب الرخصة بشكل خطير ومتكرر بالالتزامات الواقعة على
عائقه؛

-إذا صرحت المحكمة المختصة بفسخ عقود الإيجار المبرمة بين الملاك

المشتركين وصاحب الرخصة بسبب إخلال هذا

الأخير بالالتزامات التعاقدية تجاه الملاك.

المادة 21:

تسحب الإدارة تلقائيا الرخص المسلمة طبقا لهذا القانون:

-في حالة إدانة من أجل الغش الضريبي أو الجمركي أو من أجل مخالفة التنظيم المتعلق بالصراف ؛

-أو إذا تعرض صاحب الرخصة لمسطرة تصفية قضائية.

المادة 22:

دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي ، يعاقب بغرامة من 100.000 إلى 200.000 درهم ، على ممارسة نشاط شركة تدبير دون رخصة أو بعد سحب الرخصة المذكورة ، وفي حالة العود خلال مدة الخمس سنوات

المالية لصدور حكم نهائي بالإدانة ، تكون العقوبة بغرامة من 200.000 إلى 400.000 درهم.

المادة 23:

يقوم بمعاينة المخالفات لأحكام هذا القانون ، علاوة على ضباط الشرطة القضائية ، المندوبون الجهويون للسياحة ومفتشو ومراقبو السياحة المحلفون والمفوضون قانونا لهذا الغرض من قبل الوزير المكلف بالسياحة.

93_

الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 1997/05/15 الصفحة 1159

ظهير شريف رقم 1.97.05 صادر في 16 من رمضان 1417 (25 يناير 1997)

بتنفيذ القانون رقم 30.96 المتعلق بالنظام الأساسي للمرافقين السياحيين

والمرشدين السياحيين ومرشدي الجبال

الباب الثالث

النظام التأديبي

المادة 17

يترتب على كل حكم من أجل المخالفة للتشريع المتعلق بتنظيم الأسعار ومراقبتها أو من أجل مخالفة لنظام الصرف صادر على مرافق سياحي أو مرشد سياحي أو مرشد جبال سحب رخصة الاعتماد المشار إليها في المادة 3 أعلاه بصفة مؤقتة لمدة لا تفوق اثني عشر شهرا أو سحبها بصفة نهائية.

كذلك يكون الشأن في حالة ارتكاب خطأ مهني جسيم مثل تصرف غير لائق إزاء السياح أو التأثير على العملاء لفائدة منشآت سياحية أو تجارية.

المادة 18

يعاقب على انتحال صفة مرافق سياحي أو مرشد سياحي أو مرشد جبال وفقا للفصل 381 من القانون الجنائي.

المادة 19

يعاقب بالحبس من سنة أشهر إلى سنتين وبغرامة من عشرة آلاف درهم إلى عشرين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط المرافقون السياحيون والمرشدون السياحيون ومرشدو الجبال الذين يباشرون تفويت أو إيجار أو إعارة البطاقة المهنية أو الشارة أو هما معا، أو يقومون بأعمال مهنية خلال فترة التوقيف المؤقت أو بعد سحب رخصة الاعتماد المهني، وفي حالة العود، يرفع الحد الأقصى للعقوبتين المذكورتين إلى ثلاث سنوات حبسا وثلاثين ألف درهم غرامة.

يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة، كل شخص يزاول لقاء أجر عمل مرافق سياحي أو مرشد سياحي أو مرشد الجبال دون توفره على رخصة الاعتماد المنصوص عليها في المادة 3 أعلاه.

المادة 20

زيادة على الصلاحيات المخولة للضابطة القضائية، يجوز للأعوان المحلفين المنتدبين بصفة قانونية لهذا الغرض من لدن الإدارة الوصية أن يقوموا في كل وقت وحين ودون إشعار سابق بأعمال مراقبة يراد بها فرض التقيد بأحكام هذا القانون.

الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 1997/05/15 الصفحة 1162
ظهير شريف رقم 1.97.64 صادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997)

بنتفيذ القانون رقم 31.96 المتعلق

بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار

قانون رقم 31.96 يتعلق بالنظام الأساسي لوكلاء الأسفار

الباب الثالث

الجزءات

المادة 23

يترتب على كل مخالفة في مزاوله نشاط وكالة الأسفار تطبيق العقوبات الإدارية التالية :

- أ - الإنذار ؛
- ب - التوبيخ ؛
- ج - الغرامات ؛
- د - السحب النهائي للرخصة

المادة 24

تسحب الإدارة الوصية الرخص الممنوحة تطبيقا لهذا القانون بعد استشارة اللجنة التقنية استشارة اللجنة التقنية الاستشارية وبعد إلقاء صاحب الرخصة بإيضاحاته في الحالات التالية :

- إذا أصبحت الشروط المقررة لتسليمها غير متوافرة ؛
- إذا أخل صاحب الرخصة عمدا بالالتزامات المفروضة عليه بكيفية خطيرة ومتكررة؛
- إذا لم يف ببعض أو مجموع الالتزامات المبرمة مع زبائنه أو مقدمي الخدمات.

المادة 25

تسحب الإدارة تلقائيا الرخص الممنوحة تطبيقا لهذا القانون :

- في حالة إدانة من أجل العث في الميدان الضريبي أو الجمركي أو من أجل مخالفة لنظام الصرف ؛
- أو في حالة إخضاع صاحب الرخصة لمسطرة تصفية قضائية.

المادة 26

يعاقب بغرامة 5.000 إلى 50.000 درهم، وفي حالة العود بغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم وبحبس من شهرين إلى ستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

كل شخص طبيعي قام مباشرة أو بواسطة شخص آخر لحسابه الخاص أو لحساب الغير، بإنجاز إحدى العمليات المبينة في المادة 1 أعلاه أو ساعد على إنجازها ولو على وجه التبعية دون أن يكون حاصلًا على رخصة وكالة الأسفار ؛

كل شخص طبيعي قدم مساعدته في أي شكل كان إلى شخص طبيعي أو معنوي غير حاصل على رخصة وكالة الأسفار في مزاوله واحد أو أكثر من الأعمال المبينة في المادة 1 من هذا القانون ؛

مدونة التجارة -95- القانون التنظيمي للمحكمة العليا

كل شخص استمر في مزاوله نشاط وكيل الأسفار بعد سحب الرخصة منه ؛

كل شخص أدلى بمعلومات كاذبة حول نشاط وكالته.

إذا كان المخالف شخصاً معنوياً جاز أن تصدر عقوبات الحبس المنصوص عليها في هذه المادة على الشخص الطبيعي الموكول إليه بصفة قانونية أو نظامية تمثيل الشخص المعنوي : رئيس مجلس الإدارة أو المتصرف المنتدب أو المدير العام أو المسير أو المفوض.

إذا تعلق الأمر كجمعية لا تسعى إلى الحصول على ربح تقوم مباشرة أو بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، لحساب أعضائها بإنجاز إحدى العمليات المبينة في المادة 1 أعلاه أو ساعد على إنجازها ولو على وجه التبعية دون الإدلاء بالتصريح المنصوص عليه في المادة 22 من هذا القانون، صدرت عقوبات الحبس المنصوص عليها في هذه المادة على الشخص الطبيعي الموكول إليه بصفة نظامية أمر إدارة الجمعية المذكورة بأي صفة من الصفات.

المادة 27

بدون تقليص من اختصاصات ضباط الشرطة القضائية، يقوم بإثبات المخالفات لأحكام هذا القانون، المندوبون الجهويون للسياحة ومفتشو ومراقبو السياحة المحلفون بصفة قانونية ومنتدبون لهذا الغرض من لدن الوزارة المكلفة بالسياحة.

95_

مدونة التجارة

صيغة محينة بتاريخ 23 ابريل 2018

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة 95

كما تم تعديله

الباب الثاني: العقوبات الجزرية

الفصل الأول: التفاس

المادة 754

يدان بالتفاس في حال افتتاح التسوية أو التصفية القضائية الأشخاص المشار إليهم في المادة 736 أعلاه الذين تبين أنهم ارتكبوا أحد الأفعال التالية:

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؛

اختلسوا أو أخفوا كلاً أو جزءاً من أصول المدين؛

قاموا تدليسيا بالزيادة في خصوم المدين؛

قاموا بمسك حسابات وهمية أو أخفوا وثائق حسابية للمقابلة أو الشركة أو امتنعوا عن مسك أي حسابات رغم أن القانون يفرض ذلك.

المادة 755

يعاقب المتفالس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

يتعرض المشاركون في التفالس لنفس العقوبات وإن لم تكن لهم صفة مسيري المقابلة.

عندما يكون المتفالس مسيرا قانونيا أو فعليا لشركة ذات أسهم مسعرة ببورصة القيم، تضاعف العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة.

المادة 756

يتعرض كذلك لسقوط الأهلية التجارية المنصوص عليه في الفصل الثاني من الباب الأول من هذا القسم كعقوبة إضافية الأشخاص المدانون من أجل الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل.

الفصل الثاني: الجرائم الأخرى

المادة 757

يعاقب بنفس عقوبات التفالس:

الأشخاص الذين أخفوا أو ستروا أو كتموا كلا أو جزءا من الأموال المنقولة أو العقارية لفائدة الأشخاص المشار إليهم في المادة 736 أعلاه؛

الأشخاص الذين صرحوا تدليسيا بديون وهمية أثناء المسطرة سواء باسمهم أو بواسطة الغير.

ويعاقب أيضا بنفس العقوبات كل سنديك اقتترف أحد الأفعال الآتية:

الإضرار عمدا وبسوء نية بمصالح الدائنين، إما باستعماله لأغراض شخصية أموالا تلقاها بمناسبة قيامه بمهمته، وإما بإعطائه منافع للغير يعلم أنها غير مستحقة؛

الاستعمال اللامشروع للسلط المخولة له قانونا، في غير ما أعدت له وبشكل معاكس لمصالح المدين أو الدائنين؛

استغلال السلط المخولة له من أجل استعمال أو اقتناء بعض أموال المدين لنفسه سواء قام بذلك شخصا أو بواسطة الغير؛

الامتناع في حالة استبداله، عن تسليم المهام إلى السنديك الجديد وفق ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 677 أعلاه.

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، أو قام باستعمال أي من المعلومات المشار إليها في المادتين 612 و619 أعلاه في أي مسطرة أو دعوى أو أمام أي جهة كانت دون إذن مكتوب من المدين .

الفصل الثالث: قواعد المسطرة

المادة 758

لا يسري تقادم الدعوى العمومية لتطبيق مقتضيات الفصلين الأول والثاني من هذا الباب إلا من يوم النطق بحكم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، حينما تكون الأفعال المجرمة قد ارتكبت قبل هذا التاريخ.

ضبط اصطناع الخواتم و الطوابع و الرواسم الرسمية
منع الأشخاص الذين بيدهم رخص أن يستوردوا ثياب مدنية و عسكرية جديدة أو بالية
طلب الكلفة التي تباشر لأجل المحافظة على الأمن و الراحة و الصحة العمومية
وجوب التصريح ببعض الأمراض و اتخاذ تدابير وقائية للقضاء على هذه الأمراض
استيراد مواد الهيدروكاربور و تصديرها و تكريرها
تحديد النظام الأساسي للتعاونيات و مهام مكتب تنمية التعاون -96-

المادة 759

تعرض الدعوى على أنظار القضاء الزجري إما بمتابعة من النيابة العامة أو من طرف السنديك بصفته طرفا مدنيا.
تطبيق المقتضيات المنصوص عليها في المادة 744 أعلاه.

المادة 760

يمكن للنيابة العامة أن تطلب من السنديك أن يسلمها جميع العقود والوثائق التي بحوزته.

- 96 -

التعاونيات صيغة محينة بتاريخ 21 أغسطس 2017

القانون رقم 112.12 المتعلق بالتعاونيات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.189 صادر في 27 من محرم
1436 (21 نوفمبر 2014) 96 كما تم تعديله:

الباب الحادي عشر: أحكام زجرية

المادة 95

لا يحق استعمال مصطلح "تعاونية" أو "اتحاد تعاونيات" إلا للهيئات الخاضعة لأحكام هذا القانون، ويجب عليها
استعماله في تسميتها وإعلاناتها وعلاماتها ولفائفها وغير ذلك من الوثائق.

ويعاقب على مخالفة أحكام الفقرة السابقة بغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم.

ويمكن في حالة العود، أن تحكم المحكمة بالحبس من شهر واحد إلى سنة واحدة.

ويمكن للمحكمة أن تحكم، علاوة على ذلك، بإغلاق المؤسسة.

كما يمكنها أيضا أن تأمر بنشر المقررات المكتسبة لقوة الشيء المقضي به الصادرة بالإدانة بواسطة جميع الوسائل
الملائمة على نفقة المحكوم عليه.

المادة 96

يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي كل من عمل بطريق التدليس على إعطاء حصة عينية قيمة
تفوق قيمتها الحقيقية.

ويعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي أعضاء مجلس الإدارة والمسирون والمديرون الذين استخدموا
سلطتهم استخداما ينافي مصلحة التعاونية أو قصد بلوغ أغراض شخصية أو محاباة مؤسسة أخرى لهم فيها مصلحة
مهما كانت، أو تصرفوا في أموال التعاونية وانتزاعها، أو قاموا بتوزيعات مخالفة للمادة 69 من هذا القانون متعمدين
بذلك إلحاق ضرر بالتعاونية.

المادة 97

يعاقب رئيس مجلس الإدارة أو المدير أو المديرون بغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم إذا :

- لم يقوموا بإحدى إجراءات التقييد المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون ؛
- لم يمسكوا سجل أعضاء التعاونية وسجل محاضر الجمعيات العامة وسجل محاضر مجلس الإدارة في الشكل المنصوص عليه في المواد 17 و 45 و 59 من هذا القانون ؛
- لم يقوموا باستدعاء الجمعية العامة طبقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 35 من هذا القانون، أو تم استدعاؤها دون احترام أحكام المادة 40 من هذا القانون، وفي حالة العود يعتبر أعضاء مجلس الإدارة أو المدير مستقبليين تلقائياً ؛
- إذا لم يوجهوا الوثائق المذكورة في المادة 68 من هذا القانون لكل عضو من أعضاء التعاونية ولكل شخص تم استدعاؤه للجمعية العامة العادية ؛
- إذا لم يقوموا داخل الأجل القانونية بإيداع وثائق أو عقود بسجل التعاونيات أو بتوجيهها إليه كما هو منصوص عليه في هذا القانون.

يعاقب بنفس العقوبات أعضاء مجلس الإدارة والمديرون والمدراء إذا :

- لم يتقيدوا بالالتزامات المحاسبية المتعلقة بمبدأ التعامل الحصري كما هي منصوص عليها في المادة 71 من هذا القانون ؛
- رفضوا وضع الوثائق المنصوص عليها في المادة 25 من هذا القانون رهن إشارة كل عضو طلب ذلك.

المادة 98

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من 20.000 إلى 60.000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ؛

- 1- كل من منع أو ساهم في منع عضو من المشاركة في الجمعيات العامة أو جمعيات الفروع ؛
- 2- كل من انتحل صفة مالك حصص وشارك نتيجة عمله ذلك في التصويت بإحدى الجمعيات العامة سواء قام بذلك شخصياً أم بواسطة شخص وسيط ؛
- 3- كل من حصل على منافع أو على ضمان أو وعد بها مقابل التصويت في اتجاه معين أو بعدم المشاركة في التصويت وكذا من منح تلك المنافع أو ضمنها أو وعد بها.

المادة 99

دون الإخلال بالعقوبات الأشد، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من عرقل ممارسة مراقبة الحسابات لمهامهم المنصوص عليها في المادة 73 أعلاه أو إجراء البحث المنصوص عليه في المادة 78 أعلاه.

يعاقب بنفس العقوبة أعضاء مجلس الإدارة أو المديرون أو المدراء الذين يرفضون مغادرة مهامهم عند انتهاء مدة انتدابهم لأي سبب كان أو تسليم وثائق التعاونية والوثائق المحاسبية لأعضاء مجلس الإدارة والمديرين والمدراء الجدد الذين تم تعيينهم.

المادة 100

دون الإخلال بالعقوبات الأشد، يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم كل من عمل عن قصد على إتلاف وثائق التعاونية.

المادة 101

تضاعف العقوبات المقررة في هذا الباب في حالة العود.

يعتبر في حالة عود في مدلول هذا القانون من يرتكب جريمة بعد أن يكون قد حكم عليه بالحبس أو الغرامة أو هما معا بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به من أجل جريمة مماثلة.

تعهد البنائيات و تخصيص أماكن للبوابين -97-
مزاولة مهنة الطب -98-
وحدات القياس -99-

97_

البنائيات المعدة للسكنى – تخصيص مساكن للبوابين

ظهير شريف بمثابة القانون رقم 1.76.258 بتاريخ 24 شوال 1397 (8 أكتوبر 1977) يتعلق بتعهد البنائيات وتخصيص مساكن للبوابين في البنائيات المعدة للسكنى

الجزء السابع: إثبات المخالفات – العقوبات

الفصل 17

يثبت المخالفات لمقتضيات ظهيرنا الشريف هذا حسب الحالة ضباط الشرطة القضائية ومفتشو ومراقبو الشغل وموظفو الجماعات الحضرية المنتدبون لهذا الغرض.

الفصل 18

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 500 و2.000 درهم كل من كان ملزما بإعداد أو بناء مسكن للبواب ولم يف بواجباته في الأجل المقررة بالفصل 4.

الفصل 19

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 2.000 و5.000 درهم كل من كان ملزما بتشغيل بواب أو مأمور للقيام بأعمال التعهد وارتكب إحدى المخالفات الآتية :

عدم التصريح بالمنصب الشاغر في الأجل المقررة ؛

شغور المنصب طيلة مدة تتجاوز شهرين ما عدا في حالة قوة قاهرة مثبتة ؛

تشغيل شخص خلافا لمقتضيات مرسوم التطبيق المنصوص عليه في الفصل 20.

ويجوز للسلطة المحلية في الحالة المشار إليها في الفقرة 2 أعلاه أن تعين حتما من يشغل المنصب على نفقة الأشخاص الملزمين بتشغيل بواب أو مأمور للقيام بأعمال التعهد.

ويعتبر العقد المبرم طبق الشروط المشار إليها في الفقرة 3 باطلا ولا عمل به.

الفصل 20

تحدد كفايات تطبيق ظهيرنا الشريف هذا بمرسوم يتخذ باقتراح من وزير الداخلية.

98 _

الجريدة الرسمية عدد 6342 الصادرة بتاريخ 21 جمادى الأولى 1436 (12 مارس 2015)

ظهير شريف رقم 1.15.26 صادر في 29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015)

بتنفيذ القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب.

قانون رقم 131.13 يتعلق بمزاولة مهنة الطب

القسم الرابع

أحكام متفرقة وعقوبات

المادة 104

يجب، تحت طائلة البطلان، أن تحمل العقود المبرمة بين الأطباء أو بين طبيب ومصححة تأشيرة رئيس المجلس الوطني الذي يتأكد من مطابقة بنود هذه العقود لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه وكذا قواعد مدونة الأخلاقيات. وتطبق عقوبة تأديبية على أطراف العقد في حالة تنفيذه قبل تأشيرة المجلس الوطني

المادة 105

يحدد بنص تنظيمي المصنف العام للأعمال المهنية الطبية بعد استطلاع رأي المجلس الوطني، ويحدد وفق نفس الكيفية التصنيف المشترك للأعمال الطبية.

المادة 106

يمنع أن تزاول في آن واحد مهنة الطب أو طب الأسنان أو الصيدلة أو بيع العقاقير أو أي مهنة حرة أخرى ولو في حالة التوفر على مؤهلات أو شهادات تخول الحق في مزاولتها.

المادة 107

تمنع مزاوله مهنة الطب في الصيدليات أو محال بيع العقاقير أو الأماكن المتصلة بها أو بأي محل لمهني من مهنيي الصحة. تعتبر باطلة كل اتفاقية تسمح لطبيب بالحصول من مزاوله مهنته على ربح في بيع الأدوية من قبل أحد الصيادلة. وتعرض كل من الطبيب والصيدلي للعقوبات التأديبية من قبل الهيئة التي ينتمي إليها.

المادة 108

يعتبر مزاولا لمهنة الطب بوجه غير قانوني:

- 1- كل من يشارك بصورة اعتيادية أو تحت إشراف غيره ولو بحضور طبيب من الأطباء في إعداد تشخيص أو في وصف علاج لأمراض أو إصابات جراحية، أو خلقية أو مكتسبة، حقيقية أو مفترضة. وذلك عن طريق أعمال شخصية أو استشارات شفوية أو مكتوبة وبأي طريقة أخرى أو يقوم بأحد الأعمال المهنية المنصوص عليها في المصنف العام المشار إليه في المادة 105 أعلاه دون أن يكون حاصلا على شهادة تخوله الحق في التقييد في جدول الهيئة ؛
 - 2- كل طبيب يقوم بالأعمال أو الأنشطة المحددة في البند 1 أعلاه دون أن يكون مقيدا في جدول الهيئة أو يزاول خلال المدة التي يكون فيها موقفا عن مزاوله المهنة أو محذوفا من جدول الهيئة ابتداء من تاريخ تبليغ قرار التوقيف أو قرار الحذف إلى المعنى بالأمر؛
 - 3- كل طبيب يزاول المهنة خلافا لأحكام المواد 15 و 26 (الفقرة الأولى) و 27 و 30 و 31 و 37 (الفقرة الأولى) و 38 و 39 (الفقرة الخامسة) و 50 و 53 (الفقرة الثالثة) و 54 (الفقرة الثالثة) و 55 و 67 و 107 (الفقرة الأولى) أعلاه ؛
 - 4- كل طبيب يزاول أعمال المهنة في قطاع غير القطاع الذي قيد برسمه في جدول الهيئة دون أن يطلب تحيين تقييده في الجدول المذكور مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في هذا القانون ؛
 - 5- كل شخص حامل للقب قانوني يتجاوز حدود الصلاحيات التي يسندها إليه القانون ولاسيما بتقديم مساعدته للأشخاص الوارد بيانهم في البنود الأربعة أعلاه قصد عدم تعريضهم لتطبيق أحكام هذا القانون.
- لا تطبق أحكام البند 1 من هذه المادة على الطلبة في الطب الذين يقومون بأعمال نيابية منتظمة أو ينجزون الأعمال التي يأمرهم بها الأطباء الذين يوظفونهم، ولا على الممرضين أو القوابل أو مهنيي المهن شبه الطبية الأخرى في حالة مزاوله المهنة طبقا للقوانين المنظمة لمهنتهم.

المادة 109

يعاقب على مزاوله الطب بوجه غير قانوني في الحالات المنصوص في البندين 1 و 5 من المادة 108 أعلاه، بعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة من 10.000 درهم إلى 100.000 درهم.

المادة 110

يعاقب على مزاوله الطب بوجه غير قانوني في الحالات المنصوص في البنود 2 و 3 و 4 من المادة 108 أعلاه بغرامة من 5.000 درهم إلى 50.000 درهم.

يجوز للمحكمة أن تقرر، علاوة على ذلك، منع المحكوم عليه من مزاوله المهنة لمدة لا تزيد على سنتين.

المادة 111

مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 35 والمادة 38 من هذا القانون، يعاقب بغرامة من 5000 درهم إلى 50.000 درهم على فتح عيادة طبية قبل إجراء المراقبة المنصوص عليها في المادة 34 أعلاه أو دون الحصول على شهادة المطابقة المنصوص عليها في المادة المذكورة.

المادة 112

يعاقب بغرامة من 5.000 إلى 10.000 درهم الطبيب صاحب العيادة الطبية والأطباء أصحاب العيادة المشتركة الذين يخالفون إلزامية الإعلان المنصوص عليه في المادة 46 من هذا القانون.

يعاقب بالغرامة نفسها كل امتناع عن زيارات مراقبة المطابقة وعن الخضوع لعمليات التفتيش المنصوص عليها في المواد 35 و 56 و 57 من هذا القانون.

المادة 113

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 20.000 درهم عدم توفر التأمين عن المسؤولية المدنية المهنية المنصوص عليها في المادة 43 من هذا القانون.

يعاقب بالغرامة نفسها الطبيب النائب الذي يخالف أحكام المادة 48 من هذا القانون.

المادة 114

يعاقب بغرامة من 100.000 درهم إلى مليون درهم كل شخص منصوص عليه في المادة 60 من هذا القانون، سواء كان شخصا ذاتيا أو شركة تجارية أو شخصا اعتباريا خاضعا للقانون الخاص لا يهدف للحصول على الربح، ينشئ مصحة أو يستغلها أو ينقل موقعها دون الحصول على الأذن المنصوص عليها في المادتين 62 و 68 من هذا القانون.

يعاقب بالغرامة نفسها كل مخالفة لأحكام المادتين 69 و 71 من هذا القانون وكل امتناع عن الخضوع لعمليات التفتيش المنصوص عليها في المادة 91 من هذا القانون.

تأمر المحكمة، علاوة على ما ذكر، بإغلاق المصحة التي تستغل دون الحصول على الإذن أو إذا كان المحل المذكور يشكل خطرا جسيما على المرضى المقيمين فيه لأجل الاستشفاء أو على عامة السكان.

وفي الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة الثالثة أعلاه، يجوز لرئيس المحكمة إذا رفع إليه الأمر لهذه الغاية من لدن السلطة الحكومية المختصة أو من رئيس المجلس الجهوي المعني أن يقرر إغلاق المصحة في انتظار صدور حكم المحكمة المقامة الدعوى لديها.

المادة 115

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم عن كل مخالفة لأحكام الفقرة الثانية من المادة 72 والفقرة الأولى من المادة 74 والفقرتين الثانية والثالثة من المادة 75 من هذا القانون.

يعاقب بالغرامة نفسها عن عدم إحداث اللجنة الطبية للمؤسسة أو لجنة الأخلاقيات المنصوص عليهما على التوالي في المادتين 76 و 77 من هذا القانون.

المادة 116

يعاقب بغرامة من 5.000 إلى 10.000 درهم عن كل مخالفة لأحكام الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 82 والفقرة الثانية من المادة 84 من هذا القانون.

يعاقب بغرامة من 20.000 إلى 50.000 درهم صاحب أو أصحاب المصلحة الذين لا يقترحون على السلطة الحكومية المختصة داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 86 أعلاه مديرا طبيا بالنيابة أو مديرا طبيا جديدا في حالة توقف المدير الطبي للمصلحة عن ممارسة مهامه بصفة نهائية.

المادة 117

يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم :

- كل صاحب عيادة أو مالك لمصلحة أو مؤسسة مماثلة لها، يشغل طبيا كأجير أو يفرض على طبيب يمارس بمؤسسته قواعد من شأنها أن تحد من استقلالته المهنية ؛
- كل طبيب يثبت أنه قبل استنجاره من طرف صاحب عيادة أو مالك لمصلحة أو قبل الحد من استقلالته المهنية ؛
- كل مالك لمصلحة أو مدير إداري ومالي يقوم بأعمال تدخل في اختصاص المدير الطبي أو يعرقل مهام هذا الأخير.

المادة 118

دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالأبحاث البيوطبية، يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفصل 413 من القانون الجنائي كل طبيب يصف علاجات أو يطبق تقنيات لم تثبت بعد نجاعتها علميا.

المادة 119

يعتبر استعمال لقب طبيب من لدن شخص غير حاصل على شهادة طبيب بمثابة انتحال صفة طبيب المنصوص عليه وعلى عقوبته في الفصل 381 من القانون الجنائي.

يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في شأن مزاولة الطب بوجه غير قانوني على استعمال لقب طبيب "متخصص" من لدن شخص سواء أكان طبيا أم لا، غير حاصل على دبلوم في التخصص الطبي أو لم يتم تأهيله كمتخصص طبقا لأحكام هذا القانون.

المادة 120

لا يجوز للأطباء أن يثبتوا في اللوحة البيانية الموضوعة بمدخل محلهم المهني و في وصفاتهم الطبية سوى أسمائهم العائلية والشخصية و مهنتهم وتخصصهم وشهادتهم الجامعية و مصدرها وفق الكيفية و البيانات التي يحددها المجلس الوطني.

يعاقب بغرامة من 1000 درهم إلى 5000 درهم عن كل مخالفة لأحكام هذه المادة.

المادة 121

يمكن الحكم على الأطباء المدانين من أجل ارتكاب جنائيات أو جنح ضد الأشخاص أو نظام الأسرة أو الأخلاق العامة، بالمنع المؤقت أو النهائي من مزاولة مهنة الطب. وبناء على طلب من النيابة العامة، تعتبر الأحكام الصادرة في الخارج من أجل ارتكاب الأفعال المشار إليها أعلاه كما لو صدرت في المغرب لأجل تطبيق القواعد المتعلقة بالعود إلى ارتكاب الجريمة والعقوبات الإضافية أو التدابير الوقائية.

المادة 122

لا يمكن إجراء المتابعات القضائية بخصوص الأفعال المنصوص عليها في المواد 112 و 115 و 116 (الفقرة الثانية) و 119 أعلاه إلا إذا لم يستجب المخالف للإعذار الموجه إليه من لدن السلطة الحكومية المختصة بواسطة مفوض قضائي بوضع حد للمخالفة داخل الأجل الذي تحدده.

تجرى المتابعات القضائية التي قد يتعرض لها الأطباء بحكم هذا القانون علاوة على الدعوى التأديبية التي يمكن أن تترتب على الأفعال المنسوبة إلى الطبيب.

يجوز للهيئة أن تطالب بحقوقها المدنية أمام المحاكم المقامة لديها دعوى تتعلق بطبيب وذلك وفقا لأحكام قانون المسطرة الجنائية.

المادة 123

في حالة العود بالنسبة للمخالفات المنصوص عليها في المواد 109 و 110 و 111 و 117 و 119 تضاعف عقوبة الغرامة.

يجوز للمحكمة بالنسبة للحالة المنصوص عليها في المادة 111 أعلاه أن تقرر إغلاق المحل لمدة لا تزيد على سنة.

يعد في حالة العود في مدلول أحكام هذا القسم، كل شخص ارتكب مخالفة ذات تكييف مماثل داخل أجل خمس سنوات التي تلي التاريخ الذي أصبح فيه الحكم بالإدانة مكتسبا لقوة الشيء المقضي به.

99 _

الجريدة الرسمية عدد 3881 بتاريخ 18/03/1987 الصفحة 275

ظهير شريف رقم 1.86.193 صادر في 28 من ربيع الآخر 1407 (31 ديسمبر 1986) بتنفيذ القانون رقم 2.79 المتعلق بوححدات القياس

الجزء الثامن

العقوبات

المادة 23

يحكم بعقوبة الاعتقال من يوم إلى خمسة عشر يوما وبغرامة من 50 إلى 120 درهما أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط على

1- الأشخاص الذين يخالفون أحكام المادتين 15 و 16 أعلاه ؛

2- الأشخاص الذين يستخدمون في الحالات المبينة في المادة 15 من هذا القانون أو يحوزون في الأماكن المعينة في المادة 16 منه مقاييس ثبت بعد التحقق منها عدم مطابقتها للشروط القانونية دون أن يدخل عليها التعديل الذي قرره المحقق أو تكون موضوع عملية تحقق جديدة ؛

3- الأشخاص الذين يخالفون أحكام النصوص الصادرة بتطبيق هذا القانون.

ويمكن حجز المقاييس ومصادرتها.

ويجب الحكم بعقوبة الاعتقال عندما تثبت مخالفة جديدة لأحد أحكام هذا القانون خلال 365 يوما التالية لصدور حكم بالإدانة أو لإجراء صلح من أجل المخالفة لأحد الأحكام المذكورة

المادة 24

يعاقب بغرامة من 120 درهما إلى 2.000 درهم وبحبس من شهر إلى سنة أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط الأشخاص الذين توجد في حوزتهم لغير سبب مشروع بأحد الأماكن المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه مقاييس مزيفة عن عمد.

وتحجز وتصادر المقاييس المزيفة.

وتطبق نفس العقوبات من أجل فض الأختام التي يضعها أحد المأمورين المشار إليهم في المادة 20 أعلاه.

المادة 25

يعاقب بغرامة من 1.000 إلى 20.000 درهم وبحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

- من يزاولون مهنة صنع أو إصلاح المقاييس من غير أن يكونوا قد حصلوا سلفا على الرخصة المنصوص عليها في المادة 19 أعلاه ؛

- مصلحو المقاييس الذين يسلمون المقاييس المعهود إليهم بإصلاحها من غير تقديمها لمراقبة المصلحة المختصة أو من غير إخبار هذه المصلحة بذلك رغم علمهم أنها ما زالت معيبة.

ويحكم وجوبا بالحبس في حالة العود.

على أنه يجوز للمصلحة المختصة إذا لم تستطع تلبية طلب المصلح فورا أن تأذن له في أن يسلم تحت مسؤوليته المقياس، ويمكن استخدامه في هذه الحالة إلى أن يتم التحقق منه.

المادة 26

تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفصل 380 من مجموعة القانون الجنائي على كل من انتحل لمغالطة الغير صفة مأمور للمصلحة المكلفة بمراقبة المقاييس

المادة 27

تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفصل 349 من مجموعة القانون الجنائي على كل من استخدم عمدا مطبوعات من شأنها أن تحدث لبسا بين مؤسسته والمصلحة المذكورة.

المادة 28

تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفصولين 346 و347 من مجموعة القانون الجنائي على كل من زور أو استخدم دمغات المحصلة المكلفة بمراقبة المقاييس أو اختلس علاماتها

المادة 29

يمكن أن تقرر السلطة الإدارية المختصة سحب الرخصة المنصوص عليها في المادة 19 أعلاه وأن تأمر بإغلاق المؤسسة مدة لا يجوز أن تتجاوز ثلاثة أشهر:

1. إذا ثبتت مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون والنصوص الصادرة بتطبيقه خلال الأربعة والعشرين شهرا التالية لصدور حكم نهائي بالإدانة أو لإجراء صلح من أجل مخالفة للأحكام المذكورة ؛

2. إذا ثبتت مخالفة للمادة 25 أعلاه.

ويمكن خلال مدة الإغلاق المؤقت أن يلزم المخالفة أو المؤسسة بالاستمرار في أداء أجور المستخدمين والتعويضات والمنافع কিفما كان نوعها التي كانوا يستفيدون منها في تاريخ إغلاق المؤسسة.

ويمكن أن تسحب الرخصة نهائيا إذا ثبتت مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون خلال السنة والثلاثين شهرا التالية لصدور حكم نهائي بالإدانة أو لإجراء صلح من أجل مخالفة للمادة 25.

المادة 30

تحجز وتصادر المقاييس الداخلة في الأصناف المنظمة إذا كانت غير مطابقة للنماذج الموافق عليها.

وإذا كانت الأشياء المصادرة قابلة للاستخدام جاز للمحكمة وضعها رهن تصرف الإدارة قصد بيعها لفائدة الخزينة بعد إصلاحها ووضع الدمغة عليها.

وتتلف الأشياء غير القابلة للاستخدام.

المادة 31

يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 120 درهما إلى 6.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط الأشخاص الذين يعرقلون بأبوة وسيلة كانت تنفيذ هذا القانون والنصوص الصادرة بتطبيقه ويحولون بذلك بين المكلفين بمراقبة المقاييس وبين مزاولة مهامهم.

ويمكن أن تضاعف العقوبات المذكورة في حالة العود أو إذا وقعت مقاومة المأمورين بمساعدة عدة أشخاص أو بعنف، على أن تطبق عند الاقتضاء العقوبات التي يتعرض لها من أجل ارتكاب أفعال أشد خطورة.

مؤسسات الائتمان -100-
توسيع نطاق العمارات القروية -101-
الأماكن المتعلقة باقامة شعائر الدين الاسلامي فيها -

مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها

ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12
المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها

القسم الثامن: العقوبات التأديبية والجنائية

الباب الأول: العقوبات التأديبية

المادة 172

دون الإخلال، إن اقتضى الحال، بالعقوبات الجنائية المنصوص عليها في هذا القانون أو بالعقوبات المقررة في النصوص التشريعية الخاصة، تتعرض للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في المواد التالية مؤسسات الائتمان والهيئات الأخرى الخاضعة لمراقبة بنك المغرب التي تخالف أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.

المادة 173

يؤهل بنك المغرب، في حالة عدم التقيد بأحكام المواد 9 و 45 و 47 و 51 و 71 و 72 و 74 و 75 و 76 و 77 و 82 و 130 و 152 و 154 و 155 و 157 و 159 أعلاه وبالنصوص المتخذة لتطبيقها بأن يوقع على المؤسسة المعنية عقوبة مالية تساوي على الأكثر خمس (1/5) رأس المال الأدنى المطبق عليها بصرف النظر عن التحذير أو الإنذار المنصوص عليهما على التوالي في المادتين 85 و 88 أعلاه.

وتطبق الأحكام السابقة كذلك في حالة عدم تقيد مؤسسات الائتمان بتكوين الاحتياطات الإلزامية لدى بنك المغرب كما هو منصوص على ذلك في القانون المنظم لبنك المغرب.

المادة 174

يبلغ بنك المغرب إلى مؤسسة الائتمان العقوبة المالية الصادرة عليها والأسباب الداعية إلى إصدارها والأجل المحدد لها لتطبيق أحكام المادة 175 بعده، ويجب ألا يقل هذا الأجل عن ثمانية (8) أيام من تاريخ توجيه التبليغ إلى المؤسسة.

المادة 175

تقتطع المبالغ المطابقة للعقوبات المالية مباشرة من حسابات مؤسسات الائتمان التي تتوفر على حساب لدى بنك المغرب.

ويجب على مؤسسات الائتمان التي لا تتوفر على هذا الحساب أن تدفع المبالغ المشار إليها أعلاه إلى شبابيك بنك المغرب.

وإذا لم تدفع المبالغ المذكورة داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 174 أعلاه من لدن مؤسسات الائتمان التي لا تتوفر على حساب لدى بنك المغرب، قامت الخزينة العامة بتحصيلها على أساس أمر بالمداخيل يصدره الوزير المكلف بالمالية أو أي شخص ينتدبه لهذا الغرض، وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية.

واستثناء من أحكام المادتين 36 و 41 من القانون السالف الذكر رقم 15.97 يشرع في إجراء المتابعات المتعلقة بالتحصيل فور تبليغ الإنذار.

المادة 176

يدفع بنك المغرب إلى الخزينة المبالغ المشار إليها في المادة 175 أعلاه عند انتهاء كل سنة محاسبية.

المادة 177

تحدد بمنشور يصدره والي بنك المغرب، بعد استطلاع رأي اللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان، القائمة المفصلة للمخالفات المشار إليها في المادة 173 أعلاه وكذا العقوبات المالية المطابقة لها .

المادة 178

إذا ظل التحذير أو الإنذار المنصوص عليهما على التوالي في المادتين 85 و 88 أعلاه دون جدوى، جاز لوالي بنك المغرب القيام بما يلي بعد استطلاع رأي اللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان :

توقيف واحد أو أكثر من المسيرين ؛

المنع أو الحد من القيام ببعض العمليات من قبل مؤسسة الائتمان ؛

تعيين مدير مؤقت ؛

سحب الاعتماد.

المادة 179

يجوز لبنك المغرب أن ينشر بجميع الوسائل التي يراها ملائمة العقوبات التأديبية الصادرة في حق مؤسسات الائتمان.

الباب الثاني: العقوبات الجنائية

المادة 180

يلزم بكتمان السر المهني جميع الأشخاص الذين يشاركون، بأي وجه من الوجوه، في إدارة أو تسيير أو تدبير مؤسسة ائتمان أو هيئة معتبرة في حكمها أو يكونون مستخدمين لديها وأعضاء المجلس الوطني للائتمان والادخار ولجنة مؤسسات الائتمان واللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان ولجنة التنسيق والرقابة على المخاطر الشمولية ومجلس الإدارة ومستخدمي الشركة المسيرة والأشخاص المكلفون ولو بصفة استثنائية بأعمال تتعلق بمراقبة المؤسسات الخاضعة لرقابة بنك المغرب عملاً بهذا القانون وبوجه عام كل شخص يدعى، بوجه من الوجوه، للاطلاع على المعلومات المتعلقة بالمؤسسات المذكورة أو لاستغلالها وذلك فيما يتعلق بجميع القضايا التي ينظرون فيها بأي صفة كانت تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في الفصل 446 من القانون الجنائي.

بالرغم من أحكام الفقرة السابقة، يجوز لمؤسسات الائتمان موافاة وكالات التنقيط بالمعلومات التي تخضع لكتمان السر المهني والتي تحتاجها لمتطلبات عملها في التنقيط أو الأدوات المالية التي تصدرها من جهة، ومن جهة أخرى الأشخاص الذين تتفاوض معهم، أو الذين يبرمون أو ينفذون معها العمليات التالية، عندما تكون هذه المعلومات ضرورية لإنجاز هذه العمليات :

عمليات الائتمان والعمليات المتعلقة بالأدوات المالية أو بالتأمين ؛

أخذ مساهمة في مؤسسة ائتمان أو مراقبتها ؛

تقويات أو تحويلات أو رهون الأصول أو الأصول التجارية أو الديون التي لها أو العقود ؛

عقود تقديم الخدمات التي تبرم مع الغير لتعهد إليه بوظائف تشغيلية مرتبطة بمزاولة نشاطها ؛

دراسة وإعداد وإبرام وتنفيذ وتحويل جميع أنواع العقود والعمليات عندما يكون للوكالات والأشخاص المذكورين أعلاه صلة برأس مال مؤسسات الائتمان بصفة مباشرة أو غير مباشرة، تخول سلطة مراقبة فعلية لهذه الوكالات أو الأشخاص على مؤسسة الائتمان أو لمؤسسة الائتمان على هذه الوكالات أو الأشخاص .

علاوة على الحالات المذكورة أعلاه، يجوز لمؤسسات الائتمان موافاة الوكالات والأشخاص السالف ذكرهم بمعلومات تخضع لكتمان السر المهني كلما سمح بذلك الأشخاص الذين تتعلق بهم هذه المعلومات.

يجب على الوكالات والأشخاص الذين يتلقون معلومات تخضع لكتمان السر المهني المحافظة على سريتها. غير أنه يجوز لهم موافاة الأشخاص الذين يتفاوضون معهم ويبرمون وينفذون العمليات المشار إليها أعلاه بالمعلومات المرتبطة بهذه العمليات والتي تخضع لكتمان السر المهني وفق نفس الشروط المشار إليها في هذه المادة.

المادة 181

علاوة على الحالات المنصوص عليها في القانون، لا يجوز الاحتجاج بالسر المهني على بنك المغرب وعلى السلطة القضائية العاملة في إطار مسطرة جنائية وعلى أي سلطة تابعة لدول أبرمت اتفاقية ثنائية مع المملكة المغربية تنص على تبادل المعلومات في المجال الضريبي.

المادة 182

يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص عامل لحسابه الخاص أو لحساب شخص اعتباري :

يستعمل بغير حق تسمية تجارية أو عنوانا تجاريا أو إعلانا وبصورة عامة كل عبارة تحمل على الظن أنه معتمد كمؤسسة ائتمان أو تحدث عمدا في أذهان الجمهور التباسا حول مزاوله نشاطه بصفة قانونية؛

يستعمل جميع الأساليب التي يراد بها تشكيك الجمهور في صنف مؤسسة الائتمان الممنوحة من أجلها رخصة الاعتماد.

المادة 183

يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 5.000.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل شخص :

يحترف، بصفة اعتيادية، القيام بالعمليات المحددة في المادتين 1 و 16 أعلاه من غير أن يكون معتمدا قانونا باعتباره مؤسسة ائتمان ؛

ينجز عمليات لم يمنح اعتماد لأجلها.

المادة 184

يجوز للمحكمة، في الحالات المنصوص عليها في المادتين 182 و 183 أعلاه، أن تأمر بإغلاق المؤسسة المرتكبة فيها المخالفة وبنشر الحكم في الجرائد التي تعينها على نفقة المحكوم عليه.

المادة 185

يعاقب كل من خالف المنع المقرر في المادة 38 أعلاه بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

المادة 186

يعاقب بغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم كل من خالف أحكام المادة 44 أعلاه.

وتطبق العقوبة المذكورة كذلك على :

كل مساهم شخصا ذاتيا كان أو اعتباريا لا يطبق أحكام المواد 93 و 94 و 95 أعلاه ؛

مسيري الأشخاص الاعتبارية المشار إليها في المادة 81 أعلاه الذين يرفضون تبليغ قوائمها التركيبية إلى بنك المغرب ؛

مسيري كل مؤسسة انتمان لا يطبقون أحكام المادة 84 أعلاه.

وفي حالة العود، يعاقب مرتكب المخالفة بغرامة من 200.000 إلى 2.000.000 درهم.

المادة 187

يتعرض للعقوبات المقررة في المادة 186 أعلاه مسيرو التجمعات المالية والشركات المالية الذين لا يقومون بإعداد أو نشر القوائم التركيبية أو لا يبلغون إلى بنك المغرب المعلومات المطلوبة عملاً بأحكام المادة 82 أعلاه.

المادة 188

يعاقب كل شخص يخالف الأحكام المقررة في المادة 161 أعلاه بغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم.

وفي حالة العود، يعاقب مرتكب المخالفة بغرامة من 200.000 إلى 2.000.000 درهم.

المادة 189

يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من خالف أحكام المادة 164 أعلاه، باعتباره مسير منشأة تزاوّل أنشطة الوسيط في العمليات المنجزة من لدن مؤسسات الائتمان.

المادة 190

يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص خالف أحكام المادة 166 أعلاه، باعتباره مسير منشأة تزاوّل أنشطة الوسيط في العمليات المنجزة من لدن مؤسسات الائتمان.

المادة 191

يعاقب بغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم كل ممثل مؤسسة يلزم، بموجب هذا القانون، بتبليغ وثائق أو معلومات إلى بنك المغرب ويقدم إليه عمداً معلومات غير صحيحة.

وفي حالة العود، يعاقب مرتكب المخالفة بغرامة من 200.000 إلى 2.000.000 درهم وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

المادة 192

يعتبر في حالة العود، لأجل تطبيق أحكام المواد 187 و 190 و 191 أعلاه و 194 أدناه، كل من صدر في حقه حكم نهائي من أجل ارتكاب مخالفة سابقة ثم ارتكب مخالفة أخرى من نفس النوع خلال الإثني عشر شهراً الموالية للتاريخ الذي صار فيه الحكم نهائياً.

المادة 193

يمكن أن يتابع مرتكبو المخالفات المنصوص عليها في المواد من 182 إلى 192 أعلاه والمساهمون فيها أو المشاركون معهم بناء على شكوى مسبقة أو على مطالبة بالحق المدني صادرة عن بنك المغرب أو الجمعية المهنية المعنية.

المادة 194

تطبق أحكام المادتين 404 و 405 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة على مراقبي الحسابات فيما يتعلق بالمهام المنوطة بهم المشار إليها في الباب الثاني من القسم الرابع من هذا القانون.

توسيع نطاق العمارات القروية صيغة محينة بتاريخ 19 سبتمبر 2016

ظهير شريف رقم 60.063.1 بشأن توسيع نطاق العمارات القروية 101 كما تم تعديله

الفرع الثاني: العقوبات الجزرية

الفصل 13

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم، كل من باشر أو شيد بناء من غير الحصول على إذن سابق بذلك، في منطقة غير قابلة بموجب النظم المقررة لأن يقام بها المبنى المشيد أو الموجود في طور التشييد.

إذا عاد المخالف إلى اقرار نفس المخالفة داخل أجل السنة الموالية للتاريخ الذي صار فيه الحكم الصادر في المخالفة الأولى مكتسبا لحجية الشيء المقضي به يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنة واحدة.

الفصل 14

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم، كل من سلم له إذن بالبناء وقام بتشيد بناء خلافا للإذن المسلم له، وذلك بتغيير العلو المسموح به والأحجام والمواقع المأذون فيهما أو المساحة المباح بناؤها أو الغرض المخصص له البناء.

يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 100.00 درهم، كل من سلم له إذن بالبناء وقام بتشيد بناء خلافا للرخصة المسلمة له، وذلك بزيادة طابق أو طوابق إضافية.

الفصل 15

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم، كل من خالف بمقتضيات قرارات رئيس المجلس الجماعي المشار إليها في الفصل 6 أعلاه.

الفصل 16

يعاقب بغرامة من 5.000 إلى 10.000 درهم، على كل إخلال بمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 12-3 أعلاه، المتعلقة بمسك دفتر الورش.

الفصل 17

يعاقب بغرامة من 100.000 إلى 200.000 درهم، على إحداث تجزئة عقارية من غير الحصول على إذن سابق بذلك.

الفصل 18

يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 200.000 درهم، على إحداث تجزئة عقارية في منطقة غير قابلة لاستقبالها بموجب النظم المقررة.

الفصل 19

يعاقب بغرامة من 100.000 إلى 200.000 درهم، على إحداث تجزئة عقارية أو بناية فوق ملك من الأملاك العامة أو الخاصة للدولة والجماعات الترابية وكذا الأراضي التابعة للجماعات الساللية، من غير الحصول على الأذن المنصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

تقوم السلطة الإدارية المحلية بإصدار أمر فوري بإيقاف الأشغال أو الأبنية المخالفة، وكذا بهدم البناء المخالف وذلك على نفقة المخالف.

الفصل 20

الظهير الشريف رقم 1.10.15 الصادر في 26 من صفر 1431 (11 فبراير 2010) المتعلق بتنفيذ القانون رقم 12.06 المتعلق بالتقييس والشهادة بالمطابقة والاعتماد، خاصة المادتين 33 و34 منه :

1 - المادة 33 : "يمكن للسلطة الحكومية المختصة الإقرار بالزامية أية مواصفة قياسية مغربية مصادق عليها كلما تبين لها أن هذا الإجراء ضروري. وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية".

2 - المادة 34 : "تتم مراقبة مطابقة المنتجات والسلع والخدمات الخاضعة لإجبارية تطبيق مواصفات قياسية مغربية وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة الجاري بها العمل. تتم معاينة المخالفات من لدن موظفين تابعين للقطاعات الوزارية المعنية مفوضين خصيصا لهذا الغرض، أو من قبل أي جهاز مؤهل لذلك وفقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل".

وضع المقاييس الصناعية للبحث عن الجودة و تحسين الإنتاج -102-

تكون باطلة بطلانا مطلقا عقود البيع والإيجار والقسمة المبرمة خلافا لأحكام الفصلين 10 و11 من هذا القانون. تقام دعوى البطلان من طرف الإدارة أو من طرف كل ذي مصلحة.

الفصل 21

دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها أعلاه، تأمر المحكمة في حالة الإدانة، على نفقة المخالف، بهدم الأبنية والتجهيزات المنجزة من أجل إحداث تجزئة عقارية موضوع المخالفة وبإعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

102 _

ظهير شريف رقم 157-70-1 بتاريخ 26 جمادى الأولى 1390 بوضع المقاييس الصناعية للبحث عن جودة وتحسين الإنتاج (ج. ر. بتاريخ 12 شعبان 1390 - 14 أكتوبر 1970).

(تحدد المعايير بوجه خاص التعريف بالسلع أو المنتجات المتأتية من التحويل الصناعي ومميزاتها من حيث الحجم أو الكيف وقواعد استخدامها ومراقبتها وكذا مميزات نظام السهر على الجودة الذي يمكن المنشأة الصناعية من تقييم و تتبع مستوى جودة منتجاتها، و توضع المعايير المذكورة ويتم إقرارها ومراجعتها وتطبيقها وفق الشروط المنصوص عليها في ظهيرنا الشريف هذا والنصوص الصادرة لتطبيقه.

الفصل الثاني : إن المصادقة على مشاريع المقاييس (M N P) باعتبارها مقاييس مغربية (M N) يعلن عنها الوزير أو الوزراء المعنيون بالأمر بناء على الرأي الذي يبديه المجلس الوزاري الأعلى للجودة والإنتاج حول مشاريع المقاييس التي تضعها "اللجان التقنية لوضع المقاييس" المختصة والتي تسلمها إلى المجلس المذكور مصلحة المقاييس الصناعية المغربية.

وتنشر المقاييس المصادق عليها (M N) بالجريدة الرسمية في شكل قرارات يصدرها الوزير أو الوزراء المسؤولون عن الإنتاج أو الشيء الموضوع له مقاييس.

ويمكن أن ينص في قرارات المصادقة على وجوب تطبيق هذه المقاييس في أجل معين بخصوص كل صنف من الأصناف المعنية بالأمر مع مراعاة الترخيصات بالمخالفة المقررة في الفصل الرابع بعده. ويمكن مراجعة المقاييس المصادق عليها أو إلغاؤها ويقرر الوزير أو الوزراء المسؤولون مراجعة أو إلغاء المقاييس المطلوبة مراجعتها مع توضيح مدة صلاحيتها أو إلغاؤها على الفور.

الفصل الثالث:

تنظيم تسويق و انتاج البذور و الأغراس -103-
المكتب الوطني للبذور و القطني
مراقبة مبيدات الزراعة و نظام تسويقها -104-

إن المقاييس المصادق عليها أو الإشارة الصريحة لتطبيقها يجب مع مراعاة الترخيصات بالمخالفة المقررة في الفصل الرابع بعده التنصيص عليهما في بنود ومقتضيات وكنائش التحملات الخاصة بالصفقات المبرمة من طرف الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية وكذا المقاولات ذات الامتياز التابعة لمصلحة عمومية أو المقاولات التي تتلقى إعانات مالية من الدولة.

الفصل الرابع : يجوز إذا حالت صعوبات دون تطبيق المقاييس المصادق عليها أن تمنح ترخيصات بالمخالفة من طرف الوزير أو الوزراء المعنيين بالأمر بشأن الواجبات المقررة في الفصل الثاني (المقطع الثالث) والفصل الثالث.

ويمكن أن تشمل هذه الترخيصات بالمخالفة إما الوجوب نفسه أو الأجل المحدد للتطبيق. الفصل الخامس

2 : نسخت الفقرات 1 و 2 و 3 و عوضت بالمادة الأولى من الظهير الشريف رقم 93-221-1 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1983 : ((المطابقة للمعايير التي تم إقرارها يمكن إثباتها بتسليم شهادة لهذا الغرض أو تجسيما بوضع "علامة المطابقة للمعايير على المنتج المقصود . على أن بعض المنتجات المحددة معاييرها والمستجيبة لمعايير نوعية خاصة يمكن أن توضع عليها علامة مميزة إضافية تسمى علامة الجودة . "وتحدد بنص تنظيمي الاجراءات المتعلقة بتسليم أو سحب الشهادة و علامة المطابقة للمعايير وعلامة الجودة .وتودع علامات المطابقة للمقاييس وعلامات الجودة طبق الشروط المحددة في التشريع الخاص بعلامات الصنع والتجارة .وتجري على استعمالها المقترضات وعند الاقتضاء العقوبات المنصوص عليها في التشريع المذكور .وتنجز طبق الشروط المقررة في النظام المتعلق بزجر الغش مراقبة تطبيق المقاييس المغربية التي تكتسي صبغة إجبارية.

ويمكن أن تثبت المخالفات بالإضافة إلى الأعوان المكلفين بزجر الغش أعوان الوزارات المعنية بالأمر المنتدبون خصيصا لهذا الغرض

103 _

ظهير شريف رقم 69-169-1 بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 بتنظيم إنتاج وتسويق البذور والأغراس (ج. ر. بتاريخ 13 جمادى الأولى 1389 - 29 يوليوز 1969 .

بناء على المرسوم الملكي رقم 65-136 الصادر في 7 صفر 1385 (7 يونيو 1965 (بإعلان حالة الاستثناء ، الجزء الرابع) تطبق على أعمال الغش المرتكبة في تجارة البذور والأغراس أو التخلي عنها العقوبات : المخالفات والعقوبات الفصل 8 المنصوص عليها في الظهير الشريف الصادر في 23 ذي القعدة 1332 (14 أكتوبر 1914 (بزجر الغش في بيع البضائع وتطبق على المخالفات لهذا الظهير الشريف التي . والتدليس في المواد الغذائية والمنتجات الفلاحية حسبما وقع تغييره وتتميمه تنطبق على جنحة للغش أو التدليس العقوبات المنصوص عليها في الظهير الشريف الصادر في 29 صفر 1349 (26 يوليوز 1930. (بزجر المخالفات للظواهر الشريفة والقرارات الوزارية المتعلقة بأعمال الغش

104 _

الجريدة الرسمية رقم 4482 الصادرة يوم الخميس 15 ماي 1997 ظهير شريف رقم 01-97-1 صادر في 12 من رمضان 1417(21 يناير 1997 (بتنفيذ القانون رقم 95-42 المتعلق بمراقبة مبيدات الآفات الزراعية وتنظيم الاتجار فيها.

المادة 16 : يعاقب بغرامة من 000.10 إلى 000.30 درهم كل من استورد مبيدات للآفات الزراعية غير مصادق عليها أو غير مرخص بها أو غير معفاة من المصادقة أو قام بصنعها أو حيازتها بغرض البيع أو عرضها للبيع أو بتوزيعها ولو بالمجان.

المادة 17 : يعاقب بغرامة من 000.5 إلى 000.30 درهم كل من خالف أحكام الفقرة الثالثة من المادة 4 أو المواد 5 و 8 و 11 من هذا القانون.

المادة 18 : يعاقب بغرامة من 000.5 إلى 000.20 درهم كل من خالف أحكام المادتين 7 و 12 أعلاه.

ضبط الأمور المتعلقة باستعمال النار -105-

حفظ الغابات واستغلالها -106-

المادة 19 : دون الإخلال بعقوبات أشد ينص عليها القانون الجنائي أو التشريعات الخاصة ولاسيما منها ما يتعلق بزجر الغش أو بالمواد السامة ، يعاقب بالحبس لمدة تتراوح بين شهر وسنة واحدة وبغرامة من 200.1 إلى 000.30 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط

1 - : كل من استخدم اللقائف أو البراميل أو الأوعية التي سبق أن احتوت على مبيدات للآفات الزراعية لتضم مواد معدة لتغذية الإنسان أو الحيوان ؛

2 - كل من قام خلافا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 10 ببيع أو تخزين أو إيداع مبيدات للآفات الزراعية في محلات مستعملة للتجار في مواد معدة لتغذية الإنسان أو الحيوان أو لتخزينها أو مناولتها.

المادة 20 : كل من قام بصناعة مبيدات للآفات الزراعية المذكورة في المادة الأولى أعلاه أو قام باستيرادها أو بيعها أو عرضها للبيع أو توزيعها ولو بالمجان دون التوفر على الرخصة المنصوص عليها في المادة 13 من هذا القانون ، يعاقب بالحبس لمدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وستين وبغرامة من 000.10 إلى 000.40 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

المادة 21 : تضاعف عقوبة الحبس أو الغرامات المنصوص عليها في المواد من 16 إلى 20 أعلاه في حالة العود إلى ارتكاب مخالفة ذات تكييف مماثل داخل أجل الاثني عشر شهرا الموالية للتاريخ الذي صار فيه الحكم الأول بالإدانة نهائيا.

المادة 22 : يخول للأعوان ذوي الصلاحية في مجال زجر الغش ووقاية النباتات القيام بالبحث والمعانة في شأن المخالفات التي تمس أحكام هذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه وفق المسطرة المنصوص عليها في القانون رقم 83-13 المتعلق بزجر الغش في البضائع الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 108-83-1 بتاريخ 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984).

105_

ظهير الشريف بتاريخ 2 محرم 1345 في ضبط الأمور المتعلقة باستعمال النار وذلك بقصد اجتناب الحريق (ج. ر. بتاريخ 23 محرم الحرام 1345 - 3 غشت 1926). (1 (1))أوقفت مؤقتا ، طيلة مدة الحرب ، تطبيق مقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 18 رجب 1362 الموافق 21 يوليوز سنة 1943 الذي غير الظهير الشريف المؤرخ ب 2 محرم عام 1345 الموافق 13 يوليوز 1926 الصادر في جعل ضابط لاستعمال النار بقصد اتقاء الحريق (ج. ر. بتاريخ 5 يناير 1945 صر3 (بالظهير الشريف المؤرخ في 3 محرم 1364) 19 دجنبر 1944 (الذي ألغي منذ صدور الظهير الشريف المؤرخ ب15 رجب 1365) 15 يونيو 1946 (في تعيين التاريخ القانوني لانتهاء الحرب بالمغرب).

الفصل الثالث عشر :

(غير بالفصل الأول من الظهير الشريف بتاريخ 18 رجب 1362) 21 يوليوز 1943 : ((يعاقب المخالفون لمضمون ظهيرنا الشريف هذا والقرارات المتخذة في شأن تطبيقه بذعيرة يتراوح قدرها من 16 فرنكا إلى 200 فرنك وبسجن يتراوح أمده من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. وتجري نفس العقوبات على الأشخاص الذين يمنعون بأي طريقة كانت أعوان الحكومة المفوضين بمباشرة التحقيقات اللازمة حسيما ذلك مقرر في الفصل الحادي عشر من ظهيرنا الشريف هذا وذلك من القيام بما هم مكلفون به. وإذا كانت المخالفة هي السبب في انتشار الحريق وانتقاله إلى الأملاك والغابات المجاورة فيعاقب مرتكبها بذعيرة تتراوح من ستة عشر فرنكا إلى مائتي فرنك وبالسجن لمدة تتراوح من ثلاثة أشهر إلى سنتين أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط زيادة على تعويض الضرر والخسارة إن اقتضى الحال ذلك. ولكن إذا اتخذت الوسائل والتدابير الاحتياطية المفروضة بموجب الفصول السابقة وانتقل الحريق رغما عن ذلك إلى الأملاك المجاورة فإن رب الأراضي التي بوشر فيها الإحراق يكون مسؤولا مدنيا طبق الشروط المنصوص عليها في الفصل 88 من ظهيرنا الشريف المحتوي على مجلة العقود والالتزامات.

استدراك خطأ بنص الترجمة الرسمية بالجريدة الرسمية عدد 719 بتاريخ 3 غشت 1926 صفحة 1468: (ولا يمكن الحكم بتأجيل تنفيذ العقوبة إذا كانت محتوية على مجرد ذعيرة.

106_

ظهير الشريف بتاريخ 23 ذي الحجة 1335 في حفظ الغابات واستغلالها (ج. ر. بتاريخ 12 1917). أكتوبر 29 - 1336

محرم

ضربت في عشرة (10) ابتداء من فاتح يناير 1991 مبالغ الغرامات المنصوص عليها في الفصول 13 و14 و23 و27 و31 و32 و34 و35 و36 و38 و41 و48 و52 و53 و55 و67 من الظهير الشريف الصادر في 23 من ذي الحجة 1335 (10 أكتوبر 1917) (المشار إليه ، كما وقعت الزيادة فيها بالظهير الشريف بتاريخ 2 شوال 1372) 29 يونيو 1953 ، (بمقتضى المادة 5 من قانون المالية لسنة 1991 رقم 90-56 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 194-90-1 بتاريخ 13 جمادى الثانية 1411) 31 دجنبر 1990

الباب السابع في ضبط أمر الغابات والمحافظة عليها.

القسم الأول : في العقوبات التي تلحق من جنى على شيء ما من الغابات.

الفصل الحادي والثلاثون : كل من كسر علامات الغابة أو أفسدها أو أتلّفها أو نقلها أو أزلها يعاقب بذعيرة تتراوح من خمسة فرنكات إلى مائتين زيادة على سجنه ستة أيام أو ثلاثة أشهر وأدائه تعويضات لخسارة التي يقل قدرها عن الصاير الذي يلزمه لرد الأشياء إلى حالها كما يعاقب أيضا بالعقوبات المشار إليها من فعل مثل ما ذكر بحفير الغابة أو قصدها أو حايطها أو سياجها المستعمل لتحديدّها أو تحديد أقسامها.

الفصل الثاني والثلاثون) : غير بالفصل الفريد من الظهير الشريف بتاريخ 6 جمادى الثانية 1368 (5 أبريل 1949 : (كل من أخذ أو نقل من الغابات بدون إذن بعض المواد أو الهيش أو محصولات الغابة من أي نوع كانت ما عدا الخشب والفحم والخفاف والقشور المعدة للذبح يعاقب بذعيرة تتراوح من 500.1 إلى 000.12 فرنك عن كل سيارة وبذعيرة يتراوح قدرها من 200 إلى 600 فرنك عن كل حمل البهيمة المربوطة في عربة ومن 100 إلى 300 فرنك عن حمل البهيمة ومن 50 إلى 120 فرنك عما يحمله الرجل . وعند تكرار الجريمة يحكم عند الاقتضاء بخمسة إلى ثمانية أيام سجنا . وتطبق المقتضيات المذكورة على نقل الحطب الياب إذا كان خارجا عن حق الانتفاع . وكل من جنى أو نقل شيئا من الغابة أو تعاطى لبيع البلوط أو لاستغلالها مخالفة لمقتضيات القرار الوزيري الصادر في تنفيذ الفصل عدد 54 من ظهيرنا الشريف هذا يحكم عليه بذعيرة يتراوح قدرها من 500.1 إلى 000.24 فرنك عن كل سيارة وب 200 إلى 000.3 فرنك عن كل بهيمة مربوطة في عربة وب 100 إلى 800.1 فرنك عن كل حمل على البهيمة وب 50 إلى 200.1 فرنك عن كل حمل الرجل وفي حالة تكرار الجريمة وإذا وقع النقل في محل من المحلات الجارية إعادة غرس أشجارها يمكن أن يصدر الحكم 6 إلى 15 يوما سجنا .

الفصل الرابع والثلاثون) : غير بالفصل الفريد من الظهير الشريف بتاريخ 6 جمادى الثانية 1368 (5 أبريل 1949 : (كل من حرث أو زرع أو غرس أرضا من أراضي الغابة يحكم عليه بذعيرة تتراوح من 000.2 إلى 000.12 فرنك عن كل هكتار محروث أو مزروع أو مغروس . كما يحكم على كل عزق وأحيا بعض الأراضي منها بذعيرة تتراوح من 000.5 إلى 000.24 فرنك عن كل هكتار وقع عزقه وإحياؤه . وإذا وقع الحرث والزرع والغرس فيها بمجرد الإحياء والعزق فلا يحكم إلا بالذعيرة الواجبة عن الإحياء ومن تكررت منه المخالفة بالحرث والزرع والغرس فيحكم عليه بخمسة إلى ثمانية أيام سجنا ومن عاد إلى المخالفة بالإحياء والعزق فيمكن أن تصدر عليه عقوبة تتراوح من ثمانية أيام إلى شهرين سجنا وزيادة على ذلك يحكم عليه بحجز حصاده .

الفصل الخامس والثلاثون : كل من عثر عليه ليلا بالغابات أو الأغراس الخارجة عن الطرق المعتادة وبيده لات تصلح للقطع أو لإزالة الفرش أو الدباغ يعاقب بذعيرة تتراوح من فرنك واحد إلى عشرة) . أضيفت بالفصل 3 من الظهير الشريف بتاريخ 6 ربيع الثاني 1340 (7 دجنبر 1921 : (كل من وجد خارجا عن الطرق المعتادة ليلا أو نهارا في الأراضي التي باشرت فيها الحكومة أشغالا تتعل بإحيائها أو بغرسها أو بتمكين كئبان الرمل فيها يعاقب بالعقوبات المبينة بالفقرة السابقة زيادة على ما يترتب عليه دفعه في مقابلة الضرر والخسارة .

الفصل السادس والثلاثون) : تم بالفصل 2 من الظهير الشريف بتاريخ 13 رمضان 1358 (27 أكتوبر 1939 : (كل من يقطع أو يقلع أشجارا كان لساقها عند ارتفاعه قدر متر واحد من سطح الأرض دائرة طولها أكثر من ديسيمترين اثنين يعاقب عن كل شجرة بذعيرة قدرها خمسون سنتيما على الأقل وخمسون فرنكا على الأكثر ويمكن رفع قدر الذعيرة المذكورة إلى ما يساوي قيمة الشجرة إذا كانت هذه الأخيرة تتجاوز الخمسين فرنكا . أما إذا كان للشجرة غلط ديسيمترين اثنين فأقل فتكون الذعيرة متراوحة من 25 فرنكا إلى 100 فرنك عن كل عربة من العربات الاطموبيلية ومن ثلاثة فرنكات إلى 10 فرنكات عن كل دابة من الدواب الجارة ومن فرنكين إلى خمسة فرنكات عن حمل الدابة ومن خمسين سنتيم إلى فرنكين اثنين عن حمل رجل) . غيرت الفقرة 3 بالفصل الأول من الظهير الشريف بتاريخ 29 صفر 1371 (30 نونبر 1951 : (كل من أخذ من غابة خشبا وقع إعداده أو نشره أو أخذ المحصولات المستخرجة منه يعاقب بذعيرة يتراوح قدرها بين 600 000.6 فرنك عن كل متر مكعب من الخش المنشور وعن كل متر مكعب من خشب الصناعة عن كل قطار من الفحم ويمكن رفع قدر الذعيرة المذكورة إلى ما يساوي قيمة الحطب إذا كانت هذه القيمة متجاوزة لأقصى المبلغ المذكور زيادة على العقوبات التي ربما تصدر عليه إن اقتضى الحال عملا بالمقتضيات المبينة في الفصل 14 من ظهيرنا الشريف هذا . وإذا صدر الحكم فلا يطبق الفصل 463 من القانون الجنائي والقانون

الفرنسوي المؤرخ في 26 مارس سنة 1891 . ومن قطع أشجارا غرست منذ عشر سنوات فأقل يعاقب بذعيرة تتراوح من نصف فرنك إلى خمسة عن كل شجرة قطعت كيفما كان غلظها). غيرت الفقرة 4 بالفصل الأول من الظهير الشريف بتاريخ 19 حجة (1343) 11 يوليوز 1925 : ((إذا كانت الأغراس والمشاتل طبيعية فيجري تطبيق العقوبات المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من هذا الفصل ويمكن أن يسجن من سنة أيام إلى شهرين زيادة على ما ذكر أولا وثانيا.

الفصل السابع والثلاثون : كل من أفسد شيئا من شجر الغابة إفسادا فادحا أو قشره أو قطع منه أغصانا غليظة أو أخذ أغصانا أسقطها الريح فيعاقب بمثل ما يعاقب به قاطع الشجرة من أصلها.

الفصل الثامن والثلاثون : كل من قشر شيئا من الفرشى الذي تعاهده التششير أولا وأخذه أو أخذ بعض الدبا فيعاقب بذعيرة تتراوح من خمسة عشر إلى خمسين فرنكا عن كل قطار أي مائة كيلو ويعاقب بمثل ذلك أيضا من يلقى بيده شيء مما ذكر مخالفًا للقرارات الوزيرية التي تصدر لإجراء العمل بمقتضى الفصل الرابع والخمسين من هذا الظهير الشريف وإذا كان المأخوذ من الفرشى أو الدباغ أقل وزنا من القنطار فإن الذعيرة تقل عن خمسة عشر فرنكا ويمكن أن يسجن الأخذ من ثمانية أيام إلى شهرين وأما الفرشى الذي زال لم يقطع البتة من أول نشأته فمن أخذ شيئا منه يعاقب بذعيرة تتراوح من عشر سانتيمات إلى نصف فرنك عن كل شجرة قشرها زيادة عما يلحقه من العقوبات المنصوص عليها بالفصل السابع والثلاثين المنهى فيه عن الإضرار بالأشجار وإفسادها وإذا كان الفرشى الذي لم يتعاهده التششير ملقى على وجه الأرض وأخذه أخذ فيعاقب بذعيرة تتراوح من ثلاث فرنكات إلى عشرة عن كل قطار فرنساوي ويحسب له ذلك مثل أخذ الفرشى الذي تعاهده التششير ويمكن أيضا أن يحكم عليه بالسجن من ثمانية أيام إلى شهرين .

الفصل التاسع والثلاثون) : غير بالفصل الفريد من الظهير الشريف بتاريخ 12 شوال (1353) 18 يناير 1935 : (وعند العود إلى ارتكاب المخالفة يحكم دائما بأقصى مبلغ الذعائر المبينة في الفصل الحادي والثلاثين وما بعده حتى الفصل الثامن والثلاثين.

الفصل الأربعون : يجب على من أخذ شيئا من الغابة بلا موجب في جميع الأحوال أن يرد ما أخذه إما بعينه وإما بأداء قيمته زيادة عما يلحقه من تعويض الخسائر إذا اقتضى الحال ذلك وحاز الآلات التي تلقى بيده ،الفصل الواحد والأربعون) : غير بالفصل الفريد من الظهير الشريف بتاريخ 6 جمادى الثانية (1368) 5 أبريل 1949 : ((يحكم على أصحاب البهائم التي عثر عليها نهارا في الغابات مخالفًا للقوانين بذعيرة تتراوح من 10 إ أو رأس من الغنم وبعشرين إلى 120 فرنكا عن كل بقر أو بقرة أو رأس من المعز أو فرس أو بغل أو حمار ومن مائة إلى ثلاثمائة وستين فرنكا عن كل جمل وزيادة على ذلك يحكم عند الاقتضاء على الراعي بثلاثة إلى خمسة عشر يوما سجنا ،وستضاعف العقوبات إذا كانت البهائم لأشخاص من الغير المنتفعين ويعتبر بمثابة الغير المنتفعين المنتفعون من أصحاب المواشي الموجودة فوق العدد المعين .وعند تكرار المخالفة أو إذا ارتكبت المخالفة ليلا في الغابات التي يحصل فيها ضرر للأشجار الصغيرة برعي البهائم يطبق كل مرة أقصى الذعائر المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين .وإذا تكررت تلك المخالفة مرتين فتؤدى إلى تشنبة أقصى الذعائر المشار إليها أعلاه وبمجرد ارتكابها في المرة الثالثة يثلث أقصى الذعائر المذكورة .في حالة ارتكاب المخالفة ليلا أو في حالة ارتكابها في الغابات المذكورة فمن الواجب أن يحكم عند الاقتضاء على الراعي بعقوبة السجن .وإذا عثر لى البهائم نهارا مهملة وغير مصحوبة بالراعي في مكان من أماكن تلك الغابات يضاعف أقصى الذعيرة أما إذا وجدت ليلا على الحالة المذكورة تضاعف الذعيرة ثلاث مرات .الفصل الثاني والأربعون) : غير بالفصل الفريد من الظهير الشريف بتاريخ 6 جمادى الثانية (1368) 5 أبريل 1949 : ((يسوغ لكل من وقفت عليه السمسة أو اشترى بالمرضاة من رعي البهائم أو رعي الخنازير في الأماكن الموجودة فيها البلوط وغير ذلك أن يسوق داخل الغابة عددا من المواشي يفوق العدد المعين من كراس التحملات والشروط كما يسوغ له أن يرعاها في نواحي الغابة الغير المعينة ومن خالف ذلك فتجري عليه العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الثانية وما يليها من الفصل السابق كما يجب عليه أن يجعل علامة خاصة لماشيته إن كان ذلك بكراس الشروط وإذا امتنع فيعاقب بالذعيرة المذكورة أعلاه اللهم إلا إذا كان أخبر إدارة المياه والغابات بالبهائم التي أدخلها للغابة بغير علامة فلا شيء عليه.

الفصل الثالث والأربعون) : غير بالفصل الأول من الظهير الشريف بتاريخ 20 جمادى الثانية (1355) 8 شنتبر 1936 : ((كل من قلد المطارق المعدة لعلامات إدارة الغابات أو استعمل مطارق مقلدة أو استعمل المطارق الحقيقية زورا يعاقب بالسجن من ستة أشهر إلى سنتين كما يعاقب بالسجن من ثلاثة أشهر إلى سنة واحدة كل من قصد إتلاف علامات المطارق .كل هذا زيادة على المطالبة بالتعويضات في مقابلة ما يحصل من الخسائر والأضرار .الفصل الرابع والأربعون : ولا تعتبر المخالفة مكررة إذا صدرت من المخالف أثناء السنة الشمسية الموالية للسنة التي وقع عليه الحكم فيها حكما رجوع فيها.

الفصل الخامس والأربعون : إذا وجب تعويض الخسائر بمقتضى ما نص عليه تقرير المخالفة فلا يقل قدرها عن مجرد قدر الذعيرة التي صدر بها الحكم .القسم الثاني في إيقاد النار والحريق .الفصل السادس والأربعون : يسوغ إيقاد النار ولا نقلها إلا بداخل المساكن والبنائات المشيدة لمباشرة الاستغلال إما إيقادها أو نقلها بداخل الغابة والأغراس أو على مسافة مانتى متر حولها فهو ممنوع ومن فاتح يوليو إلى متمم أكتوبر يعم المنع المذكور الغابات التي ربابها ويشمل سائر الصناعات التي تستعمل فيها النار كصنع الفحم واستخراج القطران والزفت وغير ذلك وأما مناولة النار داخل المساكن والمباني المشيدة بقصد الاستغلال

وداخل المخازن وأفران المعادن مواضع الخدمة ومعاملها الكائنة بالغابة نفسها أو بمنطقة مائتي متر حولها فيضبط أمرها أثناء المدة المذكورة أي من فاتح يوليو إلى متم أكتوبر وفق الضوابط والقرارات التي تصدر في إجراء العمل بهذا الظهير الشريف . غيرت الفقرة الأخيرة بالفصل الفريد من الظهير الشريف بتاريخ 29 صفر 1366 (22 يناير 1947 : (ويجري الأمر كما ذكر فيما يرجع لسن الفحم والزفت (القطران) في الغابات أيا كان أربابها خلال المدة نفسها.

الفصل السابع والأربعون : كل من أراد إيقاد نار أو إحراق عشب زرع أو غابة ريحان وما أشبه ذلك من النبات وكان الإحراق لضرورة من ضروريات الفلاحة أو الرعي فيجب عليه أن يمتثل للضوابط والقرارات التي ستصدر في إجراء العمل بهذا الظهير الشريف.

الفصل الثامن والأربعون : من استدعته الحكومة لمقاومة حريق غابة وامتنع من ذلك بلا عذر يقبل يعاقب بذعيرة تتراوح من عشر فرنكات إلى مائة ويمكن سجنه من خمسة أيام ثلاثة أشهر ولا يعتبر استدعاء أربابيين واجبا إلا إذا أبلغهم ذلك بواسطة موظف فرنساوي إما كتابة وإما مشافهة وأما الأهليون فيجب عليهم أن يمتثلوا بمجرد وصول الاستدعاء إليهم مشافهة لرئيس القبيلة أو الفرقة على لسان موظف من موظفي الدولة كيفما كان.

الفصل التاسع والأربعون : يمكن معاقبة القبيلة أو أهل الدوار أو أهل الفرقة بالذعائر المذكورة بالضمان زيادة عما يحكم به على مرتكبي المخالفات المذكورة ومن شاركهم فيها وأن هذه الذعيرة تصدر بقرار وزير بعد الإطلاع على ما تعرضه حكومة المراقبة المحلية وإدارة المياه والغابات في ذلك ويعد استقهام رؤساء القبيلة أو الدوار .ويمكن أن يستعمل ما يتحصل من الذعائر كلا أو بعضا لإصلاح بعض الضرر الفصل الواحد والخمسون : ستصدر ضوابط وقرارات وزيرية بعد الاتفاق عليها مع إدارة الأشغال العمومية وإدارة السكة الحديدية وإدارة المياه والغابات لإجراء العمل بهذا الظهير الشريف بيبين فيها ما يجب اتخاذه من الاحتياطات على الشركات والقاطعين وغيرهم ممن يمرّون على السكة الحديدية أو في الطرق المارة بالغابة أو عن مائة متر أو أقل من حدودها .كما يجب مراعاة ما ذكر على ساقي عربات السكك الحديدية سواء كان سيرها بالبخار أو بالكهرباء كذا على سائقي عربات الترسيف وسائر العربات وآلات جذب الأثقال بشرط أن تكون مادة قوتها بالبخار والاحتياطات المشار إليها أنها تلزم من ذكر أثناء مدة تجرى من فاتح يونيو إلى فاتح نونبر الفصل الثاني والخمسون : يسوغ لأحد أن يحدث في داخل غابة مخزنية أو في أقل من خمسمائة متر حولها معملا من شأن استعمال النار ووضع مواد سريعة الاشتعال إلا بإذن من إدارة المياه والغابات في ذلك ومن لم يراع مقتضى هذا الفصل يعاقب بذعيرة تتراوح من خمسين فرنكا إلى ثلاثمائة وتهدم البناءات التي بناها في أمد ثلاثة أشهر بعد صدور الحكم بذلك ويقع الهدم على يد الإدارة إن اقتضاه الحال والصواب على نفقة المحكوم عليه.

الفصل الثالث والخمسون) : غير بالفصل الأول من الظهير الشريف بتاريخ 29 صفر 1371 (30 نونبر 1951 : (يسوغ لأحد أن ينصب أية خيمة أو يشيد أي بناء بداخل غابات دولتنا الشريفة وعلى بعد أقل من مائة متر حولها ما عدا فيما يخص مجموع الغابات الموجودة الآن وذلك إذا كان البناء المشار إلي أعلاه أو سقفه من المواد القابلة للاشتعال ومن خالف ذلك يعاقب بذعيرة يتراوح قدرها بين 600 000.6 فرنك ويهدم له ما بناه أو نصبه في خلال الشهر الموالي لصدور الحكم في ذلك .غير أنه في حالة ظروف خصوصية يجوز لرئيس إدارة المياه والغابات أن يأذن في مخالفة ذلك وهو الذي سيعين الاحتياطات الواجب اتخاذها.

الفصل الرابع والخمسون) : غير بالفصل 5 من الظهير الشريف بتاريخ 6 ربيع الثاني 1340 (7 دجنبر 1921 (وبالفصل الفريد من الظهير الشريف بتاريخ 6 جمادى الثانية 1368 (5 أبريل 1949 : (سعين قرار وزير شروط استغلال الخفاف والموا المعدة للذبح والبلوط والخروب والفحم والحطب ورماد الحطب والمواد المنتمية إلى الصمغ ومسواك القروود ونقل جميع هذه المواد وبيعها وإصدارها (أنظر القرار الوزيري بتاريخ 27 ذي القعدة 1336 (4 شتنبر 1918.

الفصل الخامس والخمسون : ألغى و عوض بالفصل 3 من الظهير الشريف بتاريخ 27 ذي القعدة 1336 (4 شتنبر 1918 : (كل من خالف مقتضى الفصول السادس والأربعين والسابع والأربعين والواحد والخمسين والرابع والخمسين من هذا الظهير الشريف أو القرارات التي تصدر لإجراء العمل به يعاقب بذعيرة تتراوح من عشرة فرنكات إلى مائتي فرنك ويمكن عاقبته أيضا بالسجن مدة تتراوح من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر) .أضيفت هاته الفقرة بالفصل 4 من الظهير الشريف بتاريخ 29 صفر 1371 (30 نونبر 1951 : ((إذا قام شخص آخر غير رب الأرض باستغلال غابة خصوصية خلافا لمقتضيات ظهيرنا الشريف هذا فتجري عليه العقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة ويمكن أن يكون رب الأرض مسئولولا من الوجهة الجنائية عن الجريمة اللهم إلا إذا أخبر بذلك إدارة المياه والغابات قبل أن تثبت بنفسها وجود الجريمة المذكورة .ويعاقب المخالف لمقتضيات القرارات المشار إليها في الفصل الرابع والخمسين بحجز ما قلعه قطعه فضلا عما عسى أن يلحقه عملا بالفصل الواحد والستين من هذا الظهير الشريف وإذا تسبب عن المخالفة حريق في الغابة فيعاقب مرتكبا بالسجن من ثلاثة أشهر إلى عامين فضلا عما عسى أن يلحقه من تعويض الخسائر وتجري عليه إذ ذاك مقتضيات الفصل 463 من القانون الجنائي الفرنسي وإذا كان إيقاد النار وقع

تأسيس طابع يوضع من طرف الدولة على بعض أصناف من منتوجات الحرف و
الصنائع أو من المنتوجات اليدوية ذات صبغة فنية وذلك ضمانا لصحة أصلها و لإثبات
جودتها و نوعها المغربي الخاص
الملكية الصناعية -107-

تسديد الديون الرهنية

برخصة من الحكومة وتسبب عنه حريق في الأملاك المجاورة للغابة فإن فاعله يبقى مسؤولا بساير التعويضات اللازمة عن ذلك
ما لم يكن الحريق نشأ عن الوسائل المتخذة لوقاية الغابة من النار.

الفصل السادس والخمسون : من أوقد نارا عمدا أو اول إيقادها في الغابة سواء كان في نفس الغابة أو خارجها يعاقب بالأشغال
الشاقة لمدة محدودة.

الباب السابع في إثبات المخالفات.

الفصل السابع والخمسون : إن إدارة المياه والغابات هي المكلفة بمتابعة المخالفات التي تصدر من الناس الموكول أمرهم لنظر
المحاكم الفرنسية وذلك لما في إناطة هذا العمل بها من المصلحة بحقوق الدولة وحقوق أرباب الغابات والأغراس الداخلة في
حكم هذا الظهير والقرارات الوزارية التي ستصدر لإجراء العمل به وكما أن الإدارة المذكورة هي المكلفة بالمتابعة لدى المحاكم
كذلك هي المكلفة بطلب ما يجب على المخالفين وأن المتابعة والمحاكمة تكون على يد رؤساء موظفي إدارة المياه والغابات نيابة
عن الحكومة فضلا عن الحق الباقي للوكيل العام). غيرت الفقرة 3 بالفصل الأول من الظهير الشريف بتاريخ 29 صفر 1371 (30
نوفمبر 1951 : ((تحال على المحاكم الشريفة إقامة الدعاوي على المغاربة طبقا للقواعد العادية الخاصة باختصاص المحاكم
ووفقا لقواعد المرافعات المتعلقة بالقانون الجاري به العمل ولهذا الغرض توجه التقارير التي يحررها نواب إدارة المياه والغابات
إلى حكام الإدارة وهم يوجهونها مصحوبة برأيهم في كل قضية لحكام المراقبة المحلية الذين يرفعون كل قضية لدى المحكمة التي
لها النظر فيها وهم ينجزون ما يصدر من الأحكام ويعلمون إدارة المياه والغابات بالحكم الصادر في ذلك.

الفصل الثامن والخمسون : تثبت المخالفة المتعلقة بالغابات إما بتقرير وإما بشهادة الشهود إن لم يكن هناك تقرير أو وجد التقرير
ولكن لفي ناقصا غير كاف.

الفصل التاسع والخمسون : يقوم بمشاهدة المخالفات رؤساء ساير موظفي الغابات وغيرهم من المكلفين بشؤونها وذلك في جميع
منطقة الحماية الفرنسية من الإيالة الشريفة). غيرت الفقرة 2 بالفصل الفريد من الظهير الشريف بتاريخ 12 شوال 1353 (18
يناير 1935 : ((توضع طوابع مطارق الدولة بمكتبة المحكمة الاستئنافية الرباطية وبمكاتب المحاكم الابتدائية التي تستعمل
فيها. تودع طوابع مطارق الضباط والموكول إليهم ما ذكر بمكتب الكاتب المسجل لدى المحكمة الابتدائية التي بدائرتها محل
إقامتهم.

الفصل الستون : إن رؤساء وظيفي الغابات والمياه وسائر القائمين بخدمتها يحررون تقاريرهم بيدهم ويمضون عليها وإلا فلا
يصح العمل بها وتاريخ التقرير هو تاريخ ختمه وتعفى التقارير المذكورة من لوازم الاستفسار والتنبر والتسجيل.

107_

حماية الملكية الصناعية

صيغة محينة بتاريخ 18 ديسمبر 2014

القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية

القسم 2: الدعاوي الجنائية

المادة 107221

يعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين شهرين وستة أشهر وبغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم أو بإحدى هاتين
العقوبتين على كل مساس متعمد بحقوق مالك رسم أو نموذج صناعي.

يمكن مضاعفة العقوبات في حالة العود.

يقصد بالعود في مدلول هذه المادة إذا أدين المحكوم عليه خلال السنوات الخمس السابقة بحكم نهائي بسبب أفعال مشابهة.

تطبق كذلك العقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان الظنين في حالة عود كما لو صدر في حقه خلال الخمس سنوات السابقة حكم نهائي من أجل أفعال مماثلة.

يجوز للمحكمة كذلك أن تأمر بإتلاف الأشياء التي ثبت أنها مزيفة والتي هي ملك للمزيف وكذا بإتلاف الأجهزة أو الوسائل المعدة خصيصاً لإنجاز التزييف.

القسم 2: الدعاوي الجنائية

المادة 107225

يعتبر مزيفاً ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

كل من زيف علامة مسجلة أو وضع على سبيل التديليس علامة مملوكة للغير؛

كل من استعمل علامة دون إذن من المعني بالأمر ولو بإضافة كلمات مثل "صيغة" "طريقة" "نظام" "وصفة" "تقليد" "نوع" أو أي بيان مماثل آخر من شأنه أن يضل المشتري؛

كل من حاز لغير سبب مشروع منتجات كان يعلم أنها تحمل علامة مزيفة أو موضوعة على سبيل التديليس وقام عمداً ببيع منتجات أو خدمات تحت هذه العلامة أو بعرضها للبيع أو توريدها أو عرض توريدها؛

كل من قام عمداً بتسليم منتج أو توريد خدمة غير المنتج أو الخدمة المطلوبة إليه تحت علامة مسجلة.

كل من قام باستيراد أو تصدير منتجات عليها علامة مزيفة أو موضوعة بطريقة تديلية 107.

كل من استورد أو استعمل على نطاق تجاري عن قصد التسميات المستخدمة أو التعبئة والتغليف الذي وضعت عليه دون ترخيص علامة تجارية مماثلة لعلامة صناعية أو تجارية مسجلة، أو التي لا يمكن أن تتميز عنها وموجهة للاستخدام التجاري على سلع أو خدمات مطابقة للسلع أو الخدمات التي بسببها تم تسجيل تلك العلامة الصناعية أو التجارية.

المادة 226

يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: 107:

كل من قام دون تزييف علامة مسجلة بتقليد هذه العلامة تقليداً تديليسياً من شأنه أن يضل المشتري أو استعمل علامة مقلدة على سبيل التديليس؛

كل من استعمل علامة مسجلة تحمل بيانات من شأنها أن تضلل المشتري فيما يخص طبيعة الشيء أو المنتج المعين أو خصائصه الجوهرية أو تركيبه أو محتواه من المبادئ النافعة أو نوعه أو منشأه؛

كل من حاز لغير سبب مشروع منتجات كان يعلم أنها تحمل علامة مقلدة على سبيل التديليس أو قام عمداً ببيع منتجات أو خدمات تحت هذه العلامة أو بعرضها للبيع أو عرض توريدها.

المادة 227

يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أدرج الشارات المحظورة المشار إليها في المادة 135 - أ) أعلاه دون إذن من السلطات المختصة في علامة

صنعه أو تجارته أو خدمته أو أدخل إلى المغرب أو حاز أو عرض للبيع أو باع منتجات طبيعية أو مصنوعة تحمل الشارات المذكورة كعلامة.

المادة 1071.227

استثناء من أحكام الفقرة الأولى من المادة 205 أعلاه، تجوز إقامة الدعوى القضائية تلقائيا بأمر من النيابة العامة عند أي انتهاك لحقوق صاحب العلامة الصناعية أو التجارية أو الخدماتية المسجلة كما هي محددة على التوالي في المواد 154 و 155 و 225 و 226 أعلاه، دون الحاجة لتقديم أي شكاية من جهة خاصة أو من مالك للحقوق 107.

المادة 228

يجوز للمحكمة كذلك أن تأمر بإتلاف الأشياء التي ثبت أنها مزيفة والتي هي ملك للمزيف وكذا بإتلاف الأجهزة أو الوسائل المعدة خصيصا لإنجاز التزييف.

المادة 229

تطبق العقوبات المنصوص عليها في المواد من 225 إلى 228 أعلاه فيما يخص العلامات الجماعية وكذا يخص علامات التصديق الجماعية.

مناطق التصدير الحرة -108- المقتضيات الزجرية الواردة بقانون شركة المساهمة -109-

- 108 -

مناطق التصدير الحرة

القانون رقم 19.94 المتعلق بمناطق التصدير الحرة 108 كما تم تعديله

الفصل السابع: أحكام تتعلق بالمنازعات

المادة 35

يجوز رفع الخلافات التي قد تنشأ بين المستثمر وهيئة إعداد وإدارة منطقة التصدير الحرة إلى الوالي أو عامل العمالة أو الإقليم المعني الذي يبيت في الأمر بعد موافقة اللجنة المحلية لمناطق التصدير الحرة داخل أجل لا يزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ رفع الخلاف إليه من لدن الهيئة أو المستثمر.

وإذا لم يتخذ القرار المنصوص عليه في الفقرة السابقة داخل الأجل المذكور أو أراد أحد الطرفين الطعن في مضمونه رفع الخلاف إلى الوزير الأول داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ تبليغ القرار إلى الطرفين ويقع البت فيه داخل أجل ثلاثين يوماً.

ويجوز للطرفين في أي مرحلة من مراحل المسطرة رفع الأمر إلى المحكمة المختصة، وتنتهي بهذا الإجراء مسطرة التوفيق المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين والمحددة إجراءاتها في دفاتر التكاليف المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه.

المادة 36

ترفع كل مخالفة لأحكام هذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه بعد إثباتها من لدن المأمورين المختصين المشار إليهم في المادة 38 أدناه إلى علم الوالي أو العامل الذي يجوز له باقتراح من اللجنة المحلية لمناطق التصدير الحرة المشار إليها في المادة 11 أعلاه أن يصدر على مرتكب المخالفة إحدى العقوبات التالية :

الإنذار ؛

غرامة تساوي بالدرهم ما يقابل قيمة 25.000 دولار أمريكي على الأكثر ؛

سحب الرخصة.

ولا تحول العقوبات المذكورة التي يجب أن تكون مسببة دون تعرض مرتكب المخالفة للعقوبات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل، ولا سيما في النصوص المتعلقة بنظام الصرف.

ولأجل تطبيق أحكام هذه المادة تكون الأجل المضروبة هي نفس الأجل المحددة في المادة 35 أعلاه.

المادة 37

في حالة عدم التقيد بأجل مكوث البضائع في المنطقة الحرة كما هو منصوص عليها في المادة 39 بعده، تباع البضائع المتنازع فيها وتوزع حصيلة البيع وفق الشروط المحددة بنص تنظيمي.

المادة 38

زيادة على ضباط الشرطة القضائية ومأموري إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة ومأموري مكتب الصرف يؤهل لإثبات المخالفات لهذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه مأمورون محلفون تابعون لهيئة إعداد وإدارة المنطقة الحرة ومنتدبون خصيصاً لهذا الغرض.

وتجري المتابعات على المخالفات المذكورة كما هو الشأن فيما يتعلق بالجمارك.

المقتضيات الجزية الواردة بقانون شركة المساهمة كما تع نديلها وفق القانون في 16 يونيو 2008

القسم الرابع عشر

الباب الأول

أحكام عامة

المادة 373:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يقصد بتعبير "أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير" في مفهوم هذا القسم:

-في شركات المساهمة ذات مجلس الإدارة ، أعضاء مجلس الإدارة بما في ذلك الرئيس والمديرون العامون غير الأعضاء في المجلس والمديرون العامون المنتدبون ؛

-في شركات المساهمة ذات مجلس الإدارة الجماعية ومجلس الرقابة ، أعضاء المجلسين المذكورين بحسب الاختصاصات المسندة إليهم.

المادة 374:

تطبق أحكام هذا القسم التي تخص أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركات المساهمة على كل شخص يكون قد زاول فعلا ، سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر ، إدارة الشركات المذكورة أو تدبيرها أو تسييرها إما باسم ممثليها القانونيين أو بالحلول محلهم.

المادة 375:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

تضاعف العقوبات المقررة في هذا القسم في حالة العود.

يعتبر في حالة عود في مفهوم هذا القانون من يرتكب جريمة بعد أن يكون قد حكم عليه بالحبس أو الغرامة أو هما معا بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به من أجل جريمة مماثلة قبل مضي خمس سنوات من تمام تنفيذ العقوبة أو تقادمها وذلك خلافا للفصلين 156 و 157 من القانون الجنائي.

المادة 376:

(نسخت بالمادة الرابعة من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

المادة 377:

خلافا لمقتضيات الفصول 55 و 149 و 150 من القانون الجنائي ، لا يمكن النزول عن الحد الأدنى للغرامات المقررة في هذا القانون ولا يمكن الأمر بإيقاف التنفيذ إلا فيما يخص العقوبات الحبسية.

الباب الثاني

المادة 378:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بغرامة من 4.000 إلى 20.000 درهم كل من مؤسسي شركة المساهمة والأعضاء الأولين لأجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين أصدروا أسهما إما قبل تقييد تلك الشركة بالسجل التجاري أو في أي وقت آخر إذا تم تقييد الشركة عن طريق الغش أو دون التقييد بالنصوص القانونية في القيام بإجراءات تأسيس الشركة المذكورة.

تضاعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا تم إصدار الأسهم دون أن يتم تحرير الأسهم النقدية عند الاكتتاب بمقدار الربع على الأقل أو دون أن يتم تحرير أسهم الحصة تحريراً كاملاً قبل تقييد الشركة بالسجل التجاري.

يعاقب بالغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة نفس الأشخاص الذين لم يبقوا على إسمية الأسهم النقدية إلى حين تحريرها كاملة.

يمكن فضلاً عن الغرامة ، الحكم بعقوبة الحبس لمدة تتراوح بين شهر وستة أشهر إذا تعلق الأمر بشركة مساهمة تدعو الجمهور إلى الاكتتاب.

المادة 379:

يعاقب بعقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

1- من عمل عن قصد ، لإعداد شهادة المودع لديه التي تثبت الاكتتابات والدفعات ، على التصريح بصدق وسلامة اكتتابات يعلم أنها صورية أو من صرح أن الأموال التي لم توضع نهائياً رهن تصرف الشركة قد تم دفعها فعلاً أو سلم للمودع لديه قائمة بأسماء المساهمين تشير إلى اكتتابات صورية أو إلى دفع أموال لم توضع نهائياً رهن إشارة الشركة ؛

2- من حصل أو حاول الحصول عن قصد على اكتتابات أو دفعات ، بواسطة اكتتابات أو دفعات صورية أو بنشر لاكتتابات أو دفعات لا وجود لها أو لأية واقعة أخرى كاذبة ؛

3- من عمل عن قصد ، من أجل جلب اكتتابات أو دفعات ، على نشر أسماء ، خلافاً للحقيقة ، لأشخاص باعتبارهم مرتبطين أو سيرتبطون بالشركة بأي شكل من الأشكال ؛

4- من عمل عن طريق الغش على تقييم حصة عينية تقييماً يفوق قيمتها الحقيقية.

المادة 380:

(نسخت بالمادة الرابعة من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008)).

المادة 381:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 6.000 إلى 30.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من مؤسسي وأعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة وكذا مالكي أو حاملي الأسهم الذين تداولوا عن قصد:

1-نسخ بالمادة الرابعة من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008) ؛

2-أسهما نقدية لم يبق على إسميتها إلى حين اكتمال تحريرها ؛

3-نسخ بالمادة الرابعة من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008) ؛

4-أسهما نقدية لم يتم دفع ربعها ؛

5-وعودا بأسهم ، ما عدا الوعود بأسهم ستنشأ بمناسبة الزيادة في رأسمال شركة مقيدة أسهمها القديمة في بورصة القيم.

المادة 382:

يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 381 كل من قام ، عن قصد ، إما بالمشاركة في تداول الأسهم أو حدد أو نشر قيمة الأسهم أو الوعود بالسهم المشار إليها في المادة المذكورة.

المادة 383:

يعاقب بعقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من وافق ، عن قصد ، على القيام بمهام مراقبي الحصص أو استمر في مزاوتها على الرغم من حالات التنافي والمنع المنصوص عليها قانونا.

الباب الثالث

المخالفات المتعلقة بالإدارة والتسيير

المادة 384:

يعاقب بعقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة:

1-الذين وزعوا ، عن قصد ، على المساهمين أرباحا وهمية في غياب أي جرد أو بالاعتماد على جرد تدليسية ؛

2-الذين قاموا ، عن قصد ، ولو في حالة عدم توزيع أرباح وبغية إخفاء وضع الشركة الحقيقي ، بنشر أو تقديم قوائم تركيبية سنوية للمساهمين لا تعطي صورة صادقة للنتائج المحققة برسم كل سنة مالية والوضعية المالية للشركة ودمتها المالية عند انتهاء تلك الفترة ؛

3-الذين استعملوا بسوء نية ، أموال الشركة أو اعتماداتها استعمالا يعلمون تعارضه مع المصالح الاقتصادية لهذه الأخيرة وذلك بغية تحقيق أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مقاوله أخرى لهم بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة ؛

4-الذين استعملوا بسوء نية ، السلط المخولة لهم أو الأصوات التي يملكونها في الشركة أو هما معا بحكم منصبهم استعمالا يعلمون تعارضه مع المصالح الاقتصادية لهذه الأخيرة وذلك بغية تحقيق أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مقاوله أخرى لهم بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

المادة 385:

غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008) :

يعاقب بغرامة من 3.000 إلى 15.000 درهم ، الرئيس أو المتصرف رئيس الجلسة الذي لم يعمل على إثبات مداوات مجلس الإدارة في محاضر وفق ما تنص عليه المادة 53.

المادة 386:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بغرامة من 20.000 إلى 200.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين لم يعدوا برسم كل سنة مالية الجرد والقوائم التركيبية وتقرير التسيير.

الباب الرابع

المخالفات المتعلقة بجمعيات المساهمين

المادة 387:

يعاقب بالحبس لمدة تتراوح بين شهر وستة أشهر وبغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم ، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

1-من منع عن قصد مساهما من المشاركة في إحدى جمعيات المساهمين ؛

2-من انتحل شخصية مالك أسهم وشارك نتيجة عمله ذلك في تصويت إحدى جمعيات المساهمين سواء قام بذلك شخصيا أو بواسطة شخص وسيط ؛

3-من حصل على منافع أو على ضمان أو وعد بها مقابل التصويت في اتجاه معين أو بعدم المشاركة في التصويت وكذا من منح أو ضمن أو وعد بتلك المنافع.

المادة 388:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بغرامة من 30.000 إلى 300.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين لم يعقدوا الجمعية العامة العادية خلال الستة أشهر الموالية لاختتام السنة المالية أو خلال فترة تمديد تلك المدة ، أو الذين لم يخضعوا القوائم التركيبية السنوية وتقرير التسيير لموافقة الجمعية المذكورة.

المادة 389:

يعاقب بغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين لم يدعوا داخل الأجل القانونية لحضور كل جمعية المساهمين المالكين لسندات إسمية منذ ثلاثين يوما على الأقل وفق الشكليات المنصوص عليها في النظام الأساسي.

المادة 390:

يعاقب بغرامة من 6.000 إلى 30.000 درهم رئيس شركة المساهمة الذي لم يطلع المساهمين ، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ، على المعلومات اللازمة من أجل عقد الجمعيات.

المادة 391:

يعاقب بغرامة من 4.000 إلى 20.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين لم يبعثوا إلى كل مساهم قدم طلبا بذلك ، صيغة توكيل مطابق لما هو منصوص عليه في النظام الأساسي للشركة بالإضافة إلى:

1- قائمة بأسماء المتصرفين أو أعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة المزاولين ؛

2- نص مشاريع التوصيات المدرجة في جدول الأعمال وبيان أسبابها ؛

3- عند الاقتضاء ، بيان عن المترشحين لأجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير ؛

4- تقارير مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية ومراقبي الحسابات التي ستعرض على أنظار الجمعية ؛

5- القوائم التركيبية السنوية إذا تعلق الأمر بالجمعية العامة العادية السنوية.

المادة 392:

يعاقب بغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين لم يضعوا رهن إشارة كل مساهم بالمقر الاجتماعي للشركة:

1- خلال أجل الخمسة عشر يوما السابقة لعقد الجمعية العامة العادية السنوية ، الوثائق المذكورة في المادة 141 ؛

2- خلال أجل الخمسة عشر يوما السابقة لعقد الجمعية العامة غير العادية ، نص مشاريع التوصيات المقترحة ونص تقرير مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية وعند الاقتضاء نص تقرير مراقب أو مراقبي الحسابات ونص مشروع الإدماج ؛

3- خلال أجل الخمسة عشر يوما السابقة لعقد الجمعية العامة ، لائحة المساهمين التي تم حصرها ثلاثين يوما على أبعد تقدير قبل تاريخ انعقاد الجمعية المذكورة تضم الأسماء الشخصية والعائلية وعناوين كل أصحاب الأسهم الإسمية وكل من يملك أسهما لحاملها الذين أبدوا في هذا التاريخ عزمهم على المشاركة في الجمعية وكذا عدد الأسهم التي يملكها كل مساهم معروف لدى الشركة ؛

4- في أي وقت من السنة ، الوثائق التالية المتعلقة بالسنوات المالية الثلاث الأخيرة التي تم عرضها على أنظار الجمعيات العامة : الجرد والقوائم التركيبية السنوية وتقرير مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية وتقرير مراقبي الحسابات وأوراق الحضور ومحاضر الجمعيات.

المادة 393:

يعاقب بغرامة من 6.000 إلى 30.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين لم يقوموا عن قصد:

1- خلال كل اجتماع لجمعية المساهمين ، بمسك ورقة حضور موقعة من طرف المساهمين الحاضرين والوكلاء ، مشهود على صحتها من قبل مكتب الجمعية ، تتضمن:

(أ) الإسم الشخصي والعائلي وعنوان كل مساهم حاضر وعدد الأسهم التي يملكها وكذا عدد الأصوات المرتبطة بها ؛
(ب) الإسم الشخصي والعائلي وعنوان كل وكيل وعدد الأسهم التي يملكها موكلوه وكذا عدد الأصوات المرتبطة بها ؛
(ج) الإسم الشخصي والعائلي لكل مساهم ممثل وعنوانه وعدد الأسهم التي يملكها وكذا عدد الأصوات المرتبطة بها ، أو عند غياب هذه البيانات ، عدد التوكيلات الممنوحة لكل وكيل ؛

2- بإلحاق التوكيلات الممنوحة لكل وكيل بورقة الحضور ؛

3- بإثبات قرارات كل جمعية للمساهمين في محضر موقع من طرف أعضاء المكتب ومحفوظ به بالمقر الاجتماعي للشركة في سجل خاص يشير إلى تاريخ ومكان انعقاد الجمعية وكيفية الدعوة إليها وجدول أعمالها وتشكيلة مكتبها وعدد الأسهم المشاركة في التصويت والنصاب الذي تم بلوغه والوثائق والتقارير المعروضة على أنظار الجمعية وملخص النقاشات ونص التوصيات المعروضة للتصويت ونتيجة التصويت.

المادة 394:

يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 393 رئيس الجلسة وأعضاء مكتب الجمعية الذين لم يحترموا ، خلال انعقاد جمعيات المساهمين ، الأحكام المنظمة لحقوق التصويت المرتبطة بالأسهم.

الباب الخامس

المخالفات المتعلقة بتغيير رأسمال الشركة

الفصل الأول

الزيادة في رأس المال

المادة 395:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بغرامة من 4.000 إلى 20.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين أصدروا أسهما بمناسبة الزيادة في رأس المال:

1- إما قبل أن يتم إعداد شهادة المودع لديه ؛

2- أو دون القيام بالإجراءات السابقة للزيادة في رأس المال بصورة قانونية.

تضاعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا تم إصدار الأسهم دون أن يتم تحرير رأس المال الذي اكتتبه الشركة من قبل تحريرها كاملا أو دون أن تحرر كاملة الأسهم العينية الجديدة قبل تقييد التغيير في السجل التجاري أو دون أن يتم تحرير الأسهم النقدية الجديدة على الأقل بربع قيمتها الإسمية عند الاكتتاب ، وعند الاقتضاء ، بقيمة علاوة الإصدار كاملة.

يعاقب بالغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة نفس الأشخاص إذا لم يبقوا على إسمية الأسهم النقدية إلى حين تحريرها كاملة.

يمكن ، فضلا عن الغرامة ، الحكم بعقوبة الحبس لمدة من شهر إلى ستة أشهر إذا تعلق الأمر بشركات مساهمة تدعو الجمهور إلى الاكتتاب.

لا تطبق أحكام هذه المادة على الأسهم التي تم إصدارها بصورة قانونية بتحويل سندات قرض قابلة للتحويل في أي وقت.

المادة 396:

يعاقب ، مع مراعاة أحكام المواد من 189 إلى 193 ، بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة ، عند الزيادة في رأس المال ، الذين:

1- لم يمنحوا المساهمين ، بالتناسب مع عدد أسهمهم ، حق أفضلية اكتتاب الأسهم النقدية ؛

2- لم يعطوا المساهمين أجل عشرين يوما على الأقل ابتداء من تاريخ افتتاح الاكتتاب لممارسة حقهم في الاكتتاب ؛

3- لم يخصصوا الأسهم التي أصبحت قابلة للتصرف فيها ، نظرا لغياب عدد كاف من الاكتتابات بالأفضلية ، للمساهمين الذين اكتتبوا بصفة قابلة للتخفيض عددا من الأسهم يفوق العدد الذي كان لهم حق الاكتتاب فيه بالأفضلية وذلك بالتناسب مع ما لهم من حقوق ؛

4- لم يحفظوا حقوق حاملي سندات القرض الذين قد يختارون تحويل سنداتهم في حالة إصدار سابق لسندات قرض قابلة للتحويل إلى أسهم ؛

5- قاموا ، في حالة إصدار سابق لسندات قرض قابلة للتحويل إلى أسهم وطالما وجدت هذه السندات ، باستهلاك القيمة الإسمية لأسهم رأس المال أو تخفيض رأس المال عن طريق إرجاع قيمة السندات أو بتغيير تقسيم الأرباح أو بتوزيع الاحتياطي دون اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على حقوق حاملي سندات القرض الذين قد يختارون التحويل.

المادة 397:

يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 35.000 إلى 350.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من ارتكب المخالفات المنصوص عليها في المادة 396 قصد حرمان إما كل المساهمين أو بعض منهم أو حاملي سندات القرض القابلة للتحويل أو بعض منهم ، من قسط من حقوقهم في الذمة المالية للشركة.

