

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 43 : ماي 2016

✓ من مواضع العدد 43 : ماي 2016 :

- الأحكام العامة للقضاء بين الشرع والقانون.
- نكول من أحيلت عليه المناقصة العامة عن التعاقد.
- حرية التعبير وضوابطها بين الشرع والقانون.
- جهود فقهاء المالكية في ضبط الاختلاف.
- التصرفات الواردة على الرسوم العقارية.
- صلاحية قاضي المستعجلات للتشطيب على التقيد.
- عقوبة المصادرة في التشريع المغربي.
- مقترحات لتجويد العملية الانتخابية.
- منح الامتياز على الأراضي التابعة لأملاك الدولة.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبرقيات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30) ... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد	
قراءة في النظام الفكري للمواثيق (قانون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام ببيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد	

المجلة الرئيسية

- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- أخبار المجلة
- اتصلوا بنا
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات قانونية
- مقالات مقارنة
- مقالات بلغوية
- حوارات علمية
- تقارير خاصة
- المساهمون بالمجلة
- إعداد المجلة
- تشراف بالمجلة

العدد الثالث والأربعون : ماي 2016

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثالث والأربعون : شهر ماي 2016

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 43 لشهر ماي 2016 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. الأحكام العامة للقضاء بين الشريعة الإسلامية والفقه القانوني : الدكتور أحمد محمد صالح ، دكتور في الحقوق

باحث حقوق تأمينية بالهيئة القومية للتأمين الاجتماعي جمهورية مصر العربية.....06

3. نكول من أحييت عليه المناقصة العامة عن إتمام إجراءات التعاقد : الدكتور علي أحمد حسن اللهيبي استاذ القانون

الإداري المساعد كلية القانون، الجامعة المستنصرية - العراق.....13

4. حرية التعبير وضوابطها -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي لحقوق الإنسان- : إعداد

الدكتور : موفق طيب شريف جامعة أحمد دراية أدرار - الجزائر.....32

5. جهود فقهاء المالكية في ضبط الاختلاف -الإمام الشاطبي نموذجاً- مصطفى بن أحمد الزاهد باحث بمركز

الدكتوراه جامعة ابن طفيل، كلية الآداب بالقيظرة.....53

6. التصرفات الواردة على الرسوم العقارية : لينة البريني طالبة باحثة بماستر الوسائل البديلة لفض المنازعات،

كلية الحقوق فاس.....65

7. تعليق على قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش رقم : 66 الصادر بتاريخ 16-01-2014 ملف رقم 1340-1221-2013

حول صلاحية قاضي المستعجلات للتشطيب على التقييد الاحتياطي : سمير ووال طالب باحث بسلك الماستر

قانون العقار والتعمير الكلية المتعددة التخصصات سلوان-الناظور.....79

8. عقوبة المصادرة في التشريع المغربي : سعد بن عجيبية من إعداد : باحث جامعي في سلك الدكتوراه بجامعة محمد

الخامس أكادال-الرباط.....85

9. مقترحات لتجويد العملية الانتخابية : عبد الحكيم زروق دكتور في الحقوق.....99

10. منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة ودورها في تنمية المشاريع الإستثمارية : الأستاذة :

حوش أمينة تخصص قانون الأعمال جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة-الجزائر قسم الحقوق - كلية الحقوق

و العلوم السياسية.....106

11. مسؤولية الدولة في إطار علم الضحايا : إعداد الباحث علاء الدين تكتري أستاذ محاضر الدروس التطبيقية

كلية الحقوق طنجة- المملكة المغربية.....116

12.مسالك التجديد وأثرها في الفقه المالكي : إعداد الأستاذ محمد المصطفى الطالب دكتوراه من جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية الآداب والعلوم الإنسانية، سايس فاس وحدة البحث التاريخ والتراث - المغرب.....125

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

13.LA SECURITE SOCIALE DES SALARIES MAROCAINS : CAS DE PENSION D'INVALIDITE. : PR. EL MENOUALI fathallah Doctorat en Droit Privé (droit des affaires) Université de Perpignan – France.....144

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعبر عن آراء كاتبها ولا نعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد الثالث والأربعين لشهر ماي 2016



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور: صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الثالث والأربعين لشهر ماي 2016 من مجلت الفقه والقانون الدولية، وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث الهامة من بينها : نكول من أحييت عليه المناقصة العامة عن إتمام إجراءات التعاقد ، والأحكام العامة للقضاء بين الشريعة الإسلامية والفقه القانوني ، ثم حرية التعبير وضوابطها - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي كحقوق الإنسان .

وفي ما يتعلق بالفقه المالكي ناقش العدد جهود فقهاء المالكية في ضبط الاختلاف - الإمام الشاطبي نموذجاً - و مسالك التجديد وأثرها في الفقه المالكي.

وبالنسبة لقضايا العقار ، طرح العدد قضية التصرفات الواردة على الرسوم العقارية ، و تعليقا على قرار محكمة الاستئناف براكش حول صلاحية قاضي المستعجلات للتشطيب على التقييد الاحتياطي، ثم منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة ودورها في تنمية المشاريع الاستثمارية.

وارتباطا بالمسؤولية والعقوبة والانتخابات ضم العدد الجديد بين جنباته موضوع عقوبة المصادرة في التشريع المغربي، و مسؤولية الدولة في إطار علم الضحايا . ثم مقترحات لتجويد العملية الانتخابية .

هذا فضلا عن دراسات وأبحاث أخرى باللغته الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدك

www.majalah.new.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

الأحكام العامة للقضاء بين الشريعة الإسلامية والفقه القانوني



إعداد الأستاذ أحمد محمد صالح

دكتور في الحقوق باحث حقوق تأمينية

باليهئة القومية للتأمين الاجتماعي - مصر

مقدمة :

إن العدل قاعدة دستورية وحق من حقوق الله لقوله تعالى: " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا " 1. والحكم بالعدل بين الناس، فكما يكون منه ما يختص به القضاء عن طريق الدعاوى والفصل فيها لإحقاق الحق وإنصاف المظلوم، فإنه يكون أيضاً في مجال الحكم كولاية عامة، فمفهوم العدل في الإسلام شامل لكل ميادين الحياة كقيمة عليا وكأساس للتعامل في المجتمع الإسلامي في القضاء وولاية المال العام وغيرها؛ فعلى أساسه تستقيم للناس دنياهم وأخراهم، ولما للعدل من مكانة في العمران البشري وفي قيام أصلح أنظمة الحكم في الناس على أساسه، وكذلك استقامة أمور معاشهم ومعادهم، ومن قيل بحق: إن العدل هو أعرف المعروف 2.

والعدل يقوم على أساسه المساواة والحرية وحقوق الإنسان، ذلك أن العدل نظام كل شيء 3. ولما كانت الطرق والوسائل والصياغات المؤدية إلى العدل هي مما تجرى عليه سنة التطور والتحديث في حياة البشر بما يحقق المصلحة ولا يصادم ثوابت الشرع، ولا نقف جامدين عند المنقولات فيفوت العدل وتضيع المصلحة ويقع الحرج 4. وحيث إن للعدل تلك الأهمية القصوى فإن القضاء له ذات المكانة، لأن القضاء غاية ووسيلة، فهو غاية لتحقيق العدل وفي ذات الوقت وسيلة لتحقيق الأمن والاستقرار داخل المجتمع.

ومن ثم فالمهمة الحمائية للقضاء هي الجانب الطاغي في النظرة إلى الأمن القضائي، ولذلك يتم التركيز بهذا الخصوص على المتطلبات التي تكفل للقضاء قيامه بتلك المهمة على الوجه المطلوب، حتى يكون في مستوى المهام المنوطة به في المجتمع المعاصر، ولا تكتمل هذه المتطلبات إلا بتوفير مقومات تضمن حسن سير القضاء، كاستقلاليتها،

1 - سورة النساء: 58.

2 - فريد عبد الخالق - في الفقه السياسي الإسلامي (الشورى، العدل، المساواة) مبادئ دستورية - الطبعة الثانية 2007 - دار الشروق - ص 195: 197.

3 - الحسبة في الإسلام " لابن تيمية، تقديم محمد المبارك " - المدينة المنورة - الجامعة الإسلامية - ص 81.

4 - فريد عبد الخالق - في الفقه السياسي الإسلامي - مرجع سابق - ص 199.

وجودة أحكامه، وسهولة الولوج إليه، وحسن إدارته، مقومات تبعث الثقة في المؤسسة القضائية وتضمن بالتالي وجود الأمن القضائي¹. ونظراً لأهمية القضاء كأداة لتحقيق العدل، فقد سارعت كافة المواثيق والمعاهدات الدولية للحفاظ على الضمان القضائي للأنظمة القضائية الوطنية². ومن ثم يظهر جلياً أن مبدأ كالعديل في حاجة إلى ضمانات حقيقية لإرسائه، تلك الضمانات هي القضاء. فالضمان القضائي يحدث توازناً بين المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات، ومن ناحية أخرى يكفل المشروعية الإجرائية التي تقع من المكلفين بتطبيق القانون أو تنفيذه، وبذلك الضمان القضائي تتأكد سيادة القانون³.

ونظراً لما للشريعة الإسلامية من كنوز نصية وقواعد لا تنضب كانت الورقة البحثية مقارنة بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية. والتي قيل عنها: " إن المعاملات الفقهية لو انتظمت وجرى عليها العمل لما أخلت بالحقوق، ومن أمعن النظر في كتب الفقه الإسلامية ظهر له أنها لا تخلو من تنظيم الوسائل النافعة من المنافع العمومية حيث بوبوا للمعاملات الشرعية أبواباً مستوعبة للأحكام التجارية، كالشركة والمضاربة والقرض والمخاطبة والعارية والصلح وغيرها، إن بحر الشريعة الغراء على تفرع مشاريعه لم يغادر من أمهات المسائل صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها وأحياها بالسقي والري " ⁴.

المبحث الأول: ماهية القضاء في الشريعة الإسلامية والفقه القانوني:

الفرع الأول: تعريف القضاء:

أولاً: إن القضاء في اللغة هو مصدر للفعل " قَضَى "، وجاءت بمعنى حَكَمَ وفَصَلَ⁵. والقضاء في اللغة يعد من الألفاظ ذات المعاني المتعددة والتي يعرفها العلماء بأنها من المشترك اللفظي، حيث لو دققنا في معنى كلمة قضى لأمكننا إرجاعها إلى معنى واحد وهو الانقطاع، وذلك لأنَّ الحكم وهو قطع للنزاع والأداء قطع الدين⁶. ومن ثم فقد ورد القضاء في اللغة بعدة معانٍ، يمكن إيجاز أهمها في الآتي⁷:

¹ - عبدالحميد غميحة - مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي - عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة - الدار البيضاء 28 مارس 2008 - ص 16.

² - د / أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - الطبعة الثالثة 2004 - دار الشروق - ص 333 وما بعدها وقد استطرد سيادته قائلاً: " فجاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1948 علي تقرير حق الإنسان في قضاء مستقل محايد بما نص عليه في المادة العاشرة من أنه " لكل إنسان، علي قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظراً منصفاً وعلنيّاً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أي تهمة جزائية توجه إليه "، ويضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 ممارسة الحق المشار إليه (المادة 14)، وقد صدر عن المؤتمر العالمي لاستقلال القضاء الذي عقد في مونتريال بكندا في سنة 1983 إعلان عالمي لاستقلال القضاء أكد علي حق كل إنسان في أن يقاضي دون إبطاء من قبل المحاكم العادية أو من قبل المحاكم القضائية، وتكون خاضعة لإعادة النظر (الطعن) من قبل المحاكم العليا، ونص علي ضرورة أن تستقل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وتعد المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية إحدى الإنجازات الرئيسية لمؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين والذي عقد في ميلانو بإيطاليا سنة 1985 " & راجع أيضاً: الشافعي محمد بشير - قانون حقوق الإنسان، ذاتيته ومصادره - مقال منشور بالمجلد الثاني لحقوق الإنسان الصادر عن العهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (سيراكوزا - إيطاليا) - الطبعة الأولى - 1989 - ص 46 وما بعدها حيث ذكر سيادته: " كما أصدر المجلس الإسلامي العالمي المنعقد في باريس سنة 1981 بياناً عالمياً عن حقوق الإنسان في الإسلام أكد حق الفرد في أن يلجأ إلي سلطة شرعية تحميه وتنصفه، وتدفع عنه ما لحقه من ضرر أو ظلم وأوجب علي الحاكم المسلم أن يقيم هذه السلطة ويوفر لها الضمانات الكفيلة بحيدتها واستقلالها ".

³ - د / أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص 325.

⁴ - رفاة الطهطاوي - الأعمال الكاملة - ج 1 - ص 544، 369، 370 دراسة وتحقيق: د / محمد عمارة - طبعة بيروت - 1973.

⁵ - المعجم الوجيز - الصادر عن مجمع اللغة العربية - طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم بجمهورية مصر العربية - 1420هـ / 1999م - ص 506 & فيقال قضَى بين الخَصْمَيْنِ، وقضَى عليه، وقضَى له، وقضَى بكذا. فهو قاضٍ.

⁶ - أ / أنور عبدالكريم عبدالقادر - نظام القضاء في الإسلام - مجلة كلية الآداب - العدد 101 - ص 159.

⁷ - د / إبراهيم محمد الحريري - القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام - دار عمار للنشر / عمان - الطبعة الأولى - 1420هـ / 1999م - ص

- 1- الحكم: لقوله تعالى (وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ) {الإسراء: 23}، أي حكم وأوجب وحثم، وأصل الحكم المنع ومنه سُمي القاضي حاكماً لمنعه الظالم من ظلمه، وهو القاطع للأمور المحكم لها، وأصله القطع والوصل.
 - 2- الأداء: ومنه قوله تعالى (فَإِذَا قُضِيَتْمْ مَنَاسِكُكُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ) {البقرة: 200}، أي أدبتم، ومثله (فَإِذَا قُضِيَتْمُ الصَّلَاةَ) {النساء: 103}، أي أدبتموها.
 - 3- الإنهاء والتبليغ: ومنه قوله تعالى (وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ) {الإسراء: 4}، أي عهدنا وأوصينا. وقوله تعالى (وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ) {الحجر: 66} أي أنهيناه إليه وأبلغناه إياه لأن الخبر ينتهي إلى من يبلغه.
 - 4- الهلاك والفراغ: لقوله تعالى (فَوَكَزَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ) {القصص: 15}، وقوله تعالى (فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَى نَحْبَهُ وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْتَظِرُ وَمَا بَدَّلُوا تَبْدِيلًا) {الأحزاب: 23} أي هلك. وقضى نجه أي حاجته أي فرغ منها. وكذا قوله تعالى (فَلَمَّا قُضِيَ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًّا زَوَّجْنَاكَهَا) {الأحزاب: 37}.
 - 5- المضي: لقوله تعالى (ثُمَّ أَقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونَ) {يونس: 71} أي امضوا.
 - 6- الصنع والتقدير: يقال قضاه أي صنعه وقدره. ومنه قوله تعالى (فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ) {فصلت: 12} أي صنعهن وقدرهن وخلقهن. ومنه القضاء والقدر، والواقع أن معاني القضاء في اللغة ترجع إلى معنى واحد هو إمضاء الشيء وإحكامه، أو إتمام الشيء وفراغ منه قولاً أو فعلاً. وقد ذهب رأى إلى أن القضاء " هو الحكم والنفذ بإتقان، وأصل القضاء فصل الأمر على أحكام" ¹
- ثانياً: تعريف القضاء في الاصطلاح الفقهي: إن القضاء قد يكون اصطلاحياً بمعنى الحكم، إلا أنه اختلفت آراء الفقهاء في تعريف القضاء في الاصطلاح، ولعل هذا الاختلاف منشؤه من الاختلاف في حقيقة القضاء، هل هو صفة حكومية تلازم موصوفها وتوجب نفوذ حكمه؟ أم هو فعل يقوم به القاضي؟؟، كما أنه من جهة أخرى هل القضاء خاص بالمنازعة أم يشمل المنازعة وغيرها؟ وهل يشمل التحكيم في جزاء الصيد وشقاق الزوجين إلى غير ذلك؟؟، فبهذه الاعتبارات حصل الاختلاف في تعريف القضاء في الاصطلاح، لاسيما وأنه يشبه الفتيا إلى حد بعيد، فكانت هذه التعريفات غير جامعة وغير مانعة ²، ونبين منها بإيجاز بعض تلك الآراء كالاتي:
- 1- فذهبت الحنفية إلى أنه " فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص " ³.
 - 2- وعند المالكية هو " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام " ⁴.
 - 3- أما الشافعية فذكرت أنه " هو الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله " ⁵.
 - 4- والحنابلة قالوا: " إنه القضاء تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات " ⁶.
 - 5- أما العز بن عبدالسلام عرفه بأنه " إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه " ⁷.

¹ - مجمع البيان في تفسير القرآن للطبرسي (5 مجلدات و10 أجزاء) - تحقيق الحاج السيد هاشم الرسولي - دار إحياء التراث العربي - بيروت / لبنان - 1379 هـ / 1960 م - ج 1 - ص 297.

² - د / عبدالرحمن إبراهيم عبدالعزيز الحميضي - القضاء ونظامه في الكتاب والسنة - الطبعة الأولى - 1409 هـ / 1989 م - جامعة أم القرى - ص 34، 35.

³ - رد المحتار على الدر المختار للحصكفي (1088 هـ) شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي (1004 هـ) - محمد أمين عابدين بن عمر عابدين - مطبعة مصطفى الحلبي - 1386 هـ / 1966 م - ج 5 - ص 352.

⁴ - إبراهيم بن علي بن فرحون المدني - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - مطبعة مصطفى الحلبي - سنة 1378 هـ / 1958 م - ج 1 - ص 11.

⁵ - شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري - مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (977 هـ) - ج 4 - مطبعة الحلبي - 1352 هـ / 1933 م - ص 372.

⁶ - الروض المربع لمنصور بن يونس الحنبلي - دار المؤيد مؤسسة الرسالة - ج 3 - ص 382.

⁷ - شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري - مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - ج 4 - مرجع سابق - ص 372.

6- والقضاء في الفقه عند المذاهب بمعنى الحكم بين الناس¹.

وقد ذهب البعض لتعريف القضاء باعتباره صفة في القاضي، ومن أهم تلك التعريفات ما قاله ابن عرفة من علماء المالكية: " إن القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين"².

ثالثاً: تعريف القضاء في الفقه الحديث:

عرف بعض الفقهاء القضاء بأنه " الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للنزاع، بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة"³. وذهب رأى إلى أن القضاء هو " فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام"⁴. وذهب رأى آخر بأن القضاء هو " النظر في القضايا وإثباتها أو نفيها لإظهار أحكامه على مقتضياتها"⁵.

رابعاً: رأينا الخاص: ونرى أن القضاء هو " إحدى سلطات الدولة، وضمانة أساسية للشعب لتأكيد سيادة القانون من خلال إنفاذ قوانين الدولة في كافة النزاعات وبين كافة الخصوم لأمن واستقرار الدولة".
الفرع الثاني: مكانة القضاء في الشريعة الإسلامية والفقه الحديث:

إن المولى عز وجل أمر بالعدل في قوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)⁶. وإرساء العدل في المجتمع لن يتأتى إلا بالحكم بين الناس بالعدل وبما أنزل الله عز وجل لقوله تعالى: (إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ)⁷، وقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)⁸ وقوله تعالى (يَا دَاوُدَ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ)⁹.

وفي السنة النبوية نجد أن الرسول الكريم قد أظهر مكانة القضاء بين الناس وأهميته لإرساء العدل ونبذ الظلم، فقد روى مسلم والنسائي من حديث عبدالله بن عمرو أنه p قال: (إِنَّ الْمُقْسِطِينَ عِنْدَ اللَّهِ عَلَىٰ مَنَابِرَ مِنْ نُورٍ عَنِ يَمِينِ الرَّحْمَنِ - وَكَلَّمْنَا يَدَيْهِ يَمِينٌ - الَّذِينَ يَعْدِلُونَ فِي حُكْمِهِمْ وَأَهْلِيهِمْ وَمَا وَلُوا) ¹⁰، وقال صلوات الله عليه: (إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ) ¹¹، وقال أيضاً: (إن الله مع

¹ _ المغني لابن قدامة - الناشر مكتبة القاهرة مطبعة الفجالة الجديدة - الطبعة الأولى - 1388هـ / 1968 م - ج 9 - ص 34.

² _ محمد بن عرفة التونسي - شرح حدود الإمام بن عرفة - المطبعة التونسية بتونس - الطبعة الأولى - 1350هـ - ص 433.

³ _ د / جمال صادق المرصفاوي - نظام القضاء في الإسلام - بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي - الرياض 1396 هـ - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - ص 8.

⁴ _ د / محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية - دار عالم الكتب - الطبعة الخاصة 1423هـ / 2003 م - ص 28.

⁵ _ د / عبدالرحمن إبراهيم عبدالعزيز الحميضي - القضاء ونظامه في الكتاب والسنة - مرجع سابق - ص 40.

⁶ _ سورة النحل: 90.

⁷ _ سورة النساء: 105.

⁸ _ سورة النساء: 85.

⁹ _ سورة ص: 26.

¹⁰ _ سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي (1138 هـ) - المطبعة المصرية بالأزهر - الطبعة الأولى - سنة 1351 هـ / 1932 م & صحيح مسلم - الطبعة الثانية سنة 1398 هـ / 1978 م - ج 3 - دار الفكر - بيروت - ص 1457.

¹¹ _ صحيح مسلم بشرح النووي - طبع بالمطبعة المصرية ومكتبتها مصر القاهرة سنة 1934 م - ج 12 - ص 13.

القاضي ما لم يجر (1)، وقوله صلوات الله عليه (يَدُ اللَّهِ مَعَ الْقَاضِي حِينَ يَقْضِي) (2). ومن أقوال العلماء قول مسروق بن الأجدع (3): " لأن أقضي بقضية فأوافق الحق أحب إلى من رباط سنة في سبيل الله " (4)، وقال عمر رضي ت: " القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة " (5).

وقد ذهب الفقه الحديث للقول بأن سيادة القانون تستلزم أن يكون هذا القانون مكفولاً بالتطبيق من سلطة مستقلة محايدة هي القضاء، فالسلطة القضائية هي التي تسهر على تأكيد هذه السيادة وضمان تحقيق المشروعية وتوقيع الجزاء المناسب على عدم المشروعية، والقضاء وحده هو الذي يملك تقرير المشروعية من عدمه، وعلى هذا لنحو فإن السلطة القضائية هي الضمان الفعال لسيادة القانون، حتى إنه ارتفع مبدأ القاضي هو حارس الحرية الشخصية في فرنسا منذ القرن التاسع عشر، ولهذا أطلق على القضاة أنهم الحراس الطبيعيون لحقوق الفرد *Les Gardiens naturels des droit de l'individu* (6). وجاءت الدساتير لتؤكد أهمية القضاء، فقد نص الدستور الفرنسي سنة 1958 في المادة 2/66 على أن " السلطة القضائية تحافظ على الحرية الفردية، وتضمن احترام هذا المبدأ بالشروط المنصوص عليها في القانون ". كما جاء الدستور المصري لعام 2014 في مادته 94 " سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية للحقوق والحريات ". وقد أكدت المحكمة الدستورية المصرية على أهمية القضاء وتنفيذ أحكامه فقضت بأن " كل عقبة تحول دون اقتضاء الحق المقضي به تعد إخلالاً بالحق في التقاضي " (7)، وقضت أيضاً ذات المحكمة " أن السلطة القضائية هي سلطة أصيلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتستمد وجودها وكيانها من الدستور ذاته لا من التشريع، وقد أناط بها الدستور وحدها أمر العدالة مستقلة عن باقي السلطات، ومن ثم فلا يجوز عن طريق التشريع إهدار ولاية تلك السلطة كلياً أو جزئياً " (8).

المبحث الثاني: قواعد وضوابط تولية القضاة في الشريعة الإسلامية والفقه الحديث :

إن القضاء من الولايات العامة التي يقلدها الإمام، وفي حالة فقده يتولى تقليد القضاء أهل الاختيار (9)، وإن كان الفقهاء اتفقوا على أن القضاء فرض كفاية، فإنهم اتفقوا كذلك على أن قيام الإمام بنصب القضاة على الأمصار للحكم بين الناس في منازعاتهم فرض عين عليه (10). والقضاء كفرع من الولاية العامة يشترط فيه الأمانة لقوله

1 _ السنن الكبرى للبيهقي ط 1 - مطبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد الدكن الهند - 1352 هـ - ج 10 - ص 88.

2 _ المرجع السابق.

3 _ هو مسروق بن الأجدع الهمداني الكوفي - توفي 63 هـ.

4 _ سنن الدارقطني - طبعة سنة 1386 هـ / 1966 م - دار المحاسن للطباعة - القاهرة - المكتبة الخاصة - ج 4 - ص 205 & البيهقي - السنن الكبرى - مرجع سابق - ج 10 - ص 89.

5 _ سنن الدارقطني - مرجع سابق - ج 4 - ص 206، 207 & البيهقي - السنن الكبرى - مرجع سابق - ج 4 - ص 150.

6 _ د / أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص 331.

7 _ دستورية عليا - 3 أبريل سنة 1993 - القضية رقم 2 لسنة 14 ق دستورية - مجموعة أحكام الدستورية العليا - ج 5 - المجلد الثاني - القاعدة رقم 21 - ص 1.

8 _ مجموعة الأحكام العليا - القسم الأول - الدعويان رقما 2 و6 لسنة 1 ق عليا دستورية - جلسة 6 نوفمبر سنة 1971 - ص 30، 43.

9 _ الأحكام السلطانية للماوردي - الطبعة الأولى - مطبعة السعادة سنة 1327 هـ / 1909 م - مصر - الناشر: محمد أمين أفندي بمصر - المكتبة الخاصة - ص 76 & أدب القاضي للماوردي - طبعة سنة 1392 هـ / 1972 م - مطبعة العاني - بغداد - مكتبة الحرم المكي - ص 139 & د / القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام - مرجع سابق - ص 17.

10 _ بدائع الصنائع للكسائي - مطبعة الجمالية بالقاهرة - سنة 1328 هـ / 1910 م - ج 7 - ص 2 & نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للشافعي الصغير - الطبعة الأخيرة سنة 1386 هـ / 1967 م - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر - ج 8 - ص 79.

رسول الله ρ لأبي ذر (يا أبا ذر، إِنَّكَ ضَعِيفٌ وَإِنَّهَا أَمَانَةٌ وَإِنَّهَا يَوْمَ الْقِيَامَةِ خِزْيٌ وَنَدَامَةٌ إِلَّا مَنْ أَخَذَهَا بِحَقِّهَا وَأَدَّى الَّذِي عَلَيْهِ فِيهَا)¹. ويرى ابن تيمية - مستدلاً بآيات الكتاب المبين - أن الولاية لها ركنان: القوة والأمانة²، لقوله تعالى: (إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتُجِرَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ)³. ويقصد ابن تيمية بالقوة في الحكم بين الناس، ترجع إلى العلم بالعدل الذي دل عليه الكتاب والسنة، وإلى القدرة على تنفيذ الأحكام⁴. وأخرج الحاكم في مستدركه بسنده عن ابن عباس قال: قال رسول الله ρ : " من استعمل رجلاً من عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى الله منه فقد خان الله ورسوله وخان المؤمنين)⁵ كما جاء في الصحيحين عن النبي ρ أن قوماً دخلوا عليه فسألوه ولاية فقال: (إنا لا نولي أمرنا هذا من طلبه)⁶.

وقد استنبط الفقهاء من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة شروطاً لا بد أن تتوافر فيمن يتولى ولاية القضاء والمتفق عليها إجمالاً⁷:

- 1- أن يكون مسلماً: فالقضاء ولاية ولا ولاية لكافر على مسلم، لقوله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)⁸، وقال الماوردي: فلا يجوز أن يقلد الكافر القضاء على المسلمين ولا على الكافر⁹، إلا أن أبي حنيفة أجاز تقليده القضاء بين أهل دينه¹⁰.
- 2- أن يكون بالغاً عاقلاً: روى الترمذي عن علي[ؓ] أن رسول الله ρ قال: (رفع لقلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يشب، وعن المعتوه حتى يعقل)¹¹. وحيث إنهما لا يملكان الولاية على نفسيهما فمن الأولى ألا يملكانها على غيرهما¹².
- 3- أن يكون حراً: فلا يجوز أن يتولى العبد القضاء، لأنه لا يملك شيئاً. وقد قال تعالى: (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنْنا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ)¹³. ومن ثم فإن نقص العبد عن ولاية نفسه يمنع من انعقاد ولايته على غيره¹⁴.
- 4- أن يكون سليم الحواس: فسلامة الحواس ضرورة لإدراك الأشياء وفهمها، وهي الوسائل بين العقل والمعقولات، وعدمها يورث تعطيل عمل العقل¹⁵. قال تعالى: (صُمُّ بَكْمٌ عُمِّيٌّ فَهُمْ لَا يَرْجِعُونَ).

¹ - صحيح مسلم - الطبعة الثانية سنة 1398 هـ / 1978 م - ج 3 - دار الفكر - بيروت - ص 1457.

² - د / عبدالرحمن إبراهيم عبدالعزيز الحميضي - القضاء ونظامه في الكتاب والسنة - مرجع سابق - ص 107.

³ - سورة القصص: 26.

⁴ - السياسة الشرعية لابن تيمية - الطبعة الثانية 1371 هـ / 1952 م - الناشر: دار الكتاب العربي بمصر - مكتبة الحرم المكي - ص 13.

⁵ - المستدرک على الصحيحين للنيسابوري - الناشر: مكتبة ومطابع النصر الحديثة بالرياض - ج 4 - ص 92، 93، وقد قال الحاكم: هذا حديث صحيح.

⁶ - صحيح البخاري - مطبعة محمد على صبيح وأولاده - ميدان الأزهر بمصر ج 9 - ص 80 & صحيح مسلم - مرجع سابق - ص 1456.

⁷ - هناك شروط لتولي القضاء مختلف فيها (كشروط الذكورة، شرط الاجتهاد) وهناك شروط استحباب كشرط الكفاية. راجع في ذلك د / عبدالرحمن إبراهيم

عبدالعزيز الحميضي - القضاء ونظامه في الكتاب والسنة - مرجع سابق - ص 123: 135.

⁸ - سورة النساء: 141.

⁹ - الماوردي - الأحكام السلطانية - مرجع سابق - ص 53، 54.

¹⁰ - د / عبدالرحمن إبراهيم عبدالعزيز الحميضي - القضاء ونظامه في الكتاب والسنة - مرجع سابق - ص 114.

¹¹ - الجامع الصحيح (سنن الترمذي) - طبعة سنة 1400 هـ / 1980 م - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - ج 2 - ص 438.

¹² - د / عبدالرحمن إبراهيم عبدالعزيز الحميضي - القضاء ونظامه في الكتاب والسنة - مرجع سابق - ص 115.

¹³ - سورة النحل: 75.

¹⁴ - الماوردي - الأحكام السلطانية - مرجع سابق - ص 53.

¹⁵ - د / عبدالرحمن إبراهيم عبدالعزيز الحميضي - القضاء ونظامه في الكتاب والسنة - مرجع سابق - ص 116.

5- أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية: قال تعالى: (قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ) 1. ونجد أنه من شروط تولي القضاء أن يكون عالماً بأصول الأحكام لقوله ρ عندما بعث معاذًا إلى اليمن: (كيف تقضي؟) فقال أفضي بما في كتاب الله، فقال: (فإن لم يكن في كتاب الله)، قال: فبسنة رسول الله، قال (فإن لم يكن في سنة رسول الله) قال: أجتهد رأيي، قال: (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله) 2.

6- أن يكون عدلاً: فقد قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ) 3. والعدالة أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقفاً المآثم، بعيداً من الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه 4.

وقد اتجهت أكثر التشريعات إلى إعطاء رئيس السلطة التنفيذية حق تعيين القضاة، على أن يتقيد بشروط وضمانات تكفل عدم استغلاله هذا الحق في التأثير على استقلال القضاة، ومن هذه الضمانات والشروط التي تقيد رئيس السلطة التنفيذية في تعيين القضاة، هي أن القضاة وترشيحهم للتعيين يكون من قبل (مجلس القضاء الأعلى) المكون من كبار القضاة وأقدمهم، وبذلك يكون اختيار القضاة وترشيحهم للتعيين من حق هيئات قضائية مستقلة، ويكون التعيين من حق رئيس السلطة التنفيذية الذي هو رئيس الدولة، وهذا الأسلوب هو أحدث الأساليب المتبعة في أكثر البلاد الديمقراطية، لأنه يحفظ للقضاء استقلاله الكامل، وبهذه الطريقة لا يكون لأحد يد على القاضي، ولا يستطيع أحد أن يزعم أنه هو وحده الذي يعين القاضي في منصب القضاء 5.

ومما لاشك فيه أن هناك أحاديث قد وردت لزم طلب القضاء، فقد روى أنس 6 عن رسول الله ρ أنه قال: (من طلب القضاء وأستعان عليه وكل إلى نفسه، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده) 7.

1 _ سورة الزمر: 9.

2 _ سنن الترمذي - مرجع سابق - ج 2 - ص 394 & سنن أبي داود - الطبعة الأولى - ملتمز الطبع والنشر مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر - ج 2 - ص 272.

3 _ سورة المائدة: 95.

4 _ الماوردي - الأحكام السلطانية - مرجع سابق - ص 54.

5 - محمد شهير أرسلان - القضاء والقضاة - الطبعة الأولى سنة 1389 هـ / 1969 م - دار الإرشاد للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - ص 104، 105.

6 _ هو أنس بن مالك بن النضر الأنصاري النجار - خدم رسول الله ف عشر سنين - ومات سنة 90 هـ أو بعدها.

7 _ مسند الإمام أحمد - دار صادر للطباعة - المكتب الإسلامي - بيروت - ج 15 - ص 209.

نكول من أحيات عليه المناقصة العامة عن إتمام إجراءات التعاقد



د . علي احمد حسن الهبيبي

استاذ القانون الاداري المساعد

الجامعة المستنصرية - العراق

المقدمة :

إذا كان الأشخاص في القانون الخاص يسعون إلى تحقيق مصالحهم الخاصة، فإنهم يتمتعون بحرية واسعة في أعمال إرادتهم لتحقيق هذه المصالح، إذ يكون لهم مطلق الحرية في اختيار من يتعاقدون معه، وفي تحديد مضمون التعاقد طالما انه غير مخالف للنظام العام.

إلا أن هذا القول لا يشمل الإدارة فيما تبرمه من عقود إدارية، إذ إن استهداف المصلحة العامة يفرض على الإدارة مراعاة قيود والتزامات قانونية تجعل من عقودها أكثر تعقيداً من القيود المدنية بهدف تحقيق الوفرة المالية وضمان التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل من ناحية المواصفات الفنية والمدد الزمنية.

وابرز أنواع التعقيد فيها يظهر في الجانب المتعلق بالتعبير عن الإرادة، إذ غالباً ما يتم هذا التعبير في عملية معقدة ومتشابكة يصطلح عليها - عندما تروم الإدارة التعاقد من اجل الحصول على السلع والخدمات - بالمناقصة العامة.

والقيود التي تنطوي عليها المناقصة العامة لا يقتصر جانب الإدارة بتحملها، وإنما هنالك قيود يتحملها المناقص، إذ يحظر عليه سحب عطاءه قبل البت فيه، وإذا ما بت في العطاءات المقدمة، ألزم صاحب العطاء الفائز باستيفاء إجراءات معينة قبل قيامه بتنفيذ مضمون العقد، فان لم يستوفها عد ناكلاً عن المناقصة العامة مما يقود إلى ترتيب جملة من الآثار القانونية على هذا النكول، وللوقوف على تفاصيل أحكام النكول آثرنا تناوله في هذه الدراسة.

مشكلة البحث : تبرز مشكلة البحث هنا في غموض بعض نصوص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008، إذ أغفلت الإشارة الصريحة إلى الامتناع عن تسديد التأمين النهائي فيما إذا كان يعد احد أسباب النكول في المناقصة العامة، فضلاً عن انتقادات يمكن توجيهها إلى النصوص المنظمة لأحكام النكول.

أهمية البحث : ويكتسب البحث في هذا الموضوع أهمية خاصة، كونه يتطرق إلى موضوع لم يسبق تناوله بدراسة مستقلة في العراق بحسب علمي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن كتب الفقه الإداري في دراستها لإحكام المناقصة العامة يجري التركيز فيها على إجراءات المناقصة حتى صدور القرار النهائي بإحالتها، غافلة عن تفصيل الإجراءات اللاحقة على صدور قرار الإحالة والواجب استيفائها قبل المباشرة بتنفيذ العقد، أو تكتفي بالإشارة المقتضبة لها.

أهداف البحث : الأهداف التي نرمي إلى تحقيقها من هذا البحث تتمثل في الآتي :

1. تحديد موعد نشوء الرابطة التعاقدية لمعرفة إن كان النكول سابقاً لها أم لاحقاً عليها.
2. الوقوف على مفهوم النكول وتمييزه من إلغاء المناقصة العامة.
3. دراسة الأحوال التي يعد فيها المناقص الفائز ناكلاً عن المناقصة.
4. دراسة الآثار القانونية المترتبة على النكول.

منهج البحث: سنعتمد في إعداد بحثنا هذا على المنهج التحليلي المقارن، وسنتخذ من قوانين الدول العربية، وبخاصة القانون المصري وقوانين دول الخليج العربي محلاً للمقارنة بينها والقانون العراقي.

تقسيم البحث: سيشتغل بحثنا هذا على ثلاثة مباحث، سنخصص الأول منها لبحث تاريخ نشوء العلاقة التعاقدية في المناقصات العامة، بينما سندرس في الثاني التعريف بالنكول وتمييزه من إلغاء المناقصة العامة، أما الثالث فسندرسه لدراسة الآثار القانونية المترتبة على النكول.

المبحث الأول : تاريخ نشوء الرابطة التعاقدية في المناقصات العامة :

إذا كان العقد - كقاعدة عامة - في نطاق القانون الخاص ينشأ بتلاقي القبول الصادر من أحد العاقدين بالإيجاب الصادر من الآخر، فإن الأمر لا يبدو بهذا الوضوح في عقود القانون العام، وبخاصة تلك التي تبرم بأسلوب المناقصة العامة التي تتألف من تضافر مجموعة من الإجراءات القانونية وصولاً إلى تحقيق عملية التعاقد.

ولكي نفهم حقيقة النكول في المناقصة العامة يتعين بادئ ذي بدء الإحاطة بتاريخ نشوء الرابطة التعاقدية، وهذه تحتم أن ندرس مرحلتها الإحالة والمصادقة عليها في المناقصة العامة، وهو ما سنتولى القيام به عبر المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : التعريف بالإحالة :

سندرس في هذا المطلب تحديد المقصود بالإحالة، وتبيان طبيعتها القانونية، وذلك عبر الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : المقصود بالإحالة :

تعد الإحالة⁽¹⁾، المرحلة الأكثر أهمية وسط مراحل التعاقد عبر المناقصة العامة، والتي تتولاها لجنة تحليل وتقييم العطاءات (لجنة البت) التي تعتمد معياراً محدداً يجري في ضوءه إحالة المناقصة على عطاء معين من جملة العطاءات المقدمة⁽²⁾.

(1) ويسمى في مصر والكويت والسعودية واليمن بقرار الإرساء، وفي الجزائر قرار المنح المؤقت، في حين يسمى في لبنان الالتزام المؤقت.

(2) د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 138.

والإحالة لغة من قولهم (أحال الغريم: زجّاه عنه إلى غريم آخر، والاسم الحوالة ... يقال أحلت فلاناً بما له عَليّ - وهو كذا درهماً - على رجلٍ آخر لي عليه كذا درهماً أحيله إحالةً)⁽¹⁾.

أما الإحالة اصطلاحاً فتعني إفصاح الإدارة عن إرادتها بقبول الإيجاب الصادر من أحد أصحاب العطاءات بغية ترتيب التزامات متبادلة بعد اعتماده من قبل الجهة الإدارية المختصة⁽²⁾.

وتحكم إحالة المناقصة العامة ثلاثة مبادئ رئيسة هي التلقائية والإجبارية والنهائية.

فالتلقائية في الإحالة تعني عدم تمتع لجنة الإحالة (لجنة البت) بأية سلطة تقديرية من اجل تحديد المتنافس الذي يجب التعاقد معه ، إذ تلتزم اللجنة بإحالة المناقصة على المتنافس الذي قدم في عرضه السعر والمواصفات الأقل والأفضل⁽³⁾.

والإجبارية في الإحالة تشير إلى امتناع لجنة الإحالة (لجنة البت) عن إحالة المناقصة على صاحب العطاء الأفضل حتى لو كان لديها مسوغ مقبول⁽⁴⁾، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بان اللجنة يقع عليها واجب الإحالة على العرض الأفضل حتى لو كان هذا العرض قد احتوى على خطأ بين في تقدير السعر من جانب عارضه، وذلك مع وجود التزام ملقى على عاتقها يتمثل في إعلام جهة المصادقة (الاعتماد) بعدم استحسان نتائج المناقصة في هذه الحالة وهذا المبدأ مقرر لأجل انتظام عمليات المناقصة وشفافيتها في مواجهة المتنافسين⁽⁵⁾.

ولكن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لوجود حالات واقعية تحتم على اللجنة أن لا تتخذ قرارها بالإحالة ، وتكون سبباً لإلغاء المناقصة أو تمديد أجلها ، ومن هذه الحالات التقدم بعرض وحيد للإدارة، أو إذا كانت قيمة العروض المقدمة تزيد على السعر المقدر من جانب الإدارة، أو إذا اقتضت المصلحة العامة الاستغناء عن المناقصة نهائياً⁽⁶⁾.

أما النهائية في الإحالة فيقصد بها انه متى ما تمت الإحالة ، فيجب أن تكون باتة لا رجعة فيها، إذ لو ترك الباب مفتوحاً أمام الرجوع عن الإحالة فسيخل ذلك بمبدأ المساواة بين المتقدمين كما انه يتناقض مع مبدأ التلقائية⁽⁷⁾.

ويقدم مجلس الدولة الفرنسي استثناءين على هذا المبدأ هما :

(1) أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، إعداد يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، بلا سنة طبع، مادة (حَوْل)، ص 761.

(2) عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 1997، ص 11.

(3) د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، 2005، ص 661.

(4) د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق ، بلا دار نشر، 2005، ص 322.

(5) د. عاطف سعدي محمد، المرجع السابق، ص 320.

(6) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 671.

يلحظ انه في مصر إذا لم يتقدم سوى عرض واحد مستوفٍ للشروط فإن المنافسة طبقاً للمادة (29) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (89) لسنة 1998 يجوز إلغاؤها بقرار من السلطة المختصة ، ولكن المادة نفسها نصت على إمكانية قبول العرض الوحيد في حالتين: الأولى إذا كانت حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المنافسة ، أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها ، والأخرى أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر ، أما في العراق فإنه طبقاً للمادة (5/5) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 يتم إعادة الإعلان عن المناقصة في حالة تقديم عطاء واحد خلال مدة الإعلان، مع ملاحظة انه في حالة تقديم أكثر من عطاء وكان واحد منها مقبولاً فنياً وتجارياً فيتم قبوله، والسير بعملية تحليل العطاءات والإحالة.

(7) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 674.

1. أن الإحالة يمكن أن تكون موقوفة على شرط تقديم بعض الوثائق، فإن لم تقدم هذه الوثائق يمكن للجنة أن تعود عن قرارها.

2. يمكن تصحيح الإحالة، ولكن ينبغي أن يكون ذلك قبيل إقفال باب المناقصة وضمن الجلسة نفسها، أما إذا تم إقفاله فإن اللجنة تكون قد استنفدت سلطاتها ومن ثم يمتنع عليها إجراء مثل هذا التصحيح⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإحالة:

تتفاوت الطبيعة القانونية لعمل لجنة الإحالة (الإرساء) باختلاف القوانين، فهناك قوانين تجعل من عمل لجنة الإحالة بالترسية قراراً إدارياً نهائياً من دون حاجة إلى مصادقة أية جهة إدارية أخرى مثل القانون الكويتي والعماني⁽²⁾، وهناك قوانين - وهذا الاتجاه الغالب - يجعل من عمل لجنة الإحالة بالترسية مجرد توصيات بإحالة المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً والأفضل مواصفات، ترفع إلى جهة إدارية مختصة لغرض المصادقة عليها (اعتمادها) مثل القانون العراقي والمصري والسعودي⁽³⁾.

وفي هذه الحالة الأخيرة فإن الإحالة لا تعدو أن تكون اختياراً مؤقتاً للمتعاقد، ولا تكون نهائية إلا بعد صدور قرار المصادقة من الجهة المختصة، بمعنى آخر إن مقدم العطاء يبقى في مركز غير تعاقدى قبل صدور قرار المصادقة ويظل على إيجابه الملزم⁽⁴⁾، ولا يمكن القول بان الإحالة هنا تشكل قبولاً يتم معه التعاقد لأن ذلك يقود إلى تعطيل حق جهة الإدارة في العدول عن المناقصة، إذ سيشكل ذلك فسخاً للعقد الذي تم وهو أمر لا يمكن التسليم به ويتعارض صراحة مع حكم القانون الذي يمنح الإدارة سلطة العدول عن المناقصة⁽⁵⁾.

وما يترتب أيضاً على أن تكون الإحالة بقرار إداري أو بتوصية، انه في الصورة الأولى سيكون من الممكن الطعن بقرار الإحالة أمام القاضي الإداري بمعزل عن الطعن بعملية التعاقد برمتها، بوصف قرار الإحالة من القرارات الإدارية القابلة للانفصال⁽⁶⁾، إما في الصورة الأخرى فإنه لا يمكن الطعن بالتوصية على أساس أن التوصية لا تعد قراراً إدارياً لعدم إلزاميتها، وبالتالي فإن الطعن لا يكون إلا بعد صدور قرار المصادقة والتبليغ به وهو ما نصت عليه

(1) هاتف كاظم جاسم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص143.142.

(2) المادة (42) من قانون المناقصات العامة رقم (37) لسنة 1964 الكويتي، والمادة (56) من قانون المناقصات الحكومية رقم (84/86) لسنة 1984 العماني.

(3) المادة (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 العراقية، والمادة (25) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 المصري، والمادة (19) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (58) لسنة 1427 هجرية.

(4) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص76.

(5) د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص187.

(6) إن نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري هي من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتمدها منذ مطلع القرن العشرين وتحديداً في حكمه الصادر في قضية (Commune de Gorre) في 1903/12/11، وحكمه الصادر في قضية (Martin) في 1905/8/4، ومضمونها أن العقد الإداري يمر بمراحل متعددة، وتدخل في تكوينه عناصر مختلفة، منها ما له طبيعة عقدية بحتة، ومنها ما تتوافر له صفات وأركان القرارات الإدارية، فهذه القرارات وإن كانت تدخل في العملية العقدية، إلا أن لها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية والطعن بها بدعوى الإلغاء.

وقد اخذ مجلس الدولة المصري منذ إنشائه بهذه النظرية واستقر العمل بها في قضائه إلى يومنا هذا، أما مجلس شوري الدولة في العراق فإن هنالك الكثير من أحكام الهيئة العامة ومحكمة القضاء الإداري قبل فيها النظر في الطعون بقرارات الإحالة في المزايدات العامة مثل حكم الهيئة العامة المرقم 13/ تمييز/90 في 1990/9/2 وحكم محكمة القضاء الإداري المرقم 90/121 في 1990/8/5، إلا انه في الآونة الأخيرة صدرت فتوى لمجلس شوري الدولة برقم 59 في 2012/8/7 التي تفيد بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استناداً إلى نصوص واردة في العقد.

ينظر بهذا الخصوص كل من: د. جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص86. محمد سمير جمعة، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد 9، 2011، ص199.

تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 عندما اشترطت في المادة (10) أن يكون تقديم الاعتراض لدى اللجنة المركزية لنظر الاعتراضات والشكاوى التعاقدية خلال سبعة أيام من تاريخ صدور كتاب الإحالة والتبليغ به، علماً أن هنالك من الكتاب في مصر من يصرح بإمكانية الطعن بتوصية لجنة البت بدعوى الإلغاء وذلك حتى قبل اعتمادها من الجهة الإدارية المختصة بوصفها قراراً إدارياً نهائياً⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التعريف بالمصادقة على الإحالة:

إن عمل لجنة الإحالة هو ليس الحلقة الأخيرة في عملية إبرام العقد الإداري، إذ يستتبعه إجراء آخر لا يقل أهمية عنه، ألا وهو المصادقة على ما أسفر عنه عمل لجنة الإحالة من نتائج، وللوقوف على معنى المصادقة وأثارها القانونية يجيء هذان الفرعان.

الفرع الأول: تعريف المصادقة:

ويطلق على هذا الإجراء في القانون المصري بالاعتماد⁽²⁾، ويعد آخر إجراءات المناقصة وأكثرها أهمية من الناحية القانونية لأنه بمنزلة القبول في العقد، بل يعد إجراء المصادقة في هذا الشأن القبول النهائي للعقد⁽³⁾. أن تمتع السلطة المختصة بإبرام العقد بالسلطة التقديرية في قبول أو رفض المصادقة على نتائج الإحالة إنما تستند إلى أسباب تبررها⁽⁴⁾، فمن دون شك أن المناقصة ترمي إلى إبرام عقد يتصل بدوره في تسيير مرفق عام، وإن مصلحة هذا المرفق لا يمكن أن تتحقق إذا كانت المناقصة عبارة عن إجراءات متتالية يكون اختصاص الإدارة فيها مقيداً، لذا ينبغي أن تتمتع الإدارة بمكنة تقدير ظروف التعاقد والتقرير بمدى انسجامها ومصلحة المرفق العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن مصلحة الإدارة تقتضي وجود إمكانية اعتراض نهائي على ملائمة العقد في حد ذاته، فقد تتغير حاجات المرفق العام الذي يتصل به العقد في أي لحظة من لحظات طرح الإجراء، ويصبح الالتزام بنتائج الإحالة متنافياً مع الصالح العام، أو أن تصبح المصلحة المالية للإدارة متعارضة مع نتائج الإحالة، ولا سيما أن مبدأ تلقائية الإحالة الذي تقوم عليه المناقصة قد يؤدي إلى أن السعر المقدم من جانب المناقص أكثر بكثير من المعطيات الاقتصادية للسوق، وهذا يستلزم من الإدارة أن تتدخل لإصلاح ما قد تكون الإحالة (الإرساء) التلقائية قد توصلت إليه من نتائج غير معقولة أو غير عادلة⁽⁵⁾.

ويجب التفريق بين المصادقة على العقد، والتصديق على العقد، إذ في الأخير قد يلزم القانون الإدارة المتعاقدة بإحالة وثائق العقد إلى إدارة أخرى لتقرر ما تم التوصل إليه من نتائج تعاقدية، لا من نتائج ناجمة عن الإحالة، مما يعني أن تدخل سلطة التصديق ليس بنبي أثر في وجود العقد نفسه، فالعقد الخاضع للتصديق يخرج إلى حيز الوجود القانوني بنحو سابق على تدخل سلطة التصديق، إذ إن الرابطة التعاقدية تكتمل من تاريخ المصادقة على الإحالة، إلا أنه - عند الفقه الإداري - لا يصبح العقد منتجاً لأثاره القانونية إلا من تاريخ التصديق، ومتى ما صدر التصديق فإنه يكون ذا أثر رجعي أي يقر مشروعية العقد من تاريخ إبرامه، علماً أن الوضع الذي كان سائداً في فرنسا هو تطلب

(1) د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط1، دار النهضة العربية، 2009، ص104/ د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص188.

(2) المادة (25) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم(89) لسنة 1998مصري.

(3) هاتف جاسم كاظم، المرجع السابق، ص163.

(4) وهذه السلطة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 هي رئيس جهة التعاقد بحسب الصلاحية المخولة له لأغراض التعاقد (م7/ ف19)، وفي قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 هي الوزير - ومن له سلطاته -، والمحافظ، ورئيس مجلس إدارة الهيئة العامة، كل في نطاق اختصاصه (م2)، وفي قانون المناقصات العامة رقم (37) لسنة 1964م الكويتي لجنة المناقصات المركزية (م42).

(5) د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، ك1، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص679678.

التصديق على عقود الجهات المحلية إلى أن صدر قانون 1982/3/2 الذي ألغى الوصاية على الجماعات المحلية ومؤسساتها العامة، وبقي معمولاً به فقط في العقود التي تبرمها الجماعات الوطنية⁽¹⁾.

أما في العراق فقد نصت المادة (9) من قانون كاتب العدل رقم (33) لسنة 1998 على تولي مدير الدائرة القانونية في الوزارة المعنية أو الجهة غير المرتبطة بوزارة تصديق العقود التي تبرمها بدلاً من كاتب العدل، والتصديق هنا هو لغرض التوثيق ليس إلا، وبالتالي فليس له من اثر على انعقاد العقد أو سلامته أو نفاذه، إذ كل ما يرتبه عدم استيفاء هذا الإجراء هو المسألة الإدارية للموظف المسؤول.

وينبغي معرفة أن لجنة الإحالة (البت) في القانون المصري والعراقي لا تصدر قراراً نهائياً بالإحالة، وإنما تقدم توصيات إلى الجهة الإدارية المعنية قانوناً لغرض المصادقة عليها⁽²⁾، مع التذكير أن هذه الأخيرة تملك سلطة تقديرية في إقرار الإحالة أو العدول عنها طبقاً لما تراه محققاً لمصلحة المرفق العام، وعند صدور المصادقة أو رفضها يكون قرار الإحالة اكتسب الوجود القانوني بوصفه قراراً إدارياً مما يمكن معه الطعن فيه بالإلغاء أمام المحاكم المختصة⁽³⁾.

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على المصادقة على إحالة المناقصة العامة:

إن قرار المصادقة على توصيات إحالة المناقصة العامة الذي يصدر من السلطة الإدارية المختصة يشكل عنصراً جوهرياً في صيرورة العقد، لأن هذا القرار يؤدي إلى إنشاء العلاقة التعاقدية، وبه يكتمل رضا طرفي العقد، وبالتالي فإن المصادقة هي التي تحول المناقص من مرشح للتعاقد، بعد اختيار عطائه من لجنة الإحالة، إلى متعاقد بعد صدور قرار المصادقة، فقرار المصادقة يعد منشأً للعملية العقدية لا كاشفاً عنها، فهو يمثل القبول النهائي لجهة الإدارة بالتعاقد مع صاحب العطاء (الإيجاب) الفائز⁽⁴⁾.

ولكن مع ذلك فإن العقد في القانون المصري لا ينعقد إلا بإخطار صاحب العطاء الفائز بقرار اعتماد عطائه وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا الأمر بقولها (لكي ينتج القبول أثره ويعد العقد تاماً يتعين أن يعلم الموجب بقبول إيجابه باعتبار أن القبول .. لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ...) ⁽⁵⁾، ولكن في العراق ينفذ قرار المصادقة على الإحالة من تاريخ تبلغ صاحب العطاء الفائز بتوقيع العقد⁽⁶⁾.

وما يترتب على صدور قرار المصادقة من آثار قانونية أن الإدارة لا تستطيع أن تسحب قرار المصادقة بعد صدوره، إذ إن العلاقة القانونية، كما أوضحنا، توجد من تاريخ صدور هذا القرار، ومن ثم فإن سحبه يشكل اعتداء على هذه العلاقة العقدية، مما يستوجب المسؤولية التعاقدية للإدارة⁽⁷⁾، وكذلك لا تستطيع الإدارة من حيث المبدأ أن تعدل في

(1) د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج1، بدون دار نشر، دمشق، 1998، ص490/ مهند نوح، المرجع السابق، ص681.680.

(2) المادة (25) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم(89) لسنة 1998المصري، والمادة (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008العراقية.

(3) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 87.

وفي حكم للمحكمة الإدارية في العراق تقول فيه(... تجد المحكمة أن المدعيان قدما الاعتراض إلى هذه المحكمة والمتمثل في هذه الدعوى من دون أن يكون هنالك قرار بالإحالة قد صدر من رئيس جهة التعاقد، لذلك تكون دعوى المدعيان واجبة الرد..). حكمها المرقم 43/تخطيط/2011 في 2011/10/26 أورده خليل إبراهيم المشاهدي وشهاب احمد ياسين، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، ج1، مكتبة صباح، بغداد، 2012، ص92.

(4) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة، عمان، 1999، ص134.133.

(5) طعن رقم 4360 في 2006/11/21 أورده د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص105.

(6) تنص الفقرة عشرون من المادة (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 على أن (تعدل قرارات الإحالة نافذة من تاريخ تبليغ من ترسو عليه المناقصة بتوقيع العقد خلال مدة لا تتجاوز (14) يوماً من تاريخ التبليغ بالإحالة بعد مصادقة رئيس جهة التعاقد...)

(7) د. مهند مختارنوح، المرجع السابق، ص690.

شروط العقد بعد صدور قرار المصادقة، إلا باتفاق مع المتعاقد (على شكل ملاحق عقود)⁽¹⁾، كما لا يمكنها أن تنفرد في شرح شروط العقد وتفسيره، لأن تلك المهمة ينفرد بها القاضي الإداري الذي يستخلص عندئذ النية المشتركة للمتعاقدين، وعلى وفق قواعد التفسير المعروفة في القانون المدني⁽²⁾.

ولكن إذا كانت الرابطة التعاقدية تنشأ من تاريخ المصادقة على إحالة المناقصة العامة أو من تاريخ إخطار المناقص الفائز باعتماد عطائه، يثور التساؤل عن القيمة القانونية لتوقيع العقد من طرفه (الإدارة والمناقص الفائز) بعد صدور قرار المصادقة.

إن توقيع العقد من طرفه نراه لا يعدو أن يكون إجراء يمكن عبره تحديد اللحظة الزمنية التي يبتدئ فيها بتنفيذ العقد، وآية ذلك أن امتناع المناقص الفائز عن التوقيع يقود - كما سنرى ذلك لاحقاً - إلى توقيع جزاءات يشير مضمونها إلى قيام الرابطة التعاقدية⁽³⁾، فضلاً عن أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 نصت في المادة (14) على أن (على المتعاقد تنفيذ بنود العقد خلال المدة المتعاقد عليها على أن تحتسب تلك المدة من تاريخ المباشرة أو من تاريخ توقيع العقد...)، علماً أننا وجدنا القانون الكويتي يشذ عن هذا الأمر بجعل إبرام العقد يكون من تاريخ توقيع العقد⁽⁴⁾، ومرد ذلك بحسب ما نراه أن قرار الإحالة الصادر من لجنة المناقصات المركزية هو قرار نهائي لا يتطلب مصادقة أية جهة إدارية أخرى⁽⁵⁾.

المبحث الثاني: التعريف بالنكول وأحواله:

سنقسم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص الأول منهما لبحث التعريف بالنكول، وسنفرد الآخر لدراسة أحوال النكول.

المطلب الأول: التعريف بالنكول:

إن دراسة التعريف بالنكول تتضمن بادئ ذي بدء الوقوف على مدلول النكول من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ومن ثم تمييزه من إلغاء المناقصة العامة، وهذا ما سنتولى القيام به عبر الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المدلول اللغوي والاصطلاحى للنكول:

النكول لغة مشتق من الفعل الثلاثي (نكَل) ونكَل عنه كضرب ونص وعلم نكولاً: نكص وجبن، وينكل نكولاً، ونكل: نكص يقال نكص عن العدو وعن اليمين، ينكل بالضم أي جبن، ونكَله عن الشيء صرفه عنه⁽⁶⁾. أما النكول اصطلاحاً فعلى الرغم من الجهد الكبير والمضني الذي بذلناه في استقصاء التعريفات المقدمة للنكول من القضاء والفقه الإداريين، إلا أننا لم نوفق في الحصول على أي تعريف، إذ كل ما وجدناه هو المرور السريع على واجب المناقص الفائز بعد تبليغه بقرار المصادقة بإيداع التأمين النهائي وتوقيع العقد.

(1) د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 679.

(2) د. مهند مختارنوح، المرجع السابق، ص 690.

(3) وهذا ما بينته إدارة الفتوى في مجلس الدولة المصري بقولها متى اخطر المقاول بقبول عطائه فيترتب على عاتقه التزام بالتوقيع على عقده مع جهة الإدارة.. تراخيه في هذا التوقيع يخول الإدارة حق اللجوء للوسائل القانونية للضغط عليه لينفذ التزامه.. فتوى رقم 659 في 20 / 3 / 1962 أوردها د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 716.

(4) المادة (52) من قانون المناقصات العامة رقم 37 لسنة 1964 الكويتي.

(5) تنظر إجراءات البت في المناقصة والتوقيع على العقد المواد (42 - 56) من قانون المناقصات العامة رقم 37 لسنة 1964.

(6) أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور، المرجع السابق، ص 719.

وإزاء ذلك كان لا بد لنا من تحديد العناصر الأساسية للنكول لكي نتمكن من تعريفه، وهذه العناصر نوجزها في الآتي⁽¹⁾:

1. من دراسة الأحوال التي يعد فيها صاحب العطاء الفائز بالمناقصة ناكلا - سواء في القانون العراقي أو المقارن - يتبين أن النكول يحدث بعد صدور قرار المصادقة وتبليغ المناقص الفائز به، بمعنى آخر أن النكول ينشأ بعد قيام الرابطة التعاقدية وقبل تنفيذ العقد.

2. أن النكول يقع من قبل المتعاقد مع الإدارة، وخلاف ذلك غير صحيح.

3. يتمثل النكول في امتناع المتعاقد عن إتمام شكليات معينة تطلب القانون استيفاءها بعد صدور قرار المصادقة والتبليغ به، مما يعني أن النكول يشكل انتهاكاً للالتزامات التعاقدية.

ومما تقدم يمكن أن نخلص إلى تقديم تعريف للنكول يجمع هذه الملامح وهو: (انتهاك المتعاقد لالتزامه بإتمام إجراءات التعاقد بعد صدور قرار مصادقة إحالة المناقصة وتبليغه به)⁽²⁾.

الفرع الثاني: تمييز النكول من إلغاء المناقصة العامة:

يراد بإلغاء المناقصة العامة إقدام الجهة الإدارية التي أعلنت عنها على الإفصاح عن رغبتها بصرف النظر عنها والكف عن مباشرة إجراءاتها، وذلك عبر قرار إداري يصدر بإرادتها المنفردة⁽³⁾.

ويأتي الاعتراف لجهة الإدارة بسلطة إلغاء المناقصة العامة بسبب ما قد يستجد من ظروف يضحي معها التعاقد غير محقق للمصلحة العامة، لذا تستطيع الإدارة إلغاء المناقصة العامة من دون أن تتحمل أية تبعات قانونية عن هذا الإلغاء ما دامت غير متعسفة فيه⁽⁴⁾، وبعد هذا أمراً منطقياً على أساس أن المتعاقد مع الإدارة ينظر إليه على أنه معاون للإدارة في تسيير المرفق العام، فإذا ما قررت الإدارة أنها لم تعد بحاجة إلى ذلك المعاون فلها بموجب القانون إلغاء المناقصة العامة⁽⁵⁾.

