

# 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 49 : نونبر 2016

✓ مع مواضع العدد 49 : نونبر 2016 :

- إشكالية إفراغ الأصل التجاري المرهون .
- التعليق على حرمان القضاة من تأسيس الجمعيات .
- مظاهر التيسير والمرونة في المذهب المالكي .
- المدونة الفقهية وواقع الأمة الإسلامية .
- حق الطفل الحدث في الحماية على ضوء التشريع .
- ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة .
- مؤسسة الإكراه البدني وتحصيل الغرامات الجمركية .

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 مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديفي عميد جامعة لاهني الدولية (2012/10/21) ... المزيد	اتصلوا بنا
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفتن المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد	المدير المسؤول
قراءة في النظام الفترقي الموائم ( قانون 02/15 ) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلغوية
	حوارات علمية
	تقارير خاصة
	المساهمون بالمجلة
	إعداد المجلة
	تتبعنا بالمجلة

## العدد التاسع والأربعون : نونبر 2016

### ❖ قواعد النشر وشروطه :

- إرسال نبذة من السيرة الذاتية للكاتب.(الصورة اختيارية).
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (مايقارب 3000 كلمة).
- أن تكتب الهوامش لكل صفحة على حدة .
- أن ترفق المساهمة بفهرس المصادر والمراجع.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات في ملف (word) 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 كولفرنسي: أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبني أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد التاسع والأربعون : لشهر نونبر 2016

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 49 لشهر نونبر 2016 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....03

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. إشكالية إفراغ الأصل التجاري المرهون : عادل محفوظي ، قاض بالمحكمة الابتدائية بمراكش ، حاصل على دبلوم

الماستر في قانون الأعمال ، طالب باحث بصف الدكتوراه تخصص أبناك.....06

3. التعليق على الفقرة الأخيرة من المادة 38 من النظام الأساسي للقضاة : عبد الصمد عدنان ، دكتوراه في القانون

الخاص ، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة.....27

4. مظاهر التيسير والمرونة في المذهب المالكي من خلال أحكام الأسرة : الدكتورة فاطمة ملول ، كلية الشريعة بفاس

المملكة المغربية.....40

5. المدونة الفقهية وواقع الأمة الإسلامية : الباحث رابح قاسمي طالب دكتوراه ، بجامعة الزيتونة تونس ، وباحث

مشارك بمخبر القانون المدني بكلية الحقوق بتونس.....50

6. حق الطفل الحدث في الحماية على ضوء التشريع والقضاء الجزائري : عبد العزيز خنفوسي ، أستاذ محاضر ، كلية

الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة الجزائر.....61

7. ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري : بلعباس أمال ، طالبة دكتوراه في القانون الخاص ، عضو

في المخبر المتوسطي للعلوم القانونية كلية الحقوق - جامعة تلمسان.....85

8. أي دور لمؤسسة الإكراه البدني في تحصيل الغرامات الجمركية : شرف طاهري ، مفتش إقليمي بإدارة الجمارك

والضرائب غير المباشرة ، باحث في القانون الخاص بكلية الحقوق - طنجة.....95

#### ✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

9. La reception du jugement de divorce prononcé en France par le juge marocain : Si mohamed

akhdi , Docteur en droit privé, université de nantes-france.....103

#### ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

## كلمة العدد التاسع والأربعين لشهر نونبر 2016



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون  
الدكتور: صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، لا تفوتنا الفرصة حتى نشكر العديد من الباحثين المتمكنين الذين يولون حرصا بالغاً لفن كتابت البحوث العلمية الأكاديمية ، والذي تشرفت مجلة الفقه والقانون بنشر دررهم كحسن نظامها و ضبطها ، وتوثيقها وتناسق أفكارها ، وجماليت لغتها وأسلوبها ، واحترامها لشروط النشر بالمجلة .

لكننا من جهة ثانية ، لا بد أن نسجل بأسف شديد ، تعاوان العديد من الباحثين في الالتزام بشروط النشر بمجلة الفقه والقانون ، وعلى سبيل المثال لا الحصر ، نجد البعض منهم لا يرسلون سيرهم الذاتية ، ولا يعرفون بشخصهم وتخصصهم العلمي وجامعاتهم وكلياتهم ، هذا فضلا عن إهمالهم التدقيق في الهوامش وضبطها ، ونسيانهم كتابت الصفحات والطبعات ، مع عدم إرفاق الدراسة أو البحث بلائحة المصادر والمراجع ، بالإضافة إلى ارتكاب مجموعة من الأخطاء اللغوية اللامتناهية ، وعدم وضع خاتمة للدراسة تلخص أهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها ، والاكتفاء بنسخ ولصق عشوائي لفقرات من بحوث سابقة !!!!

وفي هذا الإطار تدعو مجلة الفقه والقانون لجميع الباحثين الذين يحترمون البحث العلمي ، إلى الالتزام بالتأني والدقة في كتابت دراساتهم العلمية ، وعدم التسابق مع الزمن من أجل نشر أكبر عدد من المقالات والبحوث ، فمقالات علمية متقنة وجيدة ، خير من عشر لا تحترم أساسيات البحث

العلمي أجاد الرصين ، فكلما كان بحثنا متقنا وبنيت خالصت خدمت الأمة ، إلا وزدنا قريبا من خالقنا عز وجل ، وكسبنا الأجر والثواب في الدنيا والآخرة .

وحتى لا أطيل عليكم أذكركم بشروط النشر في مجلت الفقه والقانون على الشكل التالي :

- إرسال نبذة من السيرة الذاتية للكاتب.(الصورة اختيارية).
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (مايقارب 3000 كلمة).
- أن تكتب الهوامش لكل صفحة على حدة : (references+notes de bas de page +inserer)
- أن ترفق المساهمة بفهرس المصادر والمراجع.
- ألا يكون المقال مشتركا أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات في ملفه (word) إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلت الفقه والقانون.

وفي أختام نوكد لكم بأن أي مساهمة لا تحترم هذه الشروط لن يتم نشرها . وفي ما يلي أترككم تتصفحون العدد التاسع والأربعين لشهر نونبر 2016 من مجلت الفقه والقانون ، سائلا العلي القدير أن تروقكم مواضيعه وأن تكرمونا دائما بتوجيهاتكم ودرعائكم .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدك

www.majalah.new.ma

# دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

## إشكالية إفراغ الأصل التجاري المرهون



من إعداد : عادل محفوظي : قاض بالمحكمة  
الابتدائية بمراكش حاصل على دبلوم الماستر في قانون  
الأعمال طالب باحث بصف الدكتوراه : تخصص أبنائك  
Email : adilmahfoudi83@gmail.com

مقدمة :

يعتبر الائتمان من أبرز الخصوصيات التي تميز عالم التجارة، فهو على حد قول البعض عصب التجارة<sup>1</sup>. ولما كان الائتمان يحظى بهذه الأهمية، فإن التجار غالبا ما يلجؤون، تحت ضغط الحاجة إليه، للبنوك لطلب قروض قصيرة أو طويلة الأجل من أجل توظيفها في استثمارهم التجاري، وإذا كان الإقراض هو الصورة الغالبة في منح الائتمان إلا أنه توجد صور أخرى كفتح الاعتماد أو تتخذ صورة خصم للأوراق التجارية<sup>2</sup> غير أن هذه العمليات التي يقوم بها التجار مع مؤسسات الائتمان تحمل في طياتها مخاطر عدم التسديد مادام النشاط التجاري مبني على الربح أو الخسارة، لذلك ورغبة من هذه المؤسسات في تأمين مركزها، غالبا ما تلجأ إلى طلب ضمانات لاستيفاء الديون التي تمنحها للتجار، هذه الضمانات التي تكون إما شخصية وإما عينية، وإذا كانت الأولى تنصب على اعتبارات شخصية خاصة بالزبون ومدى شهرته بالقدرة على الدفع، فإن الثانية تتجاوز ذلك إلى تخصيص مال معين يكون عادة مملوكا للمدين لتأمين حق الدائن في استيفاء دينه في الآجال المحددة لذلك<sup>3</sup>.

ويعتبر الأصل التجاري من أهم هذه الضمانات والتي سماها الفقه كذلك بالتأمينات العينية، مادام الأصل التجاري في حد ذاته يعتبر نوعا من الأموال وإن كان المشرع في المادة 79 من مدونة التجارة قد اعتبره مالا من نوع خاص حين اعتبره مالا منقولاً معنويًا، هذه الخاصية الأخيرة -وهي كونه منقولاً معنويًا- استوجبت تخصيصه بقواعد للرهن مختلفة عن قواعد رهن باقي المنقولات، ذلك أن القاعدة العامة في رهن المنقولات أن يضعها مالکها في حيازة

<sup>1</sup> فؤاد معلال "شرح القانون التجاري المغربي الجديد" مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء الطبعة الثانية 2001. ص.10.

<sup>2</sup> عبد المجيد غميحة "رهن الأصل التجاري كضمانة لدى البنك" مجلة الندوة. ع 10. 1993 ص.21.

<sup>3</sup> وهذا ما يحمل على معنى الرهن سواء مع أو دون التخلي عن الحيازة.

الدائن المرتهن<sup>1</sup> أو حيازة من اتفق عليه العاقدان في إطار ما يسمى بالرهن الحيازي<sup>2</sup>، إلا أن هذه القاعدة تتعطل بخصوص رهن الأصل التجاري الذي يعد كما قلنا منقولا معنويا يقتضي تسييره واستثماره ضرورة الاحتفاظ بحيازته من طرف مالكة حتى يتيسر له تطويره بالاستفادة من القروض التي اقترضها ليتسنى له تسديد تلك القروض في الأجل المتفق عليه.

من كل هذه المنطلقات تتجلى أهمية تنظيم هذا الرهن بنصوص خاصة لأنه يعد ضمانا للدائن ومزية تمكن المدين من الحصول على السيولة. وهذا ما قام به المشرع من خلال وضع نصوص خاصة برهن الأصل التجاري ابتدأت بإصدار قانون 31 دجنبر 1914 في عهد الحماية الفرنسية بشأن بيع ورهن الأصل التجاري وهو مأخوذ عن القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 17/03/1909 وقد ظل ظهير 1914 ساري المفعول في المغرب إلى أن نسخ بمقتضيات رهن الأصل التجاري المنظمة في مدونة التجارة الصادرة سنة 1996 التي نظمت شروط هذا الرهن وآثاره وذلك في الباب الثالث من القسم الثاني من الكتاب الثاني في الفصول من 106 إلى 151.

وإذا كان رهن الأصل التجاري يتميز باعتباره وحدة مستقلة عن جميع العناصر المشكلة له فإن خصوصية بعض عناصره وارتباطها بعناصر أخرى خارجية من شأنه أن يثير الكثير من الإشكالات، وأخص بالذكر الحق في الكراء الذي يستند على عنصر خارجي هو إرادة مكري العقار، الذي قد يضطر في بعض الأحيان إلى طلب فسخ عقد الكراء وإفراغ المكثري وهو من شأنه أن يثير إشكالا كبيرا بخصوص الأصل التجاري المرهون لارتباط ذلك بحقوق الأغير (الدائنين)، وهذا ما حدا بالمشرع إلى تأطير المسألة بنص قانوني هو المادة 112 التي أوجبت على كل مالك عقار يستعمل فيه أصل تجاري أراد فسخ عقد كرائه أن يعلم الدائنين المقيدين ولا يصدر الحكم بالفسخ إلا بعد 30 يوما من هذا التبليغ كما لا يصير الفسخ الرضائي ساري المفعول إلا بعد 30 يوما من التبليغ المذكور.

كل هذه الاعتبارات تجعل من موضوع رهن الأصل التجاري ذلك الموضوع المركب الذي يحتاج في تحليله إلى نظرة شمولية تساعد على فهمه في عمومه قبل الغوص في تحليل إشكاليته الرئيسية، وهو ما يدفعنا إلى محاولة استجلاء كل ذلك من خلال التطرق لرهن الأصل التجاري من حيث شروطه وآثاره، ثم محاولة معالجة الإشكالية التي أشرنا إليها والمتعلقة بإفراغ الأصل التجاري المرهون، فيكون تقسيم هذا البحث كالآتي:

الفرع الأول: رهن الأصل التجاري.

والفرع الثاني: إشكالية إفراغ الأصل التجاري المرهون.

الفرع الأول: رهن الأصل التجاري.

لقد رأينا بأن الرهن المنصب على الأصل التجاري هو رهن من طبيعة خاصة لا تنتقل فيه الحيازة للدائن، مما يحتم علينا دراسة شروطه، مبحث أول، ثم التطرق لآثاره، مبحث ثان.

<sup>1</sup> - عبد العاطي بوجمعة، بيع ورهن الأصل التجاري، الشروط والآثار، مجلة المرافعة العدد 11 دجنبر 2000 الصفحة 119.

<sup>2</sup> عبد المجيد غميحة "رهن الأصل التجاري على ضوء الأحكام الجديدة لمدونة التجارة. مجلة المعيار. ع. 24. سنة 1999. ص. 19.



## المبحث الأول : شروط رهن الأصل التجاري :

لقد تم تعريف رهن الأصل التجاري بأنه عقد يخصص بموجبه مالك الأصل التجاري، أصله التجاري ضمانا لدين أو عدة ديون لفائدة دائن أو عدة دائنين دون التخلي عن حيازته<sup>1</sup>، وانطلاقا من ذلك وجب علينا التعرف على شروطه الموضوعية (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك ننتقل لاستجلاء الشروط الشكلية التي فرضها المشرع على عملية رهن الأصل التجاري (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : الشروط الموضوعية لرهن الأصل التجاري :

إن رهن الأصل التجاري باعتباره عقدا يخضع من حيث تكوينه إلى الأركان العامة للتعاقد المضمنة في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود المغربي وهي: الرضا، الأهلية والحل والسبب، وإلى جانب هذا الخضوع البديهي، فإنه رهن يتأسس على مجموعة من الخصائص الجوهرية الخاصة بطرفي عقد الرهن -فقرة أولى-، ثم القواعد المتعلقة بمحل الرهن -فقرة ثانية-.

### الفقرة الأولى : القواعد الخاصة المطبقة على طرفي عقد الرهن :

يجب أن يكون الراهن مالكا للأصل التجاري المراد رهنه بالإضافة إلى أن تتوافر لديه أهلية التصرف فيه استنادا إلى القواعد العامة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يكون الرهن صحيحا إلا إذا كان الدين بدوره صحيحا<sup>2</sup> لهذا فإن صاحب الأصل التجاري مخول له حق رهنه حتى ولو كان مجرد مكتر للمحل التجاري، وهذا يتم استخلاصه من منطوق الفصل 37 من ظهير 24 ماي سنة 1955 المتعلق بأكرية المحلات المعدة لغرض صناعي أو تجاري أو حرفي، حيث حظر هذا الفصل على المكري أن يتعرض على عملية بيع المكثري صاحب الأصل التجاري لهذا الأصل المستغل بالعين المكثرة، فالمنع هنا انصب على البيع، فمن باب أولى بالنسبة للرهن<sup>3</sup>.

كما أنه يجوز رهن حصة شائعة من الأصل التجاري، لأنه طالما يجوز بيع جزء شائع من هذا الأصل، فإنه يمكن إجراء رهن على الحصة الشائعة في الأصل التجاري حسب القواعد العامة التي تحول رهن المال الشائع رهن حيازة، حيث يفهم من مقتضيات الفصل 1198 من قانون الالتزامات والعقود المغربي جواز الرهن الحيازي لحصة شائعة في المنقول.

كما نجد أن الواقع العملي يحفل بجملة من الأوضاع التي تثار فيها مشاكل قانونية كما هو الحال بالنسبة للرهن الذي يعقله شريك في أصل تجاري عمد إلى تسجيل نفسه كمالك وحيد للأصل دون باقي شركائه فيه<sup>4</sup>، ففي هذه الحالة لما يرغب الدائن في تحقيق الرهن تتم مواجهته بدعاوى بطلان إجراءات البيع ودعاوى الاستحقاق التي

<sup>1</sup> -Paul-Jacques Lehmann, Patrice Macqueron ; Le Referis: droit des affaires, comptable, gestion financière, fiscal, droit communautaire, social, gestion budgétaire ; maxima 1995 ; tom2 ; p 130.

<sup>2</sup> رشيد الركاني: "تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في موضوع: "إشكالية الإفراغ في الأصل التجاري المرهون"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني السنة الجامعية 1998-1999 .

<sup>3</sup> عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، ص. 23.

<sup>4</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 563 بتاريخ 1979/12/05م بمجموعة قضاء المجلس الأعلى في المادة المدنية رقم 1966م -1985، الرباط 1985 ص. 421 قضى أن الشريك المسجل يعتبر المالك الظاهر ونقض الحكم الذي لم يعتد بهذا المبدأ ولما تقيدت به محكمة الإحالة وتقرر الطعن بالنقض من جديد قضى المجلس بأن مجرد تسجيل الشريك لا سمة له ..... في السجل التجاري لا يكفي لاعتباره الإشعاع عدد 8 ص. 90.



تنص عليها الفقرة الأخيرة من المادة 117 من مدونة التجارة، في هذه الحالة أيضا يمكن إقامة دعوى ببطلان رهن ملك الغير، غير أن الدائن المرتهن تقوم مسؤوليته هنا نظرا لعدم تحققه من صحة ملكية الراهن للأصل التجاري، أما بالنسبة للشريك الذي قام بالتصرف الآنف الذكر، فيمكن في وضعيته هاته أعمال مقتضيات مبدأ (انتقاص العقد) طبق الفصل 308 من قانون الالتزامات والعقود، بحيث يبقى الرهن والامتياز القائم عليه متعلقا فقط بالجزء المملوك، والذي لم يستحق من بين يده<sup>1</sup>.

أما فيما يخص الدائن المرتهن فيمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا.

#### الفقرة الثانية: القواعد الخاصة المتعلقة بمحل الرهن :

يراد بمحل الرهن الأصل التجاري وكذا العناصر المشكلة له، لذلك فالرهن لا يكون صحيحا إلا إذا كان الأصل التجاري موجودا، غير أن هذا الرهن لا يشمل كل عناصر الأصل.

#### أولا: وجود الأصل التجاري.

لا يمكن الحديث عن رهن الأصل التجاري إلا إذا كان الأصل التجاري المرهون قائما وفق ما رسمه القانون لذلك، بأن يكون مشتملا على العناصر المشكلة له التي أوردتها المادة 80 من مدونة التجارة الجديدة خاصة الزبائن والسمعة التجارية، التي لا يتصور قيام أصل تجاري بدونها<sup>2</sup>، ويخرج من مفهوم الأصل التجاري الأصول المدنية والعقارية مثل مكاتب المحامين، والمهندسين والأطباء.

كما يجب أيضا أن يوجد الأصل التجاري في تاريخ إنشاء الرهن، أي ابتداء من هذا التاريخ يلزم أن يكون الأصل التجاري فلتحا أبوابه في وجه العموم، مع ضمه للعناصر اللازمة لجلب الزبائن، وفي هذا الإطار قررت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها أن الرهن باطل إذا لم يكن الأصل التجاري مستغلا وإنما يوجد فقط الحق في الكراء الذي لا يمكن أن يشكل لوحده أصلا تجاريا<sup>3</sup> ومع ذلك يجوز إيقاع رهن على أصل تجاري في طريق الإنشاء استنادا إلى الفصل 1144 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، رغم أن بعض الفقه المغربي له رأي معارض<sup>4</sup> إذ يرى أن رهن أصل تجاري في طور التأسيس يقع باطلا، مستندا على كونه لا يتوفر على العنصر المهم وهو الزبائن، غير أننا نختلفه الرأي لكون هذه المسألة لم تنظم من قبل مدونة التجارة مما يتعين الرجوع فيها إلى المبادئ العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود التي تبقى مبادئه مصدرا احتياطيا لمدونة التجارة حسب المادة الثانية منها خاصة في مجال العقود.

كما أن هذا الرهن يجوز أن يشمل فروع الأصل التجاري، دون اعتبار أن رهن الأصل التجاري الرئيسي يلحق باقي الفروع بالنظر إلى أنه لكل فرع العناصر اللازمة لكي يتوفر الأصل خاصة عنصر الزبائن، فيعد الفرع في هذه الحالة كأصل تجاري منفرد، لا يسري عليه الرهن إلا بالتنصيص على ذلك صراحة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، ص.24.

<sup>2</sup> عبد العزيز توفيق، عناصر الأصل التجاري، مجلة المحامون العدد 06 السنة 1998 الصفحة 69.

<sup>3</sup> ENCY, dalloz commerciale tom III. P. 2.

<sup>4</sup> أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 2013، دارنشر المعرفة، الصفحة 290.

<sup>5</sup> محمد الطاهري، تأملات قانونية على ضوء رهن الأصل التجاري، مجلة المحامين عدد 28، 1996 م.ص. 71.

ثانيا : محتوى الرهن :

على الرغم من اعتبار رهن الأصل التجاري عقدا رضائيا خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن طرفي هذا العقد ليسا حرين في تحديد العناصر كلها ليشملها الرهن، وإنما حدد الفصل 107 من مدونة التجارة الجديدة العناصر القابلة لأن يشملها الرهن.

أ- العناصر التي يشملها الرهن :

لقد حددت المادة 80 من مدونة التجارة العناصر التي يشملها هذا الرهن، وهي الاسم التجاري، والشعار، والحق في الكراء، والأثاث التجاري، والمعدات، والأدوات، وبراءات الاختراع، والرخص، وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية، وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية الملحقمة بالأصل.

أما فيما يخص الشهادة الإضافية فإن كان الرهن واقعا على براءة الاختراع، يمكن القول إن الشهادة الإضافية الناشئة بعد الرهن تكون مشمولة بالرهن أيضا كالبراءة الأصلية (م 107 من م.ت).

ب- العناصر المستثناة من الرهن :

يمكن تلخيصها فيما يلي :

1- البضائع وذلك بصريح نص المادة 107 من مدونة التجارة.

2- العقارات : هناك استقرار على عدم اعتبار العقار من عناصر الأصل التجاري، فالأصل التجاري منقول معنوي لا يمكن أن يكون مشتملا على عقارات، أما إذا كانت هناك معدات في الأصل التجاري وصارت عقارا بالتخصيص فإن الرهن لا يشملها.

3- الديون والعقود : لا تعد ضمن عناصر الأصل التجاري حتى ولو كانت مرتبطة وضرورية لاستغلال الأصل التجاري.

المطلب الثاني : الشروط الشكلية لرهن الأصل التجاري<sup>1</sup> :

تتمثل هذه الشروط أساسا في الكتابة (فقرة أولى) وتقييد عقد الرهن، في السجل التجاري (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : الكتابة :

تعتبر الكتابة ضرورية في عقد رهن الأصل التجاري، لأنه لا يمكن إثبات الرهن إلا بواسطة عقد رسمي أو عرفي حسب مقتضيات المادتين 108 و 83 من مدونة التجارة.

ونلاحظ أن المشرع المغربي لم يحسم موقفه بخصوص هل الكتابة للإثبات أم للانعقاد؟

وبالرجوع إلى الفقه المغربي نجد أن هناك اتجاهان، اتجاه يرى أن الكتابة في رهن الأصل التجاري شرط صحة لانعقاد العقد.

<sup>1</sup> نظمها ظهير 1914 في الفصلين 10 و 11، الملغى بمدونة التجارة.

<sup>2</sup> انظر المادة 108 في مدونة التجارة.

واتجاه آخر يرى بأن الكتابة إنما هي للإثبات وتسهيل نشر العقد<sup>1</sup>.

والذي يبدو واضحا في نظرنا هو أن الكتابة للإثبات ليس إلا، مؤيدين ذلك بوقائع قانونية تتمثل في المادة 108 من م.ت التي لم تنص على بطلان العقد صراحة، وهذا يفهم منه بمفهوم المخالفة أن الكتابة للإثبات، وأخرى واقعية تتجلى في جعل الكتابة شرط انعقاد سيؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق، إذا علمنا أن من آثار عدم الكتابة كشرط للانعقاد هو اعتبار الرهن كأن لم يكن وبطلانه بطلانا مطلقا<sup>2</sup> وهذا فيه ضرر كبير خصوصا على الدائن المرتهن على اعتبار أن المشرع المغربي لم يحدد الجهات التي يمكنها القيام بقبول رهن اصل تجاري كما رأينا سابقا، وترتبا عليه، يمكن أن يقع الرهن من شخص لا دراية له بالتجارة وقواعدها<sup>3</sup> مما قد يضيع حقوقه وهذا مناف لقواعد العدل والإنصاف.

أما بخصوص فحوى الكتابة، فإن عقد الرهن يجب أن يشمل وجوبا<sup>4</sup> العناصر الضرورية لقيام الأصل التجاري أي السمعة والزبائن وكذلك الحق في الكراء والأصل التجاري والشعار<sup>5</sup>.

ونشير إلى أنه تبقى لإرادة الأطراف كامل الحرية في إدراج ما شأوا من العناصر المكونة للأصل التجاري كالمعدات والأدوات وباقي حقوق الملكية الصناعية أو الفكرية.

ولا ننسى في الأخير بأنه يجب أن يكون العقد مؤرخا<sup>6</sup> ومتضمنا لهوية الأطراف وموطنهم وفروع المحل المشمول بالرهن<sup>7</sup> إضافة إلى ثمن الرهن.

#### الفقرة الثانية: تقييد عقد الرهن في السجل التجاري.

تنص المادة 108 من م.ت على ما يلي: "بعد التسجيل يثبت الرهن بعقد يحرر ويقيد كعقد البيع، وفقا للقواعد المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية للمادة 883.

يتضمن المستخرج تاريخ العقد والأسماء الشخصية والعائلية لمالك الأصل وللدائن وموطنهما وبيان الفروع ومقارها التي قد يشملها الرهن.

لا يخضع هذا التقييد للنشر في الجرائد.

كما تنص المادة 109 على ما يلي: "ينشأ الامتياز المترتب عن الرهن، تحت طائلة البطلان، بمجرد قيده في السجل بطلب من الدائن المرتهن داخل أجل خمسة عشر يوما تبتدئ من تاريخ العقد المنشئ.

يجب القيام بالإجراء نفسه لدى كتابة ضبط كل محكمة يوجد بدائرتها فرع يشمل الرهن.

<sup>1</sup> للاطلاع على مختلف الآراء في الموضوع يرجع إلى: أحمد شكري السباعي، م س الصفحة 296.

<sup>2</sup> لمزيد من التفصيل حول البطلان يرجع إلى: الفصائلي الطيب، النظرية العامة للالتزام - ج.1 مطبعة النجاح، 1997. ص.134 وما بعدها.

<sup>3</sup> وإن كان ذلك قرينة بسيطة يمكن ضحدها بكافة وسائل إثبات.

<sup>4</sup> وذلك في حالة عدم ذكر عقد الرهن، محتوى الرهن بصفة صريحة.

<sup>5</sup> المادة 107 م.ت.

<sup>6</sup> الفائدة العملية هي تحديد مرور 5 سنوات لتجديد العقد.

<sup>7</sup> وهذا يساعد في حالة قيام نزاع في الاختصاص المحلي وشكليات المقال.

<sup>8</sup> التي تنص في فقرتها على: "بعد التسجيل يجب إيداع نسخة من العقد الرسمي أو نظير من العقد العرفي لدى كتابة ضبط المحكمة التي يستغل في دائرتها الأصل التجاري أو المؤسسة الرئيسية للأصل داخل أجل 15 يوما من تاريخه إذا كان البيع يشمل فروعاً".

- من خلال استقراء المادتين يتضح أنه :

1- يجب إيداع نسخة لدى كتابة ضبط في المحكمة<sup>1</sup> التي يستغل فيها الأصل أو المؤسسة الرئيسية للأصل وكل ذلك داخل 15 عشر يوما من تاريخ العقد تحت طائلة البطلان.

2- يتم تقييد مستخرج من هذا العقد في السجل التجاري يتضمن تاريخ العقد والأسماء الشخصية والعائلية لمالك الأصل التجاري وللدائن وموطنهما وبيان الفروع ومقارها التي قد يشملها الرهن.

3- لا ينشر الرهن إلا في الجريدة الرسمية عكس البيع الذي ينشر في الجريدة الرسمية وجريدة محول بها نشر الإعلانات القانونية (المادة 4/83).

وبالنسبة لإجراءات التقييد فإن المشرع نص على أحكامها في المواد 131 و132 و133 و134 و135 و136 و137 والتي نوجزها فيما يلي:

- على الدائن أن يدلي شخصا أو بواسطة الغير لدى كتابة الضبط بنسخة من العقد العرفي أو نظير من العقد الرسمي<sup>2</sup> ويرفقهما بمجدولين من ورق عادي<sup>3</sup> يتضمن الأسماء والتاريخ والموطن المختار للعقد والشنم وتعييد الأصل التجاري.

وإذا أهمل بيان من البيانات السابقة فإن ذلك لا يؤدي إلى البطلان تلقائيا<sup>4</sup> كما يعطي لكتابة الضبط نظير أو نسخة السند المقيد<sup>5</sup> الذي يمكن نقله عن طريق التظهير إن كان سنداً لأمر<sup>6</sup> كما أن الامتياز يحفظ بالتقييد لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد<sup>7</sup>.

وبالنسبة لرهن الحقوق المتصلة بالملكية الصناعية والتجارية، فإنه تتبع فيها الإجراءات الخاصة بها. وأخيرا نشير إلى أن الدائن المرتهن لا يمكنه إقامة التقييد في حالة التسوية القضائية<sup>8</sup>.

### المبحث الثاني : آثار رهن الأصل التجاري.

إن تعدد النتائج التي يمكن أن يسفر عنها رهن الأصل التجاري يرتكز على إبراز الانعكاسات المترتبة عن هذا النوع من الرهن بالنسبة للمدين الراهن، من جهة أولى، والتي يمكن التعبير عنها في صيغة حقوق وواجبات تهم هذا الأخير، وكذا آثار هذا الرهن على الدائن المرتهن، من جهة ثانية، والتي تتخذ شكل ضمانات قبل وعند حلول أجل التنفيذ وأثر ذلك بالنسبة لغير هؤلاء، كما سنسعى فيما بعد لبيان آثار الرهن بالنسبة للمال المرهون.

<sup>1</sup> يرى الأستاذ عبد المجيد غميحة أنه على كاتب الضبط رفض طلب التقييد ما لم يكن العقد مسجلاً لدى مصلحة التسجيل، ذكره في المرجع السابق الهامش 18 ص.17.

<sup>2</sup> المادة 131 من م.ت.

<sup>3</sup> المادة 132. م.ت.

<sup>4</sup> قلنا تلقائياً لأنه يمكن أن يبطل بطلب ممن اضره الإهمال.

<sup>5</sup> المادة 134 من م.ت.

<sup>6</sup> المادة 136 من م.ت.

<sup>7</sup> المادة 137 من م.ت.

<sup>8</sup> المادة 666. م.ت.

## المطلب الأول: بالنسبة للمدين الراهن.

أول حقوقه هو الاعتراف له بحق ملكية الأصل التجاري المرهون، إذ يبقى من حق المدين تسيير أصله وإثمائه لأن استيلاء الدائن عليه فيه إضرار من جهة، وتعطيل الفاعلية للأصل التجاري القائم على الحركية من جهة ثانية.

بهذه الكيفية يكون بمقدور المدين الراهن - مبدئياً - أن يتصرف في الأصل التجاري بالبيع أو بترتيب رهون أخرى عليه، ولا يضر الدائن المرتهن من ذلك لأن حقه مضمون بحق التتبع وحق الأسبقية.

ومن واجبات المدين الراهن استغلال الأصل التجاري استغلالاً حسناً لتدبيره وتطويره، وكذا المحافظة عليه، دون أن يكون له الحق في الرجوع على الدائن بشيء في مقابل ذلك، ويترتب عن إخلاله بهذا الالتزام سقوط أجل الدين الذي يقع على المدين ضمانه.

كما أنه حسب المادة 111 من مدونة التجارة فإن من واجبات المدين إخطار الدائن المرتهن إذا ما أراد نقل أصله التجاري داخل أجل 15 يوماً قبل القيام بهذا النقل تحت طائلة حلول الديون وسقوط الآجال وقد رتب المشرع هذا الجزاء نظراً لما قد يترتب عن النقل من انحطاط في قيمة الأصل التجاري بصفة عامة، بما يكون لذلك من آثار على حقوق الدائن المرتهن.

وإذا ما تم إعلام الدائن المرتهن برغبة المدين في نقل الأصل التجاري، ولم يقبل بذلك، ونتج عن النقل نقص في قيمة الأصل التجاري المرهون، أمكن أن تصبح الديون المقيدة حالة كذلك في هذه الحالة غير أنه يتعين استصدار حكم بذلك، أما إذا لم يمانع الدائن المرتهن - بعد إعلامه - في النقل أو لم يتم إعلامه لكنه علم بالنقل ولم يمانع فيه، يترتب عليه القيام بإجراءات هدفها التنصيص بالسجل التجاري على حقوقه وعلى المقر الجديد تحت طائلة سقوط امتياز، فضلاً عن مسؤوليته اتجاه كل الأشخاص إن سبب لهؤلاء بإهماله ضرراً نتيجة تضليلهم بشأن الوضعية القانونية للأصل التجاري.

وتخضع الدعاوى الرامية إلى سقوط الآجل، لقواعد مسطرية سريعة منصوص عليها بالفقرة الأخيرة من المادة 113، حيث تكتفي فيها المحكمة بمعاينة الواقعة المؤدية إلى سقوط الآجل وحلول الديون المقيدة، إذ أن القانون يتطلب أن يصدر الحكم خلال خمسة عشر يوماً التي تلي أول جلسة.

ويكون هذا الحكم غير قابل للتعرض ومشمولاً بالنفذ المعجل على الأصل التجاري ويكون لاستئناف الحكم أثر موقوف، ويجب أن يقع خلال خمسة عشر يوماً من تبليغ الحكم. ويصدر قرار محكمة الاستئناف خلال الثلاثين يوماً ويكون قرارها قابلاً للتنفيذ على الأصل التجاري.

## المطلب الثاني : بالنسبة للدائن المرتهن.

خول له القانون ضمانات قبل التنفيذ وبعده، وحقوقاً أخرى متمثلة في حق الأولوية والتتبع.

### الفقرة الأولى : الضمانات المخولة للدائن المرتهن قبل التنفيذ وبعده.

فقبل التنفيذ نجد نص المادة 109 من مدونة التجارة يقرر على أن الامتياز المترتب على الرهن ينشأ بمجرد قيده في السجل التجاري. ويترتب على عدم إجراء التقييد خلال الأجل المقرر قانوناً بالعلان، وبالتالي يكون الرهن عديم الأثر سواء في مواجهة المدين الراهن أو كل شخص يعد غيراً عن العقد.

وعند التنفيذ لا يستفيد الدائن المرتهن من شرط " الطريق الممهد " أي إمكانية تملكه الأصل التجاري بمجرد حلول أجل الدين دون وفاء، وبذلك نصت الفقرة الثانية من المادة 106 من مدونة التجارة على أنه : " لا يحول رهن الأصل التجاري المرتهن الحق في الحصول على الأصل مقابل ماله من ديون وحسب نسبتها ".

ولذلك ليس أمام الدائن المرتهن سوى اللجوء إلى مسطرة التنفيذ على الأصل التجاري المرهون - تحقيقاً للرهن - كما حددها القانون.

وتبدأ هذه المسطرة بتنبيه المدين والحائز للأصل التجاري إن وجد بالوفاء داخل أجل معين تحت طائلة التنفيذ على الأصل التجاري المرهون، وتتبع بصدور ترخيص قضائي لتحقيق الرهن، وتنفذ في بيع الأصل التجاري واستيفاء الدين من صافي ثمن البيع.

والإنذار بالأداء لإثبات التماطل يعد إجراء أساسياً في مسطرة تحقيق الرهن، ويجعل من عدم التقييد به اعتبار الدعوى غير مقبولة شكلاً.

وليس هناك طريق معين لتوجيه الإنذار فيمكن أن يكون بكافة الطرق، فإذا لم يتم الأداء رغم الإنذار ومرور الأجل أعلاه، حق للدائن مباشرة تحقيق الرهن أمام القضاء بالتنفيذ على الأصل التجاري المرهون وفق مسطرة خاصة، لكن لا بد من تدخل القضاء فيها قصد الحصول على ترخيص بالتنفيذ على الأصل التجاري - تحقيقاً للراهن - بواسطة الحكم ببيع الأصل التجاري بالمزاد العلني.

### الفقرة الثانية : حق الأولوية.

ويقصد به استيفاء الدائن ديونه بالأسبقية أي قبل الدائن العادي المقيد وقبل الدائنين المقيد المتأخرين، لكون القيد لا يرتب أثراً إلا من تاريخه، وفي جميع الأحوال فإن حق الأولوية ليس من شأنه أن يحول الدائن المقيد حق تملك المرهون.

غير أن امتياز البائع المقيد في السجل التجاري وفق الشروط القانونية المنصوص عليها في المادتين 91 و 92 من مدونة التجارة يسبق امتياز الدائن المرتهن على اعتبار أن سبب امتياز الدائن المرتهن راجع للمشتري<sup>1</sup>.

### الفقرة الثالثة : حق التتبع.

إن حق التتبع يراد به أن الدائن المرتهن يكون له الحق في تتبع الحق المرهون في أي يد ينتقل إليها إذا خرج من ملك المدين، فإذا باع المدين الراهن الأصل التجاري إلى مشتر، فإن بإمكان الدائن بيعه واقتضاء دينه من ثمنه، ولا يكون لمشتري الأصل التجاري مهما كان حسن النية، أن يحتج على الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لأن هذه القاعدة تسري بالنسبة للمنقولات المادية ولا عمل لها بالنسبة للمنقولات المعنوية.

### المطلب الثالث : بالنسبة لغير أطراف عقد رهن الأصل التجاري.

نميز في اثار الرهن بين الدائنين العاديين والدائنين الممتازين :

فبشأن الفئة الأولى ، فإنه في حالة إجراء رهن جديد على الأصل التجاري، يمكن أن تصبح ديون الدائنين السابقة حالة، وكذلك إذا كانت الديون المذكورة ناشئة عن استغلال اصل تجاري ، فالفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 111 من مدونة التجارة، تنص على أنه : " ويمكن أن ينتج كذلك عن تقييد الرهن، استحقاق الديون السابقة له إذا كانت مترتبة عن استغلال الأصل التجاري " وحلول الدين هنا لا يترتب بقوة القانون، بل لا بد من اللجوء الى القضاء لاستصدار حكم بذلك، ويتم البت طبق الفقرة الأخيرة من المادة 113 من مدونة التجارة.

أما نتيجة الرهن بالنسبة للدائنين الممتازين، فيقتضي الأمر اتباع الإجراءات المتعلقة بالدائن المرتهن من إنذار فإن بقي بدون جدوى جاز اللجوء للقضاء لاستصدار أمر ببيع الأصل التجاري والتنفيذ عليه كما مر معنا آنفاً<sup>2</sup>.

### المطلب الرابع : آثار الرهن بالنسبة للمال المرهون.

من المعلوم أنه رغم ايقاع الرهن على أصل تجاري، فإن المدين الراهن يظل محتفظاً بحيازة استغلال أصله.

بيد أنه لتلافي الأضرار بالأصل المرهون وما قد يؤدي الى إنقاص ضمان الدائن فإن المدين يتحمل تبعة خطيرة تتسم في صيرورة الدين المضمون بالرهن حال الأداء إذا ما تصرف في الأصل التجاري المرهون بكيفية سيئة ترتب عنها تعييه، وذلك عملاً بأحكام الفصل 1183 من قانون الالتزامات والعقود، وهذا بطبيعة الحال إذا لم يقدم المدين لدائنه المرتهن ضماناً آخر يعادل أو يكمل الضمان.

<sup>1</sup> في نظري أن هذا المقتضى من شأنه المساهمة في استقرار المعاملات وتحقيق نوع من الأمن القانوني.

<sup>2</sup> بإيجاز فإن الرهن يخول للدائن المقيد استيفاء ثمن الأصل التجاري بالأولوية على كافة الدائنين العاديين و الدائنين الممتازين، والمرتهنين اللاحقين في المرتبة، اللهم الاستثناء الوارد في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 111 الموماً إليها أعلاه، كما أنه يجوز لهؤلاء في حالة قيام تدليس في اشياء الرهن المطالبة بإبطاله.



ويتعرض لعقوبة حبسية تتراوح بين سنة و خمس سنوات وغرامة 120 الى 500 درهم الرهن الذي يبدد أو يتلف شيئاً مملوكاً له رهنه في دين عليه أو على غيره وذلك عملاً بالفصل 525 من القانون الجنائي.

و من أبرز الملاحظات التي يمكن الإشارة إليها في ختام الحديث عن آثار الرهن هي أن الرهن يضمن كل الدين بكيفية غير قابلة للقسمة<sup>1</sup>.

يعهد الإختصاص بحسب المادة الخامسة من القانون المحدث للمحاكم التجارية الى المحكمة التجارية التي يوجد بدائرة نفوذها الأصل التجاري المرهون.

### الفرع الثاني: إشكالية إفراغ الأصل التجاري المرهون :

بعدما تطرقنا في الفرع الأول للقواعد التي تحكم رهن الأصل التجاري نحاول في هذا الفرع معالجة الإشكالية التي تقع في حالة إقدام مالك العقار الذي يستغل فيه الأصل التجاري المرهون أو المثقل بتقييدات على حد تعبير المشرع على فسخ عقد الكراء، حيث تطرح مسألة حقوق الدائنين المرتهنين لهذا الأصل وسبل حمايتهم بالحفاظ على الضمانة التي عولوا عليها لاستيفاء ديونهم من المكثري، وقد نظم المشرع المغربي هذه المسألة في المادة 112 من مدونة التجارة حينما أُلزم المالك لإعلام الدائنين بالفسخ الذي أقدم عليه وقرر عدم اعتبار الفسخ ناجزاً إلا بعد ثلاثين يوماً من تقريره بالتراضي كما علق على ذات المدة (30 يوماً) صدور حكم المحكمة المقرر للفسخ القضائي.

### المبحث الأول : شروط تطبيق المادة 112 من مدونة التجارة.

تنص المادة 112 من مدونة التجارة على أنه:

"إذا أقام المالك دعوى بفسخ كراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري مثقل بتقييدات وجب عليه أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين سابقاً في الموطن التجاري المعين في تقييد كل منهم، ولا يصدر الحكم إلا بعد ثلاثين يوماً من هذا التبليغ.

- يصبح الفسخ الرضائي للكراء نهائياً إلا بعد ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الدائنين المقيدين في الموطن المختار لكل منهم".

انطلاقاً من هذه المادة يظهر أن تطبيقها يرتبط بضرورة وجود أصل تجاري مرهون أو مقفل بتقييدات (المطلب الأول) وضرورة فسخ عقد كراء المحل الذي يستغل فيه ذلك الأصل من طرف المالك (المطلب الثاني).

المطلب الأول : وجود أصل تجاري مرهون.

يجب أن يكون هناك أصل تجاري (فقرة أولى) وأن يكون مرهوناً (فقرة ثانية).