المادة 398:

يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 12.000 إلى 120.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة أو مراقب أو مراقبو حساباتها الذين قاموا عن قصد ، بإعطاء أو تأكيد بيانات مخالفة للحقيقة في التقارير المعروضة على الجمعية العامة المدعوة لاتخاذ قرار إلغاء حق المساهمين في أفضلية الاكتتاب.

المادة 399:

تطبق أحكام المواد من 379 إلى 383 المتعلقة بتأسيس شركات المساهمة في حالة الزيادة في رأس المال.

الفصل الثاني

استهلاك القيمة الإسمية لأسهم رأس المال

المادة 400:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بغرامة من 7.000 إلى 35.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين يعملون على استهلاك القيمة الإسمية لأسهم رأس المال بواسطة إجراء القرعة.

الفصل الثالث

تخفيض رأس المال

المادة 401:

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين قاموا عن قصد بتخفيض رأسمال الشركة:

1-دون احترام مساواة المساهمين ؛

2-دون موافاة مراقبي الحسابات بمشروع تخفيض رأسمال الشركة قبل خمسة وأربعين يوما على الأقل من تاريخ انعقاد الجمعية العامة المدعوة للبت في الأمر.

المادة 402:

يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 401 أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين قاموا باسم الشركة باكتتاب أو حيازة أو ارتهان أو حفظ أو بيع أسهم أصدرتها الشركة خرقا لأحكام المواد من 279 إلى 281.

يعاقب بنفس العقوبة أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين قاموا باسم هذه الأخيرة بالعمليات التالية الممنوعة بمقتضى البند 3 من المادة 280 : دفع أموال كتسبيق أو منح قروض أو منح ضمانات لاكتتاب أو لشراء الأسهم الذاتية للشركة من طرف الغير.

الباب السادس

المخالفات المتعلقة بمراقبة الشركة

المادة 403:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين لم يعملوا على تعيين مراقبي حسابات الشركة.

يعاقب بالغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة نفس الأشخاص الذين لم يوجهوا الدعوة لمراقبي حسابات الشركة ، لحضور جمعيات المساهمين التي تتطلب تقديم تقرير من طرفهم.

المادة 404:

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم كل من قبل أو مارس أو احتفظ ، عن قصد ، بمهام مراقب للحسابات على الرغم من حالات التنافي القانونية ، سواء باسمه الخاص أو بصفته شريكا في شركة لمراقبة الحسابات.

المادة 405:

يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، كل مراقب للحسابات قدم أو أكد ، عن قصد ، إما باسمه الخاص أو بصفته شريكا في شركة لمراقبة الحسابات ، معلومات كاذبة بشأن وضع الشركة وكذا عدم إعلامه لأجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير بكل الأفعال التي بلغت إلى علمه أثناء مزاولته مهامه وبدا له أنها تكتسي صبغة جرمية.

يطبق الفصل 446 من القانون الجنائي على مراقبي الحسابات.

المادة 406:

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 6.000 إلى 30.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة أو كل شخص يعمل لديها عرقل ، عن قصد ، القيام بالمراجعات أو المراقبات التي يجريها الخبراء أو مراقبو الحسابات المعينون تطبيقا للمادتين 157 و 159 أو رفض إطلاعهم في عين المكان على جميع الوثائق اللازمة لأداء مهمتهم ولاسيما كل العقود والدفاتر والوثائق المحاسبية وسجلات المحاضر.

الباب السابع

المخالفات المتعلقة بحل الشركة

المادة 407:

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 4.000 إلى 20.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين لم يقوموا عن قصد ، حينما تقل الوضعية الصافية للشركة عن ربع رأس المال إثر خسائر مثبتة في القوائم التركيبية خلال الأشهر الثلاثة الموالية للموافقة على الحسابات

التي أفرزت تلك الخسائر ، بدعوة الجمعية العامة غير العادية للانعقاد حتى تقرر ما إذا كان الأمر يستدعي حل الشركة قبل الأوان.

الباب الثامن

المخالفات المتعلقة بالقيم المنقولة التي تصدرها الشركة

الفصل الأول

المخالفات المتعلقة بالأسهم

المادة 408:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بغرامة من 6.000 إلى 30.000 درهم ، أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة:

1-الذين لم يقوموا بالدعوة لاستخلاص الأموال لإنجاز تحرير رأسمال الشركة بكامله داخل الأجل القانوني ؛

2-الذين أصدروا أو سمحوا بإصدار سندات قرض في حين لم يتم تحرير رأسمال الشركة تحريرا كاملا مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 293.

المادة 409:

يعاقب بغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة

1-الذين أصدرت شركتهم أسهما ذات أولوية في الأرباح دون حق التصويت تتجاوز نسبتها تلك المحددة في المادة 263 ؛

2-الذين عرفلوا تعيين وكلاء يمثلون أصحاب الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت وممارستهم لوكلاتهم ؛

3-الذين أغفلوا استشارة جمعية خاصة لأصحاب الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت وفق الشروط المنصوص عليها في المواد 266 و 267 و 269 ؛

4-الذين عملت شركتهم على استهلاك القيمة الإسمية لأسهم رأس المال في حين أن مجموع الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت ، لم تتم إعادة شرائها وإلغاؤها بالكامل ؛

5-الذين لم تقم شركتهم ، في حالة تخفيض رأس المال تخفيضا غير معطل بوقوع خسائر ، بإعادة شراء الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت قبل الأسهم العادية وذلك لأجل إلغائها.

المادة 410:

يعاقب بنفس العقوبات المنصوص عليها في المادة 409 أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين يملكون بصورة مباشرة أو غير مباشرة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 268 ، أسهما ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت في الشركة التي يسيرونها.

الفصل الثاني

المخالفات المتعلقة بحصص المؤسسين

المادة 411:

يعاقب بغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم المؤسسون وأعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين أصدروا حصصاً للمؤسسين لحساب شركة مساهمة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التطبيق.

الفصل الثالث

المحالفات المتعلقة بسندات القرض

المادة 412:

يعاقب بغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين أصدروا لحساب هذه الشركة سندات قرض قابلة للتداول قبل أن تعد الشركة القوائم التركيبية برسم سنتين ماليتين متواليين وافق عليها المساهمون بشكل صحيح وقبل أن تمر سنتان على وجود الشركة ، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 293.

المادة 413:

يعاقب بغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة:

1-الذين أصدروا لحساب هذه الشركة سندات قرض قابلة للتداول لا تمنح برسم نفس الإصدار نفس حقوق الدائنية عن نفس القيمة الإسمية ؛

2-الذين سلموا لحاملي سندات القرض سندات غير مبين عليها شكل الشركة المصدرة وتسميتها ومبلغ رأسمالها وعنوان مقرها الاجتماعي وتاريخ تأسيسها وتاريخ انتهاء مدتها والرقم الترتيبي للسند وقيمتها الإسمية وسعر الفائدة وتاريخ أدائها وشروط إرجاع رأس المال ومبلغ الإصدار والضمانات الخاصة المرتبطة بالسندات والمبلغ غير المستهلك ، عند الإصدار ، من سندات القرض أو سندات الاقتراض الصادرة من قبل ، وعند الاقتضاء ، الأجل الذي يمكن خلاله ممارسة حق الاختيار الممنوح لحاملي سندات القرض لتحويل سنداتهم إلى أسهم وكذا قواعد هذا التحويل ؛

3-الذين أصدروا ، لحساب هذه الشركة ، سندات قرض قابلة للتداول تقل قيمتها الإسمية عن الحد الأدنى القانوني.

المادة 414:

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 8.000 إلى 40.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

1-من منع عن قصد حامل سندات قرض من المشاركة في إحدى الجمعيات العامة لحاملي سندات القرض ؛

2-من انتحل شخصية حامل سندات قرض وشارك نتيجة لذلك في تصويت إحدى الجمعيات العامة لحاملي سندات القرض سواء قام بذلك شخصياً أو بواسطة شخص وسيط ؛

3-من حصل على منافع أو على ضمان أو وعد بها مقابل التصويت في اتجاه معين أو بعدم المشاركة في التصويت وكذا من منح أو ضمن أو وعد بتلك المنافع.

المادة 415:

يعاقب بغرامة من 6.000 إلى 30.000 درهم:

1-أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة ومراقبو الحسابات أو مستخدمو الشركة المدينة أو الضامنة لالتزامات الشركة المدينة كلياً أو جزئياً وكذا أزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية الذين مثلوا حاملي سندات القرض في جمعيتهم العامة أو قبلوا أن يكونوا ممثلين لكتلة حاملي سندات القرض ؛

2-الأشخاص الممنوع عليهم مزاوله نشاط مصرفي أو حق تدبير شركة أو إدارتها بأي شكل من الأشكال الذين مثلوا حاملي سندات القرض في الجمعيات الخاصة بهم أو قبلوا تمثيل كتلة حاملي سندات القرض ؛

3-الحائزون على سندات القرض المستهلكة والمرجعة قيمتها الذين شاركوا في جمعية حاملي سندات القرض ؛

4-الحائزون على سندات القرض المستهلكة وغير المرجعة قيمتها الذين شاركوا في جمعية حاملي سندات القرض دون أن يتمسكوا بتقصير الشركة أو بنزاع متعلق بشروط إرجاع القيمة لإثبات عدم الإرجاع ؛

5-أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين شاركوا في جمعية حاملي سندات القرض اعتمادا على سندات القرض المصدرة من قبل تلك الشركة والتي أعادت شراءها.

المادة 416:

يعاقب بغرامة من 5.000 إلى 25.000 درهم رئيس الجمعية العامة لحاملي سندات القرض الذي لم يعمل على إثبات قرارات كل جمعية عامة لحاملي سندات القرض في محضر يضمن في سجل خاص يمسك في المقر الاجتماعي للشركة وتتم الإشارة فيه إلى تاريخ ومكان انعقاد الجمعية وكيفية الدعوة وجدول الأعمال وتشكيلة المكتب وعدد حاملي سندات القرض المشاركين في التصويت والنصاب الذي تم بلوغه والوثائق والتقارير التي عرضت على أنظار الجمعية وملخص للنقاشات ونص التوصيات المعروضة على التصويت ونتيجة التصويت.

المادة 417:

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم:

1-أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين منحوا أو دفعوا ليمثلي كتلة حاملي سندات القرض اجرا أو مكافأة تفوق ما حددته لهم الجمعية أو المقرر القضائي ؛

2-كل ممثل لكتلة حاملي سندات القرض قبل اجرا أو مكافأة تفوق ما حددته له الجمعية أو المقرر القضائي ، دون الإخلال بحق استرجاع الشركة للمبلغ المدفوع.

المادة 418:

عند ارتكاب إحدى المخالفات المنصوص عليها في البند الأول والثاني من المادة 413 والمواد من 415 إلى 417، مع استعمال الغش قصد حرمان حاملي سندات القرض أو بعض منهم من حصة من الحقوق المرتبطة بسندات دينهم ، يمكن أن ترفع الغرامة إلى 120.000 درهم كما يمكن ، بالإضافة إلى ذلك ، الحكم بالحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وستين.

الباب التاسع

المخالفات المتعلقة بالشهر

المادة 419:

يعاقب بغرامة من 1.000 إلى 5.000 درهم كل من أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين يغفلون الإشارة ، في كل المحررات والوثائق الصادرة عن الشركة والموجهة إلى الأغيار ، لتسمية الشركة مسبوقة أو متبوعة مباشرة بعبارة "شركة مساهمة" أو بالأحرف الأولى "ش.م" أو العبارة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 77 وكذا مبلغ رأس المال والمقر الاجتماعي.

المادة 420:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 05-20 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 18-08-1 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم كل مؤسس أو متصرف أو مدير عام أو مدير عام منتدب أو عضو في مجلس الإدارة الجماعية لم يقم ، داخل الأجال القانونية بإيداع أو إيداعات لوثائق أو عقود لدى كتابة ضبط المحكمة

إما القيام بإجراء أو إجراءات الشهر المنصوص عليها في هذا القانون وذلك دون الإخلال بتطبيق النصوص التشريعية الخاصة ولاسيما منها المتعلقة بالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب.

الباب العاشر

المخالفات المتعلقة بالتصفية

المادة 421:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بغرامة من 5.000 إلى 25.000 درهم مصفي الشركة الذي لم يتم داخل أجل ثلاثين يوما من تعيينه ، بنشر قرار تعيينه مصفيا في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية وفي الجريدة الرسمية كذلك إن كانت الشركة قد دعت الجمهور للاكتتاب ، وبإيداع القرارات القضائية بالحل في كتابة ضبط المحكمة وتقييدها في السجل التجاري.

يمكن ، بالإضافة إلى ذلك ، الحكم بالحبس لمدة من شهر إلى ثلاثة أشهر ، إذا لم يتم مصفي الشركة بدعوة المساهمين عند انتهاء التصفية ، للبت في الحساب النهائي وإبراء ذمته من التسيير الذي أشرف عليه وإعفائه من مأموريته وإثبات قفل التصفية ، وأو لم يتم في الحالة المنصوص عليها في المادة 369 بإيداع حساباته بكتابة ضبط المحكمة ولا تقدم بطلب إلى القضاء لأجل المصادقة عليها.

المادة 422:

(غيرت بالمادة الأولى من القانون رقم 20-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-08-18 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) : ج. ر. عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008):)

يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 421 المصفي الذي أخل ، عن قصد ، بالالتزامات التي تفرضا عليه الفصول من 1064 إلى 1091 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود وأحكام هذا القانون ، فيما يتعلق بالجرد وإعداد القوائم التركيبية وانعقاد الجمعيات وإخبار المساهمين وحفظ أموال ووثائق 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 تصفيته 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 تصفيته خرقا لأحكام المادتين 365 و366.

المادة 424:

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 4.000 إلى 20.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، كل مصف قام بتوزيع أصول الشركة بين المساهمين قبل تصفية الخصوم أو قبل تكوين احتياطي كاف لضمان تسديدها أو لم يتم ، ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك ، بقسمة رؤوس الأموال الذاتية المتبقية بعد دفع قيم الأسهم الإسمية بين المساهمين بنفس نسبة مشاركتهم في رأس المال.

القسم الخامس عشر

شركة المساهمة المبسطة المكونة بين الشركات

الباب الأول

الأحكام المطبقة على شركة المساهمة المبسطة

المادة 425:

يمكن لشركتين أو عدة شركات قصد إنشاء شركة تابعة مشتركة أو تسييرها أو شركة ستصبح أما لهما ، أن تشكل فيما بينها شركة مساهمة مبسطة تخضع لأحكام هذا القسم.

تؤسس شركة المساهمة المبسطة المكونة بين الشركات باعتبار شخصية أعضائها.

يتفق هؤلاء بحرية على تنظيم الشركة وتسييرها مع مراعاة الأحكام بعده.

لا تطبق القواعد العامة المتعلقة بشركات المساهمة على شركة المساهمة المبسطة المكونة بين الشركات إلا إذا كانت موافقة لهذه الأحكام.

المادة 426:

لا يحق أن يكون عضوا في شركة مساهمة مبسطة إلا الشركات التي لا يقل رأسمالها عن مليوني درهم أو عن مقابل قيمتها بالعملات الأجنبية.

يجب على الشركة ، بصفتها شريكة ، التي تخفض رأسمالها إلى أقل من هذا الحد الأدنى أن تقوم داخل السنة أشهر الموالية لهذا التخفيض إما بزيادة رأسمالها حتى يصل إلى ذلك المبلغ أو أن تفوت أسهمها وفق الشروط المحددة في النظام الأساسي.

يجب حل الشركة في حالة عدم قيامها بذلك وتمويلها إلى شركة من شكل آخر.

يمكن لكل ذي مصلحة أو للنيابة العامة طلب حل الشركة من المحكمة. ويمكن أن تمنح المحكمة أجلا أقصى للشريك حتى يقوم بتسوية وضعيته. ولا يمكن لها النطق بحل الشركة إذا تمت تسوية الوضعية ولغاية يوم البت ابتدائيا في الموضوع.

المادة 427:

تؤسس الشركة بمقتضى نظام أساسي موقع من طرف جميع الشركاء.

يجب أن يحرر رأس المال المحدد في العقد بكامله بمجرد توقيع النظام الأساسي.

لا يمكن للشركة دعوة الجمهور إلى الاكتتاب.

المادة 428:

يمكن لشركة من أي شكل من الأشكال أن تتحول ، بالإجماع ، إلى شركة مساهمة مبسطة مكونة بين شركات إذا استوفى جميع شركائها الشروط المنصوص عليها في المادتين 425 و 426.

المادة 429:

يمكن أن ينص النظام الأساسي على عدم قابلية الأسهم للتفويت لمدة لا تتجاوز عشر سنوات.

كما يمكن أن يخضع النظام الأساسي كل تفويت للأسهم إلى القبول المسبق للشركة. في هذه الحالة يكون كل تفويت لم يحصل على هذا القبول باطلا.

كما يمكن أن ينص على إمكانية إلزام أحد الشركاء بتفويت أسهمه ، وإذا لم يقم بذلك التفويت علقت حقوقه غير المالية.

كما يمكن أن يفرض النظام الأساسي على الشريك الذي تغيرت مراقبته بمفهوم المادة 144 أن يخبر بذلك الشركة التي يمكنها أن تقرر إيقاف ممارسة ذلك الشريك لحقوقه غير المالية وإبعاده.

تطبق أحكام الفقرة السابقة على الشريك الذي اكتسب صفة الشريك عقب عملية إدماج أو انفصال أو حل للشركة.
المادة 430:

إذا لم يحدد النظام الأساسي حساب سعر التفويت حينما تشرع شركة في تطبيق حكم مذكور في المادة 429 ، يحدد هذا السعر ، في حالة عدم اتفاق الأطراف ، بواسطة خبير معين بأمر من رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات. وحينما تعيد الشركة شراء الأسهم تلزم بتفويتها داخل أجل ستة أشهر أو بإلغائها.
المادة 431:

لا يمكن تغيير الأحكام النظامية المذكورة في المادتين 429 و430 إلا بالإجماع.
المادة 432:

يحدد النظام الأساسي شروط تسيير الشركة.
غير أنه يجب أن يكون للشركة رئيس يعين أصلا في النظام الأساسي ، ثم فيما بعد على النحو الذي يحدد في ذلك النظام.

يمكن أن يكون هذا الرئيس شخصا معنويا. ويخضع في هذه الحالة مسيرو هذا الشخص المعنوي لنفس الشروط والالتزامات ويتحملون نفس المسؤوليات المدنية أو الجنائية كما لو كانوا رئيسا باسمهم الخاص ، دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي المسير من طرفه.
المادة 433:

يقدم مراقب الحسابات إلى الشركاء تقريرا حول الاتفاقات الحاصلة مباشرة أو بواسطة وسيط بين الشركة ورئيسها أو مسيرها.
يبت الشركاء بناء على ذلك التقرير.

غير أن الاتفاقات غير المصادق عليها تنتج أثارها رغم ذلك ، شريطة أن يتحمل الشخص المعني ، وعند الاقتضاء ، الرئيس وباقي المسيرين أثارها الضارة بالشركة.
لا تطبق أحكام الفقرات الثلاثة السابقة على الاتفاقات المتعلقة بالعمليات المعتادة والمبرمة وفق شروط عادية.

المادة 434:

تطبق حالات المنع المنصوص عليها في المادتين 62 و100 وضمن نفس الشروط المحددة فيها على رئيس ومسيري الشركة.

المادة 435:

يمثل الرئيس الشركة تجاه الأغيار. وتخول له أوسع السلط للتصرف في كل وقت باسم الشركة في حدود غرضها. تلتزم الشركة في علاقاتها مع الأغيار حتى بتصرفات الرئيس التي لا صلة لها بغرض الشركة ، إلا إذا أقامت الدليل على أن الأغيار كانوا على علم بتجاوز التصرف لهذا الغرض أو لم يكونوا ليجهلوهم نظرا للظروف ، مع العلم أن مجرد نشر النظام الأساسي غير كاف لإقامة هذا الدليل.

لا يمكن الاحتجاج بالنصوص النظامية التي تحد من سلط الرئيس ضد الأغيار.

تحدد ، في العلاقات ما بين الشركاء ، سلطات الرئيس وعند الاقتضاء باقي المديرين المنصوص عليها في النظام الأساسي بمقتضى هذا النظام. في الحالة التي يتم فيها تطبيق القواعد العامة المتعلقة بشركة المساهمة ، للرئيس أو المديرين المعيّنين بالنظام الأساسي لهذه الغاية كل سلطة الإدارة والتدبير والتسيير .

تطبق القواعد المحددة لمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة أو التدبير أو التسيير على رئيس ومسيرى شركات المساهمة المبسطة المكونة بين الشركات.

المادة 436:

تحدد القرارات التي يتعين اتخاذها جماعيا من طرف الشركاء بمقتضى النظام الأساسي وفي إطار الشكليات التي ينص عليها.

غير أن الصلاحيات المخولة للجمعيات العامة العادية وغير العادية لشركات المساهمة فيما يتعلق بالزيادة في رأس المال أو تخفيضه أو استهلاك القيمة الإسمية لأسهم رأس المال أو الإدماج أو الانفصال أو الحل أو تعيين مراقبي الحسابات أو القوائم التركيبية والأرباح ، تمارس جماعيا من طرف الشركاء وفق الشروط التي ينص عليها النظام الأساسي.

الباب الثاني

العقوبات الجزية

المادة 437:

تسري أحكام المواد من 375 إلى 383 و 386 والمواد من 395 إلى 399 بإدخال الغاية على شركات المساهمة المبسطة.

تطبق العقوبات المقررة لأعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركات المساهمة على رئيس ومسيرى شركة المساهمة المبسطة.

تطبق على مراقبي حسابات شركة المساهمة المبسطة المواد 398 و 404 و 405.

المادة 438:

يعاقب بغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم كل رئيس لشركة مساهمة مبسطة أغفل الإشارة في كل المحررات والوثائق الصادرة عن الشركة والموجهة للأغيار إلى تسمية الشركة مسبوقة أو متبوعة مباشرة بعبارة "شركة مساهمة مبسطة" أو بأحرفها الأولى "ش.م.م" ومبلغ رأس المال والمقر الاجتماعي.

المادة 439:

يعاقب بغرامة 2.000.000 درهم مسيرو شركة مساهمة مبسطة إذا قامت بدعوة الجمهور للاكتتاب.

المادة 440:

تطبق أحكام المواد من 437 إلى 439 على كل شخص يكون قد زاول فعليا ، بصفة مباشرة أو بواسطة شخص آخر ، إدارة شركة مساهمة مبسطة تحت اسم أو محل رئيس ومسيرى الشركة.

المقتضيات الزجرية الواردة بقانون باقي الشركات التجارية -110- المجموعات ذات النفع الاقتصادي -111-

110_

شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة

صيغة محينة بتاريخ 30 يونيو 2011

القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة كما تم تعديله

الفصل الثاني: المخالفات والعقوبات المشتركة

المادة 104

تطبق على مراقبي الحسابات أحكام المادتين 404 و405 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة.

وتطبق على مسيري الشركة أحكام المادة 403 من نفس القانون إذا كانت الشركة ملزمة بتعيين مراقب أو مراقبين للحسابات.

كما تطبق على مسيري الشركة أو كل شخص يعمل لديها أحكام المادة 406 من نفس القانون إذا تمت، عمداً، عرقلة المراجعات أو المراقبات التي يجريها مراقبو الحسابات أو الخبراء المعينون.

المادة 105

تطبق على المصنفين الأحكام المنصوص عليها في المواد من 421 إلى 424 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة.

المادة 106

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، المسيرون الذين يقومون بتدليس بتقييم حصة عينية بقيمة أعلى من قيمتها الحقيقية.

المادة 107

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط :

1 - المسيرون الذين يقومون، عن قصد، بتوزيع أرباح خيالية بين الشركاء في غياب الجرد أو بوسائل جرد تدليسية؛

2 - المسيرون الذين قدموا للشركاء، عن قصد، حتى في غياب أي توزيع لأقساط الأرباح، قوائم تركيبية لا تعطي، بالنسبة لكل سنة مالية، صورة صادقة عن نتائج السنة وعن الوضعية المالية وعن الذمة المالية بانتهاء تلك الفترة بغية إخفاء الوضعية الحقيقية للشركة؛

3 - المسيرون الذين استعملوا، عن سوء نية، أموال الشركة أو اعتماداتها استعمالاً يعلمون أنه ضد المصلحة الاقتصادية للشركة وذلك لتحقيق أغراض شخصية أو لمحاباة شركة أو مقولة لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة؛

4 - المسيرون الذين استعملوا، عن سوء نية، السلطات التي يتمتعون بها أو الأصوات التي يتوفرون عليها بهذه الصفة استعمالاً يعلمون أنه ضد المصالح الاقتصادية للشركة وذلك لتحقيق أغراض شخصية أو لمحاباة شركة أو مقولة لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة.

المادة 108

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم، المسيرين الذين لا يقومون داخل الأجل القانونية بإيداع أو بإيداعات لوثائق أو عقود لدى كتابة ضبط المحكمة أو لا يقومون بإجراء أو إجراءات الشهر المنصوص عليها في هذا القانون.

المادة 109

يعاقب بغرامة من 2.000 إلى 40.000 درهم، المسيرين الذين لا يعدون بالنسبة لكل سنة محاسبية الجرد والقوائم التركيبية وتقرير التسيير.

المادة 110

يعاقب بغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم، المسيرين الذين :

- 1 - لا يضعون رهن إشارة كل شريك بالمقر الاجتماعي، محاضر الجمعيات والقوائم التركيبية والجرد وتقرير المسيرين وعند الاقتضاء تقرير مراقب أو مراقبي الحسابات؛
- 2 - لا يقومون بدعوة الجمعية العامة للشركاء للانعقاد داخل أجل ستة أشهر من تاريخ اختتام السنة المالية والذين لا يعرضون لمصادقة الجمعية المذكورة أو لمصادقة الشريك الوحيد الجرد والقوائم التركيبية وتقرير التسيير.

المادة 111

يعاقب بغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم، المسيرين الذين لا يقومون، داخل أجل 15 يوما قبل تاريخ الجمعية العامة، بتوجيه القوائم التركيبية وتقرير التسيير ونص التوصيات المقترحة وعند الاقتضاء تقرير مراقب أو مراقبي الحسابات إلى الشركاء.

المادة 112

يعاقب بغرامة من 1.000 إلى 5.000 درهم، المسيرين الذين يغفلون الإشارة إلى التسمية التجارية للشركة في كل المحررات والوثائق الصادرة عن الشركة والموجهة للأغيار مسبوقة أو متبوعة مباشرة بالعبارة الدالة على شكلها القانوني أو أحرفها الأولى وبيان رأسمال الشركة.

كما يعاقب بنفس العقوبة كل ملزم قانونا :

- لم يعمل على إثبات قرارات جمعية الشركاء في المحضر المتطلب وتضمينه البيانات المشار إليها في المادتين 10 و73 حسب شكل الشركة؛

- لم يعمل على تدوين المحضر المذكور في السجل الخاص بمحاضر الجمعيات الممسوك بمقر الشركة.

الفصل الثالث: مخالفات وعقوبات خاصة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة

المادة 113

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 2.000 إلى 40.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مسيرو الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذين يدلون، وعن قصد، بتصريح كاذب في عقد الشركة بخصوص توزيع أنصبة الشركة ما بين الشركاء أو تحرير الأنصبة أو إيداع الأموال أو يغفلون عن عمد القيام بذلك التصريح.

تطبق أحكام الفقرة السابقة في حالة الزيادة في رأس المال.

المادة 114

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 2.000 إلى 30.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مسيرو الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذين يقومون بإصدار قيم منقولة كيفما كانت لفائدة الشركة سواء بصورة مباشرة أو بوسيط.

المادة 115

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 2.000 درهم إلى 20.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مسيرو الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذين لا يقومون، وعن عمد، حينما تقل الوضعية الصافية للشركة عن ربع رأسمالها بسبب الخسارة المثبتة في القوائم التركيبية :

1 - باستشارة الشركاء داخل الثلاثة أشهر التي تلي المصادقة على الحسابات التي أظهرت تلك الخسائر من أجل اتخاذ قرار الحل السابق لأوانه للشركة إن اقتضى الأمر ذلك،

2 - بإيداع القرار المتخذ من طرف الشركاء بكتابة ضبط المحكمة وتقييده في السجل التجاري ونشره في جريدة مخول لها نشر الإعلانات القانونية.

المادة 116

يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم، كل من قام رغم المنع المنصوص عليه في المادة 66 بالاقتراض بأي شكل من الأشكال من الشركة أو عمل على الحصول على دائنية في حسابها الجاري أو بأي طريقة أخرى وكذا أن تكفل الشركة أو تضمن احتياطيا التزاماته تجاه الأغيار.

المادة 117

يعاقب بغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم ، مسيرو الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذين لا يضعون في أي فترة من السنة، رهن إشارة كل شريك بالمقر الاجتماعي، الوثائق الآتية المتعلقة بالسنوات المالية الثلاثة الأخيرة المعروضة على الجمعيات العامة : القائمة التركيبية السنوية والجرد وتقرير المسيرين وعند الاقتضاء تقرير مراقب أو مراقبي الحسابات ومحاضر الجمعيات العامة.

الفصل الرابع: المخالفات والعقوبات الخاصة بشركة التوصية بالأسهم

المادة 118

تطبق العقوبات الجزرية المنصوص عليها في قانون شركات المساهمة على شركات التوصية بالأسهم.
تطبق العقوبات الخاصة بالرؤساء والمتصرفين والمديرين العامين أو أعضاء مجلس الإدارة الجماعية لشركات المساهمة على مسيري شركات التوصية بالأسهم فيما يتعلق باختصاصاتهم.

- 111 -

المجموعات ذات النفع الاقتصادي صيغة محينة بتاريخ 2 أبريل 2015
القانون رقم 13.97 المتعلق بالمجموعات ذات النفع الاقتصادي كما تم تعديله

الباب الرابع عشر: أحكام جزرية

المادة 67

يعاقب بغرامة 1.000 إلى 5.000 درهم متصرفو المجموعة ذات النفع الاقتصادي الذين أغفلوا الإشارة في العقود والوثائق الصادرة عن المجموعة والموجهة إلى الأغيار إلى تسمية تلك المجموعة مسبوقاً أو متبوعاً بعبارة « مجموع ذات نفع اقتصادي» أو بالأحرف الأولى « م.ن.ق.» وكذا بيان مقرها ورقم تقييدها في السجل التجاري.

المادة 68

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من استعمل عن سوء نية تسمية «مجموعة ذات نفع اقتصادي» أو الأحرف الأولى « م.ن.ق.» أو أي عبارة من شأنها أن تلتبس بتلك التسمية أو الأحرف الأولى.

البورصة تنظيم العروض العمومية في سوق البورصة

الهيئة المغربية لسوق الرساميل

112

يمكن علاوة على ذلك أن تأمر المحكمة بنشر الحكم في صحيفتين على الأكثر على نفقة الطرف المدان.

المادة 69

تطبق الأحكام الجزرية المنصوص عليها في المواد 403 و404 و405 و406 من القانون رقم 17.95 المشار إليه أعلاه مع مراعاة القواعد الخاصة بالمجموعة ذات النفع الاقتصادي، في الحالة التي ينص فيها العقد على مراقبة الحسابات من طرف مراقب أو عدة مراقبين للحسابات أو في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 39 أعلاه.

المادة 70

لا تطبق أحكام المواد 67 و68 و69 من هذا القانون إلا إذا كانت الأفعال التي تعاقب عليها لا يمكن أن تكيف تكيفا جنائيا أشد عملا بأحكام القانون الجنائي.

112_

الهيئة المغربية لسوق الرساميل

ظهير شريف رقم 1.13.21 صادر في فاتح جمادى الأولى 1434 (13 مارس 2013) بتنفيذ القانون رقم 43.12 المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميل

الباب السادس: البحث عن المخالفات ومعاينتها والعقوبات الجنائية

الفصل الأول: البحث عن المخالفات ومعاينتها

المادة 34

يجوز للهيئة المغربية لسوق الرساميل، لأجل البحث عن المخالفات لهذا القانون والنصوص التشريعية المشار إليها في المادة 4 أعلاه ومعاينتها، أن تقوم بأبحاث لدى الهيئات والأشخاص الخاضعين لمراقبتها.

علاوة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية، يقوم بالبحث عن المخالفات المذكورة ومعاينتها مأمورون منتدبون خصيصا لهذا الغرض من لدن الهيئة المغربية لسوق الرساميل .

يجب أن يكون المأمورون المذكورون محلفين وأن يحملوا بطاقة مهنية تسلم من لدن الهيئة المغربية لسوق الرساميل وتشير إلى اليمين المؤدى .

ويجب عليهم أن يؤدوا اليمين المنصوص عليه في الظهير الشريف الصادر في 5 جمادى الآخرة 1332 (فاتح ماي 1914) المتعلق بأداء اليمين من لدن الأعوان محرري المحاضر .

يخضع مأمورو الهيئة المغربية لسوق الرساميل السالف ذكرهم لواجب كتمان السر المهني تحت طائلة العقوبات الواردة في الفصل 446 من القانون الجنائي .

يمكن لمأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل السالف ذكرهم علاوة على ذلك، أن يطلبوا في إطار البحث عن المخالفات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، المعلومات اللازمة لدى كل شخص قد تكون لديه معلومات ضرورية لأجل البحث المذكور .

يسمح لمأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل المذكورين، في إطار ممارسة مهامهم، القيام بما يلي:

أن يدخلوا جميع المحال المعدة لأغراض مهنية التابعة للهيئات والأشخاص الخاضعين لمراقبة الهيئة المغربية لسوق الرساميل؛

أن يطلعوا على جميع الأوراق والوثائق كيفما كانت وسيلة حفظها وأن يحصلوا على نسخ منها؛

أن يستمعوا لكل شخص يمكن أن يدلي لهم بمعلومات مرتبطة بمهنتهم وأن يحرروا في الحال محضرا بهذا الخصوص يوقع من طرف مأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل والممثل القانوني للهيئة أو الشخص المعني بالأمر أو كل شخص تم تعيينه لهذا الغرض. يشير المحضر لكل الأشخاص الذين تم الاستماع إليهم بهذه المناسبة ويوقعون أيضا على المحضر المذكور. وفي حالة الامتناع عن التوقيع، يشير مأمورو الهيئة المغربية لسوق الرساميل إلى ذلك في المحضر.

لا يمكن الاحتجاج بالمقتضيات المتعلقة بالسر المهني على مأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل في إطار مزاولة مهامهم .

المادة 35

لأجل البحث عن المخالفات المنصوص عليها في المواد 42 و43 و44 من هذا القانون، يسمح للمأمورين المشار إليهم في المادة 34 أعلاه، أن يستدعوا كل شخص قد يدلي إليهم بمعلومات تتعلق بمهامهم وأن يستمعوا إليه.

يجب أن توجه الاستدعاءات برسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتسلم أو بواسطة عون قضائي وأن تتضمن أوامر القيام بالمأمورية ويذكر فيها بحق الشخص المستدعى في الاستعانة بمحام يختاره.

يجب أن يبلغ الاستدعاء، إلى الشخص المعني يومان من أيام العمل على الأقل قبل التاريخ المحدد.

يحرر مأمورو الهيئة المغربية لسوق الرساميل في الحال محضر الاستماع وترفق به كل وثيقة مسلمة لمأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل من طرف الشخص الذي تم الاستماع إليه.

يوقع المحضر من طرف مأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل والشخص الذي تم الاستماع إليه. وفي حالة الامتناع عن التوقيع من طرف هذا الأخير، يشار إلى ذلك في المحضر .

المادة 36

يجب على كل شخص وجه أوامر في سوق منظمة أن يكون قادرا على أن يثبت للهيئة المغربية لسوق الرساميل أسباب وكيفيات إنجاز هذه المعاملة، ويجوز للهيئة المغربية لسوق الرساميل أن تطلب منه إطلاع الجمهور عن الإثباتات المدلى بها.

المادة 37

إذا تبينت وقائع مثبتة تحمل على افتراض ارتكاب إحدى المخالفات المنصوص عليها في المواد 42 و43 و44 من هذا القانون، فإنه يجب على مأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل المشار إليهم في المادة 34 أعلاه، بناء على أمر من رئيس الهيئة المغربية لسوق الرساميل، القيام، في جميع الأماكن المهنية أو غيرها، بزيارات بعين المكان وعمليات تقنيش وحجز وختم قصد البحث عن وثائق وجميع العناصر المادية المثبتة لوقوع مخالفة لأحكام المواد المذكورة.

ولهذا الغرض، يجوز لوكيل الملك الذي تقع الأماكن الواجب زيارتها في دائرة نفوذه، بناء على طلب معلل من رئيس الهيئة المغربية لسوق الرساميل، أن يرخص، بموجب قرار معلل، للمأمورين المشار إليهم أعلاه بالقيام بزيارات بعين المكان وعمليات التقنيش والحجز والختم.

عندما تقع الأماكن المذكورة في دائرة نفوذ عدة محاكم ويكون من اللازم رفع دعوى في كل واحد من الأماكن المذكورة في الوقت نفسه، يجوز تسليم ترخيص وحيد من طرف أحد وكلاء الملك المختصين.

ويجب إخبار وكيل الملك الواقع المكان في دائرة نفوذه بذلك.

يجب أن يتأكد وكيل الملك من أن طلب الترخيص المقدم إليه قائم على أساس. ويجب أن يشتمل الطلب المذكور على جميع المعلومات المتوفرة لدى الهيئة المغربية لسوق الرساميل التي من شأنها أن تبرر الزيارة بعين المكان والتفتيش والحجز.

يعين وكيل الملك ضابطا أو عدة ضباط للشرطة القضائية مكلفين بحضور هذه العمليات وإبلاغه على سيرها. كما يعين إن اقتضى الحال امرأة عند زيارة المحلات الموجودة فيها نساء وذلك طبقا لأحكام الفقرة الثانية من البند 2 من المادة 60 من القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية.

تتم الزيارة بعين المكان والتفتيش والحجز والختم تحت سلطة ومراقبة وكيل الملك الذي رخص بها ويجوز له الانتقال إلى المحلات خلال العملية. وله أن يقرر في كل وقت وحين إيقاف الزيارة أو إنهائها.

لا يمكن الشروع في الزيارة قبل الساعة السادسة صباحا أو بعد التاسعة ليلا. ويجوز الشروع فيها بالأماكن المفتوحة في وجه الجمهور طوال ساعات فتح المؤسسة. وتتم بحضور الشخص الذي يشغل الأماكن أو من يمثله بعد الحصول كتابة على موافقة الشخص الذي يشغل الأماكن أو من يمثله. وإذا استحال حضور الشخص المذكور أو من يمثله أو في غياب موافقتهم الكتابية، يستدعي ضابط الشرطة القضائية شاهدين يختارهما من غير الأشخاص الخاضعين لسلطته أو سلطة الهيئة المغربية لسوق الرساميل.

غير أنه إذا خيف ضياع الحجج المطلوب البحث عنها نظرا إلى سهولة استبدالها أو إلى طبيعتها، فإن الزيارة والتفتيش والحجز والختم يمكن القيام بها في أي وقت.

يجوز فقط لمأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل والشخص الذي يشغل الأماكن أو من يمثله وضابط الشرطة القضائية وحدهم الاطلاع على الوثائق أو أية عناصر مادية أخرى قبل حجزها أو ختمها.

يسهر ضابط الشرطة القضائية على احترام السر المهني طبقا للمادة 61 (الفقرة 3) من القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية.

يجب على شاغلي الأماكن التي تكون موضوع زيارة وتفتيش وحجز وختم أو من يمثلهم أن لا يقوموا بأية عرقلة للعمليات المنجزة من طرف مأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل وأن يقدموا لهم الوثائق والعناصر المادية الأخرى التي تكون في حوزتهم.

يجرر مأمورو الهيئة المغربية لسوق الرساميل في الحال محضر الزيارة المبينة فيه إجراءات العملية وسيرها. ويتضمن المحضر طبيعة وتاريخ ومكان الأبحاث والمعائنات المنجزة. ويتم جرد الوثائق وكل العناصر المادية الأخرى المحجوزة ويختم عليها وفق أحكام المادة 61 (الفقرة 4) من القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية. ويرفق جرد الوثائق والعناصر المحجوزة بالمحضر.

يوقع المحضر والجرد من طرف مأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل وضابط الشرطة القضائية والأشخاص المشار إليهم في الفقرة الثامنة من هذه المادة، وفي حالة الامتناع عن التوقيع أو تعذر ذلك، يشار إلى ذلك في المحضر.

يوجه أصل محضر الزيارة والجرد فور تحريرهما إلى وكيل الملك الذي رخص بالزيارة. وتسلم نسخة منهما إلى الشخص المعني.

يوثق مضمون المحاضر إلى أن يثبت ما يخالفها بأي وسيلة من وسائل الإثبات.

ترجع إلى الشخص الذي يشغل الأماكن أو من يمثله الأوراق والوثائق التي لم تعد مفيدة لإظهار الحقيقة.

تسلم إلى المعنيين بالأمر، على نفقتهم، نسخ من الوثائق التي يجب أن تظل قيد الحجز بعد الإشهاد على مطابقتها للأصل من لدن مأمور أو مأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل ويشار إلى ذلك في المحضر.

يمكن لمأموري الهيئة المغربية لسوق الرساميل السالف ذكرهم الاطلاع على أية وثيقة أو معلومة في حوزة الأشخاص أو الهيئات الخاضعين لمراقبة الهيئة المغربية لسوق الرساميل دون إمكانية الاحتجاج عليهم بالسر المهني .

المادة 38

يجوز للسلطات القضائية المختصة المحالة إليها متابعات تتعلق بمخالفات يدخل في دعواها أشخاص أو هيئات تكون الهيئة المغربية لسوق الرساميل مؤهلة بموجب القانون لمراقبتها، أن تطلب رأي الهيئة المغربية لسوق الرساميل في كل مرحلة من مراحل الدعوى .

يطلب الرأي المذكور وجوبا عندما تجرى المتابعات طبقا لأحكام المواد 42 و43 و44 من هذا القانون .

المادة 39

يجوز لرئيس المحكمة المختصة بناء على طلب معمل من الهيئة المغربية لسوق الرساميل أن يصدر بصفته قاضيا للمستعجلات أمرا بأن توضع تحت الحراسة الأموال أو القيم أو السندات أو الحقوق أو أية وثائق أو عناصر مادية أخرى مملوكة للأشخاص الداخلة في دعواها والمراقبين من لدن الهيئة المغربية لسوق الرساميل أيا كان الشخص الموجودة بين يديه .

يجوز له كذلك بنفس الصفة السابقة أن يأمر بناء على طلب معمل من الهيئة المغربية لسوق الرساميل إلزام الأشخاص المراقبين المذكورين بإيداع مبلغ مالي يحدد قدره وأجل إيداعه .

المادة 40

إذا كان من شأن إحدى المخالفات لأحكام هذا القانون أو للنصوص التشريعية المشار إليها في المادة 4 أعلاه أن تمس بحقوق المدخرين أو بسير سوق الرساميل، جاز لرئيس المحكمة المختصة بناء على طلب معمل من الهيئة المغربية لسوق الرساميل، أن يأمر بصفته قاضيا للمستعجلات الشخص المسؤول منها بالتقيد بالأحكام المذكورة أو بوضع حد للمخالفة أو بإلغاء آثارها.

يجوز كذلك لرئيس المحكمة المختصة بنفس الصفة السابقة بناء على طلب معمل من الهيئة المغربية لسوق الرساميل اتخاذ كل إجراء تحفظي ضروري لضمان تنفيذ الأمر الصادر عنه .

المادة 41

يحيل رئيس الهيئة المغربية لسوق الرساميل إلى وكيل الملك المختص المخالفات لأحكام هذا القانون ولأحكام النصوص التشريعية المشار إليها في المادة 4 أعلاه التي تعينها أو تطلع عليها الهيئة المغربية لسوق الرساميل .

الفصل الثاني: العقوبات الجنائية

المادة 42

كل شخص يحصل أثناء مزاوله مهنته أو القيام بمهامه على معلومات متميزة ويستخدمها لإنجاز أو المساعدة عمدا على إنجاز عملية أو عدة عمليات في السوق سواء بصورة مباشرة أو بواسطة شخص آخر، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة يمكن أن تساوي خمس مرات مبلغ الربح المحتمل تحقيقه دون أن تقل عن مائتي ألف (200.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

يراد بالمعلومات المتميزة كل معلومة مازال الجمهور يجهلها، والتي تتعلق بشكل مباشر أو غير مباشر بواحد أو أكثر من المصدرين للأدوات المالية أو بواحد أو أكثر من الأدوات المالية والتي إن علمت من لدن الجمهور يحتمل أن يكون لها تأثير على سعر الأدوات المالية المعنية أو المتصلة بهذه الأخيرة.

كما يمكن لهذه المعلومات أن تتعلق بالسير التقني أو التجاري أو المالي للشخص المصدر أو بأفاق تطور أداة مالية ما زال الجمهور يجهلها ويمكن أن تؤثر في قرار المستثمر .

تطبق نفس العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة على كل شخص، غير الشخص المشار إليه في نفس الفقرة، يتوفر عن علم على معلومات متميزة حول أفاق أو وضعية شركة مسعرة سندات في البورصة أو حول أفاق تطور أداة مالية، ينجز أو يساعد على إنجاز عملية بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو يطلع الغير على معلومات قبل إطلاع الجمهور عليها.

المادة 43

يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة عشرين ألف (20.000) درهم إلى مائة ألف (100.000) درهم كل شخص يطلع الغير خارج الإطار العادي لمهنته أو مهامه على معلومات متميزة كما تم تعريفها في الفقرة الثانية من المادة 42 أعلاه .

المادة 44

يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من عشرة آلاف (10.000) درهم إلى خمس مائة ألف (500.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل شخص نشر عمدا بين الجمهور بأية طريقة ووسيلة معلومات كاذبة أو مضللة حول أفاق أو وضعية أحد الأشخاص المصدرين للأدوات المالية أو حول أفاق تطور أداة مالية معينة إذا كان من شأنها أن تؤثر في الأسعار أو بصفة عامة أن توقع الغير في الخطأ. و يمكن أن يصل مبلغ الغرامة المشار إليها أعلاه إلى خمس مرات مبلغ الربح المحتمل تحقيقه دون أن يقل عن هذا الربح.

تطبق نفس العقوبات الواردة في هذه المادة على كل شخص قام أو حاول القيام عمدا ، بصفة مباشرة أو بواسطة شخص آخر، بممارسة تحايل في سوق الأدوات المالية قصد التأثير في الأسعار أو بوجه عام عرقلة السير المنتظم للسوق من خلال إيقاع الغير في الخطأ .

المادة 45

يراد بالربح المحتمل تحقيقه المنصوص عليه في المادتين 42 و 44 من هذا القانون الفرق بين الثمن الذي أنجزت به العملية الأولية ومتوسط سعر السند الملاحظ طوال الخمسة عشر يوما من أيام البورصة الموالية لنشر المعلومات المتميزة أو لتصحيح المعلومات الكاذبة أو المضللة.

المادة 46

يعاقب بغرامة من عشرة آلاف (10.000) درهم إلى مائة ألف (100.000) درهم كل شخص يعرقل القيام بمهام البحث والمراقبة المنوطة بالهيئة المغربية لسوق الرساميل.

وفي حالة العود، يعاقب مرتكب المخالفة بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من خمسين ألف (50.000) درهم إلى خمس مائة ألف (500.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

المادة 47

يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من خمسين ألفا (50.000) إلى خمس مائة ألف (500.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل شخص لم يقم بإيداع المبلغ المحدد من طرف القاضي طبقا للمادة 39 أعلاه أو قام بعرقلة الإجراءات المأمور بها تطبيقا للمادة المذكورة .

المادة 48

يعاقب بغرامة من عشرين ألفا (20.000) إلى مائتي ألف (200.000) درهم كل شخص يخضع لمراقبة الهيئة المغربية لسوق الرساميل، عملا بالمادة 4 أعلاه أو يعمل باعتباره ممثلا لمؤسسة خاضعة لمراقبة الهيئة المغربية لسوق الرساميل يقدم عمدا معلومات غير صحيحة إلى هذه الأخيرة أو يمتنع عن توجيه معلومات إليها.

- القوانين الجنائية الخاصة

حرية الأسعار و المنافسة -113- قانون باقي الشركات

وفي حالة العود، يعاقب مرتكب المخالفة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من أربعين ألفا (40.000) إلى أربعة مائة ألف (400.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط .

المادة 49

دون الإخلال بالعقوبات المقررة في المادة 42 من هذا القانون، يتعرض للعزل أي عضو من أعضاء إدارة الهيئة المغربية لسوق الرساميل أو أحد مستخدميها، ينجز مباشرة أو بواسطة شخص آخر عمليات تتعلق بأدوات مالية لشخص معنوي يكون موضوع عملية يخضع بيان معلوماتها إلى تأشيرة الهيئة المغربية لسوق الرساميل إذا أبرمت المعاملات قبل للإعلان عن مضمون البيان المذكور .

المادة 50

يعتبر في حالة العود، حسب مدلول المادتين 46 و48 من هذا القانون، كل شخص يرتكب مخالفة خلال الخمس سنوات الموالية لصدور حكم نهائي ضده بسبب أفعال مماثلة .

المادة 51

إذا تعلق الأمر بشخص معنوي، فإن عقوبات الحبس المنصوص عليها في هذا القانون تطبق على أعضاء أجهزة إدارته أو تدبيره أو تسييره .

يمكن إصدار عقوبات الغرامة المنصوص عليها في هذا القانون ضد الشخص المعنوي المعني بالأمر أو ضد أعضاء أجهزة إدارته أو تدبيره أو تسييره .

113__

حرية الأسعار والمنافسة

ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014) بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة

الباب الثاني: العقوبات الجنائية

المادة 75

يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من عشرة آلاف (10.000) إلى خمسمائة ألف (500.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل شخص ذاتي شارك على سبيل التدليس أو عن علم مشاركة شخصية وحاسمة في تخطيط الممارسات المشار إليها في المادتين 6 و7 من هذا القانون أو تنظيمها أو تنفيذها أو مراقبتها .

ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر قرارها كليا أو في مستخرجات في الجرائد التي تحددها على نفقة المحكوم عليه .

المادة 76

يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من عشرة آلاف (10.000) إلى خمسمائة ألف (500.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من اقتعل أو حاول اقتعال 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 مزايده على الأسعار التي طلبها الباعه أو باستخدام أية وسيلة أخرى من وسائل التدليس .

عندما يتعلق رفع أو تخفيض الأسعار المقتعل 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 عن ثمانمائة ألف (800.000) درهم.

يمكن أن ترفع مدة الحبس إلى خمس سنوات والغرامة إلى مليون (1.000.000) درهم إذا تعلقت المضاربة بمواد غذائية أو بضائع لا تدخل في الممارسة الاعتيادية لمهنة المخالف.

المادة 77

يمكن في جميع الحالات المنصوص عليها في المادتين 75 و 76 أعلاه، أن يعاقب مرتكب المخالفة بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 من مجموعة القانون الجنائي بصرف النظر عن تطبيق الفصل 87 من القانون المذكور.

المادة 78

تعاقب المخالفات لمقتضيات الباب الأول من القسم السادس والمادتين 65 و 67 من هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقها بغرامة من خمسة آلاف (5.000) إلى ثلاثمائة ألف (300.000) درهم. في حالة العود داخل أجل خمس (5) سنوات، يرفع مبلغ الغرامة المطبقة إلى الضعف.

المادة 79

يعاقب بغرامة من مائة ألف (100.000) إلى خمسمائة ألف (500.000) درهم وبالحبس من شهرين إلى سنتين على المخالفات لأحكام المادتين 62 و 66 من هذا القانون. يمكن الحكم كذلك بمصادرة البضائع المرتكبة المخالفة في شأنها ووسائل النقل.

المادة 80

كل شخص مسؤول عن إخفاء بضاعة أو منتج صدر أمر بحجزه وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 70 من هذا القانون، يعاقب بغرامة يمكن أن يساوي مبلغها 10 مرات قيمة البضاعة أو المنتج الذي وقع إخفاؤه.

المادة 81

في حالة الحكم بالإدانة من أجل ادخار سري، يمكن أن تأمر المحكمة بإغلاق مخازن أو مكاتب المحكوم عليه بصفة مؤقتة ولمدة لا يمكن أن تفوق ثلاثة (3) أشهر.

يجوز لها كذلك أن تمنع المحكوم عليه بصفة مؤقتة ولمدة لا تزيد على سنة من ممارسة مهنته أو حتى من القيام بأي عمل تجاري.

يستمر المخالف طوال مدة الإغلاق المؤقت في صرف ما يستحقه المستخدمون من الأجور أو الحلوان أو التعويضات أو المنافع المختلفة التي كانوا يستفيدون منها في تاريخ إغلاق المحل.

يعاقب بغرامة من ألف ومائتين (1.200) إلى مائتي ألف (200.000) درهم وبالحبس من شهر إلى سنتين أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط على كل مخالفة لمقتضيات حكم صادر إما بالإغلاق وإما بالمنع من مزاوله المهنة أو القيام بأي عمل تجاري.

المادة 82

لا يجوز تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 81 أعلاه وطوال مدة المنع المقررة في المادة المذكورة، أن يشغل المحكوم عليه بأي صفة كانت في المؤسسة التي كان يستغلها ولو كان قد باعها أو أكرها أو فوض تسييرها ولا يمكن كذلك تشغيله في المؤسسة التي يتولى زوجه استغلالها.

المادة 83

يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من خمسة آلاف (5.000) إلى مائتي ألف (200.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص :

- اعترض على قيام الباحثين المشار إليهم في المادة 68 من هذا القانون بمهامهم ؛

- امتنع من إطلاع الباحثين المشار إليهم في المادة 68 من هذا القانون، على الوثائق المتعلقة بمزاولة نشاطه وكذا إخفائها أو تزويرها.

يتعرض للعقوبات المقررة في الفقرة الأولى أعلاه كل شخص يقدم عمدا معلومات غير صحيحة أو يدلي بتصاريح كاذبة إلى الهيئات المختصة أو إلى الأشخاص المؤهلين لإثبات المخالفات أو يمتنع من تزويدهم بالمعلومات أو الوثائق التي يتوفر عليها أو المعهود إليه بحفظها.

تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه على أفعال السب والعنف المرتكبة ضد الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى أعلاه.

المادة 84

لا تطبق أحكام الفصل 146 من مجموعة القانون الجنائي المتعلقة بالظروف المخففة على العقوبات بالغرامة الصادرة طبقا لهذا القانون.

المادة 85

بوجه، دون مصاريف إلى رئيس مجلس المنافسة بقصد الإخبار، مستخرج من الحكم أو القرار بمجرد ما يصير حكم بالإدانة، صدر تطبيقا للمادتين 75 و 77 من هذا القانون، غير قابل للطعن فيه.

المادة 86

يجوز للمحكمة أن تأمر بالنشر والتعليق أو بأحد هاذين الإجراءين فقط طبقا لأحكام الفصل 48 من مجموعة القانون الجنائي فيما يخص الحكم الصادر عنها تطبيقا لهذا الباب وذلك على نفقة المحكوم عليه من غير أن تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا و دون أن تتعدى مصاريف النشر مبلغ الغرامة الأقصى.

المادة 87

تباشر المتابعات الجنائية المجراة تطبيقا للقسمين السادس والسابع من هذا القانون عن طريق الاستدعاء المباشر وتبت المحكمة المختصة في القضية في أقرب جلسة تعقدها.

المادة 88

يجوز للمحكمة أن تحكم على سبيل التضامن على الأشخاص الاعتباريين بدفع الغرامات المحكوم بها على مسيرتها عملا بأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.

المادة 89

لا تطبق الأحكام الجنائية الواردة في هذا القانون إلا إذا تعذر تكييف الأفعال المعاقب عليها تكييفاً جنائياً أشد عملاً بأحكام مجموعة القانون الجنائي.

المادة 90

يتوقف تقادم الدعوى العمومية وفق شروط القانون العادي، بما في ذلك بتحرير المحاضر المشار إليها في المادة 69 من هذا القانون.

المقتضيات الجزرية الواردة بمدونة الأسرة الخبراء القضائيين

الامتحانات المدرسية -114-

المقتضيات الجزرية الواردة بالقانون المنظم لمهنة النساخة
المقتضيات الجزرية الواردة بقانون توظيف الأموال بالمجازفة
السلفات الصغيرة -115-

ويتوقف كذلك بالأفعال الموقفة لسريان التقادم أمام مجلس المنافسة وكذا بتوجيه الملف، وفقا للمادة 25 من هذا القانون، من لدن المجلس إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة.

- 114 -

زجر الغش في الامتحانات المدرسية

ظهير شريف رقم 1.16.126 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون رقم 02.13 المتعلق بزجر الغش في الامتحانات المدرسية

الباب الثالث: العقوبات

المادة 8

دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في مجموعة القانون الجنائي، يعاقب كل من ارتكب الغش في الامتحانات المدرسية، كما هو محدد في المادة الأولى أعلاه، بالحبس من ستة أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة تتراوح بين 5000 و100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين في الحالات المنصوص عليها في البنود من 4 إلى 8 من الفقرة الثانية من المادة الأولى أعلاه.

المادة 9

يجوز للمحكمة، في حالة الإدانة من أجل إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أن تحكم بالمصادرة لفائدة الدولة، مع حفظ حق الغير حسن النية، الأدوات والأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الغش.

- 115 -

القانون المتعلق بالسلفات الصغيرة

صيغة محينة بتاريخ 24 يناير 2013

القانون رقم 18.97 المتعلق بالسلفات الصغيرة

كما تم تعديله

المادة 27

يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة مالية تتراوح بين 5.000 و10.000 درهم كل شخص يقوم لحسابه الخاص أو لحساب شخص معنوي بعمليات منح السلف الصغير دون الحصول على رخصة لهذا الغرض وفقا للمادة 5 أعلاه.

المادة 28

المقتضيات الزجرية الواردة بالقانون التنظيمي للتراجمة
المقتضيات الزجرية الواردة بمدونة الشغل
اتخاذ تدابير صحية بيطرية عند استيراد بعض الحيوانات و المواد الحيوانية و المنتجات
من أصل حيواني ومنتجات البحر و المياه العذبة
المقتضيات الزجرية الواردة بخطة العدالة
التعمير- —

يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة مالية تتراوح بين 5.000 و 10.000 درهم كل شخص يخالف المنع
المنصوص عليه في المادة 7 من هذا القانون.

الطرق السيارة -116-

القانون المحدث لبطاقة الوطنية للتعريف الالكترونية -117-

- 116

الطرق السيارة صيغة محينة بتاريخ 18 ديسمبر 2003

القانون رقم 4.89 المتعلق بالطرق السيارة كما تم تعديله

الباب الرابع: العقوبات

المادة 11617

يعاقب بغرامة من 500 درهم إلى 1 500 درهم عن المخالفات لأحكام المواد 11 و12 و13 و15 و16 من هذا القانون.

المادة 11618

يعاقب بغرامة من 1000 درهم إلى 2000 درهم عن المخالفات لأحكام المادة 13 مكررة (1).

المادة 11619

يعاقب بغرامة من 4000 درهم إلى 6000 درهم عن المخالفات لأحكام المادة 13 مكررة (2).

المادة 11620

في حالة مخالفة أحكام المادة 13 مكررة (3) أعلاه، تطبق مقتضيات الفرع السابع من المادة 17 من قانون المالية لسنة 1996-1997، غير أن الغرامة المطبقة تساوي ست مرات الرسم "الواجب أدائه".

المادة 11621

يعاقب بغرامة من 1000 درهم إلى 2000 درهم عن المخالفات لأحكام المادة 13 مكررة (4).

بالإضافة إلى ذلك، يمكن للإدارة المدبرة للطريق السيارة أو صاحب الامتياز، في حالة منح امتياز، مصادرة المواد والبضائع المعروضة للبيع فوراً وتسليمها إلى السلطات المختصة.

المادة 11622

فضلا عن العقوبات المنصوص عليها في المادة 8 (6) من الظهير الشريف الصادر في 3 جمادى الأولى 1372 (19 يناير 1953)، كما تم تغييره وتتميمه ولاسيما بقانون المالية رقم 38.91 لسنة 1992، يمكن لمدير الطريق السيارة أن يعمل على إيداع الحيوانات التي ترعى في الطريق السيارة بالمستودع العمومي.

المادة 11623

يعاقب بغرامة من 500 درهم إلى 1000 درهم وبالحبس من 5 أيام إلى 10 أيام أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط عن المخالفات لأحكام المادة 13 المكررة مرتين.

المادة 11624

في حالة العود، ترفع العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون إلى الضعف.

الباب الخامس: معاينة المخالفات 116

المادة 25

علاوة على الأعوان المكلفين بتحرير المحاضر المشار إليهم في المادة 19 من الظهير الشريف الصادر في 3 جمادى الأولى 1372 (19 يناير 1953) 116، يعهد إلى الأعوان التابعين لأصاحب الامتياز، المعينين لهذا الغرض والمكلفين طبقاً للتشريع الجاري به العمل، بمعاينة المخالفات لأحكام هذا القانون .
يوثق بالمحاضر المحررة بموجب هذه المادة إلى أن يثبت العكس.

117_

ظهير شريف رقم 1-07-149 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 بتنفيذ القانون رقم 35-06 المحدثه بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية (ج. ر. بتاريخ 22 ذو القعدة 1428 - 3 ديسمبر 2007).

المادة 8:

يجب تجديد البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية في الحالات التالية:

-تغيير الاسم الشخصي أو الاسم العائلي أو تاريخ الولادة ؛

-تصحيح مكان الولادة أو رقم عقد الحالة المدنية أو النسب ؛

-تغيير السكنى ؛

-ضياع البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية أو سرقتها أو تعرضها للتلف ؛

-انتهاء صلاحية البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية.

المادة 9:

يعاقب بغرامة 300 درهم كل شخص يبلغ من العمر 18 سنة ميلادية كاملة أغفل تقديم طلب الحصول على البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية.

يعاقب بغرامة 200 درهم كل شخص لم يطلب تجديد بطاقته الوطنية للتعريف الإلكترونية طبقاً لمقتضيات المادة 8 أعلاه.

يعاقب بغرامة 100 درهم كل شخص يتوفر على البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية ولم يتمكن من تقديمها إلى ضباط وأعوان الشرطة القضائية بناء على طلب منهم.

قانون تحديد شروط فتح مؤسسات الرعاية الاجتماعية -118-
مدونة الأدوية و الصيدلة -119-

118__

الجريدة الرسمية رقم 5480 الصادرة يوم الخميس 7 دجنبر 2006

ظهير شريف رقم 154-06-1 صادر في 30 من شوال 1427 (22 نوفمبر 2006) بتنفيذ القانون رقم 14-05 المتعلق بشروط فتح مؤسسات الرعاية الاجتماعية وتدابيرها.

المادة 20:

يعاقب بغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم كل من يقوم بفتح مؤسسة دون الحصول على الرخصة الإدارية المنصوص عليها في المادة 3 أعلاه أو يشير بشكل كاذب إلى ترخيص بفتح مؤسسة خلافا للفقرة الثانية من المادة 6 من هذا القانون.

في حالة العود ، يرفع المبلغان الأدنى والأقصى للغرامة إلى الضعف. ويمكن أن يحكم على مرتكب المخالفة بسقوط حقه في فتح مؤسسة للرعاية الاجتماعية طوال مدة لا تتجاوز خمس سنوات.

المادة 21:

يعاقب بغرامة من 3.000 إلى 15.000 درهم كل مؤسس أو مدير مؤسسة للرعاية الاجتماعية أدخل تغييرا على أحد العناصر التي سلمت رخصة الفتح على أساسها أو أقدم على إغلاق المؤسسة دون التصريح بذلك مسبقا لدى الإدارة.

في حالة العود ، يرفع المبلغان الأدنى والأقصى للغرامة إلى الضعف. ويمكن أن يحكم على مرتكب المخالفة بسقوط حقه في فتح وتدابير مؤسسة للرعاية الاجتماعية طوال مدة لا تتجاوز خمس سنوات.

المادة 22:

يعاقب بغرامة من 5.000 إلى 20.000 درهم مؤسسو أو مديرو إحدى المؤسسات الذين:
-لا يحترمون مقتضيات المادة 9 من هذا القانون ؛

-لا يتقيدون بالشروط العامة والخاصة المحددة في دفتر التحملات المنصوص عليه في المادة 6 أعلاه ؛

-لا يوجهون إلى الإدارة التقارير عن التدبير في الأجال ووفق الأشكال المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه ؛

-لا يصرحون بمواجهة مؤسستهم لصعوبات طبقا لأحكام المادة 17 من هذا القانون ؛

-لا يقومون بمسك وتحيين السجل المنصوص عليه في المادة 13 من هذا القانون ؛

-يرفضون تقديم المعلومات المطلوبة منهم من لدن السلطات أو الأعوان المكلفين بالمراقبة أو يرفضون السماح لهم بولوج المؤسسة طبقا لأحكام المادة 14 من هذا القانون ؛

-لا يحترمون أحكام المادة 26 أدناه.

في حالة العود ، يرفع المبلغان الأدنى والأقصى للغرامة إلى الضعف. ويمكن أن يحكم على مرتكب المخالفة بسقوط حقه في فتح وتدابير مؤسسة للرعاية الاجتماعية طوال مدة لا تتجاوز عشر سنوات.

المادة 23:

يعتبر في حالة العود كل شخص صدر في حقه حكم نهائيًا بسبب إحدى المخالفات المنصوص عليها في المواد 20 و 21 و 22 وقام بارتكاب مخالفة مماثلة داخل أجل سنة التي تلي صدور الحكم المذكور.

المادة 24:

يختص بمعاينة المخالفات لهذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه ، علاوة على أعضاء اللجنة المشار إليها في المادة 15 أعلاه وضباط الشرطة القضائية ، الأعوان الذين تكلفهم الإدارة والتعاون الوطني لهذا الغرض. ويتمتع الأعوان المذكورون ، من أجل إنجاز مهامهم ، بسلطة البحث في الوثائق وفي عين المكان.

المادة 25:

لا تطبق أحكام هذا القانون على مؤسسات الرعاية الاجتماعية التابعة للدولة أو الخاضعة لنصوص تشريعية وتنظيمية خاصة تحدد كيفية الترخيص بفتحها واستغلالها ومراقبتها. غير أنه يتعين على هذه المؤسسات التقيد بالمعايير الدنيا المحددة في هذا القانون.

119_

الجريدة الرسمية رقم 5480 الصادرة يوم الخميس 7 دجنبر 2006

ظهير شريف رقم 151-06-1 صادر في 30 من شوال 1427 (22 نوفمبر 2006) بتنفيذ القانون رقم 04-17 بمثابة مدونة الأدوية والصيدلة.

القسم الرابع

أحكام انتقالية وزجرية

المادة 132:

يضرب لأصحاب المستودعات الليلية المفتوحة في تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية في وجه العموم أجل أقصاه أربعة وعشرون شهرا من التاريخ المذكور للتقيد بأحكامه.

المادة 133:

يضرب للأشخاص الذاتيين الذين يملكون في تاريخ نشر هذا القانون مؤسسات صيدلية أجل سنة واحدة ابتداء من التاريخ المذكور للتقيد بأحكام البند 1 من كل من المادتين 85 و90 أعلاه.

المادة 134:

يعتبر مزاولا للصيدلة بصفة غير قانونية:

- 1 كل شخص ، غير حاصل على الدبلوم أو الشهادة المشار إليهما في المادتين 93 و94 أعلاه لمزاولة المهنة يمارس عملا صيدليا كما هو محدد في أحكام هذا القانون ؛

- 2 كل صيدلي غير مأنون له يمارس عملا صيدليا كما هو محدد في هذا القانون أو يكون بحيازته عقار أو مادة أو تركيبة لها خصائص علاجية أو وقائية أو أي منتج صيدلي غير دوائي بغرض بيعه أو صرفه من أجل الاستعمال الطبي البشري أو البيطري ؛

- 3 كل صيدلي يمارس مهنته خلال الفترة التي كان فيها موقوفا أو مشطبا عليه من جدول هيئة الصيدلة وذلك ابتداء من تاريخ تبليغه بقرار التوقيف أو الشطب ؛

- 4 كل شخص أو صيدلي قام بمساعدة الأشخاص المشار إليهم في البنود 1 و2 و3 أعلاه من أجل تمكينهم من التملص من تطبيق أحكام هذا القانون عليهم ؛

- 5 كل شخص وإن كان حاصلًا على إذن بممارسة الصيدلة ، يقوم ، دون الحصول على إذن جديد ، بفتح أو إعادة فتح صيدلية صار إنزها الأول لاغيا.

لا تطبق أحكام البند الأول من هذه المادة على طلبة الصيدلة الذين يمارسون النيابة بشكل قانوني أو ينجزون الأعمال المعهود بها إليهم من قبل الصيادلة التابعين لهم.

المادة 135:

يعاقب على مزاوله الصيدلة بشكل غير قانوني في الحالتين المنصوص عليهما في البندين 1 و 4 من المادة 134 أعلاه بالحبس من 3 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة من خمسة آلاف (5.000) إلى خمسين ألف (50.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

وفي حالة العود ، لا يمكن أن تقل مدة الحبس عن 6 أشهر وترفع الغرامة إلى الضعف.

المادة 136:

يعاقب على مزاوله الصيدلة بشكل غير قانوني في الحالات المنصوص عليها في البنود 2 و 3 و 5 من المادة 134 أعلاه بغرامة من ألف وخمسمائة (1500) إلى سبعة آلاف وخمسمائة (7500) درهم.

وفي حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف.

يمكن للمحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تقرر كتدبير وقائي منع المحكوم عليه من مزاوله الصيدلة لمدة لا تزيد على سنتين.

المادة 137:

يعتبر استعمال لقب صيدلي من قبل شخص غير حاصل على دبلوم صيدلي انتحالاً للقب المنصوص والمعاقب عليه في الفصل 381 من القانون الجنائي.

المادة 138:

يجب أن تكون الإشارة إلى أي لقب غير لقب صيدلي أو دكتور في الصيدلية متبوعة باسم الكلية أو المؤسسة التعليمية التي منحتة وكذا المدينة أو البلد الذي تم فيه الحصول عليه ، وفق الأشكال والبيانات المحددة من طرف المجلس الوطني لهيئة الصيادلة.

تمنع ممارسة الصيدلة تحت اسم مستعار.

يعاقب بغرامة من ثلاثة آلاف (3000) إلى عشرين ألف (20.000) درهم عن كل مخالفة لأحكام هذه المادة. وفي حالة العود ، ترفع الغرامة إلى الضعف.

المادة 139:

يعاقب بغرامة من مائة ألف (100.000) إلى مليون (1.000.000) درهم الشخص المسؤول عن فتح مؤسسة صيدلية أو إعادة فتحها أو يستغلها دون الحصول على الإذن المشار إليه في المادة 76 أعلاه ، أو الذي يقوم بتوسيعات أو تعديلات دون التصريح بذلك لدى الإدارة طبقاً للمادة 79 أعلاه أو يتجاهل اعتراض الإدارة أو يرفض الخضوع لعمليات التفتيش المنصوص عليها في المادة 130 أعلاه.

تأمر المحكمة ، بالإضافة إلى ذلك ، بإغلاق المكان المستغل دون الحصول على الإذن المنصوص عليه في المادة 76 أعلاه أو عندما يشكل المكان المذكور خطراً جسيماً على الصحة العامة.

يمكن بصفة تحفظية ، وفي انتظار النطق بالحكم ، لرئيس المحكمة المرفوع إليها الأمر من طرف الإدارة لهذا الغرض أن يأمر بإغلاق المؤسسة.

وفي حالة العود ، ترفع الغرامة إلى الضعف.

المادة 140:

يعاقب بغرامة من عشرة آلاف (10.000) إلى خمسين ألف (50.000) درهم:
-عدم وضع كل موقع للصنع أو للتخزين أو هما معا تحت الإدارة التقنية لصيدلي ؛
-عدم وجود نظام التوثيق المنصوص عليه في المادة 88 أعلاه ؛
-عدم الاحتفاظ بالوثائق المتعلقة بكل حصة من الأدوية طوال الأجل المنصوص عليها في المادة 88 المذكورة ؛
-عدم تسيير مخزون الأدوية بمصحة من طرف صيدلي مأذون له قانونا ؛
-صرف أدوية ومنتجات صيدلية غير دوائية ، بعبء أو بدون عبء ، من طرف مصحة من أجل تقديم علاجات خارجها.
وفي حالة العود ، ترفع الغرامة إلى الضعف.

المادة 141:

يعاقب على كل مخالفة لأحكام المادة 107 من هذا القانون بالحبس من 3 أشهر إلى سنتين وبغرامة من خمسة وعشرين ألف (25.000) إلى مائة ألف (100.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.
وفي حالة العود ، لا يمكن أن تقل عقوبة الحبس عن سنة واحدة ويرفع مبلغ الغرامة إلى الضعف.

المادة 142:

يعاقب بغرامة من خمسة آلاف (5000) إلى خمسين ألف (50.000) درهم:
-صيدلي الصيدلية الذي لا يستعين بعدد الصيادلة المساعدين المطلوب بموجب المادة 108 من هذا القانون ؛
-صيدلي الصيدلية الذي يقوم ، خرفا للفقرة الثانية من المادة 115 أعلاه ، بإبرام طلبيات أدوية عن طريق وكالة إعلام طبي وصيدلي ؛
-مسؤول وكالة الإعلام الطبي والصيدلي الذي يقوم خرفا للفقرة الأخيرة من المادة 47 من هذا القانون ، بتسليم طلبيات أدوية من لدن صيدلي صيدلية.
وفي حالة العود ، ترفع الغرامة إلى الضعف.

المادة 143:

يعاقب بغرامة من خمسين ألف (50.000) إلى مائة ألف (100.000) درهم عن كل مخالفة للمادة 120 أعلاه.
وفي حالة العود ، ترفع الغرامة إلى الضعف.

المادة 144:

يعاقب بغرامة من ثلاثة آلاف (3000) إلى خمسة عشر ألف (15.000) درهم:
-صيدلي الصيدلية الذي يصير لأي سبب من الأسباب عاجزا عن ممارسة المهنة شخصيا ولا يعين من ينوب عنه وفقا لأحكام المواد 123 و125 و126 من هذا القانون أو لا يقوم بإغلاق الصيدلية.
تطبق نفس العقوبة على عدم النيابة عن الصيدلي المسؤول أو الصيدلي المنسوب أو الصيدلي المساعد في الحالات المنصوص عليها في المادتين 127 و128 أعلاه.
وفي حالة العود ، ترفع الغرامة إلى الضعف.

المادة 145:

يتعرض لغرامة من عشرة آلاف (10.000) إلى خمسين ألف (50.000) درهم ذوو حقوق الصيدلي المتوفى الذين يستمرون بعد وفاته في استغلال الصيدلية دون العمل على تسييرها وفقا لأحكام المادة 124 أعلاه.

وعلاوة على ذلك ، تحكم المحكمة بإغلاق الصيدلية تلقائيا.

المادة 146:

يعاقب بغرامة من مائة ألف (100.000) إلى مليون (1.000.000) درهم عدم تعويض الصيدلي المسؤول بمؤسسة صيدلية الذي توقف نهائيا عن ممارسة نشاطه لأي سبب من الأسباب.

المادة 147:

يمكن علاوة على العقوبة الجنائية أن يتعرض الصيدلة المحكوم عليهم بسبب ارتكاب أفعال بمثابة جرائم ضد الأشخاص أو الآداب العامة للمنع المؤقت أو النهائي من مزاولة مهنة الصيدلة. ويمكن أن تعتبر الأحكام الصادرة في الخارج من أجل الأفعال المشار إليها أعلاه بطلب من النيابة العامة كما لو ارتكبت على تراب المملكة من أجل تطبيق قواعد العود والعقوبات الإضافية أو تدابير وقائية.

المادة 148:

يعاقب بغرامة من ألف (1000) إلى ستة آلاف (6000) درهم عن كل مخالفة لأحكام المواد 31 و32 و33 و35 و36 و37 و97 من هذا القانون.

غير أن مخالفات أحكام المادتين 32 و33 من هذا القانون المتعلقة بالمواد السامة تسري عليها كذلك العقوبات المنصوص عليها في التشريع المتعلق بالمواد السامة.

وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تقرر كتدبير وقائي المنع من مزاولة الصيدلة لمدة لا تتجاوز سنة واحدة.

المادة 149:

في حالة الإدانة طبقا لأحكام هذا القسم ، يمكن ، بمبادرة من الإدارة إغلاق الصيدلية أو المؤسسة الصيدلية التي تسيير بصفة غير قانونية بمجرد النطق بالحكم بالإدانة حتى ولو صدر غيابيا. ويمكن للمحاكم كذلك أن تصدر في حق الصيدلي المحكوم عليه منعا مؤقتا أو نهائيا من مزاولة المهنة.

المادة 150:

يعاقب بغرامة من مائة ألف (100.000) إلى مليون (1.000.000) درهم الصيدلي المسؤول الذي يخالف أحكام المادتين 119 و120 أعلاه.

ويتعرض لنفس العقوبة كل شخص ينتمي إلى جهاز تدبير المؤسسة الصيدلية المعنية أو إدارتها أو تسييرها أو رقابتها يأمر عمدا بتسويق حصة من الأدوية من شأنها أن تشكل خطرا على الصحة العامة.

ويتعرض لنفس العقوبة كل من قام ببيع الأدوية غير الصالحة للاستهلاك أو توزيعها.

يعاقب بغرامة من خمسين ألف (50.000) إلى مائة ألف (100.000) درهم صيدلي الصيدلية أو الصيدلي المسؤول عن مخزون الأدوية بالمصحة الذي قام بصرف الأدوية غير الصالحة للاستهلاك.

وفي حالة العود ، ترفع الغرامة إلى الضعف وعلاوة على ذلك ، يمكن معاقبة المخالف بالحبس لمدة سنتين على الأكثر.

المادة 151:

القانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها القانون المتعلق بالماء -120-

يعاقب بغرامة من خمسة آلاف (5000) إلى خمسين ألف (50.000) درهم عن كل مخالفة للأحكام المتعلقة بالإشهار المنصوص عليها في الفرع الرابع من الباب الثاني من القسم الأول من هذا القانون.
وفي حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف.

المادة 152:

يعاقب بغرامة من ألفين وخمسمائة (2500) إلى عشرين ألف (20.000) درهم كل من خالف أحكام المادة 24 من هذا القانون.

المادة 153:

يعد في حالة العود في مدلول أحكام هذا القسم ، كل شخص ارتكب مخالفة ذات تكييف مماثل داخل أجل خمس سنوات الذي يلي التاريخ الذي أصبح فيه الحكم بالإدانة مكتسبا لقوة الشيء المقضي به.

المادة 154:

يتابع طبقا للأحكام التشريعية المتعلقة بالتزوير واستعمال التزوير الجاري بها العمل كل من استخدم من أجل الحصول على الإذن بمزاولة مهنة الصيدلة شهادة مزورة أو مزيفة ، أو استعمل شهادة تخص شخصا آخر.

المادة 155:

يعاقب بغرامة من عشرة آلاف (10.000) إلى خمسين ألف (50.000) درهم كل من عرقل مزاولة مهام مفتشي الصيدلة.

المادة 156:

يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 100.000 درهم عن عدم اتباع قواعد حسن الإنجاز الخاصة بصنع الأدوية.
ويعاقب بغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم عن عدم التقيد بقواعد حسن الإنجاز المتعلقة بتوزيع الأدوية.
ويعاقب بغرامة من 3000 إلى 15.000 درهم عن عدم احترام قواعد حسن الإنجاز المتعلقة بالصيدلية ومخزون الأدوية بالمصحة.

المادة 157:

تجرى المتابعات القضائية التي يمكن أن يتعرض لها الصيادلة بموجب هذا القانون بصرف النظر عن المتابعات التأديبية التي قد تترتب على الأفعال المنسوبة إليهم.
يؤهل المجلس الوطني لهيئة الصيادلة طبقا لقانون المسطرة الجنائية لينصب نفسه طرفا مدنيا أمام المحاكم المحالة إليها المتابعة المتعلقة بأحد الصيادلة.

الباب الثالث عشر

شرطة المياه

المخالفات والعقوبات

الفرع الأول

معاينة المخالفات

المادة 104

يعهد بمعاينة المخالفات لمقتضيات هذا القانون ونصوصه التطبيقية، علاوة على ضباط الشرطة القضائية إلى الأعوان المعيّنين لهذا الغرض من طرف الإدارة ووكالة الحوض والمهلفين طبقاً للتشريع المتعلق بأداء القسم من طرف الأعوان المكلفين بتحرير المحاضر.

المادة 105

يسمح للأعوان والموظفين المشار إليهم في المادة 104 أعلاه، بالولوج إلى الآبار والآثاق أو أية منشأة أخرى لالتقاط الماء أو جلبه أو صبه، وذلك وفق الشروط المحددة في الفصولين 64 و65 من قانون المسطرة الجنائية.

ويمكنهم أن يطلبوا من مالك أو مستغل منشأة التقاط أو أخذ أو صب المياه تشغيل هذه المنشآت قصد التحقق من خصائصها.

المادة 106

تتم معاينة المخالفات لأحكام هذا القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه بكل وسيلة مناسبة ولاسيما بأخذ عينات. ويترتب عن أخذ العينات تحرير محاضر بذلك فوراً.

المادة 107

توضع الأختام على كل عينة مأخوذة ؛ ويجب على العون المحرر، إذا وقع الأخذ بحضور مالك أو مستغل منشأة الصرف أن يخبره بموضوع الأخذ وأن يسلمه عينة مختومة ويشار إلى كل ذلك في المحضر.

المادة 108

يجب أن يتضمن محضر المعاينة على الخصوص ظروف ارتكاب المخالفة وشروط المخالف وكذا العناصر التي تبين مادية المخالفات.

وتوجه المحاضر المحررة إلى المحاكم المختصة داخل أجل عشرة أيام. ويوثق بالمعاينات التي يتضمنها المحضر إلى أن يثبت العكس.

المادة 109

في حالة التلبس بالجريمة، ووفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، يكون للأعوان وللموظفين المعينين في المادة 104 أعلاه، الحق في توقيف الأشغال ومصادرة الأدوات والأشياء التي كان استعمالها أساس المخالفة، طبقاً للفصلين 89 و106 من القانون الجنائي المصادق عليه بالظهير الشريف رقم 1.59.413 المؤرخ في 28 جمادى الثاني 1382 (26 نوفمبر 1962) ويمكن لهؤلاء الأعوان والموظفين طلب القوة العمومية عند الضرورة.

الفرع الثاني

العقوبات

المادة 110

يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 600 درهم إلى 2500 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من هدم جزئياً أو كلياً، بأية وسيلة كانت، المنشآت أو الإنشاءات المشار إليها في الفقرة ج. د. ه. من المادة 2 من هذا القانون ماعدا إذا أثبتت الوسائل المستعملة تكييفاً جنائياً أخطر.

المادة 111

يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفصل 609 من القانون الجنائي السالف الذكر كل من يجعل بأية وسيلة كانت الأعوان المشار إليهم في المادة 104 أعلاه في استحالة القيام بمهامهم.

ويمكن أن تضاعف هاته العقوبات في حالة العود أو إذا تمت مقاومة الأعوان في شكل تجمع لعدة أشخاص أو بالعنف.

المادة 112

يعاقب بالحبس من شهر إلى 12 شهراً وبغرامة من 1200 إلى 2500 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من خالف أحكام المادة 12- أ الفقرات 1 و2 و3 والمادتين 57 و84.

ويعاقب بغرامة من 1200 إلى 2500 درهم كل من خالف أحكام المادة 12- أ الفقرة 4.

المادة 113

كل شخص قام بجلب مياه سطحية أو جوفية خرقة لأحكام هذا القانون المتعلقة بشروط استعمال الماء يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في الفصل 606 (الفقرة الثانية) من القانون الجنائي السالف الذكر.

ويعاقب المساهمون والشركاء بنفس عقوبة الفاعل الرئيسي.

المادة 114

لوكالة الحوض الحق في أن تغلق تلقائياً المآخذ المائية التي تصبح غير قانونية أو قد تكون منجزة بدون ترخيص.

وإذا لم يتم الامتثال لأوامر وكالة الحوض بعد إنذار يمكن تخفيض أجله في حالة الاستعجال إلى أربع وعشرين ساعة، للوكالة أن تتخذ تلقائياً وعلى نفقة المخالف الإجراءات الضرورية دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل.

وإذا وقع، داخل المساحات السقوية المعدة والمجهزة من طرف الدولة، ضبط جلب غير مرخص به مثل صبيب أعلى من الصبيب المرخص به وسقي غير مرخص أو خارج الأوقات المحددة، وسرقة الماء... ومن غير مساس بالعقوبات المطبقة عن مخالفة شرطة المياه المنصوص عليها في هذا القانون، فإنه يمكن إجبار المخالف على أداء إتاوة إضافية قدرها ضعف الإتاوة العادية المستحقة من الأمتار المكعبة المجلوبة بصفة غير قانونية. ويتم احتساب الأمتار بطريقة جزافية مع افتراض أن الصبيب المجلوب بصفة غير شرعية قد وقع بصفة مستمرة خلال العشرة أيام السابقة لضبط المخالفة.

وفي حالة العود فإن المخالف يتعرض لعقوبة من نفس الدرجة، إلا أن الثمن المطبق ينتقل من الضعف إلى ثلاث مرات من الثمن العادي.

وفي حالة العود من جديد فإن المخالف يمكن حرمانه من الماء إلى حين نهاية موسم السقي الجاري. وفي هذه الحالة يبقى خاضعاً لأداء الحد الأدنى للإتاوة المحدد في النصوص الجاري بها العمل.

المادة 115

يعاقب عن الإنجاز بدون ترخيص للأشغال المذكورة في الفقرة ب من المادة 12 وفي المادتين 31 و94، بغرامة تساوي عشر مبلغ الأشغال المقدر من طرف السلطة المكلفة بتسيير وإدارة الملك العام المائي.

ويمكن تعليق الأشغال التي شرع فيها بهذه الكيفية أو توقيفها نهائياً من طرف وكالة الحوض دون المساس بإجراءات حماية المياه التي يمكن أن تأمر بها.

المادة 116

يعاقب عن المخالفات لأحكام البابين السابع والثامن بالعقوبات المنصوص عليها في القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.83.108 بتاريخ 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984).

المادة 117

فضلا عن العقوبات المنصوص عليها أعلاه، يكون لوكالة الحوض الحق في العمل على إزالة الإيداعات والحطامات وهدم كل المنشآت التي تعرقل السير والملاحة والسيلان الحر للمياه، وذلك على نفقة المخالف وبعد إنذار ظل دون جدوى.

المادة 118

يعاقب عن المخالفات للمادة 52 بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من 1200 إلى 5000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء
القانون رقم 95-42 المتعلق بمراقبة مبيدات الآفات الزراعية وتنظيم الاتجار فيها
حدود وشروط وإجراءات طلب ومنح المقاصة من أجل حماية المجال الغابوي المراد
استغلاله أو إحيائه
ظهير شريف بتاريخ 23 ذي الحجة 1335 في حفظ الغابات واستغلالها
ظهير شريف رقم 1-59-043 في مراقبة الموانئ البحرية التجارية
ظهير شريف رقم 1-69-169 بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 بتنظيم إنتاج وتسويق

إن ملاك ومستغلي ومسيري المؤسسات التي تصدر عنها الإنصبابات والسيلانات والرمي والإيداعات المباشرة أو غير المباشرة للمواد التي تشكل المخالفة يمكن أن يصرح بمسؤوليتهم بالتضامن عن أداء الغرامات وصوائر الدعوى المستحقة على مرتكبي هذه المخالفات.

المادة 119

يعاقب بغرامة من 1.200 إلى 3.000 درهم كل من خالف أحكام المادة 54 الفترات 1 و2 و5 و6 و7.

ويعاقب بغرامة من 240 إلى 500 درهم كل من خالف أحكام المادة 54 الفقرتين 3 و4.

المادة 120

في حالة الحكم بعقوبة بناء على المادتين 118 و 119، تحدد المحكمة أجلا يجب أن تنجز خلاله الأشغال والتهيئات التي أصبحت ضرورية بحكم الأنظمة الجاري بها العمل. وإذا اقتضت الظروف ذلك، يمكن للمحكمة في الحالات التي لا يكون فيها ما يدعو للقيام بأشغال أو تهيئات أن تحدد أجلا للمحكوم عليه من أجل الامتثال للواجبات الناتجة عن الأنظمة المذكورة.

في حالة عدم القيام بالأشغال أو التهيئات أو الواجبات داخل الأجل المحدد، فإن المخالف يكون معرضا لغرامة من 1.200 إلى 5.000 درهم دون المساس عند الاقتضاء، بتطبيق أية أحكام تشريعية أو تنظيمية سارية المفعول

وفضلا عن ذلك، يمكن للمحكمة بعد الاستماع إلى ممثل الإدارة أو ممثل وكالة الحوض، أن تحكم إلى حين انتهاء الأشغال أو التهيئات أو تنفيذ الالتزامات المأمور بها، إما بغرامة تهديدية لا يمكن أن يتجاوز مبلغها عن كل يوم تأخير 1/4000 من الكلفة المقدرة للأشغال أو التهيئات التي يجب إنجازها وإما بمنع استعمال المنشآت التي هي مصدر التلوث.

المادة 121

يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى 12 شهرا وغرامة من 1.200 إلى 5.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط من شغل منشأة مخالفا بذلك منعا صادرا بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 120 أعلاه.

وعلاوة على ذلك، يمكن للمحكمة أن ترخص للإدارة بطلب منها أن تنجز تلقائيا وعلى نفقة المخالف الأشغال أو التهيئات الضرورية لجعل حد للمخالفة.

المادة 122

عندما يكون المخالف لأحد أحكام هذا القانون أو النصوص الصادرة لتطبيقه في حالة العود ترفع العقوبة إلى ضعف العقوبة المحكوم عليه بها في أول الأمر.

البذور والأغراس

ظهير شريف رقم 1-96-255 صادر في 12 من رمضان 1417 (21 يناير 1997)
بتنفيذ القانون رقم 94-9 المتعلق بحماية المستنبطات النباتية

ظهير شريف رقم 1-04-278 صادر في 25 من ذي القعدة 1425 (7 يناير 2005)
بتنفيذ القانون رقم 02-12 المتعلق بالمسؤولية المدنية في مجال الأضرار النووية
القانون رقم 35-94 المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول و القانون

رقم 01-24 المتعلق بعمليات الاستحفاظ

النظام الأساسي لدور الحضانة الخاصة

قانون في ضبط الأمور المتعلقة باستعمال النار وذلك بقصد اجتناب الحريق
قانون رقم 71-005 بتاريخ 21 شعبان 1391 يتعلق بالوقاية من الإشعاعات الأيونية

قانون مراقبة الموانئ البحرية التجارية

قانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير
المشروعة -121-

121_

دخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة

ظهير شريف رقم 1.03.196 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 02.03
المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة

الباب الثامن: أحكام زجرية

المادة 42

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 2000 و 20.000 درهم وبالحبس من شهر إلى ستة أشهر أو بإحدى هاتين
العقوبتين فقط، كل أجنبي دخل أو حاول دخول التراب المغربي خرقاً لأحكام المادة الثالثة من هذا القانون، أو ظل
بالتراب المغربي بعد انقضاء المدة المرخص له بها بموجب تأشيرته، إلا في حالة قوة قاهرة أو أعمار مقبولة. وفي
حالة العود تضاعف العقوبة.

غير أنه يمكن للسلطة الإدارية طرد الأجنبي إلى البلد الذي ينتمي إليه أو إلى أي بلد آخر حسب رغبته، إذا اقتضت
دواعي الأمن والنظام العام ذلك.

المادة 43

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها ب 5000 و30.000 درهم وبالحبس من شهر إلى سنة واحدة أو بإحدى هاتين العقوبتين
فقط، كل أجنبي يقيم بالمغرب دون التوفر على بطاقة التسجيل أو بطاقة الإقامة المنصوص عليهما في هذا القانون.
وفي حالة العود تضاعف العقوبة.

المادة 44

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها ب 3000 و10.000 درهم وبالحبس من شهر إلى ستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين
فقط، كل أجنبي انتهت مدة صلاحية بطاقة تسجيله أو بطاقة إقامته ولم يقدم داخل الأجل المحددة قانوناً، طلباً
بتجديدها، إلا في حالة قوة قاهرة أو أعمار مقبولة. وفي حالة العود تضاعف العقوبة.

المادة 45

يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، كل أجنبي تهرب أو حاول التهرب من تنفيذ قرار الطرد أو إجراء الاقتياد إلى الحدود، أو الذي دخل مجدداً إلى التراب المغربي دون ترخيص، رغم طرده أو منعه من دخوله. وفي حالة العود تضاعف العقوبة.

وعلاوة على ذلك، يمكن للمحكمة أن تقضي بمنع المحكوم عليه من دخول التراب المغربي لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات.

يترتب عن المنع من دخول التراب المغربي بقوة القانون، اقتياد المحكوم عليه إلى الحدود بعد انصرام مدة حبسه.

المادة 46

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 3000 و10.000 درهم وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، الأجنبي الذي لم يلتحق داخل الأجل المنصوص عليها بالإقامة المحددة بموجب أحكام المادة 31 أعلاه، أو الذي غادر فيما بعد مكان هذه الإقامة دون ترخيص.

المادة 47

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 1000 و3000 درهم الأجنبي الذي لم يصرح بتغيير مكان إقامته كما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 10 والفقرة الأولى من المادة 18 أعلاه.

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 3000 و10.000 درهم وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، الأجنبي الذي جعل مقر سكناه أو أقام في منطقة خلافاً لأحكام المادة 41.

المادة 48

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 5000 و10.000 درهم عن كل مسافر، الناقل أو مقولة النقل اللذان ينقلان إلى التراب المغربي أجنبياً قادمًا من بلد آخر دون التوفر على وثيقة للسفر، أو عند الاقتضاء، على لتأشيرة المطلوبة بموجب القانون أو بموجب الاتفاق الدولي المطبق عليه بحكم جنسيته.

وتعاقب كل جريمة في هذا الشأن بواسطة محضر يعده ضابط للشرطة القضائية. وتسلم نسخة من هذا المحضر إلى الناقل أو إلى مقولة النقل المعنية بالأمر.

وللناقل أو لمقولة النقل حق الإطلاع على الملف، ويتم تمكينه (ها) من تقديم ملاحظاته (ها) الكتابية داخل أجل شهر.

لا يعاقب بالغرامة المنصوص عليها في هذه المادة في الحالات التالية:

إذا تم قبول الأجنبي طالب اللجوء على التراب المغربي، أو إذا لم يتضح بصفة جلية أن طلب اللجوء لا أساس له؛

إذا أثبت الناقل أو مقولة النقل أن الوثائق المطلوبة قد قدمت له أو لها عند الركوب أو أن الوثائق المقدمة لا تتضمن أية عناصر غير صحيحة بصفة جلية؛

إذا لم يتمكن الناقل أو مقولة النقل من القيام عند الركوب بفحص وثيقة السفر، وعند الاقتضاء، فحص تأشيرة المسافرين المستفيدين من خدماته أو من خدماتها، شريطة إثبات الخضوع للمراقبة عند دخول التراب المغربي.

المادة 49

يوجد كل محكوم عليه في حالة العود إذا ارتكب أحد الأفعال المشار إليها في المواد من 42 إلى 48 أعلاه خلال مدة الخمس سنوات التالية لتاريخ صدور حكم ضده مكتسب لقوة الشيء المقضي به من أجل أفعال مماثلة.

القسم الثاني: أحكام زجرية تتعلق بالهجرة غير المشروعة

المادة 50

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 3000 و 10.000 درهم وبالحبس من شهر إلى ستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، دون الإخلال بأحكام القانون الجنائي المطبقة في هذه الحالات، كل شخص غادر التراب المغربي، بصفة سرية، وذلك باستعماله أثناء اجتياز أحد مراكز الحدود البرية أو البحرية أو الجوية، وسيلة احتيالية للتملص من تقديم الوثائق الرسمية اللازمة، أو من القيام بالإجراءات التي توجبها القوانين والأنظمة المعمول بها، أو باستعماله وثائق مزورة، أو بانتحاله اسما، وكذا كل شخص تسلل إلى التراب المغربي أو غادره من منافذ أو عبر أماكن غير مراكز الحدود المعدة خصيصا لذلك.

المادة 51

يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة يتراوح قدرها بين 50.000 درهم و 500.000 درهم كل شخص قدم مساعدة أو عونا لارتكاب الأفعال المذكورة أعلاه إذا كان يضطلع بمهمة قيادة قوة عمومية أو كان ينتمي إليها أو إذا كان مكلفا بمهمة للمراقبة أو إذا كان هذا الشخص من المسؤولين أو الأعوان أو المستخدمين العاملين في النقل البري أو البحري أو الجوي أو في أية وسيلة أخرى من وسائل النقل أيا كان الغرض من استعمال هذه الوسائل.

المادة 52

يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالعقوبة من 50.000 إلى 500.000 درهم كل من نظم أو سهل دخول أشخاص مغاربة كانوا أو أجانب بصفة سرية إلى التراب المغربي أو خروجهم منه بإحدى الوسائل المشار إليها في المادتين السابقتين وخاصة بنقلهم مجانا أو بعوض.

يعاقب الفاعل بالسجن من عشر إلى خمسة عشر سنة وبغرامة يتراوح قدرها بين 500.000 درهم و 1.000.000 درهم إذا ارتكبت الأفعال المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة بصفة اعتيادية.

يعاقب بنفس العقوبات أعضاء كل عصابة أو كل اتفاق وجد بهدف إعداد أو ارتكاب الأفعال المذكورة.

تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 294 من القانون الجنائي على المسيرين من أعضاء العصابة أو الاتفاق وعلى الأشخاص الذين مارسوا أو يمارسون فيها مهمة قيادية كيفما كانت.

إذا نتج عجز دائم عن نقل الأشخاص المنظم دخولهم إلى التراب المغربي أو خروجهم منه بصفة سرية، ترفع العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه إلى السجن من خمس عشرة سنة إلى عشرين سنة.

ويعاقب بالسجن المؤبد إذا أدت الأفعال المنصوص عليها في هذه المادة إلى الموت.

المادة 53

في حالة الإدانة بسبب إحدى الجرائم المشار إليها في هذا القسم، تأمر المحكمة بمصادرة وسائل النقل المستعملة في ارتكاب الجريمة سواء كانت هذه الوسائل تستعمل للنقل الخاص أو العام أو للكراء شريطة أن تكون في ملكية مرتكبي الجريمة أو في ملكية شركائهم أو في ملكية أعضاء العصابة الإجرامية، بمن فيهم أولئك الذين لم يشتركوا في ارتكاب الجريمة، أو في ملكية أحد الأغيار الذي يعلم أنها استعملت أو ستستعمل لارتكابها.

المادة 54

يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 10.000 و 1.000.000 درهم الشخص المعنوي الذي ثبت ارتكابه لإحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم.

وعلاوة على ذلك، يعاقب الشخص المعنوي بالمصادرة المنصوص عليها في المادة 53 أعلاه.

المادة 55

يمكن أن تأمر المحكمة بنشر مقتطفات من قرار الإدانة بثلاث جرائد تحدها بكيفية صريحة. كما يمكنها أن تأمر بتعليق هذا القرار على نفقة الشخص المدان خارج مكاتبه أو في الأماكن التي يشغلها.

المادة 56

الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول -122-
القانون رقم 46.02 المتعلق بنظام التبغ الخام و التبغ المصنع
القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها
البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية -123-

تختص محاكم المملكة بالبت في أية جريمة منصوص عليها في هذا القسم حتى ولو ارتكبت الجريمة أو بعض العناصر المكونة لها في الخارج. يمتد اختصاص محاكم المملكة إلى جميع أفعال المشاركة أو الإخفاء حتى ولو تم ارتكابها خارج التراب المغربي من لدن أجنب.

122_

المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول – تنظيم الاتجار
صيغة محينة بتاريخ 28 أكتوبر 1970

قرار للمدير العام للديوان الملكي رقم 3.177.66

بتاريخ 17 يوليوز 1967 بتنظيم الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول كما تم تعديله:

قرار المدير العام للديوان الملكي رقم 3.289.70 بتاريخ (25 يوليوز 1970) يتم بموجبه قرار المدير العام للديوان الملكي رقم 3.177.66 الصادر في 17 يوليوز 1967 بتنظيم الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول، الجريدة الرسمية عدد 3026 بتاريخ 26 شعبان 1390 (28 أكتوبر 1970)، ص 2664 .

قرار للمدير العام للديوان الملكي رقم 3.177.66 بتاريخ 17 يوليوز 1967 بتنظيم الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول

الباب الأول: الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول

الفصل 1

يجب على كل من يريد الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول حسب الفارورة أن يحصل سلفا على إذن تسلمه السلطة الإدارية المحلية بعد استشارة المصالح المحلية للشرطة أو الدرك، ويمكن أن يسحب هذا الإذن في كل وقت وأن من طرف السلطة التي سلمته إما على إثر إدانة أو بموجب تدبير تقتضيه المحافظة على النظام أو الأمن العمومي.

ويعاقب عن المخالفات لمقتضيات هذا الفصل بالحبس لمدة تتراوح بين شهر واحد وستة أشهر وبغرامة يتراوح قدرها بين 500 و 2.500 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

- 123 -

ظهر شريف رقم 149-07-1 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 بتنفيذ القانون رقم 06-35 المحدثه بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية (ج. ر. بتاريخ 22 ذو القعدة 1428 - 3 ديسمبر 2007.
المادة 8:

يجب تجديد البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية في الحالات التالية:

-تغيير الاسم الشخصي أو الاسم العائلي أو تاريخ الولادة ؛

-تصحيح مكان الولادة أو رقم عقد الحالة المدنية أو النسب ؛

القانون رقم 81-03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين
ظهير شريف مؤرخ في 10 شوال 1340، موافق ل 04 مايو 1925 المتعلق بتنظيم
شؤون محرري الوثائق الفرنسيين
حماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي

Copyright © 2007 Ministère de la Justice –

الإثبات في التشريع المدني:

قانون الالتزامات والعقود المغربي

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

القسم السابع: إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها

الباب الأول: أحكام عامة

الفصل 399

إثبات الالتزام على مدعيه.

الفصل 400

إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه.

-تغيير السكنى؛

-ضياع البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية أو سرقتها أو تعرضها للتلف؛

-انتهاء صلاحية البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية

المادة 9:

يعاقب بغرامة 300 درهم كل شخص يبلغ من العمر 18 سنة ميلادية كاملة أغفل تقديم طلب الحصول على البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية.

يعاقب بغرامة 200 درهم كل شخص لم يطلب تجديد بطاقته الوطنية للتعريف الإلكترونية طبقا لمقتضيات المادة 8 أعلاه.

يعاقب بغرامة 100 درهم كل شخص يتوفر على البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية ولم يتمكن من تقديمها إلى ضباط وأعوان الشرطة القضائية بناء على طلب منهم.

قرار عدد: 2913 صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) بتاريخ: 2009/08/26
ملف مدني عدد: /1/1/20073454

ملف 1964/16577 قرار 165 بتاريخ 1968/03/20

لكن حيث إن قضاة الدرجة الأولى وعلى إثرهم قضاة الاستئناف لما ساقوا من بين العلل التي بنوا عليها حكمهم كون الجماعة المتعرضة على مطلب التحفيظ التي لها وصف المدعية لم تأت بما ينفعها لتأييد تعرضها فقد عللوا حكمهم تعليلا كافيا فصار كل ما عدا هذه العلة زائدا لا تتوقف صحة الحكم عليه.

الفصل 401

لا يلزم، لإثبات الالتزامات، أي شكل خاص، إلا في الأحوال التي يقرر القانون فيها شكلا معيناً. إذا قرر القانون شكلا معيناً، لم يسغ إجراء إثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه، إلا في الأحوال التي يستثنىها القانون.

إذا قرر القانون أن يكون العقد مكتوباً اعتبر نفس الشكل مطلوباً في كل التعديلات التي يراد إدخالها على هذا العقد.

الفصل 402

إذا لم يكن العقد خاضعاً لشكل خاص، واتفق عاقداه صراحة على أنهما لا يعتبرانه تاماً إلا إذا وقع في شكل معين، فإن الالتزام لا يكون موجوداً إلا إذا حصل في الشكل الذي اتفق عليه العاقدان.

الفصل 403

لا يجوز إثبات الالتزام:

1 - إذا كان يرمي إلى إثبات وجود التزام غير مشروع، أو التزام لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه؛

2 - إذا كان يرمي إلى إثبات وقائع غير منتجة.

الفصل 404

وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي:

1 - إقرار الخصم؛

2 - الحجة الكتابية؛

3 - شهادة الشهود؛

4 - القرينة؛

5 - اليمين والنكول عنها.

الفرع الأول: إقرار الخصم

الفصل 405

الإقرار قضائي أو غير قضائي. فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا.

والإقرار الحاصل أمام قاض غير مختص، أو الصادر في دعوى أخرى، يكون له نفس أثر الإقرار القضائي.

الفصل 406

يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم، عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الإجابة عن الدعوى الموجهة إليه فيلوذ بالصمت، ولا يطلب أجلا للإجابة عنها.

الفصل 407

الإقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي. ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه.

مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر إقرارا بأصل الحق. ولكن من يقبل الإسقاط أو الإبراء من أصل الحق يحمل على أنه مقر بوجوده.

الفصل 408

يلزم أن يكون الإقرار لصالح شخص متمتع بأهلية التملك، سواء كان فردا أم طائفة معينة، أم شخصا معنويا. ويلزم أن يكون محل الإقرار معيناً أو قابلاً للتعيين.

الفصل 409

يلزم في الإقرار أن يصدر عن اختيار وإدراك¹²⁴. والأسباب التي تعد عيباً في الرضى تعد عيباً في الإقرار.

الفصل 410

الإقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال التي يصرح بها القانون.

الفصل 411

إقرار الوارث ليس حجة على باقي الورثة. وهو لا يلزم صاحبه إلا بالنسبة إلى نصيبه وفي حدود حصته من التركة.

الفصل 412

الوكالة المعطاة من الخصم لنائبه في أن يقر بالالتزام حجة قاطعة عليه، ولو قبل أن يصدر الإقرار من الوكيل.

الفصل 413

لا يجوز إثبات الإقرار غير القضائي بشهادة الشهود إذا تعلق بالتزام يوجب القانون إثباته بالكتابة.

الفصل 414

لا يجوز تجزئة الإقرار ضد صاحبه إذا كان هذا الإقرار هو الحجة الوحيدة عليه. ويمكن تجزئته:

1 - إذا كانت إحدى الوقائع ثابتة بحجة أخرى غير الإقرار؛

2 - إذا انصب الإقرار على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض؛

3 - إذا ثبت كذب جزء من الإقرار.

لا يسوغ الرجوع في الإقرار ما لم يثبت أن الحامل عليه هو غلط مادي.

الغلط في القانون لا يكفي للسماح بالرجوع في الإقرار ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس الطرف الآخر.

ولا يسوغ الرجوع في الإقرار ولو كان الخصم الآخر لم يعلم به.

الفصل 415

لا يعتد بالإقرار:

1 - إذا انصب على واقعة مستحيلة استحالة طبيعية، أو واقعة ثبت عكسها بأدلة لا سبيل لدحضها؛

2 - إذا ناقضه صراحة من صدر لصالحه؛

3 - إذا استهدف إثبات التزام أو واقعة مما فيه مخالفة للقانون أو للأخلاق الحميدة أو مما لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه، أو استهدف التخلص من حكم القانون؛

4 - إذا قضى حكم حائز لقوة الأمر المقضي بعكس ما تضمنه الإقرار.

الفرع الثاني: الإثبات بالكتابة

الفصل 416

يمكن أن ينتج إقرار الخصم من الأدلة الكتابية.

الفصل 125 417

الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية.

ويمكن أن ينتج كذلك عن المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة، كيفما كانت دعوتها وطريقة إرسالها.

إذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبت في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفية كانت الدعامة المستعملة.

الفصل 1- 417 126

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.

الفصل 3- 417

يفترض الوثوق في الوسيلة المستعملة في التوقيع الإلكتروني، عندما تتيح استخدام توقيع إلكتروني مؤمن إلى أن يثبت ما يخالف ذلك.

يعتبر التوقيع الإلكتروني مؤمنًا 127 إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتامة الوثيقة القانونية مضمونة، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

تتمتع كل وثيقة مذيبة بتوقيع إلكتروني مؤمن والمختومة زمنيًا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت.

1 - الورقة الرسمية

الفصل 418

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؛

126 - تَمَمَّتْ الفصول 1-417 و2-417 و3-417 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.

127 - انظر الشروط التي يجب أن يستوفيهما التوقيع الإلكتروني المؤمن في المادة 6 من القانون رقم 05.53.

2 - الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتتها.

الفصل 419

الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.

إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور.

ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة.

الفصل 420

الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضا حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفتها. وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر.

الفصل 421 في حالة تقديم دعوى الزور الأصلية -128-، يوقف تنفيذ الورقة المطعون فيها بالزور بصور قرار الاتهام-129-. أما إذا كان قرار الاتهام لم يصدر، أو وقع الطعن بالزور بدعوى فرعية فالمحكمة وفقا لظروف الحال أن توقف مؤقتا تنفيذ الورقة.

128 - قارن مع المادة 89 وما يليها من قانون المسطرة المدنية بخصوص تحقيق الخطوط والزور الفرعي.

قانون المسطرة المدنية صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

الفرع السادس: تحقيق الخطوط والزور الفرعي

الفصل 89

إذا أنكر خصم ما نسب إليه من كتابة أو توقيع أو صرح بأنه لا يعترف بما ينسب إلى الغير أمكن للقاضي صرف النظر عن ذلك إن رأى أنه غير ذي فائدة في الفصل في النزاع.