ويلحظ أن القوانين عادة تجعل من إلغاء المناقصة من اختصاص السلطة المختصة بالمصادقة (الاعتماد) وذلك بصورة مباشرة أو بناء على توصية لجنة الإحالة (البت)، وفي هذه الصورة الأخيرة يحدد القانون عادة أسباب تلتزم لجنة الإحالة معها بالتوصية بإلغاء المناقصة العامة، ففي مصر نصت المادة (15) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 على إلغاء المناقصة في حالة الاستغناء عنها نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وكذلك تلغى بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت في إحدى الحالات الآتية:

1. إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.

2. إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات.

3. إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية.

(1) هنالك من القوانين تستخدم مصطلح الانسحاب من المناقصة العامة بدلاً من النكول ومنها قانون المناقصات العامة رقم (37) لسنة 1964 الكويتي (م 53 و54)، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (26) لسنة 2005 القطري (م 52).

(2) وهذا التعريف يقتصر على حالة النكول في المناقصات العامة، إذ لا يقتصر استعمال مصطلح النكول على المناقصات العامة فقط وإنما يستعمل كذلك في المزايدات العامة وذلك عندما يمتنع المحال عليه المزاد عن دفع بدل البيع أو الإيجار. تنظر المادة (19) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 النافذ.

(3) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، بغداد، 1970، ص 55.

(4) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، مرجع سابق، ص 132.

(5) د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 115.

أما في العراق فان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 أوجبت في المادة (5/ خامسا) إعادة الإعلان عن المناقصة إذا لم تقدم العطاءات خلال مدة الإعلان أو في حالة تقديم عطاء واحد خلال هذه الفترة، وكذلك إذا تجاوز مبلغ أفضل عطاء لمقدمي العطاءات نسبة 15% من الكلفة التخمينية، كما وأجازت المادة نفسها في فقرتها (ثانيا/ ل) لجهة التعاقد الحكومية إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط.

وبما تقدم يمكن أن نستخلص جملة فروق بين النكول عن المناقصة العامة وإلغائها وهي:

1. أن النكول عن المناقصة يحدث دائماً بعد نشوء العلاقة التعاقدية (إبرام العقد) ، في حين يكون إلغائها قبل أو بعد نشوء هذه العلاقة⁽¹⁾.
 2. النكول يقع من المتعاقد (المنافس الفائز)، أما الإلغاء فيقع من جهة الإدارة.
 3. يشكل النكول انتهاكاً للالتزامات التعاقدية ويتحمل الناقل جملة جزاءات، بينما يعد الإلغاء أمراً مشروعاً للإدارة لا تتحمل إزاءه أية مسؤولية ما دامت لم تتعسف في هذا الإلغاء⁽²⁾.
 4. يشكل النكول سلوكاً سلبياً يتمثل في امتناع المتعاقد عن إتمام إجراءات التعاقد، بينما يشكل الإلغاء سلوكاً إيجابياً يتمثل في صدور قرار إداري من جهة الإدارة بإلغاء المناقصة العامة.
- المطلب الثاني: أحوال النكول عن المناقصة العامة:**

إن مصادقة الجهة المختصة على الإحالة يعني أن الإدارة قد أفصحت عن إرادتها النهائية والملزمة بقبول التعاقد مع صاحب العطاء الفائز (الإيجاب)، وينشئ اقتران هذا القبول مع الإيجاب العقد بين الطرفين. إلا أن المتعاقد لا يستطيع المباشرة في تنفيذ مضمون العقد ما لم يستوف إجراءات قانونية معينة، وهي دفع التأمين النهائي وتوقيع العقد مع الإدارة بعد صياغة فقراته، فإذا امتنع عن ذلك عد ذلك منه نكولاً مما يجعله عرضة للجزاءات القانونية التي تطبق على الناقل، وهذا يعني أن أحوال النكول تتمثل في الامتناع عن دفع التأمين النهائي، والامتناع عن توقيع العقد، وسنفضلهما بإيجاز على النحو الآتي:

(1) لا وجود لهذا الفارق في القانون الكويتي، إذ يقع الإلغاء والنكول قبل نشوء الرابطة التعاقدية التي حدد المشرع بداية وجودها بتوقيع العقد، علماً أن مجلس الوزراء هو من يملك بموجب المادة (52) من قانون المناقصات العامة رقم 37 لسنة 1964 العدول عن الترسية.

(2) ومع ذلك يقر مجلس الدولة الفرنسي للمناقص بالتعويض قبل الإدارة إذا بدأ بتنفيذ مضمون المناقصة بعد إحالة المناقصة عليه وقبل المصادقة عليها، وذلك في حالة إلغاء المناقصة أو عدم المصادقة عليها بشرط توفر الآتي:

1. أن تكون الأعمال التي نفذها المناقص قد عادت بفائدة حقيقية على الإدارة. =

= 2. أن تكون الإدارة قد قبلت تنفيذ تلك الأعمال بصورة صريحة أو ضمنية من خلال عدم معارضتها في تنفيذ تلك الأعمال.

وقد اتجهت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى تبني هذا الحكم أيضاً بقولها (إن انتفاء مسؤولية الإدارة العقدية لعدم انعقاد العقد وانتفاء مسؤوليتها لعدم الخطأ والانحراف في السلطة لا يحول من دون رجوع الشركة على الوزارة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب وذلك إذا ثبت أن ما قامت به من أعمال . بعلم الوزارة وموافقها الصريحة أو الضمنية . قد عادت بفائدة حقيقية على الوزارة.. ينظر كل من د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2008، ص353. / بلال أمين زين العابدين، المرجع السابق، ص183.

الفرع الأول: الامتناع عن دفع التأمين النهائي :

تستوجب اغلب التشريعات تقديم تأمين نهائي من صاحب العطاء الفائز بالمناقصة وذلك خلال مدة زمنية معينة⁽¹⁾، وهذا التأمين لا يخرج عن كونه ضماناً للإدارة تتوقى عن طريقه الأخطاء التي قد يقوم بها المتعاقد، فضلاً عن انه يضمن ملاءة المتعاقد من الناحية المالية وذلك عند مواجهته للمسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية⁽²⁾.

ولا يكون التأمين النهائي ضماناً حقيقياً ما لم يكن للإدارة حق مصادرته، أي اقتضاء قيمة دينها منه بطريقة التنفيذ المباشر من دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء، سواء نص على ذلك في شروط العقد أم لم ينص⁽³⁾.

وتتحدد قيمة التأمين النهائي الواجب سداً من المتعاقد بـ 5% من قيمة العقد في القانون العراقي والمصري⁽⁴⁾، أما عن المدة الزمنية الواجب فيها سداد التأمين النهائي فيتفاوت فيها التشريع المصري عن التشريع العراقي، إذ حددها المشرع المصري في المادة (18) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 بعشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه، ويكون الأداء خلال عشرين يوماً إذا كان المتعاقد من خارج مصر مع الترخيص للإدارة بمد المدة بما لا يتجاوز العشرة أيام في الحالتين، بينما في العراق لم تحدد تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 مدة زمنية ينبغي أداء التأمين النهائي خلالها، إلا انه يمكن القول أن هذه المدة تتحدد بالأربعة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالإحالة، وهذا الحكم يستفاد ضمناً من المادة (7/ فقرة عشرون) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية التي أوجبت تبليغ المتعاقد بتوقيع العقد خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بمصادقة رئيس جهة التعاقد على التوصية بالإحالة، إذ أن أداء التأمين النهائي يكون دائماً قبل توقيع العقد.

ومن الجدير بالذكر هنا أن المشرع العراقي أعفى الشركات العامة والقطاع العام من تقديم التأمين الأولي والنهائي لمدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ نفاذ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية وخوّل وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي إعادة النظر بهذا الاستثناء بعد مضي هذه المدة وبالتنسيق مع لجنة الشؤون الاقتصادية في مجلس الوزراء، وهذا يعني انه في حالة تطبيق هذا الاستثناء فإن النكول لا يتصور حدوثه بسبب عدم أداء التأمين النهائي إلا من أشخاص القانون الخاص فقط⁽⁵⁾.

(1) تنظر على سبيل المثال المادة (16) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 العراقية، والمادة (18) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 المصري، والمادة (54) من قانون المناقصات العامة رقم (37) لسنة 1964 الكويتي، والمادة (33) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (58) لسنة 1427 السعودي، والمادة (45) من قانون ونظام المناقصات العامة رقم (86) لسنة 1984 العماني. ويلحظ أن التسميات التي تطلق على التأمين النهائي تتعدد في التشريعات ومنها تسميته بضمان التنفيذ والضمان النهائي وتأمين الإدارة، وكفالة حسن التنفيذ، والكفالة النهائية...

(2) وهذا ما أفصحت عنه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (يقصد بالتأمين النهائي أن يكون ضماناً لجهة الإدارة يؤمنها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري. كما يضمن ملاءة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري. فلا يمكن لجهة الإدارة أن تتجاوز عن التأمين حرصاً على مصلحة المرفق العام وانتظام سيره. الطعن رقم 1289 في 1-2-1965 لسنة 08 مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، صفحة رقم 313.

(3) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف في الإسكندرية، 2004، ص 272.

(4) المادة (16/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008، والمادة (18) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998.

(5) المادة (16/هـ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008.

الفرع الثاني : الامتناع عن توقيع العقد :

تقع على الجهة الإدارية المتعاقدة مسؤولية صياغة العقد طبقاً لشروط المناقصة ، ولما جاء في عطاء المناقص الفائز من عروض، مضافاً إليها أية شروط يتفق عليها الطرفان تضمن سلامة تنفيذ العقد⁽¹⁾، وتطلب من المتعاقد بعد أدائه التأمين النهائي التوقيع على العقد وذلك خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ تبليغ المتعاقد بالإحالة، فإذا امتنع عن التوقيع أنذرت الإدارة بلزوم التوقيع خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بالإندار، فإذا انقضت المدة ولم يوقع العقد عدّ ناكلاً⁽²⁾.

وألزمت المادة (10/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الجهات الإدارية بالتريث في توقيع العقد إلى حين حسم الشكوى أو الاعتراض المقدم من أصحاب العطاءات غير الفائزة الذين لم يطلبوا سحب التأمينات الأولية من قبل الوزير أو المحافظ بشرط تقديم المعارض لتعهد رسمي بدفع قيمة الأضرار الناجمة لمصلحة جهة التعاقد عن التأخير بتوقيع العقد لأسباب كيدية أو غير مبررة، وحسنا فعل المشرع العراقي بتحديد مدة توقيع العقد، بخلاف كثير من التشريعات العربية التي حوّلت الإدارة تحديد المدة للمتعاقد في كتاب تبليغه بالتوقيع⁽³⁾، إذ نرى أن عدم تحديد المدة سيقود إلى تقديم مدد مختلفة تبعاً لاختلاف تقدير الجهات الإدارية المتعاقدة، وكذلك سيمنع تماهل الإدارة بتبليغ المتعاقد بتوقيع العقد، أو تحديد مدة قصيرة للمتعاقد لأجل التوقيع.

المبحث الثالث : الجزاءات القانونية المترتبة عن النكول :

إن نكول المتعاقد عن استكمال الإجراءات القانونية للتعاقد يجعله عرضة إلى توقيع جملة من الجزاءات القانونية عليه من الإدارة ، ويستند في تفسير الأساس القانوني لتوقيع الجزاءات القانونية على الناكل في تحقيق سير المرفق العام بانتظام واطراد، إذ ليس من شك في أن النكول عن استكمال إجراءات التعاقد من شأنه تعريض عمل المرفق العام إلى الإرباك والتلكؤ.

وبتمحيص التشريعات يمكن القول أن هنالك ثلاثة أنواع من الجزاءات يمكن توقيعها على المتعاقد نتيجة النكول، وهي مصادرة التأمينات، والإحالة على المتقدم الثاني، ووضع الناكل على القائمة السوداء، وسندرس هذه الجزاءات بالتفصيل طبقاً لما يأتي :

(1) المادة (8) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

(2) المادة (7/فقرة عشرون) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

(3) تنظر على سبيل المثال المادة (32) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المصري، والمادة (53) من قانون المناقصات العامة رقم (37) لسنة 1964 الكويتي، والمادة (30) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (58) لسنة 1427 السعودي، والمادة (23) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن رقم (23) لسنة 2007 اليمني.

المطلب الأول : مصادرة التأمينات :

من المعلوم أن التأمين الذي يودع لدى الإدارة على نوعين تأمين أولي (ابتدائي) يدفع عند التقدم بالعتاء، وتأمين نهائي يدفع عند قبول العطاء، وسنبحث مصادرتهما على وفق الآتي :

الفرع الأول : مصادرة التأمين الأولي :

يعد التأمين الأولي من ابرز مرافقات العطاء، إذ تضمنت اغلب التشريعات نصوصاً توجب إرفاق التأمين الأولي مع العطاء، وبخلاف ذلك يجري استبعاد العطاء المقدم من المنافسة⁽¹⁾.

ولقد قدمت تعريفات عديدة للتأمين الأولي جاءت متفقة في معناها مختلفة في ألفاظها، ومنها تعريفه بأنه قيمة يضمنها العارض عرضه، ويخصصها لمصلحة الإدارة، وذلك ضماناً لجدية العرض، وتأييداً لحسن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض، والمستندة إلى إرادته المنفردة⁽²⁾، وكذلك تعريفه بأنه (مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها صاحب العطاء عند انسحابه أو نكوله عن المناقصة أو المزايدة أو الممارسة، و ضمان لجدية مساهمته وسلامة قصده⁽³⁾).

وجزاء مصادرة التأمين الأولي إلى جوار ترتبه عند سحب المناقص لعطائه قبل البت في المناقصة، يترتب كذلك عند نكول المناقص عن تسديد التأمين النهائي بعد إرساء المناقصة عليه، وقد وردت الإشارة إلى هذا الجزاء في المادة (21) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 المصري، والمادة (55) من قانون المناقصات العامة رقم (37) لسنة 1964 الكويتي، والمادة (33) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (58) لسنة 1427 السعودي.

أما في العراق فقد نصت المادة (16/ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 على أن (تصدر التأمينات الأولية لمن ترسو عليه المناقصة عند نكوله عن توقيع العقد بعد التبليغ بأمر الإحالة وتتخذ بحقه كافة الإجراءات القانونية الأخرى المنصوص عليها في هذه التعليمات)، وكذلك نصت المادة (17/أولاً) من التعليمات نفسها على أن (... في حالة نكول المناقص الفائزة عن توقيع العقد بعد إنذاره رسمياً بضرورة توقيع العقد خلال مدة (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه تتخذ الإجراءات الآتية :

أ. مصادرة التأمينات الأولية الخاصة بالمناقص الناكل).

ولنا على هذين النصين الملاحظات الآتية :

1. إن مصادرة التأمين الأولي تكون بقرار يصدر بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية المتعاقدة من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء⁽⁴⁾.

(1) د. مال الله جعفر عبد الملك، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 192.

ويلحظ أن المحكمة الإدارية العليا في مصر أقرت بالسلطة التقديرية للإدارة في عدم استبعاد العطاء الخالي من تقديم التأمين الأولي إذا ما قدرت ملاءة صاحب العطاء المالية إذ تقول في حكم لها (لا يترتب جزاء بطلان العقد على مخالفة شرط الوفاء بالتأمين ما دامت الإدارة قد اطمأنت إلى إبرام العقد مع مقدم العطاء، واثقة من ملاءته وقدرته المالية على الوفاء بالتزاماته العقدية...). حكمها المرقم 25 في 16/1/1992 أورده د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 89.

(2) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 569.

(3) هاتف جاسم كاظم، المرجع السابق، ص 192.

(4) ينظر كل من : د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، ط1، دار المكتبي، دمشق، 1999، ص 554. / د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، الوثيقة الخضراء للطباعة والنشر، طرابلس، 2002، ص 112.

2. إذا ما امتنع المتعاقد عن توقيع العقد يتعين على الإدارة إنذاره بضرورة توقيع العقد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبلغه وإلا يصر إلى مصادرة التأمين الأولي، وفي القانون المصري يشترط بموجب المادة (21) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 إخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول⁽¹⁾.

3. أن الإدارة ليس لها أن تطلب من المتعاقد توقيع العقد إلا بعد أدائه التأمين النهائي، إذ يتحول التأمين الأولي بعد صدور قرار الإرساء إلى تأمين نهائي من خلال قيام المتعاقد بدفع الفرق بين الاثنين، وبالتالي كان الأولى بالتعليمات النص على مصادرة التأمين النهائي في حالة نكول المتعاقد عن توقيع العقد وليس التأمين الأولي على أساس أن هذا الأخير يتحول إلى تأمين نهائي بعد صدور قرار إرساء المناقصة.

4. طبقاً للنصين المتقدمين فإن سلطة الإدارة في مصادرة التأمين الأولي هي سلطة مقيدة، إذ تلزم الإدارة بمصادرة التأمين بمجرد حدوث النكول ولا تملك سلطة إعفاء المتعاقد من هذا الجزاء.

الفرع الثاني : مصادرة التأمين النهائي :

فيما سلف بينا أن التأمين النهائي يمثل المبالغ المالية التي تودع لدى جهة إدارية من المتعاقد معها بهدف تأمينها ضد آثار الأخطار التي يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري فضلاً عن ضمانها لملاءة المتعاقد لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره في تنفيذ مضمون العقد⁽²⁾.

ويصر إلى مصادرة التأمين النهائي في بعض التشريعات المقارنة عند نكول المتعاقد عن توقيع العقد، سواء فسخ العقد بين الإدارة والمتعاقد أم جرى إحالة المناقصة على المناقص الثاني⁽³⁾، بينما في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 يكون توقيع العقد هو الفيصل في فرض جزاء مصادرة التأمين الأولي أم مصادرة التأمين النهائي، إذ إن انتهاك المتعاقد لالتزاماته قبل توقيع العقد - بما في ذلك امتناعه عن توقيع العقد - يقود إلى مصادرة التأمين الأولي، في حين يقود انتهاك المتعاقد لالتزاماته بعد توقيع العقد إلى مصادرة التأمين النهائي⁽⁴⁾.

(1) في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر تقول فيه (في حالة عدم التزام المتعاقد بسداد التأمين النهائي، يحق للإدارة أن تفسخ العقد مع مصادرة التأمين الأولي أو تقوم بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد، ويشترط لاتخاذ أي من الإجراءات السابقين إخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول حتى يكون على بينة من الإجراء الذي اتخذته في مواجهته). حكمها في الطعن 1645 لسنة 36 في 1994/3/22 مجموعة المبادئ، س.39، ج.2، ص.1113.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص.68.

(3) تنظر على سبيل المثال المادة (53) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (26) لسنة 2005 القطري.

(4) تنظر المادة (17) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 التي تضمنت فقرتين خصصت الأولى للآثار القانونية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية قبل توقيع العقد، في حين خصصت الأخرى للآثار القانونية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية بعد توقيع العقد.

ومع ذلك نرى انه يمكن استيفاء أية مبالغ تترتب لمصلحة الإدارة من مبلغ التأمين النهائي كونه يشكل ضماناً لجهة الإدارة بوصفه الحد الأدنى اللازم لتعويض الأضرار التي أصابت الإدارة من نكول المتعاقد عن تنفيذ التزاماته⁽¹⁾، ومن ثم لا تثريب إن اجتمع مصادرة التأمين مع التعويض من دون أن يعد ذلك ازدواجاً للتعويض، فإذا كان التأمين النهائي لا يكفي لجبر الأضرار التي أصابت الإدارة جاز لها أن ترجع بالتعويض على المتعاقد لاستكمال جبر بقية الإضرار، ومن دون أن يقبل من المتعاقد أثبات أن قيمة الأضرار تقل عن مبلغ التعويض⁽²⁾.

المطلب الثاني: الإحالة على المناقص الثاني مع تحميل المتعاقد فرق البدلين:

سندرس في هذا المطلب القواعد المنظمة لهذا الجراء، وطعن المتعاقد فيه على وفق الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: القواعد المنظمة لإحالة المناقصة على المناقص الثاني:

فضلاً عن مصادرة التأمينات، للإدارة بمقتضى المادة (17/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 الحق في حالة نكول المناقص عن توقيع العقد إحالة المناقصة على المرشح الثاني، ويتحمل المناقص الناقل فرق البدلين الناجم عن تنفيذ العقد، فإذا كانت قيمة التأمينات غير كافية يتم أخذها من أمواله الأخرى، وفي حالة نكول المرشحين الأول والثاني عن توقيع العقد أو تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ فلجهة التعاقد ترسية المناقصة على المناقص الثالث، ويتحمل الناقلان الأول والثاني فرق البدلين بالتضامن وحسب فرق المبالغ الخاصة بالترشيح لهما مع مصادرة التأمينات الأولية⁽³⁾.

ونورد الملاحظات الآتية على هذا النص:

1. إن سلطة الإدارة بتوقيع هذا الجراء مقيدة، بمعنى أن الإدارة تلزم في حالة نكول المناقص الفائز عن توقيع العقد بمصادرة تأميناته الأولية وإحالة المناقصة على المناقص الثالث مع تحميل المناقص الأول فرق البدلين، في حين نجد في التشريعات المقارنة أن الإدارة تملك سلطة تقديرية في إلغاء العقد أو إحالة المناقصة على المناقص التالي بحسب ترتيب العطاءات⁽⁴⁾.

2. يترتب جزاء الإحالة على المناقص الثاني في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة نتيجة امتناع المناقص الفائز عن توقيع العقد، بينما يترتب هذا الجزاء في القوانين المقارنة - إلى جوار الامتناع عن توقيع العقد - نتيجة الامتناع عن تسديد التأمين النهائي⁽⁵⁾.

(1) د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص350. / د عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص273.

(2) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (وما دامت طبيعة كل من مصادرة التأمين والتعويض مختلفة، فلا تثريب إن اجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض، إذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجاً للتعويض حيث أن هذا الاستحقاق ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة، على أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بان لا يحضر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وان يكون الضرر مجاوزاً لقيمة التأمين المصادر، أما إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك). حكمها في الطعن 1019 في 1966/12/10 أشار إليه الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص277.

(3) وفي هذا الصدد نورد حكم محكمة التمييز التي تقول فيه (إذا نكل المقاول عن تنفيذ العقد وأحيل العقد ذاته إلى مقاول أخريتحمل المقاول الناقل فرق الزيادة تنفيذاً للعقد وبحكم القانون). الحكم المرقم 74/215 في 1974/5/13 أورده خليل إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، منشورات وزارة العدل، بغداد، 1988، ص648.

(4) تنظر على سبيل المثال المادة (21) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 المصري، والمادة (56) من قانون المناقصات العامة رقم (37) لسنة 1964 الكويتي، والمادة (47) من قانون ونظام المناقصات الحكومية رقم 84/86 لسنة 1984 العماني، والمادة (54) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (26) لسنة 2005 القطري.

(5) تنظر المواد القانونية نفسها في الهامش المتقدم.

3. لا يقصر حدوث النكول من المناقص الأول الفائز، وإنما يعد المناقص الثاني كذلك ناكلاً إذا امتنع عن توقيع العقد أو امتنع عن تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ (التأمين النهائي)، وتطبق عليه الإجراءات ذاتها التي تطبق على المناقص الأول عند النكول، وتحال المناقصة إلى المناقص الثالث مع تحميل الناقلين فرق البديلين بالتضامن. ويلحظ هنا أن التعليمات أفصحت عن عدّ امتناع المناقص عن تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ (التأمين النهائي) من أحوال النكول بخلاف نكول المناقص الأول الذي قصرته على الامتناع عن التوقيع، وكذلك لم تبين التعليمات الحكم القانوني للمناقصة فيما لو نكل المناقص الثالث عن المناقصة، إذ كان ينبغي النص - بحسب ما نرى - صراحة على امتلاك الإدارة سلطة إلغاء المناقصة العامة أو إعادة عرضها من جديد.

الفرع الثاني : الطعن بقرار إحالة المناقصة على المناقص الثاني :

بالنظر إلى ضرورة تنظيم عملية التعاقد بين الحكومة وبين المتعاقدين معها جاء قانون العقود الحكومية العامة رقم (87) لسنة 2004 ليحتوي القواعد القانونية المنظمة للمناقصة العامة والمنازعات التي تنشأ بسببها، إذ أشار القسم (12) من القانون إلى إنشاء محكمة تختص بنظر اعتراض صاحب العطاء الذي يظن انه ظلم في قرار إحالة التعهدات العامة، وإذ أن لكل قانون - كقاعدة عامة - تعليمات تصدر بشأن تنفيذه فقد صدرت التعليمات رقم (1) لسنة 2007 التي ألغيت وحلت محلها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 التي أشارت في المادة (10/ثانيا) إلى تشكيل محكمة إدارية مختصة بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة الصادرة من الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

ويتضح مما سبق أن المتعاقد الذي تسحب منه المناقصة وتحال إلى المناقص الثاني يستطيع الطعن بقرار الإحالة أمام المحكمة الإدارية⁽¹⁾، بشرط مراعاة الضوابط الواردة في المادة (10) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 وهي :

1. تقديم شكوى لدى اللجنة المركزية في الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظة أو الإقليم المعني خلال سبعة أيام عمل من تاريخ صدور قرار الإحالة والتبلغ به، وتتولى هذه اللجنة دراسة الشكوى وتقديم التوصية بخصوصها إلى الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تاريخ إيداع الشكوى لدى جهة التعاقد، وعلى الأخير البت بالتوصية خلال سبعة أيام من دون أن تحدد التعليمات تاريخ البدء باحتسابها، ويعد عدم البت بالموضوع بعد انقضاء المدة رفضاً للاعتراض.

2. أن يقدم اعتراض لدى المحكمة الإدارية خلال سبعة أيام من تاريخ صدور قرار الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم بموضوع الشكوى، ويعاب على هذا النص إن مدة تقديم الاعتراض كان ينبغي جعلها تسري من تاريخ التبليغ بقرار رفض الشكوى وليس من تاريخ صدوره.

(1) وجهت انتقادات كثيرة إلى تشكيل هذه المحكمة ، إذ هنالك من الكتاب من رأى عدم صحة تسميتها بالمحكمة كونها مشكلة من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي ، وهذا يشكل مخالفة صريحة لنص المادة (96) من دستور العراق لسنة 2005 التي تنص على أن (ينظم القانون تكوين المحاكم وأنواعها ودرجاتها واختصاصاتها وكيفية تعيين القضاة وخدمتهم ...). وكذلك مخالفته لأحكام قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979. وكذلك أنتقد تسميتها بالإدارية لأن ذلك يوحي بأنها تختص بالمنازعات الإدارية في حين أنها لا تختص إلا بنوع واحد من المنازعات الإدارية وهي النظر في الاعتراضات المقدمة ضد قرارات إحالة المناقصات العامة.

د. حنان محمد القيسي و صفاء حسين الشمري، وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري، مكتبة صباح، بغداد، 2012، ص 59،58.

علما أن الحكم الصادر من المحكمة يمكن الطعن به تمييزاً لدى محكمة الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بقرار المحكمة، كما أن ولاية المحكمة تشمل طلبات إلغاء قرارات الإحالة من دون أن تشمل طلبات التعويض عما سببته من أضرار، وهذا يعني لزوم اللجوء إلى محكمة البداية للمطالبة بالتعويض⁽¹⁾.

المطلب الثالث : وضع الناكل على القائمة السوداء :

من المبادئ الأساسية التي تحكم المناقصات العامة هي حرية المنافسة ، إذ يحق - كقاعدة عامة - لكل فرد أن يتقدم للاشتراك فيها من دون أن تمنعه الإدارة أو تحرمه من حقه في الوصول إلى إحالتها عليه بوصفه صاحب أفضل عطاء سعراً وشروطاً فنية⁽²⁾.

ولكن يحق في الوقت نفسه للإدارة أن تتخذ من الإجراءات - وهي بصدد تنظيم المناقصة العامة - الكفيلة بإبعاد الأفراد الذين ثبت لديها عدم قدرتهم الفنية والمالية لأداء التزاماتها، وقصر المشاركة فقط على الصالحين والقادرين على أدائها، وقرارها بالإبعاد بالتأكيد هو قرار إداري يوصف عند الفقه الإداري بالقرار المنفصل الذي يخضع لرقابة القضاء الإداري بغية التثبت من عدم إساءة الإدارة في استعمال سلطتها⁽³⁾.

ويمثل إدراج اسم الناكل في القائمة السوداء إجراء يتيح للإدارة حرمان الأفراد غير المرغوب فيهم من الاشتراك في المناقصات العامة بشكل نهائي أو لمدة محددة ، إذ تحتفظ الإدارة بقوائم (سجلات) خاصة تتضمن أسماء هؤلاء الأفراد غير المرغوب فيهم، يجري الرجوع إليها عند البدء بإجراءات المناقصة بهدف الوقوف على الأسماء الممنوعة من الاشتراك فيها⁽⁴⁾.

وإدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء بوصفه جزاء تضمنته تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 بنصها في المادة (18) على أن (للجهات التعاقدية في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم إدراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية في القائمة السوداء ..)، وأحالت التعليمات بصدد توقيع هذا الجزاء إلى الضوابط الواردة في تعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين رقم (1) لسنة 2005 ، التي ألغيت وحل محلها تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (3) لسنة 2009 التي خولت في المادة (15) منها وزير التخطيط والتعاون الإنمائي بناء على طلب مسبق من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة وضع شركة المقاولات أو المقاول في القائمة السوداء لمدة لا تزيد على سنتين في حالات عديدة منها امتناع المتعاقد عن توقيع العقد بعد التبليغ بقرار الإحالة.

وما يترتب على إدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء أن يجري تنزيل صنف المقاول درجة واحدة تسري من تاريخ رفع اسمه من القائمة السوداء، وعدم التعامل مع المقاول خلال مدة درج اسمه في القائمة السوداء⁽⁵⁾.

علما أن تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (3) لسنة 2009 خولت المقاول الذي تقرر إدراج اسمه في القائمة السوداء حق الاعتراض لدى الوزير بواسطة الوزارة المنفذة أو المستفيدة خلال (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ، وبيت الوزير في الاعتراض خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض

(1) وهذا ما بينته المحكمة صراحة في حكمها المرقم 2011/3 في 2011/4/13 الذي تقول فيه (وجدت هذه المحكمة بعد دراسة إضبارة الدعوى من أن دعوى المدعين بالنسبة إلى طلب التعويض ليس له سند من القانون حيث أن هذه المحكمة لا تختص بنظر هكذا طلبات ، إذ أن اختصاصها النوعي يشمل النظر في الدعاوى الإدارية الخاصة بالاعتراض على قرارات الإحالة في المناقصات العامة...) أورده خليل إبراهيم المشاهدي وشهاب احمد ياسين، المرجع السابق، ص41.

(2) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص139 وما بعدها.

(3) د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص107.

(4) د. مهند مختارنوح، المرجع السابق، ص509.

(5) المادة (15/ثانياً) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين.

في مكتبه، وبعد قراره نهائياً⁽¹⁾، والنهائية هنا لا تعني عدم جواز الطعن بقرار الوزير أمام القضاء وإلا عد ذلك مخالفة صريحة لنص المادة (100) من دستور العراق لسنة 2005⁽²⁾، وإنما تعني عدم جواز رجوع الوزير بهذا القرار، وكذلك ينفذ هذا القرار من دون داع لمصادقة أي جهة إدارية أخرى عليه.

وبإنعام النظر في النصوص القانونية المنظمة لهذا الجزاء نستطيع تقديم الملاحظات الآتية عليه :

1. تكون سلطة الإدارة بتوقيع هذا الجزاء تقديرية، أي لها بحسب ما تراه محققاً للمصلحة العامة إدراج اسم المتعاقد الناكل في القائمة السوداء أو عدم إدراجه.
2. يترتب هذا الجزاء نتيجة نكول المتعاقد عن توقيع العقد، علماً أن القوانين المقارنة لم تجعل النكول من الأسباب الموجبة لإدراج المتعاقد في القائمة السوداء أو شطب اسمه من قائمة المقاولين سوى قانون المناقصات الكويتي الذي أجاز للإدارة في المادة (52) منه شطب اسم المناقص الفائز من قائمة المقاولين والموردين المعتمدة شطباً دائماً أو لمدة معينة⁽³⁾، وكذلك القرار الوزاري رقم (20) لسنة 2000 بشأن نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة الذي قرر في المادة (58) حرمان المناقص الفائز بالمناقصة إذا تخلف عن توقيع العقد من دون عذر مشروع من الاشتراك في المناقصات لمدة لا تقل عن سنة بقرار من الوزير المختص.
3. إن الإدراج في القائمة السوداء يكون مؤقتاً.
4. تستطيع الإدارة حرمان المناقص من المناقصة متى ما اتضح لها إدراج اسمه في القائمة السوداء سواء كان ذلك قبل صدور قرار الإحالة أم بعده⁽⁴⁾.
5. بما أن التعليمات لم تحدد مرجع الطعن بقرار الوزير بإدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء، فإن محكمة القضاء الإداري ستكون مرجع الطعن بوصفها الجهة المختصة بالنظر في صحة القرارات الإدارية التي لم يعين المشرع مرجعاً للطعن فيها⁽⁵⁾.

(1) المادة (18) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين.

(2) تنص المادة (100) من دستور 2005 على أن (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن).

(3) تنظر على سبيل المثال المادة (24) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 المصري، والمادة (53) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (58) لسنة 1427 السعودي، والمادة (28) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن رقم (23) لسنة 2007 اليمني.

(4) وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية في العراق بقولها (ومن تدقيق كل ما تقدم تجده هذه المحكمة بان هذه الدعوى واجبة الرد لسببين الأول هو أن شركة المدعي قد وضعت في القائمة السوداء بموجب كتاب الدائرة القانونية في وزارة التخطيط ، وهذا يمنع من إحالة أي مشروع للمدعي وشركته سواء كان المنع قبل الإعلان عن المناقصة والإحالة أم بعد ذلك وبحسب تعليمات وزارة التخطيط بهذا الشأن ...). الحكم المرقم 34/ تخطيط/ 2011 في 2011/8/24 أورده خليل إبراهيم المشاهدي وشهاب أحمد ياسين، المرجع السابق، ص 77.

(5) تنظر المادة (7) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

الخاتمة :

من خلال دراسة أحكام النكول في القانون العراقي ترشّحت لدينا جملة من الاستنتاجات وعدد من التوصيات نوردها بالاتي :

1. يعد قرار المصادقة الصادر من الجهة المختصة منشأً للعملية التعاقدية، إذ يمثل القبول النهائي لجهة الإدارة، إلا أن هذا القبول لا ينفذ في القانون العراقي إلا من تاريخ تبلغ صاحب العطاء الفائز بتوقيع العقد.
 2. إن توقيع العقد بعد صدور قرار المصادقة لا يعدو أن يكون إجراءً به يتحدد بدء تنفيذ العقد.
 3. يشير النكول في المناقصة العامة إلى انتهاك المتعاقد لالتزامه بإتمام إجراءات التعاقد بعد صدور قرار المصادقة على توصية إحالة المناقصة العامة.
 4. يتميز النكول من إلغاء المناقصة العامة (العدول) انه يقع من المتعاقد بينما يقع الإلغاء من الإدارة، والنكول عمل غير مشروع يعرض الناكّل لجزاءات قانونية، في حين إلغاء المناقصة عمل مشروع للإدارة إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي إجراء الإلغاء.
 5. أسباب النكول محددة على سبيل الحصر وهي الامتناع عن تسديد التأمين النهائي والامتناع عن توقيع العقد.
 6. يترتب على النكول توقيع ثلاثة جزاءات هي مصادرة التأمينات، وإحالة المناقصة على المناقص الثاني، وإدراج اسم الناكّل في القائمة السوداء، وتتفاوت سلطة الإدارة بتوقيع هذه الجزاءات فهي تكون مقيدة في مصادرة التأمينات وإحالة المناقصة على المناقص الثاني، بينما تكون تقديرية في إدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء.
- ✓ التوصيات :

1. بهدف تبسيط إجراءات التقاضي أمام الأفراد نوصي بإلغاء المحكمة الإدارية وإعادة اختصاص النظر بصحة قرارات الإحالة والتعويض عنها إلى محكمة القضاء الإداري، إذ كما هو معلوم أن المتعاقد في ظل الوضع الراهن يضطر أن يقيم ثلاث دعاوي قضائية أمام ثلاث محاكم مختلفة في حالة إحالة المناقصة على المناقص الثاني وإدراج اسمه في القائمة السوداء، وهي المحكمة الإدارية بهدف إلغاء قرار الإحالة، ومحكمة البداية بقصد الحصول على التعويض عن الأضرار التي أصابته من سحب المناقصة منه وإحالتها إلى المناقص الثاني، ومحكمة القضاء الإداري بهدف إلغاء قرار إدراج اسمه في القائمة السوداء.
2. تعديل المادة (16/أولاً) والمادة (17/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 بإضافة النكول الناشئ عن الامتناع عن سداد التأمين النهائي إلى جوار النكول عن توقيع العقد.
3. تعديل الفقرة ثالثاً من المادة (10) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 وجعل مدة تقادم الطعن بقرار الإحالة أمام المحكمة الإدارية يسري من تاريخ التبليغ بقرار رفض الشكوى وليس من تاريخ صدوره.
4. تعديل نص المادة (17) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 ومنح الإدارة سلطة إلغاء المناقصة أو إعادة عرضها إلى جوار سلطتها بإحالة المناقصة إلى المناقص الثاني أو الثالث في حالة نكول الثاني، وذلك لما فيه من تحقيق للمصلحة العامة التي قد تقتضي هذا الإلغاء أو إعادة العرض، وبخاصة في حالة نكول المناقص الثالث عن المناقصة العامة.

✓ قائمة المراجع :

1. أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، إعداد يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، بلا سنة طبع.
2. د.احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
3. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.

4. د. جورجى شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
5. د. حنان محمد القيسي و صفاء حسين الشمري، وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري، مكتبة صباح، بغداد، 2012.
6. خليل إبراهيم المشاهدي و شهاب احمد ياسين، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، ج1، مكتبة صباح، بغداد، 2012.
7. د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، ط1، دار المكتبي، دمشق، 1999.
8. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2008.
9. د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، بلا دار نشر، 2005.
10. د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط1، دار النهضة العربية، 2009.
11. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف في الإسكندرية، 2004.
12. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 1997.
13. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
14. د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، الوثيقة الخضراء للطباعة والنشر، طرابلس، 2002.
15. د. مال الله جعفر عبد الملك، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
16. د. محمد رفعت عبد الوهاب و د. حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
17. د. محمد سمير جمعة، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد 9، 2011.
18. د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
19. د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة، عمان، 1999.
20. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
21. د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
22. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، 2005.
23. هاتف كاظم جاسم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
24. د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج1، بدون دار نشر، دمشق، 1998.

حرية التعبير وضوابطها

-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي لحقوق الإنسان-



إعداد الدكتور : موفق طيب شريف

جامعة أحمد دراية أدرار- الجزائر

ملخص :

بسبب ما يجده العالم اليوم من سوء تطبيق لمختلف الحريات والحقوق الإنسانية، وما يسببه ذلك من انتهاك لحرمة الإنسان وخصوصياته؛ فإن هذا المقال يعالج هذا الجانب بتناوله إحدى أهم الحريات التي يقع بفعل سوء استعمالها الكثير من التجاوز في حق الإنسان ألا وهي "حرية التعبير"، حيث يتم بيان مفهومها، ومكانتها في كل من القانون الدولي لحقوق الإنسان، والفقه الإسلامي، ثم إبراز أهم الضوابط التي تتقيد بها هذه الحرية. وذلك باتباع منهج استقرائي تحليلي مقارنة، بين ما استقرت عليه أحكام القانون، وما تُرشد إليه أصول ومقاصد وأحكام الشريعة الإسلامية وذلك وفق الخطة التالية :

- المطلب الأول : مفهوم حرية التعبير.
- المطلب الثاني : مكانة حرية التعبير.
- المطلب الثالث : ضوابط حرية التعبير.

المطلب الأول : مفهوم حرية التعبير :

التعبير في لغة العرب من الفعل عبّر يقال: عبّر يُعبّر الرؤيا تعبيرا، وعبّرها يعبّرها عبّرا وعبارة: إذا فسرها وأخبر بآخر ما يؤول إليه أمرها، وعبّر تعبيرا وعبّر عن فلان إذا أعرب وتكلّم عنه، واللسان يعبّر عما في الضمير، وعبّرت عنه تعبيرا إذا عي من حجته فتكلمت بها عنه¹.

أما الرأي جمعه آراء، وهو الاعتقاد. يقال فلان يتراءى برأي فلان إذا كان يرى رأيه ويعتقده ويميل إليه ويقنّدي به، واسترأيت الرجل في الرأي أي استشرته².

¹ - الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص 558 / الرازي: مختار الصحاح، ص 467 / الفراهيدي (أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد): كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السمرائي، ط1، 1988، ج5، الأعلوي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ج2، ص 129.

² - ابن منظور: لسان العرب، ج14، ص 291.

وأهل الحديث يُسمّون أصحاب القياس أصحاب الرأي، ويعنون أنهم يأخذون بأرائهم فيما يُشكل من الحديث أو ما لم يأت فيه حديث ولا أثر.

أما في الاصطلاح فحرية التعبير أو الرأي أو ما يُطلق عليه حق الكلام والتعبير والنشر، هي حق الشخص في التعبير عن أفكاره، ووجهات نظره الخاصة، ونشر هذه الآراء بالوسائل المختلفة¹.

إلا أن هذا التعريف يُوهم بأن حرية التعبير متروكة على إطلاقها دون قيد وهو ما جعل البعض يتحرّز من ذلك فعرفها بأنها: حرية التعبير الخارجي صراحة أو دلالة، وباللسان أو القلم عن الفكر الباطني، وذلك في إطار من الالتزام بالقيم والآداب والنظام العام².

والرأي قد يُطلق على عموم ما يراه الإنسان ويعتقد أنه الحق بغض النظر عن موافقته، أو مخالفته للنصوص، وقد يُطلق على ما هو أخصّ من ذلك، حيث ينحصر فيما "يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الإمارات"³. وهو المفهوم الذي يدخل في إطار الحريات⁴.

المطلب الثاني: إقرار حرية التعبير ومكانتها:

تعدُّ حرية التعبير بمثابة العمود الفقري للحريات الفكرية، ذلك أنه إذا كان من حق الإنسان أن يفكر فيما يكتنفه من شؤون وما يقع تحت إدراكه من ظواهر، وأن يأخذ بما يهديه إليه فكره، ويكوّن عقيدته فكرياً بصورة مستقلة ومختارة، فإن حقه هذا يبقى ناقصاً إذا لم يتمكن من التعبير عن أفكاره وآرائه ومعتقداته، ينقلها من مرحلتها الداخلية إلى الحيز الوجود الخارجي، لإعلام الكافة بها، سواء كان ذلك من خلال أحاديثه بمجالسه الخاصة أو العامة، أم من خلال خطبه ودروسه، أم من خلال كتاباته.

فلحريات الفكرية (حرية التفكير، وحرية الاعتقاد) ترتدّ جميعها إلى فكرة حرية الرأي والتعبير عنه سواء عن طريق ممارسة الشعائر الدينية، أو عن طريق التعليم، أو عن طريق وسائل الإعلام المختلفة، أو بالنشر عبر مختلف وسائل النشر⁵.

ويبرز جيفرسون أهمية حرية الرأي والتعبير حيث كتب عام 1789 يقول: "هناك حقوق من العيب التخلي عنها إلى الحكومة وإن كانت الحكومات قد استباححت لنفسها الجور عليها على الدوام، هذه الحقوق هي الحق في حرية الفكر، وحرية القول والكتابة"، فالدولة المستبدّة التي تمنع حرية الأفراد في التعبير والتصرف من شأنها - كما كتب جيفرسون إلى الرئيس الأمريكي جيمس مونرو عام 1782 - "أن تُدمّر نعمة الحياة"، وهي تجعل من الأفراد يشعرون بأنه "كان من الأفضل لهم ألا يولدوا"⁶.

¹ فوزي أوصديق: الحقوق والحريات، ط 1997، منشورات دار النبأ، الجزائر، ص 24 / أمير موسى: حقوق الإنسان مدخل إلى وعي حقوقي، ط 2، 2002، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، ص 165.

² صبيح المحمضاني: أركان حقوق الإنسان، ط 1982، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ص 141-142 / مصطفى عفيفي: الحقوق المعنوية للإنسان، ط 2000، مكتبة وهبه، القاهرة، مصر، ص 94.

³ ابن قيم الجوزية: أعلام الموقعين، ج 1، ص 66.

⁴ حمود حمبلي: حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، ص 203.

⁵ المرجع نفسه: ص 51.

⁶ عثمان خليل: القانون الدستوري، ص 147.

الفرع الأول: إقرار حرية التعبير في القانون الدولي لحقوق الإنسان :

اهتمت إعلانات ومواثيق حقوق الإنسان، الدولية منها والإقليمية بحرية الرأي والتعبير، فقد نصّت المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: " لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود".

وأكد العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على هذا الحق، حيث نصّت المادة 19 منه على حق حرية الرأي والتعبير ضمن الشروط المشابهة نفسها التي وردت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ومن الواضح أن هاتين الوثيقتين قد جعلتا هذه الحرية عالمية لا تحدّها الحدود الجغرافية، ووسعتا أفاقها، وقد تضمنتا حقين أساسيين للفرد هما:

- حرية اعتناق الآراء والأفكار بدون تدخل أو مضايقة.

- حرية التعبير عن الرأي بأي وسيلة كانت.

وفي سنة 1993 قامت لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الإنسان¹ بتأسيس مكتب مقرر اللجنة الخاص التابع للأمم المتحدة والمتعلق بحرية الرأي والتعبير². وتعتبر عملية إيضاح المحتوى الدقيق لحق حرية الرأي والتعبير جزء من تفويض مقرر اللجنة الخاص، كما تناول الحق في الوصول إلى المعلومات³.

أما على المستوى الإقليمي فقد اعترفت كافة الأنظمة الإقليمية الخاصة بحقوق الإنسان بشكل رسمي بحق الإنسان في حرية الرأي والتعبير.

فقد نصّت الفقرة 1 من المادة 13 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان⁴ على أنه: " لكل إنسان الحق في حرية الفكر والتعبير، ويشمل هذا الحق في البحث عن مختلف أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، دونما اعتبار للحدود، سواء شفاهة أو كتابة أو طباعة أو في قالب فني أو بأية وسيلة يختارها".

أما على المستوى الأوروبي فقد نصت الفقرة 1 من المادة 10 من الاتفاقية الأوروبية⁵ لحقوق الإنسان على أنه: " لكل شخص الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حرية الرأي، وحرية تلقي المعلومات أو الأفكار وإذاعتها من دون تدخل السلطات العامة ومن دون التقييد بالحدود الجغرافية. لا تمنع هذه المادة الدول من إخضاع نشاط مؤسسات الإذاعة أو السينما أو التلفزيون لطلبات الترخيص".

أما على المستوى الإفريقي فقد نصت المادة 9 من ميثاق حقوق الإنسان والشعوب على أنه :

1. من حق كل فرد أن يحصل على المعلومات.

2. يحق لكل إنسان أن يعبر عن أفكاره وينشرها في إطار القوانين واللوائح".

¹ - لقد تم تأسيس اللجنة من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة (ECOSOC) عام 1946 بغية تعزيز حقوق الإنسان، وتتألف من 53 ممثلاً عن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة الذين يتعاقبون على رئاستها كل ثلاث سنوات. فهي تعتبر الجهة الأكثر رسمية الخاصة بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة، كما أنها تلقي سنوياً لمدة ستة أسابيع تقريباً لمناقشة وإصدار القرارات والأحكام والتقارير فيما يتعلق بحرية الرأي والتعبير بنطاق واسع.

² - القرار رقم: 45/1993، المؤرخ في: 5 مارس 1993.

³ - القرار رقم: 27/1997، المؤرخ في 11 أبريل 1997، الفقرة 12 (ث).

⁴ - تم تبنيها في سان خوسيه بكوستاريكا في 22 نوفمبر 1969.

⁵ - الصادرة في 4 نوفمبر 1950.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن اللجنة الأفريقية المتعلقة بحقوق الإنسان والشعوب قد تبنت إعلان مبادئ بتعلق بحرية التعبير في أفريقيا¹. حيث نصّ على حرية الحصول على المعلومات خاصة تلك التي تحتفظ بها جهات عامة.

أما الميثاق العربي لحقوق الإنسان² فقد ضمن من خلال الفقرة 1 من المادة 32 "الحق في الإعلام وحرية الرأي والتعبير وكذلك الحق في استقاء الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأي وسيلة ودونما اعتبار للحدود الجغرافية".

الفرع الثاني: إقرار حرية التعبير في الفقه الإسلامي :

أما في الفقه الإسلامي فإنه من أخصّ خصائص الإنسان أنه وحده المخلوق الناطق، الإنسان ينفرد بالنطق، ويتميز بصوت الكلمة، والكلمة هي لبوس المعنى وقالبه، والإنسان هو المخلوق الفريد القادر على التعبير عما بداخله من عواطف وانفعالات وأشجان ومقاصد ورغبات وإرادات، وأفكار، يعبر عنها بالقول وبالكتابة، باللسان وبالقلم وبالمشاعر، قال تعالى: (أَلَمْ نَجْعَلْ لَهُ عَيْنَيْنِ (8) وَلِسَانًا وَشَفَتَيْنِ (9) وَهَدَيْنَاهُ النَّجْدَيْنِ) [البلد 8-10]، قال المفسرون: "عينين يُبصر بهما، ولساناً ينطق به، فيعبر عما في ضميره وشفتين يستعين بهما على الكلام.."³، بل الإنسان هو المخلوق الوحيد الذي يطلق الحريّات ويكتبها بعدل وبظلم، والرابط بين الإنسان والإنسان هو الحوار وتبادل الكلام، ومن تكلم وحده أو خاطب نفسه عدّ من الحمقى وناقصي العقول، إن لم يكن من المجانين وفالقي الأهلية. والمرء حين يتكلم لا يكلم نفسه، ولا يتكلم من أجل نفسه، ولكنه يتكلم ليُسمع الآخرين ويسمع منه الآخرون، يتكلم ثم يُنصت، أو يتكلم بعد أن ينصت. إنَّ الناس تتبادل الكلام فيما بينها للبناء والتفاهم، وليس للمواجهة والتصادم.

فالكلمة في الإسلام عنوان العقل وترجمان النفس وبرهان الفؤاد، فالكلمة لها مكانتها، بل لها أثرها وخطرها. ومن أجل هذا يجب أن تكون لها حريتها، كما يجب أن تضبط حريتها؛ على اعتبار أن الحرية مسؤولية.

إنَّ الحياة البشرية بناؤها على الكلمة، فقد كانت الكلمة عنوان توبة آدم -عليه السلام- (فَتَلَقَى آدَمُ مِنْ رَبِّهِ كَلِمَاتٍ فَتَابَ عَلَيْهِ إِنَّهُ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ) [البقرة 37]، وموضوع ابتلاء إبراهيم -عليه السلام- (وَإِذِ ابْتَلَى إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ فَأَتَمَّهُنَّ قَالَ إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا قَالَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِي قَالَ لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ) [البقرة 124]، وشعار رسالة موسى -عليه السلام- (وَكَلَّمَ اللَّهُ مُوسَى تَكْلِيمًا) [النساء 164]، وخلق بها الله عز وجل عيسى -عليه السلام- (إِنَّمَا الْمَسِيحُ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ رَسُولُ اللَّهِ وَكَلِمَتُهُ أَلْقَاهَا إِلَى مَرْيَمَ وَرُوحٌ مِنْهُ) [النساء 171]، قال ابن كثير: "خلقه بالكلمة التي أرسل بها جبريل -عليه السلام- إلى مريم"⁴، ومحمد -صلى الله عليه وسلم- أوتي جوامع الكلم واختصر له الكلام اختصاراً، فعن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: (بعثت بجوامع الكلم ونصرت بالرعب وبيننا أنا نائم أتيت بمفاتيح خزائن الأرض فوضعت في يدي)⁵.

¹ - الجلسة العادية الثانية والثلاثين للجنة الأفريقية المتعلقة بحقوق الإنسان والشعوب، 17-23 أكتوبر 2002، بانغول، غامبيا.

² - النسخة المعدلة المعتمدة بتونس في 23 ماي 2004.

³ - الطبري: جامع البيان، ج 24، ص 437 / الشوكاني: فتح القدير، ج 7، ص 498 / البيضاوي: أنوار التنزيل، ج 5، ص 399 / ابن كثير: تفسير القرآن العظيم: ج 8، ص 404.

⁴ - تفسير القرآن العظيم: ج 2، ص 477.

⁵ - رواه مسلم: كتاب المساجد، ج 2، ص 64، رقم 1196.

بل إنَّ دين الإسلام قام على الكلمة وأسَّس عليها، قال تعالى: (أَقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) أَقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ) [العلق 1-5]، قال القرطبي: "قال علماءنا: فالأقلام في الأصل ثلاثة: القلم الأول: الذي خلقه الله بيده، وأمره أن يكتب. والقلم الثاني: أقلام الملائكة، جعلها الله بأيديهم يكتبون بها المقادير والكوائن والأعمال. والقلم الثالث: أقلام الناس، جعلها الله بأيديهم، يكتبون بها كلامهم، ويصلون بها مآربهم. وفي الكتابة فضائل جمّة. والكتابة من جملة البيان، والبيان مما اختص به آدمي"¹.

فللكلمة في الإسلام مكانة، لذلك ينبغي أن توفر لها جميع الضمانات لتنتقل حرّة في إطار من المسؤولية، إذ بكلمة الحق الصادقة النزيهة تُبنى العقول وتُشاد الأوطان، وهي عماد التربية، إن صلحت الكلمة صلح المجتمع كله، والصدق يهدي إلى البرّ، وللكلمة قوّة السيف في البناء والتغيير والإصلاح، والعامل من الناس لا يتكلّم إلا لحق بيّنه أو باطل يدحضه أو علم ينشره أو خير يذكره أو فضل يشكره، وترك الفضول من كمال العقول.

والكلمة في الإسلام أساس كل تصرف يقوم على حرية الاختيار، ويتخذ من الكلمة مظهرًا يدل عليها. يقول ابن عاشور: "ولولا اعتبار حرية الأقوال لما كانت الإقرارات والعقود والالتزامات وصيغ الطلاق والوصايا مؤثرة آثارها، ولذلك يُسلب عنها التأثير متى تحقّق أنها صدرت في حالة الإكراه"².

ولما كانت الكلمة موضوع حرّية التعبير ولبنته الأساس فقد كفل الإسلام هذه الحرية بأدلة من القرآن والسنة، وأقوال الفقهاء على مختلف مذاهبهم، بيانها على النحو الآتي:

أولاً: من القرآن الكريم:

تقرّرت حرية الرأي في القرآن الكريم مع بداية نزول الآيات التي كانت تعيب على الناس تقليد آبائهم وأسلافهم من غير أن يكون لهم رأي في ذلك ولا دليل، فكانت تستثير عقولهم للتفكير الحر، والاستقلال بالرأي القائم على تمحيص الآراء الأخرى والتثبت من كل ظاهرة، وخبر أو فكرة، واعتماد ما يقوم عليه الدليل. وفي القرآن الكريم آيات كثيرة فيها دلالات واضحة على ضرورة مشاورّة الناس في آرائهم واستخلاص الأنفع والصلح. ومن ذلك:

- قوله تعالى: (فِيمَا رَحِمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَأَنْفَضُوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ) [آل عمران 159] أي: استخرج آراءهم واعلم ما عندهم³، يقول الطاهر بن عاشور: "ظاهر الأمر أن المراد المشاورة الحقيقية التي يقصد منها الاستعانة برأي المستشارين بدليل قوله عقبه (فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ)، ولا يصدق خطل رأيهم فيما بدا لهم يوم أحد عن أن تستعين برأيهم في مواقع أخرى، فإنما كان ما حصل فلتهم منهم، وعشرة قد أقلتهم منها"⁴. فقد أمر الله عز وجل رسوله الكريم -صلى الله عليه وسلم- بتمكين المسلمين من الإدلاء بآرائهم، فلا يمنعهم ما وقع منهم يوم أحد، من ممارسة حقهم في إبداء الرأي في حضرة رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فعن ابن عباس قال: "لما نزلت

¹ - الجامع لأحكام القرآن: ج 20، ص 121.

² - مقاصد الشريعة الإسلامية: ص 399.

³ - البغوي: معالم التنزيل، ج 2، ص 124.

⁴ - التحرير والتنوير: ج 3، ص 267.

(وَشَاوَرَهُمْ فِي الْأَمْرِ) قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (أما إن الله ورسوله لغنيان عنها، ولكن جعلها الله رحمة لأمتي، فمن استشار منهم لم يعدم رشداً، ومن تركها لم يعدم غياً)¹.

وتعتبر الشورى مبدأً مهماً من مبادئ نظام الحكم في الإسلام، تهدف إلى تحريي المصلحة العامة، ومشاركة الأمة للقائد في اتخاذ القرارات المتعلقة بشؤون الحكم، حيث تظهر أفضل الحلول للمسائل محل الشورى من خلال مقابلة الآراء بعضها ببعض ونقدها وتمحيصها، وتبين أسباب الخلاف، وإيجابيات كل رأي وسلبياته، وتبرز ضرورة الشورى في أنها تساعد على ترابط واتحاد المجتمع، لإحساس أفرادهم بقيمتهم في اتخاذ القرار، وتساعد كذلك على الالتزام بطاعة أولي الأمر، الذين أتحووا لهم فرصة تداول الرأي في الأمور العامة.

وقد كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يستشير أصحابه، ويحثهم على أن يدلو بأرائهم، ويأخذ بما يُقرّونه في غير ما تعصّب ولا استبداد. وهو واجب شرعي على كل حاكم بأن يستعين بآراء أهل الاختصاص. قال ابن خويز منداد: "واجب على الولاة مشاورة العلماء فيما لا يعلمون، وفيما أُشكل عليهم من أمور الدنيا، ومشاورة وجوه الجيش فيما يتعلق بالحرب، ووجوه الناس، فيما يتعلق بالمصالح، ووجوه الكتّاب، والعمال، والوزراء فيما يتعلق بمصالح البلاد، وعمارتها"². وحكى القرطبي عن ابن عطية: "أنه لا خلاف في وجوب عزل من لا يستشير أهل العلم والدين"³.

- قوله تعالى: (وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ) [الشورى 38]. "أي: لا يُرمون أمراً حتى يتشاوروا فيه، ليتساعدوا بأرائهم"⁴. مما يوحي بأن وضع الشورى أعمق في حياة المسلمين من مجرد أن تكون نظاماً سياسياً للدولة، فهو طابع أساسي للجماعة كلها، يقوم عليه أمرها كجماعة، ثم يتسرب من الجماعة إلى الدولة، بوصفها إفرازاً طبيعياً للجماعة⁵.

- دعاء موسى الكليم - عليه السلام -: (وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي (27) يَفْقَهُوا قَوْلِي) [طه 27، 28]. قال ابن عباس: "شكا موسى إلى ربه ما يتخوف من آل فرعون في القتل، وعقدة لسانه، فإنه كان في لسانه عقدة تمنعه من كثير من الكلام، وسأل ربه أن يعينه بأخيه هارون يكون له رداءً ويتكلم عنه بكثير مما لا يفصح به لسانه، فأتاه سؤله، فحل عقدة من لسانه"⁶. فقد سأل موسى ربه أن يحلل لع عقدة لسانه وهو آلة للتعبير.

- قوله تعالى: (ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ) [النحل 125]. وفي ذلك دليل على أن الإنسان ينبغي أن يكون صدره متسعاً لآراء غيره، يُنصت إليهم باهتمام ورفق، وأن يكون مقصده الوصول إلى الحقيقة. يقول سيد قطب: "الجدل بالتي هي أحسن.. بلا تحامل على المخالف ولا تزدليل له وتقبيح. حتى يطمئن إلى الداعي ويشعر أن ليس هدفه هو الغلبة في الجدل، ولكن الإقناع والوصول إلى الحق. فالنفس البشرية لها كبرياؤها وعنادها، وهي لا تنزل عن الرأي الذي تدافع عنه إلا بالرفق، حتى لا تشعر بالهزيمة، وسرعان ما تختلط على النفس قيمة الرأي وقيمتها هي عند الناس، فتعتبر التنازل عن الرأي تنازلاً عن هيبتها واحترامها وكيانها. والجدل بالحسنى هو الذي يطمئن هذه الكبرياء الحساسة،

¹ - رواه البيهقي: شعب الإيمان، ج 6، ص 76، رقم 7542.

² - الشوكاني: فتح القدير، ج 2، ص 41.

³ - المصدر نفسه، ج 2، ص 42.

⁴ - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج 7، ص 211.

⁵ - سيد قطب: في ظلال القرآن، ج 6، ص 327.

⁶ - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج 5، ص 282.

ويشعر الجادل أن ذاته مصنونة، وقيمتها كريمة، وأن الداعي لا يقصد إلا كشف الحقيقة في ذاتها، والاهتداء إليها. في سبيل الله، لا في سبيل ذاته ونصرة رأيه وهزيمة الرأي الآخر!¹

ثانياً: من السنة النبوية:

تزخر السنة النبوية بالكثير من الشواهد على حفظ حرية التعبير، واعتبار التلفظ بكلمة الحق من أكبر ما يتقرب به العبد إلى ربه لينال بها الدرجات العلى يوم القيامة.

- كان النبي -صلى الله عليه وسلم- يحثُّ على الاجتهاد وإبداء الرأي دون خوفٍ من مغبة الخطأ، حين يُقرَّر أن المجتهد مأجور أصاب أو أخطأ، فعن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)². قال أهل الأصول: "يجب على المجتهد أن يُجدد النظر عند وقوع النازلة ولا يعتمد على ما تقدم له لإمكان أن يظهر له خلاف غيره"³. وفي ذلك حثٌّ من النبي -صلى الله عليه وسلم- على الاجتهاد وإبداء الرأي ونبد التقليد. وليس من حق الإنسان أن يقدر في أخيه إذا خالفه في الرأي بمقتضى الدليل عنده.

- عن أبي أمامة، أن رجلاً قال: يا رسول الله أي الجهاد أفضل؟ ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- يرمي الجمرة الأولى، فأعرض عنه، ثم قال له عند الجمرة الوسطى، فأعرض عنه، فلما رمى جمرة العقبة، ووضع رجله في الغرز قال: (أين السائل؟) قال: أنا ذا يا رسول الله، قال: (أفضل الجهاد من قال كلمة حق عند سلطان جائر)⁴.

