ظهير الالتزامات والعقود بين وهم التأصيل الفرنسي، وحقيقة الأصل المالكي

Dahir of obligation and contracts between the French illusion and reality Maliki doctrine

تخنوني أسماء
أستاذة محاضرة "أ"، جامعة الطارف، الجزائر
asmatakhnouni@yahoo.com

تاريخ الإرسال:2018-07-30 **تاريخ القبول**:2019-05-17 **تاريخ النشر**:2019-06-02

ملخص

صدر بتاريخ 12 غشت 1913، أول ظهير للالتزامات والعقود بالمغرب، ليحل محل الفقه الإسلامي في تنظيم المعاملات بين المغاربة والأجانب المقيمين بالمغرب، حيث عملت سلطات الحماية الفرنسية على اعتماد المجلة التونسية للالتزامات كمرجع أساسي لوضع مشروع ظهير الالتزامات والعقود، وذلك بعد نجاح التجربة التونسية، المتمثلة في اعتماد سلطات الحماية الفرنسية في تونس، على سنّ ترسانة قانونية عصرية، وقد حرصت سلطات الحماية الفرنسية على أن لا تتعارض أحكام المجلة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية :الظهير المغربي ؛ المدونة المالكية؛ المجلة التونسية.

Abstract :

Issued on 12 August 1913, the first dahir of theobligations and contracts in Morocco, to replace the Islamic jurisprudence in the regulation of transactions between Moroccans and foreigners residing in Morocco, where the French protection authorities adopted the Tunisian Journal of Obligations as the main reference for the draft dahir obligations and contracts, after the success of the Tunisian experience, In the adoption of the French protection authorities in Tunisia, the establishment of a modern legal arsenal, and the French protection authorities were keen not to contradict the provisions of the magazine with the provisions of Islamic law.

Keywords:dahirmoroccan; Malik Blog; Tunisian Journal.

مقدمة :

يضم ظهير الالتزامات والعقود كتابين ، فأما الكتاب الأول جاء فيه : الالتزامات بوجه عام (مصادر الالتزام – أوصافه – انتقاله – آثاره – البطلان – الإبطال – الانقضاء – الإثبات – البراءة منه) ، و أما الكتاب الثاني فتضمن : العقود (البيع – المعاوضة – الإجارة – الوديعة والحراسة – العارية – الوكالة – الاشتراك – عقود الغرر – الصلح – الكفالة – الرهن الحيازي – مختلف أنواع الدائنين) ، ولتحليل المفارقة حول طبيعة قواعد ظهير الالتزامات والعقود بالنسبة للمواطن المغربي ، قمنا بإعداد سبر للآراء ، حيث جاءت الآراء في نطاق ما يلي :

1- السِّر في ظهير الالتزامات والعقود، هو الشعور الوطني بعدم مخالفة أحكامه للشريعة الإسلامية، ولا يخالف الضمائر الدينية والعادات القومية.

2- قانون الالتزامات والعقود يمزج بين القواعد الفقهية والقانون الفرنسي في مجال المعاملات والتعاقد، ويقوم على مبادئ ثلاثة : الحرية – المساواة – حسن النية.

3- ظهير الالتزامات والعقود يجمع بين طيّاته بالإضافة إلى المبادئ العامة، القواعد الفقهية للمذهب المالكي.

فما نعلمه أن ظهير الالتزامات والعقود نُسخ في عهد الحماية الفرنسية للمغرب، التي تعتبر نقطة تحول على مستوى المنظومة التشريعية المغربية، حيث تم إثر تلك الفترة الانتقال التدريجي، أو بالأصح "الاستعمار التدريجي" من تطبيق أحكام الفقه الإسلامي وخصوصاً المذهب المالكي إلى تطبيق قوانين عصرية، التي من ضمنها ظهير الالتزامات والعقود، لنأتي من خلال سبر الآراء ونكتشف أن القوانين العصرية بعد أن كان هدفها هو التخلي عن الشريعة الإسلامية، أصبح محتواها إسلاميا خالصاً، لكن بثوب صانع فرنسي يبقى له الفضل مدى الدّهر، لكن ما لا نعلمه هو,,, كيف استطاع نابليون وبعبقرية فريدة، أن يخدع ويوهم القلوب قبل العقول،بالمرجعية الفرنسية لجميع القوانين العربية إللدول المستعمرة،أو المنتدبة أو الموضوعة تحت الحماية،لاسيما القوانين المدنية والتي من ضمنها ظهير الالتزامات والعقود المغربي؟ وهو ما نحاول إثباته لا الإجابة عليه خلال هذه الدراسة ، ليبقى القصد الأول هو تأكيد مقولة هامة مفادها : "هذه بضاعتنا رُدّت إلينا" وذلك من خلال المحاور الآتية:

أولا : الانتشار التاريخي للمذهب المالكي في أوروبا.

ثانيا : تأثيرالمذهب المالكي على النظامالقانوني الفرنسي.

ثالثا: المرجعية المالكية لظهير الالتزامات والعقود المغربي.

أولا : الانتشار التاريخي للمذهب المالكي في أوروبا

يعد فتح شبه جزيرة إيبيريا[1]، حدثا من أعظم أحداث التاريخ في بداية العصور الوسطى، ففي هذه الرقعة من الأرض قامت أول دولة عربية إسلامية في القارة الأوروبية، وهي دولة استمرت قائمة على مدى ثمانية قرون، واستطاع الأندلسيون أن يجعلوا من وطنهم واحداً من اكبر بلاد الإسلام ازدهاراً، وأقاموا صرح حضارة امتزجت فيها عناصر أوروبية، وافريقية وآسيوية، وكانت لها شخصيتها المميّزة، عن غيرها من حضارات البلاد الإسلامية، واستطاعت أن تصبح جسراً عبرت خلاله الثقافة العربية الإسلامية إلى الغرب الأوروبي(مكي، 1999، ص 55)، وكانت شبه الجزيرة الإيبيرية قبل الفتح الإسلامي خاضعة لسلطان القوط الغربيين، وهؤلاء من الشعوب الجرمانية التي انقضّت على الإمبراطورية الرومانية، حينما تطرَّق إليها الضعف والاختلال في أوائل القرن الخامس الميلادي، وفي سنة 409 ميلادية، اقتحمت هذه القبائل الجرمانية شبه جزيرة إيبيريا وتقاسمت مقاطعاتها التي كانت خاضعة لإمبراطورية روما، وكان هؤلاء القوط الغربيون (visigodos) يتوزعون على مجموعات ثلاث : الشويقات (Suevos) وكان نصيبهم الطرف الشمالي الغربي من شبه الجزيرة يدعى (جليقية Galicia)، والآلان (Alanos) وقد استقروا في المقاطعتين الشرقية (القرطاجيةla cataraginense) والغربية (الجدانية la Lusitania) أي البرتغال، والمجموعة الثالثة هي الوندال (Vandalos)، وكان نصيبها المقاطعة الجنوبية المدعوة (باطقة la Batica) (حلاق، 1989، ص 261)، وفيما بين سنتي 429م و435م هاجرت مجموعات من هؤلاء الوندال إلى مقاطعة افريقية الرومانية (أي تونس وشرقي الجزائر اليوم) طمعًا في خيراتها، ولم يستطع الرومان لضعفهم ضدّ هؤلاء الغزاة، وظلت سلالة هؤلاء القوط في افريقية حتى فتح العرب هذه البلاد، وحينما عرفوا أنهم قدموا إلى افريقية من شبه جزيرة إيبيريا، أطلقوا على هذه البلاد اسم تلك القبائل القوطية (Vandalos) محرفا تحريفا طفيفا، ومن هنا أتى اسم الأندلس الذي أصبح يعني ما بأيدي المسلمين من أرض

---

[1]– شبه جزيرة إيبيريا، أو جزيرة الأندلس أثناء فترة الحكم الإسلامي للأندلس، تقع في الجنوب الغربي من قارة أوروبا، تتكون من: اسبانيا، البرتغال، أندورا ومنطقة جبل طارق، حيث تشكل اسبانيا الجزء الأكبر منها بحوالي 85%، في حين تحتل البرتغال الجزء الغربي فيها بنحو 14,9% من مساحتها، يحدّها البحر المتوسط من الجنوب والشرق، والمحيط الأطلسي من شمالها وغربها، وتتصل مع أوروبا من طرفها الشمالي الشرقي، وتزيد مساحتها عن 582 ألف كم مربع، وتشكل جبال البرانس الحدود الطبيعية مع أوروبا بالشبه الجزيرة الإيبيرية.