إذا كان الأمر بخلاف ذلك فإنه يؤشر بتوقيعه على المستند ويأمر بتحقيق الخطوط بالسندات أو بشهادة الشهود أو بواسطة خبير عند الاقتضاء.

تطبق القواعد المقررة بالنسبة إلى الأبحاث والخبرة في تحقيق الخطوط.

الفصل 90

إن المستندات التي يمكن قبولها للمقارنة هي بصفة خاصة:

- التوقيعات على سندات رسمية؛

- الكتابة أو التوقيعات التي سبق الإقرار بها؛

- القسم الذي لم ينكر من المستند موضوع التحقيق.

يؤشر القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية حسب الأحوال على مستندات المقارنة 128.

الفصل 91

إذا ثبت من تحقيق الخطوط أن المستند محرر أو موقع ممن أنكره أمكن الحكم عليه بغرامة مدنية من مائة إلى ثلاثمائة درهم دون مساس بالتعويضات والمصاريف.

الفصل 92

إذا طعن أحد الأطراف أثناء سريان الدعوى في أحد المستندات المقدمة بالزور الفرعي صرف القاضي النظر عن ذلك إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على هذا المستند.

إذا كان الأمر بخلاف ذلك أنذر القاضي الطرف الذي قدمها ليصرح بما إذا كان يريد استعمالها أم لا.

إذا صرح الطرف بعد إنذاره أنه يتخلى عن استعمال المستند المطعون فيه بالزور الفرعي أولم يصرح بشيء بعد ثمانية أيام نحي المستند من الدعوى.

الفصل 93

إذا صرح الطرف الذي وقع إنذاره أنه ينوي استعمال المستند أوقف القاضي الفصل في الطلب الأصلي وأمر بإيداع أصل المستند داخل ثمانية أيام بكتابة الضبط، وإلا اعتبر الطرف الذي أثار زور المستند قد تخلى عن استعماله.

الفصل 94

إذا وضع المستند أجرى القاضي التحقيق في الطلب العارض المتعلق بالزور الفرعي.

الفصل 95

إذا لم يضع الطرف أصل المستند المدعى فيه الزور استدعاه القاضي لوضعه بكتابة الضبط داخل ثمانية أيام إذا كان ينوي استعماله.

إذا لم يتم بذلك في الأجل المحدد أجريت المسطرة كما لو أن الخصم صرح بأنه لا ينوي استعماله.

الفصل 96

إذا كان أصل المستند المطعون فيه بالزور محفوظاً في مستودع عمومي أصدر القاضي أمراً لأمين المستودع بتسليم هذا الأصل إلى كتابة ضبط المحكمة.

الفصل 97

يقوم القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية خلال ثمانية أيام من وضع المستند المطعون فيه بالزور أو أصله عند الاقتضاء بكتابة الضبط بالتأشير على المستند أو الأصل وتحرير محضر يبين فيه حالة المستند أو الأصل بحضور الأطراف أو بعد استدعائهم بصفة قانونية لذلك.

يمكن للقاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية حسب الحالات أن يأمر بتحرير محضر بحالة نسخة المستند دون انتظار وضع الأصل الذي يحرر بحالته محضر مستقل.

يتضمن المحضر بيان ووصف الشطب أو الإقحام أو الكتابة بين السطور وما شابه ذلك ويحرر المحضر بمحضر النيابة العامة ويؤشر عليه حسب الحالات من طرف القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية وممثل النيابة العامة والأطراف الحاضرون أو وكلاؤهم ويشار في المحضر إلى امتناع الأطراف أو أحدهم من التوقيع أو إلى أنهم مجهولون.

الفصل 98

يقع الشروع فور تحرير المحضر في إثبات الزور بنفس الطريقة المشار إليها في الفصولين 89 و90.

يبت القاضي بعد ذلك في وجود الزور.

يحكم على مدعي الزور المرفوض طلبه بغرامة تتراوح بين خمسمائة وألف وخمسمائة درهم دون مساس بالتعويضات والمتابعات الجنائية.

إذا ثبت وجود الزور وظهرت عناصر تسمح بمعرفة مرتكبه أحيلت المستندات على النيابة العامة طبقاً لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية.

الفصل 99

يوقف تنفيذ الحكم الفاصل في الزور الفرعي بحذف أو تمزيق المستند كلاً أو بعضاً أو تصحيحه أو إعادته إلى أصله داخل أجل الاستئناف أو إعادة النظر أو النقض وكذا أثناء سريان هذه المساطر عدا إذا وقع التصريح بقبول الحكم أو بالتنازل عن استعمال طرق الطعن.

الفصل 100

يوقف أيضاً تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع المستندات المقدمة إلى أصحابها كما هو الشأن في الحالة المعينة في الفصل السابق ما لم يؤمر بغير ذلك بناء على طلب الخواص أو الأمناء العموميين الذين يعينهم الأمر.

الفصل 101

لا يجوز تسليم نسخ من المستند المطعون فيه بالزور مادامت موضوعة بكتابة الضبط إلا بناء على حكم.

الفصل 102

إذا رفعت إلى المحكمة الجزئية دعوى أصلية بالزور مستقلة عن دعوى الزور الفرعي فإن المحكمة توقف البت في المدني إلى أن يصدر حكم القاضي الجنائي.

الفصل 422

الورقة الرسمية التي تتضمن الشهادة المسماة: "شهادة الاستغفال" 130 تكون باطلة بقوة القانون، ولا تكون حتى بداية حجة.

وتعتبر أيضا باطلة وكان لم تكن الورقة الرسمية التي تتضمن تحفظا 131 أو استرعاء.

الفصل 423

الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة.

2 - الورقة العرفية

الفصل 424

الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 و420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد.

الفصل 132 425

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؛

انظر المادتين 217 و218 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1424 (30 يناير 2003)، ص 315.

130 - شهادة الاستغفال: هي الشهادة التي يقيمها المشهود له في غفلة عن المشهود عليه، وهي أن يدخل الرجل شهودا خلف ستر ثم يستمر الذي يستغل في الحديث، فيقر بشيء، فأجاز ذلك قوم وكرهه آخرون، والمشهور أن ذلك لا يضر، وقيده بعض الفقه بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا فاسق؛ تبصرة ابن فرحون، الجزء الثاني، ص 8.

131 - الشهادة التحفظية: هي الشهادة التي يقيمها المشهود له ليحتفظ بحقه في ما يمكن أن يعقده من العقود والتبرعات تحت الإكراه أو الخوف أو غير ذلك؛ البهجة على شرح التحفة وكذا العمل الفاسي.

132 - تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

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 وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.

ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه.

الفصل 426 133

يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتمزم بها بشرط أن تكون موقعة منه.

ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتمزم نفسه وأن يرد في أسفل الوثيقة ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه.

وإذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال.

الفصل 427

المحركات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك.

الفصل 428

تكون البرقية دليلا كالورقة العرفية، إذا كان أصلها يحمل توقيع مرسلها أو إذا ثبت أن هذا الأصل قد سلم منه إلى مكتب البرقيات ولو لم يكن توقيعه عليه.

وتاريخ البرقيات دليل بالنسبة إلى يوم وساعة تسليمها أو إرسالها إلى مكتب البرقيات ما لم يثبت العكس.

الفصل 429

للبرقية تاريخ ثابت، إذا سلم مكتب التلغراف الصادرة عنه للمرسل نسخة منها مؤشرا عليها بما يفيد مطابقتها للأصل، وموضحا فيها يوم وساعة إيداعها.

الفصل 430

إذا وقع خطأ أو تحريف أو تأخير في نسخ البرقية، طبقت القواعد العامة المتعلقة بالخطأ. ويفترض عدم وقوع الخطأ من مرسل البرقية، إذا كان قد طلب مقابلتها مع الأصل، أو أرسلها مضمونة، وفقا للضوابط التلغرافية.

الفصل 431

يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه، أن ينكر صراحة خطه أو توقيعه. فإن لم يفعل، اعتبرت الورقة معترفاً بها.

ويسوغ للورثة وللخلفاء أن يقتصروا على التصريح بأنهم لا يعرفون خط أو توقيع من تلقوا الحق منه.

الفصل 432

اعتراف الخصم بخطه أو بتوقيعه لا يفقده حق الطعن في الورقة بما عساه أن يكون له من وسائل الطعن الأخرى المتعلقة بالموضوع أو الشكل.

3 - محررات أخرى تكون الدليل الكتابي 134

الفصل 433

إذا تضمنت دفاتر التاجر تقييدا صادرا من الخصم الآخر أو اعترافا مكتوبا منه أو إذا طبقت نظيرا موجودا في يد هذا الخصم، فإنها تكون دليلا تاما لصاحبها وعليه.

الفصل 434

ما يقيد في الدفاتر التجارية الكاتب المكلف بها أو المكلف بالحسابات يكون له نفس قوة الإثبات كما لو قيد نفس التاجر الذي كلفه.

الفصل 435

لا يسوغ للقاضي أن يأمر بإطلاع الخصم على دفاتر التاجر وإحصاءاتهم ولا على الدفاتر المتعلقة بالشؤون الخاصة إلا في المسائل الناتجة عن تركة أو شياح أو الشركة وفي غير ذلك من الحالات التي تكون فيها الدفاتر مشتركة بين الخصمين وكذلك في حالة الإفلاس 135 وهذا الإطلاع يجوز للقاضي أن يأمر به إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصمين، أثناء النزاع وحتى قبل وقوع أي نزاع، بشرط أن تكون هناك ضرورة تقتضي هذا الإطلاع، وفي الحدود التي تقتضيه فيها.

الفصل 436

يكون الإطلاع بالكيفية التي يتفق عليها الطرفان. فإن لم يتفقا، حصل عن طريق الإيداع في كتابة ضبط المحكمة التي تنظر في النزاع.

الفصل 437

دفاتر الوسطاء المتعلقة بالصفقات التي تمت على أيديهم، ودفاتر الغير ممن ليست لهم مصلحة في النزاع، يكون لها قيمة الشهادة غير المشكوك فيها إذا كان مسكها على وجه منظم.

الفصل 438

الدفاتر والأوراق المتعلقة بالشؤون الخاصة، كالرسائل والمذكرات والأوراق المتفرقة، المكتوبة بخط من يتمسك بها أو الموقع عليها منه، لا تقوم دليلا لصالحه.

134 - قارن مع المادة 18 وما بعدها من مدونة التجارة بخصوص القواعد المحاسبية والمحافظة على المراسلات.

135 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقاول التي عوضت نظام الإفلاس.

وتقوم دليلا عليه:

- 1 - في جميع الحالات التي يذكر فيها صراحة استيفاء الدائن لدينه أو تحلل المدين منه بأي وجه كان؛
- 2 - إذا نصت صراحة على أن القصد من التقييد فيها هو إقامة حجة لفائدة من ذكر بها عوضا عن الحجة التي تنقصه.

الفصل 439

التأشير من الدائن على سند الدين بما يفيد براءة الذمة، ولو لم يكن موقعا منه أو لم يكن مؤرخا، دليل عليه، ما لم يثبت العكس.

4- نسخ الوثائق

الفصل 440 136

النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها، إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النسخ. ويسري نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الأصول بالتصوير الفوتوغرافي.

تقبل للإثبات نسخ الوثيقة القانونية المعدة بشكل إلكتروني متى كانت الوثيقة مستوفية للشروط المشار إليها في الفصلين 1-417 و 2-417 وكانت وسيلة حفظ الوثيقة تتيح لكل طرف الحصول على نسخة منها أو الولوج إليها.

الفصل 441

النسخ المأخوذة، وفقا للقواعد المعمول بها، عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة في خزائن المستندات (الأرشيف) بواسطة أمين هذه الخزائن تكون لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها. ويسري نفس الحكم على نسخ الوثائق المضمنة في سجلات القضاة، إذا شهد هؤلاء القضاة بمطابقتها لأصولها.

الفصل 442

لا يسوغ للخصوم، في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين السابقين أن يطلبوا تقديم أصل الوثيقة المودع في الأرشيف إلى المحكمة. ولكن لهم دائما الحق في أن يطلبوا مقابلة النسخة بأصلها وإن لم يوجد الأصل فبالنسخة المودعة في الأرشيف، ويجوز لهم أيضا أن يطلبوا على نفقتهم تصويرا فوتوغرافيا لما هو مودع في الأرشيف من أصل أو نسخة.

إذا لم يوجد في الأرشيف العام لا أصل الوثيقة ولا نسخته، فإن النسخ الرسمية المأخوذة طبقا لأحكام الفصلين 440 و 441 تقوم دليلا، بشرط ألا يظهر فيها شطب ولا تغيير ولا أي شيء آخر من شأنه أن يثير الريبة.

الفرع الثالث: الإثبات بشهادة الشهود

الفصل 443 137

الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية.

الفصل 444

(ظهر 6 يوليوز 1954) لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين، شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج، ولو كان المبلغ والقيمة 138 يقل عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443.

وتستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يراد فيها إثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة، أو تحدد مداها، أو تقيم الدليل على تنفيذها.

الفصل 445

(ظهر 6 يوليوز 1954) لا تقبل شهادة الشهود ممن أقام دعوى تتجاوز قيمتها القدر المنصوص عليه في الفصل 443، ولو أنقص قيمة دعواه الأصلية فيما بعد، ما لم يثبت أن الزيادة التي حصلت في قيمة دعواه قد نشأت عن غلط.

الفصل 446

(ظهر 6 يوليوز 1954) لا تقبل شهادة الشهود لإثبات دعوى المطالبة بمبلغ يقل مقداره عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443، إذا حصل التصريح بأن هذا المبلغ جزء من دين أكبر لم يقع إثباته بالكتابة.

الفصل 447

لا تطبق الأحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة.

وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال إذا كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر إليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه.

وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه، موظف رسمي مختص، في الشكل الذي يجعلها حجة في الإثبات، وكذلك أقوال الخصوم الواردة في محرر أو في حكم قضائي صحيحين شكلا.

الفصل 448

استثناء من الأحكام السابقة يقبل الإثبات بشهادة الشهود:

137 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 440.

138 - وردت في النص الفرنسي عبارة "somme ou valeur" "المبلغ أو القيمة"

1 - في كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذي يتضمن الدليل الكتابي لالتزام له أو للتحلل من التزام عليه، نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة أو سرقة. وتخضع الأوراق النقدية والسندات لحاملها لأحكام خاصة؛

2 - إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن أشباه العقود وعن الجرائم أو أشباه الجرائم والحالة التي يراد فيها إثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للإكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الأمر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها.

تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكول لحكمة القاضي.

الفرع الرابع: القرائن

الفصل 449

القرائن دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة.

1- القرائن المقررة بمقتضى القانون

الفصل 450

القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي:

1 - التصرفات التي يقضي القانون ببطالها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه؛

2 - الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة، كالتقدم؛

3 - الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي.

الفصل 451

قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له. ويلزم:

1 - أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه؛

2 - أن تؤسس الدعوى على نفس السبب؛

3 - أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة.

ويعتبر في حكم الخصوم الذين كانوا أطرافاً في الدعوى ورثتهم وخلفائهم حين يباشرون حقوق من انتقلت إليهم منهم باستثناء حالة التدليس والتواطؤ.

الفصل 452

لا يعتبر الدفع بقوة الأمر المقضي إلا إذا تمسك به من له مصلحة في إثارتة. ولا يسوغ للقاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه.

الفصل 453

القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته من كل إثبات.

ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية.

2- القرائن التي لم يقررها القانون

الفصل 454

القرائن التي لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضي. وليس للقاضي أن يقبل إلا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها. وإثبات العكس سائغ، ويمكن حصوله بكافة الطرق.

الفصل 455

لا تقبل القرائن، ولو كانت قوية وخالية من اللبس ومتوافقة، إلا إذا تأيدت باليمين ممن يتمسك بها متى رأى القاضي وجوب أدائها.

الفصل 456

يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولاً أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه.

ولا يفترض حسن النية فيمن كان يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشيء أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه.

الفصل 456 مكرر

(ظهير 3 يونيو 1953) من ضاع له أو سرق منه شيء كان له الحق في استرداده، خلال ثلاث سنوات من يوم الضياع أو السرقة، ممن يكون هذا الشيء موجوداً بين يديه. ولهذا الأخير أن يرجع على من تلقى الشيء منه.

الفصل 457

عندما يكون كل من الطرفين حسن النية يرجح جانب الحائز، إذا كان حسن النية وقت اكتسابه الحيابة ولو كان سنده لاحقاً في التاريخ.

الفصل 458

إذا لم تكن الحيابة ثابتة لأحد، وتساوت السندات رجح جانب من كان سنده سابقاً في التاريخ.

إذا لم يكن سند أحد الخصمين ثابت التاريخ رجح جانب من كان لسنده تاريخ ثابت.

الفصل 459

إذا أعطيت عن الأشياء ما يمثلها من شهادات إيداع أو (بوليصات) نقل أو غيرها من السندات المشابهة رجح جانب من يحوز الأشياء على من يحوز السند إذا كان كل منهما حسن النية وقت اكتسابه الحيابة.

الأحكام المتعلقة باليمين 139 مقررته بظهيرنا في شأن المسطرة المدنية 140.

جاء في مؤلف وسائل الإثبات في الميدان المدني لمؤلفه الدكتور ادريس العلوي العبدلاوي للإثبات عدة تعاريف منها: " الإثبات لغة هو تأكيد الحق بالبينه وهو في لغة القانون يعني إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون لتأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني

لذلك كان الإثبات في جوهره إقناعا للمحكمة بادعاء أو بأخر من جانب هذا الخصم أو ذاك " ويعرف الأستاذ السنهاوري الإثبات بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها . "

إذن نستخلص من هذه التعاريف أن الإثبات أو البينة سلاح الخصوم في معركة الخصومة القضائية حيث تتصارع المصالح وتتقارع فهما الوسيلة العلمية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم كما أنها هي الأداة الضرورية التي يعول عليها الأفراد في صيانة حقوقهم كما أنها هي الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقيق من الوقائع القانونية ذلك أن ادعاء وجود حق محل نزاع من جانب أحد الأشخاص أمام قضاء إن لم يصطحب بتقديم الدليل عليه إلى القاضي فإن هذا الخير لن يكون ملزما بل إنه لا يستطيع أن يسلم بصدق هذا الادعاء، فالحق له أركان ثلاثة هي طرفاه ومحله والحماية التي يسبغها القانون عليه .

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المشور السعيد - الرباط - المغرب
والإثبات ليس ركنا من أركان الحق ذلك أن الحق قد يوجد دون أن تتوفر الوسيلة
لإثباته. -141-

139 - انظر الفصول من 85 إلى 88 من قانون المسطرة المدنية.

140 - يتعلق الأمر بظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالمسطرة المدنية، والذي تم إلغاؤه بموجب 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.

141_

الوسيط_ جزء_

2 تعاريف تعريف الإثبات وأهميته

تعريف الإثبات وأهميته

الملخص : الإثبات - بمعناه القانوني - هو إقامة الدليل أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها. ويستخلص من هذا التعريف الأمور الأربعة الآتية :

1-الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام . فالإثبات بالمعنى العام يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة. بل هو تطبيق من هذه القيود.

2-الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتما مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين ، وتجافي إحداها الأخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع ، بل بعيدة عن الحق ، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية.

3- محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعى في دعواه ، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر . والواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام ، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً .

4-الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي. فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليله القضائي ، ليست له قيمة عملية ، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية، ولكن هذا من الندره بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب .

1 - تعريف الاثبات وأهميته :

10- تعريف الاثبات :

الإثبات - بمعناه القانوني - هو إقامة الدليل أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها ([1]).

11- ما يستخلص من هذا التعريف - أهمية الاثبات :

ويستخلص من هذا التعريف الأمور الأربعة الآتية :

(1) الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام . فالإثبات بالمعنى العام يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة. بل هو تطبيق من هذه القيود . فالباحث في التاريخ يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التي يقررها من المستندات التي تحت يده او من أية طريقة أخرى يراها كافية للإثبات. وهذا هو شأن الباحث في أي علم . وقد غلب على العلم في تطوراته الأخيرة أن تكون أدلته تجريبية ، يتلمسها الباحث في المعامل وعن طريق الاستقصاء وبلاستخلاص الصحيح من الإحصاءات الدقيقة . فالإثبات التاريخي ، والإثبات العلمي ، والإثبات بوجه عام ، لا ترد عليه قيود الإثبات القضائي .

ويختلف الإثبات القضائي عن الإثبات غير القضائي من وجوده . فالإثبات القضائي مقيد في طريقه وفي قيمة كل طريقة منها . أما الإثبات غير القضائي فلا قيد عليه كما قدمنا. والإثبات القضائي متى استقام ملزم للقاضي، فيتعين عليه ان يقضى بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان في إمتناعه نكول عن أداء العدالة (déni de justice) . أما الإثبات غير القضائي فلا يتعين فيه على الباحث أن يأخذ بنتائج محددة ، بل هو حر في البحث . ثم إن ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها ولا يجوز الانحراف عنها ، وهذا ما يسمى بحجية الأمر المقضي (autorité de la chose jugée). أما ما ثبت بطريق علمي أو بأي طريق آخر فإنه لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير ، فكثيراً ما يستبين أن الحقائق العلمية ليست إلا فروضاً غير دقيقة ، ثم ينكشف بعد ذلك خطأها ، ويقوم مقامها حقائق أخرى هي أيضا قابلة للتغيير ([2]).

(2) ولما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أما القضاء بالطرق التي حددها القانون ، وكان الإثبات القضائي مقيداً إلى هذا الحد ، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتما مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين ، وتجافي إحداها الأخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع ، بل بعيدة عن الحق ، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية([3]). وسنعود إلى هذا المعنى في موضع آخر.

(3) ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها ، فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعى في دعواه ، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو

هذا الأثر . والواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام ، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً . فالعمل غير المشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها التزاماً بالتعويض . والعقد تصرف قانوني يرتب القانون عليه الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان . وكل من العمل غير المشروع والعقد واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً ، وهي - أي هذه الواقعة القانونية - دون الأثر الذي يترتب عليها ، التي تكون محلاً للإثبات . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى [4] .

(4) وما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثراً ، فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي . فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليله القضائي ، ليست له قيمة عملية ، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي ، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية ، ولكن هذا من الندره بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب .

ومن ثم تتبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية . ((فالحق - كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الحالي [5]) - يتجرد من قيمته مالم يقم الدليل على الحادث المبدئ له ، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً ، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه)) . ((ونظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية . بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أفضية)) [6] .

[1] ^ الموجز للمؤلف ص 614 - ص 645 .

[2] ^ أنظر في مقارنة دقيقة بين الإثبات القضائي والإثبات التعليمي أو التاريخي بارتان على أوبرى ورو جزء 12 فقرة 749 حاشية رقم 2 مكرر ، وأنظر أيضاً : بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1407 - ص 828 - ص 829 - بيدان ووبرو 9 فقرة 1138 ص 306

- الأستاذ عبد الباسط جيمعى نظام الإثبات في القانون المدني المصري ص 39 - ص 42 .

[3] ^ وقد مر الإثبات القضائي في تاريخ الإنسانية بمراحل يضيق المقام هنا عن الخوض فيها . فقد كانت الإنسانية في طفولتها تلجأ في الإثبات القضائي على ضروب من السحر والشعوذة . ثم لجأت إلى الدين ، من حلف واستدعاء الله وللقديسين على المبطل من الخصمين . وكان القتال ، بل الانتحار ، من الأدلة القضائية عند بعض الأمم في فجر التاريخ (انظر في هذا راؤول دي جراسيري (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المواد المدنية والجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية ص 18 - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء أول ص 9 - ص 12) .

[4] ^ وقد تغلب العادة فيجربى القلم بذكر إثبات الحق ، والمقصود دائماً هو إثبات الواقعة القانونية التي أنشأت الحق .

[5] ^ مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 349 .

[6] ^ الموجز فقرة 614 ص 645 .

وأنظر : بلانيول وريبير وجابولد 7 ص 1406 ص 825 وقد جاء فيه :

((الدليل وحده هو الذى يحيى الحق ويجعله مفيداً))

(La preuve seule vivifie le droit et le rend utile) .

وقد أثرت في هذا المعنى أقوال مشهورة ، منها ((ما لا دليل عليه هو والعدم سواء))

أو ((يستوى حق معدوم وحق لا دليل عليه)) (Idem est non esse aut non probari)

- ويقول أهرنج : ((الدليل هو قوة الحق)) (La preuve est la rançon des droits)

- أنظر أيضا : بيدان وبرو 9 ص 1139 ص 207

- الأستاذ سليمان مرقس في أصول الاثبات ص 1 ص 2 .

إثبات الوسيط_ جزء 2_ حق الخصم في الاثبات

حق الخصم في الاثبات

على الخصم أن يثبت ما يدعيه أما القضاء بالطرق التي بينها القانون . فموقفه في الاثبات موقف إيجابي . وليس هذا واجباً عليه فحسب ، بل هو أيضاً حق له . فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييداً لما يدعيه . فان لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخلالاً بحقه ، وكان سبباً للطعن في الحكم بالنقض .

28- حق الخصم في الاثبات:

على الخصم أن يثبت ما يدعيه أما القضاء بالطرق التي بينها القانون . فموقفه في الاثبات موقف إيجابي . وليس هذا واجباً عليه فحسب ، بل هو أيضاً حق له . فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييداً لما يدعيه . فان لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخلالاً بحقه ، وكان سبباً للطعن في الحكم بالنقض .

ويتقيد حق الخصم في الاثبات بقيود ثلاثة :

(1) لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون . فلا يجوز له أن يثبت بالبينة مالا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتاً في توجيهها . ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الاثبات أن يتقدم بما عنده من الأدلة طبقاً للأوضاع وللإجراءات التي رسمها له القانون .

(2) كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة في دلالتها جائزة الاثبات قانوناً . وسنفصل هذه الشروط فيما يلي .

(3) ويبقى للقاضي بعد كل ذلك حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي تقدم بها الخصم ، فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة ، ويقدر إذا قدم الخصم ورقة ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في هذه الورقة من إسقاط قيمتها في الاثبات أو إنقاصها (م 260 مرافعات) ، وإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لاقتناعه بصحة الورقة التي تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير في إجراءات التزوير التي طلبها الخصم الذي طعن بالتزوير في هذه الورقة (م 290 مرافعات) ، بل له ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم من تلقاء نفسه برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر له بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة (م 290 مرافعات) ، كما أن له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الاثبات أو ألا يأخذ بنتيجة هذه الإجراءات (م 165 مرافعات) ، وإذا رأى أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب فإن له أن يرفض طلب الاستجواب الذي يتقدم به الخصم (م 168 مرافعات) .

وحق الخصم في الاثبات يقابله واجب يلقى على عاتق الخصم الآخر ، بل على عاتق الغير ، في ألا يعطل هذا الحق بعنت منه أو سوء نية . ويصل هذا الواجب إلى مدى بعيد ، فيفرض في بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغير أن يتقدم مستندات في حوزته لتمكين المدعى من إثبات حقه ، وسنعود إلى هذا الواجب بالتفصيل فيما يلي .

إثبات الوسيط_ جزء 2

حق الخصم الآخر في إثبات العكس

حق الخصم الآخر في إثبات العكس

كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه الخصم . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة 192 من تقنين المرافعات على أن ((الاذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطريق)) . وإذا كان الدليل الذى قدمه الخصم ورقة مكتوبة ، فان كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو إمضاءه أو أن يطعن في الورقة بالتزوير، وإن كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير .

29 - حق الخصم الآخر في إثبات العكس:

وكل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه الخصم . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة 192 من تقنين المرافعات على أن ((الاذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطريق)) . وإذا كان الدليل الذى قدمه الخصم ورقة مكتوبة ، فان كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو إمضاءه أو أن يطعن في الورقة بالتزوير، وإن كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير . وفي جميع الأحوال يجوز للخصم الآخر - فيما لا يتحتم فيه الطعن بالتزوير - أن يثبت عكس ما هو ثابت ضده بالكتابة على أن يكون إثبات العكس بكتابة مماثلة وفقاً للأحكام التي قررها القانون . وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية ، فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها أو بأي طريق آخر . وكذلك الحال في القرينة القانونية ، فان الأصل فيها جواز إثبات العكس ، أما القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس فنادرة ولا بد في منع إثبات العكس فيها من نص في القانون .

وحتى الاقرار واليمين يتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة . فاذا تمسك الخصم بالاقرار الصادر من الخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسك ببطلان هذا الاقرار لعدم الأهلية أو لغير ذلك من العيوب . وإذا وجه الخصم اليمين الحاسمة للخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يرد على خصمه اليمين .

ويتبين من كل ذلك أن الأصل في الدليل الذى يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه ، وأن حق الخصم في إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر في إثبات العكس .

إثبات الوسيط_ جزء 2

لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه

لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه

هذه القاعدة فرع عن مبدأ أعم وأشمل، هو أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه، ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

فالوارث الذى يقتل مورثه يحرم من إرثه ، وإذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه ، وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً في وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه

30 - لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه:

الأصل أن الدليل الذى يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلاً على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بإمضاءه . وإذا كانت الورقة ليست دليلاً كاملاً واقتصر أمرها على أن تكون مبدأ

ثبوت بالكتابة، فانه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يراد الاثبات ضده على التفصيل الذي سنبينه فيما بعد .

ومن ثم لا يجوز أن يكون الدليل الذي يتمسك به الخصم صادراً منه هو أو أن يكون من صنعه، فمن البدهة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه. ((ولو يعطى الناس بدعواهم - كما جاء في الحديث الشريف - لادعى أناس دماء رجال وأموالهم)) ([1]).

فلا يجوز إذن أن يكون الدليل يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته، أو أن يكون ورقة صادرة منه، أو مذكرات دونها بنفسه . وتطبيقاً لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة 972 من التقنين المدني على أنه ((ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة)). وهذه القاعدة فرع عن مبدأ أعم وأشمل، هو أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه، ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

فالوارث الذي يقتل مورثه يحرم من إرثه، وإذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه، وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً في وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه (م 757 مدني).

ويعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه، وكذلك لا أثر للشرط الذي تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق (م 388 من مشروع التقنين المدني الحالي).

على أن القانون نص في بعض الحالات، لمبررات قدرها المشرع، على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 397 من التقنين المدني من أن ((دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن البيانات المثبتة فيها عما وردته التجار تصلح أساساً لجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة)). ومن ذلك ما نص عليه التقنين التجاري من أن دفتر التاجر قد يكون حجة له على التاجر، إذ تقضى المادة 17 من هذا التقنين بأنه ((يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الاثبات في دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً)).

ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة 257 من تقنين المرافعات - في حالة امتناع الخصم من تقديم ورقة يلزمه القانون بتقديمها - من أنه ((إذا لم يقدّم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حدته المحكمة . . . اعتبرت صورة الورقة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فان لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها)) ([2]).

الوسيط_جزء 2_ لا يجوز اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه الا في حالات معينة

لا يجوز اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه الا في حالات معينة

كما أن الخصم لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه، كذلك هو لا يضار بتقديم دليل ضد نفسه. من الممكن القول إن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطالبات خصمه من تقديم مستندات في حوزته، أو جعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلاً بأن امتنع مثلاً عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه، جاز أن يخسر دعواه، وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق عليه التزامه مستحيلاً فان القانون يفترض أن الشرط قد تحقق . بل إن الغير أيضاً - لا الخصم وحده - قد يلقي عليه واجب المعاونة في الإثبات .

31 - لا يجوز اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلا في حالات معينة:

قدمنا أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه. ويقابل ذلك أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه (. . . Nemo tenetur edere contra se) فكما أن الخصم لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه، كذلك هو لا يضار بتقديم دليل ضد نفسه ([1]).

غير أن بدها القاعدة الأولى تفوق وضوح القاعدة الثانية . فقد رأينا أن حق الخصم في الاثبات قد يصل في بعض الحالات إلى حد إجبار خصمه أو الغير على تقديم دليل في حوزته . لذلك كانت هذه القاعدة الثانية في حاجة إلى إمعان في النظر .

فمن الممكن القول إن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطالبات خصمه من تقديم مستندات في حوزته ، أو جعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلاً بأن امتنع مثلاً عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه ، جاز أن يخسر دعواه ، وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق عليه التزامه مستحيلاً فإن القانون يفترض أن الشرط قد تحقق ([2]) .

بل إن الغير أيضاً - لا الخصم وحده - قد يلقي عليه واجب المعاونة في الاثبات . فيطلب شاهداً في الدعوى ويجب عليه الإدلاء بشهادته فإذا تخلف عن الشهادة جاز الحكم عليه بالغرامة ، وإذا كانت تحت يده مستندات جازت مطالبته بإبرازها بين يدي القضاء ([3]) .

وقد تصل بعض الشرائع إلى حد أن تفرض بنص خاص التزاماً قانونياً على من يحوز أو يحرز شيئاً أو مستنداً يكون للغير مصلحة في عرضه لإثبات أمر يدعيه أن يعرض هذا الشيء أو يقدم هذا المستند للقضاء للكشف عما يمكن أن يتضمنه من وجوه إثبات الأمر المدعى به . ويرفع بهذا الالتزام القانوني دعوى تسمى

دعوى العرض ((action ad exhibendum) ([4]) .

وقد نص على هذه الدعوى كل من القانون الألماني والقانون السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي .

وأخذ بها القضاء الفرنسي دون نص ، بينها تارة على وحدة المصلحة أو الشركة في المستند

((communauté d'intérêt, communauté de titre) ([5])

لا سيما إذا كان هذا المستند عقداً ، وبينها طوراً على مصلحة العدالة ((justice intérêt de la) ([6]) .

ويستخلص من أحكام القضاء الفرنسي أنه يجعل للخصم حق الاثبات ، ويلقى على خصمه واجب المعاونة في ذلك ما استطاع إليه سبيلاً ، ما دام لا يوجد مانع قانوني كوجوب الاحتفاظ بسر المهنة ([7]) .

فإذا لم يقم الخصم بواجبه في المعاونة ، وعطل على خصمه حقه في الاثبات ، اعتبر في منزلة من قام الدليل ضده ، وخسر الدعوى ([8]) .

أما في مصر ، فقبل صدور التقنين المدني الحالي وتقنين المرافعات الجديد ، كان القضاء يذهب إلى عدم إجبار الخصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته ([9]) .

إلا أنه إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده وامتنع عن تقديمها ، فهذا الامتناع يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالاته المحتملة ، ولا يتحتم اعتباره تسليمياً بادعاء الطالب ([10]) ، وللمحكمة أن تقضى لمصلحة الخصم الذي يرجح لديها أنه هو الحق ([11]) ، ولها أن تستخلص من امتناع الخصم دليلاً للحكم ضده ([12]) . وقد كان المشروع الابتدائي للتقنين المدني الحالي يحتوى على نص يقرر دعوى العرض ((action ad exhibendum) ويفصل أحكامها على غرار المشروع الفرنسي الإيطالي ، فحذف في لجنة المراجعة لأنه أدخل في باب المرافعات ، وكان هذا النص (المادة 273 من المشروع الابتدائي) يجرى على الوجه الآتي : ((1- كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعي حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، ففاضى أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له ، 2- على أنه

يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحته مشروعة في الامتناع عن عرضه ، 3- ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضي مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض)) ([13]).

ولم يتضمن تقنين المرافعات الجديد هذا النص بالرغم من أن حذفه من مشروع التقنين المدني كان بسبب أنه أدخل في باب المرافعات كما تقدم القول . على أن تقنين المرافعات (نقلت النصوص من قانون المرافعات الى تشريع مستقل هو قانون الإثبات) تضمن طائفة من النصوص لالزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، فنصت المادة 253 على أنه ((يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده :

- (1) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها
- (2) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة ([14])
- (3) إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى ([15]) .

وأولى هذه الحالات - حالة ما إذا كان القانون يجيز المطالبة بتقديم الورقة أو تسليمها - مثلها ما نصت عليه المادة 16 من التقنين التجاري من أنه ((لا يجوز للمحكمة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما (اليومية والمراسلات) ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد الشركات وقسمة الشركات وفي حالة الإفلاس . وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر)) . فهذا نص يجيز في أحوال معينة في المنازعات التجارية وبعض المنازعات المدنية وهو الشبوع والتركة وقسمة الشركات والإفلاس - أن تأمر المحكمة من تلقاء نفسها بتقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها لإثبات حق مدعى به ، ولكن النص محدود - كما نرى - من حيث الأحوال التي يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ذاته . فهو لا ينطبق إلا على بعض الدفاتر التجارية. وكذلك نصت المادة 18 من التقنين التجاري على أنه ((يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها في أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة)) . فهذا نص آخر يجيز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها ، في جميع المنازعات التجارية والمدنية ، بالاطلاع على جميع الدفاتر التجارية . وهذا النص ، وإن كان مطلقاً من ناحية الأحوال التي يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ، إلا إنه محدود من حيث الغرض من تقديم المستند . فهذا الغرض مقصور على أن تطلع المحكمة - دون أن تطلع الخصوم كما هي الحال في شأن المادة 16 المتقدمة الذكر - على دفاتر التجار لا في جميع أجزائها بل في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وسنعود إلى المادتين 16 و 18 من التقنين التجاري ببيان أوفي عند الكلام في دفاتر التجار كطريق من طرق الإثبات .

وتحدد المادة 254 من تقنين المرافعات البيانات الواجب ذكرها في الطلب الذي يتقدم به الخصم لإلزام خصمه بتقديم الورقة الواجب تقديمها ، فنقول : ((يجب أن يبين في هذا الطلب : (1) أوصاف الورقة التي تعينها (2) فحوى الورقة بقدر ما يمكن من التفصيل (3) الواقعة التي يستشهد بها عليها (4) الدلائل والظروف التي تؤيد أنها تحت يد الخصم (5) وجه إلزام الخصم بتقديمها)) . وتبين المادة 256 من تقنين المرافعات النتيجة التي ينتهي إليها الطالب في حالة القدرة على إثبات صحة طلبه وفي حالة العجز عن هذا الإثبات على الوجه الآتي : ((إذا أثبت الطالب طلبه أو أقر الخصم بأن الورقة في حوزته أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم الورقة في الحال أو في أقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المنكر ميميناً بأن الورقة لا وجود لها أو أنه لا يعلم وجودها ولا مكانها وأنه لم يخفها أو لم يهمل البحث عنها ليحرم خصمه من الاستشهاد بها)) . وتذكر المادة 257 من تقنين المرافعات جزاء عدم تقديم الورقة أو الامتناع عن حلف اليمين ، فنقول : ((إذا لم يقم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة الورقة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها)) . وقد سبق أن أوردنا هذا النص كحالة يجوز فيها أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . وتجرى المادة 259 من تقنين المرافعات الأحكام السابقة على إلزام الغير بتقديم ورقة تحت يده على النحو الآتي : ((يجوز للمحكمة أثناء سير

الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ، أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة)) .

وهذه النصوص كلها مستحدثة في تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات الألماني (م 386 وما بعدها) وعن تقنين المرافعات التركي (م 326 وما بعدها) ([16]) . وهي على كل حال أضيق في نطاقها من دعوى العرض التي حذف نصها من مشروع التقنين المدني . فهي لا تجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم ورقة تحت يده هي مستند في الدعوى إلا في أحوال ثلاث ذكرتها المادة 253 ([17]) . أما نص مشروع التقنين المدني المحذوف فقد كان يجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم المستند الذي في حوزته حتى في غير هذه الأحوال الثلاث ، متى ثبت أن فحص هذا المستند ضروري للبت في الحق المدعى به ، ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضي . هذا إلى أن النص المحذوف عام يتناول المستندات وسائر الأشياء الأخرى . ((فيجوز مثلا - كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ([18]))

- لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشتبه في حيازته له بعرضه عليه ليثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لو ارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران: أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت في وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات حق للطالب . والثاني أن للقاضي أن يأمر عند الاقتضاء بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلا لمشتري الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه الدليل على التعسف) .

وإذا كانت نصوص تقنين المرافعات الجديد ضيقة من حيث نطاقها ، فهي على العكس من ذلك واسعة من حيث ترتب الجزاء عليها ، وقد رأينا أن الخصم أو الغير إذا لم يقدم الورقة اعتبرت صورة الورقة التي قدمها الخصم المدعى صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن هذا قد قدم صورة الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها . وهذا أقص جزاء يمكن أن يترتب على الشخص إذا أخل بالتزامه القانون من تقديم مستند تحت يده .

32 - مسائل ثلاث : مسائل الإثبات بوجه عام ثلاث :

(أولاً) محل الإثبات (.) (objet de la preuve)

(ثانياً) عبء الإثبات (.) (charge de la preuve onus probandi)

(ثالثاً) طرق الإثبات (.) (procédés de la preuve)

حق الخصم في الإثبات

حق الخصم الآخر في إثبات العكس

لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه

محل الإثبات هو مصدر الحق وأية رابطة قانونية

[1] ^ انظر في هذا المعنى استئناف مصر 6 ديسمبر سنة 1911 المحاماة 2 رقم 69 ص 222 - 30 مايو سنة 1932 المحاماة 13 رقم 211 ص 418 - استئناف مختلط 10 يونية سنة 1915 م 27 ص 402 .

[2] ^ انظر الفقرة الأولى من المادة 388 من مشروع التقنين المدني الحالي ، وكان نصها يجرى على الوجه الآتى : ((يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه)) . وقد حذفت في لجنة المراجعة لإمكان استخلاص حكمها من القواعد العامة . وانظر أيضاً المادة 1178 من التقنين المدني الفرنسي و بلانيول و ريبير و جابولد 7 فقر 1411 ص 834 .

[3] ^ ديموج 3 ص 347 - بلانيول و ريبير و جابولد 7 فقرة 1411 ص 834 .

[4] ^ ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الروماني ، منذ عهد الألواح الاثنى عشر على قول (أكارياس Accqrias في القانون الروماني 2 ص 876) ، وفي آخر عهد الجمهورية على قول آخر (جيرار Girard الطبعة الثالثة ص 629 هامش رقم 2) - وانتقلت الدعوى في العصور الوسطى إلى القانون الكنسي (droit canonique) وإلى بعض قوانين العادات (droits coutumiers) في فرنسا . ولم يرد في شأنها نص عام في التقنين المدني الفرنسي ، ولكن وردت بعض نصوص تشريعية متفرقة في بعض تطبيقاتها التفصيلية . من ذلك الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 842 من التقنين المدني الفرنسي فيما يتعلق بمسئدات العين المقسومة التي توجد في يد أحد الشركاء المتقاسمين ، ومن ذلك المواد من 14 إلى 17 من التقنين التجاري الفرنسي فيما يتعلق بتقديم دفاتر التجار الاطلاع عليها - ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يميلان إلى تعميم هذه التطبيقات على حالات أخرى لم ينص عليها (ديموج 3 فقرة 211 - ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1921 ص 740 وسنة 1928 ص 898 - ديمونتيس Demontes في دعوى العرض في القانون الحديث رسالة من باريس سنة 1922 - جلاسون وتيسيه وموريل ، فقرة 594 - موريل فقرة 479 - بلانيول و ريبير و بولانجيه 2 فقرة 2171 - بلانيول و ريبير و جابولد 7 فقرة 1412 ص 835 - ص 836 - بيدان و برو 9 فقرة 1175 - نقض فرنسي 17 يونية سنة 1879 سيريه 1881 - 1 - 116 - 22 ديسمبر سنة 1897 دالوز - ا - 85 - 19 فبراير سنة 1907 سيريه 1907 - 1 - 271 - 16 مارس سنة 1921 مجلة القانون المدني 1921 ص 740) . .

[5] ^ وذلك كمحاضر الجرد و عقود القسمة و تصفية الشركات والأموال المشتركة و عقود الوكالة والشركات (بيدان و برو 9 فقرة 1175 ص 247 - ص 248 .

[6] ^ محكمة رن 14 يونية سنة 1928 المجلة الفصلية للقانون المدني 1928 ص 898 . أنظر كذلك القضاء البلجيكي : بروكسل 6 مارس سنة 1863 باسيكريزي 1863 - 96 - لبيج 4 أبريل سنة 1868 باسيكريزي 1868 - 219 . ويذهب كل من القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي إلى أن المبدأ القاضي بالألا يجبر الخصم على تقديم مستند ضد نفسه (Nemo tenetur edere contra se) لا يجوز أن يتخذ ستاراً للحيلولة دون العدالة ولتحقيق أغراض ذاتية . ويقول بيدان و برو في هذه المناسبة إن الاحتماء بالمبدأ على هذا الوجه يعد ضرباً من التعسف (abus des droits) (بيدان و برو 9 فقرة 1175 ص 248) .

[7] ^ وكوجوب عدم انتهاك حرمة الرسائل ووجوب الامتناع عن الإضرار بالغير . وفي هذه الحدود لا يجوز للشخص الامتناع عن تقديم مستند أمره القضاء بتقديمه ، وإلا جاز الحكم عليه بغرامة تهديدية ((astreinte، بل جاز الحكم ضده في الدعوى (نقض فرنسي 15 يولية سنة 1901 داللو 1901 - 1 - 499 - بيدان و برو 9 فقرة 1175 ص 248 - ص 249)

[8] ^ . ويجوز كذلك إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده إذا كان هذا الغير شخصاً يقوم بوظيفة عامة وذلك كمسجلي الحالة المدنية (officiers de l'etat civil) وحافضي الرهون (conservateurs des hypotheques) وموثقى العقود (notaries) ، ويترك ذلك لتقدير القضاء . أما الأفراد الأجانب عن الخصومة فيجوز كذلك إجبارهم إذا ثبت ضدّهم غش أو تدليس أو كانوا شهوداً في الدعوى . هذا إلى أن الفرد الذى يمتنع دون حق عن تقديم مستند في يده يفيد العدالة يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذى يحدثه بمقتضى المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي (بيدان و برو 9 فقرة 1176 - فقرة 1177) .

[9] ^ وقد قضت محكمة النقض بأنه ((لا يجبر خصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته ، فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه)) (نقض مدنى 11 أبريل سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 50 ص 160 - وانظر حكماً آخر في 2 أبريل سنة 1936 مجموعة عمر 1 ص 1083) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قدم خصم في دعوى على الحكومة ورقة قال إنها صورة غير رسمية من أحد الخطابات المتبادلة بين إحدى مصالح الحكومة ووزارة المالية ، جاز للحكومة أن تطلب من المحكمة أن تأمر باستبعادها من دوسيه الدعوى ، لأنه إذا كان لا يجوز إلزام الحكومة إلى تقديم الأصل الخالف للصورة (محكمة الاستئناف 6 ديسمبر سنة 1911 المحاماة 2 رقم 69 ص 222) وقضت محكمة الموسكي بأنه لا يجوز إعطاء صور التلغرافات للغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية (محكمة الموسكي 19 مايو سنة 1925 المحاماة 6 رقم 114 ص 164) .

[10] ^ وقد قضت محكمة النقض بأن ((إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده مدعياً أن له حقاً فيها وامتنع عن تقديمها فهذا الامتناع إنما يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالته المحتملة وبغير إلزام من القانون بعده حتماً تسليماً بقول الطالب (نقض مدنى 11 مارس سنة 1948 مجموعة عمر 5 رقم 285 ص 563 . وانظر أيضاً استئناف مختلط 10 يونية سنة 1914 م 27 ص 402 - 16 ديسمبر سنة 1941 م 54 ص 22) .

[11] ^ وقد قضت محكمة النقض بأنه ((إذا كانت محكمة الموضوع قد اتخذت إجراء من إجراءات تحضير الدعوى بأن كلفت أحد الخصوم بتقديم ورقة من الأوراق ، فلم يقدمها وادعى عدم وجودها عنده ، فإن لها أن تحكم في موضوع الدعوى لمصلحة الخصم الذى يرجح لديها أنه هو المحق ، وبحسبها أن تكون قد دونت في حكمها حجج الطرفين ، واعتمدت في ترجيح ما رجحته منها على أسباب معقولة ، ليكون حكمها بعيداً عن رقابة محكمة النقض ، لأن الاجتهاد في ذلك كله داخل في فهم الواقع في الدعوى مما لا شأن فيه للقانون (نقض مدنى 2 أبريل سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 342 ص 1082) .

[12] ^ وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا امتنع الخصم من تقديم مستند - كمحضر جرد تركة - بعد تكليف المحكمة له بتقديمه ، وأصبح من المستحيل بسبب هذا الامتناع الاطلاع على هذا المستند ، اعتبر خصمه قد أقام الدليل على ما كان يطلب إثباته من واقع هذا المستند (استئناف مختلط 10 ديسمبر سنة 1941 م 54 ص 22) .

[13] [^] وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن هذا النص ما يأتي : ((يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون . ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (ا) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصياً كان الحق او عينياً . (ب) والثاني أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها . (ج) والثالث أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ويرجع تقدير هذه الضرورة على القاضي ... فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائل مثلا . والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على نفقة من يطلبه . ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضي ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض)) (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 491 - ص 492 في الحاشية) .

[14] [^] وقد قضت محكمة النقض بأن قاعدة أنه لا يجوز إلزام خصم بتقديم مستندات لخصمه ولا يجوز انتقال المحكمة للاطلاع عليها إلا إذا كانت هذه المستندات رسمية لا تنطبق في حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين الطرفين بأن كانت مثبتة للالتزامات متبادلة بينهما (نقض مدنى 8 فبراير سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 61 ص 320) .

[15] [^] ومن أجل ذلك نصت المادة 258 من تقنين المرافعات على أنه ((إذا قدم الخصم ورقة للاستدلال بها في الدعوى ، فلا يجوز له سحبها بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة)) .

[16] [^] انظر شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور عبد المنعم أحمد الشرفاوي ص 456 - ص 460 وكتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور أحمد أبو الوفا ص 492 - ص 494 .

[17] [^] ويكون الأمر مع ذلك أيضاً متروكاً لتقدير القاضي، فله أن يرفض طلب تقديم الورقة، ولو في إحدى هذه الحالات الثلاث ، إذا تبين له عدم جدية الطلب . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت المادة 253 من تقنين المرافعات تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاث الواردة فيها ، إلا أن الفصل في هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضي الموضوع ، فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته ، وإذن في كانت المحكمة ، إذ رفضت إجابة طلب الطاعن بالإزام المطعون عليه بتقديم دفاتر الوقف لإثباته وفائه للأجرة التي ادعى أنه قام بدفعها ، قد قررت ، بالأدلة المبررة التي أوردتها وبمالتها من سلطة التقدير الموضوعية في هذا الخصوص ، أنه طلب غير جدى ، فإن النعي عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى 11 ديسمبر سنة 1952 مجموعة أحكام محكمة النقض 4 رقم 29 ص 183) .

[18] [^] مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 491 - ص 492 في الحاشية

إثبات الوسيط_ جزء 2_ حق الخصوم في مناقشة الادلة - لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه

حق الخصوم في مناقشة الادلة - لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه

مبدأ دور الخصوم الإيجابي - الحق في الإثبات

27 - حق الخصوم في مناقشة الادلة التي تقدم في الدعوى - لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه :

على أنه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للقاضي في الإثبات، فلا جدال في أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته ن ويدلى كل برأيه فيه، يفنده أو يؤيده، والدليل الذي لا يعرض على

الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به ([1]). ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش في قضية أخرى ما لم يناقش في القضية القائمة ([2]).

وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضي ، حتى لا تبقى الخصومة مجهلة ، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى . ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها (م 108 مرافعات) .

ولا يجوز للقاضي أن يقوم بمعاينة مكان النزاع في غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار بإجرائها. ولكن يكفي أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته، فإذا لم يريدوا مناقشته فعلا فقد نزلوا عن حقهم في ذلك وصح الأخذ بالدليل ([3]). كذلك لا يجوز للقاضي ان يأتي بأدلة من عنده لم تقدمها الخصوم ، إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها ([4]).

ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه . ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلا في القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر ان ينزل القاضي منزلة الخصوم ، فيكون خصما وحكما ، وهذا لا يجوز([5]).

وقد رأينا فيما تقدم أن امتناع القاضي عن القضاء بعلمه لا يرجع إلى موقفه المحايد في الاثبات ، فان حياد القاضي لا يتعارض ضرورة مع القضاء بعلمه ، وإنما يرجع إلى ما نذكره هنا من حق الخصوم في مناقشة الدليل ([6]).

وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الاثبات ، وما يستتبعه من حقهم في مناقشة الأدلة ، تنظمه قواعد أربع :

(1) حق الخصم في الاثبات

(2) حق الخصم الآخر في إثبات العكس

(3) لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلا لنفيه

(4) ولا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه .

ونقول كلمة عن كل من هذه القواعد .

[1] [^] فلا يجوز للقاضي أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها (لارومبير 5 م 1316 فقرة 10 - ديمولومب 29 فقرة 200 - بودرى وبارد 3 فقرة 2056 - نقض فرنسي 20 نوفمبر سنة 1889 دالوز 90 - 1 - 54) . ولا يجوز للمحكمة أن تعتد بكتاب أرسل إلى رئيسها ولم يعرضه الرئيس على الخصوم لمناقشته (نقض فرنسي 23 أبريل سنة 1902 دالوز 1903 - 1 - 368) ولا بتحقيق جنائي لم تناقشه الخصوم (نقض فرنسي 29 يولييه سنة 1903 دالوز 1903 - 1 - 448) . ولكن يجوز لمحكمة الاستئناف ، دون أن تفحص من جديد الدليل الذي سبق أن فحصته محكمة أول درجة ، أن تستخلص من هذا الدليل نتيجة غير النتيجة التي استخلصتها هذه المحكمة الأخيرة (أوبرى ورو 12 فقرة 749 ص 99) .

[2] [^] كولان وكابيتان ومورانديير 2 فقرة 721 ص 488 . أنظر في هذه المسألة - مناقشة الخصوم للأدلة - من ناحية التطور التاريخي رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الاثبات في القانون المقارن ص 239 - ص 247.

[3] ^ نقض فرنسي 20 نوفمبر سنة 1889 دالوز 90 - 1 - 54 (سبقت الإشارة إليه) - 22 فبراير سنة 1897 دالوز 98 - 1 - 114 - 23 أبريل سنة 1902 دالوز 1903 - 1 - 368 (سبقت الإشارة إليه) . انظر الأستاذ عبد الباسط جميعي فقرة 90 .

[4] ^ ويقول بارتان (أوبرى ورو 12 فقرة 749 ص 74 حاشية رقم 8 ter) إنه لو سمح للقاضي أن يتدخل في الإثبات وأن يأتي من عنده بأدلة لم تقدمها الخصوم ، لخشى أن يعدل من طلبات المدعى أو أن يحور فيها ، وليست هذه مهمة القاضي فإذا ما أتى القاضي بأدلة من عنده ، ورضى الخصوم أن يناقشوها ، ونزلوا عن حقهم في الاعتراض ، كان هذا بمثابة اتفاق بين الخصمين ، وهو جائز في صورة صريحة فيجوز في هذه الصورة الضمنية (ص 76 حاشية رقم 8 sexes) . وحتى الواقعة المعروفة بالشهرة العامة (commune renommée) لا بد فيها من إثبات الشهرة العامة وحدها كما يقول أوبرى ورو (12 فقرة 749 ص 77 حاشية رقم 9) . انظر أيضاً كولان وكابيتان ومورانديير 2 ص 488 .

[5] ^ ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه ، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة ، فله أن يستعين في قضائه بما هو معروف من أن الأراضي في مصر قد أصبحت مملوكة لأصحابها رغبة ومنفعة بعد أن كانت أراضي خراجية وذلك منذ عهد سعيد باشا . وبما هو معروف من أن رى الحياض لا يكون إلا دورة زراعية واحدة ، وبأن ثمن القطن كان منخفضاً في أوقات مرتفعاً في أوقات أخرى (أنظر الأستاذ عبد الباسط جميعي ص 73 والأحكام التي اشار إليها والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص 16) .

وانظر في جواز أن يقضى القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي عند المتقدمين (في غير الحدود الخالصة) وفي عدم جواز ذلك إطلاقاً عند المتأخرين الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص 33 ت ص 42 .

[6] ^ وقطع في ذلك أن القاضي الجنائي ، ودوره في الإثبات إيجابي إلى حد بعيد فلا يعتبر محايداً ، ممنوع مع ذلك من القضاء بعلمه ، كما لاحظ ذلك بحق الأستاذ عبد الباسط جميعي في كتابه ((نظام في الإثبات القانون المدني المصري)) (ص 78) .

إثبات , الوسيط_جزء_2

مبدأ حياد القاضي

ب - مبدأ حياد القاضي ([1])

25 - موقف القاضي من الإثبات في كل من المذاهب الثلاثة:

ويتصل بما تقدم موقف القاضي من الإثبات. فهو في المذهب الحر أو المطلق موقف إيجابي، ينشط القاضي فيه إلى توجيه الخصوم ، واستكمال ما نقص في الأدلة ، واستيضاح ما أبهم منها . وهو في المذهب القانوني أو المفيد موقف سلبي محض ، لا يعدو القاضي فيه أن يتلقى أدلة الإثبات كما يقدمها الخصوم دون أي تدخل من جانبه ، ثم يقدر هذه الأدلة طبقاً للقيم التي حددها القانون ، فإذا رأي الدليل ناقصاً أو مبهماً فليس له أن يطلب إكماله أو توضيحه ، بل يجب عليه أن يقدره كما هو في الحالة التي قدمه فيها الخصوم . وهو في المذهب المختلط ينبغي أن يكون موقفاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية ، فيباح للقاضي شيء من الحرية في تحريك الدعوى وفي توجيه الخصوم وفي استكمال الأدلة الناقصة وفي استيضاح ما أبهم من وقائع الدعوى .

ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضي بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيم هذه الأدلة ، فإن هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضي في تقدير وزن كل دليل في حدود قيمته القانونية ، حتى يستجلى الحقائق واضحة كاملة([2]) .

أما منع القاضي من القضاء بعلمه فليس فرعاً عن مبدأ حياد القاضي، بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أي دليل يقدم في القضية، وسنرى ذلك فيما يلي .

26 - مبدأ حياد القاضي في القوانين اللاتينية والقانون المصري:

قد رأينا أن القوانين اللاتينية، والقانون المصري معها، قد اتخذت المذهب المختلط في الإثبات. وهي مع ذلك لا توسع على القاضي في حرية توجيهه للدعوى واستخلاص الحقائق من أدلتها القانونية إلا إلى مدى محدود؛ فالقاضي يستطيع مثلاً أن يحيل الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه، كما يستطيع أن يعين خبيراً، وله أن يطلب إحضار الخصوم شخصياً- مثلاً شخصياً (Comparution Personnelle)، وأن يوجه إلى أحدهما اليمين المتممة (serment supplétif). [3].

وقد زاد تقنين المرافعات المصري الجديد في إيجابية موقف القاضي من الإثبات فخوله سلطة في توجيه الدعوى فيما يتصل بالآثار التي تترتب على عدم قيد المدعى لدعواه ، وبشطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن الحضور ، وبوقف الدعوى لمدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك ، وبسقوط الخصومة لانقطاعها بوفاة أحد الخصوم أو بزوال أهليته أو انتهاء صفته أو وقفها بفعل المدعى أو تقصيره ، وبتقادم الخصومة بخمس سنوات بدلاً من خمس عشرة ، وبإدخال القاضي من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً في الخصومة ليرد الدعوى إلى وضعها الطبيعي بعد أن انحرف بها عنق الخصوم أو إهمالهم ، وبإجراءات التحقيق فإذا أحييت الدعوى على التحقيق أو عُيِّن فيها خبير أو طُعِن فيها بالتزوير لم يعد سير التحقيق أو السير في نظر الموضوع موقوفاً على طلب تعجيل يتقدم به الخصم صاحب المصلحة [4]. .

[1] ^ الحياد هنا ليس معناه عدم التحيز (impartialité) - فإن هذا واجب بداهة على القاضي - بل معناه أن يقف القاضي موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء (neutralité) (بيدان وبيرو 9 فقرة 1151 ، ص 218) .

[2] ^ ديموج في الأفكار الرئيسية في القانون الخاص (Notions fondamentales du droit privé) الفصل السابع ص 534 - ص 541 .

[3] ^ الموجز للمؤلف ص 647 - ص 648 .

[4] ^ أنظر المذكرة التفسيرية لتقنين المرافعات الجديد . وأنظر الدكتور أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية ص 29 ، والدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوي في شرح المرافعات المدنية والتجارية ص 10 - ص 11 .

إثبات , الوسيط_ جزء 2_

الوسيط_ جزء 2_ مبدأ النظام القانوني للإثبات - مذاهب ثلاثة

مبدأ النظام القانوني للإثبات - مذاهب ثلاثة

20 - الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية - العدالة والاستقرار:

رأينا فيما تقدم أن الحقيقة القضائية قد تبتعد عن الحقيقة الواقعية ، بل قد تتعارض معها . ورأينا أن السبب في ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائي رسمه القانون . وقد يكون القاضي من أشد الموقنين بالحقيقة الواقعية ،

وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك ، ولكن ينعدم أمامه الطريق القانوني لإثباتها فلا يجد بداً من إهدارها والأخذ بسبل القانون في الإثبات ، ومن ثم قد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية .

والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين : اعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه إلي تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتي تتفق معها الحقيقة القضائية ، وإعتبار إستقرار التعامل ويدفعه إلي تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها وفي تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها ، حتي يأمن جوره إذا مال إلي الجور ، أو في القليل حتي يحد من تحكمه ، فلا تختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في الأقضية المتماثلة .

21 - مذاهب ثلاثة في الإثبات :

ويمكن في الموازنة ما بين الاعتبارين اللذين تقدم ذكرهما - اعتبار العدالة وإعتبار استقرار التعامل - أن نتصور قيم مذاهب ثلاثة في الإثبات :

(1) مذهب يميل إلي اعتبار العدالة ولو بالتضحية في استقرار التعامل ، وهذا هو المذهب الحر أو المطلق (système libre) .

(2) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو علي حساب العدالة، فيقيد القانون الإثبات أشد التقييد حتي يستقر التعامل ، وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيد (système légal) .

(3) ومذهب ثالث هو بين بين ، يزن ما بين الاعتبارين ، فيعتمد بكل منهما ، ولا يضحى أحدهما لحساب الآخر ، وهذا هو المذهب المختلط (système mixte) .

22 - المذهب الحر أو المطلق :

أما المذهب الحر أو المطلق ففيه ، كما قدمنا ، لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ، ويترك القاضي حراً في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه . وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة . وقد اعتنقته بعض الشرائع في بدء تطورها ، واعتنقه بعض رجال الفقه الإسلامي([1]) ، ولا تزال الشرائع الجرمانية والشرائع الأنجلو سكسونية (القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي) تأخذ به إلي حد كبير .

ولكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقياً . فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية إلي مدي واسع ، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم . فإذا جار القاضي أو تحكم في تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها ، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في المذهب القانوني أو المقيد ز و تنتقل الآن إلي هذا المذهب .

23 - المذهب القانوني أو المقيد :

ففي المذهب القانوني أو المقيد يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويجعل لكل طريق قيمته ، ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضي . ((وهذا المذهب - كما جاء في الموجز([2]) - علي ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل ، يباعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملاء السمع والبصر ، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطيع إثباتها بالطرق التي حددها القانون)) . وقد تغلب في الفقه الإسلامي المذهب القانوني في الإثبات . فيجب في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين ، ولا يكتفي بشاهد واحد إلا في حالات استثنائية([3]) ، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضي حرية في التقدير ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلي أخرى في حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسابياً([4]) .

24 - المذهب المختلط :

والمذهب المختلط يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد . ((وأشد ما يكون إطلاقاً - كما جاء في الموجز([5]) - في المسائل الجنائية، ففيها يكون الإثبات حراً يتلمس القاضي وسائل الإقناع فيه من أي دليل يقدم إليه ، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر . ثم يتقيد الإثبات بعض التقيد في المسائل التجارية مع بقائه حراً في الأصل . ويتقيد

بعد ذلك إلي حد كبير في المسائل المدنية فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتتسع متمشية في ذلك مع الملابس والظروف . وهذا المذهب الثالث هو خير المذاهب جميعاً ، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتوي عليه من قيود ، وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسخ فيه للقاضي من حرية التقدير . وقد أخذ القانون المصري بهذا المذهب مقتفياً في ذلك أثر الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي والقانون البلجيكي)) .

ويلاحظ علي هذا المذهب أمران :

(1) أن اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلي حد يجعل للأدلة قوة قطعية، فلا تزال للأدلة فيه حجة ظنية ، ولا تزال الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح *idée de probabilité* وليست حقيقة قاطعة . ولا بد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الإثبات مقفلاً أمام القاضي.

(2) أن المذهب المختلط يتفاوت في نظام قانوني عنه في نظام آخر ، فهو يضع من القيود علي حرية القاضي في تلمس الدليل قليلاً أو كثيراً علي قدر متفاوت يختلف باختلاف النظم القانونية . فمن النظم ما تقلل من هذه القيود حتي يشد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة، ومنها ما يزيد في القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتي يستقر التعامل . وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتبارين في كفتي الميزان ، حتي لا ترجح كفة وتشيل أخري .

[1] وقد ثار ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات جامداً وتقيدهم بشهادة الشهود وأخذهم بها دون القرائن والأدلة الأخرى ، ونادى بوجوب ترك الإثبات حراً ، ((فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله)) . قال في أعلام الموقعين : ((إن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له ، ولا يرد حقاً متى ظهر بدليله أبداً ، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه مع مساواة غيره له في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جرده ودفعه ، كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على رأسه عمامة ويده عمامه وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه ، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعى أضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد . فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ، ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحرمة . بل لما ظن هذا من ظنه ضيعوا طريق الحكم ، فضاء كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين ، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره : فيفعل ما يريد ويقول يقوم على بذلك شاهدان أثنان ، فضاءت حقوق كثيرة لله وعباده)) . ثم قال في الطرق الحكمية ((فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه علم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشئ ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين إشارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها بموجبها ، بل قد بين سبحانه وتعالى بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأى طريق ستخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست بمخالفة له)) .

[2] ^ الموجز للمؤلف ص 647 .

[3] ^ وكذلك كان الأمر في الصدر الأول من القانون الفرنسي القديم ، فكان شهادة الواحد لا تصلح *testis unus* . *Testis nullus* - انظر بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2192 .

[4] ^ انظر القوانين الفقهية لابن جزي ص 309 - ص 310 .

[5] ^ الموجز للمؤلف ص 647

إثبات، الوسيط_ جزء 2

الوسيط_ جزء 5 صلح الصلح القضائي -من مبحث شروط الانعقاد

الصلح القضائي -من مبحث شروط الانعقاد

يقع الصلح القضائي بين الخصوم في دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء ، وتصديق عليه المحكمة. الصلح القضائي ، أو الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، بمثابة ورقة رسمية ، أي بمثابة سند واجب التنفيذ لتصديق القاضي عليه . ولكنه لا يعتبر حكماً فهو لا يخرج عن كونه عقداً ثم بين الخصمين . ويجوز لكل منهما الطعن فيه ، ولكن ذلك لا يكون بالطرق المقررة للطعن في الأحكام ، لأنه لا يعتبر حكماً ، بل هو عقد وثقة القاضي في حدود سلطته الولائية وإنما يكون طريق الطعن فيه بدعوى أصلية. ويجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع . وقد شرح المرحوم الاستاذ الدكتور/عبدالرزاق#السنهوري هذا جامعاً شافياً في البند أو الفقرة الاتي عرضها

355 :- الصلح القضائي المبحث الأول شروط الانعقاد - فصل 1 - فرع 1

يقع هذا الصلح بين الخصوم في دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء ، وتصديق عليه المحكمة . وقد نصت المادة 124 من تقنين المرافعات في هذا الصدد على ما يأتي : " للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حال تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محاضر الجلسة ، ويوقع عليه منهم أو من وكلائهم . فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ، ألحق المكتوب بمحضر الجلسة ، وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة في الحاليين قوة السند التنفيذي واعتباره . وتعطي صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام " . ولا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إلا بحضور الخصمين ، لأن القاضي إنما يقوم بمهمة الموثق ، ولا يجوز توثيق عقد إلا بحضور الطرفين . فإذا غاب أحد الطرفين ، امتنع على القاضي التصديق على الصلح ، حتى لو كان الطرف الغائب قد قبل التصديق على الصلح في غيبته ، ولكن ذلك لا يمنع من اعتبار محضر الصلح الموقع عليه من الطرف الغائب سناً يصح الحكم بمقتضاه . وإذا حضر الطرفان وعدل أحدهما عن الصلح ، لم يجز للقاضي التصديق عليه ([1]) ، ويعتبر القاضي الصلح الذي عدل عنه أحد الطرفين ورقة من أوراق الدعوى يقدر قيمتها بحسب الظروف ([2]) .

ويعتبر هذا الصلح القضائي ، أو الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، بمثابة ورقة رسمية ، أي بمثابة سند واجب التنفيذ لتصديق القاضي عليه . ولكنه لا يعتبر حكماً ، فهو لا يخرج عن كونه عقداً ثم بين الخصمين ([3]) . ويجوز لكل منهما الطعن فيه ، ولكن ذلك لا يكون بالطرق المقررة للطعن في الأحكام ، لأنه لا يعتبر حكماً كما قدمنا ، وإنما يكون طريق الطعن فيه بدعوى أصلية ([4]) . فيجوز لكل من الطرفين أن يطلب في دعوى أصلية إبطال الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح لنقص في الأهلية ([5]) ، أو لغلط في الواقع ، أو لتدليس ، أو لغير ذلك من أسباب البطلان ([6]) .

على انه يجوز أخذ حق اختصاص بموجب هذا الحكم ، لا لأنه حكم بالتطبيق للمادة 1085 مدني ، بل لأنه قد ورد في شأنه نص خاص يجيز أخذ حق الاختصاص ، وهو المادة 1087 مدني وتجري على الوجه الآتي : " يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع " ([7]) .

ويجب تمييز الحكم الاتفاقي (jugement convenu jugement d'expédient) عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jugement d'homologation) السابق بيانه . وصورة الحكم الاتفاقي هي أن يعمد الخصمان أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع ، فإذا كان المدعي يطالب المدعي عليه مثلاً بخمسمائة ، ثم يتفقان على أن يطالبه بأربعمائة ، ويسلم المدعي عليه بالطلبات المعدلة ، فلا يسع القاضي في هذه الحالة إلا أن يقضي بهذه الطلبات ([8]) . والحكم الصادر بذلك إنما هو في الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمي بالحكم الاتفاقي .

ولكن هذا الحكم يختلف في طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، فإن هذا الحكم الأخير ليس حكماً كما قدمنا بل هو عقد وثقة القاضي في حدود سلطته الولائية ، بينما الحكم الاتفاقي هو حكم حقيقي صدر من القاضي في حدود سلطته القضائية . ومن ثم يسرى على الحكم الاتفاقي طرق الطعن المقررة في الأحكام فلا يطعن فيه بدعوى مستقلة ([9]) ، ويخضع في تفسيره للقواعد المقررة في تفسير الأحكام لا في تفسير العقود ، ويجوز أخذ حق اختصاص بمقتضاه بموجب المادة 1085 مدني لا بموجب المادة 1087 ([10]) .

فصل1	الجزء 5 الباب 4
	أركان عقد الصلح
التراضي والمحل والسبب	
فرع 1	التراضي في عقد الصلح
مبحث	شروط الانعقاد
مبحث	شروط الصحة
مطلب	الأهلية في عقد الصلح
مطلب	عيوب الرضاء في عقد الصلح
فرع 2	المحل والسبب في عقد الصلح
مبحث	المحل في عقد الصلح
مبحث	السبب في عقد الصلح
فصل2	آثار الصلح
فرع1	حسم النزاع
مبحث	كيف ينحسم النزاع بالصلح
مطلب	انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين
مطلب	تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً
مبحث	طرق الإلزام بالصلح
مطلب	الدفع بالصلح والشرط الجزائي
مطلب	فسخ الصلح
فرع 2	الأثر الكاشف والأثر النسبي للصلح
مبحث	الأثر الكاشف للصلح
مبحث	الأثر النسبي للصلح
	الجزء 5 الباب 4

[1]) نقض مدني 28 مايو سنة 1938 مجموعة عمر 1 رقم 371 ص 1137 استئناف مصر 19 يناير سنة 1933 المحماة 13 رقم 623 ص 122 3 - محكمة مصر الوطنية 19 يناير سنة 1927 المجموعة الرسمية 29 رقم 7 م 2 ص 12 .

[2]) استئناف مصر 26 نوفمبر سنة 1935 المحماة 16 رقم 215 ص 495 - 30 ابريل سنة 1930 المحماة 11 رقم 86 ص 145 . وقد ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى أن للقاضي أن يرفض التصديق إذا وجد في الصلح ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة أو ما يضر بمصالح الغير كائدان دخل في التوزيع ولم يكن طرفاً في الصلح (15 يونيو سنة 1937 م 49 ص 265 - وقارن الأستاذ أكرم الخولي ص 41 - ص 42) .

[3]) وقد قضت محكمة النقض بأن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة ، لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ، وإذن فهذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليست له حجية الشيء المحكوم فيه ، وإن كان يعطي شكل الأحكام عند إثباته (نقض مدني 9 مايو سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 58 ص 192 - 19 ابريل سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 115 ص 721) .

[4]) لكن إذا قبل الخصم الحكم الابتدائي صلحاً وتنازل بهذا الصلح عن الحق في استئنافه ، ثم استأنفه ، وقدم المستأنف عليه إلى محكمة الاستئناف عقد الصلح محتجاً به على خصمه في قبوله الحكم الابتدائي وتنازله عن الحق في استئنافه ، وطلب مؤاخذته به ، فلا شك أن من حق هذا الخصم (المستأنف) أن يطعن في هذا العقد ويدفع حججه عنه ، ومن واجب المحكمة أن تتعرض له وتفصل في النزاع القائم بشأنه بين الطرفين ، فإن هذا العقد حكمه حكم كل دليل يقدم إلى المحكمة فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو اطراحاً له ، ولا يجب عليها وقف الاستئناف حتى يفصل في الدعوى المقامة بصحة عقد الصلح ونفاذه (نقض مدني 5 يونيو سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 211 ص 450) .

[5]) استئناف مختلط 18 مايو سنة 1944 م 56 ص 151 .

[6]) استئناف مصر 26 نوفمبر سنة 1935 المحماة 16 رقم 215 ص 495 - عكس ذلك استئناف مختلط 24 مايو سنة 1938 م 50 ص 317 . ويكون الصلح المصدق عليه قابلاً للفسخ كسائر العقود ، ويكون تفسيره طبقاً للقواعد المتبعة في تفسير العقود لا في تفسير الأحكام (نقض مدني 20 يناير سنة 1949 المجموعة الرسمية 50 رقم 76 - استئناف وطني 6 يناير سنة 1920 المجموعة الرسمية 21 رقم 57 ص 91) .

[7]) أنظر في الخلاف الذي كان قائماً في عهد التقنين المدني السابق في جواز الحصول على حق اختصاص الأستاذ محمود جمال الدين زكي ص 22 هامش رقم 4 - وانظر في كل ما تقدم الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود المسماة 1 فقرة 265 - الأستاذ محمد علي عرفة ص 376 - ص 378 - الأستاذ أكرم الخولي ص 41 - ص 42 .

[8]) وهناك رأي يذهب إلى أنه لا محل لأن يجاري القاضي الخصوم في هذا السبيل الصوري ، فإذا علم بتمام الصلح بين الطرفين وجب عليه أن يصدق على هذا الصلح بمقتضى سلطته الولائية ، لا أن يصدر حكماً متفقاً عليه (أنظر من هذا الرأي : استئناف مختلط 4 فبراير سنة 1903 م 15 ص 131 - الأستاذ أكرم الخولي ص 43 هامش 3 - وانظر من الرأي العكسي : استئناف مختلط 14 نوفمبر سنة 1934 م 47 ص 23 - 15 يونيو سنة 1937 م 49 ص 265) .

[9]) استئناف مختلط 24 مايو سنة 1938 م 50 ص 317 - بلانيول وريبير وسافاتييه 11 فقرة 1583 - الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة 13 .

[10]) وهناك رأي يذهب إلى وجوب الجمع بين العنصرين الشكلي والموضوعي والاعتداد بكل منهما في نطاقه ، فلا يجوز الطعن في الحكم الإتفاقي إلا بطرق الطعن في الأحكام وفي المواعيد المقررة لها ، ولكن الطعن في الموضوع يخضع لأحكام الصلح ولأسباب بطلانه ولا يجوز تعديل هذا الحكم جزئياً لأنه من حيث الموضوع صلح تسري عليه قاعدة عدم التجزئة (الأستاذ أكرم الخولي ص 43 - ص 44) .

التالي: اثبات عقد الصلح

:الوسيط_ جزء_ 5_ صلح

عرض البراءة من الالتزامات

مؤلف

البراءة من الالتزامات

اعداد مصطفى علاوي المستشار
بمحكمة الاستئناف بفاس

الاطار القانوني لانقضاء الالتزامات

الإطار القانوني لانقضاء الالتزامات

قانون الالتزامات والعقود

ظهر 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

القسم السادس: انقضاء الالتزامات

الفصل 319

تنقضي الالتزامات بما يأتي:

1 - الوفاء؛

2 - استحالة التنفيذ؛

3 - الإبراء الاختياري؛

4 - التجديد؛

5 - المقاصة؛

6 - اتحاد الذمة؛

7 - التقادم؛

8 - الإقالة الاختيارية.

الباب الأول: الوفاء

الفرع الأول: الوفاء بوجه عام

الفصل 320

ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقا للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون.

الفصل 321

وينقضي الالتزام أيضا إذا رضي الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه، شيئا آخر، غير الشيء الذي ذكر في الالتزام. وهذا الرضى يفترض موجودا إذا أخذ الدائن، بدون تحفظ شيئا آخر غير الذي كان محلا للالتزام.

الفصل 322

المدين الذي يؤدي، على سبيل الوفاء، لدائنه شيئا أو ديناً له على آخر أو حقا معنويا يلتزم بنفس الضمان الذي يتحمل به البائع، سواء من أجل العيوب الخفية في الشيء أو من أجل عدم كفاية الحجة. ولا تطبق هذه القاعدة على التبرعات وغيرها مما ليس فيه عوض.

الفصل 323

تخصم المدفوعات من الدين الذي يعينه المدين عند الدفع. فإذا سكت المدين، بقي له الحق في تعيين الدين الذي قصد وفاءه وعند الشك يقع الخصم من الدين الذي للمدين إذ ذاك مصلحة أكبر في أدائه، والأولى أن يكون من الدين الذي حل أجله، فإن تعددت الديون الحالة، وقع الخصم من الدين الذي يكون فيه ضمان الدائن أقل من ضمانه في غيره، فإن تساوت الديون في الضمان، وقع الخصم من أكثرها كلفة على المدين؛ وإن تساوت في كلفتها على المدين، وقع الخصم من أقدمها تاريخاً.

الفصل 324

إذا قبل المدين بعبدة ديون توصيلاً قد عين الدائن بمقتضاه الدين الذي يخصم منه ما قبضه، فلا يجوز للمدين أن يطلب وقوع الخصم من دين آخر، مادام الخصم المذكور في التوصيل متفقاً مع مصالحه.

الفرع الثاني: الوفاء بطريق الشيك 142

الفصول 325 إلى 143334

الباب الثاني: استحالة التنفيذ

الفصل 335

ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلاً، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مَطْل.

الفصل 336

إذا كانت الاستحالة جزئية لم ينقض الالتزام إلا جزئياً. فإذا كان من طبيعة هذا الالتزام أن لا يقبل الانقسام إلا مع ضرر للدائن، كان له الخيار بين أن يقبل الوفاء الجزئي وبين أن يفسخ الالتزام في مجموعه.

الفصل 337

إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه، بغير خطأ المدين فإن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء المستحق والعائدة للمدين تنتقل منه للدائن.

الفصل 338

إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى سبب خارج عن إرادة المتعاقدين وبدون أن يكون المدين في حالة مَطْل، برئت ذمة هذا الأخير، ولكن لا يكون له الحق في أن يطلب أداء ما كان مستحقاً على الطرف الآخر.

142 - انظر المادة 239 وما بعدها من مدونة التجارة.

143 - ألغيت الفصول من 325 إلى 334 بمقتضى الفصل 76 من ظهير 19 يناير 1939، الذي تضمن تشريعاً جديداً خاصاً بالمدفوعات عن طريق الشيكات، وذلك قبل أن يتم نسخ ظهير 19 يناير 1939 بمقتضى المادة 733 من مدونة التجارة.

فإذا كان الطرف الآخر قد أدى فعلا التزامه، كان له الحق في استرداد ما أداه، كلاً أو جزءاً بحسب الأحوال، باعتبار أنه غير مستحق.

الفصل 339

إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل الدائن أو إلى أي سبب آخر يعزى إليه بقي للمدين الحق في أن يطلب تنفيذ الالتزام بالنسبة إلى ما هو مستحق له على شرط أن يرد للطرف الآخر ما وفره بسبب عدم تنفيذ التزامه أو ما استفاده من الشيء محل الالتزام.

الباب الثالث: الإبراء من الالتزام

الفصل 340

ينقضي الالتزام بالإبراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع. والإبراء من الالتزام ينتج أثره مادام المدين لم يرفضه صراحة.

الفصل 341

يمكن أن يحصل الإبراء صراحة، بأن ينتج عن اتفاق أو توصيل أو أي سند آخر يتضمن تحلل المدين من الدين أو هبته إياه.

كما يمكن أن يحصل الإبراء ضمناً، بأن ينتج من كل فعل يدل بوضوح عن رغبة الدائن في التنازل عن حقه.

إرجاع الدائن اختياراً إلى المدين السند الأصلي للدين يفترض به حصول الإبراء من الدين.

الفصل 342

إرجاع الدائن الشيء المقدم على سبيل الرهن لا يكفي لافتراض حصول الإبراء من الدين.

الفصل 343

لا يكون للإبراء من الالتزام أي أثر إذا رفض المدين صراحة قبوله ولا يجوز له رفضه:

1 - إذا كان قد سبق له أن قبله؛

2 - إذا كان الإبراء قد تم بطلبه.

الفصل 344

الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة.

الفصل 345

الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته.

الفصل 346

الإبراء أو التحليل 144 من كل دين على العموم ودون تحفظ لا يصح الرجوع فيه وتبرأ به ذمة المدين نهائياً 145، ولو كان الدائن يجهل المقدار الحقيقي لدينه أو اكتشف سندات كانت مجهولة لديه، إلا إذا كان الإبراء حاصلًا من الوارث في دين موروثه وثبت حصول الغش أو التدليس من جانب المدين أو من جانب أشخاص آخرين متواطئين معه.

الباب الرابع: التجديد

الفصل 347

التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله.
والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه.

الفصل 348

يلزم لإجراء التجديد:

1 - أن يكون الالتزام القديم صحيحاً؛

2 - أن يكون الالتزام الجديد الذي يحل محله صحيحاً بدوره.

الفصل 349

لا يمكن حصول التجديد إلا إذا كان الدائن أهلاً للتقويت والمدين الجديد أهلاً للالتزام، ولا يجوز للأولياء والوكلاء ومن يتولون إدارة أموال غيرهم إجراء التجديد، إلا في الأحوال التي يجوز لهم فيها إجراء التقويت.

الفصل 350

يحصل التجديد بثلاث طرق:

1 - أن يتفق الدائن والمدين على إحلال التزام جديد محل القديم الذي ينقضي، أو على تغيير سبب الالتزام القديم؛

2 - أن يحل مدين جديد محل القديم الذي يحلله الدائن من الدين ويجوز أن يحصل هذا الإحلال من غير مشاركة المدين القديم؛

3 - أن يحل، نتيجة تعهد جديد، دائن جديد محل القديم الذي تبرأ ذمة المدين بالنسبة إليه.

مجرد تعيين المدين شخصاً يلتزم بأن يقوم بالوفاء بالدين مكانه لا يؤدي إلى التجديد. كما لا يؤدي إلى التجديد مجرد تعيين الدائن شخصاً للاستيفاء عنه.

144 - وردت في النص الفرنسي عبارة "libération"، بمعنى التحرير أو الإبراء المطلق.

145 - قارن مع الفقرة الثانية من المادة 73 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يعتبر باطلاً كل إبراء أو صلح، طبقاً للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه. » وكذا الفقرة الثانية من المادة 76 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقاً للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبينة فيها. »

الفصل 351

إحلال شيء محل الشيء المبين في الالتزام القديم يمكن أن يعد تجديدا إذا كان من شأنه أن يلحق بالالتزام تعديلا جوهريا، أما تغيير مكان التنفيذ أو التعديلات الواردة على شكل الالتزام أو على القيود المضافة له كالأجل والشروط والضمانات فلا تعد تجديدا إلا إذا كان المتعاقدان قد قصداه صراحة.

الفصل 352

الإنابة التي بمقتضاها يعطي المدين للدائن مدينا آخر غيره يلتزم تجاهه بأن يدفع له الدين تؤدي إلى التجديد، إذا صرح الدائن بأنه يقصد إبراء ذمة مدينه الذي أجرى الإنابة وبأنه يتنازل عن كل حق له في الرجوع عليه.

الفصل 353

في الحالة المنصوص عليها في الفصل السابق، يترتب على الإنابة براءة ذمة المُنيب ولا يكون للدائن أي رجوع عليه، ولو أصبح المدين المُناب في حالة عُسر، ما لم يكن عُسر هذا واقعا بالفعل عند حصول التجديد، بدون علم من الدائن.

الفصل 354

ليس للمدين الذي يقبل الإنابة أن يتمسك، في مواجهة الدائن الجديد حسن النية، بالدفع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي مع بقاء حقه في الرجوع على هذا الأخير. ومع ذلك، يسوغ له أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفع المتعلقة بالأهلية الشخصية، إذا كانت هذه الدفع مبنية على أساس وقت قبوله الإنابة، ومجهولة عندئذ منه.

الفصل 355

الامتيازات والرهن الرسمية الضامنة للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذي يحل محله، إلا إذا احتفظ بها الدائن صراحة.

الاتفاق الذي من شأنه أن ينقل الضمانات العينية من الدين القديم إلى الجديد لا ينتج أثرا بالنسبة إلى الغير، إلا إذا أبرم في نفس الوقت الذي يتم فيه التجديد وكان واردا في رسم ثابت التاريخ.

الفصل 356

بالتجديد ينقضي الالتزام القديم نهائيا، إذا كان الالتزام الجديد الذي حل محله صحيحا ولو لم يقع تنفيذ الالتزام الجديد.

بيد أنه إذا كان الالتزام الجديد معلقا على شرط واقف، فإن أثر التجديد يتوقف على تحقق الشرط، فإذا لم يتحقق هذا الشرط، اعتبر التجديد كأن لم يكن.

الباب الخامس: المُقاصة

الفصل 357

تقع المُقاصة إذا كان كل من الطرفين دائنا للآخر ومدينا له بصفة شخصية. وهي لا تقع بين المسلمين، عندما يكون من شأنها أن تتضمن مخالفة لما تقضي به الشريعة الإسلامية.

الفصل 358

ليس للقاضي أن يعتد بالمُقاصة، إلا إذا حصل التمسك بها صراحة ممن له الحق فيها.

الفصل 359

المدين الذي قبل بدون تحفظ الحوالة التي أجراها الدائن لأحد من الغير ليس له أن يتمسك في مواجهة المحال له بالمُقاصة التي كان يمكنه، قبل وقوع القبول منه، أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي. وليس له إلا الرجوع بدينه على المحيل.

الفصل 360

ليس للشريك في شركة أن يتمسك في مواجهة دائئه بالمُقاصة بما هو مستحق على هذا الدائن للشركة وليس لدائن الشركة أن يتمسك في مواجهة الشريك بالمُقاصة بما هو مستحق له على الشركة. كما أنه ليس له أن يتمسك في مواجهة الشركة بما هو مستحق له على أحد الشركاء شخصيا.

الفصل 361

لا تقع المُقاصة إلا بين دينين من نفس النوع، وعلى سبيل المثال، بين الأشياء المنقولة المتحددة صنفا ونوعا 146 أو بين النقود والمواد الغذائية.

الفصل 362

يلزم، لإجراء المُقاصة، أن يكون كل من الدينين محدد المقدار ومستحق الأداء، ولا يلزم أن يكونا واجبي الأداء في نفس المكان. وسقوط الأجل الناتج عن عُسر المدين وعن افتتاح التركة 147 يجعل الدين قابلا للمُقاصة.

الفصل 363

لا يسوغ التمسك بالدين الذي انقضى بالتقادم من أجل إجراء المُقاصة.

الفصل 364

يسوغ وقوع المُقاصة بين ديون مختلفة في أسبابها أو في مقاديرها وعند اختلاف الدينين في المقدار تقع المُقاصة في حدود الأقل منهما.

الفصل 365

لا تقع المُقاصة:

- 1 - إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها؛
- 2 - ضد دعوى استرداد شيء نزع من صاحبه بدون وجه حق إما بالإكراه أو بالغش، أو ضد دعوى المطالبة بحق ناشئ عن جريمة أو شبه جريمة أخرى؛

146 - وردت في النص الفرنسي عبارة "espèce et qualité" "نوعا و صنفًا" بدل "صنفا ونوعا" كما جاء في الترجمة العربية.

147 - مع ملاحظة أن المشرع المغربي ألغى مسألة حلول الدين بالوفاة، طبقا لظهير 19 يوليوز 1922 الذي ألغى الفصل 140 من قانون الالتزامات والعقود.

3 - ضد دعوى استرداد الوديعة أو عارية الاستعمال، أو ضد دعوى التعويض الناشئة عن هذين العقدين في حالة هلاك الشيء المستحق؛

4 - إذا كان المدين قد تنازل من بادئ الأمر عن التمسك بالمقاصة أو كان العقد المنشئ للالتزام يمنعه من التمسك بها؛

5 - ضد حقوق الدولة والجماعات المحلية من أجل الضرائب والرسوم ما لم يكن حق من يتمسك بالمقاصة واجبا على نفس الصندوق الذي يطالب بالضريبة أو الرسم.

الفصل 366

لا تقع المقاصة إذا كان فيها إضرار بالحقوق المكتسبة للغير على وجه قانوني صحيح.

الفصل 367

يترتب على المقاصة، عند التمسك بها، انقضاء الدينين، في حدود الأقل منهما مقدارا، ابتداء من الوقت الذي وجدا فيه معا مستوفيين للشروط التي يحددها القانون لإجراء المقاصة.

الفصل 368

إذا تعددت على نفس الشخص ديون قابلة للمقاصة طبقت في شأنها القواعد المقررة في خصم المدفوعات.

الباب السادس: اتحاد الذمة

الفصل 369

إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين لنفس الالتزام، نتج اتحاد في الذمة يؤدي إلى انتهاء علاقة دائن بمدين.

ويسوغ أن يكون اتحاد الذمة كلياً أو جزئياً، حسبما يكون متعلقاً بالدين كله أو بجزء منه.

الفصل 370

إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، عاد الدين بتوابعه في مواجهة جميع الأشخاص، واعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن أبداً.

الباب السابع: التقادم

الفصل 371

التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام.

الفصل 372

التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به.

وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه.

الفصل 373

لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم، ولكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله.
... 148.

الفصل 374

يسوغ للدائن ولكل شخص آخر له مصلحة في التمسك بالتقادم، كالكفيل، أن يتمسك به ولو تنازل عنه المدين الأصلي.

الفصل 375

لا يسوغ للمتعاقدين، بمقتضى اتفاقات خاصة، تمديد أجل التقادم إلى أكثر من الخمس عشرة سنة التي يحددها القانون.

الفصل 376

التقادم يسقط الدعاوى المتعلقة بالالتزامات التبعية في نفس الوقت الذي يسقط فيه الدعاوى المتعلقة بالالتزام الأصلي، ولو كان الزمن المحدد لتقادم الالتزامات التبعية لم ينقض بعد.

الفصل 377

لا محل للتقادم إذا كان الالتزام مضمونا برهن حيازي على المنقول 149 أو برهن رسمي.

الفصل 378

لا محل لأي تقادم:

1 - بين الأزواج خلال مدة الزواج-150؛

2 - بين الأب أو الأم وأولادهما؛

3 - بين ناقص الأهلية أو الحُبس أو غيره من الأشخاص المعنوية والوصي أو المقدم أو المدير مادامت ولايتهم قائمة ولم يقدموا حساباتهم النهائية.

الفصل 379

148 - مقارنة مع النص الفرنسي، سقطت الفقرة الثانية لهذا الفصل من الترجمة العربية؛
وبذلك يمكن صياغة الفصل 373 أعلاه كالاتي:

لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم، ولكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله.

ومن ليست له أهلية التبرع ليس له ترك الحق الحاصل من التقادم

On ne peut d'avance renoncer à la prescription. On peut renoncer à la prescription acquise.

Celui qui ne peut faire de libéralité ne peut renoncer à la prescription acquise

149 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "gage"، دون تخصيص بالمنقول كما جاء في الترجمة العربية.

150 - قارن مع المادة 195 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه « يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت »

لا يسري التقادم ضد القاصرين غير المرشدين وناقصي الأهلية الآخرين إذا لم يكن لهم وصي أو مساعد قضائي أو مقدم، وذلك إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو ترشيدهم أو تعيين نائب قانوني لهم.

الفصل 380

لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها، وبناء على ذلك لا يكون للتقادم محل:

- 1 - بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط، حتى يتحقق الشرط؛
- 2 - بالنسبة لدعوى الضمان إلى أن يحصل الاستحقاق أو يتحقق الفعل الموجب للضمان؛
- 3 - بالنسبة إلى كل دعوى تتوقف مباشرتها على أجل إلى أن يحل ذلك الأجل؛
- 4 - ضد الغائبين إلى أن يثبت غيابهم ويعين نائب قانوني عنهم ويعتبر في حكم الغائب من يوجد بعيدا عن المكان الذي يتم فيه التقادم؛
- 5 - إذا وجد الدائن بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم.

الفصل 381

ينقطع التقادم:

- 1 - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مَطْل لتفويض التزامه، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضي ببطانها لعييب في الشكل؛
- 2 - بطلب قبول الدين في تفليسة المدين -151؛
- 3 - بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات.

الفصل 382

وينقطع التقادم أيضا بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو أدى المدين قسطا منه وكان هذا الأداء ناتجا عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلا للوفاء، أو قدم كفيلا أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.

الفصل 383

إذا انقطع التقادم بوجه صحيح، لا يحسب في مدة التقادم الزمن السابق لحصول ما أدى إلى انقطاعه، وتبدأ مدة جديدة للتقادم من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع.

الفصل 384

انقطاع التقادم ضد الوارث الظاهر أو غيره ممن يحوز الحق، يسري على من يخلفه في حقوقه.

الفصل 385

يسوغ التمسك بانقطاع التقادم في مواجهة ورثة الدائن وخلفائه.

الفصل 386

يحسب التقادم بالأيام الكاملة لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الزمن اللازم لتمامه.

ويتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل.

الفصل 387

كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام بتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة.

الفصل 388

(معدل بظهير 8 أبريل 1938 و 6 يوليوز 1954 و 2 أبريل 1955)

تتقادم بخمس سنوات: دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها لغيرهم من التجار أو الموردين أو أرباب المصانع من أجل حاجات مهنتهم.

تتقادم بسنتين:

1 - دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والبيطرة من أجل ما يقومون به من زيارات ويؤدونه من عمليات، وكذلك من أجل ما يوردونه من أشياء وما يقدمونه من نقود ابتداء من تاريخ حصوله؛

2 - دعوى الصيادلة من أجل الأدوية التي يوردونها، ابتداء من تاريخ توريدها؛

3 - دعوى المؤسسات الخاصة أو العامة المخصصة لعلاج الأمراض البدنية أو العقلية أو لرعاية المرضى، من أجل العلاج المقدم منها لمرضاهم والتوريدات والمصروفات الحاصلة منها لهم، ابتداء من تاريخ تقديم العلاج أو حصول التوريدات؛

4 - دعوى المهندسين المعماريين وغيرهم من المهندسين والخبراء والمساحين من أجل مواصفاتهم أو عملياتهم والمصروفات المقدمة منهم ابتداء من تاريخ تقديم المواصفة أو إتمام العمليات أو إجراء المصروفات؛

5 - دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل التوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص؛

6 - دعوى الفلاحين ومنتجي المواد الأولية من أجل التوريدات المقدمة منهم، إذا كانت قد استخدمت في الأغراض المنزلية للمدين، وذلك ابتداء من يوم وقوع التوريدات.

تتقادم بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً:

1 - دعوى المعلمين والأساتذة وأصحاب المؤسسات المخصصة لإقامة التلاميذ العامة منها والخاصة، من أجل أتعابهم المستحقة على تلاميذهم وكذلك من أجل التوريدات المقدمة منهم إليهم، وذلك ابتداء من حلول الأجل المحدد لدفع أتعابهم؛

2 - دعوى الخدم 152 من أجل أجورهم وما قاموا به من مصروفات وغير ذلك من الأداءات المستحقة لهم بمقتضى عقد إجارة العمل، وكذلك دعوى المخدمين ضد خدامهم من أجل المبالغ التي يسبقونها لهم على أساس تلك الرابطة؛

3 - دعوى العمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين و مندوبي التجارة والصناعة 153، من أجل رواتبهم وعمولاتهم، وما أدوه من مصروفات بسبب وظائفهم، وما يستحقونه من عطلة سنوية مؤدى عنها أو ما يعوضها وذلك عن السنة الجارية وعند ثبوت الحق في عطل مجتمعة، عن السنة أو السنتين الماضيتين؛

دعوى أرباب الحرف من أجل توريداتهم ومياوماتهم وما أنفقوه بسبب خدماتهم؛

دعوى المخدم أو رب العمل من أجل المبالغ المسبقة للعمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين والمندوبين من أجورهم أو عمولاتهم أو المبالغ التي أنفقوها بسبب خدماتهم؛

4 - دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم، من أجل الإقامة والطعام وما يصرفونه لحساب زبائنهم؛

5 - دعوى مكري المنقولات من أجل أجرتها.

الفصل 389

(ظهر 8 أبريل 1938 وظهر 17 فبراير 1939).

تتقدم أيضا بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوما:

1 - دعوى وكلاء الخصومة، من أجل الأتعاب، والمبالغ التي يصرفونها وذلك ابتداء من الحكم النهائي أو من عزلهم من الوكالة 154؛

152 - قارن مع الأجل الوارد في المادة 395 من مدونة الشغل الذي ينص على أنه « تتقدم بمرور سنتين كل الحقوق الناتجة عن عقود الشغل الفردية، وعن عقود التدريب من أجل الإدماج المهني، وعن عقود التدرج المهني، وعن الخلافات الفردية التي لها علاقة بهذه العقود، أيا كانت طبيعة هذه الحقوق، سواء كانت نابعة عن تنفيذ هذه العقود أو عن إنهاؤها. »

153 - قارن مع الأجل الوارد في المادة 395 من مدونة الشغل الذي ينص على أنه « تتقدم بمرور سنتين كل الحقوق الناتجة عن عقود الشغل الفردية، وعن عقود التدريب من أجل الإدماج المهني، وعن عقود التدرج المهني، وعن الخلافات الفردية التي لها علاقة بهذه العقود، أيا كانت طبيعة هذه الحقوق، سواء كانت نابعة عن تنفيذ هذه العقود أو عن إنهاؤها. »

154 - قارن مع الفقرة الأخيرة من المادة 50 من القانون المنظم لقانون المحاماة التي تنص على أنه « تتقدم جميع الطلبات والمنازعات المتعلقة بالأتعاب بمرور خمس سنوات من انتهاء تاريخ انتهاء التوكيل. »؛ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لقانون المحاماة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر

- 2 - دعوى الوسيط من أجل استيفاء السمسرة، ابتداء من إبرام الصفقة؛
- 3 - دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق، من أجل ما سبقوه لهم، لأداء ما أنيط بهم من أعمال، وذلك ابتداء من نفس التاريخ المقرر لكل طائفة منهم؛
- 4 - الدعاوى التي تثبت من أجل العوار والضياح والتأخير وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن تنشأ عن عقد النقل، سواء أكانت ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو المرسل إليه، وكذلك الدعاوى التي تنشأ بمناسبة عقد النقل.
- وتحسب مدة هذا التقادم، في حالة الهلاك الكلي، ابتداء من اليوم الذي كان يجب فيه تسليم البضاعة، وفي غير ذلك من الأحوال، ابتداء من يوم تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عرضها عليه.
- الأجل لرفع كل دعوى من دعاوى الرجوع هو شهر، ولا يبدأ هذا التقادم إلا من يوم مباشرة الدعوى ضد الشخص الذي يثبت له الضمان.
- في حالة النقل الحاصل لحساب الدولة، لا يبدأ التقادم إلا من يوم تبليغ القرار الإداري المتضمن للتصفية النهائية أو للأمر النهائي بالأداء.

الفصل 390

يسري التقادم المنصوص عليه في الفصلين 388 و389 السابقين ولو حصل الاستمرار في التوريدات أو التسليم أو الخدمات أو الأعمال.

(ظهير 6 يوليوز 1954) ومع ذلك يحق للأشخاص الذين يحتج ضدهم بالتقادم المنصوص عليه في الفصلين 388 و389 المذكورين أنفاً أن يوجهوا اليمين للأشخاص الذين يتمسكون به، ليقسموا أن الدين قد دفع فعلاً، ويسوغ توجيه اليمين لأرامل هؤلاء ولورثتهم ولأوصيائهم إن كانوا قاصرين ليصرحوا بما إذا كانوا لا يعلمون بأن الدين مستحق.

الفصل 391

الحقوق الدورية والمعاشات وأكرية الأراضي والمباني والفوائد وغيرها من الأداءات المماثلة تتقادم في مواجهة أي شخص كان بخمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط.

الفصل 392

جميع الدعاوى بين الشركاء بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الغير بسبب الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة، تتقادم بخمس سنوات، ابتداء من يوم نشر سند حل الشركة، أو من يوم نشر انفصال الشريك عنها.

وإذا كان حق دائن الشركة لا يحل أجله إلا بعد النشر فإن التقادم لا يبدأ إلا بعد هذا الحل.

وذلك كله دون إخلال بما يقرره القانون من تقادم أقصر في موضوع الشركة.

الباب الثامن: الإقالة الاختيارية

الفصل 393

تنقضي الالتزامات التعاقدية، إذا ارتضى المتعاقدان عقب إبرام العقد، التحلل منها وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون.

الفصل 394

يجوز أن تقع الإقالة ضمنياً، كما هي الحال إذا قام كل من المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع ما أخذه من مبيع أو ثمن للآخر.

الفصل 395

تخضع الإقالة من حيث صحتها للقواعد العامة المقررة للالتزامات التعاقدية.

الأوصياء والمديرون وغيرهم من الأشخاص الذين يعملون باسم غيرهم لا يسوغ لهم أن يتقايلا إلا في الحالات ووفقاً للإجراءات الواجبة للقيام بالتقويات التي تخولها لهم ولايتهم، وبشرط أن تكون هناك منفعة للأشخاص الذين يعملون باسمهم.

الفصل 396

لا أثر للإقالة:

1 - إذا كان محل العقد شيئاً معيناً بالذات، وهلك أو تعيب أو حصل له بصنع الإنسان تغيير في طبيعته؛

2 - إذا استحال على المتعاقدين، لأي سبب آخر، أن يرجع أحدهما للثاني ما أخذه منه بالضبط، إلا إذا اتفق المتعاقدان في الحالتين السابقتين على تعويض الفرق.

الفصل 397

يترتب على الإقالة عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد.

ويجب على المتعاقدين أن يرجع كل منهما للآخر ما أخذه منه بمقتضى الالتزام الذي وقعت فيه الإقالة.

كل تعديل يجرى على العقد الأصلي يفسد الإقالة ويحولها إلى عقد جديد.

الفصل 398

الإقالة الاختيارية لا تضر بالغير الذي اكتسب بوجه صحيح حقوقاً على الأشياء التي هي محل الإقالة.

صور انقضاء الالتزام على ضوء قانون الالتزامات والعقود

يكون انقضاء الالتزام extinction de l'obligation عموماً، إما بتنفيذه عيناً بالوفاء به، أو بما يعادل الوفاء بالمقاصة أو اتحاد الذمة أو بالوفاء بمقابل أو بالتجديد أو الإنابة، أو من دون الوفاء به :

بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم المسقط. و هو ما نص عليه قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 319 من القسم السادس منه على ما يلي

تنقضي الالتزامات بما يأتي:

- 1 - الوفاء؛
- 2 - استحالة التنفيذ؛
- 3 - الإبراء الاختياري؛
- 4 - التجديد؛
- 5 - المقاصة؛
- 6 - اتحاد الذمة؛
- 7 - التقادم؛
- 8 - الإقالة الاختيارية.

1- الوفاء: paiement

جاء في الفصلين 320 و 321 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقا للشروط التي يحددها الاتفاق او القانون.

وينقضي الالتزام أيضا إذا رضي الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه، شيئا آخر، غير الشيء الذي ذكر في الالتزام. وهذا الرضى يفترض موجودا إذا أخذ الدائن، بدون تحفظ شيئا آخر غير الذي كان محلا للالتزام.

والإبراء من الدين الحاصل للمدين يبرئ ذمة الكفيل، ولكن الإبراء الحاصل للكفيل لا يبرئ ذمة المدين. والإبراء الحاصل لأحد الكفلاء، بدون موافقة الآخرين يبرئ هؤلاء في حدود حصة الكفيل الذي حصل الإبراء لصالحه. الفصل 1154 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

الباب الأول: الوفاء

الفرع الأول: الوفاء بوجه عام

الفصل 320

ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقا للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون.

الفصل 321

وينقضي الالتزام أيضا إذا رضي الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه، شيئا آخر، غير الشيء الذي ذكر في الالتزام. وهذا الرضى يفترض موجودا إذا أخذ الدائن، بدون تحفظ شيئا آخر غير الذي كان محلا للالتزام.

الفصل 322

المدين الذي يؤدي، على سبيل الوفاء، لدائنه شيئا أو ديناً له على آخر أو حقا معنويا يلتزم بنفس الضمان الذي يتحمل به البائع، سواء من أجل العيوب الخفية في الشيء أو من أجل عدم كفاية الحجة.

ولا تطبق هذه القاعدة على التبرعات وغيرها مما ليس فيه عوض.

الفصل 323

تخصم المدفوعات من الدين الذي يعينه المدين عند الدفع. فإذا سكت المدين، بقي له الحق في تعيين الدين الذي قصد وفاءه وعند الشك يقع الخصم من الدين الذي للمدين إذ ذاك مصلحة أكبر في أدائه، والأولى أن يكون من الدين الذي حل أجله، فإن تعددت الديون الحالة، وقع الخصم من الدين الذي يكون فيه ضمان الدائن أقل من ضمانه في غيره، فإن تساوت الديون في الضمان، وقع الخصم من أكثرها كلفة على المدين؛ وإن تساوت في كلفتها على المدين، وقع الخصم من أقدمها تاريخا.

الفصل 324

إذا قبل المدين بعدة ديون توصيلا قد عين الدائن بمقتضاه الدين الذي يخصم منه ما قبضه، فلا يجوز للمدين أن يطلب وقوع الخصم من دين آخر، مادام الخصم المذكور في التوصيل متفقا مع مصالحه.

الباب الثالث: الحلول

الفصل 211

الحلول محل الدائن في حقوقه يقع إما بمقتضى الاتفاق، وإما بمقتضى القانون.

الفصل 212

يقع الحلول الاتفاقي إذا أحل الدائن الغير محله، عند قبضه الدين منه في الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهن الرسمية التي له على المدين. ويجب أن يقع هذا الحلول صراحة، وأن يتم في نفس الوقت الذي يحصل فيه الأداء.

الفصل 213

يقع الحلول الاتفاقي أيضا عندما يقترض المدين الشيء أو المبلغ الذي يكون محل الالتزام بقصد قضاء الدين، ويحل المقرض في الضمانات المخصصة للدائن ويحصل هذا الحلول بغير رضى الدائن. فإذا رفض الدائن استيفاء الدين تم الحلول إذا قام المدين بالإيداع على وجه صحيح.

ولكي يقع هذا الحلول صحيحا يلزم:

- 1 - أن يكون كل من عقد القرض والتوصيل مدرجا في محرر ثابت التاريخ؛
- 2 - أن يصرح في عقد القرض أن المبلغ أو الشيء قد اقتترض لوفاء الدين وفي التوصيل أن الوفاء قد وقع بالنقود أو الشيء المقدم من الدائن الجديد لهذا الغرض. وفي حالة الإيداع، يجب ذكر البيانات السابقة في التوصيل المدفوع من أمين الودائع؛
- 3 - أن يحل المدين صراحة الدائن الجديد محله في الضمانات المخصصة بالدين القديم.

الفصل 214

الحلول بمقتضى القانون يقع في الحالات الآتية:

- 1 - لفائدة الدائن، الذي يفى بدين دائن آخر، ولو كان لاحقا في التاريخ إذا كان هذا الدائن مقدا عليه، بسبب امتياز أو رهن رسمي أو رهن حيازي لمنقولات سواء كان ذلك الدائن الذي يفى مُرْتَهِنًا رهنًا رسميا أو مُرْتَهِنًا رهنًا حيازيا أو مجرد دائن عادي؛
- 2 - لفائدة مكتسب العقار، في حدود ثمن اكتسابه، إذا كان هذا الثمن قد استخدم في الوفاء بديون الدائنين المُرْتَهِنِينَ للعقار رهنًا رسميا؛
- 3 - لفائدة من وفى دينا كان ملتزما به مع المدين أو عنه، كمدين متضامن أو كفيل يفى عن المدين أو كفيل يفى عن غيره من الكفلاء، أو وكيل بالعمولة؛
- 4 - لفائدة من له مصلحة في انقضاء الدين من غير أن يكون ملتزما به شخصيا وعلى سبيل المثال، لمن قدم الرهن الحيازي لمنقول أو الرهن الرسمي.