- عن عطاء عن جابر -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قال إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله)⁵. وعن أبي عبيدة بن الجراح، قال: قلت يا رسول الله: أي الشهداء أكرم على الله؟ قال: (رجل قام إلى أمير جائر، فأمره بمعروف ونهاه عن منكر فقتله)، قيل: فأبي الناس أشد عذاباً؟ قال: (رجل قتل نبياً، أو قتل رجلاً أمره بمعروف، أو نهاه عن منكر)، ثم قرأ: (إِنَّ الَّذِينَ يَكْفُرُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَيَقْتُلُونَ النَّبِيِّينَ بِغَيْرِ حَقٍّ وَيَقْتُلُونَ الَّذِينَ يَأْمُرُونَ بِالْقِسْطِ مِنَ النَّاسِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ) [آل عمران 21]⁶.

فقد بين رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن إبداء الرأي الصادق في حضرة الحاكم المستبد والنصح له أعلى مراتب الجهاد، قال الخطابي: "وإنما صار ذلك أفضل الجهاد لأن من جاهد العدو كان متردداً بين الرجاء والخوف لا يدري هل يغلب أو يُغلب، وصاحب السلطان مقهور في يده فهو إذا قال الحق وأمره بالمعروف فقد تعرّض للتلف وأهدف نفسه للهلاك، فصار ذلك أفضل أنواع الجهاد من أجل غلبة الخوف"⁷.

¹- في ظلال القرآن: ج4، ص 498.

²- رواه البخاري: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب، ج6، ص 2676، رقم 6919 / ومسلم: كتاب الأفضلية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب، ج5، ص 131، رقم 4584.

³- ابن حجر: فتح الباري، ج13، ص 319.

⁴- رواه أبو داود: كتاب الملاحم، باب الأمر والنهي، ج4، ص 217، رقم 4346 / وابن ماجه: كتاب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج2، ص 1329، رقم 4011 / والنسائي: كتاب البيعة، باب من تكلم بالحق عن إمام جائر، ج7، ص 161، رقم 4209 / وأحمد بن حنبل: ج31، ص 126، رقم 18830. قال الألباني: صحيح.

⁵- رواه الحاكم: المستدرک على الصحيحين، كتاب معرفة الصحابة، باب ذكر إسلام حمزة بن عبد المطلب، ج3، ص 215، رقم 4884. وقال: صحيح الإسناد ولم يُخرجاه.

⁶- الحديث رواه أبو بكر أحمد البراز: المسند الكبير، ج1، ص 223، رقم 1285 / والطبراني: مسند الشاميين، ج4، ص 356، رقم 3541.

⁷- المباركفوري (أبو العلاء محمد عبد الرحمن): تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذی، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، ط 1979، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج6، ص 330.

- عن تميم الداري أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (الدين النصيحة) قلنا: لمن؟ قال: (الله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم). قال بعض العلماء: "هذا الحديث ربع الإسلام"¹، وقال النووي: "بل المدار عليه وحده"². وفيه دليل على وجوب إبداء الرأي والنصح، خاصة لحكام المسلمين، قال النمري: "فكل من واكلهم وجالسهم وكل من أمكنه نصح السلطان لزمه ذلك إذا رجا أن يُسمع منه"³.

- مشاورة الرسول -صلى الله عليه وسلم- وهو المؤيد بالوحي لأصحابه وطلب آرائهم في الكثير من المواقف، هذا المبدأ الذي يأتي وحي السماء ليؤكد على نبي الرحمة -صلى الله عليه وسلم- قال تعالى: (فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ) [آل عمران 159] ويجسدها -صلى الله عليه وسلم- في سيرته الحية ويوظفها عملياً في مواطن كثيرة منها:

- أخذ الرسول -صلى الله عليه وسلم- برأي الحباب بن المنذر بشأن منزل الجيش في غزوة بدر: فقد روي أن الحباب بن المنذر بن الجموح -رضي الله عنه- قال: "يا رسول الله أرأيت هذا المنزل، أمنزلاً أنزلك الله ليس لنا أن نتقدمه ولا نتأخر عنه، أم أنه الرأي والحرب والمكيدة؟" قال -صلى الله عليه وسلم-: (بل هو الرأي والحرب والمكيدة) فقال: "يا رسول الله فإن هذا ليس بمنزل فانهض بالناس حتى نأتي أدنى ماء من القوم، فننزله ثم نغور ما وراءه من القلب ثم نبيي عليه حوضاً فنملؤه ماء ثم نقاتل القوم فنشرب ولا يشربون"، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (لقد أشرت بالرأي)⁴.

- أخذ الرسول برأي أبي بكر الصديق في شأن أسرى بدر: حيث أشار عليه أبو بكر الصديق -رضي الله عنه- باستبقائهم واستتابتهم أو فك أسرهم وافتدائهم بالمال، وأشار عمر -رضي الله عنه- بضرب أعناقهم، فأخذ الرسول صلى الله عليه وسلم برأي أبي بكر، ونزل القرآن الكريم متوافقاً مع رأي عمر -رضي الله عنه-⁵. قال تعالى: (مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يَشْتَرِ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) [الأنفال 67].

- أخذ الرسول -صلى الله عليه وسلم- برأي يُخالف رأيه في غزوة أحد: تبرز حرية الرأي في أروع معانيها من خلال مشاورة الرسول -صلى الله عليه وسلم- لأصحابه في أمر الخروج لملاقاة الأعداء في غزوة أحد، حيث نزل الرسول -صلى الله عليه وسلم- على رأي الأغلبية، وهو الخروج لملاقاة العدو، وعدم البقاء في المدينة، بينما كان رأي الرسول -صلى الله عليه وسلم- الشخصي هو البقاء في المدينة للدفاع عنها بدلا من الخروج، فلما رأى البعض أنهم قد أكرهوا الرسول -صلى الله عليه وسلم- على الخروج، وأرادوا التراجع عن رأيهم، رفض الرسول -صلى الله عليه وسلم- ذلك؛ لأن الأمر قد قطع بالشورى وقال: (ما ينبغي لني أن يضع أدواته بعد أن لبسها حتى يحكم الله بينه وبين عدوه)⁶.

- أخذ الرسول -صلى الله عليه وسلم- برأي سلمان الفارسي -رضي الله عنه- بجفر الخندق: كانت هذه الأنباء المثيرة التي ترامت إلى مسامع المهاجرين والأنصار في المدينة حول هذا الجيش الجرّار الزاحف عليهم هي كل شيء يشغل تفكير الرسول -صلى الله عليه وسلم- والمسلمين، ماذا يصنعون أمام هذه القوة الطاغية التي تسرع

¹ - المناوي: فيض القدير، ج3، ص 743.

² - السيوطي: الديباج على مسلم، ج1، ص 73.

³ - ابن عبد البر: التحقيق لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج21، ص 285.

⁴ - ابن هشام: السيرة النبوية، ج1، ص 620.

⁵ - ابن كثير: البداية والنهاية، ج3، ص 306.

⁶ - ابن هشام: السيرة النبوية، ج2، ص 63. / والحديث رواه الحاكم: المستدرک، كتاب قسم الفيء، ج2، ص 141، رقم 2588.

نحوهم؟، أيكثون بالمدينة ويتحصنون في دورها؟ أم يخرجون للقاء العدو مهما احتملوا من المتاعب والآلام، ومهما بذلوا من التضحيات الجسام؟.

جلس رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يستشير أصحابه ويستطلع آراءهم في الأمر. وكان من عادته -صلوات الله وسلامه عليه- أن يستشير أصحابه فيما يعرض له من مشاكل، فإذا اقتنع بعد هذه المشورة برأي أمضاه متوكلاً على الله، وهنا، وفي وسط هذا الظلام الذي يخيم على النفوس يطلع سلمان الفارسي -رضي الله عنه- على الرسول -صلى الله عليه وسلم- والمسلمين برأي سديد وفكرة صائبة تشرق لها نفوسهم وتطمئن بها قلوبهم، ذلك أنه أشار عليهم بحفر الخندق في الجهة التي يخشى منها خطر الزحف على المدينة. فقال سلمان -رضي الله عنه-: "يا رسول الله: إنا إذا كنا بأرض فارس وتخوفنا الخيل، خندقنا علينا، فهل لك يا رسول الله أن تخندق؟"، فأعجب رأي سليمان المسلمين "وكانت فكرة حفر الخندق فكرة عجيبة لم يعرفها العرب قبل ذلك، وإنما عرفها الفرس في حروبهم، وأخذها عنهم سلمان الفارسي -رضي الله عنه- وحينما رأى الرسول الكريم -صلى الله عليه وسلم- قوة هذا الرأي واقتنع بصوابه، وأمر بوضعه موضع التنفيذ¹.

هذه نماذج من تطبيقات الشورى في عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في أمور عامة ذات صبغة سياسية وعسكرية مهمة مما هو من صميم الموضوعات الدستورية.

ثالثاً: من تراث الخلفاء الراشدين :

الأمثلة في تاريخ الخلافة طافحة، وكان العلماء وغيرهم ينصحون الخلفاء، والولاة، والأمراء، ويبدون لهم الرأي السديد في شؤون الحكم والرعية بما يعود بالخير والنفع على الناس جميعاً، والتزاماً بالقرآن الكريم، واقتداءً بسنة نبيهم الشريفة.

وقد فهم الصحابة أن الشارع جوّز لهم بناء الأحكام على المعاني التي فهموها من شرعه، وقد كانت حرية الرأي مؤمنة ومصانة في عهد الخلفاء الراشدين، فكانوا يتركون الناس يبدون آراءهم ولا يمنعونهم من الإفصاح عما تكته صدورهم، ويشجعونهم على الاجتهاد في المسائل التي لا نص فيها.

كما كان الخلفاء الراشدون -رضوان الله عليهم- يشجعون الناس على قول كلمة الحق، والتعبير عنها بكل حرية، ومن أقوالهم التي تُفيد ذلك ما يلي:

- قول أبي بكر الصديق -رضي الله عنه- بعد أن بايعه الناس للخلافة: "أما بعد أيها الناس فإنني قد وليت عليكم ولست بخيركم فإن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني الصدق أمانة والكذب خيانة والضعيف فيكم قوي عندي حتى أريح عليه حقه إن شاء الله والقوي فيكم ضعيف حتى آخذ الحق منه إن شاء الله .. أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم قوموا إلى صلاتكم يرحمكم الله"². وفي ذلك طلب صريح من خليفة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بمباشرة وممارسة حق التعبير وإبداء الرأي³.
- سئل أبو بكر -رضي الله عنه- عن الكلاله فقال: "إني سأقول فيها برأبي فإن يك صواباً فمن الله وإن يك خطأ فمني ومن الشيطان أراه ما خلا الولد والوالد"⁴.

¹ - انظر: ابن سعد: الطبقات الكبرى، ج2، ص66.

² - السيوطي: تراث الخلفاء، ج1، ص63.

³ - محمد الزحيلي: حقوق الإنسان في الإسلام، ص189.

⁴ - الدارمي: ج2، ص462، رقم 2972. / البيهقي: السنن الكبرى، ج6، ص223، رقم 12043.

- لقي عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- رجلاً فقال: ما صنعت؟ قال؟ قضي علي وزيد بكذا قال: لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال: فما منعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه -صلى الله عليه وسلم- لفعلت، ولكني أردك إلى رأيي، والرأي مشترك ما قال علي وزيد¹، وهكذا ترك الفاروق الحرية للصحابة يبدون آراءهم في المسائل الاجتهادية ولم يمنعهم من الاجتهاد ولم يحملهم علي رأي معين.
 - وقف عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في المسجد يخطب أمر الناس بالأل يغلوا في المهور، وهدد من فعل ذلك بوضع الزائد في بيت المال، فقامت امرأة من صف النساء، وصاحت: "ما ذاك لك يا ابن الخطاب؟ قال لها: ولم؟ قالت: لأن الله تعالى يقول: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَطْرًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا) [النساء 20]، فقال عمر -رضي الله عنه-: "أمرأة أصابت، وأخطأ عمر"². فحين ألزمت المرأة الحجة بنص القرآن الكريم لم يتردد في الرجوع إلى الحق وقبول الرأي دون أن يسترسل.
 - كتاب عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لشريح: "إن جاءك شيء في كتاب الله فاقض به ولا يلفتك عنه الرجال، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله فانظر بسنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة من رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن في سنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت، إن شئت أن تجتهد برأيك ثم تقدم فتقدم وإن شئت أن تتأخر فتأخر"³.
- في هذه الآثار ما يوضح بجلاء مدى مكانة حرية الرأي في الإسلام نظاماً ومجتمعاً، فقد كان الخلفاء يطلبون الرأي ويستعينون به على أمور الحكم، ويسددون به ما يعترى تصرفاتهم من قصور، ولقد كان المجتمع الإسلامي في تلك العهود يمارس حقه في الرأي والنقد فكان الناس يبدون الرأي ويرجعون إلى الحق.

المطلب الثالث: ضوابط حرية التعبير:

بالرغم من المكانة التي تحوزها حرية التعبير، وبالرغم من اعتبارها أساس الحريات الفكرية. إلا أنه ونظراً لأن ممارسة هذه الحريات تتطلب واجبات ومسؤوليات فقد حُفَّتْ بِجَمَلَةٍ مِنَ الضوابط، بيان أهمها على النحو التالي:

الفرع الأول: ضوابط حرية التعبير في القانون الدولي لحقوق الإنسان:

- بالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية يتبين أن القانون الدولي لحقوق الإنسان يقيّد حرية الرأي بالقيود الآتية:
- احترام حقوق الآخرين وسمعتهم.
- عدم التعرض للأمن القومي أو النظام العام أو الصحة والآداب العامين.
- عدم الدعاية للحروب.
- عدم التحريض على الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية، أو التحريض على التمييز أو العداوة أو العنف.
- أما على المستوى الإقليمي؛ فقد نصت الفقرة 2 من المادة 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على إمكانية فرض قيود على حرية التعبير عند توفر الأسباب الآتية:
- حفظ سلامة الوطن وأراضيه والأمن العام؛
- منع الفوضى أو الجريمة؛

¹ - ابن قيم: أعلام الموقعين، ج1، ص 65.

² - ابن الجوزي (عبد الرحمن بن علي): أخبار الطراف والمتماجنين، ط1، 1997، دار ابن حزم، بيروت، ج1، ص 144.

³ - البيهقي: السنن الكبرى، ج10، ص 115، رقم 20129. / الدارمي: ج1، ص 71، رقم 167.

- حماية الصحة والأخلاق؛
 - حماية حقوق الآخرين وسمعتهم؛
 - منع إفشاء المعلومات السرية؛
 - ضمان سلطة الهيئة القضائية ونزاهتها.
- أما على المستوى الأمريكي فقد نصت الفقرة 2 من المادة 13 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بعبارات صريحة، أن ممارسة الحق في حرية التعبير لا يخضع لرقابة مسبقة، بل يمكن أن تكون موضوعاً لفرض مسؤولية لاحقة يُحددها القانون صراحة وتكون ضرورية من أجل ضمان:

- احترام حقوق الآخرين وسمعتهم؛
 - حماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق العامة.
- وهذه القيود متشابهة مع ما ورد في الفقرة 3 من المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. وحظر الاتفاقية الأمريكية للرقابة المسبقة (التدابير الوقائية) على حرية التعبير ليس مطلقاً، إذ نصت الفقرة 4 من المادة 13 على أنه يمكن إخضاع وسائل التسلية العامة لرقابة مسبقة ينص عليها القانون، ولكن لغاية وحيدة هي تنظيم الحصول عليها من أجل الحماية الأخلاقية للأطفال والمراهقين.
- أما الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب فقد اكتفت الفقرة 2 من المادة 10 منه على ذكر قيد واحد والمتمثل في مراعاة الإنسان أثناء ممارسته لحرية التعبير للقوانين واللوائح التي تستنها الدولة.
- وبدوره فإن الميثاق العربي لحقوق الإنسان¹ لم يخرج عن تلك القيود التي نص عليها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فنصت الفقرة 2 من المادة 32 على ضرورة انسجام حرية التعبير مع قيم المجتمع من خلال فرض القيود الآتية:

- احترام حقوق الآخرين وسمعتهم؛
- حماية الأمن الوطني؛
- حفظ النظام العام؛ والصحة؛ والآداب العامة.

الفرع الثاني: ضوابط حرية التعبير في الفقه الإسلامي:

رغم اهتمام الإسلام بحرية الرأي والتعبير إلا أنه حرص على عدم تحريرها من القيود والضوابط الكفيلة بحسن استخدامها، وتوجيهها إلى ما ينفع الناس ويرضي الخالق عز وجل، فهناك حدود لا ينبغي الاجترار عليها وإلا كانت النتيجة هي الخوض فيما يُغضب الله، أو يلحق الضرر بالفرد والمجتمع على السواء، ويُخل بالنظام العام وحسن الآداب. يقول ابن عاشور: "وَأما حرية الأقوال فهي التصريح بالرأي والاعتقاد في منطقة الإذن الشرعي"².

وقد نصت المادة 22 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام على أنه: "لكل إنسان الحق في التعبير بحرية عن رأيه بشكل لا يتعارض مع المبادئ الشرعية، ولكل إنسان الحق في الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وفقاً لضوابط الشريعة الإسلامية".

والضوابط الشرعية المفروضة على حرية التعبير:

- منها ما هو متعلق بمجال إبداء الرأي.
- ومنها ما هو متعلق بصاحب الرأي.

¹ - النسخة المعدلة (تونس 2004).

² - مقاصد الشريعة الإسلامية: ص 396.

- ومنها ما هو متعلق بمآل الرأي.
- ومنها ما هو متعلق بلغة الرأي وأسلوبه.

أولاً: القيود المتعلقة بمجالات إبداء الرأي :

كل أمر جاء الشرع بحكمه بدليل من الأدلة، سواء كان متعلقاً بالعبادات أو المعاملات أو العقوبات أو العلاقات الشخصية، فهذا ليس للإنسان فيه إلا أن يعمل بمقتضى الدليل ويتفقه فيه، (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا) [الأحزاب 36]، قال الألوسي: "يجب عليهم أن يجعلوا رأيهم تبعاً لرأيه - عليه الصلاة والسلام - واختيارهم تلوّاً لاختياره"¹.

وهذا أظهر من أن يُستدل له؛ إذ العبودية لله تقتضي الامتثال لأمره. ومعنى الرضا بالله رباً وبالإسلام ديناً و بمحمد -صلى الله عليه وسلم- نبياً؛ هو التحاكم إلى منهج الله تعالى وردُّ الأمر إليه، ولذا نفى الله تعالى الإيمان عمّن لم يستكمل هذا فقال: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) [النساء 65].

وهذا أصل عظيم من أصول الإيمان، وهو معنى الإسلام، فإن حقيقة الإسلام هي الاستسلام لله والانقياد له، ومن لم يردّ إليه الأمر لم ينقد له. ودين المسلمين مبني على اتباع كتاب الله وسنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- وإجماع الأمة، وهي الأصول المعصومة التي لا يجوز تجاوزها أو الخروج عنها². وعلى أساسها توزن جميع الآراء والأقوال والأعمال³. قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدُمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) [الحجرات 1]، قال الحافظ ابن كثير في معنى الآية: "... فالغرض تأخير تقديم الرأي والنظر والاجتهاد إلى ما بعد الكتاب والسنة، فلو تقدّم عنهما لكان من باب التقديم بين يدي الله ورسوله. قال علي بن أبي طلحة عن ابن عباس -رضي الله عنهما-: "(لَا تَقْدُمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ): لا تقولوا خلاف الكتاب والسنة". وقال مجاهد: "لا تفتاتوا على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- حتى يقضي الله تعالى على لسانه"⁴.

وعلى هذا الهدي في الردّ إلى الكتاب والسنة وعدم مخالفتها مهما ظهر بالرأي والفكر مخالفتها للمصالح؛ سار سلف هذه الأمة .

قال أبو الزناد: "إن السنن لا تُخاصم، ولا ينبغي لها أن تُتبع بالرأي والتفكير، ولو فعل الناس ذلك لم يمض يوم إلا انتقلوا من دين إلى دين، ولكنه ينبغي للسنن أن تُلزم ويتمسك بها على ما وافق الرأي أو خالفه"⁵. ولذا كان مجال الرأي في الإسلام مجالاً محكوماً بالكتاب والسنة والإجماع، فما تقرّر فيها فهو أصل معصوم لا يُخرج عنه.

وأما ما لم يبيّن حكمه والموقف منه بعينه في الشرع بنص محكم؛ فإنّ للمسلم أن يتخذ فيه رأياً يبيديه لا يتعارض مع الضوابط العامة لإبداء الرأي. وذلك كطريقة تنفيذ ما أمر الله به وسكت عن طريقة تنفيذه، أو ما لم يرد به نص

¹ - الألوسي: روح المعاني، ج16، ص 125.

² - مجموع فتاوى ابن تيمية: ج20، ص 164.

³ - المصدر نفسه: ج3، ص 175.

⁴ - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج4، ص 206.

⁵ - الخطيب البغدادي (أبو بكر أحمد بن علي): الفقيه والمتفقه، ط1، 1417 هـ، دار ابن الجوزي، السعودية، ج1، ص 392.

محكم. ولذا كان من القواعد المقررة عند أهل العلم أن "لا اجتهاد في موارد النص"¹، وأن "ما عارض النص فاسد الاعتبار"².

وإذا كانت المواثيق والعهود القانونية قد حدّدت مجال حرية التعبير بما هو مذكور في الفقرة 3 من المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، إلا أن تلك الحدود المتمثلة في مراعاة حقوق الآخرين وحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة، جاءت فضفاضة وغير مضبوطة، فكانت بحق ضوابط تحتاج إلى ضابط.

فبالنسبة لمراعاة حقوق الآخرين فقد تكرر ذكر هذا القيد مع جميع الحقوق تقريباً، الأمر الذي يجعل هذه الحريات في دور لأنه ما من حق إلا ويراعى فيه حق الغير، فلم تبيّن المواثيق والعهود القانونية المعايير التي تعتمد لتقديم الحقوق بعضها على بعض.

ثم أن النظام العام مصطلح لجأ إليه علماء القانون للتعبير عن المصالح الأساسية للمجتمع سواء كانت هذه المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو خلقية³. ويطلق عليها البعض اسم الآداب العامة⁴.

والنظام العام هو ما كان ينطوي على تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتكون هذه المصلحة أعلى من مصلحة الفرد. ودائرة النظام العام تضيق في المذهب الفردي لأنه يُطلق حرية الفرد ولا يقبل تدخل الدولة إلا بالقدر الضروري، وتتسع في المذهب الاجتماعي لأنه يقيد حقوق الفرد، ويسمح بتدخل الدولة في مختلف نشاطات الأفراد⁵.

ولا توجد قاعدة عامة ثابتة تُحدّد مفهوم النظام العام تحديداً مطلقاً يتماشى مع كل زمان ومكان، لأنه أمر نسبي يختلف من مجتمع لآخر، ومن نظام لآخر⁶.

فقد عرف السنهوري النظام العام بأنه "أمر يتعلق بتحقيق مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى"⁷. ثم بين أنه لا توجد قاعدة ثابتة تُحدّد النظام العام تحديداً مطلقاً يتماشى مع كل زمان ومكان، لأن النظام العام شيء نسبي، يختلف من مجتمع إلى آخر⁸.

أما مراعاة الآداب العامة التي تعبر عن الحد الأدنى من العادات الأخلاقية اللازم مراعاتها في المجتمع⁹، فهي فكرة تتصف بالمرونة، ومثلها مثل فكرة النظام العام تتأثر بالفلسفة التي يتبناها كل مجتمع، لأنه ما يُعدُّ آداباً في مجتمع معين، قد لا يُعدُّ كذلك في مجتمع آخر¹⁰.

ونظراً لأن فكرة النظام العام، أو الآداب العامة تعتبر أفكاراً نسبية كان لابد من البحث عن معيار آخر يتم على أساسه التفرقة بين حقوق الفرد، وحقوق الجماعة والترجيح بينها، بحيث يُمكن هذا المعيار من تحقيق التوازن داخل

¹ ابن قيم: أعلام الموقعين، ج2، ص 200./ أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ط2، 1989، دار القلم، دمشق، سوريا، ص 149.

² الشنقيطي: آداب البحث والمناظرة، ج2، ص 129.

³ عبد المنعم البدرأوي: المرجع السابق، ص 146.

⁴ محمد علي إمام: المرجع السابق، ص 100.

⁵ عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط1، 1997، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج4، ص 78.75.

⁶ المرجع نفسه: ج1، ص 438.

⁷ الوسيط في شرح القانون المدني: ط 1994، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج1، ص 399.

⁸ المرجع نفسه: ج1، ص 399.

⁹ سمير تناغو: المرجع السابق، ص 93.

¹⁰ السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص 439.

المجتمع، وذلك بحفظ كيان الجماعة واستقرارها دون إهمال قيمة الفرد وذاتيته داخل المجتمع¹. وفي ذلك يقول الفيلسوف الألماني "كانت"²: "كل عمل يكون عادلا مادام يجمع بين حق الفرد وحق الجماعة في ظل قانون عام"³.

ثانياً: القيود المتعلقة بصاحب الرأي.

يُشترط في صاحب الرأي أن يكون خبيراً مختصاً بما يخوض فيه بآرائه⁴، فقد ذمَّ الله تعالى من يقول بلا علم، فقال: (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) [النحل 116]، وقال أيضاً: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا) [الإسراء 36]، وفيها نهى الله تعالى عن القول بلا علم، واتباع الظن الذي هو التوهم والخيال⁵، قال الشاطبي: "الاجتهاد الواقع في الشريعة ضربان:

- أحدهما المعتبر شرعاً، وهو الصادر عن أهله الذين اضطلعوا بمعرفة ما يفتقر إليه الاجتهاد.
 - والثاني: غير المعتبر، وهو الصادر عن من ليس بعارف بما يفتقر الاجتهاد إليه؛ لأن حقيقته أنه رأي وهو الصادر عن من ليس بعارف بما يفتقر الاجتهاد إليه؛ لأن حقيقته أنه رأي بمجرد التشهي والأغراض، وخبط في عمية، واتباع للهوى، فكل رأي صدر على هذا الوجه فلا مزية في عدم اعتباره؛ لأنه ضد الحق الذي أنزل الله هذا كما يكون في أحكام الشرع فهو في كل علم، فليس لأحد أن يتناوله بغير إتقان له⁶.
- كما ذم الله تعالى من يتبع الظن: (وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ) [يونس 36]. وجعل طاعة من يتبع الظن ضلالاً: (وَإِنْ تَطَّعْ أَكْثَرَ مَنْ فِي الْأَرْضِ يُضِلُّوكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ) [الأنعام 116]. قال سفيان الثوري: "الظن ظنان: أحدهما إثم، وهو أن تظن وتتكلم به، والآخر ليس بإثم وهو أن تظن ولا تتكلم"⁷. وقد نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن الظن الإثم بقوله: (إياكم والظن؛ فإن الظن أكذب الحديث)⁸.

فلا بد أن يكون صاحب الرأي من أهل الخبرة والاختصاص على يقين بما يتكلم عنه، ويدلي فيه برأيه. ولذا لما وصف أهل العلم رجال المشورة جعلوا من صفاتهم العلم فيما يُستشارون فيه، قال ابن خويز منداد: "واجب على الولاة مشاورة العلماء فيما لا يعلمون، وفيما أشكل عليهم من أمور الدين، ووجوه الجيش فيما يتعلّق بالحرب، ووجوه الناس فيما يتعلّق بالمصالح، ووجوه الكتاب والوزراء والعمال فيما يتعلّق بمصالح البلاد وعمارتها"⁹. فجعل كلاً يُستشار فيما هو مختص به.

¹ - توفيق العطار: المدخل لدراسة القانون، ص 472.

² - كانت (1804.1724): فيلسوف ألماني، فلسفته مثالية نقدية، من أهم آثاره: نقد العقل الخالص، تأسيس ميتافيزيقا الأخلاق/ روني إلي ألفا: المرجع السابق، ص 135.

³ - ميشال ميبي: المرجع السابق، ص 217.

⁴ - وقد اشترط فقاء الإسلام في المجهّد أن يكون عالماً بالقرآن الكريم، والسنة النبوية، والناسخ والمنسوخ، واللغة العربية، وأصول الفقه، ومقاصد الشريعة... انظر: الشافعي: الرسالة، ص 502 / الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج 3، ص 139 / الغزالي: المستصفى، ج 2، ص 101 / الشاطبي: الموافقات، ج 2، ص 6.

⁵ - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج 5، ص 75.

⁶ - الشاطبي: الموافقات، ج 5، ص 131.

⁷ - البيهقي: معالم التنزيل، ج 7، ص 345.

⁸ - رواه البخاري: كتاب الأدب، باب قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا ۚ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْنَاهُ ۚ وَأَنفُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ (١٢)، ج 5، ص 2253، رقم 5719 / ومسلم: كتاب البر والصلة والأدب، باب تحريم الظن ...، ج 8، ص 10،

⁹ - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 4، ص 250.

وكذا إبداء الرأي لا يسوغ لمن لم يكن مختصاً في فن أن يتكلم فيه، ولذا ذكر الفقهاء أنه يُشرع الحَجْر على المتطبّب الجاهل¹، فكَذلك غير الطب يُمنع مَنْ لم يكن مؤهلاً من إبداء رأيه؛ إذ لا يوثق برأيه. فالعالم بالشرع يبيّن أحكام الشرع وضوابطه في كل أمر وتصرف، لكن ليس له أن يصف العلاج المركّب للمرضى إلا إذا كان مع ذلك طبيباً، والمهندس له أن يتناول أموراً هندسيّة بالرأي لكن الفتوى إنما تناط بالعالم بالشرع فقط، وهكذا.

فالرأي المعتبر هو المبني على العلم والتثبت، وأما ما لم يُبَيّن عليهما فهو محض ظن لا يغني عن الحق شيئاً.

ثالثاً: مراعاة مآل الرأي.

حرية التعبير وحرية الكلمة والكلمة الحرة قيّم حضارية عالية، ومن المعلوم لدى العقلاء أن الإنسان إنما يُوزن بكلامه، ويحكم عليه من لسانه.

والإنسان العاقل يُفترض به أن يزن كلامه قبل أن يُوزن عليه، وأن يحسب له قبل أن يُحسب عليه، لأن الإنسان يدخل في الإسلام بالكلمة، ويخرج من الملة بكلمة، وضبط الكلام ووزن الحديث من سمات أهل العقل والعلم والإيمان، قال تعالى: (وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ) [المؤمنون3]، (وَعِبَادُ الرَّحْمَنِ الَّذِينَ يَمْشُونَ عَلَى الْأَرْضِ هَوْنًا وَإِذَا خَاطَبَهُمُ الْجَاهِلُونَ قَالُوا سَلَامًا) [الفرقان63]، وقال أيضاً: (وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ وَقَالُوا لَنَا أَعْمَالُنَا وَلكم أَعْمَالُكُمْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ لَا نَبْتَغِي الْجَاهِلِينَ) [القصص55].

ولذلك وجب على الإنسان أن يُمسك رأيه عن مواطن الفتن، وما فيه إلحاق الضرر بالناس، وذلك بنظره إلى مآل رأيه، وما يترتب عنه من مصالح ومفاسد. قال ابن تيمية: "على المفتي أن يمتنع عن الفتوى فيما يضر بالمسلمين ويشير الفتن بينهم، وله أن يمتنع عن الفتوى إن كان قصد المستفتي كائناً من كان نصرة هواه بالفتوى وليس قصده معرفة الحق واتباعه"².

فالإنسان في الإسلام ليس مطلق التصرف، بل هو مكلف ومتكافل تكافلاً ملزماً، على نحو اجتماعي إنساني، وحرية مقيّدة بما يحقق مصلحة المجتمع، ويمنع الضرر عن الغير، لأنّ وحدة المصير المحتوم، تدلّ على أنّ المصلحة الخاصة لا تنفصل أبداً عن المصلحة العامة، وهذا كافٍ لأنّ يُبرّر التقييد الذي يقع على مصلحة الفرد، فلحرية المطلقة لا أساس لها في التشريع الإسلامي، لأنّها تنافي العدل من حيث إطلاق التصرف فيها³.

ولا أدلّ على ذلك من حديث السّفينة، فعن النعمان بن بشير - رضي الله عنهما - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنّه قال: (مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نُؤذ من فوقنا. فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً)⁴.

فهذا الحديث يُبيّن أنّ الفرد ينبغي ألاّ يستبدّ برأيه بحجة أنّه يتصرف في خالص حقه، لأنّ الحقوق لم تُشرع إلاّ وسائلاً لجلب النفع ودفع الضرر، فكيف إذا استعملت على وجه ينشأ عنها ضرر بالمصلحة العامة، فذلك مناقض لقصد الشارع من تشريع الحقوق والحريات، وعليه لزم تقييد حرية الفرد وحقوقه بما لا يتنافى مع الصالح العام، لما في

¹ - السرخسي: المبسوط، ج24، ص 290.

² - مجموع الفتاوى: ج28، ص 198.

³ - فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي، ص317.

⁴ - رواه البخاري: كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والإسْتِهَام فيه، رقم2361، ج2، ص882.

ذلك من وقاية للمجتمع واستمرار بقائه، وقد صورّه الرسول - صلى الله عليه وسلم - في شكل سفينة لما بين أفراد المجتمع من وحدة المصير، الذي يدفع إلى ضرورة التكافل فيما بينهم وفق ما يقتضيه مبدأ العدل¹.
ومستعمل حقه بما في ذلك حرية التعبير على الوجه الذي يلحق الضرر بالناس؛ كإيقاظ الفتن بينهم متعسّف في استعمال حقه.

وعليه؛ فإنه لا يسوغ لصاحب رأي ولا لملت أو مفكر أن يقرّر رأياً مهماً كان صواباً إذا ترتّب على ذلك مفسدة أعظم، أو كان في كلامه إثارة لفتنة بين الناس.

وفي أخبار الصحابة وقائع تؤكد استشعار الصحابة - رضي الله عنهم - لهذا الأصل ومن نماذج ذلك ما رواه عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - أن رجلاً أتى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فقال: "إن فلاناً يقول لو قد مات عمر بايعت فلاناً". فقال عمر: "إني قائم العشيّة في الناس فمحذرهم هؤلاء الرهط الذين يريدون أن يغضبوهم أمرهم". قال عبد الرحمن: "فقلت: يا أمير المؤمنين، لا تفعل، فإن الموسم يجمع رعاك الناس وغوغاءهم، وإنهم الذين يغلبون على مجلسك إذا قمت في الناس؛ فأخشى أن تقول مقالةً يطير بها أولئك فلا يعوها، ولا يضعوها على مواضعها، ولكن حتى تقدم المدينة فإنها دار الهجرة والسنة، وتخلص بعلماء الناس وأشرفهم، فتقول ما قلت متمكناً، فيعون مقالتك ويضعونها مواضعها". فقال عمر: "لئن قدمت المدينة صالحاً لأكلن بها الناس في أول مقام أقومه. فلما قدم المدينة قام على المنبر فكان مما قال: "فإني قائل مقالةً من وعائها وعقلها فليحدّث بها حيث انتهت به راحلته، ومن لم يعها فلا أحل له أن يكذب عليّ"².

رابعاً: القيود المتعلقة بلغة وأسلوب الرأي.

لما كان اللسان آلة التعبير، وجب على الإنسان أن يصونه فلا يُخرج من الكلام إلا صدقاً، من غير تعرّض للغير بقصد الأذى كالغيبة والنميمة والقذف بباطل القول، وغيرها من الآفات. وما أعظم بها للسان من آفات.

فعن سهل بن سعد - رضي الله عنه - عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (من يضمن لي ما بين لحيّيه وما بين رجليه أضمن له الجنة)³، والمراد بما بين اللحيّين اللسان. وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقلّ خيراً أو ليصمت)⁴. وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (إنّ العبد ليتكلم بالكلمة ما يتبين ما فيها، يهوي بها في النار أبعد ما بين المشرق والمغرب)⁵، وعن معاذ بن جبل - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (وهل يكبّ الناس في النار على وجوههم أو على مناخرهم إلا حصائد ألسنتهم)⁶، قال الحافظ ابن رجب: "والمراد بحصائد الألسنة: جزاء الكلام الحرامّ وعقوباته؛ فإنّ الإنسان يزرع بقوله وعمله الحسنات والسيّئات، ثم يحصد يوم

¹ - فتحي الدبريني: خصائص التشريع الإسلامي، ص 317.315.

² - انظر تفصيل ذلك في البخاري: كتاب المحاريب من أهل الكفر والردة، باب رجم الحبلى في الزنا إذا أحصنت، ج 6، ص 2503، رقم 6442.

³ - رواه البخاري: كتاب الرقاق، باب حفظ اللسان، ج 5، ص 2376، رقم 6109.

⁴ - رواه البخاري: كتاب الرقاق، باب حفظ اللسان، ج 5، ص 2376، رقم 6110 / ومسلم: كتاب الإيمان، باب الحث على إكرام الضيف والجار ولزوم الصمت، ج 1، ص 49، رقم 182.

⁵ - رواه البخاري: كتاب الرقاق، باب حفظ اللسان، ج 5، ص 2377، رقم 6112 / ومسلم: كتاب الزهد والرقائق، باب التكلم بالكلمة يهوي بها في النار، ج 8، ص 223، رقم 7672.

⁶ - رواه الترمذي: كتاب الإيمان، باب حرمة الصلاة، ج 5، ص 11، رقم 2616. قال الألباني: صحيح.

القيامة ما زرع، فَمَنْ زرع خيراً مِنْ قولٍ أو عملٍ حَصَدَ الكرامة، ومن زرع شراً مِنْ قولٍ أو عملٍ حَصَدَ غداً الندامة"¹.

قال ابن حبان: "الواجبُ على العاقل أن يلزم الصمتَ إلى أن يلزمه التكلمُ، فما أكثرَ مَنْ ندم إذا نطق، وأقلَّ مَنْ يندم إذا سكت، وأطول الناس شقاءً وأعظمهم بلاءً من ابتلي بلسانٍ مطلق، وفؤادٍ مطبق"². وقال أيضاً: "الواجبُ على العاقل أن يُنصف أذنيه من فيه، ويعلم أنه إنما جعلت له أذناناً وفمٌ واحدٌ ليسمع أكثرَ مما يقول؛ لأنه إذا قال ربّما ندم، وإن لم يقل لم يندم، وهو على ردِّ ما لم يقل أقدر منه على ردِّ ما قال، والكلمة إذا تكلم بها ملكته، وإن لم يتكلم بها ملكها"³. وقال أيضاً: "لسانُ العاقل يكون وراء قلبه، فإذا أراد القولَ رجع إلى القلب، فإن كان له قال، وإلا فلا، والجاهل قلبه في طرف لسانه، ما أتى على لسانه تكلم به، وما عقل دينه من لم يحفظ لسانه"⁴.

فقد أمر الله بصدق الحديث ونهى عن الكذب، وشهادة الزور، فمدح الصدق وجعله من صفات الصالحين، قال تعالى: (وَوَهَبْنَا لَهُمْ مِنْ رَحْمَتِنَا وَجَعَلْنَا لَهُمْ لِسَانَ صِدْقٍ عَلِيًّا) [الشعراء: 84]، وقد اشترط عز وجل صدق القول بعد التقوى الحديث لإصلاح العمل ومغفرة الذنوب فقال: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ آدُوا مُوسَى فَبَرَأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا وَكَانَ عِنْدَ اللَّهِ وَجِيهًا) (69) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا (70) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا) [الأحزاب 70-71].

وقد ألحق الله عز وجل صفة الظلم بمن يتضمن قوله أو رأيه كذباً على الله في قوله تعالى: (فَمَنْ افْتَرَى عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [آل عمران 94]، وقال أيضاً: (وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ افْتَرَى عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ وَهُوَ يُدْعَى إِلَى الْإِسْلَامِ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ) [الصف 7]، وذلك لأن الكذب ذنب عظيم وإثم كبير قال تعالى: (انظُرْ كَيْفَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ وَكَفَى بِهِ إِثْمًا مُبِينًا) [النساء 50]، وتعد عز وجل الكاذب بعد الفلاح في قوله تعالى: (قُلْ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) [يونس 69]، وقوله أيضاً: (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتَكُمُ الْكُذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لَتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) [النحل 116].

كما نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن الكذب وجعله أول آيات النفاق، فعن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان)⁵. وعن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (إن الصدق يهدي إلى البر وإن البر يهدي إلى الجنة وإن الرجل ليصدق حتى يكون صديقاً وإن الكذب يهدي إلى الفجور وإن الفجور يهدي إلى النار وإن الرجل ليكذب حتى يكتب عند الله كذاباً)⁶.

وأعظم كذب، وأخطر ذنب التعرض لله ولرسله، ولأشراف الناس بكلام السوء، فلا خلاف بين العلماء أنه من سبَّ الله عز وجل، أو رسوله الكريم -صلى الله عليه وسلم- يُقتل. قال القاضي عياض: "اعلم وفقنا الله وإياك أن جميع من سب النبي -صلى الله عليه وسلم- أو عابه، أو ألحق به نقصاً في نفسه أو نسبه أو دينه، أو خصلة من

¹ - ابن رجب (أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد): جامع العلوم والحكم، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ط1، 1991، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص 274.

² - ابن حبان (أبو حاتم محمد البستي): روضة العقلاء ونزهة الفضلاء، ط1، 1977، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 43.

³ - المصدر نفسه: ص 45.

⁴ - المصدر نفسه: ص 47.

⁵ - رواه البخاري: كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ج1، ص 21، رقم 33 / ومسلم: كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، ج1، ص 56.

⁶ - رواه البخاري: كتاب الأدب، باب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ﴾ (119) ج5، ص 2261، رقم 5743 / ومسلم: كتاب البر والصلة والأدب، باب قبح الكذب وحسن الصدق، ج8، ص 29، رقم 6803.

خصاله، أو عرّض به، أو شبّهه بشيء على طريق السب له أو الإزراء عليه، أو التصغير لشأنه، أو الغض منه، والعيب له، فهو سب له، والحكم فيه حكم الساب؛ يُقتل. وكذلك من لعنه أو دعا عليه، أو تمنى له مضرة، أو نسب إليه ما لا يليق بمنصبه على طريق الذم، أو عبث في جهته العزيزة بسُخفٍ من الكلام وهُجر، ومنكر من القول وزور، أو غير شيء مما جرى من البلاء والحنّة عليه، أو غمصه ببعض العوارض البشرية الجائزة والمعهودة لديه، وهذا كله إجماع من العلماء وأئمة الفتوى من لدن الصحابة - رضوان الله عليهم -¹.

كما حكم الشرع على من يقذف بكلامه أشراف الناس؛ ويتّهم نساءهم بالفاحشة باللعنة، وتوعدهم بالعذاب العظيم يوم القيامة؛ لقوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ) [النور 23]، وأمر بجلدهم ثمانين جلدة حداً، وإسقاط عدالتهم برّد شهادتهم، وإهدار كرامتهم بتفسيقهم؛ لقوله عزّ وجل: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) [النور 4]، يقول سيد قطب: "إن ترك الألسنة تلقي التهم على المحصنات وهن العفيفات الحرائر ثيبات أو أبكاراً بدون دليل قاطع، يترك المجال فسيحاً لكل من شاء أن يقذف بريئة أو بريئاً بتلك التهمة النكراء؛ ثم يمضي آمناً! فتصبح الجماعة وتسمي، وإذا أعراضها مجرحة، وسمعتها ملوثة؛ وإذا كل فرد فيها متهم أو مهدد بالاتهام؛ وإذا كل زوج فيها شك في زوجه، وكل رجل فيها شك في أصله، وكل بيت فيها مهدد بالانهيار. وهي حالة من الشك والقلق والريبة لا تطاق"².

كما يشترط في صاحب الرأي أن يلتزم في رأيه بآداب الكلام وحسن القول، لقوله تعالى: (وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ لَا تَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِالْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ثُمَّ تَوَلَّيْتُمْ إِلَّا قَلِيلًا مِّنْكُمْ وَأَنْتُمْ مُّعْرِضُونَ) [البقرة 83]، فاختيار العبارات الموصلة للغاية بغير تشويش، أسلوب ينبغي أن يتبعه اللبق الحصيف، ولا سيما إذا كان يليه أمر منبر خطابي أو إذاعي أو صحافي، وعلى المتحدث عموماً أن يكون حكيماً يختار الكلمة المناسبة ويضعها في موضعها المناسب وفي الوقت المناسب.

كما يشترط ألا يكون في رأيه سب، أو شتم، فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (أندرون من المفلس؟) قالوا: "المفلسُ فينا من لا درهم له ولا متاع"، فقال - صلى الله عليه وسلم -: (إنّ المفلس من أمتي يأتي يوم القيامة بصلاةٍ وصيامٍ وزكاةٍ، ويأتي قد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مالَ هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا، فيعطى هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن فنيت حسناته قبل أن يقضى ما عليه أخذ من خطاياهم فطرحت عليه، ثم طرح في النار)³. وعن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده)⁴. والمراد بهذا الحديث الحض على ترك أذى المسلمين باللسان واليد والأذى كله⁵.

¹ - القاضي عياض: الشفا بتعريف حقوق المصطفى، ج2، ص 482.

² - في ظلال القرآن: ج5، ص 253.

³ - رواه مسلم: كتاب البر والصلة والأدب، باب تحريم الظلم، ج8، ص 18، رقم 6744.

⁴ - رواه البخاري: كتاب الإيمان، باب المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده، ج1، ص 13، رقم 10 / ومسلم: كتاب الإيمان، باب بيان تفاضل الإسلام وأي أموره أفضل، ج1، ص 47، رقم 170.

⁵ - ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج1، ص 62.

وفي المقابل فإن الإسلام قد أمر بحرية التعبير المبنية على الكلمة الصادقة، الطيبة، وقد جعلها من الأعمال التي يتقرب بها العبد إلى ربه وينال به الحسنات، فعن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (الكلمة الطيبة صدقة)¹.

خاتمة :

بعد تناول مختلف المسائل المتعلقة بحرية التعبير: مفهوما ومشروعيا، وبعد رسم ضوابط ممارستها بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي لحقوق الإنسان؛ يمكن الخروج بجملة من النتائج، بيان أهمها وفق الآتي:

1. حرية التعبير حق مكفول شرعا وقانونا وفق ضوابط القيم الإنسانية والتوجيهات الأخلاقية.
2. ضبط حرية التعبير ليس للانتقاص من ممارستها، وإنما ضمانا لممارسة حقوق أولى منها رتبة.
3. حرية التعبير أساس الدعوة، ووسيلة لحفظ أهم مقاصده الضرورية، فبها ينتشر الدين وتحقق الدعوة وتستقيم الكلمة.
4. الاحترام الواجب للإنسان وكرامته المحفوظة له تقتضي التزام بمسؤولية أخلاقية وشرعية قانونية أثناء التعبير، حتى لا تكون الحريات عموما وحرية التعبير خصوصا معولا لهدم الإنسانية ونقض قيمها.
5. ضبط حرية التعبير في الإنسان تعود على المجتمع بالنفع من خلال النهوض بقيمه وأخلاقه، وتشجيع الحوار الهادئ، والنقاش البناء بعيدا عن التجريح والتشهير والتهويل.
6. يمكن للإنسانية بمختلف نظمها ومعتقداتها وشرائعها أن تلتقي حول ضوابط حرية التعبير، لأنها كليات عامة يمكن أن تلتقي حولها الإنسانية بناء على فطرتها الواحدة، وطبيعتها المتأصلة.

• المصادر والمراجع :

1. إبراهيم الخال: الحرية، ط 1964، دار الجمهورية، بغداد، العراق.
2. ابن الجوزي (عبد الرحمن بن علي): أخبار الظراف والمتماجنين، ط 1، 1997، دار ابن حزم، بيروت.
3. ابن حبان (أبو حاتم محمد البستي): روضة العقلاء ونزهة الفضلاء، ط 1، 1977، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
4. ابن رجب (أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد): جامع العلوم والحكم، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ط 1، 1991، مؤسسة الرسالة، بيروت.
5. أمير موسى: حقوق الإنسان مدخل إلى وعي حقوقي، ط 2، 2002، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان.
6. أنور أحمد رسلان: الحقوق والحريات العامة في عالم متغير، ط 1993، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
7. جمود حمبلي: حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، ط 1، 1995، د.و.م.ج، الجزائر.
8. الخطيب البغدادي (أبو بكر أحمد بن علي): الفقيه والمتفقه، ط 1، 1417 هـ دار ابن الجوزي، السعودية.
9. داود درويش حلس: حقوق الإنسان الثقافية بين الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
10. رائد سليمان أحمد الفقير: تاريخ حقوق الإنسان، ط 2006، النهضة، القاهرة، مصر.
11. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات، ط 1996، مؤسسة النهضة، القاهرة، مصر.
12. زكريا إبراهيم: مشكلة الحرية، ط 2، 1963، دار الطباعة الحديثة، مصر.

¹ - رواه البخاري: كتاب الجهاد والسير، باب فضل من حمل متاع صاحبه، ج3، ص 1059، رقم 2734 / ومسلم: كتاب الزكاة، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، ج3، ص 83، رقم 2382.

13. سعيد بو الشعير: القانون الدستوري، ط1، 1989، دم جن الجزائر.
14. صبحي الحمصاني: أركان حقوق الإنسان، بحث مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط1، دار العلم للملايين، 1979، بيروت، لبنان.
15. صبحي الحمصاني: أركان حقوق الإنسان، ط1982، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.
16. طعيمة الجرف: الحريات العامة، ط1960، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر.
17. عبد الحميد فودة: حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، ط2004، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر.
18. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: ط1994، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
19. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط1997، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
20. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ط10، 1989، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
21. عبد الكريم حسن العيلي: الحريات العامة، ط1974، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا.
22. عبد الله العروي: مفهوم الحرية، ط5، 1993، المركز الثقافي العربي، بيروت، لبنان.
23. عبد الهادي عباس: حقوق الإنسان، ط1، 1996، دار الحصاد، دمشق، سوريا.
24. عبد الواحد محمد الفار: قانون حقوق الإنسان، ط1، 1991، دار النهضة، القاهرة.
25. عبير الصالح: الحقوق الشخصية وحقوق الإنسان، ط2006، مركز الدراسات، دمشق، سوريا.
26. عدي الكيلاني: مفاهيم الحق والحرية، ط1، 2002، دار الإعلام، عمان، الأردن.
27. فتحي الدبريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط2، 1994، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
28. فتحي الدبريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط2، 1998، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
29. الفراهيدي (أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد): كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السمراي، ط1، 1988، ج5، الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان.
30. فوزي أوصديق: الحقوق والحريات، ط1997، منشورات دار النبأ، الجزائر.
31. كمال سعدى مصطفى: حقوق الإنسان بين المواثيق الدولية والمذاهب الفكرية، ط1، 2002، درا الكتب العلمية، بيروت.
32. المباركفوري (أبو العلا محمد عبد الرحمن): تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، ط1979، دار الفكر، بيروت، لبنان.
33. محمد الطراونة: ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، ط1997، مكتبة المثنى، بغداد، العراق.
34. محمد الغزالي: حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، ط4، أوت 2005، دار النهضة، مصر.
35. محمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون في الطب الإسلامي، د ت، منشأة المعارف، الإسكندرية.
36. محمد عنجربيني: حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون: ط1، 2002، دار الفرقان، عمان، الأردن.
37. محمد فتحي عثمان: حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، ط1، 1982، دار الشروق، بيروت. محمد يوسف علوان: القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط1، 2005، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

38. مصطفى عفيفي: الحقوق المعنوية للإنسان، ط 2000، مكتبة وهبه، القاهرة، مصر.
39. منير حميد البياتي: حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون، كتاب الأمة، العدد 88، السنة 22، 2002، الدوحة، قطر.

40. هاني سليمان الطعيقات: حقوق الإنسان وحرياته الأساسية: ط 1، 2003، دار الشروق، عمان، الأردن.
41. ALaland : Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie , 5 édition, Paris, 1943.

42. BECET Jean Marie, et COLARD Daniel: Les Droits de l'Homme, Edition Economica, Paris, 1982.

43. Bossuet : Traité du libre arbitre, 1 édition, Manucius, Paris, Chap II, 2006. Dabin :Le droit subjectif, Paris, 1955.

44. Jean Jaque Rousseau: Du contrat Social, Edition paris, 1963.

45. Rivero Jean : Les Libertés publiques, Le droit de l'homme, Paris, 1987

جهود فقهاء المالكية في ضبط الاختلاف

-الإمام الشاطبي نموجا-



إعداد مصطفى بن أحمد الزاهد

باحث بمركز الدكتوراه، جامعة

ابن طفيل، كلية الآداب بالقنيطرة

تمهيد :

من المعلوم لدى الدارسين والباحثين أن المذهب المالكي يتسم بمرونته وسعة أدلته، وكثرة آرائه، حتى خيل لكثير أن عددا من العلماء المتقدمين المنتسبين لمذاهب أخرى أنهم مالكيون، كابن تيمية -رحمه الله- في كتابه: اقتضاء الصراط المستقيم مخالفة أهل الجحيم، وذلك نظرا لتوسع الأقوال عند المالكية، والأدلة الكثيرة المعتبرة في المذهب، حتى أوصل بعضهم أدلة وقواعد الإمام مالك إلى ألف ومائتي {1200} قاعدة استخراجا من فقهه، وأقواله التي رووها عنه تلامذته، ونقلها عنه أتباعه، وهذا من أسرار اختيار المغاربة للمذهب المالكي، هذا المجتمع المتنوع، الذي انسجم مع أحكام الشريعة فطرة، وذابت في أحضان الإسلام كل أعراقه وأجناسه، فجاء المذهب بتنوع دلائله، منفتحا على أعرافه، فكان جامعا ضابطا للاختلاف، للتقريب والوصول إلى الائتلاف.

وهذه لمحة عن هذا الأصل الأصيل، لتتابع البحوث فيه بالتفصيل :

المبحث الأول : هل الاختلاف ظاهري أم حقيقي؟

في هذا المبحث نناقش مسألة: هل اختلاف المجتهدين ظاهري أم حقيقي؟ وبصيغة أخرى: هل الحق في المسألة الواحدة بذاتها يتعدد أم لا؟

قد اختلف العلماء في أقوال المجتهدين هل الحق مع واحد منهم أم هو مشترك بينهم، في ذلك ثلاثة

مذاهب :

المذهب الأول : جمهور العلماء أن الحق في المسألة الواحدة واحد لا يتعدد، فاختلاف المختلفين في الحق لا يوجب اختلاف الحق في نفسه، وهو مذهب مالك - رحمه الله - قال ابن القصار: (إن الله تبارك وتعالى لما أراد أن

يتمتع عباده، وأن يبتليهم فرق بين طرق العلم، فجعل منها ظاهراً جلياً، وباطناً خفياً، ليرتفع الذين أوتوا العلم، كما قال عز وجل: (...يَرْبِعَ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ ءَوْتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿١١﴾) [سورة المجادلة آية 11].

وجوه الدلائل مختلفة وليس لها وجه واحد، والدليل على ذلك: " أن الدلائل لو كانت كلها جلية ظاهرة لم يقع التنازع، ولم يحتاج إلى تدبر ولا اعتبار، ولا تفكر، ولبطل الابتلاء، ولم يحصل الامتحان، ولا كان للشبهة مدخل، ولا وقع شك، ولا حساب، ولا ظن، ولا وجد جهل؛ لأن العلم كان يكون طبعاً وهذا فاسد فبطل أن تكون العلوم كلها جلية.

ولو كانت كلها خفية لم يتوصل إلى معرفة شيء منها، إذ الخفي لا يعلم بنفسه؛ لأنه لو علم بنفسه لكان جلياً وهذا فاسد أيضاً، فبطل أن تكون كلها خفية.

واستدل على أن من العلوم ما هو جلي ومنها ما هو خفي بقوله تعالى: (هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ ءَايَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ بِأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ ءَأَمَّنَّا بِهِ كَلَّا مِنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا ءَأُولُو الْأَلْبَابِ ﴿٧٧﴾) [سورة آل عمران آية 7].

وبقوله عز وجل: (...وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْ لَا فَضَّلَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتَهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا فُلِيًّا ﴿٨٢﴾) [سورة النساء آية 82].

وإذا بطل أن يكون العلم كله جلياً، وبطل أن يكون كله خفياً، ثبت أن منه جلياً، ومنه خفياً، وبالله التوفيق (1).

وقال في موضع آخر: (مذهب مالك أن الحق واحد من أقاويل المجتهدين) وذلك أنه قال لما سئل عن اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ليس فيه سعة، خطأ أو صواب" وكذلك قال الليث لما سئل عن ذلك. وقال مالك: " قولان مختلفان لا يكونان جميعاً حقاً، وما الحق إلا واحد" (2).

العالم يجد ويجتهد ويفكر ويتدبر في وجوه الدلائل؛ ليتبين له الحق من غيره، وليرجح الوجه الأقوى للأصول، ومن ثم يحسن ضبطها، ويضع الأصول في محلها، ويرد الفروع إلى مظانها، فإن أصاب الحق فله الأجر مرتان، وإن أخطأ فله الأجر مرة واحدة، وبذلك يتميز أهل العلم والنظر عن غيرهم من عامة الناس.

قال السيد البطليوسي: (...إن اختلاف المختلفين في الحق لا يوجب اختلاف الحق في نفسه، وإنما تختلف الطرق الموصلة إليه والقياسات المركبة عليه والحق واحد في نفسه). (3)

المذهب الثاني: أن كل مجتهد مصيب، وهو مذهب المعتزلة وأبي الحسن الأشعري، قيل وهو ظاهر قول مالك، - والحق ما قلناه في مذهب مالك-، قال أبو اسحاق الشيرازي الشافعي: (وأما ما يسوغ فيه الاجتهاد، وهو المسائل التي يختلف فيها فقهاء الأمصار على قولين وأكثر فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: الحق من ذلك كله في واحد

(1) ابن القصار، (أبو الحسن، علي بن عمر بن أحمد، البغدادي ت: 397هـ)، مقدمة في أصول الفقه، ص: 135، 136.

(2) المصدر نفسه، ص: 269، 270.

(3) البطليوسي (عبد الله بن محمد بن السيد)، الإنصاف في التنبيه على المعاني والأسباب التي أوجبت الاختلاف، مخطوط: الورقة: 2.

وما عداه باطل، إلا أن الإثم موضوع عن المخطئ فيه، وذكر أن هذا مذهب الشافعي، لا قول له غيره. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما ما قلناه. والثاني: أن كل مجتهد مصيب، وهو ظاهر قول مالك، وأبي حنيفة، وهو مذهب المعتزلة وأبي الحسن الأشعري.

المذهب الثالث : أن الحق واحد، ومخطئه مأثوم: قال صاحب اللمع: (وحكى القاضي أبو بكر الأشعري عن أبي علي ابن أبي هريرة من أصحابنا، أنه كان يقول: إن الحق من هذه الأقاويل في واحد مقطوع به عند الله عز وجل، وأن مخطئه مأثوم، والحكم بخلافه منقوص، وهو قول الأصم، وابن عليّة وبشر المريسي...) إلى أن قال: " والصحيح من مذهب أصحابنا هو الأول، وأن الحق في واحد، وما سواه باطل، وأن الإثم موضوع عن المخطئ، والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن اجتهد فأخطأ فله أجر واحد) ولأنه لو كان الجميع حقاً وصواباً لم يكن للنظر والبحث معنى، وأما الدليل على وضع المآثم عن المخطئ فما ذكرناه من الخبر؛ ولأن الصحابة رضي الله عنهم أجمعين على تسويغ الحكم بكل واحد من الأقاويل المختلف فيها، وإقرار المخالفين على ما ذهبوا إليه من الأقاويل فدل على أنه لا مآثم على واحد منهم).⁽¹⁾

المبحث الثاني : قواعد ضبط الاختلاف عند المالكية :

للمالكية أصول كثيرة يعتمدونها في ضبط الاختلاف، في كثير من المسائل التي يحدث الخلاف فيها، وهي مستخرجة من آراء الإمام مالك -رحمه الله- في مختلف القضايا والنوازل، وهي كثيرة وسأقتصر هنا على قاعدتين:

القاعدة الأولى : المصلحة المرسله :

قال العلامة محمد يحيى الولاتي المتوفى سنة : 1339 هـ:

وبالمصالح عنيت المرسله*** له احتجاج حفظته النقلة⁽²⁾

بمعنى أن الإمام مالك نقل عنه الاحتجاج بالمصالح المرسله أي المطلقة من الاعتبار والإلغاء، وسماه بعضهم: قياس المناسبة، وهو المبني على تحصيل مصلحة، أو دفع مفسدة.⁽³⁾

قال الإمام القرافي في شرح تنقيح الفصول : والمصالح بالإضافة إلى شهادة الشرع لها بالاعتبار على ثلاثة أقسام: ما شهد الشرع باعتباره وهو القياس، وما شهد الشرع بعدم اعتباره نحو المنع من زراعة العنب لثلا يعصر خمراً، وما لم يشهد له باعتبار ولا بإلغاء وهو المصلحة المرسله وهي عند مالك -رحمه الله- حجة.

قال : ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسله : أن الصحابة رضوان الله عليهم عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة المصحف، ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير، وولاية العهد من أبي بكر لعمر رضي الله عنهما ولم

(¹) الشيرازي، (أبو اسحاق ت: 476)، اللمع في أصول الفقه، ص: 261-279، حقه وعلق عليه: محيي الدين مستو ويوسف علي يديوي، دار الكم الطيب ودرابن كثير، دمشق- بيروت، الطبعة الأولى: 1416 هـ 1995 م.

(²) الولاتي، {محمد يحيى بن محمد، ت: 1330 هـ}، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، تحقيق الدكتور عبد الكريم قبول، الطبعة الثانية، دار الرشاد الحديثة، 1434 هـ / 2013 م.

(³) ابن جزى، (أبو القاسم محمد بن محمد الغرناطي المالكي ت: 714 هـ)، ص: 137.

يتقدم فيه أمر ولا نظير، وكذلك ترك الخلافة شوري، وتدوين الدواوين، وعمل السكة للمسلمين، واتخاذ السجن فعل ذلك عمر رضي الله عنه.⁽¹⁾

القسم الأول : المصلحة المعتبرة شرعا وهو القياس :

أي التي أمر الشارع العباد بجلبها لأنفسهم، كمصلحة حفظ العقل؛ فإن الشارع أمر بجلبها إجماعا، ولذلك يجرم استعمال كل مأكول أو مشروب يزيل العقل بالقياس على الخمر.

القسم الثاني : الملغاة شرعا :

أي نهى الشارع العباد عن جلبها لأنفسهم، كمصلحة ارتداد الملك عن الجماع في نهار رمضان، فإنها لا تجلب له إلا بإلزامه التكفير بصوم شهرين متتابعين فلا تخيير بينه وبين الإطعام والعتق لسهولة بذل المال عليه في شهوة الفرج، وقد ألغى الشارع هذه المصلحة بتخيير الجماع في نهار رمضان في التكفير بين الصوم والإطعام والعتق، ولم يفرق بين الملك وغيره.