شبه الجزيرة الإيبيرية، وفي سنة 711، سقطت دولة القوط، ودخل العرب بعد تعاقب عدد من ملوك القوط على البلاد التي كانت تمرّ في حالة شبه دائمة من الثورات والحروب الأهلية والمؤامرات، وقد واصل عدد من ولاة الأندلس حركة الفتح، فيما وراء جبال البرانس، حتى وصلوا إلى (بوردو) و(تور)، ودارت معركة (بواتييه) سنة 832م التي انتهت بهزيمة المسلمين، لكن لا تزال في أيدي المسلمين أراضي واسعة في المنطقة (بروفانس)، ثم تمّ الاستيلاء على فالانس وليون(مكي، 1999، ص ص 57-58).

لقد كانت مدينة قرطبة[1]، منبع العلم، إذ أقام فيها أحد تلامذة مالك بن أنس، واسمه يحي بن يحي، فغدى مذهب مالك في القضاء سائداً في الأندلس، وبلغت قرطبة ذروة التوسع الثقافي بحيث تفوّقت على عواصم العالم في ذلك الوقت بأربعة أشياء : القنطرة فوق نهرها، والجامع ومدينة الزهراء، والعلم هو أهم هذه الأشياء(حلاق، 1989 ص 259)، فقد كانت قرطبة مركزا فكريا قبل أي اعتبار، فكان في قرطبة من الكتب أكثر مما كان في أية مدينة أخرى من مدن الأندلس، وكان أهلها أكثر الناس حرصا على العناية بمكتباتهم، وكانت مجموعات الكتب تعد علامة على علو المنزلة والصدارة في المجتمع، وكانت المدارس الإسلامية في الأندلس تستخدم عشرات النساخات النساء، ومثل هذه المدارس في القرون الوسطى تعادل دور النشر في هذه الأيام، وكان جامع قرطبة مركزا مشهوراً للدراسة العالية، إذ كان أول جامعة قروسطية في أوروبا يتلقى فيه الألوف من الطلبة العلوم مثل الفقه والتفسير، وقد اشتهر علماء قرطبة في الفقه والتفسير الحديث، وكان العرب والمسيحيون واليهود يتكلمون اللغة العربية واللهجة الاسبانية المحلية من اللاتينية، وقد منع في عهد أواخر الأمويين تدريس اللاتينية، وكان على أطفال المسحيين أن يذهبوا إلى المدارس العربية(حلاق، 1989 ص 259).

وفي قرطبة عاصمة الخلافة ، كان هناك يقظة لافتة في كل فروع المعرفة، ومنها الشريعة وكان هناك ازدهار في مجال التعليم، فكل شخص في قرطبة كان يعرف القراءة والكتابة، وقد جاء أوروبيون من جميع البلدان الأوروبية إلى قرطبة لتلقي المعرفة (Dozy, ,1999 , P 184)، وقد تعلم سيلفستر الثاني (Silvester II) في قرطبة، والذي أصبح فيما بعد البابا على أيدي العرب في

[1]- قرطبة : مدينة، وعاصمة لمنطقة اندلوسيا في جنوب اسبانيا، وتقع على ضفة نهر الوادي الكبير، اشتهرت أيام الحكم الإسلامي لاسبانيا، حيث كانت عاصمة الدولة الأموية هناك، ومعنى قرطبة باللغة العربية : العدو الشديد.