الفصل 215

الحلول المقرر في الفصول السابقة يقع ضد الكفلاء وضد المدين على السواء. والدائن الذي يستوفي جزءا من دينه يشترك مع الغير الذي وفاه له في مباشرة حقوقهما ضد المدين كل بقدر حصته في الدين.

الفصل 216

يخضع الحلول بالنسبة إلى آثاره للقواعد المقررة في الفصول 190 و193 إلى 196 و203 السابقة.

2 - قد ينقضي الالتزام كذلك بما يعادل الوفاء:

وله أربع صور هي الوفاء بمقابل، والتجديد والإنابة، والمقاصّة، واتحاد الذمة.

- أما الوفاء بمقابل: *dation en paiement*:

فهو أن يقبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً يعوضه من الشيء الذي استحق له، وتسري عليه أحكام البيع ولاسيما ما يتعلق فيها بأهلية المتعاقدين وضمن الاستحقاق وضمن العيوب الخفية كما تسري عليه أحكام الوفاء، ولاسيما ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات، وذلك لأنه يقضي الدين.

الوفاء بالتجديد و الإنابة

القرار 823 الصادر بتاريخ 3 أبريل 1985 ملف مدني 96175
إنذار ... شروط التجديد ... رفضها ... سقوط الحق إذا اقترح المكري على المكثري
في الإنذار بالإفراغ قيمة كراء جديدة فإن عدم الالتجاء إلى مسطرة الصلح يحمل كقرينة
على أن المكثري قد قبل تجديد العقد بتلك الشروط.

لكن إذا رفض المكثري في نفس الوقت تلك الشروط فإنه يكون قد أسقط عن نفسه تلك
القرينة و بذلك ينتهي عقد الكراء و يصبح محتلا للمحل بدون سبب مشروع يختص
قاضي المستعجلات بطرده .

823-1985

القرار 1346 الصادر بتاريخ 29 مارس 1995 ملف مدني 92 4682 - الوفاء
بالواسطة الفصل 182 من القانون التجاري. - انتقال الالتزام 217 و 219 ق م. -
التجديد الفصول 347 - 350 - 352 ق م. - الوفاء موضوع الفصل 182 من القانون
التجاري المحتج بخرقه، مقيد بوجوب إجراء البروتستو غداة آخر يوم يقبل فيه.

- أوراق الملف تثبت أن التنازل و عقد تحمل (شركة) بديون (شركة 2) - أداء
بواسطة - كان في تاريخ لاحق لتاريخ حلول الكمبيالات ز

القرار المطعون فيه الذي لم يعتمد عقدي التفويت و التنازل الواقعين بعد ذلك لم يخرق
مقتضيات الفصل المذكور و كانت وسيلة الطعن فيه غير مبنية على أساس .

القرار عدد 153 المؤرخ في: 2006/3/8 الملف الشرعي عدد: 2003/1/2/651 حق
الهواء - بناء - إذن بالبناء في الملك المشاع - تنازل الشركاء (لا)

القاعدة المستمدة من مفهوم المخالفة للفصل 963 من قانون الالتزامات والعقود أن الشريك الذي يجري تجديدا في الجزء الشائع بإذن من الشركاء، تصبح هذه التجديدات مالا مشاعا لجميعهم و يكون له الحق في اجبارهم على المشاركة في نفقاتها باعتباره في حكم الوكيل عنهم ، و لا يعتبر اذن بعض الشركاء بالبناء في العقار المشاع تنازلا عن حقوقهم و انما يجعل الباني حسن النية ، و المحكمة لما اعتبرت ادن الشركاء بالبناء تنازلا عن حقهم فانها قد خرقت القانون و عرضت قرارها للنقض.

قرار عدد 153 المؤرخ في :2006/3/8 صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض)
في الملف الشرعي عدد : 2003/1/2/651

حق الهواء – بناء – إذن بالبناء في الملك المشاع – تنازل الشركاء (لا) القاعدة المستمدة من مفهوم المخالفة للفصل 963 من قانون الالتزامات والعقود -155- أن الشريك الذي يجري تجديدا في الجزء الشائع بإذن من الشركاء، تصبح هذه التجديدات مالا مشاعا .

153-2006

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

- التزامات المكثري

الفصل 663

- 155

قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الباب الأول: الشياح أو شبه الشركة

الفصل 963

ليس لأي واحد من المالكين على الشياح أن يجري تجديدا على الشيء المشاع بغير موافقة الباقين. وعند المخالفة، تطبق القواعد الآتية:

أ - إذا كان الشيء قابلا للقسمة، شرع في قسمته، فإن خرج الجزء الذي حصل فيه التجديد في نصيب من أجراه، لم يكن هناك رجوع لأحد على آخر. أما إذا خرج في نصيب غيره، كان لمن خرج في نصيبه الخيار بين أن يدفع قيمة التجديدات وبين أن يلزم من أجراها بإزالتها وإعادة الأشياء إلى حالتها؛

ب - إذا كان الشيء غير قابل للقسمة، حق لباقي المالكين على الشياح أن يلزموا من أجرى التجديدات بإعادة الأشياء إلى حالتها على نفقته وذلك مع التعويض إن كان له محل.

يتحمل المكثري بالتزامين أساسيين:

أ - أن يدفع الكراء؛

ب - أن يحافظ على الشيء المكثري وأن يستعمله بدون إفراط أو إساءة وفقا لإعداده الطبيعي أو لما خصص له بمقتضى العقد.

الباب الرابع: التجديد من قانون الالتزامات و العقود

الفصل 347

التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله.
والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه.

الفصل 348

يلزم لإجراء التجديد:

1 - أن يكون الالتزام القديم صحيحا؛

2 - أن يكون الالتزام الجديد الذي يحل محله صحيحا بدوره.

الفصل 349

لا يمكن حصول التجديد إلا إذا كان الدائن أهلا للتقويت والمدين الجديد أهلا للالتزام، ولا يجوز للأولياء والوكلاء ومن يتولون إدارة أموال غيرهم إجراء التجديد، إلا في الأحوال التي يجوز لهم فيها إجراء التقويت.

الفصل 350

يحصل التجديد بثلاث طرق:

1 - أن يتفق الدائن والمدين على إحلال التزام جديد محل القديم الذي ينقضي، أو على تغيير سبب الالتزام القديم؛

2 - أن يحل مدين جديد محل القديم الذي يحلله الدائن من الدين ويجوز أن يحصل هذا الإحلال من غير مشاركة المدين القديم؛

3 - أن يحل، نتيجة تعهد جديد، دائن جديد محل القديم الذي تبرأ ذمة المدين بالنسبة إليه.

مجرد تعيين المدين شخصا يلتزم بأن يقوم بالوفاء بالدين مكانه لا يؤدي إلى التجديد. كما لا يؤدي إلى التجديد مجرد تعيين الدائن شخصا للاستيفاء عنه.

الفصل 351

إحلال شيء محل الشيء المبين في الالتزام القديم يمكن أن يعد تجديدا إذا كان من شأنه أن يلحق بالالتزام تعديلا جوهريا، أما تغيير مكان التنفيذ أو التعديلات الواردة على شكل الالتزام أو على القيود المضافة له كالأجل والشروط والضمانات فلا تعد تجديدا إلا إذا كان المتعاقدان قد قصدها صراحة.

الفصل 352

الإنابة التي بمقتضاها يعطي المدين للدائن مدينا آخر غيره يلتزم تجاهه بأن يدفع له الدين تؤدي إلى التجديد، إذا صرح الدائن بأنه يقصد إبراء ذمة مدينه الذي أجرى الإنابة وبأنه يتنازل عن كل حق له في الرجوع عليه.

الفصل 353

في الحالة المنصوص عليها في الفصل السابق، يترتب على الإنابة براءة ذمة المُنيب ولا يكون للدائن أي رجوع عليه، ولو أصبح المدين المُناب في حالة عُسر، ما لم يكن عُسره هذا واقعا بالفعل عند حصول التجديد، بدون علم من الدائن.

الفصل 354

ليس للمدين الذي يقبل الإنابة أن يتمسك، في مواجهة الدائن الجديد حسن النية، بالدفع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي مع بقاء حقه في الرجوع على هذا الأخير. ومع ذلك، يسوغ له أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفع المتعلقة بالأهلية الشخصية، إذا كانت هذه الدفع مبنية على أساس وقت قبوله الإنابة، ومجهولة عندئذ منه.

الفصل 355

الامتيازات والرهون الرسمية الضامنة للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذي يحل محله، إلا إذا احتفظ بها الدائن صراحة.

الاتفاق الذي من شأنه أن ينقل الضمانات العينية من الدين القديم إلى الجديد لا ينتج أثرا بالنسبة إلى الغير، إلا إذا أبرم في نفس الوقت الذي يتم فيه التجديد وكان واردا في رسم ثابت التاريخ.

الفصل 356

بالتجديد ينقضي الالتزام القديم نهائيا، إذا كان الالتزام الجديد الذي حل محله صحيحا ولو لم يقع تنفيذ الالتزام الجديد.

بيد أنه إذا كان الالتزام الجديد معلقا على شرط واقف، فإن أثر التجديد يتوقف على تحقق الشرط، فإذا لم يتحقق هذا الشرط، اعتبر التجديد كأن لم يكن.

الإبراء من المدين

الإبراء من المدين أو الإبراء أو الصلح -156- كالبيع يخضع لأحكام قانون الالتزامات و العقود -157-

156 _

باب فريد: الصلح

الفصل 1098

الصلح عقد، بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان 156 قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معيناً أو حقاً.

الفصل 1099

يلزم لإجراء الصلح، التمتع بأهلية التفويت بعوض في الأشياء التي يرد الصلح عليها.

الفصل 1100

لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكن يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ من الجريمة.

الفصل 1101

لا يجوز الصلح بين المسلمين على ما لا يجوز شرعا التعاقد عليه بينهم.

غير أنه يسوغ الصلح على الأموال أو الأشياء، ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة إلى الطرفين.

الفصل 1102

لا يجوز الصلح على حق النفقة 156، وإنما يجوز على طريقة أدائه أو على أداء أقساطه التي استحققت فعلا.

الفصل 1103

يجوز تصالح الورثة على حقوقهم في التركة بعد أن تثبت لهم فعلا، في مقابل مبلغ أقل مما يستحقونه فيها شرعا وفقا لما يقضي به القانون بشرط أن يكونوا على بينة من مقدار حقهم فيها.

الفصل 1104

إذا شمل الصلح إنشاء أو نقل أو تعديل حقوق واردة على العقارات أو غيرها من الأشياء التي يجوز رهنها رهنا رسميا، وجب إبرامه كتابة ولا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يسجل بنفس الكيفية التي يسجل بها البيع.

الفصل 1105

يترتب على الصلح أن تنتضي نهائيا الحقوق والادعاءات التي كانت له محلا، وأن يتأكد لكل من طرفيه ملكية الأشياء التي سلمت له والحقوق التي اعترف له بها من الطرف الآخر. والصلح على الدين في مقابل جزء من المبلغ المستحق، يقع بمثابة الإبراء لما بقي منه، ويترتب عليه تحلل المدين منه.

الفصل 1106

لا يجوز الرجوع في الصلح، ولو باتفاق الطرفين، ما لم يكن قد أبرم باعتباره مجرد عقد معاوضة 156.

الفصل 1107

يضمن كل من الطرفين للآخر الأشياء التي يعطيها له، على أساس الصلح. وإذا سلم الشيء المتنازع عليه لأحد الطرفين بمقتضى الصلح، ثم استحق منه أو اكتشف فيه عيب موجب للضمان ترتب على ذلك إما فسخ الصلح كليا أو جزئيا وإما دعوى إنقاص الثمن، حسبما هو مقرر بالنسبة للبيع.

وإذا قام الصلح على منح منفعة شيء لأجل محدد، فإن الضمان الذي يتحمل به أحد العاقدين للآخر، هو الضمان المقرر لكراء الأشياء.

الفصل 1108

يجب تفسير الصلح في حدود ضيقة كيفما كانت عباراته. وهو لا يسري إلا على المنازعات والحقوق التي ورد عليها.

الفصل 1109

من تصالح على حق له، أو على حق تلقاه بناء على سبب معين، ثم كسب هذا الحق ذاته من شخص آخر أو بناء على سبب آخر، لا يكون، بالنسبة لهذا الحق الذي كسبه من جديد، مرتبطا بالصلح السابق.

الفصل 1110

إذا لم ينفذ أحد الطرفين الالتزامات التي تعهد بها بمقتضى الصلح، حق للطرف الآخر أن يطلب تنفيذ العقد، إن كان ممكنا، وإلا كان له الحق في طلب الفسخ مع عدم الإخلال بحقه في التعويض في كلتا الحالتين.

الفصل 1111

يجوز الطعن في الصلح:

أولا: بسبب الإكراه أو التدليس؛

ثانيا: بسبب غلط مادي وقع في شخص المتعاقد الآخر، أو في صفته أو في الشيء الذي كان محلا للنزاع؛

ثالثا: لانتفاء السبب إذا كان الصلح قد أجزى:

أ - على سند مزور؛

ب - على سبب غير موجود؛

ج - على نازلة سبق فصلها بمقتضى صلح صحيح أو حكم غير قابل للاستئناف أو للمراجعة كان الطرفان أو أحدهما يجهل وجوده.

ولا يجوز في الحالات السابقة، التمسك بالبطلان، إلا للمتعاقد الذي كان حسن النية.

الفصل 1112

لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون، ولا يجوز الطعن فيه بسبب الغبن إلا في حالة التدليس.

الفصل 1113

إذا تصالح الطرفان بوجه عام على جميع ما كان بينهما من القضايا فإن المستندات التي كانت مجهولة منهما حينذاك، والتي اكتشفت فيما بعد، لا تكون سببا لإبطال الصلح، ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الآخر.

ولا يسري هذا الحكم، إذا كان الصلح قد أجزى من النائب القانوني لناقص الأهلية، وكان النائب قد ارتضاه نتيجة عدم وجود المستند، ثم عثر عليه فيما بعد.

الفصل 1114

الصلح لا يقبل التجزئة فبطلان جزء منه أو إبطاله يقتضي بطلانه أو إبطاله كله.

ولا يسري هذا الحكم:

أولا - إذا تبين من العبارات المستعملة أو من طبيعة الاشتراطات أن المتعاقدين قد اعتبروا شروط الصلح أجزاء متميزة ومستقلة بعضها عن البعض الآخر؛

ثانيا - إذا نتج البطلان عن عدم توفر الأهلية لدى أحد المتعاقدين.

وفي هذه الحالة لا يستفيد من البطلان إلا ناقص الأهلية الذي تقرر لصالحه ما لم يكن قد اشترط صراحة أنه يترتب على فسخ الصلح التحلل من حكمه بالنسبة إلى المتعاقدين جميعا.

الفصل 1115

فسخ الصلح يعيد المتعاقدين إلى نفس الحالة القانونية التي كانا عليها عند إبرامه ويحول كلا منهما حق استرداد ما أعطاه تنفيذًا للصلح، مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة على وجه صحيح وعلى سبيل المُعاوضة من طرف الغير حسني النية. وإذا أصبحت مباشرة الحق الذي حصل التنازل عنه متعذرة، وقع الاسترداد على قيمته.

الفصل 1116

إذا كان الاتفاق الذي سمي صلحا، يتضمن في الحقيقة، وبرغم العبارات المستعملة، هبة أو بيعا، أو أي علاقة قانونية أخرى، وجب أن تطبق على ذلك الاتفاق بالنسبة إلى صحته وأثاره، الأحكام التي تنظم العقد الذي أبرم تحت اسم الصلح.

157 _

الباب الثالث: الإبراء من الالتزام

الفصل 340

ينقضي الالتزام بالإبراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع. والإبراء من الالتزام ينتج أثره مادام المدين لم يرفضه صراحة.

الفصل 341

يمكن أن يحصل الإبراء صراحة، بأن ينتج عن اتفاق أو توصيل أو أي سند آخر يتضمن تحلل المدين من الدين أو هبته إياه.

كما يمكن أن يحصل الإبراء ضمنيا، بأن ينتج من كل فعل يدل بوضوح عن رغبة الدائن في التنازل عن حقه.

إرجاع الدائن اختيارا إلى المدين السند الأصلي للمدين يفترض به حصول الإبراء من الدين.

الفصل 342

إرجاع الدائن الشيء المقدم على سبيل الرهن لا يكفي لافتراض حصول الإبراء من الدين.

الفصل 343

لا يكون للإبراء من الالتزام أي أثر إذا رفض المدين صراحة قبوله ولا يجوز له رفضه:

1 - إذا كان قد سبق له أن قبله؛

2 - إذا كان الإبراء قد تم بطلبه.

الفصل 344

الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة.

الفصل 345

الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته.

الفصل 346

الإبراء أو التحليل

يشار الى أن المادة 73 من مدونة الشغل تنص على أنه: «يعتبر باطلا كل إبراء أو صلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء

من كل دين على العموم ودون تحفظ لا يصح الرجوع فيه وتبرأ به ذمة المدين نهائيا157، ولو كان الدائن يجهل المقدار الحقيقي لدينه أو اكتشف سندات كانت مجهولة لديه، إلا إذا كان الإبراء حاصلًا من الوارث في دين موروثه وثبت حصول الغش أو التدليس من جانب المدين أو من جانب أشخاص آخرين متواطئين معه.

قارن مع الفقرة الثانية من المادة 73 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: «يعتبر باطلا كل إبراء أو صلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه.» وكذا الفقرة الثانية من المادة 76 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: «يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبينة فيها».

- قارن مع المادة 119 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: « 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.»

- إن عبارة "عقد معاوضة" الواردة في آخر النص قد يفهم منها أي عقد معاوضة ولو كان هذا الأخير من عقود العز، والحال أن المقصود في النص هو العقد المحدد الذي لا عز فيه.

اجتهادات محكمة النقض

تسجيل عقد الصلح مشروط ليرتب آثاره في مواجهة الغير، أما في مواجهة أطرافه يكون مرتبا لجميع آثاره بمجرد تمامه.

القرار عدد 3602 المؤرخ في : 2012/08/28 ملف مدني عدد 2012/2/1/4252
يعتبر عقد الصلح ملزما لأطرافه و لا يمكن لي منهما أن يتحلل من التزاماته المتفق عليها بمقتضى العقد.

القرار عدد 847 المؤرخ في 01-03-2011 ملف مدني عدد 1147/6/1/2009
بمجرد إبرام صلح تنقضي نهائيا جميع الحقوق و الادعاءات التي كان من الممكن إقامتها من طرفيه، و لا يصح الرجوع فيه.

2007-10-31 محكمة النقض مدني – عقد الصلح – لا يجوز الرجوع في الصلح بين أطرافه ما لم يثبت إبرامه كمجرد عقد معاوضة (نعم).

قرار محكمة النقض عدد 3575 المؤرخ في : 31102007 ملف مدني عدد 5547 957112006
محكمة النقض – مدني – الصلح – يعتبر العقد الذي يتفق بموجبه الطرفان على أن احدهما يقابل الآخر بتنازله عما أداه له من ثمن البيع مقابل تنازل الآخر عن تنفيذ حكم قضائي عقد إقالة لا عقد صلح (نعم).

قرار محكمة النقض عدد : 2954 المؤرخ في : 2006-1110 ملف مدني عدد : 2004-414512
محكمة النقض – المدني – العقود المسماة – الصلح – عقد الصلح معاوضة كالبيع يعقد بتراضي الطرفين على محل الصلح وتحديدته تحديدا ينفى عنه الجهالة في معرفة الشيء المتصالح عليه.

محكمة النقض – مدني – الصلح – لا يعتد بعقد الصلح إذا ثبت أن إرادة المطلوبة كانت مشوبة عند إبرامه بعيب الإكراه (نعم).

وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه.» وكذا الفقرة الثانية من المادة 76 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: «يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبينة فيها».

الوفاء بالمقاصة

الحكم الإداري عدد 3 الصادر في 21 شعبان 1387 الموافق 24 نونبر 1967 بين مكتب (.....) و بين معالي وزير (.....) 1 - دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة - عدم قبولها ضد مقرر صادر عن جمعيات الملاكين المنكوبين ب(.....). 2 - المقاصة - شروط صحتها.

لا تصح المقاصة إلا إذا كان كل واحد من الطرفين دائئا للأخر و مدينا له بصفة شخصية و لهذا تكون مخاللة للقانون المقاصة التي أجريت من طرف المندوب السامي لإعادة بنا (....) بين من هو مستحق لمكتب (...) من طرف بعض الملاكين و ما هو مستحق عليه لفائدة ملاكين اخرين إذ أن المندوب السامي المذكور ان هو الذي قام بالوفاء عن الملاكين بصفته الاذن الرئيسي إلا أنه ليس دائئا و لا مدينا بصفة شخصية لمكتب (...)

1967-3ا

القرار (.....) الصادر بتاريخ(.....) ملف مدني (.....) الاستئناف الطلبات الجديدة .. المقاصة .. مسطرة الأمر بالأداء،،، يطبق الفصل 143 من ق.م.م الذي يجيز تقديم طلب المقاصة أمام محكمة الاستئناف بالنسبة لجميع الدعاوى حتى و لو تعلق الأمر بدعوى رفعت في نطاق مسطرة الأمر بالأداء. لهذا يكون قضاة الموضوع قد أسأؤوا تطبيق القانون حينما رفضوا طلب المقاصة المقدم من طرف المستأنف للأمر بالأداء بعلة أن مسطرة الأمر بالأداء لها إجراءات استثنائية و أن طلب المقاصة يجب أن يقدم بدعوى جديدة أمام المحكمة الابتدائية .

....

أ1181-982

القرار (.....) الصادر بتاريخ(.....) ملف مدني (.....) الاستئناف ... الطلب الجديد لا

يمكن تقديم أي طلب جديد أثناء مرحلة الاستئناف إلا طلبات المقاصة أو كون الطلب لا يعدو أن يكون دفاعا في الدعوى الأصلية "ف 143 من ق م م". إن الطلبات الجديدة التي يمكن للمدعى عليه تقديمها أمام محكمة الاستئناف هي التي ترمي إلى رفض الدعوى الأصلية كليا أو جزئيا و ان طلب اتمام البيع الذي قدمه المحكوم عليه ابتداءيا بالتخلي لا يهدف الى رد دعوى المدعي فهو بذلك يكون غير جائز تقديمه في مرحلة الاستئناف

1331-1983

القرار 1442 الصادر بتاريخ 28 مايو 1986 ملف مدني 92280
استئناف ... الطلب الجديد ... السبب... لا لا يجوز تقديم أي طلب جديد أثناء النظر في الاستئناف باستثناء طلب المقاصة أو كون الطلب الجديد لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع . يعد جديدا كل ما من شأنه أن يحوز موضوع النزاع أو يدخل زيادة عليه أو يحدث تعديلا في صفة الخصوم .

لا يعد جديدا الطلب المترتب مباشرة عن الطلب الأصلي و الذي يرمي الى نفس الغاية رغم انه أسس على أسباب أو علل أخرى
و عليه فإن تغيير سبب الدعوى من المسؤولية التفصيلية الى العقدية مع بقاء موضوعها على حالته لا يعد طلبا جديدا يمنع تقديمه في المرحلة الاستئنافية .

1442-1986

الباب الخامس: المُقاصة من قانون الالتزامات والعقود المغربي

الفصل 357

تقع المُقاصة إذا كان كل من الطرفين دائنا للآخر ومدينا له بصفة شخصية. وهي لا تقع بين المسلمين، عندما يكون من شأنها أن تتضمن مخالفة لما تقضي به الشريعة الإسلامية.

الفصل 358

ليس للقاضي أن يعتد بالمُقاصة، إلا إذا حصل التمسك بها صراحة ممن له الحق فيها.

الفصل 359

المدين الذي قبل بدون تحفظ الحوالة التي أجراها الدائن لأحد من الغير ليس له أن يتمسك في مواجهة المحال له بالمُقاصة التي كان يمكنه، قبل وقوع القبول منه، أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي. وليس له إلا الرجوع بدينه على المحيل.

الفصل 360

ليس للشريك في شركة أن يتمسك في مواجهة دائئه بالمُقاصة بما هو مستحق على هذا الدائن للشركة وليس لدائن الشركة أن يتمسك في مواجهة الشريك بالمُقاصة بما هو مستحق له على الشركة. كما أنه ليس له أن يتمسك في مواجهة الشركة بما هو مستحق له على أحد الشركاء شخصيا.

الفصل 361

لا تقع المُقاصة إلا بين دينين من نفس النوع، وعلى سبيل المثال، بين الأشياء المنقولة المتحدة صنفا ونوعا-158 - أو بين النقود والمواد الغذائية.

الفصل 362

يلزم، لإجراء المُقاصة، أن يكون كل من الدينين محدد المقدار ومستحق الأداء، ولا يلزم أن يكونا واجبي الأداء في نفس المكان. وسقوط الأجل الناتج عن عُسر المدين وعن افتتاح التركة-159 - يجعل الدين قابلا للمُقاصة.

الفصل 363

لا يسوغ التمسك بالدين الذي انقضى بالتقادم من أجل إجراء المُقاصة.

الفصل 364

يسوغ وقوع المُقاصة بين ديون مختلفة في أسبابها أو في مقاديرها وعند اختلاف الدينين في المقدار تقع المُقاصة في حدود الأقل منهما.

الفصل 365

لا تقع المُقاصة:

1 - إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها؛

158 - وردت في النص الفرنسي عبارة "espèce et qualité" "نوعا وصنفا" بدل "صنفا ونوعا" كما جاء في الترجمة العربية.

159 - مع ملاحظة أن المشرع المغربي ألغى مسألة حلول الدين بالوفاة، طبقا لظهير 19 يوليوز 1922 الذي ألغى الفصل 140 من قانون الالتزامات والعقود.

2 - ضد دعوى استرداد شيء نزع من صاحبه بدون وجه حق إما بالإكراه أو بالغش، أو ضد دعوى المطالبة بحق ناشئ عن جريمة أو شبه جريمة أخرى؛

3 - ضد دعوى استرداد الوديعة أو عارية الاستعمال، أو ضد دعوى التعويض الناشئة عن هذين العقدين في حالة هلاك الشيء المستحق؛

4 - إذا كان المدين قد تنازل من بادئ الأمر عن التمسك بالمقاصة أو كان العقد المنشئ للالتزام يمنعه من التمسك بها؛

5 - ضد حقوق الدولة والجماعات المحلية من أجل الضرائب والرسوم ما لم يكن حق من يتمسك بالمقاصة واجبا على نفس الصندوق الذي يطالب بالضريبة أو الرسم.

الفصل 366

لا تقع المقاصة إذا كان فيها إضرار بالحقوق المكتسبة للغير على وجه قانوني صحيح.

الفصل 367

يترتب على المقاصة، عند التمسك بها، انقضاء الدينين، في حدود الأقل منهما مقدارا، ابتداء من الوقت الذي وجدا فيه معا مستوفيين للشروط التي يحددها القانون لإجراء المقاصة.

الفصل 368

إذا تعددت على نفس الشخص ديون قابلة للمقاصة طبقت في شأنها القواعد المقررة في خصم المدفوعات.

اتحاد الذمة

الباب السادس: اتحاد الذمة من قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفصل 369

إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين لنفس الالتزام، نتج اتحاد في الذمة يؤدي إلى انتهاء علاقة دائن بمدين.

ويسوغ أن يكون اتحاد الذمة كليا أو جزئيا، حسبما يكون متعلقا بالدين كله أو بجزء منه.

الفصل 370

إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، عاد الدين بتوابعه في مواجهة جميع الأشخاص، واعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن أبدا.

التقادم المسقط للدين

ينقطع التقادم :

- 1 - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مَطْل لتنفيذ التزامه، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضي ببطلانها لعييب في الشكل؛
 - 2 - بطلب قبول الدين في تفليسة المدين
 - 3 - بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات.
- مع مراعاة المادة 195 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه «يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت»
- وينقطع التقادم أيضا بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو أدى المدين قسطا منه وكان هذا الأداء ناتجا عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلا للوفاء، أو قدم كفيلا أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.
- والسبب الأجنبي هو ما لا يكون بخطأ المدين أو تقصيره وإلا فلا ينقضي، وينقلب تنفيذ الالتزام عينا إلى تنفيذه بطريق التعويض.
- واستحالة التنفيذ -160- وفق ما تقدم قد تكون في إجارة الصنعة وإجارة الخدمة تنقضيان:

ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلا، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مَطْل.

إذا كانت الاستحالة جزئية لم ينقض الالتزام إلا جزئيا. فإذا كان من طبيعة هذا الالتزام أن لا يقبل الانقسام إلا مع ضرر للدائن، كان له الخيار بين أن يقبل الوفاء الجزئي وبين أن يفسخ الالتزام في مجموعه.

أولاً: بانتهاء الأجل المقرر أو بأداء الخدمة أو الصنع الذي كان محلاً للعقد؛

ثانياً: بالفسخ المحكوم به من القاضي في الحالات التي يحددها القانون؛ . - 161-

ثالثاً: باستحالة التنفيذ الناشئة إما بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة وإما بسبب وفاة مؤجر الصنعة أو الخدمة، مع مراعاة ما يقضي به القانون من استثناءات بالنسبة إلى الحالة الأخيرة، ولا تنفسخ الإجازتان بموت السيد أو رب العمل وبانقضاء الالتزام ينقضي الالتزام التبعي.

- انقضاء الالتزام بالتقادم:

التقادم نوعان

التقادم المكسب والتقادم المسقط

الفرق بين التقادم المكسب و التقادم المكسب :

التقادم المسقط يصنف من أسباب انقضاء الالتزام ، و التقادم المكسب يصنف من أسباب كسب الحقوق العينية

و الفرق بين هذين النوعين من التقادم ظاهر

فالتقادم المسقط يقضي الحقوق الشخصية و العينية فيما عدا حق الملكية على السواء ، في حال لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون و أما التقادم المكسب (و هو مقترن بالحيازة) فيكتسب الحائز بموجبه ما حازه من

الفصل 337

إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه، بغير خطأ المدين فإن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء المستحق والعائدة للمدين تنتقل منه للدائن.

الفصل 338

إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى سبب خارج عن إرادة المتعاقدين وبدون أن يكون المدين في حالة مطْل، برئت ذمة هذا الأخير، ولكن لا يكون له الحق في أن يطلب أداء ما كان مستحقاً على الطرف الآخر.

فإذا كان الطرف الآخر قد أدى فعلاً التزامه، كان له الحق في استرداد ما أداه، كلاً أو جزءاً بحسب الأحوال، باعتبار أنه غير مستحق.

الفصل 339

إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل الدائن أو إلى أي سبب آخر يعزى إليه بقي للمدين الحق في أن يطلب تنفيذ الالتزام بالنسبة إلى ما هو مستحق له على شرط أن يرد للطرف الآخر ما وفره بسبب عدم تنفيذ التزامه أو ما استفاده من الشيء محل الالتزام.

حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون. فالتقادم المسقط لا يقترن بالحيازة ، و يسقط الحقوق العينية كما يسقط الحقوق الشخصية ، و لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فإذا رفع صاحب الحق الساقط بالتقادم دعواه كان للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بالتقادم المسقط ، و يعتد في هذا النوع من التقادم بحسن النية و المدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تطول أو تقصر تبعاً لطبيعة هذا الحق. و أما التقادم المكسب فهو الذي يقترن بالحيازة ، و يكسب الحقوق العينية دون الشخصية ، و للحائز أن يتمسك به عن طريق الدفع أو الدعوى ، فله أن يدفع به دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك السابق ، و له أن يرفع دعوى الاستحقاق في حال انتزاع الحيازة من حائز جديد ، و يعتد في هذا النوع من التقادم بحسن النية فالحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملك فيها الحائز سيئ النية. و يخضع كل من التقادم المسقط و التقادم المكسب لقواعد واحدة ، فيما يتعلق بحساب المدة ، و وقف التقادم و انقطاعه و التمسك به ، مع أنهما نوعان يختلفان عن بعضهما ، إلا أن القانون المدني الفرنسي جمع بينهما في باب واحد ، و ينتقد أغلب فقهاء القانون هذا الجمع و يعدونه عيباً في التقنين حينما جمع بين نظامين يختلفان اختلافاً جوهرياً في الغاية و النطاق و المقومات. - 162 -

الدعوى الصورية لا تتقادم لعدم وجود العقد الظاهر، وهي حقيقة مستمرة.

بخصوص بطلان العقود الصورية مثال المادة 142 من المدونة العامة للضرائب التي تنص على أنه: «يعتبر باطلاً و عديم الأثر كل عقد صوري، و كل اتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقار أو أصل تجاري أو تخل عن زبناء، أو إخفاء كل أو جزء من ثمن التخلي عن حق في الإيجار أو وعد بإيجار عقار أو جزء منه، أو مدرك في معاوضة أو قسمة واقعة على أموال عقارية، أو أصل تجاري أو زبناء. و لا يحول البطلان الواقع دون استخلاص الضريبة الواجب أدائها إلى الخزينة إلا إذا حكم به قضائياً».

انظر قانون المالية رقم 06-43 للسنة المالية 2007 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 232-06-1 بتاريخ 10 ذي الحجة 1427 (31 دجنبر 2006)؛ الجريدة الرسمية عدد 5487 بتاريخ 11 ذو الحجة 1427 (فاتح يناير 2007)، ص 7.

أحكام سريان التقادم :

قانون الالتزامات والعقود

ظهر 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

الفصل 159

الأفعال التي تقطع التقادم لصالح أحد الدائنين المتضامنين تفيد الآخرين

الفصل 176

وقف التقادم وقطعه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يوقف التقادم ولا يقطعه بالنسبة للآخرين. والتقادم الذي يتم لصالح أحد المدينين لا يفيد الآخرين.

الفصل 185

قطع التقادم الحاصل من أحد الدائنين بالتزام غير قابل للانقسام يفيد الآخرين، وإذا حصل هذا القطع ضد أحد المدينين، أنتج أثره ضد الباقيين.

الفصل 187

لا محل للانقسام بين المدينين بدين قابل له:

1- إذا كان محل الدين تسليم شيء معين بذاته وموجود بين يدي أحد المدينين؛

2 - إذا كان أحد المدينين مكلفا وحده بتنفيذ الالتزام بمقتضى السند المنشئ له أو بمقتضى سند لاحق.

وفي كلتا الحالتين يجوز أن يطالب بالدين كله المدين الحائز للشيء المعين أو المكلف بالتنفيذ، مع ثبوت الحق له في الرجوع على الملتزمين معه إذا كان لهذا الرجوع محل.

الفصل 188

في الحالتين المذكورتين في الفصل السابق يكون قطع التقادم

الباب الثاني: إبطال الالتزامات

الفصل 207

يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفوع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل، بشرط أن يكون أساسها قائما عند حصول الحوالة أو عند تبليغها.

ولا يجوز له أن يتمسك بالدفع بالصورية ولا بما وقع تبادلته بينه وبين المحيل من الاتفاقات السرية المعارضة والتعهدات الخفية إذا كانت غير ناتجة من السند المنشئ للالتزام ولم يكن المحال له قد علم بها.

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، وتتقادم 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 بلوغهم سن الرشد، وبالنسبة إلى التصرفات المبرمة من المحجر عليهم وناقصي الأهلية فمن يوم رفع الحجر عنهم، أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورتنتهم إذا مات ناقصو الأهلية وهم على هذه الحالة. وفي حالة العُين 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 372

التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به.
وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه.

الفصل 375

لا يسوغ للمتاعدين، بمقتضى اتفاقات خاصة، تمديد أجل التقادم إلى أكثر من الخمس عشرة سنة التي يحددها القانون.

الفصل 379

لا يسري التقادم ضد القاصرين غير المرشدين وناقصي الأهلية الآخرين إذا لم يكن لهم وصي أو مساعد قضائي أو مقدم، وذلك إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو ترشيدهم أو تعيين نائب قانوني لهم.

الفصل 380

لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها، وبناء على ذلك لا يكون للتقادم محل:

- 1 - بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط، حتى يتحقق الشرط؛
- 2 - بالنسبة لدعوى الضمان إلى أن يحصل الاستحقاق أو يتحقق الفعل الموجب للضمان؛
- 3 - بالنسبة إلى كل دعوى تتوقف مباشرتها على أجل إلى أن يحل ذلك الأجل؛
- 4 - ضد الغائبين إلى أن يثبت غيابهم ويعين نائب قانوني عنهم ويعتبر في حكم الغائب من يوجد بعيدا عن المكان الذي يتم فيه التقادم؛
- 5 - إذا وجد الدائن بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم.

الفصل 380

لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها، وبناء على ذلك لا يكون للتقادم محل:

- 1 - بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط، حتى يتحقق الشرط؛

- 2 - بالنسبة لدعوى الضمان إلى أن يحصل الاستحقاق أو يتحقق الفعل الموجب للضمان؛
- 3 - بالنسبة إلى كل دعوى تتوقف مباشرتها على أجل إلى أن يحل ذلك الأجل؛
- 4 - ضد الغائبين إلى أن يثبت غيابهم ويعين نائب قانوني عنهم ويعتبر في حكم الغائب من يوجد بعيدا عن المكان الذي يتم فيه التقادم؛
- 5 - إذا وجد الدائن بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم.

الفصل 382

وينقطع التقادم أيضا بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو أدى المدين قسطا منه وكان هذا الأداء ناتجا عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلا للوفاء، أو قدم كفيلا أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.

الفصل 383

إذا انقطع التقادم بوجه صحيح، لا يحسب في مدة التقادم الزمن السابق لحصول ما أدى إلى انقطاعه، وتبدأ مدة جديدة للتقادم من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع.

الفصل 384

انقطاع التقادم ضد الوارث الظاهر أو غيره ممن يحوز الحق، يسري على من يخلفه في حقوقه.

الفصل 385

يسوغ التمسك بانقطاع التقادم في مواجهة ورثة الدائن وخلفائه.

الفصل 386

يحسب التقادم بالأيام الكاملة لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الزمن اللازم لتمامه.

ويتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل.

الفصل 389

(ظهير 8 أبريل 1938 وظهير 17 فبراير 1939).

تتقادم أيضا بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوما:

- 1 - دعوى وكلاء الخصومة، من أجل الأتعاب، والمبالغ التي يصرفونها وذلك ابتداء من الحكم النهائي أو من عزلهم من الوكالة- 163 -؛

163 - قارن مع الفقرة الأخيرة من المادة 50 من القانون المنظم لقانون المحاماة التي تنص على أنه «تتقادم جميع الطلبات والمنازعات المتعلقة بالأتعاب بمرور خمس سنوات من انتهاء تاريخ انتهاء التوكيل.»؛ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لقانون المحاماة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر بتاريخ

2 - دعوى الوسيط من أجل استيفاء السمسرة، ابتداء من إبرام الصفقة؛

3 - دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق، من أجل ما سبقوه لهم، لأداء ما أنيط بهم من أعمال، وذلك ابتداء من نفس التاريخ المقرر لكل طائفة منهم؛

4 - الدعاوى التي تثبت من أجل العوار والضياع والتأخير وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن تنشأ عن عقد النقل، سواء أكانت ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو المرسل إليه، وكذلك الدعاوى التي تنشأ بمناسبة عقد النقل.

وتحسب مدة هذا التقادم، في حالة الهلاك الكلي، ابتداء من اليوم الذي كان يجب فيه تسليم البضاعة، وفي غير ذلك من الأحوال، ابتداء من يوم تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عرضها عليه.

الأجل لرفع كل دعوى من دعاوى الرجوع هو شهر، ولا يبدأ هذا التقادم إلا من يوم مباشرة الدعوى ضد الشخص الذي يثبت له الضمان.

في حالة النقل الحاصل لحساب الدولة، لا يبدأ التقادم إلا من يوم تبليغ القرار الإداري المتضمن للتصفية النهائية أو للأمر النهائي بالأداء.

الفصل 390

يسري التقادم المنصوص عليه في الفصولين 388 و389 السابقين ولو حصل الاستمرار في التوريدات أو التسليم أو الخدمات أو الأعمال.

(ظهير 6 يوليوز 1954) ومع ذلك يحق للأشخاص الذين يحتج ضدهم بالتقادم المنصوص عليه في الفصولين 388 و389 المذكورين أنفاً أن يوجهوا اليمين للأشخاص الذين يتمسكون به، ليقسموا أن الدين قد دفع فعلاً، ويسوغ توجيه اليمين لأرامل هؤلاء ولورثتهم ولأوصيائهم إن كانوا قاصرين ليصرحوا بما إذا كانوا لا يعلمون بأن الدين مستحق.

الفصل 392

جميع الدعاوى بين الشركاء بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الغير بسبب الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة، تتقادم بخمس سنوات، ابتداء من يوم نشر سند حل الشركة، أو من يوم نشر انفصال الشريك عنها.

وإذا كان حق دائن الشركة لا يحل أجله إلا بعد النشر فإن التقادم لا يبدأ إلا بعد هذا الحل.

وذلك كله دون إخلال بما يقرره القانون من تقادم أقصر في موضوع الشركة.

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 574

لا يحق للبائع سبب النية التمسك بدفع التقادم المقررة في الفصل السابق، كما لا يحق له التمسك بأي شرط آخر من شأنه أن يضيق حدود الضمان المقرر عليه، ويعتبر سبب النية كل بائع يستعمل طرقا احتيالية ليلحق بالشئ المبيع عيوباً أو ليخفيها.

الفصل 1158

قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي يمتد إلى الكفيل. وإذا تم التقادم لصالح المدين، أفاد الكفيل.

الوفاء بالإقالة الاختيارية

الباب الثامن: الإقالة الاختيارية من قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفصل 393

تنقضي الالتزامات التعاقدية، إذا ارتضى المتعاقدان عقب إبرام العقد، التحلل منها وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون.

الفصل 394

يجوز أن تقع الإقالة ضمناً، كما هي الحال إذا قام كل من المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع ما أخذه من مبيع أو ثمن للآخر.

الفصل 395

تخضع الإقالة من حيث صحتها للقواعد العامة المقررة للالتزامات التعاقدية.
الأوصياء والمديرون وغيرهم من الأشخاص الذين يعملون باسم غيرهم لا يسوغ لهم أن يتقايلا إلا في الحالات ووفقاً للإجراءات الواجبة للقيام بالتقويات التي تخولها لهم ولايتهم، وبشرط أن تكون هناك منفعة للأشخاص الذين يعملون باسمهم.

الفصل 396

لا أثر للإقالة:

1 - إذا كان محل العقد شيئاً معيناً بالذات، وهلك أو تعيب أو حصل له بصنع الإنسان تغيير في طبيعته؛

2 - إذا استحال على المتعاقدين، لأي سبب آخر، أن يرجع أحدهما للثاني ما أخذه منه بالضبط، إلا إذا اتفق المتعاقدان في الحالتين السابقتين على تعويض الفرق.

الفصل 397

يترتب على الإقالة عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد.
ويجب على المتعاقدين أن يرجع كل منهما للآخر ما أخذه منه بمقتضى الالتزام الذي وقعت فيه الإقالة.

كل تعديل يجرى على العقد الأصلي يفسد الإقالة ويحولها إلى عقد جديد.

الفصل 398

الإقالة الاختيارية لا تضر بالغير الذي اكتسب بوجه صحيح حقوقا على الأشياء التي هي محل الإقالة.

العمل القضائي المغربي فى التقادم المدنى :

القرار عدد 1545 المؤرخ فى :2002/12/18 الملف التجارى عدد: 2002/640
مخطط التسوية القضائية – استفادة المدينة الأصلية منه (نعم) –الكفيل (لا) إذا كان
المدين الأصلي يستفيد من مسطرة التسوية، فإن كفيله لا يمكنه الاستفادة من المسطرة
المذكورة، مما لا مجال معه للتمسك بقاعدة "أن انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي بالتبعية
الى انقضاء الالتزام التبعي .

القرار 10 الصادر بتاريخ 14 يناير 1985 ملف اجتماعي 6036

إثبات ... الاحتفاظ بالوثائق ... تقادم.

يقع عبء إثبات انقضاء الالتزام على من يدعيه (الفصل 400 من قانون الالتزامات و
العقود)¹⁶⁴ و لهذا يقع على عاتق الشركة إثبات ما تدعيه من أنها أدلت ما كان عليها
لصندوق الضمان الاجتماعي و أنه استخلص منها نفس الحق مرتين أما قولها بأنها غير
ملزمة بالاحتفاظ بوثائق مضى عليها أمد التقادم فليس الصندوق مسؤول على ذلك .

1985-101

القرار عدد 522 المؤرخ في 14/4/99 الملف التجاري عدد 97/4897

بيع سفينة محجوزة - أجل تحرير محضر الحجز

- بطلان طلب البيع (لا) الدفع بالطعن في الإنذار البحري

- عدم إثباته - إيقاف إجراء البيع (لا).

- عدم تقديم طلب بيع لسفينة محجوزة خلال أجل الثلاثة أيام الموالية لتحرير محضر الحجز لا يترتب عنه بطلان الطلب المقدم خارج الأجل المذكور لعدم النص في القانون على ترتيب أي جزاء على ذلك .

نجدد الدفع بوقوع الطعن في الإنذار البحري لإيقاف الاجراءات الرامية الى بيع السفينة المحجوزة لا يكون منتجا في الدعوى ما دام لم يعزز بإثبات .

1999-522

القرار بغرفتين عدد 265 المؤرخ في : 9/3/2005 ملف تجاري عدد :

2002/1/3/(.....)

أصل تجاري - أجل ممارسة الدعوى

- أجل سقوط (نعم).

إن أجل الفصل 33 من ظهير 24/5/55-165- هو أجل سقوط أي أن صاحب الأصل

165 _

كراء العقارات والمحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي

ظهير شريف رقم 1.16.99 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 الحرفي

قانون رقم 49.16 يتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي

الفرع الأول: دعوى المصادقة على الإنذار

المادة 26

يجب على المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية، أن يوجه للمكثري إنذارا، يتضمن وجوبا السبب الذي يعتمده، وأن يمنحه أجلا للإفراغ اعتبارا من تاريخ التوصل.

يحدد هذا الأجل في:

خمسة عشر يوما إذا كان الطلب مبنيا على عدم أداء واجبات الكراء أو على كون المحل أيلا للسقوط؛

ثلاثة أشهر إذا كان الطلب مبنيا على الرغبة في استرجاع المحل للاستعمال الشخصي، أو لهدمه وإعادة بنائه، أو توسعته، أو تعليته، أو على وجود سبب جدي يرجع لإخلال المكثري ببند العقد.

في حالة عدم استجابة المكثري للإنذار الموجه إليه، يحق للمكري اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للمصادقة على الإنذار ابتداء من تاريخ انتهاء الأجل المحدد فيه.

التجاري الذي لم يمارس دعواه داخل الأجل المذكور يسقط حقه ولا يمكنه الاستناد إلى الفصل 381 من قانون الالتزامات و العقود¹⁶⁶ الذي إذا توافرت شروطه تؤثر في الدفع بالتقادم و لا تؤثر في الدفع بالسقوط .
القرار عدد 265-

سنة 2005

القرار 1751 الصادر بتاريخ 25 دجنبر 1984 ملف عقاري 98-394
بيع الفضولي ... سكوت ... الفسخ إذا سكت المبيع عليه مدة السنة و السنتين بعد علمه ببيع الفضولي سقط حقه في طلب فسخ البيع. ذكر ذلك أبو علي بن رحال في حاشيته على شرع التحفة للشيخ ميارة لدى قولها : و غائب يبلغه ما عمله و قام بعد مدة فلا شيء له.

غير أن المحكمة لما اعتبرت الدار موضوع النزاع كانت على ملك والد المدعين و المتهم و ان بيعها من طرف والدهم للمدعى عليها كان بيع فضولي لم تطبق في حقهم احكام بيع الفضولي المذكورة -167- و عرضت قرارها للنقض .

إذا تعذر تبليغ الإنذار بالإفراغ لكون المحل مغلقا باستمرار، جاز للمكري إقامة دعوى المصادقة على الإنذار بعد مرور الأجل المحدد في الإنذار اعتبارا 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 بناء على إنذار جديد يوجه وفق نفس الشروط المنصوص عليها في هذه المادة.

الشرط الفاسخ

المادة 33

في حالة عدم أداء المكثري لواجبات الكراء لمدة ثلاثة أشهر، يجوز للمكري، كلما تضمن عقد الكراء شرطا فاسخا، وبعد توجيهِ إنذار بالأداء يبقى دون جدوى، بعد انصرام أجل 15 يوما من تاريخ التوصل، أن يتقدم بطلب أمام قاضي الأمور المستعجلة، لمعاينة تحقق الشرط الفاسخ وإرجاع العقار أو المحل.

166 _

الفصل 381

ينقطع التقادم:

1 - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مَطْل لتتفيذ التزامه، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضي ببطانها لعييب في الشكل؛

2 - بطلب قبول الدين في تفليسة المدين¹⁶⁶؛

3 - بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات.

167 _

الباب الخامس: أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة من قانون الالتزامات و العقود المغربي

الفضالة

الفصل 943

إذا باشر شخص، باختياره أو بحكم الضرورة، شؤون أحد من الغير، في غيابه أو بدون علمه، وبدون أن يرخص له في ذلك منه أو من القاضي، قامت هناك علاقة قانونية مماثلة للعلاقة الناشئة عن الوكالة وخضعت للأحكام الآتية:

الفصل 944

على الفُضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من الاستمرار فيه بنفسه، إذا كان من شأن انقطاع العمل أن يضر برب العمل.

الفصل 945

على الفُضولي أن يبذل في مباشرته العمل، عناية الحازم الضابط لشؤون نفسه، وأن يسير فيه على مقتضى رغبة رب العمل المعروفة منه أو المفترضة، وهو مسؤول عن كل خطأ يقع منه، ولو كان يسيرا. أما إذا كان تدخله بقصد دفع ضرر حال وكبير كان يهدد رب العمل، أو بقصد إتمام واجبات وكالة كانت لموروثه فإنه لا يسأل إلا عن تدليسه أو خطئه الفاحش.

الفصل 946

يتحمل الفُضولي بنفس الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل بالنسبة إلى تقديم الحسابات ورد كل ما يتسلمه نتيجة مباشرة العمل. وهو يتحمل بكل الالتزامات الأخرى الناشئة من الوكالة الصريحة.

الفصل 947

الفُضولي الذي يتدخل في شؤون غيره، خلافا لرغبته المعروفة أو المفترضة أو الذي يجري عمليات تخالف رغبته المفترضة، يسأل عن كل ما يلحق رب العمل من ضرر نتيجة فعله ولو لم يكن هناك خطأ يمكن أن يعزى إليه.

الفصل 948

غير أنه لا يجوز الاحتجاج بمخالفة رغبة رب العمل، إذا اضطر الفُضولي لأن يعمل على وجه السرعة ما يقتضيه:

أولا - الوفاء بالتزام يتحمل به رب العمل ويتطلب الصالح العام تنفيذه؛

ثانيا - الوفاء بالتزام قانوني بالنفقة أو بالمصروفات الجنائزية أو بالتزامات أخرى من نفس طبيعتها.

الفصل 949

إذا باشر الفُضولي العمل في مصلحة صاحبه وعلى وجه ينفعه، كسب هذا الأخير كل الحقوق وتحمل مباشرة بكل الالتزامات التي تعاقده الفُضولي عليها لحسابه ويجب عليه أن يبرئ الفُضولي من كل العواقب المترتبة على مباشرته العمل، وأن يعرضه عن المبالغ التي سبقها وعن المصروفات التي أنفقها والخسائر التي تحملها، وفقا لأحكام الفصل 914.

وتعتبر مباشرة العمل حسنة، أي ما كانت نتيجته، إذا كان عند إجرائه، مطابقا لقواعد الإدارة الحسنة، وفقا لما تقتضيه ظروف الحال.

الفصل 950

إذا كان العمل مشتركا بين عدة أشخاص، التزم هؤلاء تجاه الفُضولي بنسبة مصلحة كل منهم فيه، وفقا لأحكام الفصل السابق.

الفصل 951

للفُضولي حق حبس الأشياء المملوكة لرب العمل، من أجل ضمان المبالغ التي يمنحه الفصل 949 حق استردادها.

وليس له ذلك إذا تدخل في أمر صاحب الحق كرها عليه.

الفصل 952

1984-1751

القرار عدد 3714 المؤرخ في 97/5/7 الملف المدني عدد 95/6/1/468

شفعة - سقوطها.

- يسقط الحق في الشفعة إذا كان الطاعن مقيماً بنفس المكان الذي يسكن فيه المطلوب وكان حاضراً عالماً بالبناء الذي يقام بعد الشراء عملاً بقول الشيخ خليل " وسكت بهدم و بناء " .

1997-3714

القرار 2750 الصادر بتاريخ 20 نونبر 1985 ملف مدني 94865

النقل البحري ... السقوط والتقادم...

إن الدعاوى التي ترفع في ميدان النقل البحري قد تسقط فلا تقبل بعد تسعين يوماً إذا لم يقع احتجاج بسبب عوار أو هلاك ضد الناقل البحري أو أصحاب البضائع داخل ثمانية أيام ابتداء من اليوم الذي وضعت فيه البضاعة فعلياً تحت تصرف المرسل إليه .

في جميع الحالات التي لا يلتزم فيها رب العمل بأن يدفع للفضولي ما أنفقه من المصروفات، يسوغ لهذا الأخير أن يزيل ما أجراه من التحسينات، بشرط أن يمكنه ذلك من غير ضرر، أو أن يطلب من رب العمل تسليمه الأشياء التي اشتراها له إذا لم يقبلها.

الفصل 953

من أسس الفضالة أن تكون بغير أجر.

الفصل 954

لا يلتزم رب العمل بدفع أي مبلغ، إذا كان الفضولي قد باشر العمل بدون قصد استرداد ما يسبقه. وهذا القصد يفترض:

أ - إذا كان العمل قد أجري برغم إرادة صاحب الحق، مع استثناء الحالة المنصوص عليها في الفصل 948؛

ب - في جميع الأحوال التي يظهر فيها بوضوح من الظروف أنه لم يكن لدى الفضولي قصد استرداد تسيقاته.

الفصل 955

إذا غلط الفضولي في شخصية رب العمل، فإن الحقوق والالتزامات الناشئة من مباشرة العمل تقوم بينه وبين رب العمل الحقيقي.

الفصل 956

إذا تصرف شخص في أمر ظناً منه أنه له، فتبين أنه لغيره فإن العلاقات التي تقوم بينه وبين ذلك الغير تخضع للأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب.

الفصل 957

موت الفضولي ينهي الفضالة، وتخضع التزامات ورثته لأحكام الفصل 941.

الفصل 958

إذا أقر رب العمل صراحة أو دلالة، ما فعله الفضولي، فإن الحقوق والالتزامات الناشئة بين الطرفين تخضع لأحكام الوكالة ابتداء من مباشرة العمل. أما في مواجهة الغير، فلا يكون للإقرار أثر إلا ابتداء من وقت حصوله

ينتهي عقد الشغل المحدد المدة بحلول الأجل المحدد للعقد، أو بانتهاء الشغل الذي كان محلا له.

يستوجب قيام أحد الطرفين بإنهاء عقد الشغل محدد المدة، قبل حلول أجله، تعويضا للطرف الآخر، ما لم يكن الإنهاء مبررا، بصور خطأ جسيم عن الطرف الآخر، أو ناشئا عن قوة قاهرة.

يعادل التعويض المشار إليه في الفقرة الثانية أعلاه، مبلغ الأجور المستحقة عن الفترة المتراوحة ما بين تاريخ إنهاء العقد والأجل المحدد له.

المادة 34

يمكن إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة بإرادة المشغل، شرط مراعاة الأحكام الواردة في هذا الفرع، وفي الفرع الثالث أدناه بشأن أجل الإخطار.

يمكن إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة بإرادة الأجير عن طريق الاستقالة المصادق على صحة إمضائها من طرف الجهة المختصة؛ ولا يلزمه في ذلك إلا احترام الأحكام الواردة في الفرع الثالث أدناه بشأن أجل الإخطار.

المادة 35

يمنع فصل الأجير دون مبرر مقبول إلا إذا كان المبرر مرتبطا بكفاءته أو بسلوكه في نطاق الفقرة الأخيرة من المادة 37 والمادة 39 أدناه، أو تحتمة ضرورة سير المقولة في نطاق المادتين 66 و67 أدناه.

المادة 36

لا تعد الأمور التالية من المبررات المقبولة لاتخاذ العقوبات التأديبية أو للفصل من الشغل:

- 1 – الانتماء النقابي أو ممارسة مهمة الممثل النقابي؛
- 2 – المساهمة في أنشطة نقابية خارج أوقات الشغل، أو أثناء تلك الأوقات، برضى المشغل أو عملا بمقتضيات اتفاقية الشغل الجماعية أو النظام الداخلي؛
- 3 – طلب الترشيح لممارسة مهمة مندوب الأجراء، أو ممارسة هذه المهمة، أو ممارستها سابقا؛
- 4 – تقديم شكوى ضد المشغل، أو المشاركة في دعاوى ضده، في نطاق تطبيق مقتضيات هذا القانون؛
- 5 – العرق، أو اللون، أو الجنس، أو الحالة الزوجية، أو المسؤوليات العائلية، أو العقيدة، أو الرأي السياسي، أو الأصل الوطني، أو الأصل الاجتماعي؛
- 6 – الإعاقة، إذا لم يكن من شأنها أن تحول دون أداء الأجير المعاق لشغل يناسبه داخل المقولة.

المادة 37

يمكن للمشغل اتخاذ إحدى العقوبات التأديبية التالية في حق الأجير لارتكابه خطأ غير جسيم:

- 1 – الإنذار؛
- 2 – التوبيخ؛
- 3 – التوبيخ الثاني، أو التوقيف عن الشغل مدة لا تتعدى ثمانية أيام؛
- 4 – التوبيخ الثالث، أو النقل إلى مصلحة، أو مؤسسة أخرى عند الاقتضاء، مع مراعاة مكان سكنى الأجير.

تطبق على العقوبات الواردة في الفقرتين 3 و4 من هذه المادة مقتضيات المادة 62 أدناه.

المادة 38

يتبع المشغل بشأن العقوبات التأديبية مبدأ التدرج في العقوبة. ويمكن له بعد استنفاد هذه العقوبات داخل السنة أن يقوم بفصل الأجير؛ ويعتبر الفصل في هذه الحالة فصلا مبررا.

المادة 39

تعتبر بمثابة أخطاء جسيمة يمكن أن تؤدي إلى الفصل، الأخطاء التالية المرتكبة من طرف الأجير:

- ارتكاب جنحة ماسة بالشرف، أو الأمانة، أو الآداب العامة، صدر بشأنها حكم نهائي وسالب للحرية؛
- إفشاء سر مهني نتج عنه ضرر للمقولة؛
- ارتكاب الأفعال التالية داخل المؤسسة أو أثناء الشغل:
- السرقة؛
- خيانة الأمانة؛
- السكر العلني؛
- تعاطي مادة مخدرة؛
- الاعتداء بالضرب؛
- السب الفادح؛
- رفض إنجاز شغل من اختصاصه عمدا وبدون مبرر؛
- التغيب بدون مبرر لأكثر من أربعة أيام أو ثمانية أنصاف يوم خلال الإثني عشر شهرا؛
- إلحاق ضرر جسيم بالتجهيزات أو الآلات أو المواد الأولية عمدا أو نتيجة إهمال فادح؛
- ارتكاب خطأ نشأت عنه خسارة مادية جسيمة للمشغل؛
- عدم مراعاة التعليمات اللازم اتباعها لحفظ السلامة في الشغل وسلامة المؤسسة ترتبت عنها خسارة جسيمة؛
- التحريض على الفساد؛
- استعمال أي نوع من أنواع العنف والاعتداء البدني الموجه ضد أجير أو مشغل أو من ينوب عنه لعرقلة سير المقولة.

يقوم مفتش الشغل في هذه الحالة الأخيرة بمعاينة عرقلة سير المؤسسة وتحرير محضر بشأنها.

المادة 40

يعد من بين الأخطاء الجسيمة المرتكبة ضد الأجير من طرف المشغل أو رئيس المقولة أو المؤسسة، ما يلي:

- السب الفادح؛
- استعمال أي نوع من أنواع العنف والاعتداء الموجه ضد الأجير؛
- التحرش الجنسي؛
- التحريض على الفساد.

وتعتبر مغادرة الأجير لشغله بسبب أحد الأخطاء الواردة في هذه المادة في حالة ثبوت ارتكاب المشغل لإحداها، بمثابة فصل تعسفي.

المادة 41

يحق للطرف المتضرر، في حالة إنهاء الطرف الآخر للعقد تعسفيا، مطالبته بالتعويض عن الضرر.

لا يمكن للطرفين أن يتنازا لا مقدما عن حقهما المحتمل في المطالبة بالتعويضات الناتجة عن إنهاء العقد سواء كان الإنهاء تعسفيا أم لا.

يمكن للأجير الذي فصل عن الشغل لسبب يعتبره تعسفيا اللجوء إلى مسطرة الصلح التمهيدي المنصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 532 أدناه من أجل الرجوع إلى شغله أو الحصول على تعويض.

في حالة الحصول على تعويض، يوقع توصيل استلام مبلغ التعويض من طرف الأجير والمشغل أو من ينوب عنه، ويكون مصادقا على صحة إرضائه من طرف الجهة المختصة، ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل.

يعتبر الاتفاق الذي تم التوصل إليه في إطار الصلح التمهيدي نهائيا وغير قابل للطعن أمام المحاكم.

في حالة تعذر أي اتفاق بواسطة الصلح التمهيدي، يحق للأجير رفع دعوى أمام المحكمة المختصة، التي لها أن تحكم، في حالة ثبوت فصل الأجير تعسفا، إما بإرجاع الأجير إلى شغله أو حصوله على تعويض عن الضرر يحدد مبلغه على أساس أجر شهر ونصف عن كل سنة عمل أو جزء من السنة على أن لا يتعدى سقف 36 شهرا.

المادة 42

إذا أنهى الأجير عقد الشغل بصفة تعسفية، ثم تعاقد مع مشغل جديد، أصبح هذا المشغل متضامنا معه في تحمل المسؤولية عن الضرر اللاحق بالمشغل السابق، وذلك في الأحوال التالية:

1 – إذا ثبت أنه تدخل من أجل إخراج الأجير من شغله؛

2 – إذا شغل أجيرا مع علمه أنه مرتبط بعقد شغل؛

3 – إذا استمر في تشغيل أجير بعد أن علم أنه ما زال مرتبطا بـمشغل آخر بموجب عقد شغل.

تنتفي مسؤولية المشغل الجديد في الحالة الأخيرة، إذا علم بالأمر بعد إنهاء عقد الشغل بصفة تعسفية من طرف الأجير، إما بحلول أجله إذا كان محدد المدة، أو بانصرام أجل الإخطار إذا كان غير محدد المدة.

تخضع لمراقبة السلطة القضائية القرارات التي يتخذها المشغل في إطار ممارسة سلطته التأديبية.

الفرع الثالث: أجل الإخطار

المادة 43

يكون إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة، بإرادة منفردة، مبنيا على احترام أجل الإخطار، ما لم يصدر خطأ جسيم عن الطرف الآخر.

ينظم أجل الإخطار ومدته بمقتضى النصوص التشريعية، أو التنظيمية، أو عقد الشغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو النظام الداخلي، أو العرف.

يكون باطلا بقوة القانون، كل شرط في عقد الشغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو النظام الداخلي، أو العرف يحدد أجل الإخطار في مدة تقل عما حددته النصوص التشريعية، أو التنظيمية.

يكون باطلا في جميع الأحوال كل شرط يحدد أجل الإخطار في أقل من ثمانية أيام.

يعفى المشغل والأجير من وجوب التقيد بأجل الإخطار في حالة القوة القاهرة.

المادة 44

يبدأ سريان أجل الإخطار من اليوم الموالي لتبليغ قرار إنهاء العقد.

المادة 45

يتوقف أجل الإخطار أثناء فترة:

1 – عجز الأجير مؤقتا عن الشغل إذا تعرض لحادثة شغل، أو لمرض مهني؛

2 – ما قبل وضع الحامل لحملها، أو ما بعده، وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 154 و156 أذناه.

المادة 46

لا تطبق المقتضيات المنصوص عليها في المادة 45 أعلاه عندما ينتهي عقد الشغل محدد المدة، أو المبرم من أجل إنجاز شغل معين، خلال فترة العجز المؤقت.

المذكور لا يسقط ق العامل في اقامتها بعد ذلك .

1991-677

القرار عدد : 6/380 المؤرخ في : 2003/2/19 الملف الجنحي عدد: 00/5286
الحيازة - بيع الحائز للعقار - انقطاع الحيازة (لا)
البائع الحائز ينقل الحيازة للمشتري بصفة تلقائية، كما أن الوفاة تنقل الحيازة للوارث،
والمحكمة لما اعتبرت أن البيع تنقطع به الحيازة فضلا عن عدم مناقشتها لشهادة شهود
النفي المستمع إليهم أمامها تكون قد جانبت الصواب و جاء قرارها ناقص التعليل و
معرضا للنقض .

2003-380

القرار 1503 الصادر بتاريخ 11 يونيه 1986 ملف مدني 84/1837
تقادم خمسي ... العلم بالمسؤول ... الاستماع إلى الضحية .. لا .

المادة 47

يجب على المشغل والأجير، خلال أجل الإخطار، احترام جميع التزاماتهما المتبادلة.

المادة 48

يستفيد الأجير أثناء أجل الإخطار، من رخص التغيب، قصد البحث عن شغل آخر، على أن يؤدي له عنها الأجر الذي يتقاضاه
عن أوقات شغله الفعلي، أي كانت طريقة أدائه.

المادة 49

تحدد رخصة التغيب المنصوص عليها في المادة 48 أعلاه في ساعتين في اليوم، على ألا تتعدى الأوقات المرخص بها ثماني
ساعات في الأسبوع الواحد، أو ثلاثين ساعة في كل فترة من ثلاثين يوما متوالية.

غير أنه إذا كان الأجير يشتغل في مقولة، أو مؤسسة، أو ورش يبعد مسافة تفوق عشرة كيلومترات عن مدينة مصنفة في عداد
البلديات، أمكن له التغيب أربع ساعات متتالية مرتين في الأسبوع، أو ثماني ساعات متتالية مرة في الأسبوع، خلال الساعات
المخصصة للشغل في المقولة، أو المؤسسة، أو الورش.

المادة 50

تحدد مدة التغيب باتفاق بين المشغل والأجير، وعند الاقتضاء تارة باختيار المشغل، وتارة باختيار الأجير، تناوبا بينهما.
ينتهي الحق في التغيب بمجرد حصول الأجير على شغل جديد، ويجب عليه في هذه الحالة إحاطة مشغله علما بذلك تحت طائلة
إنهاء أجل الإخطار. كما ينتهي هذا الحق إذا توقف الأجير عن تخصيص فترات تغييره للبحث عن شغل.

المادة 51

يترتب عن إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة، دون إعطاء أجل الإخطار، أو قبل انصرام مدته، أداء الطرف المسؤول عن
الإنهاء، تعويضا عن الإخطار للطرف الآخر، يعادل الأجر الذي كان من المفروض أن يتقاضاه الأجير، لو استمر في أداء شغله،
ما لم يتعلق الأمر بخطأ جسيم.

يبتدئ أمد التقادم الخمسي المنصوص عليه في الفصل 106 من قانون الالتزامات و العقود -169- من تاريخ العلم بالضرر و المسؤول عنه.

يجب على المؤمن الذي يدعي العلم بالمسؤول أن يثبت ذلك.
لا يكفي لإثبات العلم مجرد الاستماع الى الضحية و هو بالمستشفى .

1986-1503

القرار عدد 303 المؤرخ في : 2005/02/02 الملف المدني عدد: 2001/8/1/712

التقادم - أداء واجبات الكراء

– نقطة انطلاق أمد التقادم إن أكرية الأراضي والمباني باعتبارها أداءات دورية تتقادم بمرور خمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط، وعلى المحكمة المثار أمامها الدفع بالتقادم تطبيق مقتضيات الفصل 391 من قانون الالتزامات و العقود -170- مع الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الفصلين 381 و 382 من نفس القانون -171- بشأن قطع التقادم

169 _

الفصل 106

(معدل بالظهير رقم 1.60.196 المؤرخ في 27 جمادى الأولى 1380 الموافق 17 نونبر 1960)

إن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه. وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر.

170 _

الفصل 391

الحقوق الدورية والمعاشات وأكرية الأراضي والمباني والفوائد وغيرها من الأداءات المماثلة تتقادم في مواجهة أي شخص كان بخمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط.

171 _

الفصل 381

ينقطع التقادم:

- 1 - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مَطْل لتتفيذ التزامه، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضي ببطلانها لعييب في الشكل؛
- 2 - بطلب قبول الدين في تغطية المدين
- 3 - بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات.

الفصل 382

وينقطع التقادم أيضا بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو أدى المدين قسطا منه وكان هذا الأداء ناتجا عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلا للوفاء، أو قدم كفيلا أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.

بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية من الدائن أو اقرار من المدين بحق الدائن .
2005-303

القرار عدد 1501 المؤرخ في : 2005/5/18 الملف المدني عدد: (.....)/2004/3/1

قاصر – مهام المقدم – تقديم الحساب – تقادم (لا) لا تقادم بين ناقص الأهلية والوصي أو المقدم مادامت ولايتهما قائمة ولم يقدموا حساباتهم النهائية.
ولما كان ثابتاً من الوقائع المعروضة على قضاة الاستئناف أن موروث الطالبين كان مقدماً على المطلوبين في النقض خلال فترة قصورهما و ابقى تحت يده جميع تركة والدهما الى حين بلوغهما سن الرشد و لم يقدم حياته حساباً نهائياً عن المدة التي كان مقدماً فيها ، فان المحكمة بسكوتها عن دفع الطالبين المتعلق بتقادم دعوى المطلوبين المرفوعة بعد بلوغهما سن الرشد من اجل تمكينهما من الاملاك الباقية بيد المقدم عليهما موروث الطالبين و انتقلت بعد وفاته اليهم تكون قد رفضت الدفع المذكور رفضاً ضمناً ما دام ليس صحيحاً و غير مؤثر على قضاءها و جاء قضاء معللاً تعليلاً سليماً .

2005-1501

القرار 2441 الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 1985 ملف مدني 95-895
كمبيالة ... شروط ... خلوها ... سند عادي ... تقادم ... نوعه .
تخضع الكمبيالة للتقادم القصير الأمد متى توفرت فيها الشروط المنصوص عليها في
الفصل 128 من القانون التجاري -172- . (والتي لا تعوض بغيرها) و إلا اعتبرت سند

_ 172 _

مدونة التجارة صيغة محينة بتاريخ 23 ابريل 2018

القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة كما تم تعديله

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 190

إذا ضاعت كمبيالة غير مقبولة أو سرقت، جاز لمالكها أن يطالب بالوفاء استناداً على نظير ثان أو ثالث أو رابع وهكذا... وأن يقدم كفالة.

المادة 192

دين عادي إذا توفرت فيها شروط السند العادي و يخضع للتقادم العادي (حسب طبيعة الدين) .

تكون المحكمة على صواب لما اعتبرت الكمبيالة التي تنقصها شروط إنشائها سند دين عادي لكونها تحمل التزام المسحوب عليه بالتوقيع .

رقم القرار 2441 سنة -1985

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....) يبتدئ أمد تقادم حقوق المهندسين من تاريخ إنجاز جميع ما تعهدوا به من الأعمال و ليس من تاريخ إنجاز بعضها.
الفصل 388 من قانون الالتزامات و العقود .

قرار عدد 255

سنة 1980

القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف مدني (.....) يبتدئ أمد تقادم حقوق المهندسين من تاريخ إنجاز جميع ما تعهدوا به من الأعمال و ليس من تاريخ إنجاز بعضها. الفصل 388 من قانون الالتزامات و العقود -173.

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 بدفاتره وأن يقدم كفالة.

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.

كل دعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة.

(معدل بظواهر 8 أبريل 1938 و6 يوليو 1954 و2 أبريل 1955)

تتقدم بخمس سنوات: دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها لغيرهم من التجار أو الموردين أو أرباب المصانع من أجل حاجات مههم.

تتقدم بستين:

1 - دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والبيطرة من أجل ما يقومون به من زيارات ويؤدونه من عمليات، وكذلك من أجل ما يوردونه من أشياء وما يقدمونه من نقود ابتداء من تاريخ حصوله؛

2 - دعوى الصيادلة من أجل الأدوية التي يوردونها، ابتداء من تاريخ توريدها؛

3 - دعوى المؤسسات الخاصة أو العامة المخصصة لعلاج الأمراض البدنية أو العقلية أو لرعاية المرضى، من أجل العلاج المقدم منها لمرضاهم والتوريدات والمصرفوات الحاصلة منها لهم، ابتداء من تاريخ تقديم العلاج أو حصول التوريدات؛

4 - دعوى المهندسين المعماريين وغيرهم من المهندسين والخبراء والمساحين من أجل مواصفاتهم أو عملياتهم والمصرفوات المقدمة منهم ابتداء من تاريخ تقديم المواصفة أو إتمام العمليات أو إجراء المصرفوات؛

5 - دعوى التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل التوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص؛

6 - دعوى الفلاحين ومنتجي المواد الأولية من أجل التوريدات المقدمة منهم، إذا كانت قد استخدمت في الأغراض المنزلية للمدين، وذلك ابتداء من يوم وقوع التوريدات.

تتقدم بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً:

1 - دعوى المعلمين والأساتذة وأصحاب المؤسسات المخصصة لإقامة التلاميذ العامة منها والخاصة، من أجل أتعابهم المستحقة على تلاميذهم وكذلك من أجل التوريدات المقدمة منهم إليهم، وذلك ابتداء من حلول الأجل المحدد لدفع أتعابهم؛

2 - دعوى الخدم 173 من أجل أجورهم وما قاموا به من مصرفوات وغير ذلك من الأداءات المستحقة لهم بمقتضى عقد إجارة العمل، وكذلك دعوى المخدمين ضد خدامهم من أجل المبالغ التي يسبقونها لهم على أساس تلك الرابطة؛

3 - دعوى العمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين وندوبي التجارة والصناعة 173، من أجل رواتبهم وعمولاتهم، وما أدوه من مصرفوات بسبب وظائفهم، وما يستحقونه من عطلة سنوية مؤدى عنها أو ما يعوضها وذلك عن السنة الجارية وعند ثبوت الحق في عطل مجتمعة، عن السنة أو السنتين الماضيتين؛

دعوى أرباب الحرف من أجل توريداتهم ومياوماتهم وما أنفقوه بسبب خدماتهم؛

دعوى المخدم أو رب العمل من أجل المبالغ المسبقة للعمال والمستخدمين والمتعلمين والمتجولين والندوبيين من أجورهم أو عمولاتهم أو المبالغ التي أنفقوها بسبب خدماتهم؛

4 - دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم، من أجل الإقامة والطعام وما يصرفونه لحساب زبائنهم؛

5 - دعوى مكري المنقولات من أجل أجرتها.

(ظهير 8 أبريل 1938 وظهير 17 يبرابر 1939).

تتقدم أيضا بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً:

1 - دعوى وكلاء الخصومة، من أجل الأتعاب، والمبالغ التي يصرفونها وذلك ابتداء من الحكم النهائي أو من عزلهم من الوكالة 173؛

2 - دعوى الوسطاء من أجل استيفاء السمسرة، ابتداء من إبرام الصفقة؛

القرار.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف عقاري (.....)
دعوة الحيابة .. الأجل .. طبيعته ترفع دعوى الحيابة خلال أجل السنة من تاريخ وقوع
الفعل الذي أخل بها « ف 167 من ق م م -174- « يعد الأجل المذكور أجل سقوط لا أمد
تقادم فلا تعتريه أسباب الانقطاع
يؤدي التنازل عن الدعوى إلى إرجاع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل طرح النزاع
على القضاء .

قرار عدد546- سنة 1983

3 - دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق، من أجل ما سبقوه لهم، لأداء ما أنيط بهم من أعمال، وذلك ابتداء من
نفس التاريخ المقرر لكل طائفة منهم؛

4 - الدعوى التي تثبت من أجل العوار والضياح والتأخير وغيرها من الدعوى التي يمكن أن تنشأ عن عقد النقل، سواء أكانت
ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو المرسل إليه، وكذلك الدعوى التي تنشأ بمناسبة عقد النقل.

وتحسب مدة هذا التقادم، في حالة الهلاك الكلي، ابتداء من اليوم الذي كان يجب فيه تسليم البضاعة، وفي غير ذلك من الأحوال،
ابتداء من يوم تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عرضها عليه.

الأجل لرفع كل دعوى من دعوى الرجوع هو شهر، ولا يبدأ هذا التقادم إلا من يوم مباشرة الدعوى ضد الشخص الذي يثبت له
الضمان.

في حالة النقل الحاصل لحساب الدولة، لا يبدأ التقادم إلا من يوم تبليغ القرار الإداري المتضمن للتصفية النهائية أو للأمر النهائي
بالأداء.

-174-

قانون المسطرة المدنية صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014

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

القسم الخامس: المساطر الخاصة

الباب الأول: دعاوى الحيابة

الفصل 166

لا يمكن رفع دعاوى الحيابة إلا ممن كانت له شخصياً أو بواسطة الغير منذ سنة على الأقل حيابة عقار أو حق عيني عقاري
حيابة هادنة علنية متصلة غير منقطعة وغير مجردة من الموجب القانوني وخالية من الالتباس.

غير أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيابة المنتزعة بالعنف أو بالإكراه إذا كانت للمدعي وقت استعمال العنف أو الإكراه حيابة
مادية وخالية وهادنة وعلنية.

الفصل 167

لا تقبل دعاوى الحيابة سواء قدمت بطلب أصلي أو بطلب مقابل إلا إذا أثبتت خلال السنة التالية للفعل الذي يخل بالحيابة.

القرار رقم 676 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ رابع أكتوبر 1978 في الملف
المدني رقم 46952
القاعدة

- بناء على قاعدة أن الحقوق لا تتقدم إلا من تاريخ اكتسابها فإن تقدم حق الوارث
يسري من تاريخ الحكم له بهذه الصفة لا من تاريخ الالتزام المورث بالدين.
1978-2676

القرار عدد 1471 المؤرخ في 2001/4/18 الملف المدني عدد 97/2/1/3454
الخبرة

- الدفع الذي لا يهم الطاعن
- لا مصلحة له في إثارته - كراء رخصة النقل
- تقدم الالتزام

- تطبيق الفصل 370 من قانون الالتزامات و العقود -175- (نعم)

الدفع بعدم حضور المطعون ضده إجراءات الخبرة دفع لا يتعلق بالطاعن وليست له
مصلحة في إثارته والتمسك به.

الالتزام بأداء جميع أنواع الضرائب المترتبة على الناقل المكرة لا يخضع للتقدم
الخمسي المنصوص عليه في الفصل 391 من قانون الالتزامات و العقود و المتعلق
بالأداءات الدورية و انما يخضع للتقدم العام المنصوص عليه في الفصل 370 من نفس
القانون .

العقود المسماة¹⁷⁶ المرجع القانوني

- 176 -

المقصود بالعقود المسماة

1 - المقصود بالعقود المسماة :

بعد أن فرغنا من عرض نظرية الالتزام بوجه عام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، ننتقل في الأجزاء الثلاثة التالية إلى تطبيق أحكام هذه النظرية وقواعدها المجردة تطبيقاً مفصلاً على عقود معينة بالذات أطلقت عليها أسماء معروفة .

وقد عنى المشرع بهذه العقود عناية كبيرة ، فخصص لها الكتاب الثاني من القسم الأول من التقنين المدني تحت عنوان ((العقود المسماة)) ، فأعقب هذا الكتاب الثاني الكتاب الأول الذي خصصه المشرع لنظرية الالتزام بوجه عام .

المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام . فإيراد نصوص على هذا النحو يصبح إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، ، وغير ذلك كثير

والمقصود بالعقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية ، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ، وذلك نحو البيع والهبة والشركة والإيجار والمقولة والوكالة ، وقد نظمها المشرع تنظيمًا مفصلاً لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي .

وقد كان التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني يقوم على أساس آخر غير الأساس الذي يقوم عليه هذا التمييز في القانون الحديث .

الرئيسية الوسيط جزء 4-

عقود مسماة

الأغراض المختلفة التي يتوخاها المشرع في تنظيم العقود المسماة

الأغراض المختلفة التي يتوخاها المشرع في تنظيم العقود المسماة

4- الأغراض المختلفة التي يتوخاها المشرع في تنظيم العقود المسماة :

والعقود المسماة تخضع هي أيضاً للقواعد العامة في نظرية العقد كما تخضع العقود غير المسماة ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد كان يشتمل على نص في هذا المعنى ([1]).

ولكن المشرع يعني مع ذلك بتنظيمها وإيراد نصوص خاصة في شأنها ، توخياً لتحقيق أغراض مختلفة منها :

1 - لما كانت العقود المسماة هي من أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، وقد أعان شيوعها على إرساء قواعدها واستقرار أحكامها ، فإن المشرع أراد بتنظيم العقد الرسمي أن يعبد الطريق للمتعاملين ، فلا يجدون مشقة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، إذ تنبه المشرع لأكثر ما يعرض لهذه العلاقات فتناولها بالتنظيم والتحديد ، ووضع أحكاماً نموذجية هي نتاج خبرة القرون الطويلة . ولم يكن المتعاقدان ليستطيعا التنبه لجميع هذه المسائل ، فتولاها المشرع عنهما .

على أن المشرع في تنظيمه للعقد المسمى لا يصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يريانه . فلو أنهما في بعض المسائل التي نظمها المشرع يريان حلاً آخرى غير تلك التي وضعت ، وكانت هذه المسائل ليست من النظام العام ، فإنهما يستطيعان أن ينسخا الحلول التي وضعها المشرع ، وليس عليهما في ذلك إلا أني ضعا الحلول التي اختارها فتكون هي المعمول بها دون الحلول التي وضعها المشرع .

2- والمشرع عندما يطبق القواعد العامة على عقد مسمى بالذات ، كثيراً ما يجلى تطبيقات خفية لهذه القواعد ، تختلف فيها الأنظار . فيعرض لما فيه خفاء من هذه التطبيقات فيوضحه بنصوص حاسمة لا تدع مجالاً للاضطراب واللبلة . والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر منها ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية وتحمل تبعة الهلاك .

3 - على أن المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام . فإيراد نصوص على هذا النحو يصبح إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وفي كثير من نصوص عقد العمل ، وفي الرجوع في الهبة ، وفي الغلط في الصلح ، وفي التزام المرافق العامة ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وفي التأمين بما يشتمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير نراه منتثراً في نواح متفرقة من العقود المسماة .

4 - وقد يعمد المشرع أخيراً ، في تنظيم العقد المسمى ، إلى تحقيق غرض هام ، هو توجيه هذا العقد وتطويره بحيث يتمشى مع الاتجاهات المتجددة . فعل ذلك في تحريم الرهن الذي يستتر تحت اسم بيع الوفاء ، وفي تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفي تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة في العين المؤجرة ، وفي تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الإيجار بعقد البيع .

ويخلص مما تقدم أن تنظيم المشرع للعقد المسمى يبسر معرفة الأحكام التي تسرى على هذا العقد مرتبة بحسب الأولوية . ففي المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التي أوردها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات . فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها ، وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد أي تطبيق القواعد العامة . وتطبق بعد ذلك المصادر غير التشريعية من عرف ونحوه . ويغلب أن تغطي النصوص الخاصة والقواعد العامة الجزء الأكبر من منطقة العقد المسمى ، فلا يبقى بعد ذلك إلا حيز ضيق تطبق فيه المصادر غير التشريعية .

التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الحديث

أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إلا في العقود الشكلية وما بقي من العقود العينية .

وإذا كان بعض العقود يطلق عليه اسم ((العقود المسماة)) ، فليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيمًا خاصاً ، نظراً لكثرة تداولها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعد راسية مستقرة .

وسنرى ما هي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد. ونبادر هنا إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألّفه الناس في التعامل .

فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . ونلمح هذا التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاظم في مجالات العمل ، ولكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات المختلفة فيما تتناوله بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم عقود المقامرة والرهان والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقد نظم هذا كله التقنين المدني الجديد ([1]) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر ([2]) والنزول في الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تتزايد أهميتها كل يوم ، وقد نظمت التقنيات الأجنبية بعض هذه العقود ([3]) .

أما العقود غير المسماة – وهي التي لا يتولى المشرع تنظيمها – فإنها تخضع في أحكامها للقواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد (م 127) يشتمل على نص في هذا المعنى يجري على الوجه الآتي : ((1 – تسري على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . 2 – أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية)) . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه ([4])

ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي يستلزمها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في عمله ([5]) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئاً على أن يعطى الأول للثاني بعد البيع مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه ([6]) . وعقد المحاسبة الذي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين ([7]) .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سمياه ، فقد يكونان مخطئين في التكليف ، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر كما في الوصية يخفيها الموصى تحت ستار البيع ([8])

على أن العقد – مسمى أو غير مسمى – قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سمي عقداً مختلطاً (mixte, complexe) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hotellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التي تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة :

(1) عدة عقود تمتزج في عقد واحد ، وذلك كمدير شركة يتولى إدارتها ويكون وكيلاً عنها ، فيمتزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كعقد نقل بحري يعقبه عقد نقل برى أو إيجار يقترن بوعد بالبيع .

(2) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأمين أو التحق بعقد النقل شرط للتخزين .

(3) الجمع بين عناصر متفوقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذي يجمع بين الإيجار والبيع (Location - vente) والوديعة في المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض ([9]) .

وليس هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق فيه أحكام العقود المختلطة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق في كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل وعقد الإيجار ، ولكن القضاء ([10]) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة وضع اليد التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة ([11])

([1]) وأغفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الغاروقة الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بعد أن ألغى نظام الأراضي الخراجية وهو النظام الذي كان عقد الغاروقة يقوم عليه .

([2]) وإن كان المشرع المصري قد تناول في القانون رقم 254 لسنة 1954 الخاص بحماية المؤلف بعض المسائل الذي ينظمها عقد النشر .

([3]) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسري فقد نظم عقد النشر .

([4]) مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 11 .

([5]) ويعرف هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat revelation de succession) : بودرى وبارد 1 فقرة 20 ص 19 .

([6]) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة 7 .

([7]) ديموج 2 فقرة 917 – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملاً على التزامات متبادلة بين طرفيه ، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما

سيقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقص مدني 11 أبريل سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 49 ص 153) .

وقد أورد الأستاذ والتون (جزء أول ص 80 – ص 81) أمثلة على عقود غير مسماة منها :

1- اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدداً من الأسرة تستخدم لأغراض التعليم الطبي ، ولم يحدد أجل لذلك . فقضت المحاكم الفرنسية بأن العقد ليس إيجاراً ولا بيعاً ولا عقداً مقررأً لحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير مسمى (دويه الاستثنائية 25 فبراير سنة 1903 دالوز 1904 – 2 – 173) .

2- اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف للتاجر معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ن ولا هو إيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد للمؤلف ص 123 هامش رقم 4) .

([8]) والتكليف يسبقه تفسير إرادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فإذا استخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين ، أنزل عليها حكم القانون لتكليف العقد والكشف عن ماهيته . والتكليف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة النقض . ولا تنتقد المحكمة بتكليف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكليف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكليف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها دليلاً . وإذا تعمد المتعاقدان أن يكما العقد تكيفاً غير صحيح ، فإن التكليف غير الصحيح في هذه الحالة يلتبس بالصورية والفرق بينهما – كما ذكر الأستاذ إسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص 7 – أن الصورية تنطوى على تصرف ظاهر يخفي وضعاً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذ أثبت صاحب المصلحة الوضع الحقيقي ، فعلى هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكليف غير الصحيح فلا ينطوى إلا على تصرف واحد كيفه المتعاقدان تكيفاً خاطئاً ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكليف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يعتمد المتعاقدان أن يكما التصرف تكيفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، فالقاضي يصحح هذا التكليف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (مذكراته غير المطبوعة في البيع ص 7 – ص 10) إلى أن التحايل على القانون لا يقتضي حتماً أن يكون تكليف العقد تكيفاً غير صحيح ، فقد يكمي المتعاقدان العقد تكيفاً صحيحاً وهما مع ذلك يريدان التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يعطي آخر أكثر من ثلث تركته بعد موته مع وجود ورثة له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذ لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة . فيعمد إلى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في الحال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن المتصرف أراد الوصية وكيفها بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً وتجرد عن ملك الرقبة في الحال مستبقياً لنفسه حق الانتفاع . فالتكليف هنا تكليف صحيح ، ولكن المتصرف قصد التحايل على القانون . فيبقى التصرف على تكيفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن يرد على المتصرف قصده فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يجعل للتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إعمالاً للتكليف الحقيقي ، ويجعل له حكم الوصية من حيث عدم نفاذه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يجري القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ تثبت من أن المتصرف أراد التجرد من ملك الرقبة في الحال واصفاً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بنفاذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا ينقص التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن تكليف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية – أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت – وكيفها هبة أو بيعاً .

هذا وانظر في أن التكليف يفترض العلم ابتداءً بما هية العقود المختلفة ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة مضمونها وبالمقابلة بين ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين والماهية القانونية لكل عقد من العقود يمكن وصف الرابطة التعاقدية =

= أي تكيفها ، إلى الأستاذ منصور مصطفى منصور في البيع والمقايضة والإيجار فقرة 6 – وأنظر في مسألة تكليف العقود رسالة الدكتور أحمد زكي الشيتي بالفرنسية سنة 1944 .

[9]) نظرية العقد للمؤلف ص 125 هامش رقم 1 .

[10]) مصر الكلية 3 أكتوبر سنة 1927 المحاماة 8 رقم 260 ص 361 .

[11]) نظرية العقد للمؤلف فقرة 130 .

الرئيسية الوسيط_جزء 4_

عقود مسماة

التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني

2 – التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني :

بدأت العقود في القانون الروماني تكون شكلية ، تحوطها أوضاع معينة . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، إذ دعت الحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن ذلك بتقديم في التفكير القانوني ، فظهر إلى جانب العقود الشكلية ([1]) العقود العينية (القرض والعارية والوديعة والرهن) ، والعقود الرضائية (البيع والإيجار والشركة والوكالة) ، والعقود غير المسماة . والعقود غير المسماة عقود اعترف بها القانون الروماني تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي عقود لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، فإذا فعل تكون العقد ، ونشأ بموجبه التزام في جانب الطرف الآخر بأن يقوم هو أيضاً بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الأول([2]) .

وكان الرومان يقسمون هذه العقود أقساماً أربعة :

(القسم الأول) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني ، فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عيني كذلك (do ut des) ، من ذلك عقد المقايضة (premutatio)

(والقسم الثاني) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني ، فيلتزم الطرف الآخر بالقيام بعمل (do ut facias) ، مثل ذلك الهبة بعوض (sub modo) .

(والقسم الثالث) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر أن يقوم بعمل كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يسلم شخص شيئاً لآخر فيلتزم الآخر برده عند أول طلب (convention do precaire) .

(والقسم الرابع) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (facio ut facias) ، وهو أول عقد طبق فيه الرومان دعوى العقود غير المسماة (

praescriptio verbis ، لما رآه عقداً يدور بين البيع والعمل والوكالة ([3]) .

ونرى مما تقدم أن تسمية هذه العقود في القانون الروماني بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة ، فإن أغلب هذه العقود كان معروفاً بالإسم . ولكنها دعيت كذلك لأنها لا تدخل في نوع من أنواع العقود المسماة التي اعترف بها القانون الروماني : العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود الشرعية والعقود البريطورية . ونرى أيضاً أن التمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى كان ذا أهمية كبيرة في القانون الروماني ، لأن العقد غير المسمى – خلافاً للعقد المسمى – كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، ولا يوجد العقد قبل ذلك . فهي عقود قريبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم ([4])

[1]) والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقد الاستدانة (nexum) يتم بالسبيكة والميزان ، والعقد الكتابي (litteris) ، والعقد اللفظي (verbis, stipulation) .

[2]) أنظر في منشأ هذه العقود جيرار ص 598 وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يجز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشئ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما يكون قد أداه ولم يستوف مقابله . ثم إن لابيون (labeon) – الفقيه الروماني المعروف أدخل في القانون دعوى (praescriptio) (verbis) أعطاهما للدائن إذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها . وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها إلى منطقة الاتفاقات . فكانت تعطى في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر على استرداد ما وفاه بدعوى الإثراء بلا سبب . على أن تعميم هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخراً في عهد جوستنيان ، كما ثبت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص 120 هامش رقم 3) . لا

[3]) جيرار ص 606 .

[4]) أنظر في كل ذلك نظرية العقد المؤلف فقرة 124 .

المقصود بالعقود المسماة

الرئيسية الوسيط_ جزء 4 عقود مسماة

التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الحديث

أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إلا في العقود الشكلية وما بقي من العقود العينية .

وإذا كان بعض العقود يطلق عليه اسم ((العقود المسماة)) ، فليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيماً خاصاً ، نظراً لكثرة تداولها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعد راسية مستقرة .

وسنرى ما هي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد. ونبادر هنا إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألفه الناس في التعامل .

فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . ونلمح هذا التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاطم في مجالات العمل ، ولكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات المختلفة فيما تتناوله بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم عقود المقامرة والرهان والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقد نظم هذا كله التقنين المدني الجديد ([1]) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر ([2]) والنزول في

الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تتزايد أهميتها كل يوم ، وقد نظمت التقنيات الأجنبية بعض هذه العقود ([3]).

أما العقود غير المسماة – وهي التي لا يتولى المشرع تنظيمها – فإنها تخضع في أحكامها للقواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد (م 127) يشتمل على نص في هذا المعنى يجري على الوجه الآتي : (1 – تسري على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . 2 – أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية) . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه ([4])

ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي يستلزمها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في عمله ([5]) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئاً على أن يعطى الأول للثاني بعد البيع مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه ([6]). وعقد المحاسبة الذي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين ([7]) .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عبارة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سماه ، فقد يكونان مخطئين في التكليف ، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر كما في الوصية يخفيها الموصى تحت ستار البيع ([8])

على أن العقد – مسمى أو غير مسمى – قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة ، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سمي عقداً مختلطاً (mixte, complexe) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hotellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التي تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة :

(1) عدة عقود تمتزج في عقد واحد ، وذلك كمدير شركة يتولى إدارتها ويكون وكيلها عنها ، فيمتزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كعقد نقل بحري يعقبه عقد نقل برى أو إيجار يقترن بوعد بالبيع .

(2) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأمين أو التحق بعقد النقل شرط للتخزين .

(3) الجمع بين عناصر من عقود مختلفة ، كالعقد الذي يجمع بين الإيجار والبيع (Location – vente) والوديعة في المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض ([9]) .

وليس هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق فيه أحكام العقود المختلطة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق في كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل وعقد الإيجار ، ولكن القضاء ([10]) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة وضع اليد التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلات ([11])

[1] (وأغفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الغاروقة الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بعد أن ألغى نظام الأراضي الخراجية وهو النظام الذي كان عقد الغاروقة يقوم عليه .

[2] (وإن كان المشرع المصري قد تناول في القانون رقم 254 لسنة 1954 الخاص بحماية المؤلف بعض المسائل الذي ينظمها عقد النشر .

[3] (مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسري فقد نظم عقد النشر .

[4] (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 11 .

[5] (ويعرف هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat revelation de succession) :
بودرى وبارد 1 فقرة 20 ص 19 .

[6] (دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة 7 .

[7] (ديموج 2 فقرة 917 – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة بين طرفيه ، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سيقف لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تمليك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته)
نقص مدني 11 أبريل سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 49 ص 153) .

وقد أورد الأستاذ والتون (جزء أول ص 80 – ص 81) أمثلة على عقود غير مسماة منها :

1- اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدداً من الأسرة تستخدم لأغراض التعليم الطبي ، ولم يحدد أجل لذلك . فقضت المحاكم الفرنسية بأن العقد ليس إيجاراً ولا بيعاً ولا عقداً مقررماً لحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير مسمى (دويه الاستثنائية 25 فبراير سنة 1903 دالوز 1904 – 2 – 173) .

2- اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف للتاجر معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ن ولا هو إيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد للمؤلف ص 123 هامش رقم 4) .

[8] (والتكليف يسبقه تفسير إرادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فإذا استخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين ، أنزل عليها حكم القانون لتكليف العقد والكشف عن ماهيته . والتكليف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة النقض . ولا تنتقد المحكمة بتكليف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكليف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكليف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها دليلاً . وإذا تعمد المتعاقدان أن يكتفا العقد تكييفاً غير صحيح ، فإن التكليف غير الصحيح في هذه الحالة يلتبس بالصورية والفرق بينهما – كما ذكر الأستاذ إسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص 7 – أن الصورية تنطوى على تصرف ظاهر يخفي وضعاً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذ أثبت صاحب المصلحة الوضع الحقيقي ، فعلى هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكليف غير الصحيح فلا ينطوى إلا على تصرف واحد كيفه المتعاقدان تكييفاً خاطئاً ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكليف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يعتمد المتعاقدان أن يكتفا التصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، فالقاضي يصحح هذا التكليف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (مذكراته غير المطبوعة في البيع ص 7 – ص 10) إلى أن التحايل على القانون لا يقتضي حتماً أن يكون تكييف العقد تكييفاً غير صحيح ، فقد يكتف المتعاقدان العقد تكييفاً صحيحاً وهما مع ذلك يريدان التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يعطى آخر أكثر من ثلث تركته بعد موته مع وجود ورثة له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذ لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة . فيعمد إلى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في الحال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن المتصرف أراد الوصية وكيفها بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً

وتجرد عن ملك الرقبة في الحال مستبقياً لنفسه حق الانتفاع . فالتكليف هنا تكليف صحيح ، ولكن المتصرف قصد التحايل على القانون . فيبقى التصرف على تكليفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن يرد على المتصرف قصده فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يجعل للتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إعمالاً للتكليف الحقيقي ، ويجعل له حكم الوصية من حيث عدم نفاذه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يجري القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ تثبت من أن المتصرف أراد التجرد من ملك الرقبة في الحال واصفاً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بنفاذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا ينقص التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن تكليف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية – أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت – وكيفها هبة أو بيعاً .

هذا وانظر في أن التكليف يفترض العلم ابتداءً بما هية العقود المختلفة ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة مضمونها وبالمقابلة بين ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين والماهية القانونية لكل عقد من العقود يمكن وصف الرابطة التعاقدية =

= أي تكليفها ، إلى الأستاذ منصور مصطفى منصور في البيع والمقايضة والإيجار فقرة 6 – وأنظر في مسألة تكليف العقود رسالة الدكتور أحمد زكي الشيتي بالفرنسية سنة 1944 .

([9]) نظرية العقد للمؤلف ص 125 هامش رقم 1 .

([10]) مصر الكلية 3 أكتوبر سنة 1927 المحاماة 8 رقم 260 ص 361 .

([11]) نظرية العقد للمؤلف فقرة 130 .

الوسيط_جزء_4 , عقود مسماة

([1]) والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقد الاستدانة (nexum) يتم بالسبيكة والميزان ، والعقد الكتابي (litteris) ، والعقد اللفظي (verbis, stipulation) .

[2]) أنظر في منشأ هذه العقود جبرار ص 598 وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يجز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشئ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما

يكون قد أداه ولم يستوف مقابله . ثم إن لابيون (labeon) – الفقيه الروماني المعروف أدخل في القانون دعوى (praescriptio verbis) أعطاها للدائن إذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها . وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها إلى منطقة الاتفاقات . فكانت تعطى في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر على استرداد ما وفاه بدعوى الإثراء بلا سبب . على أن تعميم هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخراً في عهد جوستنيان ، كما ثبت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص 120 هامش رقم 3) . لا

[3]) جبرار ص 606 .

[4]) أنظر في كل ذلك نظرية العقد المؤلف فقرة 124 .

قانون الالتزامات والعقود
ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016

مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها

■ 177-

عقد الهبة

الرئيسية الوسيط_ جزء 5_ هبة

الهبة عقد ما بين الأحياء

الهبة عقد ما بين الأحياء

2 - الهبة عقد ما بين الأحياء :

فالهبة أولاً عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول متطابقين [1] ، ولا تنعقد الهبة بإرادة الواهب المنفردة كما سنرى . وهذا هو الذي يميز الهبة عن الوصية ، إذ الوصية تنعقد بإرادة الموصى المنفردة ، ويجوز لهذا أن فيها ما دام حيا ، فلا تنتج الوصية أثرها إلا عند موته . أما رضاء الموصى له بالوصية بعد موت الموصى فليس قبولا لإيجاب من الموصى ، بل هو تثبيت لحق الموصى له في الموصى به حتى لا يكسب حقاً بغير رضائه على النحو الذي رأيناه في قبول المنتفع للاشتراط لمصلحته في الاشتراط لمصلحة الغير .

ويقطع في ذلك أن الموصى له يكسب الموصى به لا من وقت " قبوله " للوصية بل من وقت موت الموصى ، ولو كانت الوصية عقداً تتم بقبول الموصى له لكسب هذا ملكية الموصى به من وقت قبوله لا من وقت موت الموصى . فالهبة إذن تختلف عنا لوصية في إنها عقد لا يجوز الرجوع فيه إلا في أحوال معينة ، وفي أن أثرها لا يتراخي حتماً إلى موت الواهب . ووصف الهبة في التعريف الذي أورده التقنين المدني بأنها عقد يخرج الوصية قطعاً عن أن تكون هبة ، وليس من الضروريان يضاف إلى التعريف أن تكون الهبة غير مضافة الموت الواهب ([2]) .

وما دمنا نقول إن الهبة عقد فهي عقد ما بين الأحياء ، ولا حاجة إلى النص على ذلك صراحة كما قدمنا ، فإن التقنين المدني المصري لا يعرف العقد إلا بين الأحياء . ومن ثم تخرج الهبة لما بعد الموت ، وهي الهبة التي يعرفها القانون الروماني ولا يعرفها القانون المصري ([3]) . فلا يجوز في القانون المصري أن يعقد الواهب هبة باثة ويرجئ في الوقت ذاته نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد موته ([4]) ، ولا يستطيع أن يفعل ذلك إلا عن طريق الوصية وبارادته المنفردة التي يجوز له الرجوع فيها كما سبق القول . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ تقول : " ويلاحظ أن الهبة عقد يتم في حال الحياة ، أما الهبة لما بعد الموت ، وتختلف عن الوصية في أنه لا يجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع في الهبة ، فباطلة ، ويكون الموهوب لورثة الواهب : م 504 / 2 من قانون الأحوال الشخصية " ([5]) .

([1]) والهبة يتحقق وجودها الشرعي بمجرد الإيجاب عند أبي حنيفة وصاحبيه ، وقبول الموهوب له عندهم شرط لثبوت الملك له لأن أحداً لا يملك إدخال شيء في ملك غيره بدون رضاه . أما عند زفر فلا يتحقق للهبة وجود شرعي إلا بإيجاب وقبول متطابقين . جاء في البدائع (جزء 6 ص 115) : " أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً . والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر ، وفي قول قال القبض أيضاً ركن " . أما القبض ، فهو في الفقه الحنفي شرط لنقل الملك في الموهوب إلى الموهوب له . وقد أخذ قانون الأحوال

الشخصية برأي زفر ، فنصت المادة 500 على أن " تصح الهبة بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له ، والقبض يقوم مقام القبول " .

وعند مالك تتم الهبة وتلزم بإيجاب الواهب . ويستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، فينتقل إليه الملك بالقبض . ولو قبض بغير إذن الواهب ، صح وانتقل الملك إليه .
وعند الشافعية والحنابلة لا تصح الهبة إلا بالايجاب والاقبول .

([2]) قارن الأستاذ محمود جمال الدين زكي فقرة 29 ص 57 – والأستاذ أكرم الخولي فقرة 52 .

([3]) استئناف مختلط 16 مايو سنة 1944 م 56 ص 147 – 18 مارس سنة 1948 م 59 ص 167 – وقد عرف القانون الروماني الهبة لما بعد الموت (mortis causa donation) ، بأنها هبة يتجرد بها الواهب عن مال له دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد دنت ، كأن يكون موشكاً على الاشتباك في حرب أو في مبارزة أو كأن يكون مصاباً بمرض خطير ، ولا ينتقل ملك الموهوب إلى الموهوب له إلا إذا مات الواهب قبله . فإذا نجا الواهب من الموت انفسخت الهبة من تلقاء نفسها .

ويبيح القانون المدني الفرنسي ضرباً من الهبة تقرب من الهبة لما بعد الموت ، أهمها هي هبة الأموال المستقبلية التي يتضمنها الاتفاق المالي في الزواج (contrat de mariage) ، والهبة ما بين الزوجين (أنظر في هذه المسألة في القانون الروماني وفي القانون المدني الفرنسي أوبري وروو إسمان 10 فقرة 645) .

ويعرف الفقه الإسلامي ، ومعه القانون المدني المصري ، الهبة في مرض الموت . وتختلف عن الهبة لما بعد الموت في أن هذه لا تنفذ إلا بموت الواهب كما في الوصية ، أما الهبة في مرض الموت فتتخذ حال حياة الواهب ولو أنه يكون في مضر الموت وقت أن يهب ، فمن الناحية العملية إذن تتقارب الهبتان . والهبة في مرض الموت لها على كل حال حكم الوصية ، فلا تنفذ إلا في ثلث التركة ، لو ارت أو لغير وارث .

ويعرف الفقه الإسلامي كذلك العمري والرقبي . أما العمري فهي أن يقول شخص لآخر أعمرتك كذا مدة حياتك ، حتى إذا مت عادت إلي إن كنت حياً أو إلي ورثتي إن مت قبلك ، وعند الحنفية والشافعية والحنابلة أن الهبة تصح ويلغو الشرط ، فتكون العين ملكاً للمعمر له ثم لورثته من بعده ، وعند المالكية يصح العقد والشرط معاً ، فتكون العمري تملك منفعة العين للمعمر له مدة حياته ، فإذا مات رجعت العين إلى المعمر إن كان حياً أو إلى ورثته . أما الرقبي فهي أن يقول شخص لآخر داري لك رقبى ، أي ترتقب موتي ، حتى إذا مت كانت الدار ملكاً لك . فهذا تملك بات (بخلاف الوصية) أضيف إلى الزمان المستقبل ، فلا تجوز عند الجمهور ، وتخرج عند مالك على إنها وصية فتجوز . وهناك صورة أخرى للرقبي : يكون لزيد دار وليكر دار ، فيشفقان على أن الدارين يكونان ملكاً من يعيش بعد الآخر ، ويغلب أن يكون ذلك بين الزوجين . وهذه الصورة باطلة عند الجميع – حتى عند مالك – لما فيها من الغرر . أنظر في العمري والرقبي البدائع 6 ص 116 – 117 – الخرشى 7 ص 111 – 112 – المهذب 1 ص 448 – المقني 5 ص 624 – 628 – وانظر المادة 504 من قانون الأحوال الشخصية لقدي باشا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا 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 لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر ، وانه 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 فهي . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فيغير موطنه المشروع هو فيه ما دام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون .

بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (نقض مدني 14 يونيو سنة 1934 مجموعة عمر 1 رقم 199 ص 449) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم بأن الرقبى باطلة (25 مارس سنة 1931 م 43 ص 312) ، وفي حكم آخر بأنها وصية مستترة فيكون لها حكم الوصية ، وهذا هو مذهب مالِك (5 مارس سنة 1935 م 47 ص 183) .

([4]) استئناف مختلط 14 يناير سنة 1930 م 42 ص 186 – ولكنه يستطيع أن يهب مالا في الحال ويؤجل تسليمه إلى ما بعد وته . فثبت للموهوب له في الموهوب حق الملك في الحال (أوبري وروو وغسمان 10 فقرة 647

ص 411 – وبودري وكولان 10 فقرة 23 . أما إذا وهب شخص آخر مالا على إلا يثبت للموهوب له ملك في الموهوب إلا بعد موت الواهب – وهذه هي الهبة لما بعد الموت – فإن هذه الهبة تكون باطلة كما قدمنا . ولكني صح أن تتحول ، وفقاً لقواعد تحول التصرفات الباطلة ، إلى وصية صحيحة ، فيجوز للمتصرف الرجوع فيها حال حياته ، ولا تنفذ إلا في ثلث التركة (قارب استئناف مختلط 5 مارس سنة 1935 م 47 ص 183 – وقارن الأستاذ أكتثم الخولي فقرة 54) .

([5]) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 244 – ومن اخص خصائص الوصية أنها لا تجوز بغير إجازة الورثة إلا في ثلث التركة . أما الهبة فتجوز في كل آمال ، ولكن على أن يتجرد الواهب عن ماله حال حياته ، وهذا هو الذي يثنيه عادة عن الهبة .

تعريف عقد الهبة ومقوماته

1- التعريف بعقد الهبة ومقومات هذا العقد – نصوص قانونية :

أوردت المادة 486 من التقنين المدني تعريفاً لعقد الهبة في العبارات الآتية :

1 – " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض " .

2 - ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين " ([1]) .
ولا مقابل لهذا : النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري المادة 454 – وفي التقنين المدني الليبي المادة 475 – وفي التقنين المدني العراقي المادة 601 – وفي تقنين الموجبات والعقود والعقود اللبنانية المواد 504 إلى 506 ([2]) .

ويخلص من هذا التعريف أن للهبة مقومات أربعة :

1 - فالهبة عقد ما بين الأحياء (Contrat entre vie) .