وكمصلحة : التقوي على الحصاد وحمل الأثقال، فإنها لا تجلب للعامل إلا بإباحة الفطر له في رمضان، وقد ألغاهما الشارع بإلزامه الصوم بقوله تعالى: { فمن شهد منكم الشهر فليصمه } [البقرة:185] فلذلك لم يقسه الفقهاء على المسافر بجامع المشقة، فلا يجوز الفطر فيه إلا إذا خاف في أثناء النهار إنه إذا تمادى على الصوم إلى الغروب أورت ذلك مرضا أو هلاكا.

الثالثة المصلحة المرسله : أي المطلقة من الاعتبار والإلغاء، وهي حجة عند مالك، ومعنى احتجاجه بها: أنه يأمر بجلبها ويقيس عليها، كمصلحة الإقرار من المتهم بالسرقة، فإن مالكا يبيح جلبها بضربه حتى يقر.⁽²⁾

قال ابن جزي في تقريب الوصول: { وقسم لم يشهد الشرع باعتباره ولا بعدم اعتباره، وهو المصلحة المرسله، وهو حجة عند مالك خلافا لغيره }.⁽³⁾

ومن الأمثلة في عصرنا الحاضر على المصالح المرسله: سن قانون السير على الطريق، والتوسع في إنشاء المؤسسات التي تعنى بالمصالح العامة، ونقل القبور من مكان إلى آخر، وإلزام الناس باتباع مذهب معين درءا للاختلاف وجمعا لشمل الأمة من الشتات والضياع وغير ذلك كثير.

فما هي المصلحة : المصلحة لغة ضد المفسدة، واصطلاحا: هي عبارة عن جلب منفعة، أو دفع مضرة أو مفسدة.⁽⁴⁾

ومما يجب التنبيه عليه : أن المصلحة المرسله يجوز العمل بها بشروط :

(1) القرافي، {أبو العباس أحمد بن ادريس ت: 684هـ}، ص: 350، 351، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت لبنان.

(2) الولاتي، {محمد يحيى بن محمد ، ت: 1330هـ}، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص: 63، 64.

(3) ابن جزي، {أبو القاسم محمد بن محمد الغرناطي المالكي ت: 714هـ}، ص: 142.

(4) أبو حامد الغزالي، ت: 505هـ، المستصفي من علم الأصول ، تحقيق الدكتور. محمد سليمان الأشقر ، (بيروت : مؤسسة الرسالة، 1417هـ/1997م). ط 1 ، ج: 1.

أولاً : أن تكون في محل الضرورة، بحيث إذا لم تجلب أدى ذلك إلى هلاك الدين أو النفس أو العقل أو النسب أو العرض أو المال.

ثانياً : أن تكون كلية : أي عامة على بلاد المسلمين.

ثالثاً : أن تكون قطعية الوقوع. مثل رمي الكفار المتترسين بأسرى المسلمين في الحرب بحيث لو تركوا لاستأصلوا المسلمين قطعاً أو غلبة ظن، فيجوز رميهم لحفظ باقي الأمة وهي عامة على المسلمين.⁽¹⁾

القاعدة الثانية : من قواعد ضبط الاختلاف عند المالكية : {مراعاة الخلاف}:

يقصد به التنازل عن دليل المذهب إلى دليل المخالف عند صدور الفعل من المكلف، وذلك تيسيراً على المكلف ورفعاً للحرَج والمشقة عنه، وهذا من خصائص المذهب المالكي الذي يتسم بالمرونة ومسايرة الواقع بما لا يخالف الشرع ما دام دليلاً يتسع له، وينسجم مع روح الشريعة ومقصدتها، وهذا لا يعني العمل بدليل المخالف ابتداءً، وإنما بعد حدوث الفعل من المكلف وإلا يعتبر مخالفاً للشرع داخل المذهب حسب دليله.

قال ابن رشد الجد [ت: 520هـ]: {ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب، من ذلك قولهم: إن الماء اليسير إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة، ولم تغير أحد أوصافه: إنه لا يتوضأ به ويتيمم ويتركه، فإن توضأ به وصلى لم يعد لإلا في الوقت مراعاة لقول من رآه طاهراً، ويبيح الوضوء به ابتداءً، وكان القياس على أصل قولهم أن يعيد أبداً إذا لم يتوضأ إلا بما يصح له تركه إلى التيمم، ومن ذلك قولهم في النكاح الفاسد الذي يجب فسخه، ولم يتفق على فساده: إنه يفسخ بطلاق، وإنخ يكون فيه الميراث، ويلزمه فيه الطلاق، وهذا المعنى أكثر من أن يحصى، وأشهر من أن يجهل أو يخفى}⁽²⁾

مراعاة الخلاف : يقصد به إعمال المجتهد لدليل خصمه المخالف له في لازم مدلوله الذي أعمل في عكسه دليلاً آخر. مثاله : إعمال مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله الذي هو ثبوت الإرث بين الزوجين المتزوجين بالشغار إذا مات أحدهما، وهذا المدلول هو عدم الفسخ، وأعمل مالك في نقيضه وهو الفسخ دليلاً آخر، فمذهبه وجوب فسخ نكاح الشغار وثبوت الإرث بين المتزوجين به إذا مات أحدهما.

ويشترط في جواز مراعاة الخلاف شروط، وهي :

أولاً : أن لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع، كمن تزوج بغير ولي ولا شهود بدائق؛ مقلداً أبا حنيفة في نفي الولي، ومالكا في نفي الشهود، والشافعي في الدائق وهو نصف سدس الدرهم، فإن هذا النكاح يجب فسخه أبداً إجماعاً.

ثانياً : أن لا يترك المراعي له مذهبه بالكلية: كأن يتزوج مالكي تزوجاً فاسداً على مذهبه صحيحاً عند غيره ثم يطلق ثلاثاً، فإن ابن القاسم يلزمه الثلاث مراعاة للقول بصحته فإن تزوجت من قبل زوجها لم يفسخ نكاحه عند ابن

(1)الولاتي، {محمد يحيى بن محمد ، ت:1330هـ}، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص: 65.

(2)البيان والتحصيل 157/4.

القاسم؛ لأن الفسخ حينئذ إنما كان مراعاة للقول بصحة النكاح الأول، ومراعاة الخلاف مرتين تؤدي إلى ترك المذهب بالكلية.⁽¹⁾

القاعدة الثالثة : من قواعد ضبط الاختلاف يقول ابن القصار في مقدمته: (مذهب مالك - رحمه الله - التخيير في فعل ما اختلفت الأخبار فيه) :

قال : " إذا لم تقم الدلالة على قوة أحدهما على الآخر، ولا ما يوجب إسقاطهما، ولا إسقاط أحدهما "

والحجة في ذلك أن الخبرين إذا ثبتا جميعا، ليس أحدهما أولى من صاحبه، ولا طريق إلى إسقاطهما، ولا إسقاط أحدهما، وقد تساويا وتقاوما، وما أمكن الاستعمال فلم يبق إلا التخيير فيهما، أو يكون كل واحد منهما سد مسد الآخر، وصار بمنزلة الكفارة التي قد دخلها التخيير " والله أعلم.⁽²⁾

قال سفيان الثوري: { ما اختلف فيه الفقهاء فلا أنهي أحدا من إخواني أن يأخذ به }⁽³⁾.

وقال ابن قدامة المقدسي : { لا ينبغي لأحد أن ينكر على غيره العمل بمذهبه فإنه لا إنكار على المجتهدين }⁽⁴⁾.

وقرر الإمام الشاطبي في كتابه القيم " الاعتصام " ب { أن الله حكم بحكمته أن تكون فروع هذه الملة قابلة للأنظار ومجالا للظنون، وقد ثبت عند النظر أن الظنيات لا يمكن الاتفاق فيها عادة.

فالظنيات عريقة في إمكان الاختلاف فيها، لكن في الفروع دون الأصول، وفي الجزئيات دون الكلليات، فلذلك لا يضر هذا الاختلاف }⁽⁵⁾.

المبحث الثالث : جهود الإمام أبو اسحاق الشاطبي المالكي المتوفى سنة: 790 هـ - 1388 م :

أولا : ترجمة مختصرة للإمام الشاطبي :

أبو اسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي، العلامة المحقق النظار، الأصولي، المفسر، الفقيه، اللغوي، المحدث، الورع، الزاهد، أخذ عن ابن الفخار الألبيري، وأبي عبد الله التلمساني المالكي، والإمام المقرئ وأبي العباس القباب وغيرهم. من مؤلفاته: الاعتصام في الحوادث والبدع، تناول فيه تعريف البدعة وأقسامها الحقيقية والإضافية، وبين حكم كل منهما، وتكلم عن الفرق بين البدع، والمصالح المرسلة والاستحسان، وله أيضا: عنوان الاتفاق في علم الاشتقاق. توفي - رحمه الله - يو الثلاثاء الثامن من شعبان سنة : 790 هـ.

(1) الولاتي، { محمد يحيى بن محمد ، ت: 1330 هـ}، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص: 67، 69.

(2) مقدمة في أصول الفقه " لابن القصار، ص: 261- 265.

(3) الفقيه والمتفقه، 69/2.

(4) الآداب الشرعية، 186/1.

(5) الاعتصام، للإمام الشاطبي، 168/2. وانظر: الموافقات 186/4، 187.

ومن أجل كتبه : الموافقات في أصول الشريعة، الذي اتجهت إليه أنظار العلماء والباحثين، ولا زال موضوع الدراسة شرقا وغربا، حيث اعتبره عدد منهم أنه المؤسس لمقاصد الشريعة تدوينا واستنباطا، وفهما وتقسима وبيانا، إذ جعل أحكام الشريعة والاجتهاد في استنباطها تقوم على دعامتین:

الأولى : العلم باللغة العربية وأساليبها المختلفة، وفهم دلالات الألفاظ التي كان العرب يتخاطبون بها، والتي نزلت بها هذه الشريعة، بحيث يميز بين صريح الكلام وظاهره، ومجمله ومفصله، وحقيقته ومجازه، وعامه وخاصه، ومحكمه ومتشابهه، ومطلقه ومقيده، ونصه وفحواه، ولحنه ومفهومه، ومفرده ومشتركه.

الثانية : فهم مقاصد الشريعة، وأنها قائمة على رعاية مصالح العباد في الدنيا والآخرة. الدعامة الأولى حققها العلماء السابقون ابتداء من الإمام مالك من خلال أقواله المثبتة في موطنه، والإمام الشافعي في رسالته. أما الدعامة الثانية: فلم تحظ بالعناية كما ينبغي.⁽¹⁾ وإن كان قد تم الإشارة إليها عند الحكيم الترمذي في كتابه: "المنهيات" الذي يذكر فيه الحكمة من وراء الحكم الشرعي في كل جزئية.⁽²⁾

وبسبب نظرة الإمام الشاطبي - رحمه الله - الشمولية لأصول الفقه كان له الأثر البالغ والرزين، والأدلة الأصولية المستنبطة من الكتاب المين، ومن سنة سيد المرسلين، استطاع أن يضبط الاختلاف، ويرجع الأمة إلى أصل الائتلاف، وهذا ما سنراه من خلال جوابه على السؤال الجوهرى الذي تدور حوله الاختلاف في الأصول والفروع:

ثانيا: هل الحق في مسائل الخلاف الفقهية والأصولية واحد أم متعدد؟

تحرير محل النزاع : أن ينصرف الدليلان بحسب شخص واحد وفي حالة واحدة، أما إذا انصرف كل دليل إلى جهة لم يكن ثم اختلاف، يرى الإمام الشاطبي أن الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد، سواء تعلق الأمر بالفروع أو بالأصول، يقول الإمام الشاطبي - رحمه الله - : (الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها وإن كثر الخلاف، كما أنها في أصولها كذلك، ولا يصلح فيها غير ذلك، والدليل عليه أمور:

أحدها: أدلة القرآن، من ذلك قوله تعالى : (أَبَلَا يَتَذَكَّرُونَ أَلْفُرْقَانَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ إِخْتِلَافًا كَثِيرًا) [سورة النسه آية 81]

فنفى أن يقع فيه الاختلاف ألبتة، ولو كان فيه ما يقتضي قولين مختلفين يصدق عليه هذا الكلام عل حال، وفي القرآن: (فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ) [سورة النساء آية 58] الآية؛ وهذه الآية صريحة في رفع النزاع والاختلاف، فإنه رد المتنازعين إلى الشريعة، وليس ذلك إلا ليرتفع الاختلاف، ولا يرتفع الاختلاف إلا بالرجوع إلى شيء واحد، إذ كان فيه ما يقتضي الاختلاف لم يكن في الرجوع إليه رفع النزاع، وهذا باطل.

(1) انظر فضلا: أصول الفقه: تاريخه ورجاله، تأليف الدكتور شعبان محمد اسماعيل، الطبعة الأولى: 1431هـ/2010م دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ص: 60 و470.469.

(2) أبو عبد الله محمد بن علي بن الحسن بن بشر الحكيم الترمذي، والراجح أنه عاش إلى حدود320هـ، المنهيات للحكيم الترمذي، دراسة وتحقيق: محمد عثمان الخشت، مكتبة القرآن للطبع والنشر والتوزيع.

والثاني: أن عامة أهل الشريعة أثبتوا في القرآن والسنة الناسخ والمنسوخ على الجملة، وحذروا من الجهل به والخطأ فيه، ومعلوم أن الناسخ والمنسوخ إنما هو فيما بين دليلين يتعارضان بحيث لا يصح اجتماعهما بحال، وإلا لما كان أحدهما ناسخاً والآخر منسوخاً، والفرض خلافه، فلو كان الاختلاف من الدين لما كان لإثبات الناسخ والمنسوخ - من غير نص قاطع فيه - فائدة، إلى أن قال: فدل على أن الاختلاف لا أصل له في الشريعة، وهكذا القول في كل دليل مع معارضه، كالعموم والخصوص، والإطلاق والتقييد، وما أشبه ذلك، فكانت تنخرم هذه الأصول كلها، وذلك فاسد فما أدى إليه مثله.

والثالث: أنه لو كان في الشريعة مساغ للخلاف لأدى إلى تكليف ما لا يطاق؛ لأن الدليلين إذا فرضنا تعارضهما وفرضناهما مقصودين معاً للشارع، فيما أن يقال: إن المكلف مطالب بمقتضاهما أولاً، أو مطلوب بأحدهما دون الآخر، والجميع غير صحيح، فالأول يقتضي الفعل لا تفعل لمكلف واحد من وجه واحد، وهو عين التكليف بما لا يطاق، والثاني باطل لأنه خلاف الفرض، وكذلك الثالث، إذ كان الفرض توجه الطلب بهما، فلم يبق إلا الأول فيلزم منه ما تقدم.

والرابع: أن الأصوليين اتفقوا على إثبات الترجيح بين الأدلة المتعارضة إذا لم يمكن الجمع، وأنه لا يصح إعمال دليلين متعارضين جزافاً من غير نظر في ترجيحه على الآخر، والقول بثبوت الخلاف في الشريعة يرفع باب الترجيح جملة.

والخامس: أنه شيء لا يتصور؛ لأن الدليلين المتعارضين إذا قصدتهما الشارع مثلاً لم يتحصل مقصوده؛ لأنه إذا قال في الشيء الواحد "افعل" "لا تفعل" فلا يمكن أن يكون المفهوم منه طلب الفعل، لقوله: لا تفعل، ولا طلب تركه، لقوله: افعل، فلا يتحصل للمكلف فهم التكليف، فلا يتصور توجهه على حال.

قال: والأدلة على ذلك كثيرة لا يحتاج فيها إلى التطويل لفساد الاختلاف في الشريعة.

وقد رد الإمام على من يقول بأن الاختلاف واقع في الشريعة ولا يمكن رفعه، وعلى أدلتهم الجملة فيما آتني:

- 1- إنزال التشابهات فإنها مجال للاختلاف؛ لتباين الأنظار واختلاف الآراء والمدارك.
- 2- الأمور الاجتهادية التي جعل الشارع فيها للاختلاف مجالاً، فكثيراً ما تتوارد على المسألة الواحدة أدلة قياسية وغير قياسية، بحيث يظهر التعارض ...
- 3- أن العلماء الراسخين الأئمة المتقنين اختلفوا: هل كل مجتهد مصيب؟ أم المصيب واحد؟ والجميع سوغوا هذا الاختلاف، وهو دليل على أن له مساغاً في الشريعة على الجملة.
- 4- طائفة من العلماء جوزوا أن يأتي في الشريعة دليلان متعارضان، وتجويز ذلك عندهم مستند إلى أصل شرعي في الاختلاف.
- 5- وطائفة رأوا أن قول الصحابي حجة، فكل قول صحابي وإن عارضه قول صحابي آخر كل واحد منهما حجة، وللمكلف في كل واحد منهما متمسك.
- 6- قال القاسم بن محمد: لقد نفع الله باختلاف أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في أعمالهم، لا يعمل العامل بعمثل رجل منهم إلا رأى أنه في سعة.

7- أقوال العلماء بالنسبة للمقلدين كأقوال المجتهدين، ويجوز لكل واحد على قول جماعة أن يقلد من العلماء من شاء.
قال في الجواب عن هذه المواضع المخيلة كما سماها:

1- مسألة المتشابهات : فلا يصح أن يدعى أنها موضوعة في الشريعة قصد الاختلاف شرعا أي من حيث التشريع والإرادة الأمرية؛ المشابهات قد وضعت: (لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيِّنَةٍ وَيَحْيَى مَنْ حَيَّى عَنْ بَيِّنَةٍ وَإِنَّ اللَّهَ لَسَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٤٣﴾) [سورة الأنفال آية 43] لا نظر فيه، فقد قال الله تعالى: (وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَفَهُمُ وَتَمَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ لَأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ ﴿١١٨﴾) [سورة هود آية 118] ففرق بين الوضع القدري الذي لا حجة فيه للعبد- وهو الموضوع على وفق الإرادة التي لا مرد لها- (1) وبين الوضع الشرعي الذي لا يستلزم وفق الإرادة، وقد قال تعالى: (هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ ﴿١٦١﴾) [سورة البقرة آية 161]

وقال : ﴿ يَضِلُّ بِهِ كَثِيرًا وَيَهْدَى بِهِ كَثِيرًا وَمَا يُضِلُّ بِهِ إِلَّا الْفَاسِقِينَ ﴿١٦١﴾) [سورة البقرة آية 25] فمسألة المتشابهات من الوضع القدري لا الوضع الشرعي الذي هو موضوع البحث والجدل.

2- موضع الاجتهاد: فهي راجعة إلى نمط التشابه؛ لأنها دائرة بين طرفي نفي وإثبات شرعيين، فقد يخفى هنالك وجه الصواب من وجه الخطأ، إن قيل: بأن المصيب واحد فقد شهد أرباب هذا القول بأن الموضوع ليس مجال الاختلاف، بل هو مجال استفراغ الوسع، وإن قيل إن الكل مصيبون فليس على الإطلاق، بل بالنسبة إلى كل مجتهد أو من قلده، ولا يجوز الرجوع عما أدى إليه الاجتهاد، فالإصابة إضافية لا حقيقية.

قرر الأصوليون في مسألة: (لا يجوز أن يكون مجتهد في مسألة قولان متناقضان في وقت واحد بالنسبة إلى شخص واحد)؛ لأنه إن حصل تعارض جمع، أو رجح أو وقف.

3- أما مسألة التصويب والتخطئة، فالإصابة إضافية لا حقيقية، بدليل أنه ليس للمجتهد أن يترك ما وصل إليه اجتهاده إلى قول غيره.

4- مسألة تجويز العلماء أن يأتي في الشريعة دليلان متعارضان: فإن أراد الذاهبون إلى ذلك التعارض في الظاهر وفي أنظار المجتهدين، لا في نفس الأمر فالأمر على ما قالوه جائز، ولكن لا يقتضي ذلك بجواز التعارض في أدلة الشريعة، وإن أرادوا تجويز ذلك في نفس الأمر فهذا لا ينتحله من يفهم الشريعة؛ لورود الأدلة عليه.

5- مسألة قول الصحابي : فلا دليل عليه لأمرين :

أحدهما : أن ذلك من قبيل الظنيات إن سلم صحة الحديث، على أنه مطعون في سنده، ومسألتنا قطعية ولا يعارض الظن القطع.

(1) المراد بالوضع القدري: أي الراجع إلى إرادة التكوين الذي تشير إليه الآيتان (118 و119 من سورة هود)، فليس للعبد أن يتعلل به. والوضع الشرعي: هو الراجع إلى التشريع الذي يلزمه الأمر فيما يطلب شرعا والنهي فيما ينهى عنه شرعا بخلاف الأول، فلا تلازم فيه بين الإرادة وبين الأمر والنهي. انظر فضلا: شرح عبد الله دراز على الموافقات، ص: 387، 386 الجزء الرابع.

والثاني على تسليم ذلك، فالمراد أنه حجة على انفراد كل واحد منهم، أي أن من استند إلى قول أحدهم فمصيب من حيث قلد أحد المجتهدين، لا أن كل واحد منهم في نفس الأمر بالنسبة إلى كل واحد، أي بالنسبة لنفسه ومن قلده.

6- مسألة من قال : إن اختلافهم رحمة وسعة: قد أجاب عنه بما روى ابن وهب عن مالك أنه قال: (ليس في اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سعة، وإنما الحق في واحد، قيل له: فمن يقول: إن كل مجتهد مصيب؟ فقال: هذا لا يكون قولان مختلفين صوابين، ولو سلم فيحتمل أن يكون من جهة فتح باب الاجتهاد، وأن مسائل الاجتهاد قد جعل الله فيه سعة بتوسعة مجال الاجتهاد لا غير ذلك).

7- مسألة : اختلاف العلماء بالنسبة للمجتهدين: لا فرق بين مصادفة المجتهد الدليل، ومصادفة العمي المفتي، فتعارض الفتويين عليه كتعارض الدليلين على المجتهد، فكما أن المجتهد لا يجوز في حقه اتباع الدليلين معاً، ولا اتباع أحدهما من غير اجتهاد ولا ترجيح.

وقد أجاب - رحمه الله - على قول من قال: (إذا تعارضاً عليه تخير) بجواب نفيس: قال: غير صحيح من وجهين:

أحدهما: أن هذا قول بجواز تعارض الدليلين في نفس الأمر، وقد مر ما فيه آنفاً.

والثاني : الأصل الشرعي أن فائدة وضع الشريعة: إخراج المكلف عن داعية هواه وتخييره بين القولين نقض لذلك الأصل، وهو غير جائز، فإن الشريعة قد ثبت أنها تشتمل على مصلحة جزئية في كل مسألة، وعلى مصلحة كلية في الجملة، أما الجزئية فما يعرب عنها دليل كل حكم وحكمته، وأما الكلية فهي أن يكون المكلف داخلاً تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع تصرفاته، اعتقاداً وقولاً وعملاً؛ فلا يكون متبعاً لهواه كالبهيمة المسبية حتى يرتاض بلجام الشرع، ومتى خيرنا المقلدين في مذاهب الأئمة لينتقوا منها أطيبها عندهم لم يبق لهم مرجع إلا اتباع الشهوات في الاختيار وهذا مناقض لمقصد وضع الشريعة، فلا يصح القول بالتخيير على حال.

قال الإمام - رحمه الله - وانظر في الكتاب المستظهر للغزالي، فثبت أنه لا اختلاف في أصل الشريعة، ولا هي موضوعه على وجود الاختلاف فيها أصلاً يرجع إليه مقصوداً من الشارع، بل ذلك راجع إلى أنظار المكلفين وإلى ما يتعلق بهم من الابتلاء، وضح أن نفي الاختلاف في الشريعة وذمه على الإطلاق والعموم في أصولها وفروعها، إذ لو صح فيها وضع فرع واحد على قصد الاختلاف لصح فيها وجود الاختلاف على الإطلاق؛ لأنه إذا صح اختلاف ما، صح كل الاختلاف، وذلك معلوم البطلان فما أدى إليه مثله.⁽¹⁾

ونقلت كلامه بحروفه ومعناه؛ ليتضح مقصده ومغزاه؛ لأن البحث أسميته نظرية الخلاف الأصولي، فهو لا يعدو النظرية إلى الحقيقة في نفسه، وعليه فإن كل المسائل المختلف فيها اختلاف ظاهري لا نفس الأمر وحقيقته، فهي مسائل أصولية قطعية في أصل الشريعة؛ ولذا وجب البحث عن دليلها الشرعي، فعلى المجتهد أن يبحث عن الأدلة التي ترجح الحق وترفع اللبس، فإذا أخذنا على سبيل المثال مسألة : (زيادة الراوي العدل هل تقبل أم لا؟) على المجتهد أن

(1) الشاطبي، (أبو اسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي ت: 790هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، ص: 381-390، الجزء الرابع، وعليه شرح جليل للشيوخ عبد الله دراز، دار الحديث القاهرة، سنة الطبع: 1427هـ 2006م.

يستعمل الأدوات التي توصل إلى حقيقة الأمر من تنقيح المناط، وتخريجه، وتحقيقه،⁽¹⁾ وبذلك يؤكد جهة واحدة؛ لأن الحق واحد في نفسه، فيقول: "زيادة الراوي العدل مقبولة" أو زيادة الراوي العدل ليست مقبولة" وهكذا في سائر المسائل الأخرى.

ثالثا: قواعد أصولية عند الإمام تحد من الاختلاف:

أولا قاعدة مراعاة الخلاف: أكد هذه القاعدة الإمام الشاطبي؛ لأنها تعمل على دفع الضرر الأشد الذي قد يلحق بالمكلف، واستدل بحديث البائل في المسجد؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتركه حتى يتم بوله؛ لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه وتعرض إلى أذى في بدنه، وتنجس موضعين، ولو ترك فالذي ينجسه موضع واحد، وعليه ترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه.⁽²⁾

ثانيا: لا يعتد بالرأي وبالخلاف إذا صدر من غير أهله:

يكون الشخص من أهل الرأي إذا توافر فيه شروط الاجتهاد، ومستلزماته المعروفة، واشترط الشاطبي - رحمه الله - شرطا أساسيا وهو: أن يكون عاملا بما يعلم، فإن لم يعمل بما علم فليس من أهل العلم حتى يؤخذ منه، فلا يعتد برأيه وأن خلافه في المسألة لا يعد خلافا.⁽³⁾

وهذا هو الحق بعينه، لما أصبح يتكلم في الأحكام الشرعية كل من هب ودب استشرى الخلاف في الأمة، وضيعت الأوقات الثمينة فيما لا فائدة من نقاشه، فلو عاد أولئك إلى أهل الاختصاص وأذعنوا ولم يستكبروا بجاههم ومالهم لرفع الخلاف.

ثالثا: كل خلاف أورث عداوة وفرقة فهو المردود:

يقول الإمام الشاطبي في هذا السياق: وكل مسألة حدثت في الإسلام؛ فاختلف الناس فيها، ولم يورث ذلك الاختلاف بينهم عداوة ولا بغضاء ولا فرقة، علمنا أنها من مسائل الإسلام، وكل مسألة طرأت؛ فأوجب العداوة، والتنافر، والتنازع، والقطيعة، علمنا أنها ليست من أمر الدين في شيء، وأنها التي عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم بتفسير آية [إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعا] الأنعام: 109. فيجب على كل ذي دين وعقل أن يجتنبها... وهو ظه في أن الإسلام يدعو إلى الألفة والتحاب والترحم والتعاطف، فكل رأي أدى إلى خلاف ذلك فخارج عن الدين.⁽⁴⁾

(1) تنقيح المناط فهو تعيين العلة من أوصاف المذكورة، كما ورد في الحديث أن أن أعرابيا يضرب صدره، وينتف شعره، ويقول هلكت وأهلك، الحديث، فهذه جملة أوصاف تعين أن أمره بالكفارة إنما كان لجماعه في رمضان. تخريج المناط: هو تعيين العلة من أوصاف غير المذكورة، كقوله صلى الله عليه وسلم {لا تبيعوا البر بالبر إلا مثلا بمثل}، فتتظهر العلة في ذلك الطعمية أو الاقتيات أو الكيل أو الوزن، أو غير ذلك. وأما تحقيق المناط فهو أن يتفق على تعيين العلة، ويطلب أن يثبت في محل النزاع. ص: 141. تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزى 714هـ.

(2) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، 4/108/4 وما بعدها.

(3) المصدر نفسه، 65/1.

(4) المصدر نفسه، 134/4، 135.

فالذي لا يترتب عليه العمل يكون ثقلا على المكلف وعلى الأمة، وبالتدرج يتحول هذا الركام إلى عامل تفرق وتشرذم.⁽¹⁾

خلاصة القول: إن من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية، الدعوة إلى الوحدة ونبذ كل أسباب التفرق والتشرذم بين أفراد الأمة الإسلامية، فيجب العودة إلى هذا المقصد الجماعي الذي يحقق الخير للأمة، والسعادة للإنسانية، ولن نصل إلى قصد الشارع من الشرع إلا بتحقيقه وجعله واقعا نعيش به ووفقه، سواء تعلق الأمر بأصول الشريعة أو فروعها، ويمكن أن نصل إلى هذا المبتغى بما يلي:

- 1- الرفع من قيمة العلم والعلماء، والأدلة الشرعية الدالة على مكانة العلم والعلماء مستفيضة.
- 2- تكوين العلماء الربانيين المتصفين بالإخلاص والصدق في القول والعمل.
- 3- أن لا يتصدر أحد للتدريس والفتوى إلا إذا امتلك قدرا كافيا من العلوم التي تمكنه من الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والمجادلة بالتي هي أحسن.
- 4- كل ما يحقق المصلحة العامة فهو من الدين إذا لم يتعارض مع أصله.
- 5- من أبرز مقاصد الشريعة الإسلامية: الحفاظ على وحدة الأمة الإسلامية، {وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا}. [آل عمران:103]

(1) انظر فضلا: الإمام الشاطبي وجهوده في ضبط الخلاف الفقهي، تأليف أ.د. صالح قادر الزنكي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1434هـ/ 2010م.

النصرانات الواردة على الرسوم العقارية



ليينة البريني : طالبة باحثة

بماستر الوسائل البديلة لفض

المنازعات ، كلية الحقوق فاس

مقدمة :

تحتل الثروة العقارية أهمية كبيرة داخل اقتصاد كل بلد، لأن العقار هو المحرك الرئيسي لمختلف المعاملات، والأرضية الصلبة لانطلاق المشروعات الاقتصادية المنتجة، كما يعد - أي العقار - و بحق أداة لتحقيق الاستقرار، والسلم الاجتماعيين لما له من دور فعال في الدورة الاقتصادية، وبالتالي دوره في التنمية الجهوية والوطنية، وهذا يتطلب استقرار تام في الوضعية المادية والقانونية للعقار¹.

للوصول إلى هذا المبتغى عمل المشرع المغربي على وضع النظام الذي يكفل حماية أصحاب الحقوق العقارية من كل غش وسطو، إنه نظام التحفيظ العقاري²، هذا الأخير يعد الوسيلة الفعالة لصيانة الثروة العقارية وتثبيتها وفق نموذج يؤسس للملكية عقارية مستقرة ويحميها من كل تسلط³.

وبناء عليه، فالتحفيظ العقاري هو الوعاء القانوني والهندسي الذي يوطر الحقوق العينية والارتفاقات العقارية الواقعة على العقار بالشكل الذي يحفظها ويمنعها من كل ادعاء أو منازعة⁴.

¹ - إدريس الفاخوري : كلمة افتتاحية، ندوة العقار والاستثمار، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف وحدتي التكوين والبحث لنيل الدكتوراه ودبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، يومي 19-20 ماي 2006، مطبعة دار الجسور وجدة، الطبعة الأولى 2007، ص:8

² تم تأسيس نظام التحفيظ العقاري بظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 الجريدة الرسمية باللغة الفرنسية عدد 46، بتاريخ 12 سبتمبر 1913 ص 209، الذي تم تغييره وتميمه بمقتضى القانون 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-177 المؤرخ في 22 نونبر 2011 (الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011).

³ - محمد الوكاري: "العقار بين الازدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية"، مقال منشور بندوة الأنظمة العقارية بالمغرب، المطبعة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2003، الصفحة 241.

⁴ - محمد الحياتي: " في أنظمة الشهر العقاري في العالم"، مطبعة مؤسسة النخلة للكتاب، وجدة، الطبعة الأولى 2004، ص: 40.

وقد اختار المشرع المغربي في تنظيم الملكية العقارية نظام الشهر العيني¹ الذي يقوم على إضفاء حجية ثبوتية للتقييدات بالرسوم العقارية، سواء بين الأطراف أو اتجاه الغير².

إن تحفيظ العقار، وإعطائه رسماً نهائياً يعبر عن حالته المادية، والقانونية لا يؤدي إلى تعطيل حركته، وشلها، بل الغرض من ذلك تسهيل تداوله بخلق شعور الأمان، والاطمئنان، والثقة لدى المتعاملين معه، من هنا أكد المشرع المغربي على ضرورة تقييد الحقوق، إيماناً منه بأهمية هذا الإجراء القانوني إذ الحق لا يعتبر موجوداً إلا من تاريخ تقييده في الرسم العقاري³، كما أن إشهار الحقوق العينية يسمح لكل من يهمه أمر عقار معين الاطلاع على وضعيته، وما أبرم بشأنه من اتفاقات، أو معاملات.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع كما نظم حالات، و مسطرة التقييدات التي تنتج حقوقاً محتجاً بها في مواجهة الكافة فإن هذه الأخيرة - أي الحقوق - يمكن أن تزول بشطبها.

ولقد خص المشرع المغربي عمليات التقييد، والتشطيب بمسطرة خاصة واجبة الإلتزام، و حدد نوعية الحقوق القابلة للتقييد، وحالات التشطيب كما أنه ألزم السيد المحافظ على الملكية العقارية، والرهون بالتحقق من كل العمليات المراد تقييدها تحقيقاً لمبدأ مشروعية التقييد حيث لا ينبغي أن تقييد إلا الحقوق الثابتة، والمكتسبة بطرق شرعية.

وبناء على ما سبق يمكن رصد الإشكاليات التالية :

ما المقصود بالتصرفات الواردة على الرسوم العقارية؟، وما هي المقتضيات القانونية المؤطرة لها؟ و ما هي الرقابة التي تمارس على الوثائق، والمستندات المدعمة لهذه التصرفات؟.

هاته الإشكاليات، و غيرها أرى أن أتطرق لها من خلال التصميم التالي :

✓ المبحث الأول : التقييدات.

✓ المبحث الثاني : التشطيبات.

¹ - محمد الحياي : م.س، ص 13 .

² الفصلين 66 و67 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07.

³ - هذا المقتض تطرق له المشرع المغربي من خلال الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07 الذي ينص على ما يلي: "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 اتفاقاتهم".

المبحث الأول: التقييدات :

لقد تطرق المشرع المغربي في الفصل 65¹ من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله، و تتميمه بموجب القانون رقم 14.07² للتصرفات، و الأعمال الواجب تقييدها متى كان الأمر يتعلق بتأسيس حق عيني عقاري، أو نقله إلى الغير، أو إقراره، أو تغييره، أو إسقاطه (المطلب الأول)، و حدد لذلك مسطرة خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحقوق الواجبة التقييد في الرسم العقاري :

نص المشرع المغربي من خلال ظهير التحفيظ العقاري لسنة 1913 المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07، و كذا مدونة الحقوق العينية (القانون رقم 39.08)، إضافة إلى مجموعة من النصوص القانونية الخاصة على مجموعة من الحقوق الواجبة التقييد على الرسوم العقارية.

و عليه سوف أتناول في هذه النقطة البعض من هذه الحقوق مصنفة إياها إلى تصرفات قانونية (الفقرة الأولى)، و أخرى مادية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التصرفات القانونية الواجبة التقييد.

إن التصرفات القانونية الواجبة التقييد على الرسوم العقارية متعددة، و متنوعة أرى أن اعرض للبعض منها على المنوال الآتي :

1- جميع الاتفاقات التي تتم بين الأحياء :

إن التصرفات التي تتم بين الأحياء كثيرة، و متعددة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر عقود البيع³، و الصدقات، شريطة أن تكون هذه الأخيرة مبرمة ضمن عقود رسمية، و إن لم تكن كذلك فيجب أن يجررها محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض، و هذا ما نص عليه المشرع المغربي من خلال المادة 4⁴ من مدونة الحقوق العينية.

و عليه يمكن القول كقاعدة عامة أن هذه العقود يجب أن تكون إما رسمية، أو عرفية شريطة تحريرها من قبل محامي، و المصادقة عليها من قبل كتابة ضبط المحكمة الابتدائية الواقع ضمن دائرتها الترابية العقار، هاته القاعدة ترد عليها مجموعة من الاستثناءات، و يتعلق الأمر بكل من المادة 147، و المادة 274 من مدونة الحقوق العينية اللتان

¹ ينص الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07 على ما يلي: "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري جميع الوقائع، و التصرفات، و الاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت، أو بعوض، و جميع المحاضر، و الأوامر المتعلقة بالحجز العقاري، و جميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري، أو نقله إلى الغير، أو الإقرار به أو تغييره، أو إسقاطه، و كذا جميع عقود اكرية العقارات لمدة تفوق ثلاثة سنوات وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء، أو الإبراء منه".

² ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بنظام التحفيظ العقاري الذي تم تغييره و تتميمه بمقتضى القانون 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-177-1 المؤرخ في 22 نونبر 2011 (الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011).

³ جاء في قرار عدد 747 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 08-03-2006، في الملف المدني عدد 1504-1-1-2004 ما يلي: "إن عدم تسجيل عقد البيع في الرسم العقاري لا يعني بالضرورة افتقاره محل البيع، وان الفصل 67 المعتمد عليه أعلاه، لا يحول دون إمكانية إقامة دعاوي بين الأطراف بسبب عد تنفيذ اتفاقاتهم، وان تسليم المبيع الذي هو من التزامات البائع لا يتم في العقار المحفظ إلا بتسجيل عقد البيع في الرسم العقاري"، (قرار غير منشور).

⁴ تنص المادة 4 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: ".... أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك....".

تلزما رسمية العقود في نوعين من العقود، و يتعلق الأمر بالرهون الحيازية، و كذا التبرعات¹ (الصدقات، و الهبات)، إضافة إلى حق العمرة.

وبالتالي يمكن القول انه لم تبقى هناك إمكانية اعتماد التصرفات، أو العقود العرفية كلما تعلق الأمر بتصرفات قانونية تمت بين الأحياء.

2- التصرفات أو الحقوق التي تنتقل بفعل الوفاة :

فيما معناه الحقوق الإرثية، و الوصايا، و السند القانوني المنظم لهذه التصرفات هو الفصل 82 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07، أي أن الحقوق التي تؤول إلى شخص معين بفعل الوفاة ينبغي تقييدها على الرسم العقاري.

فرسم الاراثة الذي يحره العدلان ينبغي أن يقيد، و ينقل على الرسم العقاري لأنه - أي الرسم العقاري - هو الوحيد الذي يحدد، و يوضح الوضعية القانونية للعقار.

هذا و تجدر الإشارة إلى انه عندما يتعلق الأمر بالتصرفات التي تتم بين الأحياء فمن المعلوم أن تقييدها مسألة إجبارية على أساس أن الحق لا ينتقل إذا لم يتم تقييده، و هذا ما يستفاد من الصيغة الإلزامية التي جاء بها الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري، عكس التصرفات التي تنتقل بفعل الوفاة، أو الحقوق الارثية، و هو الأمر المستفاد من صيغة الفصل 82 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07 التي تفيد الاختيارية² فيما معناه أن الورثة يخرون في تقييد حقوقهم من عدمه.

3- الأحكام القضائية التي تقرر حقا معيناً على العقار :

عقد البيع قد يكون موضوع نزاع، و تصدر أحكام قضائية لصحة عقد البيع، أو بإتمام إجراءات البيع، أي جميع الأحكام القضائية التي تقرر حقا معيناً ينبغي أن تقييد على الرسم العقاري شريطة أن تكون أحكام نهائية، و سندنا ها هنا الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية.

1- جاء في قرار محكمة النقض عدد 579/8 مؤرخ في 16/12/2014 ملف مدني عدد 3974/1/8/2014 ما يلي: " لكن، ردا على السبب أعلاه، فإنه بمقتضى المادة 274 من مدونة الحقوق العينية، فإن عقد الهبة يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم في محرر رسمي، وإنه استنادا لمفهوم المخالفة المستفاد من المادة الرابعة من نفس المدونة، فإن عقد الهبة الذي رفض المطلوب (المحافظ على الأملاك العقارية بأكادير) تقييده بالرسم العقاري، ليس محررا رسميا، وإنما هو مجرد محرر ثابت التاريخ يبرم من طرف محامي مقبول لدى محكمة النقض. وبالتالي فإنه واقع تحت طائلة البطلان المذكور، مما يجعل قرار المحافظ برفض تقييده بالرسم العقاري معللا في إطار السلطة المخولة له بمقتضى الفصل 74 من ظهير التحفيظ العقاري الذي أوجب عليه التحقق من أن الوثائق المدلى بها أمامه تجيز له التقييد" (غير منشور).

² - ينص الفصل 82 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07: " .. إذا رغب الورثة في تقييد حقوقهم الإرثية.."

وسواء تعلق الأمر بمنازعات التعرضات، أو التقييدات الواردة على عقار محفظ للحكم ينبغي أن يكون نهائياً، وفي هذا الصدد يتم تبني التفسير الواسع¹ للفصل 361 من قانون المسطرة المدنية.

وعليه فالأحكام القضائية الصادرة بشأن العقارات المحفظة، أو في طور التحفيظ لا تقبل التنفيذ إلا إذا كانت نهائية²، وليس انتهائية كما هو الحال بالنسبة لقواعد التنفيذ في إطار قانون المسطرة المدنية.

4- جميع الأوامر الصادرة بإلقاء حجوزات عقارية :

الحجوز بصفة عامة منظمة في الفصل 451، و ما بعده من قانون المسطرة المدنية، و هي إجراءات تحفظية يلجأ إلى اتخاذها الطرف الدائن حفاظاً على حق المديونية، و تؤدي إلى تجميد العقار.

تتخذ هذه الحجوز العقارية بناء على أوامر صادرة عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بوصفه قاضي للمستعجلات- محكمة الرئيس -، و تتخذ الحجوز العقارية ثلاثة أشكال :

• الحجوز التحفظية :

خصها المشرع بمجموعة من المقتضيات القانونية من خلال قانون المسطرة المدنية، و مفادها إعلان التحفظ عن أي تصرف يمكن أن يخضع له العقار، ويمكن أن يتحول إلى حجز تنفيذي، فيما معناه انه صورة من صور الحماية الوقتية لتوافر عنصر الاستعجال ، و ذلك بوضع أموال المدين تحت يد القضاء، و المحافظة عليها لمنع المحجوز عليه من التصرف فيها تصرفاً يضر بحق الحاجز، تمهيداً لاقتضاء حقه من ثمن بيعها عندما يتخذ الإجراءات اللازمة لذلك³.

• الحجوز التنفيذية :

هي الأخرى تم تنظيمها بموجب قانون المسطرة المدنية، و تعني أن العقار يصبح بيد القضاء، أي كتابة ضبط المحكمة الابتدائية، و التي يمكنها أن تصدر قرار بالبيع في المزاد العلني، هو بالإضافة على ما يترتب عليها من وضع للمال المحجوز بين يد القضاء لاقتضاء حق الدائن ، فإنه يؤدي إلى غل يد المحجوز عليه من إدارة المال المحجوز ويؤدي مباشرة إلى بيعه وذلك بعد اتخاذ سلسلة من الإجراءات التمهيديّة للبيع بالمزاد العلني⁴.

ويعتبر الحجز التنفيذي العقاري إذا من أهم الوسائل وأنجعها في تنفيذ الأحكام القضائية لما يوفره من ضمانة لتمكين المنفذ له مما حكم له من حق⁵.

¹ - لقد اثارت عبارة التحفيظ العقاري الواردة في الفصل 361 من ق.م.م تضارباً بين الاجتهاد القضائي الذي اتجه إلى التضييق من نطاقها، و جعلها مقتصرة على العقار في طور التحفيظ، و الاجتهاد الإداري (المحافظ العام)، و الذي اتجه إلى توسيع نطاقها لتشمل العقارات المحفظة، و العقارات في طور التحفيظ. إلا انه بصدر القانون رقم 14.07 تم حسم هذا التضارب حين أكد في فصله الأول أن المقصود بعبارة التحفيظ العقاري مختلف الإجراءات المسطرية التي ترمي إلى تأسيس رسم عقاري، و بطلان ما عداه من الرسوم، وأيضاً تقييد كل التصرفات، و الوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل، أو تغيير، أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية، و التحملات المتعلقة بالملك في الرسم العقاري المؤسس له.

² - عبد العالي الدقوقي: دراسة في القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية، طبعة 2013-2014 ، مطبعة وراقة سجلماسة، مكناس، الصفحة 114-115.

³ - أستاذنا نجيم أهنوت: المنازعات المثارة بصدد مسطرة الحجز التنفيذي العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، و الاقتصادية، و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2012-2013، الصفحة 4.

⁴ - الطيب برادة: التنفيذ الجبري في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، طبعة 1988، ص 33.

⁵ - عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، الطبعة السادسة أكتوبر 2012، الصفحة 408.

• الإنذارات العقارية :

تمت الإشارة إليها بشكل عابر، و لم ينظمها المشرع المغربي بشكل مفصل، و قد يكون في مرحلة أولى، أو آخر مرحلة قبل بيع العقار في المزاد العلني، ويمكن تعريفه بأنه إشعار يوجهه الدائن المرتهن إلى المدين الراهن بواسطة عون التبليغ يطالب فيه بأداء الدين المضمون بالرهن تحت طائلة نزع ملكية العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني لتسديد الدين وفوائده ومصاريفه¹.

و على عكس الحجوزات فالرهون الرسمية لا تمنع تفويت العقارات المرهونة رهنا رسميا. لكن في بعض الأحيان يمكن للرهن الرسمي أن يمنع تفويت العقار. و لعل ابرز مثال على ذلك اشتراط بعض المؤسسات البنكية في عقد الرهن: " يمنع على السيد زيد أن يفوت هذا العقار إلا بعد موافقة المؤسسة الراهنة، أو بعد الإبراء". إذن هذا الشرط يعتبر قيذا اتفاقيا، و ليس قانونيا (على خلاف الحجز الذي يعتبر قيذا قانونيا)، و سندنا في هذا مقتضيات الفصل 87² من ظهير التحفيظ العقاري لسنة 1913 كما تم تعديله، و تتميمه بموجب القانون رقم 14.07.

5- جميع القيود الاتفاقية المصاحبة للعقد :

هاته القيود كثيرة، و متنوعة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر الشروط الفاسخة، أو المنع من التفويت، و الشرط الفاسخ هو الذي يصاحب العقد إذ بتحقيقه يصبح العقد مفسوخا، و مثال ذلك العقود التي تبرم في إطار محاربة السكن غير اللائق " دور الصفيح " حيث نجد شركة العمران مثلا تشترط عليك عدم تفويت العقار داخل اجل 7 سنوات، و إلا اعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون، و ذلك لعدم المضاربة في هذه التصرفات ، و هو يقبل التقييد بهذا الشرط.

6- جميع العقود المنشئة لجميع الحقوق العينية أو حقوق الارتفاق أو الحقوق الواردة على المياه :

و هي منظمة بنصوص خاصة، و نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي :

- الحقوق المكتسبة على المياه العامة (قانون رقم 10.95)³.
- تصنيف بناء ضمن الأبنية الأثرية (الفصل 11 من ظهير 21 يوليوز 1945 المتعلق بالآثار التاريخية).

1- محمد سلام: مسطرة تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق بعين الشق البيضاء سنة 1998-1994، ص 11 .

- حبيبة التاييس: الإشكالات العملية في موضوع الإنذار العقاري، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد 2، ماي 2003، ص 31 .

² - ينص الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله، و تتميمه بموجب القانون رقم 14.07 على ما يلي: " كل حجز أو إنذار بحجز عقاري يجب أن يبلغ إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيد بالرسوم العقاري، و ابتداء من تاريخ هذا التقييد لا يمكن إجراء أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة البيع الجبري للعقار المحجوز.

يشطب على احجزو الإنذار بحجز المنصوص عليهما في الفقرة السابقة بناء على عقد، أو أمر من قاضي المستعجلات يكون نهائيا، و نافذا فور صدوره.

³ - يرجع أول تنظيم للماء بالمغرب إلى ظهير 1-7-1914 حول الأملاك العامة المعدل و المتمم بالظهيرين الشريفين الصادرين على التوالي سنة 1919 و 1925 و اللذان اعتبرا أن المياه، مهما كان شكلها تدخل في عداد الأملاك العامة.

ولقد أعيد تنظيمه -الماء- بمقتضى القانون رقم 10.95 الصادر بتاريخ 5 يوليوز 1995 و الذي دخل حيز التطبيق في : 16-08-1995

- إحقاق الطرق، و الشبكات بالتجزئة العقارية، و المجموعة السكنية بالأمالك العامة يكون محل محضر يجب قيده باسم الجماعة في الصك العقاري الأصلي للعقار موضوع التجزئة¹ (المادة 29 من القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية، و المجموعات السكنية، و تقسيم العقارات الصادر بتاريخ 17 يونيو 1992).
- 7- الكراء الذي تتجاوز مدته 3 سنوات :**

هو الآخر ينبغي تقييده على الرسم العقاري، و يعتبر الحق الوحيد الشخصي الذي ينبغي تقييده على الرسم العقاري، لكن تجدر الإشارة إلى انه في الواقع العملي فالتقييد طبقا لهذه الحالة قليلا جدا إن لم نقل منعدا.

هذا بصورة موجزة، و مختصرة ما يتعلق بحالات التقييد القانونية الواردة في كل من ظهير التحفيظ العقاري، و مدونة الحقوق العينية، إضافة إلى بعض النصوص القانونية الخاصة.

الفقرة الثانية : التصرفات المادية الواجبة التقييد :

ترد على العقارات مجموعة من التغييرات تكمن أساسا في عمليات البناء التي يحدثها المالك. إذ البناء يعتبر حدثا ماديا يخضع لتقييد بشكل إلزامي، لأنه يدخل على العقار تغييرا ماديا يختلف عن الوضع الذي كان عليه عندما كان الأمر يتعلق بأرض عارية.

إضافة إلى عمليات البناء هناك عمليات الضم التي يخضع لها عقاران، أو عدة عقارات فيما معناه ضم رسم عقاري إلى آخر، أو العمل على إدماجهما، و قد يكون الضم كليا، أو جزئيا باقتطاع جزء، و إدماجه في آخر، هذا فضلا عن عمليات الاقتطاع، أو التجزئة التي قد يخضع لها عقار معين.

يتضح مما سبق أن أهم الأسباب الموجبة للتقييد في الرسوم العقارية تلك المنصوص عليها بموجب الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بمقتضى القانون رقم 14.07، هذه الأهمية جاءت نتيجة لكثرة التعامل بها².

المطلب الثاني : مسطرة التقييد :

عندما يتعلق الأمر بعقارات محفظة، أو برسوم عقارية تم تأسيسها اثر اتخاذ قرار التحفيظ، هناك مسطرة ينبغي إتباعها لكي يتم فعلا تقييد هذا الحق، لنفترض أن الأمر يتعلق مثلا بعقد البيع فلا بد للمستفيد من هذا الحق أن يتبع مجموعة من الإجراءات لكي يصل في نهاية المطاف إلى تقييد حقه، و أولى هذه الإجراءات المتعين إتباعها هي طلب تقييد الحق، و يودع هذا الأخير للإدارة من قبل الشخص المستفيد من الحق كالمشتري، الورثة، الحائز، أو الشخص الذي صدر لفائدته الحكم القضائي، و يجب أن يقدم هذا الطلب كتابة³، وبشكل مباشر إلى الوكالة الوطنية

¹ عبد العالي الدقوقي، و المعزوز البكاي: نظام التحفيظ العقاري، دراسة في القانون رقم 14.07 المغير و المتمم لظهير التحفيظ العقاري، مطبعة وراقة سجلماسة، مكناس، طبعة 2013-2014، الصفحة 136.

² محمد بن احمد بونبات: نظام التحفيظ العقاري، دراسة في القوانين المرتبطة بنظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة الوراثة الوطنية بمراكش، الطبعة الثانية 2005، ص 84.

³ يجب على كل شخص يطلب تقييد حق من الحقوق أن يقدم إلى المحافظة العقارية قائمة تتضمن بيانات أشار إليها الفصل 69 من ظهير التحفيظ العقاري، المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07، الأمر الذي يعني أن طلب التقييد يجب أن يكون في شكل كتابي، و أن يقدم مباشرة إلى المحافظة العقارية التي يقع العقار في دائرتها.

للمحافظة العقارية متضمنا مجموعة من البيانات منها ما يتعلق بنوع التصرف هل الأمر يتعلق بعقد بيع، أو بتقييد حقوق ارثية، أو تقييد أحكام قضائية، أو تحملات معينة.

إضافة إلى بيان المراجع العقارية المعنية بهذا التصرف، و المقصود رقم الرسم العقاري¹ الذي ترتب من خلاله جميع الرسوم العقارية، ثم الإدلاء بجميع الوثائق الضرورية، و التي تدعم التصرف فيما معناه مجموعة من الوثائق فعندما يتعلق الأمر مثلا بعقد بيع في عدة أحيان لا يكون العقد لوحده كافيا لإجراء عملية التقييد كضرورة الإدلاء ببعض الوكالات، حيث تعتبر هذه الأخيرة وثائق تبرر النيابة، كذلك في الحالة التي يقع البيع في منطقة ضم الأراضي الفلاحية، يستلزم الأمر رخصة صادرة عن لجنة ضم الأراضي الفلاحية². إذن ينبغي الإدلاء بجميع الوثائق التي تدعم الحق، أو طلب المستفيد، وإضافة إلى كل هذا ينبغي بيان الحالة المدنية للمتصرف إليه (أي المستفيد من الحق)، حاله المدنية، تاريخ الازدياد، الحالة العائلية، إلى غير ذلك من المعطيات التي تكون لها أهمية خاصة في تحديد طبيعة التصرفات الأخرى.

وعليه فإن التقييد يجب أن يشمل جميع المعطيات (الفصل 69 من ظ.ت.ع) المتعلقة بهذا الوضع الجديد: معطيات تتعلق بالعقار المعني، ومعطيات تتعلق بالوثائق التي يتم الإدلاء بها، و توضيح الحالة المدنية للشخص المستفيد من الحق.

وبعد ذلك يتم إيداع الوثائق بعد مراقبتها، و التحقق من مطابقتها لما هو مدون في الرسوم العقارية. مراقبة من حيث الشكل، و الجوهر من طرف السيد المحافظ على الملكية العقارية، و الرهون تحت مسؤوليته الشخصية³ (الفصلان 79، و 80 من ظهير الالتزامات، و العقود). تراقب هذه الوثائق من الجانب الشكلي من حيث تاريخ المصادقة على التوقيع، و بالنسبة للأحكام مراقبة تواريخ التبليغ، و من الجانب الجوهرى تراقب من حيث عدم مخالفتها للنصوص القانونية المعمول بها في التشريع العقاري.

و بمجرد ما تكون هذه الشروط مطابقة لما هو وارد الرسم العقاري. يتم إجراء عملية الإيداع، أو ما يسمى بعملية التقييد، و منذ هذا التاريخ يعتبر الحق منتقلا (أي تاريخ التقييد).

¹ - وهذا ما نص عليه الفصل 24 من القرار الوزيري ل 3 يونيو 1915.

² - وفي هذا الصدد جاء في إحدى حيثيات قرار عدد 11/190 صادر محكمة الاستئناف ببني ملال ما يلي: "...وحيث أن القانون المتعلق الجهوي للاستثمار الفلاحي يفرض أثناء عملية بيع هذا العقار أن يتم الإدلاء بشهادة هي عبارة عن التزام من أجل سداد المبالغ المستحقة للمكتب المذكور لقاء تجهيزه الأرض، و حضور عملية التحديد، و معرفة المستغل الجديد الذي نقلت إليه الملكية ضمنا لسداد الديون التي ترتب في ذمة من يستغل العقار. وحيث انه بالرجوع إلى وثائق مكتب الاستثمار الفلاحي يتبين أن السيدة ليلي العزيزي التي كانت تتعامل مع المكتب دون سواها، و أن عملية بيع هذا العقار تمت دون إخطار للمكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي رغم أن إخطاره يتوقف عليه تفويت هذا العقار"، قرار عدد 64/2012 صادر بتاريخ 22-02-2012 في الملف الجنائي الاستئنافي عدد 11/190 (غير منشور).

³ - و في هذا الإطار جاء في حكم صادر عن ابتدائية العرائش بتاريخ 30-10-2007، زهي تبث في الملف عدد 07/134 ما يلي: "وحيث إن السيد المحافظ وفي إطار مسؤوليته ملزم باتخاذ جميع التدابير والاحتياطات والبحث عن كافة الضمانات القانونية والإجرائية ونتيجة لذلك حرص المشرع وصار في انسياق كل من الفقه والقضاء على منحه السلطة التقديرية اللازمة لاتخاذ الاختيار الأنسب قانونا انطلاقا من عدة معطيات أهمها تغليب الجانب القانوني والكيفي للتسجيل في السجلات العقارية درءا لكل اثر يصعب إدراكه خاصة إذا فهمنا استنادا لمقتضيات الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري على إن التقييد يعد حياة قانونية للعقار فاستحقاق عقار محفظ يحصل بمجرد تقييده وفق ما يقتضيه القانون" (حكم غير منشور).

لنفترض أن التقييد تم يوم 04-01-2016 فالحق يعتبر منتقلا من هذا التاريخ، و ليس من تاريخ إبرام العقد، و عليه فان الحق الوارد على العقار المحفظ يعتبر منتقلا منذ تاريخ الإيداع، و هذا ما يسمى بالأثر الإنشائي¹، أو الأثر التأسيسي للتقييد².

و السؤال المطروح في هذا الصدد هو: إذا ظلت هذه الوثائق غير مقيدة على الرسم العقاري فهل يخضع تقييدها لأجل تقادم معين، فيما معناه هل هناك آجال معينة للتقادم؟

بالرجوع إلى ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله، و تتميمه بموجب القانون رقم 14.07 في فصله 65 مكرر نرى انه ينص على انه عندما يتعلق الأمر بعقود طال أمد تقييده فعملية التقييد لا تخضع لأي تقادم، و يمكن أن يطلب تقييد العقد مهما طال أمده فقط يخضع طالب الإيداع لغرامات تناولها نفس الفصل السالف الذكر، و من هنا ينبغي أن نميز بين تقادم الالتزام الناتج عن العقد طبقا لمقتضيات الفصل 387 من ظهير الالتزامات، و العقود، و بين شكلية التقييد التي لا تخضع لأي تقادم³.

و إذا تعددت الإيداعات، و كانت لا تتعارض مع بعضها البعض كعدة رهون رسمية على نفس العقار أشير إلى ذلك في سجل الإيداع، و قيدت هذه الحقوق في وقت واحد، و بنفس الرتبة، أما إذا كانت المطالب تتعارض فيما بينها كعقد شراء لفائدة بكر، و عقد هبة لفائدة عمر واقعين على نفس العقار فالسيد المحافظ على الملكية العقارية، و الرهون يرفض تقييدها⁴.

و قرار المحافظ القاضي بالامتناع عن التقييد يجب أن يكون معللا، و يحق لكل من تضرر منه الطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية صاحبة الاختصاص المحلي.

هذا باختصار ما يتعلق بالتقييدات. فماذا عن التشطيطات؟.

المبحث الثاني: التشطيطات :

جميع الحقوق المقيدة على الرسوم العقارية يمكن التشطيط عليها مثلا: عمر أخذ قرض من مؤسسة بنكية، و بعد سداده لجميع الأقساط، الرهن لا يمكن أن يبقى قائما بل يجب التشطيط عليه. " أي انه انقضى بفعل أداء

1- و في هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض - حاليا المجلس الأعلى سابقا - ما يلي: " عدم تسجيل رسم المخارجة لمدي وقوعها بين الطرفين على الرسم العقاري يجعله عديم الأثر القانونية بين طرفيه مما يعتبر معه العقار مشتركا شياعا بين الطرفين المتنازعين الفصل 67 من ظهير التحفيظ 12-08-1913". قرار عدد 564 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13-02-2002 في الملف العقاري عدد 187-1-2-2000 (غير منشور).

2- التقييد هو الذي ينشئ الحق، و ليس العقد، وهذا ما جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن محكمة النقض: "إن كل حق عيني مدعى به، يعتبر غير موجود سواء بالنسبة للغير أو بين طرفي العقد إلا من تاريخ تسجيله بالرسم العقاري طبقا للفصلين 66-76 من ظهير التحفيظ العقاري". قرار عدد 3140 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30-11-2005 في الملف المدني عدد 1145-1-3-2005 (غير منشور).

- كما جاء في الحكم رقم 324 الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 26-11-2007 في الملف عدد 1126-2-2002 ما يلي: "وحيث من الثابت على ضوء الشراء أعلاه أن موروثه المدعى عليهم المرحومة وخادة سبق لها أن فوتت لموروث المدعين جميع الرسوم العقاري المبين أعلاه ولما كان من التزامات البائع تسليم الشيء المبيع وان هذا التسليم لا يتم بالنسبة للرسوم العقارية إلا تسجيل رسم الشراء عليه فإن المدعى عليهم باعتبارهم خلفا للبائعة يحلون محلها عن ذلك...." (حكم غير منشور)

3- إجراء التقييد لا يتقادم.

4- محمد بونبات: م.س، الصفحة 95.

الذين"، و عليه سأتناول هذا المبحث من خلال مطلبين الأول اخصه لحالات التشطيب (المطلب الأول)، على أساس التطرق لمسطرة هذا التشطيب في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات التشطيب:

لئن كانت عملية التقييد تسفر عن حق منتج لآثاره، و محتجا به في مواجهة الكافة فان هذا الحق يمكن أن يزول بشطب التقييد، و في هذا نص المشرع المغربي في الفصل 91¹ من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله، و تتميمه بموجب القانون رقم 14.07 على ما يلي: " كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد يمكن أن يشطب عليه بموجب كل عقد، أو حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به يثبت انعدام، أو انقضاء الحق موضوع التضمين، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم هذا الحق".

ولقد عرف التشطيب بأنه نوع من التقييد السلبي الغرض منه انقضاء، أو إبطال حق مقيد، أو مفعول أي تقييد آخر على الرسم العقاري (حجز، تقييد احتياطي، مقال دعوى....)².

و من هذا المنطلق سوف اعمل على تناول حالات التشطيب من خلال فقرتين.

الفقرة الأولى: تشطيب الحقوق التي تم تقييدها بكيفية قانونية و صحيحة و بناء على سبب و سند صحيحين:

أن تشطيب الحقوق التي تم تقييدها بكيفية قانونية، و صحيحة، و بناء على سبب، و سند صحيحين يتجلى في انقضائها بسبب من أسباب انقضاء الحقوق العينية. فمثلا حق السطحية، أو حق الارتفاق ينقضيان بمقتضى اتفاق، أي أن صاحب العقار المر تفق يتفق مع صاحب العقار المر تفق به على التنازل عن الارتفاق، و يبرما اتفاق يقدمه إلى السيد المحافظ على الملكية العقارية، و الرهون الذي عليه في هذه الحالة أن يشطب حق الارتفاق.