طليطلة، وعلى الصعيد الفقهي، فقد كان أول القضاة القاضي مهدي بن مسلم، وقد تمّ تعيينه سنة 838م، وهو يستند في أحكامه إلى القرآن والسنة، كما أنه يستخدم رأيه الخاص بعد مقارنته بالعلماء الآخرين، بلاد الشام عام 740م ، واشتهر بضلوعه في الحديث وبعدم انتمائه إلى أي مذهب معروف، وكان يستخدم القياس حسب معياره الشخصي، إلى أن ظهر اتجاه شامي آخر يترأسه صعصعة بن سلام الشامي وهو مفتي قرطبة أيضا، وهو الذي نشر مذهب الإمام الأوزاعي[1]، فكان يرفض العمل بالرأي ويتمسك بالحديث، ولكن مذهب الآوزاعي اضطر إلى التراجع أمام مذهب آخر، هو المذهب المالكي، الذي سوف يصبح المذهب الوحيد الرسمي ابتداء من القرن التاسع الميلادي، وقد نشر مذهب الإمام مالك عدد من تلامذته المباشرين، خصوصا القرطبي يحي بن يحي الليثي البربري الأصل، وأصبح المذهب السائد فعلا في الأندلس هو المذهب المالكي ثم انتقال الثقافة الإسلامية من بلاد الأندلس إلى أوروبا، وكانت طرق التواصل سهلة، وأهمها مدارس الترجمة التي أنشاها الملوك والأساقفة في طليطلة، عقب سقوطها بأيدي النصارى سنة 1085 (منصور، 1970، ص 25)، وقد شكلت أعمال الترجمة قناة غير مباشرة، ولكنها ملموسة جداً لنقل الثقافة الإسلامية من بلاد الأندلس إلى أوروبا، وأدت مدارس الترجمة إلى اجتذاب مجموعة من رجال الفكر ذوي الأصول الأوروبية المختلفة إلى شبه الجزيرة الإيبيرية ليقوموا بعد ذلك بنشر نتائج تراجمهم للمخطوطات العربية في بلدانهم الأصلية، فانتقلت بذلك المعارف بكافة أصنافها إلى أوروبا عبر علماء الإسلام من الأندلس، وبخاصة قواعد الفقه، فالحرية، الإخاء والمساواة، شعارات نادت بها الثورة الفرنسية في أواخر القرن 18م، وكلنا يعرف أن هذه الشعارات خرجت من فرنسا، في حين أن الأمريكيين يعلنون أنهم نادوا بهذه الشعارات في ثورتهم قبل الثورة الفرنسية، والحقيقة أن الإسلام قد سبقهما إلى ذلك الشأن عندما نادى بتلك المبادئ والحقوق على أنها قواعد أساسية، من خلال آيات القرآن الكريم التي لم تفرّق بين عربي وأعجمي إلا بالتقوى، وساوت بين البشر واعتبرتهم أحرارا، وإخوانا، ومن خلال سنة الرسول محمد –صلى الله عليه وسلم-، الذي آخى بين المهاجرين والأنصار، بحيث كان أول من طبّق مبدإ الإخاء في التاريخ، والأمثلة في القرآن والسنة لا تعدّ ولا تحصى، قبل الثورة الفرنسية بثلاثة عشر قرنا من الزمان.

---

[1]– هو أبو عمرو، عبد الرحمن عمرو بن يحمد شيخ الإسلام، وعالم أهل الشام، يقال انه ولد في بعليك ومن الأئمة الذين رووا عنه وروى عنهم، الإمام مالك بن أسد، الإمام سفيان الثوري، عبد الله بن المبارك، ووكيع بن الجراح، وعبد الرزاق الصنعاني ويحي بن سعيد القطان وغيرهم.

ثانيا : تأثير المذهب المالكي على النظام القانوني الفرنسي

إن الحكومة الفرنسية أمرت بترجمة فقه الإمام مالك، إذ ورد حرفيا في كتاب المستشرق الفرنسي (سيديو) : "أن المذهب المالكي هو الذي يستوقف نظرنا على الخصوص، لما لنا من الصلات بعرب افريقية، وقد عهدت الحكومة الفرنسية إلى الدكتور بيرون، في أن يترجم إلى الفرنسية كتاب *المختصر في الفقه* للخليل بن إسحاق بن يعقوب المتوفي سنة 1422م، وهذا الكتاب هو أحسن ما أُلِّف في الفقه المالكي لاريب، فقد انتفع مؤلفه الخليل، بشتى الرسائل التي اشتمل عليها مذهب مالك، فكان أهمها : "المدونة والمختلطة لسحنون، والمعزية لمحمد بن المعيز المتوفي سنة 894م، والعتيبة لمحمد بن أحمد عبد العزيز العتبي القرطبي المتوفي 827م، والواضحة لأبي مروان عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي المتوفي سنة 852م، والمبسوط لقاضي بغداد أبي إسحاق بن إسماعيل المتوفي سنة 895م، والمجموعة لفقيه القيروان أبي عبد الله محمد بن إبراهيم المتوفي سنة 873م"(سيدبو، 1948م، ص ص 456-457) .