2 - بموجبه يتصرف الواهب في ماله (transmission de valeur) .

3 - دون عوض (absence de contrepartie) .

4 - نية التبرع (intention libérale) .

ويمكن القول ، من النظر في هذه المقومات ، إن عقد الهبة يتكون من عنصرين :

(أ) عنصر مادي (élément matériel) :

وهو تصرف الواهب في ماله دون عوض (المقومان الثاني والثالث) .

(ب) وعنصر معنوي أو قصدي (élément intentionnel) :

وهو نية التبرع (المقومات الرابع) .

ونتناول بالتحليل كلا من هذه المقومات الأربعة .

([1]) تاريخ النص :

ورد هذا النص في المادة 659 من المشروع التمهيدي على وجه موافق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ويكون من شأن هذا التصرف أن يثري الموهوب له " . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة " لعدم ضرورتها " ، وأصبحت المادة رقمها 513 في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم 486 (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 243 – ص 245) .

([2]) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م 454 (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م 475 (مطابق) .

التقنين المدني العراقي :

م 601 : 1 – الهبة هي تملك مال لآخر بلا عوض . 2 – والصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثوابل ، وهي في أحكامها كالهبة إلا فيما ورد فيه نص خاص . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري – أنظر الأستاذ حسن الذنون في أن الهبة في التقنين العراقي عقد لا إرادة منفردة فقرة 6) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني :

م 504 – الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن : أمواله أو عن بعضها بلا مقابل .

م 505 : إن الهبات التي تنتج مفعولها بوفاة الراهب تعد من قبيل الأعمال الصادرة عن مشيئة المرء الأخيرة ، وتخضع لقواعد الأحوال الشخصية المختصة بالميراث .

م 506 : إن الهبات التي تنتج مفاعليها بين الأحياء تخضع للقواعد العامة المختصة بالعقود والموجبات ، مع مراعاة الأحكام المخالفة المذكورة في هذا الكتاب . أنظر أيضاً م 169 .

(والحكم لا يختلف عن حكم التقنين المصري) .

الوسيط_جزء_5 , تعاريف , هبة

الرئيسية الوسيط_جزء_6 إيجار تعاريف;

تعريف الإيجار

تعريف الإيجار

1- التعريف بالإيجار – نص قانوني :

أوردت المادة 558 من التقنين المدني تعريفا لعقد الإيجار على الوجه الآتي :
"الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم

Savefrom civil-law-ar.blogspot.comالمشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر

هذه المبررات تتصل بالنظام العام . فإيراد نصوص على هذا النحو يصبح إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، ، وغير ذلك كثير Mostafa MohamedLaws-Arabic1

([1]) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة 445/362 ([2]) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري م526 – وفي التقنين المدني الليبي م557 – وفي التقنين المدني العراقي م722- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م533 ([3]) .

([1]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 754 من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم 586 في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم 558 (مجموعة الأعمال التحضيرية 4 ص 469-470) .

([2]) التقنين المدني القديم م 445/362 : إجارة الأشياء عقد يلتزم به المؤجر انتفاع المستأجر بمنافع الشيء المؤجر ومرافقه مرة معينة بأجرة معينة . (وسنرى أن هذا التعريف يختلف عن تعريف التقنين المدني الجديد في أنه يجعل التزام المؤجر يصطبغ بصيغة سلبية) .

([3]) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م 526 (مطابق) . «هو العقد الذي يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم»

التقنين المدني الليبي م 557 (مطابق) . «هو العقد الذي يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم»

التقنين المدني العراقي م 722 : الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة . وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور . (ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي بدأ التعريف بالجري على نهج الفقه الإسلامي . ثم استدرك بعد ذلك ، حول التزام المؤجر من التزام سلبى كما هو في الفقه الإسلامي إلى التزام إيجابى كما أصبح في التقنينات الحديثة : عباس حسن الصراف فقرة 657) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م 533 : إيجار الأشياء عقد يلتزم به المرء أن يولي شخصاً آخر الانتفاع بشيء ثابت أو منقول أو بحق ما لمدة معينة مقابل بدل يلتزم به هذا الشخص أدائه إليه - والإيجار على إطلاقه هو إيجار العقارات التي لا تثمر طبيعية وإيجار منقولات المادية أو الحقوق . أما الإيجار الزراعي فهو إيجار الأراضي الزراعية . (وتعريف التقنين اللبناني يتفق مع تعريف التقنين المصري ، وبضيف التمييز ما بين الإيجار المطلق والإيجار الزراعي .)

الوسيط_جزء_6 , إيجار , تعاريف

الوسيط_ جزء 7_ تعاريف مقاولة

تعريف عقد المقاولة وخصائصه

تعريف عقد المقاولة وخصائصه

أوردت المادة 646 من التقنين المدني تعريفاً لعقد المقاولة على الوجه الآتي :

"المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"
ومن هذا التعريف يكون لعقد المقاولة الخصائص الآتية:

عقد رضائي غير شكلي

عقد ملزم للجانبين

من عقود المعاوضة

يقع التراضي فيه على عنصرين: أحدهما الشيء المطلوب أو العمل المطلوب من الماقل وثانيهما الأجر الذي يتعهد به رب العمل.

ينفصل عقد المقاولة عن عقدين هما الايجار والعمل.

1- التعريف بعقد المقاولة وخصائص هذا العقد - نص قانوني :

أوردت المادة 646 من التقنين المدني تعريفاً لعقد المقاولة على الوجه الآتي :

"المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[1] .

ويخلص من هذا التعريف أن لعقد المقاولة خصائص نجمل أهمها فيما يأتي :

1- عقد المقاولة عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين[2] ، وهو عقد ملزم للجانبين ، ومن عقود المعاوضة .

2- يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين اثنين :
الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من الما قول وهو أحد المتعاقدين ، والأجر الذي يتعهد به ب العمل وهو المتعاقد الآخر .

3- انفصل عقد المقاولة بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به في التقنين المدني القديم ، ولا يزالان مختلطين به في التقنين المدني الفرنسي ، به في التقنين المدني القديم ، ولا يزالا مختلطين به في التقنين المدني القديم .
يجمع بين هذه وهما عقد الإيجار وعقد العمل .
فقد كان التقنين المدني القديم يجمع بين هذه العقود الثلاثة تحت اسم "الإيجار" ، ثم يسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء ، وعقد العمل بإجارة الأشخاص ، وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع .

ويرجع ذلك إلى عهد القانون الروماني ، إذ عرف هذا القانون عقد الإيجار على وجهين :

الأول: باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بالشيء وسماه عقد إيجار الأشياء (Location rerum) ، والثاني باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان الحر وسماه عقد إيجار العمل (Locatio operarum, operis faciendi) . وقد شبه القانون الروماني في ذلك عمل الإنسان بالمتاع من حيث إمكان الانتفاع به .

واستند أنصار المذهب الفردي إلى وجهة النظر هذه في اعتبارهم العمل سلعة تباع في الأسواق ، ويتحدد سعرها طبقاً لقانون العرض والطلب . ولم يرق تشبيه العمل بالسلعة في نظر أنصار المذهب الاشتراكي ، فنادوا بأن العمل ليس بسلعة ، واستتبع هذا التغيير في الفكرة الاقتصادية تعديلاً في الفكرة القانونية ، ففصلت التقنينات الحديثة هذه العقود ونظم عقد الإيجار في الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، ونظم عقدي المقاولة والعمل في الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل [3] .

فانفصل بذلك عقد المقاولة عن عقد الإيجار من جهة ، وعن عقد العمل من جهة أخرى . وانفصاله عن عقد الإيجار أمر بديهي ، فالإيجار عقد يرد على منفعة الشيء ، أما المقاولة فعقد يرد على العمل . وكذلك يجب أن ينفصل عقد العمل الذي يرد على العمل في ذاته أما المقاولة فتد على العمل باعتبار نتيجته ، وسنرى وجه التمييز بين العقدين فيما يلي .

2- تمييز عقد المقاولة عن العقود الأخرى

والخصائص التي ذكرناها لعقد المقاولة تجعل هذا العقد يتميز عن سائر العقود . فكونه يرد على العمل يجعله يتميز عن الإيجار الذي يرد على منفعة الشيء كما قدمنا . وكونه يرد على العمل باعتبار نتيجته يجعله يتميز عن عقد العمل الذي يرد على العمل في ذاته عن عقد الوكالة الذي يرد على تصرف قانوني . وقد يكون هذا العمل المادي هو صنع شيء كما رأينا، فحمل المقاولة هنا هو صنع الشيء لا نقل ملكيته ، وبهذا تتميز المقاولة عن البيع .

ومع ذلك قد يلتبس عقد المقاولة بهذه العقود ذاتها ، أو بعقود أخرى ، فيدق التمييز ، كما نرى فيما يلي .

- تمييز المقاولة عن الإيجار

- تمييز المقاولة عن عقد العمل

الوسيط_ جزء 7_مقاولة

تمييز المقاولة عن عقد العمل

تميز المقاول عن عقد العمل

في نطاق التفرقة والتمييز بين المقاوله وعقد العمل يشرح أستاذنا #السنهوري رحمه الله في الوسيط ج 7 الفروق ما بين المقاوله وعقد العمل إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التي يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر ، وبخاصة في تحمل التبعية حيث يتحملها المقاول على التفصيل الذي سنبينه ولا يتحملها العامل ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر و ضماناته وإصابات العمل والفصل التعسفي وما إلى ذلك مما هو مذكور في عقد العمل الفردي ، وهذه التشريعات تسرى على العامل دون المقاول "

4- تميز المقاوله عن عقد العمل:

ومن المهم التمييز بين عقد المقاوله وعقد العمل. فإنه إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التي يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي يخضع لها العقد الآخر ، وبخاصة في تحمل التبعية حيث يتحملها المقاول على التفصيل الذي سنبينه ولا يتحملها العامل ، وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها سنبينه ولا يتحملها العامل ، وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر و ضماناته وإصابات العمل والفصل التعسفي وما إلى ذلك مما هو مذكور في عقد العمل الفردي ، وهذه التشريعات تسرى على العامل دون المقاول ([1]).

وقد ذهب رأي قديم ([2]) إلى أن معيار التفرقة بين المقاوله وعقد العمل هو الطريقة التي يقدر الأجر على أساسها؛ فإن قدر الأجر بحسب الوقت – كل يوم أو كل أبوع أو كل شهر أو بحسب اية وحدة أخرى من الزمن – كان العقد عقد عمل . وإن قدر الأجر لا بحسب الوقت بل بحسب كمية الإنتاج كان العقد مقاوله. فيكون مقاوله العقد الذي يبرم مع الصانع على أن يأخذ أجره بحسب ما ينتجه من العمل ، نجاراً كان الصانع أو حداداً أو نقاشاً أو سباكاً أو غير ذلك . ويكون مقاوله العقد الذي يبرم مع مقاول البناء على أن يأخذ أجره مقدراً إجمالاً أو مقدراً بمقتضى مقايسة على اساس الوحدة . فيكون الأجر في المقاوله بحسب أهمية العمل الذي أنتجه المقاول لا بحسب مقدار الوقت الذي أنفقه في الإنتاج .

وبهذا المعيار أخذ تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، حيث ينص في المادة 624 / 2 منه على أن "عقد المقاوله أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل" ([3]).

ويعيب هذا الرأي أنه يجعل معيار التمييز بين المقاوله وعقد العمل يقوم على أمر غير جوهري ، فليس هناك فرق أساسي بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت (salaire proportionnel au temps) وآخر يأخذ بحسب القطعة (salaire aux pièces, salaire a la tâche) ، فكلاهما أجبر عند رب العمل يخضع لإدارته وإشرافه ، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذل من جهد ، وإن كان لإدارته وإشرافه ، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذل من جهد ، وإن كان هذا الجهد يقاس في الحالة الأولى بمقياس مقدار الوقت وفي الحالة الثانية بمقياس كمية الإنتاج . والفرق بين المقياسين لا يرجع إلى خلاف في طبيعة المقياس ، وإنما أراد رب العمل في جعله الأجر بحسب كمية الإنتاج أن يأمن تكاسل العامل وتراخيه في العمل ، فهو عندما يأجره بحسب القطعة إنما يأجره في الواقع من الأمر بحسب الوقت الذي

يقضيه العالم العادي في إنتاج هذه القطعة ، فإن تراخي العامل المأجور فعيه مغبة تراخيه وإن نشط أفاد من نشاطه([4]).

إذن المعيار القائم على اساس مقدار الوقت أو كمية الإنتاج لا يصلح أن يكون معيارًا دقيقًا للتمييز بين المقاولة وعقد العمل . والرأي الحديث([5])، الذي يجرى عليه أكثر الفضاء الفرنسي([6]) ويناصره طائفة كبيرة من الفقهاء ([7])، يأخذ بمعيار آخر هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه . فالذي يميز المقاولة عن عقد العمل هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ([8])، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع. أما في عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج، ولا يعمل مستقلاً عن رب العمل بل يلتقي تعليماته وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما، ومن ثم يعتبر العامل تابعاً لرب العمل ويكون هذا الأخير مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع . ومن هذا نرى أن المقاول يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل، إذ لا يتمتع بالمزايا الكثيرة التي يمنحها القانون للعامل والتي هي نتيجة تبعية العامل لرب العمل ([9]).

وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يكون كل من النقاش والنجار والحداد والسباك ومن إليهم مقاولاً ، غذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شيء معين يقوم بصنعه مستقلاً عن رب العمل ، لا يخضع لإشرافه ولا يتلقى منه تعليمات غير ما هو مذكور في العقد ، وذلك سواء كان يؤجر بحب كمية الإنتاج كما هو الغالب أو بحسب مقدار الوقت . ويكون كل من هؤلاء عاملاً لا مقاولاً ، إذا قام بعمله بإشراف رب العمل وتحت إدارته ، يتلقى منه التعليمات ويقوم بتنفيذها ، وذلك سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب أو بحب كمية الإنتاج . ويكون العقد المبرم بين صاحب الملعب والفنانين الذين يتعاقدون معه عقد عمل لا عقد مقاولة ، لأن الفنانين مهما كان الأمر في استقلالهم الفني يتلقون تعليمات صاحب الملعب في عملهم وعليهم أن ينفذوها ، وهم يعملون بوجه عام تحت إدارته وإشرافه([10]). وكذلك العقد المبرم بين صاحب الجريدة واصحفي الذي يعمل فيها هو عقد عمل ، مادام الصحفي يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه . أما إذا تعاقد شخص مع صاحب الجريدة على أن يكتب له مقالا في موضوع معين لقاء أجر معلوم ، فالعقد مقاولة ، لأن الكاتب لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه ، حتى لو تعود الكاتب أن يوالى الجريدة بالمقالات في مواعيد منتظمة مادام لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة . والطوافون والممثلون التجاريون والجالون ومندوبو شركات التأمين ومن يسمون بالمنتجين في هذه الشركات وغيرهم من الوسطاء يرتبطون مع رب العمل بعقد عمل لا بعقد مقاولة ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال مادام هؤلاء الوسطاء تابعين لرب العمل وخاضعين لرقابته .

وقد أخذ التقنين المدني الحالي بهذا المعيار الأخير.

فهو في تعريفه لعقد المقاولة (م 646مدني) لا يذكر شيئاً عن الطريقة التي يؤجر بها المقاول ، بل يقتصر على القول بأن المقاول يعمل "لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" .

فإذا انتقل بعد ذلك إلى عقد العمل ، يعرفه في المادة 674 مدني على الوجه الآتي : "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يمل في خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته أو إشرافه ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" .

فهو لا يذكر هنا أيضاً شيئاً عن الطريقة التي يؤجر بها العامل غذا لا اثر لها في تكييف العقد ، وإنما يذكر في صراحة أن العامل يعمل تحت إدارة رب العمل أو إشرافه . فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل وإشرافه هو إذن المعيار الذي اخذ به التقنين المدني الجديد في التمييز ما بين المقاولة وعقد العمل . وقد طبق هذا المعيار تطبيقاً واضحاً في الفقرة الأولى من المادة 676 مدني ، إذ يقول : "ترى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجالين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم"([11]).

تمييز المقاولة عن العقود الأخرى

تمييز المقاولة

[1] [^] هذا إلى أن رب العمل يكون مسئولاً عن العامل مسئولية المتبوع عن التابع ، ولا يكون مسئولاً هذه المسئولية عن المقاول . وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المخدوم عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختباره ، بل هي في الواقع قوامها صلة التبعية التي تجعل للمخدوم أن يسيطر على أعمال التابع ويسيره كيف يشاء بما يصدره عليه من الأوامر والتعليمات . وإذن فمالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذي استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه في إجراء هذا العمل (نقض مدني 14 ديسمبر سنة 1939 مجموعة عمر 3 رقم 13 ص 25) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه غذا أس الحكم مسئولية الحكومة على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ في عملية المقاول ، وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذي وقع ، وهل الإشراف قد تجاوز التنفيذ في حد ذاته واحترام شروط المقاول مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلاً فعلياً في تنفيذ عملية المقاول بتسييرها المقاول كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إبداء البيانات الكافية لقيام المسئولية (نقض مدني 17 أبريل سنة 1941 مجموعة عمر 3 رقم 112 ص 340) .

والامتياز الذي يضمن أجر العامل غير الامتياز الذي يضمن أجر المقاول أو المهندس ولا قيوم إلا في مقاولات البناء . والضريبة على كسب العمل أقل من الضريبة على أرباح المقاول (وهي ضريبة الأرباح الصناعية والتجارية) . انظر في النتائج المختلفة التي تترتب على تكليف العقد بأنه مقاول أو عقد عمل : بودري وقال 2 فقرة 3864 – بلانيول ورببير ورواست 11 فقرة 786 – كولان وكابيتان ودي لامورانديير 2 فقرة 1083 – محمد لبيب شنب فقرة 18 ص 25 هامش 2 .

[2] [^] تولييه 19 فقرة 280 – ديرانتون 17 فقرة 27 – بلانيول 2 الطبعة الحادية عشرة فقرة 1827 وفقرة 1899 – سيرفيل (Survills) 2 فقرة 1112 .

[3] [^] وانظر في هذا المعنى نقض فرنسي 28 يويه سنة 1924 سريه 1925 – 1 283 .

[4] [^]) انظر في هذا المعنى بلانيو ورببير ورواست 11 فقرة 770 – روات وديران الموجز فقرة 264 – مارتيني في فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة 1912- هذا إلى أن العامل قد يساهم في أرباح رب العمل فيكون جزء من أجره بحسب أهمية العمل الذي أنتجه ، ويبقى العقد مع ذلك عقد عمل (بودري وقال 2 فقرة 3865 – أنسيكوبيدي دالوز 3 لفظ louage d'ouvrage et d'industrie فقرة 5) . وعلى العكس من ذلك يكون العقد مقاول ما دام المقاول لا يعمل تحت إشراف رب العمل وتوجيهه ، حتى لو كان أجره مقدراً باليوم فحسب هذا الأجر بمقادير الأيام التي قضائها في إنجاز العمل (أنسيكوبيدي دالوز 3 لفظ louage d'ouvrage et d'industrie فقرة 7 ويشير إلى حكم محكمة Albi الابتدائية 20 يولييه سنة 1949 دالوز 1950 القسم الموجز 22) .

[5] [^] انظر في رأي آخر يذهب إلى أن المعيار يقوم على أساس أن عقد العمل يكون حيث يرتبط العامل برب عمل محترف (employeur professionnel) وانتقاد هذا الرأي : بلانيول ورببير ورواست 11 فقرة 771 .

[6] [^] نقض فرنسي 27 يناير سنة 1851 دالوز 1-51-166- 9 أغسطس سنة 1902 دالوز 1-579 – 14 مارس سنة 1903 سريه 1903 – 1 – 471 – 7 نوفمبر سنة 1904 سريه 1907 – 1 – 411 – 8 يناير سنة

1907 داللو 1909 - 1 - 423 - 6 مارس سنة 1907 سيريه 1911 - 1 - 277 - 30 ديسمبر سنة 1908
داللو 1911 - 1 - 35 - 18 اكتوبر سنة 1910 داللو 1911 - 1 - 443 - 29 يونيه سنة 1922 داللو 1922
- 1 - 125 - 12 نوفمبر سنة 1924 داللو الأسبوعي 1924 - 715 - 24 أبريل سنة 1925 داللو 1927 - 1
- 141 - 7 فبراير سنة 1927 داللو 1927 - 1 - 184 - 19 يويه سنة 1929 داللو الأسبوعي 1929 - 473
- 22 يونيه سنة 1932 داللو 1933 - 1 - 145 - 19 مارس سنة 1938 داللو الأسبوعي 1938 - 289 .

[7] ^ بودري وفال 2فقرة 1638 و فقرة 3865 - بيدان 12فقرة 19 - فقرة 20 - بيك الطبعة السادس فقرة 870 -
بلانيول ورببير ورواست 11 فقرة 772 و فقرة 907 - رواست وديران الموجز فقرة 266 - أوبرى ورو وإسمان
5فقرة 374 - 1هامش 2 - 2 - مارتيني في فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة 1912 - باج 4فقرة 772
وفقرة 907 - يلانيول ورببير وبلانجيه 2فقرة 2991 - كولان وكابيتان ودي لامور انديير 2فقرة 1084 - جوسران
2فقرة 1312 - مازو فقرة 1332ص 1100 - انسيكلوبيدي داللو 3 لفظ Louage d'ouv. Et d'ind. فقرة 4
- محمد حلمي مراد في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية طبعة رابعة فقرة 205 226 - محمد جمال الدين زكي
في قانون العمل سنة 1960 فقرة 71 ص 112 - ص 113 - أكرم أمين الخوي في قانون العمل سنة 1957 فقرة 86
ص 136 - إسماعيل غانم في قانون العم سنة 1961 فقرة 62 ص 120 - محمد لبيب شنب فقرة 19 - فقرة 20 .

[8] ^ وبمعيار التبعية أخذت محكمة النقض ، فقد قضت بأن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل لرب
العمل وتقاضيه أجرًا على عمله ، وذلك وفقًا لمؤدى المادة 674 من القانون المدني والمادة الأولى من المرسوم بقانون
رقم 317 سنة 1952 (نقض مدني 4 أبريل سنة 1957 مجموعة أحكام النقض 8 رقم 36 ص 370) . وانظر أيضًا
استئناف مختلط 4فبراير سنة 1937 م 49 ص 95 .

[9] ^ وقد قضى بأنه لتعرف الصلة الحقيقية للمقاول يجب فحص عقد الاتفاق بينه وبين صاحب المبنى وتحقيق الصفة
التي اتخذها في هذا العقد ، أهي صفة المقاول أم الأجير العادي (مصر الوطنية 13 يناير سنة 1936 المجموعة
الرسمية 37 رقم 165) .

[10] ^ وقد قضى بأن صلة التبعية بين الممثل ومن تعاقده معه ، وإن كنت تبعية تنظيمية ، فهي كافية لقيام عقد العمل
 . وسند هذا أنه إذا وقع الفنان من الناحية الفنية تحت إدارة المتعاقد الآخر ورقابته ، بأن حدد له هذا الأخير على نحو
دقيق الدور المطلوب منه أو استأثر دونه بكيفية تحقيقه أو أرشده إلى الوجه الصحيح للقيام به ، وذلك بتلقيه التوجيهات
في زمان العمل ومكانه ومدته والملابس الخاصة به ، مهما كانت العبقرية الشخصية التي يظهرها الفنان أثناء العرض
أو الحفل ، فبذلك تقوم التبعية التنظيمية والفنية بين العاقدين ، وهي ما تكفي لقيام عقد العمل (محكمة شؤون العمال
الجزئية بالقاهرة 23 أكتوبر سنة 1957 المحاماة 38 رقم 176 ص 399) .

[11] ^ هذا إلى أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني كان يتضمن نصًا صريحاً في هذا المعنى ، فكانت المادة 933
من هذا المشروع تنص على ما يأتي : "يتميز عقد العمل من عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل حق توجيه ما يؤدي
له من خدمات ، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات" . وقد حذف هذا النص في لجنة
المراجعة ، والظاهر أن حذفه يرجع إلى أن تطبيق القواعد العامة تغني عنه . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : "يعرض هذا النص لكيفية التمييز بين عقدي العمل والمقاولة ،
فيجعل معيار التفرقة مرتبطاً بمدى الحق لرب العمل في توجيه ما يؤدي له من خدمات ، أو على الأقل حقه في
الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات . وهذا المعيار ثابت من مراجعة القضاء الدولي، فهو معمول به في إنجلترا
منذ حكم القاضي Crompton في قضية Sadler V. Henloc . وقد حدده القاضي Fleteher Moulton فقال: إن

الأمر يتعلق بظروف كل حالة ، على أنه كلما كان حق الرقابة المقرر لرب العمل قويًا فعالاً ، غلبت على العلاقة القانونية صفة عقد العمل (راجع مجموعة أحكام القضاء الدولي في العمل سنة 1929 إنجلترا ن 24) . والقضاء الألماني يجرى أيضًا على هذا المعيار ، ويعتبر العقد عقد عمل كلما كانت هناك علاقة تبعية بين رب العمل والعامل (مجموعة القضاء الدولي في العمل سنة 1927 ألمانيا ن 2 و 3 - سنة 1929 ألمانيا ن 5 - سنة 1931 ألمانيا ن 16) ، وكذلك القضاء الفرنسي (مجموعة القضاء الدولي في العمل سنة 1932 الولايات المتحدة ن 17) ، وقضاء الولايات المتحدة (مجموعة القضاء الدولي في العمل سنة 1932 الولايات المتحدة ن 22) ، والقضاء الإيطالي (مجموعة أحكام القضاء الدولي في العمل سنة 1928 إيطاليا ن 10 - سنة 1929 إيطاليا ن 20 - سنة 1930 إيطاليا ن 27 - سنة 1932 إيطاليا ن 26 - سنة 1933 إيطاليا ن 43) . وقد قرر التقنين السويسري أساسًا آخر للتمييز بين العقدين، فذكر في المادة 2/319 أنه يعتبر العقد عقد عمل إذا لم يدفع الأجر بالساعة أو باليوم بل تبعًا للعمل من المعيار الوارد استخدم لمدة ما محددة أو غير محددة . وقد يكون هذا المعيار أكثر تحديدًا من المعيار الوارد بالمادة ، لكنه في الواقع لا يعبر عن المميز الحقيقي بين العقدين " (مجموعة الأعمال التحضيرية 5 ص 105 - ص 107 في الهامش) .

الوسيط_ جزء 7_ مقالة

- تمييز المقالة عن الوكالة

تمييز المقالة عن الوكالة

5- تمييز المقالة عن الوكالة:

تتفق المقالة والوكالة في أن كلا منهما عقد يرد على العمل ، وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير ولكنهما يختلفان في أن العمل في عقد المقالة هو عمل مادي (acte matériel) ، أما العمل في عقد الوكالة في تصرف قانوني (acte juridique) . ويستتبع ذلك أن المقاول وهو يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل استقلالاً ، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائبًا عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل .

وللتمييز بين المقالة والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتي :

- (1) المقالة تكون دائمًا مأجورة ، ومتى عين الأجر لا يملك القاضي كقاعدة عامة تعديله . أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة ، والأصل فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح او ضمني يقضي بأن يكون للوكيل أجر ، وغذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعًا لتقدير القاضي (م 709 مدني) .
- (2) لما كان المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل ، فهو لا يخضع لإشرافه ولا يكون تابعًا له ، ومن ثم لا يكون رب العمل مسئولًا عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع . أما الوكيل فيعمل في كثير من الأحيان بإشراف الموكل ، وفي هذه الحالة يكون تابعًا له ويكون الموكل مسولًا عنه مسئولية المتبوع عن التابع .
- (3) لما كان المقاول لا ينوب عن رب العمل ، فإن التصرفات التي يجريها لا ينصرف أثرها على رب العمل ، وغذا كان هذا الأخير مسئولًا مباشرة نحو من يتعاقد معهم المقاول من عمال ومقاولين من الباطن فإن هذه المسئولية لا تجاوز القدر الذي يكون رب العمل مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (م 662 مدني) . أما الوكيل فلأنه ينوب عن الموكل ، فإنه يلزمه بتصرفاته ، وينصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل ، ولا شيء منها ينصرف إلى الوكيل .
- (4) المقاول مضارب ، وهو معرض للمكسب والخسارة ، وغذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك ، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر . أما الوكيل فإنه لا يضارب ولا يعرض نفسه لمكسب أو خسارة ، فهو إما أن يقوم بعمله تبرعًا وإما أن يأخذ أجرًا مناسبًا للعمل ، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فقد قضت المادة

711 مدني بأن "يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً" ([1]).

(5) المقالة في الأصل عقد لازم ، أما الوكالة فهي في الأصل عقد غير لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيه في أي وقت .

(6) لا تنتهي المقالة بموت رب العمل أو بموت المقاول غلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار ، وتنتهي الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل ([2]).

وقد تلتبس المقالة بالوكالة ، وبخاصة في العقود التي تبرم مع أصحاب المهن الحرة ، كالطبيب والمحامي والأستاذ والمحاسب والمهندس . وقد جرى القضاء الفرنسي منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة ، لا عقود مقولة أو عقود عمل . ذلك أن المقالة وعقد العمل يوصفان في القانون الفرنسي كما قدمنا بأنهما عقداً إيجار للعمل ، فأراد القضاء الفرنسي أن يرتفع بأصحاب هذه المهن الحرة عن أن يكونوا لأصحاب العمل ، وأراد أن يجعلهم وكلاء عنهم فيكون العقد الذي يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقد وكالة لا عقد مقولة ([3]).

ولكن هذه النظرة خاطئة ، فالأعمال التي يقوم بها أصحاب هذه المهن الحرة هي أعمال مادية في مجموعها لا تصرفات قانونية ، إذ أن علاج الطبيب للمريض ودفاع المحامي عن الخصم وتعليم الأستاذ تلاميذه ووضع المهندس المعماري للتصميمات والرسوم والمقاييسات ، وكل هذه أعمال مادية ، وإذا تميزت بشيء فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبة . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالاً مادية لا تصرفات قانونية ، وأن أصحابها إذ يقومون بها لمصلحة الغير إنما يربطهم بالغير عقد مقولة أو عقد عمل لا عقد وكالة . ولا يحط من مقام أصحاب هذه المهن الحرة أن يكونوا ماجورين ، لا سيما بعد أن تميز عقد المقالة وعقد العمل عن عقد الإيجار بتسميتين خاصتين بهما ، فلم يعودا عقدي إيجار للعمل كما كان يطلق عليهما في الماضي . وقد يدخل في عمل صاحب المهنة الحرة ، لا سيما المحامي والمهندس المعماري ، بعض تصرفات قانونية ، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بهذه التصرفات ومقولة فيما يتعلق بالأعمال المادية . وإذا تعذر تطبيق أحكام الوكالة وأحكام المقالة في وقت معاً ، نظر إلى العنصر الغالب ، فقد يكون عنصر الأعمال المادية فتطبق أحكام المقالة ، أو يكون عنصر التصرفات القانونية فتطبق أحكام الوكالة .

تمييز المقالة عن العقود الأخرى

تمييز المقالة عن الإيجار

[1] ^أ ويترتب على ذلك أن المقاول يتحمل تبعه استحالة تنفيذ العمل بسبب أجنبي ، وغذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة عليه إذا كان هو الذي وردها (م 1/665 مدني) . أما الوكيل فلا يتحمل هذه التبعة ، وعلى الموكل أن يرد إليه ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق وأن يعطيه الأجر الذي يستحقه مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة ، حتى لو لم يحقق الغرض المقصود منها (م 710 مدني) .

[2] ^أ انظر في هذه الفروق بلانيول وريبير ورواست 1 فقرة 111 – ويضيفون الفرق الآتي : المقالة تضي على المقاول صفة التاجر ، أما الوكالة فلا تضي هذه الصفة على الوكيل . وهذا يرجع إلى ما قدمناه من أن المقاول مضارب ، والمضاربة من خصائص التجارة .

وهناك فروق أخرى أقل أهمية منها : (أ) إذا تعدد الوكلاء فانوا مسئولين بالتضامن (م 707 / 1 مدني) ، أما غذا تعدد المقاولون فلا يكونون مسئولين بالتضامن غلا إذا اتفق على ذلك . (ب) إذا تعدد الموكلون كانوا متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة (م 712 مدني 9 ، أما إذا تعدد أرباب العمل فلا يكونون متضامنين قبل المقاول إلا باتفاق خاص . (ج) للموكل ولناائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م 708 / 3 مدني) ، أما رب العمل والمقاول من الباطن فلا رجوع لأحد منهما مباشرة على النخر فيما عدا أن المقاول من الباطن له الرجوع مباشرة على

رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون به رب العمل مدينًا للمقاول الأصلي (م662/1مدني) – انظر في ذلك بودرى وفال في الوكالة فقرة 400 – كولان وكابيتان ودى لامورانديبير 2فقرة 1086 – محمد لبيب شنب فقرة 24 ص32 هامش 1 .

[3] ^ ويرجع الأمر في ذلك إلى تقاليد القانون الروماني ، فهذا القانون كان يفرق بين الأعمال اليدوية ويعتبرها أعمالاً حقيرة لا يزاولها غلا الأرقاء أو الأجراء الذين يرتبطون بعقد إجارة الأشخاص مع من يستأجر عملهم ، وبين الأعمال العقلية وهذه لا تكون محلاً لإجارة أشخاص بل محلاً للوكالة رفعاً لشأنها ولشأن من يقوم بها عن أن يكون أجيراً ، وكانت الوكالة في القانون الروماني لا تقتصر على التصرفات القانونية بل تمتد إلى الأعمال المادية . وترتب على ذلك أن صاحب المهنة الحرة في القانون الروماني لم يكن من حقه أن يتقاضى أجرًا ملزمًا ، شأنه في ذلك شأن الوكيل . ولكن القانون الرماني لم يثبت على هذا النهج ، وانتهى الأمر بالتحليل على أحكامه بالتسليم صاحب المهنة الحرة أن يطالب بأتعاب عن عمله عن طريق دعوى غير عادية (perseentio extraorainario) لا عن طريق دعوى الوكالة (جبرار سنة 1924 ص612 وما بعدها - مونييه سنة 1948 فقرة 2 فقرة 31 وما بعدها ص174) . وقد تأثر الفقه الفرنسي في نهاية القرن الماضي بالتقاليد الرومانية ، فذهب بعض الفقهاء (أوبرى ورو الطبعة الخامسة 4 فقرة 371 مكررة ص388 – جيوار 2 فقرة 696 ص260) إلى أن الأعمال العقلية من أدبية وفنية وعلمية لا يمكن أن تكون محلاً لتعاقد ملزم ، فلا يكون الطبيب أو المحامي ملزمًا قبل عملية ، كما لا يجبر العميل على دفع الأجر للطبيب أو المامي ، وذلك حتى لا يوضع العمل العقلي في مستوى العمل اليدوي ولا ينحط العلم ليكون وسيلة للتجارة .

ولكن هذا الرأي يصطدم مع الواقع ، فأصحاب المهن الحرة يعيشون من مهنتهم وما يكون من أجور في ممارستها ، ولا يحط من مكانة صاحب المهنة الحرة أن يؤجر على عمله . وقد اصبح الآن من المسلم أن التعاقد مع صاحب المهنة الحرة تعاقد ملزم للطرفين . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصًا صريحاً في هذا المعنى ، فيعتبر التعاقد مع أصحاب المهن الحرة تعاقدًا مرزماً ويعتبر أصحاب هذه المهن مقاولين ، فكانت المادة 887/2 من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : "وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسي المعمار أو مع أحد ممائل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة" . وتنص المادة 624/3 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : "والعقد الذي بموجبه يلتزم صاحب حرفة أو مهنة حرة تقديم خدماته لمن يتعاقدون معه ، وكذلك العقود التي بموجبها يلتزم الأستاذة القيام بمهنتهم لمصلحة معهد أو شخص ما ، تعد من قبيل إجارة الصناعة . ومن هذا القبيل أيضاً عقد النقل" .

(انظر بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 777 وفقرة 909 – بودرى وفال في العقود الاحتمالية فقرة 377 – فقرة 379 – بيدان 12 فقرة 165 – بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 3021 – جان سافاتييه دراسة في المهنة الحرة من بواتييه سنة 1947 – وانظر في القضاء الفرنسي نقض فرنسي 3 مارس سنة 1926 داللو 1927 – 1 – 93 – 17 – مارس سنة 1937 داللو الأسبوعي 1937 – 285 – ليون 7 ديسمبر سنة 1909 داللو 1913 – 2 – (73) .

الوسيط_جزء 7_مقالة ,وكالة

-تطبيق العقد مع الطبيب ، ومع المحامي ، ومع المهندس المعماري

الوسيط_جزء 7_مقالة

تطبيق هام: العقد مع الطبيب والمحامي والمهندس المعماري

تطبيق هام: العقد مع الطبيب والمحامي والمهندس المعماري

ونستعرض ، تطبيقاً لما تقدم ، العقد مع الطبيب ، ومع المحامي ، ومع المهندس المعماري .

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاولة في الغالب ([1]) إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم ، والعلاج عمل مادي ولا ينفي ماديته أن يكون عملاً عقلياً ، فهو إذن ليس بتصرف قانوني . ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقاول في هذا الاتفاق . وإنما يتميز العقد مع الطبيب عن عقود المقاول الأخرى بخصائص أهمها :

(1) الالتزام الذي يعقده الطبيب هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية ، لأنه إنما يتعهد ببذل العناية الواجبة في علاج المريض ولا يتعهد بتحقيق الغاية من العلاج وهو شفاء المريض . وأغلب عقود المقاول يلتزم فيها المقاول بتحقيق غاية لا ببذل عناية ، كتشبيد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك .

(2) التعاقد مع الطبيب لوحظت فيه شخصيته ، ومن ثم إذا مات انتهى العقد ، بخلاف موت المقاول في كثير من عقود المقاول الأخرى فإنه لا ينهي المقاول . وتتص المادة 666 مدني في هذا الصدد على أن "ينقضي عقد المقاول بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه" .

ويترتب كذلك على اعتبار شخصية الطبيب أنه لا يجوز له أن يكل علاج المريض لطبيب آخر ، في حين يستطيع المقاول أن يقاول من الباطن .

(3) العقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيب ، فيستطع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم على أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه ، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد ولا يمكن إكراهه على المضي في علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه . وهذه الخصائص التي تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذا العقد أنه عقد مقاول وتعتبره عقداً غير مسمى ([2]) ، وأخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية ([3]) . على أن ليس في هذه الخصائص شيء يتعارض مع طبيعة عقد المقاول حتى يخرج العقد مع الطبيب عن هذا النطاق . فعقد المقاول كما يكوى محله التزاماً بتحقيق غاية ، كذلك يجوز أن يكون محله التزاماً ببذل عناية .

فالأستاذ إذا تعهد بتحضير تلميذه لامتحان معين لقاء أجر معلوم يكون قد أبرم عقد مقاول ومع ذلك لم يلتزم إلا ببذل عناية ، إذ هو لم يلتزم بتحقيق غاية هي أن ينجح التلميذ في الامتحان ، ويستحق الأستاذ الأجر نجح التلميذ أو لم ينجح . والمحامي الذي يترافع عن الخصم إنما يلتزم ببذل عناية ، ويستحق أجره سواء كسب الدعوى أو خسرها . وكذلك الطبيب يستحق أجراً شفى المريض أو لم يشف ، لأن الطبيب لم يلتزم بتحقيق غاية بل التزام ببذل عناية ، ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد مقاول . كذلك لا يكون اعتبار شخصية الطبيب مانعاً من أن يكون التعاقد معه مقاولاً ، فكثيراً ما تعتبر شخصية المقاول في عقود المقاول حتى أن المادة 666 مدني واجهت هذا الفرض كما رأينا . كذلك نصت المادة 1/661 مدني على أنه "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفايته الشخصية" .

بقي أن العقد مع الطبيب غير لازم ، وهذا أيضاً لا يمنع العقد من أن يكون مقاولاً . فالمريض في عقده مع الطبيب ، كرب العمل في المقاول ، يستطيع أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه ، على أن يعرض الطبيب عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما قام به من علاج . ويختلف عن رب العمل في المقاول العادية بأنه لا يعرض الطبيب يقوم على الثقة الشخصية ، وفي إجبار المريض على تعويض الطبيب ما كان يستطيع كبه لو أنه أتم العمل تقييد خطير لحرية الرجوع عن العقد إذا قامت به أسباب جدية تحملها على ذلك ، فوجب أن تكون حرية الرجوع عن العقد أوسع من حرية رب العمل في التحليل من عقد المقاول العادي . والطبيب كذلك في عقده مع المريض ، كالمقاول في عقد المقاول ، له أن يرجع في العقد على أن يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب المريض من جراء ذلك . وإذا كان رب العمل في عقد المقاول العادي يستطيع أن يطلب إنجاز العمل على نفقة المقاول ، فذلك مالا يستطيعه المريض ، وهو حر في أن يذهب إلى طبيب آخر يختاره ، وكل ما يستطيع هو أن يرجع على طبيبه الأول بالتعويض ، إذ لا يستطيع إكراهه على المضي في العلاج إذا لم يرد الطبيب ذلك ([4]) . ويخلص مما تقدم أن العقد مع الطبيب هو عقد مقاول ، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه ([5]) .

أما العقد مع المحامي فيقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية .

فالمحامي يقوم بعمل مادي عندما يقدم المشورة القانونية لعملية خارج مجلس القضاء ، أو عندما يدافع عن مصالحه في مجلس القضاء بالمرافعة الشفوية والمذاكرات المكتوبة ، وعندما يحرر له العقود والمستندات . وهو في هذه الأعمال يعتبر مقاولاً وتسرى عليه أحكام المقاول ([6]) ، مالم يكن خاضعاً لإشراف عميله وإدارته التنظيمية كما لو كان محامياً لدى شركة أو مؤسسة فيكون العقد الذي ينظم علاقته بالشركة أو المؤسسة هو عقد عمل ([7]) .

والمحامي يقوم بتصرفات قانونية نيابة عن عملية عندما يرفع الدعوى باسم هذا العميل ، وعندما يقدم طلبات العميل ودفعه في الدعوى ، وعندما يطعن باسم العميل ، وعندما يبرم اتفاقاً مع خصم عميله كما إذا عقد معه صلحاً ، وعندما يصدر منه نيابة عن عملية إقرار أو تنازل أو يوجه يميناً حاسمة أو يرد هذه اليمين . وهو في هذه التصرفات القانونية يعتبر وكيلاً عن عميله ، وتسرى عليه أحكام الوكالة . فإذا تعارضت أحكام الوكالة مع أحكام المقاول ولم يمكن التوفيق بينهما ، وجب ترجيح العنصر الغالب في أعمال المحامي وهو عنصر الوكالة ([8]) وإعمال أحكام الوكالة دون أحكام المقاول . فأجر المحامي عن أعماله المادية والقانونية مثلاً يكون خاضعاً لتقدير القاضي كما تقضى أحكام الوكالة (م 2/709 مدني) .

المهندس المعماري

وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعماري ، فإن هذا العقد يقع هو أيضاً على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فيجمع بين أحكام المقاول وأحكام الوكالة ([9]) ، ولكن عنصر المقاول هو الغالب ، فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاول . ومن ثم لا يكون أجر المهندس المعماري خاضعاً لتقدير القاضي ([10]) . وأهم الأعمال المادية التي يقوم بها المهندس المعماري هي وضع التصميم والرسوم ، وعمل المقاييسات ، والإشراف على التنفيذ . وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية ، كمحاسبة المقاول وإقرار الحساب ، ودفع ما يستحقه المقاول في ذمة رب العمل ، وتسلم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه . ويكون في هذه التصرفات القانونية نائباً عن رب العمل ([11]) ، ومن ثم تسرى أحكام الوكالة كما سبق القول .

تمييز المقاول عن العقود الأخرى

تمييز المقاول عن الأيجار

[1] ^ ويكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعاً لإشراف عميله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلاً من الناحية الفنية . كما إذا كان الطبيب يعمل في مؤسسة أو في مستشفى ، فالاستقلال الفني لا يمنع الخضوع الإداري أو التنظيمي .

[2] ^ جان سافاتييه دراسة في المهنة الحرة رسالة من بواتييه سنة 1947 ص15 – تعليق فالسميني في دالوز 1927 – 1 – 93 – حسن زكي الأبراشي في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص98 – إسماعيل غانم في عقد العمل سنة 1961 ص116 هامش 1 .

[3] ^ نقض فرنسي 13 يولييه سنة 1937 سيريه 1939 – 1 – 17 مع تعليق بريتون

[4] ^ ويكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعاً لإشراف عملية من الناحية الإدارية وإن كان مستقلاً من الناحية الفنية . كما إذا كان الطبيب يعمل في مؤسسة أو في مستشفى ، فالاستقلال الفني لا يمنع الخضوع الإداري أو التنظيمي .

[5] ^ بيدان 12 فقرة 176 ص191 – بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 777 ص21 وفقرة 909 ص143 – بودري وفال في الوكالة فقرة 377 ص187 – ص188 – دي باج 4 فقرة 847 ص863 وفقرة 849 ص869 –

كولان وكابيتان وديلامور انديبير 2 فقرة 1085 – جوسران 2 فقرة 1287 ص 675 – تعليق بريتون على حكم محكمة النقض الفرنسية في 13 يويه سنة 1937 سيريه 1939 – 1 – 217 – محمد كامل مرسى فقرة 570 ص 476 – أكثم أمين الخولي في عقد العمل فقرة 88 ص 140 – محمد لبيب شنب فقرة 28 – فقرة 34 – وانظر مصر؟؟؟ الجزية 5 مايو سنة 1937 جازيت 29 رقم 428 ص 346 .

[6] ^ بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 909 ص 143 – بيدان 12 فقرة 176 ص 191 – كولان وكابيتان ودي لامور انداير 2 فقرة 1085 – مازوفي دروس القانون المدني 3 فقرة 134 ص 1102 – كرميه في مهنة المحاماة سنة 1953 فقرة 102 ص 106 – محمد لبيب شنب فقرة 35 – فقرة 36 – نقض فرني 19 ديسمبر سنة 1901 سيريه 190 – 1 – 372 – إكس 14 يونيه سنة 1905 داللو 1911 – 2 – 185 – باريس 19 يناير سنة 1953 جازيت دي باليه 1953 – 1 – 99 – السين 6 مايو سنة 1942 جازيت دي باليه 1942 – 2 – 35 .
ومن الفقهاء ن يعتر العقد هنا عقدًا غير مسمى : جان سافاتييه في رسالته في المهنة الحرة ص 213 – ص 215 – إسماعيل غانم في عقد العمل ص 116 هامش 1 .

[7] ^ محمد لبيب شنب فقرة 36 – ويكون العقد عقد عمل حتى لو لم يكن المحامي متفرغاً لأعمال المؤسسة أو الشركة (محمد لبيب شنب فقرة 36 – استئناف مصر 24 مايو سنة 1958 المدونة العمالية الدورية مجموعة سنة 1960 رقم 24 ص 50) .

[8] ^ وكثيراً ما يخلع المشرع على المحامي صفة الوكيل ، وعلى عملية صفة الموكل ، وعلى العلاقة فيما بينهما صفة الوكالة أو التوكيل (انظر قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1957 المواد 27 و 29 و 33 و 40 و 41 – تقنين المرافعات المواد 81 - 89) .

[9] ^ بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 910 ص 144 – بيدان 12 فقرة 178 – أوبرى ورو وإسمان 6 فقرة 374 هامش 1 (3) وهامش 41 (3) – أنسيكلوبيدي داللو 3 لفظ Louage d'ouv . Et d'ind 62 فقرة – 63 – محمد لبيب شنب فقرة 25 – فقرة 27 – ويذهب بعض الفقهاء إلى أن العقد مقاولة لا وكالة (بودرى وفال 2 فقرة 3869 – جلاسون في تعليقه في داللو 1906 – 1 – 9 – ديموج في الجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1912 ص 198 – Fraissaingea في مسئولية المهندس المعماري فقرة 23 Corberand في مسئولية المهندس المعماري رسالة من باريس سنة 1929 – محمد لبيب شنب فقرة 25 – فقرة 27 – وانظر في هذا المعنى نقض فرنسي 25 مارس سنة 1874 داللو 74 – 1 – 285 – 16 مايو سنة 1904 داللو 1905 – 1 – 532 – مصر الكلية 7 يناير سنة 1957 قضية رقم 155 سنة 1956 ومشار إلى الحكم في إسماعيل غانم في عقد العمل 116 هامش 1) – ويذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى اعتبار العقد وكالة (نقض فرنسي 11 نوفمبر سنة 1885 داللو 86 – 1 – 39 – 10 يونيه سنة 1898 داللو 98 – 1 – 367 – 3 نوفمبر سنة 1926 داللو 1927 – 1 – 77 – 19 يونيه سنة 1929 داللو 1930 – 1 – 169 – باريس 15 يناير سنة 1904 – 2 – 71 – السين 16 ديسمبر سنة 1924 داللو 1926 – 2 – 157) .

[10] ^ (وإذا تعدد أرباب العمل أو تعدد المهندسون المعماريون فلا يكونون متضامنين ، وذلك تطبيقاً لأحكام المقاولة لأحكام الوكالة (محمد لبيب شنب فقرة 37) .

[11] ^ ولا تفترض الوكالة في أعمال المهندس المعماري ، فما لم يكن قد تلقى تفويضاً من ب العمل في عمل معين فإنه لا يكون وكيلًا له فيه ، ومن ثم إذا وفي المهندس المعماري المقاول مبلغًا من النقود دون أن يكون مفوضًا في ذلك

من رب العمل فإنه لا يلزم رب العمل بهذا الوفاء (بلانيول وريبير ورواست 1فقرة 910 ص144 – أنسيكلوبيدي دالوز 3 لفظ, Louage d'ouv. Et d'ind. 12 – محمد كامل مرسى فقرة 571 ص477 – نقض فرني 3 نوفمبر سنة 1926 دالوز 1927 – 1 – 77 – 20 يوليو سنة 1927 دالوز الأسبوعي 1927 – 415 – 19ديسمبر سنة 1928 جازيت دي باليه 5 فبراير سنة 1929) .

الوسيط_ جزء_7, مقالة

- تمييز المقابلة عن البيع .

الوسيط_ جزء_7 بيع مقابلة

تمييز المقابلة عن البيع

تمييز المقابلة عن البيع

تمييز المقابلة عن البيع:

ويظهر لأول وهلة أن المقابلة تتميز بسهولة عن البيع ، فهي ترد على العمل والبيع يقع على الملكية . فالمقابل الذي يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقابلة . أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك ، فالعقد بيع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 674 مدني على أنه "يجوز أن يقتصر المقابل على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله" .

ولا شك في أن العقد في هذه الحالة – إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقابل على تقديم عمله – يتمحض عقد مقابلة لا شبهة فيه ([1]). وإنما تقوم الشبهة في الفرض الآخر الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 647 مدني ، إذ تقول : "كما يجوز أن يتعهد المقابل بتقديم العمل والمادة معاً" ([2]) . فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً ويقدم النجار الخشب من عنده ، وهذا ما يحصل في الغالب . ويقع أن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له ثوباً ويقدم الحائك القماش من عنده . والرسام يقدم عادة القماش والمادة التي يصور بها فيتعاقد على العمل والمادة معاً . وصانع السفينة يقوم هو أيضاً بتقديم الخشب والمواد اللازمة لصنع السفينة فيتعاقد على العمل والمادة . فهل يبقى العقد في الأحوال المتقدمة الذكر عقد مقابلة ، أو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة على النجار والثوب بالنسبة على الحائك والصورة بالنسبة إلى الرسام والسفينة بالنسبة إلى صانعيها؟ ([3]). انقسمت الآراء في هذه المسألة . فرأى يذهب إلى أن العقد مقابلة دائماً ([4]) ، والمادة ليست إلا تابعة للعمل . وتكون المقابلة في هذه الحالة ملزمة للصانع بصنع الشيء المطلوب فتقع على العمل ، وهي في الوقت ذاته تقع على الشيء المصنوع فتنتقل ملكيته إلى رب العمل ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقابلة ، إذ أن "تملك رب العمل للشيء الذي ينصعه المقابل ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقابل يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم واصلح ، وكذلك المقابلة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقابل" ([5])

. والقول بأن المقابلة تنتقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقابلة يجعل للمقابلة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل . ولم يقل أحد قبل ذلك إن المقابلة قد ترد على الملكية فتنتقلها ، وهي إذا وردت على الملكية فنقلها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت في عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر . وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً ، أو إلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود . وإذا كان صحيحاً أن المشروع في نصوص متفرقة قد أجاز أن يتعهد المقابل بصنع شيء يقدم فيه العمل والمادة (م 2/647 مدني) ، وأنه في هذه الحالة يكون مسئولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل (م 648) ، فليس معنى ذلك أن المقابلة تبقى مقابلة محضة في هذه الظروف ، ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقابلة بعقد آخر هو الذي يقع على المادة دون العمل ويصح القول مع ذلك إن المقابل هو الذي قدم المادة ، ويكون له بذلك

دوران ، دور البائع الذي قدم المادة ، ودور المقاول الذي قدم العمل .

ورأى ثان يذهب إلى أن العقد هو بيع شيء مستقبل ([6])

. وهذا الرأي لا يدخل في الاعتبار أن المقاول إنما تعاقد أصلاً على العمل ، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل . ولو كان المقاول قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً ، لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد . وهو إذا فعل ، وقبل منه رب العمل ذلك ، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي ، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع ، لا لشيء مستقبل ، بل لشيء حاضر .

ورأى ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقاولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل ([7]). فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة . كالرسم يورد القماش أو الورق الذي يرسم عليه ، والألوان التي يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام ، فالعقد مقاولة . أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل ، كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة ، فالعقد بيع ([8]) . وهذا الرأي الذي ذهبنا إليه عند الكلام في البيع ([9]) . ونزيده هنا أيضاً فنقول إن الأمر ظاهر في المثليين المتقدمين ، حيث تصغر قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل ويكون العقد مقاولة ، وحيث تكبر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل في السيارة التي تحتاج إلى إصلاحات طفيفة فيكون العقد بيعاً . ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوس إلى جانب قيمة العمل ، حتى لو كانت أقل قيمة منه ، وذلك كالخشب الذي يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذي يورده الحائك لصنع الثوب ، ويصبح العقد في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة ، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه ([10]) .

تمييز المقاولة عن العقود الأخرى

تمييز المقاولة عن الأيجار

[1] ^أ فيكون مقاولة العقد الذي يتعهد بموجبه شخص أن يصنع سجاير لآخر على أن يورد هذا للمقاول الدخان اللازم لصنع السجاير (بودرى وقال 2فقرة 3878 – بيدان 12 فقرة 717 – أنسيكلوبيدي دالوز 3لفظ . louage d'ouv

Et d'ind . 20 - نقض فرنسي 19 نوفمبر سنة 1891 دالوز 92 - 1 - 395 - 16 يناير سنة 1892 دالوز .
92 - 1 - 395 - 4 مايو سنة 1891 (جنائي) دالوز 94 - 1 - 572) .

[2] [^] ويسمى العقد بعقد الاستصناع (:marche a facon انظر في هذا العقد دافيد في عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة 1937 ص221 .

[3] [^] وللقول بأن العقد مقاوله أو بيع شيء متقبل أهمية عملية تتبين في الوجوه الآتية : (أ) يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاوله ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعرض المقاول (م 663 مدني) ، أما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين المنفردة . (ب) في البيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم إعدار المشتري بدفعة أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م 1/458 مدني) ، أما في المقاوله فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة . (ج) للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً ، أما في المقاوله فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م 1148 مدني) . (د) في البيع لا بد من الاتفاق على الثمن وإلا كان البيع باطلاً ، أما في المقاوله فإذا لم يحدد الأجر لم تكن المقاوله باطلة ووجب الرجوع في تحديد الأجر إلى قية العمل ونفقات المقاول (م 659 مدني) .

انظر في ذلك بودرى وقال 2فقرة 3870 - محمد لبيب شنب فقرة 10 ص15 هامش 1 .

[4] [^] وإلى هذا الرأي ذهب بعض أحكام القضاء في فرنسا ، مستندة إلى أن المادة 1787 مدني فرنسي لا تميز بين ما إذا كان الذي قدم المادة هو رب العمل أو الصانع (وسنرى فيما يلي أن هذه المادة تضمن مشروعها في إحدى مراحلها التشريعية فقرتين أخريين ، تقضى فقرة منهما بأن العقد مقاوله إذا قدم المادة رب العمل ، وتقضى الفقرة لأخرى بأن العقد بيع إذا كان الصانع هو الذي قدم المادة ، فحذفت هاتان الفقرتان ، وحذفهما في نظر أصحاب هذا الرأي دليل على العدول عن هذا التفريق وعلى اعتبار أن العقد مقاوله في الحالتين) : نقض فرنسي 20 فبراير سنة 1883 دالوز 84 - 1 - 32 - 18 أكتوبر سنة 1911 دالوز 1912 - 1 - 113 مع تعليق بلانيول - أول أغسطس سنة 1929 سيريه - 1930 - 1 - 175 - ليون 23 ديسمبر سنة 1892 دالوز 93 - 2 - 229 - نانسي أول يونيه سنة 1926 جازيت دي باليه 1926 - 1 - 360 .

[5] [^] محمد لبيب شنب فقرة 15 .

[6] [^] وهذا ما يذهب إليه كثير من الفقهاء في فرنسا (لوران 26 فقرة 5 - بودرى وقال 2فقرة 3872 - ليون كان ورينو 5فقرة 152 - هيك 10 فقرة 6 - جيوار 2فقرة 772 - ريبير في القانون البحري الطبعة الثالثة 1فقرة 319) ، وتذهب إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي (نقض فرنسي 22 يولييه سنة 1874 دالوز 75 - 1 - 303 - 7 أبريل سنة 1886 دالوز 86 - 1 - 329 - السين التجاية 8 أبريل سنة 1949 دالوز 1950 الموجز 6) ، وبخاصة في عقد صنع السفن (نقض فرنسي 17 مايو سنة 1876 دالوز 87 - 1 - 97 - 10 يولييه سنة 1888 دالوز 89 - 1 - 107 - 31 أكتوبر سنة 1900 دالوز 1901 - 1 - 65 . ويستند هذا الرأي في فرنسا من رب العمل . ويستخلص من هذا النص بمفهوم المخالفة أن العقد لا يكون مقاوله إذا كانت المادة مقدمة من الصانع ، فيكون العقد إذن بيعاً . ويعزز أنصار هذا الرأي رأيهم بأن المادة 1787 مدني فرنسي - وهي تتحدث عن حالتين في الأولى منهما يقدم المادة رب العمل وفي الأخرى يقدمها الصانع - كانت تشتمل في مشروعها على فقرتين أخريين هما الفقرة الثانية والفقرة الثالثة ، يجريان على الوجه الآتي : " 2 - وفي الحالة الأولى (المادة يقدمها رب العمل) يتمخض العقد مقاوله . 3 - وفي الحالة الثانية (المادة يقدمها الصانع) يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه" . وقد حذفت هاتان الفقرتان لأنهما أقرب إلى تقرير قواعد فقهية ، فواضعوا التفتين المدني الفرنسي إذن يكيفون من الناحية الفقهية العقد الذي يقدم فيه الصانع المادة بأنه عقد بيع .

وقد استخلص أوبرى ورو من عبارة "يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه" أن العقد قبل صنع الشيء يكون مقولة ، فإذا ما تم صنعه تحول بيعاً (أوبرى ورو إسمان 5فقرة 374 ص400 هامش 2) . وسنعود للإشارة إلى هذا الرأي فيما يلي .

[7] ^ وهذا الرأي يستند إلى القاعدة التي تقضى بأن الفرع يتبع الأصل (accessorium sequitur principale) ، فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقولة ، وإذا كانت المادة هي الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعاً : بلانيول وريبير وهامل 10فقرة 6 - بلانيول وريبير وبولانجيه 2فقرة 2992 - كولان وكابيتان ودي لامورانديير 2 فقرة 1088 - الهلالي وحامد زكي فقرة 67 ص68 - عبدالمعتم البدرابي في البيع فقرة 69 ص103 - سليمان مرقس موجز البيع والإيجار فقرة 12 ص24 - إسماعيل غانم ص26 - وقرب يوردي وفال 2 فقرة 3874 .

[8] ^ وتنص المادة 2/658 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : "على أنه غذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع" . - أما المقاول الذي يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقولة أياً كانت قيمة مواد البناء بالنسبة على قيمة العمل ، وغن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أي بعد أن يقام عليها المبنى (بلانيول وريبير وهامل 10 فقرة 5 - الوسيط 4فقرة 11 ص31) .

ويجب هنا أن نتبع رأياً يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقولة ابتداء وعقد بيع انتهاء ، فهو مقولة قبل أن يتم صنع الشيء فإذا ما تم صنعه وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً (أوبرى ورو وإسمان 5فقرة 374 ص400 هامش 2) . فالعقد لا تتغير طبيعته بمجرد تنفيذه ، وطبيعة العقد إنما تتحدد وقت انعقاده . فإذا ما تحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعده (دافيد في عقد الاستصناع ص36 - جيوار 2فقرة 773 ص342 - بودري وفال 2فقرة 3872 ص1075 - كوست في التكييف القانوني لعقد المقولة رسالة من تولوز سنة 1913 ص104 - محمد لبيب شنب فقرة 12) . على أن أوبرى ورو القائلين بهذا الرأي يقرران مع ذلك أن عقد المقولة تبقى بعض أحكامه سارية حتى بعد تنفيذ العقد وتسليم الشيء المصنوع إلى رب العمل ، ومن هذه الأحكام ضمان الصانع لعمله فهذا الضمان تسرى عليه أحكام عقد المقولة (أوبرى ورو وإسمان 5فقرة 374 ص400 هامش 2) . والاستناد إلى نص الفقرة الثالثة المحذوفة من مشروع المادة 1787 مدني فرنسي - وهي التي تقول : "يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه" - لا يجدي ، إذ المقصود أن البيع يقع على شيء عند تمام صنعه ، أي على شيء مستقبل (بودري وفال 2فقرة 3872 ص1075) .

[9] ^ الوسيط 4 فقرة 11 ص30 - ص31 .

[10] ^ انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست 11 فقرة 912 ص147 - ص148 - وقرب بيدان 12 فقرة 181 - بلانيول في تعليقه في دالوز 1912 - 1 - 113 - محمد كامل مرسى فقرة 573 ص479 .

الوسيط_جزء 7_ بيع , مقولة

-تمييز المقولة عن الوديعة.

الرئيسية الوسيط_جزء 7_ مقولة وديعة

تميز المقاول عن الوديعة

تميز المقاول عن الوديعة

-تميز المقاول عن الوديعة:

المقاول ترد على عمل يقوم به شخص لآخر، أما الوديعة فتزد على نوع معين من العمل هو حفظ الشيء لمصلحة المودع ورده إليه عيّنًا. والأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر (م724 مدني) ، وإذا اتفق على أجر فهو عادة أجر زهيد يكافئ ما بذله المودع عنده من جهد في حفظ الوديعة دون أن يبغى كسبًا من وراء ذلك فهو ليس بمضارب ، أما المقاول فهي عقد من عقود المضاربة يبغى المقاول من ورائها الكسب ، ويغلب أن تكون هذه هي مهنته التي يتعيش منها ، ومن ثم تكون المقاول دائمًا بأجر والأجر غير زهيد حتى يكافئ ما يتعرض له المقاول من النفقات والتبعات والخسائر .

ومن أجل ذلك تكون مسؤولية المودع عنده أخف عادة من مسؤولية المقاول ، ولكل من المودع والمودع عنده أن يتحلل من العقد قبل انقضاء أجله مالم يكن الأجل في مصلحة الطرف الآخر (م 722 مدني) ، أما المقاول فالتحلل منها مقيد بالتعويض (م663 مدني) .

على أن الوديعة المأجورة قد تشبه بالمقاول ، إذ المودع عنده في هذه الحالة يقوم بعمل لمصلحة الغير ، هو حفظ الشيء المودع ، لقاء أجر معلوم ، فتقرب الوديعة من المقاول (1) . ولكن المودع عنده ، حتى في الوديعة المأجورة ، ليس بمضارب ولا يبغى الكسب من وراء الأجر كما قدمنا ، خلاف المقاول .

على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاول على حد بعيد ، وذلك فيما يدعى بعقود الحفظ (contrats de garde) المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون في هذه الحالة مضاربًا يبغى الكسب ،

وذلك كالمصرف الذي يؤجر خزائنه ليودع العميل فيها أشياء الثمينة (location des coffersforts) ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التي تودع عنه . وقد قدمنا عند الكلام في الإيجار (2) أنه حدث أخيرًا تحول في الفقه والقضاء ، ورجح الرأي الذي يكيف عقود الحفظ هذه بأنها عقود وديعة مأجورة . وهي ، حتى بهذا التكيف ، تقرب كثيرًا من عقود المقاول كما سبق القول .

وهناك عقود مقاوله تتضمن الوديعة. مثل ذلك أن يدفع شخص بسيارته إلى جراج لإصلاحها ، فصاحب الجراج في تعهد بإصلاح السيارة ببرم عقد مقاوله ، وهو في الوقت ذاته يحفظ السيارة في الجراج المدة اللازمة لإصلاحها فتكون مسؤوليته عن سرقة السيارة مسؤولية المودع عنده (3).

ومثل ذلك أيضًا أن يقدم رب العمل للمقاول المادة التي يستخدمها هذا الأخير في العمل ، فيكون العقد مقاوله بالنسبة إلى العمل ووديعة بالنسبة على المادة التي قدمها رب العمل . ويذهب كثير من الأحكام في فرنسا إلى أن عقد الوديعة يجتمع في هذه الحالة مع عقد المقاوله ، وتسرى على كل منهما أحكامه(4). ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاوله فقط ، وهي بطبيعتها تتضمن التزامًا بحفظ الشيء الذي يعمل فيه المقاول بعد تسلمه من رب العمل ، ويكن مسؤولًا عن ضياعه باعتباره مقاولًا لا باعتباره مودعًا عنده .

إذ مسؤوليته تنشأ من عقد المقاوله لا من عقد وديعة مقترن بها (5). وقد نصت المادة 685 مدني صراحة على هذا الالتزام بالحفظ في عقد العمل ، فأوجب على العامل : " . . (ج) أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله . . . " .

ويمكن القول إن هذا الالتزام موجود أيضًا في ذمة المقاول إذا ما تسلم شيئًا من رب العمل لتأدية عمله .

ومن ثم يكون العقد الذي يتسلم بموجبه المدرب حصاناً لتدريبه عقد مقاولاً لا عقد وديعة ، وبموجب عقد المقاوله هذا يكون المدرب مسئولاً عن المحافظة على الحصان ([6]).

وإنما يوجد عقد الوديعة إذا انتهى المقاول من عمله ، ودعا رب العمل إلى تسلّم الشيء فلم يتسلمه ، وبقي الشيء في حفظ المقاول فيكون العقد من ذلك الوقت عقد وديعة ، أو إذا كان العقد هو في الأصل عقد وديعة كوديعة السيارات في جراج عام وتضمن القيام بأعمال ثانوية لا توله على مقاوله كتنظيف العربيه وغسلها كل يوم ([7]) .

تميز المقاوله عن العقود الأخرى

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقاوله

[1] ^ بودرى وفال2 فقرة 1634 .

[2] ^ انظر الوسيط 6 فقرة10 .

[3] ^ (ليون 30يوليه سنة 1946 دالوز 1947 – 377 مع تعليق تونك .

[4] ^ أورليان 13 فبراير سنة 1934 دالوز الأسبوعي 1934 – 276 – باريس 30 أكتوبر سنة 1930 جازيت دي باليه 1934 – 2 – 995 – باريس أول مارس سنة 1945 جازيت دي باليه 1945 – 1 – 200 – ليون 30 يويه سنة 1947 – 377 وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

[5] ^ تونك في تعليقه في دالوز 1947 – 377 وهو التعليق السابق الإشارة إليه – بلانيول وريبير ورواست11 فقرة 912 مكررة ص149 .

[6] ^ بودرى وفال2 فقرة 1634 .

[7] ^ بلانيول وريبير ورواست11 فقرة 912 مكررة ص149 .

الوسيط_ جزء7_ مقاوله , وديعة

-تميز المقاوله عن الشركة.

الوسيط_ جزء7_ شركة مقاوله

تميز المقاوله عن الشركة

تمييز المقاوله عن الشركة:

الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكبر بأن يساهم كل منهم في مشروع من ربح أو خسارة (م 505 مدني) . ونرى من ذلك أن الشريك قد تكرر حصته في راس المال هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وقد يكون العمل مثلاً هو الحصول على ترخيص أو على "تصاريح" للاستيراد أو نحو ذلك ،

فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له في الشركة على أن يقبض من أرباحها نسبة معينة . وهنا قد تلتبس المقاوله بالشركة، فإذا كان الشريك الذي دخل بالعمل حصة له يساهم في أرباح الشركة وفي خسائرها ، فالعقد شركة . أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجرًا مقابل "تصاريح الاستيراد" التي حصل لها عليها مبلغًا معينًا ، أو حتى نسبة في أرباح الشركة دون أن يشارك في الخسارة ، فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاوله ، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشركة أن تعطى المقاول أجرًا على ذلك ([1]).

والذي يميز الشركة عن المقاوله هو أن الشريك في الشركة تكون عنده نية الاشتراك في نشاط ذي تبعه، وهذه النية هي نية تكوين الشركة (societatis affection) أو إرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من المخاطرة . أما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعه المخاطرة بحيث يساهم في الأرباح وفي الخسارة، بل هو يقدم عملاً معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل. ووجود نية تكوين الشركة فيكون العقد شركة، أو انعدام هذه النية فيكون العقد مقاوله، مسألة واقع يستقبل بتقديرها قاضي الموضوع ([2]).

[1] ^ انظر في التمييز بين الشركة والمقاوله بودري وفال2 فقرة 163.

[2] ^ الوسيط 5 فقرة 159 ص222.

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقاوله

الرئيسية الوسيط_جزء 7_ مقاوله

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقاوله

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقاوله

تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقابلة:

رأينا أن المقابلة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً. فالمقاول إذن يتعهد بصنع شيء أو بأداء عمل، ولما كان صنع الشيء هو أيضاً عمل يؤديه الصانع، فالمقاول يتعهد دائماً بتأدية عمل. والعمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقابلة إلى أخرى اختلافاً بيناً، ويتنوع تنوعاً كبيراً.

ويمكن تقسيم الأعمال التي يؤديها المقاول من نواح مختلفة:

من ناحية طبيعة العمل ومن ناحية حجمه ومن ناحية نوعه.

فمن ناحية طبيعة العمل، قد يكون العمل، قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل، كنقل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك ([1]). وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين.

وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل، فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل، والحائك يخيظ الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل. وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه، وكحائظ يدهنه، وكأثاث يجدهه، وكسيارة يصلحها.

ومن ناحية حجم العمل، تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة. فالأعمال التي تقدم بياناً فيها الكبير وفيها الصغير. فعمل النجار والحائك والسباك والحداد وأعمال المهن الحرة ونحوها تكون غالباً من المقاولات الصغيرة وتتدرج مع ذلك في أهميتها. أما المقاولات الكبيرة، فهي عادة تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطائرات والسفن والأسلحة الحديثة والذخائر.

وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً في هذا المعنى، فكانت المادة 865 من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي: "1- يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة. 2- ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض".

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه "مجرد تعداد" ([2]).

ومن ناحية جنس العمل، هناك من المقاولات ما أصبح معروفاً باسم خاص لانتشاره، فهناك مقاولات البناء وهي من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة "المقابلة" انصرف إليها. وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقابلة منظوراً فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء، وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات كما سنرى.

وهناك التزام المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقد النقل، وعقد النشر، وعقد الإعلان، وعقود المهن الحرة، وعقد النظارة. وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها، وسنبحث طائفة منها بعد أن نبحث القواعد العامة التي تنطبق على جميع المقاولات.

[1] ^أ وقد يكون العمل مادياً كنقل الأشخاص والطبع والنشر، أو فنياً كالرسم والنحت والنقش والتصوير والتمثيل، أو علمياً كالمرافعة والعلاج والمحاسبة، أو أدبياً كالتأليف. والمحاضرة والتدريس.

[2] ^أ مجموعة الأعمال التحضيرية 5 ص 9 – 10 ص في الهامش .

- مراجع في عقد المقالة :

جيوار في الإيجار الطبعة الثالثة جزءان باريس سنة 1891 – بودري وفال في الإيجار الجزء الثاني

(مجلدان) الطبعة الثالثة باريس سنة 1907 – أوبري ورو وإسمان الجزء الخامس في البيع والإيجار الطبعة السادسة باريس سنة 1946 – بلانيول وريبير ورواست الجزء الحادي عشر في العقود المدنية باريس سنة 1954 – بيدان 12 الطبعة الثانية باريس سنة 1938 – دي باج 4 الطبعة الثانية بروكسل سنة 1951 – بلانيول وريبير وبولانجيه 2 الطبعة الثالثة باريس سنة 1949 – كولان وكابتان ودي لامور أنديير الطبعة العاشرة سنة 1948 – جوسران 2 الطبعة الثانية سنة 1933 – مازو في دروس القانون المدني 3 سنة 1960 – أنسيكولوجي دالوز 1 لفظ Architecte سنة 1951 – لفظ Enterprise سنة 1952 – لفظ Louage d'ouvrgة سنة 1953 .

Costes في التكييف القانوني لعقد المقالة رسالة من تولوز سنة 1913 – Lagrave الجزاف في عقد المقالة الخاص سنة 1921 – Minvielle في مهنة المهندس المعماري سنة 1921 ، وفي ملاحظات في المسؤولية العشرية للمهندسين والمقاولين سنة 1933 ، وفي رخصة البناء سنة 1947 – Corberand في مسئولية المهندسين والمقاولين رسالة من باريس سنة 1929 – Delvaux في حقوق المهندس المعماري والتزاماته بروكسل سنة 1930 – David في عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة 1937 – lepaulle في عقود البناء الصناعي سنة 1938 . محمد كامل مرسى في العقود المسماة الجزء الرابع (عقد العمل وعقد المقالة واتزام المرافق العامة) سنة 1953 – محمد لبيب شنب في شرح أحكام عقد المقالة سنة 1962 .

وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل على الطباعات المبنية فيما تقدم .

[1]^ تاريخ النص:

ورد هذا النص في المادة 863 من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة لمراجعة حور تحويرًا لفظيًا طفيفًا فأصبح مطابقًا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه 674 في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم 673 ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم 646 (مجموعة الأعمال ويقابل النص في التقنين المدني القديم م489/401 : إيجار الأشخاص يكون لخدمة معينة مستمرة في المدة المحدودة في عقد الإيجار أو لعمل معين .) وهذا التعريف يمل عقد المقالة مستمرة في المدة المحدودة في عقد الإيجار أو لعمل معين . (وهذا التعريف يشمل عقد المقالة وعقد العمل ، وفيما يخص عقد المقالة يتفق مع تعريف التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م612 (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م645 (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م864 (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م 2/624 :

وعقد المقاوله أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل . (والتعريف في جملته يتفق مع تعريف التقنين المصري) .

[2] ^ بل إن الكتابة لا ضرورة لها إلا في إثبات المقاوله حيث تكون الكتابة ضرورية للإثبات (نقض فرنسي 23 أكتوبر سنة 1945 دالوز 19-1946) .

[3] ^ الوسيط 6 فقرة 19 ص 30 هامش 1- الإيجار للمؤلف فقرة 1 .

الوسيط_جزء 7 ,تعاريف ,مقاوله

الرئيسية الوسيط_جزء 5_قرض

مقدمة عقد القرض- الدخل الدائم

الباب الثالث عقد القرض و الدخل الدائم

مقدمة ([1])

265 - التعريف بعقد القرض وخصائصه -نص قانوني :

تنص المادة 538 من التقنين المدني على ما يأتي

" القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته " ([2]) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة 465 / 566 ([3]) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م 506 – وفي التقنين المدني الليبي م 537 - وفي التقنين المدني العراقي م 684 - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م 754 - 755 ([4]) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن عقد القرض محله يكون دائماً شيئاً مثلياً ، وهو في الغالب نقود . فينقل المقرض إلى المقترض ملكية الشيء المقترض ، على أن يسترده منه مثله في نهاية القرض ، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في محل القرض .

ونقف الآن من عقد القرض عند الخصائص الآتية ، وهي خصائص يمكن استخلاصها من التعريف السالف الذكر : (1) عقد القرض عقد رضائي (2) وهو عقد ملزم للجانبين (3) وهو في الأصل عقد تبرع وقد يكون عقد معاوضة .

266 -القرض عقد رضائي :

يظهر من تعريف القرض كما أوردته المادة 538 مدني أن القرض يتم بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول ، أما نقل ملكية الشيء المقترض وتسليمه إلى المقترض فهذا التزام ينشئه عقد القرض في ذمة المقرض ، وليس ركناً في العقد ذاته ([5]) .

ولم يكن الأمر كذلك في التقنين المدني السابق ، إذ كان القرض في هذا التقنين عقداً عينياً لا يتم إلا بتسليم الشيء المقترض إلى المقرض ونقل ملكيته إليه (م 566 / 465 مدني سابق) وكان التقنين المدني السابق يسير في ذلك على غرار التقنين المدني الفرنسي ، وكلا التقنين ورث عينية عقد القرض عن القانون الروماني دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة في القانون الروماني حيث كنت العقود في الأصل شكلية ، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في

العقود العينية ومنها الفرض ولم يسلم القانون الروماني بان التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من سمي بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبحت القاعدة أن التراضي كاف لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لإحلال التسليم محل الشكل ، إذ لم نعد في حاجة لا إلى الشكل ولا إلى التسليم . وهذا هو اتجاه التقنينات الحديثة ، فإن تقنين الالتزامات السويسري (م 321 و م 329) جعل القرض عقداً رضائياً ، وعلى نهجه سار التقنين المدني المصري الجديد ([6]) .

وعينية عقد الفرض في القانون الفرنسي ينتقدها الفقه بحق ، إذ هي كما قدمنا ليست إلا أثراً من آثار تقاليد القانون الروماني بقي بعد أن زال مبرره . وكان بوتويه يقيمه على أساس أن المقترض لا ينبغي أن يلتزم برد مثل الشيء المقترض إلا بعد أن يقبض الشيء ([7]) . ويمكن الرد على ذلك بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم عقد القرض قبل أن يتولد في ذمة المقترض التزام برد المثل ، ثم يتولد هذا الالتزام بعد أن ينفذ المقترض التزامه بإعطاء الشيء إلى المقترض وهذا هو الذي يحدث في عقد الإيجار ، فإن المستأجر لا يلتزم برد العين المؤجرة إلا بعد أن ينفذ المؤجر التزامه بتسليمها إياه ، ومع ذلك يتم عقد الإيجار قبل هذا التسليم إذ هو عقد رضائي دون شك ([8]) .

على أنه لا توجد أهمية عملية من القول بأن القرض عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم ، ما دامت الرضائية هي الأصل في التعاقد . ففي القانون الفرنسي يمكن أن يحل محل القرض العيني وعد بالقرض رضائي ينتهي إلى ذات النتيجة التي ينتهي إليها القرض العيني . وما على المتعاقدين إلا أن يتعاقدا على وعد بالقرض ، فيعد أحدهما الآخر أن يقرضه شيئاً . ويتم الوعد في هذه الحالة بمجرد التراضي ، لأن الأصل في التعاقد الرضائية كما قدمنا . وعند ذلك يستطيع الموعود له أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده ، فيتسلم منه الشيء الموعود بقرضه ، فتصل بذلك عن طريق الوعد بالقرض إلى القرض الكامل ([9]) .

267 - القرض عقد ملزم للجانبين :

والقرض ينشئ التزامات متقابلة في جانب كل من المقرض والمقترض ، فهو إذن عقد ملزم للجانبين . والالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض هي أن ينقل ملكية الشيء المقترض ويسلمه إياه ، ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض ، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية أما الالتزامات التي ينشئها في جانب المقترض فهي أن يرد المثل عند نهاية القرض وأن يدفع المصروفات ، وقد يدفع الفوائد مقابلاً للقرض . وسيأتي تفصيل كل ذلك .

وليس القرض عقداً ملزماً للجانبين منذ أصبح عقداً رضائياً فحسب ، بل هو في نظرنا كان ملزماً للجانبين حتى لما كان عقداً عينياً في التقنين المدني السابق . ذلك أن القرض وهو عقد عيني كان ينشئ التزاماً في ذمة المقرض ، لا بالتسليم فإن هذا كان ركناً لا التزاماً ، بل بالامتناع عن استرداد المثل قبل نهاية القرض . يؤكد ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 539 مدني من أنه " يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقترض ، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند الانتهاء القرض " . فالالتزام بتسليم الشيء إلى المقترض كان في التقنين المدني السابق ركناً لا التزاماً كما سبق القول ، أما الالتزام بالامتناع عن المطالبة برد المثل إلا عند انتهاء القرض ، فهذا الالتزام قائم في ذمة المقرض سواء كان القرض عقداً رضائياً أو عقداً عينياً . ويتبين من ذلك أن القرض ، عندما كان عقداً عينياً ، كان ينشئ التزاماً في جانب المقرض ، وقد يكون من الالتزامات المتقابلة له في جانب المقترض التزام بدفع فوائد مشترطة في العقد . فإذا أحل المقترض بالتزامه من دفع الفوائد ، جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تسري على عقد القرض ، فلا تكون في حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء أن قاعدة الفسخ تسري على العقود الملزمة لجانب واحد كما تسري على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسابرة فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في عقد القرض بالإقسط (decheance) ، بل يبقى الفسخ على طبيعته مقصوراً على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد القرض حتى لو كان عقداً عينياً . ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في عقد القرض التزاماً لا ركناً وأصبح القرض عقداً رضائياً ، وذلك أن المقرض إذا فسخ العقد في حالة إخلال المقترض بالتزامه من دفع الفوائد ، فإن المقرض لا يتحلل بذلك من الالتزامات بالتسليم ، بل من الالتزام بالامتناع عن المطالبة بالاسترداد إلى نهاية القرض ([10]) .

268 - القرض عقد تبرع في الأصل :

والأصل في عقد القرض أن يكون تبرعاً ، إذ المقرض يخرج عن ملكية الشيء إلى المقترض ولا يسترد المثل إلا بعد مدة الزمن ، وذلك دون مقابل ، فهو متبرع . على أنه إذا اشترط على المقترض دفع فوائد معينة في مقابل ، فهو متبرع . على أنه إذا اشترط على المقترض دفع فوائد معينة في مقابل القرض ، أصبح القرض عقد معاوضة . ولكن

الفوائد لا تجب إلا إذا اشترطت ، إذ الأصل في القرض كما قدمنا أن يكون عقد تبرع . وتقول المادة 542 في هذا المعنى : " على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على الفوائد اعتبر القرض بغير أجر " .

269 - تمييز القرض عن بعض ما يلتبس به من العقود :

والقرض يتميز تمييزاً واضحاً عن بعض العقود ، فلا يلتبس بها . من ذلك عقد الهبة ، فالقرض نقل ملكية الشيء على أن يسترده مثله ، أما الهبة فنقل ملكية الشيء على ألا يسترده هو ولا مثله . وإنما يشترك القرض بغير فائدة مع الهبة في أن كلا منهما عقد تبرع . ومن ذلك عقد الإيجار ، فالقرض ينقل ملكية الشيء ، أما الإيجار ، فلا ينقل الملكية وإنما يلتزم المؤجر بتأمين المستأجر من الانتفاع بالشيء على أن يردّه بعينه في نهاية الإيجار ، لا أن يرد مثله كما في القرض . وإنما يتشابه القرض بالفائدة والإيجار من الناحية الاقتصادية في أن صاحب المال في الحالتين يجعل الغير ينتفع بماله في تظهير مقابل ، ومن هنا سمي المقرض بمؤجر النقود (bailleur de fonds) أو المانح (ت-مصطفى)

ولكن القرض قد يتلبس بعقود أخرى ، نذكر منها بوجه خاص البيع والشركة والوديعة والعارية .

270 - تمييز القرض عن البيع :

وفي أكثر الأحوال يتميز القرض في وضوح عن عقد البيع ، فالبيع نقل ملكية المبيع في مقابل ثمن من النقود ، أما القرض فنقل ملكية الشيء المقرض على أن يسترد مثله بفوائد أو بدون فوائد . على أنه قد يدق في بعض الأحوال التمييز بين العقدين ، ونذكر من ذلك ما يأتي .

1 - عندما كان بيع الوفاء جائزاً - كما كان الأمر في التقنين المدني السابق - كان كثيراً ما يلتبس بالقرض ، بل كان كثيراً ما يخفي القرض ، ومن أجل ذلك حرّمه التقنين المدني الجديد . فقد كان المقرض يأخذ من المقرض العين ويسمي العقد بيع وفاء ، ويعطيه مبلغاً من النقود هو في حقيقة قرض ولكن المتعاقدين يسميانه ثمناً . فإذا لم يرد المقرض النقود في الميعاد المحدد ، أصبح المقرض مالكاً للعين ملكية باتة . ولو سميت الأشياء بأسمائها الصحيحة ، لكانت العين رهناً ، ولما أمكن المقرض أن يملكها ، بل وجب عليه بيعها في المزداد لاستيفاء القرض ([11]) .

2 - ولا يزال هناك ، حتى في التقنين المدني الجديد ، نوع من الاتفاقات هو شرط التملك عند الوفاء ، بمقتضاه يقبل المقرض إذا لم يف القرض في الميعاد ، أن يملك المقرض العين المرهونة في نظير القرض ، فينقلب القرض بيعاً . والفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة ، أن العقد في الصورة السابقة يبدأ بيعاً ويبقى بيعاً ، أما في الصورة التي نحن بصددنا فيبدأ العقد قرضاً ثم يتحول بيعاً . وشرط التملك عند الوفاء باطل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 1052 مدني في هذا المعنى على أنه " يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان ... " ([12]) .

3 - وهناك ما يسمى ببيع العينة ، وحقيقته قرض . وصورته أن يبيع المقرض متاعاً للمقرض بثمن معجل يقبضه منه وهذا هو القرض ، ثم يعيد المقرض بيع نفس المتاع من المقرض بثمن مؤجل أعلى من الثمن المعجل الذي دفعه . مثل ذلك أن يبيع شخص ساعة من آخر بثمن معجل هو عشرون مثلاً . فإذا قبض البائع العشرين ، عاد فاشترى الساعة ذاتها ممن اشتراها منه بخمس وعشرين مؤجلة . فتعود إليه الساعة وينتهي الأمر إلى أنه قبض عشرين معجلة سماها ثمن الساعة ، والتزم بخمس وعشرين مؤجلة ، و الفرق فوائد ويغلب أن تكون فوائد فاحشة سترها عقد البيع ([13]) .

271 - تمييز القرض عن الشركة :

ويتميز القرض عن الشركة تمييزاً واضحاً في أكثر الأحوال . فالمقرض يسترد المثل من المقرض ، ولا شأن له بما إذا كان المقرض قد ربح أو خسر من استغلاله للقرض . أما الشريك فلا يسترد حصته من الشركة بعد انقضائها إلا بعد أن يساهم في الربح أو في الخسارة . وقد قدمنا أن هذه المساهمة في الربح وفي الخسارة هي التي تميز الشركة عن القرض .

ويدق التمييز . كما رأينا عند الكلام في الشركة ([14]) ، إذا قدم شخص مالا لآخر ، واشترط عليه أن يسترد مثله وان يساهم في الربح دون الخسارة . فمن رأي أن هذه شركة رأها شركة باطلة ، إذ هي شركة الأسد ([15]) . ومن رأي أن هذا قرض اعتبر أن من قدم المال قد أقرضه للآخر ، واشترط فائدة للقرض هي نسبة معينة من الربح ، وتكون الفائدة هنا أمراً احتمالية قد يتحقق إذا تحقق ربح وقد لا يتحقق إذا انعدم الربح وينبغي على ذلك أنه إذا تحقق ربح وزاد نصيب المقرض فيه على الفائدة المسموح بها قانوناً ، أنزل النصيب إلى الحد القانوني . وينبغي على ذلك أيضاً أن المقرض لا يشترك غالباً في إدارة العمل الذي قدم المال من أجله ولا تكون له رقابة عليه إذ ليس بشريك ([16]) . ويتوقف الأمر على نية الطرفين ، فإن نيتهم إلى المشاركة في العمل ، اعتبر من قدم المال شريكاً اشترط عدم المساهمة في الخسارة فتكون الشركة باطلة ، وإلا كان العقد قرضاً على النحو الذي أسلفناه ([17]) .

وقد تتفق جماعة على أن يقدم كل منهم مبلغاً من النقود ، على أن يأخذ كل منهم بدوره مجموع هذه المبالغ مدة عام مثلاً ، ويردها ليأخذها غيره ، فينتفع كل منهم بمجموع هذه المبالغ مدة معينة . وهذا ما يسمى بقرض الائتمان المؤجل (prêt a crédit différé) ([18]) . فهذا عقد ظاهره شركة تختلط بالقرض ، ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اتفاق مستخدمي متجر على أن يودعوا ما يقتصدونه عند أحدهم ليستثمره لمصلحتهم ، وعند الاقتضاء يقدم منه شيئاً إلى من كان في حاجة إلى ذلك ، لا يعتبر عقد الشركة ، بل هو عقد غير مسمى يدور بين الوكالة والوديعة الناقصة ، فلا يجوز الحكم بالحل والتصفية ([19]) . ولا يجوز لمستخدم منهم خرج من الخدمة أن يطالب بحل الهيئة وتصفيتها ، بل كل ما يستطيع هو أن يطالب بقيمة حصته وقت خروجه ([20]) .

272 - تمييز القرض عن الوديعة :

ويتميز القرض عن الوديعة في أن القرض ينقل ملكية الشيء المقترض إلى المقترض على أن يرد مثله في نهاية القرض إلى المقرض ، أما الوديعة فلا تنقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنده بل يبقى ملك المودع ويسترد بالذات . هذا إلى أن المقترض ينتفع بمبلغ القرض بعد أن أصبح مالاً له ، أما المودع عنده فلا ينتفع بمبلغ القرض بعد أن أصبح مالاً له ، أما المودع عنده فلا ينتفع بالشيء المودع بل يلتزم بحفظه حتى يرده إلى صاحبه .

ومع ذلك فقد يودع شخص عند آخر مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر ومع ذلك فقد يودع شخص عند آخر مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر مما يملك بالاستعمال ، ويأذن له في استعماله ، وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) وقد حسم التقنين المدني الجديد الخلاف في طبيعة الوديعة الناقصة ، فكيفها بأنها قرض . وتقول المادة 726 مدني في هذا المعنى : " إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله ، اعتبر العقد قرضاً " .

أما في فرنسا فالفقه مختلف في تكييف الوديعة الناقصة . والرأي الغالب هو الرجوع إلى نية المتعاقدين . فإن كان صاحب النقود قصد أن يتخلص من عناء حفظها بإيداعها عند الآخر ، فالعقد وديعة . أما أن قصد الطرفان منفعة من تسلم النقود عن طريق استعمالها لمصلحته ، فالعقد قرض . ويكون العقد قرضاً بوجه خاص إذا كان تسلم النقود مصروفاً ([21]) .

273 - تمييز القرض عن العارية :

وقد درج كثير من التقنينات - منها التقنين الفرنسي والتقنين المصري السابق - على جمع القرض والعارية في مكان واحد وتسمية العقد بالعارية ، وللتمييز بينهما يسمى القرض عارية استهلاك (prêt de consommation) والعارية عارية استعمال (prêt a usage) .

والفرق ما بين العقدتين فرق جوهري . ففي القرض ينقل المقرض ملكية شيء مثلي على أن يسترد المثل عند نهاية القرض ، ومن ثم كان القرض من العقود التي ترد على الملكية . أما العارية ، فالمعير لا ينقل ملكية العين المعارة إلى المستعير ، بل يقتصر على تسليمها إياه لينتفع بها على أن يردها بذاتها عند نهاية العارية ، ومن ثم كانت العارية ، ومن ثم كانت العارية من العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء . ومن أجل ذلك فرق التقنين المدني الجديد ما بين العقدتين ، فوضع القرض بين العقود التي ترد على الملكية ، والعارية بين العقود التي ترد على الانتفاع بالشيء .

والذي يميز القرض عن العارية أن محل القرض يجب أن يكون شيئاً مثلياً ، لأن المقرض يلتزم برد مثله (م 538 مدني سالف الذكر) . أما محل العارية فيجب أن يكون شيئاً قيمياً لا مثلياً ، لأن المستعير يرده بعينه لا بمثله . ومع

ذلك فقد عرفت المادة 635 مدني العارية بأنها " عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين ، على أن يردده بعد الاستعمال ، ما دام هذا الشيء مثلياً . مثل ذلك أن تقتض مكتبة من أخرى نسخة من كتاب لتبقيها إلى عميل ، على أن ترد مثلها إلى المكتبة التي أقرضتها النسخة . وقد يعير شخص آخر شيئاً قابلاً للاستهلاك ، ما دام هذا الشيء قد اعتبر لذاته فأصبح قيمياً على هذا النحو . مثل ذلك أن يعير شخص صرافاً مبلغاً من النقود يعوض به عجزاً عنده ، على أن يرد الصراف هذا المبلغ بذاته إلى المعير بعد انتهاء التفتيش . ومثل ذلك أيضاً أن يعير شخص صيرفياً قطعاً من النقود يضعها في " الفترينة " على أن يردها بذاتها ([22]) . (prêt adpompam et ostentation) .

274 - التنظيم التشريعي للقرض والدخل الدائم :

كان التقنين المدني السابق يجمع ، كما قدمنا ، بين القرضين والعارية في باب واحد ، وكان يضم إلى كل من المقرض والعارية في نفس الباب الدخل الدائم والإيرادات المرتبة مدى الحياة . ولما كانت الصلة مفقودة بين هذه العقود المتنافرة في طبيعتها ، فقد فصل بينها التقنين المدني الجديد ، وجعل القرض والدخل الدائم وهما من طبيعة واحدة في فصل واحد بين العقود الواردة على الانتفاع بالشيء وخصص للإيراد المرتب مدى الحياة فصلاً مستقلاً بين عقود الغرر : " يجمع التقنين الحالي (السابق) ما بين عاريتي الاستعمال والاستهلاك والدخل الدائم والدخل المرتب مدى الحياة في باب واحد والصلة ما بين هذه العقود أقرب إلى أن تكون لفظية ، وإلا فإن طبيعة كل عقد تتنافر مع طبيعة العقد الآخر فعارية الاستعمال ترد على المنفعة ، أما العارية الاستهلاك فتد على الملكية . وإذا كان الدخل الدائم عقداً محددًا ، فإن الدخل المرتب مدى الحياة عقد احتمالي . والأولي أن يجمع عارية الاستهلاك والدخل الدائم في مكان واحد فكلاهما قرض ، وان توضع عارية الاستعمال مكانها بين العقود التي ترد على المنفعة ، والدخل المرتب مدى الحياة مكانه بين العقود الاحتمالية . وهذا ما فعل المشروع " ([23]) .

وقد ترتب التقنين المدني الجديد عقد القرض ترتيباً منطقياً لا نجده في التقنين المدني السابق ، فذكر أولاً التزامات المقرض ، وهي إلى جانب نقل الملكية تسليم الشيء وضمان الاستحقاق وضمان العيب ، وهذه هي الالتزامات التي تنشأ عادة العقود الناقلة للملكية ، رأيناها قبل ذلك في البيع والمقايضة والهبة والشركة . ثم ذكر بعد ذلك التزامات المقرض ، وهي رد المثل ودفع الفوائد أن وجدت . وذكر أخيراً الوجه الذي ينتهي بها القرض ([24]) .

أما الدخل الدائم ، فقد أوجز فيه التقنين المدني السابق إيجازاً مخلصاً فعالج التقنين المدني الجديد هذا العيب ، إذ عرف العقد ، وبين أحكامه وأفاض بوجه خاص في أحكام الاستبدال به والاستبدال خصيصاً رئيسية فيه ([25]) .

275 - أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد القرض :

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أهم الفروق بين التقنين الجديد والتقنين السابق في عقد القرض فيما يأتي :

- 1 - جعل التقنين الجديد القرض عقداً رضائياً ، وكان عينياً في التقنين السابق .
- 2 - بين التقنين الجديد في وضوح أن القرض عقد ملزم للجانبين فهناك التزامات في ذمة المقرض تقابلها التزامات أخرى في ذمة المقرض .
- 3 - نقل التقنين الجديد أحكام الفوائد إلى الأحكام العامة في نظرية الالتزام .
- 4 - أغفل التقنين الجديد نصاً أورده التقنين السابق خاصاً برد القيمة العددية للنقد أي كان اختلاف أسعار المسكوكات ، اكتفاء بالنص العام (م 134 مدني) الوارد في هذا الشأن .
- 5 - بين التقنين الجديد أسباب انقضاء القرض بياناً وافية . وجدت في مسألة هامة ، إذ أجاز انتهاء القرض بفائدة متى انقضت ستة أشهر على القرض وأعلن المدين رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترض ، على أنه يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ([26]) .

276 - خطة البحث :

ونبحث القرض والدخل الدائم في فصول ثلاثة متعاقبة، فنبحث أركان القرض في الفصل الأول، ثم آثار القرض في الفصل الثاني ، ثم الدخل الدائم في الفصل الثالث .

([1]) مراجع : جيوار في عقد القرض – أوبرى ورو وإسمان الطبعة السادسة جزء 6 – بودري وفال الطبعة الثالثة جزء 23 – بلانيول وريبير وسافاتييه الطبعة الثانية جزء 1 1 - دي باج ودكرز (Dekkers) جزء 5 – بلانيول وريبير وبولانجيه الطبعة الثالثة جزء 2 – كولان وكابيتان ودي لامور انديير الطبعة العاشرة جزء 2 – جوسران الطبعة الثانية جزء 2 انسيكلوبيدي دالوز 4 لفظ prêt الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود المسماة جزء 2 – الأستاذ محمود جمال الدين زكي في العقود المسماة سنة 1953 .

([2]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 722 عن المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم 566 من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم 538 (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 409 – ص 240) .

([3]) التقنين المدني السابق م 465 / 566 : والعارية بالاستهلاك هي أن المعير ينقل إلى المستعير ملكية شيء يلتزم المستعير بتعويضه بشيء آخر من عين نوعه ومقداره وصفته بعد الميعاد المتفق عليه .

(والتقنين المدني السابق كان يعتبر القرض عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم ، أما التقنين المدني الجديد فيعتبره عقداً رضائياً يتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . والعبرة بتاريخ تكوين العقد ، فإن كان ذلك قبل 15 أكتوبر سنة 1949 فلا يتم القرض إلا بالتسليم ، وإلا تم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . على أن العقد الذي لم يتم التسليم فيه قبل 15 أكتوبر سنة 1949 يمكن اعتباره وعداً بقرض يجبر الواعد على تنفيذه بتسليم الشيء فيتم القرض) .

([4]) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م 506 (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م 537 (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م 684 : القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها . (والظاهر أن عقد القرض في التقنين العراقي عقد عيني : أنظر الأستاذ حسن الذنون فقرة 210) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م 754 : قرض الاستهلاك عقد بمقتضاه يسلم أحد الفريقين الفريق الآخر نقوداً أو غيرها من المثليات ، بشرط أن يرد إليه المقترض في الأجل المتفق عليه مقدراً يماثلها نوعاً وصفة .

م 755 : ينعقد أيضاً قرض الاستهلاك إذا كان لدائن في ذمة شخص آخر على سبيل الوديعة أو غيرها مبلغ من النقود أو المثليات ، فأجاز لمديونه أن يبقى لديه تلك النقود أو الأشياء على الأقرض . (والظاهر أن التقنين اللبناني يجعل القرض عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم ، ويعتد بالتسليم الحكيم فيما إذا كان الشيء المقترض عند المقترض قبل القرض على سبيل الوديعة أو غيرها ويستتقيه المقترض بعقد القرض) .

([5]) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 410 .

[6] (أنظر الوسيط للمؤلف 1 فقرة 49 .

[7] (بوبتييه في الالتزام فقرة 6 – وانظر أيضاً جيوار فقر 8 – فقرة) .

[8] (بودري وقال 23 فقرة 596 وفقرة 701 .

[9] (أنظر في تفصيل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة 122 – فقرة 123 – الأستاذ محمود جمال الدين زكي في العقود المسماة ص 177 هامش 1 – بلانيول وريبير وسافاتييه 11 فقرة 1136 – وانظر في عهد التقنين المدني السابق حيث أن القرض عقداً عينياً وكان يمكن أن يسبقه وعد ملزم بالقرض : استئناف مختلط 8 مارس سنة 1891 م 6 ص 187 – وقارن استئناف مختلط 21 مارس سنة 1906 م 18 ص 159 .

[10] (أنظر في الاعتراض على رأينا هذا وفي الرد على الاعتراض الوسيط للمؤلف جزء أول ص 159 ص هامش رقم 1 .

[11] (ومحكمة الموضوع هي التي تستخلص نية المتعاقدين هل انصرفت إلى القرض لا إلى البيع ، وتستخلصها من ظروف القضية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره ، قد أقامت ذلك على نية طرفيه كانت منصرفاً إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة العقد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرى في الدعوى والقرائن الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن (نقض مدني 3 ابريل سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 180 ص 390) .

[12] (أنظر أيضاً بالنسبة إلى رهن الحيازة م 1108 مدني .

[13] (وهذا ما كان بوبتييه يسميه Mohatra ، ويغلب أن يكون من بيع العينة في الفقه الإسلامي .

[14] (أنظر أنفاً فقرة 159 .

[15] (أنظر أنفاً فقرة 171 .

[16] (أنظر حكم محكمة استئناف مصر في 8 ابريل سنة 1943 المجموعة الرسمية 43 رقم 244 أنفاً فقرة 160 في الهامش .

[17] (بودري وقال 23 فقرة 693 – وانظر في الفروق بين الشركة والقرض بودري وقال 23 فقرة 695 بلانيول وريبير وسافاتييه 11 فقرة 1139 .

[18] (أنظر أنفاً فقرة 160 في الهامش – وانظر في القرض في فرنسا بلانيول وريبير وسافاتييه 11 فقرة 1141 مكررة ثالثاً .

[19] (استئناف مختلط 22 مايو سنة 1920 م 32 ص 323 .

[20] (استئناف مختلط 8 ديسمبر سنة 1927 م 40 ص 73 .

[21] (أنظر في هذه المسألة بودري وقال 23 فقرة 1902 – فقرة 1097 .

[22] (أنظر بودري وقال 23 فقرة 601 – وإذا اعار شخص آخر أسهماً ينتفع بفوائدها على أن يرد الأسهم بالذات ، فالعقد عارية لا قرض (استئناف مختلط 20 مايو سنة 1948 م 60 ص 124) – وأهم الفروق بين القرض والعارية – وهما الآن عقدان رضائيان ملزمان للجانبين في التقنين المدني الجديد – أن القرض عقد ناقل للملكية والعارية لا تنقل إلا حيازة عرضية (ويستتبع ذلك نتائج هامة في تبعه الهلاك وفي حقوق المقرض أو المعير عند إفسار المقرض أو المستعير) ، وأن القرض قد يكون تبرعاً أو معاوضة إذا كان بفائدة أما العارية فلا تكون إلا تبرعاً ، وأن للمعير على عكس المقرض أن يسترد العين المعارة قبل الوقت المحدد في العقد إذا عرضت له حاجة ماسة (بودري وقال 23 فقرة 602 - الأستاذ محمد كامل مرسي في العقود المسماة 2 فقرة 225) .

([23]) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 407 .

([24]) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 407 .

([25]) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 407 .

([26]) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 407 .
- 408 -

تمييز عقد الإيجار عن العقود الأخرى

3- تمييز عقد الإيجار عن العقود الأخرى: وخصائص الإيجار المتقدمة الذكر تجعله يتميز عن سائر العقود . فكونه يقع على منفعة الشيء المؤجر لا على ملكيته يميزه عن البيع ، إذ البيع يقع على الملكية لا على المنفعة . وكون المنفعة في الإيجار لقاء أجر معلوم عن العاربية ، فالعاربية من عقود التبرع لا يدفع المستعير فيها أجرا . وكون المستأجر يرد نفس العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار يميز الإيجار عن القرض ، فالمقترض لا يرد نفس الشيء بل يرد مثله . وكون الإيجار يرد على شيء لا على عمل يميزه عن كل من المقاوله وعقد العمل والوكالة ، فهذه العقود الثلاثة الأخيرة تقع على العمل . وكون المستأجر ينتفع بالشيء يميز الإيجار عن الوديعة ، إذ المودع عنده لا ينتفع بالشيء بل يحافظ عليه .

ومع ذلك قد يلتبس عقد الإيجار بهذه العقود ذاتها ، أو بعقود أخرى ، فيدق تمييزه عنها . ونضرب لذلك الأمثلة الشتى

4- التباس الإيجار بالبيع (إحالة): قدمنا في عقد البيع ([1]) أن التمييز يدق بين البيع والإيجار إذا وقع العقد ، لا على الشيء ذاته ، بل على ثمراته ومنتجاته . وذكرنا أن الأصل في العقد إذا وقع على ثمرات الأرض أن يكون إيجارا إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التي لا تنفذ ، وإذا وقع على المنتجات يكون بيعا إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها لا على منفعة متجددة . ومع ذلك قد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو (لا يزال في الأرض ، فيكون العقد بيعا لهذا المحصول لا إيجارا للأرض ، فالعبرة بنية المتعاقدين

هل أرادا بيعا أو إيجارا ، فقد يؤجر صاحب المنجم أو المحجر منجمه أو محجره ليستغله المستأجر في مقابل أجره دورية فيكون العقد إيجارا لا بيعا .

وقلنا أيضا إن التمييز يدق بين البيع والإيجار فيما يسمى بالإيجار السائر للبيع (location-vente) ، وقد عالجننا هذه المسألة تفصيلا في عقد البيع ([2]) .

5- التباس الإيجار بالعاربية :

قل أن يقع التباس بين العقدين ، فالعاربية تكون حتما بغير عوض بينما الإيجار هو دائما من عقود المعارضة ، ولكن يساق عادة في هذا الصدد مثلان يقال فيهما إن اللبس حاصل :-

المثل الأول : إذا باع شخص لآخر أرضا ، واستبقى لنفسه فيها حق الصيد مثلا ، فهل يثبت له هذا الحق بناء على عقد عارية بدون مقابل ، أو هو ثابت له بناء على عقد إيجار بمقابل؟

لا شك في أن استبقاء البائع لنفسه حق الصيد قد اعتبر عند تقدير الثمن ، وقد راعى البائع في تقديره المبلغ الذي يتقاضاه ثمنا للأرض أنه يتمتع بحق الصيد فيها ، فأقتصص من هذا المبلغ ما يقابل هذا الحق . ويكون ثبوت حق الصيد للبائع إنما هو بمقابل ، فالعقد إيجار لا عارية . ولو باع شخص دارا على أن يبقى ساكنا فيها لمدة سنة بعد البيع ، فلا بد أن يكون سكنى البائع الدار سنة قد روعي في تقدير الثمن ، لإنقاص منه بمقدار ما يقابل السكنى ، فلا يكون شرط بقاء البائع ساكنا الدار سنة عقد عارية ، بل هو عقد إيجار ، فتقع على المشتري نفقات الصيانة ، ويلتزم البائع بأن يبذل في المحافظة على الدار عناية الرجل المعتاد . ولو كان العقد عارية ، لوقعت على البائع نفقات الصيانة ، ولا تلزم في المحافظة على الدار بالعناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك من عناية الرجل المعتاد([3]) .

المثل الثاني : كثيرا ما يقع أن الأجير أو الموظف يكون له أن يتقاضى ، عدا أجره أو مرتبه ، مسكنا لا يدفع فيه أجرة . فهل هو مستعير لهذا السكن أو هو مستأجر له؟ لا شك في أن المسكن ، كما هو الأمر كما في الحالة المتقدمة ، جزء من الأجر أو المرتب ، فالعقد هنا إيجار أيضا لا عارية ([4]) .

ويقع أن بعض الأثرياء يتبرعون بإمكانة لأغراض خيرية ، لاستعمالها مدارس أو مستشفيات أو نحو ذلك ، ويحررون عقودا يذكرون فيها أنهم يؤجرون هذه الأمكنة لمدد طويلة ، وأنهم تنازلوا عن الأجرة أو أنهم قبضوها . فالعقد هنا هو عقد عارية مستترة باسم الإيجار ، الهبة المستترة باسم البيع تتبع فيه أحكام العارية ([5]) . ويحدث ذلك أن الحكومة تؤجر للمنشآت والمؤسسات أراضي حرة بأجرة رمزية ، فهذا العقد هو في حقيقته عارية وإن سمي إيجارا .

6- التباس الإيجار بالقرض :

وقد يلتبس الإيجار بالقرض في حالة ما إذا أجر شخص لآخر أرضا زراعية ، بما فيها من أشياء تستهلك بالاستعمال كسماد وبذرة على أن يستهلكها المستأجر ويرد مثلها عند انتهاء الإيجار . كذلك قد يؤجر صاحب مصنع مصنعه بما فيه من آلات لازمة لإدارته على أن يعوض المستأجر برد مثلها . فهل يعتبر العقد فيما يتعلق بالأشياء التي تستهلك بالاستعمال عقد إيجار أو عقد قرض؟ يجب التفريق في هذه الفروض بين ما إذا كانت الأشياء المستهلكة الملحقة بالعقار تعتبر عقارا بالتخصيص كآلات المصنع فيشملها حتما عقد الإيجار الواقع على العقار الأصلي ، وما إذا كانت هذه الأشياء لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، كالسماد والبذرة بالنسبة إلى الأرض الزراعية والمواد الخام بالنسبة إلى المصنع ، فإذا كانت قد تركت للمستأجر على أنها من توابع العقار المؤجر شملها عقد الإيجار ، وإلا فلا يشملها ويعتبر العقد فيما يتعلق بها عقد قرض فتنتقل ملكيتها إلى المستأجر وإذا أفلس لا يستطيع المؤجر أن يسردها بل يتقاسم ثمنها مع سائر الدائنين قسمة غرماء . ومن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التفريق بين ما إذا كانت الأشياء المستهلكة ضرورية لتسيير المصنع كالألات والفحم فيلحق هذا بالعقار ويكون مؤجرا مثله ، وما إذا كانت غير ضرورية كالمواد الخام فلا تعتبر من توابع العقار ويأخذها المستأجر بعقد قرض لا بعقد إيجار ([6]) .