<sup>1</sup> - محمد الطاهري ترحم، تأملات قانونية على ضوء رهن الأصل التجاري، مجلة المحامين العدد 28 السنة 1996 الصفحة 77.

## الفقرة الأولى : وجود أصل تجاري.

عندما نقول بضرورة وجود اصل تجاري فإننا لا نعني بذلك فقط ضرورة وجود أصل تجاري مكون من مجموعة من العناصر كما هو مشترط في المادتين 79 و 80 من م.ت<sup>1</sup> وإنما الذي نقصده بالدرجة الأساسية أن يكون هذا الأصل قيد الاستغلال وألا يكون مهجورا.

فالمشرع في المادة 112 م.ت استعمل عبارة يستغل فيه أصل تجاري مما يدل على ضرورة كون صاحب الأصل التجاري لم يتوقف على استغلال أصله التجاري أو توقف عنه ولكن لمدة قصيرة لا تسمح بالقول بأن الأصل التجاري قد اندثر وذلك رغم أن المشرع لم يحدد هذه المدة بل يبقى الأمر مرتبطا بمدى تلاشي عنصري الزبناء والسمعة التجارية وقد اعتقد البعض أن عدة شهور غير كافية للقول بتلاشي الأصل التجاري وإنما يندثر إذا مرت على التوقف عدة سنوات<sup>2</sup> ويلحق بمسألة التوقف عن الاستغلال الحالة التي يكون فيها صاحب الأصل التجاري لم يكتسب صاحبه الحق في الكراء.

كما أن هناك حالة أخرى تتعلق بإهمال أو هجر المحل التجاري من طرف صاحبه، ولما كان الإهمال يفتح الباب أمام مالك العقار بسلوك مسطرة الفسخ إذا سبب الإهمال ضررا كبيرا حسب الفصل 692 من قانون الالتزامات والعقود، فإننا سنركز على حالة المهجر التي هي غير منظمة تشريعا وإن كان الواقع يفرز أن المحاكم دأبت على الإذن للمالك بما يسمى باسترجاع المحل التجاري المهجور وتشتراط لها شروطا معينة وتعتبرها مسطرة قانونية وأنها لا تعدو أن تكون إجراء وقتيا لا ينهي عقد الكراء<sup>3</sup>.

لكن رغم ذلك، فإن البعض<sup>4</sup> يعتبر أن المحاكم ليست على صواب بابتداعها لهذه المسطرة وإنما الرأي عند هذا الفقه هو ضرورة اتباع فسخ العقد حسب الفصل 692 من قانون الالتزامات والعقود.

غير أن الذي يهمنا هو أنه في حالة عدم اتباع مسطرة الفصل 692 من قانون الالتزامات والعقود، فإن العقد لا يفسخ وترتبا عليه يبقى من حق المكترى الرجوع إلى الجهة التي سلمته للمالك، ومادام الأمر كذلك فإن سلوك المالك لهذه المسطرة لا يترتب عليه إلزامه بإخطار الدائنين مادام الإخطار (الإعلام) يتأسس على حماية الدائنين من ضياع الأصل التجاري بسبب ضياع الحق في الكراء والعقد لم يفسخ في هذه الحالة، غير أن القضاء<sup>5</sup> مؤيدا ببعض<sup>6</sup> الفقه المغربي صار على خلاف هذا الرأي، ووسعا من دائرة حالات الفسخ لتشمل حتى الحالة التي يهجر فيها المحل ويقوم صاحبه باللجوء إلى القضاء لاسترجاعه، مؤيدين اجتهادهما بما تمليه المصلحة الاقتصادية، ومع تقديرنا الكبير للقضاء المغربي الذي كان لاجتهاداته دور رائد في المساهمة الفعالة في إعادة تنظيم النصوص

<sup>1</sup> لأن هذه المسألة بديهية وإلا لما تحدثنا أصلا عن رهن للأصل التجاري.

<sup>2</sup> الحسن البوعيسي: "جزاء إغفال المالك تبليغ الدائنين المقيدين فسخه لكراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري." قراءة في المادة 112 من م.ت. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. ط. 1. 2005. ص. 66.

<sup>3</sup> من بين هذه الاجتهادات حكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 3230 صادر بتاريخ 15/10/1957 ملف عدد 87/1128 منشور بمجلة رسالة المحاماة عدد 17. ص. 200. وقد اشترطت في هذا القرار سلوك مسطرة فتح المحل المهجور أن يكون المحتل للمحل مجهول العنوان وأن يتقاعس عن أداء الكراء. انظر الإحالة على هذا الحكم عند الحسن البوعيسي. م.س. ص. 62 هامش 1.

<sup>4</sup> الحسن البوعيسي. ص. 62.

<sup>5</sup> - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2003/06/25 تحت عدد 802 في الملف التجاري عدد 02/1/31/364، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 149 ص 312 وما يليها.

<sup>6</sup> - محمد الكشور، قراءة في محيط المادة 112 من مدونة التجارة، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 01 أكتوبر 2009 ص 55.

القانونية المتعلقة بالأصل التجاري، ومع احترامنا أيضا لأستاذنا محمد الكشور الذي يعد هرا فقهيا عربيا بامتياز، فإنني أخالفهما الرأي فيما اجتهدا فيه، خاصة بالنسبة للمحلات المهجورة، وذلك لاعتبارات عدة منها:

أولا: إن المشرع في المادة 112 من مدونة التجارة خرج عن المبادئ العامة للعقود والتي من بينها نسبية اثر العقد، ونحن نعلم أن مالك الرقبة أبرم عقد الكراء مع المكثري-صاحب الأصل التجاري-، وأن الدائنين المرتهنين يعتبرون أغيارا بالنسبة لعقد الكراء، ومع ذلك كما قلنا فإن المشرع ألزم المكثري بإشعار الدائنين-الأغيار- بالفسخ، هؤلاء الدائنين الذين قد يدفعون قيمة الكراء بدلا عن مالك الأصل التجاري حفاظا عليه، وإذا كان هذا استثناء<sup>1</sup> فإنه لا يجوز التوسع فيه.

ثانيا: إن المشرع المغربي من خلال تنظيمه لمسطرة الإنذار المنصوص عليها في المادة 112 من مدونة التجارة، كان هدفه من وراء ذلك تحقيق نوع من الأمن الاقتصادي متمثلا في حماية الدائنين المرتهنين، بل إن هذه الحماية تتعداهم لحماية الأصل التجاري نفسه من الاندثار، غير أن هذه الحماية المخولة للدائنين وللأصل تبقى غير ذات جدوى في حالة ما إذا أصبح المحل الذي يستغل فيه الأصل التجاري مغلقا ومهجورا لأن عنصري الزبائن والسمعة التجارية يتأثران بذلك لدرجة اندثار الأصل التجاري أو نقص قيمته بشكل كبير، مما يؤثر على ضمان الدائنين ويبقى معه إعلامهم بمسطرة الإرجاع غير ذات جدوى، خاصة إذا تمسك مالك الرقبة بملكه.

ثالثا: أن عملية استرجاع المحلات المهجورة تمر بمسطرة خاصة، تتأكد فيها المحكمة من واقعة هجر المحل المكثري عن طريق بحث السلطة المحلية، أو إجراء معاينة قضائية، ثم تعليق إشعار بالحل المهجور ليطلع عليه العموم، ليصدر بعد ذلك الأمر بفتحه مع تعيين مالكة حارسا على ما قد يوجد بداخله، ولا شك أن العمل القضائي من خلال هذه المسطرة حقق نوعا من الأمن القضائي، ليقوم المشرع<sup>2</sup> بتنظيم مسطرة استرجاع المحلات المهجورة، ولم يشر فيها المشرع لضرورة إعلام الدائنين، كما أنه حول للمكثري استرجاع المحل من جديد.

رابعا: أنه من الظلم تكبيل يد مالك الرقبة بسلوك مسطرة الفسخ وإعلام الدائنين، خاصة أن الكثير من الملاك يعتمدون فقط على محلاتهم وما تدر عليهم من أموال في حياتهم اليومية، مما يشكل لهم ضررا كبيرا، والضرر يجب أن يزال<sup>3</sup>.

### الفقرة الثانية: أن يكون الأصل التجاري مرهونا (مثقلا بتقييدات):

عبر المشرع المغربي عن هذا الشرط في المادة 112 السالفة الذكر حينما قال: "... أصل تجاري مثقل بتقييدات..." وهو ما معناه أن هذا الأصل التجاري مرهون كضمانة لتنفيذ التزام في ذمة صاحبه لصالح دائن أو عدة دائنين وهذه القواعد تعرضنا لها في الفرع الأول لذا لا داعي لإعادتها.

<sup>1</sup> فالمادة 112 تحمل طابع الاستثناء والاستثناء يجب عدم التوسع في تفسيره، يرجع إلى محمد الكشور م س الصفحة 59.

<sup>2</sup> أمام الكم الهائل من القضايا المعروضة على القضاء الاستعجالي بخصوص المحلات المهجورة فإن المشرع المغربي انتبه لذلك ونظمها بمقتضى قانون الكراء الجديد رقم 67.12، المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المني المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6208

بتاريخ 24 محرم 1435 الموافق ل 2013/11/28 ص 7328 كما أنه اعتبر أن المحل يعد مهجورا إذا ظل مغلقا لمدة 6 أشهر على الأقل في مادته 57.

<sup>3</sup> أثناء انعقاد مؤوية الأصل التجاري، وفي ختام إلقاء هذا العرض، أكد لي الأستاذ سمير أيت أرجدال (رئيس غرفة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء)، بأن هناك قرارا لمحكمة النقض تراجعت فيه عن هذا التوجه، كما أكد لي ذلك الأستاذ عمر أزوكار (المحامي بهيئة البيضاء)، نفس الأمر إلا أنني لم أحصل على القرار المذكور لحد الآن.

وإذا كان هذا الشرط يبدو واضحا ولا يثير إشكالا يذكر فإن عبارة المشرع التي وردت بصيغة الجمع من شأنها أن تثير اللبس حول ما إذا كان الأمر يتعلق بتقييدات متعددة، كما جاء في صياغة الفصل، أم أنه يكفي أن يكون هناك تقييد واحد حتى ترتب المادة أثرها بإلزام المالك بالإشعار.

الواقع أن المسألة تجد أساسها في هدف المشرع من فرض الإعلام على المالك والذي يتجلى في حماية كل دائن يرتبط حقه بالأصل التجاري من مخاطر اندثار الأصل التجاري بسبب فسخ عقد الكراء، ولما كان هذا الخطر يهدد الدائن الواحد بنفس القدر الذي يهدد به الدائنين المتعددين<sup>1</sup> فإنه من غير المنطقي حصر تطبيق المادة 112 في الحالة التي يكون فيها الأصل التجاري مرهون لعدة أشخاص (أي وجود تقييدات متعددة)، بل إن الخطر الذي يهدد الدائن الوحيد قد يكون أكثر في بعض الأحيان من ذلك الذي يهدد أكثر من دائن كأن تكون قيمة الدين المضمون عالية جدا بشكل تتجاوز فيه في بعض الحالات ديونهم جميعا.

### المطلب الثاني: فسخ عقد الكراء من طرف المالك.

التطرق إلى فسخ عقد الكراء من طرف المالك يقتضي منا التحدث على أن المالك هو الذي له الحق في الفسخ في إطار المادة 112 (الفقرة الأولى). ثم نليه بوجوب فسخ عقد الكراء (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: أن يتم الفسخ من قبل المالك.

لكي يستفيد الدائن المرتهن من حقه في الإعلام المخول إليه طبق المادة 112 يجب أن يتم فسخ العقد من طرف مالك المحل الذي يستغل فيه الأصل التجاري وذلك بصريح المادة السابقة<sup>2</sup> ومعنى مالك المحل هو مكري العقار.

وترتبيا على ما سبق نستنتج على أنه لو قام المكثري بطلب فسخ العقد، فإن المالك الأصلي أو المكري ليس عليه شيء إن هو لم يتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 112 خصوصا إذا رفع المكثري دعواه لدى المحكمة لطلب الفسخ حيث أن المكري يصبح مدعى عليه وليس مدعيا(وهذه الصفة الأخيرة هي التي تطلبها المادة 112 لكي يتبع المالك إجراءات التبليغ)، أما إذا وقع الفسخ اتفاقا، فإنه ملزم باحترام مقتضيات المادة 112، وتبليغ الدائنين.

إذن فمناط إعلام الدائن المرتهن من قبل المكري هو وجود علاقة كرائية بينه وبين المكثري، فلو قام المكثري بالإذن للأغيار باستغلال أصله التجاري بموافقة المكري دون أن تربط بين المكري والغير رابطة الكراء فإنه لا مجال لتمسك الدائن المرتهن بمقتضيات المادة 112 من مدونة التجارة في مواجهة المكري إذا تم رهن الأصل التجاري من قبل الغير<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإعلام ليس من النظام العام، لأنه حول لمصلحة الدائنين الذين يبقى لهم وحدهم حق إثارة عدم صحته دون المكري أو المكثري، كما أنه لا يجوز للمحكمة أن تثير ذلك من تلقاء نفسها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> طبعا حسب قواعد الأولوية في التقييدات.

<sup>2</sup> عندما نصت على: "إذا أقام المالك دعوى الفسخ... وجب عليه أن يبلغ الدائنين المقيدين سابقا" كما نصت في الفقرة الثانية ".... من تاريخ تبليغ الدائنين"

<sup>3</sup> وهذا ما طبقه القضاء في قرار للمجلس الأعلى عدد 1425 بتاريخ 2004/12/29 ملف عدد 2004/594 منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات عدد 08 الصفحة 93 وما بعدها.

<sup>4</sup> - عزالدين بنسني، دراسات في القانون التجاري المغربي، الجزء الثاني، الأصل التجاري، الطبعة الأولى 1422 هـ 2001 م، مطبعة النجاح الجديدة، ص 203.

## الفقرة الثانية : فسخ عقد الكراء :

الفسخ كما هو معلوم يكون إما قضائيا أو قانونيا أو اتفاقيا، والفسخ الذي نتحدث عنه المادة 112 هو الفسخ القضائي (في فقرتها الأولى)، بينما تكلمت في فقرتها الثانية على الفسخ الرضائي الحبي، وهو ما نتناوله كما يلي:

### أولا : الفسخ القضائي :

يتحقق هذا الفسخ كلما أقام المالك دعوى ضد المكثري يطالبه فيها باسترجاع محله وذلك كلما أخل - المكثري - بالتزاماته.

وإذا رجعنا إلى القواعد العامة نجد أن أسباب الفسخ تنحصر انطلاقا من الفصلين 692 قلع<sup>1</sup> و663 في :

- إهمال المحل وإهمال المحافظة عليه.

- استعمال المحل في غير ما أعد له من طرف المكثري.

- عدم تأدية واجب الكراء.

هذا بالإضافة إلى الحالات المنصوص عليها في ظهير 24 ماي 1955 المتعلقة بحالة رفض التجديد.

كما أن هناك حالات أخرى في قلع كالفصول 647-655-693-694-698-699.

والذي يهمنا هو أنه متى كان الحكم قد يقضي بالفسخ فإنه على المالك التقيد بإجراءات المادة 112، وذلك بإعلامهم بدعوى الفسخ في موطنهم المختار في التقييد وسواء تم ذلك قبل إقامة الدعوى أم بعدها<sup>2</sup>، شرط أن يصدر الحكم داخل 30 يوما من تاريخ التوصل.

### ثانيا : الفسخ الحبي.

هو الذي ذكرته المادة 112 في فقرتها الثانية -لا يصبح الفسخ الرضائي- والذي يعني توصل المالك والمكثري إلى حل يتفقان فيه على فسخ عقد الكراء دون اللجوء إلى المحكمة، هذا الفسخ يترتب عنه إعلام الدائنين من طرف المالك حيث يسري الفسخ في حقهم إن لم يتخذوا أي إجراء داخل أجل 30 يوما.

### المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إفراغ الأصل التجاري.

ارتأينا مناقشة مسألة عدم تبليغ المالك للدائنين (المطلب الثاني) وذلك بعد التطرق إلى مسألة تبليغ المالك للدائنين (المطلب الأول).

<sup>1</sup> لمزيد من التفصيل تراجع مقتضيات المادتين 692 و663.

<sup>2</sup> - قرار المجلس الأعلى عدد 961 بتاريخ 26/09/2007 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69 الصفحة 142 وما يليها.

## المطلب الأول : حالة الإشعار بطلب الفسخ.

نصت المادة 112 على وجوب تبليغ الدائنين لكن لم تنص على شكل هذا التبليغ، لذلك يمكن الرجوع بخصوصه إلى القواعد العامة المضمنة في قانون المسطرة المدنية<sup>1</sup>. المتعلقة بالتبليغ، أما فيما يتعلق بإمكان الإشعار فهو الموطن المختار المعين في التقييد وذلك بصريح نص المادة 112 من مدونة التجارة.

أما النقطة المتعلقة بأجل التبليغ فقد حسمتها المادة 112 م.ت في 30 يوما بالنسبة لطالب الفسخ إذا كان قضائيا، وأيضا 30 يوما بخصوص الفسخ الحبي، إذ يجب أن يسلم المالك عقد الفسخ إلى الدائنين المقيدين<sup>2</sup>.

والإشكال المطروح هنا هو حالة إبلاغ الدائنين المقيدين، ولكن بعد الإعلام وقبل حصول الحكم بالفسخ أجريت تقييدات أخرى، خصوصا وأنا نعلم أن الدعوى لا تقيد بالسجل التجاري؟

ولقد حسمت محكمة النقض في هذه النقطة واعتبر أن الدائن المرتهن الذي يجب تبليغه هو الدائن المرتهن المقيد سابقا على دعوى الفسخ<sup>3</sup>.

وعند قيام التبليغ على الدائنين القيام بما من شأنه الحيلولة دون الفسخ إن كان ممكنا<sup>4</sup> أو القيام بالإجراءات القانونية لبيع الأصل التجاري.

## المطلب الثاني : في حالة عدم الإشعار بطلب الفسخ.

ستتناول فيه الجزاءات الموقعة عند الإخلال بنص المادة 112 من مدونة التجارة، وإمكانية رجوع الدائنين على المكري المهمل.

### الفقرة الأولى : الجزاءات الموقعة عند الإخلال بمقتضيات المادة 112 م.ت.

رأينا أن المشرع المغربي ألزم مكري العقار المستغل فيه أصل تجاري مثقل بتقييدات، بأن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين سابقا حتى يكون بإمكان هؤلاء الدائنين المقيدين الحيلولة دون سريان أثر الفسخ مع صون حقوقهم المهتدة بالخطر، غير أن هذه المادة القانونية لم تنص على أي جزاء يتم توقيعه على مخالفة الالتزام بالتبليغ أو بالإعلام بالفسخ، وهو الأمر ذاته الذي كان قائما بالنسبة للفصل 14 من قانون 1909 الفرنسي.

لا بد من التحدث في البداية عن أن الدائنين المقيدين هم وحدهم الذين يحق لهم التمسك بالخطأ في التبليغ المضمن في المادة 112، مما يعني استبعاد حق الدائنين غير المقيدين في التمسك بمثل هذا الخطأ بل حتى المكري نفسه ليس له أن يحتج تجاه المكري بهذا الخطأ بغية ادعاء بطلان مسطرة الفسخ القضائي المقرر ضده أو لكي يتملص من الفسخ الرضائي الذي قبله في السابق، فإذا لم يؤد المكري الوجيبة الكرائية وكان العقد يتضمن شرطا فاسخا عند عدم أداء هذه الوجيبة في الوقت المناسب، فلا يمكن للمكري التمسك بأجل شهر الممنوح

<sup>1</sup> الفصول 37.38.39. من قانون المسطرة المدنية وإن كان البعض يرى لتجنب أي شكل أن يتم الإعلام عن طريق كتابة الضبط أو عن طريق العون القضائي- عوض بالمفوض القضائي- الحسن البوعيسي. م.س. ص.68.

<sup>2</sup> الركاني رشيد. م.س. ص.90.

<sup>3</sup> - قرار المجلس الأعلى عدد 702 بتاريخ 2005/06/15 في الملف عدد 2003/927 منشور بمجلة المرافعة العدد 17 الصفحة 91.

<sup>4</sup> كأداء الوجيبة مثلا في حالة إعسار المكري.

للدائنين المقيدين وفق ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 22 ماي سنة 1973م<sup>1</sup> وفي نفس الإطار قضت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها بأن الدائنين بحق لهم لوحدهم أن يحتجوا بعدم وقوع الإشعار المشار إليه أعلاه دون المكتري للأماكن المكراة للمالك الأصل التجاري، كذلك عدم الاحتجاج بالتبليغ يسري على الدائنين العاديين.

وبما أن المادة 112 لم تنص على أي جزاء عندما يتخلف الالتزام بالتبليغ، فإننا سنستأنس بالوضع القانوني والقضائي في كل من فرنسا والمغرب على اعتبار تشابه مقتضيات القانونية بينهما، ففي فرنسا يستفاد من قرار صدر عن محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صدر بتاريخ 22 ماي سنة 1969م أنه في حالة عدم الالتزام بالتبليغ أو التأخر في ذلك يرتب عدم سريان الفسخ سواء كان قضائيا أو اتفاقيا أو حتى على إثر أعمال مقتضيات الشرط الفاسخ في حق الدائنين المقيدين. هؤلاء يسلكون سبيل تعرض الغير الخارج عن الخصومة في مواجهة قرار الفسخ حتى تقوم المحكمة التي طعن أمامها بالتعرض بإلغاء قرار الفسخ والحكم من جديد في النزاع، هذا الحكم سيسري في مواجهة الجميع تفاديا لتجزئة عقد الكراء ولأنه لا يمكن في نفس الوقت تنفيذ الفسخ والقرار القاضي بالتراجع عنه<sup>2</sup>، وما يلاحظ كذلك أن محكمة النقض الفرنسية تشدد على التطبيق السليم لمقتضيات الفصل 14 من قانون 1909م، حيث نصت هذه المحكمة في إحدى قراراتها أن إهمال المكري تبليغ الدائنين المقيدين بالفسخ يستدعي التطبيق السليم للفصل 14، كما نجد أن بعض المحاكم الفرنسية قد اعتبرت أن عدم سريان الفسخ تجاه الدائنين المقيدين يخول لهم طلب البيع العلني للأصل التجاري بما فيه الحق في الكراء أو أنهم يطلبوا إفراغ المكتري الجديد من الحل إذا قام المكري بفسخ عقد الكراء مع إكراهه لمكتر جديد دون احترام مقتضيات الفصل 14 التي تقضي بإبلاغ الدائنين المقيدين بالفسخ<sup>3</sup>.

أما فيما يخص المغرب ففي حالة عدم التقيد بالالتزام بالتبليغ بالفسخ، تم تمكين الدائنين المقيدين في التشريع المغربي من وسائل قانونية مضمنة في قوانين أخرى تتمثل في ممارسة تعرض الغير الخارج عن الخصومة وكذا طلب إيقاف تنفيذ الحكم الذي يقضي بإفراغ المكتري من العين المكتراة. لقد تم تنظيم تعرض الغير عن الخصومة كطريق من طرق الطعن غير العادية بمقتضى الفصل 303 من قانون المسطرة المدنية، حيث يسوغ لكل شخص التعرض على حكم قضائي مس بحقوقه إذا كان لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى، لهذا فالدائن المقيد الذي لم يبلغ بالفسخ له حق التعرض الخارج عن الخصومة، الدائن المقيد حتى يتم قبول تعرضه يلزمه استجماع الشروط الآتية المتمثلة في أن يكون المتعرض من الغير وهو ما ينطبق على الدائن المقيد حسب الفصل 303 من ق.م.م ذلك أنه لم يتم إشعاره من طرف المكري بالفسخ. كما يلزم أن يكون الحكم المتعرض عليه ضارا بالمتعرض وهذا ما يجد له أساس في وضعية الدائن المقيد الذي لم يبلغ بالفسخ من طرف المكري، وفي هذا بلا شك تعريض للأصل التجاري المرهون لتبديد عناصره مما يؤثر في الضمانة التي وضعت خصيصا لحماية مصالح الدائن المقيد وكذلك يجب أن يكون الضرر غير مشروع، فالمكري خرق مقتضيات المادة 112م. ت متسببا في إلحاق الضرر بالدائنين المقيدين، ونشير هنا إلى أن المشرع المغربي لم يضع أجلا لتقديم مقال التعرض الغير الخارج عن الخصومة بخلاف طرق الطعن الأخرى، حيث ترك الباب مفتوحا للمتعرض طالما أن أجل التقادم لم يكتمل بعد عملا بمقتضى الفصل 378 من ق.ل.ع. وعليه يمكن

<sup>1</sup> رشيد الركاني، مرجع سابق. ص. 93.

<sup>2</sup> Gestion de l'immeuble. OP cit.P: 633.

<sup>3</sup> رشيد الركاني، مرجع سابق. ص. 95.



للدائن المقيد ممارسة هذا الحق متى وصل لعلمه القرار القاضي بفسخ عقد الكراء إلا أن مصلحته تقتضي الإسراع بذلك<sup>1</sup> وممارسة هذا الطعن لا توقف الحكم أو القرار المطعون فيه، بل إن عملية التنفيذ تظل مستمرة إلا أن تأمر المحكمة الناظرة في التعرض بإيقاف تنفيذ الحكم المتعرض عليه إذا طلبه المتدخل محتجا بمبررات، وعندما تتحقق المحكمة من صحة ادعاء المتعرض مع ثبوت تضرره فإنها تبت حسب ما تبين لها مع إرجاع الغرامة المودعة إلى المتعرض مع تحميل المحكوم عليه الصائر. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم سريان قرار الفسخ تجاه الدائنين المقيدين مع تمكين هؤلاء من البيع الجبري للأصل التجاري تحقيقا للرهن واستيفاء مبلغ الدين.

وفي المغرب صدر عن المحكمة الابتدائية بطنجة رفض طلب تعرض الغير الخارج عن الخصومة الذي قام به البنك المرتهن لأصل تجاري ضد حكم قضى بفسخ عقد الكراء دون إشعار البنك بذلك، غير أن المحكمة أقرت للبنك المرتهن الحق في الحصول على التعويض الناجم عن إخلال المكري بمقتضيات الفصل 14 من ظهير 31 دجنبر سنة 1914 م (المادة 112 من م. ت. ج.).

من ضمن الوسائل الأخرى التي يعتمد عليها الدائنون المقيدون لصون حقوقهم المتعرضة للخطر بسبب الإخلال بالتزام التبليغ المضمن في المادة 112 من م. ت. يمكنهم المطالبة بإيقاف تنفيذ الحكم القاضي بإفراغ المكري لعقار يستغل فيه أصل تجاري مرهون مع إخلال المكري بالتزام الإخبار بالفسخ. هذا الطلب تم تنظيمه بمقتضى الفصل 436 من ق.م.م، لهذا فالمنازعة التي ترمي إلى إيقاف التنفيذ نهائيا تنصب على طلب الحكم بإجراء يحسم في النزاع في أصل الحق<sup>2</sup>، وهي منازعة يقضي فيها رئيس المحكمة الابتدائية التي تباشر التنفيذ وهذا ما أقره المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 24 يوليوز سنة 1985م جاء فيه: "يتجلى من الفصل 436 من ق.م.م أن القاضي المختص بالنظر في صعوبة في التنفيذ هو رئيس المحكمة الابتدائية لمكان التنفيذ حتى ولو كانت مسطرة استئناف الحكم المتابع تنفيذه راتجة أمام محكمة الاستئناف<sup>3</sup> يلزم الدائن المقيد الذي طعن بواسطة تعرض الغير الخارج عن الخصومة أن يطلب إيقاف تنفيذ الحكم المتعلق بالفسخ قبل الشروع في التنفيذ أو أثناءه، أما عند انتهاء التنفيذ، فلا جدوى من إثارة الصعوبة لأن ما كان يرجى عدم حدوثه قد حدث فعلا، وأن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ لا يعد نزاعا في التنفيذ يثار أمام رئيس المحكمة في نطاق الفصل 436 من ق.م.م وإنما يتم تقديمه في إطار إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أمام قاضي الأمور المستعجلة بصفة عامة<sup>4</sup> وتبقى لرئيس المحكمة الابتدائية السلطة التقديرية لتقرير جدية الطلب من عدمه.

#### الفقرة الثانية: رجوع الدائنين المقيدين على المكري المهمل في إطار دعوى المسؤولية التقصيرية:

هناك أحوال كثيرة في إطار الفسخ تتبين فيه صعوبة إرجاع الحال إلى الوضع السابق، لذلك لا يبقى أمام الدائنين المقيدين إلا فرصة المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحق بهم من جراء عدم التبليغ بالفسخ، وهذه المطالبة تتأسس على قواعد المسؤولية التقصيرية.

<sup>1</sup> رشيد الركاني، مرجع سابق، ص. 97.

<sup>2</sup> رشيد الركاني، مرجع سابق، ص. 190.

<sup>3</sup> قرار رقم 1888 بتاريخ 1985/07/24 المجلة المغربية للقانون عدد 1 سنة 1986 م، ص. 40.

<sup>4</sup> رشيد الركاني، مرجع سابق، ص. 100.

فمن خلال قراءة الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود المغربي يتبين أن المسؤولية عن العمل الشخصي تقوم على ثلاثة شروط وهي: الخطأ الذي يعرف في إطار المسؤولية التقصيرية بإخلال الشخص المسؤول بالالتزام قانوني مع إدراك لهذا الإخلال<sup>1</sup> فالخطأ الذي ارتكبه المكري هو خطأ سلبى حسب الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود أي ترك ما كان يجب فعله أو عمله وهو هنا عدم الالتزام بتبليغ الدائنين المقيدين بالفسخ من طرف المكري، أما الضرر، فيتجلى في أن الدائن المقيد إذا لم يتم إعلامه بالفسخ، فإن عناصر الأصل التجاري المرهون كضمانة لديه تكون معرضة للاندثار، غير أن هذا الضرر يلزم إثباته من طرف هذا الدائن بكافة طرق الإثبات، وهو أمر يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة دون أن تفرض عليها رقابة محكمة النقض إلا فيما يخص انعدام أو نقصان التعليل، وأخيرا لا بد من توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لذلك يلزم وجود علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه المكري والضرر اللاحق بالدائنين المقيدين والمتجلي في اندثار عناصر الأصل التجاري بسبب فسخ عقد الكراء، فإذا اجتمعت هذه الشروط مجتمعة حق للدائنين المقيدين المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم من جراء خرق مقتضيات المادة 112 من مدونة التجارة.

وفيما يتعلق بالقواعد التي تتم مراعاتها في تقدير التعويض فيرجع بشأنها إلى الفصلين 98 و99 من قانون الالتزامات والعقود لهذا فالتعويض عن الضرر يكون تعويضا كاملا يشتمل على الخسارة اللاحقة بالمدعي والمصروفات الضرورية التي اضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، ولما يكون الضرر واقعا من أشخاص متعددين يعملون متوافقين فإن كلا منهم يكون مسؤولا بالتضامن عن النتائج لا فرق بين من كان منهم محرزا أو شريكا أو فاعلا أصليا.

أما فيما يتعلق بموقف المجلس الأعلى من المسألة فإنه بدوره قد سار على نفس المنوال وقرر أن: الغاية من وجوب إعلام المكري للدائن المرتهن بفسخ عقد الكراء هو أن يتمكن هذا الأخير من الدفاع والحفاظة على عناصر الأصل التجاري التي تتأثر بفسخ العقد، وأن إخلاله بهذا الالتزام القانوني يعد مسؤولية تقصيرية يتمثل جزاؤها في التزامه بتعويض جميع الأضرار التي يتعرض لها الدائن بسبب فسخ عقد الكراء الذي وقع على غير علم منه، وإذا كانت هذه المسؤولية شخصية تنقل إلى الخلف العام للمكري دون الخلف الخاص فإن المحكمة لم تحمل الطالب تبعة مسؤولية سلفه على أساس أن هذه المسؤولية قد انتقلت إليه وإنما لأنه ضمن هذه المسؤولية بمقتضى شرط خاص ورد في عقد شراء العقار الذي يوجد فيه الأصل التجاري<sup>2</sup>.

كما أن عدم احترام التبليغ بالفسخ يترتب تحمل المكري بأداء تعويض يوازي قيمة الدين المضمون بالأصل التجاري المرهون دون تحطي القيمة التجارية للأصل التجاري يوم الفسخ، وهذا ما قرره محكمة النقض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج:1. مصادر الالتزام مطبعة النجاح الجديدة: البيضاء، ط.3. 1972 م. ص.374.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى، عدد 2044، صادر بتاريخ 1984/10/31، في الملف المدني عدد 44/249.

<sup>3</sup> - قرار عدد 668 في الملف التجاري عدد 2003/1122 بتاريخ 2006/06/21 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68 ص 221.

## خاتمة :

سأحاول في هذه الخاتمة الانفتاح على الموضوع عن طريق طرح التساؤل اللآتي:هل ستستمر مناقشة إشكالية إفراغ الأصل التجاري المرهون بنفس الوثيرة<sup>1</sup>، أم أنها ستعرف مناحي مختلفة في المناقشة خاصة أننا أصبحنا أمام أصول تجارية إلكترونية لا تعترف بالجدران، فقد أصبح الأصل التجاري محمولا بكف الإنسان في هاتفه النقال.

## ✓ لائحة المراجع :

- عزالدين بنستي، دراسات في القانون التجاري المغربي، الجزء الثاني، الأصل التجاري، الطبعة الأولى 1422 هـ 2001 م، مطبعة النجاح الجديدة.
- مجلة القضاء والقانون عدد 149 ا.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68.
- <sup>1</sup>- محمد الكشور، قراءة في محيط المادة 112 من مدونة التجارة، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 01 أكتوبر 2009.
- المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات عدد 08.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69.
- عبد المجيد غميجة "رهن الأصل التجاري على ضوء الأحكام الجديدة لمدونة التجارة. مجلة المعيار. ع. 24. سنة 1999..
- ENCY, dalloz commerciale tom III. P. 2.
- Paul-Jacques Lehmann, Patrice Macqueron ; Le Referis: droit des affaires, comptable, gestion financière, fiscal, droit communautaire, social, gestion budgétaire ; maxima 1995 ; tom2 ; p 130.
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 2013، دار نشر المعرفة.
- مجلة رسالة المحاماة عدد 17.
- مجموعة قضاء المجلس الأعلى في المادة المدنية رقم 1966م-1985، الرباط 1985
- الحسن البوعيسي: "جزاء إغفال المالك تبليغ الدائنين المقيدين فسخه لكراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري." قراءة في المادة 112 من م.ت. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. ط. ا. 2005.

<sup>1</sup> في ظل نسخ المادة 112 من مدونة التجارة بمقتضى القانون رقم 16-49 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 07 ذو القعدة 1437(11 غشت 2016)، الظهير الشريف رقم 1.16.99 الصادر في 13 من شوال 1437 (18 يوليوز 2016) ، ويدخل هذا القانون حيز التنفيذ بعد انصرام أجل ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

- رشيد الركاني: " تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في موضوع: "إشكالية الإفراغ في الأصل التجاري المرهون"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني السنة الجامعية 1998-1999 .
- عبد العاطي بوجمعة، بيع ورهن الأصل التجاري، الشروط والآثار، مجلة المرافعة العدد 11 دجنبر 2000.
- عبد العزيز توفيق، عناصر الأصل التجاري، مجلة المحامون العدد 06 السنة 1998.
- عبد المجيد غميحة " رهن الأصل التجاري كضمانة لدى البنك " مجلة الندوة. ع 10. 1993.
- الفصائلي الطيب، النظرية العامة للالتزام - ج.1 مطبعة النجاح، 1997.
- فؤاد معلال " شرح القانون التجاري المغربي الجديد" مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء الطبعة الثانية 2001..
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج.ا: مصادر الالتزام مطبعة النجاح الجديدة: البيضاء، ط.3. 1972 م.
- مجلة المرافعة العدد 17.
- المجلة المغربية للقانون عدد 1 سنة 1986 م.
- محمد الطاهري ترحم، تأملات قانونية على ضوء رهن الأصل التجاري، مجلة المحامين العدد 28 السنة 1996.
- محمد الطاهري، تأملات قانونية على ضوء رهن الأصل التجاري، مجلة المحامين عدد 28، 1996.

## التعليق على الفقرة الأخيرة من المادة 38 من النظام الأساسي للقضاة



من إعداد : عبد الصمد عدنان

شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

جامعة عبد المالك السعدي بطنجة

email : adnane.samad@gmail.com

أولاً : نص القرار موضوع التعليق :

الحمد لله وحده،

المملكة المغربية

المجلس الدستوري

ملف عدد : 1474/16

قرار رقم : 992/16 م. د

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

المجلس الدستوري،

بعد اطلاعه على القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة المحال على المجلس الدستوري بمقتضى رسالة السيد رئيس الحكومة المسجلة بالأمانة العامة للمجلس في 18 فبراير 2016، وذلك من أجل البث في مطابقته للدستور؛

وبناء على الدستور، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، لاسيما الفصول 112 و132 و177 منه؛

وبناء على المادة 48 من القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالحكمة الدستورية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.139 بتاريخ 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014)؛

وبناء على القانون التنظيمي رقم 29.93 المتعلق بالمجلس الدستوري، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.94.124 بتاريخ 14 من رمضان 1414 (25 فبراير 1994)، كما وقع تغييره وتتميمه، لا سيما الفقرة الأولى من المادة 23 والفقرة الثانية من المادة 24 منه؛

وبعد الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف؛

وبعد الاستماع إلى تقرير العضو المقرر والمداولة طبق القانون؛

أولاً- فيما يتعلق بالاختصاص :

حيث إن الفصل 132 من الدستور نص في فقرته الثانية على أن القوانين التنظيمية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، تحال إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور؛

وحيث إن المجلس الدستوري، القائم حالياً، يستمر في ممارسة صلاحياته إلى حين تنصيب المحكمة الدستورية، عملاً بأحكام الفصل 177 من الدستور ومقتضيات المادة 48 من القانون التنظيمي المتعلق بالحكمة الدستورية التي جاءت تطبيقاً له، الأمر الذي بموجبه يكون المجلس الدستوري مختصاً بالبت في مطابقة القوانين التنظيمية للدستور؛

ثانياً- فيما يتعلق بالشكل والإجراءات المتبعة :

حيث إنه، يبين من الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف أن القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة المحال على المجلس الدستوري اتخذ في شكل قانون تنظيمي، جرى التداول في مشروعه بالمجلس الوزاري المنعقد بتاريخ 29 يناير 2015، طبقاً لأحكام الفصل 49 من الدستور، وتم إيداعه بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب بتاريخ 3 أبريل 2015، وأن هذا المجلس لم يشرع في التداول فيه إلا بعد مرور عشرة أيام على إيداعه لدى مكتبه، وذلك خلال جلسته العامة المنعقدة بتاريخ 27 أكتوبر 2015 التي وافق خلالها على المشروع، في قراءة أولى، ثم صادق عليه نهائياً، في قراءة ثانية، في الجلسة العامة المنعقدة بتاريخ 10 فبراير 2016 بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، بعد أن تداول فيه مجلس المستشارين في الجلسة العامة بتاريخ 9 فبراير 2016، وأدخل تعديلات على بعض مواده، والكل وفقاً لأحكام الفصلين 84 و85 من الدستور؛

ثالثاً- فيما يتعلق بالموضوع :

حيث إن الدستور يسند في فصله 112 إلى قانون تنظيمي تحديد النظام الأساسي للقضاة؛

وحيث إن القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، المعروض على نظر المجلس الدستوري، يتكون من 117 مادة موزعة على باب تمهيدي وستة أقسام، يتضمن الباب التمهيدي أحكاماً عامة (المادتان 1 و2)، ويتعلق القسم الأول بتأليف السلك القضائي (المواد 3-25)، والثاني بحقوق وواجبات القضاة (المواد 26-56)، والثالث بوضعيات القضاة (المواد 57-95)، والرابع بنظام التأديب (المواد 96-102)، والخامس بالانقطاع النهائي عن العمل (المواد 103-107)، والسادس والأخير بأحكام انتقالية ومختلفة (المواد 108-117)؛

وحيث إنه، يبين من فحص هذه المواد مادة أنها تكتسي طابع قانون تنظيمي وفقا لأحكام الفصل 112 من الدستور، وأنها من حيث مطابقتها للدستور تثير الملاحظات التالية؛

### في شأن المادة 38 (الفقرة الأخيرة) :

حيث إن هذه المادة تنص في فقرتها الأخيرة على أنه "يمنع على القاضي تأسيس جمعية غير مهنية أو تسييرها بأي شكل من الأشكال"؛

وحيث إن الدستور نص، في الفقرة الثانية من فصله 111، على أنه "يمكن للقضاة الانخراط في جمعيات، أو إنشاء جمعيات مهنية، مع احترام واجب التجرد واستقلال القضاء، وطبقا للشروط المنصوص عليها في القانون"؛

وحيث إنه، لئن كان الدستور يضمن لعموم المواطنين والمواطنات بموجب فصله 29 حق تأسيس الجمعيات، فإنه، فيما يخص القضاة، ميز بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 111 المذكور بين الجمعيات المهنية وغيرها من الجمعيات، إذ أباح للقضاة إنشاء جمعيات مهنية بما يتضمنه ذلك، بدهاءة، من تسيير هذه الجمعيات التي تقتصر العضوية فيها على القضاة دون سواهم، في حين لم يخول لهم، فيما يخص سائر الجمعيات الأخرى، سوى حق الانخراط؛

وحيث إن الجمعيات تمتد نشاطها عموما إلى كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحقوقية؛

وحيث إن واجبات التجرد واستقلال القضاء، بما تستلزمه دستوريا من ضرورة حرص القاضي على استقلاله وحرمته، قد لا تتلاءم مع إنشاء القاضي لجمعيات غير مهنية وتولي مهام التسيير فيها، بما يترتب عن ذلك من مسؤولية ومساءلة؛

وحيث إنه، تأسيسا على ذلك، فإن ما تنص عليه المادة 38 في فقرتها الأخيرة من أنه يمنع على القاضي تأسيس جمعيات غير مهنية أو تسييرها بأي شكل من الأشكال، مطابق للدستور؛

لهذه الأسباب :

أولا- يصرح :

1- ...

2- ...

3- بأن باقي مقتضيات هذا القانون التنظيمي، ليس فيها ما يخالف الدستور؛

4- بأن عبارة "بصفة خاصة" الواردة في الفقرة الثانية، والبند الأول من هذه الفقرة، والمقطع الثاني من البند التاسع من نفس الفقرة من المادة 97 المذكورة أعلاه، المصرح بعدم مطابقتها للدستور، يمكن فصلها عن أحكام هذه المادة، ويجوز بالتالي إصدار الأمر بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، باستثناء هذه المقتضيات؛

ثانيا - يأمر بتبليغ نسخة من قراره هذا إلى السيد رئيس الحكومة، ونشره في الجريدة الرسمية.