فقد وصل الفقه المالكي إلى فرنسا من خلال ترجمة بيرون بأمر من الحكومة الفرنسية، وتناولت الترجمة الفقه المالكي في ستة مجلدات من خلال مؤلف الخليل بن إسحاق الذي جمع صفوة المؤلفات المالكية، في مجموعة خاصة، وهو ما يعني بوضوح أن الفقه المالكي هو المرجعية القانونية الرسمية في فرنسا، التي تلقّته باهتمام، وعمدت إلى التمسك به، ونقله لاحقا بما يسمى "قانون نابليون"، ومن هنا نستشف اهتمام مدارس التغيير في فرنسا بهذا التشريع الجديد، وخاصة نظرية مدرسة التزام النصوص (l'école de l'exégèse)، والتي ظهرت على إثر وضع التقنينات الفرنسية، إذ كان الفقهاء الفرنسيون ينظرون إلى العمل التشريعي الذي قام به نابليون عندما جمع القواعد القانونية لكل فرع من فروع القانون في مجموعة مستقلة، نظرة تقديس واحترام، ورأوا أن التشريعات التي أصدرها نابليون جمعت كل شيء وأحاطت بكل شيء، وما دامت النصوص التشريعية تشتمل على كل شيء، فإن دور الفقيه يقتصر فقط على تفسيرها واستخلاص الأحكام منها، وفي تفسير الفقيه للنص، يتعين عليه أن يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية التي عبّر عنها النص التشريعي عند وضعه، ونرى هنا التماثل مع فكرة أن القرآن الكريم حوى كل شيء، وهذا التقديس للنص عند الفقهاء الفرنسيين يدل على أنه احترام لنص مستورد لم يكن موجوداً، أو سائدا، وهذا النص يرقي إلى منزلة رفيعة كونه لم يكن موجوداً أو سائداً ولأنه ورد من أمّة متحضرة... هو الفقه المالكي الذي دخل فرنسا

من خلال ترجمة رسمية لكتاب فقه في مذهب الإمام مالك بن أسد هو "شرح الدردير على متن خليل" (منصور، 1970، ص 17).