7- التباس الإيجار بالمقولة :

قد يلتبس الإيجار بالمقولة في عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة . فالعقد الذي يبرمه

المستهلك مع شركة مياه النيل هل يعتبر عقد مقولة واقعا على ما تقوم به الشركة من عمل في توصيل المياه للمستهلك ، أو هو عقد إيجار لمعدات الشركة التي تقوم بتوصيل المياه ([7])؟ وسواء اعتبر العقد مقولة أو إيجارا ، ففي الحالتين يكون عقدا مدنيا من عقود الإذعان يخضع للقواعد المدنية ، ويخضع بالأخص للعقد الإداري القائم بين جهة الإدارة وملتزم المرفق . ويبدو أن هذا هو مذهب التقنين المدني الجديد ، فقد اعتبر هذا التقنين العقد مقولة (لا إيجارا) يهيمن عليه العقد الإداري الذي تم بين جهة الإدارة المختصة وبين الفرد أو الشركة التي عهد إليها الاستغلال المرفق . فنصت المادة 906 من المشروع التمهيدي - وهي التي أصبحت بعد تعديلها المادة 668 من التقنين المدني - على أن «1- التزام المرافق العامة عقد إداري ، الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية . ويكون هذا العقد بلبين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذه المرافق وبين أفراد الشركة التي يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين .

2- ويكون هذا العقد الإداري هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدي الخدمات التي يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستتجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التي تقررها جهة الإدارة" . وهذا هو الرأي الذي يميل إلى الأخذ به رجال الفقه المدني ، أما رجال الفقه الإداري فينكرون على مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام أن تكون له صفة تعاقدية ، ويذهبون إلى أن هذا المركز هو مركز قانوني منظم (situation elementaire) ([8]) .

وسنعود إلى هذه المسألة بالتفصيل عند الكلام في عقد المقولة في الجزء السابع من الوسيط . وما ذكرناه عن المياه يسري على سائر المرافق العامة من نور وغاز وراديو وتليفزيون ونقل وما إلى ذلك .

وإذا حجز شخص محلا في أحد الملاعب ، فهل يعتبر العقد بينه وبين صاحب الملعب إيجارا فيكون للمحل الذي يحجزه ، أو هو عقد مقولة يقع على ما يقوم به الملعب من وسائل التسلية للجمهور؟ الظاهر أنه عقد المقولة ، لان العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد هو ما يقوم به الملعب من عمل .

والاتفاق مع إحدى الصحف على استئجار محل للإعلان نظير مقابل معين ليس عقد مقاوله ، بل هو عقد إيجار .
وإذا اتفق شخص مع مالك البناء على نشر إعلانات على حوائط البناء أو فوق سطحه ، وإن اقتصر على تمكين
الشخص من إجراء الإعلان فالعقد إيجار .

8- التباس الإيجار بعقد العمل :

إذا تعاقدت شركة مركبات مع سائق على أن تعطيه مركبة يستغلها للنقل ، على أن يعطي الشركة جعلاً معيناً ويأخذ
باقي الأرباح لنفسه ، فهل يعتبر هذا الاتفاق عقد عمل ويكون السائق عاملاً لدى الشركة ، أو عقد إيجار؟ أو يكون
السائق مستأجراً للمركبة؟ يذهب القضاء الفرنسي إلى أن الاتفاق عقد عمل ، لأن صلة السائق بالشركة هي صلة التابع
بالمتمتع ، وأجر السائق هو الفرق بين إيراد المركبة وما يدفعه السائق للشركة ، فهو أجر متغير وهذا جائز في عقد
العمل . ويترتب على ذلك أن الاتفاق عقد عمل أن القانون الخاص بمسئولية رب العمل يسري في هذه الحالة ، فإذا
أصيب السائق في أثناء عمله كان له الرجوع بتعويض على الشركة دون حاجة إلى إثبات تقصير من جانبها ([9]) .

وإذا استأجر شخص مركبة بسائقها من صاحب مركبات لنقل أمتعه ، فهل يعتبر العقد واقعا على عملية النقل أو على
الانتفاع بالمركبة؟ الظاهر أن العبرة بعملية النقل إذا كان السائق ما يزال في خدمة صاحب الشركة يتقاضى منه أجره
فيكون العقد عقد مقاوله للنقل ، لم يطالب مالكها من تعاقده معه بتعويض عن ذلك إلا إذا أصاب المركبة عطب في أثناء
النقل ويترتب على ذلك أنه إذا أصاب المركبة عطل عن ذلك إلا إذا كان التلف بفعل هذا الأخير . أما إذا بقيت المركبة
والسائق عند المستأجر فترة من الزمن ، وأصبح السائق تابعا له يأخذ منه أجره ، فالاتفاق عقد عمل مع السائق وعقد
إيجار بالنسبة إلى المركبة ([10]) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا استأجر شخص عربية من مالكة مشاهرة ليؤدي بها عمله ، فأصبح
السائق يأمُر بأمر المستأجر وأصبح لهذا الأخير حق الرقابة عليه ، فإذا وقع حادث بخطأ السائق أثناء تادية عمله كان
المستأجر مسؤولاً عن ذلك ولا رجوع له على مالك العربية ([11]) .

9- التباس الإيجار بالوكالة : يختلف الإيجار عن الوكالة بأن المستأجر لا يمثل بخلاف الوكيل فإنه يعمل باسم الوكيل
ويمثله ، ومحل الوكالة تصرف قانوني أما الإيجار فمحل عمل مادي ، وتنتهي الوكالة بموت الوكيل أو بموت الموكل
ولا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر إلا في حالات استثنائية ، ويجوز الرجوع في الوكالة ولا يجوز
الرجوع في الإيجار ، ويجوز في الوكالة أن يعدل القاضي الأجر الموافق عليه أما في الإيجار فلا يجوز ذلك إلا في
حالات استثنائية . ويشترك الوكيل والمستأجر في أنه إذا تصرف أي منهما في الشيء الذي تحت يده بدون إذن المالك
اعتبر مبدداً .

وقل أن يقع ليس بين الوكالة والإيجار ، إلا أن ذلك جائز الوقوع كما في الفرض الآتي . يتفق شخص مع آخر على أن
يؤجر له جملة واحدة أعياناً يملكها الأول ، على أن يؤجرها المستأجر من باطنه واحدة واحدة ويتقاسم الأجرة مع
المؤجر بنسبة معينة أو يأخذ لنفسه مبلغاً معيناً يخصمه من الأجرة التي يتقاضاها من المستأجرين عقد إيجار ، بل هو
عقد وكالة مأجور ، والوكيل فيها هو من تسمى بالمستأجر الأصلي ، والموكل من تسمى بالمؤجر . وحقيقة إنفاقهما
أن الثاني وكل الأول في تصرف قانوني وهو إيجار الأعيان المملوكة لهذا الأخير وقبض الأجرة من المستأجرين
وتسليمها للموكل ، وذلك في مقابل أجر واحد قد يكون مبلغاً معيناً أو نسبة معينة من مقدار الأجرة التي يدفعها من
يتسمون بالمستأجرين من الباطن وهم في الواقع مستأجرون أصليون ([12]) . ويترتب على ذلك أن العقد وكالة لا
إيجار أن علاقة المؤجر بالمستأجر تقوم مباشرة بين الموكل والمستأجرين من الوكيل ، وأن يجوز رجوع كل من
الموكل والوكيل عن الوكالة ، وأن الوكالة تنتهي بموت أحد المتعاقدين ([13]) .

10- التباس الإيجار بالوديعة :

يختلف الإيجار عن الوديعة في أن المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة والمودع هو الذي يدفع الأجر ، كما أن مسؤولية
المودع عنده أخف من مسؤولية المستأجر ، ويلتزم المودع عنده برد العين إلى المودع بمجرد انتهاء طلبه ولو لم
ينقض الأجل أما المستأجر فلا يرد العين إلا بعد انقضاء مدة الإيجار . ويشترك المودع عنده والمستأجر في أنه إذا
تصرف أي منهما في العين بدون إذن المالك اعتبر مبدداً .

وقد يقع لبس بين العقديين في الأحوال الآتية :

1 – يتعاقد شخص مع أحد المصارف على أن يخصص له خزانة في مصرف يضع فيها ما يخشى عليه الضياع من الأشياء الثمينة location des coffres – forts . فهل يعتبر هذا العقد إيجاراً للخزانة ، أو وديعة لدى المصرف للأشياء التي توضع في الخزانة ؟ لا عبرة بالأجرة الذي دفع للمصرف ، فهو قد يكون أجرة للخزانة إذا اعتبرنا العقد إيجاراً ، وقد يكون أجراً للمودع عنده إذا اعتبرنا العقد وديعة ، فوجود الأجر لا يرجح كفة على الأخرى .

وقد كان الرأي الراجح في الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر ([14]) أن العقد إيجار لا وديعة ، لأن المصرف لا يتسلم الأشياء التي يريد المستأجر إيداعها في الخزانة ، ولا يتعهد بردها ، بل يعطي المستأجر مفتاح الخزانة وهو يضع ما يريد فيها . وإذا قيل إن المصرف ملتزم بالمحافظة على الخزانة فهذا التزام يصح اشتراطه على المؤجر في عقد الإيجار ، وإذا قيل إن المصرف يكون عنده عادة أحد المفاتيح اللذين لا يمكن فتح الخزانة بدونهما فإن هذا متفرع عن التزام المصرف بالمحافظة على الخزانة . ويترتب على الأخذ بهذا الرأي النتيجتان الآتيتان :
(أ) إذا أراد دائنو المستأجر أن يوقعوا حجزاً على الأشياء الموجودة بالخزانة ، فإن عليهم أن يوقعوا حجزاً تنفيذياً لا حجزاً تحفيظاً على ما للمدين لدى الغير ، لأن هذه الأشياء تعتبر في حيازة مدينهم وهي في الخزانة التي استأجره وليست دين وديعة في ذمة المصرف حتى يجوز توقيع الحجز تحت يديه .
(ب) في حالة ما إذا تلفت الأشياء المودعة بالخزانة لقوة قاهرة كحريق ، فإن المصرف لا يكون مسئولاً إذا اعتبر العقد وديعة ، إذا المودع عنده لا يسأل عن القوة القاهرة حتى لو كانت الوديعة مأجورة . أما إذا اعتبر العقد إيجاراً ، وكان الحريق متسبباً عن عيب حفى في بناء المصرف ، فالمصرف ضامن لهذه العيوب ولو لم يثبت قبله أي خطأ ([15]) .

ولكن حدث أخيراً تحول في الفقه والقضاء في هذه المسألة ، ورجح الرأي الذي يذهب إلى أن العقد ليس إيجاراً وإنما هو وديعة . ذلك أن التزام المصرف بالمحافظة على الخزانة هو التزام جوهرى ، ولو كان المصرف مؤجراً للخزانة لكان التزامه بالمحافظة عليها التزاماً ثانوياً ، والعمل إنما تعاقد مع المصرف للحصول على هذا الالتزام . والعقد للذي يكون فيه واجب الحفظ واجباً جوهرياً إنما يكون وديعة لا إيجاراً . ولا يمنع من أن يكون العقد وديعة أن يكون المصرف لا يتسلم الشيء ، فالمودع عنده قد يترك المودع يضع بنفسه الشيء في المكان الذي يحفظ فيه دون أن يتسلمه . كذلك لا يمنع من أن يكون العقد وديعة أن المصرف لا يقوم بنفسه برد الشيء ، فيكفي في الرد أن المصرف يمكن العميل من استرداد ما استودعه الخزانة . وإذا كان هناك اعتراض جدى على أن العقد وديعة ، فهذا الاعتراض إنما يأتي من أن الوديعة تكون عادة غير مأجورة ، بل هي خدمة وديعة يقوم بها صديق نحو صديقه . ومن ثم يجب أن يتميز عن عقود الوديعة العادية ما يمكن أن يسمى بعقد الحفظ (contrats de grade) المهنية ، حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له ، كالمصرف بالنسبة إلى الخزانة فيما قدمناه ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التي تودع عنده ([16]) .

وأهم نتيجة لهذا التحول ، فيما يبدو ، أنه حسم النزاع في الحجز الذي يوقع على الأشياء المودعة . ذلك أنه عند ما كان العقد يكيف إيجاراً ، كان المنطق القانوني يقضي بأن دائني المستأجر ، إذا أرادوا توقيع حجز على الأشياء المودعة بالخزانة ، يوقعون حجزاً تنفيذياً لا حجزاً تحفيظياً كما سبق القول . ولا شك أن في إلزام الدائنين بتوقيع الذي قصدوا إليه ، إذ يجب في الحجز التنفيذي أن يكون لدى الدائنين سند تنفيذي ويجب أن يسبق الحجز تنبيه بالدفع ، وهذا كاف لجعل المدين يتنبه فيبادر إلى إخفاء الأشياء التي أودعها الخزانة ([17]) هذا إلى أنه في الحجز التنفيذي يجب على الدائنين أن يعينوا الخزانة تعييناً كافياً لتوقيع الحجز عليها ، أما في حجز ما للمدين لدى الغير فيكفي أن يحجزوا تحت يد المصرف دون تعيين للخزانة ([18]) .

2 – يحدث أن يتفق تاجر مع صاحب مخزن على أن يضع التاجر بضائعه في هذا المخزن في مقابل أجر معين ، فهل يعتبر هذا العقد وديعة بأجر للبضائع المخزونة أو عقد إيجار للمخزن نفسه ؟ الظاهر أن العبرة في ذلك بمعرفة من يكون عليه واجب المحافظة على البضائع ، فإذا ثبت أن صاحب المخزن ليس عليه أن يتسلم البضائع ولا أن يردها للتاجر ولا أن يحافظ عليها وهي في المخزن ، كان العقد إيجاراً لا وديعة . وهذا ما يذهب إليه الفقه ويسير عليه القضاء في فرنسا . ([19]) .

3 – تتفق إدارة المعرض عادة مع المعارضين على أن تخصص لكل منهم مكاناً في المعرض يضع فيه ما يريد عرضه على الجمهور ، وذلك في مقابل أجر معلوم ، فهل يعتبر هذا العقد وديعة أو إيجار ؟ الظاهر هنا أيضاً أن

العبرة بمعرفة من يكون عليه واجب الحفظ ، كما هو الأمر في الحالة السابقة . فإذا كانت البضائع في عهدة إدارة المعارض وهي التي تحافظ عليها فالعقد وديعة ، وإلا فهو إيجار حتى لو اشترط على المعارض أنه لا يجوز له أن يأخذ معروضاته قبل نهاية المعارض فإن وجود هذا الشرط لا يتعارض مع عقد الإيجار ([20]) .

11 – التباس الإيجار بالشركة : يختلف الإيجار عن الشركة في أن المستأجر يدفع أجرة معينة للمؤجر وهو حر بعد ذلك في استغلال الشيء المؤجر ، فالمكسب له والخساره عليه ، أما في الشركة فالشيء المشترك يستغله الشريكان ويقتسمان الربح والخسارة .

وقد يلتبس الأمر في عقد المزارعة ، لأن المؤجر يأخذ أجرته جزءاً من المحصول فهو يقتسم الربح والخسارة مع المستأجر . ولكن الأجرة في المزارعة هي نسبة معينة من نفس المحصول الذي نتيجته الأرض ، أما في الشركة فالشريك يقاسم شريكه في صافي ثمن المحصول لا في المحصول نفسه ([21]) .

ويتفق أن مالك الشيء يعطيه لآخر يستغله ويتعهد فوق ذلك أن يقوم بأشياء لازمة للاستغلال ، كصاحب مصنع يتعهد ، فوق تسليم المصنع لمن يستغله ، أن يورد الآلات اللازمة والقوة الكهربائية والفحم وأن يدفع مرتبات بعض العمال في نظير أن يتقاضى جزءاً من إيراد المصنع . وقد ذهب بعض المحاكم ([22]) إلى أن هذا العقد شركة لا إيجار . ويرى بعض الفقهاء ([23]) أن العقد يجمع بين البيع والإيجار وعقد العمل . على أنه يجوز للمؤجر أن يشترط أجرة معينة مع جزء من صافي الربح ويبقى العقد إيجاراً ([24]) .

12 – التباس حق المستأجر بحق الانتفاع : حق المنتفع usufruitier يشبه حق المستأجر . فكل من المنتفع والمستأجر ينتفع بشيء لا يملكه ولمدة معينة . إلا أن الحقين يختلفان أيضاً من وجوه أهمها ما يأتي : (1) حق المنتفع حق عيني ، أما المستأجر فحقه شخصي . (2) حق المنتفع ينقضي حتماً بموته ، أما حق المستأجر فيورث عنه إلا إذا كان الإيجار معتبراً فيه شخصيته . (3) حق المنتفع قد يكون بعوض أو بغير عوض ، أما حق المستأجر فهو دائماً بعوض . (4) حق المنتفع يكون مصدره أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية فيما عدا الميراث ، أما حق المستأجر فمصدره دائماً هو العقد ([25]) .

وبالرغم من هذه الفروق قد توجد أحوال يلتبس فيها حق المستأجر بحق الانتفاع ، منها ما يأتي :

1 – حق المستأجر في الإيجار مدى الحياة قد يلتبس بحق المنتفع ، لأن كلا منهما لا يورث ، بل ينتهي بموت المستأجر أو المنتفع . على أنه من المتفق عليه أن الإيجار قد يكون لمدة حياة المستأجر دون أن يكون له من وراء ذلك حق عيني في الشيء المؤجر ، لأن طول المدة وقصرها لا تأثير له في طبيعة الحق ([26]) .

2 – هناك عقود إيجار مؤبدة أو لمدة طويلة ، وهي تعطي المستأجر حقاً عينياً في الشيء المؤجر ، فحق المستأجر يشبه من هذا الوجه حق المنتفع . وهذه العقود ، ومنها الحكر ، لها أحكام خاصة فلا يجوز الخلط بينها وبين حق الانتفاع ، لأن الحقوق العينية الناشئة عنها تنتقل إلى الورثة ، أما حق الانتفاع فلا يورث . كذلك لا يجوز الخلط بينها وبين عقود الإيجار المعتادة ، لأنها عقود طويلة المدة ، ولأن الحقوق التي تنشأ عنها هي حقوق عينية ([27]) .

13 – التباس حق المستأجر بحق الارتفاق : قل أن يلتبس حق المستأجر بحق الارتفاق . ومع ذلك قد يقع لبس في حق المرور إذا منح بمقابل . فإن كان قد منح لمصلحة عقار ، فهو حق ارتفاق . وقد يمنح لمصلحة عقار ، كما إذا منحت شركة سكك حديدية شركة أخرى أن تمر قاطراتها على قضبان الشركة الأولى . ففي هذه الحالة يكون العقد إيجاراً واقعاً على حق المرور ([28]) .

14 – التباس حق المستأجر ببعض الحقوق المعنوية : قد ينزل المخترع عن براءة الاختراع لآخر بمقابل ، ويكون العقد بيعاً أو إيجاراً . وهو بيع إذا نزل المخترع عن جميع حقوقه طول المدة التي تقوم فيها هذه الحقوق . وهو إيجار إذا نزل عن حقوقه لمدة معينة ، أو في مناطق محددة ، أو اقتصر العقد على بعض من هذه الحقوق ([29]) .

وقد تمنح رخصة للدفن في أرض معدة لذلك . فإذا كانت الرخصة مؤقتة والدفن لمدة معينة ، فالعقد غيجار . أما إذا كانت الرخصة دائمة ، فحق صاحب الرخصة يكون حقاً عينياً ، ولكنه ليس حق ملكية فلا يستطيع أن يستعمله إلا للدفن . ([30]) .

([1]) الوسيط 4 فقرة 93 – وقد ذكرنا (الوسيط 4 فقرة 93 ص 179 هامش 1) أن محكمة النقض ذهبت في عهد التقنين المدني القديم إلى أن تكييف العقد هل هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد المتعاقدين (نقض جنائي 21 مايو سنة 1934 المجموعة الرسمية 35 رقم 206) . ونضيف هنا أنها قضت ، تطبيقاً لذلك ، بأنه من كان الواقع في الدعوى هو أن الطاعن الأول أجر إلى الطاعنين الثاني والثالث السيارة التي صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة إلى ملكية المطعونين بعد دفع كل الأقساط (عقد إجارة البيع) – وكان الحكم المطعون فيه إذ حمل ذلك الطاعن المسؤولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثاني والثالث ، قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصاً سائغاً من نصوص العقد من أنه مازال وقت الحادث مالكا للسيارة ، وله بمقتضى العقد الحق في الإشراف والرقابة على من كان يقودها إذ ذلك وتسبب بخطئه في وقوعه ، كان هذا الذي أورده الحكم كافياً لحمله ومؤدياً إلى ما انتهى إليه ، ومن ثم يكون النعي عليه القصور على غير أساس (نقض مدني 24 مايو سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 137 ص 857 – 24 مايو سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 138 ص 863) .

([2]) وقدما (الوسيط 4 فقرة 93 ص 179 هامش 1) أن التقنين المدني الجديد حسم الخلاف في هذه المسألة بنص صريح إذ قضى في المادة 430 منه بأن البيع بالتقسيم يعتبر بيعاً " ولو سمي بالمتعاقدان البيع ليس إيجاراً" فالإيجار السائر للبيع يكون بيعاً ولا إيجاراً .

وانظر في تكييف العقد ما بين المستهلك وبين ملتزم المرافق العامة كالمياه والنور والغاز والكهرباء وهل هو بيع أو إيجار أو مقاوله ما يلي فقرة 7 .

([3]) سليمان مرقص فقرة 23 – على أن تكييف شرط سكني الدار بأنه عقار إيجار قد يؤدي إلى نتائج غير مقصودة ، فيمتد إلى عقد الإيجار بحكم القانون بعد انقضاء السنة طبقاً لأحكام القانون إيجار المكان . والأولى أن يقال إن حق سكني الدار جزء من ثمنها ، ويكون الثمن في هذه الحالة مكوناً من عنصرين ، العنصر الغالب وهو المبلغ المسمى من النقود ، وعنصر آخر ثانوي هو حق سكني الدار لمدة سنة . ومن ثم يكون العقد في مجموعة بيعاً لا إيجار فيه ، فلا يسري عليه قانون إيجار الأماكن .

([4]) سليمان مرقص فقرة 23 – منصور مصطفى منصور فقرة 143 – عبد المنعم فرج الصدة فقرة 19 ص 32 – عبد الحي حجازي – فقرة 28- محمد لبيب شنب فقرة 20- وانظر الإبحار للمؤلف فقرة 19 – بودري وقال في الشركة والعارية والوديعة فقرة 116 – بودري وقال في الإيجار ، فقرة 1635 : ويذهبان في الحالة التي نحن بصدددها ، لا إلى تجزئة العقد إلى عقد عمل وإيجار ، فقرة بل يعتبران أن العقد تم تجزئته إلى عقد عمل وإيجار أشياء ، بل يعتبران أن بل يعتبران العقد في مجموعة عقد عمل على أساس أن المسكن جزء من أجر = العامل ، ومن ثم لا يكون هناك إيجار يسري في شأنه قانون إيجار السكان ، وهذا هو الرأي الذي تفضل الأخذ به (انظر في هذا المعنى أوبري ورووإسمان فقرة 15 – وانظر ما يلي فقرة 574) .

([5]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 754 من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم 586 في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم 558 (مجموعة الأعمال التحضيرية 4 ص 469-470) .

([6]) يفر جيبه 3 فقرة 81-لوران 25 فقرة 63 – بودري وقال 1 فقرة 964 - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 44 ص 66 هامش 3 – وانظر في كل ما تقدم الإيجار المؤلف المؤلف فقرة 20 . وقد يخفق الإيجاز قرضاً بربا فاحش ، كما إذا أجر شخص عينا بأجر بخس ، والفرق بين هذا الأجر والأجر الحقيقي هو الربا الفاحش (استئناف مختلط 11 فبراير سنة 1936م 48 ص 116) .

([7]) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (31 يوليو سنة 1883 دالوز 84-1-245) إلى أن هذا العقد هو عقد بيع للمياه . ولا يعترض على ذلك بأن الماء مال مباح للجميع ، فإن الماء الذي تورده الشركة للمستهلك قد امتلكته بالحيازة ، إذ جمعت في خزانتها: وقطرته بما عندها من الآلات والمعادن الأخرى . وهي تباعه بعد ذلك للمستهلكين

بشمن يقدر مجازفة ، أو يحدد سعر معين بحسب كمية المياه التي تستهلك ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الاشتراك "بالعداد" كما هو معروف . وإذ كان العقد بيعا ، وكانت المصروفات تسليم المبيع على البائع لا على الشاري ، ومن هذه المصروفات ما يدفع في تقدير الشيء المبيع بعد أو وزن أو كيل أو مقاس ، وجب القول بأن أجرة العداد تكون على البائع ، أي على شركة المياه ، ولكن شركات المياه جرت على أن أجرة العداد تكون على البائع ، أي على شركة المياه ولكن شركات المياه جرت على أن تشتترط في عقودها مع العملاء أن تكون أجرة العداد عليهم . أما العقود المتعلقة بالتليفون وما إليه فقد تختلف عما تقدم ، وذلك لأنها لا يمكن في هذه العقود أن نجد شيئا ماديا يستهلكه العميل - كما يستهلك الماء والنور والغاز - حتى نقول إنه اشتراه . وذلك يذهب القضاء والفقهاء في فرنسا إلى أن هذه العقود ليست عقود بيع ، بل هي عقود إيجار لآلات ومعدات التليفون (باريس الاستئنافية 21 أبريل سنة 1887 سيريه 51-2-89 - بوردي وفال 1 فقرة 28-هيك 10 فقرة 334) . ويمكن القول بأن مركب ، يجمع بين الإيجار ويقع على الآلات والمعدات والمقولة وتقع على عمل مصلحة التليفون ، فتطبق أحكام العقدين . وقد قضت محكمة ملوي بأن العقد الذي يتم بين مصلحة التليفون والعميل هو عقد إيجار يجمع بين استئجار المعدات ومجهود رجال المصلحة ، وهو بهذا خاضع لنظام التقادم الخمسي فتسقط المطالبة بقيمة الاشتراك إذا مضى على استحقاقه خمس سنوات (ملوي 17 مايو سنة 1941 المجموعة الرسمية 42 رقم 271 ص 533 - انظر أيضا مصر الكلية الوطنية 3 أكتوبر سنة 1927 المحاماة 8 رقم 361 ص 260) . وانظر مسألة الإيجار للمؤلف فقرة 17- سليمان مرقس فقرة 5 وفقرة 28- منصور مصطفى منصور فقرة 141 .

([8]) انظر في هذه المسألة توفيق شحاتة رسالة (بالفرنسية) في التزام المرافق العامة القاهرة سنة 1941 ص 243 - ص 251 - أما العقد ما بين جهة الإدارة والملتزم بالمرافق العام فهو عقد إداري لا عقد مدني كما سبق القول . وهناك رأي قديم يذهب إلى أن هذا العقد هو عقد إيجار يقع على حق معنوي هو حق الاستغلال الممنوح لملتزم المرفق العام (بورودي قسم ثان فقرة 4123 - نقض فرنسي 13 فبراير سنة 1901 سيريه 124-1903 : احتكار مذبح عام - وخالفته محكمة النقض الفرنسية في مبدأ عام وقضت بأن منح شخص احتكارية وإدخال وشحن وبيع وصناعة الأفيون في جهة معينة ولمدة معينة تلقاء جمل معين هو عقد مقاوله لا عقد إيجار ، وكان هذا الحكم المذكور في سيريه وانظر الإيجار للمؤلف فقرة 25 ص 42) .

(2) بودري وفال 2 قسم ثان فقرة 4129 ، ومن رأيهما أن العقد مقاوله وليس فيه شيء من الإيجار ، كي يحجز محلا في محطة السكة الحديدية . سليمان مرقس فقرة 25 ص 9 منصور مصطفى منصور فقرة 141 - عبد المنعم فرج الصدة فقرة 20 - وهناك رأي يذهب إلى أن العقد مقاوله فيما يتعلق بعمل الملعب ، وإيجاز فيما يتعلق بالمحل المحجوز ، فيكون الملعب ضمانا للعيوب التي قد توجد بهذا المحل كأن يكون في وضع لا يتمكن من التخلص معه الشخص من مشاهدة المسرح (هيك 10 فقرة 274) - وتذهب بعض الأحكام إلى أن الاتفاق عقد غير مسمى تسري عليه المبادئ العامة وكذلك قواعد الإيجار (السنين 23 يناير سنة 1901 دالوز 1901-2-391) - وانظر الإيجاز المؤلف فقرة 25 ص 44 .

(3) بودري وفال 1 فقرة 33 - سليمان مرقس فقرة 26 - وانظر في إيجار مطحن والتباسة بعقد المقاوله : نقض مدني 24 يناير سنة 1957 مجموعة أحكام النقض 8 رقم 11 ص 98 .

([9]) نقض فرنسي 23 يونيو سنة 1903 دالوز 1904 - 1 - 139 - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 17 - عبد المنعم فرج الصدة فقرة 21 - قارن محمد علي إمام فقرة 14 - منصور مصطفى منصور فقرة 142 - فإذا لم تكن صلة السائق بالشركة هي صلة التابع بالمتبوع ، ولا يتلقى منها أو أمر أو تعليمات ، فالعقد إيجار للمركبة (نقض فرنسي 9 ديسمبر سنة 1931 جازيت دي باليه 1932 - 1 - 179 - أوبري ورو وإسمان 5 فقرة 363 ص 190 - كولان وكابيتان ودي لامور انديبير 2 فقرة 1000) .

([10]) بودري وفال 2 فقرة 3422 - بلانيول وريبير 10 فقرة 418 ص 536 - كولان وكابيتان ودي لامور انديبير 2 فقرة 1000 - منصور مصطفى منصور فقرة 141 - وقارن نقض فرنسي 29 مارس سنة 1922 سيريه 1923 - 1 - 196 .

([11]) استئناف مختلط 18 نوفمبر سنة 1926 جازيت 39 ص 21 - المحاماة 8 رقم 174 ص 233 .

([12]) بودري وفال 1 فقرة 40 – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 19 – محمد إمام فقرة 13 – وقارن محمد كامل مرسى فقرة 19 (ويذهب إلى أن اشتراط حصول المالك على المقابل أوجر العقار أو لم يؤجر يجعل العقد إيجاراً ، أما اشتراط ألا يحصل المالك على المقابل إلا إذا أوجر العقار بعد موافقة المالك على مقدار الأجرة فيجعل العقد وكالة) – وقارن أيضاً منصور مصطفى منصور فقرة 140 (ويذهب إلى أن اشتراط حصول المالك على مبلغ معين يجعل العقد إيجاراً ، أما اشتراط حصول كل من المالك والمتعاقد معه على نسبة معينة من الأجرة فيجعل العقد وكالة – أنظر أيضاً في هذا المعنى عبد الحي حجازي فقرة 43) .

([13]) وقد فضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق الموصوف بأنه عقد إيجار دون أجرة محددة ، والذي يخول للمستأجر أن يؤجر من الباطن بشرط أن يوافق المؤجر على الأجرة التي يدفعها المستأجرون من الباطن وبشرط أن يتقاسم هذه الأجرة كل من المؤجر والمستأجر الأصلي ، لا يكون إلا عقد وكالة عامة بالإدارة مستترة تحت اسم عقد إيجار وينتهي هذا العقد بموت المستأجر الأصلي الظاهر لأنه لم يقع عليه الاختيار للإدارة إلا نظراً لما توافر عليه من صفات الاجتهاد والكفاية الشخصية (استئناف مختلط 6 يونيه سنة 1906 م 18 ص 318) . وقضت أيضاً بأن الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على إيجار العقار دون أجرة محددة ، وبغرض الإيجار من الباطن مع تقاسم طرفي العقد للأجرة وبعد موافقة المالك على هذه الأجرة ، إنما هو في الواقع عقد وكالة أكثر منه عقد إيجار ، وعلى ذلك يفسخ بموت الوكيل (استئناف مختلط 3 أبريل سنة 1907 م 19 ص 200) – أنظر في هذه المسألة الإيجار للمؤلف فقرة 24 .

([14]) بودري وفال 1 فقرة 40 مكررة – ديموج في مجلة القانون الممدني الفصلية سنة 1903 ص 381 – فاليري في تعليقه على الحكم المنشور في داللو 1902 – 2 – 25 – فال في تعليقه على الحكم المنشور في سبريه 1905 – 2 – 59 – بلانيول وريبير 10 الطبعة الأولى فقرة 733 – الإيجار للمؤلف فقرة 23 – سليمان مرقس فقرة 24 – عبد الفتاح عبد الباتي فقرة 16 – محمد على إمام فقرة 12 – محمد كامل مرسى فقرة 17 – عبد المنعم فرج الصدة فقرة 23 – محكمة مونلبيه الاستئنافية 17 مارس سنة 1901 داللو 1902 – 2 – 25 – محكمة باريس الاستئنافية 12 فبراير سنة 1903 داللو 1905 – 2 – 225 – حكم آخر أول يولييه سنة 1903 داللو 1903 – 2 – 272 . وقضت بعض المحاكم بأن العقد غير مسمى وهو مزيج من الإيجار والوديعة (السين 21 يولييه سنة 1890 داللو 1902 – 2 – 28 في الهامش) .

([15]) كولان وكايتان 2 ص 518 – 519 – نقض فرنسي 11 يولييه سنة 1900 داللو 1900 – 1 – 507 (ويقرر هذا الحكم أن المؤجر لا يضمن العيوب الخفية إذا كان المستأجر قد توقع إمكان حصول الضرر إذ أن هذا يفهم منه أنه متنازل عن هذا الضمان . ويستنتج الأستاذان كولان وكايتان من ذلك أن المؤجر يكون ضامناً للعيوب الخفية في الخزنة إذا كان المستأجر لم يتنازل عن هذا الضمان لا صراحة ولا ضمناً) .

([16]) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وتونك 10 الطبعة الثانية فقرة 933 ، وقد رجع هؤلاء الفقهاء عن رأيهم المشار إليه في الطبعة الأولى بعد اشتراك تونك في الطبعة الثانية – سوليس (Solus) في المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة 1936 ص 314 وما بعدها – تونك (Tunc) في عقد الحفظ سنة 1942 – ريبير في القانون التجاري طبعة ثالثة سنة 1954 فقرة 2230 وما بعدها – إسكارا (Escarra) في القانون التجاري سنة 1952 فقرة 1432 وما بعدها – كولان وكايتان ودي لامونديير 2 فقرة 999 – دي باج 4 فقرة 830 – أنسيكلوبيدي داللو 3 لفظ (Ionage) فقرة 37 – فقرة 39 – منصور مصطفى منصور فقرة 139 – عبد الحي حجازي فقرة 37 – فقرة 38 – وقارن نقض فرنسي 11 فبراير سنة 1946 داللو 1946 – 365 – 29 أكتوبر سنة 1952 داللو 1953 – 53 – 27 أبريل سنة 1953 داللو 1953 – 422 .

([17]) (ومن ثم كان بعض الفقهاء يذهب إلى أن الدائنين يستطيعون عند تنبيههم على المدين بالدفع أن يعلنوا المصرف في اليوم نفسه بمنع مدينهم المستأجر من الوصول إلى الخزنة (تعليق فاليري المنشود في داللو 1905 – 2 – 225) – وللدائنين ، على كل حال ، إذا كان مدينهم خاضعاً للقضاء التجاري ، أن يوقعوا حجزاً تحفيظاً على الخزنة ، وهذا يكون دون سابق نبيه ودون سند تنفيذي ، وفي هذه الحالة يجب على المصرف أن يعطي للدائنين ما يحتاجون إليه من المعلومات عن الخزنة المراد توقيع الحجز عليها . وإذا أنكر المصرف ، جاز للدائنين إثبات ما يدعونه بالبينة وبتوجيه اليمين وبدفاتر المصرف نفسه . ويختص قاضي الأمور المستعجلة بالفصل في هذه المسائل) باريس 12 فبراير سنة 1903 داللو 1905 – 2 – 225) . وإذا تعذر على المحضر الحجز على الخزنة لامتناع

المصرف عن الإدلاء بمعلومات عنها ، كان له أن يقيم حارساً على الأبواب gradient abx portes ، ويجوز أن يعهد بذلك إلى المصرف نفسه وينبه عليه أن يمنع المدين من الوصول إلى الخزانة . أما لتبنيه بالدفع الذي يعلن للمدين في الحجز التنفيذ فيذكر فيه أن على المدين أن يسلم مفاتيح الخزانة للمحضر ، وأن يبين له طريقة فتحها إلا إذا أراد أن يحضر ليفتحها بنفسه ، فإذا أبي المدين أن يفعل هذا كان للمحضر أن يكسر باب الخزانة متبعاً في ذلك الإجراءات القانونية . ولكن لصاحب المصرف ، في هذه الحالة ، أن يطلب دفع مبلغ من النقود مقدماً لتصليح الخزانة بعد كسرها أو يطلب تقديم كفيل بذلك . ومتى فتحت الخزانة ، فقد يكون من الواجب تعيين حارس على الأشياء المودعة فيها . وينتقد الأستاذان كولان وكابيتان كل هذه الحلول من الناحية القانونية ، ويريان أنها حلول عملية لا تستند إلى القانون ((كولان وكابيتان 2 ص 518) .

([18]) ولذلك كان بعض الفقهاء يذهب إلى أنه لا يوجد ما يمنع من أن يحجز الدائنون تحت يد المصرف حجراً تحفظاً مع التسليم بأن العقد إيجار لا وديعة ، لأن حجز ما للمدين لدى الغير يجوز توقيعها – على حسب هذا الرأي – تحت يد المؤجر ما دام محتفظاً بالحيازة المادية للشيء وما دام موكولاً إليه المحافظة عليه ، وهذه هي حالة المصرف (بول إسمان في مجلة القانون المدني الفصلية سنة 1922 ص 347 – ص 364) . وفي موقف محكمة النقض الفرنسية ما يؤيد هذا الرأي ، فهي ترفض دعاوي التعويض التي ترفع على المصارف من المستأجرين للخزانات ، عندما تمنع المصارف هؤلاء المستأجرين من الوصول إلى الخزانات التي استأجروها بناء على حجز تحفظي وقعه دائنوا المستأجرين تحت يد المصارف . وتستند محكمة النقض في ذلك إلى أنه لا يوجد خطأ في جانب المصارف إذا منعت مستأجري الخزانات من الوصول إليها في مثل هذه الظروف الدقيقة (نقض فرنسي 22 يناير سنة 1901 سيريه 1902 – 1 – 394 – 12 نوفمبر سنة 1906 سيريه 1909 – 1 – 300 – 13 نوفمبر سنة 1918 جازيت دي باليه 1918 – 1919 – 1 – 542)

أنظر في ان العقد هو استئجار للخزانة ثم هو وديعة للخزانة عند المصرف : محمد لبيب شنب فقرة 22 ص 28 – وأنظر في أن العقد وديعة على البارودي ص 15 – ص 16 – وفي أنه عقد مختلط تجتمع فيه الوديعة والإيجار – جلال العدوي ص 64 .

([19]) (جيوار فقرة 12 – كولان وكابيتان 2 ص 517 – بلانيول وريبير 10 فقرة 417 – نقض فرنسي 23 يناير سنة 1884 دالوز 84 – 1 – 254 – 13 مايو سنة 1925 جازيت دي باليه 1925 – 2 – 300 – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العقد بين مصلحة الجمارك وتجار الدخان الذي بموجبه توضع بضائع هؤلاء التجار في مخازن موجودة في نطاق الجمرک هو عقد إيجار لهذه المخازن (استئناف مختلط 18 فبراير سنة 1914م 26 ص 228) وفي الخازن العامة حيث يقتصر على تحديد مساحة معينة لكل صاحب بضاعة يضع فيها ما يشاء من البضائع تحت مسؤوليته ، يكون العقد إيجاراً لا وديعة . وكذلك إذا أنشأ المالك في أسفل المبنى جراحاً يستعمله مستأجرو المبنى تحت مسؤوليتهم ، كان العقد إيجاراً (سليمان مرقس فقرة 24 ص 31) . أما صاحب الجراح العام الذي يتلقى السيارات لحفظها أثناء الليل ، فقد قدمنا أنه مودع عنده لا مؤجر ، لأنه يلتزم التزاماً أساسياً بالمحافظة على السيارة ، فالعقد هو من عقود الحفظ المهنية (بلانيول وريبير 10 فقرة 417 ص 534 – أوبري ورو وإسمان 5 فقرة 363 ص 190 – كولان وكابيتان ودي لامور انديبير 2 فقرة 99 – منصور مصطفى منصور فقرة 139 ص 326 – نقض فرنسي 13 مايو سنة 1925 جازيت دي باليه 1925 – 2 – 300 وهو الحكم السابق الإشارة عليه – 14 مارس سنة 1950 مجلة النقض 1950 – 2 – 66) .

([20]) (بودري وقال 1 فقرة 27 – بلانيول وريبير 10 فقرة 417 ص 534 هامش 3 – أنسيكلوبيدي دالوز 3 لفظ lonage فقرة 33) . ويرى مجلس الدولة في فرنسا أن العقد وديعة (24 أبريل سنة 1885 المجلة العامة للإدارة سنة 1885 الجزء الثاني ص 305) . وترى بعض المحاكم أن العقد ليس وديعة ولا إيجاراً ، بل هو عقد غير مسمي (مونبلييه الاستئنافية 21 فبراير سنة 1898 منشور تحت حكم محكمة النقض 31 ديسمبر سنة 1900 دالوز 1903 – 1 – 17 القضية الثانية) . وأنظر في كل ذلك لإيجار للمؤلف فقرة 22 – فقرة 23 .

([21]) أنظر ما يلي في عقد المزارعة فقرة 765 .

([22]) باريس 25 مايو سنة 1897 مجلسة لوا (Loi) 29 أكتوبر سنة 1897 .

([23]) بودري وقال 1 فقرة 848 ص 489 هامش رقم 4 .

([24]) وإذا انتفتت شركة أفلام مع صاحب صالة العرض على عرض أحد أفلامها في صالته مقابل اقتسام الإيراد معه ، أو سلمت شركة إحدى سياراتها إلى سائق ليستغلها على أن تقتسم معه الإيراد ، فالعقد إيجار لا شركة ، ويمكن القول بأنه عقد عمل إذا المقصود الانتفاع بعمل صاحب الصالة أو سائق السيارة (سليمان مرقس فقرة 30) . أنظر في كل ذلك الإيجار للمؤلف فقرة 21 .

([25]) جبرار 1 فقرة 9 – بودري وقال 1 فقرة 20 .

([26]) على أنه إذا التيس الأمر ، فقد يكون مرجحاً لأن الحق هو حق انتفاع أن تكون مدة العقد طول حياة المنتفع (بودري وقال 1 فقرة 21) . ويكون مرجحاً لأن يكون العقد إيجاراً أن تكون مدته قصيرة . وفي إحدى القضايا نزل شخص يملك أدوات صالون حلاقة إلى آخر عن الانتفاع بهذه الأدوات مدة سنة واحدة في نظير مقابل يدفع شهرياً . وتوفى المتنازل له قبل انقضاء السنة ، فطلب صاحب الأدوات ردها إليه باعتبار أن الحق الذي انشأه في الأدوات هو حق انتفاع وقد انتهى بموت المنتفع . ولكن الورثة تمسكوا بأن العقد إيجار وبأن لهم الحق في أن يخلفوا فيه مورثهم . ورأت المحكمة أن العقد معنون بأنه إيجار ، وأن مدته القصيرة ترجح هذا الاعتبار (عابدين 14 فبراير سنة 1950 المحاماة 31 رقم 253 ص 829) – وأنظر سليمان مرقس فقرة 31 ص 36 هامش 1 – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 20 – عبد المنعم فرج الصدة فقرة 24 .

([27]) بودري وقال 1 فقرة 24 .

([28]) بودري وقال 1 فقرة 15 .

([29]) بودري وقال 1 فقرة 11 .

([30]) بودري وقال 1 فقرة 23 – فقرة 26 .

الوسيط_جزء 6 , إيجار

الوسيط_جزء 6 , إيجار

نقد مبدأ سلطان الإرادة ووضع الأمور في نصابها

44 – انتكاص مبدأ سلطان الإرادة (نقد المبدأ) :

إذا ارجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على اثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي ، وانتكص متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدرراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح وهم في نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض

الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقدته لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين ،

الوسيط_ جزء 1_ عقد مصادر_ الالتزام

نقد مبدأ سلطان الإرادة ووضع الأمور في نصابها

نقد مبدأ سلطان الإرادة ووضع الأمور في نصابها

44 – انتكاص مبدأ سلطان الإرادة (نقد المبدأ) :

إذا ارجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على اثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي ، وانتكص متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح ووهم في نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقدته لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين ،

وهي التي تستند إليها قوة الإلزام في العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقي بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فاتحادهما حكماً يكفي ما دام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر . وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة الظاهرة لأنها وحدها الشيء المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهي التي يؤبه لها لأنها تولد الثقة المشروعة .

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فالحجة فيه أوهي . وقد تبين أن ما يسمى بشبه العقد لا يشبه العقد في شيء من حيث استناده إلى الإرادة كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون ، وهو التزام يترتب على عكس مقتضى إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله ، بل أراد النقيض من ذلك ، فيلزمه القانون رغماً عن إرادته ، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسئولية المجنون والطفل والأخذ بالمسئولية المادية وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفي الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعدالة ، ومطابوعة لأسباب الاستقرار ، وسير في طريق التقدم . وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التي يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا أن وهم القائلين بهذا الرأي هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست إرادة المالك ، بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعي ، وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس الميراث مبنياً على وصية مفترضة ، بل الواقع من الأمر أن الميراث سبق الوصية في التطور التاريخي ، وأساسه اشتراك الأسرة في ملكية الأموال . أرأيت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أكان يصح الزعم بان ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج ، فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين في مركز قانونين نظمه المشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك . أما القول بان المجرم قد ارتضى توقيع

العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة ، وإلا فأى مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها .

45 - وضع الأمور في نصابها - إلى أي حد تسيطر الإرادة على العقود :

تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً في كل نواحي القانون . وهذه المبالغة كانت سبباً في مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بنبذها مرة واحدة . وبين الامعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالاً لوضع الأمور في نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبيننا أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد . أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهي في الحقوق العينية اضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدرها لكثير منها ، حقوق محصورة لا تستطع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها .

ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهي مصدر لكثير من هذه الحقوق ، وهي التي ترتب آثارها . ومع ذلك لا نريد أن نبالغ في أهمية الإرادة حتى في الحقوق الشخصية . فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق فإن ذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها في الأهمية كالعامل غير المشروع ، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى في هذا الميدان ، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا إنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب .

بل إن إرادة الفرد - حتى في داخل هذه القيود - يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظاماً ثابتة للطوائف والجماعات ، كما في الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعدد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها . وهناك عقود الجماعة () (contrats collectifs ، كعقد العمل الجامع-الجماعي) (contrat collectif du travail) ، وصلح أغلبية الدائنين مع المفلس ، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية . كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وأنصار القانون للجانب الضعيف ، كما نرى في تشريع العمال وفي عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدرجاً في القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضاً لشكلية تتطلبها بعض العقود حماية للمتعاقد الذي يقدم على أمر خطير كما في الهبة والرهن الرسمي . وهي تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن النية . وتخضع أخيراً لقواعد الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الناحية العملية .

هذه هي الحدود التي يرسمها القانون في الوقت الحاضر ميداناً لسلطان الإرادة . فهو يعترف بهذا السلطان ، ولكن يحصره في دائرة معقولة ، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام .

الوسيط_جزء_1 ، عقد ، مصادر الالتزام

المدخل الى العقود المسماة

الوسيط_ جزء_1 , عقد , مصادر الالتزام
مدى ما وصل اليه مبدأ سلطان الإرادة

مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة:

استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشي فيه المنطق القانونيين أصبح يشتمل على

اصلين : (أولاً) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ، ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة .

(ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات ، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد . فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما . ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه . أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة في قانون نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير . فالعقد إذن يركز على الإرادة ،

المدخل الى العقود المسماة

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

أ - الالتزام بضمان حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض (ضمان الاستحقاق)

ب - ضمان عيوب الشيء المبيع

الفرع الثالث: في التزامات المشتري

الباب الثالث: في بعض أنواع خاصة من البيوع

الفرع الأول: بيع الثنْيَا

الفرع الثاني: في البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين (بيع الخيار)

الفرع الثالث: بيع السِّلَم

الفرع الرابع: بيع العقارات في طور الإنجاز

القسم الثاني: في المُعاوضة

باب وحيد: في المُعاوضة

القسم الثالث: الإجارة

الباب الأول: الكراء

الفرع الأول: أحكام عامة

الفرع الثاني: آثار الكراء

1 -التزامات المكري

أ- تسليم المكترى وصيانته

ب - الضمان المستحق للمكترى

2-التزامات المكترى

الفرع الثالث: انقضاء الكراء

الفرع الرابع: عقود الكراء الفلاحية

الباب الثاني: في إجارة الصنعة وإجارة الخدمة

الفرع الأول: أحكام عامة

الفرع الثاني: إجارة الخدمة أو العمل

الفرع الثالث: الإجارة على الصنع

القسم الرابع: الوديعة والحراسة

الباب الأول: الوديعة الاختيارية

الفرع الأول: أحكام عامة

الفرع الثاني: التزامات المودع عنده

الفرع الثالث: التزامات المودع

الباب الثاني: الحراسة

القسم الخامس: العارية

الباب الأول: عارية الاستعمال

الباب الثاني: عارية الاستهلاك أو القرض

الباب الثالث: القرض بفائدة

القسم السادس: الوكالة

الباب الأول: الوكالة بوجه عام

الباب الثاني: آثار الوكالة بين المتعاقدين

الفرع الأول: صلاحيات الوكيل والتزاماته
الفرع الثاني: التزامات الموكل
الباب الثالث: آثار الوكالة في مواجهة الغير
الباب الرابع: انقضاء الوكالة
الباب الخامس: أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة
الفضالة

القسم السابع: الاشتراك
الباب الأول: الشيع أو شبه الشركة
الباب الثاني: الشركة العقدية
الفرع الأول: القواعد العامة المتعلقة بالشركات المدنية والتجارية
الفرع الثاني: آثار الشركة بين الشركاء وبالنسبة إلى الغير
1 آثار الشركة بين الشركاء

2 - آثار الشركة بالنسبة إلى الغير
الفرع الثالث: حل الشركة وإخراج الشركاء منها
الباب الثالث: التصفية والقسمة
الفرع الأول: التصفية
الفرع الثاني: القسمة
القسم الثامن: عقود الغرر
باب فريد: عقود الغرر
القسم التاسع: الصلح
باب فريد: الصلح
القسم العاشر: الكفالة
الباب الأول: الكفالة بوجه عام
الباب الثاني: آثار الكفالة
الباب الثالث: انقضاء الكفالة

الباب الرابع: كفالة الحضور
القسم الحادي عشر: الرهن الحيازي
الباب الأول: أحكام عامة
الباب الثاني: الرهن الحيازي للمنقول
الفرع الأول: أحكام عامة
الفرع الثاني: آثار الرهن الحيازي
الفرع الثالث: التزامات الدائن
الفرع الرابع: تصفية الرهن الحيازي

الفرع الخامس: أثر الرهن الحيازي بين الدائنين وبالنسبة إلى الغير
الفرع السادس: بطلان الرهن الحيازي وانقضاؤه
القسم الثاني عشر: في مختلف أنواع الدائنين
الباب الأول: في الامتيازات
الباب الثاني: في الامتيازات على المنقولات

الفرق العقود المسماة و الغير العقود المسماة

هو أن:

العقد المسمى

هو الذي نظمته المشرع و ميزه عن غيره من العقود بأحكام خاصة ، و سمي بالمسمى لإعطائه تسمية من لدن القانون (كعقد البيع مثلا).

أما

العقد غير المسمى

فهو الذي لم يميزه المشرع و لم يعطه أحكاما خاصة ، إذ يبقى متروكا لإرادة الأطراف و تسري عليه الأحكام العامة للعقود.

و العقود المسماة تقع على سبيل الحصر، أما العقود غير المسماة فلا حصر لها بل تبقى خاضعة لإرادة الأطراف فكلما أرادوا إنشاء عقد أنشأوه.

العقود المسماة هي العقود التي نظمها المشرع و وضع لها أحكاما خاصة بها كعقد البيع ، الإيجار ، أما العقود غير المسماة فيه التي لم ينص عليها القانون صراحة و حيث يتم تطبيق القواعد العامة عليها

العقود المسماة

وتعرف على انها " العقود التي عني الشارع بتنظيمها وبيان احكامها الخاصة نظرا لاستقرار قواعدها و لكثرة تداولها فنجد ان المشرع لم يترك الامر بشأنها للقواعد العامة في نظرية الالتزام بل نظمها تنظيما كاملا خاصا لا يخرج في مجموعه عن تلك الاصول العامة...

العقود المسماة تتطور من زمن الى زمن بحسب ما يألفه الناس في التعامل ، فقد تزيد العقود المسماة وتنقص من عصر الى عصر ، اذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة ، فكلما تعاظم شأن عقد من العقود وكثر التعامل به في مجال من المجالات ، ولكنها لم تصل بعد الى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل وتتفاوت التقنيات المختلفة فيما تتناوله بالتنظيم من هذه العقود مثال ذلك ما ذكره " الفقيه السنهوري " من ان المشرع المصري في التقنين المدني لم ينظم عقودا على شاكلة (الايراد المرتب ، التامين ، التزام المرافق العامة) وهذا كله نظمته التقنين المدني الجديد ولم ينظم المشرع المصري في التقنين المدني الجديد

(عقود النقل ، الاعمال العامة ، التوريد) مع ان هذه العقود تزداد اهميتها كل يوم .

العقود غير المسماة

هي العقود التي يتفق فيها أطراف العقد لأداء كل منهما التزام معين وقد خرجت تلك العقود من تنظيم المشرع لتعدد الكيفية والاثار المترتب عليه من قبل أطراف العقد .

و هي تلك العقود التي يترضى عليها العاقدون تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة متعددة يستحيل الإحاطة بها جميعا بسبب لذلك نصادف هذه الطائفة من العقود غير المسماة التي لم يتناولها المشرع في تنظيم خاص وانما ترك الامر في شأنها للقواعد العامة في نظرية الالتزام..

عندما يثار الخلاف حول تنفيذ هذا الاتفاق المبرم بين الاطراف وطرحه امام القضاء

فان القاضي يبدا في توصيف وتصنيف الاتفاق وفقا لنماذج العقود الواردة في قانون العقود المسماة فاذا انطبقت احدى هذه النماذج فان العقد يكون من العقود المسماة وبالتالي يطبق عليه القاضي القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد الى جانب القواعد العامة ، اما اذا لم يطابق هذا الاتفاق لأي من النماذج الواردة في العقود المسماة فان العقد يكون من العقود غير المسماة فيطبق عليها القاضي القواعد الملائمة في النظرية العامة للالتزامات او في اقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق ليطبق عليه ما يناسبه من القواعد الخاصة بهذا العقد ، فالتكييف اذا يتطلب القيام بعمليتين .

ويعتبر عقد البيع الأكثر انتشارا في توثيق المعاملات وسيكون نموذجا للعقود المسماة سأتناوله في مؤلف عقد البيع بالتفصيل على أن أورد أنواع العقود المسماة كما عرفها قانون الالتزامات والعقود المغربي كالتالي:

أنواع العقود المسماة في قانون الالتزامات و العقود

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.

بيع الثنْيَا

الباب الثالث: في بعض أنواع خاصة من البيوع

الفرع الأول: بيع الثنْيَا

الفصل 585

البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثنْيَا ، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن. ويسوغ أن يرد بيع الثنْيَا على الأشياء المنقولة أو العقارية-178-.

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 راجعا إلى سبب خارج عن إرادته. إلا أنه إذا كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا إلى خطأ المشتري، فإن فوات الأجل المحدد لا يمنع البائع من مباشرة حقه.

بيع السلم

الفرع الثالث: بيع السلم

الفصل 613

السلم 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 السلم إلا بالكتابة.

الفصل 614

يجب دفع الثمن للبائع كاملا، وبمجرد إبرام العقد.

بيع المعاوضة

178 - 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.

باب وحيد: في المُعاوضة-179-

المعاوضة

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 البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له.

بيع العقارات في طور الإنجاز

الفرع الرابع: بيع العقارات في طور الإنجاز 180

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 تبعاً لتقدم الأشغال 181.

يحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال.

(بيع الخيار)

الفرع الثاني: في البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين (بيع الخيار)

الفصل 601

179 - عنوان القسم مطابق لعنوان الباب الوحيد، ويمكن الاكتفاء بعنوان القسم.

180 - 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 نونبر 2002)، ص 3183.

181- تم تغيير وتتميم المادة 1-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12 بتغيير وتتميم 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.

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 إضافي¹⁸².

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 إضافي¹⁸³.

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 إضافي¹⁸⁴.

الإجارة

القسم الثالث: الإجارة

الفصل 626

الإجارة نوعان: إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل.

الباب الأول: الكراء

الفرع الأول: أحكام عامة

الفصل 627

182 - وردت في النص الفرنسي عبارة "clause additionnelle" "ملحق العقد" بدل "فصل إضافي" كما جاء في الترجمة العربية.

183 - وردت في النص الفرنسي عبارة "clause additionnelle" "ملحق العقد" بدل "فصل إضافي" كما جاء في الترجمة العربية.

184 - وردت في النص الفرنسي عبارة "clause additionnelle" "ملحق العقد" بدل "فصل إضافي" كما جاء في الترجمة العربية.

الكراء عقد، بمقتضاه يمنح 185 أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجره محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له.

إجارة الصناعة وإجارة الخدمة

الباب الثاني: في إجارة الصناعة وإجارة الخدمة-186

الفرع الأول: أحكام عامة

الفصل 723

إجارة الخدمة 187 أو العمل عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد، أو من أجل أداء عمل معين، في نظير أجر يلتزم هذا الآخر بدفعه له.

(ظهر 18 ديسمبر 1947) وإذا كان العقد ثابتاً بالكتابة أعفي من رسوم التمبر والتسجيل 188.

وإجارة الصناعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له.

وفي الحالتين يتم العقد بتراضي الطرفين-189.

الفصل 724

185 - وردت في النص الفرنسي عبارة "cède" "يتخلى" بدل "يمنح" كما جاء في الترجمة العربية. وبذلك يمكن صياغة الفصل 627 أعلاه كالآتي: الكراء عقد، بمقتضاه يتخلى أحد طرفيه للآخر ...

Le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties cède à l'autre ...

186 - لم تنسخ المادة 586 من مدونة الشغل صراحة المقتضيات القانونية الخاصة بعقد إجارة الخدمة والصناعة عقد الشغل وعقد المقاولة من قانون الالتزامات والعقود؛ فإذا كانت مقتضيات قانون الالتزامات والعقود تعتبر منسوخة في الحدود التي تتعارض فيها مع مقتضيات مدونة الشغل، من منطلق استعمال قاعدة النسخ، أي في كل مرة تبين فيها تناقض بين القاعدتين، تطبيقاً للفصل 474 من قانون الالتزامات والعقود، فإن وجود مطابقة بصيغ مختلفة، أو اختلاف يهدف إلى الإضافة أو الحذف، يجعل من عملية تدقيق علاقة قانون الالتزامات والعقود بمدونة الشغل ضرورة ملحة بما يرفع كل لبس أو غموض على النصين معاً.

187 - الملاحظ أن مشروع مدونة الشغل لم يعد يستعمل مصطلح عقد إجارة الخدمة، إذ عوضه بمصطلح عقد الشغل. انظر المادة 15 من مدونة الشغل.

188 - انظر الفقرة الثانية من المادة 18 من مدونة الشغل.

189 - قارن مع المادة 10 من مدونة الشغل التي تنص على أنه « يمنع تسخير الأجراء لأداء الشغل قهراً أو جبراً. »

يعتبر القانون بمثابة إجازة الصنعة، العقد الذي يلتزم بمقتضاه الأشخاص الذين يباشرون المهن والفنون الحرة بتقديم خدماتهم لزمائهم، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الأساتذة وأرباب العلوم والفنون والحرف.

الفصل 725

إجازة الصنعة وإجازة الخدمة لا تقعان صحيحتين إلا إذا كان عاقداهما متمتعين بأهلية الالتزام. وتجب مساعدة المحجور عليه والقاصر ممن له الولاية عليهما 190.

الفصل 726 - 191

الفصل 727

لا يسوغ للشخص أن يؤجر خدماته إلا إلى أجل محدد، أو لأداء عمل معين، أو لتنفيذه، وإلا وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا 192.

الفصل 728

يبطل كل اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بتقديم خدماته طوال حياته، أو لمدة تبلغ من الطول حدا بحيث يظل ملتزما حتى موته.

الفصل 729

يبطل كل اتفاق يكون موضوعه:

أ - تعليم أو أداء أعمال السحر والشعوذة، أو القيام بأعمال مخالفة للقانون، أو للأخلاق الحميدة، أو للنظام العام؛

ب - القيام بأعمال مستحيلة ماديا.

الوديعة

الباب الأول: الوديعة الاختيارية

الفرع الأول: أحكام عامة

الفصل 781

الوديعة عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئا منقولاً إلى شخص آخر يلتزم بحفظه وبرده بعينه.

190 - قارن مع المادة 143 وما بعدها من مدونة الشغل بخصوص حماية الحدث وسن القبول في الشغل.

191 - تم إلغاء الفصل 726 أعلاه بموجب القانون رقم 25-5 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.95.153 بتاريخ 13 من ربيع الأول 1416 (11 أغسطس 1995). الجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 10 ربيع الآخر 1416 (6 سبتمبر 1995)، ص 2443.

192 - قارن مع الفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يبرم عقد الشغل لمدة غير محددة، أو لمدة محددة، أو لإنجاز شغل معين.»

الحراسة

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.

العارية

القسم الخامس: العارية

الفصل 829

العارية نوعان: عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك أو القرض.

الباب الأول: عارية الاستعمال

الفصل 830

عارية الاستعمال عقد بمقتضاه يسلم أحد طرفيه للآخر شيئاً، لكي يستعمله خلال أجل معين أو في غرض محدد، على أن يرده بعينه. وفي العارية يحتفظ المعير بملكية الشيء المستعار وبحيازته القانونية. وليس للمستعير إلا مجرد استعماله.

الباب الثاني: عارية الاستهلاك أو القرض

الفصل 856

عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها، بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة.

الفصل 857

وتتعد عارية الاستهلاك كذلك عندما يوجد من النقود أو كمية من الأشياء المثلية بين يدي المدين على وجه الوديعة أو بأي صفة أخرى ويأذن له الدائن بالاحتفاظ بما بين يديه على سبيل القرض. وهنا يتم العقد بمجرد اتفاق الطرفين على الشروط الأساسية للقرض.

الباب الثالث: القرض بفائدة

الفصل 870

اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له.

الفصل 871

وفي الحالات الأخرى، لا تستحق الفوائد إلا إذا كانت قد اشترطت كتابة.
ويفترض هذا الاشتراط إذا كان أحد الطرفين تاجرا.

القسم السادس: الوكالة

الباب الأول: الوكالة بوجه عام

الفصل 879

الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه، ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة الموكل والغير، بل ولمصلحة الغير وحده.

الفصل 880

يلزم لصحة الوكالة، أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا لها. ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتميز وبقواه العقلية،

الباب الخامس: أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة

الفضالة

الفصل 943

إذا باشر شخص، باختياره أو بحكم الضرورة، شؤون أحد من الغير، في غيابه أو بدون علمه، وبدون أن يرخص له في ذلك منه أو من القاضي، قامت هناك علاقة قانونية مماثلة للعلاقة الناشئة عن الوكالة وخضعت للأحكام الآتية:

القسم السابع: الاشتراك

الفصل 959

الاشتراك نوعان:

أولا - الشيعاء أو شبه الشركة؛

ثانيا - الشركة بمعناها الحقيقي أو الشركة العقدية.

الباب الأول: الشيعاء أو شبه الشركة

الفصل 960

إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشيعاء فإنه تنشأ حالة قانونية تسمى الشيعاء أو شبه الشركة. وهي إما اختيارية أو اضطرارية.

عقود الغرر

القسم الثامن: عقود الغرر

باب فريد: عقود الغرر 193

الفصل 1092

كل التزام سببه دين المقامرة أو المراهنة يكون باطلا بقوة القانون.

الصلح

القسم التاسع: الصلح

باب فريد: الصلح 194

الفصل 1098

الصلح عقد، بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان 195 قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معيناً أو حقا 196.

الفصل 1099

يلزم لإجراء الصلح، التمتع بأهلية التقويت بعوض في الأشياء التي يرد الصلح عليها.

193 - عنوان القسم مطابق لعنوان الباب الفريد، ويمكن الاكتفاء بعنوان القسم.

194 - عنوان القسم مطابق لعنوان الباب الفريد، ويمكن الاكتفاء بعنوان القسم.

195 - وردت في النص الفرنسي عبارة "préviennent" "يتوقعان" بدل "يتوقيان" كما جاء في الترجمة العربية.

196 - قارن مع الفقرة الثانية من المادة 73 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يعتبر باطلا كل إبراء أو صلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، يتنازل فيه الأجير عن أي أداء وجب لفائدته بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه.» وكذا الفقرة الثانية من المادة 76 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: « يعتبر الإبراء أو الصلح، طبقا للفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود، مجرد وثيقة بالمبالغ المبينة فيها.»

الكفالة

القسم العاشر: الكفالة

الباب الأول: الكفالة بوجه عام

الفصل 1117

الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين، إذا لم يؤديه هذا الأخير نفسه.

الفصل 1118

من كلف شخصا بأن يداين أحدا من الغير، متعهدا بالمسؤولية عنه، ضمن، بصفته كفيلا، الالتزامات المعقودة من هذا الغير، في حدود المبلغ الذي يعينه.

فإن لم يعين الكفيل حدا لما يضمنه، فإنه لا يسأل إلا في حدود المبلغ الذي يبدو معقولا، مع مراعاة الشخص الذي منحت له الكفالة.

يسوغ الرجوع عن التكليف السابق، مادام الشخص المكلف لم يبدأ بتنفيذه ولا يمكن إثبات التكليف إلا بالكتابة.

الباب الرابع: كفالة الحضور

الفصل 1161

كفالة الحضور تعهد، بمقتضاه يلتزم شخص بأن يحضر شخصا آخر أمام القضاء، أو بأن يحضره عند حلول أجل الالتزام، أو عند الحاجة.

الفصل 1162

من ليس له أن يتبرع بماله، لا يحق له أن يكون كفيل الحضور.

الرهن الحيازي

القسم الحادي عشر: الرهن الحيازي

الباب الأول: أحكام عامة

الفصل 1170

الرهن الحيازي عقد، بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا، لضمان الالتزام. وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين، إذا لم يف له به المدين.

الفصل 1171

لإنشاء الرهن الحيازي، يلزم توفر أهلية التصرف بعوض في الشيء المرهون.

الباب الثاني: الرهن الحيازي للمنقول

الفرع الأول: أحكام عامة

الفصل 1184

الرهن الحيازي للمنقول يخول للدائن الحق في أن يحبس الشيء المرهون إلى تمام الوفاء بالدين، وأن يبيعه عند عدم الوفاء به وأن يستوفي دينه من ثمن المرهون عند بيعه وذلك بالامتياز والأسبقية على أي دائن آخر

القسم الثاني عشر: في مختلف أنواع الدائنين

الفصل 1241

أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية- 197.

الفصل 1242

الأسباب القانونية للأولوية هي الامتيازات والرهنون وحق الحبس.

الامتيازات

الباب الأول: في الامتيازات

الفصل 1243

الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين.

الفصل 1244

الدين الممتاز مقدم على كافة الديون الأخرى، ولو كانت مضمونة برهون رسمية.

وتتحدد الأفضلية بين الدائنين الممتازين على أساس الأنواع المختلفة للامتيازات.

الباب الثاني: في الامتيازات على المنقولات

197 - " استثناء من أحكام الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) وما لم ينص على خلاف ذلك في نظام تسيير صندوق التوظيف الجماعي للتسنيد، لا تغطي أصول قسم محدد إلا الديون التي عليه والالتزامات الخاصة به كما لا تستفيد إلا من ديون القسم المعني"؛ وذلك بمقتضى المادة 64 من القانون رقم 33.06 المتعلق بتسنيد الديون، سالف الذكر.

الفصل 1247

الامتيازات على المنقولات إما عامة وإما خاصة.

والأولى ترد على كل أموال المدين المنقولة أما الثانية فهي لا ترد إلا على منقولات معينة.

الفرع الثاني: الديون المضمونة برهن حيازي أو بامتياز خاص وارد على بعض المنقولات

الفصل 1249

الدائن المرتهن رهنا حيازيا لمنقول مقدم على غيره في المتحصل من الشيء المرهون.

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 التي تستلزم توافرها كثير من العقود المسماة ، و له ارتباط وثيق بالحكمة الجيدة و المالية و الأمن التعاقدية و القضائي 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 الثنُيا

الفرع الثاني: في البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين

(بيع الخيار)

الفرع الثالث: بيع السَّلم 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 للمعرف 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 التفويت، أو من المحكمة أو من أي سلطة مختصة أخرى مع مراعاة الأحكام المتعلقة بذلك والواردة في ظهير المسطرة المدنية.

الفصل 481

لا يسوغ للسماسرة 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 و481 السابقين زوجات الأشخاص المذكورين فيهما وأبناؤهم وإن كانوا رشداً.

الفصل 483

يقع صحيحاً بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العمودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلاً، 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 وفقاً لشريعتهم مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسمدة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة.

الفصل 485

بيع ملك الغير يقع صحيحاً:

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 إطلاقاً 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 مثالية محددة تحديداً كافياً، 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 معيناً. 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 معروفاً 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 تاماً بمجرد تراضي عاقديه، 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 بثمن 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 عدده 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 تبعة الهلاك، إلا من وقت تحقق الشرط، ما لم يتفق على غير ذلك.

الفصل 496

يبقى الشيء المبيع أثناء نقله في ضمان البائع، الذي يتحمل تبعة 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 بتخلى 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 الموضوعه فيه، أو بأي وجه آخر جرى به العرف 198؛

3 - يتم التسليم ولو بمجرد رضی 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 مناولة 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 العرف 199 من زمن. ولا يجبر البائع الذي لم يعط المشتري أجلا للوفاء بالثمن على تسليم المبيع، إذا لم يعرض المشتري دفع ثمنه في مقابل تسلمه. ولا يقوم إعطاء الكفيل أو أي تأمين آخر مقام دفع الثمن.

الفصل 505

إذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة، كان للمشتري 200 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 201 بالفعل عند البيع بدون علم البائع؛

199 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

200 - 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.

201 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقاوله التي عوضت نظام الإفلاس.

الفصل 116

إذا أصيب المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ بالحمق (201) 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 (201)، يكون المقدم بحكم القانون هو وكيل التفليسة (السنديك) أو أي نائب آخر لكتلة الدائنين.

3 - إذا قُبل المشتري التأمينات المقدمة منه لضمان الوفاء بالثمن على وجه يعرض البائع لخطر ضياعه عليه.

الفصل 508

إذا باشر البائع حق الحبس المقرر بمقتضى الفصول السابقة، كان مسؤولاً عن الشيء مسؤولية المُرتَهَن رهنًا حيازياً لمنقول عن المرهون الذي في حوزة.

الفصل 509

مصروفات التسليم كالتالي يقتضيها القياس أو الوزن أو العد أو الكيل، تقع على عاتق البائع. وإذا كان المبيع حقا معنويًا، وقعت على عاتق البائع أيضا المصروفات اللازمة لإنشاء هذا الحق أو لنقله.

والكل ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلافه.

الفصل 510

إذا وقع البيع بواسطة سمسار، كانت مصروفات السمسرة على البائع، ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلافه 202.

الفصل 511

على المشتري مصروفات رفع الشيء المبيع وتسلمه، وكذلك مصروفات أداء الثمن وتلك التي يقتضيها الصرف والتوثيق والتسجيل ومصروفات التمير اللازمة لرسم الشراء وعليه أيضا مصروفات التغليف والشحن والنقل.

وتشمل مصروفات التسليم رسوم حق المرور (الترانزيت)، والمكوس والضرائب الجمركية التي تجبى عند انتقال الشيء ووصوله.

والكل ما لم يجر العرف 203 أو الاتفاق بخلافه.

(4) - قارن مع المادة 217 من مدونة الأسرة.

201 (-) - تُسَخِّتُ المادة 733 من مدونة التجارة لسنة 1996، الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 عشت 1913) بمثابة القانون التجاري الذي كان يتضمن في الفصل 197 وما بعده الأحكام المتعلقة بموضوع الإفلاس؛ و غُوضت 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 الأعيان مما يضمن استمرارية نشاطها؛

3- التصفية القضائية وتنبني على تصفية أصول المدين من أجل وفاء خصومه.

ويسبق الفصل في مال 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 .

202 - وردت في النص الفرنسي عبارة

Les frais de courtage sont à la charge du vendeur, lorsque le courtier a conclu lui-même la vente,

"مصروفات السمسرة يتحملها البائع، عند قيام السمسار بعقد البيع بنفسه"، بدل "إذا وقع البيع بواسطة سمسار، كانت مصروفات السمسرة على البائع" كما جاء في الترجمة العربية.

وبذلك يمكن صياغة الفصل 510 أعلاه كالتالي: مصروفات السمسرة يتحملها البائع، عند قيام السمسار بعقد البيع بنفسه، ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلافه.

203 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

الفصل 512

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 بخطأه، 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، يلتزم 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 بخطأه 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 العرف²⁰⁴.

فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف²⁰⁵، 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.

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 عهداها إلى قديم الزمان.

203 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

204 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

204 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

205 - نفس الملاحظة السابقة. - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

الفصل 518

بيع البناء يشمل الأرض التي أقيم عليها، كما يشمل ملحقاته المتصلة به اتصال قرار كالأبواب والنوافذ والمفاتيح التي تعتبر جزءا متما للأفعال. ويشمل كذلك الأرحية والأدراج والخزائن المثبتة فيه، وأنابيب المياه والمواقد المثبتة بجدرانه.

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 بملكيته، وإذا تعلق حجج الملكية بالمبيع وبغيره من الأشياء التي لا تدخل في البيع، لم يكن البائع ملتزما إلا بأن يسلم نسخة رسمية للجزء المتعلق منها بالعين المبيعة.

الفصل 520

خلايا النحل وبروج الحمام غير الثابتة لا تعتبر جزءا من العين المبيعة.

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 جدا 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 كالذَّرَق والفِصَّة وكان واردا على قِطْفَةٍ أو جِدَّةٍ منها، فإنه لا يشمل خلفها. ويشمل بيع الخضر والأزهار والفاكهة ما وجد منها معلقا بأصله، وكذلك ما ينضج منها أو يفتح 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 المتهيي 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 والعدد، ولا يكون في أثمانها تفاوت محسوس، والأشياء التي يمكن تقسيمها بغير ضرر، يسوغ بيعها بثمن إجمالي واحد، أو على أساس سعر معين لكل وحدة كيل أو وزن. وإذا وجد المقدار المحدد في العقد كاملاً عند التسليم، لزم البيع في الكل، أما إذا وجد فرق بالزيادة أو النقصان وسواء كان البيع بثمن إجمالي واحد أو بثمن 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 وبثمن 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 التبويض 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 206 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 207 يخالفه.

206 - وردت في النص الفرنسي عبارة "unité de mesure" "وحدة القياس" بدل "وحدة الكيل" كما جاء في الترجمة العربية.

207 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25/أعلاه.

207 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

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.

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 أيضاً بقوة القانون بأن يضمن للمشتري الاستحقاق الذي يقع ضده، بمقتضى حق كان موجوداً 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 افتكالك 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 ذلك تنبهه المحكمة بأنه إذا استمر في الدعوى باسمه الشخصي، يعرض نفسه لضياع حقه في الرجوع على البائع، فإذا فضل، برغم 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 ومصرفات 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 بخطأه 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 حداً 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 بالبيع 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 يحلل 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 أصلا:

أ - إذا وقع انتزاع المبيع بالإكراه أو نتيجة قوة قاهرة؛

ب - إذا حصل الانتزاع بفعل السلطة، ما لم يكن فعلها مبنيا على حق سابق ثابت لها يخولها العمل على احترامه، أو على فعل يعزى للبائع؛

ج - إذا حصل للمشتري عرقلة 208 في التصرف، نتيجة تعد من الغير، بدون أن يدعي أي حق على العين المبيعة.

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 المبيع 209

الفصل 549

يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، وتلك التي جرى العرف 210 على التسامح فيها، فلا تخول الضمان. ويضمن البائع أيضا وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري.

الفصل 550

إلا أنه إذا كان المبيع مما لا يمكن التعرف على حقيقة حالته إلا بإجراء تغيير في طبيعته، كالثمار في قشورها 211، فإن البائع لا يضمن العيوب الخفية إلا إذا التزم بذلك صراحة أو إذا كان العرف 212 المحلي يفرض عليه هذا الضمان.

الفصل 551

في البيوع التي تتعقد 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 شيئا معيننا بذاته، أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئا مثليا بيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف.

الفصل 213553

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.

209 - راجع مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 65 من القانون رقم 31.08 سالف الذكر والتي تنص على ما يلي: " تطبيق على عقود بيع السلع أو المنتوجات المبرمة بين المستهلك والمورد الأحكام المتعلقة بالضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والوارد في الفصول من 549 إلى 575 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود".

210 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

211 - الثمار في قشورها، أي البيع على رؤية الصوان في الفقه المالكي بكسر الصاد أو ضمها أي ما يصون الشيء كقشر الرمان والجوز واللوز.

212 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

213 - قارن مع مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 65 من القانون رقم 31.08 سالف الذكر والتي تنص على ما يلي: " خلافا 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 الأجل الآتية، وإلا سقطت:

- بالنسبة إلى العقارات، خلال سنتين بعد التسليم.

- بالنسبة إلى الأشياء المنقولة خلال سنة بعد التسليم.

ولا يسوغ تقصير هذه الأجل باتفاق المتعاقدين".

وإذا لم يجر ما سبق، اعتبر الشيء مقبولاً، 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 مقبولاً، ولا يسوغ للبائع سبب 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 أن يثبت أن العيب كان موجوداً فعلاً 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 مؤقتاً.

وإذا خيف من خطر تعيب سريع كان للمشتري الحق في أن يعمل على بيع الشيء بحضور ممثل 214 السلطة المختصة في مكان وجوده، وذلك بعد قيامه بإثبات حالته على نحو ما ذكر. ويصبح هذا الإجراء واجباً إذا اقتضته مصلحة البائع. وعلى المشتري أن يبادر بإخطار البائع بكل ما سبق وإلا وجب عليه تعويض الضرر.

الفصل 555

مصروفات 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 موجوداً دائماً إذا كان البائع تاجراً أو صانعاً، 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 215 التجارة يقتضيها.

214 - ورد في النص الفرنسي عبارة "en présence de l'autorité compétente"، دون إضافة "ممثلاً" كما جاء في الترجمة العربية.

215 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

215 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

الفصل 557

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 216 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 بخطئه 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 يرده 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 يرده 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

تنقضي دعوى ضمان العيب إذا زال العيب قبل دعوى الفسخ أو إنقاص الثمن أو في أثنائها، وكان العيب بطبيعته مؤقتاً، 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:

أولاً - إذا صرح بها؛

ثانياً - إذا اشترط عدم مسؤوليته عن أي ضمان 217.

الفصل 572

دعوى ضمان العيب تنقضي:

أولاً - إذا تنازل المشتري عنها صراحة بعد علمه بالعيب؛

ثانياً - إذا باع المشتري الشيء بعد علمه بالعيب أو تصرف فيه على أي وجه آخر باعتباره مالكا؛

ثالثاً - 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 يوماً بعد التسليم؛

بالنسبة إلى الأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوماً 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.

217 - 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 المنتجات المبرمة بين المستهلك والمورد".

الفصل 574

لا يحق للبائع سبب 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 سبب النية كل بائع يستعمل طرقاً احتيالية ليلحق بالشيء المبيع عيوباً أو ليخفيها.

الفصل 575

لا دعوى لضمان العيب في البيوع التي تجري بواسطة القضاء.

الفرع الثالث: في التزامات المشتري

الفصل 576

يتحمل المشتري بالتزامين أساسيين:

الالتزام بدفع الثمن؛

والالتزام بتسلم 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 العرف 218 على أن يحصل أداء الثمن داخل أجل محدد أو في أقساط معينة، افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا اتباع حكمه ما لم يشترطاً 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 بتسلم الشيء المبيع في المكان والوقت اللذين يحددهما العقد. فإذا سكت العقد عن البيان، ولم يجر بشأنه عرف 219، التزم المشتري بأن يتسلم المبيع فوراً، إلا ما يقتضيه تسلمه من

218 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

218 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

219 - نفس الملاحظة السابقة.

219 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

219 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

زمن. وإذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع، أو إذا تقدم لتسلمه، ولكنه لم يعرض في نفس الوقت أداء ثمنه، عندما يكون هذا الثمن معجلاً، وجب اتباع القواعد العامة المتعلقة بمَطْل الدائن.

وإذا لزم تسليم الأشياء المباعة 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 المحلي 220 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 المباع قد أدمج في عقار كما تسوغ دعوى الاسترداد ضد الغير، الذين لهم حقوق على هذا العقار.

ويخضع الاسترداد، في حالة الإفلاس للقواعد الخاصة بالإفلاس 221.

الفصل 583

إذا حصل للمشتري تشويش في انتفاعه بالشيء المباع 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 تأميناً 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 أداءه برغم حصول التشويش له، أو إذا كان يعلم عند البيع خطر الاستحقاق.

الفصل 584

أحكام الفصل السابق تسري في حالة اكتشاف المشتري في الشيء المباع عيباً موجباً للضمان.

الباب الثالث: في بعض أنواع خاصة من البيوع

الفرع الأول: بيع التُّنْيَا

الفصل 585

220 - العرف المحلي لمكان العقد.

221 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 116 أعلاه حول مساطر معالجة صعوبة المقابلة التي عوضت نظام الإفلاس.

البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع التثنيًا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن. ويسوغ أن يرد بيع التثنيًا على الأشياء المنقولة أو العقارية²²².

الفصل 586

لا يسوغ أن تشتتر 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 راجعا إلى سبب خارج عن إرادته. إلا أنه إذا كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا 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. أما إذا باشر البائع حقه في الاسترداد، فإن الشيء المبيع يعتبر كأنه لم يخرج عن ملكه أصلا.

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.

222 - تنص المادة 5 من مبدونة الحقوق العينية على أن: "الأشياء العقارية إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص". القانون رقم 08-39 المتعلق بمبدونة 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.

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 بالتئنُياً 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:
أولاً - الثمن الذي قبضه؛

ثانياً - 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:

أولاً - الشيء وكل الزيادات الطارئة عليه بعد البيع؛

ثانياً - الثمار التي قبضها من تاريخ دفع الثمن أو إيداعه.

وللمشتري استعمال حق الحبس ضماناً 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 تنفيذًا 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 المشتراط للاسترداد وكان تاريخها ثابتًا.

الفصل 599

إذا ورد بيع التثنيًا على أرض زراعية²²³، وزرعها المشتري بنفسه أو أكرها لأحد من الغير قام بزراعتها، ثم حصل الاسترداد من البائع خلال السنة الزراعية²²⁴، كان 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 التثنيًا) 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 إضافي²²⁵.

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 العرف²²⁶.

إلا أنه لا يجوز أن تتجاوز الأجل المحددة بمقتضى العرف²²⁷ الأجل المبينة في الفصل التالي.

223 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "propriété rurale" "ملكية فلاحية" بدل "أراضي زراعية" كما جاء في الترجمة العربية.

224 - يبدأ كراء الأراضي الفلاحية في 13 من سبتمبر من التقويم الميلادي، ما لم يحدد المتعاقدان تاريخا آخر. انظر الفصل 701 من هذا القانون.

225 - وردت في النص الفرنسي عبارة "clause additionnelle" "ملحق العقد" بدل "فصل إضافي" كما جاء في الترجمة العربية.

226 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

226 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

226 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

الفصل 604

يجب على المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار 228 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 سنتين يوماً 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 باطلاً، ويلزم إنقاصه إلى الأجل 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 موقوفاً خلال الأجل المقرر للخيار، وتؤول هذه الأشياء مع المبيع نفسه لمن يكسب ملكيته نهائياً.

الفصل 607

إذا اختار المتعاقد إمضاء العقد في الميعاد المحدد بمقتضى الاتفاق أو القانون أصبح البيع باتاً، واعتبر الشيء مملوكاً 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

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.

228- 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 يتخلى المستهلك بموجبه عن حقه في التراجع باطلاً و عديم الأثر.

لا تطبق أحكام هذه المادة على العقود المبرمة وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 51".

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 متعيبا، 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 كاملا، وبمجرد إبرام العقد.

الفصل 615

إذا لم يحدد ميعاد التسليم افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا الركون إلى العرف 229 المحلي.

الفصل 616

الأطعمة وغيرها من الأشياء التي يرد العقد عليها يجب أن تكون معينة مقدارا وصنفا ووزنا أو كيلا، بحسب طبيعتها، وإلا بطل البيع. وإذا كانت الأشياء المباعة مما لا يعد ولا يوزن، كفى أن يحدد صنفا بدقة تامة.

الفصل 617

229 - انظر الهامش المتضمن في الفصل 25 أعلاه.

229 - ورد في النص الفرنسي مصطلح "usage" "العادة" بدل "العرف" كما جاء في الترجمة العربية.

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 230

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 تبعاً لتقدم الأشغال 231.

يحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال.

الفصل 232618-2

يجب أن يتم بيع العقار في طور الإنجاز سواء كان معداً للسكنى أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي من طرف الأشخاص الخاضعين للقانون العام أو الخاص طبقاً لأحكام هذا الفرع، وذلك تحت طائلة البطلان.

الفصل 233618-3

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 234..

يحدد وزير العدل سنوياً لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود.

230 - 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 02.309.1 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نونبر 2002)، ص 3183.

231 - تم تغيير وتنميط المادة 1-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12 بتغيير وتنميط 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.

232 - تم تغيير وتنميط المادة 2-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

233 - تم تغيير وتنميط المادة 3-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

234 - 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: « تطبيقاً لأحكام الفصلين 3-618 و16-618 أعلاه، يؤهل لتحرير عقود البيع الابتدائية والنهائية الخاصة ببيع العقار في طور الإنجاز الموثوق، والعدول والمحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض... ».

يقيد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض 235 طبقا للقانون المنظم لمهنة المحاماة 236.

يحدد نص تنظيمي شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحريير هذه العقود. يجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من لدن الأطراف ومن الجهة التي حررتة. 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.

الفصل 3- 618 مكرر 237

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؛

235 - 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 بموجبه 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.

236 - 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.

237 - تم تنميط الفرع الرابع من الباب الثالث بالمادة 3-618 مكرر والمادة 3-618 مكرر ثلاث مرات، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12 السالف الذكر.

3- رقم الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ مع تحديد الحقوق العينية والتحملات والارتفاقات 238 الواردة على العقار 239؛

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؛

7- أجل التسليم؛

8- مراجع ضمانات استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد أو ضمانات 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 ضمانات 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.

238 - 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) 238

كما تم تميمه:

- القانون رقم 22.13 القاضي بتتيم 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.

239 - 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 المغربي والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري، الصادر بتنفيذه ظهير شريف 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.

الفصل 3- 618 مكرر مرتين

يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز يحرر 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 و2 و3 و4 و5 و6 و7 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 المشتري 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 4-240618

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 إمضاءها 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 5-241618

لا يجوز إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز إلا بعد الحصول على رخصة البناء.

الفصل 6-242618

يؤدي المشتري، كحد أقصى، قسطاً من الثمن الإجمالي تبعاً لتقدم الأشغال حسب المراحل التالية:

5 % عند إبرام عقد التخصيص؛

5 % عند إبرام العقد الابتدائي أو 10% عن عدم وجود عقد التخصيص؛

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 7-243618

يتعهد البائع باحترام التصاميم 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 8-244618

يعد باطلاً كل أداء كيفما كان قبل التوقيع على العقد الابتدائي أو عقد التخصيص في حالة اللجوء إلى إبرامه.

241 - تم تغيير وتتميم الفصل 5-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

242 - تم تغيير وتتميم الفصل 6-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

243 - تم تغيير وتتميم الفصل 7-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

244 - تم تغيير وتتميم الفصل 8-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

الفصل 9-245618

يتعين على البائع بعد توقيع عقد البيع الابتدائي أن يقدم لفائدة المشتري إما ضماناً إنهاء الأشغال أو ضماناً 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 محفظاً أو إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان 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 المؤداة 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 10-246618

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

245 - تم تغيير وتتميم الفصل 9-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر
246 - 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 13-247618

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 14-248618

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.

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 15-249618

لا يعتبر العقار محل البيع منجزا، ولو تم الانتهاء من بنائه، إلا بعد الحصول على رخصة السكنى أو شهادة المطابقة.

247- تم تغيير وتنظيم الفصل 13-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

248 - تم تغيير وتنظيم الفصل 14-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

249 - تم تغيير وتنظيم الفصل 15-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

الفصل 16-250618

يبرم عقد البيع النهائي طبقاً لمقتضيات الفصل 3-618 المشار إليه أعلاه، بعد وضع البائع لدى محرر العقد شهادة مسلمة من المهندس المعماري تثبت نهاية الأشغال ومطابقة البناء لدقتر التحملات.

ويتوقف تحرير عقد البيع النهائي على الإدلاء برخصة السكن أو شهادة المطابقة واستخراج الرسوم العقارية الفرعية بالنسبة للعقارات المحفظة، 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 251.

الفصل 18-252618

يتعين على البائع بمجرد حصوله على رخصة السكن أو شهادة المطابقة المشار إليهما في الفصل 6-618 أعلاه، وعلى أبعد تقدير داخل ستين (60) يوماً 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 قانوناً، وأن يقوم بالإجراءات اللازمة لتحيين الملك موضوع الرسم العقاري من أجل استخراج رسوم عقارية فرعية خاصة إذا كان العقار محفظاً.

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) يوماً الموالية لهذا التاريخ.

الفصل 19-253618

إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل ستين (60) يوماً ابتداء من تاريخ توصله بالإشعار، يحق للطرف المتضرر إما:

فسخ العقد بقوة القانون، تطبيقاً لأحكام الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود مع حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 14-618؛

250 - تم تغيير وتتميم الفصل 16-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

251 - 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 مبلغاً يتناسب مع ثمن البيع الإجمالي للعقار، وذلك كما يلي:

- أقل من 120.000 درهماً 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."

252 - تم تغيير وتتميم الفصل 18-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

253 - تم تغيير وتتميم الفصل 19-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

للجوء 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 محفظاً، أو إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان العقار في طور التحفيظ.

الفصل 20-254618

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 محفظاً، فإن الملكية تنتقل من تاريخ تقييد العقد أو الحكم المذكورين في الرسم العقاري.

القسم الثاني: في المُعاوضة

باب وحيد: في المُعاوضة 255

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 المُتعاوضين 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.

254 - تم تغيير وتتميم الفصل 20-618 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 107.12، السالف الذكر.

255 - عنوان القسم مطابق لعنوان الباب الوحيد، ويمكن الاكتفاء بعنوان القسم.

تطبق أحكام البيع على المُعاوضة في الحدود التي تسمح بها طبيعتها.

تكوين عقد البيع

عقد البيع 256 :

- 256

تعريف العقد

المرجع

العقد, الوسيط_ جزء_ 1, مصادر_ الالتزام

الباب الأول

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 اقتتران 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 على نقله . ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشأً للالتزام أو ناقلاً له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد .

وقد نقل القانون المدني الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتييه 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 ([1]256) . وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائي فإن هذا الحذف لا يعني عدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان الحذف مجازة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية ([2]256) .

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني سواء كان هذا الاثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

38 – وجوب الاتفاق على إحداث اثر قانوني :

والمهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث اثر قانوني . فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة . ويتبين ذلك من الظروف والملابسات .

فقد يدعو شخص آخر إلى وليمة ، في نطاق المجاملات الاجتماعية ، فيقبل المدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشأ 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 اثر 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 زرع ، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون اجر ، 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 اجر 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 تجارتها ، 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 .

نص الفصل 2 من ق.ل.ع.م 257 ، على وجوب توافر أركان ثلاثة

فقد يعمل الولد أجبيراً 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 (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 يكتانها 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 أوفى فيما يلي .

- 257

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

صيغة محبنة بتاريخ 18 فبراير 2016

الباب الأول: الالتزامات التي تنشأ عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة

الفصل 2

الأركان 257 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 الفصولين 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 تامةيتها.

الفصل 2- 417

يُتيح التوقيع الضروي 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.

257 - 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 ركنًا، 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.

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

- تَمَّتْ الفصول 1-417 و2-417 و3-417 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.

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 (111) .
وأما المحل فهو ركن في الإلتزام لا في العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا في الإلتزام الذي ينشأ من العقد . فإن محل الإلتزام غير التعاقدية يتولى القانون تعيينه فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الإلتزام التعاقدية فإن 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 الجزء 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 فنبحت 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 (121) " .

فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين (121) . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر 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 داخلاً ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تتغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً 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 ، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

72 - اتجاه الإرادة لأحداث أثر قانوني :

ويعيننا هنا وجود الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها 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 عبء بالإرادة التي لم تتجه 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 تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني (141)

73 - كيف يتم التعاقد :

والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذي قدمناه ويتوافق الإرتاتين . وقد يمر لتعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ،
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 الأصيل وتعبير النائب :

قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل في التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فنلتكلم : (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 عنها :

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها .

أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي يتعقد به العزم على شيء معين (142) .

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 ضمنياً إذا لم ينص القانون أو ينفق الطرفان على أن يكون صريحاً (143) " .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة . وهو مظهرها الخارجي وعصرها المادي المحسوس . يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمنياً .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذه . كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك . مظهرًا من موضوعاً في ذاته للكشف عن

هذه الإرادة حسب المؤلف 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 ،

أصلاً كانت أو صورة . وبديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مم يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً ، فإشارة

الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهز

الرأس عمودياً 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 (144) .

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 (145) .

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 حقا 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

بتفويضها ، وكمدبر ملعب يعد للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه (146) .

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 تعبيرًا صريحًا ، 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 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 ينكر المدين فيها صراحة أنه استوفى دينًا أو أن ينكر صراحة 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) (101) .

وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلًا خاصًا أن يكون تعبيرًا صريحًا أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفي هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا في الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك (101) .

وكل ما قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمني كان معمولًا به قضاء دون نص في ظل القانون القديم (121) .

77 - الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (101)

. تمهيد :

إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ما دام الإثباتان متناهيين . أما إذا اختلفتا . كما إذا أمضى شخص عقدًا مطبوعًا يتضمن شرطًا 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 تتطوي 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 بذلك . 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 أثرًا هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكنها وهي تختلف 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 تتطوي 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 (141) .

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقًا خاصًا لمظهر التعبير ، فأني مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيرًا صريحًا أو تعبيرًا ضمنيًا ، 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 .

وهو 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 أظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره لإرادته (141) .

80 - موقف القانون الجديد :

وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافًا بسيطًا 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 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 تقضى 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 يقدّم الدليل على عكس ذلك " (1161) 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 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 (1171) .

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع في أمر كان القانون القديم فيه متردداً ، غن جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء في القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديده ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسنرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

82 - الموت وفقر الأهلية - أثرهما في التعبير عن الإرادة :

وقد قدّمنا 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 تقضى 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 يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (1181) " .

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 (1191) . ويرجع 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 بوضوح 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 (1201) " .

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 (1211) . 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 فنائاً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل (1221) .

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 (1231) .

(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 افردة 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 مفهوماً بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لانعقاد 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 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 2 ص 8 (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 الرجاء 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 المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد يتلقى 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 مميذاً يعقل معنى التصرف ويقصده ، والغرض من كونه مميذاً 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 غيبية 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 الصتربات التي تتعقد بإرادة منفردة والعقود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والسكر سبباً لبطلان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى مغالاة هذا القانون في الحرس على استقرار المعاملات (جنكس م 64 و 69 . وولستون 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 بمجرد 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 المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فبأيهما 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 قويا في الشريعة الإسلامية ، إذ هي تعتد اعتداداً 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 الحقيقية 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 مخطوط 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 ويتبدره . 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 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 يتتبع 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 تعبا 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 رأته 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 موجبة 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 سيحيى (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 بالبائع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول الموعد بالبائع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيانيا تشمل العين الموعد ببيعها (نقض مدني 6 يونيه 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 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 يفيداً إذ هو يحتمل احتمالات لا يرجح أحدها إلا بمرجح " . (نقض مدني 8 إبريل 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 وم 781) ، أو ينص على أن الإرادة لا تفترض (أنظر م 279 وم 354 وم 360) ، أو يستوجب أن يكون تغير الإرادة تفسيراً ضيقاً (أنظر م 555) وفي جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح ، ولكن تجب الحيطه والتشدد في استخلاص التعبير الضمني .

(1) أنظر أنفاً فقرة 48 في الهامش .

(2) وقد جرى القضاء المصري على الاعتراف 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 مسلماً 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 مينال (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 . وولتن 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 وهزلهن جد ، أي أن الإرادة الظاهرة تتغلب فيها حما على الإرادة الباطنة ، وهي الزواج والطلاق والعقاق (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 بتصديدها . 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 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 مبدئي 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 يرتب عليه الحق في التعويض ، على أساس المسؤولية التصديرية ، لمن اطمان 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 فتتفرق 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 تجتهد سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المألوف 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 ، وستتناول 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 يتم 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 الذي 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 ، فأرأت 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) . وسبأني 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 بوفاء من صدر منه أو يفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة اللزوم له تعريفاً 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 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 منطقي 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]258 [) 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 فتنصان 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 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 بدهاءة 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 تعليلاً 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 كفي 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 يسقط التعبير ، فكانت المادتان 51 / 73 من هذا القانون تنصان على أنه " يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى 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

(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 الجزء 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 ملغى لاحقاً) في كثير من الأحكام التي تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم توحيد 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

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 – لعيب في الرضاء " . ولما تلى هذا النص في لجنة المراجعة أقرح 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 أثر 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 الأخريتان 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 الإرادة < 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 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 (1258]) . (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 بالغبين . 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 فبدوا هذا المبدأ بالعدالة وبحماية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسلم أثمانها وللعمل اجره ، 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 وتعبته في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاقت من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لا تعدد بالغبين 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 . فالغبين فيها لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها ، والعبرة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقدين ، 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 المتعاقدين وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود . وظهر حالة للغبين 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 حددها 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 التقنينات 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 المتعاقدين ، 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 المتعاقدين على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشترطه بئس أكبر ، غير مخدوع ولا مضطر ، لأن قيمته الشخصية تعدل الثمن الذي بذله . في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقدين ، طبقاً للنظرية المادية ، مغبولاً ما دام التعادل قد احتل بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان عالمياً بهذه القيمة ولم يخدع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد ، أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالغبين 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 المتعاقدين أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واحماً 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 المتعاقدين 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 . فالغبين 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 ابطالاً أو تكملة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف المتعاقدين 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 التقنينات الحديثة النظرية النفسية ، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . فقتضى 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 يثبت من الظروف أن هناك اختلالاً فاحشاً (disproportion choquante) في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء . وتقتضى 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 . وتقتضى المادة 22 من المشروع الفرنسي الإبطالي 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

([2]258) .

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 بيئاً 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 ([3]258) " .

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]258) " . 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 .

الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

ب - الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

209 – دعويان : إذا توافرت شروط الاستغلال التي أسلفنا ذكرها " جاز للقاضي ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد " . وتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى دعويين : دعوى إبطال ، ودعوى إنقاص .

وسواء طلب المتعاقد 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 للتقدم ، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه ، ورفعا 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 يدخلها 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 خمس 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 الانقطاع 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 بإيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال ([1]258) .

210 – دعوى الإبطال : وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاه 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 دعوى 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 يتحملة البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضي في تقدير ذلك إلى ملايسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبيب وافياً . 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 الاقتصر على إنقاص التزاماته ، قضى بانقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة ([2]258) . 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 الاقتصر 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 إلا يكون هناك غبن فاحش إذا قوبل 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 تؤدي المشتري إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة . وإنما تجوز الزيادة في الثمن إذا رغب المشتري نفسه في ذلك بان 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 ينتقى معه اثر الاستغلال .

212 – دفع ما وجه من اعتراض على نظرية الاستغلال : خشى 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 فعلا 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 وتوجه مقتضيات التعامل . فإواجه القاضي ما يعرض له فعلا من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات ، وتنقطع 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]258) . وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك أن النص نادر التطبيق ، وأن اقصية الاستغلال التي طرحت أمام المحاكم في البلاد التي اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى ([4]258) . وسنرى ما يصير إليه الأمر في مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذي اشتمل عليه القانون الجديد ([5]258) .

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الارادة , مصادر_الالتزام

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 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 . فالمكروه إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذي هدد به ، فاختر 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 المكروه بيد المكروه وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

189 – الإكراه هو أيضاً عمل غير مشروع :

وينبغي أن ننظر 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 ([1258]) ، 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]258) .

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 يدعى 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]258) . "

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]258) . "

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 على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهيم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

وتتناول 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]258) .

عيوب الإرادة

([1]258) نظرية العقد للمؤلف ص 437 – ص 444 .

([2]258) 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 بوتيه الذاتي ، وقاتهم 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]258) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 176 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 – يكون العقد قابلاً للإبطال إذا تعاقد 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 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 ، وروعي أن الخطر الجسيم الذي يحدث بالغير فيبعث الرهبة في النفس إلى حد التعاقد فيه تحديد كاف للغير الذي يعتبر الخطر المحدق به أكرها . وأبدلت كلمة " حالا " التي تصف الخطر الجسيم في الفقرة الثانية بكلمة " محدقاً " . 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 " اكتفاءً 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 لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 178 – ص 184) . أنظر المادتين 29 و 30 من قانون الالتزامات السويسري .

([4]258) 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 لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 185 – ص 188) . أنظر المادة 29 من قانون الالتزامات السويسري .

([5]258) 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) . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البنية 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 ، كالبت 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 : " وما أن تقدر 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 تبينت في الحكم فيما 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_ الإرادة_ مصادر_ الالتزام

استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدد-العنصر الموضوعي

أ – استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدد

وهو العنصر الموضوعي في الإكراه

لا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد المتعاقد المكروه ، أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسيم محدد 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 .

فنتكلم إذن فيما يأتي : (1) الإكراه الحسي والإكراه النفسي (2) الخطر الجسيم المحدق بالنفس أو بالمال إذا هدد المتعاقد نفسه (3) هذا الخطر إذا هدد غير المتعاقد

(4) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (5) الشوكة والنفوذ الأدبي .

وسائل الإكراه أما أن تقع على الجسم ، كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي (violence physique) لانه يقع على الحس ، وهو نادر لاسيما في الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بالحق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسي ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسي (violence morale) لأنه يوقع في النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً في الحيا

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 محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ([1]) .

فالخطر يجب أن يكون جسيماً ، والعبرة في جسامته بالخطر 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 بمواشيه من طريق السحر " والتعزيم " ، أو هدده بأن له قدرة على " الربط والحل " ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محققاً (imminent) أي وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يتراخي 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 ننبعث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل ، فيكفي هذا لإفساد الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد ، لا بأن الخطر حال أو محقق ([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 لتحقق 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 روى 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 تفسد 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 يفسد 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 تفسد 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 . فتهدد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يرض التزاماً ، أو يقتل ولد له اختطفه المكره إذا لم يرض 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 محقق

أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع ، بأن يضغظ 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 تأميناً على عين بالذات ،

فيعطيه المدين رهناً ، فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروع ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . وكذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة بتهمة فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروع 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 . هذا 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 فضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليبتز من المدين ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه يتحقق ويبطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الطرف 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 وابتغى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، 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 بصلبة النسب كما بين الأب وولده ، أو اتصلا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشيء من ذلك كما بين الوصي والقاصر إذا لم يكونا من ذوي القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذي النفوذ الديني والتمدين 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 يخضع

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 يتقل 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 للظروف ، 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 سلطانها 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 تمسكاً 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 اثر في نفس المتعاقد ، وإذا هدد أحداً غيرهم لم تقع هذه القرينة القانونية ولكن للمتعاقد أن يثبت أن الخطر الذي هدد الغير قد اثر 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 ينظمهم جميعاً . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : " ولا يشترط أن يتهدد الخطر لمتعاقد 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 تجاوز 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 يمض 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 اضطرت 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 تعطيمهم 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 مشروع كمشاورة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً ما دام هذا التهديد لم يتحول إلى استغلال غير مشروع (29 يناير سنة 1914 م 4 جازيت 223 ص 88) ، وبأن تهديد الوارث بالظلم 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 م 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 أكبر 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) بأن المادة 135 مدني (قديم وتقاليد م 127 جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذي يقع به الإكراه المبطل للمشارطات إلا أن ذلك مفهوم بدهامة ، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعاً أو غير مشروعاً 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 بإخلاء العين المستأجرة ، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المستأجر تلك العين ، فلا يصح القول بأن 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 مشروع ، كما إذا هدت امرأة عاشرت رجلاً مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبة له إذا لم يمض التزاماً يعوضها 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 مشروع (17 نوفمبر سنة 1925 سيرييه 1926 – 1 – 121) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بطريق التهديد على سند لحق له أو على ضمان لهذا الحق أو على الإقرار بالالتزام الطبيعي 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 مشروعاً أو غير مشروع ، 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 مشروعاً للوصول إلى غرض مشروع والصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعاً 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 تسفاه في استعمال حق الإبطال . والتعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخير تعويض ما كان عينياً ، فيمنع المتعاقد المكره من طلب إبطال العقد . وبتبين 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 مشروعاً أو غير مشروع ، فالإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لعيب 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 بالألا 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 م 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 م 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 ينبج 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 اساء استعمال هذا الحق . وللقاضي 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 سيرييه 1909 – 1 – 76) .

وقد اشتملت بعض القوانين الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كقانون الالتزامات السويسري (م 27 فقرة 2) والقانونين التونسي والمراكشي (م 52 / 48) 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 فينتز 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 ليبنتز منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق ، فيكون الإكراه على نقيض ما تقدم واقعاً

بغير حق . ولو أن حق الدائن في هذا الفرض قد اتخذ وسيلة لبولوج الغرض المقصود " . وقد حذفته 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 يبهي الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بعبء الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء اثر في والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً في منفعة بشيء من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لا يبطال 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 كثر من القضايا بصحة العقود التي تصدر من الآباء لأولادهم ويميزونهم بها عن بقية الورثة بدافع من العطف والحنو .

هذا وسنرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استغلال هوى جامع تثيره 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 ، كاتب 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 المتزوجة 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 تقيلاه اختياراً (محكمة استئناف أسبوت في 12 فبراير سنة 1942 المحاماة 22 رقم 244 ص 698) .

وقضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هيبة الأقارب لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن يقترن 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 الاقناع والتأثير البرئ ، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها - بفرص 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 أسبوت بأن المورثة التي تنتقض ما أبرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتتجرد تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبعادها عن أقاربها إبعاداً تاماً ، وأحاطها بخصوصها الألداء ، وجعلها تنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتغطي لاحدهم توكيلاً عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على إنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوبية الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسليطاً جعلها تنقاد لارادته وتتصرف وفقاً لما يميله عليها وتسير في الطريق التي رسمها ، فالوقفة التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيضاء بها لبعض أقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناظراً وتقوض له التصرف في الربيع 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 تقترن 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 51 / 55) والقانون اللبناني (م 212) والقانون البرازيلي (م 100) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م 20) . وهي نصوص منتقدة ، 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 لايتزاد 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 إن 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 . فقضت 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 مغنم فاحش أو منفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه " . وقد حذفته 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 يسمي الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه . فمتى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كاتب وابنه أو كطبيب ومريض أو كحام وعمليه 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 - كارتر في العقد ص 85 - ص 87

رغبة تحمل على التعاقد

هذا هو العنصر الثاني الذي يتوافر به الإكراه المُعيب للإرادة في إطار المعيار الذاتي الذي أخذ به التشريع المصري وهو الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسيم 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 . العنصر النفسي المعنوي

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 وحالته 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]258) .

ولا شك في أن القانون الجديد أحسن صنفاً بالاقتصار 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]258) .

وهذا ما جرى عليه القضاء والفقه في مصر حتى في ظل القانون القديم ([3]258) .

وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة الإسلامية ([4]258) والقوانين الأجنبية الحديثة ([5]258) .

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسيم 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 ، واليهما 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 محققاً ، إنما هو المظهر المادي للرغبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحقق 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]258) .

199 - تطبيق المعيار الذاتي : فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد الشخصية ، فتتعرف إلى أي حد هو يتأثر بالرغبة 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 . والمريض غير المعافي . والجاهل غير المتعلم . والغبي غير الذكي . وهكذا . ويجب الإضداد 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]258) .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هي التي دفعت فعلاً إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها ([8]258) . وينظر في تقديرها إلى العوامل التي سبق بيانها . ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التي تعقب عليها محكمة النقض ([9]258) .