وصدر بمقر المجلس الدستوري بالرباط في يوم الثلاثاء 5 من جمادى الآخرة 1437

(15 مارس 2016)

الإمضاءات :

محمد أشركي محمد الصديقي ليلي المريني أمين الدمناطي  
عبد الرزاق مولاي ارشيد حمداتي شبيها ماء العينين محمد أمين بنعبد الله

ثانيا : التعليق :

بت القرار الصادر عن المجلس الدستوري أعلاه في مدى مطابقة القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة لمقتضيات الدستور الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91<sup>1</sup>.

وبعد أن أقر المجلس الدستوري اختصاصه في مطابقة القانون التنظيمي موضوع الدراسة للدستور، عرج على الجوانب الشكلية الواجب التقيد بها<sup>2</sup>، والمتمثلة في ضرورة تداول المجلس الوزاري في مشروع القانون التنظيمي<sup>3</sup>، وأسبقية إيداعه من طرف رئيس الحكومة لدى مكتب مجلس النواب، ثم التداول في مشروعه من طرف المجلس برمته بعد مضي عشرة أيام من تاريخ إيداعه، ثم المصادقة عليه بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين من المجلس<sup>4</sup>، ليتوقف عند جوهر بعض النصوص التي ارتأى أنها تثير بعض الملاحظات.

وباستثناء بعض المقتضيات الواردة في المادة 97، وتحديدًا عبارة "بصفة خاصة" الواردة في الفقرة الثانية، والبند الأول من هذه الفقرة، والمقطع الثاني من البند التاسع من نفس الفقرة، اعتبر القرار أن مقتضيات القانون التنظيمي المذكور ليس فيها ما يخالف الدستور<sup>5</sup>.

وما يهم من هذه الدراسة هو تحليل الأسانيد القانونية التي أسس عليها المجلس الدستوري قراره، ومعرفة ما إذا كان موفقًا في ممارسة وظيفته الرقابية التي من المفترض أن تتمم القواعد القانونية المنصوص عليها في الوثيقة

1 ينص الفصل 112 من الدستور على أن النظام الأساسي للقضاة يصدر بقانون تنظيمي.

2 وفقا للمسطرة المنصوص عليها في الفصل 84 من الدستور.

3 الفصل 49 من الدستور.

4 الفقرة الأولى من الفصل 85 من الدستور.

5 إذا قضى المجلس الدستوري بأن قانونا يتضمن مادة غير مطابقة للدستور ولكن يمكن فصلها عن مجموعه، يجوز إصدار الأمر بتنفيذ القانون باستثناء المادة المصرح بعدم مطابقتها للدستور. ومثال ذلك ما جاء في القرار 2000/382 بتاريخ 15 مارس 2000 الذي صرح فيه المجلس الدستوري بأن أحكام المادة 142 من القانون رقم 97-15 المعتبر بمثابة مدونة لتحصيل الديون العمومية غير مطابقة للدستور، وصرح بأن المادة 142 المذكورة يمكن فصلها عن باقي أحكام القانون، وبالتالي أمر بتبليغ القرار إلى السيد الوزير الأول ونشره في الجريدة الرسمية.

كما أنه يمكن أن يقتصر التصريح على عبارة فقط داخل نص قانوني في حالة مخالفتها للمقتضيات الدستورية. ومثال ذلك ما جاء في القرار رقم 2004/586 والصادر بتاريخ 10 غشت 2004 الذي جاء فيه أن القانون رقم 01-17 المتعلق برفع الحصانة البرلمانية مطابق للدستور ما عدا عبارة (الذي لا يمكنه رفض الإدلاء به) الواردة في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه، حيث صرح بأن العبارة المقضي بعدم مطابقتها للدستور يمكن فصلها عن باقي الأحكام الواردة فيها، وبالتالي جاز نشر المادة المعنية ضمن مجموع القانون المعروض على المجلس الدستوري بعد حذف العبارة المذكورة.

الدستورية<sup>1</sup>، خاصة في ظل تفاعل هذه الوظيفة في سياق الدستور الجديد مع معطيات الحقل السياسي والأفكار والمرجعيات التي تحرك عمله وطريقة تأويله للنصوص، ومدى مراوحتها بين المحافظة على الموروث والرغبة في التغيير، على اعتبار أن عملية التأويل ليست عملية محايدة ولكنها عملية خلاقية تؤدي في العمق إلى تعديل محتوى الدستور دون المرور بالطرق المشروعة لمراجعته أو تعديله؟

إن المشرع الدستوري لما وضع الآليات الأساسية لاستقلال السلطة القضائية ترك الباب مفتوحا من أجل استكمال البنية النموذجية للسلطة القضائية، تلك البنية التي لن تتضح معالمها إلا من خلال البحث في مدى ملاءمة المنظومة التشريعية المتعلقة بالسلطة القضائية تنظيما وتأسيسا وتحديدًا للقواعد الدستورية<sup>2</sup>.

وعلى ذلك، فإن الحديث عن المفهوم الدستوري للسلطة القضائية يبدو مؤثرا فيما يمكن أن يصدر من قوانين وتشريعات تهم هذه السلطة التي حظيت بنوع خاص من المعالجة الدستورية.

في هذا الجزء من الدراسة، سيتم العمل من جهة أولى على تقييم اعتماد المجلس الدستوري على الفصل 111 من الدستور لإقرار دستورية حظر المادة 38 من القانون التنظيمي رقم 106.13 تأسيس وتسيير القضاة لجمعيات غير مهنية، ومعرفة ما إذا كان في توجهه تعارض مع ما نص عليه الفصلان 12 و29 من الدستور من حرية تأسيس الجمعيات والمساواة في الحقوق والحريات المدنية وفي ضمان حرية تأسيس الجمعيات<sup>3</sup>.

كما سيتم العمل من جهة ثانية على محاولة معرفة هل من شأن إقرار دستورية هذا المنع التضييق على حقوق القضاة والانتقاص من المكتسبات الدستورية المكرسة لهم في هذا الإطار، وكذا محاولة معرفة السبيل إلى تحقيق الموازنة بين حق القضاة بالانفتاح على الجمعيات غير المهنية والتزامهم باحترام واجبات التجرد والاستقلال.

فبخصوص مسألة اعتماد المجلس الدستوري على الفصل 111، نجد أن هذا الفصل يعطي القضاة الحق في الانخراط في الجمعيات وإنشاء جمعيات مهنية، ولا يقيدهم في ذلك إلا باحترام واجب التجرد واستقلال القضاء، مع ضرورة مراعاة الشروط المنصوص عليها في القانون، بحيث جعل من مخافة المساس بهذين الواجبين السبب الحقيقي وراء هذا المنع.

1 "فالهدف من خلق هذا المجلس هو الزيادة من التمكن في تفسير الدستور ومعطياته ومعانيه وأهدافه. أسس هذا الدستور المجلس الدستوري الذي سيكون بمثابة ذلك المجلس الذي سيقول لنا هذا شيء دستوري، وهذا شيء غير دستوري دون أن يكون فوق السلطات الأخرى، ولا أن ينصب نفسه سلطة فوق السلطات. إلا أن كلمته وقضائه سوف يكونان ملزمين للجميع". مقتطف من نص خطاب جلالة الملك الحسن الثاني بمناسبة ظهور النتائج الرسمية للاستفتاء الدستوري- نص الخطاب الملكي السامي، ورد في سلسلة خطب وندوات صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني 1992-1993، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، ص 92-93.

2 ذ. كريم لحرش: "الدستور الجديد للملكة المغربية: شرح وتحليل"، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة، العدد 3.2012، ص: 56.

3 جاء في الفصل 12 من الدستور: "تؤسس جمعيات المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية وتمارس أنشطتها بحرية، في نطاق احترام الدستور والقانون. لا يمكن حل هذه الجمعيات والمنظمات أو توقيفها من لدن السلطات العمومية، إلا بمقتضى مقرر قضائي.

تُساهم الجمعيات المهمة بقضايا الشأن العام، والمنظمات غير الحكومية، في إطار الديمقراطية التشاركية، في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية، وكذا في تفعيلها وتقييمها. وعلى هذه المؤسسات والسلطات تنظيم هذه المشاركة، طبق شروط وكيفيات يحددها القانون.

يجب أن يكون تنظيم الجمعيات والمنظمات غير الحكومية وتسييرها مطابقا للمبادئ الديمقراطية".

أما الفصل 29، فجاء فيه: "حريات الاجتماع والتجمهر والتظاهر السلمي وتأسيس الجمعيات والانتماء النقابي والسياسي مضمونة. ويحدد القانون شروط ممارسة هذه الحريات.

حق الإضراب مضمون. ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفيات ممارسته".

فالفقرة الثانية من الفصل المذكور تنص على أنه: "يمكن للقضاة الانخراط في جمعيات، أو إنشاء جمعيات مهنية، مع احترام واجب التجرد واستقلال القضاء، وطبقا للشروط المنصوص عليها في القانون".

وأول ما يمكن الإشارة إليه، هو أن ما جاء به الدستور في هذا الفصل 111 هو مقتضى جديد لم ينص عليه أي من الدساتير السابقة، إذ نص على إمكانية الانتماء للجمعيات أو تأسيس جمعيات مهنية، في حين أن الدساتير السابقة أبقت فقط على حرية تأسيس الجمعيات كمقتضى عام<sup>1</sup>.

فنفس الحق أكد عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي جاء فيه: "يحق لأعضاء السلطة القضائية، شأنهم في ذلك شأن المواطنين الآخرين، التمتع بحرية التعبير والاعتقاد والانتساب والتجمع، شريطة أن يتصرف القضاة دائما في ممارستهم هذه الحقوق على نحو يحافظ على هبة ووقار مناصبهم وعلى نزاهة واستقلال السلطة القضائية"<sup>2</sup>.

وبتفحص الفصل المذكور، يتبين أن المشرع الدستوري لم يعرف كلمة الجمعيات التي أجاز للقضاة الانخراط فيها، بل استعمل الكلمة بصيغة النكرة، بمعنى إعطاء القضاة الحق في الانتماء الجمعي بصفة مطلقة، سواء تعلق الأمر بالجمعيات المهنية أو غير المهنية، ولم يقيدهم إلا بضرورة احترام واجبات التجرد والاستقلال ومراعاة الشروط القانونية.

أما بخصوص إنشاء الجمعيات، فالمشرع الدستوري لم يستعمل نفس الأسلوب اللغوي، وإنما جعل كلمة جمعيات (المنعوتة) محصورة في المهنية (النعته). وبالتالي، فمسألة إنشاء الجمعيات غير المهنية لم يتطرق إليه المشرع الدستوري، لا بالجواز ولا بالنعته.

لكن تحديد المشرع الدستوري لنوع الجمعيات المسموح للقضاة إنشاؤها يفيد تلقائيا بمفهوم المخالفة عدم جواز تأسيس ما سواها. والقول بخلاف ذلك، يجعل الفقرة الثانية من الفصل الدستوري المذكور حشوا زائدا لا جدوى منه، وهو ما لا يمكن قبوله خاصة إذا كان الأمر يتعلق بأسمى قانون في البلد، والمفروض من جميع النصوص القانونية الأدنى درجة أن تنصاع له وألا تخالفه.

لكن في هذا الإطار، نجد أن المشرع الدستوري لم يتطرق تماما لمسألة التسيير، فهل في منع المادة 38 من القانون التنظيمي رقم 106.13 القضاة من تسيير الجمعيات غير مهنية مخالفة لأحكام الدستور؟

إن الإجابة على هذا السؤال ليست بالسهولة المتصورة، فلا يكفي أن نقول بأنه طالما أن المشرع الدستوري لم ينص صراحة على منع القضاة من تسيير الجمعيات غير المهنية، فإن الأمر مباح، بل لا بد من الاستناد على روح الدستور وغاية المشرع الدستوري من تأطير العمل الجمعي للقضاة.

1 ذ. العلوي هاشم: "البيان الدستوري الجديد للسلطة القضائية وحتمية إصلاح شمولي عميق للقضاء"، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى، 2002، ص 121.  
2 مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية والتي اعتمدت في مؤتمر الأمم المتحدة السابع حول منع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في ميلانو في الفترة من 26 غشت إلى 6 دجنبر 1985، ووافقت عليها الجمعية العامة في قرارها 32/40 المؤرخ 29 نونبر 1985، وقرارها 146/40، المؤرخ في 13 دجنبر 1985.

فبالرجوع إلى المادة 111 من الدستور، نجد أن المشرع الدستوري اشترط في انخراط وتأسيس القضاة للجمعيات ضرورة مراعاة احترام واجب التجرد واستقلال القضاء، وهو أمر يستحيل تحقيقه إذا تعلق الأمر بتسيير الجمعيات غير المهنية.

فقد يفرز الواقع جمعيات مؤسسة وفقا لظهير تأسيس الجمعيات، لكنها مباركة من بعض الأحزاب السياسية. فهي، إما جمعيات ثقافية أو رياضية أو اجتماعية، لكنها باطنيا مؤطرة من حزب معين وأعضاؤها ينتمون إلى هذا الحزب، كما أن لقاءاتهم لا تخلو من مناقشات سياسية تترجم اتجاه الحزب الذي ينتمون إليه.

فإذا كان الانخراط في مثل هذه الجمعيات قد يؤدي إلى انعدام واجبات التجرد والاستقلال، فالأولى والأحرى انعدامهما في المسير.

وبناء عليه، فواجبا التجرد والاستقلال المنصوص عليهما في الفقرة الثانية من المادة 111 من الدستور يفرضان على القاضي أن يتحاشى مثل هذه الجمعيات لالتزامه القانوني باحترام واجب التجرد واستقلال القضاء.

وبالتالي، فأساس هذا المنع هو الحرص على استقلالية القاضي وعدم إقحامه في مواقف قد تمس باستقلاله وتشكك في حياده.

وهو الأمر الذي أشار إليه القرار موضوع الدراسة حينما اعتمد على الحيثية التالية:

"...وحيث إن الجمعيات تمتد نشاطها عموما إلى كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحقوقية."

وبالتالي، فإن السماح للقاضي بالانخراط في بعض الجمعيات التي تدافع عن قضية معينة وتريد الانتصار لطرح معين على حساب آخر يجعل من القاضي منحازا لأحد الأطراف، مما يتعارض مع التزاماته الناشئة عن صفته القضائية، وهو ما ينطبق بشكل أدق على المسير.

من ذلك مثلا، تسيير القاضي لجمعية تطالب بإلغاء عقوبة الإعدام، أو تطالب مساواة المرأة بالرجل في الميراث.

وعلى كل حال، يتعين على القاضي قبل إقدامه على الانخراط في الجمعيات أن يتأكد من أنها غير معرضة لمقاصدها أمام المحاكم، أو أنها تشجع أي شكل من أشكال التمييز المبني على الدين أو اللون أو العرق أو الجنس أو الجنسية.

أما انتماء القضاة إلى جمعيات ثقافية أو رياضية، فهو أمر محمود ما لم يتول فيها مسؤوليات تؤثر سلبا على حسن اضطراره بواجباته المهنية.

لكن، ما يجب التنبيه عليه في هذا الصدد هو ضرورة الحذر من مسألة اعتماد المجلس في قراره بدستورية المادة قيد الدراسة على واجبي الاستقلال والتجرد<sup>1</sup>.

1 جاء في القرار: "وحيث إن واجبات التجرد واستقلال القضاء، بما تستلزمه دستوريا من ضرورة حرص القاضي على استقلاله وحرمة، قد لا تتلاءم مع إنشاء القاضي لجمعيات غير مهنية وتولي مهام التسيير فيها، بما يترتب عن ذلك من مسؤولية ومساءلة".

فبالنسبة لاعتماد المجلس في قراره على واجب التجرد، فإن أول ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع لم ينص عليها في صلب الدستور ولم يفصل في معرض تنظيمه لواجبات القضاة لهذه القاعدة.

وربما يرجع السبب في ذلك إلى اعتباره لها بمثابة تحصيل حاصل، طالما أن الالتزامات المختلفة التي ألقى بها المشرع على كاهل القضاة كافية لوحدها لتحقيق القاعدة المذكورة.

وبالتالي، ونظرا لخطورة التأويلات المغلوطة أو الفضفاضة التي قد تعطى لهذا الواجب، يتوجب علينا طالما أن المجلس الدستوري أقر دستورية المادة 38 أن نعرض إلى المقصود بهذا الواجب؟ هل هو التزام بالصمت، أم التزم بالمطابقة، أم ماذا؟

فالتجرد هو حالة ذهنية تعكس الصفاء النفسي لدى القاضي وتنم عن استعداده لممارسة وظائفه مجتنباً الأفكار المسبقة، ورافضاً أي مفاضلة بين المتقاضين. وإلا أصبح الحاكم خصماً، الأمر الذي لا يتفق أو يستقيم مع طبيعة مهمة القاضي ودوره الذي أنيط به.

والأمثلة على هذا الواجب كثيرة ومتنوعة ويصعب حصرها، ورد منها على سبيل المثال في المادة العاشرة من النظام الأساسي لرجال القضاء بفرنسا، الواجب الملقى على عاتقهم بعدم اتخاذ مواقف معادية لمبدأ أو شكل الجمهورية، أو اتخاذ أية مواقف ذات طبيعة سياسية.

ومع ذلك يبقى التساؤل مطروحاً بخصوص القضايا الكبرى التي تهم مرتكزات الدولة والمجتمع نفسه، مثل احترام الحرية والكرامة الإنسانية والديمقراطية.

فعلى غرار واجب التحفظ، فإن واجب التجرد ليس التزاماً بالصمت ولا بالمطابقة. ولكن يتعين على القاضي أن يعبر عنه بنفسه بالحرص والحذر الشديدين، ويتجنب كل عبارة أو موقف من شأنه أن يثير الشك حول موضوعيته وحياده.

فالقضاة لا ينبغي لهم التزام الصمت، ولكن ينبغي لهم أن يعبروا عن وجهات نظرهم انطلاقاً من واجبهم الأساسي المتمثل في المساهمة في تطوير المجتمع وتنمية البلاد، لكن من خلال القنوات المفتوحة لهم لهذه الغاية والمتمثلة في الجمعيات المهنية المسموح لهم قانوناً بتأسيسها<sup>1</sup>.

وعليهم إدراك هذه الحقائق الثابتة: لا عدالة حيث لا تجرد، ولا عدالة حيث نشدان المنفعة الشخصية، ولا عدالة حيث ينطلق القاضي من الأفكار المسبقة قبل تحليل الوقائع وتمحيص القانون.

وبالبناء عليه، وجب ربط واجب التجرد بمجموعة من القيم الأخلاقية، من استقلالية، ونزاهة، ووقار، وهبة المنصب القضائي، فهو عبارة عن التزام بمراقبة الذات والاحتراز والاحتياط وعدم إطلاق القول بدون رقابة ذاتية.

وهو ما ذهبت إليه المادة 38 من القانون التنظيمي 106.13 حينما اشترطت على القضاة للانخراط في الجمعيات ضرورة مراعاتهم لواجب التحفظ والأخلاقيات القضائية، وكذا الحفاظ على صفات الوقار صوناً لحرمة القضاء وأعرافه.

1 ذ. بوكيمان محمد: "إنصاف القضاة كآلية لإنصاف المتقاضين"، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 41، 2002، ص 19.

كما أن المادة 44 من القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة ألزمت القاضي باحترام المبادئ والقواعد الواردة في مدونة الأخلاقيات القضائية، كما ألزمته الحرص على احترام تقاليد القضاء وأعرافه والمحافظة عليها...<sup>1</sup>.

وبالتالي، يمكن القول: إنه يمنع من ناحية الواجبات المفروضة على القضاة القيام بأي عمل جمعي من شأنه أن يثير أدنى شبهة حول حياد القاضي واستقلاله.

ومنه، نستنتج أن التزام القاضي بواجب التجرد هو وثيق الصلة بطبيعة العمل القضائي وبشخصية القاضي ونظرة المجتمع إليه، إذ إن لهذا الالتزام أصولاً أخرى ضاربة في عمق مفهوم القضاء، ولازمة لحسن ممارسته، وممهدة للوصول إلى عدالة سوية يكون لشخص القاضي الدور البين في إرسائها.

ومع ذلك، فهذا الموقف يبقى معيياً بالنظر إلى أهمية القاعدة وخطورة الآثار التي قد تترتب على عدم الالتزام بها، ناهيك أن في عدم تبيان مضمون وحدود المشرع لهذا الواجب فتح لباب التأويلات والتفسيرات التي قد تكون أحيانا مغلوبة أو مبالغاً فيها.

فمعرفة محتوى ومدى مفهوم الواجبات عامة التي تفرض على القاضي الابتعاد عن كل ما يثير الشك في حياده و نزاهته هو الطريق الأمثل لتفادي الانتقاص عامة من الحقوق المخولة للقضاة والتي تفرضها طبيعة الوظيفة القضائية، وخاصة حريرتهم في العمل الجمعي.

ويمكن القول بأن المجلس الدستوري ارتكز ضمناً في منعه للقضاة من تأسيس وتسيير الجمعيات غير المهنية على مبدأ المساواة، على اعتبار أن هذا المبدأ يمنع جميع أنواع التمييز.

وبالتالي، فهو يمنع القاضي بطريقة غير مباشرة من الانحياز لدى ممارسة وظائفه القضائية، سواء عن طريق الكلام أو التصرف أو القرار، وذلك بإدراكه أن مجتمعه يضم أفراداً وجماعات يفرق بينهم الدين أو المذهب أو العرق أو اللون أو الجنسية أو العمر أو الجنس أو الحالة المدنية أو القدرات الجسدية والنفسية.

أما بالنسبة لاعتماد المجلس على واجب الاستقلال لمنع القضاة من إنشاء وتسيير الجمعيات، فأعتقد أن ذلك أمر سليم ومنطقي، أولاً بالنظر إلى أن مبدأ الاستقلال هو مبدأ منصوص عليه في صلب الدستور، وثانياً لعلاقته الوطيدة بحرية التعبير. فالقاضي لا يكون مستقلاً إلا إذا كان حراً، ويعني ذلك أنه لا يكفي أن يشعر بالحرية وحسب، بل عليه أن يمارسها.

وما يعزز ذلك هو ربط العديد من المبادئ الدولية الخاصة باستقلال السلطة القضائية بين العمل الجمعي واستقلال القضاء، من ذلك ما جاء في المادة الثانية من مجموعة المبادئ الخاصة باستقلال السلطة القضائية: "يحق لأعضاء السلطة القضائية كغيرهم من المواطنين التمتع بحرية التعبير والاعتقاد، وتكوين الجمعيات والتجمع ومع ذلك يشترط أن يسلك القضاة دائماً لدى ممارسة حقوقهم مسلماً يحفظ هيبة منصبهم ونزاهة واستقلال القضاء"<sup>2</sup>.

1 ذ الحجاجي منير: "قراءة في ميثاق إصلاح العدالة ومخرجاته التشريعية"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 89.

2 مجموعة المبادئ الخاصة باستقلال السلطة القضائية والمعتمدة بقراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 146/40 بتاريخ 1985/12/13.

كما نجد التنصيص على هذا الحق في الإعلان العالمي للمبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال القضاء، وخاصة الفصل التاسع منه الذي جاء فيه: "القضاة أحرار في تأسيس جمعيات مهنية أو غير مهنية أو الانخراط فيها، للدفاع عن مصالحهم وتحسين تكوينهم المهني والدفاع عن استقلال القضاء"<sup>1</sup>.

فاستقلال القضاء من المبادئ الأساسية التي يجب أن يتمتع بها القضاء كسلطة وكقضاة أفراد على السواء، فالقضاة غير المستقل لا يمكن أن يستقيم حاله أو يتحقق صلاحه، بل يبقى متأرجحا بين تبعية مفرطة ومجاملات رخيصة وعلاقات شخصية سقيمة<sup>2</sup>.

كما أن استقلال القاضي من الأولويات اللازمة لمبدأ المشروعية ودعامة متينة لقيام المحاكمة العادلة، ولا يمكن أن يتوفر ذلك إلا إذا كان القاضي حرا في قراراته مستقلا عن أي تأثير<sup>3</sup>.

ومن الأمور المفروضة عليه لتحقيق ذلك:

- صيانة مقومات الحياد والتجرد، حفاظا على الاستقلال المؤسساتي للجهاز القضائي والنهوض به؛ وذلك عن طريق العمل على تفادي كل ما من شأنه أن يثير الشبهات. كما يجب عليه ألا يسمح لعلاقاته الاجتماعية أو الأسرية أن تؤثر في سلوكه و أحكامه ومواقفه.

- أن يكون مستقلا عن المجتمع قاطبة، وعن أطراف النزاع بصفة خاصة.

- أن يمتنع عن الانتماء السياسي.

وهو ما تؤكده وثيقة الرياض حول أخلاقيات وسلوك القاضي العربي التي أوجبت على القاضي أن يقوم بمهمته بكيفية مستقلة، ودون تأثير خارجي، أو تحريض، أو ضغط، أو تهديد، أو تدخل مباشر أو غير مباشر من أي طرف كان، أو لأي سبب كان. كما ألزمته بضرورة الاستقلال إزاء المجتمع بصفة عامة، وإزاء الأطراف المتنازعة بصفة خاصة<sup>4</sup>.

1 جاء في البند الثامن من مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، المنعقد في شهر دجنبر 1985 بميلانو، والمصادق عليه من قبل الجمعية العمومية للأمم المتحدة بمقتضى قرار 40/32 أن: "وفقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان يحق لأعضاء السلطة القضائية كغيرهم من المواطنين، التمتع بحرية التعبير والاعتقاد وتكوين الجمعيات والتجمع، ومع ذلك يشترط أن يسلك القضاة لدى ممارسة حقوقهم مسلكا بحفظ هيبة منصبهم ونزاهة واستقلال القضاء". وهو نفس المقتضى الذي كرسه قرار لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة الذي جاء فيه: "يحق للقاضي كأبي مواطن حرية التعبير والعقيدة والارتباط والتجمع. ولكن، يتعين عليه دائما عند ممارسة تلك الحقوق أن يتصرف بشكل يحافظ فيه على هيبة المنصب القضائي وحياد السلطة القضائية واستقلالها. البند 4/6 من القرار رقم 43/2003.

كما جاء في المادة 711 من مبادئ مجلس بيرغ بشأن استقلال السلطة القضائية: "يتمتع القضاة بحرية التعبير وتكوين الرابطة أثناء توليهم منصب القضاء بطريقة لا تتعارض مع مهامهم الوظيفية والقضائية أو قد تنال من نزاهة وحياد القضاء".

2 مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية: "نطاق تطبيق استقلال القضاء وحق الإنسان في التقاضي في الجمعيات العربية"، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 13، 1989، ص:66.

3 الاتحاد الدولي للمحامين: "الميثاق الدولي للحق في العدالة للجميع"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 7، 1992، ص 70.

4 الوثيقة المعتمدة في الاجتماع الخامس عشر لمديري المعاهد القضائية العربية بالرياض 4-8/3/2007.

فالقاضي للناس قبل أن يكون لنفسه، ولا يستطيع أن يحقق رسالته خير تحقيق إلا إذا مارس وظائفه القضائية بالطريقة التي تعزز الثقة به<sup>1</sup>، وتقلل الفرص التي تدفع المتقاضين إلى طلب رده<sup>2</sup>.

وهي نفس الغاية التي أرادتها وثيقة الشارقة حول أخلاقيات وسلوك القاضي من استقلال القضاء، إذ جعلت من استقلال القضاء واستقلال القاضي مفهومان متكاملان ولازمان لصيانة مبدأ الشرعية، ولإشاعة العدالة عن طريق تحقيق أمنية المتقاضين في تأمين الظروف المواتية للدعوى العادلة<sup>3</sup>.

وعلى ذلك، فإن هذا المنع يجد مبرره في رغبة المشرع تجنيب القضاة كل ما من شأنه أن يضع حيادهم واستقلالهم موضع التساؤل. فالأمر يتعلق بضمانة حقيقية قررت لمصلحة المتقاضين أنفسهم لتحقيق الأمن القضائي في شموليته.

وفي ضوء ذلك، يجب على القاضي ألا يكتفي بالقول إنه مستقل، بل يلزمه أن يعمل بطريقة توحى بأنه مستقل بالفعل. قصد تقوية ثقة الناس في الجهاز القضائي، على اعتبار أن الثقة ركن أساسي للحفاظ على استقلال العدالة، فكل كلام عن استقلال القضاء يظل كلاماً نظرياً إن لم يترافق مع ثقة الناس بالقضاء.

ومن وجهة نظري، كان على المجلس الدستوري أن يعتمد كذلك على الفصل 117 من الدستور الذي يجعل من القاضي المسؤول عن حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحيرياتهم وأمنهم القضائي<sup>4</sup>. وهو الفصل الذي أورده المشرع الدستور ضمن المواد المخصصة لحقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة<sup>5</sup>.

كما كان عليه أن يعتمد على الفصل 109 من الدستور الذي يعتبر كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنياً جسيماً، وهو ذاته الذي استهل بمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء وبمنع القاضي من تلقي أي أوامر أو تعليمات بشأن مهمته القضائية، والذي ينص على معاقبة كل من يحاول التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة<sup>6</sup>.

ويبقى أن نطرح تساؤلاً أخيراً يتعلق بمدى إمكانية اعتبار القضاة مواطنين ناقصي الحقوق المدنية باعتبارهم محظور عليهم تأسيس أو تسيير الجمعيات الرياضية أو جمعيات تسيير الإقامات التي يقطنون بها؟

1 ذ. العلوي إدريس العبدلاوي: "حق اللجوء إلى القضاء وحقوق الدفاع"، مقال منشور بمجلة الأكاديمية، العدد 2001، 18، ص: 52.

2 مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين: "مبادئ أساسية بشأن استقلال السلطة القضائية"، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 13، 1989، ص 145.

3 الوثيقة المعلن عنها في المؤتمر الحادي عشر لرؤساء أجهزة التفتيش القضائي في الدول العربية بالشارقة بتاريخ 2007/4/12-8.

4 ذ. البوفي إدريس: "المحاكمة العادلة ومتطلبات الإصلاح القضائي": مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 117.

5 جاء في الفصل من الدستور 117: "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحيرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون".

6 جاء في الفصل 109: "يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء؛ ولا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر أو تعليمات ولا يخضع لأي ضغط.

يجب على القاضي، كلما اعتبر أن استقلاله مهدد، أن يحيل الأمر إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

يعد كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنياً جسيماً، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة.

يعاقب القانون كل من حاول التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة".



إن القاضي كمواطن له حقوق، وبالتالي لا يمكن حرمانه من العمل الجماعي لارتباطه بتحقيق الذات وتفجير الطاقات الإنسانية والمساهمة في التنمية والتغيير وفتح مجال الإبداع واستثمار القدرات، وبلورة إرادة القاضي كمواطن للعمل على الرقي، والدفع بأعضاء الجمعية إلى النهوض والتطور في أفق ترسيخ مبدأ المواطنة<sup>1</sup>.

لكن المقصود بطبيعة الحال هو الجمعيات الخاصة بالقضاة، والتي تكون أهدافها الدفاع عن مصالح القضاة ودعم تكوينهم المهني وحماية استقلال القضاء. خصوصا منها المؤطرة والمؤسسة قانونا على هذه الثوابت، فلا يمكن لأهدافها أن تناقض المبادئ التي يجب أن يحترمها القاضي، خصوصا وأن المشرع يحظر تأسيس أي جمعية لغاية أو لهدف غير مشروع يتنافى مع القوانين أو الأهداف العامة أو التي قد تهدف إلى المس بالدين الإسلامي أو بوحدة التراب الوطني أو بالنظام الملكي أو تدعو إلى أي شكل من أشكال التمييز.

فتأسيس الجمعيات والانخراط فيها لا ينبغي فقط اعتباره حقا للقضاة، وإنما هو حق ينبغي أن يوصى القضاة بممارسته بالنظر إلى الخير العميم الذي يعود على القضاء والمجتمع من ورائه.

وغاية المشرع الدستوري من التنصيب على هذا الحق هو أن تؤدي هذه الجمعيات دورا جوهريا في التأكيد على استقلال السلطة القضائية واحترام سيادة القانون<sup>2</sup>.

وهي نفس الغاية التي أوردتها المادة 20 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي جاء فيها: "للقضاة حرية تكوين الجمعيات منفردين أو هيئة أخرى بغية المحافظة على استقلالهم"<sup>3</sup>.

فهذا الانتقاص من الحقوق المخولة للقضاة تفرضه طبيعة الوظيفة القضائية، فممارستهم لهذا الحق بدون ضوابط قانونية قد ينتقض من استقلالهم الذي يعتبر بالدرجة الأولى ضمانا للمتقاضين وحسن سير العدالة.

فما يضع القاضي في موقع متميز عن أعضاء المجتمع الآخرين، هو طبيعة مهامه، وكونه معرضا بسبب هذه الطبيعة الخاصة للمراقبة النقدية من قبل الناس، فعليه أن يتقبل هذا التضييق بصدق رحب. فهو عندما يختار القضاء، اختاره بخصوصياته، وهيبته، وكرامته، وحتى بوجوه التضييق فيه، فعليه إذا ألا يتبرم بالحالة التي هو فيها.

ومؤدى ما سبق، أن على القاضي أن يحسن الموازنة بين واقعين أو التزامين: الانخراط في المجتمع من نحو، والابتعاد عنه من نحو مقابل. الانخراط، لأن العدالة بلسمة جراح وإحقاق حق. والابتعاد، لأنه ليس على القاضي أن ينخدع بحلاوات الألسن وعرضيات الروابط.

1 ذ. الصبار الطيبي: "تدبير الموارد البشرية في ميثاق إصلاح منظومة العدالة"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 131.

2 ذ. الزيتوني إبراهيم: "سلطة القضاء في الدستور، مقومات الاستقلالية ورهانات الإصلاح"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 21.

3 قرار المجلس الأوروبي رقم 12/1994 بشأن استقلال القضاء.

✓ لائحة المراجع :

- الكتب :
- ذ. كريم لحرش : "الدستور الجديد للملكة المغربية: شرح وتحليل، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة، العدد 3، 2012.
- ذ. العلوي هاشم : "البنين الدستوري الجديد للسلطة القضائية وحتمية إصلاح شولي عميق للقضاء"، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى، 2012.
- المقالات :
- مركز اتحاد المحامين العرب للبحوث والدراسات القانونية : "نطاق تطبيق استقلال القضاء وحق الإنسان في التقاضي في الجمعيات العربية"، مقال منشور بمجلة الحامي، العدد 13، 1989، ص: 39-56.
- ذ. البوفي إدريس : "الحكمة العادلة ومتطلبات الإصلاح القضائي" : مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 107-123.
- مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين : "مبادئ أساسية بشأن استقلال السلطة القضائية"، مقال منشور بمجلة الحامي، العدد 13، 1989، ص 118-127.
- الاتحاد الدولي للمحامين : "الميثاق الدولي للحق في العدالة للجميع"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 7، 1992، ص 63-74.
- ذ. العلوي إدريس العبدلاوي : "حق اللجوء إلى القضاء وحقوق الدفاع"، مقال منشور بمجلة الأكاديمية، العدد 18، 2001، ص : 49-57.
- ذ. بوكريمان محمد : "إنصاف القضاة كآلية لإنصاف المتقاضين"، مقال منشور بمجلة الحامي، العدد 41، 2002، ص 15-27.
- ذ. الزيتوني إبراهيم : "سلطة القضاء في الدستور، مقومات الاستقلالية ورهانات الإصلاح"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 15-27.
- ذ. الصبار الطيبي : "تدبير الموارد البشرية في ميثاق إصلاح منظومة العدالة"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 127-137.
- ذ. الحجاجي منير : "قراءة في ميثاق إصلاح العدالة ومخرجاته التشريعية"، مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 79-93.
- النصوص القانونية :
- الدستور الجديد للملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليو 2011.
- الخطب الملكية :
- نص خطاب جلالة الملك الحسن الثاني رحمه الله بمناسبة ظهور النتائج الرسمية للاستفتاء الدستوري، وورد في سلسلة خطب وندوات صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني 1992-1993، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1994.
- القرارات والأحكام القضائية :
- قرار المجلس الدستوري رقم: 992/16، بتاريخ 15 مارس 2016.
- قرار المجلس الدستوري رقم 2004/586، بتاريخ 10 غشت 2004.
- قرار المجلس الدستوري رقم 2000/382، بتاريخ 15 مارس 2000.

## مظاهر النيسير والمرونة في المذهب المالكي من خلال أحكام الأسرة



إعداد : الدكتورة فاطمة ملول

كلية الشريعة بفاس - المغرب

مقدمة :

لا يخفى على أحد أن الفقه الإسلامي هو أساس التشريع والقضاء والفتوى في العالم الإسلامي من بداية الدعوة إلى يومنا هذا ، فلديه لكل حادثة حديث، ولكل واقعة حكم ولكل قضية حل ، وفي هذا رد على من يتوهم أن الفقه الإسلامي لا يتسع صدره للتغيير والتطور والتجديد ، وقد بينت السنة النبوية خلاف هذه الادعاءات ، وذلك في الحديث الصحيح الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : " إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل سنة من يجدد لها دينها "1، وإذا كان تجديد الدين مشروعاً بصفة عامة ، فإن الفقه أولى جوانب الدين بالتجديد ، لأنه الجانب العملي المرن المتحرك الذي يعتمد عليه الناس لمواجهة كل حادثة وواقعة جديدة بالحكم والفتوى والبيان .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : " إن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها ، ويتميز بها عن سائر النظم القانونية في صياغته ، وتقضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه. "2

وإن من أبرز خصائص الفقه الإسلامي أنه يجمع بين الثبات والمرونة معا في تناسق محكم وتوازن فريد ، فالأصول الكلية ثابتة خالدة وهي التي تحفظ للأمة الإسلامية وحدتها الفكرية والسلوكية ، والفروع الجزئية مرنة ومتغيرة ، فيها قابلية للتطور شأن ما في الكون من متغيرات جزئية ، لازمة لحركة الإنسان والحياة ، وهي معظم أحكام الفقه الإسلامي ، وهي مجال الاجتهاد ، ومنها ينطلق الفقه إلى الحركة والتطور والتجديد.

يقول الدكتور يوسف القرضاوي : " فمن أسباب هذه المرونة :

أولاً : إن الشارع الحكيم لم ينص على كل شيء ، بل ترك منطقة واسعة خالية من أي نص ملزم ، وقد تركها قصداً للتوسعة والتيسير والرحمة بالخلق ...

ثانياً: إن معظم النصوص جاءت بمبادئ عامة وأحكام كلية، ولم تعرض للتفصيلات والجزئيات إلا فيما لا يتغير كثيراً بتغير المكان والزمان، مثل شؤون العبادات وشؤون الزواج والطلاق والميراث ونحوها...

ثالثاً: إن النصوص التي جاءت في أحكام جزئية قد صيغت صياغة معجزة، بحيث تتسع لتعدد الأفهام والتفسيرات، ما بين متشدد ومرخص، وما بين أخذ بحرفية النص، وأخذ بروحه وفحواه "3 .

ثم لا جدال أن كل إمام من أئمة الاجتهاد له قواعد معينة، وتصاميم محددة، وبتأمل منازع الفقهاء ومناهجهم في الفقه واجتهادهم في الشرع، نجد الإمام مالك رحمه الله ناهجا في هذه القواعد خير المناهج، وسالكا فيها أفضل المسالك، ومرتباً لمراتبها ومداركها أحسن ترتيب 4 .

فقد عرف المذهب المالكي بالوسطية بين المتمسكين بظاهر النصوص، وأصحاب الرأي الذين لم يكن للنقل ولا للنص عندهم أهمية كبيرة، وهذا المنحى في التفقه والاجتهاد يدل على حصافة فكر وبعد نظر الإمام مالك وتلاميذه، مما جعل أتباع المذاهب الأخرى يأخذون بمذهبه في عدة مسائل يعتبرونها المخرج من الضيق والحل للمشاكل، بحكم ما فرضه التطور من أفضية وأوضاع، بل نجد رجال القانون من غير المسلمين ينوون بأصالة المدرك الاجتهادي في الفقه المالكي ويعتمدونه في كثير من الأحكام.

وقد اشتهر القول في سياق الحديث عن سماحة المذهب المالكي ويسره: "مذهب مالك أوسع من مصر والشام والعراق، إلا في النكاح والعتق والطلاق"، واستثناء هذه الأبواب الثلاثة، لا يعني ضيق المذهب المالكي بقدر ما يعني أخذه بالاحتياط في هذه الأبواب وتحريره للسداد فيما يتعلق بقضايا الزوجية وحرية الرقيق، فهو على كل حال وفي هذه الأبواب أيضاً، أوفق المذاهب وأكثرها اعتباراً لمصلحة الجماعات والأفراد.

ولا شك أن المذهب المالكي مدين بذلك لمرونة قواعده وعدم تقيده إلا بما يحقق مقصد الشريعة الغراء، من درء المفسد وجلب المصالح، فهو إذا اشتبه الأمر بحكم العقل في النقل ليصل إلى مراد الشارع، وربما خالف النقل إذا كان هناك ما يعارضه من واقع لا يصح تجاهله والنقل غير متواتر. 5

كما أن تنوع أصول المذهب المالكي، والتي فيها من المران والزراد الثر جعل من هذا المذهب أكثر قابلية للتطور والتغيير والتجديد، ووضع الحلول المناسبة للوقائع المستجدة، ومواكبة أحوال الناس وظروفهم وأعرافهم وعاداتهم، وأقرب لمصالحهم وأكثر تلبية لحاجاتهم وأغراضهم، ضرورية كانت أو حاجية أو تحسينية.

فالمصالح المرسله التي تعد من أبرز أصول المذهب المالكي، قد هيمنت على المذهب حتى صارت عنوانه وسمته المميزة، ويجدها الدارس تحكم فروع المذهب المالكي سواء ألبست المصلحة لباس القياس وحملت اسمه، أم ظهرت في ثوب الاستحسان وحملت عنوانه، أم كانت مصلحة مرسله لا تحمل غير اسمها ولا تأخذ غير عنوانها. 6

ويتجلى مدار الاستحسان في مراعاة مقاصد الشارع، وجلب المصالح، ودرء المفسد، ومنع المظالم، ورفع الحرج، وجلب التيسير.

وفي أصل سد الذرائع وكذا مراعاة الخلاف، وتحكيم الأعراف والعادات وتطبيقاتها، الكثير من التوسعة ورفع المشقة وجلب التيسير للناس، وهذا ما جعل المذهب المالكي مرناً يتسع لجميع الطموحات والتطلعات، ويسعى إلى تحقيق المنافع والمصالح.

وبناء على هذه الاعتبارات نلمس مرونة الفقه المالكي في بعض أحكام الأسرة تبعا لعدة مقتضيات كتغير الأعراف والعادات أو مراعاة الخلاف المذهبي في بعض المسائل الفقهية أو سد الذرائع أو الأخذ ببعض المصالح.

وهذا ما أود إلقاء الضوء عليه من خلال هذا البحث حتى تتضح معالمه عبر المحاور التالية :

#### أولاً: الإشهاد :

يتم الإشهاد على الزواج بإحضار شاهدين عدليين مسلمين وإسماعهما الإيجاب والقبول في مجلس عقد الزواج أو عند الدخول ، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الإشهاد شرط في صحة الزواج ، لأن بالإشهاد تحفظ حقوق الزوجة والأولاد ، لكي لا يجردهم وينكرهم أبوهم ، فيضيع نسبهم ، وفيه درء التهمة عن الزوجين ، وبيان خطورة الزواج وأهميته .