الفقرة الثانية: تشطيب الحقوق التي تم تقييدها نتيجة غش أو احتيال أو نتيجة عقد باطل:

يتم هذا النوع بناء على أحكام قضائية نهائية، و عليه فالتشطيب المبطل للتقييد هو إلغاء يسري بأثر رجعي ابتداء من تاريخ تقييد الحق الملغى سواء تجاه طرفي العقد، أو تجاه الغير سيء النية.

وعليه لا يمكن اعتبار التشطيب إجراء نظامي، أو إجراء نافع، بل هو إجراء ضروري، و في غاية الأهمية لان المالك الذي لم يشطب تقييد غير صحيح قد يتعرض لإضاعة حقوقه³.

و في إطار الحديث عن التشطيب يجب استحضار أننا لا نملك فقط الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07، و لكن هناك الفصل 29 من القرار الوزيري الصادر في 3 يونيو 1915 المتعلق بتفاصيل تطبيق ظهير التحفيظ العقاري، و هذا الفصل قد تطرق للحالة التي يرتكب فيها المحافظ أخطاء، أو اغفالات، أو مخالفات يمكنه إصلاح ذلك.

1- ينص الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07 على ما يلي: " مع مراعاة أحكام الفصل 86 أعلاه، يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمين، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم هذا الحق".

² عبد العالي الدقوقي، و المعزوز البكاي: م.س، الصفحة 164.

³ سعاد عاشور حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري المغربي، 1997، ص 234.

و من خلال استقراء الفصل أعلاه يتضح أن الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07 يتعلق بالتشطيب بمفهومه القانوني، أما التشطيب الوارد في الفصل 29 من القرار الوزيري هو تشطيب بمفهوم مادي، أو تقني بمقتضاه يمكن للمحافظ استدراك الخطأ¹ الذي ارتكبه.

هذا و تجدر الإشارة إلى انه من المستجدات التي حملها القانون رقم 14.07 تخويله رئيس المحكمة الابتدائية سلطة اتخاذ أوامر استعجاليه بالتشطيب على التقييدات الاحتياطية كلما كانت الأسباب المستند عليها غير جدية، أو غير صحيحة، و هذا ما تم التنصيص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 286 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07، هذا المقتضى آثار ضجة على المستوى الفقهي حيث انه فيه خروج عن القواعد العامة³ خصوصا الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية⁴.

وإذا كان منح القاضي الاستعجالي مثل هذه السلطة مبررا في بعض الحالات كتقاعس طالب التقييد الاحتياطي عن مواصلة إجراءات الدعوى، أو ضياع ملف الدعوى، وعدم العثور عليه لدى المحكمة المعنية، فإنه في حالات أخرى من شأنه التطاول على قضاء الموضوع⁵.

و أخيرا لا بد من التذكير أن التشطيب كما قد يقع نتيجة الاتفاق، أو بموجب حكم قضائي، يمكن أن يقع من تلقاء نفس المحافظ خاصة فيما يتعلق بالحقوق المنجمية سواء الترخيص بالبحث، أو الترخيص بالاستغلال إذا انتهت آجال هذه الحقوق، أو التنازل عنها، أو سقوطها حيث لا يمكن أن يظل التقييد قائما بعد انتهاء الحق الذي يستند إليه⁶.

المطلب الثاني : مسطرة التشطيب، و مسؤولية المحافظ.

على كل شخص يرغب في التشطيب على حق معين أن يتقدم بطلب إلى السيد المحافظ على الملكية العقارية، و الرهون مبينا فيه الحق المراد التشطيب عليه، و ذلك ببيان الرسم العقاري، و تعيين التقييد المطلوب تشطيبه، و السبب الذي يستند إليه في طلبه، و يطبق على التشطيب من حيث الشكل ما سبق بيانه بصدد طلب التقييد (الإيداع).

و يتعين على المحافظ العقاري أن يتحقق تحت مسؤوليته من كفاية المستندات المقدمة لتبرير شطب التقييد، و عدم تعارض ذلك مع نصوص القانون، فان تحقق من ذلك قام بتشطيب التقييد، بالإشارة إلى ذلك في صحيفة العقار

¹ - و الأخطاء التي نتحدث عنها هنا هي أخطاء بسيطة مثلا عوض أن يدون اسم احمد دون اسم حمد.

² - تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بمقتضى القانون رقم 14.07 على ما يلي: "يمكن اللجوء إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة نفوذها العقار، بصفته قاضيا للمستعجلات، للأمر بالتشطيب على التقييد الاحتياطي كلما كانت الأسباب المستند عليها غير جدية أو غير صحيحة."

³ - عبد الرحيم حزيكر: التقييد الاحتياطي و انعكاساته على الاستثمار، مقال منشور في : دور التشريع و نجاعة القضاء في حل المنازعات القضائية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، العدد الثالث 2011، ص 144.

⁴ - ينص الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: " الأوامر الاستعجالية لا تبث إلا في الإجراءات الوقتية، و لا تمس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر".

⁵ - احمد اجعون: التقييد الاحتياطي على ضوء القانونين 14.07، و 39.08، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العددين 105-105، يوليو - أكتوبر 2012، الصفحة 78-79.

⁶ - الفصول 34-64-90 من ظهير 16 ابريل 1951 المتعلق بالحقوق المنجمية.

محل الحق الذي يقرر شطبه، و يؤرخ التشطيب، و يوقعه، و إلا كان التشطيب باطلا، و ظل قائما، و هو المقتضى الذي نص عليه المشرع المغربي في الفصل 195¹ من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07.

و في حالة رفض المحافظ على الملكية العقارية تشطيب حق معين يجب عليه أن يعلل قراره، و يحق لطالب التشطيب أن يطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية²، هذا طبعا إذا رفض التشطيب وفقا للفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07، أما إذا رفضه طبقا للفصل 29 من القرار الوزيري المؤرخ ب3 يونيو 1915. فان قرار الرفض هذا يتم الطعن فيه أمام غرفة المشورة³، و جدير بالذكر أن المشرع المغربي لم ينظم الطبيعة القانونية لغرفة المشورة في قانون المسطرة المدنية، و لازالت تطرح عدة إشكاليات بخصوص طبيعتها.

خاتمة :

ختاما أخلص إلى أن العقار المحفظ يمكن أن تترتب عليه مجموعة من التصرفات والاتفاقات التي تخضع في تقييدها لإجراءات نظمها المشرع المغربي بدقة من خلال الباب الثاني من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07، المعنون بالتقييدات.

فتقييد الحق في الرسم العقاري يطلع بدور مهم، الغاية منه حماية الحقوق وإثباتها وتحويلها رتبة الأفضلية على الحقوق المقيدة في تاريخ لاحق على تقييدها، تجعل صاحب الحق المقيد بمنأى من أن ينازعه أحد في حقه لأن التقييد يضمن له ثبات واستقرار حقه،

هاته الأخيرة - الحقوق المقيدة في الرسوم العقارية - قابلة للانقضاء والإبطال عن طريق مسطرة التشطيب التي نظمها المشرع وحدد حالاتها وشروطها في الباب الثالث من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07 .

وعند قيام المحافظ العقاري بأي تقييد أو تشطيب من الرسم يتعين عليه التقييد بالإجراءات والمساطر القانونية المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري، وإذا تترتب عن قرار التقييد أو التشطيب ضرراً بالغير بسبب مخالفته لتلك المقتضيات كان ذلك سبباً لإثارة مسؤوليته الشخصية .

1- ينص الفصل 95 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07 على ما يلي: "ينجز كل تشطيب بالرسم العقاري ببيانات موجزة و يؤرخ هذا التشطيب ويوقع من طرف المحافظ على الأملاك العقارية تحت طائلة البطلان".

2- وهذا ما نص عليه المشرع المغربي من خلال الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل، و المتمم بموجب القانون رقم 14.07 الذي ينص على ما يلي: " يجب على المحافظ على الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها تقييد حق عيني، أو التشطيب عليه أن يعلل قراره، و يبلغه للمعني بالأمر. يكون هذا القرار قابلاً للطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبنت فيه مع الحق في الاستئناف. وتكون القرارات الاستئنافية قابلة للطعن بالنقض".

3- وهذا ما نص عليه الفصل 30 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915.

✓ قائمة المراجع :

المراجع العامة :

- 1- محمد الحياني : " في أنظمة الشهر العقاري في العالم"، مطبعة مؤسسة النخلة للكتاب، وجدة، الطبعة الأولى 2004.
- 2- عبد العالي الدقوقي: دراسة في القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية، طبعة 2013-2014 ، مطبعة وراقه سجلماسة، مكناس.
- 3- الطيب برادة: التنفيذ الجبري في التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، طبعة 1988.
- 4- عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، الطبعة السادسة أكتوبر 2012.
- 5- عبد العالي الدقوقي، و المعزوز البكاي: نظام التحفيظ العقاري، دراسة في القانون رقم 14.07 المغير و المتمم لظهير التحفيظ العقاري، مطبعة وراقه سجلماسة، مكناس، طبعة 2013-2014.
- 6- محمد بن احمد بونبات: نظام التحفيظ العقاري ، دراسة في القوانين المرتبطة بنظام التحفيظ العقاري بالمغرب ، مطبعة الوراق الوطنية بمراكش ، الطبعة الثانية 2005.

المراجع الخاصة :

- 1- سعاد عاشور حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري المغربي، 1997.

الأطروحات، و الرسائل:

- 1- نجيم أهتوت: المنازعات المثارة بصدد مسطرة الحجز التنفيذي العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، و الاقتصادية، و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2012-2013.
- 2- محمد سلام: مسطرة تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق بعين الشق البيضاء سنة 1998-1994 .

المقالات، و الندوات :

- 1- إدريس الفاخوري : كلمة افتتاحية ، ندوة العقار والاستثمار ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف وحدتي التكوين والبحث لنيل الدكتوراه ودبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ،جامعة محمد الأول وجدة ،يومي 19-20 ماي 2006، مطبعة دار الجسور وجدة ، الطبعة الأولى 2007 .
- 2- عبد الرحيم حزيكر: التقييد الاحتياطي و انعكاساته على الاستثمار، مقال منشور في : دور التشريع و نجاعة القضاء في حل المنازعات القضائية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، العدد الثالث 2011
- 3- محمد الوكاري : "العقار بين الازدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية"، مقال منشور بندوة الأنظمة العقارية بالمغرب، المطبعة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2003.
- 4- حبيبة التايس : الإشكالات العملية في موضوع الإنذار العقاري، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد 2، ماي 2003.

- 5- احمد اجعون:التقييد الاحتياطي على ضوء القانونين 14.07، و 39.08 ، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العددين 105-105، يوليوز - أكتوبر 2012.
- الأحكام، و القرارات القضائية :
- 1- في قرار عدد 747 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 08-03-2006، في الملف المدني عدد 1504-1-2004.
- 2-قرار عدد 3140 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30-11-2005 في الملف المدني عدد 1145-1-3-2005.
- 3-قرار عدد 564 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13-02-2002 في الملف العقاري عدد 187-1-2-2000.
- 4-محكمة النقض عدد 579/8 مؤرخ في 16/12/2014 ملف مدني عدد 3974/1/8/2014.
- 5-قرار عدد 64/2012 صادر عن استئنافية بني ملال بتاريخ 22-02-2012 في الملف الجنائي الاستئنافي عدد 11/190
- 6-في حكم صادر عن ابتدائية العرائش بتاريخ 30-10-2007، وهي تبث في الملف عدد 07/134.
- 7-الحكم رقم 324 الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 26-11-2007 في الملف عدد 1126-2002-2.

تعليق على قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش

رقم: 66 الصادر بتاريخ 16-01-2014 ملف رقم 1340-1221-2013

حول صلاحية قاضي المسنجلان للنشيط على التقييد الاحتياطي



سمير ووال : طالب باحث

بسلك الماستر قانون العقار

والتعمير الكلية المتعددة

التخصصات سلوان-الناظور

يعتبر التحفيظ العقاري من أنجع وسائل تثبيت الملكية والحفاظ عليها، باعتباره حق مقدس مقرر بموجب الدستور (الفصل 35)، وقد حدد المشرع مجموعة من الآليات في ظهير التحفيظ العقاري¹ للحفاظ على الملكية العقارية، ومن أبرزها نجد التقييد الاحتياطي الذي يعتبر بمثابة إجراء وقائي يتم توقيعه على العقار المحفظ بغية "عقل" يد مالك ذلك العقار من التصرف فيه لفترة محدودة في الزمان، غير أن هذا التقييد قد يستمر لمدة طويلة، خصوصا إذا ما تم بناء على مقال دعوى في الموضوع، وتم تمديده بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة، حيث يستمر إلى غاية صدور حكم في الموضوع، ونظرا للآثار السلبية التي قد تترتب على التقييد الاحتياطي والتي من أهمها عرقلة تداول العقار موضوع التقييد الاحتياطي، فقد خول المشرع بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 86 من (ظ ت ع) إمكانية التشطيب على التقييد الاحتياطي متى كان هنالك طلب جدي أو مبني على سبب قانوني، الأمر الذي طرح أشكال حول صلاحية رئيس المحكمة باعتباره قاضيا للمستعجلات للتشطيب على التقييد الاحتياطي، وهو ما سنحاول الإجابة عليه من خلال التعليق على قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش.

¹ 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)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص

• تلخيص وقائع القضية :

تقدم السيد (ج) بطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات يلتمس من خلاله إصدار أمر بالتشطيب على تقييدين احتياطين موضوع رسم عقاري، الأول عدد... والثاني عدد... فصدر الأمر الاستعجالي بعدم قبول الطلب مع تحميل رافعه الصائر، فعمد السيد(ج) الى الطعن في الأمر الاستعجالي أمام قضاء الموضوع بمحكمة الاستئناف.

تتلخص حيثيات هذا القرار في كون (السيد ج) يمتلك قطعة أرضية على الشيعاء موضوع رسم عقاري عدد... وقد تم توقيع تقييدين احتياطين على هذا الرسم بناء على مقال دعوى في الموضوع، حيث تقدم المالك بمقال استعجالي يتبني من ورائه التشطيب على التقييدين الاحتياطين معززا مقاله بمجموعة من الوثائق التي تفيد حسم قضاء الموضوع في الدعوى موضوع التقييد الاحتياطي، حيث كان ملك الدعوى الأولى الحكم بعدم قبول الطلب، في حين كان حكم في الدعوى الثانية عدم استحقاق المدعيات لشفعة ما اشتراه المدعى عليهم من الصك العقاري أعلاه، وأصبح الحكمين معا نهائيين إذ لم يتم الطعن فيها من قبل المحكوم ضدهم، زيادة على ذلك فقد تمسك بمقتضيات الفصل 428 من م م م للقول بتقادم الحكمين، غير أن قاضي المستعجلات أصدر أمره الاستعجالي بخلاف المطلوب، وتم الطعن في هذا الأخير أمام محكمة الاستئناف للبت كمحكمة موضوع، متمسكا بمقاله الافتتاحي مؤكدا على عدم جدية التقييدين الاحتياطين المسجلين الأول بتاريخ... والثاني بتاريخ... على اعتبار عدم استئنافهما من قبل المحكوم ضدهم، وتقادم الحكمين بمرور 30 سنة عن صدور اخرها علاوة على كون المستأنف عليهم تقدما بدعوى الشفعة دون ايداع مبالغها فعليا في صندوق المحكمة.

• منطوق الحكم :

بعد دراسة ملف القضية بجميع حيثياته من طرف المستشار المقرر، وبعدها أصبحت القضية جاهزة تم صدور الأمر بالتخلي وحجر القضية للمداولة، حيث أقرت المحكمة بتحقيق شروط الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري التي تخول لقاضي المستعجلات التشطيب على التقييد الاحتياطي معللة قرارها بكون التقييدين الاحتياطين قد صدرت أحكام في موضوعها، كما مررت على صدور اخر حكم فيهما 3 عقود من الزمن على حكم دون أن يقوم طالي التقييد بأي اجراء قانوني، مما دفع المحكمة الى الاقرار بعدم جدية التقييدين وتعسف أصحابه وبالتالي صرحت باختصاص قاضي المستعجلات للتشطيب على التقييدين الاحتياطين معا، وهو الامر الذي دفعها الى الغاء القرار المستأنف والحكم من جديد وفق الطلب.

• التعليق على القرار :

من خلال بحث حيثيات القرار موضوع التعليق يتبن لنا أن محكمة الموضوع أقرت بصلاحيه رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات للتشطيب على التقييدين الاحتياطين وفقا للفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري، وهو ما يدفعا إلى طرح عدة تساؤلات أبرزها مدى صلاحية قاضي المستعجلات للتشطيب على التقييد الاحتياطي؟ وهل له خصوصيات في مؤسسة التقييد الاحتياطي؟

الاجابة على هذه التساؤلات تدفعنا أساسا للتعرف على اختصاص قاضي المستعجلات وفق مقتضيات قانون المسطرة المدنية¹ (الفرع الأول) ومقارنها بمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 86 من ظهير 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 لنصل إلى المغزى الحقيقي من إقرار المشرع لصلاحيته رئيس المحكمة للتشبيب على التقييد الاحتياطي.

الفرع الأول: قاضي المستعجلات على ضوء قانون المسطرة المدنية :

عرف الفقه² قضاء الأمور المستعجلة بكونه " : قضاء يقصد به الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت فصلا مؤقتا لا يمس أصل الحق ، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ اجراء وقتي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين " .

من خلال التعريف أعلاه يتضح لنا أن القضاء الاستعجالي يهدف الى اتخاذ إجراء وقتي في موضوع حق معين، دون أن يترتب عن ذلك المساس بجوهر ذلك الحق، إذ تكمن الغاية منه الحفاظ المؤقت على حق خوفا من ضياعه في حالة ما تم اللجوء الى مسطرة التقاضي العادية.

وقد نظم المشرع اختصاص قاضي المستعجلات في الفصل 148 الى الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية وربط صلاحية اختصاصه بتحقيق شرطين أساسيين وهما شرط الاستعجال وعدم المساس بالجوهر

أولا : عنصر الاستعجال :

عرف الأستاذ عبد اللطيف هداية الله عنصر الاستعجال باعتباره "قيام خطر حقيقي يخشى فوات الوقت وحدوث ضرر لا يمكن تلافيه اذ رجع المدعي لدرئه الى القضاء العادي، وطبقت لذلك المسطرة العادية من استدعاء الخصوم أمام المحكمة، والتحقيق وإصدار الأحكام وسلوك طرق الطعن العادية بشأنها . ويتم النظر الى عنصر الاستعجال انطلاقا الى موضوع الحق حيث يستشف انطلاقا من المستندات المدلى بها حصرا بمعنى أن قاضي المستعجلات لا يجوز أن يتولد من مجرد رغبة الخصوم في ذلك أو اتفاقهم صراحة على طرح المنازعة أمامه، بل يتولد من طبيعة الاجراء المطلوب منه الحكم فيه والحقوق الواجب المحافظة عليها³.

ثانيا : عدم المساس بالجوهر :

نص المشرع في الفصل 152 من ق م م على أنه " لا تبت الأوامر الاستعجالية إلا في الاجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقتضي به في الجوهر " :

من خلال النص أعلاه فعنصر عدم المساس بالموضوع أو الجوهر، هو ألا ينظر قاضي الأمور المستعجلة في موضوع الدعوى ولا في أصل الحق، على أن هذا لا يمنع من أن يتفحص موضوع الدعوى بشكل عرضي وبالقدر الذي يكفي

¹ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741. صيغة محينة بتاريخ 20 مارس 2014.

² عبد الباسط جميعي، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 123 أورده عبد الكريم الطالب في كتابه "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، مراكش، طبعة أبريل 2013، ص 94

³ محمد علي راتب "قضاء الأمور المستعجلة" دون ذكر المطبوعة والطبعة، الجزء الأول، ص 7

لتكوين قناعته¹، وبالتالي فإذا كان الأمر يستلزم البت في جوهر النزاع، كأن يدلي كلا الطرفين بنفس الحجج تثبت أحقيتهم للحق موضوع النزاع، فإن ذلك يستلزم اللجوء الى قضاء الموضوع للحسم في موضوع النزاع، وهو ما يدفع قاضي المستعجلات الحكم بعدم اختصاصه.

ويتعين الإشارة في ختام هذه الفقرة إلى أن الامر الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة يكون مشمولاً بالإنفاذ المعجل بقوة القانون طبقاً للفصل 153 من ق م م، كما أنه قابل للاستئناف داخل أجل 15 يوماً من تاريخ التبليغ الى المعني بالأمر حيث يتم البت فيه أمام محكمة الموضوع وفق المسطرة العادية.

الفرع الثاني : صلاحية قاضي المستعجلات للتشطيط على التقيد الاحتياطي :

لبحث صلاحية رئيس المحكمة للتشطيط على التقيد الاحتياطي وجب الوقوف على محطتين تاريخيتين أساسيتين، الأولى قبل تعديل وتتميم ظهير التحفيظ العقاري لسنة 12 غشت 1912 (أولاً) والثانية بعد تعديل وتتميم الظهير المذكور (ثانياً).

أولاً : قبل تعديل وتتميم ظهير 13 غشت 1912 :

قبل تعديل ظ ت ع طرح اشكال على مستوى الساحة الفقهية والقضائية وبين السادة المحافظين حول مدى حول مدى اختصاص رئيس المحكمة للتشطيط على التقيد الاحتياطي.

حيث ذهب الأستاذ مأمون الكزبري الى الاقرار بصلاحية رئيس المحكمة بالتشطيط على التقيد الاحتياطي لعدم صحته أو عدم قانونيته وهو ما أقر أمر قضائي لرئيس المحكمة الابتدائية بالرباط " إن قاضي المستعجلات مختص بالتشطيط على كل تقيد احتياطي متى تبين له من أن تسجيله تم بصفة غير قانونية وخرق القواعد العامة، باعتبار أن التقيد الاحتياطي يشكل عرقلة بالنسبة لحرية التصرف والتفويت التي تعتبر من الحقوق الشرعية لكل مالك وأن الضرورة والاستعجال يستدعي تدخل قاضي المستعجلات²

في يرى الأستاذ محمد بن الحاج السلمي عكس ذلك لغياب النص القانوني الذي يمنح لرئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة اختصاص التشطيط على التقييدات الاحتياطية بجميع أنواعها³ وهو الاتجاه الذي تبنته بعض الأعمال القضائية للسادة رؤساء المحاكم الابتدائية" ومن بينها الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الذي مما جاء فيه⁴ :

"...وحيث يتجلى من وثائق الملف أن النزاع ما يزال قائماً حول الرسم العقاري موضوع التقيد الاحتياطي بدليل الحكم الصادر بتاريخ 17-01-2005 في الملف عدد 04-1383 بين الطرفين وهو حكم ابتدائي لم يصبح نهائياً بعد.

¹ عبد الكريم الطالبي، م س، ص 100

² أمر رقم 278 في الملف الاستعجالي رقم 6-84-742 بتاريخ 21-08-1984 منشور بمجلة رابطة القضاء السنة 22 العدد 18 بتاريخ 19 شتنبر 1986، ص 119

³ محمد بن الحاج السلمي " التقيد الاحتياطي في التشريع المغربي" دار العلم الرباط، طبعة 2002، ص 46 أورده هشام عليوي، م س، ص 185 و186

⁴ أمر استعجالي عدد 513 صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 1-2-2005 في الملف عدد 10752-2004 أشار اليه حسن منصف، م س، ص

44 رقم 94 أورده، هشام عليوي، م س 186

وحيث ان قاضي المستعجلات واستنادا لذلك يكون غير مختص بالبت في الطلب مما يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص...":

وعلى مستوى العمل داخل ادارة المحافظة العقارية فقد دأب البعض من السادة المحافظين على رفض طلبات التشطيب، بعلة أن الأوامر الاستعجالية لا ترفق بشهادة عدم الاستئناف، وقد انتقد هذا الأمر نظرا لكون الأوامر الاستعجالية تكون نهائية ونافاذة على الفور ويتعين الاستجابة الى تقييدها دون المطالبة بشهادة عدم الاستئناف¹ باعتبارها مشمولة بالنفاذ المعجل طبقا للفصل 152 من ق م م، وتماشيا مع هذا الطرح الاخير أصدر السيد المحافظ العام دورية رقم 393 بتاريخ 22 يونيو 2012 بموجبها يتعين على المحافظين التقييد بتنفيذ الأوامر الاستعجالية دونما حاجة للدلاء بشهادة عدم الاستئناف².

ثانيا : بعد تعديل وتنميم ظهير التحفيظ العقاري :

عدل وتمم المشرع المغربي ظهير التحفيظ العقاري بموجب القانون رقم 14-07، وأدخل جملة من التعديلات وحسم في مجموعة من الاشكاليات التي أبانت عنها الممارسة العملية، ومن أبرز الاشكالات التي تدخل المشرع وحسم في موضوعها أحقية رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات للتشطيب على التقييد الاحتياطي كلما كان الطلب جدي أو مبني على أسباب غير قانونية، حيث نص في الفقرة الأخيرة من المادة 86 من ظ ت ع "يمكن اللجوء إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة نفوذها العقار، بصفته قاضيا للمستعجلات، للأمر بالتشطيب على التقييد الاحتياطي كلما كانت الأسباب المستند عليها غير جدية أو غير صحيحة."

غير أن الاشكال الذي يطرح يتجلى في الكيفية التي يتدخل فيها رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات هل يتعين التقييد بمقتضيات قانون المسطرة المدنية؟ أم أن له خصوصيات في مادة التحفيظ العقاري؟

بالرجوع الى النص أعلاه يتضح أن المشرع أقر صلاحية رئيس المحكمة للبت في طلبات التشطيب على التقييد الاحتياطي كلما كان الطلب غير جدي أو مبني على أسباب غير قانونية مما يفترض فيه حسب ما نعتقد بكون شرط الاستعجال وعدم المساس بالجواهر محققين بشكل مسبق، حيث أن شرط الاستعجال يكمن في كون التقييد الاحتياطي يهدد التداول العادي والطبيعي للعقار ويعرقل استثماره من طرف مالكه،³ حيث يقف عقبة أمام تداول العقار والتي قد تمتد لعقود من الزمن، الأمر الذي قد يدفع بالبعض إلى احترام اللجوء الى هذه الآلية القانونية لابتزاز مالكي العقار، علاوة على كونه من شأنه أن يدعم سياسة الدولة الهادفة الى تعميم نظام التحفيظ العقاري.

أمام شرط عدم المساس بالجواهر فيعد من البديهيات حيث يمنع على قاضي المستعجلات الأمر بالتشطيب على تقييد احتياطي لازال موضوع تقييده قائما لم يتم حله بعد، كأن يكون التقييد الاحتياطي قد تم بناء على مقال دعوى في الموضوع وصدر أمر من رئيس المحكمة بتمديده حيث يظل قائما الى حين صدور حكم في الموضوع، وبالتالي فاحتراما لقدسية الأحكام القضائية، وتفاديا لتنافيها يمنع على قاضي المستعجلات التشطيب على التقييد الاحتياطي إذا كان موضوع تقييده لم يحسم بعض على مستوى القضاء بعد احتراماً لخصوصيات لمؤسسة التقييد الاحتياطي.

¹ أحمد الشحيبي "أحكام التقييد الاحتياطي على ضوء مستجدات القانون 14 نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية" سلسلة دفاتر محكمة النقض العدد 21 ص 301 و302

² أحمد الشحيبي، م س، ص 302

³ عبد الرحمان دريوش "الأمر الاستعجالي بالتشطيب على العجز التحفظي والتقييد الاحتياطي، مقال منشور في سلسلة دفاتر محكمة النقض، م س، ص 318

من كل ما سبق وارتباطا بالنازلة موضوع التعليق، يضح لنا أن توجه محكمة الاستئناف في محله فمادام التقيدين الاحتياطين تم توقيعهما بناء على مقال دعوى في الموضوع، وأنه صدرت أحكام قضائية بخلاف ادعاءات رافعي الدعويين، بالإضافة الى عدم إقدام أي واحد منهما على استئناف الحكمين، ومرور أجل 30 على صدور اخر حكم دون قيام أي من طرفي التقيدين الاحتياطين بأي إجراء قانوني، فكل ذلك يخول الصلاحية لرئيس المحكمة باعتباره قاضيا للمستعجلات للأمر بالتشطيب على التقييد الاحتياطي لجدية مقدم الطلب بناء على العلل المذكورة.

ومن أهم الملاحظات التي توقفنا عندها عند التعليق على هذا القرار أنه كان بيد رافع المقال الاستعجالي آلية قانونية مهمة تمكنه من التشطيب على التقيدين الاحتياطين بناء على الحكمين الصادرين لصالحه المتمثلة فيها أقره المشرع في الفصل 91 من ظ ت ع الذين يمكنان المحافظ على الأملاك العقارية من التشطيب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد بناء على عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به حيث تنص الفصل على ما يلي " مع مراعاة أحكام الفصل 86 أعلاه، يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمين، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم هذا الحق."

وعليه وبما أن الطاعن قد صدرت أحكام لصالحه فقد كان الأجدر له التقدم بهذين الحكمين بعدما اكتسبى قوة الشيء المقضي به للمطالبة بالتشطيب على التقيدين الاحتياطين، مما يدفعنا الى الاقرار بضرورة التدخل التشريعي إما بإلغاء مقتضيات الفقرة الأخيرة من مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 86 والاكتفاء بمقتضيات الفصل 91 من ظ ت ع، أو الابقاء عليها مع تمكين قاضي المستعجلات تلقائيا وبقوة القانون من إمكانية تطبيق مقتضيات الفصل 86 التي تنص "على المحكمة كلما ثبت لها أن طلب التقييد الاحتياطي قدم بصفة تعسفية أو كيدية أو عن سوء نية، أن تقضي تلقائيا لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بغرامة مدنية لا يقل مبلغها عن عشرة في المائة من قيمة العقار أو الحق المدعى به، والكل دون المساس بحق الأطراف المتضررة في المطالبة بالتعويض".

ولا تقوتنا الفرصة للتأكيد على ضرورة الإسراع لإحداث محكمة عقارية خاصة¹ للبت في جميع النزاعات التي لها ارتباط بالعقار وتكوين قضاء متخصصين في هذا المجال، وضرورة إدماج المواد التي تهتم مجال العقار والتعمير ضمن مواد الاختبار الكتابي والشفوي للنجاح في مباراة الملحقين القضائيين.

¹ ولعل أقرار المشرع في مسودة التنظيم القضائي باحداث غرفة خاصة بالعقار على مستوى محكمة النقض فائلة خير لتحقيق هذا المطلب مستقبلا

عقوبة المصادرة في التشريع المغربي



من إعداد : سعد بن عجيبية

باحث جامعي في سلك الدكتوراه

بجامعة محمد الخامس أكادال-الرباط

مقدمة :

يقصد بالمصادرة بذلك الحكم القضائي الذي يقضي بنزع ملكية الشيء جبرا من مالكة وإضافته إلى أموال الدولة (الخزينة العامة للمملكة) بسبب قيامه بعمل غير مشروع. والمصادرة هاته عادة ما تكون في شبه عقوبة مالية كالغرامة. لكن المصادرة لا تشمل الأموال فقط مثل الغرامة بل تمتد إلى الأشياء التي لا يمكن وصفها بالمال. حيث نجد جانب من الفقه يقر على أن المصادرة تطبق على المنقولات دون العقارات لأن العقارات غير قابلة للضبط. ويرى جانب آخر من الفقه والذي يمثل كل من الدكتور أحمد الخمليشي والدكتور عبد الواحد العلمي، بأن المصادرة كما تصح على المنقولات فإنها تصح على العقارات أيضا التي يمكن ضبطها بوضعها تحت التحفظ.

والقانون المغربي ينظم مقتضيات المصادرة في الباب الثاني من الكتاب الأول من المجموعة الجنائية تحت عنوان العقوبات الإضافية من خلال الفصول 199/46/45/44/43/42 على أن الفصل الأخير يوجد في الفرع الثاني من الكتاب الثالث في الجنايات والجناح ضد أمن الدولة الخارجي، مع الإشارة إلى أن الفصل 36 من نفس المجموعة عمل على جمع كل العقوبات الإضافية والتي تندرج ضمنها المصادرة.

فمن خلال استقراءنا لهذه المواد نجد أن المشرع المغربي لم يجعل أعمال المصادرة مطلقة وإنما قيدها بشرط عدم المساس بحقوق الآخرين ذوي النوايا الحسنة. وهم كل من ليست له علاقة بالجريمة، ومن غير العالمين بطبيعة الصلة التي تربط أشياءهم بالجريمة، أو أنهم مع علمهم باللاحق بهذه الجريمة حاولوا إنهاؤها¹.

والمصادرة ليس لها طابع عقابي فقط وإنما لها طابع وقائي تتمثل في الدور الذي يمكن أن تؤديه في مجال وقاية المجتمع من الأشياء المخطورة أو ذات الطبيعة الخطرة، وهذا ما أكدته المادة 89 من المجموعة الجنائية، لنخلص إلى أن المصادرة في القانون الجنائي المغربي هي إما أن تكون عقوبة إضافية وهي مسألة اختيارية بالنسبة للمحكمة، حيث يمكنها أن تحكم بها إذا ما رأت مبررا لذلك أو لا تحكم بها، وإما أن تكون كتدبير وقائي تقع على ذات الشيء أي عينه، الذي يعتبر

¹ - عبد الواحد العلمي : "المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي"، الجزء الثاني، المطبعة الجديدة الدار البيضاء، طبعة 1999، ص 134 و 135.

صنعه أو استعماله أو حيازته أو تملكه أو بيعه جريمة معاقب عليها، والحكم بهذا التدبير هي مسألة وجوبية تحكم بها دوما.¹

والمصادرة تجد صداها أيضا في بعض القوانين الخاصة. كمدونة الجمارك الفصل 212 منه، والظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.73.283 بتاريخ 28 ربيع الثاني، 21 مايو 1974 المتعلق بالمخدرات. الفصل 11 منه، وأيضا الظهير الشريف الصادر بتاريخ 12 رجب 1351/ الموافق ل 12 نونبر 1932 المتعلق بالتبغ. الفصل 81 منه، ناهيك عن قانون العدل العسكري الذي يعرف إجراءات خاصة.

وتجدر الإشارة إلى أن المصادرة في إطار القوانين الخاصة تختلف باختلاف أحكام القانون المطبقة عليه، وذلك بغية تعبئة وملء الفراغ التشريعي في ظل الجرائم المستحدثة بفعل التطور التكنولوجي، وأيضا لملائمة أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة والبروتوكولات الملحق بها، ولقد اعتمدت الجمعية العامة هذه الاتفاقية في قرارها 25/55 المؤرخ في 15/11/2000، وستدخل إلى حيز التنفيذ في اليوم التسعين من تاريخ إيداع الصك الأربعين من صكوك التصديق.

وبناء على ما تقدم فقد أفرزت المصادرة العديد الإشكالات على المستوى العملي والواقعي تبرز أهمها على الشكل التالي:

- هل تعتبر المصادرة سواء طبقت كعقوبة إضافية أو كتدبير وقائي وسيلة ناجعة للحد من الجريمة؟
 - كيف يمكن التأكد من حسن نية الغير في إطار الشيع أو الشركة؟
 - متى تكون المحكمة ملزمة بالحكم بالمصادرة ومتى تكون مخيرة في ذلك؟
 - هل يوجد تعاون دولي قضائي في مجال المصادرة؟ وأين يتجلى هذا التعاون؟
 - كيف يمكن الاطلاع على ترقيد الأموال وتهريبها من بلد لآخر في غياب وسائل حديثة تمكن من ذلك؟
- ولمعالجة هذه التساؤلات سنقوم بتقسيم موضوعنا إلى مبحثين:
- المبحث الأول: الإطار القانوني للمصادرة.
- المبحث الثاني: الإجراءات القضائية الرامية إلى تنفيذ المصادرة وإشكالياتها.

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 458 صادر بتاريخ 23 ماي 1978 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28، ص 203.

المبحث الأول : الإطار القانوني للمصادرة :

للإحاطة بالإطار القانوني للمصادرة ارتأينا معالجة هذا المبحث من خلال التعرض إلى مفهوم المصادرة بالاعتماد على مجموعة من القوانين قبل أن نتقل إلى تسليط الضوء على محلها، باعتباره حجر الزاوية فيها.

المطلب الأول : مفهوم المصادرة :

يختلف مفهوم المصادرة باختلاف القوانين المنظمة لها، سواء على مستوى القانون الجنائي أو على مستوى بعض القوانين الخاصة.

الفقرة الأولى : على مستوى القانون الجنائي :

بالرجوع إلى نصوص القانون الجنائي نجد أنها نظمت المصادرة وفق مفهومين يختلفان باختلاف نوعيهما، فمنها من اعتبرتها عقوبة إضافية¹، ومنها من تناولتها كتدبير وقائي².

فالمصادرة كتدبير وقائي تنصب على الأدوات والأشياء المحجوزة التي يكون صنعها كالتقود المزيفة، أو استعمالها كالمخدرات أو بيعها كالبضائع المغشوشة جريمة ولو كانت تلك الأدوات والأشياء على ملك الغير، وحتى لو لم يصدر حكم بالإدانة.

في حين أن المصادرة كعقوبة إضافية إما أن تكون جزئية وإما أن تكون عينية. والمقصود بالأولى تملك الدولة جزءا من أملاك المحكوم عليه، والمصادرة في هذه الحالة عقوبة تكميلية لا يحكم بها إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون مع وجوب النص عليها في الحكم³، أما النوع الثاني فيقصد به تملك الدولة الأدوات والأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة أو التي تحصلت منها⁴.

الفقرة الثانية : على مستوى القوانين الخاصة :

بالنسبة لمدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة:

تدخل المصادرة في هذه المدونة من خلال الجرح والمخالفات في القسم المتعلق بالعقوبات والتدابير الاحتياطية الجمركية إذ نصت من خلال المادة 208 منها على أن العقوبات والتدابير الاحتياطية الحقيقية المطلقة فيما يخص الجرح والمخالفات الجمركية هي :

✓ الحبس؛

✓ مصادرة البضائع المرتكب الغش بشأنها والبضائع المستعملة لإخفاء الغش ووسائل النقل؛

✓ الغرامة الجبائية.

¹ - المواد: 36-42-43-44-45-46.. من القانون الجنائي المغربي.

² - المادتين: 62-89 من القانون الجنائي.

³ - الفصل 42 من القانون الجنائي.

⁴ - الفصل 43 من القانون الجنائي.

وجاء في المادة 211 منها أنه تقع مصادرة البضاعة المثبت الغش بشأنها أيا كان حائزها ويؤمر بها وجوبا حتى ولو كانت هذه البضاعة ملكا لشخص أجنبي عن الغش أو لشخص مجهول حتى ولو لم يصدر حكم بأنها الأمر الذي يوضح مخالفة القانون الجنائي. ذلك أن المصادرة تكون إلزامية فقط في الجنايات وغير ذلك في الجنايات والجرح إلا بمقتضى نص صريح.

كما أن المصادرة تشمل البضاعة التي استعملت لإخفاء البضائع المثبت الغش بشأنها ما عدا إذا ثبت أن هذه البضاعة في ملك شخص آخر أجنبي، فضلا أن مالكي الأشياء المصادرة ودائنيهم في هذه المدونة يستحيل عليهم المطالبة بالأشياء المصادرة ولا بأثمانها وكذا نفس الأثر بالنسبة للأشياء المحجوزة ما لم يرفع عنها الحجر بأمر قضائي حتى ولو كانوا يستفيدون من أي امتياز معين.

هذا، ونجد المدونة قد فرقت بين مجموعة من الأنواع في باب المصادرة، فمصادرة الأشياء ليست هي مصادرة البضائع ليست هي مصادرة وسائل النقل، كما ميزت بين الشخص مرتكب الفعل والشخص الأجنبي والشخص المجهول ويمكن في حالة مصادرة أشياء تافهة وأشياء محجوزة على مجهولين أن تطلب إدارة الجمارك من المحكمة الابتدائية في ملتمس فقط مصادرة الأشياء المحجوزة، إذا ارتأت أنه لا داعي للمتابعة نظرا لتفاهة الغش وهو ما نصت عليه المادة 259 منها.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 217 من مدونة الجمارك نصت على أن عائدات الغرامات والمصادرات ترجع لفائدة الإدارة الجمركية وحدها... الأمر الذي يلزم النظر ولو قليلا في غضون مجموعة من القانون الجنائي عندما نصت على أن العائدات إنما هي من نصيب لفائدة الدولة، فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار هل إدارة الجمارك هي التي تقوم بالمصادرة أم أن الخزينة العامة للدولة هي المكلفة بذلك؟ وهل مجرد التفويت لفائدة إدارة الجمارك هو تفويت لفائدة الدولة؟ علما أن المادة 46 من القانون الجنائي تقر بصريح عبارتها أن تفويت الأموال المصادرة تباشر من طرف إدارة الأملاك المخزنية حسب الإجراءات المقررة بخصوص بيع أملاك الدولة. وبما أن إدارة الأملاك المخزنية تقع هي وسابقاتها من إدارة الجمارك والخزينة العامة للمملكة تحت وصاية وزارة المالية، فإن الإشكال حول صلاحية الإدارة المختصة بالمصادرة لفائدتها يصبح متجاوزا مادام أن كل هذه الإدارات في شكل (مديريات عامة) توجد تحت وصاية وزارة واحدة.

بالنسبة لظهير 21 ماي 1974 المتعلق بمحاربة المخدرات :

برجعنا إلى ظهير 21 ماي 1974 المتعلق بالمخدرات، وتحديد الفصل 11 منه نجده يوجب على المحاكم في حالات معينة في الفصول قبله مصادرة المواد أو النباتات المحجوزة تطبيقا للفصل 89 من القانون الجنائي الذي جاء فيه أنه "يؤمر بالمصادرة كتدبير وقائي بالنسبة للأدوات والأشياء المحجوزة التي يكون صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو بيعها جريمة ولو كانت تلك الأدوات أو الأشياء على ملك الغير حتى ولو لم يصدر حكم بالإدانة"، وتأمرك كذلك بحجز أدوات ومنشآت تحويل المواد أو النباتات أو صنعها والوسائل المستعملة لنقلها.

ينضاف إلى ذلك ظهير 12 نونبر 1932 المتعلق بنظام التبغ بالمغرب الذي أعطى تصورا فريدا من نوعه للمصادرة حينما لم يعر فيها أي اهتمام بالغير حسن النية، إذ جاء فيه "يصدر الحكم بمصادرة السلع والأشياء الواقع عليها

الغش والخداع، ولو كان مالكها حسن النية"¹، على أن تكون مملوكة لغير الدولة إذ لا يمكن أن تكون المصادرة منها وإليها، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها"².

المطلب الثاني : محل المصادرة :

لدراسة موضوع أو محل المصادرة ارتأينا معالجة هذه الأخيرة إنطلاقاً من كونها عقوبة إضافية (الفقرة الأولى) وكذلك من كونها تدبير وقائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المصادرة كعقوبة إضافية :

وتشمل المصادرة كعقوبة إضافية ما يلي :

- المصادرة الجزئية لأموال المحكوم عليه (الفصل 42 ق.ج).

- مصادرة الأشياء أو الأدوات التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة أو التي تحصلت منها (الفصل 43 ق.ج).

والمقصود بالمصادرة الجزئية لأموال المحكوم عليه هو تمليك الدولة جزءاً من أملاك المحكوم عليه، والمصادرة في هذه الحالة عقوبة إضافية لا يحكم بها إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون، مع وجوب أن ينص عليها الحكم.³

ولا يمكن أن تمس المصادرة كعقوبة إلا الأشياء المملوكة للمحكوم عليه. وإذا لم يكن هذا الأخير إلا مالكا على الشيعاء فإن المصادرة لا تنصب إلا على المحكوم عليه⁴، يترتب عنها حتماً القسمة أو التصفية عن طريق المزايدة استناداً إلى الفصل 45 من القانون الجنائي.⁵

وبما أن المصادرة في الأصل هي عقوبة جنائية، فلا يمكن الحكم بها على ورثة المحكوم عليه إذا توفي هذا الأخير قبل أن يصير الحكم الصادر في حقه غير قابل للطعن. في حين أنه إذا صار غير قابل للطعن ولكن المحكوم عليه توفي قبل أن ينفذ، فيمكن أن يتابع التنفيذ على تركته كما ينص على ذلك الفصل 50 من ق.ج.ج بالنسبة للغرامات.

أما بالنسبة للحالة الثانية والمتعلقة بمصادرة الأشياء أو الأدوات التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة أو التي تحصلت منها، فيجب التمييز بين كون المصادرة تابعة لحكم صدر من أجل ارتكاب جنائية وبين كونها تابعة لحكم صدر من أجل ارتكاب جنحة أو مخالفة.

¹ - وسنقوم في المبحث الثاني بتخصيص فقرة لدراسة وتحليل هذا المقتضى، استناداً إلى الاجتهاد القضائي المغربي.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 11 غشت 1948، أشار إليه علي فاضل حسن، في مؤلفه "المصادرة في القانون الجنائي المقارن"، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، ص 347.

³ - شادية الشومي: "القانون الجنائي العام" طبع وتوزيع دار القلم، الطبعة الثانية 2001، ص 20.

⁴ - جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 1810 بتاريخ 29 مارس 1983: "لا تمس المصادرة إلا الأشياء المملوكة للمدان. باستثناء الأحوال المنصوص عليها في القانون، وإذا كان المال محل المصادرة مملوكاً على الشيعاء بين المدان والغير فإن المصادرة لا تنصب إلا على نصيب المدان وتترتب عنها القسمة أو التصفية عن طريق المزايدة. تكون المصادرة أمراً إلزامياً في بعض الحالات المحددة قانوناً وليس منها حالة استعمال سيارة على مل كآب المتهم عدة سرقات، مما يعرض القرار الذي رفض استرداد هذه السيارة للنقض" (راجع حيثيات الحكم في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 32 ص 186).

⁵ - وزارة العدل: "القانون الجنائي في شروح"، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الطبعة الثانية، 1997، ص 43.

فيمكن الحكم بالمصادرة كيفما كان نوع الجنائية، ولا يهم أن يكون القانون قد نص على إمكانية الحكم لجنائية معينة. في حين أن المصادرة لا يمكن أن تقترن بحكم صادر من أجل جنحة أو مخالفة إلا إذا وجد نص خاص يقررها صراحة الفصل 44 ق.ج.

وقد جعل القانون المصادرة إلزامية في بعض الحالات، كما هو الحال عليه في الفصول 610، 578، 350، 255، 207، 119 من القانون الجنائي، و81 من ظهير 12 نونبر 1932 الموافق ل 15 رجب 1351 المتعلق بنظام التبغ، ولا يمكن الحكم بالمصادرة ضد المسؤول المدني، وبطبيعة الحال لا يمكن الحكم بها كذلك على من صرحت المحكمة ببراءته، وهذا ما يميزها عن التدبير الوقائي المنصوص عليها في الفصل 89 من القانون الجنائي¹.

الفقرة الثانية: المصادرة كتدبير وقائي:

يأمر الفصل 89 من القانون الجنائي بالمصادرة: " كتدبير وقائي بالنسبة للأدوات والأشياء المحجوزة التي يكون صنعها (كالنقود المزيفة)، أو استعماله (كالمخدرات) أو بيعها (كالبضائع المغشوشة) جريمة ولو كانت تلك الأدوات والأشياء على ملك الغير، وحتى ولو لم يصدر حكم بالإدانة".

وعدم صدور حكم بالإدانة، يكون في الحالة التي يظل فيها مرتكب الجريمة مجهولا، وكذا في الحالة التي تكون معاقبته زجريا غير ممكنة (كما لو كان مصابا باضطراب عقلي). أما فيما يخص عدم أهمية كون الأشياء المصادرة مملوكة للغير، فمن الواضح أن الغير نفسه يكون بصفة عامة مخالفا للقانون، وبالتالي ليست له الصفة للمطالبة بملكية هذه الأشياء أو الأدوات.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه في حالة المصادرة العينية للأشياء كتدبير وقائي لا بد من مراعاة ظروف المالك الحقيقي في بعض الحالات، فلا تصدر عنه أشياءه، فمثلا التاجر في الأسلحة الذي تسرق منه بعض البنادق أو الرصاص من متجره يجب أن لا يضيع عليه حقه في حالة ما إذا ضبط المسروق منه إذ يجب رده إليه، وشركة صنع الأدوية التي تسرق منها كمية البال فيوم مثلا، يجب أن ترد إليها إذا ضبط السارق وأقر بسرقة. وذا عملا بقاعدة عامة جاءت في المادة 106 ق.ج التي اعتبرت بأن: "الرد هو إعادة الأشياء أو المبالغ أو الأمتعة المنقولة الموضوعة تحت يد العدالة إلى أصحاب الحق فيها" ذلك أن المالكين للأشياء السابقة (الأسلحة أو المواد المخدرة) كانت ملكيتهم لها ثابتة ومرخص بها، أي قانونية².

وخلاصة لما سبق، فإذا كان المشرع قد أعطى صفتا العقوبة والتدبير الوقائي للمصادرة، فإنه عمد في نفس الوقت إلى وضع قواعد تميز بينهما.

ومن أوجه التمييز، كما تسمح بذلك المقارنة بين القواعد المنظمة لكل واحد من الإجراءات:

أن المصادرة كتدبير وقائي يمكن أن يطال أشياء في ملك الغير، في حين أنها كعقوبة لا تشمل إلا الأشياء المملوكة للمحكوم عليه، وأنها كتجبير وقائي يمكن أن تتخذ ولو في غير حالة صدور عقوبة، في حين أنها كعقوبة إضافية

¹ - وزارة العدل، المرجع السابق، ص 43.

² - د. عبد الواحد العلي، المرجع السابق، ص 210.

تكون ملحقة بعقوبة أصلية، وأنها كتدبير وقائي يمكن أن تقترن بالجنح والمخالفات، إلا في حالة وجود نص خاص أما في الجنايات فتقديرها يرجع للمحكمة بسند الفصلان 43 و44 من القانون الجنائي.¹

المبحث الثاني: الإجراءات القضائية الرامية إلى تنفيذ المصادرة وإشكالياتها²:

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى المصادرة في بعض جرائم الأموال والجرائم الخاصة إضافة إلى التعاون القضائي الدولي في هذا المجال ثم نختتم بالصعوبات التي تواجه تنفيذ المصادرة على ضوء العمل القضائي.

المطلب الأول: المصادرة في بعض جرائم الأموال والجرائم الخاصة:

وسنعمل على تقسيم هذا المطلب إلى فئتين تخصص الأولى لدراسة المصادرة في جريمة غسل الأموال وتجارة المخدرات فيما نخصص الثاني للتعاون القضائي الدولي في مجال المصادرة.

الفقرة الأولى: المصادرة في جرمي غسل الأموال وتجارة المخدرات:

بما لا شك فيه أن المشرع المغربي بإصداره لقانون 05-43 المتعلق بغسل الأموال كان همه الأكبر هو ملاحقة عائدات الجرائم حتى لا يتسنى للمجرمين الاستفادة من هذه الأخيرة على اعتبار أن ذلك هو الهدف الأساسي من الزجر المقرر في القانون الجنائي على العموم. وهذه القاعدة نستشفها من خلال الأعمال التحضيرية التي سبقت صدور هذا القانون³ كما تبدو واضحة من خلال مجموعة من الاتفاقيات الدولية للأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000، ورجوعاً إلى فصول قانون 05-43 المتعلق بغسل الأموال نلاحظ أن المشرع المغربي قد قرر لهذه الجريمة عقوبة جنحية تمثلت في: الحبس من سنتين إلى خمس سنوات والغرامة من 20000 إلى 100000 درهم⁴ لكنه لم يقتصر على هذه العقوبة بل ألزم القاضي بالحكم بواحدة أو أكثر من العقوبات الإضافية وجعل من بينها المصادرة الجزئية أو الكلية للأموال التي استعملت لارتكاب الجريمة والمداخيل المتحصلة من هذه الأموال مع حفظ حقوق الغير حسني النية.⁵

وفي اعتقادنا أن القاضي لا بد وأن يحكم بالمصادرة الكلية للأموال التي استعملت لارتكاب الجريمة والمداخيل المتحصلة منها وذلك تطبيقاً للفصل 43 من القانون الجنائي وانسجاماً مع روح القانون الهادف إلى حرمان المجرمين من الاستفادة من عائدات جرائمهم. كما أن المصادرة الكلية في هذه الحالة لا تتعارض مع الفصل 42 من القانون الجنائي القاضي بأن مصادرة أملاك المحكوم عليه لا تكون إلا جزئية لأن المصادرة في جريمة غسل الأموال تنصب على أموال استعملت في الجريمة ومداخيل متحصلة منها ومن جرائم سابقة عليها وبذلك فالمصادرة في هذه الحالة يمكن

¹ - للمزيد من التمييز بين المصادرة كعقوبة إضافية وكتدبير وقائي، راجع:

عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 209 وما بعدها.

محمد ملياني: "القانون الجنائي العام"، الطبعة الأولى، 2004، ص 244.

² تمت معالجة هذا البحث بتدقيق مع الأستاذ سمير القصبة نائب وكيل الملك بإبتدائية سيدي قاسم، والأستاذ العربي تابت محامي بنقابة هيئة المحامين بالرباط، والأستاذ المختار عبد الدائم إطار بوزارة المالية.

³ - تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بشأن مناقشة مشروع قانون 05-43 المتعلق بغسل الأموال.

⁴ - الفصل 3-574 من مجموعة القانون الجنائي كما أضافه قانون 05-43 المتعلق بغسل الأموال.

⁵ - الفصل 4-574 من مجموعة القانون الجنائي كما أضافه قانون 05-43 المتعلق بغسل الأموال.

اعتبارها مصادرة عينية تنصب على الأداة الرئيسية لارتكاب الجريمة وعلى متحصلات جرائم سابقة عليها¹، وذلك انسجاماً مع المادة 12 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000 والتي صادق عليها المغرب في يوليو من سنة 2002² حيث نصت في بندها الأول على أنه: يتعين على الدول الأطراف أن تعتمد إلى أقصى حد ممكن في حدود نظمها القانونية الداخلية ما قد يلزم من تدابير للتمكين من مصادرة:

أ - العائدات الإجرامية المتأتية من الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية أو الممتلكات التي تعادل قيمتها قيمة تلك العائدات.

ب - الممتلكات أو المعدات أو الأدوات الأخرى التي استخدمت أو يراد استخدامها في ارتكاب جرائم مشمولة بهذه الاتفاقية³.

أما بخصوص تجارة المخدرات ورجوعاً إلى مقتضيات ظهير بمثابة قانون المتعلق بزجر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على هذه المخدرات والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 2873 في 22 نونبر 1967 والذي نص في الفصل 11 منه على أنه: "يتعين على المحاكم في جميع الحالات المنصوص عليها في الفصول السابقة أن تصدر المواد والنباتات المحجوزة تطبيقاً للفصل 89 من القانون الجنائي وكذا جميع المبالغ المالية المحصل عليها من ارتكاب الجريمة وتأمراً كذلك بحجز إداري لمنشآت تحويل المواد والنباتات أو صنعها أو الوسائل المستعملة لنقلها.

يتضح من خلال التمعن في مقتضيات المادة 11 من ظهير 1974/05/21 أن المشرع المغربي أوجب على المحاكم في جميع الأحوال مصادرة المواد والنباتات المخدرة أياً كان منطوق الحكم يستوى في ذلك أن يكون الحكم قد صدر بالإدانة أو البراءة أو سقوط الدعوى العمومية لوفاة المتهم أو التقادم أو لأي سبب آخر . وتبعاً لذلك فإنه بمجرد تأكيد المحكمة من تحقق الجريمة يتعين عليها أن تأمر بمصادرة المواد والنباتات المخدرة وجميع المبالغ المالية المحصل عليها من ارتكاب الجريمة وكذا جميع الأدوات ومنشآت تحويل المواد أو النباتات أو صنعها أو الوسائل المستعملة لنقلها كيفما كان منطوق الحكم . وعبارة "أدوات" وردت مطلقة تنطبق على كل المواد التي استعان بها المتهم في إنتاج المخدرات أو صنعها أو حفظها أو وزنها . وبهذا المعنى فإن الحكم بمصادرة الأدوات والأشياء المضبوطة المستخدمة في ارتكاب الجريمة وجوبي وليس اختياري يتعين بمجرد أن تتحقق من ذلك أن تأمر المحكمة بمصادرتها كيفما كان منطوق الحكم.

ويجوز للمحكمة المرفوع إليها القضية في جميع الحالات المنصوص عليها المقطع 1 من الفصل الثالث أن تأمر بمصادرة جميع الأثاث والأشياء المنقولة المزينة أو المزخرفة الأماكن بها والأدوات المعلقة أو المستعملة لأغراض المخدرات".

وبالتالي فالملاحظ أن المشرع المغربي جعل من المصادرة في هذا النص عقوبة إضافية تنصب على أدوات الجريمة ومتحصلاتها كما جعل منها تدبيراً وقائياً لحفظ الصحة والسلامة حتى لا يتمكن الجناة من الإفلات بهذه المواد في حالة سقوط الدعوى العمومية إما بالتقادم أو غير ذلك⁴. كما يبدو أن الواقع العملي قد أفرز إشكالات من نوع آخر

¹ - وفي هذا الإطار، لا بأس من التذكير بالخلافات الفقهية المتمحورة حول مفهوم "المال"، بين اتجاه يرى بأن المال هو حق وآخر يقول بأنه شيء، واتجاه حديث يذهب إلى اعتبار المال حق موضوعه الشيء.

² - تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بشأن مناقشة مشروع قانون 05-43 المتعلق بغسل الأموال.

³ - علماً أن جريمة غسل الأموال من بين الجرائم المنظمة المشمولة بهذه الاتفاقية.

⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد 458 س 1 بتاريخ 1978/5/23 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 28 ص 176.

وهو في حالة سرقة هذه المواد المصادرة والتصرف فيها إما باستهلاكها أو بيعها وأو غير ذلك فإنه يصعب استرجاع هذه المواد كما يصعب استرجاع قيمتها على اعتبار أن المواد المخدرة تعتبر من النجاسات وليس لها قيمة السوق.¹

الفقرة الثانية: التعاون القضائي الدولي في مجال مصادرة:

مما لا جدال فيه أن محترفي تجارة المخدرات وغسل الأموال يستعينون بعصابات إجرامية موزعة في شتى بقاع العالم، مما يضيفي صفة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على كل من جريمة غسل الأموال وتجارة المخدرات، كما أنه من المؤكد حتما أنه لن تستطيع أي دولة منفردة أن تصل إلى متحصلات وعائدات هذه الجرائم على اعتبار أنها غالبا ما تكون موزعة بين مجموعة من الدول، مما يفرض تعاوننا دوليا في هذا المجال حتى لا يتسنى للمجرمين المحترفين العودة إلى إجرامهم بعد قضائهم فترات العقوبة السالبة للحرية.

ولنا في قضية بارون المخدرات (منير الرماش) سنة 2003 مثال واضح على صعوبة تنفيذ المصادرة على اعتبار أن أملاك هذا الأخير كانت موزعة بين كل من المغرب وإسبانيا إضافة إلى أنه كان حاملا للجنسيتين المغربية والإسبانية² فطبقا لمبدأ إقليمية القانون الجنائي فإن الحكم الجنائي القضائي بمصادرة أملاك (م.ر) لي اعتبار أنها عائدات تجارة المخدرات لا يكتسب الحجية القانونية فوق التراب الإسباني إلا إذا توجه المغرب بطلب رسمي في إطار التعاون القضائي (بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية) إلى حكومة الدولة الإسبانية على اعتبار أن المغرب له ولاية قضائية أصلية على هذا البارون الصادر في حقه حكما يقضي بمصادرة بعض املاكه التي تحصل عليها عن طريق الإتجار الدولي للمخدرات، وذلك تطبيقا للمادة 13 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000 في فقرتها الأولى³ لكن إسبانيا آنذاك لم تبد تعاوننا مع السلطات المغربية مما حال دون مصادرة الأملاك الواقعة فوق التراب الإسباني وذلك لعدة أسباب أولها أن (م.ر) كانت له الجنسية الإسبانية ومعلوم أنه في إطار الاتفاقيات الثنائية لتسليم المجرمين لا يمكن لأي دولة أن تسلم مواطن حامل لجنسيتها إلى دولة أخرى من أجل محاكمته فما بالك بتسليم أملاكه وثانيها أن (المدعو م.ر) تمت محاكمته أمام محكمة العدل الخاصة باعتباره راشي وهي محكمة استثنائية اعتبرت إسبانيا آنذاك أنه لم يتمتع بحقوق الدفاع.

ونؤكد على أن مصادرة المغرب على مجموعة من الاتفاقيات الدولية والتي من أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لزرع تمويل الإرهاب واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في يوليوز 2002 ساهم إلى حد كبير في قطع الطريق على محترفي الإجرام من الاستفادة من عائدات جرائمهم.

وقد أشارت المادة 24 من قانون 05-43 المتعلق بغسل الأموال إلى إمكانية التعاون الدولي مع السلطات التي لها نفس اختصاصات وحدة معالجة المعلومات المالية، كما أحالت المادة 31 من نفس القانون على المواد 6-595 و7-595 ثم 8-597 من قانون المسطرة الجنائية والتي بينت شروط تنفيذ حكم أجنبي قاضي بالمصادرة ويمكن تلخيصها فيما لي:

¹ - قرار المجلس الأعلى ملف جنحي 90/17647 بتاريخ 1993/7/1 منشور بمجلة الإشعاع عدد 10، ص 117.

² - el periodica de elmondo, 2003, n°2452, espagna.

³ - يتعين على الدولة الطرف التي تتلقى طلبا من دولة أخرى لها ولاية قضائية على جرم مشمول بهذه الاتفاقية من أجل مصادرة ما يوجد في إقليمها من عائدات إجرامية أو ممتلكات أو معدات أو أدوات أخرى مشار إليها في الفقرة 1 من المادة 12 من هذه الاتفاقية أن تقوم إلى أقصى حد ممكن في إطار نظامها القانوني الداخلي.

أ - أن يكون المقرر القضائي الأجنبي نهائيا وقابلا للتنفيذ وفق قانون الدولة الطالبة.

ب - أن تكون الممتلكات المراد تجميدها أو حجزها أو مصادرتها عملا بهذا المقرر قابلة للتجميد أو الحجز أو المصادرة في ظروف مماثلة حسب التشريع المغربي.

كما أضافت المادة 8-595 من قانون المسطرة الجنائية أنه يترتب على ترخيص الوكيل العام للملك بالمصادرة مع مراعاة حقوق الأغيار نقل ملكية الممتلكات المصادرة إلى الدولة المغربية ما عدا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك مع الدولة الطالبة أو في إطار تطبيق اتفاقية دولية أو على أساس المعاملة بالمثل.