([1]258) 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 سانتيفير فقرة 22 مكررة (1) - بفرنوار ص 606 - كولان وكابيتان ص 285) . وظاهر أن هناك عيباً وضاحاً في هذا التوفيق ، فإن المتعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تفسد بإكراه ليس من شأنه أن يفسد إرادة من هم فوق الوسط ، فكيف يقال بعد ذلك أن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه !

([2]258) 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 تطويع المقترضات العملية ، فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة والمعيار الموضوعية حيث يغلب اعتبار استقرار التعامل ، وتأخذ تارة بالإرادة الباطنة والمعيار الذاتية حيث يغلب اعتبار العدالة والمنطق القانونيين . وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتباريين فمنها ما يغلب عليه ترجيح الاستقرار ، ومنها ما يغلب عليه ترجيح العدالة ، ومنها ما يرضى الاعتباريين على حد سواء بالقدر الذي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواماً .

([3]258) محكمة الاستئناف الوطنية في 25 أكتوبر سنة 1891 الحقوق 6 ص 302 - محكمة أسويط الكلية في 26 أبريل 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 هانتس 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 سنيت فقرة 184 .

[4]258 (مرشد الحيران م 288 : " يختلف الإكراه باختلال أحوال الأشخاص وسنهم وصنعتهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الجنس والضرب كثرة وقلة ، وشدة وضعفاً "

[5]258 (القانون المدني الألماني م 123 – قانون الالتزامات السويسري م 30 .

[6]258 (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 لظروفه الشخصية في حالة اضطراب ضغط على إرادته وحملته على التعاقد " (نظرية العقد ص 437 و ص 444) .

[7]258 (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 استردادته 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 (بولوك في العقد ص 645) . وهذه نظرية تغفل احتمال عدم الجدوى في الرجوع بالتعويض .

[8]258 (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]258 (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 ببطان الكفالة للإكراه فلا منه بأنه كان له في ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاء 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 متقف خبير بالشؤون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذي يعيب رضاه 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_الإرادة_مصادر_الالتزام

الجهة التي صدر منها الإكراه

ج – الجهة التي صدر منها الإكراه

200 – الإكراه الصادر من المتعاقد 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 يعيننا 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]258) .

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 اثبت 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]258) .

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]258) .

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 الاستفادة 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 ذهبت 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 بصده 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 تشتترط في الإكراه أن ينتزع الرضاء ، وقد ورد فعلا لفظ " الانتزاع " (extorque) في المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي ، فإنها لا تجعل الإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر في صحة العقد ([4]258) .

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]258) . 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 اشتترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك ، فلا فرق ، من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذي يتهدده 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 المريض ، 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 ينفذ سفينة على وشك الغرق لتقاء 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 المههد بخطر تهيأت ظروفه مصادفة ، أو كان سيء النية وأراد استغلال هذه الظروف . ففي الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد ([6]258) ، 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]258) ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسرى 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]258) .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التندليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا اثبت 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 قرره في التندليس ([2]258) .

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]258) .

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 الاستفادة 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 ذهبت 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 بصده 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 تشتترط في الإكراه أن ينتزع الرضاء ، وقد ورد فعلا لفظ " الانتزاع " (extorque) في المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي ، فإنها لا تجعل الإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر في صحة العقد ([4]258) .

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]258) . 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 اشتترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك ، فلا فرق ، من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذي يتهدده 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 المريض ، 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 ينفذ سفينة على وشك الغرق لتقاء 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 المههد بخطر تهيأت ظروفه مصادفة ، أو كان سيء النية وأراد استغلال هذه الظروف . ففي الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد ([6]258) ، 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]258) ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسرى ذلك فيما يلي .

[6]258) ، 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]258) ، 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]258)

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 بينة من أمره . فأرادته 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 الجوهري 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 . فأرادة 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 فالاستغلال .

1 – الغلط (L ' erreur)

2 – التدليس (Le dol)

3 – الإكراه (La violence)

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_الإرادة ,مصادر_الالتزام

نظرية الغلط تعني عن نظرية التدليس

ب – نظرية الغلط تعني عن نظرية التدليس

185-الغلط يعني عن التدليس في النظرية الحديثة :

قدمنا 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 يعني الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاقتصاد على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفي لإبطال العقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يعني 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 تعني إذن عن نظرية التدليس ([2]) .

186 – ولكن التدليس لا يعني 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 تصيري وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يعني عن التدليس ، فإن التدليس لا يعني 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 بتدليس ، 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 .

[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 بلانويو 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 أيسر من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالبطلان 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 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]258) .

عيوب الإرادة < الغلط

[1]258) 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 المحرقة 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 مسؤولاً 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 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 المقابلة (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 المقابلة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المقابلة 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 مخطنة 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 أما 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 و برسم 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 .

فتتكلم 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 في النقل أو في التفسير

والغلط الذي يعيننا بحته 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]258) .

عيوب الإرادة < الغلط

([1]258) 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 المحرقة 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 تمثيلاً مع نظرية الإرادة الباطنة أو اخذ بالرأي الثاني تمثيلاً 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 مضطرد 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 ابريل 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 المفاولة (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 المفاولة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المفاولة 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 خصوصاً بحدود هذه العين قد شابه غلط في حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطنة 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_ الائتزاز

كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط ؟

كيف يتصل 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 الجوهري . 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 تززع 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 جوهري واشترك معه المتعاقد الآخر في هذا الغلط ، ثم تبينت 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 لآخر 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 تتماشى 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 تتماشى 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_الإرادة , 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]258) . 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]258) "

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]258) . 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 سوء 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]258) . 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]258) 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 سوء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو في الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال ([6]258) .

وغنى عن البيان إننا إذا اشتطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بالغلط على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعني أن يكون على بيته أيضاً من أن هذا الغلط الجوهري هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول ([7]258) .

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]258) .

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

L'exploitation الاستغلال

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 تعني 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 وعيوب 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 ؟

عيوب الإرادة Vices du consentement

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 ...

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 (1258]1) . والعبرة بأنه غلط جوهري ، لا بأنه وقع في هذا أو في ذلك . ونستعرض الآن الغلط في هذه الأحوال المختلفة .

170 – الغلط في صفة جوهرية 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 (258]2) . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم بطلانها يجوز إبطاله للغلط الذي وقع فيه المشتري بشأن صفة جوهرية في الشيء المبيع (258]3) . 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 جوهرية في الشيء المبيع (258]4) . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء (258]5) . وقضت بأن بيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية 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 (258]6) . وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن ، وتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون بيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان المحيل يبطل في هذه الحالة (258]7) . ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية 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 (258]8) . ولا يعتبر غلطاً يجعل العقد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر الباعث أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (258]9) .

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 أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع في صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هي الدافع إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قارية تربطه به فينتضح أن الأمر غير ذلك ، وكان يجوز شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا ريبه فيه فينتضح إنها امرأة تحترف الهجارة حتى لو لم تكن تباشر مهنتها في المنزل ، وكان يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع في عمل يقتضي مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فينتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر في فنه (258]10) . 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 (258]11) .

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 الملزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصي له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطله أو إنها سقطت بعدول الموصي ، كان هناك غلط في السبب بمعناه التقليدي ، فإن الورثة قصوداً من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصي له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصة في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب (258]12) . 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 للبايع أن يطلب إبطال البيع ([13]258) .

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ما دمنا نحفظ 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 حائزين عند هذه المسألة الدقيقة، بتحسونها ولكن لا يجرؤون 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 ويقتفون 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. فيتربط على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها 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]258) .

هذا التناقض المعيب ترقاه 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]258) .

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]258) " . 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]258) .

والذي كان يلبس الأمر في هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضي بان 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 يقرض 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 وإنه ما كان يقرض نقوده لو علم بان 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]258) " .

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 مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد 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 الغير 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]258) .

([1]258) 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 بتقدير الغلط بمعيار شخصي. وقد انتهى القضاء المصري والقضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تقررت في نصوص المشروع: (أ) أولها يتعلق بالغلط الذي يقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية. وفي هذا الفرض يرتبط بتقدير الغلط الجوهري بعامل شخصي هو حسن النية ويعامل مادي قوامه الظروف التي لا يست 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 قدما 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 الاعتداد بعناصر مختلفة، فيها الشخصي والمادة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 143) .

[2]258 (7 يناير سنة 1892 م 4 ص 99 .

[3]258 (7 نوفمبر سنة 1910 م 23 ص 26 – جازيت 1 ص 34 .

[4]258 (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 .

[5]258 (18 مارس سنة 1946 م 58 ص 75 .

[6]258 (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 والعييب 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) .

[7]258 (7 ابريل سنة 1931 م 43 ص 333 .

[8]258 (محكمة الاستئناف المختلطة في 21 ديسمبر سنة 1916 م 29 ص 120 .

[9]258 (محكمة الاستئناف المختلطة في 7 يناير سنة 1897 م) ص 104 – وفي 8 ابريل سنة 1897 م) ص 263 – وفي 18 ابريل سنة 1900 المجموعة الرسمية للقضاء المختلطة 25 ص 285 – وفي 7 فبراير سنة 1928 م 40 ص 187 .

[10]258 (أنظر في هذه الأمثلة وفي غيرها نظرية العقد للمؤلف فقرة 360 – فقرة 362 .

[11]258 (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 وقيل للممثل 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 بالزام 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 لئمة 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 ابريل 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 بينة من قيمة الشيء الحقيقية ويقبل الغبن بالرغم من ذلك .

[12]258 (أنظر ما جاء في نظرية العقد للمؤلف فقرة 364 ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط في الباعث أن يصطلح 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 .

[13]258 (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 يزعزع التعامل في شيء أن يطلب مشترى السيارة أو مستأجر المنزل ، في المثلين 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 بان النقل الذي دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو أكن من السهل عليه أن يتبين ذلك .

[14]258 (أنظر في التوفيق ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث بلانيول ورببير وبولانجيه 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 جوهريّة في الشيء أو في الشخص (الدكتور أحمد شحات أبو سنيت فقرة 159) . ومنهم من يتبين 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 شحاته 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 مساندة هذا التطور . فقد كان مسلماً في ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبنى 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 باطلا ، أما الغلط في الحالة الأخرى فأثره بقي 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]258) 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]258) 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 استيفاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استيفائها 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]258) دي هلنس لفظ (Convention) فقرة 60 - والتون 1 ص 186 - ص 189 - الدكتور محمود وهيبة فقرة 272 - نظرية العقد للمؤلف فقرة 372 - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة 123 - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة 165 .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بان 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 إمضاء 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]258) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع ، كما إذا صالح الدائن المدين على مبلغ الدين وكان الدافع لهذا الصلح توهم الدائن بيسار المدين (استئناف مختلط في 28 ابريل سنة 1938 م 50 ص 261) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي 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 الواقع 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 تعاليم الناس على مقتضى الرأي الذي سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأي آخر ، ففي مثل هذه الحالة بجرد 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 حدث بقطار سكة حديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزنة المديرية 150 جنيهاً 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 يجعله 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 ، فجعلها 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]258) 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 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 باطلا 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 . وهدم 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 . فالعبارة إذن ليست بان الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته ، بل العبارة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) ، أي بأنه كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد (la raison principale et determinante) 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 ، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك في جميع الحالات ، تبعاً لملازمات 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 بوتييه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلي بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة ([1]258) . 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]258) ، 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 للمعارف بين الناس ، ولكنهما أضفوا 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 المعتمدة فيه ([3]258) . واقتفى 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]258) ، وذهبت الأستاذة بلانيول وكولان وكابيتان وجوسران إلى هذا الرأي ([5]258) .

فالعبارة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المعتمدة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكون مادة الشيء في ذاته ، فقد يشتري 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 المعتمدة 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 اشتقاقاً 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 العاقد 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]258) أنظر في هذا المعنى ديرانتون 10 فقرة 114 - 116 - ماركاديه 4 فقرة 407 .

([2]258) أنظر أوبري ورو 4 فقرة 343 مكررة ص 490 و 492 .

([3]258) لوران 15 فقرة 488 .

الوسيط_جزء 1_ عيوب_الإرادة , 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 لبطلان 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 " (la rapport principal sous lequel le 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]258) .

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]258) " . ثم نصت المادة 121 على أنه : " 1 - يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يتمتع 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]258) " .

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 الجسامه بحيث كان يتمتع 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 لتتم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهرياً ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرياً وفقاً لما انطوت عليه نيتهم بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبرها 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 الأثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح إنها ليست كذلك ، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر الأثار 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 اشترى من تاجر في الأثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

عيوب الإرادة < الغلط

الوسيط_جزء 1_ عيوب_الإرادة ,مصادر_الالتزام

اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة

وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحداها دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة ([1]258) ، بل كلام في الإرادة ذاتها ، أي في وجودها لا في صحتها . فيجب استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث ([2]258) .

([1]258) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتستظهر مغابرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغابرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذي صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل مغابرة 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 استعداده لتنفيذ هذا العقد " مادة 124 مدني

وقد أشتمل القانون الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتي في الغلط .

فقضت 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]258) " .

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 استعدادها لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشتري عن هذه الجائزة . وإذا تعاقّد 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 أثري ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراءه ([2]258) .

عيوب الإرادة < الغلط > - كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

([1]258) 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 السويسري والمادة 38 من قانون الالتزامات البولوني .
وانظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة في 3 ابريل سنة 1934 م 46 ص 224 .

الوسيط_ جزء 1_ عيوب_ الارادة ,مصادر_الالتزام

عناصر الاستغلال

L'exploitation الاستغلال

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 الجوهرى في القانون المصرى معيار ذاتى

التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية

صحة التراضى - مبحث في الأهلية و عيوب الارادة

اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة

الغلط في النقل أو في التفسير

تعريف الغلط

معيار الغلط الجوهرى في القانون الفرنسى 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 ج1

مصادر الحق مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام تقسيم المقال – 21 تعريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا ه ...

الغلط المانع erreur - obstacle

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 لآخر 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 يعييبها . 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 .

تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة

ويحسن أن تطبق 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 ولكن مثلًا 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 أثرى وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثرى وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثرى .

وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عنى المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثرى . 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 ، فلواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : أما أن الموهوب له كان 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 المرين : 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 اثبت 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 تفاهة 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

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 الاحتمالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته ، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتمالية المستعملة في التدليس المدني كما سنرى ([1]258) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبداً 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]258) ، بل كلام في الإرادة ذاتها ، أي في وجودها لا في صحتها . فيجب استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث ([2]258) .

عيوب الإرادة < الغلط >

([1]258) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتستظهر مغابرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغابرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذي صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل مغابرة 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 المسالتين الآتيتين :

1 – متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع .

2 – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط ([1]258) .

([1]258) 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_الإرادة, 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 ...

الجمعة، 2 ديسمبر، 2016

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]

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 بينة 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 الجوهري 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 تفصيلاً 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 فالاستغلال .

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 تلبت المادة 166 من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التي تقرها منصوص عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 141 في الهامش) .

ونقل هنا النظرة العامة التي وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن عيوب الإرادة ، ومنها يبين ما استحدثه القانون الجديد : " تتضمن النصوص المتعلقة بالغين أهم ما استحدث المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضاء . فقد اقتفت هذه النصوص أثر التقنيات الجرمانية والمشروع الفرنسي الإيطالي ، وجعلت من الغين سبباً عاماً للبطالان النسبي وانتقاص العقود إذا اتاح 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 طليعتها التقنين الألماني والتقنين السويسري والتقنين النمساوي المعدل والتقنين البولوني والتقنين اللبنانيين والتقنين الصيني والسوفييتي ، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي رغم نزعه المحافظة ، تجعل جميعاً من الغين سبباً عاماً للبطالان . 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 والباعث المشروع والضرر الجسيم والباعث المستحث وما إلى ذلك . وعلى أن النص في الغين بوجه عام لا يستتبع اطراح الأحكام التقليدية الخاصة بصور معينة منه يعبر فيها عن معناه بالأرقام ، توخياً لإحلال الكم محل الكيف ، كأحوال الغين في البيع والقسمة والاتفاق على سعر الفائدة – ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع استحدث أحكاماً جزيلة الفائدة بشأن ما يشوب الرضاء 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 يجهلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعي في وضعها أن تكون متناسقة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه ، سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير ، له ما للتدليس من أثر 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 الاعتداد بجنس المكره وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامه 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

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 توحيد 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 – لعيوب 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 أثر 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 تنتزع 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 تعني عن نظرية التندليس

185-الغلط يعني عن التندليس في النظرية الحديثة :

قدمنا أن التندليس من شأنها أن يوقع المتعاقد في غلط ، فإذا كان رضاه معيباً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقع فيه التندليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتندليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التندليس أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يكفي فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة

، فإذا اقترن بالغلط تندليس دافع ، كان التندليس لا الغلط هو السبب في إبطال العقد ([1]) .

ومن ذلك نرى أن طبقاً للنظرية التقليدية لا يعني الغلط عن التندليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التندليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تندليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاقتصار على هذا الغلط مجرداً عن التندليس لا يكفي لإبطال العقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يعني عن التندليس . ولا يمكن في هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتندليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتندليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط .

فالغلط الناشئ عن التندليس المبطل للعقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التندليس 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 للتندليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تعني إذن عن نظرية التندليس ([2]) .

186 – ولكن التندليس لا يعني عن الغلط :

ذلك أن التندليس 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 للتندليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتندليس . وإذا كان الغلط يعني عن التندليس ، فإن التندليس لا يعني 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 بالتندليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين :

(أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتندليس ، فإن الطرق الإحتيالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط تندليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته .

(ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتندليس ، فإن التندليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التندليس ضرر ([3]) .

أما الغلط غير المصحوب بالتندليس 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 التندليس 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 التندليس 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 بلانبول 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 أيسر 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

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 الاحتمالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته ، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتمالية المستعملة في التدليس المدني كما سنرى ([1]) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبداً بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

عناصر 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 عمداً عن واقعة أو ملاحظة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة

([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 السلبي .

وتنص المادة 126 من القانون الجديد على أنه " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال 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 إشكالاً كان قائماً سنفصله فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين – 1 : ([3]) استعمال طرق احتمالية ، 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 احتمالية :

الطرق الاحتمالية 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 يصبح الكذب أعمال مادية تدعمه 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 الإحتيالية مستقلة عن المكذب ، قائمة بذاتها ، كما يشترط ذلك في النصب الجنائي . ففي بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً إحتيالية في التدليس . ([7]) فالمهم إذن في الطرق الإحتيالية ليس إنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب ، بل أن يكون المدلس قد أليس على المتعاقد وجه الحق فحمله على التعاقد تضليلاً ، واختار الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتنتصب له حوائل معقدة ، ومنهم من يسهل غشه فيكتفي في التدليس عليه بمجرد الكذب . ([8])

بل قد يكون التدليس عملاً سلبياً محضاً . فكفي مجرد الكتمان (reticence) طريقاً إحتيالياً 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 الإلتزام 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 يجله ، ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد . ([10]) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 125 إذا قضت بأن " يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة " . 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 يجله تأثيراً جوهرياً ، (2) أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره ، (3) أن يتعمد 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])

بقي 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 طرقاً 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 يثبت في ذلك ، فيقدر مبلغ اثر التدليس في نفس التعاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد ، ويستترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب . ([15])

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذي قسمنه ، 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 التعاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . ([17]) وهذا التمييز منقطع . 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 ، والتعاقد المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستقيه 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 يجعل 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 ، وللعاقدين المخدوع أن يرجع على الغير الذي صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمقتعة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دما نأخذ بالمعيار الذاتي وننظر لا إلى التدليس في ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر في نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتلدس صدر من الغير ، لأن التعاقد 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 المدني 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 الانتقاص 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 الهيئات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خاصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلاً 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 التذليل يعيب الرادة حتى لو صدر من الغير ، إذا هو رجع إلى النص الفرنسي للمادتين 136 / 196 ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هي ما يأتي " التذليل يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى " . فلم يميز النص بين تذليل يصدر من المتعاقد الآخر وتذليل يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التذليل يعيب الإرادة في الحالتين ([22]) .

ولو أخذ الفقه والقضاء في مصر بهذا التفسير الوجيه لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل الملتوي الذي سلكه الفقه والقضاء في فرنسا ، ولذها مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

184 – القانون المدني الجديد في التذليل 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 اثبت 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 الجسمامة بحيث لولاها لم يبرم الطرف الثاني العقد . 2

- ويعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملبسات يجعلها المتعاقد الآخر سكوتاً تذليلياً إذا ثبت أن العقد ما كان ليتم لو علم هذا المتعاقد بهذه الواقعة أ وتلك الملبسة " . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف عبارة " أو أجنبي اشترك معه فيه " من الفقرة الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقررت إعادة صياغة المادة بفقرتها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة 129 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة بعد استئذ ال عبارة " لما أبرم " في الفقرة الأولى بعبارة " لم يبرم " ووافقت لجنة 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 والمراكشي ، 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 البيينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتذليل مكتوباً لأن التذليل واقعة مادية (استئناف مختلط في 13 نوفمبر سنة 1934 م 37 ص) – محكمة بني سويف الجزئية في 4 نوفمبر سنة 1899 المحاكم 11 ص 2177) .

ووقوع التذليل مسألة موضوعية ، لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع التذليل مسألة قانونية تخضع الرقابة محكمة النقض ، وذلك كالبت فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفي للتذليل ، وفيما إذا كان التذليل صادراً 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 هذالحيل تختل ف عن مسيها في النصب الجنائي ، إذ يكفي فيها مجرد الامتناع من جانب العاقد ، كسكونه عمداً عن واقعة جهرية يجعلها 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 مال لتعاقد من مزايا 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 تقدمت الإشارة إليها قد دفعت من ضلل بها إلى التعاقد . ومناطق التقدير في هاذ الصدد نفسي أو ذاتي ، كما هي الحال بالنسبة لعيوب 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 أعضائها مسؤولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تذليلاً يبطل التعاقد الذي يتم بينها وبين الغير (3 ابريل 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 كفايته 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 ابريل سنة 1922 المحاماة 3 ص 22)
وانظر نظرية العقد للمؤلف ص 393 حاشية رقم 1 .

([6]) محكمة الاستئناف المختلطة في 3 ابريل 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 تثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء (24 يناير سنة 1923 المحاماة 3 ص 281)
. وقضت محكمة اسبوت الكلية بأن الكذب للتحايل للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخدماته السابقة من شأنها أن يؤثر التأثير الكافي 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 يبين 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 سنوية 1898 م 10 ص 184 - وفي 8 دي سمبر 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 التايمنتدليساً 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 عتاريخ صنع ال سيارة 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 إلا يصير عليها المؤمن له بعد أن يبين الحقيقة . كذلك إذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر ، ف إن هذا البيان الكاتب يعتبر تدليساً (محكمة الاستئناف المختلطة في 25 مايو سنة 1893 م 5 ص 269 - 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 بجهل أن هناك تأميناً يضمنالدين كله ، ويعلم المدين جهل الوارث بذك لك فيحكم عنه أمر الضمان حتى يحمله على هذا الصلح ، وكان يبيع شخص لأخر منزلاً ويحكم عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة . وفي ضت محكمة الاستئناف المختلطة بان بانهلعار إذا كتم عن المشتري أن هذا العقار مستحق كلياً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يتقل العقار من ال حقوق ، 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 نية التدليس ، بل وهو لصحيح الاعتقاد بملكيته وب ملكية من 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 المخ تلمة إليهي حينه وقبل تحرير العقد الابتدائي . فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الزهون والحكر والحقوقالعينية كانت وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التملك قبل العقد النهائي ومن قيام هذا البائع بتسليم عقد البيع الرسميصادر له من البائعين وكشفو خلو العين المبيعة من التصرف ات على ما سبق تفصيله بصدور هذا الحكم - ما جاء من ذلكيدل على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكيته وملكية من باع له ، وأنه ليس في حاجة إلى أن يخ دع المشتري بكتماندعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختلطة لأن الملك على كل حال هو من ضمانه وضمنان بائعيه ، فإذا استحق عليه أن علالمشتريه منه كا ن له عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسحاً للبيع والزمأ له بالتضمينات " (نقض مدني في 20 فبراير سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 327 ص 1094) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بمحله من السرقة ، وقرر كذباً في اجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقيد مشترياته ومبيعاته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جردبضاعته ، وكان منصوباً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما قرره طالب التأمين غير صحيح ، ثماستخلص الحكم استخلاصاً سانعاً 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 أخطأ في تطبيق القانون . ولا يغير من ذلك أن البيان الكاذب لم يكن له دخل في وقوع الخطر الذي حصل من اجله التأمين (نقض مدني في 14 ابريل سنة 1949 مجموعة عمر 5 رقم 408 ص 756 - ملاحظة : تنص المادة 75

0 من القانون المدني الجديد على بطلان كل شرطتعسفي يرد في وثيقة التأمين ، ويثبت أنه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه)

. ولكن محكمة النقضقضت من جهة أخرى بأنه إذا ابطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيساً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفاتر منظملمقيد مشترياته وم بيعاته وقائمة لجرد البضاعة ير اجمعها بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن الدفتر الذي ظهر أنه يعنيه غيرباعت على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأ ن تقريره هذا كان في خصوص أمر جوهرى لتعلقه بسجله المرجع الرئيسي لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدي إليه في حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، فهذا منها قصورفي 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 إثبات . وإذ أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهرياًتعلقه بإثبات الضرر الذي يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيما بين العاقدين طريقة إثباته ، لمثبت ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على الم ومن له دون الشركةالمؤمنة ، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يقيد أنه جوهرى له (نقض مدني في 16 مايو سنة 1946 مجموعة عم ر 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 29 ص 59)

. وقضت محكمة استئناف اسبوت بأن مجرد الكتمان لا يكفي اعتباره غشاً وتدليساً ما دام الأمر الذي تعمد أحد العاقدين كتمه على المتعاقد معه يمكن لهذا أن يع رفه من طرفآخر (استئناف أسبوت في 12 فبراير سنة 1942 المحاماة 22 رقم 244 ص 698)
. وقضت محكمة الاستئناف المختلطةبأنه لا يعتبر تدليساً كتمان الدائن المرتبه عن مشتري العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنهص احب العقار 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 موافقته على البيع ، 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 الأطنان التي يأخذها هذا الشريك هيأطنان مرفوع بها دعوى استحقاق من جهة وقف بحيث لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد القسمة يدخل في مستندات الوقف وأن معظم ما اختص به شريكه يخرج عنها لما رضى بالقسمة ، فإن هذا يكفي لاعتباره في حكم المادة 136 مدني (قديم) حيلة تقصد رضاء من خدع بها (مستفاد من حكم لمحكمة النقض في دائرتها المدن) في أول ديسمبر سنة 1949 ، طعن رقم 69 سنة 18 قضائية ولم ينشر بعد - هذا وفي وقائع هذه القضية أن الشريط زاد علم مجرد الكتمان أنه أخبر شريكه أن ما يختص به غير مهدد بخطر الاستحقاق)

. وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن هذا تبين أن المشتري كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاقه منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأثر 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 الدينوترتب عليه نزاع ملكية العقار ورسا مزاده على الدائن ، فمثل هذه التصرفات هي نوع من الغش والتدليس الموجب لبطال 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 تودعه أمام مشهود باحراق متجره ، لأن هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر في تقدير التبع (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 الإنجليزي مايسميه بالتصوير غير الصحيح (misrepresentation) وهو قريب من حالتنا هذه ، إذ يعلن أحد المتعاقدين الأخر معلومات غير صحيحة ، ولكن عن حسن نية ، فيبطل العقد للغلط لا للتدليس .

([14]) أنظر نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة 171 ص 123 .

([15])

(محكمة الاستئناف المختلطة في 3 يونيو سنة 1911 م 23 ص 351 - 18 نوفمبر سنة 1925 م 38 ص 54 - 31 يناير سنة 1934 م 46 ص 147 - مح كمة مصر الكلية الوطنية في 4 يناير سنة 1923 المجموعة الرسمية 25 رقم 15 / 3 .

([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 حمل به ذلك 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 الأقساط الواجبة الدفع ، وأنذر المشتري بفسخ البيع بعد أن ربح السند المبيع الجائزة الكبرى ، وحمل المشتري 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 ، ويلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتريوما 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 المزداد يتفق مع شخص على أن يتقدم في المزداد - ويزاد عليه مزادة وهمية ، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمي قد يكفي لإلغاء العطاء الذي سبقه ، ويكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للغش أو التمسك بصورية العطاء الأكبر . أما إذا نجح ت الحيلة وتقدم شخصوزاد على العطاء الوهمي ورسا عليه المزداد ، 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 بالتعاقد ، وإنما اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقرأ مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس تترتب عليه مسؤوليته ، ويعطي الحق في طلب التعويض ، سواء وقع التدليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبي عن العقد " . وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي لأنه يقرر حكماً يكفي فيه تقرير قواعد المسؤولية (أنظر في كل ذلك م جموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 175 فيالهامش) .

[18] أنظر في هذا المعنى بلانويل وريبير وبولانجيه طبعة سنة 1949 فقرة 228 . ومع ذلك أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة 384 . ويلاحظ أن هناك وجهاً ل لتوفيق 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 نقول 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 وهيبص 195 - دي هلنس 1 لفظ c onvention) فقرة 64 - هالتون 1 ص 320 - 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 التذليل الحاصل من أجنبي بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتذليل الحاصل منالمتعاقدين نفسه (نقض مدني في 18 مايو سنة 1933 مجموعة عمر 1 رقم 123 ص 214) . فلم تعد محكمة النقضالتذليل الصادر من أجنبي إلا أنه متواطئ مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأي في ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تذليل صادر من أحد المتعاقدين وتذليل صادر منالغير : أنظر نظرية العقد للمول ف فقرة 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 بالتذليل ضد الشخص الذي صدر منه التذليل . فإذا ما داخل العقد تذليل صادر من الغير لم يكن للمتعاقد الذي وقع في التذليل إلا الرجوع عن هذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لا سبيل إلى ابطاله . وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع منالغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جيران طبعة سادسة ص 471) .

([21]) أنظر محاولة للدفاع عن هذا التمييز ما بين التذليل 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 الفرعية التي تقضي بأن التذليل 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 لايشترط أن يكون التذليل صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن ا لمترجم تصرف فيه ، فبدلاً من أنتقيد بالأصل فيذكر أن " التذليل يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة . . . " ، ذكر أن " التذليل يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر . . . " . فهو لما أورد لفظ " رضاء " وأسندها إلى " أحد المتعاقدين " انساق إلى ذكر " المتعاقد الآخر " بشيء من المقابلة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من ال نص الفرنسي 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 للمول ف فقرة 386) .

([23]) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 174 من المشروع التهديدي على الوجه الآتي :

1 – التذليل الصادر من غيرالمتعاقدين لا يعطي حقاً للمدلس عليه في طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو اكن فياستطاعته أن يع لم ، بهذا التذليل وقت إبرام العقد .
2 – فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس في استطاعته أنيعلم ، بصور تذليل من الغير ، فلا يترتب على التذليل إلا تخويل المدلس عليه حق مطالبة ال مدلس بالتعويض " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في صدد هذه المادة ما يأتي :
" اختلفت المذاهب في شأن التذليل الصادر من الغير ، ففريق لا يرتب عليه بطلان العقد . . . ، وفريق يجعل له حكم التذليل الصادر من المتعاقدين من حيث يرتب بطلان . . . ، وفريق يتوسط بين هذين المذهبين . . . فيشترط لا اعتبار التذليل الصادر من الغير عيباً من عيوبالرضاء ، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان يعلم 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 بال غلط . وقد اختار المشروع ماتبعه الفريق الثالث . ويراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالمستفيد في اشتراطلم صلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان في إمكانه أن يعلم ، بالتذليل . ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهي تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتذليل الغير ولم يمكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب . وغنى ع ن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل للانتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الآخر بالتذليل أو لم يكن في مقدوره أن يعلم به " . وفي لج نة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية من المادة لأنها تقرر حكماً يكفي فيه تقرير قواعدالمسئولية ، وأعيدت صياغة المادة على الوجه الآتي :
" إذا صدر التذليل من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أنيطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم ب هذا التذليل " . وأصبح رقمالمادة 130 في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخاستبدل ت عبارة " أو كان من المفروض حتماً أن يعلم " بعبارة " أو كان في استطاعته أن يعلم " ، وأصبح رقم المادة 126 . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أ قرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 174 – ص 178) .

[24] ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط في التذليل والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبتالمتعاقدين المدلس عليه أو المتعا قد المكره أن المتعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علماً يقينياً بالتذليل أو بالإكراه ، فهو علماً الأقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك . وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يتبينه ، ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتذليل والإكراه من جهة أخرى ، حتى يتحمل المتعاقد في الحالة الثانية عيباً في الإثبات أثقل من العبء الذي يتحملة في الحالة الأولى . ولعله يكون فيالحالة الأولى أولى بالرعاية : فمن جهته هو ليس للغلط عادة مظاهر مادية تبرر التشدد معه في الإثبات بينما أنللتذليل وللإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع في غلط يكون أ قل عذراً مما لو كان ضحية تذليل أوإكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تفسر إلا بأن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوصالخاصة بالتذليل والإكراه سهي عليها أن تجري تعديلاً مماثلاً في النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحسن عدماالتشدد 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

التذليل Le dol

2 – التذليل (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]258) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبداً بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

عيوب الإرادة

الوسيط_جزء_1_ عيوب_الإرادة_مصادر_الالتزام

- 259

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 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 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 بنائه 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 قدرأ 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 يبدأه . وينزل مفاوض 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 باطلاً 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 ، ويعده كذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو

خليق 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 . 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 ، أيأ كان الطرفان ، وأيأ 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 يتفان 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 الموصى 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 للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه برادته 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 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 مسئولاً 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 مسئولاً 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 التعاقد بهذا الالتزام ، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشئها بعد أن وجد . فثيراً نمة المدين ، ولكن يبقى مسئولاً 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 التعاقد 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 التعاقد .

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 التعاقد 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 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 التعاقد 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 مسئولاً 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 معيماً 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 يضمن مقدر جزافاً .

([3]) ثم نصت المادة 331 من القانون المدني المختلط على ما يأتي : " ومع ذلك فيبيع الأثر المنعقد وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثر التي تتعدد والزرع الذي ينبت بعد العبي " . انظر 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 الناتج 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 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 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 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 النبوذ غير كبير (انظر 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 لا تمام التعاقد في هذه الصورة برضاه 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 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 للأداب 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 ممدى 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 لا اعتبار 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 وبموافقتهم أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وبقية 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 برضاه 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 يرد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في التركة المستقبلية برضاه 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 تضيضان بان " 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 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 باطلا 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 باطلا تعهد أخ لأخته بان 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 تعامل 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 تعامل 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 منفعه 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 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 انقضاءه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتمتلك 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 تعامل 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 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 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 باطلا . 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 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 البسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة 307 من التقنين الألماني والمادة 20 من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين 56 و 57 من التقنين البولوني إلخ . . . على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجعلها من المتعاقدين بالتعويض) " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بان 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 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 استحالة 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 ، فينقض 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 الأقبيل 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 ، فيبيع 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]) .

وواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرماً 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 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 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 القاعة 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 خليق 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 نزفه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إن 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 لزم 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 ذلك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في إنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى 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 المستقبلية استطاع أن يبيد 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 برادته 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 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 مستحيلًا ، 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 مستحيلًا في ذاته كان العقد باطلاً ([11]) " .

219 – الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلًا في ذاته كما تنص المادة 132 ، لا أن يكون مستحيلًا بالنسبة إلى الملزم م فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل فني يكون مستحيلًا 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 . 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 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 مستحيلًا ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلًا ، 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 محلًا 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 فيبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التي تنعقد والزرع الذي ينبت بعد العبي " . انظر 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 يزول 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 النتاج 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 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 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 مورثه ، 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 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 هاماً 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 (انظر مع ذلك المادة 636 من تقنين الالتزامات السويسري والمادة 312 من التقنين الألماني وكذلك المادة 1271 من التقنين الإسباني والمادة 1370 من التقنين الهولندي والمادة 58 من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاه . وليس كفي لتمام 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 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 كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لا اعتبار 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 وابقى 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 برضاه 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 برضاه 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 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 - 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 بان " 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 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 تعاملاً 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 مستحق في وقت قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقت كميلاً لمدينه توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بان 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 يونيو 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 مستقبله - 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 مستقبله ، 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 . والتحويل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تحلله 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 بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتمتلك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعه 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 يونيو 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 مستقبله ، 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 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 بعبث . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 يونيو سنة 1934 (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في 4 يونيو 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 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 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 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 استحالة 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 ، فينقض 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

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 بيديهي ، 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 اباحة 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 ما 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]) .

وواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرأ 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 يبدأه . وينزل مقاول 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 للآداب 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 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 نزقاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحريم 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 ، أي كان الطرفان ، وأي كان نوع التعامل لئلا يترتب على 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 إليه 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 يتفان 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 أبحت 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 للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يبالغ عليه ، أو ينزل عنه بارادته 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) .

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 . ففتيراً 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 يقضي 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 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 التتام 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 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 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 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 ببطان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاء 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 كيفي لاتمام التعاقد في هذه الصورة برضاء المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاء المورث ، ويجب أن يكون رضاء 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 رضاء 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 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 لا اعتبار 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 ويموافته 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 قضيان بان " 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 يصبح ، 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 يؤول 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 تعاملاً 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 توقع موت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بان يدفع لها مبلغاً معيناً على إلا تطالب بشيء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنتها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلية وقد اقرنت الهيئة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في 18 يونيو 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 اتفاهم 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 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 انقضاءه لصالحه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحررت هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتمتلك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكيف 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 شرعا (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 مملوكا له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملا 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 بعيب . 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 تمهد شخص بليجار عين ستؤول إليه في تركه كان عقده باطلا (محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في 2 يوليه 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 مستحيلا استحالة مطلقة ، كان العقد باطلا . 2 - أما إذا كان الأمر مستحيلا على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعبه " . 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 البسير 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 جهلها من المتعاقدين بالتعويض) " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بان الأمر يكون مستحيلا في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : " إذا كان محل الالتزام مستحيلا 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 " مستحيلا في ذاته " هو أن يكون مستحيلا 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 مستحيلا 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 يبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستحيلا 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 قابلا للإبطال (م 466 من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحا قابلا للفسخ .

([13]) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير الملتزم ، فينقض 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 محلا للالتزام، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

فالشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد، كالشمس والهواء والبحر. ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته ([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 للمتلاكم. 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 وفقاً 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 أو لهما معاً. ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً. أو هو إضاح 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 ([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 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 شؤونه، ولا تحميه 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، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر. وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب، كالاسترقاق وإدخال المهرجات 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 الملائم لروح عصره، فالقاضي يكاد إذن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بأداب 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 تأثر القانون المضطرب بالعوامل الخلقية، حتى صح 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.

(ثانياً) 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

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 لخليها 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 الهيئة 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 مسؤولاً 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، كالإتفاق 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 . وكرمة النفس 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 إلا 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 إلا 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 بالآلا 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 ، كأن 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]) . ثم بدأ ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرز 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 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 بالامتثال 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 وينسب 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 يرمي إلى جعل الموظف يستقيل 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 تعاقده باطلاً . فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذ 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 والحمامة، 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 العبارة 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 والعملة تعتبر من النظام العام ، وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء ([13]) .

233 – النظام القضائي:

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 النقص 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 الذي 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 ، كأن يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تديداً ، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة مبنية على سبيل الحصر ([15]) .

2 – روابط القانون الخاص

235 – الأحوال الشخصية والمعاملات المالية:

هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، أو داخلة 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 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 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 الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوي الأرحام، تعتبر كلها من النظام العام، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبته 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 تقسح المجال للنشاط الفردي، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف. ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية.

فمن الأسس التي تقسح 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 يقيد المالك بالبقاء في الشئويع لمدة تزيد على خمس سنوات (م 834 من القانون المدني الجديد) ، لأن الشئويع 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 الإغفاء 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 باطلاً 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 الإغفاء من المسؤولية التصديرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ، ولا الإغفاء 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 بالالتزام الطبيعي.

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 الآداب. وسنرى عند الكلام في السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها، 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). وبعد 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 جزءا القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون اجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً، 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 بمسئوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب بباطل 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 يؤدون 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 تعاقده معه، بل كشف له عن سر حقيقي كان بجعله.

([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 ببطان العقد، فأصبح مماثلا 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 الريشناخ 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 الريشناخ 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 نبيذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك اطراح 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 أرائه 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 الخلفية تتدخل في الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعي. فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا، لا تكراً 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، بان يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلاً. وقد يأمر، بطريق غير مباشر أيضاً، بما تأمر به الأخلاق مباشرة، بان 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 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 يأباه 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 .

([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

- 260

كيف نشأت نظرية السبب -التزامات

كيف نشأت نظرية السبب

247 -القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم:

في هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب . ولعل نظرية قانونية لا يلقي عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقي التاريخ على نظرية السبب . وسنرى أن القانون الروماني ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكلية . وقد نبنت النظرية ثم ترعرعت منذ تحررت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي كما قدمنا . وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير 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 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 الالتزام العقدي إذا الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم 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 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.

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

والسبب 261 لا يتميز بخصوصية معينة في عقد البيع - الذي هو من العقود الملزمة للجانبين والتي يكون فيها سبب الإلتزام 262 هو الإلتزام المتبادل نفسه 263 .

- 261

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 يلقي عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقي التاريخ على نظرية السبب. وسنرى أن القانون الروماني ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكلية. وقد نبنت النظرية ثم ترعرعت منذ تحررت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي كما قدمنا. وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير 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

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

- 262 -

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 ببعض - 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 بالامتثال 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 - تقرب الحق العيني من والحق الشخصي : أما الفريق الأول ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول ، فيرى أن الحق العيني هو كالحق الشخصي رابطة مابين شخصين . لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص . ولا يمكن أن يقال في الحق العيني إنه رابطة مابين الشخص والشيء ، 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 غن يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتماثلان من حيث الطبيعة والعناصر . وإنما يختلفان في شيء غير جوهرى هو جانب المدين . دائماً 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 والشيء . 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 وشيء " . وأما القول بأن الحق العيني هن حق شخصي عام من حيث المدين ففيه مغالطة لا تخفى عند التعمق في النظر . إذا لحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلزم الناس كافة باحترامه . فإذا أحل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرض المدين مثلاً على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مسنولاً ووجب عليه التعويض . ولكن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً يميزه عنه ، هو الجانب الخاص من حيث المدين إلي هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق

شخصي يوجد مدين معين ، أو مدينون معينون ، هم الذين يباشرون الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق بوساطتهم ، ولا وجود لهؤلاء في الحق العيني . وهذا فرق جوهري ما بين الحقين تترتب 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 إلي الحق الشخصي لا باعتبار أنه رابطة ما بين ، بل باعتبار أنه عنصر مالي ، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال . فتتجرب 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 الحقين 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 الحقين 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 مدين معين يباشرون بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق .

6 - نتائج هذا التمييز : وهذا التمييز ما بين الحقين لا يزال تمييزاً جوهرياً في كل القوانين التي اشتقت من القانون الروماني . وتترتب عليه نتيجتان هامتان : 1 - لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فصاحبه 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 - المذهب 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 بالرومان : *juris vinculum* .

ولم تثبت هذه الرابطة على حلا واحدة ، بل إنها تطورا . فكانت في أول أمرها سلطة تعطي للدائن على جسم المدين العلى 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 مثلا . ولم يصل الدائن إلي 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 ، ويتربط دينا في ذمة المدين .

ولا يزال الالتزام محققاً بهذين المظهرين إلي 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 ولا تمتد إلا إلي 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 شئين من طبيعة واحدة ، ولا يختلفان إلا في الدرجة ، ففي الملكية يكون الخضوع كلياً ، وهو جزئي في الالتزام ، ولكنه موجود في الحاليين .

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 جيريك (*Gierke*) ، وأبو أن تستقر في الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها . وقد بين جيريك أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني ، بل تنظر إلي محل الالتزام وهو العنصر الأساسي ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، فينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بلحمة فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية ([3]) . هذه هي النظرية المادية (*theorie objective*) للالتزام ، أم تقتصر على ألمانيا ، فقد نشرها عي فرنسا نقلا عن المدرسة الألمانية سالي (*saleilles*) ، 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 إلي 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 :

(أولا) لما كانت العبرة في الالتزام بمحل دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام ، ليس من دائن إلى آخر فحسب ، وهذا ما يسلم به التقيني 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 التقينيات 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 ، ويكفي أن توجد 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 نرى 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 يأتي 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 يستطاع 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 تتماشى 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 . وسنرى 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 يسمي 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 تعمل .

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 الواسع 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 حظها 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 تصورها 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

تأماً . فالالتزام ، كما هو مذكور في التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدى ذلك أن لكل التزام مديناً 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 وتحزراً من تأكيد الطابع المادي للالتزام في نص تشريعي تأكيداً قد يجعله بطغي 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 الأتيتين :

(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 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 أساساً رياضية يضاهاي 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 لوحدتها أصلها التاريخي ولسيادة المنطق فيها ، فليس بصحيح ما يزعم بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت ثابتة على الزمن ، تلقينها عن الرومان كنا هي دون تعبير يذكر . والصحيح أن نظرية الالتزام تطورا تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى النوم . وقد تأثرت في تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

17 - تأثر النظرية بالعوامل الاجتماعية : فالنظريات الاشتراكية وما في مناهها من النظريات الأخرى أثرت في نظرية الالتزام تأثيراً واضحاً . هذا عقد العمل ، وقد أخذ يزدحمن بالقواعد والأحكام التي تهدف إلى حماية العمال وإلى إعطائهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل كطرية الاجتماع وحق تكوين النقابات وحق الإضرات . 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 العبن ، 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 تعاقد يلتزم بما أراد مهما أصابه من عبن 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 التبعية . 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 تقضي بان 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 بصلبة 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 بذوى القربى والأرحام . فإذا قلنا أن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهي عن المنكر لا نكون مبالغين في هذا القول ، ونكون قد دللنا في الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيئان متلازمان .

20 – ترتيب موضوعات الكتاب : بعد هذه الإلمامة العجلى بالالتزام نبداً 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 بالبداية 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 بإرادة منفردة هي إرادة صاحب الحق . أما التنازل عن الحق الشخصي فكان في القانون المدني القديم لا يتم إلا باتفاق الدائن والمدين تالياً لناحية ما ينطوي عليه الحق من رابطة شخصية ، ويتم الآن في القانون المدني الجديد بإرادة صاحب الحق وحدها تالياً 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 الحيابة ، وهي التي يستند إليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالحيابة ترد على كل من الحقيين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص 7 وهامش رقم 1) . نرى أنه لا يوجد سبب في منع 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 أمانيتان : نظرية الذمة المالية ونظرية المديونية والمسئولية .

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) والمسئولية (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 الإيجاب على الوفاء ، إنما الإيجاب هو المعنى الذي تتضمنه المسئولية . فالمدين قد يكون مديناً ومسئولاً في وقت 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 المسئولية عن المديونية ، فلا يمكن إجبار المدين 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 المسئولية في المال ، فيصبح المال دون الشخص في هذه الحالة هو المسئول (ويقرب من الكفيل العيني أو الحائز للعقار المرهون) . 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 المسئولية العينية ، وهي أحد العنصرين الجوهريين للالتزام ، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصبغة 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 عَرَضاً 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 حظها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل .

والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصي ، مع ان 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 . 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 . ومؤدى ذلك أن لكل التزام مديناً 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 وتحزراً 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 يفي 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]262) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 9 في الهامش .

([2]262) 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 . ففي 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 مجالاً فسيحاً للسمو بالمنطق القانوني إلي أرفع مكان.

بل قد يبالغ بعض الفقهاء فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ، ويجردها من كل ذلك ، ويزورها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالي إلي 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 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 ، قانون الإلتزامات و العقودقريبة 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 و عيوب 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 ، 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]) .

و عيوب 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 ايجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون (الحالي) الجديد .

1 – النظرية العامة في الأهلية

2 – أحكام الأهلية

المطلب الثاني

(Vices du consentement)

عيوب الإرادة

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_الإرادة ,مصادر_الالتزام

مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام 21-34 ج

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]262) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبداً بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

عيوب الإرادة

الإكراه La violence

– الإكراه

(La violence)

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 تحدته 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 ، فاختر 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 امسك 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 ننظر 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 ([1]262) ، 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]262) .

أما القانون الجديد فقد تجنب 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 يدعها 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 أخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه ([3]262) " .

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]262) " .

191 – عنصران للإكراه :

ويستخلص 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 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]262) .

عيوب الارادة

[2]262 () 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 بوتيه الذاتي ، وقاتهم 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]262 () تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 176 من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يكون العقد قابلا للإبطال إذا تعاقد 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 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 ، وروى أن الخطر الجسيم الذي يحدق بالغير فيبعث الرهبة في النفس إلى حد التعاقد فيه تحديد كاف للغير الذي يعتبر الخطر المحدق به أكرها . وأبدلت كلمة " حالا " التي تصف الخطر الجسيم في الفقرة الثانية بكلمة " محققا " . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استيقاظ 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]262 () 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 للمكروه 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 استيقاظ 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]262 () 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) . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البنية 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 أكرها 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 تبين 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_ الإرادة_ مصادر_ الالتزام

الاثنين، 5 ديسمبر، 2016

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 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 . فالمكروه إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه 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 المكروه بيد المكروه وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً 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 فتنترب 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 لإبطال 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 ([1]262) ، 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]262) .

أما القانون الجديد فقد تجنب نصوصه هذا الخلط ، فاقتصر 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 يدعى أن خطراً جسيماً مهدداً 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]262) " .

وتنص المادة 128 على ما يأتي :

" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكروه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه ([4]262) " .

191 – عنصران للإكراه :

ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنتان :

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 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]262) .

عيوب الإرادة

([1]262) نظرية العقد للمؤلف ص 437 – ص 444 .

([2]262) 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 بوتييه الذاتي ، وفاتهم أن المعيارين متعارضان ، وأن بوتييه إنما أراد إبدال معيار القانون الروماني الموضوعي بمعياره الذاتي ، أو هم توهموا أن نقد بوتييه لمعيار " الرجل الشجاع " من شأنها أن ينزل المعيار إلى " الرجل المعتاد " ، ولم ينتبهوا إلى أن بوتييه لم ير إبدال معيار موضوعي معيار موضوعي آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتي محض (نظرية العقد للمؤلف ص 434 حاشية رقم 3) .

عيوب_الإرادة

السبت، 24 ديسمبر، 2016

الاستغلال L'exploitation

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 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]262) . (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 ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسلم أثمانها للعمل اجره ، 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 وتعبته في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاقت من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لا تعدد 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 فيها 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 ، وأنبه 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 حدداها 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 التقنينات 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 تافها 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 بمن 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 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 ابطالاً 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 حلا عادلا لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل ، ودون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى ، تكون قاعدة ظالمة رغماً من مظهر خداع فيها للعدالة .

وقد اعتنقت التقنيات الحديثة النظرية النفسية ، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . فقضى 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 يوديه ، 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 (2]262) .

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 (3]262) " .

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]262) " . 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 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 .

عيوب الارادة < الاستغلال

الوسيط_جزء_1, عيوب_الارادة, مصادر_الالتزام

263 - 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

الالتزامات المتقابلة إذا كانت محددة بأجل لكلا طرفي العقد فإن عدم احترام الطرفين للأجل المتفق عليه يعتبر تنازلاً ضمنياً منهما عنه ولا يكون أحدهما في حالة مطل إلا إذا أُنذره الآخر من أجل تنفيذ التزامه دون جدوى

في شأن وسيلة النقض 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 بقبية 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 بقبية الثمن الذي يقع على كاهل المطلوب في النقص هو الأسبق في التنفيذ على التزام العارضة، وأن عدم أدائه لبقبية 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. ويثبت كون الطرف المطلوب في النقص هو المكلف بالبدء بتنفيذ التزامه بأداء بقبية 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 بقبية 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 حقا خالصا للعارضة استناداً لأحكام الفصل 234 وظاهر نص الفصل 235 من ق ل ع وليس للمطلوبين في النقص اللذين استنكفا عن تنفيذ التزامهما التعاقدى 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 ضمنياً منهما عنه ولا يكون أحدهما في حالة مطل إلا إذا أُنذره الآخر من أجل تنفيذ التزامه دون جدوى. ومحكمة الاستئناف لما قضت بفسخ الاتفاق المبرم بين الطرفين وعلته بما جاءت به من أن " المستأنفة فرعياً قد دعيت 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 فرتبت على ذلك أحقية المطلوبين 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

الدعوى الناشئة عن الالتزام – شروطها

القرار رقم 323

الصادر بتاريخ 16 يراير 1983

ملف مدني رقم 84592

القاعدة

لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناجمة عن إلتزام 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 بعلّة أن الخصم يستعد لدفع باقي الثمن تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض.

باسم جلالة الملك

إن المجلس

بعد المداولة طبقاً للقانون،

دراسة ركني التراضي :

التراضي (الفصل الأول)

المحل (الفصل الثاني).

الفصل الأول في التراضي :

يعتبر التراضي عمود عقد البيع . 264 .

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 ملتزما 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 لإخوة 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 النقص في تاريخ 22 أبريل 1976 مقالا يلتمس فيه الحكم له على طالب النقص بتتيمم 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 المدعى 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 المدعى مستعد لدفع باقي الثمن ففضت لذلك ووفق طلباته فاستأنفت المدعى عليهما مبديين في أوجه استئنافية 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 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 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

- 264 -

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 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 استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد .

فنحن نبحث القواعد التي يقوم عليها التراضي والمحل والسبب ، وكذلك الجزء 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 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 المنطوق يقضي بأن يكون بحث العقد داخلاً ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تتغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً 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 صاحبها 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 المجالات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

كذلك لا يعتقد براءة 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 الإراتين . وقد يبرأ لتعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها بائناً ، 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 الأصل وتعبير النائب :

قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصل في التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فننقلكم (أولاً) في التعبير الصادر من الأصل ، 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 دلالة 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 المؤلف 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 ، عرقية كانت أو رسمية ، في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقعا عليها أو غير موقعا ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلاً كانت أو صورة . ويدهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد من يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً ، فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهز الرأس عمودياً 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 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 اتخذته 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 حقا 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 ([9]) .

وأى 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 خاصاً؛ 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 طريقاً 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 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) ، وبأن 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 قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمني كان معمولاً به قضاءً 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 الإثنان متطابقين . 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 يوشر 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 اختلفنا في الالتزام وكما اختلفنا في نظرتهم العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فقطرتها موضوعية (objectif) ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فقطرتها 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 أثرها هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في ممكنها 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 تعاقف معه كان ينطوي على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية ([14]) .

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقًا خاصًا لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيرًا صريحًا أو تعبيرًا ضمنيًا ، 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 ([15]) .

80 - موقف القانون الجديد :

وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافًا بسيطًا 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 اقتراجه 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 صريحًا أو ضمنيًا - سواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة - لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضى 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 يقم الدليل على عكس ذلك " ([16]) ولا نظير لهذا النص في القانون المدني القديم .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجود فعليًا ووجوده وجودًا قانونيًا . 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 إيجابيًا مثلًا 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 قائمًا لا يجوز العدول أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائمًا 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 قائمًا 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 ملزمًا . وحتى يكون الإيجاب ملزمًا 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 ملزمًا ، فإذا كان ملزمًا فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قول مثلًا ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثره القبول أكثر وضوحًا 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 سترها في التعاقدين الغائبين .

وقد جاءت المادة 91 بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوي عليه من خفاء ، فقصت بأن وصول التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علمًا 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 مترددًا ، 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 التعاقدين الغائبين .

82 - الموت وفقر الأهلية - أثرهما في التعبير عن الإرادة :

وقد قدمنا 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 تقضى به المادة 92 من القانون الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته

قيل 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]) .

ويرجع 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 لأخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، فقلها الأخر ، 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 تلتزم 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 - وبيان 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 ركناً 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 يوم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحيازاً 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 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 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 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 بتلاقي 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 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 الأبد من إرادة حقه منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني (وكان المتصرف وقت تحرير العقد مريضاً عصبياً أفقده الإرادة وانتهى بالانتحار) (نقض مني 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 غيبية 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 والتوريم 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 سببا 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 باطلا لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلا 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 فورها أمر البحث في المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فيأبهما يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرمانى ، مؤثرا الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلا عن ذلك ، سندا قويا في الشريعة الإسلامية ، غذي تعدد اعتدادا بينا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بنزعة مادية واضحة ، فإذا كان من وجه إليه التعبير عالما بالتحفظ الذهني المتعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يعد في الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إثبات 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 لمعنا 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 ويلبها عمل تنفيذي . فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلي ذلك مرحلة التدبير (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 تميزا فيه كل هذا الوضوح ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبير إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبير ينفعل أحدهما مع الآخر للتدبير 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 يتتبع التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبير ، هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكا لا تعقيب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهي إليه الإدراك والتدبير ، 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 تعبا للظروف ألا يدع شكا فيما يشتمل عليه هذا التعبير . 2 - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم يقض القانون أو ينفق 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 ثمنه 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 تعبيرًا 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 بقولا 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 أطلانا تشمل العين الموعد ببيعها (نقض مدني 6 يونيه سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 90 ص 188) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجابيا 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 يفيدوا 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 تعبيرًا صريحا ، ولكنه يتطلب مثلا اتفاقا خاصا (أنظر م 309 و م 445 و م 781) ، أو ينص على أن الإرادة لا يفترض (أنظر م 279 و م 354 و م 360) ، أو يستوجب أن يكون تغيير الإرادة تفسيرًا ضيقًا (أنظر م 555) وفي جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح ، ولكن تجب الحيطة 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 مسلحا معيّنًا أو ضربًا من ضروب التصرف قد يعتبر إفصاحًا 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 أيضًا مقالا له في المجلة الانتقادية سنة 1901 - مقال الأستاذ مينال

(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 - وولتن 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 وهزلهن جد ، أي أن الإرادة الظاهرة تغلب 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 بتصديدها . ويتربط 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 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 مبدئي 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 يرتب عليه الحق في التعويض ، على أساس المسؤولية التقصيرية ، لمن أطمأن 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 فتتفرق إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (1) عند تفسير العقد إذا أخذنا لقاضي مبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجتهد سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المألوف 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 ، وستتناول 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 يتم 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 أوفى 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 قريبة عليه لأنه أكثر انضباطاً . على أن تكون هذه القريبة 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 الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قريبة 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 بزم من 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) . وسياتي 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 بوفاء من صدر منه أو يفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفير صفة اللزوم له تفرغاً 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 يبين 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 فقده لأهليته . 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 يفرض على الإضرار بورثته المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا يبيّن 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 فقده لأهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة راعت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهي أو منطقي 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 لأخر 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 .

(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 فقده لأهليته يسقط التعبير ، فكانت المادتان 51 / 73 من هذا القانون تنتصان 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 نطقه 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

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) 265 .

أثره إلا إذا وصل هو أيضا إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد (2) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقي قبوله قائما ، 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 .

-265

صحة التراضي - مبحث في الأهلية و عيوب 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 ، 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]) .

و عيوب 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 نقض 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 توحيد 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 .

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 عاقديّة ، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى .

ويتبين من النص المغربي أنه " إذا وقع من المتعاقدين ما يدل على الرضا بالبيع واتفقا على الثمن والمثمن وعلى بقية شروط العقد انعقد العقد بينهما" .

في ترجمة العربية 266 .

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 – لعيوب 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 أثر 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 تنتزع القوانين في النصوص التمهيدي ، والمادتان الأخريان وردتا في سياق قواعد البطلان " (مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 109) .

الوسيط_جزء_1, عيوب_الارادة, مصادر_الالتزام

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,

- و عليه 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 الشيء²⁶⁷ بينما لم يقصد الطرف الآخر إلا كراء هذا الشيء ، فهنا نكون أمام تعارض الإرادتين وبالتالي لا يقوم التراضي

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.

- 267

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 المنفردة 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 مجلس 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.

ويقال 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 يبدو 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 أباة 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 "

. 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.المغربي²⁶⁸. المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى "

([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 يربط القانون حقوقاً للأفراد على هذه الأشياء لأنها غير قابلة لترتب حقوق عليها إذ هي خارجة عن التعامل (بلانويل وريبير وبيكار 3 فقرة 62).

وإذا انقضت 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 يابى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر ، ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته (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 ، فأشعة الشمس بحصرها 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 فأنه أن يورد له نصاً . أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً لغموض ، كالتصريح 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 تمكنه 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 والمأكولات 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 " .

وستتناول 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

([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 أياً كان ذلك الحق ، سواء أكان عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية الخ . 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 . ()

... 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)

269

بما تتضمنه الأحكام المنظمة للعقد البيع.

ويلاحظ 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 . 270 المحدد لمضمون 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 والتمن.

يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى.

- 269

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.

- 270

ثانيا : الاتفاقات والعقود

الفصل 19

لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط 270 المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية. والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر... 270 جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه

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 تثر 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 بصدها، وهذا بغض النظر عن كبر أو ضآلة 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 والثمن) 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) 271.

- وعندما تكون جميع العناصر المشاركة 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 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 1981 272

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 المبيعة ليس من شأنه أن يفقد العقد ركنا أساسيا من أركان البيع ".

واهتمام 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 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 فالنظم البائع بتكملة ما انتقص من هذه المساحة من أراضي 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 سايرت محكمة الاستئناف بالرباط الاتجاه الذي تقضي به النظرية العامة للالتزام عندما اعتبرت في قرارها الصادر بتاريخ 18 يونيو 1929 273

أن " الاتفاق الذي موجبه 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 تعاقدية²⁷⁴ . في هذه الحالة الأخيرة لا نكون أمام توافق الإرادتين بالمعنى القانوني للاصطلاح إلا إذا زال ذلك المانع.

الأشخاص المعتمد بهم لقيام توافق الإرادتين (المطلب الأول) سنعمد إلى دراسة حالة الأشخاص الممنوعين في قيام توافق الإرادتين (المطلب الثاني) .

المطلب الأول:

الأشخاص المعتمد 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 المعتمد 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 شئيه أو حقه المالي الآخر بنفسه من جهة وكل من يريد شراء هذا الشئ 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.

..274

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

المطلب الثاني : نواب الأطراف الأصليون 275 .

الفصل الثاني : المحل 276

- 275

(يراجع الجزء الثاني من المجلد الثالث النيابة في القانون المغربي من مؤلف الأساسيات والضروريات في مختلف المناحي توثيقاً وتصحيحاً . لنفس المؤلف).

- 276

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 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 اباحة 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]) .

والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرماً 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 يبدأه . وينزل ماقول 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 باطلاً 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 للأداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعده كذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو

خليق 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 يبدد 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 ، أيأ كان الطرفان ، وأيأ كان نوع التعامل لئ قد 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 يتفان 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 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 للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسّمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه برادته 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 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 ولتسرعه 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 . 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 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 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 اذا 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 ، كأبن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قل أن يثبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدر جزافاً .

([3]) ثم نصت المادة 331 من القانون المدني المختلط على ما يأتي : " ومع ذلك فبيع الأثام المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثام التي تتعقد والزرع الذي يثبت 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 (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 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 بضرورب 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 النبويع 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 في لاتمام التعاقد في هذه الصورة رضاه المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاه المورث ، ويجب أن يكون رضاه الجميع ثابتاً في عقد رسمي . واذ 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 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 بتركنه . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لا اعتبار 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 وبموافقتهم أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وابقى 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 الشركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فعُدلت نص المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " 1 - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . 2 - غير أن التعامل في شركة 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 إباحتها التعامل في الشركة 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 - 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 تضييقتان بان " بيع الحقوق في شركة 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 الشركة ، 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 شركة مستقبلية . ولا يعد تعاملاً في شركة مستقبلية أن يوكل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أملاً في سداد الدين من الشركة التي سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن شركة مستقبلية ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالشركة . 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 شركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بان يدفع لها مبلغاً معيناً على إلا تطالب بشيء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت لابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في شركة مستقبلية وقد اقررت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في 18 يونيو سنة 1939 المحاماة 10 ص 99) .

ولكن يعد تعاملاً في شركة 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 شركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث شركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية شركة تتوول إليه ، والزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون الشركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعاً تعود عليه من عقد .

([8]) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في شركة مورثه - وهذا بيع باطل لأنه تعامل في شركة 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 شركة 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 بالإنسان 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 . والتحيل 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 انقضاءه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتمتلك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف 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 يونيو 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 شركة 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 بغييب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 يونيو سنة 1934 (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في 4 يونيو سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 372 ص 1138) .

هذا والتعليل الذي ذكرناها في تحريم التعامل في الشركة 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 بليجار عين ستؤول إليه في تركه كان عقده باطلاً (محكمة النقض الفرنسية في دوائرها الجمعية 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 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 . فبعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من السير 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 بان 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 استحالته المطلقة ، 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 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 الملزم ، فينقض 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 يرد 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 ، فيبيع 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 تثبت ، بثمن مقرر 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 بنائه 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 قدرأ معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد اتم صنعها ، بل لعلة لا يكون قد بدا في ذلك ، وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبداه . وينزل مفاول عن الأجر في مفاولة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة .

على أن القانون قد يجرم 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 يجرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل في الشركة المستقبلية ، وهذا ما ننقل الآن إليه .

217 – الشركة المستقبلية : نصت الفقرة الثانية من المادة 131 من القانون الجديد على ما يأتي : " غير أن التعامل في شركة 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 الشركات المستقبلية مخالفاً للأداب لأن من يتعامل في شركة 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 حرموا التعامل في الشركة 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 شركة 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 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 شركة مستقبلية 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 بالشركة المستقبلية ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها ، وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالشركة 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 شركة مستقبلية في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال الشركة ([7]) . ويستوي أن تأتي الشركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في شركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل في الشركة المستقبلية فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في الشركة 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 الشركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من الشركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذلك 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 يبيد عن هذه الأحكام ([9]) .

وكل ضرب من ضروب التعامل في الشركة 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 بإرادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره ([10]) ، أو أن يجري عليه أي نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازها 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 . فترا دمة 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 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 الحكم 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 ، 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 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 الناتج 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 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 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 مورثه ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صرح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أبيض 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 بضرور 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 الإسباني والمادة 1370 من التقنين الهولندي والمادة 58 من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في التصرف وارتضاه .

وليس كفي لا تمام التعاقد في هذه الصورة برضاه 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 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 للأداب 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 معنى 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 . فلمورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وبمافتته 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 برضاه 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 برضاه 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 تعاملاً في تركة مستقبلية . ولا يعد تعاملاً في تركة مستقبلية أن يوجّل 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 يولية 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 منفعاً 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 تحلّفه 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 شابها مخالفة للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتمتلك 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 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 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 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 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 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 البسير 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 يجعلها من المتعاقدين بالتعويض) " .

وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بان 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 استحالته مطلقاً ، 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 مطلقاً 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 ، فينقض 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 الأقبيل 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 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 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 قدرأ 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 . وينزل مداول 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 باطلاً رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م 1033 فقرة 2) أو رهناً حيازياً (م 1098) وقد يحرم جميع شروط 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 للآداب 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 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 . 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 لئلا يزداد 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 للمورث 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 يتفان 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 ذلك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في إنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى 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 المستقبلية استطاع أن يبيد 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 يصالح عليه ، أو ينزل عنه براءته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يوزعه ([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 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 . فترا دمة 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 مستحلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحلاً ، 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 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 م 208) .

([2]) نقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كأبن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا تمتع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قل أن يثبت بسعر الوحدة لا يضمن 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 يثبت 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 يزول 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 (بقرتيه) 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 برضاء 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 يبيح 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 احتدى هذا التقنين مثال اغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاء 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 النبوذ 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 لإتمام 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 بإجماع إرادات ثلاث ، فلهذه 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 ، والتقنيات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضماً جديداً . فكل تصرف يرد على تركه مستقبلاً لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركه . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لا اعتبار 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 وبموافقتهم أن يتفوقوا 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 يوول 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 ، فعُدلت 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 تضيضان بان " 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 يوكل 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 لمدينه توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بان 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 يونيو 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 توول 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 سيوول 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 انتقائه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف 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 يونيو 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 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 نصيبهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بسبب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 يونيو سنة 1934 (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في 4 يونيو 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 مقتع ، 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 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 باطلا . 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 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 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 ، فينقض 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 يابى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد، كالشمس والهواء والبحر. ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته ([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 للامتلاك. فعند ذلك يصبح 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. فالملك 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 فإثر 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 (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، وأمکن 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 شؤونه، ولا تحميه 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 نحصر 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، 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 (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 الملائم لروح عصره ، فالقاضي يكاد إن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد بأداب 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 صح 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 .

(ثانياً) 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 .

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 توجيه الضرورة، كالإتفاق على المباراة أو المصارعة، وأن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لا تنتشر هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها. وكرامة النفس 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 متجرًا 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 إلا 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 بالألا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بعمل 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 بدأ ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرز 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 بتقييده (9). وقد جاء القانون المدني الجديد مؤيداً هذا المعيار المرز، فاشتراط لصحة القيد أن يكون مقصوداً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م 686)، وإذا التفق 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).

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 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 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 تعاقده 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 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 والعملة تعتبر من النظام العام، وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء ([13]) .

233 – النظام القضائي:

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 النقص 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، كأن يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديلاً، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة مبينة على سبيل الحصر ([15]) .

2 – روابط القانون الخاص

235 – الأحوال الشخصية والمعاملات المالية:

هذه الروابط إما 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 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 يعقد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كان تكون

الأولاد على دين الأم مثلاً. والنققات بمختلف أنواعها، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع 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 يقيد المالك بالبقاء في الشبوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م 834 من القانون المدني الجديد)، لأن الشبوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه 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 باطلاً 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 يقيد 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 للاتفاقات 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 بالالتزام الطبيعي.

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 الآداب. وسنرى عند الكلام في السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها، 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 اجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً، 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 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 بصحة 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 يجله.

([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 ببطان 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 لفكرة النظام العام . وكان يرمى 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 الواسع نذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك أطراح ما توطد واستقر من التقاليد . وقد رؤى 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 بخلق بالقاضي أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في العزل 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 تكراً منه بل اعترافاً بجميل عليه ، فالقانون يعد هذا وفاء للالتزام الطبيعي وليس تبرعاً . فالقانون إذن قد ينهي بطريق غير مباشر عما تنهي عنه الأخلاق مباشرة ، بان يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلاً . وقد يأمر ، بطريق غير مباشر أيضاً ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بان 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 دالوز 1916 – 1 – 247 وسيريه 1920 – 1 – 17 مع تعليق بنكاز – انظر في هذه المسألة بلانيول 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 نيشان) – 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 بأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدلي على أن يرسل الطبيب عملاء 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 .

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 كالتزام ينقل حق عيني 277 - أيا كان هذا الحق أ والالتزام بعمل معين، وتسليم العين أو إقامة مبنى، والالتزام

([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 إيجارا 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 اتته هي اضطره إلى ذلك (نقض مدني في 29 فبراير سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 35 ص 85). وكيف التعهد بأنه التزام أصلي معلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج.

الوسيط_جزء 1_ محل الالتزام ، مصادر_الالتزام

- 277

الأجل – الالتزامات المتعاقبة – عدم التنفيذ – تنازل عن الأجل

القرار عدد 156 بتاريخ 02/04/2013

في الملف رقم 2594/1/7/2011

القاعدة

الالتزامات المتعاقبة 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 أذره 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 بقبية 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 بقبية الثمن الذي يقع على كاهل المطلوب في النقص هو الأسبق في التنفيذ على التزام العارضة، وأن عدم أدائه لبقبية 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 بالبدء بتنفيذ التزامه بأداء بقبية 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 بقبية الالتزامات، وكان عليها أن تطبق الفصل 234 من ق ل ع. والمحكمة لم تلتفت لبند 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 حقا خالصا للعارضة استناداً لأحكام الفصل 234 وظاهر نص الفصل 235 من ق ل ع وليس للمطلوبين في النقص اللذين استكفا عن تنفيذ التزامهما التعاقدى الأسبق لجهة التنفيذ على التزامات الطاعة، 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 وواقعا 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 أذره الآخر من أجل تنفيذ التزامه دون جدوى. ومحكمة الاستئناف لما قضت بفسخ الاتفاق المبرم بين الطرفين وعلته بما جاءت به من أن " المستأنفة فرعياً 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 فرتبت على ذلك أحقية المطلوبين في طلب فسخ العقد لم تخرق أي مقتضى قانوني والوسيلة بدون أساس.

لهذه الأسباب

المقاول بتشديد البناء والمهندس المعماري بوضع تصميم للبناء، وقيام المحامي باستئناف الحكم قبل انقضاء الأجل المحدد قانوناً. بحيث يتعين على هؤلاء جميعاً تنفيذ الالتزامات التي تحملوا بها تجاه الطرف الآخر، وذلك تحت طائلة المسؤولية العقدية، من غير الزام 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 (+) 278

قضت محكمة النقض 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 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

- 278

الدعوى الناشئة عن الالتزام - شروطها

القرار رقم 323

الصادر بتاريخ 16 يراير 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 يتمتع 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 يتمتع من 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 يونيو 1974 - بعد ذلك سجل المطلوب ضده النقض في تاريخ 22 أبريل 1976 مقالا يلتمس فيه الحكم له على طالب النقض بتتميم 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 المدعى 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 المدعى 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 اجبارهما قانونا على تنفيذ التزامهما قبل قيام خصمه بتبني 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 - محفظ - إتمام البيع - شرط الشكلية - 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 كتابة.

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 لقيود يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجابا جديدا، ومواده أن من يعرض عليه عرض ما يتضمن شرطا أو قيودا، 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.

يقول 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... يجب 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 الشركة المدنية العقارية جوهره جاسم على شراء العقار موضوع النزاع بثمان قدره 21 مليون وخمسمائة ألف درهم مستندة في ذلك

لوجود إسهام من طرف الموثق والوصل الصادر عن هذا الأخير إدلاء المدعي بين يديه بتسبيق قدره 500.000 درهم وأنها بصدد القيام بإجراء عرض باقي البت من، وأن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه التي 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 مطابقتها 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 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 المضروب، فإنه طبقا للفصل 27 من ق ل ع فإن الرد المعلق على شرط أو المتضمن لقيود يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجابا جديدا، وموody ذلك أن من يعرض عليه عرض ما يتضمن شرطا أو قيودا، 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 أمام قضاة الموضوع والموجبة من طرف دفاع المطلوبة لدفاع أنه ضمنها " يقول ا لمطلوبة لبيع العقار عدد الطاعنة بتاريخ 2001/11/16 -المرفوع طلب إتمام البيع بشأنه من الطاعنة د / 2391 موضوع النزاع-

بثمان قدره 21 مليون وخمسمائة ألف درهم المودع منه بين يدي الموثق مبلغ 500.000 درهم وذلك تحت شرط موافقتها بالباقي أو إيداعه بين يدي الموثق أو صندوق المحكمة وموافقتها 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 بخصوصه أو تنفيذ شروطه، ما دام أن محضر المعاينة الذي يفيد أن الطالبة حضرت لمكتب الموثق في شخص ممثلها عبد الرحمان الذي حمل معه شيكا بنكي مضمون الأداء بمبلغ 10 مليون درهم مسحوبا على بنك مصرف المغرب، والتزاما بنكي مؤرخا في 2001/11/27 من طرف البنك التجاري المغربي يلتزم فيه البنك بتسليم الموثق مبلغ 12 مليون درهم عند إبرام العقد مع تخلف ممثل الشركة المدنية العقارية ولم ي خبر دفاع المطلوبة من جوهره جاسم، لم يتم تحريره إلا في 2001/11/28 بعد توصله برسالة في طرف الموثق بما ذكر الإبرسالة مؤرخة في 2001/11/26 نفس اليوم من طرف الطاعنة، دون أن يثبت ما يفيد قبول هذه الأخيرة للشرط أو تنفيذ 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 يقترن الإيجاب الجديد للمطلوبة بقبول الطالبة له وهو ما لم

ينعقد معه أي بيع يلزم المطلوبة ولا محل لإتمام البيع المطلوب وهذه العلة القانونية المحضة تقوم مقام العلة المنتقدة المتعلقة بعدم احترام ام الطاعة لمقتضيات الف صل 234 من ق ل ع التي تفترض وجود التزام سابقين على من يباشر الدعوى الناتجة عنه إثبات أدائه أو لا ما كان ملتزما به، ويستقيم القرار بها وتكون بالنت الي باقي التعليقات المنتقدة مجرد تزيد يستقيم القرار بدونها مما يكون معه القرار غير خارق للمقتضيات المحتج بخرقها ومعللا بما فيه الكفاية والوسائل على غ ير أساس إلا فيما هو من قبيل التزيد فهو دون أثر.

لأجله

قضى المجلس الأعلى بجميع غرفه برفض الطلب وتحميل الطالبة الصائر.

عقد ملزم للجانبين - عدم تنفيذه منهما داخل الأجل - تنازل ضمني - 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 اجل جديد يحدده له.

في الوسيلة الثالثة

حيث ينعي 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 ومقابلة 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 بإصدار 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 ومصالحة 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 الطاعة بتاريخ 2001/10/16 الذي يتضمن توصيلها بمبلغ 29400 درهم من المطلوبة في النقض مزياني نادبة بشأن القطعة رقم 97 و اعتمده 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 الشغال و بذلك تكون قد ردت على ما أثير بهذا الخصوص ردا كافي و يبقى ما نعتة الوسيلة في شقيها غير جدير بالاعتبار.

و تعيب عليه في الوسيلة الثانية: حرق الفصل 81 من قانون التعاونيات ذلك أن الشق الثاني من الحيثية الأولى ورد فيه: "... أن ما تمسكت به المستأنفة فرعا 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 مجانبنا 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 ودادية 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 بإجرانه

ولما كان البين من أوراق الملف أن موروثات الطالبات فوتت بالبائع نصف العقار محل النزاع إلى المطلوبة في النقض ومع ذلك فمن بتسجيل إرثاتها في الرسم العقاري على كامل الملك موضوع البيع، وبحق للمطلوبة أن تطالبهن بالتشطيب على هذه الإرثة التي تشكل حائلا دون تسجيل عقد البيع،

المحكمة لما قضت بصحة البيع في مواجهة الطالبات في حدود نصيبهن في الرسم العقاري وبالتشطيب على الإرثة في حدود ذلك النصيب باعتبار أن الموروثات 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 موروثتهن 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 خرقة 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 أن 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 شأن الوسيلة الثانية :

حيث تنعى الطالبات على القرار المطعون فيه انعدام الأساس القانوني وانعدام التعليل، ذلك أن البيع المبرم بين المطلوبة في النقض ومورثتهن زهرة اعريش 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 ويحلل محل موروثتهن، فكان على المحكمة أن تعرض عليهن البيع المبرم من طرف الهالكة زهرة اعريش حتى تتمكن من مناقشة الشروط والأركان اللازمة لانعقاده، إلا أن المحكمة اقتصرت 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 بإجرانه، ولما كان البين من أوراق الملف أن موروثات الطالبات فوتت بالبائع نصف العقار محل النزاع إلى المطلوبة في النقض ومع ذلك فمن بتسجيل إرثاتها في الرسم العقاري على كامل الملك موضوع البيع، وبحق للمطلوبة أن تطالبهن بالتشطيب على هذه الإرثة التي تشكل حائلا دون تسجيل عقد البيع، والمحكمة لما قضت بصحة البيع في مواجهة الطالبات في حدود نصيبهن في الرسم العقاري وبالتشطيب على الإرثة في حدود ذلك النصيب باعتبار أن الموروثات باعت جميع النصف الذي تملكه في القطعة تكون قد اعتمدت مجمل ما ذكر وجعلت لقضائها 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 و تحميل الطالبات المصاريف.

دعوى إتمام البيع – الأمر بإيقاع 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 ثابتاً أو ظهر من وثائق الملف ما يثبت جديته، وأن ثمن بيع العقار الذي تسلمه البائع من المشتري لا يمكن اعتباره ديناً في ذمة البائع بمرور إجراء الحجز التحفظي ما دام أن المشتري لم يثبت أنه تعذر على البائع نقل ملكية المبيع أو أن هناك دعوى للفسخ واسترداد الثمن

لكن، رداً على السبب، فإن الحجز التحفظي إنما يؤمر به من أجل ضمان أداء مبلغ مالي متى كان ثابتاً أو ظهر من وثائق الملف ما يثبت جديته، وأن ثمن بيع العقار الذي تسلمه البائع من المشتري لا يمكن اعتباره ديناً في ذمة البائع بمرور 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 تطبيقاً لمقتضيات الفصل 452 من قانون المسطرة المدنية هو وضع أموال المدين تحت يد القضاء وغل يده عن التصرف فيها تصرفاً يضر بدانيته تمهيداً 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 معللاً والسبب على غير أساس.

لهذه الأسباب؛

قضت محكمة النقض برفض الطلب وبتحميل الطاعنين المصاريف.

الدعوى المختلطة – الاختصاص المحلي – دعوى إتمام البيع ونقل الملكية – التقادم – لا

القرار عدد : 7-158

المؤرخ في : 2013-09-04

ملف مدني

عدد : 2012 – 7 – 1-3007

القاعدة

الدعوى المختلطة المتعلقة في أن واحد بحق شخصي وعيني تقام أمام محكمة موقع العقار أو إقامة أو موطن المدعى عليه باختیار المدعى، 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 الدعوى المختلطة التي يملك المدعى 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 يغني 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،

نص القرار

في شأن السبب الفريد للطعن بالنقض :

لكن حيث انه طبقاً للفصل 28 من قانون المسطرة المدنية فإن الدعوى المختلطة المتعلقة في أن واحد بحق شخصي وعيني فإنها تقام أمام محكمة موقع العقار أو إقامة أو موطن المدعى عليه باختيار المدعى، 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 الدعوى المختلطة التي يملك المدعى 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 مرتكزاً 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 المقضى" 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 مرتكزاً على أساس ومعللاً بما فيه الكفاية وما أثير غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وإبقاء الصائر على رافعه.

عقد البيع – الشرط الفاسخ – عدم الوفاء بالالتزام – أثره

القرار عدد : 2013-7-75

المؤرخ في : 2013-02-26

ملف مدني
عدد : 2012-7-1-883

القاعدة

عملا بمقتضيات الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود، فإنه إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالالتزامات وقع الفسخ بقوة القانون عند عدم وفاء أحدهما 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 بالالتزامات وقع الفسخ بقوة القانون عند عدم وفاء أحدهما 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 علقت قرارها بما جاء به من "أن الطرفين المستأنف لم يدل للمحكمة بما يثبت تنفيذ لالتزاماته المذكورة داخل الأجل المحدد مما يتعين تطبيق الجزاء المتفق عليه هو اعتبار العقد المبرم بين الطرفين لاغياً الشيء الذي يترتب عليه أثر 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

ملف مدني رقم 98021

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 للبايع الخيار بين أن يطلب إجباره على التنفيذ العيني متى كان ممكناً أو يطلب الفسخ. أما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن فلا يبقى له إلا طلب الفسخ " الفصول 254 و 255 و 259 من ق. ز. ع. "

لما كان عقد البيع يلزم المشتري بأن يؤدي أولاً فلا يجوز له أن يدفع بعدم التنفيذ بل يجب عليه أن يفي بالتزامه أولاً في الأجل ثم يطالب فيما بعد بتنفيذ الالتزام المقابل.

حقاً لقد تبين صحة ما نعاه الطاعن من أن العقد المبرم بينه وبين المدعي المشتري ينص على وجوب أداء بقية الثمن في متم شهر يوليوز 1975 وطبقاً للفصلين 254 و 255 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 للبايع في هذه الحالة الحق في أن يطلب إما تنفيذ الالتزام مادام ذلك ممكناً أو الفسخ أما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن، فلا يبقى له إلا طلب الفسخ وأن المحكمة اختلط عليها الحال بين هذه المقتضيات 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 البايع لم يطالب بفسخ العقد في حين أنه طلبه، وقالت بأنه كان على البايع أن ينفذ التزامه وأنه لما لم يفعل فإن التزامات المشتري توقفت نحوه في حين أنه لما كان العقد يلزم المشتري بأن يدفع أولاً فإن الفصل 235 من قانون الالتزامات والعقود يمنع عليه أن يدفع بعدم التنفيذ بل هو يجبر على التنفيذ أولاً في الأجل المتفق عليه تحت طائلة فسخ العقد ثم يطالب فيما بعد بتنفيذ الالتزام المقابل وأن المحكمة لما بنتت 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 تنفذ 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 نعته 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 بيننا 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 بالزام 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 للتخفيف.

حيث تعيب الطاعنة القرار المذكور بخرق قواعد التملك، ذلك أنه بنى 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 يرتكز 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 بعد 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 التخفيف الذي اعتبره المحافظ على الأملاك والرهون مستوفيا لكل الشروط القانونية وقام بنشر إعلان بإجراء مسطرة تخفيف 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 مرتكز 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 للملك، وأنها لم تشرع في العمل بالحصول على الإذن المذكور إلا بتاريخ 17-01-1959 بمقتضى الظهير الشريف رقم 287-59، وأن العقار المنتازع 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 العارض 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 اللقيف بالحيازة لهما دون اقترائها بشراء صحيح والترخيص المذكور تكون قد ركزت قرارها المطعون فيه على غير أساس من القانون فعرضته بذلك للنقض" ولذلك فإن القرار المطعون فيه عندما بنى قضاءه من جهة أخرى على عدم إرفاق الرسم المدلى به من طرف الطالبة بالإذن من الدولة لصحة التقويت، 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.

عقار محاصر – ترتيب حق المرور في عقار محبس دون إذن – نعم

القرار عدد: 8/113

المؤرخ في: 17/02/2015

ملف مدني

عدد : 2012/8/1/2014

القاعدة:

كون العقار من أملاك الأحياس 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 لتداخلهما، 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 الطاعن، 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 فيالأحرى القيام بالمعاينة بدلا عنه ومطابقة الحجج على الأرض.

ويعيبه في الوسيطتين الرابعة والخامسة مندجتين بخرق المادتين 51 و 64 من مدونة الأوقاف، ذلك أنه لا يمكن مواجهة الأحياس بقاعدة التطهير الناجمة عن تأسيس الرسم العقاري كما ينص على ذلك ظهير 02 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفظة في الفصل 75 والذي ينص على أن الأحياس تبقى خاضعة للقوانين والضوابط الخاصة والعوائد الإسلامية والتي من بين أحكامها عدم توفيت الأملاك المحبسة وفسخ عقود التقويت التي أبرمت في شأنها ولو كان المفوت له حسن النية، وهذا الاستثناء أكده 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 الأحياس إلى الأعيان إلا بعد حصول هذا الغير على الموافقة الصريحة لوزارة الأوقاف.

ويعيبه في الوسيلة السادسة بانعدام 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 مجاني 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 مقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة.

لكن؛ ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها، فإنه لا يستفاد من وثائق الملف أن المحكمة استعانت بالخبير أثناء المعاينة، وأن القاضي المقرر هو من عين أن الطريق محل التعرض تعتبر المنفذ الوحيد لعقار المتعرض، وأنه لا مجال للاستدلال في النازلة بمقتضيات المادتين 51 و 64 من مدونة الأوقاف لأن

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 279 .

الأولى تتعلق بمنع التصرف في الملك الحسبي وعدم جواز حجزه أو اكتسابه بالحيازة أو التقادم، والثانية بمسطرة معاوضة العقارات والمنقولات الحسبية، بينما النزاع الحالي إنما يتعلق بحق المرور لعقار محاصر في أرض الحبس، وهذا الأمر مقرر بقوة القانون ولو تعلق الأمر بأرض حسبية، والمحكمة مصدرية القرار المطعون فيه بإقرارها حق المطلوب في المرور لا تكون أبرمت معاوضة في الملك الحسبي، ولذلك فإنها حين عللت قضاءها بأن "المتعرض محق في تعرضه الذي أضحى 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،

توالي البيوع - المشتري اللاحق - حيازته للمبيع - أثرها

القرار عدد: 566/8

المؤرخ في: 20/10/2015

ملف مدني

عدد : 1680/1/8/2015

القاعدة:

حيازة المشتري الثاني من نفس البائع للعقار المبيع لا تعطيه الحق في استحقاق العقار ما لم تتوفر في حيازته سائر شروطها القانونية، ويرجح الشراء الأول على الثاني بقدم 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 الشرائين صادران عن نفس البائع المسمى حاضي محمد بن المعطي وينطبقان على ذات المبيع، وأنه في غياب إثبات كون الطاعن كمشتري لاحق قد حاز المبيع حيازة بشروطها القانونية وظل بيده المدة المكسبة للملك، فإن المحكمة مصدرية القرار المطعون فيه اعتبرته - وعن صواب - أن شراء المطلوبين مرجح بقدم 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 قنان عبد الرحمان يكون لا محل له لكونه اشترى ما لم يعد يملكه البائع". فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معللا تعليلا كافيا والسبب المثار يبقى غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب؛

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطاعن المصاريف.

- 279 -

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)

279 - الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575.

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 ²⁸⁰ . 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 ادعائه ، 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 ²⁸¹ .

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:

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 :

- 280 -

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.

- 281 -

الفصل 168

لكل مدين متضامن أن يتمسك بالدفع الشخصية الخاصة به وبالدفع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعا. ولا يسوغ له أن يتمسك بالدفع الشخصية المحضة 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 المغربي 282 . 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 يقر 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 .

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 المكملة.

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 .

ثانيا : الآثار المترتبة عن الالتزام.

أولاً : إثبات التقصير أو الإخلال بالالتزام.

ثانيا : الإثبات في الالتزام بتحقيق غاية.

ثانيا : تنفيذ الالتزام .

ثالثاً : تحايل المسؤولية .

أولاً : تنفيذ الالتزام بتحقيق غاية .

اثبات عقد الزواج والطلاق

اعداد علاوي مصطفى

شروط الإشهاد في عقد النكاح

الدكتور محمد الكشور
أستاذ بكلية الحقوق - الدار البيضاء

مجلة المحاكم المغربية، عدد، 52، 6

مقدمة:

1 - يبرم عقد الزواج عادة بإيجاب يصدر من احد طرفيه وقبول يطابق هذا الإيجاب يصدر من الطرف الثاني. الا انه، ونظرا لأهمية هذا العقد وخطورة الآثار التي تترتب عليه، فان الشارع الحنيف قد اضاف للركنين السالفين شروطا اخرى لا يصح الزواج الا بتوافرها. من هذه الشروط انه يجب ان يكون كل من الزوجين بالغاً عاقلاً وان يكون خالياً من الموانع الشرعية وان تمثل المرأة في العقد بوليها وان يكون للمرأة مهر واخيرا ان يتم الاشهاد على الزواج.(1)

واختلال أحد هذه الشروط يجعل عقد الزواج فاسداً، فيكون إذن توافر الشرط من عدمه فاصلاً بين الصحة وعدمها في هذا الصدد.

لقد جرى العمل الفقهي والقضائي عموماً على التعامل مع هذه الشروط بحذر شديد، فلا يصرح بفساد عقد الزواج الا في الحالات التي تكون فيها الحجة جد قوية لا تخلف الشرط، بخصوص عندما يمس النزاع نسب الأولاد وعرض الزوجة.

(1) راجع الفصلين الرابع والخامس من مدونة الأحوال لشخصية

انظر للزيادة في الإيضاح حول اركان عقد الزواج وشروطه، الدكتور صلاح الدين زكي.

أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة 1985 . ص33 وما بعدها.

وبالإضافة الى ما سبق، فان المتمتع جيداً في احكام الفقه الاسلامي بوجه عام، وفي احكام مدونة الاحوال الشخصية بوجه خاص سيلاحظ انه لا تلازم دائماً بين فساد عقد الزواج وعدم ثبوت النسب مادام ان هذا الاخير يثبت في حالات يكون فيها الفساد بينا (2).

والقرار الذي نحن بصدده يطرح مشاكل قانونية تتصل اساساً بشرط الإشهاد في عقد الزواج وبإثباته

الوقائع:

2 - رفعت السيدة دعوى نفقتها ونفقة ابنتها على شخص ادعت انه زوجها، وكان عليها بادئ ذي بدء ان تثبت العلاقة الزوجية عن طريق الرسم الذي يحرره العدول عادة الا انها أثبتت هذه العلاقة عن طريق لفيف تضمن معرفة شهوده لطرفي النزاع وشهادتهم بثبوت الزوجية واتصالها بينهما كما أثبتت ان عدم توثيق الزواج امام العدول يعود بالأساس الى تخوف الزوج من المشاكل العائلية التي من الممكن ان تحدثها له زوجته الاولى.

حكمت المحكمة الابتدائية بعدم ثبوت الزوجية عن طريق اللفيف مادام العدول متواجدين بالمنطقة التي ابرم بها الزوج. وقد ألغت محكمة الاستئناف الحكم المذكور وحكمت من جديد بثبوت الزوجية عن طريق اللفيف اعتماداً على الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من مدونة الاحوال الشخصية التي تسمح للقاضي بسماع دعوى الزوجية بصفته استثنائية عن طريق البنية الشرعية

2) سوف نلاحظ مثلاً ان العقد المجمع على فساده يثبت به نسب الأولاد متى كان الزوج حسن النية وان العقد المختلف في فساده يثبت به النسب دائماً.

راجع في هذا الصدد الفصل37 من مدونة الاحوال الشخصية.

وقد نقض المجلس الاعلى قرار محكمة الاستئناف بناء على وسيلتين أولهما ان حالة الاستثناء غير متوفرة في الواقعة ما دام بالمنطقة التي ابرم بها الزواج عدول، وثانيهما ان خوف الرجل من امرأته الأولى وكنمان عنها الزواج بغيرها يتنافى وقصد الشارع من الحرص على إفساء النكاح وإعلانه.

وعليه، فاننا سنناقش قرار المجلس الاعلى انطلاقا من الويلتين التي اعتمدهما.
الإشهاد في الفقه الإسلامي:

3 - ذهب جمهور الفقهاء وعلى رأسهم الأئمة الأربعة الى ان الاشهاد شرط لازم لإبرام عقد الزواج لا يقوم هذا الاخير الا بتوافره. وسندهم في ذلك أحاديث رويت عن الرسول الكريم منها انه " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل" (3) وانه " البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة " (4) بين الفقهاء.

وإذا كان الاجماع منعقدا بها حول شرط الإشهاد، فانهم قد اختلفوا حول الوقت الذي يجب ان يتم فيه. فبينما قد اقتضى الاحناف والشافعية والحنابلة تحققه وقت إبرام العقد لكي ينعقد الزواج صحيحا، قد اقر المالكية صحة انعقاده بغير شهود على ان يظل العقد موقوفا بحيث يمتنع على الزوج الدخول بزوجه الى حين تمام الاشهاد.

3) رواه الامام احمد عن عمران بن حصين ورواه الدارقطني عن عائشة.

4) رواه الترميذي عن ابن عباس.

على انه لا بد من الاشارة الى هناك خلافات كثيرة بين الفقهاء حول الاشهاد وقد اجمل ابن رشد هذه الخلافات في مؤلفه بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار الفكر. الجزء الثاني. ص13.

وعليه، فبالنسبة للرأي الاول فان الإشهاد شرط في العقد، بينما هو بالنسبة للرأي الثاني شرط في الدخول فحسب. وغني عن البيان ان الزواج ينعقد صحيحا نافذا عند المالكية متى وقع الاشهاد عليه عند ابرام العقد، فترتب عليه جميع آثاره في الحال بما في ذلك صحة الدخول. بل ان هذا هو المستحب عندهم.

موقف المشرع المغربي من الخلاف حول الإشهاد:

4 - ينص البند الاول من الفصل الخامس من مدونة الاحوال الشخصية على انه: " يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلي سامعين في مجلس العقد" ...

إذن، ليس هناك شك في ان المشرع المغربي قد غض الطرف عن المالكية في هذا الموضوع واتبع ما انعقد عليه اجماع المذاهب السنية الثلاثة الاخرى.(5)

اهمية الإشهاد في الفقه الإسلامي

5 - لا يوجد في الواقع عقد يحمل في طياته نفس الخطورة التي يحملها عقد الزواج، ولذلك فقد شرط المشرع الاسلامي ان يتم الاشهاد عليه، خلافا لما عليه الامر بالنسبة لبقية العقود الاخرى المتداولة بين الناس.

5) انظر المزيد من الايضاح محمد ابن معجوز احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية وفق مدونة الاحوال الشخصية. مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء 1983 ص 144 وما بعدها.
انظر كذلك صلاح الدين زكي م. س ص103 وما بعدها.

والإشهاد يرمي على العموم الى انشاء العقد بين افراد المجتمع وعلى الخصوص بين الأقارب و الجيران دفعا للريبة وكلام السوء.

وقد خص عقد الزواج وحده بذلك لانه يتعلق بالأعراض وبالأنساب وتبنى عليه احكام ذات اثر كبير في حياة الشخص وحياة أسرته كحرمة المصاهرة وثبوت النسب والحق في الارث.

وبالإضافة الى ما سبق فان الاشهاد على الزواج يوفر لصاحب المصلحة في كل نزاع يتعلق بإثبات الزوجية، البينة لشرعية المطلوبة في هذا الصدد.(6)

ونستنتج ان الاشهاد يرمي الى تحقيق غرضين أساسيين الاول يتعلق باشهار الزوج، والثاني يتعلق بإثباته امام القضاء.

تحريم نكاح السر في الفقه الإسلامي:

6 - اذا كان الإشهاد - وياجماع المذاهب السنية الاربعة كما رأينا- شرطا من شروط صحة الزواج لا يتم هذا الاخير الا بتوافره، واذا كان الإشهاد كمبدأ يفيد الاشهار والاعلان، فان ذلك يفيد من ناحية اخرى ان نكاح السر - وياجماع المذاهب السنية الاربعة هنا كذلك- يقع فاسدا (7) لكن ما المقصود بنكاح السر؟

6 (عمر بن عبد الله. احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية. دار المعارف بالإسكندرية 1968. ص 85 وما بعدها.
7) يقول ابن عاصم الغرناطي وهو بصدد تصنيف الأئكة الفاسدة:

والعقد للنكاح في السر اجتنب ولو بالاستكتم والفسخ يجب

مفهوم نكاح السر في الفقهي الاسلامي:

7) لم يتعرض المشرع المغربي من خلال مدونة الاحوال الشخصية لمفهوم نكاح السر.
ونكاح السر لدى جانب هام من الفقه المالكي هو ما طلب من الشهود الذين حضروا عملية إبرام العقد كتمانهم يقول ابن عرفة في هذا المجال: " نكاح السر باطل والمشهور انه ما امر الشهود حين العقد بكتمه (8)
وللزيادة في الإيضاح يرى هذا الجانب من الفقه ان نكاح السر هو ما طلب من الشهود اثناء العقد او قبله كتمان العلاقة الزوجية، اما اذا طلب منهم ذلك بعد ابرام العقد فلا يكون هناك أي سر. (9)
ونكاح السر يفسخ قبل الدخول وبعده عند المالكية. وقد روي عن الامام مالك رضي الله عنه انه لا يفسخ اذا طال عليه الأمد (10).

8) انظر شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر بيروت. ج 3 ص 188.
ويضيف بعض الفقهاء لهذه الصورة الحالة التي يتفق فيها الزوجان والولي على كتمان الزواج.
جاء في البهجة شرح التحفة: ".... المشهور كما لابن عرفة ان نكاح السر هو ما امر الشهود حين العقد بكتمه ولو كان الشهود ملاء الجامع ولا مفهوم للشهود بل كذلك استكتمام غيرهم لقول الباجي ان اتفق الزوجان والولي على كتمه ولم يعلموا البينة بذلك هو نكاح سر"...

التسولي. البهجة شرح التحفة. المجلد الاول دار الفكر. ص 271 و 272.
9) انظر محمد بن يوسف الكافي. احكام الاحكام على تحفة الحكام. دار الفكر 1978. لبنان ص 85 و 86.

انظر كذلك الزرقاني. م. س.

وانظر التسولي. م. س.

10) انظر كذلك ميارة الفاسي. شرح على تحفة الحكام. دار الفكر بيروت. ج 1 ص 173.

انظر الزرقاني. م. س ص 188.

وقد ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية الى ان الزواج ينعقد صحيحا متى حضره شاهدان فقط، ولو طلب منهما كتمانهم اذ في رايهم كيف يكون هذا الزواج وقد حضره أربعة هم العاقدان والشاهدان(11)

هل نكاح السر محقق في الواقعة المضمنة في قرار مجلس الاعلى:

8-يستفاد من الوقائع الذي أثبتتها القرار ان الزواج التي ابرم بين المدعية والمدعى عليه قد تم الاشهاد عليه من طرف جماعة من الناس، ومن ثم فان نية إخفائه من الزوج عن زوجته الاولى لا يضيف عليه اطلاقا مفهوم نكاح السر من وجهة الفقه المالكي الذي يجب ان تفسر أحكام مدونة الاحوال الشخصية على ضوء مبادئه.

ولنفرض ان المدعى عليه قد وثق عقد زواجه امام عدلين وعمل كل ما في وسعه لإخفاء هذا الزواج عن زوجته الاولى، فهل يعتبر ذلك نكاح سر؟

مما تجدر ملاحظاته ان المجتمع المغربي مليء بافراد متزوجين باكثر من امرأة لكنهم يخفون التعدد عن زوجاتهم، بحيث كلا منهن تعتقد انها الزوجة الوحيدة في حياة الرجل. فهل نستطيع القول ان هؤلاء الافراد يعيشون في حرام؟ لا نعتقد ذلك.

وحتى اذا سلمنا، تمشيا مع منطق المجلس الاعلى - وهو منطق غير سليم كما أسلفنا- بفساد الزواج الذي نحن بصددده، لتخلف ركن الإشهاد فيه، فانه سيكون لا محالة نكاحا مختلفا في فساده، ما دام ان بعض المذاهب السنية الاخرى تعتبر الزواج الذي حضره شهود وطلب منهم كتمانهم قد انعقد صحيحا منتجا لكافة آثاره.

11) محمد اللبناني. حاشية الزرقاني على مختصر سيدي خليل. م. س ص 188.

راجع كذلك محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة دار النهضة العربية. 1977 ص 104 وما بعدها.

والزواج المختلف في فساد - وبصريح الفصل 37 من مدونة الاحوال الشخصية يثبت به النسب ويثبت به حق التوارث مادام لم يفسخ. (12)

لو انتبه المجلس الاعلى لهذه الحالة لا اعتبر البنت لاحقة او على الاقل لما تصدى للنزاع، فتظل امكانية ذلك واردة امام محكمة الاحالة، خاصة ان القضاء المغربي ويتقدمه المجلس الاعلى نفسه قد اعتبر في قضايا سابقة ان نسب الأولاد يلحق بالمدعى عليه رغم عدم صحة الزواج (13)

إثبات عقد الزواج:

9 - ان الفقه الإسلامي عموما - وبدون الدخول في التفاصيل - يسمح باثبات العلاقة الزوجية باقرار الزوجين وشهادة الشهود ببينة السماع وبالقرائن القوية كعاشرة الرجل والمرأة معايشرة الأزواج وظهورهما امام -الناس بذلك المظهر، وقد جرى العمل القضائي بالمغرب - ومنذ زمن بعيد- على قبول شهادة اللفيف كبينة شرعية كافية لاثبات العلاقة الزوجية. (14)

12 ينص الفصل 37 من مدونة الاحوال الشخصية على ما يلي:

1-النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده وفيه المسمى بعد الدخول والفاسد لصدائه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

2-كل زوج مجمع على فساد كالمحرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه تعيين الاستبراء وثبوت النسب اذا كان حسن القصد اما اذا كان مختلفا في فساده فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ."

13 (القرار رقم 5 الصادر بتاريخ 9 يناير 1978 في القضية ع 62659 أورده الاستاذ احمد الخليلي في مؤلفه التعليق على قانون الاحوال الشخصية. مطبعة المعارف الجديدة بالرباط 1984 . ص 171 و 172.

راجع كذلك القرار رقم 197 الصادر بتاريخ 22 دجنبر 1975 في القضية ع 45891 . أورده الاستاذ احمد الخليلي وعلق بمرجه السابق ص 172 (هامش 38).

والفقه الإسلامي كقاعدة عامة لا يعرف مسألة التوثيق عقد الزواج ولا يعرف نظام العدول، وانما هي امور اقتضتها مصالح الناس عند ما تعقدت سبل الحياة، وضعف الوازع الديني لدى أغلبية الافراد. (15)

موقف المشرع المغربي من اثبات عقد الزواج:

10-يستفاد من بعض مقتضيات التشريع المغربي وخاصة الفصلين 5 و 41 من مدونة الاحوال الشخصية ان عقد الزواج لا بد وان يوثق في وثيقة رسمية من طرف عدلين منتصبين للإشهاد في مجلس العقد.

تعتبر الوثيقة التي يحرره العدلان كمبدأ هي الأداة الاصلية المسموح بها لاثبات العلاقة الزوجية في التشريع المغربي. ولان الضرورات تقدر بقدرها، فقد سمح هذا التشريع بصفة استثنائية بسماع دعوى الزوجية عن طريق البينة الشرعية اي الوسائل المتعمدة في الفقه المالكي، وان جرى العمل على اعتماد اللفيف في هذا الصدد.

واسباب حالة الاستثناء لا تخف على احد وقد تعرض لها المهتمون بفقهاء الاحوال الشخصية بالتحليل المستفيض فليرجع إليها. (16)

14 (المزغراني، م. س ص 49 وما بعدها.

انظر كذلك احمد الخليلي م. س ص 173 وما بعدها.

15 صلاح الدين زكي م. س ص 146.

16 فمن جهة هناك عقود غير موثقة أبرمت قبل دخول مدونة الاحوال الشخصية الى حيز التطبيق والمبدأ هو انه ليس للقانون اثر رجعي، ومن جهة ثانية ورغم ان الجهل بالقانون لا يعد عذرا فان أغلبية سكان المدن والوادي المغربية على غير علم بأحكام تلك المدونة ومن جهة ثالثة هناك عادات مستحكمة في نفوس الناس والتي يصعب التخلص منها بكل سهولة في بعض الاحيان ومن جهة رابعة فليس من المستبعد ان تحول امور بين المتعاقدين وتوثيق زواجهما.

مفهوم حالة الاستثناء في القضاء المغربي:

11- يبين من القرارات الصادرة عن المجلس الاعلى في هذا الصدد ان القاعدة التي تسمح بالجوء الى حالة الاستثناء هي قاعدة لها طابع موضوعي وطابع شكلي، فمن الناحية الموضوعية فانه يجب على قاضي الموضوع ان يبين بكل ووضوح حالة

الاستثناء التي كانت السبب في عدم توثيق الزواج والتي اعتمدها الخصم في الدعوى، ومن الناحية الإجرائية فإنه يجب عليه ان يبرر اخذه او عدم أخذه بتلك الحالة والا عرض حكمه للنقض.

12- لقد عمد القضاء المغربي في مجموعه - ويسايره في ذلك المجلس الاعلى (17)- الى التوسع في مفهوم حالة الاستثناء بكيفية تكاد تستغرق جميع حالات عدم توثيق الزواج رسميا امام العدول. وهكذا فقد قرر ان: "جل سكان البادية وحتى البعض من الحاضرة يستغنون عن إحضار العدول اكتفاء بالجماعة وان الإشادة بالزواج وشهرته تكفي، وان مرد ذلك الى العادة التي استحكمت في نفوس المغاربة سواء من بقي بالبادية او من نزح الى الحاضرة وان المشرع المغربي عندما اجاز سماع البينة اعتبر ما استحكم في نفوس المغاربة، واعتبر الحفاظ على الاسرة من التصدع طبقا للفقرة الثالثة من الفصل الخامس من المدونة " (18) كما اقر في قرار آخر ان " ... سببه عدم توفر المتداعيين على عقد نكاح يرجع الى العادة التي ورثها الافراد واستحكمت في نفوسهم مما يجعل البينة هي الوسيلة الكفيلة لحل المشكل. (19) " ... وفي قرار ثالث " ... ان إثبات الزواج بالبينة الشرعية يعتبر مصلحة كبيرة للهيئة الاجتماعية" ...

17 (الأحكام المشار اليها في ما يلي - واحكام أخرى كثيرة سوف لن نشير اليها لان التعليق الذي نحن بصدده يتطلب بعض الاجمال - الأستاذ احمد الخليلي في مرجعه السابق. ص 162 وما بعدها.
18) قرار رقم 111 الصادر بتاريخ 5 ماي 1975 قضية تحت عدد 49575.
19) قرار رقم 29 الصادر بتاريخ 23 يناير 1975 قضية تحت عدد 45546.

(20) وفي قرار رابع : " ... ان المشرع لم يحصر حالة الاستثناء في وجود العدول في منطقة دون اخرى بل ترك الباب مفتوحا امام المتنازعين في اثبات الزوجية بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من المدونة. (21) " ...

13 - وقد علق أستاذنا صلاح الدين زكي على الموقف السالف ذكره قائلا: " ذلك قضاء وان كان لم يسلم من نقض الفقه، فإنه سليم وصحيح وسديد، ذلك لأنه قد استجاب الى إرضاء الحاجة العملية المشروعة التي تثور في المجتمع المغربي وغيره من المجتمعات الإسلامية في الواقع، ومع ما يتمشى مع إرضائها هو خير تفسير لنصوص التشريع الوضعي وحفظ الزواج لطابعها الإسلامي، فالشريعة الغراء لا تعرف نظام التوثيق والموثقين. وما يقال من ان هناك مبدأ تخصيص القضاء، فمردود بانه مبدأ خطأ يحسن الابتعاد عنه اذ الواقع انه يمكن اتخاذه وسيلة لقلب أحكام الشريعة الغراء رأسا على عقب. (22) " ...