وبعد اتفاق الفقهاء على شرط الإشهاد اختلفوا في وقته ، وانقسموا إلى فريقين :

أ- الفريق الأول : يرى أن الإشهاد واجب في عقد الزواج وركن من أركانه ، ليسمع الشهود الإيجاب والقبول ، عند صدورهما من المتعاقدين ، فإن تم العقد بدون الشهادة وقع فاسداً ، واستدل أصحابه بحديث ابن عباس: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " 7 ، وحديث : " البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة " 8 ، وظاهره عند النكاح ، وبه تتحقق حكمة الشهادة ، ولأن الشهادة شرط ركن العقد ، فيشترط وجودها عند الركن . وهو رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد على المشهور.

ب- الفريق الثاني : يرى أن الإشهاد شرط لصحة الزواج ، سواء أكان عند إبرام العقد ، أم بعد العقد وقبل الدخول ، ويستحب فقط كونه عند العقد ، فإن لم يكن الإشهاد وقت العقد أو قبل الدخول ، كان العقد فاسداً ، والدخول بالمرأة معصية ، ويتعين فسخه ، واحتج أصحابه بعموم الآيات الواردة في شأن الزواج مثل قوله تعالى : ( فانكحوا ما طاب لكم من النساء ) 9 ، وقوله عز وجل : ( و أنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم وإمائكم ) 10.

وقد تعددت الأقوال داخل المذهب المالكي في هذا الباب والرأي الغالب في المذهب أن إحضار الشهود ليس واجبا عند الإيجاب و القبول في مجلس العقد ، وإنما ذلك مستحب فقط ، ويكون الزواج صحيحا إن لم يكن القصد الكتمان ، و يشهدان في المستقبل ، ومعناه أن الإشهاد يصير واجبا عند الدخول . وهذا محل الخلاف بين المالكية 11.

فقد سأل سحنون ابن القاسم قائلا : فإن تزوج بغير بينة على غير الاستسرار، قال ابن القاسم : ذلك جائز عند مالك وليشهدا فيما يستقبلان 12.

وقال محمد ابن رشد : ليس الإشهاد من شروط صحة العقد ، وإنما يجب عند الدخول ، ومن تزوج ولم يشهد فنكاحه صحيح ، ويشهدان فيما يستقبلان إلا أن يكونا قصدا إلى الاستسرار بالعقد فلا يصح أن يثبتا عليه لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح السر، ويؤمر أن يطلقها طلقا كما قال مالك لشبهة العقد ثم يستأنف العقد معها بعد أن تستبرئ نفسها بثلاث حيض إن كان قد دخل بها 13.

و يفهم من هذا أن الإشهاد مندوب إليه في البداية واجب في النهاية أي عند الدخول، وهذا يفسر قولهم: " يصح النكاح دون إشهاد ولا يتم إلا بالإشهاد " 14 ، ويقول الشيخ خليل رحمه الله تعالى: " وفسخ إن دخل بلا ه " 15 أي بلا إشهاد ، مما يدل على بعد نظر فقهاء المذهب المالكي وأخذهم الأمور بمقاصدها وغاياتها ، ويعطي لحكم الإشهاد الفسحة الكافية والمرونة المتجددة .

والمستفاد مما سبق ذكره أن وقت الإشهاد يتردد بين اشتراطه في عقد الزواج أو بعده وقبل الدخول ، ولا توجد آية صريحة ولا حديث متفق على صحته يصرح بوجود الإشهاد عند العقد ، مما يجعل هذا الحكم قابلا للرأي والتجديد والنظر ؛ ويخضع للتغيير والتعديل حسب عادات الناس ومصالحهم في كل زمان ومكان .

ثانيا : الصداق :

أ- اختلاف الزوجين في قبض الصداق :

ومن أمثلة تغير الأحكام بتغير الأعراف والعادات ما جاء في الفقه المالكي عند اختلاف الزوجين في قبض الصداق أو مؤجله ولا يتوفر أحدهما على بيته ، فإن القول قول الزوجة قبل الدخول ، والقول قول الزوج بعد الدخول ، اعتبارا للعرف المطرد ؛ إذ إن المرأة لا تدخل ولا تزف إلى فراشها إلا بعد أن تمكن من صداقها، فإن تغير هذا العرف ، أو وجد عرف آخر في مكان آخر يقول بخلاف ذلك ، فإن الحكم يتغير ويتبدل تبعا لعرف هذا البلد أو ذاك العرف المتحول 16.

وقد سئل القاضي عياض رحمه الله عن رجل تزوج امرأة بصداق عاجل وآجل ودخل بها وبقي معها حتى حل الكالئ ، وبعده بسنين توفيت المرأة المذكورة ، وقام ورثتها يطلبون الميراث في تركتها من صداق أو غيره ، فادعى الزوج البراءة من جميع الصداق عاجله وآجله ، وكان في عقد الصداق شرط أنه لا براءة للزوج في الدفع إلا ببينة ، فهل يلزمه إقامة بيته أم لا ؟ ويكون القول قوله أم كيف يكون الأمر ؟

فأجاب القاضي عياض بأن القول قول الزوج فيما جرت العادة في دفعه من النقد قبل

الدخول ، وما عدا ذلك فالقول فيه قول الورثة 17 .

وقال القاضي عبد الوهاب : يأخذ بالعرف إذا لم يثبت ذلك في صداق ولا كتاب ، وفي اختصار المتيضية : إن عقد في الصداق بعد ذكر النقد أنه لا يبرئه البناء بها ولا طول المقام معها ، فإنه حينئذ لا يقبل قوله في الدفع كسائر الديون 18.

ب- الأنكحة الفاسدة لأجل الصداق :

يعتبر الصداق ركنا من أركان الزواج في المذهب المالكي، لا يصح إلا به ، وإذا وقع فساد في الصداق فسد الزواج ، ومقتضى فساد الزواج فسخه مطلقا قبل الدخول وبعده ، وعدم ترتيب آثار الصحة عليه .

إلا أن فقهاء المذهب المالكي راعوا خلاف المذاهب في الأنكحة الفاسدة لأجل الصداق؛ كالحنفية الذين قالوا بصحتها كلها، والشافعية والحنابلة القائلين بصحة بعضها، فقالوا: تصح بعد الدخول بصداق المثل مراعاة للخلاف، وتفسخ قبله بطلاق، ويثبت بها التوارث بين الزوجين، وتنشر الحرمة 19.

ومن هذه الأنكحة: النكاح على صداق فيه غرر كبير شارد أو جنين في بطن أمه أو ثمرة لم يبد صلاحها على أن تبقى في الشجرة حتى تطيب، فإن اشترط أخذها من هذا الوقت بالجداد جاز، وما لا يجوز بيعه ولا يجل تملكه كالخمر والخنزير ونحوهما، أو الاتفاق على إسقاطه، أو أن يكون مؤجلا بأجل مجهول، أو أن يكون أنقص من أقل الصداق، أو الجمع بين زوجتين بصداق واحد، أو يجتمع مع الصداق عقد بيع أو قرض أو شركة 20.

### ثالثا: النكاح بدون ولي:

#### أ- رأي المالكية:

يرى الفقهاء المالكيون أن الولي شرط صحة في عقد الزواج، فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرًا كانت أو ثيبًا، شريفة أو دنيئة، رشيدة أو سفیهة، أذن لها وليها أو لم يأذن 21، واستدلوا بالحديث الذي رواه الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" 22، وحديث أبي موسى وابن عباس: "لا نكاح إلا بولي" 23، وحديث أبي هريرة: "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها" 24.

وحكم هذا النكاح عند أصحاب المذهب الفسخ قبل الدخول وبعده، بغير طلاق ولا عدة ولا أثر له من حرمة نكاح ولا توارث بين الزوج.

#### ب- رأي الحنفية:

إلا أن أبا حنيفة وأصحابه ذهبوا إلى أن الولي شرط تمام وكمال فيجوز للمرأة أن تعقد على نفسها بنفسها بدون ولي بشرط كفاءة الزوج، وأن يقدم لها مهر أمثالها، واستدلوا بقوله تعالى: (حتى تنكح زوجا غيره) 25، وبحديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها" 26، فإن لم يتوفر شرط الكفاءة ومهر المثل فسخ النكاح ما لم تلد الزوجة أو يظهر حملها، مراعاة لمصلحة الولد لأن حق الولد أقوى من حق الولي، ويتم فسخ النكاح بطلاق قبل الدخول وبعده مع ثبوت العدة وترتب الحرمة والتوارث بين الزوجين.

ومراعاة للخلاف قال المالكية بفسخه قبل الدخول وبعده بطلاق وثبوت العدة فيه ونشره للحرمة، وثبوت التوارث بين الزوجين، وفي المذهب قول بتصحيحه إذا طالت المدة بعد الدخول وولدت الزوجة، مراعاة لقول الحنفية القائلين بصحة هذا النكاح وعدم الفسخ، وذلك لما يترتب على الفسخ من ضرر للزوجة والأولاد حينئذ، فتقوى مراعاة خلافهم في المذهب 27.

رابعا: انتقال الزوجة إلى بيت الزوج :

أ- رأي الفقهاء المتقدمين :

ذهب الفقهاء القدامى إلى أن الزوجة تتبع زوجها إلى مسكنه ولو كان بعيدا عن أهلها ، لأن الأزواج في زمنهم عرفوا بالمعاملة الحسنة واحترام النساء ، فقد جاء في المدونة الكبرى : " وللزوج أن يظعن بزوجة من بلد إلى بلد ، وإن كرهت ، وينفق عليها ، وإن قالت : حتى أخذ صداقي ، فإن كان قد بنى بها فله الخروج وتتبعه به دينا " . 28 .

ب- رأي الفقهاء المتأخرين :

لكن لما تغير الناس وفسدت الذمم وانعدمت المودة والرحمة بين الزوجين ، غير الفقهاء المتأخرون هذا الحكم، ولم يوجبوا على الزوجة الانتقال إلى بيت زوجها البعيد عن أهلها، ولم يعتبروا هذا خروجا عن فتاوى السلف بل هو اختلاف الأحوال لا اختلاف الأحكام 29 .

فقد سئل الشيخ التاودي عن رجل أراد أن يسافر بزوجه من حاضرة فاس إلى حاضرة تلمسان وهو غير مأمون عليها ، وقد ثبت ضرره لها غير ما مرة ، والطريق بين الحاضرتين غير مأمونة أيضا ، وفي علمكم الشروط التي ذكروا في تمكين الزوج من سفره بزوجه .

فأجاب: إذا ثبت أن الزوج غير محسن إلى زوجته ويخشى أن يضر بها فليس له أن يسافر بها ولا أن يغربها عن أهلها ولا أن يرحل بها إلى بلد ليس فيه أحد من أقاربها .

وقال ابن رشد في قول المدونة : وللزوج أن يظعن بزوجه من بلد وإن كرهت ما نصه : يريد أن يكون غير محسن إليها ولا مأمون عليها ، قال هذا معنى كلامهما ، قال : وصرح به أشهب عن مالك . قاله المشدالي ونقله الخطاب و ذكره غير واحد .

ومن شروط انتقال الزوج مع زوجها أيضا أن تكون الطريق مأمونة والبلد قريبة بحيث لا ينقطع خبرها عن أهلها ولا خبر أهلها عنها ، وإلا لم يلزمها السفر إلا برضاها 30 .

خامسا: توريث المطلقة في مرض الموت :

أ - رأي المالكية :

جاء في المدونة الكبرى : قلت : أرأيت إذا طلق امرأته وهو مريض قبل البناء بها ، قال: قال مالك : لها نصف الصداق ولها الميراث إن مات من مرضه ذلك ، قال مالك : وإن طلقها طلاقا بائنا وهو مريض وقد دخل بها كان عليها عدة الطلاق ولها الميراث ... وإن انقضت عدتها من الطلاق قبل أن يهلك ، فهلك بعد ذلك فلها الميراث ولا عدة عليها من الوفاة 31 .

يتبين من خلال هذا النص أن الزوج - وإن كان الطلاق مباحا له في كل وقت - ، متهم في هذه الصورة بأن يتخذ ما أبيع له وسيلة لإلحاق الضرر بالزوجة ، بمنعها حظها من الميراث ، فرأى الإمام مالك رحمه الله تعالى أن يسد هذا



الباب بمعاملته بنقيض قصده كمن يقتل مورثه 32 ، بل إنه ذهب إلى أن الزوجة التي تطلق في مواضع الشبهة والتهمة ، تترث ولو كان لها أزواج متعددون وطلقها كل على حدة في مرض موته ، ولو كانت في عصمة زوج آخر ، وترث من جميعهم .

ففي المدونة الكبرى : قلت : هل تترث امرأة أزواجهم يطلقها في مرضه ثم تتزوج زوجها ، والذين طلقوها كلهم أحياء ثم ماتوا من قبل أن يصحوا من مرضهم ذلك ، وهي تحت زوج ، أتورثها من جميعهم أم لا ؟ في قول مالك ، قال : لها الميراث من جميعهم 33 . ولا يرثها الزوج إن ماتت هي بعد طلاقها 34.

ب- رأي فقهاء المذاهب الأخرى :

وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء المذاهب الأخرى كأبي حنيفة وأصحابه ذهبوا إلى توريث المطلقة في مرض الموت ما دامت في العدة ، فإذا مات الزوج بعد انتهاء العدة فليس لها شيء ، ويرى الإمام أحمد بن حنبل أنها تترث ما لم تتزوج غيره ، أما الإمام الشافعي فلم يورثها مثل من طلقت طلاقاً بائناً في حالة الصحة .

قال ابن رشد : يرجع اختلاف الفقهاء في هذا الأمر ، إلى اختلافهم في وجوب العمل بأصل سد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ، ومن لم يقل بسد الذرائع ورأى وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثاً . 35

إلا أن بعض الفقهاء كعبد الله المقري أدخلوا هذه المسألة في تطبيقات أصل المعاملة بنقيض القصد الفاسد ، وهو أصل من أصول المذهب المالكي ، حيث قال في القاعدة 296 : من أصول المالكية المعاملة بنقيض المقصود الفاسد ، كحرمان القاتل من الميراث ، وتوريث المبتوثة في المرض المخوف 36 . وهذه القاعدة تخدم المقاصد الشرعية في الحفاظ على استمرار الشريعة ودوامها ، وعدم التحايل على الشرع لإسقاط حق أو إبطاله .

سادساً : الرضاع :

أ- مراعاة العرف :

لا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من المصلحة ، لا يصح أن يتركه الفقيه ، بل يجب الأخذ به ، حتى ولو كان قاصراً على بلد أو فئة معينة من الناس .

جاء في المدونة الكبرى : وسألت مالكا عن المرأة ذات الزوج أيلزمها إرضاع ابنها ، قال : نعم ، يلزمها إرضاع ابنها على ما أحببت أو كرهت إلا أن تكون ممن لا تكلف ذلك ، قال : فقلت لمالك : ومن التي لا تكلف ذلك ؟ قال : المرأة ذات الشرف واليسار الكثير التي ليست مثلها ترضع وتعالج الصبيان في قدر الصبيان ، فأرى ذلك على أبيه ، وإن كان لها لبن... 37

فيتضح من هذا أن الإمام مالكا قد خصص العموم في قوله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين 38) ، بما كان الناس متعارفين عليه في المدينة من أن المرأة الموسرة ليس واجبا عليها إرضاع طفلها ، وإنما هو واجب على الآباء ، إلا أن يرفض الرضيع ثدي غيرها ، أو لا توجد له مرضع 39 .

## ب- مراعاة المصلحة :

ومراعاة لمصلحة الطفل وحفظه من الهلاك أضاف الإمام مالك مدة شهرين على الحولين، وإن كان الشرع قد جعله في حولين كاملين كما يتبين من الآية الكريمة في قوله عز وجل: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين).

لأن الطفل قد يحتاج إلى هذه المدة لتحويل غذائه إلى الطعام، لكن إن فطم الولد عن اللبن، واستغنى بالطعام استغناء بينا ولو في الحولين، أو لم يوجد له مرضع في الحولين فاستغنى بالطعام أكثر من يومين وما أشبههما، فأرضعته امرأة، فلا يجرم، لأن مفهوم الحديث: (فإن الرضاعة من المجاعة) يدل على أن الطفل غير مفطوم، فإن فطم في بعض الحولين، لم يكن رضاعاً من المجاعة 40.

فكل هذا يظهر خصوصيات المذهب المالكي في كثرة أصوله التي تتميز بمراعاة أعراف الناس ومصالحهم، و يبين مرونته في الإجابة على مختلف النوازل والأحداث.

## خاتمة :

من خلال هذه الأمثلة التي وقفت عليها من أحكام الأسرة في الفقه المالكي يمكن الرد على من يدعي أن المذهب المالكي يتميز بالجمود والتحجر، بل إن هذه المزاعم باطلة ومبينة على الجهل بهذا التراث وبالأحكام المسبقة و المغلوطة، دون محاولة الاطلاع على خفاياه ودراسته بعمق وروية، ويكفي أن نؤكد على أن مخالفة أتباع مالك لإمامهم وخروجهم عن كثير من آرائه، جعلت من هذا الفقه متطوراً ومرناً ومسائراً للمستجدات، ذلك أن الاختلاف بين فقهاء المذهب الواحد في جميع المجالات، وفي مجال الأسرة خصوصاً ليس اختلافاً مكروهاً الصورة، بل هو اختلاف مبارك الطلعة إذا كان في دائرة الحق، يسعى إلى توسيع المصلحة حتى تسع هذه الأخيرة طاقات الناس، وتحتملهم بظروفهم وأحوالهم من غير مشقة أو حرج.

وكل هذا وذاك يؤكد أن الفقهاء المالكية كانوا أصحاب تفكير عميق، وفهم دقيق، أعطوا أحكاماً لكل قضية، إما جرياً مع المصلحة أو درءاً لمفسدة، أو تمشياً مع الضرورة، ولم يجمدوا على المنصوص، ولا تحجروا مع الأقوال المشهورة في المذهب، كما ادعى المدعون، وزعم الزاعمون، ولكنهم كانوا يفتون أحياناً بالقول الشاذ والضعيف، متى رأوا المصلحة تقتضيه، وتعذر عليهم الذهاب مع ما اشتهر من الأقوال في المذهب، وأثبتوا بذلك أن الفقه المالكي بما احتواه من أصول وقواعد يلبي حاجات الناس، وكفيل بإعطاء الحلول لكل ما يجد من قضايا ونوازل ما دام هذا الفقه قد اشتمل على قدر كبير من القواعد الكلية و المبادئ العامة التي تندرج تحتها كل الجزئيات.

## الهوامش :

- 1- أخرجه الإمام أبو داود في سننه في كتاب الملاحم باب ما يذكر في قرن المائة حديث رقم: (4291).
- 2- مصادر الحق في الفقه الإسلامي لعبد الرزاق السنهوري ج1 ص6، المجمع العلمي الإسلامي بيروت لبنان.
- 3- الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد للدكتور يوسف القرضاوي ص87، مؤسسة الرسالة ط. 1422- 2001.
- 4- الإمام مالك والمالكية تأليف جماعة من الأساتذة والعلماء والفقهاء، ص 53 منشورات الملتقى عدد 18 ط1. -2007.
- 5- نفسه : ص 42-43.

- 6- مالك لأبي زهرة : ص 377 ط. دار الفكر العربي.
- 7- أخرجه البيهقي عن ابن عباس في السنن الكبرى.
- 8- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى.
- 9- سورة النساء الآية 3 .
- 10- سورة النور الآية 32.
- 11- الفقه الإسلامي وأدلته لهبة الزحيلي : 7/ 72 دار الفكر، ط.2-1405- 1985.
- 12- المدونة الكبرى رواية سحنون: 193/2، دار صادر دار الغرب الإسلامي بيروت ط.1408- 1988.
- 13- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة لابن رشد 378/4، دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان، ط.2 1988/1408 .
- 14- النوازل لعيسى العلمي ط. وزارة الأوقاف المغرب 1983 .
- 15- مختصر الشيخ خليل ص112 ، دار الفكر ط. 1981-1401.
- 16- الفروق للقرافي : 45/1 دار عالم الكتب بيروت .
- 17- مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض وولده محمد ص 277 ، دار الغرب الإسلامي ط.2- 1997 تحقيق الدكتور محمد بن شريفة .
- 18- النوازل الصغرى لأبي عبد الله سيدي محمد الوزاني ج 2 ص:266-267 ط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المملكة المغربية 1412 / 1992 .
- 19- جواهر الإكليل على مختصر خليل لابن عبد السمیع الآبي 310/2-311 ، دار المعرفة بيروت.
- 20- مراعاة الخلاف لمحمد الأمين ص 375-378 دار البحوث الإسلامية ، ط 1-1423/2002.
- 21- القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي : ص 225 ، دار الرشاد الحديثة ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي ط. 1424- 2003 الدار البيضاء المغرب .
- 22- أخرجه الترمذي في سننه في كتاب النكاح، باب ما جاء في لا نكاح إلا بولي ، وقال فيه : حديث حسن صحيح .
- 23 - أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب النكاح ، باب في الولي .
- 24- أخرجه ابن ماجه في كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي.
- 25- سورة البقرة من الآية 228 .
- 26- رواه الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت .
- 27- المعونة على مذهب عالم للقاضي عبد الوهاب البغدادي : 727/2-729، تحقيق : حميش عبد الحق ، دار الفكر . ومراعاة الخلاف : ص : 386 .
- 28- نوازل الوزاني : ص : 36.
- 29- الحاشية على فرائض خليل : ص : 8 مطبعة السعادة .
- 30- نوازل الوزاني : ص 36 .
- 31 - المدونة الكبرى ج3 ص 34 .
- 32- مراعاة الخلاف: ص 183 .

33- المدونة الكبرى : ج3ص34 .

34- الكافي لابن عبد البر ، ص 271 دار الكتب العلمية بيروت ط. 1413-1992 .

35- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد 2 : ص 137- 138 دار الجيل ، بيروت ط1. 1409-1989 .

36- قواعد الفقه المالكي لأبي عبد الله المقرئ قاعدة 296 ، ط. 1400-1980.

37- المدونة الكبرى ج2/ص416 .

38- سورة البقرة الآية 233 .

39- البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة الدكتور إدريس حمادي : ص 199 ، إفريقيا الشرق 2005 .

40- الفقه الإسلامي وأدلته: 7/709-710 .

## المُدونة الفقهية وواقع الأمة الإسلامية



**إعداد : الباحث رابح قاسمي طالب دكتوراه  
بجامعة الزيتونة تونس ، وباحث مشارك  
بمخبر القانون المدني بكلية الحقوق بتونس**

### المقدمة :

في ظل ما عرفته وتعرّفه المدونة الفقهية من صعوبات في الفهم والتطبيق جرّاء الأزمة التي ألمت بالأمة الإسلامية في شتى ميادين النشاط البشري، ليحصل بذلك إهمال هذه الثروة الفقهية التي أسهمت بقسط وفير في معالجة قضايا الأمة على مر الأزمان.

ومن هنا يجد المسلم العارف بمقاصد الشرع<sup>(1)</sup> نفسه في حيرة متولدة عن عدم استثمار هذا الخير العميم الذي خلده فقهاء التشريع الإسلامي، وليقف مشدوهاً تجاه هذا الاختلاف الكمي والنوعي بين فترات الاجتهاد والركود، وكيف أدى هذا التعامل السلبي مع المدونة الفقهية إلى ظهور مسارين بارزين، الأول لفهم ضيق سجن أتباعه ضمن أطرها كفيلة بتأسيس غايات معينة رسم لها حدوداً فكرية وأكسبها من القداسة ما تمتنع معها كل محاولات تفهم لمشروعيتها وجودها، وهو ما عطل الاجتهاد ومن ثمّ وأد حركة التقدم، إذ أضحى للماضي في نظر أصحاب هذه الأفكار عظمة جعلته يسيطر على الحاضر بذات الرؤى التي أسس عليها الوجود السابق.

<sup>1</sup> - يقول ابن عاشور متحدّثاً عن مقاصد الشريعة "لتكون نبراساً للمتفقيين في الدين، ومرجعاً بينهم عند اختلاف الأنظار وتبدّل الأعصار، وتوسلاً إلى إقلال الاختلاف بين فقهاء الأمصار، ودربةً لأتباعهم على الإنصاف في ترجيح بعض القوال على بعض عند تطاير شرر الخلاف، حتّى يستتبّ بذلك ما أردناه غير مرّة من نبذ التعصب والفئنة إلى الحقّ إذا كان القصد إغاثة المسلمين ببلالة تشريع مصالحهم الطارئة متى نزلت الحوادث واشتبكت النوازل، وبفصل من القول إذا شجرت حجج المذاهب، وتبارت في مناظرتها تلكم المقانِب. مقاصد الشريعة، دار سحنون، تونس، ودار السلام، مصر، ط4، 2009، ص3.

فالفهم الذي ترسخ لدى أصحاب هذا المسار هو "عصمة أفكار السابقين" رغم أن الفقهاء لا يدعون ذلك، فكلهم يعمل بمقولة مالك رحمه الله تعالى كلكم راد وكلكم مردود عليه إلا صاحب هذا القبر، وأشار إلى قبر الرسول صلى الله عليه وسلم. ومثل هذا التعصبي يبغي حرية التدبر التي ستحقق التطور المعبر عنه بالكدم، وبهذا التصور حصل تنزيل أفكار السابقين بما قد تحمله من سلبيات وإيجابيات على الحاضر المعاش ليصبح سجين تلك اللحظة التاريخية، وهذا مرده اقتناعهم بأن ما من عويصة إلا ولها حل في المدونة الفقهية، وما من خصلة فقدت إلا بسبب غياب التمسك بها دون أن تكون لهم معرفة بالمدارك التي بنى عليها الفقيه آرائه الفقهية، ومن ثم أوقفوا فهما لنصوص الدين عند لحظة زمنية معينة، فشحنوا عقولهم بمقولات السابقين، وبهذا أعدموا معانقة حرية التفكير الفقهية لغاية فهم مستجدات الحاضر الذي يعتبرونه أضغاث أحلام.

أما المسار الثاني، فرواده هم نقيض الصنف الأول، انبهروا بالعمولة الغربية والغزو الثقافي، فغالوا في التجديد إلى درجة أنهم أردوا نفس كل الاجتهادات الفقهية، وإن كانت هي أساس هوية المجتمع ومبرر وجوده، وسر بقاءه. فتنكروا لماضيهم، بل ومنهم من أنكر ما هو معلوم من الدين بالضرورة.

فهؤلاء قلّدوا الآخر وجمدوا على مقولات ثقافته وفلسفاته. كما نظر أهل الجمود الفقهية فقط إلى الماضي، فقلّدوا مقولات السابقين دون وعي بمداركها.

#### خطة البحث :

تكون هذا البحث من مقدمة ضمت التقديم العام الذي أنهيته بذكر عنوان البحث، والإشكالية التي سيقع معالجتها.

وبعد المقدمة تمتفريع البحث إلى ثلاثة مباحث، الأول عنوانه "الجمود أساس ضياع المدونة الفقهية" وقد تم تقسيمه إلى مجموعة من الفقرات.

أما الفصل الثاني فعنوانه "الجمود أساس ضياع المدونة الفقهية" ذكرت فيه مظاهر الجمود في شكل فقرات. ثم الفصل الثالث وعنوانه "التمثل الجيد لآراء الفقهاء أساس التقدم الحضاري" وقد دعوتن خلاله إلى ضرورة الوعي بمقائيق المدونة الفقهية، لأن نهضة المسلمين مرهونة بمدى التفعيل الجيد لتعاليم هذا الدين الحنيف. أما الخاتمة فضممتها أهم النتائج المتوصل إليها والتوصيات المرجو تحقيقها.

#### المبحث الأول : المدونة الفقهية وآفة التعصّب المذهبي :

##### الفقرة الأولى : التعصّب والتنكر للاختلاف الفقهية :

التعصّب حالة تُشاهد عند الإنسان حين تنعدم لديه المرونة في المواقف من أي فكرة أو ظاهرة جديدة،<sup>(1)</sup> فالشخص الموصوف بالتعصّب يضع لنفسه أصولاً ثابتة، وأطراً محدّدة، يفترض أن لا يطرأ عليها أي تغيير، عاملاً على تحويل اجتهادات العلماء إلى مقدسات، فتراه دائم الدوران في فلك الماضي دون أن يفسح المجال لولادة اجتهادات فقهية تعالج واقع الناس، فالتعصّب فهو كمن وضع عصابة على عينيه، فلا يدري من أين جاء ولا إلى أين يصير<sup>(2)</sup>، أي

<sup>1</sup> ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، ت: عبد الحميد هندواي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000 ج7 ص349، 350.

<sup>2</sup> ابن منظور، جمال الدين: لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1988 ج1 ص606.

جعل نفسه حاجزاً أمام الحيوية والإبداع لأنه لم يستطع تحقيق مناط الأحكام انطلاقاً من فهم مجريات واقعه، لذا أصبح من ذوي النظرة الضيقة وقصيرة المدى، يفكر ضمن أفق محدودة جداً. والأخطر أن تتحول نظرتة هذه إلى نزعة تسلطية تجعله يدعي امتلاك حقيقة فهم الأحكام وأن جميع من سواه من أهل التدبر لا يعلمون هذه حقيقة شيئاً<sup>(1)</sup>.

كما تتجلى هذه الظاهرة في الفهم الأحادي الذي لا يقبل التطور ولا التغيير ولا النقد، إنه الفهم الذي يصطدم بتغيرات العصر وتحولات الزمان ومقتضيات التقدم<sup>(2)</sup>.

فأزمة التعصب للاجتهادات الفقهية حقيقة مروعة، خاصة وأنها تحولت إلى تقديس لآراء الفقهاء بشكل يضاهي كتاب الله وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، كما تمت تخطيطة الآخرين دون الاحتكام إلى قوله تعالى (وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ)<sup>(3)</sup>. وقد يعتذر هؤلاء مجبهم للمذهب المتعصبين له، فحججهم مدحوضة لأن حب المذهب يجري وفق منزعين، أولاً: حب عقيم لا ترى من صاحبه إلا الميل إلى تركة المذهب والركون إليها، الشيء الذي أوقعه في شرك الجمود تجاه المسائل المسطورة، ومن ثم زين له تعصبه أن من خالف هذا السبيل هو من الخارجين عن الجادة، وما هذا الحب إلا حب الجامدين. أما الحب المثمر للمذهب فهو الذي يدفع المحب إلى تطوير المذهب وإثرائه قصد الرقي به إلى مشارف التوقد الحضاري، حتى يكون مذهباً يافعاً له قدرة على مجابهة التحديات، وهذا هو حب العارفين<sup>(4)</sup>.

وبمثل هذا الفهم يحصل الحياد عن طبيعة الدين الإسلامي الذي خاطب فيه الله تبارك وتعالى سائر الناس مشدداً على ضرورة السير والنظر والتفكير في خلق السماوات والأرض بهدف تحقيق الاستفادة من الالتفات إلى قوانين الكون، وسنن الحياة، وإلى عظمة التنوع، والتعدد، والاختلاف، والتناسق الموجود من حولهم في كل شيء سواء في عالم الأفلاك، والأجرام أو في عالم الحيوان والنبات والإنسان<sup>(5)</sup>. وما الحث على النظر إلا دليل على حيوية الدين الإسلامي وقابليته للتطور.

فالتعصب الفقهية إعدام لسنة الاختلاف الفكري والنفسي والروحي لدى الناس، لأن رفض فكر الآخر يؤسس لمقولة الهدم لا البناء، فسوء الظن بالآخرين والنظر إليهم نظرة سوداء قائمة تخفي كل حسنة وتضخم كل سيئة يقود حتماً إلى الانعزالية، ولو تدبروا القرآن والسنة لوجدوا فيهما ما يغرس في نفس المسلم حسن الظن بسائر عباد الله، قال تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ)<sup>(6)</sup>.

فالجمود على آراء الفقهية دون مراعاة أحوال الزمان والمكان فيه حياد عن طبيعة الشريعة الحمّدية لأن الله سبحانه وتعالى خطاب المؤمنين قائلاً (فَلَا تُزَكُّوا أَنفُسَكُمْ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنِ اتَّقَى)<sup>(7)</sup>.

<sup>2</sup> - القرضاوي، يوسف: الصحوة الإسلامية بين الجمود والجود، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، قطر، ط، 1984، ص 10 وما بعدها

<sup>2</sup> - عبد الرحمن، طه: الحق الإسلامي في الاختلاف الفكري، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، ط، 1، 2005 ص 187.

<sup>3</sup> - سورة يوسف، الآية 76.

<sup>4</sup> - الريسوني، قطب: مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، ط، 1، 2006 ص 6.

<sup>1</sup> - خاتمي، محمد: مطالعات في الدين والإسلام والعصر، دار الجديد، بيروت، ط، 2، 1998 ص 26.

<sup>6</sup> - سورة الحجرات، الآية 12

<sup>7</sup> - سورة النجم، الآية 32

وبهذا التعصّب، صُفِّدَ تسبيل التّلاقى، وانعدمت مقومات الحوار القائم على مبدأ (وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ)<sup>(1)</sup>.

ويبقى الأشد خطورة فرض الرأى على الآخرين بالقوّة، والقوّة هنا قد تفتك معنوياً بما هي أشد تهديداً من الفتنة الحسيّة، لأنّها اتّهام بالابتداع والكفر أو الاستهتار والمعصيّة.

فالإسلام دين وسطيّة<sup>(2)</sup> قوامه الاعتدال وعدم الإفراط والتّفريط في أيّ شيء، ولنا أنّ نلمس هذه الحقيقة في مقاصد التّيسير القائمة على مبدأ "عليكم من الأعمال ما تطيقون".

وعليناً دائماً وأبداً أنّ لا ننسى التّأخيل الذي تضمنه قوله تعالى (وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعاً وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَاناً)<sup>(3)</sup>.

فالتعصّب الفقهيّ أسهم وبشكل بين في صنع واقع أردى بالأمة الإسلاميّة إلى دركات الركود الفكري والانحطاط الحضاري، ممّا جعلها عاجزة كل العجز عن مسابرة ركب التّطور المطرد.

### الفقرة الثّانية : التّقليد السلبيّ :

إنّ ظاهرة التّقليد التي ابتليت بها الأمة مع بداية القرن الرابع للهجرة أسهمت في ضياع المدونة الفقهيّة، إذ أضحى "مريد الفقه... يتلقى كتب إمام معين، ويدرس طريقته التي استنبط بها ما دونه من الأحكام فإذا أتم ذلك صار من العلماء الفقهاء، ومنهم من تعلق به همته، فيؤلف كتاباً في أحكام إمامه إمّا اختصاراً لمؤلف سابق، أو شرحاً له، أو جمعاً لما تفرّق في كتب شتى، ولا يستجيز الواحد لنفسه أن يقول في مسألة من المسائل قولاً يخالف ما أفتى به إمامه كأنّ الحق كله نزل على لسان إمامه وقلبه حتّى قال طليعة فقهاء الحنفيّة وإمامهم من غير منازع، وهو أبو الحسن عبيد الله الكرخي: كلّ آية تخالف ما عليه أصحابنا فهي مؤولة، أو منسوخة، وكلّ حديث كذلك فهو مؤول، أو منسوخ"<sup>(4)</sup>.

وقد أخذ التّقليد العديد من الأشكال وألها التّخلي عن التّعامل مع النصوص التّشريعيّة كمنابع أصليّة واستنباط الأحكام منها، لتصبح أقوال الإمام رغم انعدام فهمها هي مدار العمل، ولتظهر طريقة التّخريج على أقوال أئمة الفقه والتّرجيح بها<sup>(5)</sup>، وبهذه الطريقة كثرت المتون، وشروحه، والحواشي وما وضع عليها من شروح، وأصبح الحشو هو السمة المهيمنة على الكتابات طيلة فترات التّراجع الحضاري<sup>(6)</sup>.

فالقلد لا "يأمن دخول الشبهات على أعماله، فمن لم يستمسك بالحبل العمليّ الذي يصله بالدليل الأعلى، ويدوم على هذا الاستمسك، قد تدبّ في عمله دواعي الخروج عن المنهج القويم وهو لا يشعر، فيسلك مسلك

<sup>1</sup> - سورة النحل، الآية 125.

<sup>2</sup> - قال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾ سورة البقرة، الآية 143.

<sup>3</sup> - سورة آل عمران، الآية 103.

<sup>4</sup> - بك، محمد الخضري: تاريخ التّشريع الإسلاميّ، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1994 ص199، 200.

<sup>5</sup> - ابن عاشور، محمد الطاهر: أليس الصبح بقريب، دار السلام للطباعة، مصرودار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ط2006، ص156، 155.

<sup>6</sup> - ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1987 ج2 ص189. تاجا، محمد: المذاهب الفقهيّة الإسلاميّة والتّعصب المذهبيّ، دار قتيبة للطباعة، دمشق، ط1، 1999 ص183.



الانحراف الخفى الذي إذا طال عليه الأمد، اتخذ سبيل الضلال المفضى إلى الهلاك"<sup>(1)</sup>. والهلاك لن يعود على صاحبه فحسب، بل على سائر أفراد الأمة.

ومن هنا، فإنّ المعضلة العظمى التي أضحت تُورق الإنسان المسلم هي العواقب الوخيمة المنجّرة عن التقليد دون فهم، حيث أصيبت الأمة بنكسة تمثلت في انعدام الفهم المجدى للأراء الفقهية، وبذلك توقف العطاء المعرفي، وانقلب الاختلاف من مرحلة وملحمة إلى تعسف، حيث رفض المتعصبون للمذاهب "أن يكون الاختلاف الفقهي اختلاف رحمة، فشدّد كلّ منهم في تحميم تقليد مذهبه، وعدم الترخيص للمتممين إليه في تقليد غيره ولو لحاجة أو ضرورة. وقد وقع من الفتن بين المختلفين في الأصول وفي الفروع ما سوّد صحف التاريخ، من ذلك أن بعض الحنفية من الأفغانيين، سمع رجلاً يقرأ الفاتحة وهو بجانبه في الصف فضربه بمجموع يده على صدره ضرباً وقع بها على ظهره فكاد يموت. كما أن بعضهم كسر سبابة مُصلّ لرفعه إيّاها في التشهد، وقد بلغ من إيذاء بعض المتعصبين لبعض في طرابلس الشام في آخر القرن الماضي أن ذهب بعض شيوخ الشافعية إلى المفتي وهو رئيس العلماء، وقال له: قسم المساجد بيننا وبين الحنفية فإنّ فلاناً من فقهاءهم يعدّنا كأهل الذمة بما أذاع في هذه الأيام من خلافهم في تزويج الحنفى بالمرأة الشافعية، وقول بعضهم: لا يصح، لأنّها تشك في إيمانها، يعنى أنّ الشافعية وغيرهم من الأشعرية يُجيزون أن يقول المسلم أنا مؤمن إن شاء الله، وقول آخرين: بل يصح نكاحها قياساً على أهل الذمة"<sup>(2)</sup>.

### الفقرة الثالثة: عدم فهم مقاصد الفقه:

أصبح التظاهر بقياس الدين، والمقصود في هذا المقام هو ذلك الوصف الذي يتوخاه الفرد رغبةً منه في تحقيق إربه بجعل الدين مطيةً يصبو من ورائها إلى تحقيق مصالح ذاتية، وبذلك يحصل انفصام بين واقع الاجتهادات الفقهية والمقاصد المراد تحقيقها، لأنّ مقصد الفرد في هذا المقام هو التوجه إلى الناس عوض التقرب إلى الله، وتعتبر هذه الظاهرة من الأسباب التي أفشلت حقيقة تطور المجتمعات الإسلامية، لأنّ عدم تحقيق المراد ينتج عنه الإعراض عن الدين وهجرانه، إن لم يتحول ذلك إلى عداة ومقت.

فمثل هذه الآفة المقيتة جعلت أتباع الدين يعانون نكايات التخلف لانتفاء ذلك المقصد العظيم والجليل الذي من أجله خلق الله البشر واستخلافهم في هذه الأرض وهو الإخلاص، فمقصد العبودية المطلقة لله من أسمى المقاصد مصداقاً لقوله تعالى: (وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ / مَا أُرِيدُ مِنْهُمْ مِنْ رِزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَنْ يُطْعَمُونَ / إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ / فَإِنَّ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا ذُنُوبًا مِثْلَ ذُنُوبِ أَصْحَابِهِمْ فَلَا يَسْتَعْجِلُونَ)<sup>(3)</sup>.

ولكن ألمّ بالمجتمعات الإسلامية داء عضال تجسدت معالمه في حصول تباعد بين حقيقة الأعمال ومقاصدها، فحصل التناقض بين الوجود (القيام بالأعمال من أجل الناس مثلاً) والمنشود (تحقيق مرضاة الله سبحانه وتعالى)، فأدت مثل هذه الأعمال إلى "استدراج الغير إلى الدخول في علاقات واهية وإلى طلب فوائد واهمة"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرحمن، طه: العمل الديني وتجديد العقل، المركزي الثقافي العربي، الدار للبيضاء، المغرب، ط1997، ص2، 85.

<sup>2</sup> تقديم رشيد رضا لكتاب المغني لابن قدامة المقدسي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط1978، ج1 ص18.

<sup>3</sup> - سورة الذاريات، الآيات 56، 57، 58، 59.

<sup>4</sup> طه عبد الرحمن: ن. م، ص80، 81. راجع أيضاً: قشيش، محمد: الإيمان في الإسلام، كتاب الملتقى الإسلامي

المسيحي، الضمير المسيحي والإسلامي في مواجهتهما لتحديات النمو، مركز الدراسات والأبحاث الاقتصادية، تونس،

فمن المحاذير التي حذر منها المولى سبحانه وتعالى الإسراف في أقوال لا يرتهن وجودها إلا بمجرد كلام لم يرتق إلى تجسيديات عملية توضح حقيقة الدين الإسلامي القائم على الأمر بـ(قُلْ اَعْمَلُوا)<sup>(1)</sup>، فالتنظير اللاعمرى أسهم في ضياع المدونة الفقهية، إذ من الواضح أن تعاليم هذه الشريعة قائمة بالأساس على التماهى المطلق بين البعد الغيبي العصي عن الإدراك والبعد الواقعي الذي تتجسد فيه صلاحية الفقه لكل حال ومأل، فالتعاليم الربانية التي أمر بها نبي الأمة عليه الصلاة والسلام ما هي إلا إصلاحات شاملة أسهمت في بناء صرح حضاري لم يشهد العالم مثيل له في تلك الحقبة، والمفهوم من هذا أن الفقه الإسلامي أبعد ما يكون عن تجسيد لعلاقات عمودية مجردة لا صلة لها بحياة الناس، بل إن سمة الأفقية هي سمته الغالب، ولهذا فلا بهتان إذا ما قيل إن تحقق حيوية المدونة الفقهية مدارها تحويل الأقوال والشعارات إلى واقع عملي ملموس، يأتي أكله بإذن ربه في كل وقت وحين، والملاحظ في زماننا الراهن غياب مثل هذا المبدأ الرباني العظيم، إذ حصل خلط بين التطلعات والإمكانات المتوفرة، وهذه من المساوئ التي لعبت دوراً هاماً في تهميش حقيقة الاجتهاد الفقهي وجعلته يعيش حالة من العزلة التامة تجاه مستجدات الحياة، فالواقعية تفرض حتماً ضرورة الموازنة بين الكائن وما قد يكون، لأن حسن استثمار الموجود هو الأساس الذي به يتحقق المنشود، ومن هذا المنطلق فإننا في حاجة إلى فهم الأحكام التي احتوتها المدونة الفقهية قصد تحقيق مناطها، فحسن استثمار الاجتهاد الفقهي "يثرى الفكر ويضيف إليه أبعاداً جديدة، كما أن الفكر يؤثر في الواقع ويسعى عبر الأدوات العقلية والثقافية إلى صياغته بما يتناغم والحظوظ الكبرى للفكر"<sup>(2)</sup>، وهذا ما عجزت عن تجسيده عقول المسلمين (منذ بداية عصر الانحطاط الحضاري حتى وقتنا الراهن)، وخير ما يمثل لهذه الوضعية المأسوية ما قاله محمد أحمد العزب: "والفاجع أننا بدأنا نمارس حضارة الكلام...إننا نزعم العفة ونحن غارقون في ممارسات الجنوح والتفلت، ونزعم النظافة ونحن نجبي في أعماقنا جثثاً من شهوات التدلي والانحدار، ثم نزعم بعد ذلك أننا نتابع خطى إسلامنا العظيم"<sup>(3)</sup>.