المطلب الثاني: آثار المصادرة على ضوء العمل القضائي :

وسنحاول في هذا المطلب التطرق لبعض الإشكالات التي تطرحها المصادرة سواء على مستوى حدودها والجوانب التي تطلها، وتحديد ما يتعلق بحقوق الغير، أو على مستوى ما يمكن أن تثيره من صعوبة في إطار إجراءات تنفيذه

الفقرة الأولى: مدى مراعاة حقوق الغير خلال الحكم بالمصادرة :

يعد الفصل 43 من القانون الجنائي الأساس القانوني لحفظ حقوق الغير خلال الحكم بالمصادرة، إذ نص على أنه "في حالة الحكم بالمؤاخذة على فعل يعد جنائية، يجوز للقاضي أن يصادر لفائدة الدولة، مع حفظ حقوق الغير، الأدوات والأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة أو التي تحصلت منها، وكذلك المنح وغيرها من الفوائد التي كوفئ بها مرتكب الجريمة أو التي كانت معدة لمكافئته"، فكما يلاحظ أن هذا المقتضى هو بمثابة السياج التشريعي لحقوق الغير، حفظا لها من المصادرة لكن التساؤل الذي يمكن بسطه في هذا الإطار هو مدى فعالية هذا المقتضى على مستوى الممارسة القضائية؟ هل يسري على جميع الحالات؟ أم أنه يصطدم بمعوقات على هذا المستوى؟

قبل معالجة الوضع استنادا إلى إحدى قرارات المجلس الأعلى المنصبة على نفس الإشكال، تجدر الإشارة أولا إلى الحكم الذي جاء به الفصل 81 من ظهير 12 نونبر 1932 المتعلق بنظام التبغ بالمغرب، حيث قضى بحجز ومصادرة وسيلة النقل التي وجد على متنها التبغ أو الكيف.

هذا الفصل سيستند إليه المجلس الأعلى في قرارين له¹ لنقض قرارين استثنائيين متشابهين إلى حد كبير، قضى أولهما برد سيارة وجد على متنها التبغ إلى صاحبها لعله أنها سرقت منه وارتكبت بها الجريمة، وثانيهما لعله أنه حسن النية ولم يكن يعلم أن الراكب كان يحمل معه الكيف:

فأمام تعارض النصين الفصل 43 من القانون الجنائي والفصل 81 من ظهير 12 نونبر 1932، لجأ المجلس الأعلى إلى ترجيح هذا الأخير على حساب الآخر، معللا ما قضى به بأن الفصل 81 المذكور يكون واجب التطبيق كلما تعلق الأمر بناقلة حاملة للتبغ أو الكيف بصرف النظر عن مالكها. حيث يطرح التساؤل حول مدى عدالة ما ذهب إليه المجلس الأعلى لما تجاهل حقوق الغير حسن نية، سيما وأن الفصل 81 المذكور لم يتعرض ضمن أحكامه إلى وضعية هذا الغير، إذ سكت عنها.

¹ - قرار المجلس العلى عدد 48، صادر بتاريخ 19/11/1970 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 19، ص 82.

قرار المجلس الأعلى عدد 110، صادر بتاريخ 10/12/1970، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 45.

ولعله كان من الأفيد الرجوع إلى القواعد العامة في هذا المجال، عوض استغلال سكوت النص عن حقوق الغير للقول بأن المشرع قد أوجب مصادرة وسيلة نقل الكيف في جميع الأحوال، وبدون استثناء، فلا يظهر من خلال عبارة النص ما يفيد أن المشرع قصد بالفعل تحميله هذا المعنى.

وهكذا، كان من المناسب إعمال أحكام الفصل 43 من القانون الجنائي الذي يوفر ما يكفي من الحماية لحقوق الغير أثناء المصادرة، خاصة لما علمنا من خلال حيثيات القرارين، أن صاحب السيارة المضبوط على متنها الكيف هو حسن النية في القرار الأول¹، في حين أنه في القرار الثاني² ليس كذلك فحسب، بل هو ضحية جريمة سرقة وقعت على سيارته قبل أن تستعمل في نقل الكيف، وتكون موضوع مصادرة فيما بعد.

هذا، وأن مبدأ العدالة يقتضي دائما النظر إلى النازل من الناحية الواقعية المنطقية، عوض التشبث المتطرف بحرفية النص، ومن دون ربطه بالمقصد العام للمشرع. فتغيب هذا المبدأ من قبل المجلس الأعلى لم يكن له أثر على هاتين الواقعتين فحسب، بل سيرز مرة ثانية في قرار له³، حين ذهب إلى نقض وإبطال قرار استثنائي قضى بمصادرة يخت مملوك للمدان وضبط على متنه متفجرات، معللا توجهه هذا بعدم وجود نص يقضي بمصادرة وسيلة نقل الأسحة المحجوزة.

فكما يلاحظ أن المسألة تطرح نوعا من التناقض وعدم القبول المنطقي من منظور العدالة هذا التناقض الذي ينبع أساسا من الفراغ التشريعي، سواء على مستوى ظهير 12 نونبر 1932 الخاص بنظم التبغ بالمغرب، أو على مستوى ظهير 31 مارس 1937 المتعلق بالأسلحة المستوردة إلى المغرب، وكذا على صعيد ظهير 2 شتنبر 1958 المحدد للجرائم والعقوبات المرتبطة بمخالفته - أي ظهير 31 مارس 1937.

هذا، وأن ما تم استخلاصه مما سبق، يفتح الباب على أكثر من تساؤل، خاصة حول مدى فلاح المشرع المغربي من خلال مقتضيات الفصل 43 من القانون الجنائي في تحين حقوق الأغيار من تعسف القضاء - أحيانا - في مصادرة أموالهم.

إذا كان هذا فيما يتعلق بمدى مراعاة حكم المصادرة لحقوق الغير، فماذا يمكن القول بالنسبة لبعض الإشكالات التي قد يثيرها الحكم بالمصادرة على مستوى التنفيذ؟

الفقرة الثانية: إشكالية أثر الحكم بمصادرة جزء من عقار محفظ على الشيع:

تجدر الإشارة مبدئيا أنه لما كان جزء من عقار مشاع مملوك للمحكوم عليه محفظا كان أم غير محفظ محل مصادرة، وجب إجراء القسمة تطبيقا لأحكام المادة 45 من القانون الجنائي، وهو ما أكده المجلس الأعلى في إحدى قراراته⁴ حيث جاء في حيثياته "لا تمس المصادرة إلا الأشياء المملوكة للمدان باستثناء الأحوال المنصوص عليها في القانون، وإذا كان المال محل المصادرة مملوكا على الشيع بين المدان والغير فإن المصادرة لا تنصب إلا على نصيب المدان وتترتب عنها القسمة أو التصفية عن طريق المزداد".

¹ - انظر الصفحة السابقة من هذا البحث.

² - انظر الصفحة السابقة من هذا البحث.

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 971 صادر بتاريخ 1979/05/31 ملف جنائي رقم 63399 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 27 ص 164.

⁴ - قرار المجلس العلى عدد 1810 صادر بتاريخ 1983/03/29، ملف جنحي عدد 13004 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 32، ص 162.

غير أن قسمة العقار المحفظ على الشيعاء بعد مصادرة جزء منه، من شأنها أن تصطدم بنوع من الصعوبات، المستشفة من خلال دراسة ما جرى عليه العمل في سائر المحافظات العقارية بالملكة وتحديد ما يتعلق بتسجيل أحكام القسمة، حيث تم ربط هذا الإجراء ببعض الأحكام المضمنة في قرار إداري على شكل دورية¹ صادرة عن المحافظ العام على الأملاك العقارية، في إطار اختصاصاته على مستوى توحيد العمل الإداري، نصت في طياتها على عدم جواز تسجيل القسمة بالنسبة لجزء من عقار محفظ كان موضوعها، إلا بالموازاة مع تسجيل باقي أجزائه الأخرى. ما يفيد ضرورة أداء جميع المالكين - كل حسب نصيبه في العقار - للرسوم الخاصة بتسجيل الحكم القاضي بقسمة العقار الذي كان مشاعاً بينهم قبل أن تتم مصادرة جزء منه لفائدة الدولة وقسمته بمقتضى حكم قضائي، مع جواز تحلم أحدهم جميع التكاليف.

فالكيفية التي يؤثر بها هذا القرار الإداري على إجراءات ما بعد الحكم بالمصادرة، هو أن الدولة - التي غالباً ما تقوم ببيع ما تصادره، والتي يتعين عليها استخراج رسم عقاري خاص بالجزء العائد لها من وراء المصادرة، حتى يطمئن المشتري إلى الوضعية القانونية للعقار وسلامته من النزاعات - قد تجد نفسها أمام صعوبة إتمام إجراءات ما بعد الحكم بالمصادرة، كحالة رفض أحد المالكين أو كلهم تسجيل القسمة، أو عدم تواجدهم وقتها بالوطن مثلاً.. سيما وأن الرسم العقاري لجزء من العقار المحفظ الذي كان محل القسمة، لا يمكن إنشائه إلا بالموازاة مع إنشاء الرسوم العقارية الخاصة بباقي أجزائه الأخرى، حسب ما جاء به القرار الإداري المذكور.

فما هو السبيل إذن في مثل هذه الأحوال، أمام الدولة لاستخراج رسم عقاري خاص بالجزء المصادر لفائدتها؟ هل من حقها إلزام باقي الشركاء في العقار بأداء المبالغ الخاصة بتسجيل أجزائهم في العقار، أمام غياب أي مقتضى يلزمهم بتسجيل قسمة العقار؟ أم أنها ستعتمد إلى تسجيل القسمة، ثم تقوم بالرجوع عليه فيما بعد لاستخلاص ما وجب عليهم أدائه من رسوم مناسبة لتسجيل القسمة؟ وهل من قاعدة قانونية تضمن لها حق الرجوع؟ وهل يحق لها إلقاء حجز عقاري على القطع العائدة لهم في العقار؟ وعلى أي أساس؟ هل هو الدين؟ فعلى أي أساس نشأ هذا الدين؟ هل تكفي عناصر النازلة للقول باستجماع شروط نظرية الإثراء بلا سبب؟ فعلى العموم تبقى المسألة مفتوحة على أكثر من تساؤل.

بقي أن نشير في الأخير إلى أن الحكم بمصادرة عقار محفظ على الشيعاء بقدر ما يمكن أن يصطدم بصعوبة التنفيذ، بقدر ما يمكن أن يخلقها بالنسبة لباقي الشركاء في العقار، كما لو تعلق الأمر بتماطل الدولة أو الخزينة العامة - إن صح التعبير لسبب أو لآخر عن تسجيل القسمة، بالموازاة مع تحمس باقي الشركاء لهذا التسجيل، فهل لهم إلزامها للقيام به، باعتبارها شريكاً؟ وهل يحق لهم رفع دعوى ضدها في هذا الإطار؟

يتضح مما سبق ذكره أن الصعوبة التي يثيرها قرار المحافظ العام على الأملاك العقارية - قد يشكل صعوبات جمة يعترض مسطرة تسجيل قسمة عقار محفظ على الشيعاء في السجل العقاري، سواء من قبل الدولة في إطار القطعة المصادرة لفائدتها، أو من طرف مالكي باقي القطع في العقار.

¹ - قرار المحافظ العام على الأملاك العقارية، عدد 356 صادر بتاريخ 21 شتنبر 2006، غير منشور.

خاتمة :

صفوة القول إن المصادرة بغض النظر عن كونها عقوبة تكميلية في إطار الفصل 36 من القانون الجنائي أو كتدبير وقائي بناء على الفصل 89، ساعدت بشكل فعال المنظومة القضائية الجنائية في ملاحقة عائدات الأعمال الجرمية وفي مقدمتها الإتجار بالمخدرات، بحيث نتجت عنها حسنات عديدة تستحق التنويه بها، فكان لها أثر واضح وفعال في محاربة الاتجار غير المشروع الذي كان له انعكاس كبير على الاقتصاد الوطني وفشله، مما كان لا بد من تحريك حملات واسعة النطاق لتلتهم الجميع بدءا من منعشين عقاريين ومزودين على أعلى مستوى، ومن أهم إفرازات ونتائج الحملة مدهامة واعتقال فئات اجتماعية هامة ومصادرة ممتلكاتهم طبقا لما أقره القانون، ونخص بالذكر هنا حملة 1995 التي شكلت لجنة تنسيق بخصوصها لمحاربة المخدرات والتهريب بتاريخ 1995/12/12.

وفي هذا المضمار عملت الدولة على اعتقال العديد من المهرين الكبار منذ 1996 ابتداء من ملفات ضخمة وشائكة أسالت الكثير من مداد الصحافة، وأثارت اهتمام الرأي العام وخصوصا الحملة التطهيرية لسنة 1996 و2003 بمناطق شمال المملكة ضد كبار تجار المخدرات الذين كشفوا الستار عن حالات كانت مسترة بالمكانة الإدارية، فطبقت المصادرة على أملاك كل هؤلاء الأشخاص بما فيهم المتورطون في علمية الفساد والرشوة. لكن يبقى الإشكال قائما في الآثار الناتجة عن المصادرة سواء طبقت كعقوبة إضافية أو كتدبير وقائي، فعلى سبيل المثال لا على الحصر، كلما تأثرت الأموال المزمع تبييضها بحملة من الحملات إلا وتقلصت السيولة في الاقتصاد ومن تم مجموعة من الأنشطة المرتبطة بها.

وفي إطار التملص الجبائي أعدت حكومة ادريس جطو على غرار حكومة عبد اللطيف الفيلاي برنامجا تكميليا يشكل مقاربة حول التملص والتهرب من دفع الضرائب، بيد أن الحملة لم تكن لها أي أثر إذا لم تشمل التملص الجبائي، ذلك أن هذه الظاهرة أصبحت مستعلمة في أوساط الأعمال، حيث أن العديد من أرباب الشركات والمقاولات لا يزالون بعيدين عن التطبيق الجبائي. وذلك لأسباب عديدة منها الرشوة وفساد العديد من القطاعات الإدارية المرتبطة بشأنها هذه الشركات والمقاولات، وقد طالت يد هذه الحملة التطهيرية العديد من الشخصيات الكبرى المخالفة للقانون.

لائحة المراجع :

المراجع باللغة العربية :

الكتب :

- عبد الواحد العلمي : المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي"، الجزء الثاني، المطبعة الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1999.
- شادية الشومي: القانون الجنائي العام" طبع وتوزيع دار القلم، الطبعة الثانية 2001.
- محمد ملياني: "القانون الجنائي العام"، الطبعة الأولى، السنة 2004.
- وزارة العدل: القانون الجنائي في شروح، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الطبعة الثانية، 1997.

- علي فاضل حسن: المصادرة في القانون الجنائي المقارن"، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، بلا سنة.

المقالات:

- محمد نجيب بوليف: الآثار الاقتصادية لغسيل الأموال، مجلة المسالك، الإجراء الاقتصادي بالمغرب، العدد 7، 2007.

- عبد الحق الذهبي: تأملات في جرائم الأموال، مجلة المسالك، الإجراء الاقتصادي بالمغرب، العدد 7، 2007.

الوثائق القانونية:

- مجموعة القانون الجنائي.

- مدونة الجمارك.

- ظهير 21 نونبر 1932 المتعلق بنظام التبغ بالمغرب.

- تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بشأن مناقشة مشروع قانون 05-43 المتعلق بغسل الأموال.

- مداوات مجلس النواب بشأن القانون رقم 05-43 المتعلق بغسيل الأموال، الجلسة العامة، بتاريخ 22 يناير 2007.

- قرار المحافظ العام على الأملاك العقارية، عدد 356 صادر بتاريخ 21 شتنبر 2006، غير منشور.

- قرار المجلس الأعلى عدد 458، صادر بتاريخ 1978/05/23، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28.

- قرار المجلس الأعلى، عدد 48، صادر بتاريخ 1970/11/19، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 19.

- قرار المجلس الأعلى عدد 110 صادر بتاريخ 1970/12/10، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20.

- قرار المجلس الأعلى عدد 971 صادر بتاريخ 1979/05/31 ملف جنائي رقم 63399 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27.

- قرار المجلس الأعلى عدد 1810 صادر بتاريخ 1983/03/29 ملف جنحي رقم 13004، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 32.

- قرار المجلس الأعلى ملف جنحي 90/17647 بتاريخ 1993/7/1 منشور بمجلة الإشعاع عدد 10.

المجلات:

- مجلة قضاء المجلس الأعلى، الأعداد: 19، 27، 28، 32 "الإصدار الرقمي، دجنبر 2000".

- مجلة الإشعاع، العددان: (6 السنة الثالثة، دجنبر 1991) و(10 السنة الخامسة، يناير 1994).

- مجلة المسالك، العدد 7.

مرجع باللغة الإسبانية:

- El periodica de elmondo, 2003, n° 2452, espagna.

مقترحاته لنجويد العملية الانتخابية



عبد الحكيم زروق : دكتور في الحقوق

Email : abdelhakimzerrouk@gmail.com

ليس يخاف على أحد من أن الاستحقاقات الانتخابية محطة مهمة في المسار الديمقراطي المغربي، إذ من خلالها يتأتى استكمال المشهد التمثيلي المحلي، والإقليمي، والجهوي، والوطني، والمهني، والحرفي. فالانتخابات هي الآلية التي تمكن المواطنين من التعبير عن إرادتهم الحرة بإسناد ثقتهم لكل مرشح يروونه أهلا لتلك الثقة وقادرا على تحمل مسؤولية التجاوب مع انشغالاتهم وحل مشاكلهم وحمل مطالبهم وهمومهم وتجسيد رغباتهم وتسيير شؤونهم بشكل يكون في مستوى تطلعاتهم.

إن المعايير الديمقراطية تقتضي تعزيز مبادئ الشفافية والمساواة والنزاهة والحياد في العمليات الانتخابية. وهذه المبادئ تم تكريسها دستوريا، حيث ينص الفصل 11 من دستور سنة 2011 على أن الانتخابات الحرة والنزيهة والشفافة هي أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي، والسلطات العمومية ملزمة بالحياد التام إزاء المترشحين، وبعدم التمييز بينهم.

هذا، ويحدد القانون القواعد التي تضمن الاستفادة على نحو منصف من وسائل الإعلام العمومية والممارسات الكاملة للحريات والحقوق الأساسية المرتبطة بالحملات الانتخابية وبعمليات التصويت، وتسهر السلطات المختصة بتنظيم الانتخابات على تطبيقها. وتتخذ السلطات العمومية الوسائل الكفيلة بالنهوض بمشاركة المواطنين والمواطنات في الانتخابات.

وتأتي هذه المقالة المتضمنة لبعض الاقتراحات التي أعتقد بصوابها للمساهمة من جانبي في التعبئة التشريعية التي انخرط فيها المغرب لتحسين منظومته القانونية بهدف تحقيق الأمن القانوني الانتخابي. وسأتطرق لهذه الاقتراحات من خلال ثلاثة محاور على الشكل التالي :

المحور الأول : تعيين موطن انتخابي لكل ناخبة أو ناخب :

لعل من بين الأمور التي تحد من مشاركة الناخبين والناخبات هو عدم معرفة الرقم التسلسلي للناخب في اللائحة الانتخابية وأرقام مكاتب التصويت وأماكن تواجدها خصوصا بالنسبة للناخبين الجدد، حيث من الناحية العملية فإن الغالبية من المواطنين والمواطنات بمجرد إيداعهم لطلبات قيدهم بالأماكن التي تخصصها السلطة الإدارية المحلية لهذه الغاية ينسون موضوع الانتخابات إلى حين حلول موعد يوم الاقتراع، فلا يطلعون لا على الجدول التعديلي المؤقت ولا الجدول التعديلي النهائي لمعرفة هل هم مسجلين أم لا وهل بيانات قيدهم لحقتها أخطاء مادية أم لا؟ وعادة ما يتمكنون من معرفة أماكن تصويتهم باستخدام الوسائل الإلكترونية كالموقع الإلكتروني المخصص لهذا الغرض أو الرسالة القصيرة للرقم 2727 أو عن طريق تطبيق بـ mon bv الهواتف الذكية واللوحات الإلكترونية.

إن هذه الوسائل تساهم بشكل كبير جدا في تبصير الناخبين بأماكن التصويت وإن كان استخدامها يعرف بعض الصعوبات، فمثلا الرسالة القصيرة تعرف تأخرا لدقائق نتيجة الضغط خصوصا في يوم الاقتراع، وتطبيق mon bv يحتاج لهاتف ذكي متصل بشبكة الانترنت، وعملية الاطلاع في مكاتب السلطة الإدارية المحلية تكون محدودة في الزمان والمكان وتتطلب معرفة مسبقة بهذا الإجراء وبأجاله.

لأجل ذلك أقترح أن يتم إصدار نص قانوني بمقتضاه يقوم السيد العامل بتعيين أماكن مكاتب التصويت ب 15 يوما على الأقل قبل بداية أجال وضع اللوائح الانتخابية العامة في حالة تأسيس اللوائح الانتخابية من جديد la refonte أو قبل بداية أجال المراجعة السنوية أو المراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية العامة.

وهكذا فإن اعتماد هذا المقترح يستلزم أن تكون أماكن مكاتب التصويت القريبة من الهيئة الناخبة محددة قبل الشروع في تلقي طلبات القيد ونقل القيد في اللوائح الانتخابية العامة ليتم تعيينها بصفة رسمية من طرف عامل العمالة أو الإقليم.

ومادام أن المغرب أصبح والله الحمد يضم حتى في العالم القروي أينما حللت وارتحلت إدارات عمومية وبنيات تابعة لمؤسسات عمومية وشبه عمومية في مقدمتها الحجرات والمدارس التابعة لوزارة التربية الوطنية والمراكز الصحية التابعة لوزارة الصحة ، بشكل أصبح من الممكن معه أن يتم تعيينها كأماكن للتصويت بتغطية تصل 99 %.

وبناء عليه فإنه لا ضير في تعيين أماكن التصويت قبل 15 يوما مثلا من بداية مدة التسجيل في اللوائح الانتخابية بحيث يشير القرار العملي على أنه تعين مدرسة كمركز للتصويت بالنسبة لساكنة حي أو ساكنة دوار، ومن تم فإن السلطة الإدارية المحلية عند تلقيها طلبات القيد من حي معين ستسجل ناخبيه في مركز التصويت المخصص في القرار العملي لهذا الحي وتسلمهم بداية وصولات مؤقتة، وبعد قبول القيد في اللوائح الانتخابية من طرف اللجنة الإدارية يتوصل الناخبون بوصولات نهائية مثل ما هو معمول به في عملية تلقي الترشيحات.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه من الضروري أن يتضمن الوصل النهائي للقيد في اللائحة الانتخابية الذي سيحل محل نظام الإشعارات وبطاقات الناخبين - قلت أن يتضمن - رقم ومكان مكتب التصويت والرقم التسلسلي للناخب، وأن تبقى هذه المعطيات مسجلة باسم الناخب ولا يمكن تغييرها إلا بطلب من الناخب كما هو

الحال عند تغيير الإقامة، أو بطلب من عامل العمالة أو الإقليم لأسباب تقنية مع إخبار الناخب في الحالة الأخيرة بمعطيات وضعيته الجديدة (رقم ومكان مكتب تصويته الجديد).

وفي حالة تغيير مكان مكتب التصويت أو رقمه لظروف ما، فإنني أقترح إصدار نص قانوني بموجبه يتعين على عامل العمالة أو الإقليم أن يقوم بإخبار الناخبين المعنيين بهذا التغيير بكل وسيلة من وسائل التبليغ القانونية بالعنوان المضمن في طلب القيد أو طلب نقل القيد الذي سبق وأن تقدم به المواطن بطريقة إلكترونية أو بالطريقة العادية.

وغني عن البيان في هذا المضمار أن القانون يلزم حاليا كل ناخب غير مكان إقامته داخل النفوذ الترابي لنفس الجماعة أو المقاطعة أن يخبر اللجنة الإدارية المعنية بعنوان إقامته الجديد تحت طائلة الشطب التلقائي من لائحة الناخبين.

وبناء عليه فإن الغاية التي أصبو إليها من وراء هذه الاقتراح هو الوصول إلى تحديد بشكل دقيق لكل ناخب ما يمكن أن أسميه الموطن الانتخابي للناخب، ولا يمكن تغيير هذا الموطن إلا بإرادة الناخب وطبقا للقانون كما في حالة تغيير مكان إقامته داخل الجماعة أو المقاطعة أو خارج الجماعة، أو بإرادة السيد العامل بناء على ظروف مرتبطة بالنظام العام أو أسباب تقنية تستدعي ذلك التغيير. وفي هذه الحالة فإن الناخب يتوصل بإخبار بخصوص ذلك، وبالتالي نضع حدا للتغييرات التي تلحق رقم الناخب ورقم مكتب تصويته مع كل استحقاق انتخابي.

المحور الثاني: تغيير مسطرة القيد ونقل القيد في اللوائح الانتخابية العامة:

يمكن اختصار مسطرة القيد ونقل القيد المعمول بها حاليا في أنه بعد إيداع طلبات القيد أو طلبات نقل القيد بالمكاتب التي تعينها السلطة الإدارية المحلية لهذا الغرض، تجتمع اللجنة الإدارية للتداول في هذه الطلبات، فتقبل الطلبات المتوفرة فيها الشروط القانونية المطلوبة وترفض التي لا تتوفر فيها هذه الشروط.

ويتم تبليغ الأشخاص المعنيين برفض طلبات قيدهم أو نقل قيدهم، غير أن الأشخاص الذين تم قبول طلباتهم لا يتم إخبارهم بذلك، فهم يفهمون ذلك ضمنا مادام أنهم لم يتوصلوا بقرارات رفض طلباتهم، مما قد يدفعهم في المراجعة اللاحقة إلى تقديم طلبات قيدهم أو نقل قيدهم من جديد لأنهم غير متأكدين من قيدهم أو نقل قيدهم، وحتى لو افترضنا أنهم تأكدوا إما ضمنا أو بالاطلاع على الجدول التعديلي النهائي بمكاتب السلطة الإدارية المحلية، فإنهم لن يعرفوا أماكن مكاتب تصويتهم لأن عملية التبوب لا تكون إلا عند حصر اللائحة الانتخابية النهائية، مما سيجعلهم في حيرة من أمرهم مع قرب موعد الاقتراع بخصوص مكان تصويتهم. ومن أجل تلافي البعض من سلبيات هذه المسطرة المعتمدة حاليا في القيد ونقل القيد باللوائح الانتخابية فأني أقترح أن تصبح مسطرة القيد ونقل القيد على الشكل التالي:

أ- مسطرة القيد ونقل القيد في اللوائح الانتخابية العامة:

نميز بين مسطرتين، المسطرة الأولى تتعلق بإيداع طلبات القيد في اللوائح الانتخابية، والمسطرة الثانية تخص طلبات نقل القيد في اللوائح الانتخابية.

1- عند طلب القيد في اللوائح الانتخابية العامة :

عندما يتعلق الأمر بطلبات القيد في اللوائح الانتخابية، نفرق بين الطريقة العادية التي تعتمد على تعبئة مطبوع ورقي يوضع رهن إشارة المواطنين بمكاتب السلطة المحلية، وبين الطريقة الالكترونية التي تتم عبر الموقع الالكتروني المخصص لهذا الغرض.

❖ القيد بالطريقة العادية بالمطبوع الورقي :

يودع المعنيون بالأمر طلبات القيد بمكاتب تخصصها السلطة الإدارية المحلية لهذه الغاية.

يجب أن يقدم المعني بالأمر طلب قيده بصفة شخصية، وذلك بملء مطبوع مخصص لهذا الغرض، ويجب أن يحمل هذا الطلب توقيع المعني بالأمر أو بصمته.

يجب أن يدلي صاحب الطلب بالوثائق التي تثبت توفره على الشروط القانونية المطلوبة للقيد في اللوائح الانتخابية.

وتسجل طلبات القيد تبعا لتلقيها ويسلم عنها وصل مؤقتا.

تقوم اللجنة الإدارية خلال اجتماعاتها ببحث طلبات القيد في اللوائح الانتخابية، وفي حالة قبول الطلب، تحيله في الحين على مصالح العمالة أو الإقليم.

وتتولى مصالح العمالة أو الإقليم أو عمالة المقاطعات التابعة لنفوذها الجماعة أو المقاطعة بإدخال البيانات الخاصة بالطلب المقبول في النظام المعلوماتي وتبويبه في مكتب التصويت المتواجد بمراكز التصويت المعينة سلفا من طرف السادة الولاة والعمال الأقرب إلى سكنى صاحب الطلب، وتحيل على الفور المعلومات الخاصة بالرقم المخصص للمعني بالأمر في اللائحة الانتخابية وعنوان مكتب التصويت ورقمه على اللجنة الإدارية.

يجب على رئيس اللجنة الإدارية أن يبلغ كتابة الوصل النهائي للقيد في اللوائح الانتخابية بكل وسيلة من وسائل التبليغ القانونية بالعنوان المضمن في الطلب إلى المعنيين بالأمر الذين تم قبول طلبات قيدهم، وذلك داخل 7 أيام من تاريخ اتخاذ القرار. يجب أن يتضمن الوصل النهائي فضلا عن اسم الناخب الشخصي والعائلي ورقم البطاقة الوطنية للتعريف، اسم الجماعة والرقم المخصص له في اللائحة الانتخابية ورقم الدائرة الانتخابية المقيد فيها ومكان مكتب التصويت ورقمه الذي يجب أن يصوت فيه الناخب.

يجب على رئيس اللجنة الإدارية أن يبلغ كتابة بكل وسيلة من وسائل التبليغ القانونية بالعنوان المضمن بالطلب إلى كل شخص تم رفض طلب قيده القرار القاضي بذلك، الذي يجب أن يكون معللا ويبلغ هذا القرار داخل أجل سبعة أيام التالية لصدوره.

يجب على رئيس اللجنة الإدارية أن يبلغ إلى السفير أو القنصل الوصلات النهائية لطلبات القيد المقبولة، وقرارات الرفض في شأن طلبات القيد المقدمة من طرف المغاربة المقيمين خارج تراب المملكة عن طريق نفس الجهات التي أحالت إليها الطلبات المذكورة. ويقوم السفير أو القنصل بتبليغ مآل طلبات القيد إلى أصحابها داخل أجل 15 يوم من توصلها بكل وسيلة من وسائل التبليغ القانونية بالعنوان المضمن بالطلب.

❖ القيد عن طريق الموقع الإلكتروني :

يمكن لكل مواطنة أو مواطن، سواء داخل الوطن أو خارجه، ومستوف للشروط المطلوبة قانونا للقيد في اللوائح الانتخابية العامة أن يتقدم بطلب قيده عن طريق الموقع الإلكتروني التالي : www.listeselectorales.ma يقدم طلب القيد عن طريق الموقع الإلكتروني من خلال ملء نسخة الطلب الإلكترونية، ويجب على صاحب الطلب أن يدلي بالمعلومات المطلوبة، والتثبت من المعلومات التي أدلى بها وتأكيدها، ثم الإشهاد بصحتها تحت طائلة رفض طلبه. كما يجب عليه أن يدلي بعنوان صحيح لبريده الإلكتروني، وأن يقوم بتحميل وطبع وصل مؤقت عن طلبه. غير أن هذا الوصل لا يعتبر إشهادا بالقيد النهائي في اللائحة الانتخابية العامة إلا بعد موافقة اللجنة الإدارية المعنية على الطلب المذكور. وفي حالة تقديم طلب يحمل رقم بطاقة وطنية للتعريف سبق تضمينه في طلب آخر يتوصل صاحب الطلب عبر بريده الإلكتروني بإشعار يخبره بعدم الاحتفاظ بطلبه مع بيان السبب في ذلك. تتولى مصالح العمالة أو الإقليم أو عمالة المقاطعات التابعة لنفوذها الجماعة أو المقاطعة، الموجه إليها طلب القيد الذي تم بشكل الكتروني طبع الطلب المذكور وتحويله على السلطة الإدارية المحلية المختصة. تجري السلطة الإدارية المحلية بحثا أوليا للتأكد من صحة المعلومات المضمنة في شأن كل طلب قيد وارد عن طريق الموقع الإلكتروني، ثم تحيل الطلب على أنظار اللجنة الإدارية مشفوعا بملاحظاتهما، قصد التداول في شأنه خلال اجتماعاتها.

تقوم اللجنة الإدارية خلال اجتماعاتها ببحث طلبات القيد في اللوائح الانتخابية، وفي حالة قبول الطلب، تحويله في الحين على مصالح العمالة أو الإقليم.

تتولى مصالح العمالة أو الإقليم أو عمالة المقاطعات التابعة لنفوذها الجماعة أو المقاطعة بإدخال البيانات الخاصة بالطلب المقبول في النظام المعلوماتي وتبويبه في مكتب التصويت المتواجد بمركز التصويت المعين سلفا من طرف السادة الولاة والعمال الأقرب إلى سكنى صاحب الطلب، وتحويل على الفور المعلومات الخاصة بالرقم المخصص للمعني بالأمر في اللائحة الانتخابية وعنوان مكتب التصويت ورقمه.

يتلقى صاحب الطلب الوصل النهائي بعنوانه الإلكتروني في حالة قبول طلب قيده، وفي حالة الرفض يتلقى القرار القاضي برفض طلبه، يشار في قرار الرفض إلى الأسباب التي ارتكزت عليها اللجنة الإدارية لاتخاذ.

2- عند طلب نقل القيد في اللوائح الانتخابية

عندما يتعلق الأمر بطلبات نقل القيد في اللوائح الانتخابية، نفرق أيضا بين الطريقة العادية التي تعتمد على تعبئة مطبوع ورقي يوضع رهن إشارة المواطنين بمكاتب السلطة المحلية، وبين الطريقة الإلكترونية التي تتم عبر الموقع الإلكتروني المخصص لهذا الغرض.

❖ نقل القيد بالطريقة العادية بالمطبوع الورقي :

إذا تعلق الأمر بطلبات نقل القيد من لائحة انتخابية لجماعة إلى لائحة إنتخابية لجماعة أخرى أو من مقاطعة إلى مقاطعة أخرى أو من دائرة انتخابية إلى دائرة انتخابية أخرى بنفس الجماعة، وجب أن يشفع المعني بالأمر طلب قيده بطلب شطب اسمه من اللائحة الانتخابية المقيد فيها، ويسلم له وصلا مؤقتا بذلك.

يجب على اللجنة الإدارية للجماعة أو المقاطعة التي يرغب المعني بالأمر في نقل قيده إلى لائحتها أن تحيل على الفور طلب الشطب المذكور على اللجنة الإدارية بالجماعة أو المقاطعة المقيد فيها لشطب اسمه من لائحتها مع إشعار بالتوصل.

عند توصل اللجنة الإدارية بإشعار بالتوصل من طرف نظيرتها، تحيل في الحين طلب نقل القيد المقبول على مصالح العمالة أو الإقليم أو عمالة المقاطعات التابعة لنفوذها الجماعة أو المقاطعة التي تتولى إدخال البيانات الخاصة بالطلب المقبول في النظام المعلوماتي وتبويبه في مكتب التصويت المتواجد بمركز التصويت المعين سلفا من طرف السادة الولاة والعمال الأقرب إلى سكنى صاحب الطلب، وتحيل على الفور المعلومات الخاصة بالرقم المخصص للمعني بالأمر في اللائحة الانتخابية وعنوان مكتب التصويت ورقمه.

يجب على رئيس اللجنة الإدارية أن يبلغ كتابة الوصل النهائي لطلبات نقل القيد في اللوائح الانتخابية بكل وسيلة من وسائل التبليغ القانونية بالعنوان المضمن في الطلب، إلى المعنيين بالأمر الذين تم قبول طلبات نقل قيدهم، وذلك داخل 7 أيام من تاريخ اتخاذ القرار. يجب أن يتضمن الوصل النهائي فضلا عن إسم الناخب الشخصي والعائلي ورقم البطاقة الوطنية للتعريف، إسم الجماعة والرقم المخصص له في اللائحة الانتخابية ورقم الدائرة الانتخابية المقيد فيها ومكان مكتب التصويت ورقمه الذي يجب أن يصوت فيه الناخب.

يجب على رئيس اللجنة الإدارية أن يبلغ إلى السفير أو القنصل الوصلات النهائية لطلبات نقل القيد المقبولة المقدمة من طرف المغاربة المقيمين خارج تراب المملكة عن طريق نفس الجهات التي أحالت إليها الطلبات المذكورة، ويقوم السفير أو القنصل بتبليغ مالك طلبات نقل القيد داخل 15 يوم من توصلها بها إلى أصحابها بكل وسيلة من وسائل التبليغ القانونية بالعنوان المضمن بالطلب.

❖ نقل القيد عن طريق الموقع الإلكتروني :

يمكن لكل مواطنة أو مواطن، سواء داخل الوطن أو خارجه، ومستوف للشروط المطلوبة قانونا للقيد في اللوائح الانتخابية العامة أن يتقدم بطلب نقل قيده عن طريق الموقع الإلكتروني التالي: www.listeselectorales.ma

يقدم طلب نقل القيد عن طريق الموقع الإلكتروني من خلال ملء نسخة الطلب الإلكتروني، ويجب على صاحب الطلب أن يدلي بالمعلومات المطلوبة، والتثبت من المعلومات التي أدلى بها، وتأكيدا، ثم الإشهاد بصحتها تحت طائلة رفض طلبه. كما يجب عليه أن يدلي بعنوان صحيح لبريده الإلكتروني، وأن يقوم بتحميل وطبع وصل مؤقت عن طلبه، غير أن هذا الوصل لا يعتبر إسهادا بالقيد النهائي في اللائحة الانتخابية العامة إلا بعد موافقة اللجنة الإدارية المعنية على الطلب المذكور. وفي حالة تقديم طلب يحمل رقم بطاقة وطنية للتعريف سبق تضمينه في طلب آخر يتوصل صاحب الطلب عبر بريده الإلكتروني بإشعار يخبره بعدم الاحتفاظ بطلبه مع بيان السبب في ذلك.

تتولى مصالح العمالة أو الإقليم أو عمالة المقاطعات التابعة لنفوذها الجماعة أو المقاطعة، الموجه إليها طلب نقل القيد الذي تم بشكل الكتروني طبع الطلب المذكور وتحيله إلى السلطة الإدارية المحلية المختصة.

تجري السلطة الإدارية المحلية بحثا أوليا للتأكد من صحة المعلومات المضمنة في شأن كل طلب نقل قيد وارد عن طريق الموقع الإلكتروني، ثم تحيل الطلب على أنظار اللجنة الإدارية مشفوعا بملاحظاتهما، قصد التداول في شأنه خلال اجتماعاتها.

تقوم اللجنة الإدارية خلال اجتماعاتها ببحث طلبات نقل القيد في اللوائح الانتخابية، وفي حالة قبول الطلب تحيله في الحين على مصالح العمالة أو الإقليم.

تتولى مصالح العمالة أو الإقليم أو عمالة المقاطعات التابعة لنفوذها الجماعة أو المقاطعة بإدخال البيانات الخاصة بالطلب المقبول في النظام المعلوماتي وتبويبه في مكتب التصويت المتواجد بمركز التصويت المعين سلفاً من طرف السادة الولاة والعمال الأقرب إلى سكنى صاحب الطلب، وتحيل على الفور المعلومات الخاصة بالرقم المخصص للمعني بالأمر في اللائحة الانتخابية وعنوان مكتب التصويت ورقمه.

يتلقى صاحب الطلب الوصل النهائي بعنوانه الإلكتروني في حالة قبول طلب نقل قيده، وفي حالة الرفض يتلقى القرار القاضي برفض طلبه، ويشار في قرار الرفض إلى الأسباب التي ارتكزت عليها اللجنة الإدارية لاتخاذ

المحور الثالث : مزايا اعتماد هذه الاقتراحات :

لعل من بين الأسباب التي دفعت المشرع إلى إلغاء بطاقة الناخب أو الإشعارات التي كان جاري بها العمل في الاستحقاقات السابقة لاقتراع 4 شتنبر 2015 هي مطالب بعض الهيئات السياسية التي ترى أن اتصال أعوان الإدارة بالناخبين أثناء قيامهم بتوزيع بطائق الناخبين أو الإشعارات والتي تتزامن والحملة الانتخابية قد يؤدي إلى توجيه الناخبين والتأثير عليهم، مما يفقد السلطة الحياد المطلوب فيها. لذلك فإن الاقتراحات المقدمة أعلاه ستمنح النظام الانتخابي مجموعة من المزايا نذكر منها :

- الاستفادة من إيجابيات نظام بطاقة الناخب أو الإشعارات وتفادي سلبياته بحيث أن الوصل النهائي سيصبح بمثابة وثيقة رسمية لإثبات القيد في اللائحة الانتخابية دون ضرورة الاطلاع على الجدولين التعديليين المؤقت والنهائي اللذان من الناحية العملية لا يطلع عليهما الغالبية العظمى من الناخبين.

- تفادي اتصال الإدارة عموماً وأعوان السلطة على وجه الخصوص بالناخبين في فترة الترشيحات والحملة الانتخابية بمناسبة سحب أو توزيع بطائق الناخبين أو الإشعارات لأن من شأن تفعيل هذا الاقتراح أن يؤدي إلى توصل الناخبين بالوصلات النهائية لقيدهم المتضمنة لمكان تصويتهم ورقم قيدهم في اللائحة الانتخابية في فترة لازال غير معروف فيها المترشحين أو الأحزاب المتنافسة، لأن الأمر يتعلق بفترة المراجعة السنوية أو المراجعة الاستثنائية للوائح الانتخابية.

- التأكد من عدم وجود أخطاء مادية من طرف الناخبين لأنهم سيطلعون على بياناتهم في الوصل النهائي و في حالة وجودها المطالبة بإصلاحها مادام أن عمل اللجنة الوطنية التقنية سيكون لا زال قائماً لأن المواطن سيتوصل بوصله النهائي داخل أجل معقول (7 أيام مثلاً) من تاريخ قبول قيده. مع التأكيد هنا أن الوصل النهائي الذي يكون بين يدي المواطن هو انعكاس لما هو مضمن باللائحة الانتخابية لأنه مطبوع بطريقة معلوماتية من النظام الآلي المعالج لمعطيات الهيئة الناخبة، ومن تم تفادي الأخطاء المادية التي تشكل إزعاجاً لرؤساء مكاتب التصويت، بحيث أنه عادة ما يواجه رؤساء مكاتب التصويت ناخبين لحق قيدهم أخطاء مادية تهم رقم بطاقة التعريف الوطنية أو الاسم العائلي أو الشخصي مما يجعل الرؤساء في حيرة من أمرهم هل الناخب الذي يوجد أمامه مقيد باللائحة الانتخابية مما يعني أن هناك خطأ مادي أم أن الأمر يهم بيانات صحيحة تتعلق بناخب آخر، وبالتالي يدخلون في جدال مع الناخبين قد يعكس صفو الجو، فضلاً عن تعطيله لعملية التصويت في بعض الأحيان وجعلها مثار الشكوك والريبة، والحال أن الأمر لا يتجاوز خطأ في إدخال البيانات له علاقة بالعنصر البشري القائم بهذه المهمة غير المعصوم من الخطأ أمام ملايين البيانات الواجب إدخالها في الحاسوب.

- تفادي تجمهر الناس حول مكاتب الإرشاد في الساعات التي تسبق وقت إغلاق مكاتب التصويت مما يتنافى والاحتياطات الأمنية الواجب اتخاذها للحفاظ على النظام والأمن العموميين ولا سيما في ذلك اليوم المعروف بحساسيته الشديدة.

منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة

ودورها في تنمية المشاريع الإستثمارية



الأستاذة : حوش أمينة تخصص قانون الأعمال

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة-الجزائر

قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية

تمهيد :

تعتبر المشاريع الاستثمارية أحد أهم العناصر التي تساهم في تحريك عجلة النمو ، وهي الطريقة الناجعة لإنشاء ومضاعفة الثروات ، ومنه تحسين الأوضاع سواء على مستوى الفرد أو على مستوى المؤسسات ، وحتى على المستوى الوطني ، وهي أداة فعالة لتحقيق جميع الأهداف الاقتصادية للمجتمع ، من خلال رفع مستويات الإنتاج التي تحقق الاكتفاء الذاتي ، وقد انتهجت الدولة على الأراضي الموجهة للمشاريع الاستثمارية منح الإمتياز عن طريق التراخيص ، حيث تدرج هذه الخطوة في إطار ترشيد وتسيير و إستغلال العقار الاقتصادي والمناطق الصناعية ، إذ أنه يفرض التعجيل بتنفيذ البرنامج الخاص بالمناطق الصناعية الجديدة ، الذي أعلنت عنه الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ، بينما يفرض على السلطات المحلية العمل بكل الوسائل القانونية بالاتصال مع مصالح أملاك الدولة على استرجاع الأوعية العقارية التي خصصت للمستثمرين والتي بقيت دون إستغلال إلى يومنا هذا ، فالقطعة الأرضية موضوع منح الإمتياز تكون موجهة لإستيعاب مشروع إستثماري ، فكل تغيير في وجهتها أو في إستعمال كلي أو جزئي لأغراض أخرى غير الأغراض المحددة في دفتر الشروط ينجر عنه فسخ منح الامتياز ويجب القيام بإنجاز المشروع الإستثماري في ظل إحترام قواعد التعمير و معاييرها ، و إحترام الهندسة المعمارية و البيئة الناجمة عن الأحكام التنظيمية المعمول بها و المطبقة على المنطقة المقصودة ، وستتطرق في هذه الدراسة إلى النقاط التالية :

1 - الإطار القانوني لمنح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة.

2 - إجراءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة.

3 - الجهة المختصة بمنح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة.

4 - ملكية البنائات المقررة في المشروع الإستثماري.

5- دور الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الممنوحة في إطار نظام الإمتياز في تنمية المشاريع الإستثمارية.

1- الإطار القانوني لمنح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة :

عرف المشرع الجزائري الإمتياز على أنه « العقد الذي تخول بموجبه الدولة مدة معينة حق الانتفاع بقطعة أرضية متوفرة تابعة لأملاكها الخاصة ، شخصا طبيعيا أو معنويا يخضع للقانون الخاص ، مقيما أو غير مقيم ، أو مؤسسة بالأمر أن يرخص بالشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة بمقرر مسبب ، وترسل نسخة من هذه الرخصة إلى وزير الإقتصاد و المندوب للتخطيط و الوزير الوصي»¹ ، كما يمنح الإمتياز لمدة أداها 33 سنة قابلة للتجديد مرتين ، وأقصاها 99 سنة ، وقد نص المشرع الجزائري في المادة الأولى من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار على مايلي:«يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الإستثمارات الوطنية و الأجنبية المنجزة في النشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات ، و كذا الإستثمارات التي تنجز في إطار منح الإمتياز و / أو الرخصة»²، ويجب أن تكون الأراضي التي يمكن أن تكون موضوع إمتياز واقعة في المناطق الخاصة المصنفة مناطق مطلوب ترقيتها و مناطق توسع إقتصادي كما هي محددة في التنظيم المعمول به ، ويجب أن تكون الأراضي المعنية متوفرة ، أي غير مخصصة ولا محتملة التخصيص لأغراض إحتياجات سير المصالح العمومية أو لإنجاز مشاريع التجهيزات العمومية ، ويجب أن لا تتجاوز مساحات الأراضي المعتمز منح إمتيازها مشروع الإستثمار كما هو منصوص عليه في التصريح الذي يعرض على السلطة الإدارية المؤهلة³ ، ويجب أن يبين التصريح على الخصوص مايلي :

- مجال النشاط و تحديد الموقع ، و مناصب الشغل التي تحدث ، و التكنولوجيا المزمع إستعمالها ، ومخططات الإستثمار و التمويل و كذا التقويم المالي للمشروع مرفوقة بمخطط الإهلاك.

- شروط المحافظة على البيئة

- المدة التقديرية لإنجاز الإستثمار

- الإلتزامات المرتبطة بإنجاز الإستثمار.

و يكون التصريح فيما يخص النشاطات المقننة مرفوقا بالوثائق التي تشترطها التشريعات و التنظيمات المعمول بها⁴ ، ويمكن للإستثمارات المصرح بها أن تستفيد من الإمتيازات المرتبطة بالنظام العام أو بالأنظمة التشجيعية الخاصة ، ويستثنى من مجال تطبيق هذا النظام أصناف الأراضي الآتية :

- الأراضي الفلاحية .

¹ تمهيد دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز أراضي أملاك الدولة لإنجاز الإستثمارات في المناطق الخاصة الخاص بالمرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 المتعلق بمنح إمتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الإستثمار ، ج رقم 67 ، الصادرة في 14 جمادى الأولى 1415.

² الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار ، جريدة رسمية رقم 47 ، المؤرخة في 22 أوت 2001.

³ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 المتعلق بمنح الإمتياز في أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة ، ج رقم 67 الصادرة في 14 جمادى الأولى 1415.

⁴ المادة 04 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 و المتعلق بترقية الإستثمار ج رقم 64 الصادرة في 10 أكتوبر 1993.

- القطع الأرضية المتواجدة داخل المساحات المنجمية .

- القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات و استغلالها و مساحات حماية المنشآت الكهربية و الغازية.

- القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية المستفيدة من إعانة الدولة .

- القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات المواقع الأثرية و الثقافية¹.

يجب على المشروع الإستثماري الذي يكون قابل لمنح الإمتياز أن يكون لها طابع الأولوية و الأهمية الوطنية ، و يجب أن تشارك في تلبية الطلب الوطني على السكن ، و أن تكون محدثة بقوة لمناصب الشغل أو القيمة المضافة ، و أن تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة²، كما يجب على الأوعية العقارية التي تكون محل حق إمتياز تابعة للأموال الخاصة للدولة ، و غير مخصصة و ليست في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجياتها ، و أن تكون واقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير كما هو محدد في أدوات التهيئة و التعمير باستثناء المشاريع الإستثمارية التي يستلزم تمرکزها خارج هذه القطاعات بسبب طبيعتها³.

2- إجراءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة :

يمنح الإمتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود، أو عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات و الهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص و ذلك لإحتياجات مشاريع إستثمارية و بشرط إحترام قواعد التعمير المعمول بها .

أ- منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني: يمنح الإمتياز على الأراضي المتوفرة التابعة للأموال الخاصة للدولة عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود:

- المزاد العلني المفتوح : يقصد به عرض الإمتياز عن طريق المنافسة ، لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الإستفادة من الإمتياز على الأرضية المعنية و ذلك لإنجاز مشروع إستثماري وفقا لقواعد التهيئة و التعمير المطبقة⁴.

¹ المادة 02 من الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، ج رقم 49 الصادرة في 03 سبتمبر 2008.

² المادة 07 من الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المتعلق بتحديد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، نفس المرجع.

³ المادة 06 و 07 من المرسوم التنفيذي رقم 152-09 المؤرخ في 02 ماي 2009 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، ج رقم 27 الصادرة في 06 ماي 2009.

⁴ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 152-09 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، نفس المرجع.

- المزااد العلني المحدود : يقصد به عرض الإمتياز عن طريق المنافسة على أرضية موجهة لمشروع إستثماري ذي طبيعة محددة مسبقا و الذي يشارك فيه المستثمرون الذين تتوفر فيهم بعض شروط التأهيل فقط¹.
- صيغة الإمتياز : يتم منح الإمتياز عن طريق المزااد العلني إما عن طريق المزايدات الشفوية و إما التعهدات المختومة ، ويعلن قبل 30 يوم على الأقل عن طريق ملصقات و إعلانات تنشر في يوميتين وطنيتين مرتين على الأقل ، وعند الإقتضاء بأية وسيلة إخبارية أخرى تتضمن على الخصوص التعيين الدقيق و المفصل للقطعة الأرضية و مساحتها و نظام التعمير المطبق و الثمن الأدنى المعروض و كذا مدة الإمتياز ، و مكان إجراء المزايدة ، مع تحديد تاريخ المزايدات الشفوية أو تاريخ آخر أجل لإيداع التعهدات المختومة و كذلك تاريخ فرز هذه التعهدات.

● المزايدات الشفوية : يعلن الموظف الذي يرأس جلسة المزايدة عن الثمن الأدنى المعروض المذكور في الملصقات ، و تكون المزايدات بمبلغ لا يقل عن ألف دينار إذا لم يتجاوز الثمن الأدنى المعروض خمسمائة ألف دينار و ب ألفي دينار عندما يفوق الثمن الأدنى المعروض خمسمائة ألف دينار ، ولا يعلن عن منح الإمتياز عن طريق المزايدات الشفوية إلا بعد إنطفاء شمعتين موقدتين على التوالي بفارق دقيقة واحدة بينهما على المزايدة الواحدة نفسها ، وإذا لم تقع أية مزايدة خلال مدة اشتعال هذه الأضواء ، يعلن المزااد لصالح العرض الذي أوقدت عليه الشمعتان و لا يعلن المزااد حتى تتم مزايدة واحدة على الأقل بمبلغ الثمن الأدنى المعروض و لا يمكن تخفيض هذا السعر في الجلسة نفسها ، و إذا لم تجر أية مزايدة يؤخر الإمتياز و يؤجل 'لى جلسة يحدد تاريخها فيما بعد و يعلن عنها حسب نفس أشكال الجلسة الأولى ، و إذا قدم شخصان أو عدة أشخاص في آن واحد مزايدات متساوية تخولهم حقوقا متساوية في رسو المزااد ، تجري مزايدات جديدة يشارك فيها هؤلاء الأشخاص دون سواهم ، و إذا لم تقع أية مزايدة جديدة تجري القرعة بينهم حسب الكيفية التي يحددها رئيس مكتب المزااد .

● التعهدات المختومة : يقدم عرض عن منح الإمتياز عن طريق تعهد عليه طابع و مصحوب بإستمارة معلومات مطابقة للنموذج الذي تسلمه الإدارة مع إثبات دفع الكفالة من طرف الأشخاص الذين يريدون المشاركة في المزااد ، و التي تمثل 10 ٪ من مبلغ الثمن الأدنى المعروض للجزء الذي يرغبون أن يكونوا مزايدين فيه ، و يجب على الطرف المسدد أن يقدم الإثبات بإرفاق الوصل المسلم له بتعهده أو تقديمه إلى مكتب المزااد في حالة المزايدات الشفوية قبل بدء العمليات ، و تدفع هذه الكفالة إلى صندوق مفتشية أملاك الدولة المختصة إقليميا نقدا أو بواسطة صك معتمد يخصم مبلغ الكفالة الذي يدفعه الشخص الذي رسا عليه المزااد من ثمن المزايدة .

يمكن أن يرسل عرض منح الإمتياز عن طريق البريد أو يودع مباشرة في مقر المديرية الولائية لأملاك الدولة المعنية في الإعلانات الإخبارية في موعد أقصاه آخر يوم عمل يسبق اليوم الذي تجرى فيه عملية الفرز قبل إغلاق المكاتب و يترتب عن الإيداع المباشر تسليم المودع وصلا ، و إذا كان الإرسال عن طريق البريد يجب أن يكون في ظرف موصى عليه مع إشعار بالإستيلام و في ظرف مزدوج يحمل الظرف

¹ المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 الذي يحدد شروط و كفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، نفس المرجع.

الداخلي منهما عبارة " التعهد من أجل منح الإمتيازالجزء رقم المزاد المؤرخ في، ويترتب على عرض منح الإمتياز قانونا قبول المتعهد كل الأعباء و الشروط المفروضة في دفتر الشروط هذا ، ولا يمكن التعهد بعد تاريخ الأجل النهائي للإيداع المبين في الإشهار¹، يجرى المزاد عن طريق المزايدات الشفوية أو يفرز التعهدات المختومة في التاريخ المبين في الملصقات و الإعلانات الصحفية و حسب الكيفية المقررة بواسطة لجنة تنصيب كمكتب المزاد ، وإذا وقع المزاد عن طريق التعهدات المختومة يجب على المتعهدين إلا في حالة وقع مانع ناتج عن قوة القاهرة، أن يحضروا إلى جلسة فرز العروض شخصيا أو عن طريق تعيين وكيل يزود بوكالة.

ب- منح الإمتياز عن طريق التراضي : يمنح الإمتياز بالتراضي بعد ترخيص من مجلس الوزراء و بإقتراح من المجلس الوطني للإستثمار ، ويعرض الوزير المعني أو الوالي المختص إقليميا المشاريع الإستثمارية القابلة لمنح الإمتياز بالتراضي على المجلس الوطني للإستثمار ، ومن بين المشاريع الإستثمارية التي يمكن أن تستفيد من الإمتياز بالتراضي هي المشاريع التي:

- يكون لها طابع الأولوية و الأهمية الوطنية مثل الإستثمارات الإنتاجية التي يمكنها أن تساهم في استبدال عمليات الإستيراد في القطاعات الإستراتيجية للإقتصاد الوطني.
- تشارك في تلبية الطلب الوطني على السكن من خلال العمليات التي تدخل في إطار السياسة السكنية.
- تكون محدثة لمناصب الشغل أو القيمة المضافة بشكل قوي و تعكس على الخصوص تقليص البطالة في المنطقة و التحويل التكنولوجي.
- تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة و التي يحدد قائمتها المجلس الوطني للإستثمار².
- يمكن أن تستفيد المشاريع الإستثمارية المستفيدة من الإمتياز بالتراضي بناء على إقتراح المجلس الوطني للإستثمار و بعد قرار مجلس الوزراء من تخفيض في مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من إدارة أملاك الدولة ، حيث أنه عندما يمنح الإمتياز بالتراضي فإن مبلغ الإتاوة السنوية كما هو محدد من إدارة أملاك الدولة يجب أن يمثل 20/1 (5%) من القيمة الحقيقية و الذي يجب أن يمثل السعر الإفتتاحي عندما يمنح الإمتياز عن طريق المزاد العلني، ويتم تحيين الإتاوة الإيجارية السنوية عند إنقضاء كل فترة 11 سنة بناء على تقييم تعدد مصالح أملاك الدولة إستنادا إلى السوق العقاري ، أما في حالة ما إذا منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني فإن مبلغ الإتاوة السنوية يمثل ناتج عملية المزاد العلني.

3- الجهة المختصة بمنح الإمتياز : يرخص بالإمتياز أو التنازل بالمزاد العلني أو بالتراضي :

- بموجب قرار من الوالي بناء على إقتراح من لجنة يحدد تنظيمها و تشكيلها و سيرها عن طريق التنظيم.

¹ المادة 03 من نموذج دفتر الشروط من المرسوم التنفيذي رقم 152-09 المؤرخ في 02 ماي 2009 الذي يحدد البنود و الشروط المطبقة على منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية ، مرجع سابق.

² المادة 13 و 14 من المرسوم التنفيذي رقم 152-09 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، نفس المرجع.

- لائحة من المجلس الوطني للإستثمار بالنسبة لمشاريع الإستثمار التي تستفيد من نظام الاتفاقية وفقا لأحكام الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار¹.

- عندما تكون القطعة الأرضية التابعة للدولة موجودة داخل محيط منطقة توسع سياحي، يرخص منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود بقرار من الوزير المكلف بالسياحة و بإقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير منطقة التوسع السياحي، يمنح الإمتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود على أساس شروط خاصة يحددها قطاع السياحة و موجودة في دفتر الشروط النموذجي، وتحدد طبيعة المشروع المزمع إنجازها و كذا الشروط و المعايير اللازمة.

- عندما يتعلق الأمر بقطعة أرض تابعة للدولة تم إسناد تسييرها إلى هيئة عمومية مكلفة بالضبط و الوساطة العقارية، يرخص منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود بإقتراح من هذه الهيئة بناء على قرار من الوزير المكلف بترقية الإستثمارات.

- عندما تكون القطعة الأرضية التابعة للدولة موجودة داخل محيط مدينة جديدة، يرخص منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود بإقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة و بقرار من الوزير المكلف بتهيئة الإقليم، و يجب أن تكون القطع الأرضية التابعة للدولة محل منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود موجهة لاستقبال مشاريع إستثمارية تتماشى و طبيعة المدينة الجديدة و تتوافق مع مخطط تهيئتها.

- عندما تكون القطعة الأرضية التابعة للدولة موجودة خارج محيطات مناطق التوسع السياحي و المدن الجديدة و غير التابعة للهيئات العمومية المكلفة بالضبط و الوساطة العقارية، يرخص منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود بقرار من الوالي المختص إقليميا و بإقتراح من الوزير المكلف بتهيئة الإقليم عندما تكون القطعة الأرضية المعنية تابعة لمحيط مدينة جديدة و بإقتراح من الهيئة المكلفة بتسييرها و ذلك طبقا لمخطط تهيئة المدينة الجديدة².

كما يرخص الإمتياز عن طريق المزاد العلني على الخصوص بما يأتي :

- قرار من الوزير المكلف بالسياحة عندما تكون القطعة الأرضية تابعة للعقار السياحي القابل للبناء و بإقتراح من الهيئة المكلفة بالعقار السياحي على أساس دفتر أعباء يحدد تصور المشروع المزمع إنجازها و المعايير التي ينبغي توفرها.

- قرار من الوزير المكلف بالصناعة و ترقية الإستثمارات عندما تكون القطعة الأرضية المعنية تابعة لهيئات عمومية مكلفة بالضبط و الوساطة العقارية.

¹ المادة 05 من الأمر 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006 المتعلق بتحديد شروط و كفاءات منح الإمتياز و التنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية، ج رقم 53 الصادرة في 30 أوت 2006.

² المادة 08 و 10 و 11 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، نفس المرجع.

- قرار من الوزير المكلف بتهيئة الإقليم عندما تكون القطعة الأرضية تابعة لمخطط مدينة جديدة و بإقتراح من الهيئة المكلفة بتسييرها و ذلك طبقا لمخطط تهيئة المدينة الجديدة.
 - قرار من الوالي المختص إقليميا و بإقتراح من لجنة يحدد تنظيمها و تشكيلها و تسييرها عن طريق التنظيم¹.
- يرخص منح الإمتياز بالتراضي من مجلس الوزراء و بإقتراح من المجلس الوطني للإستثمار.

4- ملكية البنايات المقررة في المشروع الإستثماري :

- عند إتمام البنايات المقررة في المشروع الإستثماري المعاينة قانونا بناءا على شهادة المطابقة تكرر إجباريا ملكية البنايات المنجزة من طرف المستثمر على الأرض الممنوح إمتيازها بمبادرة من هذا الأخير بعقد موثق، يمكن التنازل عن ملكية البنايات و الحق العيني العقاري الناتج عن الإمتياز بالنسبة للمدة المتبقية بشرط:
- إنجاز البنايات المقررة في المشروع الإستثماري المعاينة قانونا بشهادة المطابقة المسلمة من المصالح المختصة بالتعمير.
- بدء النشاط المعائن قانونا حسب الحالة بموجب قرار من الوزير المكلف بتهيئة الإقليم، عندما تكون القطعة الأرضية المعنية تابعة لمخطط مدينة جديدة و بإقتراح من الهيئة المكلفة بتسييرها و ذلك طبقا لمخطط تهيئة المدينة الجديدة، أو من الهيئة المكلفة بالمدينة الجديدة أو من الهيئة المكلفة بمنطقة التوسع السياحي.
- يجب أن يكون بدء النشاط معائن كذلك قانونا من الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار بالنسبة للمشاريع الإستثمارية التي تكون موضوع تصريح بالإستثمار، و يجب إعلام إدارة أملاك الدولة تحت طائلة البطلان بأي معاملة يحتمل إجرائها على حق الإمتياز.