ورغم ذلك، فان القضاء المغربي وعلى راسه قضاء المجلس الاعلى، وان توسع في مفهوم حالة الاستثناء فإنه لم يكون دائما واضحا في تفسيره لها اذ كثيرا ما يتناقض مع نفسه في هذا الصدد ويعتبر مثلا ان واقعة ما تبرره الاخذ بحالة الاستثناء ثم يقرر في واقعة مشابهة عكس ما قرره فيما قبل (23) ومن هنا ننتقل لتقييم موقف المجلس الاعلى.

20 (قرار رقم 153 الصادر بتاريخ 30 يونيو 1975. قضية تحت عدد 41778.

21 (قرار رقم 228 الصادر بتاريخ 21 ماي 1975. قضية تحت عدد 47563.

22 (صلاح الدين زكي. م. س ص 146. 23.

23 (ومن ذلك ان القضاء المغربي، ويدعمه المجلس الاعلى في ذلك، يرى احيانا انه لا يمكن اثبات الزواج عن طريق البينة الشرعية في المناطق التي يتواجد بها عدول وفي احيان اخرى يرى عكس ذلك على ما سوف نوضحه في الفقرة الموالية.

تقييم قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) :

14 - جاء في قرار المجلس الاعلى ما يلي:

" حيث ان الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية اشترط لصحة الزواج حضور شاهدين عدلين يشهدان بالإيجاب والقبول عن المتعاقدين بينما نصت الفقرة الثالثة من نفس الفصل على انه يجوز للفاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في ثبوتها وقد صدرت عن المجلس الاعلى عدة قرارات تفسر حالة الاستثناء بحالات معينة كوقوع الزواج في مكان لا عدول فيه او في ظروف يعسر فيها الاستدعاء العدول لإشهادهم على الزواج وما شابه ذلك وليس منه حالة الاستثناء التي اعتمدها القرار المطعون فيه وهي خوف الرجل من امراته الاولى وكتمانه الزواج بغيرها بمفهوم الفصل 5 أشار له على ان تلك الحالة تنافي قصد الشارع من الحض على افشاء النكاح وإعلانه. " ...

-لقد سبق للمجلس الاعلى من خلال قرارات كثيرة ان قرر ان وجود العدول بمنطقة معينة لا يحول دون توافر حالة الاستثناء. ومن هذه القرارات نذكر القرار رقم 37 والصادر في 11 فبراير 1980 تتلخص وقائعه فيما يلي:
ان السيدة سجلت دعوى بالمحكمة الابتدائية بمراكش على السيد ... والذي يعمل كشرطي بنفس المدينة تذكر فيها ان

المدعى عليه وهو زوج لها قد تركها هي وابنائها الثلاثة ... منذ ... ولإثبات الزوجية ادلت بلفيف، وقد صدر الحكم الابتدائي غيايبا وفق طلبات المدعية مع يمينها على عدم الإنفاق.

استأنف المدعى عليه هذا الحكم. وقد بين في موجب استئنافي انه لا تربطه بالمدعية اية علاقة زوجية ولا سبق له ان أنجب منها، اما اللفيف الذي ادلت به فهو غير صحيح لكونه شرطيا لا يمكن ان يعقد زواجه الا بعد إذن خاص من رؤسائه، وان البيينة الشرعية لا يلجا اليها الا عند عدم وجود عدول.

وقد بينت المدعية في استئنافها الفرعي ان ما جنح اليه المستأنف لا يستند على اساس لكونه قد حضر لدى عائلتها صحبة طانفة من الناس وأنكحه إياها وليها امامهم بعد الاتفاق على جميع الشروط الزواج وبعد قراءة الفاتحة وقد لجا المدعى عليه الى هذه الطريقة لانه استحال عليه الحصول على الاذن الإداري اذ سبق له ان حصل عليه وتزوج به من امرأة اخرى قبل ان يعقد على المدعية.

وقد ألغت محكمة الاستئناف حكم الدرجة الاولى وحكمت من جديد بعدم ثبوت الزوجية لان ليس في الوقائع ما يبرر - حسب زعمها - الأخذ بحالة الاستثناء، وان الزوجية لا تثبت في مثل هذه الأحوال الا بعدلين.

وقد نقض المجلس الاعلى قرار محكمة الاستئناف معللا موقفه بالكيفية الآتية:

"وحيث ان حالة المطلوب ضده النقض كشرطي متزوج يصعب عليه الحصول على اذن بالزواج ليتمكن له ان يتقدم به امام العدول، وان مثل هذه الحالة تشكل حالة الاستثناء.(24) ..."

وبالإضافة الى القرار السابق هناك القرار رقم611 الصادر عن المجلس الاعلى بتاريخ 13 يونيو 1983 تتلخص وقائعه كما يلي :

سجلت السيدة ... مقالا لدى قاضي أولاد عيو ذكرت فيه انها متزوجة بالسيد لمدة اربعة سنوات وقد أنجبت منه بنتا له من العمر ثلاث سنوات.

(24) ج. ع 37 الصادر بتاريخ 11 فبراير 1980 في القضية تحت عدد74935 (قرار غير منشور).

وقد غادر بيت الزوجية منذ سنتين تقريبا ولم يعد ينفق عليها ولا على بنته منها.

ولقد أجاب المدعى علي بالإنكار سواء فيما يتعلق بالزوجية او فيما يتعلق بالبنت.

ولقد أثبتت المدعية الزواج عن طريق لفيف.

ولقد رفض القاضي الابتدائي دعوى المدعية لأنه تبين له ان شهود اللفيف يقطنون بالبيضاء وليس بالمكان الذي رفعت به الدعوى.

لقد لغت محكمة الاستئناف بسطات ذلك الحكم، وحكمت للمدعية من جديد بثبوت الزوجية وبالنفقة المطلوبة.

وبتاريخ6 يوليو 1976 نقض مجلس حكم استئنافية سطات على اساس ان هذه الاخيرة لم توضح حالة الاستثناء التي اعتمدها، لقد أحيلت الدعوى على استئنافية البيضاء.

وقد حكمت استئنافية البيضاء بثبوت الزوجية بناء على شهادة الشهود رغم انهم يقطنون بالبيضاء لانه قد تبين للمحكمة المذكورة

بان الزوج قد تزوج بالمدعية بالبيضاء وسكن معها في تلك المدينة ومنطقيا لن يكون الشهود الا من البيضاء.

الذي يثير الانتباه في هذه القضية - بالإضافة الى كون مدينة الدار البيضاء مليء بالعدول - الطريقة التي عللت بها محكمة

الاحالة الاستثناء والتي اقرها عليها المجلس الاعلى نفسه .

... "واما الدفع بكون الزوجية لا تثبت الا بعقد النكاح المنصوص عليه في اول الفصل الخامس من المدونة، فان المنصوص عليه

فقطها انه لا يجوز الدخول بالزوجة الا بعد العقد عليها كما هو مذكور في اول الفصل الخامس ولكن بعد الوقوع ودخول الزوج

بزوجته فان النكاح يفسخ بان العقد ليس بركن ولا شرط في النكاح، كما في فتوى ابن لب حسبما نقله التسولي عند قول

العاصمية.

وفي الدخول الختم في الإشهاد * * * وهو مكمل في الانعقاد

ان إتمام النكاح مع علم الولي للزوجين يكفي وان لم يحصل اشهاد وهكذا كانت أنكحة السلف وهكذا حين يكون النكاح والدخول

مشتهدا شأننا يسقط الحد باتفاق وثبت النكاح الشيء الذي حدا بالمشروع المغربي ان جعل حالة الاستثناء في الفقرة الثالثة من

الفصل الخامس المذكور انه يجوز بصفة استثنائية اثبات الزوجية بالبيينة الشرعية ذلك انه اذا وقع النكاح والدخول بين الزوجين

ونتج عن ذلك الزواج مولود فان الزوجية تثبت بالبيينة ولو كانت سماعية كما في الشيخ خليل وغيره وأقرته الفقرة الثالثة المشار

اليها.(25) ..."

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما تم تعديله

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.

والحقيقة ان ما ضمن بهذا الحكم يستحق نقاشا قد يخرجنا عن الموضوع الذي نحن بصدده، يكفي ان نقول ان مفهوم حالة الاستثناء تتطلب من القضاء إبراز العائق الذي حال دون توثيق عقد الزواج وهو ما لم تقم به محكمة الاحالة وانما أبرزت المبادئ العامة للزواج في الفقه المالكي فتكون تلك المحكمة قد جانبت الصواب من حيث التعليل وان انتهت الى نتيجة عادلة.

هل هو تراجع ام سهو ؟

15- قد يبدو ان المجلس الاعلى - ومن خلال القرار الذي ناقشه- قد تراجع عن مواقفه السابقة والتي أعطينا عنها مثالين من خلال الوقائع أعلاه والتي دارت بمدينة مراكش ومدينة الدار البيضاء وهما مدينتان لا يمكن أبدا ان نقول انه ليس بهما عدول.

25 - القرار 611 الصادر في 13 يونيو 1983 منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى ع 36/35 ص 135 وما بعدها.

بل ويبدو لنا جيدا من خلال العبارات التي استعملها المجلس الاعلى وخاصة عبارة " ... لقد صدرت عن المجلس الاعلى عدة قرارات تفسر حالة الاستثناء بحالات معينة كوقوع الزواج بمكان لا عدول فيه ... " ان مصدري هذا القرار لم يكونوا على علم كاف بالمواقف السابقة للمجلس الاعلى بهذا الصدد.

خطورة قرار المجلس الاعلى على الوضع الاجتماعي والديني للأسرة المغربية.

16- نخلص مما سبق ان القضاء المغربي كثيرا ما يتناقض بصدد حالة الاستثناء، وان هذه التناقض قد يتمثل خطرا واضحا على الأسرة المغربية من ناحيتين:

فمن جهة، فان وضعية الاسرة التي لم توثق عقد الزواج الذي تركز عليه وتستمد منه شرعيتها امام العدول قد تكون وضعيتها جد هاشة بحيث تتوقف هذه الوضعية على موقف القضاء المغربي من تفسيره لحالة الاستثناء، وهو موقف يتقلب من واقعة لأخرى كما أسلفنا.

ومن جهة ثانية، فان عدم توثيق عقد الزواج امام العدول مع الاشهاد عليه من طرف عامة المسلمين قد يجعل هذا الزواج باطلا من ناحية القانون الوضعي مع ما يترتب على ذلك من اثار وخيمة قد تمس الأبناء في نسبهم، وصحيا ومنتجا لكافة اثاره من ناحية الفقه الإسلامي.

وبالإضافة الى ما سبق فإننا نعتقد ان مسالة توثيق عقد الزواج قد قرر في الدرجة الاولى لمصلحة الزوجة التي تكون عادة ضحية الإنكار من طرف الزوج او ورثته عند وفاته على ما يستفاد من كثرة القضايا التي تعرض عادة على المحاكم المغربية. لذلك فيجب ان تفسر الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من مدونة الاحوال الشخصية لمصلحتها لا ضدها.

*مجلة المحاكم المغربية، عدد، 52، 6

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ

للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية.

تم تعديل الفقرة الرابعة من المادة 16 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 102.15 الرامي إلى تعديل المادة 16 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.2 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1437 (12 يناير 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 14 ربيع الآخر 1437 (25 يناير 2016)، ص 420.

القسم السادس: الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج

المادة 67

يتضمن عقد الزواج ما يلي:

1 - الإشارة إلى إذن القاضي ورقمه وتاريخ صدوره ورقم ملف مستندات الزواج والمحكمة المودع بها؛

10 - اسم العدلين وتوقيع كل واحد منهما بعلامته وتاريخ الإشهاد على العقد

المادة 6

يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها.

المادة 67

يتضمن عقد الزواج ما يلي:

10 - اسم العدلين وتوقيع كل واحد منهما بعلامته وتاريخ الإشهاد على العقد؛

المادة 79

يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصيين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

القسم الثامن: إجراءات ومضمون الإشهاد على الطلاق

المادة 138

يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد، بعد إذن المحكمة به، والإدلاء بمسند الزوجية.

الفرع الأول: الإخلال بشرط في عقد الزواج أو الضرر

المادة 99

يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطليق.

المادة 100

تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة.

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 49

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 وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.

مؤلف
الأساسيات والضروريات
المجلد الأول
الدين
ج 2

المقاييس المعتبرة شرعا في
اختيار الزوجة وردها
وطلاقها

إعداد : علاوي مصطفى

مقدمة :

من مميزات شريعتنا الغراء أنها منهاج ونظام متكامل يشمل كل نواحي الحياة البشرية ، فهي تخصص لكل ميدان من الميادين تشريعا مناسباً ، 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 تنبو 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 التناسب والمودة بين الزوجين تحقيق لقوله تعالى : " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة " (284).

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⁽²⁸⁵⁾ 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 لينتهيها معا إلى سكون أحدهما إلى الآخر.

والزواج مشروع بإجماع المسلمين إلا أنهم اختلفوا في وجوبه فالمشهور في المذهب الحنبلي⁽²⁸⁶⁾ 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⁽²⁸⁷⁾. 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 فيلتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء كما استدل بما رواه عن سفیان الثوري أن طاوسا قال لرجل لتتزوجن أو لأقول لك ما قاله عمر لأبي الزوائد : ما يمنعك من النكاح إلا عجز أو فجور⁽²⁸⁸⁾. فمن كانت قدرة على الوطء والإعالة فرض عليه الزواج لأننا في عصر كثرت فيه أسباب الفتنة والإغراء والزواج حصن صنيع ضدها ،

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

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

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

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

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 : " وليستغف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله " (289) أو يصوم كلما تأقت 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 والجدات شقيقات أو لأب أو لأم .

والأصل في ذلك كله قول الله تعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم

وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت"²⁹⁰

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 لا بد 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 بالدخول²⁹¹. المقصود بالدخول الوطء والتلذذ ومنه مقدماته عند مالك وأكثر أهل العلم²⁹².

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 تكن²⁹³ وهو مذهب الجمهور²⁹⁴. ذهب داود الظاهري إلى أن الربيبة إن لم تكن في الحجر ، أي لم يشاركها السكن ولم يتكفل بها ويرعى أمورها، جاز تزويجها لقوله تعالى : اللاتي في حجوركم شرط في تحريم

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

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

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

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

الريبة وأجاب عليه الجمهور أن هذا وصف خرج الغالب لا يصح التمسك به وليس شرطاً في الرئائب²⁹⁵.

4 - أم الزوجة لقوله تعالى: " وأمهات نسائكم " تحرم بمجرد العقد على ابنتها وبه قال مالك والشافعي والجمهور. وروي عن علي أن الأم والبنت لا تحرم إحداهن إلا بالدخول على الأخرى وقال مثله مجاهد والزبير وحجة من أخذ بهذا الرأي أن الضمير في قوله تعالى: " اللائي دخلتم بهن " يحتمل أن يكون راجعاً إلى الرئائب 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 الرئائب خاصة وامتنع أن يكون راجعاً إلى أمهات النساء²⁹⁶.

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 الفحل²⁹⁷. 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)²⁹⁸.

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

295 - نفس المرجع.

296 - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص : 529.

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

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

قال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما : القليل والكثير من الرضاع يحرم فالمعتبر وصول اللبن إلى جوف الصبي²⁹⁹ .

قالت عائشة والشافعي وأحمد : المحرم خمس رضعات معلومات والرضعة هي المرة من الرضاع فمتى امتص الصبي من الثدي وتركه باختياره عد رضعة³⁰⁰.

قالت طائفة من الفقهاء إن ما زاد على المصاة والمصتين يحرم³⁰¹ 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 محرما³⁰².

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 على الأخرى وإن لم يجمع بل تزوج إحداهما بعد الأخرى كان نكاح الثانية باطلا لحصول الجمع به³⁰³.

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

300 - نفس المرجع ، ص 327.

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

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

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

المطلب الثاني : في الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداهما 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 لزوجهن فجيء بقطع الطمع فيهن. ومثاله الجمع بين المرأة و بنت أخيها إذ لو قدرنا العمة رجلا لحرم عليه نكاح ابنة أخيه.

وكذلك لو فرضنا بنت الأخ رجلا لحرم عليه تزوج عمته، أما الجمع بين ابنتي العم أو المرأة و بنت 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 صحيح³⁰⁴.

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 الرقبة 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 تعالى بعد أن عدد المواطن التي تصرف فيها الزكاة " وفي الرقاب"³⁰⁵ فالإسلام يبارك تحرير الإنسان من كل ما يمكن أن يستعبده ويزكي كل الأعمال المؤدية إليه .

المبحث الرابع : في مانع الخطبة على الخطبة.

304 - ابن رشد بداية المجتهد ، ج2 ، ص : 32 ط. دار الفكر.

305 - سورة التوبة ، آية 20.

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)³⁰⁶ 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 التحريم³⁰⁷. 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 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 أسامة³⁰⁸ من العادة أن معاوية وأبا جهم لا يخطبان دفعة واحدة فدل على أن الخطبة على الخطبة الغير الراكنة جائزة.

2 - خطبة غير الفاسق.

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

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

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

قال ابن القاسم : المنهي عنه شرعا هو خطبة رجل صالح على خطبة رجل صالح³⁰⁹. أما تقدم خطبة الفاسق أو الكافر مع تقدير الصداق الدال على الركون التام لا يمنع خطبتها صالح وينبغي للولي حظها على الصالح دون الفاسق³¹⁰. 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 عقبه أن رسول الله قال : (المؤمن أخو المؤمن) 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 له³¹¹.

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 إجماعا³¹².

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 عالما بالحرمة فعليه حد الزنا ولا شيء عليهما إن كانا جاهلين³¹³ أما هل يترتب على الفسخ حرمة أبدية أم لا ؟ يميز في هذا المجال بين الفسخ قبل الدخول ووقوعه بعده.

1 - وقوع الفسخ قبل الدخول.

-
- 309 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ، ص : 2 ط. دار الفكر .
310 - المواق ، التاج والإكليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 410 . ط. مكتبة النجاح.
311 - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 5 ، ص : 114 ، ط. الثانية 1952 مصر .
312 - المواق ، التاج والإكليل على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 421 ، ط. مكتبة النجاح.
313 - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 476 ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

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 ضعيف³¹⁴.

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 والأوزاعي والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبدا³¹⁵.

وقال ابن حزم والحسن وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهما: تحل له إذا استوفت عدتها
316 .

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

المبحث السادس :

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 " ³¹⁷ 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 :

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

315 - نفس المرجع والصفحة .

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

317 - سورة التوبة ، آية 28 .

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 . والعياد بالله ، أو نبوة المصطفى عليه أفضل الصلاة والسلام أو القائلين بقدوم العالم وبقائه إلى الأبد³¹⁸ وغير هذا من أوجه الكفر والشرك قال البخاري في حقهم : الكافر ألحق بالجماد إذ لم يستعمل عقله في الاستدلال لمعرفة، الصانع ووجدانيته³¹⁹. 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 "³²⁰ والمشركة لقوله عز وجل : " ولا تتكحوا المشركات حتى يومن "³²¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت³²² وإذا ارتدت الزوجة تحت عصمة المسلم فإن هذا الأخير يردها 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 كاملا بعد الدخول.

أما إذا تبين أن الزوجة إنما قصدت بالردة الفراق فإنها تبقى في عصمته معاملة لها بنقيض قصدتها وقيل يفسخ النكاح وهو ضعيف والأول ظاهر المدونة والمذهب³²³.

2 - نكاح الكتابية.

318 - الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2 ، ص : 303 ط. دار الفكر.

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

320 - سورة الممتحنة ، آية 10.

321 - سورة البقرة ، آية 221.

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

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

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 الحرب³²⁴. لكون الكتابية تتناول الخنزير والخمر وربما تناوله لولدها 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 آتيتوهن أجورهن"³²⁵ فكان استثناء من قوله تعالى : " ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن".

أ - المقصود بأهل الكتاب.

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 والإنجيل"³²⁶.

3 - زواج المجوسية.

324 - الدسوقي على الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 267 ط. دار الفكر.

325 -سورة المائدة، آية 5.

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

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 حلال³²⁷. 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 كتاب³²⁸، فكا زواج المجوسية حرام عنده وهو رأي مذهبنا.

المطلب الثاني:

في أحكام الزوج الزوجة لاختلاف العقيدة

إذا أسلم الرجل وتحتة امرأة كتابية فإنها تظل في عصمته وإن لم تعتق معه الإسلام لكون زواج الكتابية يحل عند الابتداء عن 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 نمي وتحتة مجوسية عرض عليها الإسلام فإن أبته وقعت الفرقة بينهما وإن أسلمت بقيت زوجة ما لم يبعد بين إسلامهما ولم يحد في البعد حدا قال ابن القاسم ومحمد : يوقفها لتتظر في أمرها اليومين والثلاث فإذا أبت الإسلام ردها إلى أهلها ولم يعتبر مرور الأجل الذي هو دون الشهرين وهو ما تأوله القرويون وعملوا به في حالة عرض الإسلام عليها .

327 - ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص 447 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

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

قال القاضي عياض : أنها توقف لتتظر في أمرها دون الشهرين فلا يفرق بينهما بمجرد إبائها³²⁹ وهو المستفاد من قول مالك أن المعتبر البعد بين إسلامهما وهو دون الشهرين سواء أوقفها لتبيين 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 نكاح³³⁰. والزنا فعل قبيح في نظر كل من يملك عقلا سليما وأما من يستحسنه ففاسق يباشر الزنا بهواه عنه، فهو يفضي إلى اختلاط المياه وفساد أخلاق الناس فلا يأمن بعضهم بعضا كما يؤدي إلى اشتباه الأنساب مما يعطل فائدة النسب بين الناس التي تعد نعمة من نعم الله عز وجل المطلوب الأول:

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 رجلا دخل مكة فرأى فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها ولم يجبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله فقال أنكح عناقا فلم يجبه عليه الصلاة والسلام فأنزل الله تعالى " والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين " فدعاه رسول الله وقال : لا تتكحها³³¹ .

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

329 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 269 ، ط. دار الفكر .

330 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص : 324 ط. دار الرشاد الحديثة.

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

مشرك فهو إما أن يلتزم حكمه تعالى ويعتقد وجوبه عليه أولاً؟ فإن لم يعتقد أنه فهو مشرك وإن التزمه واعتقد وجوبه وخالفه فهو زان³³².

وذهبت طائفة من الفقهاء إلى أن الآية نزلت في نساء كان الرجل يتزوج إحداهن على أن تنفق 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 التحريم³³³. فأجازوا نكاح الزانية إذا ارتفع عنها سبب التحريم الذي هو الزنا ويتأتى 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 التوبة عن عبادة ويعفو عن السيئات ". وسئل مثله ابن عمر فقال . إن تابا وأصلحا³³⁴ . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، وقال أيضاً: (التوبة تمحو الحوبة) .

والتوبة هي الاستغفار والندم بالإقلاع عن الذنب الذي هو الزنا كالتوبة من سائر الذنوب . وهي تجب حالاً . والصالح يكون بالالتزام بالآداب الإسلامية والتحلي بالعفة والطهارة واجتتاب مواطن الريبة لقوله صلى الله عليه وسلم : (ومن يرتع حول الحمى يوشك أن يواقعها)³³⁵.

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 لازماً³³⁶ واستدلوا بما روي

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

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

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

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

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

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 حولاً .
قال ابن حزم أن حديث ابن عمر لا حجة لهم فيه لأن الأظهر أنه كان بعد توبتهما³³⁷ .

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 .

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 .
وختلف الفقهاء في تحديد مدة الاستبراء ففي المذهب المالكي تستبرأ بثلاث حيضات الأولى ثلاثة أشهر إن كانت آيسا أو صغيرة أو يمتد بها الزمن حتى وضع الحمل إن كانت حاملا³³⁸ 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 شبيهه باستبراء أم الولد من الإماء إذا أعتقت³³⁹ ، 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 .

337 - ابن حزم ، المحلى ، ج9 ص474 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ .

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

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

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)³⁴⁰ وهو أحد القولين المرويين عن أبي حنيفة وفي الآخر لا يصح إلا بعد الاستبراء³⁴¹.

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.

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 النطاح 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.

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

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

وحكى 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 الحسن³⁴² 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 معناها الزانية وأنها مطاوعة لمن أَرادها ، وقال أحمد معناها، 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.

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 سبيلا³⁴³.

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 مستهترّة وجهارا أو تكامل الحجة وهي أن يرى أربعة رجال عدول زناها ويشهون بمعاينتهم لحصول الاتصال الجنسي.

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

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

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 الأليم في الدنيا والآخرة"³⁴⁴ 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 "³⁴⁵. مما نسب إليها كذبا وافتراء فالآية وإن نزلت في قذف عائشة إلا أن المعبر منها العموم للقاعدة الأصولية العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب

قالت عائشة في بيان ملاسبات الحادثة³⁴⁶: كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة بعدما أنزل الحجاب ففرغ منها ودنا من المدينة وأذن بالرحيل ليلة فمشيت وقضيت شأني وأقبلت إلى الرحل فإذا عقدي انقطع ، وهو القلادة ، فرجعت التمسه وحملوا هودجي ، هو ما يركب ، على بعيري يحسبونني فيه وكانت النساء خفافا إنما يأكلن العلقمة 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 رأني وكان يراني قبل الحجاب فاستيقظت باسترجاعه حين عرفني، أي قوله إنا لله وأنا إليه راجعون ، فخمرت 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 الظهرية أس وقاعين

344 - سورة النور ، الآية 18.

345 - سورة النور ، آية 10.

346 - الحديث بنصه الكامل في كتاب فتح الباري على البخاري ، ج؟؟ ص : 365 ط. دار الفكر.

في مكان وغر من شدة الحر ، فهلك من أهلك وكان الذي تولى كبره منهم عبد الله بن أبي بن سلول . رواه الشيخان³⁴⁷.

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 فيتربط حكم التحريم في حقها إلا إذا تابت بالله الذي لا إله إلا هو أن فلانا زوجي هذا فيما رمانني به من الزنا لكاذب وكررت ذلك أربع مرات ثم قالت في الخامسة وعليها غضب الله إن كان من الصادقين فقد اكتمل لعانها³⁴⁸.

وإذا لم اللعان بهذه الصورة يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا في مذهب الإمام مالك والجمهور³⁴⁹.

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 حكم³⁵⁰ .

347 - تفسير الجلالين المحلي والسيوطي ، ص 274 ، ط. 1353 هـ .

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

349 - ابن رشد ، بداية المجتهد ، ص : 91 ج2 ، طبعة دار الرشاد .

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

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"³⁵¹.

فإذا رمى الزوج زوجته بصريح الزنا وقال لها في المسجد بحضرة الحاكم أو القاضي بالله إنني لصادق فيما رميت به فلانة زوجتي ويشير إليها وهي حاضرة تسمع 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 كأبجر إذا دخل البحر ، والمعنى أن أحدهما تلبس بحال يحرم عليه فيها ما كان مباحا له قبلها كمس الطيب والصيد ولمس النساء للشهوة

352 .

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

- سورة النور ، آية 5 .

351

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

352

بالحديث الصحيح الذي روي عن ابن عباس وهو أن رسول الله نكح ميمونة وهو محرم .
وحم النهي الوارد فيس الأحاديث المحرمة لنكاح المحرم على الكراهية³⁵³. ولا شك في أن
من تزوج في حالة الإحرام فقد ارتكب إثماً وخالف قوانين الإحرام فوجب في حقه التوبة
والمغفرة . وكان أولى أن يبطل نكاحه حتى لا يتجرأ الناس على مخالفة ما يجب أن يلتزم
به المسلم في حالة الإحرام ، خصوصاً وأن عقد النكاح يتبعه الوطاء والجماع مفسد للحج
إذا وقع قبل الوقوف بعرفة اتفاقاً .

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 أجدرا ما في الوجود قال تعالى " المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا "354. 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. وروي 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 القيامة³⁵⁵.

ومما يدل على استحباب كون المنكوحة ولودا ما ورد من النهي عن التبتل، وهو ترك النكاح واقتضاء النسل ، سئلت عائشة رضي الله عنها : أتبتل فقالت لا تفعل أما سمعت قول الله عز وجل : " لقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية "356. 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 "357 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 :

354 - سورة الكهف ، آية : 45.

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

356 - ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ص 440 ، ط. المطبعة المنيرية 1348 هـ.

357 - سورة الأنبياء ، آية : 83.

إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له³⁵⁸.

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 أحدكم 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 شك³⁵⁹.

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 تزل 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.

358 - صحيح مسلم ، با الوصية رقم الحديث 1631 ، ج 3 ، ص : 1255 ، ط. دار الفكر.

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

والمراد بكلمة أنتق أرحاما : أقبل للولد على ما فسره به ابن حبيب . وروى جابر عن رسول الله أنه قال : يا جابر تزوجت بكرا أم ثيبا قال : قلق ثيبا قال : أهلا تزوجت بكرا تلاعبها وتلاعبك³⁶⁰.

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 بينكما³⁶¹ فاجتنبها أفضل، وكذلك نجد رسول الله في الحديث السالف الذكر حث على أن يلاعب أحدهما أهله والملاعبة والمداعبة تتأتى مع البكر أكثر مما هي مع الثيب لأن مجالسة البكر والملاعبة بها فيه إيناس للنفس وإراحة للقلب ما ليس له مثل 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.

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

360

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

361

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 فإنني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة³⁶². 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"³⁶³. 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.

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

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

363 - سورة النور ، آية 25.

حسنهن يرديهن ولا تزوجهن لأموالهن فعسى أموالهن تطغيهن ولكن تزوجهن على الدين
ولأمة سوداء ذات دين أفضل³⁶⁴.

نشير في الأخير أن قوله صلى الله عليه وسلم : تربت يدالك: 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
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. وروي عن أبي بكر بن عمرو بن حزم أن رسول الله قال :
إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها³⁶⁵.

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 وجوها³⁶⁶. ويلحق
الجمال في الذات الجمال في الصفات كأن تكون مهذبة ورقيقة . والجمال هو إحدى الصفات

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

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

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

التي يلتمسها الناس عادة في نكاح المرأة لأجلها، والسلام قال : تنكح 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 ذلك³⁶⁷ .

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 إليهم³⁶⁸ ، ذلك أن المحيط السيء لا ينبج 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.

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 الحسنة³⁶⁹.

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

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

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

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 أوردتها الفقهاء في معرض حديثهم عن جواز رد الزوجة لوجود العيب 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 متعدد ومزمن فاختيارا للسلامة من الإصابة بها ثبت الخيار بها .

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

علة الإقتصار 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 الأبناء³⁷⁰. وهو الأهم لأن سراية الداء إلى الأبناء مصيبة كبرى.

المطلب الثاني:

عيوب الفرج.

يقصد بعيوب الفرج كل داء في الفرج يمنع الوطء أي لذته أو ينقصها.

العلة 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 بالرغوة 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

371

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

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

الفصل الثالث الخيار بالعيوب

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 الوطء فأثبت الخيار فإذا ردت المرأة عد طلقة ولا يكون فسخا لأن مجرد العيب لا يثبت الخيار³⁷².

وذهب على خلافهم عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس ومالك والشافعي وأصحابهما

وأكثر أهل العلم، قالوا جميعا: يجوز الرد بالعيوب³⁷³.

المطلب الثاني :

ما هو العيب الذي يثبت به الخيار؟

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

373 - 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 وصدّاق الرجل على من غرّه³⁷⁴. 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 الزواج³⁷⁵.

قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيين فقط وهما القرن والرتق ومنتصر للمالكية أن العيب المختلف فيه هو المانع من الوطاء 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 به³⁷⁶..

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 الوطاء وهو الراجح في المذهب المالكي والحال حرق الفرج بالنار أو قطع الشفرين فلا يثبت به الخيار كما في المدونة لأنه لا يمنع

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

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

376 - الشوكاني ، نيل الأوطار ج 5 ص 167.

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 الخيار³⁷⁷.

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 الخطاب³⁷⁸. 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 بانتفائهما 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 خياره³⁷⁹.

2 - عدم الرضى بعد العلم بموجب الخيار.

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

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

379 - 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 وسأكت 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 الوطء الدال على الرضى هو الحاصل بعد موجب الخيار ولا الحاصل قبله أي أن الزوج لم يكن يملك حق الخيار في ابتداء الوطء بل ملكه بعد معرفته للعيب فإن تمادى في الاستمتاع بعد الاطلاع على العيب فقد رضي 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 نفسه³⁸⁰.

أما إذا كان عيبه من جنس عيب الزوجة ففيه قولان :

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

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 .³⁸¹
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 ومحلّه 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 بيمينه³⁸² .

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 يتعين

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

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

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 .³⁸³

تؤجل المعيبة إذا رجىء 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 . ويبتدىء 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 برضاه³⁸⁴

383 - نفس المرجع ، ص : 280.

384 - حاشية بناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج3 ، ص : 310 ، ط. دار الفكر 1978.

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 السودانين 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 بالمبيع³⁸⁵. قال ابن القاسم لا يرد الرجل المرأة والمعتمد في المذهب المالكي قول

ابن القاسم وهو أحد القولين في المذهب الشافعي³⁸⁶

المبحث الرابع :

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

386 - 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 استحقت 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 الصداق³⁸⁷ .

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 بكتمانهما العيب.

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 بجميعة 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 الوطء³⁸⁸ 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.

وإن 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 المالكي³⁸⁹.

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

389 - 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 حلفه³⁹⁰.

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 بعد 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 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 ردها³⁹¹.

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 شيئا³⁹². 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 يظنهما 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.

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

392 - 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 يكتم 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 حسبية 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 ويكتم 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 دليلاً 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 الموثق³⁹³ .

رأي الباجي أنه إذا كتب الموثق شرط الصحة بلفظه ثم توجد الزوجة على خلافه فله الرد³⁹⁴ .

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 كتبه الموثق في وثيقة العقد ولم يعلم أنه من تلفيقه ، فإن قال أتزوج المرأة بشرط أنها عذراء فتوجد ثيباً فله ردها لأن العذراء هي التي لم تنزل بكارتها بمزيل سواء بنكاح أو بغيره ، ولا حق له في ردها إذا علم أنها تزوجت وطلقت قبل الدخول ما دامت بكارتها لم تفتض .

وإذا قال : أتزوجها بشرط أنها بكر ، فإن ثبتت بنكاح ردها بالثيوبة 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 .

وينبغي عليها أن للزوج حق الخيار إذا وجدها ثيباً سواء بنكاح أو بغيره كما نقله البرزلي³⁹⁵ .

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

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

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

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 هذا³⁹⁶.

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 سفية 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 غيره³⁹⁷.

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 دينار³⁹⁸ نلاحظ أن أحكام

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

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

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

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.

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 يجز 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

فرع 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 الأبكار.

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 الحسيبة .

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 الدريير.
- 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 مكملة

- 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 وموضعه .

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 نية³⁹⁹ وعرفه ابن عرفة بقوله: " صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته 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 حسيا ، وخرج حلية متعة الزوج بزوجته الطهارة والقضاء ونحوهما وقوله حلية لا بد من ذكرها لأن المتعة لا ترفع وإنما يرفع المتعلق بهما وهي الحلية، وبقوله بزوجته حلية المتعة بغيرها كالأمة ، وبقوله 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 النسخ بالنصب على الحال من صفة أو من ضمير " ترفع " ⁴⁰⁰ يشير قوله مرتين للحر أن للزوج أن يطلق طليقة 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 زوجا غيره " ⁴⁰¹ 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 حاليا 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 الرق⁴⁰² وقد اعتادت البحوث نقل التفرقة لأنها هي الموافقة

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

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

401 - سورة البقرة ، آية 229.

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

لطريقة النقل ولكون ما نغترف منه هو من اجتهاد فقهاء أجلاء كان نظام العبيد ساريا 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 جبرا عليه ويجوز بها الوطاء 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 بالتكفير⁴⁰³.

وعرف غيره الرجعة فقال : هو عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد والرجعة غير المراجعة لتوقف ذلك على رضی الزوجين لأن المفاعلة تقتضي الحصول من الجانبين⁴⁰⁴ 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 مطلقته ما لم تنقض عدتها ولا يفتقر 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

403 - البهجة في شرح التحفة

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

الاستمتاع بها بدون رجعة غير أنه يجوز الاستمتاع بها بنية الرجعة، وإذا ارتجعها بصداق جديد جهلا منه رجع به عليها⁴⁰⁵.

" أما في حالة إيقاع الطلاق " البائن فإن المطلقة تبين من زوجها المطلق ساعة الطلاق ولا يملك رجعتها إلا بعقد جديد بإذنها وصداق وولي⁴⁰⁶.

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 طلقة لا رجعة فيها أو لا رجعة بعدها فهي رجعية⁴⁰⁷.

المبحث الثاني :

مشروعية الطلاق الرجعي:

الأصل في الطلاق الجواز ومنه الطلاق الرجعي بصريح القرآن⁴⁰⁸ وفي السنة ورد الحديث نصه : " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " فهل يعارض هذا الحديث إباحة الطلاق قال الخطابي تتصرف 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 أبعاد 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

405 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام صفحة 101.

406 . القوانين الفقهية لابن جزي صفحة 155.

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

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

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 إمساكها⁴⁰⁹.

ودليل ثبوت حق الرجعة للزوج في الطلاق الرجعي قوله تعالى : " وبعولتهم 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 العدة⁴¹⁰. فللزوج إرجاع مطلقته مدة العدة بدون رضاها ولا علمها
ولا الإشهاد على الرجعة وإن كان الإشهاد مستحبا خشية إنكار الزوجة فيما بعد أنه راجعها⁴¹¹

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 سنة⁴¹². 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 طاهرا من الحيض والنفاس حين الطلاق اتفاقا.
- (2) أن يكون زوجها لم يمساها في ذلك الطهر اتفاقا
- (3) أن تكون الطلقة واحدة خلافا للشافعي .

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

410 . تفسير الإمامين المحلي والسيوطي ، ص : 30.

411 . القوانين الفقهية لابن جزى ، ص 155.

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

4) أن لا يتبعها طلاق آخر حتى تتقضي العدة خلافا لأبي حنيفة⁴¹³ وجمع

ناظم التحفة هذه الشروط في قوله :

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

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 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 سنيا⁴¹⁴.

ويجوز طلاق من لا تحيض في كل وقت⁴¹⁵ ولا ينطق 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 معه⁴¹⁶.
إذا كان الطلاق السني ما أوقعه الزوج على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه والبدعي هو ما اختلف 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.

413 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150.

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

415 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150.

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

ج . من أردف في العدة أي طلق واحدة في طهر لم يمسه فيها 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.

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 يمسه 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 الجائز " 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 الرجعة⁴¹⁷.

أما من طلق في زمن الحيض أو النفاس فيجبر على الرجعة إن كان الطلاق رجعياً ولا إجبار في الطلاق البائن⁴¹⁸.

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

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

418 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150.

ويحسب الطلاق الأول عند الجمهور فإنه نافذ فتكونان طلقتين⁴¹⁹ وإن كان لا يجبر على الرجعة أن تطلق في طهر تال لحيض وأجبر فيه على الرجعة.

والمرأة مصدقة في دعوى الحيض في ذلك⁴²⁰ ولا ينظرنها النساء وهو المعتمد خلافا لابن يونس⁴²¹ وإن حصل إن طلقها زوجها والحال أن دم الحيض انقطع عنها قبل تمام عادتها 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 الإيجاب أن يأمره الحاكم بارتجاعها فإن امتثل فظاهر وإلا ارتجع الحاكم - القاضي - بأن يقول ارتجعت لك زوجتك وجاز الوطء به ولو لم ينوها الزوج لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته⁴²².

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 للإيجاب معنى⁴²³.

قال خليل : " وجاز الوطء 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

419 . المرجع السابق .

420 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص 150 .

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

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

423 نفس المرجع . .

لأن الارتجاع جعل للصلح وهو لا يكون إلا بالوطة وبالوطة 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 تعبدي 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 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 طلاقاً بائناً ، 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 وأرخی الستر عليها وخلا بينه وبينها ⁴²⁴.

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 سفیهة 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 فقوله بيمين وإن اتفقها على نفي الوطء فيعمل على قولها ⁴²⁵.

وبالنسبة للعدة ونفي الولد فلا يعمل على قولها إذ العدة تجب بمجرد الخلوة والولد لا ينتقي إذا أتت به لسته 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 بائناً لأنه طلاق غير المدخول بها.

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

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

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

فإن زارته في بيته وادعت المسيس صدقت بيمينها وإن زارها أو كانا زائرين في بيت
لغيرهما وادعت المسيس وأنكر هو فقوله بيمي لأن الرجل ينشط في بيته دون بيت 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 الوطاء رد معلنا
فالقول للزوجة وتستحق	بعد اليمين مهرها الذي يحق
وإن يكن منها نكول بالقسم	عليه والواجب نصف ما التزم
ويغرم الجميع مهما نكلا	وإن يكن لا لابتناء قد خلا
فالقول قول زائر وقيل بل	لزوجة وما عليه من عمل ⁴²⁶

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
خلافًا 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

وعبر في المدونة بالكرهه لكن قال الرجراي 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 المبتدعة⁴²⁷.

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 يعييه 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، وذهب طائفة من أهل العلم إلى أن نكاح الأجنبي يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث⁴²⁸ وبه قال أبو حنيفة⁴²⁹.

ثانيا : طلاق الخلع.

الخلع هو الطلاق بعوض ولو من غير الزوجة وقد يكون بلا عوض إذا كان بلفظ الخلع ويجوز الخلع على المشهور وقال ابن القصار يكره⁴³⁰ .

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

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

429 . القوانين الفقهية صفحة : 151.

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

قال ابن جزي : 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 بائنة.

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

بها⁴³¹.

وعليه فإذا اختل شرط مما سبق نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع.

قال خليل : " وبانت ولو بلا عوض نص عليه " قال شارحه 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 بائنا.

وفي حالة ما إذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا وأثناء العدة من هذا الطلاق أعطت المطلقة مطلقها مالا في مقابل عدم الرجعة فقبل ذلك فتبين منه بحيث تقع عليه طلاقه أخرى بائنة بقبوله المال على عدم الرجعة وهو قول مالك وابن القاسم⁴³². ولأن محل الطلاق المرأة المعتدة من طلاق رجعي.

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 أولا إذ الحاصل منه أولا رجعي وهذا الذي أنشأه بقبول المال بائن ، وعن ابن وهب أنها تبين

431 . القوانين الفقهية صفحة : 154.

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

بالأولى فتتقلب الأولى بائنا، 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 كالكسوت منزل منزلة اللفظ⁴³³. وقد اختارت مدونة الأسرة المغربية عدم لزوم الطلاق بغير اللفظ المفهم له فينتفي الإشكال⁴³⁴.

ثالثا : الطلاق المملك.

التملك هو أن يملك الزوج زوجته أمر نفسها ولها أن تفعل ما جعل بيدها من طلقة واحدة⁴³⁵ 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 طلقة واحدة ملكها أمرها بها دونه وأشهد بذلك في كذا . ثم قال وهذا الطلاق مكروه لأنه على خلاف السنة واختلف فيه على ثلاثة أقوال فقيل طلقة رجعية كمن قال أنت طالق واحدة لا رجعة لي عليك فيها وهو قول مطرف وأشهب وقيل أنها تكون البتة كمن قال أنت طالق واحدة بائنة 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 بائنة قاله ابن القاسم وحكاه القاضي عن مالك وبه القضاء⁴³⁶.

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

434 . المادة 37 من مدونة الأسرة المغربية

435 . القوانين الفقهية صفحة : 155

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

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 بائنة مملكة⁴³⁷. 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 ذلك⁴³⁸.

الفرع الثاني : طلاق المولي.

الإيلاء لغة اليمين يقال آلي يولي وائتلى قال الله تعالى : " ولا يأتل أولوا الفضل منكم⁴³⁹ وشرعا حلف الزوج المسلم المكلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر كوالله لا أطوك⁴⁴⁰. قال ابن عرفة : " هو حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه " فقوله 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 نخيرته . 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

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

438 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص : 155.

439 . سورة النور ، الآية : 22،

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

ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر لا يوجب للزوجة خيارا لكونه لم يقصد بذلك ضررا⁴⁴¹

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 والمجبوب 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 فقوله الأول يمين صريحة في ترك الوطء ومثله قوله الثاني المكنى بها عن ترك الوطء أو قال لا ألتقي معك فهذا هو المولي .

(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 بائن⁴⁴².
 إنما ضرب له الأجل لعله يفىء 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 يفىء طلق عليه كما سبق بيانه.
 وإن كانت يمينه منعقدة على غير ترك الوطء كقوله إن لم أدخل الدار مثلا فزوجته طالق أو عليه الطلاق ليضربن 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. ⁴⁴³ .

ولو قال الزوج لزوجته إن كلمت زيدا مثلا فأنت طالق فأحنثته لزمه الإيلاء⁴⁴⁴.
 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 مثلا .

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 في التخلف

⁴⁴² . القوانين الفقهية ، ص : 160 .

⁴⁴³ . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 95 .

⁴⁴⁴ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص : 353 .

وعادم للوطء للنساء
وأجل المولى شهور أربعة
في ذاك حيث الترك قصدا للضرر
ليس له كالشيخ من إيلاء
واشترك التارك للوطء معه
من بعد زجر حاكم وما ازدجر⁴⁴⁵
الفرع الثالث :

طلاق المعسر بالنفقة.

النفقة تجب للزوجة بشرط الدخول والتمكين من الاستمتاع وكذا إذا دعته إلى الدخول فإن نشرت جاز للقاضي إيقاف نفقتها إن تمادت فيه، فهو الذي يفرض النفقات عند نشوب نزاع حول مقدارها فيفرض النفقة بحسب ما يظهر له من كون المطلوب بالنفقة غنيا أو فقيرا متوسطا أو معسرا 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 مثلا وبحسب الأسعار رخصا وغلوا.

وتشمل النفقة الطعام والكسوة والسكنى والتمريض، 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 استحقاق⁴⁴⁶

والمعنى أن الزوج إذا عجز عن النفقة ورفع للحاكم فإنه مستحق أن يؤجل في ذلك شهرين⁴⁴⁷ إلا أن مدونة الأسرة المغربية أوكلت تقدير الأجل إلى القاضي على أن لا يتجاوز ثلاثين يوما طبقا 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

445 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ، ص : 95

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

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

ادعاءه العسر لم يحتج إلى إثباته بالبيينة وأما من كان ظاهر اليسار أو لم يثبت عسره فإن القاضي يطلق عليه حالا إن ثبت أن له ما لا ظاهرا يفي بالنفقة وإذا لم يثبت عسره أمره بالإفراق أو الطلاق فإن لم ينفق ولا طلق عليه القاضي دون تأجيل .

قال ناظم التحفة :

بعدهما الطلاق لا من فعله	وعاجز عن كسوة كمثلته
ولاجتهاد الحاكمين يجعل	في العجز عن هذا وهذا الأجل
وذلك من بعد ثبوت ما يجب	كمثل عصمة وحال من طلب ⁴⁴⁸

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 فيكوم باطلا. ويشترك الطلاق الرجعي مع غيره في لزوم توفره على أركانه وشروط مكملته 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 والطمع .

فلا ينفذ طلاق مجنون ولا كافر اتفاقاً⁴⁴⁹

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 عليه⁴⁵⁰ . وكذلك إن أكره على الإقرار بالطلاق أو على اليمين أو على الحنث في اليمين به، وينفذ طلاق السفية بعوض أو بغير عوض⁴⁵¹ .

أما الوكيل عن الزوج فلا يشترط فيه إسلام ولا نكورة ولا تكليف بل التمييز فيما يظهر لأن الموقع حقيقة هو الزوج الموكل⁴⁵² مثاله ما إذا فوض الزوج لزوجته إيقاع الطلاق على نفسها فهي كالوكيل المفوض.

وأما السكران فمشهور المذهب نفوذ طلاقه وفاقاً لأبي حنيفة خلافاً 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 حراماً وهل إلا أن لا يميز أو مطلقاً تردد قال شرحه ممزوجاً بكلامه وهل صحة طلاق السكران بحرام إلا أن لا يميز أو مطلقاً تردد . قال شراحه ممزوجاً بكلامه و هل صحة طلاق السكران بحرام إلا أن يميز فلا طلاق عليه لأنه صار كالمجنون أو صحيح لازم له مطلقاً ميز أم لا وهو المعتمد لأنه أدخله على نفسه تردد هذا إشارة لطريقة الثالثة وهي أن من ميز لزمه وإلا فلا وهي طريقة

449 . القوانين الفقهية لابن جزي ، ص : 151.

450 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ص : 367 ، ج 2.

451 . نفس المرجع ، ص 352.

452 . نفس المرجع ، ص 365.

ابن رشد والباجي وأما السكران بحلال فلا يلزمه طلاق ولا يؤاخذ بإقراره ولا يصح بيعه كالمجنون.

ويلزم طلاق الغضبان ولو اشتد غضبه خلافا لبعضهم كما ذكره السيد البليدي في حاشيته⁴⁵³ وفي البهجة : الغضبان يلزمه طلاقه بالأحرى لأنه مكلف بالصلاة ونحوها إجماعا ومخاطب بأداء ذلك حال غضبه وقال ابن رشد : وطلاق الغضب واللجاج لازم اتفاقا⁴⁵⁴ واختارت مدوة الأسرة المغربية عدم لزوم طلاق الغضبان إذا كان غضبه مطبقا 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 مطبقا.

فرع أول :

المطلق المريض.

طلاق المريض مرضا مخوفا لازم له كالصحيح وترثه زوجته إن مات من مرضه قبل ظهور صحته كان الطلاق بائنا أو رجعيًا قبل الدخول أو بعده ولو صادف آخر الثلاث كما يظهر من قول ناظم التحفة:

وينفذ الواقع من سكران	مختلط كالعق و الإيمان
ومن مريض ومتى من المرض	مات فللزوجة الإرث مفترض

فالطلاق الواقع من المريض لازم له كالصحيح وإنما يفرق بين طلاقه وطلاق الصحيح في الإرث وعدمه⁴⁵⁵ والمراد بالمرض المخوف ما حكم الأطباء بكثرة الموت به وحكم الحاضر في صف القتال والمحكوم عليه بالاعدام هو حكم المريض.

453 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 1 صفحة 366.

454 . البهجة في شرح التحفة ، ج 1 ص : 662 و 667.

455 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ص : 104.

قال ابن جزى : ويشترط في ثبوت ميراثها ثلاثة شروط في المذهب:

أ . أن لا يصح من ذلك المرض وإن مات منه بعد مدة.

ب . أن يكون المرض مخوفا يحجر عليه فيه .

ج . أن يكون الطلاق منه لا منها ولا بسببها كالتملك والتخيير والخلع ففي توريثها

بذلك روايتان⁴⁵⁶.

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 وتقنا فقط⁴⁵⁷ .

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 المحذور⁴⁵⁸

قال خليل : " وورثته دونها كمخيرة ومملكة فيه ومولى منها " قال شارحه ممزوجا

بكلامه وورثت زوجته المطلقة في المرض إن مات من مرضه المخوف الذي خالعه فيها

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 وشبه

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

456 . القوانين الفقهية ، ص : 152 .

457 . البهجة في شرح التحفة صفحة 663 ، ج 1 .

458 . أحكام الاحكام على تحفة الحكام ص : 104 .

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 رجعيًا 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 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 طلاقاً فيه فترثه إن بقي شيء من عدة الطلاق الأول .

459 .

المبحث الثاني :

المطلقة.

قال ابن جزى هي الزوجة سواء كانت في العصمة أو في عدة من طلاق رجعي فينفذ طلاقها اتفاقاً ولا ينفذ طلاق الأجنبية اتفاقاً وكذلك البائن⁴⁶⁰ .

قال خليل : " ومحل ما ملك قبله وإن (كان) تعليقا كقوله لأجنبية هي طالق عند خطبتها أو إن دخلت ونوى بعد نكاحها " . قال شراحه هذا إذا كان الملك تحقيقاً أي واقعة في العصمة بل وإن كان الملك تعليقا أي ذا تعليق أو معلقاً عليه الطلاق أي عقب النكاح في المثال الأول وعقب دخول الدار في المثال الثاني وهذا قول مالك المرجوع إليه وفاقاً لأبي حنيفة وخلافاً للشافعي ولقول مالك الرجوع عنه وهو القول بإلغاء التعليق و

459 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 353 و 354.

460 . القوانين الفقهية ، ص : 152.

به قال أحمد بن حنبل⁴⁶¹ ثم إنه لا فرق بين كون التعليق غير صريح بأن كان بالنية كفلانة طالق ونوى بعد تزوجه بها وكالمثال الثاني في المتن أو كان صريحا 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 تعليقا فلا يلزم الطلاق كما إذا قال علي الطلاق من التي أتزوجها لأفعل كذا أو الطلاق يلزمني من التي أتزوجها إن فعلت كذا أو إن كنت فعلت كذا.

قال كذا قرره شيخنا العدوي رحمه الله⁴⁶².

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 .

461 . نفس المرجع ، ص : 154.

462 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 370.

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 ينفذ هذا الاستثناء خلافا لهما يعني الشافعي وأبا حنيفة .

6) أن يعلقه بمشيئة البهائم والجمادات فيقع الطلاق في الحين لأنه يعد

هازلا⁴⁶³.

وقد تحاشت مدونة الأسرة المغربية هذا التفصيل بحكمها عدم وقوع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه⁴⁶⁴.

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 بائنا 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 النكاح⁴⁶⁵.

ويستنتج من نص المادة 64 من مدونة الأسرة المغربية أن النكاح المختلف في فساده لا بد فيه من حكم القاضي يقضي بفسخه بطلاق وهو بائن بناء على ما سبق.

المبحث الثالث :

463 . القوانين الفقهية لابن جزي ص : 154.

464 . المادة 93 من مدونة الأسرة المغربية .

465 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2 ص : 416.

الصيغة.

يقع الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة 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 وبالكنائيات على الصحيح

فالصريح 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 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 الكنائيات فقسمان ظاهرة وخفية فالظاهرة هي اللفظ الدال عليه عرفا وليس فيه صيغة الطلاق وما تصرف منه كخليت سبيك ورددتك إلى أهلك ، والكنائيات 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 الطلاق⁴⁶⁶ 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 احتف بها من القرائن ما يقطع من عاينها بدلالاتها على

الطلاق وسواء وقعت من أخرس أو من متكلم وأما غير المفهومة فلا يقع بها طلاق لأنها من الأفعال لا من الكنايات الخفية خلافا لبعضهم ما لم تكن عادة قوم⁴⁶⁷.

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 تحريم 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 بائنة والرابع 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 والبخاري والمازري وغيرهم⁴⁶⁸. حتى أن السيوري أفتى بالواحدة⁴⁶⁹. وأما إذا نوى شيئا 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 للنيه
وقيل بل بائنة وقيل بل جميع الايمان وما به عمل

467 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص 384.

468 . حلي المعاصم لفكر ابن العاصم، ج 1 ، ص : 67.

469 . البهجة في شرح التحفة للإمام التسولي ، ج 1 ص : 674.

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

ظاهرة 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 حلقه وذلك عندما نصت في الفصل 91 على ما يلي: " الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق".

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" ⁴⁷⁰ والكفارة هي المذكورة في قوله عز وجل : " لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم 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 حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون" ⁴⁷¹ .

المبحث الرابع :

القصد.

قال خليل : " وركنه أهل وقصد ومحل ولفظ " قال الشيخ التاودي هو القصد إلى التلفظ به مع معرفة معناه لا إن هذى لمرض أو لقن بلا فهم ⁴⁷² .
جاء في البهجة : وأما القصد لإزالة العصمة باللفظ فليس شرطا في الصريح اتفاقا 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

470 .سورة التحريم ، آية 2.

471 .سورة المائدة ، آية : 89.

472 حلي المعاصم لفكر ابن عاصم ج 1 ص : 656.

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 المتيبي 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 النفساني ومعناه أن يقول في نفسه أنت طالق كما يقول بلسانه وهو مرادهم بالنية هاهنا 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 الآيات والحديث . ومراده أن الآيات 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 التكاليف المتعلقة بالقلب لا فيما كان بين الآدميين كالطلاق ونحوه⁴⁷³ .

قال التسولي وقد يجمع بينهما بأن الإجماع إنما هو بحسب الظاهر أي فلا يصدق في الظاهر أنه لم ينو بالصريح طلاقاً بل يؤخذ به في الفتوى والقضاء إجماعاً⁴⁷⁴ . قال خليل : " ولزم ولو هزل لا أن سبق لسانه في الفتوى أو لقن بلا فهم أو هذى " قال

473 . البهجة في شرح التحفة ج 1 ، ص : 657 و 668 .

474 . البهجة في شرح التحفة ج 1 ، ص : 668 .

شارحه أي ولزم الطلاق بمعنى حل العصمة بذكر اللفظ الدال عليه هذا إذا كان غير هازل بأن قصد به حل العصمة اتفاقا بل ولو كان هازلا بأن لم يقصد به حل العصمة على المشهور⁴⁷⁵. بما ورد في الخبر وهو : " ثلاث هزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وفي رواية العتق بدل الرجعة.

وقد سبق أن المعتبر هو القصد إلى التلفظ به مع معرفة معناه فإذا قامت البينة عليه أمام القضاء والحال أن الزوج أنكر إيقاع الطلاق أو أقر بإيقاعه لفظا فإنه يلزمه ولا يلتفت إلى ادعائه انعدام النية بخلاف ما إذا صدقته قرينة كقول خليل : " أو قال لمن اسمها طالق ياطلق ". 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 البينة⁴⁷⁶. وقد أوجبت مدونة الأسرة المغربية توثيق الطلاق عندما نصت في المادة 138 على ما يلي : " يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصيين للإشهاد ". فإن لم يوثق الزوج الطلاق استمرت حقوق الزوجة عليه من نفقة وسكنى وغيرها وإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو فإن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق وإلا فلا وعليها منع نفسها جهدها⁴⁷⁷.

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.

475 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 ص 366.

476 . نفس المرجع ، ص : 367.

477 . القوانين الفقهية ، صفحة 153.

أهم توابع الطلاق الرجعي العدة وحق الرجعة أما باقي الآثار كالتوارث والنفقة وغيرها 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 ممزوجًا 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 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 الموادة فمنع منه لذلك ولو كان معها من يحفظها⁴⁷⁸.

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 فمتعوهن وسرحوهن سراحًا جميلاً"⁴⁷⁹ .

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 حاملاً فعدتها حتى وضع حملها , تنص المادة

478 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 422.

479 . سورة الأحزاب ، آية : 49.

133 م مدونة الأسرة المغربية على ما يلي : " تنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه " وإن كانت ممن لا تحيض كاليائسة فعدتها ثلاثة أشهر تبتدئ 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 ⁴⁸⁰ " وإن كانت ممن تحيض فقد قال الله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ⁴⁸¹ " قال المفسرون القروء جمع قرء بفتح القاف وهو الطهر أو الحيض قولان ⁴⁸² ، 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 : تعدد 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 تعدد بثلاثة أطهار .

قال ابن جزري : وعلى المذهب إذا طلقها في طهر كان بقية الطهر قرءا كاملا ولو كان لحظة فتعدت 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 .

480 . سورة الطلاق ، آية 4 .

481 . سورة البقرة آية 227 .

482 . تفسير الجلالين السيوطي والمحلي ص : 29 .

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 فكل لها سنة ثم حلت وإن حاضت في خلال الأشهر التسعة حسبت ما مضى قرءا ثم انتظرت القرء الثاني لإتمام 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 تعد 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 تتربص تسعة أشهر ثم تعد بثلاثة 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 فتعد بالإقراء .وتعبير المادة 136 التي لم تميزه من غيره يفيد أن التي تميزه عن غيره تعد بالإقراء⁴⁸³ .

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 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"⁴⁸⁴.

قال خليل : " وعدة الحامل في وفاة أو طلاق وضع حملها كله وإن جما اجتمع .
قال شارحه أي بعد الطلاق أو الوفاة و لو 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 كالمنفى 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 أقرء 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 فكالملقة قال شارحه ممزوجا بكلامه وألا تكن المتوفي عنها حاملا فكالملقة 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 بناني 485 .

وقال خليل : " وإن رجعية " قال شارحه فتنقل 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 تعد 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 تعد بهذه المدة م غير شرط قول خليل انتظرتها أي الحيضة أو تمام تسعة أشهر فإن زالت الربية حلت وإلا انتظرت رفعها أو أقصى أمد الحمل 486 .

وإذا بقيت الربية بعد أقصى أمد الحمل وهي خمسة أعوام في المشهور 487 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

485 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 474 و 475

486 . نفس المرجع ، ص 475.

487 . القوانين الفقهية ص : 457.

أن يقطعوا بوجود حمل أو عدم وجوده، وأما شهادة الليف فلم تعد مفيدة في هذه المسألة وإن كان محل به قضايا النسب فشهادة الليف بتحرك الحمل وحياته يعتد 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 ننتقل 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 ذوات الحيض وثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر وإن كانت حاملا فبوضع الحمل كله .

القاعدة أن الطارئ يهدم السابق إلا إذا كان الطارئ أو المطروء عليه عدة وفاة فتعتد بأقصى الأجلين .

قال خليل : " إن طرأ موجب قبل تمام عدة أو استبراء انهدم الأول واثنتفت كمتزوج بآئنته 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 الأجلين⁴⁸⁸ .

فرع ثان :

دعوى انقضاء العدة

نصت مدونة الأسرة المغربية في المادة 125 على أنه " تبني 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 عاداتها 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 عاداتها سقطا أو غيره خلافا للرجراجي القائل لا تصدق إذا ادعت انقضاء العدة بوضع سقط فتحل للأزواج ولا توارث . وإن ادعت انقضاء العدة في مدة ينذر انقضاؤها فيها كالشهر سئل النساء فإن شهدن أن النساء قد يحضن لمثل هذا فإنها تصدق وهل بيمين أو بغير يمين قولان أظهرهما بغير يمين لكون شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه إلا النساء كشهادة رجلين عدلين⁴⁸⁹ وإن ادعت انقضاؤها في مدة لا يمكن انقضاؤها لا غالبا ولا نادرا لم تصدق ولا يسأل النساء⁴⁹⁰.

قال سحنون أقل ما تصدق فيه أربعون يوما وقال ابن الماشجون 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 أشهر⁴⁹¹.

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 بانث منه، فإذا قالت بعد ذلك كنت كاذبة وإن

489 . أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، ص : 33.

490 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، ص : 423.

491 . البهجة في شرح التحفة صفحة 699 ، ج 1.

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 يفيد ذلك وقد بان من 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 وقال الشيخ الزرقاني : إن قبول قولها فيما عدا الرجعة لأنه يحتاط في الفروج فيحمل كلام ابن عرفة على ما عده .

وعقب عليه الشيخ بناني قائلاً وما قاله الشيخ أحمد وإن كان ظاهراً 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 نصح: 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 مرضع ولا مريضة لم تصدق إلا إن كانت تظهره وحلفت في كالسنة (أشهر) لا كالأربعة وعشر. حاصل المسألة أنه إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم مات بعد سنة أو أكثر من يوم الطلاق فقالت لم أحض من يوم الطلاق فقالت لم أحض من يوم الطلاق إلى الآن أصلا 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 أمرا نادرا . 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 مطلقا 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 يمتنعان الحيض غالبا 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 كالتالي لا ترضع من يوم الطلاق لأن ارتفاع الحيض من يوم الطلاق لأن ارتفاع الحيض مع الرضاع ليس بريية اتفاقا وحينئذ فتصدق بيمين بعد الفطام بسنة فأكثر إذا كانت تظهره في حياة مطلقها ومثلها المريضة

إذا ادعت عدم الانقضاء 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 بيمين⁴⁹².

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: وبالجملة لا يشترط في المرتجع إلا كونه ممن يصح نكاحه في الجملة ولا يشترط فيه انتفاء موانعه م إجماع ومرض ونحوهما⁴⁹³.

وهو ظاهر ما يستفاد من قول خليل: يرتجع من ينكح وإن بكإحرام وعدم إذن سيد، أي من فيه أهلية النكاح فعي تتوقف على العقل ولا تتوقف على عدم الإجماع وعدم المرض لأن

492 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 424.

493 . البهجة شرح التحفة ، ج 1 ، ص : 707.

كل من المحرم والمريض فيه أهلية النكاح غاية الأمر أنه طراً عليهما ما يمنع من صحته.

ويجب أن يكون كل من الزوجين عاقلاً 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 بحلال⁴⁹⁴ وغير البالغ لا يصح ابتداء في إطار تطبيق مدونة الأسرة المغربية فكذلك لا تصح رجعته.

ومن أذن له في الزواج استناداً لمقتضيات المادة 20 من المدونة اعتبر هذا الإذن في توابعه فلا يتوقف رجعة المأذون على تجديد الإذن.

(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 وطئه احترز به عن صحيح غير لازم كنكاح العبد بغير إذن سيده فإن وطئه قبل الإذن لا يجوز . ونقل هذا الحكم هو على سبيل البيان فقط لأن نظام الرق أصبح طي النسيان ، أو صحيح لازم لكن وطأ وطأ حراماً كالوطء في حالة الحيض أو الاحرام فإذا تزوجها ووطئها في حالة

. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 415.

الحيض أو الاحرام فقط ثم طلقها بعد هذا الوطء فلا رجعة له عليها لبينونتها منه لأنه بمنزلة الطلاق قبل الدخول ولأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا⁴⁹⁵.

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 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 ولى 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 وصداق⁴⁹⁶ .

(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

495 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 415.

496 . نفس المرجع ، ص : 418.

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 فرجة 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 والظاهر الثاني كما يفيد ابن عرفة لأن إلحاق الرجعة بالنكاح أولى من إلحاقها بالطلاق لأن الطلاق يحرم والرجعة تحلل.

ومن وطء مطلقة 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 الاستبراء⁴⁹⁷ .

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

..حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ص : 417.

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 :

" 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 فتفوت 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 تقف 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 بانته منه ولو كانت الزوجة صدقته على ذلك لكن يؤخذ بمقتضى دعواه وهي أنها زوجة على الدوام فيجب لها ما يجب للزوجة وكذا تؤخذ 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 الإخر أم لا .

وأما أخذ الزوج بحق الزوجة فمشروط بتصديقها لقوله في الإقرار .

والحكمة في اعتبارهما زوجين أخذا بإقرارهما فيما عدا الاستمتاع أنه التبس 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 الوطء وله جبرها على تجديد عقد بربع دينار " .

ولها أيضا جبره على تجديد العقد استنادا للحديث : " لا ضرر ولا ضرار " . إذا

قصد ضررها بامتناعه ولحقها في الوطء كما أشار إليه الشيخ خليل.

فرع ثالث :

حكم الإشهاد على الرجعة.

قال خليل : " وندب الإشهاد وأصاب من منعت له وشهادة السيد كالعدم " .

قال شراح خليل ممزوجا بكلامه وندب للزوج على المشهور خلافا لمن قال بوجود

الإشهاد على الرجعة وأصاب أي فعلت صوابا من منعت نفسها من الزوج بعد الرجعة ،

له أي لأجل الإشهاد فتتاب 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 وتقننا لا غير . والولي كالعدم أي فلا يحصل به المندوب⁴⁹⁸ .

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 رجعيا 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 تطليقات مخافة أن يكون أبتها وأخفى رسم الصداق المشتمل على ذلك ليتمكن من رجعتها قبل أن تتكح زوجا غيره⁴⁹⁹.

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 جزى : متعة المطلقات هي الإحسان اليهن حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة والكثرة⁵⁰⁰.

قال تعالى : " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين "⁵⁰¹ والمشهور أنها

499 - الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية ، ص : 38.

500 - القوانين الفقهية ، ص : 159.

501 - سورة البقرة ، آية : 241.

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

ويراعي في تقدير المتعة حلاه فقط لقوله تعالى : " ومتعوهن على الموسع قدره
وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين "502 عكس النفقة التي يراعى فيها
حالهما معا لأن المطلقة انكسر خاطرها بالفراق والفراق جاء من قبله فروعيا فيها حاله
ونفقة الزوجة مستمرة فلمشقتها 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 السائق 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 سندا 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 وارثة⁵⁰³.

خاتمة في توثيق الطلاق الرجعي :

تنص المادة 138 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي : " يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصيين للإشهاد ، بعد إذن المحكمة به والإدلاء بمستند الزوجية 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 بمذكرة 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 504 .

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 : ملتمز 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.

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.

أولاً : الطلاق المكمل للثلاث.

ثانياً : طلاق الخلع.

ثالثاً : 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

فصل عقد التحبیس وعقد الوقف و الملك الجماعي و أحكام التبرعات

فصل عقد التحبیس وعقد الوقف و الملك الجماعی

القرار (266) الصادر بتاريخ (1981) ملف شرعی (.....)

تفويت الحقوق . إثبات . السكوت . لا لما كان المطالب بالشفعة لا ينكر أن للشفيع واجبا في المدعى فيه متخلفا عن والده فإن الشفيع يبقى على واجبه مادام لم يثبت تفويته . العقود لا تبنى على الاحتمال فالتفويت لا يثبت إلا بالإقرار به أو بالإشهاد عليه و لا يمكن أن يستخلص من مجرد السكوت .
تكون المحكمة قد خرقت القانون لما استخلصته من مجرد سكوت الشفيع بعد بيع اخوانه لواجبهم في العقار .

1981-266

القرار عدد: 7756 المؤرخ في: 96/12/24 الملفان المدنيان المضمومان عدد: 93/4267 و عدد: 93/4268 الصفة في التقاضي - حجج - ترجيحها - حيازة عقار .
ظهير التحفيظ العقاري .
تبقى صفة المتعرض في التقاضي قائمة حتى بعد تفويته لجزء من حقه من المدعى فيه .
- كانت المحكمة على صواب حين رجحت حجة المتعرض المعززة بحيازته للمدعى فيه .
1993-7756

القرار عدد 2/881 المؤرخ في 98/3/31 الملف الجنحي عدد 94/2/3/35872
خسارة مادية ناتجة عن حادثة سير
- اشتراط المتابعة بمخالفة إلحاق خسائر بملك الغير (لا) .
- إدانة المتهم بمخالفة قانون السير هو في النازلة التوقف المعيب الذي يشكل الأساس لحق المطالبة بالتعويض عن الخسارة المادية اللاحقة بسيارة الضحية .
تكون المحكمة بنت قضاءها على غير أساس قانوني لما قضت برفض التعويض المذكور بعلة ان الطرف مرتكب الحادثة لم يتابع بمخالفة إلحاق خسائر مادية بملك الغير .

القرار 715 الصادر بتاريخ 25 أبريل 1989 ملف عقاري 88/5779
الزور الفرعي .. صرف النظر عنه ... شروط
" إذا طعن أحد الأطراف أثناء سريان الدعوى في أحد المستندات المقدمة بالزور الفرعي صرف القاضي النظر عن ذلك إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف

على هذا المستند

– الفصل 92 من ق . م . م .

" حيث إن الدفع بالزور في عقد النكاح تجاوزته المحكمة لوجود أحكام سابقة في الموضوع و لوجود عقد الطلاق أوقعه الطاعن على المدعية الأمر الذي جعل المحكمة تستغني عن النظر في الدفع بعدم جدواه و لا يتوقف الفصل في الدعوى .. خصوصا و أن الطاعن يعترف بالطلاق و لا طلاق بدون زواج .

القرار عدد: 83 المؤرخ في: 98/2/10 الملف الشرعي عدد: 96/601

حبس – تفويته أو تقسيمه (لا).

إذا ثبت التحبیس. فإن الحبس لا يمكن تفويته و لا قسمته قسمة بنية، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة الحبس الذي هو تملك المنافع و ليس تملك الثروات.

الغرفة المدنية القرار عدد 579 المؤرخ في 13/2/2002 ملف مدني عدد

4054/1/9/95

عقد التحبیس – سريان أثره – تحقق الحيابة – وفاة المحبس

– عدم تسجيل عقد التحبیس في الرسم العقاري .

- إن عقد التحبیس متى استوفى شروطه المعتبرة فقها و توثيقا كان صحيحا، و وجوده ثابتا و أثر إنشائه يبقى ساريا وفقا لقصد المحبس، و تنفيذ تسجيل مضمونه بالرسم العقاري يجب أن يتم و لو عارض و رثة المحبس في ذلك بعد و فاته ، لكون موروثهم طبع تصرفه بطابع ديني محض ، لذلك يعتبر حبسا عاما و حمايته من النظام العام.

ان عدم تسجيل عقد التحبیس بالرسم العقاري لا

يمكن أن يؤثر على صحة موضوعه أو يحد من أثره في نقل الحق للاعباس خاصة و أن و الحيابة المادية للملك المحبس قد تمت فعلا و كانت بصفة علنية كافية ، و ثابتة باعتراف الورثة أنفسهم ، و أن استغلالها كان قبل وفاة الطرف المحبس و بعده.

الوقف

ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق
بمدونة الأوقاف جريدة رسمية عدد 5847 الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو
2010)

باب تمهيدي

أحكام عامة

المادة 1

الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان
عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون.

يكون الوقف إما عاما، أو معقبا، أو مشتركا.

المادة 2

يعتبر النظر في شؤون الأوقاف العامة من صلاحيات جلالتنا الشريفة بصفتنا أميرا للمؤمنين.
ويقوم بهذه المهمة تحت سلطتنا المباشرة وزيرنا في الأوقاف والشؤون الإسلامية، في إطار
التقيد بأحكام هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها.

الباب الأول

إنشاء الوقف و آثاره

الفصل الأول

أركان الوقف و شروطه

الفرع الأول

أركان الوقف

المادة 3

أركان الوقف أربعة وهي: الواقف، والموقوف عليه، والمال الموقوف، والصيغة.

المادة 4

يمكن أن يكون الواقف شخصا ذاتيا، كما يمكن أن يكون شخصا اعتباريا ما لم يكن غرضه غير
مشروع.

المادة 5

يجب أن يكون الواقف متمتعا بأهلية التبرع، وأن يكون مالكا للمال الموقوف، وله مطلق
التصرف فيه، وإلا كان عقد الوقف باطلا.

المادة 6

يعتبر وقف المريض مرض الموت لازما، و يعطى حكم الوصية طبقا لأحكام مدونة الأسرة.

المادة 7

يجوز التوكيل في إنشاء الوقف على أن يكون بوكالة خاصة.

المادة 8

وقف النائب الشرعي مال محجوره باطل.

المادة 9

يعتبر وقف الفضولي باطلا، إلا إذا أجاز له مالك المال الموقوف، شريطة استيفاء جميع أركان الوقف وشروطه.

المادة 10

إذا استغرق الدين جميع مال الواقف وقت التحبيس أو قبل حوز المال الموقوف، بطل الوقف ما لم يجزه الدائنون.

المادة 11

يصح الوقف على كل ما يجوز صرف منفعة المال الموقوف لفائدته.

المادة 12

يجوز أن يكون الموقوف عليه معينا حال إنشاء الوقف إما بذاته أو بصفته، ويجوز أن يكون قابلا للتعيين.

وفي حالة ما إذا لم يعين الواقف الموقوف عليه وقت إنشاء الوقف، جاز له تعيينه طيلة حياته، فإذا مات ولم يعينه، عاد الوقف إلى الأوقاف العامة.

المادة 13

يمكن أن يكون الموقوف عليه موجودا وقت إنشاء الوقف، أو سيوجد مستقبلا. وفي حالة عدم تحقق وجوده، يحدد الواقف جهة أخرى لصرف منفعة المال الموقوف.

المادة 14

يعتبر باطلا وقف الشخص على نفسه.

وفي حالة الوقف على الذكور من أولاد الواقف دون الإناث أو العكس، أو على بعض أولاده دون البعض، اعتبر الوقف صحيحا لهم جميعا والشرط باطلا.

المادة 15

يجب في المال الموقوف تحت طائلة البطلان :

- أن يكون ذا قيمة ومنفعا به شرعا ؛

- أن يكون مملوكا للواقف ملكا صحيحا.

المادة 16

يجوز وقف العقار والمنقول وسائر الحقوق الأخرى.

المادة 17

ينعقد الوقف بالإيجاب.

يكون الإيجاب إما صريحا، أو ضمنيا شريطة أن يفيد معنى الوقف بما اقترن به من شروط.
ويتم الإيجاب إما بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالفعل الدال على الوقف.

المادة 18

لا يكون القبول شرطا لاستحقاق الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا معيناً.

المادة 19

إذا كان الموقوف عليه المعين متمتعا بالأهلية، صح القبول منه أو من وكيله، فإن رفض عاد
الوقف إلى الأوقاف العامة.

وإذا كان الموقوف عليه المعين فاقدا للأهلية، تعين على نائبه الشرعي أن يقبل عنه. فإن لم يكن
له نائب شرعي، عين له القاضي من يقبل عنه.

وإذا كان الموقوف عليه المعين ناقص الأهلية، جاز القبول منه أو من نائبه الشرعي.

المادة 20

يكون القبول صراحة أو ضمنا، ويعتبر حوز المال الموقوف وفق أحكام المادة 26 بعده دليلا
على القبول.

المادة 21

يعبر الموقوف عليه المعين عن قبوله داخل الأجل الذي يحدده الواقف، فإن لم يحدد أجلا وجب
التعبير عن القبول داخل أجل معقول.

إذا تم القبول متأخرا عن الإيجاب رجعت آثاره إلى تاريخ الإيجاب.

المادة 22

يجوز أن يكون الوقف ناجزا أو معلقا على شرط واقف، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون الوقف
لازما إلا إذا تحقق هذا الشرط.

المادة 23

يجوز أن يكون الوقف مؤبدا أو مؤقتا.

الفرع الثاني

شروط الوقف

المادة 24

يشترط لصحة الوقف شرطان :

- الإشهاد على الوقف؛
- حوز المال الموقوف قبل حصول المانع مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه.

يقصد بالمانع في مفهوم هذه المدونة موت الواقف أو إفلاسه.

المادة 25

يتلقى العدول الإشهاد على الوقف.

وإذا تعذر تلقي هذا الإشهاد، اكتفي استثناءً بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقاً للقانون.

يجب على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، أيا كان نوعه، عند مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف، مصحوبة بالوثائق المثبتة، وعلى أبعاد تقدير داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المخاطبة.

المادة 26

الحوز هو رفع يد الواقف عن المال الموقوف، ووضعه تحت يد الموقوف عليه.

يصح الحوز بمعاينة البينة، أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري، أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف.

لا يتوقف الحوز على إذن الواقف، ويجبر عليه إن امتنع عنه.

المادة 27

يستغنى عن شرط الحوز في الحالات الآتية :

- إذا تعذر الحوز لأسباب لا يد للموقوف عليه فيها ؛
- إذا صرح الواقف بإخراج المال الموقوف من ماله عاش أو مات؛
- إذا كان الواقف في حالة مرض الموت، مع مراعاة أحكام المادة 6 أعلاه ؛
- إذا كان الوقف معلقا على عمل ينجزه الموقوف عليه.

المادة 28

يتولى الحوز من عينه الواقف لذلك، وإلا فالموقوف عليه إذا كان راشدا ، أو نائبه الشرعي إذا كان فاقد الأهلية أو ناقصها ، أو ممثله القانوني إذا كان شخصا اعتباريا .
ويصح حوز ناقص الأهلية إذا تولاه بنفسه.

المادة 29

يعتبر صحيحا حوز الواقف لما وقفه على محجوره من ماله بشرط الإشهاد على تحبيس المال الموقوف لفائدة المحجور وصرف جزء من عائدته على الأقل في مصلحة هذا الأخير .
وفي هذه الحالة، يتعين علي الحاجر أن يسلم ما وقفه إلى محجوره فور رفع الحجر عنه، وأن يشهد على ذلك.

المادة 30

إذا وقف النائب الشرعي مالا مملوكا له على محجوره وعلى راشد مشاركة بينهما، وجب أن يحوز الراشد الجميع لفائدته ولفائدة المحجور، وإلا بطل الوقف بالنسبة للراشد، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين 19 و 28 أعلاه.

المادة 31

يشترط لصحة وقف شخص محل سكناه إفراغه؛ إما بمعاينة البينة لذلك، أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما.

المادة 32

يبطل الوقف إذا احتفظ الواقف لنفسه بتدبير الأموال التي وقفها إلى غاية حدوث المانع المشار إليه في المادة 24 أعلاه، ما لم يكن نائبا شرعيا للموقوف عليه مع مراعاة أحكام المادة 29 أعلاه .

المادة 33

إذا توفي الواقف قبل أن يحوز الموقوف عليه المال الموقوف حوزا صحيحا، بطل الوقف ما لم يطالب به في حياة الواقف.

وإذا توفي الموقوف عليه قبل أن يحوز المال الموقوف حوزا صحيحا انتقل الاستحقاق إلى من يليه إن وجد، وإلا عاد المال الموقوف إلى الأوقاف العامة.

الفصل الثاني

آثار عقد الوقف

المادة 34

يجب التقيد بشروط الواقف والوفاء بها إذا كانت مشروعة وقابلة للتنفيذ. فإذا اقترن الوقف بشرط غير مشروع أو استحال تنفيذه، صح الوقف وبطل الشرط مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 14 أعلاه.

المادة 35

إذا كانت ألفاظ عقد الوقف صريحة، وجب التقيد بها. وإذا كانت غامضة، تعين البحث عن قصد الواقف، ويمكن الاستعانة في ذلك بالعرف وبظروف الحال.

المادة 36

إذا كانت بنود عقد الوقف متعارضة فيما بينها وأمكن العمل بها جميعا، وجب الجمع بينها، فإن تعذر ذلك لزم الأخذ بما يحقق المصلحة من الوقف.

المادة 37

لا يجوز للواقف الرجوع في الوقف ولا تغيير مصرفه أو شروطه بعد انعقاده، إلا في الحالتين التاليتين:

- إذا تعلق الوقف بموقوف عليه سيوجد مستقبلا، وفوته الواقف قبل وجوده؛
- إذا اشترط الواقف في عقد الوقف الرجوع عنه عند افتقاره.

المادة 38

ينتج الوقف آثاره بين الطرفين بمجرد انعقاد العقد المتعلق به والإشهاد عليه، مع مراعاة أحكام المادة 25 أعلاه.

المادة 39

الواقف غير ملزم بضمان استحقاق المال الموقوف من يد الموقوف عليه، ولا بضمان عيوبه الخفية.

ويعتبر مسؤولاً عن كل فعل عمدي أو خطأ جسيم صادر عنه ألحق ضرراً بالمال الموقوف.

المادة 40

يحق للموقوف عليه أن يستعمل المال الموقوف وأن يستغله وفق شرط الواقف بكيفية تتوافق مع الأغراض المتوخاة من الوقف.

ويجوز له أن ينتفع بالمال الموقوف بنفسه، أو أن يفوت حق الانتفاع به إلى الغير، ما لم يكن حق الوقف مقصوراً على شخصه.

المادة 41

إذا انصب الوقف على عقار، فإن للموقوف عليه أن يتمتع بجميع الحقوق المقررة لفائدة العقار الموقوف، وبكل الزيادات التي تلحق به عن طريق الالتصاق.

المادة 42

إذا تعلق الوقف بأرض، فإنه يشمل الأرض وكل البناءات والمنشآت والأغراس الموجودة فوقها، ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

المادة 43

يجوز للموقوف عليه أن يرتب لفائدة العقار الموقوف حقوقاً عينية تزيد في قيمته، وتعتبر في هذه الحالة وقفاً مثله.

المادة 44

إذا أقام الموقوف عليه أو الغير بناءات أو منشآت أو أغراساً من ماله في العقار الموقوف دون ترخيص مسبق من إدارة الأوقاف، فإن لهذه الأخيرة إما الاحتفاظ بها وقفاً أو إلزامه بإزالتها على نفقته وإعادة حالة العقار إلى ما كانت عليه.

المادة 45

يجب على الموقوف عليه أن يبذل في حفظ المال الموقوف العناية التي يبذلها في حفظ أمواله، ويسأل عن كل ضرر يصيب المال الموقوف بسبب خطئه أو إهماله أو تقصيره.

ويعتبر حارساً للمال الموقوف، ويتحمل مسؤولية الأضرار المترتبة عن الإخلال بواجب الحراسة.

المادة 46

إذا تهدم العقار الموقوف كلاً أو جزءاً ، فلا يلزم الموقوف عليه بإعادة بنائه، ما لم يكن ذلك ناتجاً عن خطئه أو إهماله أو تقصيره.

المادة 47

ينتهي حق الموقوف عليه في استحقاق المال الموقوف في الحالات الآتية:

- إذا توفي؛
 - إذا غاب غيبة انقطاع، وكان الانتفاع بالوقف مقصوراً على شخصه؛
 - إذا زالت عنه الصفة التي استحق بها الوقف؛
 - إذا عبر صراحة عن تنازله عن حقه في الانتفاع بالمال الموقوف.
- إذا سقط حق الموقوف عليه في إحدى الحالات السابقة، انتقل الاستحقاق إلى من يليه إن وجد، وإلا عاد الوقف إلى الأوقاف العامة.

المادة 48

يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات. وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس.

لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته.

المادة 49

ينقضى الوقف في الحالتين التاليتين :

- إذا انصرمت مدة الوقف المؤقت ؛
 - إذا هلك المال الموقوف هلاكاً كلياً بفعل قوة قاهرة أو حادث فجائي.
- وفي حالة هلاك المال الموقوف بفعل الغير، وجب على هذا الأخير تعويضه، وانتقل حق الموقوف عليه إلى عوضه، وإذا هلك المال الموقوف هلاكاً جزئياً، فإن الوقف يستمر على الجزء الباقي وعلى ما يعوض الجزء الهالك.

الباب الثاني

الوقف العام

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة 50

الوقف العام هو كل وقف خصصت منفعته ابتداءً أو مالا لوجوه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة.

تعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها.

يتمتع الوقف العام بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، وتتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقا لأحكام هذه المدونة، وتعتبر ممثله القانوني.

المادة 51

يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق مقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة.

المادة 52

يؤول كل وقف مؤبد موقوف على جهة خاصة إلى الأوقاف العامة في حالة انقطاعه.

ويعتبر الوقف منقطعاً في حالة انقراض الجهة الموقوف عليها، أو إذا لم يعد لها وجود، أو عند وفاة الموقوف عليه إذا كان معيناً.

المادة 53

إذا تعذر صرف عائد الأوقاف العامة على الجهة الموقوف عليها، صرف في مثيل لها.

المادة 54

إن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين.

وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوف وقفا عاما، بناء على الحكم القضائي الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في اسم الأوقاف العامة.

المادة 55

تعتبر الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة ديونا ممتازة، لا تسقط بالتقادم، ويكون لاستيفائها حق الأولوية بعد أداء الديون الناشئة عن مهر الزوجة وامتعتها ونفقتها الأولاد والأبوين وغيرهم ممن تجب عليه نفقته طبقاً لأحكام مدونة الأسرة.

المادة 56

تمثل الأوقاف العامة أمام القضاء مدعية أو مدعى عليها من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف أو من تنتدبه لهذا الغرض.

المادة 57

يوقف الطعن بالنقض المقدم من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف العامة لتنفيذ الأحكام المطعون فيها.

المادة 58

يمكن الطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية الصادرة في دعاوى المتعلقة بالوقف العام متى قامت حجية على حبسية المدعى فيه، وذلك داخل أجل خمس (5) سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائياً

المادة 59

لا يجوز نزع ملكية العقارات الموقوفة وفقاً عاماً من أجل المنفعة العامة إلا بموافقة صريحة من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

الفصل الثاني

التصرفات الجارية على الأموال الموقوفة وفقاً عاماً

المادة 60

تجري على الأموال الموقوفة وفقاً عاماً جميع التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ عليها، وتنمية مداخيلها بما يلائم طبيعتها ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف.

ولهذه الغاية، تكلف إدارة الأوقاف بتدبير هذه الأموال واستثمارها وفق القواعد المنصوص عليها في هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها،

المادة 61

تخضع جميع المعاملات والأكرية المتعلقة بالأموال الموقوفة وفقاً عاماً، وكذا البيوعات المتعلقة بمنتجات الأشجار والغلل ومواد المقالع العائدة للوقف العام، لإجراءات السمسرة أو لطلب العروض، شريطة التقيد بمبادئ المنافسة والمساواة بين المتنافسين، والالتزام بقواعد الشفافية والإشهار المسبق.

وفي حالة تعذر إجراء السمسرة أو طلب العروض، أو أجري أحدهما لمرتين متتاليتين دون أن يسفر عن أي نتيجة، جاز للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بموجب مقرر معطل إجراء المعاملات والأكرية المذكورة عن طريق الاتفاق المباشر.

وفي كل الأحوال، فإن المعاملات والأكرية المتعلقة بالعقارات الوقفية المخصصة لاحتضان منشآت أو تجهيزات عمومية، والمعاملات المتعلقة بالقيم المنقولة المحددة القيمة وكذا بيوعات الغلل المعرضة للتلف، يمكن إجراؤها عن طريق مسطرة الاتفاق المباشر.

تحدد بقرار للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف إجراءات السمسرة وطلب العروض ومسطرة الاتفاق المباشر وكيفية تنظيمهما وكذا صوائر السمسرة ومبلغ ضمان الوفاء بالالتزام بنتيجتها

المادة 62

تعتبر محاضر السمسرة أو فتح العروض المتعلقة بالتصرفات الجارية على الأوقاف العامة حجة قاطعة على الوقائع المضمنة بها لا يطعن فيها إلا بالزور.

الفرع الأول

المعاوضات

الجزء الفرعي الأول

المعاوضات النقدية

المادة 63

يمكن معاوضة الأموال الموقوفة وقفا عاما بمبادرة من إدارة الأوقاف، أو بناء على طلب مكتوب ممن يهمله الأمر.

ويجب أن تخصص الأموال المتأتية من معاوضة الأموال الموقوفة وقفا عاما لاقتناء بدل عنها أو استثمارها بهدف الحفاظ على أصل الوقف وتنمية مداخله وفق أحكام المادة 60 أعلاه.

المادة 64

تخضع المعاوضات المتعلقة بالعقارات والمنقولات المعتبرة ضمن الأوقاف العامة والتي تزيد قيمتها التقديرية عن عشرة ملايين (10. 000.000) درهم للموافقة السامية المسبقة لجلالتنا الشريفة.

وتخضع معاوضة نفس العقارات والمنقولات للموافقة المسبقة للمجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة المشار إليه في المادة 157 من هذه المدونة إذا كانت قيمتها التقديرية تتراوح ما بين خمسة ملايين (5.000.000) درهم وعشرة ملايين (10.000.000) درهم.

وكل معاوضة تتعلق بالعقارات والمنقولات التي تقل قيمتها التقديرية عن خمسة ملايين (5.000.000) درهم، وكذا معاوضة القيم المنقولة المحددة القيمة التي يتم توظيفها لفائدة الأوقاف العامة مهما كانت قيمتها، تخضع للموافقة المسبقة للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

تحدد القيمة التقديرية للعقار المراد معاوضته، حسب كل حالة، من قبل لجنة تتكون من ثلاثة خبراء يعينون بمقرر مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف ورئيس المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة.

المادة 65

تخضع نتيجة كل سمسرة أو طلب عروض أو اتفاق مباشر من أجل معاوضة عقار أو منقول
معتبر ضمن الأوقاف العامة لمصادقة إدارة الأوقاف.

يجب أن يتم البت في هذه النتيجة بالمصادقة أو بعدمها داخل أجل تسعين (90) يوما من تاريخ
إجراء السمسرة أو فتح العروض أو الاتفاق المباشر.

وفي جميع الأحوال، يتعين على إدارة الأوقاف تبليغ قرارها إلى المعني بالأمر خلال الأجل
المذكور.

وفي حالة عدم المصادقة داخل هذا الأجل، يحق للمعني بالأمر استرداد مبلغ الضمان وصوائر
السمسرة التي سبق له دفعها.

المادة 66

يعتبر تاريخ مصادقة إدارة الأوقاف على نتيجة السمسرة أو طلب العروض أو الاتفاق المباشر
هو تاريخ انعقاد عقد المعاوضة. وفي هذه الحالة، يلزم المعاوز له بأداء ما تبقى في ذمته كاملا
داخل أجل لا يزيد عن ثلاثين (30) يوما من تاريخ تبليغه بالمصادقة المذكورة.

المادة 67

تبلغ المصادقة على المعاوضة إلى المعنيين بالأمر عن طريق البريد المضمون مع الإشعار
بالتوصل.

وإذا تعذر التبليغ وفق الكيفية المذكورة اعتبر التبليغ صحيحا عن طريق النشر في إحدى
الصحف المأذون لها بنشر الإعلانات القانونية والقضائية، أو بأي وسيلة أخرى يعتد بها قانونا.

المادة 68

يجوز لإدارة الأوقاف فسخ عقد المعاوضة تلقائيا في حالة عدم أداء المعاوز له مبلغ المعاوضة
كاملا خلال الأجل المنصوص عليه في المادة 66 أعلاه، ولا حق للمعاوض له في استرداد
الصوائر ومبلغ الضمان.

المادة 69

يقبل المعاوز له العقار أو المنقول على الحالة التي يوجد عليها، ويتحمل تبعة هلاكه من تاريخ
تسلمه.

المادة 70

إذا ظهر نقص وزيادة في العقار أو المنقول محل المعاوضة مقارنة مع المواصفات التي تمت
على أساسها المعاوضة، فلكل واحد من الطرفين حق الرجوع في الثمن على الآخر بما يساوي
قدر النقص أو الزيادة فقط دون الفسخ.

المادة 71

إذا استحق العقار أو المنقول محل المعاوضة من يد المعاوز له، فليس لهذا الخير سوى
استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه، إلا إذا أصبح محل المعاوضة نتيجة الاستحقاق معيبا

أو حصة شائعة، فللمعاوض له الخيار بين استرداد ثمن الجزء المستحق وبين فسخ عقد المعاوضة واسترداد كامل الثمن.

لا يستفيد المعاوض له من أحكام الفقرة السابقة إلا إذا أعلم إدارة الأوقاف بدعوى الاستحقاق وطلب إدخالها فيها.

الجزء الفرعي الثاني

المعاوضات العينية

المادة 72

يشترط لإجراء أي معاوضة عينية للأوقاف العامة أن تكون العين المعاوض بها محفظة وأن تساوي أو تفوق قيمتها التقديرية قيمة العين الموقوفة.

المادة 73

تتم المعاوضات العينية للأوقاف العامة إما بمبادرة من إدارة الأوقاف، أو بطلب كتابي ممن يعنيه الأمر.

تحدد كليات إجراء هذه المعاوضات بقرار للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

المادة 74

تخضع المعاوضات العينية لنفس الأحكام المطبقة على المعاوضات النقدية المنصوص عليها في المادتين 64 و 65 أعلاه.

المادة 75

يجب أن يضمن عقد المعاوضة العينية في محرر رسمي.

الفرع الثاني

بيع منتوج الأشجار والغلل ومواد المقالع العائدة للأوقاف العامة

المادة 76

تباع منتوجات الأشجار العائدة للأوقاف العامة من خشب أو حطب أو غيره، وكذا مواد المقالع الموجودة بالأراضي الموقوفة وقفا عاما، وفق الكيفيات المنصوص عليها في دفتر للشروط يحدد بقرار للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

وتباع الغلل العالقة التي تعود للوقف العام شريطة بدو صلاحا. غير أنه يجوز بيعها قبل ذلك إذا بلغت حد الانتفاع بها بشرط جنيها فورا من طرف المشتري.

المادة 77

في حالة بيع الغلل عن طريق السمسة طبقا لأحكام المادة 61 أعلاه، يؤدي المزايد الأخير الثمن والصوائر بمجرد مصادقة رئيس لجنة السمسة على نتيجتها، وتنتقل ملكية المبيع إليه ابتداء من تاريخ المصادقة.

في حالة عدم الأداء الفوري للثمن والصوائف، يمكن لرئيس لجنة السمسرة فسخ عقد البيع مع احتفاظ إدارة الأوقاف بحق مطالبة المعني بالأمر بالتعويض عند الاقتضاء.

المادة 78

يحدد في عقد بيع مواد المقالع نوع وكمية المادة المراد استخراجها ومدة تنفيذ العقد، علاوة على الثمن وكيفية أدائه.

يمكن أن يؤدي الثمن دفعة واحدة عند إبرام العقد، أو يقسط بشكل يتناسب مع مدة التنفيذ

المادة 79

تخضع نتيجة بيع مواد المقالع لمصادقة إدارة الأوقاف. ويعتبر تاريخ هذه المصادقة هو تاريخ انعقاد العقد.

الأملك الجماعية لا تحاز و لا تفوت.

الحكم المدني عدد 221 الصادر في 10 صفر 1388 موافق 8 مايو 1968

1- أملاك جماعية - عدم إمكان حيازتها أو تفويتها .

2- تعليل

-وجوب بيان العناصر المستنتج منها الطابع الجماعي لأرض النزاع.

1- تنص مقتضيات ظهيري 27 أبريل 1919 و 14 غشت 1945 على أن الأملاك الجماعية لا تحاز و لا تفوت.

2- على قضاة الموضوع أن يبينوا العناصر التي استنتجوا منها الطابع الجماعي للأرض المتنازع بشأنها حتى يمكنوا بمجلس الأعلى من مراقبة صحة الوصف الذي اعتمده و مشروعية النتائج المستخلصة من ذلك.

2211968

قرار محكمة النقض عدد 8/222 صادر بتاريخ 19 ابريل 2016 في الملف المدني عدد 20155/8/1/6525 غير منشور.

” حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك انه علل عدم قبول استئناف الجماعة السلالية ترتكعوا بما ورد في التعليل المشار اليه في السبب اعلاه ، في حين، ان التعرض امام المحافظ باسم سكان المدشر لا يمنع الجماعة السلالية التي ينتمون اليها من التقاضي امام المحكمة المعروض عليها النزاع باعتبارها الشخصية الاعتبارية القانونية المخولة للدفاع عن حقوقهم بواسطة النواب المعينين لهذا الغرض، لا سيما وانه يتجلى من وثائق ملف المطلب ان التعرض قدم امام المحافظ على الاملاك العقارية من طرف سكان مدشر تركعوا الذين اوضحوا في رسالة تعرضهم ان تعرضهم الجماعي جاء للمطالبة بالأرض موضوع مطلب التحفيظ باعتبارها ارضا سلالية ، ومن جهة اخرى فانه، وخلافا لما جاء في تعليل القرار فان التقاضي امام المحكمة الابتدائية تم باسم الجماعة السلالية للمدشر المذكور وصدر الحكم ضدها بهذه الصفة، وان المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما قضت بعدم قبول استئنافها مع الوصي مع انها طرف في الحكم المستأنف يكون قرارها خارقا للقانون و معرضا بالتالي للنقض و الابطال

وقد جاء في تعليقات القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بتطوان تحت عدد 170 بتاريخ 20144/12/01 في الملف العقاري عدد 2013/1403/54 ما يلي : ” وحيث تمسكت المستأنف عليها بأن الجماعة السلالية المستأنفة لا صفة لها في تقديم الاستئناف على أساس أن الحكم لمستأنف صدر في مواجهة المتعرضين سكان مدشر ترتكعوا والمتعرض السيد عبد السلام مراون، ذلك تأسيسا على أن التعرض المدون على مطلب التحفيظ 12889/ط دم باسم سكان مدشر ترتكعوا بتوقيعات شخصية من طرف بعض سكان كمتعرضين.

وحيث بالرجوع ووثائق ملف المطلب خاصة شهادة التعرض يتبين أن التعرض المذكور قدم في اسم سكان مدشر ترتكعوا باسماء شخصية و من طرف اشخاص ذاتين حسب اللائحة المتضمنة لتوقيعاتهم، ومادام الامر كذلك فإن الجماعة السلالية تبقى صفتها في الاستئناف غير ثابتة سيما وان الحكم المستأنف صدر في مواجهة المتعرضين و ليس من بينهم الجماعة السلالية و يتعين التصريح بعدم قبول الاستئناف” .

القرار عدد 8/689 صادر بتاريخ 2015/02/15 في الملف المدني عدد
:15/8/1/3323

”لكن، ردا على الوسيطتين معا لتداخلهما، فإن لا مجال لتمسك الطاعنة بشروعها في تحديد الغابة الواقع بها عقار النزاع، لأنه بمقتضى الفصل الثامن من ظهير 1916/01/02 الذي سن المقتضيات القانونية المنظمة لتحديد أملاك الدولة، فإن الأثر التطهيري لمسطرة التحديد الإداري لا ينتج عن مجرد الإعلان عنها وسريان إجراءاتها، وإنما بانتهائها والمصادقة عليها بموجب مرسوم وزير يري يتم نشره بالجريدة الرسمية، وأن الطاعنة تقرر بموجب عريضة النقض بأن إجراءات التحديد الإداري للغابة الواقع بها محل النزاع لا زالت جارية، وقد ثبت للمحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه من خلال المعاينة أن العقار محل النزاع مستغل من طرف الجماعة طالبة التحفيظ بالرعي وجمع الحطب، وأن الطاعنة وباعتبارها متعرضة لم تثبت تملكها له، وأنه لا يكفيها التمسك بالقرينة القانونية المقررة بموجب الفصل الأول من ظهير 1917/10/10، لأن القرينة المذكورة تعتبر قرينة بسيطة يمكن إثبات ما يخالفها، خاصة أن ظهير 1917/10/10 كما وقع تعديله وتتميمه بالظهير الشريف رقم 1.58.382 الصادر بتاريخ 1959/04/17 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2427 بتاريخ 1959/05/01 نص في فصله الأول على أن غابات الجماعات القابلة للتهيئة والاستغلال بصفة منتظمة هي من ضمن الأملاك الخاضعة للنظام الغابوية التي يقع تدبيرها طبقا للظهير المذكور، ويكون بذلك قد سلم بإمكانية تملك الجماعات السلالية لهذا النوع من الغابات، وبالتالي فإن كون الأرض طبيعية النبت مظهر يمكنه أن تنقسمه الأملاك الغابوية التابعة للمياه والغابات وتلك التابعة للجماعات السلالية، ولذلك فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه ولما لها من سلطة في تقدير الأدلة واستخلاص قضائها منها، فإنها حين عللت قرارها بأن: (قرينة وجود أعشاب غابوية النبت المتمسك بها من طرف المستأنف عليها ليست قرينة قانونية قاطعة على أنها ملكا غابويا للدولة، لأن الغابة قد تكون ملكا للدولة وقد تكون ملكا للجماعة السلالية، كما أنه لا إمكانية للاحتجاج بالمرسوم رقم 82/99/2 الصادر بتاريخ 1999/02/18 الرامي إلى تحديد القسم الغابوي بني مسعود التابع للغابة المخزنية المسماة (انجرة الشمالية) لأنه ولترتيب ظهير 1916/01/02 يتعين إثبات استفتاء الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المواد الخامسة والسادسة والسابعة والثامنة منه، وأن طالبة التحفيظ هي الحائزة للمدعى فيه وتتصرف فيه بالرعي والحطب، وأدلت برسم ملكيتها له عدد 31 المستوف لشروط الملك“، فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معطلا والوسيلتين غير جديرتين بالاعتبار.“

_القرار الصادر تحت عدد 08/350 بتاريخ 2013/06/18 في الملف المدني 2012/8/1/5126 جاء تعليقه كالاتي:

”حيث صح ما عابه الطاعنان على القرار، ذلك أنه اقتصر في تعليقه قضائه على ما ورد في الوسيلة أعلاه وعلى أن الحيازة والاستغلال للملك الغابوي لا يكسب

الحائز والمستغل صفة المالك، لأن الملك الغابوي غير محظور على الجماعات الواقع بدائرتها استغلاله بالحطب والرعي على شرط الحفاظ عليه وعدم الإضرار به، في حين أن الظهير رقم 1.58.382 الصادر بتاريخ 1959/04/17 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2427 بتاريخ 1959/05/01 والذي عوض مقتضيات الجزء الأول من ظهير 1917/10/10 قد نص في فصله الأول على أن غابات الجماعات هي من ضمن الأملاك الخاضعة للنظام الغابوي والتي يقع تدبيرها طبقاً للظهير المذكور، وأنه بذلك يكون قد سلم بوجود هذا النوع من الغابات في ملكية الجماعات السلالية بصرف النظر عن طبيعة نبت أشجارها، وأن القرار لم يبين الشروط التي تنقص الملكية المستدل بها من الطاعة حتى تتمكن محكمة النقض من بسط رقابتها الأمر الذي يكون معه القرار ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه وخارقاً لمقتضى المحتج به وجاء بالتالي معرضاً للإبطال.

قرار الصادر تحت عدد 1/293 المؤرخ في 2015/5/12 ملف مدني عدد 2014/1/1/5679 و الذي جاء فيه ما يلي ” إن انتماء بعض شهود الاستمرار أو ممن تم الاستماع إليهم خلال المعاينة للجماعة السلالية أو كونهم من المستفيدين من أرض الجموع لا يضير في شهادتهم بالصبغة الجماعية لأرض النزاع، لأنهم من جهة لم يشهدوا لأنفسهم وإنما شهدوا للجماعة، ومن جهة أخرى فهم أكثر اطلاعا على واقع الأرض وطبيعة التصرف فيها من غيرهم”

القرار تحت عدد 5775 الصادر تاريخ 27 دجنبر 2012 في الملف المدني عدد 319 – 1- 1- 20100 غير منشور.

“ ولذلك ولما للمحكمة من سلطة في تقدير الأدلة، و استخلاص قضائها منها، فإنها حيث عللت قضائها بأنها ” استجلاء منها لحقيقة النزاع وتحقيق العدالة بين الخصوم، عملت على الوقوف على عين المكان رفقة خبير قصد تطبيق وقائعها على أرض النزاع، وتبين لها أن أرض النزاع تدخل ضمن رسم الملكية المدلى به من طرف الجماعة السلالية المضمن أصله في كناش الأملاك 48 ص 476 ع 643 و تاريخ 1965/01/11، وأنه بمجرد ثبوت الملك للجماعة، فإن جميع الحجج والرسوم المستدل بها من طرف الخصم مجردة من القوة الثبوتية، على اعتبار أن الأرض الجماعية تكتسي حصانة خاصة لعدم سريان التقادم عليها وعدم قابليتها للتفويت، الأمر الذي يكون معه القرار معللاً بما فيه الكفاية، وما بالوسيلة بالتالي غير جدير بالاعتبار.”

القرار عدد 565 المؤرخ في : 24/11/2004 الملف الشرعي عدد :
01/1/2/261

الحياسة شرط صحة في التبرعات، وتثبت بالبينة الشاهدة بالتبرع بحصولها سواء كان العقار محفظا أو غير محفظ. إن عقد الصدقة المستدل به قد عاين شاهداه المتصدق به فارغا من شواغل المتصدقة، وعدم تسجيله بالرسم العقاري في حياة

المتصدقة لا يؤدي الى بطلانه ما دام قد نشأ صحيحا، والقرار المطعون فيه لما اعتبره باطلا لعدم تسجيله في الرسم العقاري في حياة المتصدقة فإنه جاء غير مرتكز على اساس وتعرض للنقض.

القرار (359). الصادر بتاريخ (1983). ملف عقاري (.....).
التبرع - الحيازة

- إثبات اقتسام الأب أملاكه بين أولاده في حياته يعد عطية تجري عليها أحكام التبرعات و لا يقضي بالحيازة إلا بمعينة البيعة لحوزه في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة و لو أقر المعطي في صحة أن المعطى له قد حاز و شهدت عليه بإقراره بيعة ثم مات لم يقض بذلك - ان انكر الورثة حتى تعين البيعة الحوز .
تكون المحكمة قد خالفت هذه القاعدة الفقهية المعمول بها لما صرحت بان الاقرار يحوز الاملاك المعطاة كاف لصحة العطية و رات تبعا لذلك ان رسمي القسمة و الابراء كافيان في ثبوت العطية و الحال انهما لا يتوفران على شرط معينة البيعة للحيازة .

1983-359

الحكم المدني عدد 94 الصادر في 10 شوال 1387-10 يناير 1968
بين (س1) وبين (س2)

1 - هبة - شروط صحتها

- الإشهاد و الحيازة .

2 - قوة الشيء المقضي به

- حكم أمر بإخراج الهبة من القول إلى الفعل - حكم بصحة الهبة (لا)

1 - يشترط في صحة الهبة كما في سائر التبرعات الإشهاد المتضمن لبيان الموهوب كما تشترط حيازته من طرف الموهوب له .

1968-94

القرار عدد 4204 المؤرخ في: 29/11/2001 الملف المدني عدد :

2000/2/3/432

الحيازة في التبرعات بالنسبة للعقار

- وجوب تسجيل عقد الهبة في الصك العقاري قبل حصول المانع (نعم).

إذا كانت الحيازة المادية في التبرعات بالنسبة للعقارات شرطا لصحتها حسب قواعد

الفقه الإسلامي فإن القانون العقاري في الفصل 67 منه نص :

إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفقاتهم.

505

و بالتالي فإن عقود الهبة موضوع النزاع التي لم يقع تسجيلها بالرسم العقاري قبل حصول المانع و هو موت الواهب لا يعتد بها ما دام الطاعنان لم يحوزا العقارات الموهوبة لهما حيازة فعلية بوضع اليد أو المغارسة قيد حياة الواهب فان محكمة الاستئناف لما سارت في هذا الاتجاه كانت على صواب.

2001-4204

القرار رقم (149) الصادر بتاريخ (1980) في الملف الشرعي رقم(.....)
شفعة ،،، تبرع ،،، لا
قاعدة :

- و المنع في التبرعات مفترض ،،، ابن عاصم .

لا تقبل الشفعة في عقد تبرع لم يطعن فيه بشبهة بيع أو معاوضة.
القرار عدد 149 - سنة 1980

- 505

التحفيظ العقاري صيغة محينة بتاريخ 23 يناير 2014

الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما تم تعديله

الفصل 67

إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفقاتهم.

الغرفة التجارية القرار عدد : 724 المؤرخ في : 03/6/4 الملف التجاري عدد :
01/1/3/629

رهن عقاري – قاصر – تصرفات النائب الشرعي الضارة لا يجوز للنائب الشرعي أن يجري نيابة عن القاصرين لتصرفات لها صبغة التبرعات المحضنة ولو كان مأذونا فيها من طرف القاضي المختص. والمحكمة التي قضت بالتشطيب على الرهن في حدود ما يملكه القاصر في العقار الذي رهنته والدته و هو قاصر ، على اعتبار ما اقدمت عليه يعد من اعمال التصرفات المحضنة الضارة به تكون قد عالت قرارها بما فيه الكفاية .