ومنذ بداية التراجع الحضاري الذي عاشه المسلمون حتى الوقت الحاضر ما يزال هذا السؤال يتكرر هل يأتي حين من الدهر يعي أفراد هذا الأمة ذات الماضي العريق حقيقة واقعهم الحزين فتنشأ لديهم رباطة جأش تجعلهم يتغلبون على أسباب تقهقرهم كما تغلب عليها نبينا محمد عليه الصلاة والسلام وصحابته وهم يواجهون أهل الجهالة، ثم سادت العلماء الذين أرسوا دعائم المدونة الفقهية.

<sup>1</sup> - سورة التوبة، الآية 107

<sup>2</sup> - محفوظ، محمد: الفكر الإسلامي المعاصر ورهانات المستقبل، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، ط1999، ص117.

<sup>3</sup> - أخذ من مقال له بعنوان: حضارة الفكر لا حضارة الاجترار، مجلة الأمة القطرية، ربيع الآخر، سنة 1406هـ،

## المبحث الثاني: التنكر للمدونة الفقهية:

التنكر هو الجحود ومعناه في الحقل المعجمي العام الإنكار مع العلم<sup>(1)</sup>، فالجاحد هو المتنكر لحقيقة الفضل المقدم له من قبل الغير. ومن مظاهر الجحود تحريف المصطلحات، والاعتزاز الأعمى بالتبعية لغير المسلمين.

### الفقرة الأولى: تحريف المصطلحات الفقهية:

إنّ الاستخدام العشوائي للمصطلحات أحدث تشوهات علمية، كما أسهم في فرز كم هائل من التناقضات الفكرية، إذ من المتعارف عليه أنّ أدنى إخلال بالمفاهيم والمصطلحات سيُنتج خلطاً في الفهم، وضبابية في المعرفة تقود حتماً إلى هجانة الهوية وفقدان الانتماء وانتفاء التّأصيل. ولهذا فإنّ حرب المصطلحات جزء لا يتجزأ من عملية تحريف تعاليم الدين، وطمس جهود الفقهاء<sup>(2)</sup> لأنّ "المسألة في عمقها تتحرك لإغراق ساحتنا المعرفية بسيل من المصطلحات إمّا الحرفّة أو الأجنبية الوافدة التي تحمل في طياتها مضامين فكرية ومفاهيمية مضادة، مما يُحقق لأصحابها تفكيك عنصر الأصالة لمدرستنا الفقهية...ويحكم عليها بالانحدار، لذا فإنّ التّشويه أو التّحريف المصطلحي جزء لا يتجزأ من الصراع الفكري الذي يشهد الواقع تجسيد فصوله"<sup>(3)</sup>. ومن النماذج الدالة على التباس المصطلحات ما قدمه محمد شحرور في كتابه الموسوم بـ: نحو أصول جديدة للفقه، فقد تحدث الكاتب عن مسألة تجديد الفقه الإسلاميّ معتمداً مصطلحات ملتبسة مثل الكينونة والسيرورة والصيرورة، حيث اعتبر أنّ فقهاء الإسلام انتهوا إلى جملة من الكينونات، وكلّ كينونة تبدأ بسيرورة (حركة الزمن) ثمّ تنتهي بصيرورة (ما انتهت إليه الكينونة) وإنّ التّطور هو الذي يحكم ثلاثتهم، إي حركة الزمن التي تشكل الوجود الماديّ. فالصيرورة التي جعلها للفقه الإسلاميّ تنم عن جدلية التّطور والتّحول من "كان" إلى حالة أخرى وهي "صار"، أي هنالك سيرورة (من سار) من كينونة إلى أخرى، ثمّ توصل إلى أنّ ما وضعه الفقهاء قديماً من أفكار هي "صيرورة" (من صار) وإنّ الوقوف عندها يمثل الموت بعينه لأنّ الصيرورة النهائية للوجود البشري على هذه الأرض هي الموت<sup>(4)</sup>.

فشحرور في موقفه هذا أخضع نتاج فقهاء الأمة الإسلامية إلى ظرفية تاريخية تجعلهم يتحدثون حسب رأيه عن الواقع من منطلق قراءات ذاتية، وهذا ما جعله يقع في تشوهات فكرية، حيث دعا إلى ضرورة تهميش كلّ ما وضعه فقهاء الأمة، مرجعاً حالة التّأخر التي تعانيتها المجتمعات الإسلامية إلى غياب ما عرف عنده بالصيرورة أو الاعتراف بموت المدونة الفقهية التي أنتجها السابقون.

فلا جدال أنّ المصطلح الفقهيّ هو اللبنة الأولى التي يُقام عليها صرح علوم الفقه، وأي تحريف قد يطال مصطلحاته فإنّه سيحيد بهذا العلم عن مساره الصحيح ويجعله عاجزاً عن إعطاء الفوائد المنشودة، فالمصطلح " - كائناً ما كان - إمّا واصف لعلم كان، أو ناقل لعلم كائن، أو مؤسساً لعلم سيكون، وإن شئت فجرد علماً من مصطلحاته فماذا يبقى بعد ذلك من العلم، أي أنّ المصطلحات الشرعية قائمة على أساس استيعاب العلوم الشرعية، فالغاية منها تمكين المكلفين من التخلق بها في ذاتها كما هو الشأن بالنسبة إلى المصطلح الفقهيّ، أو تكون

<sup>1</sup> - ابن منظور، جمال الدين: لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1997، ج1 ص376. الأصفهاني:

ترتيب القاموس المحيط، تصنيف الطاهر الزاوي، دار الفكر بيروت، ط1 [د.ت.]، ج1 ص525. الكفوي، أبو البقاء: الكليات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1992، ص353.

<sup>2</sup> - عبد الرحمن، طه: الحق الإسلامي في الاختلاف، ص113.

<sup>3</sup> - العادلي، حسين درويش: حرب المصطلحات، دار الهادي للطباعة والنشر، لبنان، ط1، 2003 ص10، 11، 10.

<sup>4</sup> - أصول تجديد الفقه، لأهالي للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2000، ص22، 23، 30، 48، 49، 57.

خادمة لذلك وعوداً عليه، أي ليست هي المقصودة بالامتثال لكنّها خادمة لما هو كذلك، كما هو الشأن للمصطلح الأصولي، فالمصطلح الشرعي مصطلح امتثالي إمّا لذاته، أو لغيره"<sup>(1)</sup>.

### الفقرة الثانية: الانحراف المنهجيّ في التعامل مع المدونة الفقهية:

لئن كان التقليد أساس ضياع الدين الإسلامي، فإنّ التبعية ذات المنزع السلبي لغير المسلمين عرقلت المسار الحضاري لهذه الأمة، إذ يعدّ إتباع أفكار الغير دون إخضاعها لمعيار النقد والتّمييز من أخطر المصائب التي حلّت ركبها بالمجتمعات الإسلامية، فـ"الفكر التابع أو الثقافة المهزومة مهما أوتيت من إمكانات مادية هائلة لن تخرج عن إطار التبعية الاقتصادية ونقل النظريات الجاهزة وتطبيقها في تربة غير تربتها"<sup>(2)</sup>.

فمثل هذا الاستلاب أحدث رجّات عقدية، وفكرية، وأخلاقية داخل هذه المجتمعات، بل الأخطر "أننا نقلد غرباً متحرّكاً أبداً وبمركاته تنمو باطراد المسافة التي تفصلنا عنه دون أن نحافظ على أرضية ومعالم (ثابتة)...إنّه التيه...فنحن لسنا مستلبيين من قبل التراث العربي الإسلامي...بل من قبل صورة وهمية عن الغرب...تهمشنا أكثر فأكثر فنزداد انفصلاً عن مكوناتنا الأصلية"<sup>(3)</sup>.

كما أسهمت سطحية المعرفة وهيمنة النزعات الأيديولوجية إلى التّشكيك في نتاج الفقهاء الإسلام والحياض به عن مساره الربّاني القويم، إذ "نبتت في بلاد الإسلام أجيال من المسلمين لا يحملون من الإسلام إلاّ اسمه، فنظروا إلى الدنيا بعيون غربية غريبة، لا تؤمن بثوابت الأمة ولا تقرّ بعقيدتها ولا تسلّم بشريعتها"<sup>(4)</sup>.

### المبحث الثالث: التّمثّل الجيّد لما جاء في المدونة الفقهية:

بين الجمود والجحود، تبقى بارقة الأمل في غد أفضل مطمح العارفين برحابة الفقه الإسلامي، ولكن لن يشعّ بريق النّصر ليملاً أرجاء المعمورة إلاّ إذ حسُنَ فهمنا لاجتهادات الفقهاء، وحرصنا على تفعيلها في واقعنا المعاش.

### الفقرة الأولى: الوعي بقيمة الاجتهادات الفقهية مع حسن توظيفها:

لا شك أنّ الأمم تحكمها مسارات تاريخية تكمل بعضها البعض، إذ لا حاضر لأمة دون ماضٍ، ولكن لا يعني الرجوع إلى المدونة الفقهية بنظرة القداسة، واللجوء إلى كهف التاريخ والانزواء التام عن تطورات العصر والإعراض عن الحاضر بكل خصوصياته، ومن ثمّ يحصل بظن العلاقة بين الكائن وما كان، إذ ليس بالإمكان بناء مدونة فقهية متكاملة اللبّات بمعزل عن تفاعل عناصر المعطيات الحضارية التي أسهمت في بروز الاجتهادات الفقهية.

<sup>1</sup> الأنصاري، فريد: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، دار السلام للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2010 ص 7 و 28

<sup>2</sup> محفوظ، محمد: ن.م، ص 111.

<sup>3</sup> الحبابي، محمد عزيز: التراث وتحديات العصر في الوطن العربي، ندوة الأصالة المعاصرة، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، ط2، 1987 ص 101، 102. و يقول محمد إقبال: فإن أبرز ظاهرة في التاريخ الحديث هي السرعة الكبيرة التي ينزع بها المسلمون في حياتهم الروحية نحو الغرب، ولا غبار على هذا المنزع فإن الثقافة الأوروبية في جانبها العقلي ليست إلاّ ازدهاراً لبعض الجوانب الهامة في ثقافة الإسلام، وكل ما أخشاه هو أن المظهر الخارجي للثقافة الأوروبية قد يشل تقدمنا، فنعجز عن بلوغ كنهها وحقيقتها"، تجديد التفكير الديني في الإسلام، مراجعة عبد العزيز المراغي، ومهدي علام، دار الهداية للطباعة والنشر، مصر، ط2، 2000 ص 16.

<sup>4</sup> حسين، أبو لبابة: كتابات غير المتخصصين في السنة النبوية بين الجهل والتّحريف، ندوة الحديث النبوي الشريف

وتحديات العصر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2005، ج 1 ص 388.

فالتعامل مع هذه المعطيات من الميزات المفيدة والنافعة في عمليات البناء الإنساني والحضاري على قدر سواء، وليس أفدح خطأً من إهمال النظر في الثروة الفقهية التي خلدها أئمة الفقه الإسلامي، مع عدم عزل الفقه عن مجريات الواقع<sup>(1)</sup>.

فالتاريخ يتقدم، والحياة تتشعب في عصر تحكمه العولمة الرهيبة، ولهذا فمن الصعوبة أن ينكفي المسلم على نفسه، بل عليه أن يجسد عملياً راهنية المدونة الفقهية ويبيّن مدى صلاحها لكل زمان ومكان، وسيله التسلح بوعي عميق، وبرؤية مستنيرة تنظر إلى البعيد، إنها الرؤية النبوية التي أوضح فيها النبي عليه الصلاة والسلام أن هذا الدين سيبلغ مشارق الأرض ومغاربها<sup>(2)</sup>. فعلى المسلم أن يحسن توظيف محاسن الماضي، ويطورها ليجعل لها حضوراً في واقعه ويؤسس على مقتضاها مشروعاً مستقبلياً فعلاً، وما قول النبي صلى الله عليه وسلم "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"<sup>(3)</sup> إلا دليل على حسن استثمار الموجود في بيئته مما لا يتنافى وتعاليم الشريعة. فهذه الرؤية الحمّدية تعطينا الأنموذج الفعّال الذي يجب تجسيده في واقعنا المعيش، لنصبح من الفاعلين في المسار حضارة، لا عالة على الآخر الذي أحسن توظيف إرثنا الفقهي ليطور قدراته المعرفية خاصة في حركة التقنين.

فالتعامل مع المدونة الفقهية له من النجاعة ما يفيد في حال توفرت القدرات ذات الرؤى المستنيرة التي تحتكم إلى قول الرسول عليه الصلاة والسلام: الحكمة ضالة المؤمن إن وجدها فهو أولى بها"<sup>(4)</sup>. فالحكمة هي الفيصل والمعيار الذي به يقع تمحيص التحكم إلى سلطة مدونتنا الفقهية ذات الخيرات العميمة، فبالحكمة يتم "الكفاح المعرفي"<sup>(5)</sup>.

#### الفقرة الثانية: التنفيل المجدي للمدونة الفقهية:

لما جعل الله سبحانه وتعالى الدين الإسلامي خاتم الرسالات السماوية، فإنه أودع فيه من الدرر ما يحقق الرقي لهذه الأمة حاضراً ومستقبلاً، فالله جل جلاله يلفت في قوله (مَا فَطَرْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ)<sup>(6)</sup> معتني هذا الدين الحنيف إلى أن صلاح دنياهم وآخرتهم مرهون بمدى التنفيل الجيد لفعل القراءة التي بدأ بها نزول الوحي على خير البرية، قراءتهم للمبادئ السامية التي جاءت لتقوم الإنسان باعتباره "محور التشريع، حيث إن كل الأنظمة والتشريعات الإسلامية جاءت من أجل الإنسان والحفاظ عليه، وخدمة حياته المادية والمعنوية"<sup>(7)</sup>.

وباعتبار أن الإنسان كائن مؤثر ومتأثر، فإن المولى سبحانه حرم على من أودعه أمانة الاستخلاف كل المؤثرات السلبية التي قد تنزل به إلى دركات أحط من دركات البهيمة. فالحقيقة التي يجب تمثلها في مجتمعاتنا اليوم هي الواقعية التي أسس عليها فقهاء الشريعة آراءهم الفقهية. ففهم آراء مواقفهم لا يكون بمجرد الكلام أو التنظير، أي لا بد من تجسيد سلطة الفقه، لأننا في حاجة إلى فكر فقهي يعطي للاجتهادات الفقهية أبعادها العملية. وهذا المنزع العملي لا يكون إلا كما أوضحه القرافي بقوله "كل شيء أفتى به المجتهد فخرجت فتيه على خلاف الإجماع، أو القواعد، أو

<sup>1</sup> - الحافظ، منبر: التراث في العقل الحدائي، بحوث في فلسفة القيم الجمالية، دار الفرق للطباعة والنشر، ط1، 2001 ص6

<sup>2</sup> - عن تميم الداري رضي الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ليلغن هذا الأمر مبلغ الليل والنهار ولا يترك بيت مدر ولا وبر إلا أدخله هذا الدين بعز عزيز أو بذل ذليل. الطبراني، سليمان بن أحمد: مسند الشاميين: حديث رقم 951، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1989 ج2 ص79، 80.

<sup>3</sup> - البيهقي، أحمد بن الحسن: السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب بيان مكارم الأخلاق ومعاليه، مطبعة المعارف بحيدرآباد، ج10 ص192.

<sup>4</sup> - الترمذي: السنن، كتاب العلم، باب ما جاء في فضل الفقه على العبادة، حديث رقم 2678 ج5 ص48، موسوعة الكتب الستة، مجلد 14 جزء 45 ص48.

<sup>5</sup> - الحافظ، منبر: ن.م، ص53.

<sup>6</sup> - سورة الأنعام، الآية 38

<sup>7</sup> - محفوظ، محمد: الفكر الإسلامي المعاصر، ص72.

النص، أو القياس الجلي السالم عن المعارض الرَّاجح لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس، ولا يفتي به في دين الله تعالى...فعلى هذا يجب على أهل العصر تفقد مذاهبهم، فكل ما وجدوه من هذا النوع يحرم عليهم الفتيا به، ولا يعرى مذهب من المذاهب عنه، لكنه قد يقل وقد يكثر، غير أنه لا يقدر أن يعلم هذا في مذهبه إلا من عرف القواعد، والقياس الجلي، والنص الصريح، وعدم المعارض لذلك، وذلك يعتمد تحصيل أصول الفقه، والتبحر في الفقه، فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والاجتهاد<sup>(1)</sup>.

وصفوة القول، إننا في حاجة إلى دراسة المدونة الفقهية بمناهج وأساليب إسلامية، تعكس فينا وعينا العميق بخصوصيات واقعنا، ومن ثم نزيل كل ما بوسعه أن يعكّر تمثنا الواعي لخصائص الاجتهاد الفقهي، أي استبعاد المنهجية المغايرة، لأن للفقه قراءته الخاصة، وهي القراءة التي أمر الله بها نبيه محمد صلى الله عليه وسلم، فقال له اقرأ باسم ربك، بمعنى يجب مراعاة ربانية الخطاب من أجل الحفاظ على نقاء الفقه فلا محاثة بين مناهجه ومناهج دراسة باقي النصوص البشرية.

الخاتمة :

بعد صولة قصيرة في رحاب هذا الموضوع، يختم البحث بتوصيات لعل المشيئة الإلهية تيسر لأحدهم أخذها في الحسبان، فيشعر بأن هذه الأمة في حاجة ماسة إلى رجال ونساء يذودون عن عرينها من كيد الكائدين، وهجمات المغرضين الساعين إلى التشويه والتضليل، فيدرون الشبهات بحسن بيان عدل الشريعة ورحمتها بالعباد وفقاً للمنهج النبوي الحنيف، وليوضحوا أن رقي أمتنا في عصورها الأولى لم يكن اعتباطاً، بل إن عقول الفقهاء في تلك الأزمان أمت بواقعية الرسالة الحمّدية، إذ لا أساس للتقدم دون فهم مجريات الحياة المعاشة، لأن التعويل على النصوص دون فهم لمقاصدها وحسن استيعاب خصوصيات البيئة ضلال في الدين وجهل بحقيقة الأحكام.

كما نعلم أن المسلمين اليوم في حاجة إلى اجتهاد فقهي يحققون به مقاصد دينهم الحنيف حتى يكونوا من المساهمين في إتمام لبنات الصرح الفقهي، دون إرباك ينم عن ترنح بين النفور من ماضي أمتهم والتنكر لجهود السابقين الذين حملوا راية العلم من أجل نصره الدين، ومن ثم إخضاع المدونة الفقهية إلى مناهج لا تراعي حرمتها، ولتصبح قراءتها من خارج دائرة المعهود الإسلامي، وبين ثنائية الاكتفاء بالتكرار دون السعي إلى فتح آفاق أرحب تستأنف فيها الاجتهادات الفقهية المجدية.

ومن ثم، فالأمة لا تحتاج إلى دراسات يكثر فيها التملق والمديح المجانب لأوضاعها أو إلى تفسيرات محرّفة تشوه أكثر مما توضح، بل نأمل في إيجاد عقول تفهم خطورة التأثير بالاستراتيجيات الهدامة والمشاريع المحبطة للعزائم والمكبلة للإبداع الفكري. وبهذا الوعي يحصل الانتقال من سلبات الجُمود الفقهي إلى قطف ثمرات العطاء المعرفي، ولكن مثل هذا الطموح لن يتحقق إلا بوجود منيول العناية اللازمة بالكفاءات وما الصبح عن ذلك بعيد.

<sup>1</sup> - القرافي، شهاب الدين: الفروق، مع حاشية ابن الشاط، دار المعرفة، بيروت، ج 2 ص 109.

## ✓ قائمة المصادر والمراجع :

1. ابن سيده، أبو الحسن: الحکم والمحيط الأعظم، ت عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000.
2. ابن عاشور، محمد الطاهر: أليس الصبح بقريب، دار السلام للطباعة، مصر ودار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ط2006، 1.
3. مقاصد الشريعة، دار سحنون، تونس، ودار السلام، مصر، ط4، 2009.
4. ابن ملجة، محمد بن يزيد: السنن، موسوعة الكتب الستة، دار الدعوة استانبول، مجلد 18 ج2.
5. ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1987.
6. ابن منظور، جمال الدين: لسان العرب، دار صادر لطباعة والنشر، بيروت، ط1997. ودار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1988.
7. الأصفهاني، الراغب: ترتيب القاموس المحيط، تصنيف الطاهر الزاوي، دار الفكر بيروت، ط1 [د.ت].
8. إقبال، محمد: تجديد التفكير الديني في الإسلام، مراجعة عبد العزيز المراغي، ومهدي علام، دار الهداية للطباعة والنشر، مصر، ط2، 2000.
9. الأنصاري، فريد: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، دار السلام للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2010.
10. بك، محمد الحضري: تاريخ التشريع الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1994.
11. البيهقي، أحمد بن الحسن: السنن الكبرى، مطبعة المعارف بجيدر آباد، ط1355هـ.
12. تاجا، محمد: المذاهب الفقهية الإسلامية والتعصب المذهبي، دار قتيبة للطباعة، دمشق، ط1، 1999.
13. الترمذي، أبو عيسى محمد: السنن، موسوعة الكتب الستة، دار استانبول، مجلد 14 جزء45.
14. الحافظ، منير: التراث في العقل الحدائثي، بحوث في فلسفة القيم الجمالية، دار الفرق للطباعة والنشر، ط1، 2001.
15. الحبابي، محمد عزيز: التراث وتحديات العصر في الوطن العربي، ندوة الأصالة المعاصرة، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، ط2، 1987.
16. الريبوني، قطب: مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006.
17. حسين، أبو لبابة: كتابات غير المتخصصين في السنة النبوية بين الجهل والتحريف، ندوة الحديث النبوي الشريف وتحديات العصر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2005.
18. خاقي، محمد: مطالعات في الدين والإسلام والعصر، دار الجديد، بيروت، ط2، 1998.
19. شحرور محمد: أصول تجديد الفقه، الأهالي للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2000.
20. الطبراني، سليمان بن أحمد: مسند الشاميين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1989.
21. العادلي، حسين درويش: حرب المصطلحات، دار الهادي للطباعة والنشر، لبنان، ط1، 2003.
22. عبد الرحمن، طه: الحق الإسلامي في الاختلاف الفكري، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 2005.
23. عبد الرحمن، طه: العمل الديني وتجديد العقل، المركزي الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، ط1997، 2.
24. العزب، أحمد: حضارة الفكر لا حضارة الاجترار، مجلة الأمة القطرية، ربيع الآخر، سنة 1406هـ.
25. القرافي، شهاب الدين: الفروق، مع حاشية ابن الشاط، دار المعرفة، بيروت.
26. القرضاوي، يوسف: الصحوة الإسلامية بين الجمود والجحود، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، قطر، ط1، 1984.
27. قشيش، محمد: الإيمان في الإسلام، كتاب الملتقى الإسلامي المسيحي، الضمير المسيحي والإسلامي في مواجهتهما لتحديات النمو، مركز الدراسات والأبحاث الاقتصادية، تونس، 1976.
28. الكفوي، أبو البقاء: الكليات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1992، 1.
29. محفوظ، محمد: الفكر الإسلامي المعاصر ورهانات المستقبل، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، ط1999، 1.
30. المقدسي، أبو قدامة: المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط1978.
31. الهندي، علي بن حسام الدين: كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1989.

## حق الطفل الحدث في الحماية على ضوء التشريع والقضاء الجزائري



من إعداد : عبد العزيز خنفوسي  
أستاذ محاضر - أ - كلية الحقوق  
والعلوم السياسية جامعة الدكتور  
مولاي الطاهر بسعيدة - الجزائر

email : azizkhanfouci@yahoo.fr

الملخص :

سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية أن نستعرض بنوع من التحليل والتفصيل جملة النصوص القانونية التي جاءت بذكر فكرة الإجراءات والتدابير والاقتراحات اللازمة للمحافظة على الطفولة ، والقيام برعاية الحدث في مختلف ظروف وأطوار الجريمة المحيطة به هذا من جهة، ومن جهة أخرى لابد علينا من البحث والتقصي عن الدور الأساسي الذي يمكن أن يلعبه قاضي الأحداث من أجل تطبيق هذه القواعد الضرورية والحساسة. وبالتالي كانت غايتنا هي معرفة إلى أي حد وفق المشرع الجزائري في وضع الأطر القانونية التي تمكن القضاء الجزائري من تقرير الحماية الجنائية للطفل، وهذا من كل أنواع الاعتداءات الإجرامية .  
الكلمات الدالة: الطفل الحدث - التشريع الجزائري - القضاء الجزائري - الحماية الجنائية للطفل - الاعتداءات الإجرامية - القانون رقم 12/15.

- مقدمة :

إن البشرية اليوم تقف في مفترق الطرق، وهي متحيرة وبائسة نتيجة ما آل إليه واقع الإنسان من تفكك أسري، وامتهان لشخصه، وضياع لحقوقه، وسواء كان هذا الإنسان شيخا طاعنا في السن أو شابا في مقتبل العمر أو امرأة تسير الحياة مجلوها ومرها أو طفلا يسعى إلى أن يعيش طفولته مع بقية أقرانه.  
هذا، ولما كان الأطفال هم أساس المجتمع وركيزته، وباستقامتهم وصلاحهم تستقيم الأمم والشعوب وتزدهر وتتقدم، وبانحرافهم يصاب المجتمع بالاضطراب والفوضى والضياع، ويكون مهددا في بناءه وتكوينه ووحده الثقافية والحضارية...من هنا، فإنه يتعين علينا جميعا وبدون استثناء العمل على إعطائهم التربية الصحيحة في ظل حياة لائقة تمكنهم مستقبلا من تأدية الدور الملقى على عاتقهم.  
إن الأهمية التي يحتلها الأطفال اليوم في المجتمع، والرعاية التي يجب أن تولى لهم لم تجد لها تطبيقا على أرض الواقع،



فما زال الطفل يعاني من أنواع الانتهاك والظلم والأذى والحرمان والانتقاص من قيمته، وهذا كله حسب ما تشير إليه الإحصائيات والبيانات الصادرة عن الهيئات الدولية، والتي تؤكد جميعها على مسألة الوضع المأساوي الذي يجيا فيه ملايين الأطفال عبر العالم، فهناك أكثر من 40000 طفل يموتون يوميا بسبب سوء التغذية والأمراض، وهناك حوالي 150 مليون طفل في الشوارع معظمهم محروم من الرعاية الصحية والتعليم، كما أن أكثر من 80 مليون طفل تتراوح أعمارهم ما بين العاشرة والرابعة عشر يعملون في أعمال شاقة لساعات طويلة، وتشير الإحصائيات كذلك إلى أن أكثر من 200000 طفل دون سن الخامسة عشر تم تجنيدهم في أعمال عسكرية.

ووفقا لهذه المعطيات، ولأن الأطفال يمثلون الفئات الأكثر ضعفا في المجتمع بسبب عدم نضجهم البدني والعقلي، كان لا بد من توفير الحماية المناسبة لهم وبنائهم البناء الأمل الذي يستطيعون من خلاله ممارسة دورهم الطبيعي في المجتمع.

#### - أهمية دراسة الموضوع :

لم يرق أي موضوع الاهتمام العالمي والوطني مثلما حدث مع حقوق الطفل، وبالرغم من النداءات الدولية المتكررة حول حماية حقوق الإنسان، فإن حقوق الطفل بوصفها فرع من هذا الأصل كانت الأسبق في الاهتمام والرعاية، وكان للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وإعلان حقوق الطفل والمعاهدات الدولية في هذا الموضوع صدى واسع في تنفيذ ما ورد بها، والالتزام الكامل بمضمونها يأتي نتيجة أسباب عديدة منها أن الطفل الذي ولد ضعيفا لا يعلم شيئا عما يدور حوله، والذي قد تدفعه ظروف الأسرة القاسية التي يعيش فيها إلى الخروج عن الحدود التي رسمها المشرع لمخالفة القانون، فينحرف مسلكه ويرتكب جريمة ليس عن قصد وإدراك أو علم وإرادة، ولكن عن حاجة ملحة في الحياة، وخوفا من الموت جوعا، فلم تكن التربة التي نشأ بها صالحة لأن تمده بمتطلبات الحياة، وان تجعل منه إنسانا صالحا يعتمد عليه في بناء هذا المجتمع، ومن ثم تظهر أسباب أخرى تشكل سلوك الطفل، وتبرر ما قد يحدث له من انحراف، كما ويمكن أن تؤدي الظروف إلى جعله ضحية مجتمع فاسد فيكون نتيجة تصرفات خاطئة ومشينة ليس له أي ذنب فيها، سوى انه جزء لا يتجزأ من المجتمع - كظواهر الاختطاف، التحرش الجنسي، جريمة القتل والتنكيل بأعضائه... الخ- طرفا في جريمة شنعاء ومهينة بالفرد أولا وقبل كل شيء، وفي هذه الحالة نجد أن السلطات الدولية والمحلية تسعى جاهدة للقضاء على مثل هذه الظواهر التي تعيق مجرى حياة الأطفال وتهين معنى الطفولة البريئة.

#### - الإشكالية الرئيسية محور الدراسة:

عند الحديث عن حقوق الطفل في مختلف الأنظمة القانونية العربية منها والأجنبية، فغنها تجزم كلها أن فكرة حماية الطفل في مجتمعات الاستبداد الشرقي تبدو أقرب إلى الخيال منه على الواقع، وهذا رغم مجهودات دول العالم اليوم المتكافئة والمتضافرة من أجل تجسيد هذه الفكرة فعليا على أرض الواقع، والمشرع الجزائري بدوره قد أقر بمجموعة من العقوبات ضد كل سلوك إجرامي يمس بمصلحة الطفل، كما يلعب القضاء الجزائري دورا فعلا وحساسا في نفس الوقت نتيجة ما يتجلى به موضوع حماية الطفل من أهمية في الوقت الحاضر أو الحالي.

وفي خضم ذلك لا بد من النظر في أهم القوانين التي جاءت على ذكر فكرة الإجراءات والتدابير والاقتراحات اللازمة للمحافظة على الطفولة، والقيام برعاية الحدث في مختلف ظروف وأطوار الجريمة المحيطة به هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا بد من البحث كذلك عن الدور الفعال الذي يؤديه قاضي الأحداث من أجل تطبيق هذه القواعد الضرورية والحساسة.

وعليه نجد أن من أهم القوانين التي وضعها المشرع الجزائري من أجل حماية الطفل القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015، والذي صدر عقب موجات الإجماع الكثيرة والعديدة التي طالت الأطفال في العالمين

الماضين عبر ربوع الوطن، وبالتالي يمكن القول أن هذا القانون جاء من أجل حماية الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو يكون عرضة له، أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنهما أن يعرضه للخطر المحتمل أو المضر بمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر.

وبالتالي، فالإشكالية الرئيسية التي نريد معالجتها، ونحن بصدد كتابة هذه الورقة البحثية المقدمة إلى الملتقى الوطني المتعلق بالطفولة بين القانون والواقع تتمثل فيما يلي:

هل نستطيع الجزم أن المشرع الجزائري قد وفق إلى حد كبير في وضع كل الأطر القانونية التي تمكن القضاة الجزائري من تقرير الحماية الجنائية للطفل، وهذا بناءً على الإجراءات والتدابير القانونية اللازمة في سبيل محاربة شتى أنواع الاعتداءات الإجرامية التي يتعرض لها فئة الأطفال؟  
- تصميم هيكل الدراسة البحثية:

تقسم الدراسة بجانب المقدمة والخاتمة إلى محورين أساسيين هما:

المحور الأول: تكريس فكرة حماية الطفل الحدث في التشريع الجزائري.

أولاً: النصوص القانونية المتعلقة بحماية الطفل الحدث.

01/ في ظل دستور 28 نوفمبر 1989 المعدل والمتمم.

02/ في ظل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.

03/ في ظل قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

04/ في ظل القانون رقم 15 - 12 المتعلق بحماية الطفل.

ثانياً: الآليات والتدابير المقررة لحماية الطفل الحدث.

01/ الآليات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر.

02/ الاقتراحات الوطنية الموضوعية لحماية الطفل الحدث.

المحور الثاني: حماية الأطفال المحكوم عليهم في مرحلة تنفيذ العقوبات.

أولاً: دور قضاة الأحداث في تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

01/ دور قاضي الأحداث في الإشراف على تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

02/ دور قضاة الأحداث في تنفيذ الأحكام الجزائية.

ثانياً: دور قاضي الأحداث في حماية الطفل الحدث بعد تنفيذ العقوبة.

01/ الإشراف على الرعاية البعدية للطفل الحدث.

02/ اختصاص قاضي الأحداث في رد الاعتبار للطفل الحدث.

المحور الأول: تكريس فكرة حماية الطفل الحدث في التشريع الجزائري.

تؤكد الجزائر تمسكها بمبادئ حقوق الإنسان، وضمانيها يؤكد الدستور الأول للجزائر المستقلة المصادق عليه يوم 08 سبتمبر 1963 في مادته الحادية عشر على انضمام الجمهورية الجزائرية إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي يحدد الأهداف التالية:

- الدفاع عن الحريات واحترام كرامة الإنسان.

- مكافحة كل أنواع التمييز، وخاصة ذلك المبني على أساس العرق والدين.

- التنديد بالاعتداء سواء كان مادي أو أخلاقي على المواطن، والذي أوقف العمل بهذا الدستور على إثر

انقلاب 19 جوان 1965.

ومن جهة أخرى نجد أن دستور 19 نوفمبر 1976 قد تضمن في فصله المتعلق بالحريات السياسية وحقوق الإنسان والمواطن ما يلي :

- مساواة المواطنين أمام القانون طبقا لنص المادة 34 منه.
- الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمواطن.
- الحق في العمل مع الالتزام بالإنتاجية طبقا لنص المادة 59 منه.
- عدم انتهاك حرمة الحياة الخاصة والمسكن، وهذا طبقا لنص المادتين 49 و50.
- حماية الأسرة والأمومة والطفولة والشباب والشيخوخة طبقا لنص المادة 65.

أولا: النصوص القانونية المتعلقة بحماية الطفل الحدث.

لقد تعددت المراسيم والقوانين التي أتت على ذكر الحدث سواء من ناحية الحماية أو المتابعة، ومن أهم النصوص القانونية التي جاءت من أجل إقرار حماية الطفل الحدث نذكر ما يلي:

01/ في ظل دستور 28 نوفمبر 1989 المعدل والمتمم.

على غرار الدساتير السابقة التي عرفتها الجزائر، فقد تناول دستور 1989 المعدل والمتمم في 28 نوفمبر 1996 الأحكام المتعلقة بحقوق الإنسان في الباب الرابع تحت عنوان الحقوق والحريات في ظل المواد من 29 إلى 59 من دستور 1989 المعدل والمتمم، وبالتالي فقد جاء ذكر موضوع حقوق الطفل في الجزائر من خلال نص المادة 29 منه التي أقرت بجعل المواطنين متساويين أمام القانون، وعليه نجد أن حقوق المواطنين وواجباتهم جاءت في صياغتها العامة والشاملة، وهي تخص البالغين والقصر دون استثناء هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن هناك إشارة واضحة وصريحة إلى ضرورة التقيد بالقوانين السارية المفعول على مستوى تراب الجمهورية الجزائرية خصوصا في مجال الحريات العامة، مع ضرورة إخضاع المتابعات وتوظيفات الأفراد إلى القانون، ووفق الأشكال المنصوص عليها.

هذا ونجد أن الدستور الجزائري المعدل والمتمم قد أشار في المواد 34، 35، 45، 46، 47، 48 إلى أن الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان سواء كان بالغا أو قاصرا، وتمنع أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بكرامته ومشاعره، وهذا من خلال المعاقبة على المخالفات المرتكبة ضد حقوقه وحرياته الأساسية التي تكفلها الاتفاقيات الدولية والدستور.

ومن جهة أخرى تواصل مواد الدستور الجزائري المعدل والمتمم النص على حق الإنسان (البالغ أو القاصر) في محاكمة عادلة تتمثل في الضمانات التي يكفلها القانون الجنائي الجزائري المعدل والمتمم، وكذا قانون حماية الطفل، والتي أهمها ما يلي :

- يعتبر الإنسان البالغ أو القاصر بريئا حتى تثبت جهة قضائية إدانته.
- لا يمكن معاقبة الإنسان البالغ أو القاصر عن فعل لا يجرمه القانون، حيث لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب البالغ أو القاصر للسلوك الإجرامي.
- لا يتابع ولا يوقف أو يحتجز الإنسان البالغ أو القاصر، إلا في الحالات المنصوص عليها في القوانين السارية المفعول.
- يخضع توقيف القاصر للنظر في مجال التحريات الجزائية الرقابية القضائية لمدة لا يمكن أن تتجاوز أربعة وعشرون (24) ساعة في حالة ارتكابه جنحة تزيد عقوبتها عن 05 سنوات، أما الطفل الجانح الذي يقل عمره عن 13 سنة لا يمكن أن يطبق عليه إجراء التوقيف تحت النظر.

- يملك الشخص الموقوف (البالغ أو القاصر) حق الاتصال بأسرته في حالة توقيفه للنظر في مجال التحريات الجزائية الرقابية القضائية.
- حق الشخص الموقوف (البالغ أو القاصر) في إجراء فحص طبي.
- بالرجوع إلى المشروع التمهيدي المقترح من طرف رئيس الجمهورية الجزائرية بخصوص مراجعة الدستور الحالي، فنجد أن المشروع المقدم قد أشار في المادة 24 مكرر الجديدة والمقترحة إلى دور الدولة في التدخل من أجل حماية حقوق مواطنيها (البالغين أو القاصرين) في الخارج، وهذا في ظل احترام القانون الدولي والاتفاقيات المبرمة مع البلدان المضيفة والتشريع الوطني وتشريع بلدان الإقامة.
- أما المادة 34 المعدلة فقد أكدت على دور الدولة في حظر المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي يمكن أن يتعرض لها الإنسان (البالغ أو القاصر)، وفي هذا الصدد لا يجوز بأي شكل من الأشكال المساس بحقوق البالغ أو القاصر دون صدور أمر مععل ومسبب من السلطة القضائية المختصة.
- وفي إطار الحديث عن الضمانات اللازمة من أجل إقرار محاكمة عادلة للإنسان البالغ أو القاصر، فنجد أن مسودة المشروع التمهيدي للدستور الجديد قد اقترحت جملة من العناصر تتمثل في :
  - للأشخاص المعوزين (البالغين أو القاصرين) الحق في المساعدة القضائية.
  - يعاقب القانون على أعمال وأفعال الاعتقال التعسفي.
  - الحبس المؤقت إجراء استثنائي يحدد القانون أسبابه ومدته وشروط تمديده.
  - يجب إعلام الشخص الذي يوقف للنظر بحقه في الاتصال بمحاميه.
  - الفحص الطبي إجباري بالنسبة للقاصر.
- كما نجد أن مواد الدستور المقترح أشارت بصورة واضحة وصریحة إلى حماية أخرى تعطى للأطفال القاصرين تتمثل فيما يلي
  - تشغيل الأطفال دون سن السادسة (16) عشر يعاقب عليه القانون.
  - تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل.
  - تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب.
  - يقمع القانون العنف ضد الأطفال.
  - تعمل الدولة على تسهيل استفادة الفئات الضعيفة ذات الاحتياجات الخاصة من الحقوق المعترف بها لجميع المواطنين وإدماجها في الحياة الاجتماعية.
  - يلزم الآباء تحت طائلة المتابعات والعقاب بضمنان تربية أبنائهم.
- **02/ في ظل قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم :**
  - لقد نص الأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم على جملة من النصوص التشريعية التي أوجدها المشرع الجزائري في سبيل محاربة شتى أنواع الاعتداءات والاستغلال الجسدي والنفسي لفئة الأطفال.
  - وما لاشك فيه أن الجرائم التي يتعرض لها الأطفال عديدة ومتنوعة لا يسمح المقام إلى التطرق إليها بأكملها، لهذا سنحاول أن نتعرض إلى أخطرها من خلال النماذج التالية:
  - **أ- حماية الطفل من جرائم الإيذاء العمد:** تتشابه جرائم الإيذاء العمد بعضها ببعض الآخر لتبدو في صورة منظومة اعتداء سافر، والمشرع يكثر من الوصاف وينوع في أساليب التشريع اعتقاداً منه بضرورة تحقيق أكبر قدر من

## الحماية (1).

فلكل إنسان حي الحق في سلامة جسمه، لهذا يعاقب المشرع كل من يتسبب في إلحاق الأذى بالآخر، ومفاد سلامة الجسم أن تؤدي أعضاؤه وظائفها الطبيعية بصورة عادية.

وبالتالي فقد تدخل المشرع الجزائري من خلال المواد 269، 270، 271، 272 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، ورصد مجموعة من العقوبات ضد كل من يرتكب جرائم الإيذاء العمد ضد الأطفال.

وفي هذا الصدد نجد أن محل الاعتداء الذي قصده المشرع الجزائري هو جسم الطفل الذي لم يتجاوز سنه 16 سنة حسب نص المادة 269 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، ولسنا ندري ما السبب الذي أدى بالمشرع الجزائري غلى تحديد سن 16 سنة، خاصة إذا علمنا أن اتفاقية حقوق الطفل قد حددت سن الطفل ب 18 سنة كاملة، والجزائر صادقت على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 92 / 461 المؤرخ في: 19/12/1992، الأمر الذي يفتح باب التساؤل والشك حول السن التي يجب الأخذ بها، فهل هي: 18 سنة أم 16 سنة؟

ب- حماية الطفل من جرائم خطف القصر: ما فتئت الأمم المتحدة تدعو في إعلاناتها إلى ضرورة حماية الطفل من كل ما يسيء إلى حالته الصحية أو النفسية، فجرمت اختطاف الأطفال ونقلهم بعيدا عن ذويهم، حيث نصت المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل (2) على ما يلي: " تتخذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة".