يؤدي كل إخلال من المستفيد من الإمتياز للتشريع المعمول به و للإلتزامات المنصوص عليها في دفتر الشروط إلى إسقاط الحق من الجهات القضائية المختصة بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليميا، و إذا لم يتمكن صاحب الإمتياز من إتمام مشروعه الإستثماري في الأجل المحدد في عقد الإمتياز مع إحترام طبيعة المشروع و البرنامج المحدد في دفتر الشروط و رخصة البناء، يمكن منح صاحب الإمتياز أجلا إضافيا يتراوح من سنة إلى 03 سنوات حسب طبيعة و أهمية المشروع، و في حالة عدم إتمام المشروع عند إنتهاء الأجل الإضافي يؤدي إسقاط الحق إلى دفع الدولة تعويضا مقابل فائض القيمة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة بصفة انتظامية دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد و سعر اليد العاملة المستعملة مع إقتطاع نسبة 10 % على سبيل التعويض، و تحدد مصالح أملاك الدولة المؤهلة إقليميا فائض القيمة²، وعند إنجاز البنايات في الأجل المحدد و بدون مطابقتها للبرنامج المحدد و/أو رخصة البناء فإن إسقاط الحق يتم بدون تعويض، أما في حالة عدم إنجاز المشروع في الأجل المحدد مع عدم مطابقة البنايات مع البرنامج المحدد و / أو الرخصة البناء، فإنه لا يمكن لصاحب الإمتياز طلب الإستفادة من

¹ المادة 05 من الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 و المتعلق بتحديد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجبة لإنجاز مشاريع إستثمارية، مرجع سابق.

² المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجبة لإنجاز مشاريع إستثمارية، مرجع سابق.

التعويض، وعند نطق الجهة القضائية المختصة بهدم البنايات، فإنه يتعين على صاحب الإمتياز وعلى حسابه القيام بإعادة القطعة الأرضية محل الإمتياز إلى حالتها الأصلية، وتحول الإمتيازات و الرهون التي يحتل أنها أثقلت القطعة الأرضية بسبب صاحب الإمتياز المخل بالتزاماته إلى التعويض الناجم عن إسقاط الحق، كما يفسخ الإمتياز في أي وقت و بإتفاق الطرفين أو بمبادرة الإدارة إذا لم يحترم المستفيد من الإمتياز بنود دفتر الشروط، و في حالة عدم إحترام المستفيد من الإمتياز بنود دفتر الشروط و بعد توجيه إعدارين له برسالة موصى عليها مع إشعار بالإستيلام و لكن دون جدوى، تباشر الجهات القضائية المختصة في إجراء إسقاط الحق طبقا للمادة 17 من المرسوم التنفيذي 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009، وعند عدم إنتهاء صاحب المشروع الإستثماري في الأجل المحدد في عقد الإمتياز مع احترام طبيعة المشروع و البرنامج المحدد في دفتر الشروط و رخصة البناء، يمكن منح صاحب الإمتياز أجلا إضافيا يتراوح من سنة إلى 03 سنوات حسب طبيعة و أهمية المشروع، و في حالة عدم إتمام المشروع عند إنتهاء الأجل الإضافي، فإن إسقاط الحق يؤدي إلى دفع الدولة تعويضا مقابل فائض القيمة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة بصفة نظامية دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد و سعر اليد العاملة المستعملة مع إقتطاع نسبة 10٪ على سبيل التعويض¹.

5- دور الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الممنوحة في إطار نظام الإمتياز في تنمية المشاريع الإستثمارية:

تعتبر المشاريع الاستثمارية من بين الأدوات الفاعلة في تعبئة و توجيه عناصر الإنتاج اللازمة و الكافية لمقتضيات الانتقال من الركود إلى التطور و التنمية الاقتصادية، فللمشاريع الإستثمارية أهمية كبيرة بالنسبة للإقتصاد الوطني بصفة عامة، و بالنسبة للوحدات الاقتصادية بصفة خاصة، و من جهة أخرى فإن القطعة الأرضية موضوع الإمتياز التي تكون موجهة لإستيعاب مشروع إستثماري لا تقبل أي تغيير في وجهتها أو في إستعمالها كليا أو جزئيا لأغراض أخرى غير الأغراض المحددة في دفتر الشروط و إلا ينجر عنه فسخ منح الإمتياز، و تكتسب المشاريع الاستثمارية أهمية مميزة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية لكل المجتمعات، وبالتالي تعتبر عماد الإقتصاد الوطني، ووجودها يشكل دعامة أساسية من دعومات النمو والتنمية، فهي محرك الإقتصاد الموجه نحو التقدم والرقى و الإزدهار ولا يمكن لأي إقتصاد قوي وسوي أن يتخلى عنها لأنها مؤشر ومعيار التشغيل والتوظيف للمواطنين وللدولة، فالإقتصاديون يرون بالمشاريع الإستثمارية أحد أهم المصادر الرئيسية لمكونات الناتج القومي، وتعد المشاريع الاستثمارية حجر الزاوية في بناء الإقتصاد الوطني لكل دول العالم وتزداد هذه الأهمية للدول النامية لأنها تعمل على خلق وإيجاد المزيد من فرص العمل وبالتالي خفض معدلات البطالة والتي يعد وجودها مؤرقاً سياسياً واجتماعياً واقتصادياً لصانعي القرار، كما تعمل المشروعات الاستثمارية على زيادة دخول الأفراد وتحقيق الرفاهية المعيشية والاجتماعية لهم، كما تسهم في زيادة إيرادات الحكومة من الضرائب وبالتالي تعمل على خفض العجز المالي في الموازنة العامة للدولة والذي ينتج عنه زيادة معدلات الإنفاق الحكومي للدولة، كما تسهم و تشارك المشروعات الاستثمارية في دعم المؤسسات الاجتماعية والأهلية وبالتالي تعمل على تطوير وتقدم وازدهار الإقتصاد القومي للدولة، ما كانت هذه المشروعات تتمتع بالأهمية البالغة، و التأثير المباشر على حجم الاستثمارات، فلا بد من التقليل من نسب فشلها، و ما ينجم عنه من إهدار للموارد و الطاقات، و هذا بإخضاعها إلى دراسات جدوى اقتصادية قبل تنفيذها، و التي تسمح

¹ المادة 10 من نموذج دفتر الشروط من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009 الذي يحدد البنود و الشروط المطبقة على منح الإمتياز عن طريق المزارد العلني للقطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية، مرجع سابق.

بالتحديد القبلي لإمكانية النجاح و القدرة على مواجهة المخاطر و عدم اليقين من المستقبل¹، تشير النظرية الاقتصادية إلى أن الهدف من انشاء المشاريع الخاصة هو تحقيق أقصى ربح ممكن، والمقصود بالربح هو صافي الربح، وهو الناتج عن المقابلة بين الإيرادات والتكاليف الخاصة بالمشاريع، هذا وقد يخطط للربح وتعظيمه في الأجل القصير والطويل، فهناك أهداف أخرى تسعى إليها المشروعات مثل: تعظيم الإيرادات، والاحتفاظ بسلعة جيدة وتحصيل مركز تنافس في السوق، وتحقيق أكبر قدر من المبيعات، وتعظيم الصادرات، والاستمرار، والبقاء والنمو، وقد تسعى هذه المشاريع إلى تحقيق أهداف اجتماعية اتجاه الاقتصاد القومي الذي تعمل فيه، والمجتمع الذي تتعامل معه وكسب رضى العاملين، وتبرز أهميتها أيضا في مدى مساهمتها في حل المشاكل الاقتصادية والاجتماعية كونه يوفر عرض العمل للراغبين، ويقلل من وطأة البطالة، كما يساهم في الحد من عجز ميزان المدفوعات، والتضخم وهو أيضا ذو منافع كثيرة ومتعددة، وهذا فضلا عن مساهمته في تنشيط مستوى المنافسة كما يدفع الابداع والتطوير والابتكار وتقديم أفضل الخدمات للمستفيدين وفي نفس الوقت يحتاج المشروع الاستثماري لجهود مضاعفة لتحقيق أهدافه.

يعتبر إنشاء مشروع استثماري بمثابة زراعة عضو في جسم الاقتصاد القومي، ومن ثم سوف يتفاعل مع البيئة الاقتصادية الكلية المحيطة التي يعمل بها، وبالتالي يجب فحص واختيار هذه العلاقة بشكل منتظم ودوري بحيث تصبح جزءا أساسيا لعملية تطوير المشروع على مختلف مراحلها. لا يمكن تجاهل الأهمية الاقتصادية للمشاريع الاستثمارية وبالتالي تكريس الاهتمام بها والتطوير لرأس المال البشري وبالتالي تقليل التخلف والتشوهات التي يعاني منها سوق العمل الوطني خصوصا من قبل الحكومات عن طريق تعزيز القدرة الذاتية للاقتصاد الوطني وذلك من خلال برامج التأهيل والتدريب خصوصا مع وجود مثل هذه المشاريع التي تساهم في تحسين الإنتاجية و التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي سيعزز المكانة التنافسية للاقتصاد الوطني بأطرافه و لتعزيز هذا النهج المبارك يجب القيام بسن التشريعات التي تحمي حقوق الاستثمار وذلك من خلال العمل على وجود تعليمات وأنظمة وقوانين واضحة ولن يتم ذلك إلا حينما تكون المشروعات الاستثمارية على سلم أولويات الحكومات وعندها فقط سنضمن تحقيق الشراكة في الاقتصاد والشراكة في التنمية، ويجب توفير المناخ الإستثماري الملائم لإقامة المشاريع الإستثمارية من خلال إزالة الصعوبات المالية و الإدارية و إستقرار القوانين و التشريعات².

قائمة المراجع :

- 1- تمهيد دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز أراضي أملاك الدولة لإنجاز الإستثمارات في المناطق الخاصة الخاص بالمرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 المتعلق بمنح إمتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الإستثمار، ج ر رقم 67، الصادرة في 14 جمادى الأولى 1415.
- 2- الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار، جريدة رسمية رقم 47 المؤرخة في 22 أوت 2001.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 المتعلق بمنح الإمتياز في أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة، ج ر رقم 67 الصادرة في 14 جمادى الأولى 1415.

¹ سعيد عبد العزيز عثمان، دراسات جدوى المشروعات بين النظرية والتطبيق، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 24، 23.

¹¹ محمد مطر، إدارة الاستثمارات، الإطار النظري والتطبيقات العملية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 56.

- 4- المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 و المتعلق بترقية الإستثمار، ج ر رقم 64 الصادرة في 10 أكتوبر 1993.
- 5- الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط و كفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، ج ر رقم 49 الصادرة في 03 سبتمبر 2008.
- 6- الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المتعلق بتحديد شروط و كفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009 الذي يحدد شروط و كفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، ج ر رقم 27 الصادرة في 06 ماي 2009.
- 8- نموذج دفتر الشروط من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009 الذي يحدد البنود و الشروط المطبقة على منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية .
- 9- الأمر 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006 المتعلق بتحديد شروط و كفيات منح الإمتياز و التنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية، ج ر رقم 53 الصادرة في 30 أوت 2006.
- 10- سعيد عبد العزيز عثمان، دراسات جدوى المشروعات بين النظرية و التطبيق، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 11- محمد مطر، إدارة الاستثمارات، الإطار النظري و التطبيقات العملية، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2004.

مسؤولية الدولة في إطار علم الضحايا



إعداد الباحث : علاء الدين تكثري

أستاذ محاضر الدروس التطبيقية

كلية الحقوق طنجة- المملكة المغربية

تقديم :

إن الحديث عن مسؤولية الدولة، لم يكن بالأمر السهل، فقبل الاعتراف بها مرت المسؤولية الإدارية بتطورات تاريخية، ابتدأت بنفي مسؤولية الدولة بكيفية مطلقة، وانتهت بإقرارها كمبدأ عام، اعتبارا لحقوق المواطنين، وضمان لحسن سير الإدارة، مع الاحتفاظ ببعض الاستثناءات التي تبقى فيها الدولة غير مسؤولة عن بعض الأنشطة في ميادين محدودة، نظرا لطبيعتها الخاصة، أو الأهداف المتوخاة منها.

فالفكرة التي كانت تقضي بأن يحكم على السلطة العامة، بدفع تعويضات للخوارج عن الأضرار التي تلحقها بهم، ليست من الأفكار التي ارتكزت على عرف ثابت، حيث كان مبدأ عدم مسؤولية الدولة هو الراجح، وكان يبدو أمرا غير عاديا أن تثار مسؤولية الحاكم بذريعة أنه ليس بوسع هذا الأخير فعل سوء¹. غير أن التطور المستمر لتدخل الدولة والتوسع في اختصاصاته في جميع المجالات الحيوية داخل المجتمع، جعل من الجهاز الإداري جهازا ضخما يتدخل في جميع القطاعات، ولا يمكن بالتالي استثناءه من الرقابة القضائية، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى انهيار المشروعية². وقد أدى هذا التدخل إلى ارتفاع عدد الضحايا وانعدام مبدأ العدالة والمساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء العامة الناتجة عن مختلف أنشطة المرافق العمومية، مع ضرورة أن يتلقى الضحايا تعويضات عن الأضرار التي أصابتهم جراء ذلك.

¹ كانت هذه الحجة تتضمن فيها مضي تيريرا مفاده القول: أن الأضرار التي يتسبب فيها الحاكم ليست إلا المقابل المؤسف والمحترم أيضا للمنافع التي تجنمها الجماعة من وراء نشاط الدولة لفائدة المصلحة العامة. ومع ذلك فإن غير المستبعد تعويض الضرر الناشئ في هذه الحالة، ولكن من جهة يكون التعويض تعويضا استثنائيا، ومن جهة أخرى لا يكون ممكنا إلا في إطار تعاطف استعطافي، وليس كنتيجة للالتزام بالتعويض الذي يحتمل أن يكون على عاتق السلطة العامة.

² بشري التيموبي: "مسؤولية الدولة عن الأعمال الإرهابية"، بحث لنيل دبلوم ماستر القانون العام، كلية الحقوق طنجة، السنة الجامعية: 2007.2008، ص:4.

لذلك سرعان ما تمت مهاجمة مبدأ عدم مسؤولية الدولة بالنقد العنيف من طرف الفقهاء الفرنسيين الذين نادوا بضرورة خضوع الدولة لقواعد المسؤولية، وهكذا ظهر في فرنسا بقلم أحد مستشاري مجلس الدولة الفرنسي "جورج تيسي" كتاب خصصه لمسؤولية السلطة العامة، أثار فيه على وجه التحديد مبادئ التكافل والإنصاف، لدحض المبدأ عدم مسؤولية الدولة، لذلك نشأت قواعد المسؤولية الإدارية أول مرة في فرنسا - مهد القانون الإداري - ولقد ساعد على ذلك الأخذ بنظام القضاء المزدوج، حيث كان السبب الرئيسي لنشأته في فرنسا هو تعسف المحاكم القضائية وإسرافها في التدخل في شؤون الإدارة، وبعد الثورة الفرنسية، ظهرت الرغبة في نشأة قضاء يتولى فحص المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها¹.

وهكذا، فقد ظلت الدولة بصفة عامة والإدارة بصفة خاصة ولحقة طويلة من الزمن غير مسؤولة عن أعمالها المختلفة وكذا عن أخطاء موظفيها، ويعود ذلك إلى الفكرة التي كانت سائدة آنذاك وهي أن الدولة شخص معنوي مجسد في شخص الملك الذي لا يخطئ أبداً *The King can do no wrong* وأنه امتداد لإرادة وظل الله في أرضه، وهو ما جعله يتمتع بسلطة مطلقة في تسيير شؤون الدولة وعدم خضوعه للرقابة بما فيها الرقابة القضائية. وأمام هذا التطور الذي عرفته المسؤولية، لم يكن أمام القضاء والمشرع في مختلف الدول، إلا أن يقرروا مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة الإدارية.

ففي فرنسا ساهمت أحكام ومجلس الدولة ومحكمة التنازع في إرساء أسس وقواعد المسؤولية الإدارية، حيث أنه منتصف القرن 19، أخذت المحاكم الإدارية الفرنسية في الأخذ بالمسؤولية الإدارية عن أعمال موظفيها التي تسبب أضراراً للغير من الأفراد أثناء قيامهم بأعمالها الوظيفية، فهكذا جاء حكم "بلانكو" عام 1873، ليعطي للقضاء الإداري الفرنسي، إشارة الضوء الأخر، لشق طريقه بكل جرأة² وإقدام في مواجهة السلطة العامة وإيقاع المسؤولية على عاتق الإدارة لتعويض الأضرار التي تلحق بالأفراد بفعل الأشخاص الذي يستخدمهم المرفق العام، وإن هذه المسؤولية ليست مسؤولية عامة ولا مطلقة بل إن لها قواعدها الخاصة التي تختلف تبعاً لحاجات المرفق وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد.

كما أن المشرع الفرنسي تدخل لإقرار هذه المسؤولية في مجموعة من المواضيع والحالات ومن ذلك قانون 8 يونيو 1895 بشأن مسؤولية الدولة عن بعض أخطاء القضاء، وقانون 27 أبريل 1901 بشأن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأماكن المجاورة والبلديات عن الأضرار التي تقع أثناء حوادث الإضرابات والمظاهرات، حتى ولو لم يكن هناك خطأ، وقانون 31 دجنبر 1957 الخاص بمسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تحدثها عربات الدولة³. ولقد اتجه القضاء والفقه الإنجليزي في نفس الاتجاه، حيث أنه حاول بداية من التخفيف من حدة وقسوة مبدأ عدم مسؤولية الإدارة، فقرر في بداية الأمر تكوين لجنة قانونية عام 1921 لنفي مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، وقد رفعت هذه اللجنة مذكرة بمشروع قانون 1927 يقيم هذه المسؤولية، لكن البرلمان الإنجليزي، رفض إقراره مستنداً في ذلك أن إقرار هذا المبدأ يعرض الثروة العامة للضياع، إلا أن المشرع بعد ذلك تدارك الأمر، وأقر ... مسؤولية

¹. تتلخص وقائع الحكم في أنه صدمت عربة صغيرة تابعة لمصنع لتبغ بوردو، طفلة فأوقعها وجرحتها، فرفع والد الطفلة النزاع إلى القضاء العادي طلباً لتعويض عن الخطأ الذي ارتكبه عمال المصنع، إلا أن محكمة التنازع قررت أن الجهة المختصة بالنظر في النزاع هي القضاء الإداري وليس القضاء العادي وقضى بأنه "لا تختص المحاكم العادية إطلاقاً بالنظر في الدعاوى المقامة ضد الإدارة بل يرجع الاختصاص للقضاء الإداري".

². فريد بن مشيشي "المسؤولية الإدارية عن أخطاء الموظف العام"، بحيث لنيل شهادة الماستر في القانون الإداري "جامعة محمد حيزر شركة قسم الحقوق، السنة الجامعية 2013.2014، ص:20.

³. بشرى اليعقوبي "مسؤولية الدولة عن الأعمال الإرهابية، بحث لنيل دبلوم ماستر القانون العام السنة الجامعية، 2007/2008، ص:5.

الموظف الشخصية، استنادا إلى السند والمبرر الذي قدمه الفقه في تكييفه في طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الموظف العام بالإدارة، وأصبح ذلك القانون ساري المفعول وهو قانون الإجراءات الملكية 1974¹.

أما بالنسبة للمغرب، فإن المسؤولية الإدارية قد مرت بنفس التطور الذي عرفته معظم الدول، بالرغم من وجود وزير للشكايات الذي كان ينظر في تظلمات المواطنين وتصارعات بعض الموظفين، وهكذا كانت قاعدة عدم مسؤولية الدول هي السائدة إلى أن صدر ظهير الالتزامات والعقود بتاريخ 12 غشت سنة 1913، الذي قرر فيه صراحة بمبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة الإدارية، وذلك في الفصلين 79 و 80.

وفضلا عن هذين النصين، فإن المشرع المغربي قد اعترف في الفصل الثامن من ظهير التنظيم القضائي الصادر في 12 غشت 1913 للمحاكم الفرنسية المحدثة في المغرب بالفصل في جميع الدعاوى التي ترمي إلى تقرير مديونية الإدارة العمومية بسبب جميع الأعمال الصادرة عنها والضارة بالغير، وكذا تنفيذ العقود المبرمة من جانبها.

وبالإضافة إلى تلك النصوص، فإن الفصل 17 من ظهير المسطرة المدنية القديم، قد قرر بدوره اختصاص محاكم الدرجة الأولى بصفة ابتدائية مع قابلية أحكامها للاستئناف بالنظر في جميع الدعاوى التي ترفع على موظفي الإدارات العمومية، والرامية إلى طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن تدليسهم أو أخطائهم الجسيمة، أثناء مباشرتهم لوظائفهم، وكذا الدعاوى التي ترفع على الإدارات العمومية بطلب تعويض عن الأضرار في حالة إعسار الموظفين المسؤولين. وتطبق الفقرة الثانية من الفصل المذكور على أن تختص نفس المحاكم بالفصل في الدعاوى المرفوعة على الإدارات العمومية، وفقا لنص المادة الثامنة من التنظيم القضائي، وخاصة فيما يتعلق بطلب التعويض عن الأضرار الناجمة مباشرة عن سير الإدارات العمومية وعن الأخطاء المرفقية لموظفيها الناجمة مباشرة عن سير الإدارات العمومية وعن الأخطاء المرفقية لموظفيها.

فالمغرب يعتبر من الدول الأولى الذي استلهم التجربة الفرنسية، بأخذه بنظرية المسؤولية الإدارية ونظمها في إطار قانوني يرجع إلى سنة 1913 حيث كانت للمحاكم الابتدائية الولاية الكاملة للنظر في دعاوى التعويض مع الاستئناف أما محاكم الاستئناف والطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى الحدث سنة 1957² محكمة النقض حاليا.

وبمجرد صدور القانون المحدث للمحاكم الإدارية في 10 شتنبر 1993³ أصبحت دعاوى التعويض في مجال مسؤولية الدولة من اختصاص المحاكم الإدارية ابتدائيا طبقا للمادة الثامنة التي نصت: "...تختص المحاكم الإدارية، مع مراعاة أحكام المادتين 9 و 11 من هذا القانون بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ما عدا الأضرار التي تحسبها في الطريق العام مركبات أيا كان نوعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام". وتستأنف أحكام هذه المحاكم أمام محاكم الاستئناف الإدارية المحدثة في 14 فبراير 2016 مع حفظ حق النقض أمام المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا⁴.

¹ فريد بن مشيشي، مرجع سابق، ص: 22.

² تم إحداث المجلس الأعلى بموجب الظهير الشريف، رقم 15/223 بتاريخ 27 شتنبر 1957، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 2347 (1957).

³ ظهير الشريف رقم 191.225 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجب المحاكم الإدارية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 3 يونيو 1993، ص: 2168.

⁴ د. محمد الأعرج. مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة أولى 2013، ص: 23.

وهكذا وجب تحديد المفاهيم والمصطلحات العلمية، على اعتبار أن تحديد المفاهيم هو أحد الطرق المنهجية الهامة في أي بحث علمي وخاصة في أي دراسة قانونية، فالتحديد الدقيق لمصطلحات الرسالة يبدد الغموض ويمنع اللبس ويساعد على الفهم الصحيح لموضوعها.

1: مسؤولية الدولة :

يقصد بالمسؤولية في اللغة هي مشتقة من فعل "سأله" أو "سأله" ويقال سأله عن كذا، أي استخبره عنه وجاء في القرآن الكريم " بأنها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبدلكم نسؤكم¹ كما جاء فيه " فاسأل به خيرا² ". ويقصد بمسؤولية الدولة، التزامها بدفع تعويض لمن يصيبه أضرار، نتيجة ممارسة، النشاط الإداري للدولة، وذلك في إطار أوضاع وأحكام المسؤولية المعمول بها.

ودعوى التعويض هي الوسيلة القانونية القضائية الممنوحة للأفراد والتي يهدفوا من ورائها الحصول على تعويض عن ضرر أصابهم من جراء نشاط إداري للدولة³.

ويعتبر مبدأ "مسؤولية الدولة" مبدأ دستوري منصوص عليه في الفصل السادس من الدستور⁴ والذي يقضي بكون السلطات العمومية متساوية أمام القانون، وملزمة بالامتثال إليه، وهذا يعني خضوع الدولة للقانون، وإمكان مقاضاتها أمام القضاء، ونزولها على أحكامه، وهي مسؤولية مرتبطة من جهة بواجب السلطة العامة ويعبئها، ومن جهة أخرى لصيقة بما يطرأ على الحياة العامة من تقدم تكنولوجي، وجريمة منظمة، مما يستدعي مساندة هذه المسؤولية للتطورات الطارئة⁵.

الدولة لقد وسع بعض الفقهاء من الألفاظ المتصرفة في تعريف الدولة، وضيق الآخر منها، وإن كان المعنى واحد، حيث جاءت تعريفاتهم متضمنة الأركان الدولة وهي الشعب والإقليم والسلطة والاستقرار، فعرفها بعض الفقه، بأنها عبارة عن جماعة من الأفراد، تقطن على وجه الدوام والاستقرار إقليما جغرافيا معيناً وتخضع في تنظيم شؤونها لسلطة سياسية تستقل من أساسها عن أشخاص من يمارسها⁶.

والبعض الآخر عرفها بأنها جماعة من الناس يقطنون على وجه الاستقرار أرضا معينة ومستقرة، ويخضعون لنظام سياسي وحكومة منظمة مهمتها الحفاظ على كيان هذه الجماعة وإدارة شؤونها ومصالحها العامة⁷. ذلك أن المسؤولية تعني تحمل التبعات، أي تحمل تبعات الفعل أو الخطأ أو الإهمال والتقصير، وهي إما أن تكون مسؤولية سياسية أو أخلاقية أو مسؤولية قانونية.

1. سورة المائدة الآية 101.

2. سورة الفرقان الآية 59.

3. د. محمد مدحت النهري "مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، قضاء التعويض، مكتبة النهضة العربية، 1996:1997، ص 156.

4. الفصل 6 من الدستور.

5. لطيفة الخال، مسؤولية الدولة عن تعويض أضرار الإرهاب، بحث لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق الرباط، الموسم الجامعي 2013، ص 16.

6. حول الالتزام بتحقيق نتيجة أو بدل عناية وكيفية تطبيق ذلك من طرف القضاء المغربي خاصة في قضايا المسؤولية الطبية، راجع عبد الكبير العلوي الصوصي، العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية، نشر دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى، 2014.

7. نص الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود أنه " كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.

فالمسؤولية القانونية إما أن تكون جنائية أو مدنية، حيث أن المسؤولية الجنائية يتولى بحثها التشريع الجنائي، في حين يتولى التشريع المدني تناول المسؤولية المدنية، التي تنقسم بدورها إلى نوعين: "مسؤولية عقدية أساسها الإخلال بالتزام تعاقدية أو مسؤولية تقصيرية أساسها الإخلال بالتزام قانوني كمبدأ إما بتحقيق نتيجة أو بدل عناية¹. والمسؤولية التقصيرية من جهة أخرى إما أن تكون مبنية على خطأ واجب الإثبات²، أو خطأ مفترض³ أو على أساس نظرية المخاطر⁴.

2 : تعريف علم الضحية :

يعتبر علم الضحية فرع من العلم الجنائي، الذي يعني بدراسة الصفات البيولوجية والنفسية والاجتماعية بل وحتى الثقافية كما يدرس دور الضحية في الفعل الإجرامي⁵ سواء في خلق الجريمة أو تسهيلها أو التشجيع عليها، كما إمتد هذا العلم إلى دراسة حقوق الضحية من خلال الإجراءات التي يجب أن يسلكها لضمان حقه في تعويض عادل عن الأضرار الناجمة عن الجريمة سواء من الأفراد أو من الدولة.

فإذا كان مولد علم الإجرام سنة 1876 بظهور كتاب "الإنسان المجرم" للمبروزو lombroso، فإن علم الضحية يعتبر قد بدأ بكتاب « Hansvon Hentig » عن الجاني وضحيته « The criminal and his victim » وذلك سنة 1948⁶، حيث بين أن الدراسة النظرية لمكافحة الجريمة ليست لها أهمية دون المعرفة الحقيقية لضحية

ففي الربع الأخير من القرن الماضي - تم الإهتمام أكثر بعلم الضحايا، لإزاحة الستار عن معاناة ضحايا الجريمة بقصد التخفيف عنهم، وضمان حقوقهم التي أهدرتها الجريمة، فانتقل بذلك علم الضحية من العلم الذي يهتم ببيان دور الضحية في الظاهرة الاجرامية إلى العلم الذي يهتم بالدفاع عن حقوق الضحية.

فوضحت أبحاث العلماء ما يجب توفيره لهؤلاء الضحايا من عدالة و إنصاف و رعاية بعد ارتكاب الجريمة و ضرورة اشراكهم في الدعوى الجنائية، و توفير المساعدة لهم في جميع مراحل الاجراءات الجنائية، و اعلامهم بحقوقهم و سبل اقتضائها و تيسير هذه السبل لهم، و تنمية روح التصالح بين الضحية و الجاني، و ضرورة تعويض ضحايا الجريمة عما لحقهم من أضرار، إلى غير ذلك من الحقوق التي ظلت حتى وقت قريب لا تحظى بغير القدر اليسير من الرعاية و الحماية⁷.

ولم يقتصر مجال الإهتمام بدراسة علم الضحية وفق تلك الخطوات، بل لقد توجت الجهود بإصدار أول مجلة علمية متخصصة في علم الضحية وذلك في سنة 1976 تحت عنوان: " المجلة الدولية لدراسة علم الضحية." ⁸

¹ كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية عن القاصرين والمجانين وغيرهم من مختلي العقل (فصل 85 من ق.ل.ع) وحراسة الحيوان.

² قضايا الألغام كنموذج.

³ حسن خليل " النظام السياسي والقانون الدستوري " الجزء الأول: النظام الدستورية، منشأة المعارف، 1988، ص:19.

⁴ محمد أنس جعفر: النظم السياسية والقانون الدستوري " دار النهضة العربية، 1999، ص:12.

⁵ محمد الامين البشري، المرجع السابق، ص 43.

⁶ جعفر علوي، مفهوم الضحية في القانون الجنائي وفي علم الاجرام، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد 16، سنة 1999، ص 83.

⁷ أحمد محمد عبد اللطيف الفقي: المرجع السابق، ص: 11.

⁸ عارف عثمان، المرجع السابق، ص 20.

وبعد كل هذه الجهود التي قام بها هؤلاء الباحثين في سبيل بروز علم الضحية كعلم مستقل بذاته، تم تأسيس الجمعية العالمية لعلم الضحية في سنة 1979، و نظمت عدة لقاءات دولية لدراسة الضحية، كما عقدت عدة مؤتمرات متخصصة في هذا المجال منها المؤتمر الأول لدراسة الضحايا الذي عقد بواشنطن، والمؤتمر الثاني الذي عقد في روما سنة 1985 و المؤتمر الثالث الذي عقد في طوكيو سنة 1990.¹

كما بدأت الأمم المتحدة تهتم بهذا العلم حيث عمدت في سنة 1985 إلى إعلان حقوق ضحايا الجريمة وسوء استخدام السلطة، ليعقبه بعد ذلك صدور مرشد العدل للضحايا ودليل صناع السياسات بشأن تطبيق إعلان الأمم المتحدة للمبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة وذلك في سنة 1999.²

فقد عرف إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة رقم 40/34 المؤرخ في 29 نونبر 1985 الضحايا بأنهم "الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو التمتع بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الإنسانية عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكات للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما في ذلك القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة."

كما نصت المادة 18 من نفس الإعلان على أن " يقصد بمصطلح "الضحايا" الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية، عن طريق أفعال أو حالات إهمال لا تشكل حتى الآن انتهاكا للقوانين الجنائية الوطنية، ولكنها تشكل انتهاكات للمعايير الدولية المعترف بها والمتعلقة باحترام حقوق الإنسان."

ويلاحظ بأن تعريف الأمم المتحدة لضحية قد حدد فئات مختلفة كضحايا الجريمة وضحايا استعمال السلطة.

بالرجوع إلى النصوص القانونية وبصفة خاصة قانون العقوبات الفرنسي نجد أن الضحية تعرف على أنها " كل شخص تعرّض إلى ضرر " أو هي " كل شخص تحمل ضررا ناجما عن جريمة :

3."Ayant personnellement souffert du dommage causé par l'infraction."

وفي المغرب فقد أوصت ندوة السياسة الجنائية بالمغرب، واقع وآفاق التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9 و 10 و 11 دجنبر 2004 بتوفير الحماية للفئات المستضعفة، ولاسيما إنصاف الضحايا ومساعدتهم.⁴

إلا أن هنالك بعض الفقهاء أمثال الفقيه " بنيامين مندلسون " لا يوافق على هذا الاتجاه ذاهبا إلى أنه من الضروري إعطاء مفهوم واسع لعلم الضحية مفاده أن هذا العلم يهتم بدراسة جميع أنواع الضحايا بشكل عام سواء كانوا ضحايا الإجرام أم ضحايا الكوارث الطبيعية أو غير ذلك من الأسباب والعوامل التي تقف وراء تضرر الضحية.

¹ المزيد من التفاصيل حول هذه المؤتمرات وغيرها، انظر: صالح السعد: علم المجني عليه وضحايا الجريمة، ط1، 1999، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، ص 53 وما يليها.

² محمد عارف عثمان، نفس المرجع، ص 14.

³ Voir: Robert cario: " La Victime définition et enjeux", (www.dalloz/www dalloz) service".visité le 5.4.2005.

⁴ ندوة السياسة الجنائية بالمغرب: واقع وآفاق، أشغال المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9 و 10 و 11 دجنبر، الطبعة الأولى منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 4، 2005، ص:258.

لذلك يفضل أنصار هذا الاتجاه تسمية هذا العلم " بعلم الضحية " حتى يشمل دراسة ضحية الجريمة وضحية غيرها من الضحايا بشكل مطلق.¹

وبعلاقة علم الضحية بعلم الإجرام، فهناك من يعتبر أن العلاقة بينهما مترابطة، فإذا كان علم الاجرام يهتم بدراسة الجريمة في مفهومها القانوني باعتبارها واقعة مادية في محيط الجماعات والفرد،² ويهتم أيضا بالجرم من حيث الأسباب الدافعة للإجرام وجوانبه العضوية والنفسية والاجتماعية. اما علم المجني عليه فإنه يهتم بنفس الجوانب لكن لدى المجني عليه وايضا علاقته بالجاني.

بينما يرى الأستاذ B.Mendelson أنه يجب الفصل التام بينهما، لأنه من غير الوجيه إقتصار علم المجني عليه على دراسة الجريمة فقط، بل يجب أن تشمل جميع الضحايا.³

وهكذا، فإنه مهما تعددت آراء الفقهاء في إعطاء مفهوم موحد لعلم الضحية، فإن ذلك يظل عمل نسبي لا يخضع لتقنيات محددة ومضبوطة، وذلك راجع كما أسلفنا سابقا لكونه علم مركب يستحيل جمع عناصر ثابتة وشاملة تسمح بإعطاء تعريف موحد.

وعليه فمسؤولية الدولة تطورت بتطور المجتمع، فمع إتساع نشاط الدولة في الوقت الحاضر، الذي لم يعد يقتصر كما هو الحال في الماضي على وظائفها التقليدية، بل امتد نشاطها، وأصبح يغطي كافة جوانب الحياة، الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية والبيئية...

فمن الطبيعي أن يعجز الفرد عن تلبية حاجاته ومتطلبات عيشه بنفسه، فهو يحتاج إلى مساهمة الدولة من خلال الإدارة لتوفير بعض هذه الحاجيات، الأمر الذي استلزم ازدياد وظائفها وتوسع مجال تدخلها، مما ترتب على ذلك ازدياد المرافق والإدارات العامة.

فالدولة بصفة عامة، بإدارتها وجيشها ومؤسساتها العمومية وما إلى ذلك من المرافق، يتم تسييرها من طرف أفراد معرضون للخطأ، ومعرضون من ثمة لإلحاق أضرار بالآخرين، حيث تقوم المسؤولية الإدارية للدولة، التي تفرض على الإدارة تعويض المصابين بالأضرار التي تسببت لهم فيها.

فوظيفة المسؤولية الإدارية، إذن هي وظيفة تعويضية وليست جزائية، تقوم على أساس التعويض المقدم من الدولة من جراء نشاطها أو خطئها، وذلك عندما ينتج عن النشاط أو العمل الإداري المادي حتى وإن كان مشروعاً ضرراً يصيب الغير في أنفسهم أو ممتلكاتهم، فيترتب عن مسؤولية تختلف في موقعها، وتتميز في أساسها عن باقي المسؤوليات كونها مسؤولية تتعلق بمرفق عام يؤدي خدمات عامة قصد تحقيق المصلحة العامة.⁴

¹ benjamin mendelsohn "Victimology and Contemporary Society's Trends" cited in victimology an international-Vole1 _ Number 1 – spring, visage press – U.S.A 1976 – P.8.

² د.فهد فالح مطر المصيربح "النظرية العامة للمجني عليه" دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة مصر، كلية الحقوق 1991، ص 45.

³ benjamin mendelsohn "Victimology and Contemporary Society's Trends" cited in victimology an international-Vole1 _ Number 1 – spring, visage press – U.S.A 1976 – P.8.

⁴ عبد الفتاح صالح: مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، بحث لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الإداري، جامعة خيضر سيكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق الجزائر، الموسم الجامعي 2012/2013، ص:1.

ومن أهم واجبات الدولة، هو كفالة حماية مواطنيها من التعرض من أي تعدي أو إيذاء، عن طريق اتخاذ الوسائل الناجعة التي تحول دون وقوع هذا التعدي أو الإيذاء، أيا كانت صورته أو أيا كانت الوسائل المتاحة لها، سواء التشريعية، الإعلامية، الأمنية والتعليمية وما إلى ذلك، سواء بسبب فعل الغير، أو من جانب الدولة بذاتها عن طريق موظفيها.

وقد تتمكن الدولة بدفع هذا التعدي والإيذاء بتوقيع العقوبة على مرتكب الفعل أو إزالة تصرفه الضار، إلا أن ذلك قد لا يكون كافيا لجبر الضرر، وبالتالي وجب عليها وضع مجموعة من الضمانات والحقوق لحماية الضحايا في كل مراحل المحكمة من تعرضه للضرر إلى حين تنفيذ الحكم لصالحه وتعويضه.

وهكذا فإن من أهم التزامات وواجبات الدولة في البلاد المتقدمة والقانونية، هو كفالة حماية المواطنين المقيمين في إقليمها، سواء أكانوا مواطنيها أم أجانب، أيا كان سبب تواجد هؤلاء في إقليمها، وهذا الواجب هو ما يطلق عليه واجب الأمانة والحماية الذي تقوم به الدولة بمختلف سلطاتها وأجهزتها، والذي من شأنه أن يحول دون وقوع الاعتداء على الأفراد، أيا كانت صورة هذا الاعتداء، وأيا كان شخص مرتكبه.

وبناء على ذلك، فإذا أخضعت الدولة في ذلك الالتزام ترتب على ذلك تقرير مسؤوليتها عن هذا الاعتداء، ولكن من الواجب والمتعين، فإن الدولة في حالة تمكنت من دفع هذا الاعتداء أو الرد عليه، حينها يمكنها توقيع الجزاء المقرر لهذا الاعتداء على مرتكبه في حالة التوصل إليه وإقرار مسؤوليته الجنائية والمدنية. أما إذا لم تتمكن الدولة من التوصل إلى هذا المتهم لأي سبب كان، فإن الضحية، يكون قد تعرض لضيق حقه المعنوي والمادي معا، حيث يكمن حقه المعنوي في إحساسه بعدالة الدولة حين يوقع الجزاء الجنائي على المتهم، أما حقه المادي فيتمثل في جبر الضرر الذي لحقه من هذا الاعتداء. ومن هذا المنطلق يتعين على الدولة أن تتكفل بتعويض الضحية، حتى تخفف الألم الذي تشعر به وتشعره بالمعاملة الإنسانية بوصفه إنسانا يحيا في مجتمع منظم.

فالدولة على غرار الأفراد ملزمة بجبر الضرر التي تتسبب فيها لأفراد بفعل نشاطها، فتتحمل المسؤولية، لكونها الحامية للأمن وسلامة المواطنين أشخاصا ذاتيين أو معنويين، ولعل نشاط حفظ الأمن يعتبر من أهم الوظائف التي تضطلع بها الدولة، بهدف حماية النظام العام.

هكذا، فالدولة تلتزم بصفة رئيسية ببذل أقصى ما في وسعها للحيلولة دون تعرض الأفراد إلى أي ضرر كيفما كان، فإذا وقع الضرر، كان على الدولة واجب العمل على إصلاحه .

إن الحديث عن أساس مسؤولية الدولة عن أضرار الفعل الإجرامي وما يخلفه من آثار على الضحايا، يدفع إلى إبراز الخيط الدولة وبين من يطالبها بتغطية أضراره في إطار وظيفتها الأساسية¹. وفي ظل دستور المملكة الذي نادى في تصديره بإرساء دعائم مجتمع متضامن يتمتع فيه الجميع بالأمن، كما أضاف في فعله 21 بأن السلطات العمومية، تضمن سلامة السكان، وفي فصله 20 بأن القانون يمي حق الحياة، باعتباره أول الحقوق لكل إنسان، مما يستتج أن الأمن، وظيفته سيادية من وظائف الدولة، بل من أجله خلقت حسب فلاسفة العقد الاجتماعي.

إن صور الأمن تتجلى: في الأمن المادي، ويدخل ضمن اختصاص الأجهزة المكلفة به، باعتبارها المنشأ للمحافظة على النظام العام في بعده الأمني، ووظيفة هذا الجهاز هو إشباع حاجة المواطن في العيش المشترك والمستقر².

¹ الفصل 21 من الدستور نص على ضمان السلطات العمومية سلامة السكان 6 بعد اعتباره في الفصل 20 أن الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان.

² محاضرات أستاذ مساعد: مادة الحريات الأساسية، ماستر حقوق الإنسان السداسي الأول.

فأى تقصير في عدم تفعيل الدولة استراتيجية محكمة في ميدان الأمن، و عدم سهرها على ضوابط الحكامة الأمنية الجيدة، و توظيفها مفهوم الأمن الحمائي، الذي يندرج في إطار ما يصطلح عليه بالأمن الاستباقي، مما يتعين تحميلها المسؤولية عن التراضي.

ومن جهة أخرى فبالنسبة للأمن الديني، نجد أن الدستور أكد على وجود شرعية الدين في نظام الدولة خاصة في فصله 41 إذ نص على أن " الملك أمير المؤمنين وحامي همى الملة والدين، والضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية" كما نص في فصله الثالث على أن الدولة تضمن لكل واحد، حرية ممارسة شؤونه الدينية في ظل دين الدولة الذي هو الإسلام، هذا الدين الذي يدعوا إلى الرحمة والتقوى والتضامن وحماية حقوق الأفراد كيفما كانوا دون تمييز باللون أو الجنس أو الدين أو العرق...

من هنا نتساءل أين دور العلماء والوزارة المختصة في نشر الإسلام الرحيم المعتدل قيمه الحميدة، فالابتعاد عن الدين من الأسباب التي تدفع الفرد لارتكاب الجريمة لأنه ليس له رادع ديني أو خوف من العواقب في الحياة الدنيا والآخرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى أن بسبب هذا التقصير الأمني للدولة دفع بعض الأفراد مثلاً في جرائم الإرهاب، من اتخاذ هذا الدين الحنيف كعبادة لتحليل جرائمهم الإرهابية، وإصدار قنوات تدعوا إلى التطرف، بعيداً عن الإسلام الحقيقي، والذي نص الدستور على أسسه في الفصل 41 كدين حنيف مقاصده سمحة، أي بعيد عن العنف¹.

أما فيما يخص الأمن القانوني، فالدستور ينص في فصله السادس بأن القانون، هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة والجميع ملزم بالامتثال له.

إن مكافحة الجريمة وحماية الضحايا من السلوك الإجرامي، يكون عن طريق إصدار قوانين تحصين الأفراد في حالة تعرضهم لضرر سواء قبل ارتكاب الجرم أو أثناء النزاع عن طريق أجهزة العدالة، لكن بالرجوع إلى التشريع الجنائي المغربي يتضح خلوه من حماية كافية من حقوق الضحايا مقارنة مع الحماية الممنوحة للمتهم في جميع أطوار الحكامة.

¹.ذ. لطيفة الخال، مسؤولية الدولة عن تعويض أضرار الإرهاب، بحث لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2013 ص:9.

مسالك التجديد وأثرها في الفقه المالكي



إعداد الأستاذ : محمد المصطفى الطالب
دكتوراه من جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، سايس
فاس وحدة البحث التاريخ والتراث - المغرب

المقدمة :

نهدف من خلال هذه البحث إلى إلقاء نظرة على مسالك التجديد في الفقه المالكي، والتي تتمثل في ذلك الحوار المستمر بين الثوابت الشرعية والمتغيرات الزمانية والمكانية، وهو أمر يتعين على كل من يتعرض للإجابة عن الأحكام الشرعية مراعاته، والانطلاق منه في تصور الحكم وتنزيله، خصوصا في زمننا هذا الذي تشعبت فيه النوازل، وتشابك المجال الفقهي فيها مع غيره، حيث استجدت أفضية - لا سيما في مجال المعاملات المالية - تحتاج في تناولها إلى عرضها على مقاييس التغير والتبدل، وأن لا تنزل عليها نصوص الأقدمين، وظواهر نقولهم، من غير التفات إلى الفوارق بين موجبي النازلة القديم والحديث.

ونعني بالتجديد هنا أخذ الفقيه بروح الشريعة وقواعدها العامة، دون الوقوف على ظواهر النصوص والنقول التي بنيت على ظروف مغايرة للظروف المكونة للنازلة الجديدة، وطبقت على أعراف أو مصالح زالت وحلت أخرى مكانها، كما يومئ إليه الإمام القرافي بقوله: " اعلم أنا إذا قلنا آحاد العلماء في الأسباب، إنما نقلدهم في كونها أسبابا لا في وقوعها"¹، فهو يتداخل إلى حد كبير مع تحقيق المناط عند الأصوليين إن لم يكن يتطابق معه كليا، خصوصا في مجال المعاملات المبنية على التعليل² والتوسعة ورفع الحرج والضيق³.

2. يراجع الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لأحمد بن إدريس القرافي: 195.
2. راجع قواطع الأدلة، لمحمد بن منصور (السمعاني): 115/2، والمحصل، لمحمد بن عبد الله (ابن العربي): 133.
4. يراجع شرح مختصر الروضة، مصدر سابق: 428/2.

فمن هنا نخلص إلى أننا نقصد بالتجديد تحافي الخلود إلى الجمود على نقول الأقدمين وأحكامهم من غير التفات إلى مقاصد أصحابها وظروفهم الزمانية والمكانية التي بنيت عليها تلك الأحكام والنقول، لأن في ذلك تضييعاً للحقوق التي جاءت الشريعة لصونها كما يقول ابن عابدين: "المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله، وألا يضيع حقوقاً كثيرة، ويكون ضرره أعظم من نفعه"¹.

ولا يقدح ذلك في ثبات النص الشرعي لأنه إنما هو اختلاف في الحكم مع الاتفاق على المدرك، كما ينبه على ذلك الإمام القرافي بقوله: "فقد يكون الحكم مختلفاً فيه والمدرك متفقاً عليه، ويقع الخلاف: إما لأنه دل عند الخصم على نقيض ما دل عليه عند الآخر، وإما لقوله بموجبه، وإما لا اعتقاده نسخه، أو أنه معارض بما لا يراه الآخر معارضاً له"².

وهذا الاعتبار وإن كان مشتركاً بين جميع المذاهب السنية إلا أن للمالكية القدر المعلى في الأخذ به وبناء الأحكام، عليه حتى كاد ذلك يرسخ في الأذهان اختصاصهم به من بين جميع المذاهب كما في العمل بالمصلحة والعرف.

ويجدر التنبيه إلى أن قاعدة "تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة" ليست مطردة، بل إنها مقيدة بالأحكام الاجتهادية التي بنيت على القياس ودواعي المصلحة "فإذا أصبحت لا تتلاءم وأوضاع الزمان ومصلحة الناس وجب تغييرها، وإلا كانت عبثاً وضرراً، والشريعة منزهة عن ذلك، ولا عبث فيها.

أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها بنصوصها الأصلية: الأمانة والنهاية، كحرمة الظلم، وحرمة الزنى، والربا، وشرب الخمر والسرقه، وكوجوب التراضي في العقد، ووجوب قمع الجرائم وحماية الحقوق، فهذه لا تتبدل بتبدل الزمان، بل هي أصول جاءت بها الشريعة لإصلاح الزمان والأجيال. ولكن وسائل تحقيقها، وأساليب تطبيقها، قد تتبدل باختلاف الأزمنة والمحدثات،..فالتبدل في الحقيقة في مثل هذه الأحكام، ما هو إلا تبدل الوسائل للوصول إلى الحق، والحق ثابت لا يتغير..

والحقيقة أن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان، المبدأ الشرعي فيها واحد، وهو إحقاق الحق، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، وليس تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع، فإن تلك الوسائل والأساليب فيما لغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية، بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً، وأنجح في التقويم علاجاً. والضابط في هذه القاعدة أن الأحكام المبنية على المصلحة والعرف تتغير بتغير مصالح الناس وأعرافهم وعوائدهم مع تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال"³.

وعلى هذا التقسيم درج الإمام ابن القيم - في رده على من اعتبر أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالإفراد متضمناً للنهي عن المتعة - فقال: "والمقصود: أن هذا وأمثاله سياسة جزئية بحسب المصلحة، تختلف باختلاف الأزمنة، فظننها من ظننا شرائع عامة لازمة للأمة إلى يوم القيامة.

5. يراجع نشر العرف لابن عابدين: نشر العرف - مجموعة رسائل ابن عابدين / ج2 الرسالة: 31.

6. يراجع الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، مصدر سابق: 86.

7. يراجع هذا في القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب للدكتور محمد مصطفى الزحيلي: 356/1. 57.

ولكل عذر وأجر، ومن اجتهد في طاعة الله ورسوله فهو دائر بين الأجر والأجرين، وهذه السياسة التي ساسوا بها الأمة وأضعافها هي تأويل القرآن والسنة. ولكن: هل هي من الشرائع الكلية التي لا تتغير بتغير الأزمنة، أم من السياسات الجزئية التابعة للمصالح، فتتغير بها زمانا ومكانا؟¹. ولهذا القسم الأخير ترجم في كتابه إعلام الموقعين بقوله: "تغيير الفتوى، واختلافها بحسب تغيير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد"².

ومن استقرأ تراث المالكية الفقهي يجده حافلا بنفس تجديدي لا نظير له يرجع إلى الموجبات التالية:

1 - المصلحة:

تعرف المصلحة بأنها "جلب نفع أو دفع ضرر"³، وهو ما جاءت الشرائع لتحقيقه للعباد في العاجل والآجل⁴. وقد قرر الإمام ابن القيم أن "الشريعة مبنية على مصالح العباد" ثم رتب على ذلك قوله: "هذا فصل عظيم النفع جدا، وقع بسببه غلط عظيم على الشريعة الإسلامية، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم: أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح، لا تأتي به. فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم، ومصالح العباد في المعاش والمعاد. وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها. فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث. فليست من الشريعة، وإن دخلت فيها بالتأويل"⁵.

والمصالح ليست على نسق واحد بل منها: ما شهد الشرع باعتباره، ومنها ما ألغاه، ومنها ما أرسل فلم يشهد له أصل بالاعتبار ولا بالإلغاء⁶، وهو محل نزاع بين الأصوليين فمنهم من اعتبره مطلقا للمالكية ومنهم من لم يعتبره - ولو نظريا على الأقل - ونسب للأكثر⁷

وفصل الامام الغزالي بين المصالح الحاجية والتحسينية فلم يعتبرها إذا لم تعترض بشهادة أصل، بينما اعتبر تلك الجارية مجرى الضروريات⁸.

ويرى الإمام القرافي تعميم نسبتها إلى جميع المذاهب أخذا من وقائعهم التي بنوها على هذا الأصل، وهو ما أشار إليه بقوله: "وأما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها ولكنهم عند التفريع نجدهم يعللون بمطلق المصلحة ولا يطالبون أنفسهم عند الفروع والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتدون على مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة"⁹. ومن هنا جاء اشتراطهم في المفتي أن يكون بصيرا بالمصلحة¹⁰.

8. يراجع هذا في الطرق الحكمية، لمحمد بن أبي بكر (ابن قيم الجوزية): 19.

9. يراجع هذا في إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية: 11/3.

10. يراجع شرح الروضة، لسليمان بن عبد القوي (نجم الدين الطوفي): 204/3.

11. ينظر الموافقات، للإمام إبراهيم بن موسى (الشاطبي): 9/2.

12. إعلام الموقعين، مصدر سابق: 11/3.

13. ينظر هذا في المحصول، لمحمد بن عمر الرازي: 162/6.

14. ينظر البحر المحيط، لمحمد بن عبد الله (الزركشي): 84/8.

15. ينظر هذا في المستصفي، لمحمد بن محمد الغزالي: 175.

16. يراجع شرح تنقيح الفصول، للإمام محمد إدريس القرافي: 468/1.

17. يراجع الفقيه والمتفقه، لأحمد بن علي (الخطيب البغدادي): 333/2.

وتظل الدائرة المرسومة لهذه المصالح مجال العادات غالباً كما يؤكد ذلك الإمام الشاطبي بقوله: " وأيضاً فالمصالح المرسله - عند القائل بها - لا يدخل في التعبدات ألبتة، وإنما هو راجع إلى حفظ أصل الملة، وحياطة أهلها في تصرفاتهم العادية، ولذلك تجد مالكا وهو المسترسل في القول بالمصالح المرسله مشدداً في العبادات أن لا تقع إلا على ما كانت عليه عند الأولين"1.

ومن المعلوم أن هذه المصالح متغيرة حسب الزمان والمكان، الأمر الذي يقتضي تبديها أو نسخها على حد تعبير الماوردي الذي يقول: " وقد تختلف المصالح باختلاف الزمان، فيكون المنسوخ مصلحة في الزمان الأول دون الثاني، ويكون الناسخ مصلحة في الزمان الثاني دون الأول، فيكون كل واحد منهما مصلحة في زمانه وحسناً في وقته، وإن تضادا"2.

وفي نفس السياق يقول صاحب كشف الأسرار: " فأما الأحكام الثابتة بالاجتهاد أو بالإجماع بعد الرسول صلى الله عليه وسلم فيجوز أن تنسخ، وهو مختار المصنف بأن يوفق الله تعالى بعد ثبوت حكم بإجماع أو باجتهاد أهل عصر آخر أن يتفقوا على خلافه بناء على اجتهاد نسخ لهم على خلاف اجتهاد أهل العصر المتقدم، ويكون هذا بيانا لانتهاء مدة الحكم الأول كما في النصوص، ولا يقال هذا غير جائز، لأنه لا مدخل للرأي في معرفة انتهاء مدة الحكم، لأننا لا ندعي أنهم يعرفون انتهاء مدة الحكم بأرائهم بل نقول لما انتهى ذلك الحكم بانتهاء المصلحة وفقهم الله تعالى للاتفاق على خلاف الفريق الأول، فتبين به أن الحكم قد تبدل بتبدل المصلحة من غير أن يعرفوا عند الاتفاق تبدل المصلحة ومدة الحكم"3.

ولنضرب مثالا على دوران الحكم الشرعي مع هذا الأصل بقراءة الحزب جماعة، حيث كرهه الإمام مالك، إذ حاء في العتبية: " وسئل عن القراءة في المسجد، فقال: لم يكن بالأمر القديم، وإنما هو شيء أحدث، ولم يأت آخر هذه الأمة بأهدى مما كان عليه أولها، والقرآن حسن.

قال محمد بن رشد: يريد إن التزام القراءة في المسجد بإثر صلاة من الصلوات، أو على وجه ما مخصوص حتى يصير ذلك كأنه سنة مثل ما يفعل بجامع قرطبة إثر صلاة الصبح، فرأى ذلك بدعة"4.

غير أنه في فترة لاحقة اعتمد علماء الغرب لإسلامي القول المخالف للمشهور، فأجازوا قراءة القرآن جماعة وعمروا بها المساجد، لما تحققه من مصالح كثيرة ضمنها ابن لب في فتوى له في الموضوع، يقول فيها: " العمل بذلك قد تضافر عليه أهل هذه الأمصار والأعصار، وهذه مقاصد من يقصدها فلن يخيب من أجرها: منها تعاهد القرآن حسبما جاء فيه من الترغيب في الأحاديث، ومنها تسميع كتاب الله لمن يريد سماعه من عوام المسلمين، إذ لا يقدر العامي على تلاوته فيجد بذلك سبيلا إلى سماعه، ومنها التماس الفضل المذكور في الحديث إذ لم يخص وقتاً دون وقت .

18 . ينظر الموافقات، مصدر سابق: 285/3.

19 . يراجع أدب القاضي لعلي بن محمد (الماوردي): 335/1.

20. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعبد العزيز بن أحمد (البخاري): 250/3.

. يراجع البيان والتحصيل، لابن رشد: 21.242/1.

ومن مسألهم التي اختلف الحكم فيها باختلاف المصلحة: بيع عقار الحبس الذي اعتبره المالكية في القول المشهور عنهم ممنوعا، وعليه درج ابن الحاجب في جامع الأمهات بقوله: "ولا يناقل بالعقار ولو خرب"¹. ويوجه البرزلي في جامعه هذا المشهور بقوله: "واجتمع مالك وأصحابه على المنع من بيع الأصول المحبسة العامرة، وهو المشهور من قولهم فيها إن خربت. واحتجوا ببقاء أحباس المدينة خرابا"².

ولكن هذا الحكم دار مع المصلحة، التي تغير باختلاف الزمن، حيث أفتى ابن رشد حين سئل عن قطعة أرض محبسة على رجل، وهي باب دار ضيعة رجل لا تخلو غالبا من إيذاء من يدخل للدار أو الجيران، ولا تخلو هذه القطعة من إضرار الجاور لها، ولا يستطاع رفعه إلا بتعويض قطعة من موضع آخر هي أعود بالمنفعة، وأقطع للضرر من صاحب الضيعة. فأجاب بما نصه: "إن كانت هذه القطعة المحبسة انقطعت المنفعة منها جملة بما غلب عليها مما وصفت، ولم يقدر على اعمارها ولا كرائها، وبقيت معطلة لا فائدة فيها لعدم القدرة على رفع الضرر عنها، فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان غيرها يكون حسا مكانها على ما قاله جماعة من العلماء في الربع الحبس إذا خرب، ويكون ذلك بحكم القاضي بعد أن يثبت عنده السبب المبيح للمعاوضة والغبطة للحبس فيما وقعت به المعاوضة، ويسجل ذلك ويشهد عليه"³.

ومن مسائل أعمال المصلحة وأثرها في الحكم بترجيحه ولو كان مقابلا للمشهور: ثبوت الرضاع، إذ نجد القول المصدر في المذهب أنه لا يثبت إلا بالمرأتين، "لا بامرأة ولو فشا"⁴. وهو الحكم الذي خالفه سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم، فأفتى "بإثبات الرضاع بالمرأة الواحدة إذا عم وشاع قبل إرادة النكاح... ولا التفات هنا إلى أنها كالشاهد الواحد وإن قال به بعضهم، لترجيح الأول بالمصلحة التي كثيرا ما يرجح بها الضعيف فضلا عن المشهور والعادة محكمة... والمصلحة هي أنا إذا لم نثبت الرضاع إلا بشهادة امرأتين تزوج قطعا كثير من المراضع محارمهم لقلّة مبالتهن بالإشهاد، مع أنه كثير ما يتعذر الإشهاد لو أرادته مع قلة كذبهن في ذلك قبل إرادة النكاح، بشرط أن تكون المرأة غير معروفة بالكذب ولا تهمة تلحقها في ذلك والجمود على النصوص ضلال وإضلال... وقال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور كما للأجهوري فيما لم يرد فيه نص إذا لم توجد أسبابه في عصر الصحابة - رضي الله عنهم - فتعين فعله لتجدد سببه في زمننا لما علم من القواعد الشرعية أن هذه الأسباب لو وجدت في زمنهم لكانت مسبباتها من فعلهم وصنيعهم، ومن أصول مالك اعتبار المصالح المرسلّة، وإثبات الرضاع بالمرأة الواحدة منها لما ذكرنا وإثباته بها هو مذهب شريح القاضي ووزارة والإمام أحمد لكن عند أحمد مع اليمين، هذا ونصوص المذهب المشهورة مصرحة بإثباته بها إذا كانت مرضية، ولو كانت عادتتهن أن يشهدن لأنهم لم يقيدوا بذلك وإسقاط القيد يؤذن بالعموم..."⁵.

1. يراجع جامع الأمهات، لابن الحاجب: 452. 22.

2. 381/5. 23. يراجع فتاوى البرزلي:

180. 188. 24. يراجع فتاوى ابن رشد:

4. يراجع المختصر، لخليل: 163.

5. يراجع الفتاوى، لسيدي عبد بن الحاج إبراهيم: 186. 26.

2 - مراعاة مقاصد المكلفين :

يعتبر قصد المكلف أحد العناصر الأساسية التي حللها واهتم بها علماء الأصول وخاصة رائد علم المقاصد الإمام الشاطبي الذي بنى نظريته المقاصدية على قسمين، أحدهما مقاصد الشريعة، والآخر مقاصد المكلفين، وما ذاك إلا لعظيم قدر مقاصد المكلف التي أناط الشارع بها التصرفات، وجعلها قوام الأعمال والأقوال، كما في الصحيح من حديث عمر رضي الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ أَمْرٍ مَّا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا، أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا، فَهَجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ»¹.

وعلى هذا الأصل بنى الفقهاء قاعدة من قواعدهم الخمس التي أرجع إليها القاضي حسين الشافعي الفقه، وهي قولهم: " الأمور بمقاصدها"².

وعنها تفرعت قاعدة أخرى جزئية تقضي بأن " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني"³.

وهذا العامل وإن تداخل مع العرف إلا أنه أعم منه لاستناده إلى القرائن ومقتضيات الأحوال.

والسبب في هذا الاعتداد بالنيات والالتفات إلى المقاصد دون الألفاظ هو كون هذه الأخيرة إنما وضعت للتعريف والدلالة على ما في نفوس العباد، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب الله على تلك الإرادات والمقاصد أحكاماً عن طريق الألفاظ، ولم يرتبها على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول ولا على مجرد ألفاظ"⁴.