ثالثا : المرجعية المالكية لظهير الالتزامات والعقود المغربي

وتتمثل المرجعية المالكية فيما أفاد به المستشرق العلامة "سانتيلانا"، الذي وضع الكثير من قواعد فقه المذهب المالكي في "مجلة الالتزامات والعقود" التي وُضع من تجربتها ظهير الالتزامات والعقود المغربي، في ظل الوجود الفرنسي، فلا يمكن إثبات التأثير والتأثر بين نظامين إلاّ بعد إثبات العلاقة التاريخية بينهما، فتطبيق الفقه الإسلامي في الأندلس كان مناسبة تاريخية لتعرف الأوروبيين على أحكام هذا الفقه سيما فقه المذهب المالكي، الذي يعد العلامة "سانتيلانا" أحد مغترفيه دراسة ثم وضعا فنياً للقواعد القانونية في مجلة العقود والالتزامات التونسية والمغربية أيضا، ثم اعترافا منه ومن غيره من المستشرقين،باتساع الهوّة بين المبادئ الراقية التي يطبقها المسلمون في كثير من أجزاء أوروبا وبين قوانين التخلف والجهل السائدة في أوروبا قبل دخول القانون الإسلامي فيها، فنشر قواعد العدالة فيه، وقواعد الحياة عامة، وجلّ القوانين التي تتفاخر اليوم بفضلها وفضل نابليون علينا بترجمتها حرفيا من القانون الفرنسي إلى الدول العربية، التي لا نتمناها تبقى شاكرة لنابليون، ولكن صاحبة الفضل عليه وعلى القارة الأوروبية أجمع، ومن القواعد التي تثبت أن ظهير الالتزامات والعقود المغربي غير بعيد عن التخلي عن أحكام الشريعة الإسلامية، وليس بقانون عصري قدمت به الجماعة الفرنسية للمغرب بموجب اتفاقية سنة 1912، والتي سماها بعض الجاهلين بنقطة التحول في المنظومة التشريعية المغربية، بل هي نقطة إثبات الأصل الإسلامي لظهير الالتزامات والعقود، فمثلا انعقاد البيع، ولزومه بالإيجاب والقبول فقط وانتقال الملكية بذلك، وأن انتقال الملكية للموكّل بمجرد تعاقد الوكيل، وأن البلوغ القانوني حدّة ثمانية عشر عاما، وأن من نتائج حكم إلغاء العقد أن عديم الأهلية ليس ملزماً بردّ ما قبض من الطرف الآخر إلاّ إذ استفاد به وصان ماله وإلا فلا رجوع عليه لأن من تعاقد معه سلطة على ماله فهو المفرط، وأن موت أحد العاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظا في العقد مثل الشركة والوكالة وإيجار العمل، وأن أداء ما ليس بواجب يلزم من أخذ بردّ ما أخذ وغير ذلك... وكل هذا منقول من مذهب الإمام مالك، وهو في القانون المدني الفرنسي، كما أقرته سلطات الحماية الفرنسية كقوانين في البلاد التي تحميها، بل ذاك هو الاستعمار الديني الذي تلاه الاستعمار الجغرافي الذي حقق لنا مقولة هامة من خلال القوانين المترجمة إلى العربية، مفادها :*... هذه بضاعتنا ردّن إلينا...*

خاتمة :

لا يسعنا بعد هذه الدراسة الموجزة إلا أن نوصي بما يلي :

1- ضرورة شدّ الانتباه وألفات الأنظار، وكشف الستار عن ذلك التفرد الممتاز لنصوص التشريع الإسلامي (الفقه المالكي) في تناول جميع أحكام المعاملات، سيما أحكام الالتزامات والعقود، من خلال إعداد دراسات وبحوث جامعية تكون مقتصرة على جمع الأدلة الشرعية، والأفكار والأحكام ذات الصلة بفقه الالتزامات والعقود، ودراستها عن طريق :

2ــ جمع النصوص القرآنية التي اعتاد الباحثون المسلمون الاستدلال بها، وبيان مدى تعلقها فعلا بمحل الاستدلال.

3ــ إبراز الثبوت والدلالة فيما يخص النصوص النبوية، وذلك قصد الوصول إلى تحديد النصوص الدالة على المسائل المتعلقة بممارسة أحكام الالتزام والعقد، لاستخراج ما يلائم العصر من مبادئ وقواعد.

3ــ ضرورة تكوين وحدة بحث يقتصر عملها على جمع التراث الفكري الإسلامي في فقه المعاملات المدنية والمالية (الالتزامات والعقود)، وتصنيفه ودراسته من ذوي الاختصاص كل في مجاله، وإعداد موسوعة كاملة تحدد ما هو ثابت، وما هو ظرفي في التعامل المالي في كتابي الالتزامات والعقود وجب مسايرته لمتطلبات العصر الحالي.

قائمة المصادر :

بالعربية :

1- حلاق حسان،(1989) ، دراسات في تاريخ الحضارة الإسلامية،دار النهضة العربية، مصر.
2- روبرتهيلبراند،(1999) ، الحضارة العربية الإسلامية في الأندلس، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت ، لبنان.
3- مكي محمود، تاريخ الأندلس السياسي، دراسة ضمن كتاب الحضارة العربية الإسلامية.
4- منصور علي علي،(1970) ،مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفتح للطباعة والنشر،بيروت ، لبنان.
5- سيديو لويس، (1948) ،تاريخ العرب العام، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

الأجنبية :

6- Reinhardt Pieter Anne Dozy,(1999), histoire des musulmans d'Espagne jusqu'à la conquête de l'Andalousie par les almoravides (711-1110), 3 vols, 2ème édition,Dalloz,Paris.