وهذا ما يتماشى بالضبط مع ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بقولها: " كل من خطف أو أبعده قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة، وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك، فيعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج". وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها، فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير، إلا بناءً على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله". وما يمكن أن نستخلصه من هذه المادة هو:

- أن عملية اختطاف القاصر تمت من غير عنف ولا تهديد ولا تحايل.
- أن المشرع لم يحدد مدة الاختطاف، وبالتالي لا عبرة للمدة هنا.
- أنه يعاقب على الشروع في هذه الجريمة.
- أن زواج القاصر من خاطفها يضع حدا للمتابعة الجزائية، إلا بشكوى ممن لهم صفة إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم على الخاطف إلا بعد الحكم بإبطال هذا الزواج.

وهنا يظهر دور ولي البنت القاصر في تحريك الدعوى الجزائية ضد الجاني، إلا أن ذلك لن يتأت إلا بعد حصوله على حكم بإبطال هذا الزواج، فقد قضت المحكمة العليا بأن: " الوجه المثار من قبل النائب العام، والمأخوذ من اشتراط إتمام إجراءات إبطال الزواج قبل الحكم وجيه، وينجر عنه نقض القرار المنتقد" (3).

والظاهر هو أن الغرض من العقاب على هذه الجريمة هو تمكين السلطات العامة من تخفيف حوادث الخطف أو الهروب أو إخفاء القاصر، لهذا يعد جريمة كل إخفاء يتم من الجاني بقصد تهريب المخطوف من السلطات من مكان العثور عليه، وتسليمه إلى ذويه أو المشرفين عليه أو منعهم من كشف الحقيقة، ويجب أن يكون موضوع الإبعاد قاصر لم يكمل الثامنة عشرة من عمره.

إلا أن العقوبة التي قررها المشرع الجزائري لهذه الجريمة غير كافية حسب رأينا، وإن كانت قد تمت بغير عنف ولا

تهديد، وبالتالي كان من الأجدر أن تكون عقوبة الحبس أشد من ذلك، وأن ترفع الغرامة عما هي عليه الآن، ذلك لما تحدثه هذه الجريمة من تأثير في نفسية الطفل ناهيك عما يكابده الوالدان أو من هو في رعايته من حيرة وقلق على مصير الطفل المختطف.

ج- حماية الطفل من جرائم تعريض الأطفال للخطر: يعاقب التشريع الجزائري على صور متعددة لجرائم تعريض الطفل للخطر، ومن أخطر هذه الجرائم جريمة ترك الطفل وجريمة التحريض على التخلي عن الطفل.

ج-1- جريمة ترك الطفل: تقوم هذه الجريمة على أساس ترك الطفل أو تعريضه للخطر، وبالتالي فهي تقوم في حق من يترك طفلا أمام ملجأ، وكذا في حق من يترك طفلا في مكان ما، ولو تم ذلك على مرأى ومسمع من الناس. ومنه يمكن استخلاص شرطان أساسيان هما:

- شرط أن ينقل الطفل من مكانه الطبيعي إلى مكان آخر، سواء أكان هذا المكان خال أو غير خال من الناس، وتركه عرضة للخطر.
- شرط أن يكون الطفل المتروك عرضة للخطر غير قادر على حماية نفسه بنفسه بسبب صغر سنه أو بسبب عاهة في جسمه أو عقله.

أما بالنسبة للعقوبات التي أقرها المشرع الجزائري فنجدها أنها تختلف باختلاف مكان الجريمة وصفة الجاني حسب ما ورد في المواد من 314 إلى 317 من ق.ع.ج المعدل والمتمم.

وعليه، وفي كل الأحوال سواء تعلق الأمر بترك الطفل في مكان خال أو غير خال يعاقب الجاني بالسجن المؤبد إذا تسبب ترك الطفل أو تعريضه للخطر في الوفاة مع توافر نية إحداثها، ويعاقب بالإعدام إذا اقترن الفعل بسبق الإصرار أو الترصد (4).

بالإضافة إلى ذلك، يمكن الحكم على الجاني بالحرمان من حق من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية المنصوص عليها في المادة 09 مكرر 01 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم لفترة تمتد من سنة على الأقل إلى 05 سنوات على الأكثر إذا سلط على الجاني عقوبة جنحة فقط طبقا للمواد من 314 إلى 317، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 319 من ق.ع.ج المعدل والمتمم.

ومما سبق يتبين لنا أن علة التجريم هنا ترجع إلى رغبة المشرع في توفير حماية جنائية خاصة للطفل ضد الأخطار التي يتعرض لها، ويكون من شأنها المساس بحقه في الحياة وفي سلامة جسمه، ومن أهم مميزات هذه الصورة من صور الحماية أنها ذات طابع وقائي، وبالتالي تنطوي على فعالية كبيرة، وهذا لأن النصوص العقابية المتعلقة بها تطبق لمجرد تعريض الطفل للخطر، دون التوقف على حدوث ضرر فعلي بالطفل المجني عليه (5).

ج-2- جريمة تحريض الوالدين على التخلي عن أبنائهما: طبقا للمادة 320 من ق.ع.ج المعدل والمتمم نجد أنها اشتملت على ثلاث صور للتحريض على تخلي الوالدين أو أحدهما عن الطفل المولود أو الذي سيولد، وهي:

- الصورة الأولى: وتتمثل في القيام بجريمة التحريض، وذلك بتبني الجاني جميع الوسائل والأساليب التي يقصد من ورائها الحصول على منفعة.

وتتنفق هذه الصورة في بعض جوانبها مع جريمة حمل الغير على ترك الطفل المنصوص عليها في المادة 314 من ق.ع.ج المعدل والمتمم، وما يميزها عن بعضهما هو نية الحصول على فائدة التي لولاها لذابت الأولى في الثانية، أما الميزة الثانية فتتمثل في كون هذه الصورة غير مقصورة على الطفل المولود، وإنما تعني أيضا الطفل الذي سيولد (6).

- الصورة الثانية: وتتمثل في حصول الحرص على عقد من الوالدين أو أحدهما يتضمن عهدا بالتخلي عن طفلها الذي سيولد أو شرع في ذلك، وتتميز هذه الصورة عن سابقتها في غياب الحصول على فائدة،

بالإضافة إلى عنصر الكتابة المتمثل في العقد سواء كان هذا العقد رسميا أو عرفيا.

وما يمكن ملاحظته في هذا المجال هو أن وقائع حيازة الوثيقة التي تتضمن تعهدا كتابيا من الوالدين أو من أحدهما، ووقائع استعمال هذه الوثيقة أو الشروع في استعمالها كافية وحدها كعنصر مادي لقيام الجريمة إذا صاحبها العنصر المعنوي، وهو علم الجاني أو المستعمل بمحتواها وبالغرض من تحريرها.

• الصورة الثالثة: وتتمثل في أن يقوم شخص بالوساطة بين الوالدين أو أحدهما وبين شخص آخر، أو شرع في ذلك قصد تخليهما عن طفليهما للغير بنية الحصول على فائدة مهما كان نوعها. وفي هذا المجال نجد أن القانون الفرنسي لسنة 1993 يعاقب في مادته رقم 12-227 كل من حرص سواء عن طريق الإغراء أو التهديد أو بإساءة استعمال سلطة الأبوين أو أحدهما عن التخلي عن الطفل حديث العهد بالولادة بالحبس من 06 أشهر وبغرامة قدرها 7500 أورو، كما تعاقب كل من يتوسط بغرض الربح بين الأبوين، ومن يرغب في تبني الطفل حديث العهد بالولادة بالحبس لمدة سنة وغرامة قدرها 15000 أورو(7).

ويعاقب المحرض هنا على فعل التحريض في ذاته، إذ لم يشترط القانون لقيام هذه الجريمة وقوع نتيجة إجرامية. والظاهر للعيان أن العلة أو الهدف من تجريم هذه الأفعال هو إفضاء حماية قانونية على هذه الفئة وحمايتها ووقايتها من أن تكون بضاعة يتم تداولها بين البشر.

### 03/ في ظل القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل:

إن الحديث عن القانون رقم 15-12 المؤرخ في: 15 يوليو سنة 2015 يجعلنا نقر بأن المشرع الجزائري، ولأول مرة في تاريخه التشريعي يخص فئة ضعيفة في المجتمع بهذا النوع من الحماية، والسبب في ذلك وحسب اعتقادنا يرجع إلى كثرة الإجرام الذي طال فئة الأطفال في الآونة الأخيرة، والذي تعددت أشكاله وغاياته...من هنا ثار المجتمع الجزائري بجميع أطيافه، وطالب بتوقيع أشد العقوبات على كل شخص تسول له نفسه الاعتداء على البراءة والتكيل بها في أبشع صور الإجرام.

ومنه يمكن القول أن هذا القانون جاء من أجل تحديد قواعد وآليات حماية الطفل الذي لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة، فحسب المادة 06 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل تتدخل الدولة شخصيا، وتتكفل بتوفير الحماية للطفل من كل أشكال الضرر أو الإهمال أو العنف أو سوء المعاملة أو الاستغلال أو الإساءة البدنية أو المعنوية أو الجنسية، وتتخذ من أجل ذلك كافة التدابير الممكنة والمناسبة من أجل وقايتها وتوفير الشروط اللازمة لنموه ورعايته والحفاظ على حياته وتنشئته تنشئة سليمة وآمنة في ظل بيئة صحية وصالحة، وحماية حقوقه في حالات الطوارئ والكوارث والحروب والنزاعات المسلحة.

وبتصفح مواد القانون رقم 15-12 نجده أنه قد تضمن نوعين من الحماية هما:

أ - الحماية الاجتماعية للأطفال المعرضين للخطر:

أ-1- الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة:

حسب المادة 11 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل تم استحداث هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة يرأسها المفوض الوطني لحماية الطفولة الذي يعين بموجب مرسوم رئاسي من بين الشخصيات الوطنية ذات الخبرة والمعروفة بالاهتمام بالطفولة، وحتى تقوم هذه الهيئة الوطنية بدورها في مجال حماية الطفولة، فهي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتضع الدولة تحت تصرفها كافة الوسائل البشرية والمادية اللازمة للقيام بمهامها.

ومن خلال قراءتنا للمواد من 13 إلى 20 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل نجد أن المفوض الوطني لحماية الطفولة عليه أن يتولى مهمة ترقية حقوق الطفل، لاسيما من خلال:

- القيام بوضع برامج وطنية ومحلية لحماية وترقية حقوق الطفل، وهذا بالتنسيق مع مختلف الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة، مع إعطاء تقييم دوري لها.
- العمل على متابعة جميع الأعمال المباشرة ميدانيا في مجال حماية الطفل والتنسيق بين مختلف المتدخلين.
- تشجيع البحث والتعليم في مجال حقوق الطفل، وهذا بهدف فهم الأسباب الاقتصادية والاجتماعية و/ أو الثقافية لإهمال الأطفال، وإساءة معاملتهم واستغلالهم، وتطوير سياسات مناسبة لحمايتهم.
- إبداء الرأي والمشورة في التشريعات الوطنية السارية المفعول، والمتعلقة بحقوق الطفل قصد تحسينها من الحين إلى الآخر.

- المشاركة والتعاون مع هيئات المجتمع المدني من أجل متابعة وترقية حقوق الطفل.
- القيام بوضع نظام معلوماتي وطني بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية، ويكون هدفه معرفة كل المعلومات حول وضعية الطفل في الجزائر.
- يتولى المفوض الوطني لحماية الطفولة تحويل الإخطارات المنصوص عليها في المادة 15 من القانون رقم 15-12، والتي يكون فيها مساس بحقوق الطفل إلى مصلحة الوسط المفتوح المختصة إقليميا من أجل التحقيق فيها، واتخاذ الإجراءات المناسبة طبقا للكيفيات المنصوص عليها في القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل (8).

- يحول المفوض الوطني لحماية الطفولة الإخطارات التي يمكن أن تتضمن وصفا جزائيا إلى وزير العدل حافظ الأختام، والذي بدوره يقوم بإخطار النائب العام المختص قصد تحريك الدعوى العمومية عند الضرورة.
- يساهم المفوض الوطني لحماية الطفولة في إعداد التقارير المتعلقة بحقوق الطفل التي تقدمها الدولة إلى الهيئات الدولية والجهوية المختصة.
- يعمل المفوض الوطني لحماية الطفولة على إعداد تقرير سنوي عن حالة حقوق الطفل ومدى تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ: 20 نوفمبر 1989، والمصادق عليها مع تصريحات تفسيرية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1992، ثم يقوم برفعه إلى رئيس الجمهورية الذي يقوم بنشره وتعميمه خلال الثلاثة (03) أشهر الموالية لهذا التبليغ.

#### أ-2- الحماية الاجتماعية على المستوى المحلي :

- بالرجوع إلى نص المادة 21 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، نجد أن مفهوم الحماية الاجتماعية على المستوى المحلي ينحصر في إنشاء مصالح الوسط المفتوح التي تتشكل من موظفين مختصين، لاسيما مربين ومساعدين اجتماعيين وأخصائيين نفسانيين وأخصائيين اجتماعيين وحقوقيين (9).
- هذا وتنشأ مصالح الوسط المفتوح بواقع مصلحة واحدة بكل ولاية، غير انه يمكن في الولايات ذات الكثافة السكانية الكبيرة إنشاء عدة مصالح التي تعمل بالتنسيق مع مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة.

- وفي حالة ما إذا تبين وجود خطر على حياة الطفل، فإنه وحسب المادة 22 من القانون رقم 15-12 يجب إخطار مصالح الوسط المفتوح من قبل الطفل المعرض للخطر أو ممثله الشرعي أو الشرطة القضائية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو كل جمعية أو هيئة عمومية أو خاصة تنشط في مجال حماية الطفل، أو المساعدين الاجتماعيين أو المربين أو المعلمين أو الأطباء أو كل شخص طبيعي أو معنوي آخر، وهذا بكل ما من شأنه أن يشكل خطرا على الطفل أو على صحته أو سلامته البدنية أو المعنوية، كما يمكنها أن تتدخل تلقائيا، وأن لا ترفض التكفل بطفل يقيم



خارج اختصاصها الإقليمي، وأن تطلب مساعدة مصلحة مكان إقامة أو سكن الطفل أو تحويله إليها وفي سبيل قيام مصالح الوسط المفتوح بدورها من أجل مجابهة الخطر الفعلي الذي يتعرض له الطفل بناء على الأبحاث الاجتماعية التي تقوم بها، فإن عليها وفورا الانتقال إلى مكان تواجد الطفل والاستماع إليه وإلى ممثله الشرعي حول الوقائع محل الإخطار من أجل تحديد وضعيته واتخاذ التدابير المناسبة له، كما يمكنها في حالة الضرورة القصوى أن تطلب تدخل النيابة العامة أو قاضي الأحداث وبالتالي، ومن خلال استقراءنا للمواد 24، 25، 26، 27، 28، 29 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، فإنه يتوجب على مصالح الوسط المفتوح في حالة ما إذا تأكدت من وجود حالة خطر القيام بما يلي :

- أن تتصل فورا بالممثل الشرعي للطفل من أجل الوصول إلى اتفاق بخصوص التدابير الأكثر ملائمة لاحتياجات الطفل ووضعيته الذي من شأنه إبعاد الخطر عنه، كما يجب إشراك الطفل الذي لم يبلغ من العمر ثلاث عشرة (13) سنة على الأقل في التدبير الذي سيتخذ بشأنه.

- يجب على مصالح الوسط المفتوح إعلام الطفل الذي يبلغ من العمر ثلاث عشرة (13) سنة على الأقل ومثله الشرعي بمقهما في رفض الاتفاق.

- في حالة ما إذا تم التوصل إلى اتفاق بخصوص التدبير الأكثر ملائمة لاحتياجات الطفل، فإنه يجب على مصالح الوسط المفتوح إبقاء الطفل مع أسرته، مع اقتراح أحد التدابير الاتفاكية الآتية:

01- إلزام الأسرة باتخاذ التدابير الضرورية المتفق عليها لإبعاد الخطر عن الطفل في الآجال التي تحددها مصالح الوسط المفتوح.

02- تقديم المساعدة الضرورية للأسرة، وذلك بالتنسيق مع الهيئات المكلفة بالحماية الاجتماعية.

03- إخطار الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المختصين أو أي هيئة اجتماعية من أجل التكفل الاجتماعي بالطفل.

04- اتخاذ الاحتياطات الضرورية لمنع اتصال الطفل مع أي شخص يمكن أن يهدد صحته أو سلامته البدنية أو المعنوية.

- يمكن لمصالح الوسط المفتوح أن تقوم تلقائيا أو بناء على طلب من الطفل أو ممثله الشرعي مراجعة التدبير المتفق عليه جزئيا أو كليا.

- يجب على مصالح الوسط المفتوح أن ترفع الأمر إلى قاضي الأحداث المختص إذا فشلت في مهمتها، وهذا في الحالات الآتية:

01- عدم التوصل إلى أي اتفاق في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ إخطارها.

02- تراجع الطفل أو ممثله الشرعي.

03- فشل التدبير المتفق عليه، وهذا بالرغم من مراجعته.

- يجب على مصالح الوسط المفتوح أن ترفع الأمر فورا إلى قاضي الأحداث المختص، وهذا في حالات الخطر الحال أو في الحالات التي يستحيل معها إبقاء الطفل مع أسرته، لاسيما إذا كان ضحية جريمة ارتكبها ممثله الشرعي.

- يجب على مصالح الوسط المفتوح إعلام قاضي الأحداث دوريا بالأطفال المتكفل بهم، وبالتدابير المتخذة بشأنهم، كما يجب عليها أن تعلم المفوض الوطني بمال الإخطارات التي وجهها إليها، وأن توافيه كل ثلاثة (03) أشهر بتقرير مفصل عن كل الأطفال الذين تكفلت بهم.

## ب- الحماية القضائية للأطفال المعرضين للخطر:

وتشمل هذه الحماية ما يلي:

### ب-1- تدخل قاضي الأحداث من أجل حماية الطفل المعرض للخطر:

بناء على نص المادة 32 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، فإن اختصاص قاضي الأحداث ينعقد تبعاً لمحل إقامة الطفل المعرض للخطر أو تبعاً لمسكنه أو محل إقامته أو مسكن ممثله الشرعي، وكذا تبعاً للمكان الذي وجد به الطفل في حال عدم وجود ما تم ذكره سابقاً، وبالتالي يتولى قاضي الأحداث النظر في قضية الطفل المعرض للخطر بناء على العريضة التي ترفع إليه من الطفل أو ممثله الشرعي أو وكيل الجمهورية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بمكان إقامة الطفل أو مصالح الوسط المفتوح أو الجمعيات أو الهيئات العمومية المهتمة بشؤون الطفولة.

وفي حالات أخرى يجوز لقاضي الأحداث أن يتلقى الإخطار المقدم من الطفل شفاهة أو أن يتدخل بنفسه وبصورة تلقائية.

وعليه، وفور وصول القضية إلى قاضي الأحداث بناء على العريضة المقدمة إليه يقوم بسماع الطفل و/ أو ممثله الشرعي، ويتلقى أقوالهما وآرائهما حول وضعية الطفل ومستقبله، وفي سبيل التحقيق الذي يقوم به قاضي الأحداث، فإنه يتولى دراسة شخصية الطفل لاسيما بواسطة البحث الاجتماعي والفحوص الطبية والعقلية والنفسانية ومراقبة السلوك، ويمكنه مع ذلك إذا توفرت لديه عناصر كافية للتقدير أن يصرف النظر عن جميع هذه التدابير أو أن يأمر ببعض منها، كما يمكن لقاضي الأحداث أن يتلقى كل المعلومات والتقارير المتعلقة بوضعية الطفل، وكذا تصريحات كل شخص يرى فائدة من سماعه، وله أن يستعين في ذلك بمصالح الوسط المفتوح.

وفي إطار الضمان الحسن لإجراءات التحقيق يقوم قاضي الأحداث باستدعاء الطفل ومثله الشرعي والحامي عند الاقتضاء بموجب رسالة موصى عليها مع العلم بالوصول، وهذا قبل ثمانية (08) أيام على الأقل من النظر في القضية.

هذا ويجوز لقاضي الأحداث أن يستمع بمكتبه لكل الأطراف، وكذا لكل شخص يرى فائدة من سماعه، كما يجوز له كذلك إعفاء الطفل من المثل أمامه أو الأمر بانسحابه أثناء كل المناقشات أو بعضها إذا اقتضت مصلحته ذلك. وبعد انتهاء قاضي الأحداث من التحقيق في قضية الطفل المعرض للخطر، فإنه يقوم فوراً بإرسال ملف القضية إلى وكيل الجمهورية للاطلاع عليه.

أما بخصوص ما يمكن أن يتخذه قاضي الأحداث أثناء التحقيق في شأن الطفل، فإنه وحسب المواد: 35، 36، 37، 40، 41 (10) من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل له الحق في اتخاذ ما يلي:

01- يجوز لقاضي الأحداث بموجب أمر بالحراسة المؤقتة أن يتخذ بشأن الطفل أحد التدابير الآتية:

أ- إبقاء الطفل في أسرته.

ب- تسليم الطفل لوالده أو لوالدته الذي لا يمارس حق الحضانة عليه، ما لم تكن قد سقطت عنه بحكم.

ت- تسليم الطفل إلى أحد أقاربه.

ث- تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة.

ج- يكلف مصالح الوسط المفتوح بملاحظة الطفل في وسطه الأسري أو المدرسي أو المهني.

02- يمكن لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل بصفة مؤقتة في :

أ- مركز متخصص في حماية الأطفال من الخطر.

ب- مصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة.

ت- مركز أو مؤسسة إستشفائية، وهذا إذا كان الطفل في حاجة إلى تكفل صحي أو نفسي.

03- يمكن لقاضي الأحداث أن يتخذ بموجب أمر أحد التدابير الآتية:

أ- إبقاء الطفل في أسرته.

ب- تسليم الطفل لوالده أو لوالدته الذي لا يمارس حق الحضانه، ما لم تكن قد سقطت عنه بحكم.

ت- تسليم الطفل إلى أحد أقاربه.

ث- تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة.

ج- يكلف مصالح الوسط المفتوح بمتابعة وملاحظة الطفل وتقديم الحماية له من خلال توفير المساعدة الضرورية لتربيته وتكوينه ورعايته، مع وجوب تقديمها تقريراً دورياً له حول تطور وضعية الطفل.

04- يجوز لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل في :

أ- بمركز متخصص في حماية الأطفال من الخطر.

ب- بمصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة.

ب-2- حماية الأطفال ضحايا بعض الجرائم :

في إطار القيام بحماية الأطفال ضحايا بعض الجرائم، وخصوصاً ضحايا الاعتداءات الجنسية، نجد أن القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل قد نص في المادة 46 منه على القيام بالتسجيل السمعي البصري من أجل سماع الطفل الذي يكون ضحية الاعتداءات الجنسية في إطار إمكانية حضور أخصائي نفسي خلال إجراءات سماع الطفل. ومنه يمكن لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية المكلف بالتحقيق أو المعين في إطار إنابة قضائية تكليف أي شخص مؤهل لإجراء هذا التسجيل الذي يودع في أحرار مخطومة، وتتم كتابة مضمون التسجيل ويرفق بملف الإجراءات، كما ويتم إعداد نسخة من هذا التسجيل بغرض تسهيل الاطلاع عليه خلال سير الإجراءات وتودع في الملف.

هذا ونجد أنه يمكن وبقرار من قاضي التحقيق أو قاضي الحكم مشاهدة أو سماع التسجيل خلال سير الإجراءات، كما يمكن مشاهدة أو سماع نسخة من التسجيل من قبل الأطراف والمحامين أو الخبراء بحضور قاضي التحقيق أو أمين ضبط في ظروف سرية للغاية، وإذا اقتضت مصلحة الطفل أن يتم التسجيل سمعياً بصفة حصرية، فإن ذلك جائز شريطة الحصول على قرار من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق.

أما المادة 47 من نفس القانون، فنجدها أنها أشارت وبصفة صريحة إلى إمكانية قيام وكيل الجمهورية المختص ببناء على طلب أو موافقة الممثل الشرعي لطفل تم اختطافه، أن يطلب من أي عنوان أو لسان أو سند إعلامي نشر إشعارات أو أوصاف أو صور تخص الطفل، وهذا قصد تلقي معلومات أو شهادات من شأنها المساعدة في التحريات والأبحاث الجارية، مع ضرورة مراعاة عدم المساس بكرامة الطفل وحياته الخاصة.

كما يمكن لوكيل الجمهورية استثناء أن يأمر بهذا الإجراء دون القبول المسبق للممثل الشرعي للطفل، وهذا في حالة ما إذا استدعت الضرورة القصوى القيام بمثل هذا الأمر من أجل الحفاظ على مصلحة الطفل الموجود في حالة خطر داهم وأكد.

## ثانيا: الآليات والتدابير المقررة لحماية الطفل الحدث.

هناك العديد من التدابير والآليات التي تعمل الدولة على تحقيقها وتطبيقها من أجل توفير الوسط الملائم لرعاية الطفولة، وحماية الأحداث، وكذا حظر أسوأ أشكال العنف ضدهم، ومن أبرز هذه التدابير الردعية نجد ما يلي:

### 01 - الآليات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر.

أ - اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989: إن اتفاقية حقوق الطفل قد وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ: 20 نوفمبر سنة 1989، وصادقت عليها الجزائر مع تصريحات تفسيرية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1992.

أقرت اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 في المادة 40 الحماية اللازمة للطفل (11)، والتي من شأنها تجسيد مبادئ العدالة و المحاكمة العادلة، وفي هذا الصدد نصت المادة على الآتي:

#### أ - 1- الحفاظ على الكرامة الإنسانية للجاني:

يتوجب على الدول الحفاظ على كرامة الطفل واحترام حقوقه وحرياته الأساسية، والذي يكون موضوع إدعاء بأنه انتهك قانون العقوبات، مع العمل على إعادة إدماجه في المجتمع، ومعنى ذلك أن يكون أساس المتابعة الجنائية للطفل هو الإصلاح وإعادة الإدماج، لا الأساس العقابي، كما يقع مع المجرم الراشد.

#### أ - 2- وجوب توافر الركن الشرعي للجريمة المقترفة :

تتكفل الدول بتطبيق الأحكام ذات الصلة، وهذا من خلال التأكد من توافر الركن الشرعي للجريمة من خلال: - عدم توجيه الادعاء على الطفل بسبب فعل غير موصوف وقت ارتكابه بالمخالف لأحكام القانون الوطني أو الدولي الذي هو تطبيق للركن الشرعي في الجريمة، ويفيد معنى أنه من جهة تكريس لمبدأ أنه لا تهمة إلا بنص، ومن جهة أخرى تجسيد لمبدأ سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان، حيث أنه يجرم فقط في الفعل الموصوف بالجريمة يوم ارتكابها.

- على الدول توفير الضمانات اللازمة لحماية الطفل في حالة ادعائه، أو الادعاء عليه بأنه متهم بموجب قانون العقوبات.

#### أ - 3- افتراض قرينة البراءة للطفل للحدث :

إن افتراض براءة المجرم الحدث واجبة إلى أن تثبت إدانته وفقا للقانون، وهو مبدأ معترف به في كل من القانون الدولي الجنائي، وكذا في القانون الجنائي الوطني، والدليل على ذلك ما تنص عليه القواعد الخاصة التي تتمثل في:

- إخطاره فورا ومباشرة بالتهم الموجهة إليه، وهذا عن طريق والديه أو الأوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء، والحصول على المساعدة القانونية و ما يلائم إعداد وتقديم دفاعه، وهو نظام معمول به في أغلب الدول لاسيما الجزائر، فالقاضي يؤمن لكل شخص غير قادر على توكيل محامي بتعيين أحد المحامين للدفاع عن الشخص المعني، وحضور كل مراحل المحاكمة.

- قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في الدعوى دون تأخير وفقا للقانون، وهذا بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى مراعاة لمصلحة الطفل.

- عدم إكراهه على الإدلاء بشهادة أو الاعتراف بالذنب، واستجواب أو تأمين استجواب الشهود المناهضين، وكفالة اشتراك واستجواب الشهود لصالحه بكل نزاهة، أي أن الحدث له حق الصمت في مرحلة التحقيق، كما هو معمول به في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.

- حصول الحدث على مساعدة مترجم شفوي مجانا، وهذا إذا تعذر على الطفل فهم اللغة المستعملة أو النطق بها، بالإضافة إلى ذلك يجب مراعاة قدرات الطفل العقلية وإدراكه وفهمه (12).
- إذا أعتبر الطفل أنه قد انتهك قانون العقوبات، فإنه يجب على الدولة ضمان قيام سلطة مختصة أو هيئة قضائية مستقلة ونزيهة أعلى وفقا للقانون بإعادة النظر في هذا القرار، أي بمعنى تمكين الطفل من التقاضي على عدة درجات، وهو مبدأ من مبادئ العدالة، وهو معمول به في الجزائر، حيث يجوز للمتقاضي بما في ذلك الحدث الحصول على حقه في طرق الطعن التالية :

\* المعارضة.

\* الاستئناف.

\* الطعن بالنقض.

- تأمين احترام حياة الطفل الخاصة تماما أثناء جميع مراحل الدعوى، و لذلك تؤمن له خلال كل مراحل الدعوى جميع الاحتياجات وتوفير الضمانات المتعلقة بحياته.
- أ-4- إنشاء المؤسسات المتخصصة في حماية الأحداث :

تسعى الدول الأطراف لتعزيز إقامة قوانين وإجراءات وسلطات ومؤسسات منطبقة خصيصا على الأطفال الذي يقومون بانتهاك قانون العقوبات أو يتهمون بذلك أو يثبت عليهم ذلك، وخاصة القيام بما يلي:

- تحديد سن دنيا يفترض دونها أن الأطفال ليس لديهم الأهلية لانتهاك قانون العقوبات.
- استصواب اتخاذ تدابير عند الاقتضاء لمعاملة هؤلاء الأطفال دون اللجوء إلى إجراءات قضائية، شريطة أن تحترم حقوق الإنسان والضمانات احتراماً كاملاً.
- تتاح ترتيبات مختلفة، وهذا مثل أوامر الرعاية والإرشاد، والمنشورة، والاختبار، أو حضانة برامج التعليم والتدريب المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسساتية، من أجل ضمان معاملة الأطفال وتحقيق رفاهيتهم، شريطة أن تكون متناسبة مع ظروفهم وجرمهم على السواء (13).

ب - البرتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية.

تم اعتماد البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية بنيويورك في 25 ماي سنة 2000، وتم المصادقة عليه من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-299 المؤرخ في: 02 سبتمبر سنة 2006.

إن تطبيق بنود البروتوكول الاختياري بشأن بيع الأطفال و استغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، لا يضر بحقوق المتهم في محاكمة عادلة ونزيهة، ولا يتعارض مع حقوقه المقررة بموجب القوانين الوطنية والدولية، والى جانب توقيع العقاب والردع لمرتكبي الجرائم المتعلقة بالاستغلال الجنسي (14)، فإن الدول مطالبة بالعمل على ما يلي:

- تعتمد الدول الأطراف أو تعزز وتنفذ وتنشر القوانين والتدابير الإدارية والسياسات والبرامج الاجتماعية التي تمنع الجرائم المشار إليها في هذا البروتوكول، وينبغي إيلاء اهتمام خاص لحماية الأطفال الذين هم عرضة بوجه خاص لهذه الممارسات.
- تقوم الدول الأطراف بتعزيز الوعي لدى الجمهور عامة، بما في ذلك الأطفال عن طريق الإعلام بجميع الوسائل المناسبة، وعن طريق التثقيف والتدريب المتصل بالتدابير الوقائية، والآثار الضارة الناجمة عن الجرائم المشار

إليها في هذا البروتوكول، وتقوم الدول في وفائها بالتزاماتها بموجب هذه المادة، بتشجيع مشاركة المجتمع المحلي، لاسيما الأطفال في برامج الإعلام والتثقيف تلك، بما في ذلك المشاركة على الصعيد الدولي.

- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة، والتي تهدف إلى تأمين تقديم كل المساعدات المناسبة إلى ضحايا هذه الجرائم، بما في ذلك إعادة إدماجهم الكامل في المجتمع وتحقيق شفائهم الكامل بدنيا ونفسيا.
- كفل الدول الأطراف لجميع الأطفال ضحايا الجرائم الموصوفة في هذا البروتوكول إتاحة الإجراءات المناسبة في السعي للحصول دون تمييز، على تعويض عن الأضرار التي لحقت بهم من الأشخاص المسؤولين قانونا عن ذلك.

- تتخذ الدول الأطراف التدابير الملائمة الهادفة إلى الحظر الفعال لإنتاج ونشر المواد التي تروج للجرائم المصنوفة في هذا البروتوكول.

### ج - البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة.

لقد اعتمد البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة بنيويورك في 25 ماي سنة 2000، وتم المصادقة عليه من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06 - 300 المؤرخ في: 02 سبتمبر سنة 2006.

تفيد الديباجة الأسباب الموضوعية لإصدار البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل، وهذا بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة والمنتشرة في عدة مناطق من العالم، مما يستوجب حماية الطفل ومعاقبة المتسببين في تجنيد الأطفال واستغلالهم في المنازعات والحروب.

### ج - 1 - مضمون البروتوكول بخصوص حماية الطفل:

يتلخص مضمون البروتوكول في ثلاثة محاور رئيسية نوجزها فيما يلي :

- الالتزام الدولي بعدم تجنيد واستغلال الأطفال في الحرب : أكد البروتوكول على مبدأ الالتزام الدولي بتطبيق أحكام الحماية للطفل، وتمثل التزامات الدول في إطار هذا البروتوكول في الالتزام بعدم إشراك الأطفال الذين لم يبلغوا 18 عام من العمر اشتراكا مباشرا في الأعمال الحربية، وعدم التجنيد الإجباري لهذه الفئة، واعتبار سن ثمانية (18) عشر سنة السن القانوني للتطوع في القوات المسلحة.
- قواعد التجنيد في التنظيم العسكري : تفيد المواد من 04 إلى 07 من البروتوكول قيام الدول بتنظيم القوات المسلحة، وتجريم الممارسات المتعلقة بتجنيد الأطفال دون السن المقررة للالتحاق بالقوات المسلحة، والعمل فورا على تسريح المجندين دون السن المطلوبة، ومساعدتهم في الحياة الاجتماعية أو اتخاذ جميع التدابير القانونية والإدارية وغيرها، لكفالة فعالية تنفيذ وإعمال أحكام البروتوكول في نطاق ولايتها، بالإضافة إلى التعهد بنشر مبادئ وأحكام هذا البروتوكول على نطاق واسع، وتعزيزه بالسبل الملائمة بين البالغين و الأطفال على السواء.
- رفع التقارير الدورية إلى لجنة حقوق الطفل: طبقا للمادة 08 التي نجدها تتضمن دعوة الدول إلى رفع التقارير الدورية إلى لجنة حقوق الطفل، وهذا من خلال توفرها على المعلومات والتدابير التي اتخذتها لتنفيذ أحكام البروتوكول بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة، وإذا قمنا بتقييم التقارير التي ترفع إلى لجنة حقوق الطفل فإننا نجد أنها متباينة من حيث المعلومات، ومغايرة للواقع لأن العالم مازال منبرا للحروب و النزاعات المسلحة الدولية والداخلية، وفي كثير من الأحيان بتحفيز و تشجيع من الدول الفاعلة في العلاقات الدولية، مثلما يحدث في سوريا واليمن وليبيا و مالي وغيرها كثير.

ج -2- تقييم البروتوكول بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة : لقد عزز هذا البروتوكول المنظومة القانونية الدولية من خلال وضع الأحكام الخاصة بمنع اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، ووضع قاعدتين هامتين، وهما على الترتيب:

- أن سن 18 سنة ما يزال في سن التمدرس في كثير من الدول، الأمر الذي يفترض أن يؤخذ بعين الاعتبار مسألة إلزامية ومجانية التعليم، وهذا إذا ربطنا الموضوع باتفاقية حقوق الطفل، وكذلك من المفترض أخذ ذلك في الحسبان بالنسبة لرفع السن الأدنى للتجنيد.
  - أن البروتوكول المذكور أعلاه لم يوضح كيفية معالجة الأمر الواقع المتعلق على وجه الدقة بأسر الأطفال، وهذا على غرار أطفال فلسطين، وكأن القانون الدولي العام لا يشملهم بالحماية (15)، بالإضافة إلى أن البروتوكول لم يتطرق كذلك إلى آليات متابعة المتسببين في تجنيد الأطفال.
- 02/ الاقتراحات الوطنية الموضوعية لحماية الطفل الحدث.

- رصدت الجزائر جملة من المقترحات الوطنية الموضوعية في سبيل حماية الطفل الحدث، ومن أهمها ما يلي :
- مشروع جهاز الإنذار والتبليغ عن أي معلومة حول اختطاف الأطفال، وهو مبني على مقارنة أمنية، بحيث يتضمن رقم أخضر " 30-33 " خاص بمصالح الدرك الوطني والأمن الوطني.
  - ضرورة فتح وظائف تتعلق بمهن اجتماعية، والتي من بينها مهنة مرافق في الأماكن والمساحات المخصصة للأطفال.
  - خلق وظائف مربين يستفيدون من دورات تكوينية، لاسيما في مجال الاتصال الاجتماعي للتكفل بالشباب على مستوى الأحياء، والذين من بينهم من هم في أمس الحاجة إلى مرافقة.
  - القيام بمجموعات تحسيسية توجه لفائدة الأطفال والعائلات، وعلى مستوى المدارس والأحياء، وكذا في المساحات العمومية والفضاءات الخاصة بالأطفال، وفي الأسواق والملاعب الرياضية.
  - إنشاء الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة، والتي يكفل لها مهمة ترقية حقوق الطفل، لاسيما من خلال:
- 01- وضع برامج وطنية ومحلية لحماية وترقية حقوق الطفل، وهذا بالتنسيق مع مختلف الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية، والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة وتقييمها الدوري.
  - 02- متابعة الأعمال المباشرة ميدانيا في مجال حماية الطفل، والتنسيق بين مختلف المتدخلين.
  - 03- القيام بكل عمل للتوعية والإعلام والاتصال.
  - 04- تشجيع البحث والتعليم في مجال حقوق الطفل، وهذا بهدف فهم الأسباب الاقتصادية والاجتماعية و/أو الثقافية لإهمال الأطفال، وإساءة معاملتهم واستغلالهم، وتطوير سياسات مناسبة لحمايتهم.
  - 05- إبداء الرأي في التشريع الوطني الساري المفعول المتعلق بحقوق الطفل قصد تحسينه.
  - 06- ترقية مشاركة هيئات المجتمع المدني في متابعة وترقية حقوق الطفل.
  - 07- وضع نظام معلوماتي وطني حول وضعية الطفل في الجزائر، وهذا بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية.

المحور الثاني: حماية الأطفال المحكوم عليهم في مرحلة تنفيذ العقوبات.

إن هدف الجزاء أو التدبير المتخذ ضد الطفل الحدث ليس إيلاجه وإنما إصلاحه وإعادة تأهيله وتربيته، وبذلك تتغير السياسة الجنائية في تنفيذ العقوبات بالنسبة للطفل، وتنتفي معه فكرة حق المجتمع في توقيع العقاب كونه اعتدى على مصلحة محمية قانونا.

ومن أجل تجسيد عملية الإصلاح على أرض الواقع، فإنه لا بد من تطبيق العناصر الآتية:

- التهذيب عن طريق التعليم.
- التهذيب عن طريق العمل والتكوين المهني.
- التهذيب الديني والأخلاقي.

أولا: دور قضاء الأحداث في تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظام قضاء الحكم في تنفيذ العقوبة، والذي يتولى بموجبه قاضي الأحداث مهمة تنفيذ الحكم الصادر ضد الطفل الحدث.

هذا ويظهر دور القضاء جليا عندما يتعلق الأمر بمراقبة الأحكام التربوية، والتي تثبت عدم نجاعتها وفائدتها أثناء التنفيذ، الأمر الذي ينجم عنه أن هذه القواعد غير مقررة للبالغين، وبالتالي فهي تعد من الضمانات المقررة لحماية الطفل الحدث.

وفي هذا الصدد نجد أن القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل قد أشار بعبارة صريحة إلى إمكانية أن يتدخل قاضي الأحداث من أجل تغيير ومراجعة تدابير مراقبة وحماية الأحداث، وهذا بناءً على طلب النيابة العامة أو بناء على تقرير مصالح الوسط المفتوح أو من تلقاء نفسه.

01/ دور قاضي الأحداث في الإشراف على تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

أ - مراجعة التدابير المتخذة لصالح الطفل الجانح :

أ-1- صلاحية قاضي الأحداث في تغيير ومراجعة تدابير الحماية :

يختص قاضي الأحداث وحده في مراجعة وتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية، ومنه نجد أن المشرع الجزائري قد أشاد بدور قاضي الأحداث في تغيير ومراجعة تدابير مراقبة وحماية الأحداث، وهذا طبقا لنص المادة 96 ف 01 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، حيث أنه يمكن لقاضي الأحداث ومن تلقاء نفسه أن يقوم بتغيير أو مراجعة تدابير الحماية والتهذيب في أي وقت يشاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن المادة 96 ف 02 من نفس القانون قد ألزمت قاضي الأحداث أن يرفع الأمر إلى قسم الأحداث، وهذا إذا تبين بأن هناك محل لاتخاذ تدبير من تدابير الوضع في شأن الطفل الذي سلم لممثله الشرعي أو لشخص أو عائلة جديرين بالثقة.

أ-2- صلاحية محكمة الأحداث في التغيير والتعديل:

ويكون ذلك في حالة ما إذا رأى قاضي الأحداث أن تدبير تسليم الطفل إلى والديه أو الوصي أو الشخص الذي يتولى حضنته لم يكن في صالحه، وأن العائلة لم تكن ذلك الوسط الذي يسمح للطفل بإعادة إدماجه، وأن الأبوين لم يلعبا الدور المنوط بهما في سبيل مراقبته وعدم عودته إلى الانحراف، ولن يتأت لقاضي الأحداث معرفة أسباب ذلك، إلا بالعودة إلى التحقيق الاجتماعي الذي يقوم به المندوبين، وطبقا لنص المادة 96 ف 02 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل نجدها أنها قد ألزمت قاضي الأحداث أن يقوم برفع الأمر إلى قسم الأحداث بالمحكمة الابتدائية، وهذا في حالة ما إذا تبين أن هناك محل لاتخاذ تدبير آخر من تدابير الوضع في شأن الطفل الذي سلم لممثله الشرعي أو لشخص أو عائلة جديرين بالثقة.



### أ-3- الجهات التي لها الحق في المطالبة بمراجعة التدبير:

بالرجوع إلى القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، نجد أن المشرع الجزائري قد حول وأجاز لكل من النيابة العامة بناء على طلبها، ومصالح الوسط المفتوح بناء على تقريرها، وقاضي الأحداث من تلقاء نفسه القيام بمراجعة تدابير الحماية والتهذيب طبقا لنص المادة 96 ف 01 من نفس القانون.