ومن الأهمية بمكان أن ينبه في هذا الصدد على أن المقصود بالنسبة للفعل على ثلاثة أقسام :

أحدها: منافاته للفظ ومعارضته له، وهذا لا وجه لاعتباره.

ثانيها: معاضدته للفظ وموافقته له، وهو معتبر بلا خلاف.

ثالثها: لا ينبى عنه اللفظ ولا يدل له؛ فهذا يشبه الزيادة على اللفظ"⁵.

والأخير محل تجاذب أنظار العلماء، لكن الراجح فيه اعتبار القصد الذي يعتبر محركاً للفقه، وعاملاً من عوامل تطوره وثرائه، كما يقول الإمام ابن القيم: " وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده، وفي حله وحرمة بل أبلغ من ذلك وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً، فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة أخرى باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة وفساداً تارة باختلافها"⁶.

27. الحديث أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه، باب بدء الوحي، الحديث رقم: 1، ج 6/1، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنية وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، الحديث: 45، ج 3/3: 1515.

28. يراجع الأشباه والنظائر، لعبد الوهاب (تاج الدين) بن تقي الدين السبكي: 12/1.

29. راجع غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لمحمد بن أحمد مكي (الحموي): 268/2، وشرح القواعد لأحمد الزرقاء: 55.

30. يراجع إعلام الموقعين، مصدر سابق: 86/3.

31. يراجع الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي: 126/2.

32. يراجع إعلام الموقعين، مصدر سابق: 89/3.

وقال مبرزاً أهمية النوايا ومدى تبعية الأعمال لها: " النية روح العمل ولبه وقوامه، هو تابع لها في الحكم؛ يصح بصحتها، ويفسد بفسادها"1.

ويؤكد ذلك الإمام الشاطبي بقوله: " إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعبادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر"2.

واعتماداً من الشارع بهذا الأصل "تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم به وتجاوز لها عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصدة إليه"

وقد استثمر العلماء - وخاصة المالكية - هذه القاعدة الشرعية في أحكامهم، وجعلوها أساساً لتبديل الأحكام، من ذلك إباحتهم تقبيل الرجل الذي يقدم من السفر ابنته وأخته. بناءً أن المقصد الحنان والرحمة لا ابتغاء اللذة إذ ليستا ممن ينبغي ذلك فيهما3.

كما اعتبروا بيع المشتري شراء فاسداً ما اشتراه بيعا صحيحاً بعد قبضه، أو قبله إذا لم يقصد ببيعه إفاته، بخلاف ما إذا قصد المشتري بالبيع الصحيح بعد القبض أو قبله الإفاته للبيع الفاسد فلا يفوته معاملة له بنقيض قصده، ويفسخ وجوباً4.

ويعتبر الوقف من أكثر الأبواب التي التفتوا فيها إلى القصد والمعاني، من ذلك: إيجابهم على متولي الوقف على غير معين كالفقراء أن يؤثر في قسم الحبس أهل الحاجة والعيال على غيرهم، بالسكنى والغلة باجتهاده، لأن قصد الواقف الإرفاق، فإن استوا في الفقر أو الغنى فإنه يؤثر الأقرب على غيره5.

وكذلك إجازتهم لمن هو من أهل العلم وقام بشرط الواقف أن يأخذ مرتب التدريس ونحوه ولو كان غنياً؛ لأن قصد الواقف إعطاؤه للمتصف بالعلم، وإن كان غنياً دون الديوان6.

ونظائر هذا كثير في مصنفاتهم الفقهية خاصة العملي منها، إلى حد أن صاحب العمل المطلق يقول:

وروعي المقصد في الأحباس *** لا اللفظ في عمل فاس7

وإلى جانب هذا العامل نجد عاملاً آخر لصيقاً به ألا وهو العرف الذي نعالج أثره هنا في تغيير الأحكام.

33. المصدر السابق: 91/3.

34. يراجع الموافقات، للشاطبي: 7/3.

35. ينظر البيان والتحصيل، لابن رشد: 324/4.

36. يراجع مواهب الجليل، لمحمد بن محمد (الخطاب): 388/4، ومنح الجليل، لمحمد بن أحمد (عليش): 75/5.

37. يراجع شرح خليل، لمحمد بن عبد الله (الخرشي): 100/7.

38. يراجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: 181/2.

39. يراجع عمليات فاس، لسيدى عبد الرحمن بن عبد القادر (الفاصي): 203.

3 - العرف :

يعرف العرف بأن " يغلب إطلاق لفظ واستعماله في معنى حتى يصير هو المتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق، مع أن اللغة لا تقتضيه "1، أو هو: غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها2.

وهذا الأصل وإن كان المالكية أكثرها من الاعتماد عليه، إلى درجة ظن معها اختصاصه بها دون سواه من المذاهب كما ينبه على ذلك الإمام القرافي بقوله: " نقل عن مذهبننا أن من خواصه اعتبار العوائد والمصلحة المرسله وسد الذرائع وليس كذلك، أما العرف فمشارك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها"3، وبهذا جاءت ترجمة البخاري لأحد أبوابه في صحيحه حيث قال: " باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم: في البيوع والإجارة والمكيل والوزن، وسنهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة"4.

والعرف في الحقيقة ليس دليلاً شرعياً مستقلاً، وإنما هو من مشمولات المصلحة المرسله5، التي يظل مرتبطاً بها كما يقول الشيخ محمد المامي: " هذا مع الاقرار بوجود تغير العادة المشتملة على مصلحة، بخلاف الطردية، وهي التي لم تشتمل على مصلحة فلا يترتب على تغيرها حكم؛ كاتفاق الألوان في النسب"6.

ولما كانت " أحوال العالم وعوائدهم.. لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر، إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال كما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار، فكذلك يقع في الأقطار والأزمنة"7، ناسب ذلك تغير العوائد المبنية على تلك الظروف المتغيرة كما لاحظ ذلك الإمام القرافي في فروقه قائلاً: " الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات، والعيوب في الأعراض في البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا؟!... وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، وأسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"8.

ولعل الإمام القرافي استوحى هذا من قول سلطان العلماء العز ابن عبد السلام: " أكثر العلماء لا يقول بسد الذرائع ولا سيما في البيع، وقد علمت أن المنع في البيع والسلف إنما نشأ عن اشتراط السلف نصاً، وبياعات

40. يراجع الأحكام للقرافي: 220.

41. يراجع ابن فرحون، تبصرة الحكام: 63/2.

42. راجع شرح التنقيح للقرافي: 448.

43. يراجع الجامع الصحيح، لمحمد بن إسماعيل (البخاري): 78/3.

44. ينظر علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف: 91.

45. يراجع كتاب البادية، للشيخ محمد المامي بن البخاري (مطبوع ضمن عدة مؤلفات له): 213.

46. يراجع عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة: 36. 37.

47. يراجع الفروق، للقرافي: 176/1. 177.

الأجل لا نص فيها باشتراك أن البائع يشتري السلعة التي باع، وإنما هو أمر يتهمان عليه ويستند في تلك التهمة إلى العادة. ثم قال وهب: إن تلك العادة وجدت في قوم في المائة الثالثة بالمدينة أو بالحجاز، فلم قلت إنهما وجدت بالعراق والمغرب في المائة السابعة؟ ثم قال: وأنا أتوقف في الفتيا في هذا الباب وفيما أشبهه من الأبواب المستندة إلى العادة بما في الكتب، لأن الذي في الكتب من المسائل لها مئون من السنين، وتلك العوائد التي هي شرط في تلك الأحكام لا يعلم حصولها الآن، والشك في الشرط شك في المشروط"1.

وهذا النظر لا تشترط فيه الملكة الاجتهادية، بل يتأتى من المقلدين، كما يطلعنا على ذلك الإمام القرافي في قوله: " إجراء الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغير تلك العوائد: خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه الأحكام المتجددة، وليس هذا تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استثناء اجتهاد"2.

وحول نطاق العرف اختلف علماء غرب الصحراء في تحديد دائرة المعبر منه الذي تنبني عليه الأحكام، فذهب سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم إلى أنه ينحصر في معنيين:

أحدهما: " لفظ نقل عن معناه اللغوي لأمر خصه العرف به سواء كان العرف عاما أو خاصا.

والمعنى الثاني الذي يعتبر الشرع العادة فيه: هو غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها.. وأما عادة جرت بغير القسمين فباطلة دل على بطلانها الكتاب والسنة"3.

ويعقب الشيخ محمد المامي على هذا معتبرا العادة أوسع مجالا وأرحب دائرة، لأنها قد تكون منظور بها وهي مراد ابن الحاج إبراهيم، وقد تكون منظور فيها بغيرها، فتعتبر مرادفة للبدعة، وتوضع على محك الشارع، كما أنها تنبني عليها الأحكام، وفي ذلك يقول مناقشا لقولة سيدي عبد الله السابقة: " قوله: وأما عادة جرت بغير القسمين: فهي العادة المنظور فيها، وأما العادة المنظور بها فسواء كانت حلالا أو حراما أو باطلة"4.

وعلى هذا الأصل أجرى علماء المالكية كثيرا من المسائل الفقهية التي اختلف الحكم فيها بحسب اختلاف الأزمنة والأمكنة، من ذلك ما يؤول إلى " اختلاف الزوجين في متاع البيت، فإن الحكم في ذلك أن يقضى للمرأة بما يعرف للنساء، وللرجل بما يعرف للرجال وما يصلح لهما قضي به للرجال، لأن البيت بيته في جاري العادة فهو تحت يده فيقدم لأجل اليد"5.

وكذلك " لو اختلف عطار ودباغ في المسك والجلد، واختلف الفقيه والحَدَاد في القلنسوة والكير، كانت لهما عليه يد حكمية في دار يسكنانها لمن شاهده، أو تنازع رجل وامرأة رحا يتجاذبانها، فالقول في هذا كله قول من شهد له

48. يراجع التاج والإكليل، محمد بن يوسف (المواق): 268/6.

49. يراجع الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، لأحمد بن إدريس (القرافي): 218. 219.

3- يراجع طرد الضوال والهمل عن الكروع في حياض مسائل العمل، لسيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم: 6.

4. يراجع رد الضوال والهمل إلى الكروع في حياض مسائل العمل: 130، وما بعدها. وتعرض للمسألة بشكل أوسع في كتابه البادية: 131.

تبصرة الحكام، لابن فرحون: 52. 68/2.

العرف والعادة، فيحكم للرجل بالرمح والسيف مع يمينه، وإن كان دملجا قضي به للمرأة مع يمينها، ويقضى للقطار بالمسك مع يمينه"¹.

أو كانت العادة عند الناس في الرباع، أن وكيل البيع لا يقبض الثمن، فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إلى الوكيل الذي باع وإتّما يحمل هذا على العادة الجارية بينهم، يريد أن الوكيل على بيع السلعة أن يقبض الثمن ويبرأ المشتري بالدفع إليه، لأن عادة الناس جرت بذلك بخلاف بيع العقار والرباع"².

ومن المجالات الفقهية التي تعتبر فضاء رحبا لتجديد الحكم الشرعي عن طريق الأعراف: ما يؤول إلى ألفاظ العقود وأيمان الطلاق والعتاق، وصيغ الصرائح والكنيات، من ذلك نذكر على سبيل التمثيل لا الحصر: مسألة الحلف بأيمان المسلمين، التي اتفق علماء المذهب - كما حكى عنهم ابن بشير - على أن الحلف بها يترتب عليه لزوم الحالف جميع الأيمان³، وهي: بتات زوجته وعتق من يملك رقبتة، وصدقة بثلث ماله ومشى بحج وكفارة يمين، وصوم سنة، واختلف شيوخ المذهب فمنهم من قال بلزوم شهري ظهار ومنهم من لم يقل به⁴.

لكن هذا الحكم قد تعمل العادات والأعراف على تغييره حسب الوقائع وظروفها الزمنية والمكانية، كما جاء في قول الإمام القرافي معلقا على هذه المسألة: " وسبب ذلك أنهم لاحظوا ما غلب الحلف به في العرف وما يجعل يميناً في العادة فألزموا إياه لأنه المسمى العرفي فيقدم على المسمى اللغوي، ويختص حلفه بهذه المذكورات دون غيرها لأنها المشتهرة... وعلى هذا لو اتفق في وقت آخر اشتها حلفهم ونذرهم للاعتكاف، والرباط وإطعام الجيعان وكسوة العريان وبناء المساجد، دون هذه الحقائق المتقدم ذكرها لكان اللازم لهذا الحالف إذا حث الاعتكاف وما ذكر معه دون ما هو مذكور قبله، لأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت.

وَعَلَى هَذَا التَّحْرِيرِ يَظْهَرُ أَنَّ عَرَفْنَا الْيَوْمَ لَيْسَ فِيهِ الْحَلْفُ بِصَوْمِ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ فَلَا تَكَادُ تَجِدُ أَحَدًا بِمِصْرَ يَحْلِفُ بِهِ فَلَا يَنْبَغِي الْفَتْيَا بِهِ وَعَادَتُهُمْ يَقُولُونَ عَبْدُ حُرٍّ وَأَمْرَاتِي طَالِقٌ، وَعَلِيَّ الْمَشِيَّ إِلَى مَكَّةَ وَمَالِي صَدَقَةٌ إِنْ لَمْ أَفْعَلْ كَذَا فَتَلْزَمُ هَذِهِ الْأُمُورُ وَعَلَى هَذَا الْقَانُونِ تَرَاعَى الْفَتَاوَى عَلَى طَوْلِ الْأَيَّامِ فَمَهْمَا تَجَدَّدَ فِي الْعَرَفِ اعْتَبَرَهُ وَمَهْمَا سَقَطَ أَسْقَطَهُ"⁵.

وهذا العامل المستمد وجوده من حياة الناس، ونمط العلاقة بينهم يتبادل التأثر والتأثير مع موجب آخر من موجبات المرونة، اصطلاح عليه في الغرب الإسلامي بمجريات العمل، فماذا يا ترى عن هذا السبب؟

4 - جريان العمل :

من الخصائص التي يتميز بها المذهب المالكي: الواقعية التي تتجلى في اعتماده أصل العمل الذي درب عليه سلف أهل مدينة الرسول المكرم صلوات الله وسلامه عليه⁶.

53 . يراجع الفروق، للقرافي: 152/3.

54 . يراجع المصدر السابق: 72/2.

55 . يراجع التاج والإكليل، للمواق: 276/3.

، بتصرف. 95 خليل ابن إسحاق: 56 . ينظر مختصر

176/1. 57 . ينظر الفروق، للإمام القرافي:

58 . يراجع شرح التنقيح، مصدر سابق: 445.

ولم يزل هذا الأصل يتطور مع مرور الزمن حتى امتدت تلك الفكرة لعلماء إفريقية ومن بعدها الأندلس ثم المغرب الأقصى، فكانوا يحتجون بما أفتى به علماءهم، وقضى به قضاتهم¹.

وهذا العمل وإن اعتبره مرجحا يرجح به القول الشاذ على الراجح أو المشهور؛ إلا أنه غير مستقل في ذاته بل هو مستند إلى أصل المصلحة التي يترجح بها على القول المهجور²، وتشكل أحد ركائزه الرئيسية كما يظهر من خلال تعريفه بأنه: "العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل، إلى القول الضعيف فيها رعيًا لمصلحة الأمة وما اقتضته حالتها الاجتماعية"³.

وبالرغم من كون تصرف المجتهد المرجح يظل هنا منوطًا إلى حد بعيد بالمصلحة، فإن المقلد يتأتى منه العمل بذلك العمل والترجيح إذا توفرت فيه شروط خمسة هي: ثبوت جريان العمل بذلك القول، ومعرفة محل جريانه، ومعرفة زمانه؛ إذ للأمكنة خصوصية كما للأزمنة. ومعرفة الذي أجرى العمل وكونه أهلاً للاقتداء، وأخيرًا معرفة السبب الذي من أجله عدلوا عن المشهور إلى الراجح⁴.

ويرمي هذا القيد الأخير إلى تفادي الخلل في التنزيل عند تغاير الواقعتين، وهو شرط محوري في تنزيل العمل على الوقائع وعليه اقتصر سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم بقوله:

وقدم الضعيف إن جرى العمل *** به لأجل سبب قد اتصل⁵.

أما إذا كان الموجب متغيرًا في الموضعين القديم والحديث فإن ما جرى به العمل يعتبر أجنبيًا عن الواقعة الجديدة، كما يشير إلى ذلك قول الهلالي: "فإنه إذا جهل موجب جري العمل امتنعت تعديته لجواز أن يكون ذلك الموجب معدومًا في البلد الذي يريد تعديته إليه"⁶، وحينئذ فليس هناك من سبيل إلا الرجوع إلى القول المعدول عنه إذا لم يكن المفتي الجديد مجتهدًا ترجيح⁷.

ومن مظاهر تأثير جريان العمل في النازلة المالكية وتغير الأحكام به داخل المذهب: مسألة القول في الغصب، إذ المشهور في مذهب مالك أن القول للغاصب في قدر ووصف المغصوب، غير أن العمل الفاسي تبني القول المخالف لهذا المشهور، فقال ناظمه:

لولد القتل مع يمين *** القول في الدعوى بلا تبين

قال التسولي بعد إيراده لهذا البيت ناقلًا عن أبي القاسم بن النعيم: "الذي جرى به العمل عندنا في هذه النازلة ومثلها أن القول قول والد القتل مع يمينه، والظالم أحق أن يحمل عليه وإن كان المشهور خلافه، وكم من مسألة جرى الحكم فيها بخلاف المشهور ورجحها العلماء للمصالح العامة"⁸.

59. ينظر هذا في الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن (الحجوي): 464/2.

60. يراجع نور البصر، لسيدى أحمد بن عبد العزيز الهلالي، لوحة: 23.

61. يراجع العرف والعمل في المذهب المالكي، لعمر الجيدي: 343.

62. ينظر هذا في نور البصر، مصدر سابق، لوحة: 23. 24.

63. راجع مراقى السعود، لسيدى عبد الله بن الحاج إبراهيم: 176.

64. نور البصر، مصدر سابق، لوحة: 24.

65. راجع الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، لمحمد بن الحسن البناني: 124/7.

66. يراجع البهجة على التحفة، للتسولي: 574/2.

وجاء في فتوى لسيدى عبد الله العبدوسي أن الدواب لا ترد بالعيب بعد شهر لسرعة التغير فيها، مخالفاً بذلك رأي الجمهور الذي لم يفرق بين الدواب وغيرها في أن لربها القيام بها متى اطلع على العيب، والسبب الذي جعله يخالف في هذه المسألة هو توخي المصلحة العامة، ذلك أن كثيراً من الناس يشترون الدابة ويسخرونها حتى تنقضي مصلحتهم، ردها لصاحبها¹، وعلى جرى عمل فاس كما قال ناظمه:

وبعد شهر الدواب² بالخصوص *** بالعيب لا ترد فافهم النصوص³.

غير أن العمل بهذا الضعيف وترجيحه منوط بوجود السبب الذي حمل الفقيه الأول على ترجيحه وقت تنزيل الحكم الثاني، وهذا ما يشير إليه الطالب أحمد بن طوير الجنة الشنقيطي، في مناقشته لبعض علماء عصره في قولهم بلزوم الطلقة الباتنة لمن حلف بالحرام تبعا للعمل الفاسي: "وكذلك علماء بلادنا يفتون في الحرام بطلقة باتنة، عملا بقول صاحب عمليات فاس وذاك هو الضلال المين، لأن شيخنا⁴ - قدس الله روحه - يقول غير ما مرة بل تكرارا مرارا أن العمل الذي جرى في فاس، في مسألة بكذا إن كان السبب الذي جرى به عندهم موجود في بلادنا يشملنا ذلك العمل ونعمل نحن بمثل عملهم، وإن لم يكن ذلك السبب موجودا في بلادنا فلا يجوز لنا العمل بعملهم في تلك المسألة، والذي جرى بسببه العمل في بلادهم في الحرام موجود في بلادهم ومفقود في بلادنا، وهو أن كل من طلق في بلادهم بالحرام لا يحلفه إلا بنية طلقة واحدة، محكوما بأنها طلقة عملا بذلك العمل"⁵.

5 - اعتبار مقتضيات الأحوال :

من الموجبات التي تؤثر في الفتاوى: عامل مراعاة الحال؛ إذ يشرع في حالة ما يحرم في أخرى كما يشير إلى ذلك الإمام الغزالي بقوله: " ..ولا يتناقض أن يحل لزيد ما يحرم على عمرو، كالمنكوحه تحل للزوج وتحرم على الأجنبي، وكالميتة تحل للمضطر دون المختار، وكالصلاة تجب على الطاهر وتحرم على الحائض، وإنما المتناقض أن يجتمع التحليل والتحریم في حالة واحدة لشخص واحد، في فعل واحد، من وجه واحد، فإذا تطرق التعدد والانفصال إلى شيء من هذه الجملة انتفى التناقض؛ حتى نقول الصلاة في الدار المغصوبة حرام، قرابة في حالة واحدة لشخص واحد لكن من وجه دون وجه، فإذا اختلف الأحوال ينفي التناقض، ولا فرق بين أن يكون اختلف الأحوال بالحيض والطهر والسفر والحضر أو بالعلم والجهل أو غلبة الظن، فالصلاة حرام على المحدث إذا علم أنه محدث واجبة عليه إذا جهل كونه محدثا، ولو قال الشارع يحل ركوب البحر لمن غلب على ظنه السلامة، ويحرم على من غلب على ظنه الهلاك، فغلب على ظن الجبان الهلاك وعلى ظن الجسور السلامة حرم على الجبان، وحل للجسور لاختلف حالهما"⁶.

فمراعاة الحال بهذا الاعتبار تندرج تحت ما يصطلح عليه بتحقيق المناط الخاص كما يفهم من قول الإمام الشاطبي: " فتحقيق المناط الخاص نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، بحيث يتعرف

67. يراجع العرف والعمل للجدي: 463.

68. خص والد الناظم: الشيخ عبد القادر الفاسي هذا العمل بالدواب وهي: ذوات الحافر فتشمل الخيل والحمير والبغال، لا ذوات الظلف كالأنعام. وخصوصها بهذا العمل. المخالف لمشهور مذهبهم من أن للمشتري رد المبيع متى اطلع على عيبه لسرعة تغير الدواب وكثرة تعايطي النخاسين لشراؤها، وجهلهم، وشدة احتيالهم فيها دون غيرها من الأنعام لأنها غير مرادة للخدمة والامتهان كما في الدواب، فقصدوا بذلك تقليل النزاع، ودفع الشغب عن الحكام باقتصارهم على هذه المدة التي يتبين العيب القديم فيها غالبا. ينظر القاضي أبا القاسم العميري الأمليات الفاشية، لوحة: 20، والسجلماسي، شرح عمل فاس، لوحة: 52.

69. يراجع عبد الرحمن الفاسي، عمليات فاس: 191.

70. يعني سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم العلوي.

71. يراجع فتوى الطالب أحمد بن طوير الجنة، مخطوط بحوزتنا.

72. يراجع المستصفي، مصدر سابق: 335.

منه مداخل الشيطان، ومداخل الهوى والحظوظ العاجلة، حتى يلقيها هذا المجتهد على ذلك المكلف مقيدة بقيود التحرز من تلك المداخل، هذا بالنسبة إلى التكليف المنحتم وغيره.

ويختص غير المنحتم بوجه آخر وهو النظر فيما يصلح بكل مكلف في نفسه، بحسب وقت دون وقت، وحال دون حال، وشخص، دون شخص إذ النفوس ليست في قبول الأعمال الخاصة على وزان واحد، كما أنها في العلوم والصنائع كذلك، فرب عمل صالح يدخل بسببه على رجل ضرر أو فترة، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى آخر، ورب عمل يكون حظ النفس والشيطان فيه بالنسبة إلى العامل أقوى منه في عمل آخر، ويكون بريئاً من ذلك في بعض الأعمال دون بعض، فصاحب هذا التحقيق الخاص هو الذي رزق نوراً يعرف به النفوس ومراميها وتفاوت إدراكها، وقوة تحملها للتكاليف، وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها¹.

ولقد أحسن الإمام القرافي حينما أصل لهذا الأصل الإفتائي ممثلاً له بعدة أحكام شرعية وفقهية، ثم خلس إلى القول في بيان مكنته: "وهذه المباينات كثيرة في الشرع لاختلاف الأحوال، فذلك ينبغي أن يراعي اختلاف الأحوال في الأزمان فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين مما شهدت القواعد لها بالاعتبار، فلا تكون مرسلة بل أعلى رتبة فتلحق بالقواعد الأصلية"². ثم عقب على إيراد لعدة تشريعات سماوية استبدل فيها الله جل وعلا الحكم الأثقل بآخر أخف، تبعاً لظروف المكلفين وطاقتهم بقوله: " فقد اختلفت الأحكام والشرائع بحسب اختلاف الأزمان والأحوال، وظهر أنها سنة الله في سائر الأمم وشرع من قبلنا شرع لنا، فيكون ذلك بيانا على الاختلاف عند اختلاف الأحوال في زماننا وظهر أنها من قواعد الشرع وأصول القواعد ولم يكن بدعا عما جاء به الشرع"³.

وقد دأب العلماء على استثمار هذا الأصل في تنزيلهم الأحكام على الوقائع كما نجد في قول الإمام ابن عبد البر: " وقد اختلف قول مالك في الصلاة في الطين على حسب اختلاف الأحوال"⁴.

ويقول الإمام ابن رشد (الجد) مبينا حد المنجم: " والذي أقول به: إن هذا ليس باختلاف قول في موضع واحد، وإنما هو اختلاف في الأحكام بحسب اختلاف الأحوال، فإذا كان المنجم يزعم أن النجوم واختلافها في الطلوع والغروب هي الفاعلة لذلك كله، وكان مستسرا بذلك، فحضرته البينة قتل بلا استتابة، فهو كافر زنديق، وإن كان معلنا بذلك غير مستتر به يظهره ويحاج عليه استتيب، فإن تاب وإلا قتل كالمرتد"⁵.

والحديث عن هذا الرافد التجديدي يقود إلى الحديث عن مسلك آخر، يتوكأ عليه ويستمد وجوده منه، وهو النظر إلى مآلات الأحوال والأفعال فما ذا يا ترى عن هذا المسلك؟

6- اعتبار المآل :

المفتي في نظره في الواقعة محكوم بعدة قيود بعضها يرجع إلى النظر في الواقع والحال كما مر معنا، والبعض الآخر يرجع إلى ما يتوقعه وتؤثر القرائن لوقوعه، وهو ما اصطلاحوا على تلقيه بـ "المآلات" التي يعتبر

73. يراجع الموافقات، للإمام الشاطبي: 24/5 . 25.

74. يراجع أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة: 45/10.

75. يراجع المصدر السابق: 47/10.

76. يراجع يوسف بن عبد الله (ابن عبد البر)، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: 407/3.

77. يراجع البيان والتحصيل، لمحمد بن أحمد بن رشد: 346/9.

أبو إسحاق الشاطبي صاحب السبق في التنظير لها باسترسال، مبرزاً قيمتها ومحورية مراعاتها بالنسبة للمفتي، وفي ذلك يقول: " النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة"1.

فمن هنا ندرك السبب الذي يؤثر به هذا النوع من النظر في الفتوى تبديلاً وتغيراً، كما في نص الشاطبي هذا الذي يصرح فيه بأن الحكم قد يكون مشروعاً في الأصل لمصلحة ما، لكن قد يعن للمفتي عند النظر في واقع النازلة المعروضة أن تطبيق ذلك الحكم قد تتولد عنه نتيجة عكسية، فيعدل عن تنزيله لما تقتضيه المصلحة، وهذا ما يزيده بياناً في قوله: " وجميع ما مر في تحقيق المناط الخاص مما فيه هذا المعنى، حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة، وكذلك الأدلة الدالة على سد الذرائع كلها، فإن غالبها تدرع بفعل جائز، إلى عمل غير جائز فالأصل على المشروعية، لكن مآله غير مشروع، والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها، فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع"2.

وانطلاقاً من هذا تولدت القاعدة التي نظم سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم (ت1233هـ) بقوله:

سد الذرائع إلى المحرم *** حتم كفتحها إلى المنحتم3

ومن الأمثلة الدالة على اعتبار هذا الأصل مما أجمعت الأمة على سده ومنعه: حفر الآبار في طريق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها، ومنها سب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها4.

ويعتبر السادة المالكية من أكثر من تمسك بهذا المبدأ وأجرى عليه الأحكام، فلذلك اختلفوا مع الشافعية في: بيع الآجال، وفي النظر إلى النساء هل يجرم لأنه يؤدي إلى الزنا أولاً يجرم، وفي الحكم بالعلم هل يجرم لأنه يؤدي للقضاء بالباطل من القضاة السوء، وفي تضمين الصناع؛ لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم فتتغير السلع، فلا يعرفها ربها إذا بيعت فيضمنون سداً لذريعة الأخذ، أم لا يضمنون لأنهم أجراء5.

78. يراجع الموافقات، لأبي إسحاق الشاطبي: 23/5.

79. يراجع المصدر السابق: 182/5.

80. يراجع مراقي السعود، مصدر سابق: 155.

81. يراجع الفروق، للإمام القرافي: 266/3.

82. المصدر السابق: 266/3 . 67.

خاتمة :

كما سبق ندرك تفاعل الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي بصفة أخص مع المتغيرات الزمانية والمكانية، وما تستوجبه من مراعاة مصالح الناس وواقعهم المعيش، وهو ما نتج عنه إرساء قواعد أساسية في الفقه، تتسم بالمرونة واستيعاب التحولات على الصعيدين الزماني والمكاني، وتؤول إلى قصد تحقيق الغاية من إيجاد الشرائع السماوية. وقد خلف ذلك على الصعيد الفرعي نتاجاً ضخماً من المسائل، سطرها علماءنا انطلاقاً من موجبات وعوامل متغيرة زمانياً ومكانياً، مما يستلزم مراجعتها في ثنايا كتبهم واستخلاصها؛ حتى لا تزل بها أقدام حظهها الجمود على أقوال السابقين من غير التفات إلى موجبات أقوالهم وأسبابها.

ومن هنا فإنني أخرج من خلال هذه البحث بدعوة إخوتي الباحثين إلى المساهمة في هذا المنحى الذي ما زال ينتظر من يطرق بابه، ويخوض لجته، حتى تستبين محاسن مذهبنا، وتخلص المصادر الفقهية مما علق بها من أحكام البثبات الغابرة.

قائمة المصادر والمراجع :

1. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لأحمد بن إدريس القرافي، اعتنى به عبد الفتاح أبو غدة وسلمان بن عبد الفتاح أبو غدة دار السلام، مصر، ط الخامسة 1430 هـ - 2009 م.
2. أدب القاضي، لعلي بن محمد (الماوردي)، تحقيق محمد هلال السرحان / وزارة الأوقاف بالعراق 1391 هـ - 1971 م.
3. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ليوسف بن عبد الله (ابن عبد البر)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دارالكتبة العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 - 2000.
4. الأشباه والنظائر، لعبد الوهاب (تاج الدين) بن تقي الدين السبكي، دارالكتبة العلمية، بيروت، ط الأولى 1411 هـ - 1991 م.
5. البحر المحيط في أصول الفقه، لمحمد بن عبد الله (الزركشي)، دارالكتبي، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م. بدون طبعة وبدون تاريخ.
6. البيان والتحصيل، والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق د/ محمد حجي وآخرون، دارالغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
7. التاج والإكليل لمحمد بن يوسف (المواق)، التاج والإكليل للمختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي (المواق)، دارالكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1994 م.
8. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (وبهامشه العقد المنظم للحكام لابن سلمون)، لإبراهيم بن فرحون اليعمري، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.
9. التحرير شرح التحرير، لعلي بن سليمان المرادوي، تحقيق: د. عبدالرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح.
10. تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد بن الأزهر، محقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001 م.
11. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، لمحمد بن إسماعيل (البخاري الجعفي)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422 هـ.

12. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، محمد بن أحمد بن معرفة (الدسوقي)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
13. الذخيرة، لأحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: سعيد أعراب ومحمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م
14. رد الضوال والهمل إلى الكروع في حياض مسائل العمل، للشيخ محمد المامي بن البخاري، (مطبوع ضمن عدة مؤلفات له)، تصحيح يابه بن محمادي، نشر زاوية الشيخ محمد المامي، نواكشوط، بدون تاريخ.
15. شرح القواعد لأحمد الزرقاء شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم - دمشق / سوريا، الطبعة: الثانية، 1409 هـ - 1989 م.
16. شرح تنقيح الفصول، للإمام أحمد إدريس القرافي، تحقيق: طه عبدالرؤوف وسعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1393 هـ - 1973 م.
17. شرح خليل، لمحمد بن عبد الله (الخرشي)، شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله (الخرشي)، دار الفكر، بيروت
18. شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1407 هـ / 1987 م.
19. شرح مختصر الروضة، لسليمان بن عبد القوي (نجم الدين الطوفي)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1407 هـ / 1987 م.
20. الصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهري، حمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987 م.
21. الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)، لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د.ت.
22. الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 1999 م.
23. طرد الضوال والهمل عن الكروع في حياض مسائل العمل، لسيد عبد الله بن الحاج إبراهيم، تقديم الحضرمي بن خطري، نشر محمد سالم بن الصوفي، نواكشوط، ط الأولى 1985.
24. الطرق الحكمية، لمحمد بن أبي بكر (ابن قيم الجوزية)، مكتبة دار البيان، بدون تاريخ.
25. العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، لعمر بن عبد الكريم الجدي، طبع بإشراف اللجنة المشتركة لنشر إحياء التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات، مطبعة فضالة المحمدية - المغرب 1982..
26. علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عنا الطبعة الثامنة، دار القلم، بدون تاريخ.
27. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا بن محمد الأنصاري الشافعي، المطبعة الميمنية، بدون تاريخ.
28. غمز عيون البصائر في شرح الأشبه والنظائر لمحمد بن أحمد مكي (الحموي)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1405 هـ - 1985 م.
29. الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، لمحمد بن الحسن البناني (مطبوع بهامش شرح عبد الباقي)، دار الفكر، بيروت، 1398 هـ.
30. الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، لشهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (القرافي)، عالم الكتب، بدون تاريخ.

31. الفقيه والمتفقه، لأحمد بن علي (الخطيب البغدادي)، تحقيق: أبو عبدالرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي - السعودية، الطبعة: الثانية، 1421هـ.
32. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ل محمد بن الحسن (الحجوي)، دارالكتبة العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى - 1416هـ - 1995م.
33. قواطع الأدلة، ل محمد بن منصور (السمعاني)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1418هـ/1999م.
34. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب للدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دارالفكر، دمشق، الطبعة: الأولى، 1427 هـ - 2006 م.
35. كتاب البادية، للشيخ محمد المامي بن البخاري (مطبوع ضمن عدة مؤلفات له)، تصحيح يابه بن محمادي، نشر زاوية الشيخ محمد المامي، نواكشوط، بدون تاريخ.
36. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعبد العزيز بن أحمد (البخاري)، دارالكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.
37. المحصول، ل محمد بن عبد الله (ابن العربي المعافري) تحقيق: حسين علي اليدري - سعيد فودة، دارالبيارق - عمان.
38. المحصول، ل محمد بن عمر الرازي، دراسة وتحقيق: الدكتور جابر فياض العلواني، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1418 هـ - 1997 م.
39. مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، ل محمد بن أحمد (ابن النجار الحنبلي)، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية 1418هـ - 1997 م.
40. مراقبي السعود، لسيد عبد الله بن الحاج إبراهيم، دار الآثار، القاهرة 2002م.
41. المستصفي، ل محمد بن محمد (الغزالي)، تحقيق: محمد عبدالسلام عبدالشافعي، دارالكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م.
42. المقدمة، لعبد الرحمن بن محمد (ابن خلدون)، تقديم وتحقيق: إيهاب محمد إبراهيم، مكتبة بن سينا، الطبعة الأولى 2009.
43. منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى لناصر الدين إبراهيم اللقاني، تقديم وتحقيق: د/عبد الله الهلالي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالملكة المغربية، 1423هـ - 2002م.
44. منح الجليل، ل محمد بن أحمد (عليش)، (عليش)، دارالفكر - بيروت، 1409هـ/1989م.
45. الموافقات، للإمام إبراهيم بن موسى (الشاطبي)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ/1997م.
46. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (وبهامشه التاج والإكليل للمواق)، دار الفكر، بيروت، ط الثانية 1398هـ - 1978م.
47. الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة: الأولى، 1421هـ - 2000م.
48. نشر العرف، لابن عابدين، منشور في مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
49. نظم عمل فاس، لعبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي (مطبوع ضمن مجموع المتون)، دار الفكر، بيروت، بون تاريخ.

50. نور البصر، لسيدى أحمد بن عبد العزيز الهلالي، مخطوط بمكروفيلم المعهد الموريتاني للبحث العلمي بنواكشوط، رقم: 2458.
51. جامع الأمهات (مختصر بن الحاجب الفرعي)، لعثمان بن الحاجب، اليمامة للطباعة والنشر، 1419.
52. جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، لأحمد البلوي المعروف بالبرزلي، تقديم وتحقيق الأستاذ د/محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، ط الأولى 2202.
53. فتاوى محمد بن أحمد بن رشد، تحقيق المختار بن طاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي، 2407 هـ - 1987 م.
54. الفتاوى، لسيدى عبد الله بن الحاج إبراهيم، جمع وتحقيق الشيخ محمد الأمين بن محمد بيب، الإمارات العربية المتحدة، ط الأولى 1423 هـ - 2002.
55. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (وبهامشه العقد المنظم للحكام لابن سلمون)، لإبراهيم بن فرحون اليعمري دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ .
56. الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، لأحمد بن إدريس القرافي عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ.
57. .
58. المختصر في فقه إمام دار الهجرة، لخليل بن إسحاق تحقيق أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت 1415 هـ - 1999 م.
59. الأمليات الفاشية شرح العمليات الفاسية، سعيد بن أبي القاسم العميري (ت1178)، مخطوط بمكتبة المسجد النبوي، ومجوزتنا منها نسخة حصلنا عليها بواسطة موقع المحجة العلمية السلفية على الرابط الألكتروني: www.mahaja.com .
60. فتوى الطالب أحمد بن طوير الجنة في الحلف بالحرام، مخطوط بمجوزتنا.

دراسات وأبحاث بالفرنسية ✓

LA SECURITE SOCIALE DES SALARIES MAROCAINS : CAS DE PENSION D'INVALIDITE.



PR. EL MENOUALI fathallah

Doctorat en Droit Privé (droit des affaires) Université de Perpignan – France

Les prestations sociales à long terme¹ visent à assurer une certaine sécurité des revenus du travail aux salariés ayant atteint l'âge de la retraite, aux invalides et, en cas de décès, à leurs ayants droit.

Les prestations sociales à long terme servies par la Caisse Nationale de Sécurité Sociale sont :

- la pension d'invalidité;
- la pension de survivants ;
- la pension de vieillesse.

Les assurés sociaux présentant une réduction de leur capacité de travail en raison de leur état de santé ou d'un handicap ont droit au bénéfice d'une pension. Les aspects relatifs aux pensions d'invalidité suscitent beaucoup d'interrogations de la part des salariés tant au niveau des conditions d'attribution et des modalités de calcul que des conséquences de celles-ci. L'enjeu est en effet de taille pour les personnes potentiellement confrontées à une baisse substantielle de leurs revenus.

¹ Taux de cotisation : 11,89 de l'ensemble des rémunérations perçues par le salarié (dans la limite d'un plafond de 6000 DH) dont 7,93% à la charge de l'employeur et 3,96% à la charge du salarié.

La notion d'invalidité correspond à une incapacité totale de travail et de gain d'un assuré social. Elle est appréciée en tenant compte de l'état général, de l'âge, des capacités physiques et mentales de l'assuré ainsi que de ses aptitudes et de sa formation professionnelle. Cette appréciation a lieu soit à l'expiration de la période pendant laquelle l'assuré a bénéficié des indemnités journalières de maladie, ou après stabilisation de son état intervenue avant l'expiration de cette période.

-Cadre juridique :

- Dahir portant loi n. 1-72-184 du 15 jourmada II 1392 (27 juillet 1972) relatif au régime de sécurité sociale tel que modifié et complété ;
- Décret n° 2.96.319 du 24 rabii II 1417 (9 septembre 1996) relatif aux prestations servies par la CNSS ;
- Décret n° 2.01.2723 du 27 hijja 1422 (12 mars 2002) fixant le taux de cotisation dû à la CNSS ;
- Décret n° 2.11.342 du 26 rajab 1432 (29 juin 2011) fixant le montant minimal des pensions d'invalidité ou de vieillesse servies par la CNSS.

I - Définition de l'invalidité :

La définition de l'invalidité est, en elle même, une condition impérative posée pour l'octroi de la pension. Cette dernière n'est ainsi accordée, d'après l'article 47 du dahir de 1972, qu'au travailleur atteint d'une « invalidité présumée, permanente et non couverte par la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles »¹. Aucun seuil d'incapacité totale de travail n'est donc fixé, tout dépendra de la décision de l'organisme de gestion ; même l'article 13 du décret du 30 décembre 1972 ne fait que rappeler les éléments d'appréciation de l'incapacité totale de travail.

A vrai dire, les deux notions d'Incapacité et d'Invalidité sont très liées puisqu'un arrêt en Incapacité peut devenir définitif (la réciproque n'étant pas vraie). Ainsi, il existe

¹ Cette définition diffère notamment, sinon logiquement, de la notion de « l'état d' handicap », bien que l'article 3 de la loi n° 07-92 relative à la protection sociale des personnes handicapées renvoie à « des critères médicaux et techniques établis par voie réglementaire après consultation des experts en la matière ». Il ya lieux de rappeler que la loi n° 07-92 ne prévoit, en dehors des allocations familiales, aucune prestation d'assurance sociale au profit des handicapés et ce, sans qu'elle précise expressément l'égalité de traitement ou l'extension du régime général géré par la CNSS aux handicapés non salariés ou inactifs.

une probabilité non négligeable qu'un individu incapable devienne par la suite invalide. C'est ce que l'on appelle « l'invalidité en attente », ou Invalidité probable.

Selon les concepts internationaux sur l'invalidité, celle-ci n'est évalué selon l'altération grave et stabilisée de l'état de santé d'une personne, mais sur les effets de cette altération sur sa capacité de travail et de gain, en vue de sa compensation financière partielle ou minimale par les programmes sociaux.

En France, le point de vue des programmes sociaux relatifs à l'invalidité est pleinement cohérent avec les concepts internationaux sur l'invalidité ou l'handicap. Là où les programmes sociaux disaient « nous n'indemnisons en matière d'invalidité que la perte de capacité de gain », ces concepts disent « une personne invalide ne l'est que compte tenu de ses désavantages, dont sa difficulté à se procurer des gains ».

Sur la base des travaux de Philip Wood, l'OMS a approuvé en 1975 puis publié en 1980 une première classification en matière d'invalidité et d'handicap, distinguant à la suite d'une maladie, d'un accident ou d'un trouble. Ensuite, et Après de très longs débats, et sous forme de compromis, l'OMS adopte en 2001 une nouvelle classification (International Classification of Functioning, Disability and Health, CIF pour son acronyme français) qui ont redéfini les notions de l'handicap et l'invalidité, mais sans constituer des méthodes d'évaluation de l'invalidité ou d'handicap, puisqu'elles ne donnent pas de seuils pour définir qui est invalide ou handicapé et qui ne l'est pas. Elles ne donnent pas de méthodes de mesure de la capacité de travail. Aucun pays n'a de barème d'évaluation de l'invalidité strictement dérivé de l'une ou de l'autre classification¹.

La définition fondamentale de l'invalidité comme effet de l'altération grave et stabilisée de la situation de santé sur la capacité de travail donc de gain est aujourd'hui universellement acquise². Une petite minorité de pays utilise des termes plus généraux de

¹ INSPECTION GENERALE DES AFFAIRES SOCIALE, l'évaluation de l'état d'invalidité en France, rapport tome I, établie par ABALIEA Pierre et ETIENNE Marie, France, PARIS, Mai 2012, P 56.

² La grande majorité des pays membres reste - comme la France - calée sur les définitions historiques des assurances sociales et de sécurité sociale de l'invalidité comme réduction de la capacité :

- De travail, celle-ci pouvant être exprimée en heures (personnes pouvant travailler uniquement moins de 2 heures par jour en Suède, 3 heures par jour en Allemagne, moins de 15 heures par semaine en Australie) ou en pourcentage (réduction de 40 % en Turquie, 50 % en Autriche, Danemark, Norvège, 60 % en Finlande, 66 % en République tchèque) ;

- De gains : de 35 à 80 % (Pays-Bas), 40 % (Slovaquie), 50 % (Mexique, Norvège), 66 % (France, Belgique, Italie, Grèce, Portugal, Espagne), 70 % (Suisse), gains substantiels (Canada).

distance à l'emploi cohérent avec les classifications de l'OMS, souvent parce qu'ils ont intégré dans leurs régimes de sécurité sociale les minima sociaux pour les personnes handicapées. L'invalidité est alors définie comme une perte importante des capacités fonctionnelles, à un niveau tel que l'on ne peut pas demander à la personne de chercher un emploi sur le marché du travail normal (Royaume-Uni) ; comme un désavantage pour entreprendre un travail convenable (Irlande)¹.

Cette universalité de définition de l'invalidité laisse ensuite la place à une forte diversité de structure des régimes d'invalidité entre les différents pays et à une très forte diversité des processus opérationnels qui permettent d'évaluer l'état d'invalidité².

Au Maroc, mêmes les assurés atteints de maladie de longue durée, notamment tuberculose, cancer, poliomyélite, de maladie mentale, non arrivée à consolidation ou à la guérison après l'expiration de la période maladie (52 semaines), ont droit à la pension d'invalidité, c'est-à-dire après avoir bénéficié des indemnités journalières de maladie.

II- Condition d'octroi :

En vue de compenser la perte de tout ou partie de son salaire, un invalide confronté à une maladie ou un accident et n'ayant pas atteint l'âge légal de départ à la retraite peut demander à bénéficier d'une pension d'invalidité. Pour ce faire, il doit réunir plusieurs conditions de fonds et de formes. Les démarches doivent être faites auprès de l'agence de la CNSS dont dépend l'intéressé.

On retient trois principales conditions relatives à l'octroi de la pension d'invalidité : l'âge, le stage et l'arrêt de l'activité salariée.

1- Les conditions concernant l'âge :

La pension d'invalidité est attribuée au travailleur qui, sans avoir atteint l'âge de la retraite, a cessé toute activité salariée suite à une invalidité présumée permanente non couverte par la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles.

¹ KRAUSE, FRANK, DASINGER, SULLIVAN, SINCLAIR. Determinants of duration of disability and return-to-work after work-related illness: challenges for future research. *American Journal of Industrial Medicine*, 2010, P.24.

² Cl. HAMONET, *Les personnes en situation de handicap*, Que Sais-je ?, 7ème édition, PUF, Paris 2012, p.76.

Donc l'assuré ne doit pas avoir atteint l'âge de 60 ans requis pour l'ouverture du droit à une pension de vieillesse¹. Il s'agit là d'un élément essentiel, non seulement en vue de l'attribution des prestations dues en cas d'invalidité mais atteste de la relation entre cette éventualité et le risque vieillesse.

2-Conditions de stage et l'arrêt de l'activité salariée.

En 1961, pour prétendre à la pension d'invalidité, l'assuré devait réunir soixante (60) mois d'assurance dont six (6) pendant les douze (12) mois civils qui précèdent le début de l'incapacité de travail suivie d'invalidité.

A partir d'octobre 1972, et pour avoir droit à cette pension, le travailleur doit réunir au moins mille quatre vingt jours d'assurance et avoir cotisé au moins cent huit jours pendant la période de douze mois précédent le début de l'incapacité de travail suivie d'invalidité. Toutefois, le travailleur victime d'un accident autre qu'un accident du travail peut prétendre à l'invalidité dès qu'il est immatriculé à la CNSS. Toutefois, les maladies, blessures ou infirmités dues, notamment, à un accident et résultant de la faute intentionnelle de l'assuré ne donne pas lieu à l'attribution d'une pension (article 18 décret du 30 décembre 1972).

La pension peut être suspendue, si l'invalidé exerce une activité lucrative quelconque pendant deux trimestres consécutifs, comme, elle peut être supprimée, si l'assuré retrouve ses capacités de travail.

3- Montant :

Depuis la réforme de 1972, le taux minimum de la pension qui était de 20% est relevé à 50% du salaire mensuel moyen dans la limite du plafond de la rémunération mensuelle. Le taux maximum est passé de 50% à 70%.

La période d'assurance nécessaire pour bénéficier d'une majoration de 1% au delà du nombre de jours exigibles, est réduite de 12 mois d'assurance à 216 jours de cotisation seulement.

Le salaire mensuel moyen était défini comme la trente sixième ou la soixantième partie du total des salaires soumis à cotisation et perçus pendant les 3 ou 5 dernières années qui précèdent le dernier mois civil d'assurance avant l'âge d'admissibilité ou l'âge

¹ Article 47, al. 1^{er} du dahir 1972 qui renvoie à l'article 53 des mêmes textes.

d'admission à pension, dans la limite du plafond de la rémunération mensuelle servant de base au calcul des cotisations et des prestations.

Afin d'instaurer plus d'équité dans les modalités de calcul des pensions, notamment pour les salariés travaillant dans des secteurs d'activités caractérisés par une forte mobilité (bâtiment, textile, agriculture et pêche), la liquidation de la pension est calculé, depuis 2004, sur la base de la moyenne des salaires perçus pendant les 8 dernières années au lieu des 3 ou 5 dernières années.

III-Procédure :

En principe, l'invalidité est dûment constatée par le médecin désigné ou agréé par l'organisme de gestion. A cet effet, pour assurer une meilleure protection du travailleur atteint d'incapacité totale du travail, celle-ci est appréciée en tenant compte de l'état général, de l'âge, des capacités physiques et mentales de l'assuré ainsi que de ces aptitudes et de sa formation professionnelle.

Cette appréciation est effectuée :

- au moment de la consolidation de la blessure en cas d'accident autre que celui du travail ;

-à l'expiration de la période pendant laquelle l'assuré a bénéficié des indemnités journalières de maladies ou après stabilisation de son état intervenue avant cette date ;

-au moment de constatation médicale de l'invalidité, lorsque celle-ci résulte de l'usure prématurée de l'organisme.

D'autre par, et selon l'article 19, alinéas 1^{er} et 2 du décret du 30 décembre 1972, le titulaire d'une pension d'invalidité doit se soumettre aux visites médicales qui peuvent être demandées, à toute époque, par l'institution de sécurité sociale. Si ce dernier refuse de se soumettre aux visites, la pension peut être suspendue ou supprimée.

En outre, dans la majorité des situations, la pension d'invalidité va succéder à une période d'arrêt maladie indemnisé par la Sécurité sociale et éventuellement complété par l'employeur et/ou une assurance prévoyance. Cette transition suscite beaucoup d'interrogations.

Quand un assuré est classé en invalidité, la sécurité sociale n'informe pas l'employeur. Juridiquement, le salarié n'a pas d'obligation en la matière. D'un point de vue pratique, ne pas le faire peut cependant occasionner un certain nombre de difficultés quand le salarié bénéficie d'une subrogation et d'un maintien de salaire (salaires versés indument, garanties assurantielles non actionnées).

Par ailleurs, un salarié qui passe en invalidité et qui ne peut reprendre immédiatement le travail doit continuer à justifier de son absence auprès de son employeur. Il doit le faire en envoyant un arrêt de travail quand bien même celui-ci n'est plus indemnisé par la Sécurité sociale.

Compte tenu des conditions médicales justifiant le classement en invalidité, la reprise du travail, le cas échéant, va en général s'envisager à temps partiel. Cet aménagement doit se traduire par un avenant au contrat de travail.

Avant d'envisager une reprise de travail, il peut être utile de solliciter auprès de la médecine du travail une visite de pré-reprise afin de préparer au mieux un retour éventuel.

En fin, lorsque le bénéficiaire de pension d'invalidité atteint l'âge légal de la retraite, cette prestation est remplacée par une pension de vieillesse de même montant¹. Cette pension est même réduite de moitié, lorsque le bénéficiaire est titulaire d'une rente allouée en application de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles².

Si l'assuré invalide vient à bénéficier d'un dispositif de « retraite anticipée », le service de la pension d'invalidité est suspendu mais non celui des avantages accessoires (prestation complémentaire par exemple).

BIBLIOGRAPHIE :

DISPOSITIONS LEGISLATIVES

• Dahir portant loi n° 1-72-184 du 15 jourmada II 1392 (27-07-1972) relatif au régime de sécurité sociale, tel qu'il a été modifié et complété par le dahir n° 1-04-127 du 21 ramadan 1425 (4 novembre 2004) potrant promulgation de la loi n° 17-02.

¹ Article 49, al.2 dahir de 1972 tel qu'il a été modifié et complété.

² BOUDAHRAIN (A), op. Cite, p 169.

- Dahir du 25 Kaada 1365 (22 octobre 1946) tendant à accorder au chef de famille salarié, fonctionnaire ou agent des services publics, un congé supplémentaires à l'occasion de chaque naissance à son foyer, tel qu'il a été modifié par le dahir n° 1-61-005 du du 18 janvier 1963.
- Dahir portant loi n° 1-77-185 du 5 chaoul 1397 (19-09-1977) relatif à la présidence des conseils d'administration des établissements publics nationaux et régionaux
- Dahir portant loi n° 1-77-216 du 20 chaoul 1397 (04-10-1977) créant un régime collectif d'allocation de retraite (Extraits sur le régime de sécurité sociale).
- Dahir n° 1-81-178 du 3 jomada II 1401 (08-04-1981) portant promulgation de la loi n° 26-79 étendant le régime de sécurité sociale aux employeurs et travailleurs des exploitations agricoles, forestières et de leurs dépendance.
- Dahir n° 1-81-314 du 11 rajeb 1402 (06-05-1982) portant promulgation de la loi n° 7-80 fixant la limite d'âge pour l'occupation d'un emploi salarié et imposant l'obligation à l'employeur de recruter un personnel de remplacement.
- Dahir n° 1-84-195 du 5 rabi II 1405 (28-12-1984) portant promulgation de la loi n° 7-84 modifiant et complétant le dahir portant loi n° 1-72-184 du 15 jomada II 1392 (27-07-1972) relatif au régime de sécurité sociale, tel qu'il a été modifié par le dahir n° 1-86-41 du 27 jomada I 1406 (07-02-1986) portant promulgation de la loi n° 1-86.
- Dahir n° 1-90-77 du 20 hija 1410 (13-07-1990) portant promulgation de la loi n° 47-90 instituant une prescription anticipée sur des créances dues par les employeurs à la Caisse nationale de sécurité sociale.
- Dahir n° 1-98-169 du 20 ramadan 1419 (8 janvier 1999) portant promulgation de la loi n° 15-98 portant remise des majorations de retard, des frais de poursuites et astreintes pour les cotisations dues à la CNSS pour la période allant du 1er janvier 1969 au 31 décembre 1996.
- Dahir portant loi n° 1-93-29 du 22 rabi I 1414 (10-09-1993) relatif à la coordination des régimes de prévoyance sociale.
- Dahir portant loi n° 1-93-16 du 29 ramadan 1413 (23 mars 1993) fixant les mesures d'encouragement aux entreprises organisant des stages de formation-insertion professionnelle.

- Dahir n° 1-92-30 du 22 rabi I 1414 (10-09-1993) portant promulgation de la loi n° 07-92 relative à la protection sociale des personnes handicapées

- Dahir n° 1-96-104 du 21 rabi I 1417 (07-08-1996) portant promulgation de la loi n° 18-96 instituant un montant minimum des pensions d'invalidité ou de vieillesse servies par la Caisse nationale de sécurité sociale.

DISPOSITIONS REGLEMENTAIRES

Affiliation - Immatriculation

- Décret n° 2-60-313 du 11 safar 1380 (05-08-1960) relatif à l'affiliation des employeurs et à l'immatriculation des salariés à la Caisse nationale de sécurité sociale.

- Décret n° 2-93-1 du 7 kaâda 1413 (29-04-1993) fixant les conditions d'application du régime de sécurité sociale aux salariés travaillant dans les entreprises artisanales

Cotisations

- Arrêté du ministre du travail et des questions sociales n° 193-61 du 12-04-1961, relatif aux dates et aux modalités de versement à la Caisse nationale de sécurité sociale de la cotisation totale due par les employeurs.

- Décret n° 2-64-025 du 15 ramadan 1383 (30-01-1964) fixant le taux de la cotisation due à la Caisse nationale de sécurité sociale par les marins pêcheurs à la part.

- Décret n° 2-91-718 du 10 chaâbane 1413 (02-02-1993) fixant le taux des cotisations dues à la Caisse nationale de sécurité sociale.

- Décret n° 2-73-633 du 29 rabii II 1394 (22-05-1974) tel que modifié et complété par le décret n° 2-86-820 du 28 rabia II 1407 (31-12-1986) et par le décret n° 2-95-785 du 8 chaâbane 1416 (30-12-1995) portant création de la taxe de formation professionnelle, fixant le taux et les conditions de recouvrement de ladite taxe et déterminant les conditions relatives à la conclusion du contrat pour la réalisation de programmes spéciaux de formation professionnelle.

- Décret n° 2-91-517 du 13 chaoual 1413 (5 avril 1993) pris pour l'application du dahir portant loi n° 1-93-16 du 29 ramadan 1413 (23 mars 1993) fixant les mesures d'encouragement aux entreprises organisant des stages de formation professionnelle.

- Décret n° 2-01-2723 du 27 hija 1422 (12 mars 2002) fixant le taux des cotisations dues à la Caisse nationale de sécurité sociale.

- Décret n° 2-05-741 du 11 jourmada II 1426 (18 juillet 2005) modifiant le décret n° 2-01-2723 du 12 mars 2002, fixant le taux des cotisations dues à la Caisse nationale de sécurité sociale.

Prestations

- Décret n° 2-75-541 du 23 kaâda 1392 (30-12-1972) relatif aux prestations servies par la Caisse nationale de sécurité sociale tel que modifié par le décret n°2-82-667 du 15 jourmada I 1403 (1er mars 1983), par le décret n° 2-85-853 du 18 jourmada I 1407 (19 janvier 1987), par le décret n° 2-91-52 du 5 chaâbane 1411 (20 février 1991) et par le décret n° 2-96-319 du 24 rabia II 1417 (09-09-1996).

- Décret n° 2-78-624 du 25 jourmada I 1399 (23 avril 1979) portant revalorisation des pensions d'invalidité, du vieillesse et de survivants servis par la Caisse nationale de sécurité sociale.

- Décret n° 2-91-717 du 10 chaâbane 1413 (02-02-1993) portant revalorisation des pensions servies par la Caisse nationale de sécurité sociale.

- Décret n° 2-96-318 du 1er jourmada II 1417 (14-10-1996) fixant le montant minimum des pensions d'invalidité ou de vieillesse servies par la Caisse nationale de sécurité sociale.

- Décret n° 2-79-691 du 2 jourmada II 1400 (18 -04-1980) fixant le taux de l'allocation familiale servie par la Caisse nationale de sécurité sociale tel que modifié par le décret n° 2-82-197 du 17 jourmada II 1403 (1er avril 1983), par le décret n° 2-87-746 du 30 décembre 1987, par le décret n° 2-91-51 du 5 chaâbane 1411 (20 février 1991), par le décret n° 2-94-529 du 26 safar 1415 (05-08-1994), et par le décret n°2-96-808 du 29 jourmada I 1417 (11-11-1996).

- Décret n° 2-01-2722 du 27 hija 1422 (12-03-2002) modifiant le décret n° 2-79-691 du 2 jourmada II 1400 (18-04-1980), fixant le taux de l'allocation familiale servie par la Caisse nationale de sécurité sociale.

- Décret n° 2-01-2847 du 27 hija 1422 (12-04-2002), portant augmentation du montant des pensions d'invalidité ou de vieillesse services par la CNSS.

• Décret n° 2-05-181 du 13 jourmada II 1426 (20-07-2005) fixant les modalités d'application de l'article 53 bis du dahir portant loi n° 1-72-184 du 5 jourmada II 1392 (27-07-1972) relatif au régime de sécurité sociale.

Banque Mondiale (2002), *Royaume du Maroc : Note sur la protection sociale*, Rapport n° 22486-MOR, décembre.

Banque Mondiale (2001), *Rapport sur la protection sociale au Moyen-Orient et en Afrique du Nord*, 240p.

Barbier J-C., Theret B. (2004), *Le nouveau système français de protection sociale*, Edition Repères, Collection La Découverte. p123.

Boudahrain A. (2003), « Les pensions de sécurité sociale au Maghreb: une étude sur les cas du Maroc et de la Tunisie », *Revue internationale de sécurité sociale*, Vol 56, 3-4 2003, pp 143-162

Boudahrain A. (2000), *La sécurité sociale au Maghreb du nouveau millénaire : carences et défis Maroc*, Ed. Al Madaris, Casablanca.

Caisse Nationale de Sécurité Sociale (2008), « Branche des pensions gérées par la CNSS : Situation démographique et financière », *CNSS infos*, 47p.

Caisse Nationale de Sécurité Sociale (2006), « Evaluation actuarielle de la branche des pensions » 35 p.

Caisse Nationale de Sécurité Sociale (2005), « Ce que coûte la sécurité sociale », *CNSS infos*, n°8, mars, p.6.

Caisse Nationale de Sécurité Sociale (2004), *Réforme du régime de sécurité sociale*, Direction de la stratégie.

Convention (n° 128) concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants, 1967;

Convention (n° 157) sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale, 1982;

FADLALLAH M-F. (1986), « Sociologie de la sécurité sociale au Maroc », Thèse pour le doctorat de 3ème cycle en sociologie, Faculté des Lettres et des Sciences Humaine, Université de Nancy II.

TABCHI Mohammed, « le financement de la sécurité sociale au Maroc », mémoire de D.E.S en droit privé, FSJES Rabat, 1987 (en Arabe).

HACHIMI IDRISSE H. (2004), « Investissement des réserves de sécurité sociale: possibilités et performances : Rapport du Maroc », Colloque des directeurs d'institutions de sécurité sociale des pays francophones d'Afrique, Association Internationale de la Sécurité Sociale, Limbé, Cameroun, 28-30 janvier 2004.

MECHRAFI D. (2005), *Le financement de la protection sociale au Maroc. Entre l'équité sociale et l'efficacité économique*, Mémoire de D.E.S.A., FSJES de Rabat, Avril 2005.

PALIER (B). (2005), *Gouverner la sécurité sociale*, Edition PUF, Collection *Quadrige, Essais Débats*, 498 p.

WEBOGRAPHIE :

Association Internationale de Sécurité Sociale (AISS) : www.issa.int

Bureau international du travail (BIT) : www.ilo.gov

Banque Mondiale : www.banquemondiale.org

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردم : 2336-0615