وعليه، وطبقا لنص المادة 97 (16) من القانون رقم 15-12، فإنه يجوز للممثل الشرعي أن يقوم بتقديم طلب إرجاع الطفل إلى رعايته إلى قاضي الأحداث المختص شريطة أن يكون قد مضى على تنفيذ الحكم الذي قضى بتسليم الطفل أو وضعه خارج أسرته ستة أشهر على الأقل، وهذا طبعا بعد إثبات قدرته وأهليته لتربية الطفل، وثبوت تحسن سلوك هذا الأخير.

كما نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى الطفل إمكانية التصرف من نفسه، وهذا بأن يطلب هو إرجاعه إلى حضن ممثله الشرعي، وفي كلتا الحالتين سواء قدم طلب إرجاع الطفل من ممثله الشرعي أو من الطفل نفسه وتم رفض الطلب، فإنه لا يمكن تجديده إلا بعد انقضاء ثلاث (03) أشهر من تاريخ الرفض.

### ب- مراجعة التدابير المتخذة لصالح الطفل المعرض للخطر المعنوي:

يمكن القول أن القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل قد أعطى لقاضي الأحداث حق النظر في ملف الطفل المعرض للخطر، وهذا بأن يعدل حكمه أو قراره الذي يتخذ به هذا الشأن، وبالتالي فإن قرار قاضي الأحداث لا يأخذ الصيغة النهائية ولا يجوز قوة الشيء المقضي فيه.

وبالتالي، فإن مراجعة التدابير المتخذة تكون في حالة ما إذا تبين أن الطفل معرض للخطر طبقا لنص المادة 02 من نفس القانون التي حصرت حالات الخطر في:

- فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي.
- تعريض الطفل للإهمال أو التشرذ.
- المساس بحقه في التعليم.
- التسول بالطفل أو تعريضه للتسول.
- عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية.
- التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية.
- سوء معاملة الطفل، لاسيما بتعريضه للتعذيب والاعتداء على سلامته البدنية أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو إثبات أي عمل ينطوي على القسوة من شأنه التأثير على توازن الطفل العاطفي أو النفسي.
- إذا كان الطفل ضحية جريمة من ممثله الشرعي.
- إذا كان الطفل ضحية جريمة من أي شخص آخر، وهذا إذا اقتضت مصلحة الطفل حمايته.
- الاستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله، وهذا من خلال استغلاله لاسيما في المواد الإباحية وفي البغاء وإشراكه في عروض جنسية.
- الاستغلال الاقتصادي للطفل، لاسيما بتشغيله أو تكليفه بعمل يجرمه من متابعة دراسته أو يكون ضارا بصحته أو سلامته البدنية و/أو المعنوية.

## 02/ دور قضاء الأحداث في تنفيذ الأحكام الجزائية.

لقد أشار القانون رقم 05-04 المؤرخ في 06 فبراير سنة 2005 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين إلى أن توقيف الأحداث يتم في مؤسسة خاصة تدعى المراكز المتخصصة لإعادة تأهيل الأحداث، والقائمة على فكرة الدفاع الاجتماعي التي تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة لحماية المجتمع في إطار إعادة التربية والإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

### أ - رقابة قاضي الأحداث للمراكز المتخصصة للأحداث :

طبقا للمادة 33 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، فإن المؤسسات العقابية والمراكز المتخصصة للنساء والمراكز المتخصصة للأحداث تخضع إلى مراقبة دورية يقوم بها كل من:

- وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق مرة في الشهر على الأقل.
- رئيس غرفة الاتهام مرة كل ثلاثة (03) أشهر على الأقل.
- رئيس المجلس القضائي والنائب العام مرة كل ثلاثة (03) أشهر على الأقل.

وبالإضافة إلى كل هؤلاء القضاة نجد أن المشرع الجزائري قد خص قاضي الأحداث هو كذلك بزيارة المراكز المتخصصة للأحداث، ومراقبتها بصفة دورية مرة في الشهر على الأقل.

وتبعا لذلك يتوجب على رئيس المجلس القضائي والنائب العام إعداد تقرير دوري مشترك كل ستة (06) أشهر يتضمن تقييما شاملا لسير المؤسسات العقابية التابعة لدائرة اختصاصهما، ويتم توجيهه إلى وزير العدل حافظ الأختام.

وباعتبار أن الطفل الجانح الذي حكم عليه بعقوبة الحبس يعتبر من المحبوسين، فإنه وطبقا لنص المادة 42 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين يمكن إخضاعه للتدابير الوقائية، وهذا باستعمال وسائل التحكم أو الوسائل الطبية الملائمة في الحالات الآتية:

- 01/ إذا أظهر الطفل الجانح المحبوس عدوانية، أو صدر عنه عنف جسدي خطير تجاه الغير.
- 02/ إذا حاول الطفل الجانح المحبوس الانتحار أو تشويه جسده.
- 03/ إذا اختلت قواه العقلية.

هذا وتجب في الحالتين 02 و 03 أعلاه إخطار الطبيب والأخصائي النفسي للمؤسسة العقابية فورا من أجل اتخاذ التدابير اللازمة.

أما المادة 56 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، فإنها أجازت لقاضي الأحداث المختص ولأسباب مشروعة واستثنائية منح الطفل الجانح المحبوس ترخيصا بالخروج تحت الحراسة لمدة محددة، على أن يحظر النائب العام بذلك.

### ب - رئاسة قاضي الأحداث للجنة إعادة التربية :

طبقا لنص المادة 126 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، فإنه تحدث لدى كل مركز لإعادة التربية وإدماج الأحداث والمؤسسات العقابية الهيئة بجناح استقبال الأحداث لجنة لإعادة التربية يرأسها قاضي الأحداث، وتتشكل من الأعضاء الآتيين: مدير مركز إعادة التربية وإدماج الأحداث أو مدير المؤسسة العقابية، الطبيب، المختص في علم النفس، المربي، ممثل الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، كما يمكن للجنة إعادة التربية أن تستعين بأي شخص ترى فيه فائدة في سبيل أداء مهامها المنوطة بها.

هذا ونجد أن رئيس لجنة إعادة التربية يعين بقرار من وزير العدل حافظ الأختام لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد بناء على اقتراح من رئيس المجلس القضائي المختص.

وبالتالي نجد أن لجنة إعادة التربية التي يرأسها قاضي الأحداث تسهر على تطبيق وإعداد البرامج التالية:

- إعداد برامج التعليم وفقا للبرامج الوطنية المعتمدة.
  - إعداد البرامج السنوية لحو الأمية والتكوين المهني.
  - دراسة واقتراح كل التدابير الرامية إلى تكييف وتفريد العقوبات المنصوص عليها في قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.
  - تقييم تنفيذ تطبيق برامج إعادة التربية وإعادة الإدماج الاجتماعي.
- ثانيا: دور قاضي الأحداث في حماية الطفل الحدث بعد تنفيذ العقوبة.

إن إعادة تأهيل الأحداث ووقايتهم من الانحراف تعد من أهم التحديات التي تواجه المجتمع اليوم، خاصة وأن انحراف الطفل ليس ظاهرة إجرامية فحسب، بل يعتبر ظاهرة اجتماعية فريدة من نوعها. وعليه تتجلى مهمة قضاء الأحداث في فرض التدابير الملائمة من أجل حماية الطفل المنحرف بعد تنفيذ العقوبة، وهذا من خلال الدور الذي يلعبه قاضي الأحداث، والمتمثل في:

#### 01 - الإشراف على الرعاية البعدية للطفل الحدث:

يمكن لقاضي الأحداث أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحماية الطفل الجانح، وهذا بعد أن يستكمل تنفيذ العقوبة الجزائية.

وفي هذا الصدد نستطيع القول أن الطفل الحدث الذي فرضت عليه شخصيته أو الظروف الحكم عليه بعقوبة الحبس، فإنه عند الإفراج عنه لا بد أن يعود إلى المجتمع بصفة عادية، وأن يظهر له كل سبل التعايش والتكيف الملائم في سبيل أن يحيا حياة عادية ومنتظمة بعيدة عن كل ما من شأنه أن يعكر صفو سلوكه. وبالتالي يجب أن تستكمل العقوبة السالبة للحرية بتدبير ملائم يكون من شأنه أن يسمح للطفل الحدث بالاندماج مرة أخرى في المجتمع.

وعليه تتحقق الرعاية البعدية للطفل الحدث من خلال تطبيق أحكام القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، والمتضمن إحداث آليات حماية الطفولة داخل المراكز والمصالح المتخصصة المنصوص عليها في الباب الرابع من نفس القانون، وبالتالي نجد أن الدور الذي يمكن أن تلعبه المراكز والمصالح المتخصصة في حماية الأطفال هو إعداد الطفل الحدث لمرحلة ما بعد انتهاء مدة الوضع، وإدماجه اجتماعيا من خلال إتباع جميع الوسائل والحلول الممكنة في ذلك. هذا وتنص المادة 117 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل أن الوضع في:

- المراكز المتخصصة في حماية الأطفال في خطر.
- المراكز المتخصصة في حماية الأطفال الجانحين.
- المراكز المتعددة الخدمات لوقاية الشباب.
- مصالح الوسط المفتوح.

لا يكون إلا من قبل قاضي الأحداث والجهات القضائية الخاصة بالأحداث، غير أنه يجوز للوالي أن يأمر في حالة الاستعجال وضع الطفل الموجود في حالة خطر في المراكز المذكورة سابقا لمدة لا يمكن أن تتجاوز ثمانية (08) أيام، ويجب على مدير المؤسسة إخطار قاضي الأحداث بذلك فورا.

وطبقا لنص المادة 118 (17) من نفس القانون يتولى قاضي الأحداث رئاسة لجنة العمل التربوي المنشأة على مستوى المراكز المتخصصة في حماية الطفولة، والتي تتولى دراسة تطور حالة كل طفل موضوع في المركز، ويمكنها أن تقترح في أي وقت على قاضي الأحداث إعادة النظر في التدابير التي اتخذها.

أما المادة 120 من نفس القانون، فقد نصت على حقوق الأطفال داخل المراكز المتخصصة في حماية الطفولة، وهذا من خلال أن يتلقى الطفل الموضوع داخل مركز متخصص في حماية الطفولة برامج التعليم والتكوين والتربية والأنشطة الرياضية والترفيهية التي تتناسب مع سنه وجنسه وشخصيته، وأن يستفيد من الرعاية الصحية والنفسية المستمرة.

وتواصل المادة 128 من نفس القانون قولها بأنها أمرت بإيداع الطفل المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية في مركز إعادة تربية وإدماج الأحداث أو عند اللزوم في الأجنحة المخصصة للأحداث بالمؤسسات العقابية، على أن يستفيد الطفل المودع داخل مركز إعادة تربية وإدماج الأحداث وفي الأجنحة المخصصة للأحداث بالمؤسسات العقابية من الترتيبات التي تستهدف تحضير عودته إلى حياة الأسرة والمجتمع، وأن يتلقى من أجل ذلك برامج التعليم والتكوين والتربية والأنشطة الرياضية والترفيهية التي تتناسب مع سنه وجنسه وشخصيته.

**02- اختصاص قاضي الأحداث في رد الاعتبار للطفل الحدث:**

لقد أشارت قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث - قواعد بكين - إلى ضرورة أن تحفظ سجلات الطفل المجرم في سرية تامة، ويحظر إطلاع الغير عليها، ويكون الوصول إلى هذه السجلات مقصورا على الأشخاص المعنيين بصفة مباشرة من أجل التعرف على القضية محل البحث، وكذا الأشخاص الذين تربطهم قرابة بهذا الطفل الجانح وخصوصا أصوله.

وأما بالنسبة للقانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، فنجد أنه قد أشار في نص المادة 106 إلى ضرورة أن تقيّد الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الخاصة بالأحداث في سجل خاص يمسه كاتب الجلسة، وهذا حفاظا على سرية سجلات الطفل المجرم الذي حكم عليه بعقوبة جنائية.

ومن جهة أخرى نجد أن المادة 107 من نفس القانون قد ألزمت قضاء الأحداث بأن يقوم بتقييد الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الخاصة بالأحداث والمتضمنة تدابير الحماية والتهديب، وكذلك تلك المتضمنة العقوبات المحكوم بها على الأطفال الجانحين في صحيفة السوابق القضائية، لكن شريطة أن لا يشار إلى تدابير الحماية والتهديب، وكذا العقوبة المحكوم بها على الطفل الجانح إلا في القسيمة رقم 02 المسلمة للجهات القضائية.

ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري بتصرفه هذا اتجه الطفل الجانح يؤكد لنا على ضرورة الحفاظ على سرية سجلات الطفل المجرم، وكذا سرية الأحكام والقرارات الصادرة عن قضاء الأحداث بأن تبقى فقط في القسيمة رقم 02 التي تسلم إلى الجهات القضائية، ولا يجوز أن تخرج خارج القضاء بصفة عامة.

كما نجد كذلك أن المادة 108 من نفس القانون قد أعطت الطفل الجانح فرصة رد الاعتبار لنفسه، ويتأكد لنا ذلك من خلال تقديم الطفل الجانح للضمانات الأكيدة التي تؤكد أن حاله قد إنصلح، فيقوم قاضي الأحداث فورا، وبعد انقضاء مهلة ثلاث (03) سنوات اعتبارا من يوم انقضاء مدة تدبير الحماية والتهديب بأن يأمر بناء على عريضة مقدمة من الطفل الجانح أو من وكيل الجمهورية أو من تلقاء نفسه بإلغاء القسيمة رقم 01 المتضمنة تدبير الحماية والتهديب.

أما المادة رقم 109 (18) من نفس القانون، فقد أشارت إلى رد الاعتبار القانوني، والذي مفاده أن تلغى بقوة القانون من صحيفة السوابق القضائية العقوبات التي نفذت على الطفل الجانح، وكذا تدابير الحماية والتهديب المتخذة في شأنه بمجرد بلوغه سن الرشد الجزائري (أي بلوغه ثمانية عشر سنة).

الخاتمة :

يمكن القول أن فئة الأطفال الأحداث تعد من فئات المجتمع الضعيفة، والتي لها حقوق إنسانية ينبغي على هيئات المجتمع الدولي أن تقوم بحمايتها، وهذا من خلال جعلها تتمسك بجميع الحقوق التي وضعها لها التشريع الدولي والوطني.

وعليه، فالأطفال الأحداث هم من أكثر فئات المجتمع تأثرا بانتهاكات حقوق الإنسان، لهذا وجب على المجتمع الدولي أن يولي اهتماما كبيرا بالطفل الحدث ليس فقط من خلال حمايته لحقوق الإنسان، وإنما تطبيق وتنفيذ جميع الإجراءات القانونية التي يمكن أن توفر وتكفل لهم الحماية الخاصة بهم.

وبالتالي، فقد عملت جل التشريعات الحديثة لمعظم الدول على التمييز في المعاملة الجنائية بين المجرمين البالغين والأحداث الجانحين، وفي هذا الإطار وضعت جملة من الإجراءات الجزائية والأحكام القانونية الخاصة تركز مبدأ الحماية للطفل الحدث، مع رصد جملة من الجزاءات المناسبة تركز على تطبيق تدابير أمنية ملائمة لهم، وهذا أملا في القيام بإصلاحهم وتهديبهم وإعادة إدماجهم في المجتمع.

وفي خضم دراستنا هذه حول حق الطفل الحدث في الحماية على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، حاولنا جاهدين أن نقف على مدى نجاعة وكفاية النصوص القانونية الإجرائية الدولية منها والوطنية - الجزائرية - بهدف حماية حقوق الطفل الحدث سواء كان مجني عليه (ضحية)، أو جانح أو طفل معرض لخطر معنوي، وقد أبحرنا في هذا الموضوع من خلال دراسة وتحليل ما أقره التشريع الدولي بدءا باتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، ثم البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، ثم البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تطرقنا إلى وجهة نظر المشرع الجزائري من خلال تناول الحماية التي جاء بها دستور 1989 المعدل والمتمم، وكذا قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، وأخيرا القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل الذي يعتبر أول قانون في تاريخ التشريع الجزائري يوضع للطفل من أجل حمايته، وقد كان لنا حديث عنه في سياق فحوى هذا الموضوع بالتطرق إلى مختلف جوانب مواده القانونية.

في الأخير يمكن القول أن موضوع حماية الطفل الحدث سيبقى مستمرا، وي طرح العديد من التساؤلات الوقية والمستقبلية نتيجة المتغيرات التي يمكن أن يعرفها محيط الطفل الحدث، شريطة بروز دور جميع الهيئات المعنية على المستوى الوطني والدولي من أجل تحقيق الرعاية القانونية اللازمة والكافية لهذا الكائن الضعيف، كما وأننا في حاجة ماسة إلى وضع سياسة عامة جديدة يشارك فيها الجميع دون استثناء بهدف منح التشجيع والتحفيز في سبيل توفير الحماية، وربط هذه الأخيرة بالمتغيرات الجديدة التي تحدث في مجتمع الطفل الحدث، وهذا حتى يحصل على حياة أفضل في ظل دولة قانونية تحترم الطفولة والإنسانية.

## ✓ الهوامش والمراجع :

- (1) - أنظر: محمود نجيب حسني، أبحاث في علم الإجرام، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، 1977، ص: 148.
- (2) - أنظر: دردوس مكّي، الموجز في علم العقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، وحدة قسنطينة، الجزائر، 2010، ص: 187.
- (3) - أنظر: زيدومة درياس، حماية الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2007، ص: 176.
- (4) - أنظر: أحمد عبد اللطيف الفقي، النياية وحقوق ضحايا الجريمة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003، ص: 92.
- (5) - أنظر: عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية (التحري والتحقيق)، دار هومة، الجزائر، 2008، ص: 101.
- (6) - أنظر: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2009، ص: 161.
- (7) - أنظر: محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005، ص: 181.
- (8) - أنظر: تنص المادة 15 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل على ما يلي: " يخطر المفوض الوطني لحماية الطفولة من كل طفل أو ممثله الشرعي أو كل شخص طبيعي أو معنوي حول المساس بحقوق الطفل"، الجريدة الرسمية، العدد 39، الصادر في 15 يوليو 2015.
- (9) - أنظر: تنص المادة 21 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل على ما يلي: " تتولى الحماية الاجتماعية للأطفال على المستوى الخلي مصالح الوسط المفتوح بالتنسيق مع مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة...  
تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طرق التنظيم"، الجريدة الرسمية، العدد 39، الصادر في 15 يوليو 2015.
- (10) - أنظر: تنص المادة 41 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل على ما يلي: " يجوز لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل:  
- بمركز متخصص في حماية الأطفال في خطر.  
- بمصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة"، الجريدة الرسمية، العدد 39، الصادر في 15 يوليو 2015.
- (11) - أنظر: إن اتفاقية حقوق الطفل تضم في طياتها 54 مادة، وقد صادقت عليها 193 دولة إلى غاية سنة 2008.
- (12) - أنظر: أحمد عوين، قضاء الأحداث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص: 54.
- (13) - أنظر: براء منذر عبد اللطيف، السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص: 117.
- (14) - أنظر: أحمد عبد اللطيف الفقي، القضاء الجنائي وحقوق ضحايا الجريمة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003، ص: 107.
- (15) - أنظر: باسم شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة، الجزائر، 2011، ص: 387.
- (16) - أنظر: تنص المادة 97 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل على ما يلي: " يجوز للممثل الشرعي تقديم طلب إرجاع الطفل إلى رعايته إذا مضت على تنفيذ الحكم الذي قضى بتسليم الطفل أو وضعه خارج أسرته ستة (06) أشهر على الأقل، وذلك بعد إثبات أهليته لتربية الطفل وثبوت تحسن سلوك هذا الأخير.  
كما يمكن الطفل أن يطلب إرجاعه إلى رعاية ممثله الشرعي.  
يؤخذ بعين الاعتبار سن الطفل عند تغيير التدبير أو مراجعته.  
في حالة رفض الطلب لا يمكن تجديده إلا بعد انقضاء ثلاثة (03) أشهر من تاريخ الرفض"، الجريدة الرسمية، العدد 39، الصادر في 15 يوليو 2015.
- (17) - أنظر: تنص المادة 118 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل على ما يلي: " يرأس لجنة العمل التربوي المنشأة على مستوى المراكز المتخصصة في حماية الطفولة قاضي الأحداث الذي يقع المركز في دائرة اختصاصه...  
تحدد تشكيلة اللجنة وكيفية سيرها عن طريق التنظيم"، الجريدة الرسمية، العدد 39، الصادر في 15 يوليو 2015.
- (18) - أنظر: تنص المادة 109 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل على ما يلي: " تلغى بقوة القانون من صحيفة السوابق القضائية العقوبات التي نفذت على الطفل الجانح، وكذا التدابير المتخذة في شأنه بمجرد بلوغه سن الرشد الجزائري"، الجريدة الرسمية، العدد 39، الصادر في 15 يوليو 2015.

✓ قائمة المصادر والمراجع :

• أولا : النصوص القانونية :

1- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

2- القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، العدد 39، الصادر في 15 يوليو 2015.

• ثانيا : الكتب :

- 1- أحمد عبد اللطيف الفقي، النيابة وحقوق ضحايا الجريمة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003.
- 2- أحمد عبد اللطيف الفقي، القضاء الجنائي وحقوق ضحايا الجريمة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003.
- 3- أحمد عوين، قضاء الأحداث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
- 4- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 5- باسم شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 6- براء منذر عبد اللطيف، السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
- 7- دردوس مكي، الموجز في علم العقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، وحدة قسنطينة، الجزائر، 2010.
- 8- زيدومة درياس، حماية الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2007.
- 9- محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005.
- 10- محمود نجيب حسني، أبحاث في علم الإجرام، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، مصر، 1977.
- 11- عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية (التحري والتحقيق)، دار هومة، الجزائر، 2008.

## ضوابط التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري



إعداد : بلعباس أمال طالبة دكتوراه

في القانون الخاص عضو في المخبر المتوسطي

للعلم القانونية كلية الحقوق - جامعة تلمسان

يعتبر الزواج الطريق الشرعي لنشأة الأسرة واحصان النفس، ويكتمل البناء الاسري بالانجاب الاولاد، فهو حلم كل زوجين بما اودع الله سبحانه وتعالى من حب البنين في قلوبهما الذين هم زينة الحياة الدنيا وبهجتها<sup>(1)</sup>. والى وقت قريب كان الانجاب يقتصر على الاتصال الطبيعي للزوجين ومع تطور العلوم والاكتشافات البيوطبية تم التوصل الى عدة وسائل للتوالد، تأتي على رأسها تقنية التلقيح الاصطناعي<sup>(2)</sup> التي يمكن تعريفها بأنها "عملية التقاء نطفة الرجل ببويضة المرأة بطريق صناعية أو بغير الاتصال الجنسي المباشر لغرض الحمل"<sup>(3)</sup>. من خلال هذه العملية أصبح بإمكان الزوجين الحصول على أطفال دون اتصال جنسي، بل وحتى أنه يمكن لشخص ثالث التدخل في عملية الإنجاب؛ كأن يكون رجلا أجنبيا عن الزوجين متبرعا بنطفته أو امرأة متبرعة برحمها أو بويضتها، وهو ما يثير العديد من الإشكالات حول نسب المولود ومشروعية العملية في حد ذاتها.

(1) أنظر، بدران ابو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام دراسة تحليلية مقارنة، طبعة 2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص.24.

(2) تلقيح من لقح ولقحت الناقة ولقacha أي قبلت اللقاح فهي لاقح، والملاقيح: الامهات، وما في بطونها من الأجنة، انظر، مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 1429-2008، ص.1481؛ أما اصطناعي فكل ما هو مصنوع غير طبيعي؛ وتنقسم طرق التلقيح الاصطناعي الى تلقيح داخلي يكون بحقن حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في الجهاز التناسلي للزوجة بواسطة محقن خاص ليتم الاخصاب داخليا، وتلقيح صناعي خارجي يعتمد على اخراج بويضة الزوجة وتلقيحها بنطف الزوج في غير مكانها الطبيعي، اي في انبوب خاص، ثم تزرع البويضة المخصبة في الرحم لتستكمل نموها الطبيعي؛ وقد أجاز المجمع الفقهي الاسلامي للزوجين اللجوء الى عملية التلقيح الاصطناعي من اجل الانجاب كون حاجة الزوجة والزوج الى الولد يعتبر غرضا مشروعا، مع التاكيد على الحيطة والحذر وعدم اللجوء اليه الا في حالة الضرورة القصوى. للمزيد من التفاصيل حول اساليب التلقيح الصناعي المشروعة وغير المشروعة أنظر، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الانابيب، الدورة الثامنة للمجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة، المنعقدة من 28 ربيع الاخر الى 07 جمادى الاولى 1405 هـ.

(3) أنظر، زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-



لا ننكر أن هذه الاكتشافات ساهمت في إشباع الحاجات الاجتماعية والشخصية، لكن ليس على إطلاقها فمنها ما هي منبع لذرائع الانحراف والشذوذ التي تتنافى مع القانون والشريعة الإسلامية بل وحتى مع العقل البشري وأحكام الطبيعة السوية، خاصة بعد انشاء مراكز لحفظ النطف والأجنة والاشكالات التي يطرحها تجميد الاجنة لمدة طويل. ولا تتوقف العملية عند هذا الحد بل أصبحت مراكز التلقيح الاصطناعي تمارس اعمالا غير أخلاقية على الاجنة أفرزت واقعا علميا واجتماعيا جديدا اكثر حاجة الى نصوص قانونية تضبط وتنظم العملية لمنع كل تجاوز وانحراف يتعارض مع اخلاقيات الممارسات الطبية واحكام الشريعة الاسلامية.

وقد أجاز الفقه الاسلامي للزوجين اللجوء الى التلقيح الاصطناعي لعلاج ضعف الخصوبة وحدد الاساليب المشروعة وغير المشروعة، ولم يتناول المشرع الجزائري صراحة عملية التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة رقم 11-84 رغم أن أول عملية تلقيح اصطناعي كانت في الجزائر سنة 1991م، وبعد تعديله بالأمر رقم 05-02<sup>(1)</sup> استحدثت نص المادة 45 مكرر التي أجازت اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، والتغلب على مشكلة العقم التي طالما كانت شبحا يطارد بعض الأزواج، وبما ان العملية قد تتعارض مع النظام العام وقانون الأسرة في بعض أساليبها كان لزاما على المشرع تقييدها بضوابط تمنع كل التجاوزات، والسؤال الذي يمكن طرحه ماهي الضوابط التي أطر بها المشرع الجزائري عملية التلقيح الاصطناعي؟

رغبة من مشرعنا مسايرة التطورات استحدثت نص المادة 45 مكرر من ق.أ التي أجازت التلقيح الاصطناعي ولم تتركه على إطلاقه بل قيدته بضوابط وشروط لتبقيه في الاطار المشروع، وهي شروط تتعلق بالزوجين لانهما المعنيين بها، ويأتي على رأسها ان يكونا مرتبطين بعقد زواج شرعي (أولا) ثم اشترط ان يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما (ثانيا) وأن يتم التلقيح بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة (ثالثا)، وأخيرا حظر اللجوء الى التلقيح الاصطناعي باستعمال الام البديلة (رابعا).

أولا: أن يكون الزواج شرعيا.

إشترط المشرع الجزائري أن يكون الرجل و المرأة محل التلقيح الاصطناعي مرتبطين بعقد زواج شرعي، وهذا الشرط يعتبر منطقيا وضروريا يبين جدية مسعى الزوجين في الإنجاب وتحقيق أسمى أغراض الزواج وهو النسل<sup>(2)</sup>.

أ- المقصود بالزواج الشرعي :

الزواج هو الاقتران والارتباط، والنكاح في التشريع الإسلامي تصرف شرعي، له حقيقة واضحة، وله حكم أصلي وأحكام أخرى حسب ما يعرض له من أوصاف<sup>(3)</sup>. أما قانون الأسرة الجزائري فقد عرفه من خلال تبيان أثاره في نص المادة 04 منه بقوله أن "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب".

(1) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر.ج.، سنة 2005، ع15.

(2) أنظر، خدام هجرة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006-2007، ص 26.

(3) لمزيد من التفصيل حول عقد الزواج الشرعي، أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 26 وما بعدها.

وعقد الزواج كعقد شرعي له أركان تقومه وتحقق ماهيته، وشروط لا بد منها في الاعتداد به<sup>(1)</sup>، أما ركنه الشرعي والقانوني فهو الإيجاب والقبول الصادر من المتعاقدين<sup>(2)</sup>، وشروط صحته المتمثلة في أهلية الزواج، الصداق، الولي والشاهدين<sup>(3)</sup> مع مراعاة الموانع الشرعية<sup>(4)</sup>.

فمتى كان الزواج الزوج شرعيا كما ذكرنا اعلاه فإنه يمكن للزوجين اللجوء الى التلقيح الاصطناعي من أجل تحصيل الذرية وهو اول شرط جاءت به المادة 45 مكرر من ق.أ.

وبلا شك فالمشرع الجزائري يستبعد إمكانية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إذا كانت العلاقة حرة، كونه لا يعترف بهذا النوع من العلاقات، وكل طفل ينتج عن هذه العلاقة يعتبر غير شرعي ولو نتج بطريق صناعي.

#### ب- إشكالية الزواج العرفي:

كذلك يثير شرط أن يكون الزواج شرعيا إشكالية الزواج العرفي، فهو زواج معترف به في تشريعنا الأسري<sup>(5)</sup> متى توافرت أركان وشروط الزواج، لكن الزوجين المرتبطين بالزواج العرفي لا يمكنهما اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا من أجل استظهاره وإثبات حالتهما أمام المركز أو المؤسسة المعالجة<sup>(6)</sup>.

ثانيا: أن يكون التلقيح الاصطناعي برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

ثاني شرط من شروط التلقيح الاصطناعي يتضمن في طياته شرطين:

#### أ- رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي:

وهو شرط عام في ممارسة العمل الطبي غير أنه في اطار التلقيح الاصطناعي يجب موافقة

الزوجين معا<sup>(7)</sup>. وحتى يكون الرضا صحيحا لا بد من بلوغ الزوجين 19 سنة كاملة وهي الأهلية المقررة لإبرام عقد الزواج<sup>(8)</sup>، ومباشرة التصرفات القانونية<sup>(9)</sup>. ولا يعتبر رضا الزوجين صحيحا على العملية الا اذا تم اعلامهما من قبل

(1) بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص.41.

(2) تنص المادة 09 من ق.أ على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

(3) وهو ما نصت عليه المادة 9 مكرر "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية".

(4) راجع المواد 23 وما بعدها من ق.أ.

(5) جاء في نص المادة 22 من ق.أ "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

(6) أنظر، تشورا حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في ق.أ الجزائري، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006م،

ع04، ص.89.

(7) أنظر، مامون عبد الكريم، الاطار الشرعي والتشريعي للانجاب الصناعي، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع.4، ص.86.

(8) حيث جاء في نص المادة 07 من ق.أ أنه تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة....".

(9) نفس ما نصت عليه م 40 من ق.م "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة".

الطبيب بالمخاطر المرتبطة بالتلقيح الاصطناعي وصحة الطفل وتعدد الاجنة ونسبة النجاح المتوقعة<sup>(1)</sup> فكلها التزامات تقع على عاتق الطبيب المعالج .

أما الشكل الذي يفرغ فيه الرضا فإن المشرع الجزائري لم ينص عليه، لكن يجب أن يفرغ في شكل معين لتتفطن الأطراف بخطورة عملية التلقيح، وللإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها<sup>(2)</sup>.

كما يجب أن يكون الرضا صريحا غير ضمني، خاليا من العيوب كالغلط، الإكراه، أو التدليس، فإذا كان رضا أحد الزوجين مشوبا بعيب من عيوب الإرادة، فله حق العدول عن عملية التلقيح الاصطناعي، إذا لم يحصل التلقيح بعد، فإن حدث وحصل هذا الأخير مع زرع اللقيحة في الرحم، فلا خيار له في العدول، لأن الأمر حينئذ سيتحول إلى جريمة الإجهاض<sup>(3)</sup> المعاقب عليها بمقتضى المادة 304 وما بعدها من ق.ع.

اما اذا كان اجهاض الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي لغرض علاجي كانقاذ حياة الام من الخطر فهو جائز متى اجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد ابلاغ السلطة الادارية<sup>(4)</sup>.

## ب- أن يتم التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجية :

قد سبق ونص المشرع الجزائري على هذا الشرط ضمنيا عندما اشترط وجود زواج شرعي بين الزوجين، لأن هذا الزواج ينتهي بالوفاة<sup>(5)</sup>. لذلك أعتقد أن المشرع الجزائري أراد التأكيد على منع التلقيح الاصطناعي بعد وفاة أحد الزوجين (1) خصوصا وأن الخوف يزداد مع وجود بنوك المني التي تخلط الحلال بالحرام، كما أن هذا الشرط يثير إشكالا آخر وهو حالة وقوع الطلاق بين الزوجين<sup>(2)</sup>، ومشكلة اخرى في غاية الاهمية هي اجراء عملية التلقيح الاصطناعي للزوج المسجون<sup>(3)</sup>، والتلقيح الاصطناعي للزوج في حالة غيبوبة<sup>(4)</sup>.

## 1- حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالوفاة :

لا يكون التلقيح الاصطناعي صحيحا الا برضا الزوجين معا قبل وفور اجراء العملية<sup>(6)</sup>، لذلك تعتبر عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة أحد الزوجين انحرافا وتصرفا غير مباح، وبل مصدرا للنسب غير الشرعي<sup>(7)</sup>، بالإضافة الى اهدار حقوق الطفل المالية كالميراث .

فإذا سحب الطبيب البويضة والنطفة من الزوجين، وتوفي أحدهما قبل البدء في عملية الإخصاب فلا إشكال يثار، في هذه الحالة يتوقف الطبيب عن مباشرة عملية التلقيح الاصطناعي. لكن الحالة التي تثير إشكالا هي التي

(1) تشوار جيلالي ، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع.ق.إ.، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ، 2006م، ع.04، ص.63.

(2) أنظر، تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص.56.

(3) تشوار حميدوزكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.93.

(4) انظر، المادة 308 من ق.ع.

(5) انظر المادة 47 من ق.أ.

(6) تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.63.

(7) تشوار حميدوزكية، المرجع السابق، ص.91.

يحتفظ فيها الزوجان ببويضة مخصبة مجمدة، وهي مسألة جد معقدة فنحن نتكلم عن بداية إنسان محمد لم يبقى إلا زرعه في رحم امرأة ليستكمل أطوار حياته<sup>(1)</sup>.

وهذه الصورة لا شك محرمة لأنه لا يمكن الحديث عن وجود حمل إلا إذا كان أثناء الحياة الزوجية<sup>(2)</sup>، ومن جهة أخرى فإن اجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة احد الزوجين يؤدي الى اهدار أساس فكرة التلقيح الاصطناعي والمتمثلة في كونه علاج لحالات العقم وتلبية حاجة الزوجين في الحصول على الذرية، ليتحول الى رغبة انانية لشخص واحد في الحصول على الولد دون التفكير حتى في نفسية هذا الاخير عندما يعلم بأنه خلق يتيما<sup>(3)</sup>.

## 2- حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق :

من المتصور أن يحصل طلاق بين الزوجين بعد الحصول على ماء الزوج وبويضة الزوجة، ولكن قبل البدء في عملية التلقيح، فيجب التوقف عند هذا الحد لأنه لم تعد هناك علاقة زوجية تبرر ذلك، أما إذا وقع الطلاق بعد تخصيب البويضة وقبل زرعها في رحم الزوجة، فقد ثار جدال فقهي بشأن هذه الحالة، لكن الراجح هو عدم زرع البويضة الملقحة لأن الحياة الزوجية انتهت بالطلاق، وهو ما تم النص عليه في المادة 1/45 من ق.أ.

## 3- التلقيح الاصطناعي للزوج المسجون :

إذا كان الزوج محكوما عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدى يحتمل معها أن يفقد المحكوم عليه أو زوجته القدرة على الإنجاب، فإنه في هذه الحالة يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، لأنه وباستقراء نصوص قانون تنظيم السجون واعادة الادمج الاجتماعي للمحبوسين<sup>(4)</sup> لا نجد النص القانوني الذي يمنع الخلوة الشرعية للسجين مع زوجته وفي نفس الوقت لم ينص على حقه في ذلك، ونجد عدة نصوص تتحدث عن حقوق المسجون التي تسمح باعادة ادماجه اجتماعيا ،فاذا ما حصلت خلوة بين السجين والزوج فانه من المتوقع ان يحدث حمل وانجاب بطريق طبيعي.ولأن الإنجاب من الحقوق الشخصية التي نصت عليها المواثيق الدولية، وبعض الدساتير والقوانين الحديثة، فلا يجوز حرمان المحكوم عليه من حقه في انجاب اولاده، لأن ذلك يؤدي إلى الزيادة في جسامته هذه العقوبة، وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات<sup>(5)</sup> ويتعارض ايضا مع مبدأ شخصية العقوبة المعروف في القانون الجزائي والذي يقضي بان العقوبة لا يتحملها الا الشخص الذين ادين بارتكاب الفعل المجرم الذي يقضي بأن ينفرد السجين بأداء العقوبة دون ان تمتد الى زوجته، وخاصة اذا رغبت هذه الاخيرة في استمرار العلاقة الزوجية وبالرجوع الى قانون تنظيم السجون وقانون الاسرة فلا نجد ما يمنع من اجراء عملية التلقيح الاصطناعي للزوج المسجون فالزوجين على قيد الحياة ومرتبطين بعقد شرعي ويمكنهما التعبير عن ارادتهما.

(1) مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 77.

(2) زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص 63.

(3) انظر، أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في ميزان الشريعة، قانون الاسرة والتطورات العلمية، مخر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ص 63.

(4) القانون رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذو الحجة 1425 هـ الموافق ل 6 فبراير 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون واعادة ادمج المحبوسين.

(5) انظر، بوشي يوسف، الجسم البشري أثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، دراسة مقارنة ناطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص 184.

#### 4- التلقيح الاصطناعي لزوج في حالة غيبوبة :

قد يشرع الزوجين في عملية التلقيح الاصطناعي ؛ فيتم ايداع بويضة الزوجة ونطف الزوج في المركز المعالج، ويقدر ان يمرض الزوج ويدخل في غيبوبة فهل يمكن للزوجة مواصلة العملية لوحدها بعد ان وافق زوجها على اجرائها ومنح نطفه لاجل ذلك؟

في حقيقة الامر ان المشرع الجزائري نص على وجوب حياة الزوجين ورضائهما معا على عملية التلقيح الاصطناعي ولم يبين ان كان الرضا مطلوبا قبل العملية ام لحظة اجرائها. لقد سبق وان ذكرنا ان رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي ينبغي ان يكون قائما فور اجراء تلقيح البذرتين الجنسيين، وبالتالي فان دخول الزوج في غيبوبة لا يسمح له بالتعبير عن ارادته ومن ثم فالتلقيح الاصطناعي غير جائز في هذه الحالة<sup>(1)</sup>.

ثالثا: أن يتم التلقيح بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة :

هذا الشرط يخرج كل الطرق التي يتم فيها التلقيح الاصطناعي بتدخل طرف أجنبي عن الزوجين، سواء كانت امرأة تتبرع ببويضتها، أو برحمها لحمل اللقيحة، أو رجلا يتبرع بنطفته، وعليه إذا كان التلقيح بغير نطفة الزوج أو بغير بويضة الزوجة ورحمها، كانت العملية غير مشروعة قانونا<sup>(2)</sup>.

فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا، ويكون في معنى الزنا ونتائجها، وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلا لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما<sup>(3)</sup>.

ومن أجل حفظ الأنساب وعدم اختلاطها يجب أن تلقح بويضة المرأة إلا بماء زوجها، ويكون ذلك بتوجه الزوجان إلى جهة علمية موثوقة، وأن تتم العملية فورا وبحضور الزوج، إذ لا يجوز الخلوة بالزوجة، ففي التلقيح الاصطناعي يتم التعامل مع الفروج المحصنة، وينتج عنه طفل شرعي، كما يجب إهدار ما تبقى من الحيوانات المنوية بعد إتمام عملية التلقيح<sup>(4)</sup>.

هذا وقد أغفل المشرع الجزائري شرطا بالغ الأهمية اشترطه الفقه الإسلامي من أجل اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وهو شرط الضرورة القصوى، التي عبر عنها باستحالة حمل المرأة عن طريق المرافقة الطبيعية<sup>(5)</sup>.

وتجدر الإشارة أن التلقيح الاصطناعي أمر جوازي في قانون الأسرة، أي لا يلزم الزوجان اللذان استصعب عليهما الإنجاب الطبيعي<sup>(6)</sup>.

(1) تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.64.

(2) أنظر، يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص 114.

(3) أنظر، تشورا جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 104.

(4) تشوار حميدوزكية، المرجع السابق، ص. 95.

(5) خدام هجيرة، المرجع السابق، ص. 61.

(6) تشوار حميدوزكية، المرجع السابق، ص. 93.

## رابعا: حظر التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة :

في حقيقة الأمر أن منع اللجوء إلى الأم البديلة يدخل ضمن الشرط المذكور سابقا وهو ان يتم التلقيح بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة ونظرا لخطورة الام<sup>(1)</sup> الحاملة على الطفل وعلى الانساب يستحسن دراسته مستقلا وابرار أخطاره، لأنه وإن اكتفينا بذكر الضوابط السابقة، يمكن أن يفهم البعض بأن المهم لدى المشرع الجزائري أن يكون الزوجان هما مصدرا البذرتين الجنسيين، ولا يهمل الوعاء الذي تزرع فيه اللقيحة سواء كان رحم الزوجة أو غيرها، ويستحسن دراسة هذا الشرط مستقلا عن باقي الشروط لما يحتويه من اشكالات.

وينصرف اصطلاح الام البديلة الى "المرأة التي يحل رحمها محل رحم الأم البيولوجية في حمل الجنين المخلق من بيضة الأخيرة المخصبة بمبي زوجها، لتتم الأطوار الجنينية داخل رحم الأولى"<sup>(2)</sup>، الى ان تتم الولادة طبيعية او قيصرية ليتم تسليم الطفل الى الزوجين الذين تم الحمل لصالحهما.

وقد ظهرت فكرة الأم البديلة<sup>(3)</sup> في ثمانينات القرن الماضي وهي من مستجدات المسائل الطبية<sup>(4)</sup> التي لجأ إليها العديد من الأشخاص من اجل الانجاب، فانتشرت في اوربا وأمريكا، وأصبحت منظمة على شكل شركات ووكالات لتأجير الارحام الى ان وصلت الى خمسة عشر (15) مركزا في أمريكا<sup>(5)</sup>.

والام هي التي تحمل وتلد

وتقوم الأم الحاملة بدورها بموجب عقد يجمعها مع الأم البيولوجية أو الزوجان. اطلق عليه البعض اسم عقد الاجتنان، وهو عقد باطل وغير مسمى في التشريع الجزائري.

وتتعدد صور تأجير الرحم بتعدد أسباب العقم<sup>(6)</sup> لدى الزوجة وفي تقسيم بسيط نبين هذه الصور بحسب ما إذا كانت الأم البديلة أجنبية عن الزوجين (أ) أو أنها زوجة ثانية للزوج (ب).

أ- الصورة الأولى : حالة الأم البديلة أجنبية عن الزوجين.

وتندرج تحت هذه الصورة، صورتين فرعيتين :

(1) الأم لغة بالضم هي الوالدة ، وجمع أمات وأمها، أنظر، عبد الله البستاني ، البستان ، ط1 ، مكتبة لبنان ، لبنان ، 1992 م ، ص.30.

(2) زييري بن قويدر، نفس المرجع ، ص. 70.

(3) ولها عدة تسميات منها الأم الحاملة، الرحم الضئر، الرحم المستعارة، الأم بالإنابة، الأم بالوكالة ... أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الطبية والبيولوجية الحديثة ، مرجع سابق، ص. 110، وما بعدها.

(4) انظر ،حسن محمد كاظم واخرون ،مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في الشريعة الاسلامية والقانون ،مجلة رسالة الحقوق،كلية القانون ،جامعة كربلاء،2010،العدد الاول،ص.81.

(5) حسن محمد كاظم،نفس المرجع،ص.83.

(6) تتعدد أسباب لجوء الزوجين إلى تأجير الرحم، منها إنعدام الرحم لدى الزوجة، أو الخوف من انتقال أمراض وراثية إلى الجنين، كما أنه هناك دواعي جمالية وأخرى ترفيحية كمحافظة المرأة على جمالها، والخوف من آلام الوضع والحمل ...

## 1- تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها وزرع اللقيحة في رحم أجنبية عن الزوجين :

ولعل أهم أسباب اللجوء إلى هذه الصورة هو انعدام الرحم عند الزوجة، أو كان موجودا ولكن ضعيفا لا يستقر الحمل فيه مما يتسبب في اجهاض متكرر ويكون مبيضها سليما<sup>(1)</sup>، وفي المقابل يكون الزوج سليما بيولوجيا و قادرا على الإنجاب.

وتتحقق هذه الصورة بتلقيح بذرتي الزوجين خارجيا في وعاء اختبار ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة اجنبية عن الزوجين، وقد اتجه المجمع الفقهي الاسلامي الى تحريم هذا الاسلوب<sup>(2)</sup> لما ينطوي عليه من اختلاط في الانساب ومشاكل في الامومة والابوة.

## 2- تلقيح بويضة امرأة أجنبية عن الزوج بمائه، ثم إيداع اللقيحة في رحم صاحبة البويضة أو رحم امرأة أخرى :

وترجع أسباب اللجوء الى هذه الصورة الى إنعدام المبايض عند الزوجة أو أنها موجودة مع خلل في وظيفتها أو أن الزوجة بلغت سن اليأس، إضافة إلى أنها مصابة في رحمها أو مستأصلة كلية، ولا يمكنها أن تحمل<sup>(3)</sup>. فيتم تلقيح بويضة لامرأة اجنبية عن الزوج ببذرتة الجنسية وزرعها في رحم ازوجه ان كان رحمها سليما يستحمل عناء الحمل، او تزرع في رحم صاحبة البويضة لتستكمل اللقيحة اطوارها الى غاية الولادة، فينتج ولد له ام بيولوجية هي صاحبة البويضة وام اخرى بالولادة، وهي كذلك صورة محرمة شرعا وقانونا لما فيها من مفسدة للأمومة .

## ب- حالة الأم البديلة زوجة ثانية للزوج :

بمعنى أنه يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها، ثم إيداع اللقيحة في رحم زوجة ثانية للزوج، فهو تطوع من ضررتها بالحمل إذا كانت الزوجة الأولى قادرة على الإباضة، وغير قادرة على الحمل والولادة، وهذه الصورة تفترض تعدد الزوجات لرجل واحد<sup>(4)</sup>. وقد انتهى المجمع الفقهي الاسلامي الى اجازة هذه الصورة من التلقيح الاصطناعي كون الزوجتين هما لنفس الزوج، غير ان المجمع الفقهي تراجع عن قراره في دورة لاحقة على اساس ان الزوجة الاولى تعتبر اجنبية عن الزوجة الاولى<sup>(5)</sup> ،

وسواء كانت الأم الحاملة أجنبية عن الزوجين أو زوجة ثانية للزوج فإن الإشكال يتمحور حول نسبه من جهة أبيه وكذلك من جهة أمه.

الحمل والمخاض؟ وكذلك التساؤل عن أب الجنين، هل هو صاحب النطفة التي لقحت به البويضة أي الزوج أم أنه زوج الأم الحاملة؟

(1) انظر، هند الخولي، تأجير الارحام في الفقه الاسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، 2011، مجلد 27، عدد 3، ص. 278.

(2) قرار المجمع الفقهي الاسلامي في مكة المكرمة الثامنة في دورته، سبق ذكره.

(3) زبيدي بن قويدر، المرجع السابق، ص. 76.

(4) مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 80.

(5) قرار المجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة في دورته الثامنة، سبق ذكره.

بعد عرض الضوابط القانونية للتلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة الجزائري يتبين لنا بان المشرع هذا حذو الجمع الفقهي الاسلامي من حيث اجازة هذه التقنية وتقييدها بشروط بحيث تخرج من نطاق الجواز كل الطرق غير المشروعة؛ فاشترط قيام رابطة زوجية شرعية من اركان وشروط صحة مستبعدا بذلك كل العلاقات غير الشرعية، وكذلك اشترط وجوب حياة الزوجين اثناء العملية، مما يعني عدم جواز كل تلقيح صناعي بعد انحلال الزواج ولو تم اثناء العدة. ولكن، قد يكون الزواج قائما وتعرضه عدة عقبات تمنع الزوج من الاتصال بزوجه كحالة الزوج المسجون، والنتيجة انه لا يوجد نص قانوني يمنع الزوجين من اجراء العملية، اما اذا كان الزوج في حالة غيبوبة فلا يمكنه اجراء العملية لعدم قدرته على التعبير عن ارادته لحظة تلقيح البذرتين الجنسيتين وزرعهما في رحم الزوجة، وازداد النص ضابطا في غاية الاهمية يتمثل في وجوب ان يتم التلقيح بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة مستبعدا بذلك تدخل اي اجنبي في العملية ومنعا لكل اسلوب غير مشروع، وفي الاخير تم منع اللجوء الى التلقيح الاصطناعي بطريق الام البديلة، لما ينطوي عليه من اختلاط في الانساب ولو كانت الام الحاملة زوجة ثانية للزوج تبقى غريبة عن الزوجة الاولى. وما يؤخذ على المشرع الاسري هو انه أهمل شرطا في غاية الاهمية هو شرط لضرورة القصوى الذي ألح عليه الفقه الاسلامي، وكذلك كان عليه التنصيص على شروط العمل الطبي في مجال التلقيح الاصطناعي ووضع جزاء في حالة مخالفة هذه القاعدة القانونية.

✓ قائمة المراجع :

- 1- أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في ميزان الشريعة، قانون الاسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007.
- 2- بدران ابو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام دراسة تحليلية مقارنة، طبعة 2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
- 3- بوشي يوسف، الجسم البشري أثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013.
- 4- تشورا جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 5- تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006م، ع04.
- 6- تشورا حميدو زكية، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في ق.أ الجزائري، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006م، ع04.
- 7- حسن محمد كاظم واخرون، مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في الشريعة الاسلامية والقانون، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2010، العدد الاول.
- 8- خدام هجيرة، الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006-2007.



- 9- زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014. عبد الله البستاني، البستان، ط1، مكتبة لبنان، لبنان، 1992.
- 10- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 11- مامون عبد الكريم، الاطار الشرعي والتشريعي للانجاب الصناعي، م.ع.ق.ا، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع4.
- 12- مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 1429-2008.
- 13- هند الخولي، تأجير الارحام في الفقه الاسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، 2011، مجلد 27، عدد 3.
- 14- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015.

## أبي دور لمؤسسة الإكراه البدني في تحصيل الغرامات الجمركية



شرف طاهري : مفتش إقليمي

بإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة

باحث في القانون الخاص بكلية الحقوق - طنجة

يشكل الإكراه البدني<sup>1</sup> كدرجة من درجات التحصيل الجبري آلية قانونية وتقنية تشريعية للتنفيذ الجبري تسلط بناء على طلب صريح من الدائن المستفيد من الحكم أو من يقوم مقامه على المدين غير المعسر الذاتي دون الاعتباري المماثل أو الممتنع عن تنفيذ مقتضيات الحكم الصادر بأداء دين محدد في مقداره سواء أكان مصدره مديونية خاصة أو عامة مع مراعاة الاستثناءات المقررة بنص في القانون، فتتصرف إلى الشخص و تمسه في ذاته بغية إرغامه على تبرئة ذمته المالية اتجاه الدائن المستفيد من الحكم بعد استنفاد جميع طرق التنفيذ العادية في حقه والتي ظلت دون جدوى و عجزت عن تحقيق مرادها و كذا بعد سببية إنذاره بصفة قانونية و نظامية.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه و بإلحاح في هذا الموضوع، وهو إلى أي حد استطاعت مؤسسة الإكراه البدني التوفيق بين تحصيل الغرامات الجمركية و حماية حقوق و حريات الأفراد؟

و عليه سنحاول أن نتناول هذا الموضوع في مبحثين نخصص المبحث الأول للإكراه البدني في ميدان الغرامات الجمركية بين الشروط الموضوعية والشكليات النظامية، أما المبحث الثاني فنخصصه لدور مؤسسة الإكراه البدني في تحصيل الغرامات و الإدانات النقدية في ميدان الجمرك.

<sup>1</sup> لقد نظم المشرع المغربي مؤسسة الإكراه البدني في الفصول من 633 إلى 653 من قانون المسطرة الجنائية المغربي. وعلى غرار التشريعات المقارنة تجنب المشرع المغربي إعطاء تعريف قانوني قائم بذاته للإكراه البدني، ولسد هذه الثغرات تدخل الفقه وعرفه بأنه "إجبار المدين بدين عمومي أو خاص و المحكوم عليه في أغلب الأحوال بمقتضى حكم نهائي غير قابل لأي طعن عادي بالوفاء يدينه كاملا و إلا زج به في السجن لمدة يحددها القانون بناء على طلب الدائن بعد إنذاره"

## المبحث الأول : الإكراه البدني في ميدان الغرامات الجمركية بين الشروط الموضوعية والشكليات النظامية.

لقد أقر قانون المسطرة الجنائية الجديدة قفزة نوعية على مستوى الشروط الموضوعية والشكليات النظامية الواجب تحققها من الناحية الواقعية والقانونية المؤهلة لسلوك مسطرة الإكراه البدني.

### المطلب الأول : الشروط الموضوعية اللازمة لتطبيق الإكراه البدني في ميدان الغرامات الجمركية.

يتعين قبل مباشرة مسطرة الإكراه البدني توفر مجموعة من الشروط الموضوعية التي تكون موضوع مراقبة سابقة من طرف قاضي تطبيق العقوبة قبل أن يأذن مباشرة مسطرة الإكراه البدني في مواجهة الشخص المحكوم عليه بغرامات مالية لفائدة إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، وهذه الشروط يمكن إجمالها فيما يلي :

• **عدم إثبات إعسار المدين المزمع إكراهه بدنياً<sup>1</sup> :** من المعلوم أن العسر في إطار القانون المغربي يعتبر في أغلب الأحوال عارضا قانونيا يحول دون أعمال بعض مقتضيات القانونية وخاصة تلك المرتبطة بأحكام التنفيذ أو الإكراه على التنفيذ.

و لما كان العسر<sup>2</sup> هو مجرد استثناء من أصل ملاءة الذمة فإنه لا يفترض و يتوجب على من يدعي كونه معسرا أن يثبت ذلك إعمالا لصريح الفقرة الثالثة من المادة 635 من قانون المسطرة الجنائية التي تنص "غير أنه لا يمكن تنفيذ الإكراه البدني، على المحكوم عليه الذي يدلي لإثبات عسره بشهادة عوزيسلمها له الوالي أو العامل أو من ينوب عنه و بشهادة عدم الخضوع للضريبة تسلمها مصلحة الضرائب بموطن المحكوم عليه"

• **أن يكون الحكم الصادر بالأداء حكما نهائيا :** يقصد بالحكم النهائي الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به ، أي الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية كالتعرض والاستئناف و إن كانت يقبله بالطرق غير العادية<sup>3</sup>. وهذا الشرط وضع بالدرجة الأولى لحماية المدين المزمع إكراهه بدنيا إذ لا يعقل إكراه المطلوب في التنفيذ في الوقت الذي لا زالت أمامه فرصة تعديل الحكم الصادر ضده أو إلغاؤه مستفيدا من أحقية إتمام نفاذ درجات التقاضي. وهو ما يؤكد الفصل 598 من قانون المسطرة الجنائية الذي ينص " لا يجوز تطبيق الإكراه البدني إلا إذا اكتسب المقرر المذكور قوة الشيء المقضي به". و هو ما عززه العمل القضائي المغربي في أمر استعجالي صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت عدد 20002127/ بتاريخ 19 شتنبر 2000 حيث جاء فيه " حيث أن الإكراه البدني وسيلة لإكراه المدين على تنفيذ الأحكام النهائية الصادرة ضده بالأداء و حيث أنه لا يوجد من بين وثائق الملف أن الأمر بالأداء موضوع طلب التنفيذ أصبح نهائيا مما يتعين معه التصريح بعدم قبوله"<sup>4</sup>.

• **أن يكون المطلوب في الإكراه البدني شخصا طبيعيا :** استنادا إلى خصوصية هذه الوسيلة الإذعانية التي تستهدف مس المدين في شخصه وتقييد حريته و هو نفس المنحى الذي تبناه العمل القضائي المغربي في الأحكام

<sup>1</sup> عبدالعالي حفيظ، هل يمكن إثبات العسر بواسطة حكم قضائي، مقال منشور بموقع وزارة العدل والحريات المغربية، الصفحة 1.

<sup>2</sup> بالرجوع إلى المادة 57 من مدونة تحصيل الديون العمومية نجد تنص على إمكانية إثبات العسر إما بمحضر عدم وجود ما يحجز بالنسبة للمدينين المعروفين بملاءة ذمتهم والذي لم يفض الحجز الذي أجري عليه إلى أي نتيجة أو بشهادة العوز المسلمة من طرف السلطات المحلية بالنسبة للمدينين المعروفين بعسرهم.

للتوسع أكثر يمكن الرجوع إلى مؤلف ماء العينين الشيخ الكبير، تحصيل الديون العمومية بالمغرب على ضوء قانون 15.97، الطبعة الأولى 2012، الصفحة 27.

<sup>3</sup> محمد الحضري: المختصر في قانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، السنة الجامعية 2003-2004، الصفحة 58.

<sup>4</sup> يوسف بنباصر: الدليل العملي والقضائي للإكراه البدني في ضوء آخر المستجدات التشريعية، العدد الرابع، مطبعة بسني الداخلة طبعة 2003-2004، الصفحة

الصادرة عنه كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن محكمة الحي المحمدي عين السبع عدد 160 بتاريخ 20 يناير 2002 حيث جاء فيه " و حيث أن الدين هو بذمة شخص معنوي و لا مجال لتحديد الإكراه البدني في حقه".

• ثبوت الامتناع الصريح للمكره بدنيا و عدم ملاءة ذمته المالية : و يثبت الامتناع في الإكراه البدني من خلال محضر التحري الذي يباشر عون التنفيذ تحريره و والذي غالبا ما يكون مشفوعا بمحضر بعدم وجود ما يحجز.

• تحديد مدة الإكراه البدني : لا يمكن تطبيق مسطرة الإكراه البدني إلا بعد سببية تحديد مدتها و يتعين وجوبا على كل محكمة زجرية و هي بصدد إصدارها لأحكامها في الموضوع أن تحكم بموازاة الحكم بالغرامات الجمركية بتحديد مدة الإكراه البدني إما في الأدنى أو الأقصى أو التحديد الحصري لمدتها تطبيقا للتصيص الوارد في الفصل 262 من مدونة الجمارك الذي حدد مدة الإكراه البدني<sup>1</sup> في :

- من سنة إلى سنتين بالنسبة للجنح الجمركية.
- من ستة أشهر إلى سنة بالنسبة للمخالفات الجمركية من الطبقة الأولى و الثانية.
- من شهر إلى ستة أشهر بالنسبة للمخالفات الجمركية من الطبقة الثالثة و الرابعة.

**المطلب الثاني : الشروط النظامية السابقة على مباشرة مسطرة الإكراه البدني في ميدان الغرامات الجمركية.**

يقصد بالإجراءات النظامية التقنية المسطرية و الأسلوب العملي الذي تتبعه إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة في تطبيق الإكراه البدني.

وحيث أن الإكراه البدني كدرجة من درجات التحصيل الجبري فإنه يخضع من حيث الغرامات والإدانات النقدية لمقتضيات ق م ج و في هذه الحالة يتعين التمييز بين حالتين :

✓ حالة المحكوم عليه الموجود في حالة سراح : الذي تباشر المسطرة ضده بإيداع طلب الإكراه البدني لدى النيابة العامة حيث تطبق مقتضيات الفصل 640 من قانون المسطرة الجنائية الذي ينص " لا يمكن تطبيق الإكراه البدني، في جميع الأحوال ولو نص عليه مقرر قضائي إلا بعد موافقة قاضي تطبيق العقوبات الذي يتحقق من توفر الشروط الآتية بعد توصله بالملف من وكيل الملك :

- توجيه إنذار من طرف طالب الإكراه إلى الشخص المطلوب تطبيق الإكراه البدني في حقه يبقى دون نتيجة بعد مرور أكثر من شهر واحد من تاريخ التوصل به؛

- تقديم طلب كتابي من المطالب بالإكراه البدني يرمي إلى الإيداع في السجن؛

<sup>1</sup> ينص الفصل 262 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة " يطبق الإكراه البدني بشأن العقوبات المالية المتعلقة بجنح أو مخالفات جمركية وتحدد مدته على النحو التالي رغم كل الأحكام لهذا الفصل :

- من سنة إلى سنتين بالنسبة للجنح الجمركية.
- من ستة أشهر إلى سنة بالنسبة للمخالفات الجمركية من الطبقة الأولى و الثانية.
- من شهر إلى ستة أشهر بالنسبة للمخالفات الجمركية من الطبقة الثالثة و الرابعة.

الإدلاء بما يثبت عدم إمكانية التنفيذ على أموال المدين .

لا يأمر وكيل الملك أعوان القوة العمومية بإلقاء القبض على الشخص المطلوب تطبيق الإكراه البدني في حقه إلا بعد صدور قرار بالموافقة على ذلك عن قاضي تطبيق العقوبات مع مراعاة مقتضيات المادة 641 بعده.

✓ حالة المحكوم عليه الموجود في حالة اعتقال : حيث يودع الطلب لدى رئيس المؤسسة السجنية طبقاً للفصل 641 من قانون المسطرة الجنائية الذي ينص " خلافاً للمقتضيات السابقة، إذا كان المحكوم عليه ما يزال معتقلاً وأصبح الحكم الصادر في حقه مكتسباً لقوة الشيء المقضي به فإن رئيس المؤسسة السجنية المقدم إليه الطلب من طالب الإكراه البدني يوجه إلى المحكوم عليه إنذاراً كتابياً لأداء دينه، ويجب أن يشمل هذا الإنذار إضافة إلى التذكير بموجب مقرر الإدانة مبلغ العقوبة المالية ومبلغ المصاريف وكذا مدة الإكراه المأمور به.

إذا أدى المحكوم عليه دينه يسلم إليه وصل مستخرج من سجل ذي أرومة تودعه إدارة المالية في كل مؤسسة سجنية لهذا الغرض، ويستعمل هذا الوصل لإثبات الأداء الذي يوجه كذلك إشعار به على الفور إلى كتابة الضبط بالمحكمة التي قضت بالإدانة وكذا إلى إدارة المالية.

إذا صرح المحكوم عليه بعدم قدرته على الوفاء بدينه يشار إلى ذلك في محضر يحرره رئيس المؤسسة السجنية ويوجهه على الفور إلى النيابة العامة.

بعد الاطلاع على المحضر المذكور، يوقع وكيل الملك على أمر بإبقاء المحكوم عليه في السجن. ويخضع المحكوم عليه للإكراه البدني بعد قضاء العقوبة المحكوم بها عليه مع مراعاة مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 635 أعلاه.

أما بخصوص الوثائق التي تشترط الجهات المختصة الإدلاء بها لتسلم طلبات الإكراه البدني فإن مصلحة المنازعات بإدارة الجمارك تكون مدعوة إلى اعتماد عناصر الجواب التالية :

- ضرورة الإدلاء بالنسخ الأصلية التي تفيد توجيه إنذار و تعذر التنفيذ على أموال المحكوم عليه.
- أما بخصوص شهادة عدم الطعن فإنه بمجرد تسلم النسخة التنفيذية أو مستخرج الحكم الذي يفيد قابلية الحكم للتنفيذ فإن الأمر لا يتطلب تقديم شهادة عدم الطعن إلا في حالة الحكم الابتدائي غير المستأنف "شهادة عدم التعرض أو الاستئناف" و الحكم الاستثنائي في قضايا الصرف "شهادة عدم الطعن بالنقض وهذه القاعدة تظهر بصورة أكثر وضوحاً في الفصل 264 من مدونة الجمارك الذي ينص " أن الإكراه البدني ينفذ رغم الطعن بالطرق غير العادية بمجرد صيرورة الحكم نهائياً" <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> دورية موجهة للسادة المدراء الجهويين لإدارة الجمارك بخصوص التنفيذ القضائي و منازعات التحصيل والإكراه البدني تحت عدد 423/15739 الصادرة بتاريخ

## المبحث الثاني : دور مؤسسة الإكراه البدني في تحصيل الغرامات و الإدانات النقدية في ميدان الجمرك.

إذا كان الإكراه البدني في ميدان الجمرك يشكل وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري يكون الهدف منه إجبار المدين بالغرامات والإدانات النقدية المحكوم بها لفائدة إدارة الجمارك بمقتضى مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به عن طريق زج المدين في السجن لمدة يحددها القانون في حالة امتناعه عن أداء دينه و إنذاره طبقا للقانون<sup>1</sup>، فإن هذه الوسيلة - الإكراه البدني - سرعان ما أصبحت تتجاذبها تيارات فقهية وحقوقية مختلفة بين من تنادي باستمرارية مؤسسة الإكراه البدني في ميدان تحصيل الغرامات الجمركية و الإدانات النقدية و اتجاه آخر ينادي بإلغائه و عدم مشروعيته لمساسه بالحقوق والحريات الفردية، لكن ومع ذلك يبقى الإكراه البدني إحدى الوسائل واليات الضغط الجبائي لتحصيل الغرامات في ميدان الجمرك وهو ما سنحاول أن نتناوله في المطلب الأول بينما نخصص المطلب الثاني للإكراه البدني في ميدان الغرامات الجمركية بين واقع الاستمرارية و هاجس الامشروعية.

### المطلب الأول : الإكراه البدني كآلية من آليات الضغط الجبائي لتحصيل الغرامات الجمركية.

مما لا شك فيه أن الإكراه البدني أضحى في الوقت الراهن أداة من أدوات الضغط الجبائي لاستخلاص الغرامات الجمركية المحكوم بها لفائدة إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة لا سيما في المخالفات الجمركية التي لا تتضمن عقوبة حبسية حيث يصبح الإكراه أداة الضغط الوحيدة بيد المحاسب المكلف بالتحصيل لاستخلاص الغرامات الجمركية إذا لم توجد أشياء أو منقولات أو عقارات تحجز و في نفس الوقت إذا لم يتم إعلان إعسار المدين حيث تكون هذه الوسيلة طريقة للضغط الجبائي لجبر الملتزم اتجاه الإدارة لإظهار أشياء قد يكون أخفاها و لأداء ما بذمته ولو بالإكراه.

### المطلب الثاني : للإكراه البدني في ميدان الغرامات الجمركية بين واقع الاستمرارية و هاجس الامشروعية.

يتجاذب الإكراه البدني في ميدان تحصيل الغرامات الجمركية اتجاهين، اتجاه ينادي باستمرارية الإكراه في ميدان التحصيل وآخر يطالب بإلغائه لعدم مشروعيته ومساسه بحقوق وحريات الأفراد.

#### • الاتجاه المناادي باستمرارية نظام الإكراه البدني في ميدان تحصيل الغرامات الجمركية :

يميل الاتجاه المؤيد لاستمرارية نظام الإكراه البدني إلى حيوية وفعالية هذا النظام في تحصيل الغرامات و الإدانات النقدية المحكوم بها لفائدة إدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة.

حيث أن أكثر الملفات و القضايا المحكوم بها لفائدة إدارة الجمارك سرعان ما تتم تسويتها بمجرد زج المدين في السجن حيث يعمل إلى الإسراع إلى تبرئة ذمته المالية اتجاه إدارة الجمارك عبر آلية الصلح<sup>2</sup> مقابل حصوله على تنازل يخول له عدم إخضاعه لمسطرة الإكراه البدني.

<sup>1</sup> شرح قانون المسطرة الجنائية- الجزء الثالث - منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، العدد 13 ما رس 2008، الصفحة 36.

<sup>2</sup> نظم المشرع المغربي الصلح كآلية من آليات تسوية المخالفات والجنح الجمركية في المواد من 273 إلى 277 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة. هذا و تجدر الإشارة أن لإدارة الجمارك صلاحية إبرام الصلح قبل و بعد صدور حكم قضائي، ففي حالة إبرام الصلح قبل صدور حكم قضائي فإنه يترتب عليه سقوط دعوى الإدارة و الحق العام، أما إذا وقع الصلح بعد صدور حكم قضائي ترتب عنه سقوط دعوى الإدارة دون دعوى الحق العام.

فلولا نظام الإكراه البدني لكانت معظم الغرامات الجمركية المحكوم بها لفائدة إدارة الجمارك غير مستخلصة لحد الآن و لبقيت في نفس الوقت مسطرة الصلح بدون جدوى لا سيما في الجناح الجمركية المرتبطة بمجرائم الحق العام والمخالفات الجمركية التي لا تتضمن أي عقوبات حبسية.

• الاتجاه المناادي بإلغاء نظام الإكراه البدني في ميدان تحصيل الغرامات الجمركية :

تعتبر حرية الفرد من أبرز صور حقوق الإنسان فلا يجوز الحد منها أو تقييدها إلا في الأحوال و طبقا للإجراءات المعتمدة قانونا و هذا ما أكدته بصفة صريحة المبادئ المضمنة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 و أيضا المادة 9 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تنص "لا يجوز اعتقال أي أحد أو احتجازه تعسفا و لا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقا للإجراءات المقررة فيه."

فالإكراه البدني و بصرف النظر عن ما قيل عن طبيعته كمجرد وسيلة جبرية لتحصيل الغرامات الجمركية فإنه يظل أولا و أخير صورة من صور العقوبات السالبة للحرية التي تمس شخص المدين و تزج به في غياهب السجن و هو ما يتنافى مع أسس و مبادئ حقوق الإنسان و هو الحق في الحرية والسلامة الجسدية.

و نظرا لكون مسطرة الإكراه البدني تحد من حرية الأشخاص عبر الزج بهم رهن الاعتقال فإن هذا الأمر جعل هذه الأخيرة عرضة لسهام النقد من طرف الجمعيات الحقوقية التي كانت ترى و لا تزال في نظام الإكراه البدني إهدارا للمكتسبات التي راكمها المغرب في مجال حقوق الإنسان والحريات الفردية.

خاتمة :

وختاما وعلى الرغم مما تكتسيه مؤسسة الإكراه البدني من فعالية في تحصيل ديون الخزينة عامة ، و الغرامات الجمركية خاصة ، فإن هذه المؤسسة لا زالت تعترتها بعض الثغرات التي تطرح مجموعة من الإشكالات يمكن تلخيصها فيما يلي :

- عدم تحديد المشرع المغربي لطبيعة القرارات التي يصدرها قاضي تطبيق العقوبات بخصوص الإكراه البدني، وكذا مدى إمكانية الطعن في هذه القرارات لذلك يتعين التدخل للتنصيص صراحة على إمكانية الطعن في قرار قاضي تطبيق العقوبات القاضي بعدم تطبيق مسطرة الإكراه البدني و ذلك لخلق نوع من التوازن بين طرفي الخصومة.
- ضرورة وضع المشرع لحد أدنى لا يمكن أن يطبق الإكراه إذا لم يتجاوز مبلغ الدين ذلك الحد لتفادي الزج بالمدين في السجن بسبب مبالغ جمركية تافهة و ذلك على غرار ما هو منصوص عليه في مدونة تحصيل الديون العمومية.
- عدم بيان المشرع المغربي و بشكل صريح لحدود اختصاص رئيس المحكمة في البث في صحة إجراءات الإكراه البدني لذلك يتعين التنصيص على كون اختصاص رئيس المحكمة بهذا الخصوص ينحصر في القول بصحة أو عدم صحة إجراءات الإكراه البدني دون أن يتعداه الأمر بإطلاق سراح المحكوم عليه.

✓ لائحة المراجع المعتمدة.

● الكتب :

- ماء العينين الشيخ الكبير : تحصيل الديون العمومية بالمغرب على ضوء قانون 15.97، الطبعة الأولى 2012.
- يوسف بن ناصر: الدليل العملي و القضائي للإكراه البدني في ضوء آخر المستجدات التشريعية، العدد الرابع، مطبعة بسني الداخلة طبعة 2003-2004 .
- محمد الحضري : المختصر في قانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، السنة الجامعية 2003-2004.
- شرح قانون المسطرة الجنائية- الجزء الثالث- منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، العدد 13 مارس 2008.

● المقالات :

- عبدالعالي حفيظ : هل يمكن إثبات العسر بواسطة حكم قضائي، مقال منشور بموقع وزارة العدل والحريات المغربية [www.justice.gov.ma](http://www.justice.gov.ma)

● الدوريات :

- دورية موجهة للسادة المدراء الجهويين لإدارة الجمارك بخصوص التنفيذ القضائي و منازعات التحصيل والإكراه البدني تحت عدد 423/15739 الصادرة بتاريخ 3 ديسمبر 2007.



# دراسات وأبحاث بالفرنسية : ✓

## LA RECEPTION DU JUGEMENT DE DIVORCE PRONONCE EN FRANCE PAR LE JUGE MAROCAIN



**Si mohamed AKHDI**

**Docteur en Droit Privé**

**Université de Nantes-france**

Bien qu'il existe une convention entre les deux pays relative à l'exécution des jugements, l'application de ses dispositions sur le terrain soulève plusieurs questions.

En pratique, il s'avère que le juge marocain s'est fondé sur l'exception de l'ordre public pour rejeter le jugement étranger, sans chercher si les autres conditions étaient bien réunies. En effet, le juge exerce un contrôle dans le but de déterminer si le jugement étranger peut avoir des effets sur le territoire marocain. Le législateur marocain a ainsi suivi le chemin de son homologue français, mais d'une façon différente, en exigeant des conditions explicites pour l'exécution des décisions étrangères. L'article 430.2 du Code de procédure civile dispose que : « Le tribunal saisi doit s'assurer de la régularité de l'acte et de la compétence de la juridiction étrangère de laquelle il émane. Il vérifie également si aucune stipulation de cette décision ne porte atteinte à l'ordre public marocain ».

Le législateur a donc opté quasiment pour les mêmes conditions que celles prévues par la Convention franco-marocaine de 1957. En effet, il s'avère actuellement que la majorité des jugements de divorce français ne rencontrent aucune difficulté quant à l'exécution, sauf dans les cas exceptionnels où le juge constate que le jugement ne remplit pas les conditions nécessaires.

Nous étudierons, dans un premier temps, la reconnaissance du divorce français par les tribunaux marocains (CHAPITRE I), puis dans un second temps, les effets des jugements de divorce français au Maroc (CHAPITRE II).

### **CHAPITRE I : La reconnaissance des jugements de divorce français par les tribunaux marocains**

La reconnaissance du jugement français par l'ordre juridique marocain se manifeste dans l'attribution de l'exequatur pour produire ses effets. Cette procédure permet au juge marocain, après vérification de sa régularité, de donner à une décision étrangère l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.

Nous nous interrogerons sur le sens d'exequatur des jugements étrangers au Maroc (Section 1) avant d'envisager les conditions d'exécution des jugements français par les tribunaux marocains (Section 2).

#### **Section 1 : L'exécution des jugements étrangers par le juge marocain**

Le droit international privé marocain impose au juge de l'exequatur de vérifier la régularité de l'acte, la compétence de la juridiction étrangère et la non-contrariété à l'ordre public marocain de la décision étrangère. Le pouvoir de révision a disparu et l'exequatur sans révision est devenu le droit commun<sup>1</sup>.

Quelles sont les décisions qui doivent être revêtues de l'exequatur en droit marocain ?

En principe, toutes les décisions étrangères doivent être revêtues de l'exequatur si une mesure de coercition sur les personnes et sur les biens doit être prise au Maroc<sup>2</sup>. L'exequatur tend en effet à l'exécution forcée du jugement étranger. L'exécution forcée s'entend « de toute mesure qui met en mouvement ou est susceptible de mettre en mouvement, en cas de résistance d'une personne à la force publique »<sup>3</sup>. Ainsi, par exemple, une personne divorcée en France peut-elle se remarier au Maroc sans que le jugement français du divorce n'ait été revêtu de l'exequatur ? Selon la jurisprudence marocaine « Les décisions étrangères constitutives de l'état des personnes, comme celles prononçant un divorce, devaient nécessairement faire l'objet d'un exequatur pour être efficaces au Maroc ».

<sup>1</sup>A. MOULAY RCHID, « Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel », p, 138.

<sup>2</sup>L'exequatur concerne également les actes conclus à l'étranger devant les officiers et les fonctionnaires publics.

<sup>3</sup>B. LAMADDEB, « Le traditionnel et le modern en droit marocain de la famille », Thèse, univ-Montpellier I, 2012, p, 357.

Elle a ainsi décidé que : « Les jugements étrangers peuvent faire foi des faits qu'ils constatent avant même d'avoir été rendus exécutoire »<sup>1</sup>.

Aujourd'hui, l'article 128 du nouveau Code marocain de la famille comporte une règle de droit international privé relative à la reconnaissance en droit interne marocain de jugements de divorce rendus par des juridictions étrangères. Cet article précise que « les jugements de divorce, de divorce judiciaire, de divorce *khol'a* ou de résiliation de mariage rendus par les juridictions étrangères, sont susceptibles d'exécution s'ils sont rendus par un tribunal compétent et fondés sur des motifs qui ne sont pas incompatibles avec ceux édictés par le présent code pour mettre fin à la relation conjugale. Il en est de même pour les actes conclus à l'étranger devant les officiers et les fonctionnaires publics compétents, après avoir satisfait aux procédures légales relatives à l'exequatur, conformément aux dispositions des articles 430, 231 et 432 du Code de procédure civile ».

La Cour suprême est allée dans ce sens dans son arrêt en date du 24/04/2003 en affirmant « qu'il n'y a aucune disposition qui exclut de l'exequatur les jugements étrangers rendus en matière de statut personnel tant que les conditions requises par la loi sont remplies »<sup>2</sup>.

Les nouvelles dispositions de l'article 128 facilitent la reconnaissance au Maroc de jugements de divorce rendus pas des tribunaux étrangers. Avant l'adoption de ce principe, les marocains résidant à l'étrangers devaient souvent procéder à un double divorce, dans l'ordre juridique du pays de leur résidence habituelle et dans l'ordre juridique marocain.

## **Section 2 : Les conditions d'exécution des jugements français au Maroc**

Concernant la reconnaissance du jugement de divorce français au Maroc, la convention et la loi ont déterminé les conditions que le jugement doit remplir pour qu'il soit exécutable.

Il convient de noter que la Convention franco-marocaine de 1957 et la Convention de 1981 ont joué un rôle très important dans ce cadre. L'article 16 de la Convention du 5 octobre 1957 a déterminé les conditions requises pour que le jugement soit exécutable, en disposant que : « En matière civile et commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siégeant en France ou Maroc, ont de plein droit

<sup>1</sup>Cour suprême, arrêt n°74, rendu le 01/02/2006, dossier n° 482/2/1/2005 ; Ibrahim Bahmani, « La jurisprudence en matière familiale, fondements et nouveautés dans le Code de statut personnel et le Code de la famille », t :2, édition dar Assalam 2009, p, 153.

<sup>2</sup>Cour suprême, arrêt n° 180 rendu le 24/04/2003, dossier n° 277/99.

l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre Etat si elles réunissent les conditions suivantes :

a – La décision émane d'une juridiction compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admises dans l'Etat où la décision doit être exécutée.

b – Les parties ont été légalement citées, représentées ou déclarées défaillantes selon la loi de l'Etat où la décision e été rendue.

c – La décision est d'après la loi de l'Etat où elle a été rendue, passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution

d – La décision ne contient rien de contraire à l'ordre public de l'Etat où elle est invoquée ou aux principes de droit public applicables dans cet Etat. Elle ne doit pas non plus être contraire à une décision judiciaire prononcée dans cet Etat et possédant à son égard l'autorité de la chose jugée. »

Il convient ainsi d'étudier de façon concise les conditions de cette convention. Signalons, par ailleurs, que les conditions exigées par cette convention s'adaptent en certains points aux conditions prévues par les articles 430, 431 et 432 du Code de procédure civile.

L'alinéa 1 de cet article a incité certains juges à refuser les jugements français, en s'appuyant sur la règle de la compétence exclusive de la juridiction marocaine. La formule de l'alinéa 1 est bien explicite : elle détermine que la compétence de la juridiction, qui a rendu la décision, doit dépendre des règles de compétence admises dans l'Etat où la décision doit être exécutée. En effet, cette position a été dépassée par la nouvelle législation marocaine. Le législateur contemporain a réduit au minimum le contrôle de la compétence de l'autorité étrangère. Désormais, la décision française peut être exécutée même si elle est intervenue dans un domaine relevant de la compétence exclusive des tribunaux marocains. Pourtant, il suffit de s'assurer que l'autorité qui a pris la décision à l'étranger était habilitée à le faire<sup>1</sup>. Dans le même cadre, le guide pratique précise que « Les actes mettant fin au lien conjugal, établis à l'étranger devant les officiers habilités à cet effet ou les fonctionnaires publics compétents sont exécutoires sous réserves de satisfaire à la procédure légal relative à l'exequatur »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>Tribunal de première instance de Rabat, jugement n° 796 du 23 mai 2003, dossier n° 1142/02/12.

<sup>2</sup>Guide pratique du Code de la famille, p. 86.

En ce qui concerne l'alinéa 2 relatif à la régularité des procédures et en particulier l'assignation, le but est d'assurer principalement la régularité des procédures qui ont été suivies, surtout celles qui sont relatives à la garantie du droit de défense. Le respect des droits de la défense implique que le défenseur ait été assigné de manière loyale et réelle. Il implique aussi que le défendeur ait été mis en mesure, dans des délais raisonnables, de se faire représenter et de faire valoir ses moyens de défense. Il convient de noter à ce propos que l'ordre juridique marocain, à plusieurs reprises, a refusé l'exequatur aux jugements étrangers qui ont négligé le droit de défense<sup>1</sup>.

En revanche, le respect des exigences procédurales conduit en principe à l'acceptation de la demande d'exequatur. Dans une affaire soumise au tribunal de première instance de Khemisset, l'ex-épouse introduit une demande en exequatur du jugement de son divorce rendu par le tribunal de première instance d'Orléans, en faisant valoir que ce jugement était définitif et en produisant à l'appui de sa demande les documents qui attestent de la véracité de ses dires. Le tribunal accepte la demande d'exequatur. L'ex-mari interjette appel de cette décision devant la Cour d'appel de Rabat en faisant valoir qu'il était absent lors du jugement de divorce rendu par le tribunal de première instance d'Orléans ainsi que lors de celui de Khemisset qui a confirmé ledit jugement. Par conséquent, il n'a pu présenter sa défense. Il ajoute que la demanderesse avait quitté le domicile conjugal, abandonnant ses six enfants pour suivre son amant, et qu'il avait alerté les autorités compétentes, aussi bien en France qu'au Maroc pour établir l'adultère. La Cour le déboute au motif qu'il était représenté par son avocat pendant la procédure de divorce devant la juridiction française ; que la demande d'exequatur lui a été dûment notifiée, sans pour autant qu'il y réponde ; que le jugement étranger a été prononcé par un tribunal compétent ; qu'il est devenu définitif et qu'il ne contrevient ni à l'ordre public marocain, ni aux règles de la *Chari'a*<sup>2</sup>.

Il convient également d'étudier l'alinéa 3, relatif à l'autorité de la chose jugée. En principe, le jugement qui a eu l'autorité de la chose jugée est celui qui a épuisé les voies de recours ordinaires : l'opposition et l'appel. Selon la règle de conflit, le juge marocain accorde l'exequatur au jugement français après avoir acquis l'autorité de la chose jugée<sup>3</sup>. La législation française ne tient pas à cette perspective en la considérant comme insuffisante

<sup>1</sup>Cour suprême, arrêt n° 605 rendu en date du 01/11/2006, dossier n° 253/2/12005, publié dans l'ouvrage d'Ibrahim Bahmani, « La jurisprudence en matière familiale, fondements et nouveautés dans le Code de statut personnel et le Code de la famille », t-2, éd, dar assalam 2009, p. 183.

<sup>2</sup>Cour d'appel de Rabat, arrêt n° 8 du 3 janvier 2005, dossier n° 107/2004/10.

<sup>3</sup>Si les jugements français n'avaient pas l'autorité de la chose jugée, leur efficacité ne serait pas reconnue au Maroc.

pour obtenir l'exequatur. En effet, elle a estimé que la reconnaissance du jugement étranger doit inclure l'efficacité substantielle et l'autorité de la chose jugée<sup>1</sup>. Cette dernière constitue donc un attribut du jugement et non pas un effet. C'est pour cette raison que l'autorité de la chose jugée en droit français a été souvent confondue avec l'efficacité des jugements. Ainsi, les auteurs ont fait la distinction entre la force exécutoire, l'autorité de la chose jugée et l'efficacité substantielle<sup>2</sup>.

La condition de l'autorité de la chose jugée prévue par la convention a été confirmée par l'article 430 du CPCM. En conséquence, le but de cette condition est de garantir le principe de la stabilité de la coopération judiciaire entre les deux pays.

En ce qui concerne l'alinéa 4, il convient de constater que le principe de l'ordre public constitue une condition fondamentale par rapport aux deux ordres juridiques, français et marocains, en déterminant le sort de l'exequatur. En droit marocain, l'exception de l'ordre public intervient pour rejeter tout jugement contraire à l'ensemble des règles marocaines et au principe de l'Islam.

Dans une affaire concernant deux époux marocains résidant en France, l'épouse introduit devant le tribunal de première instance de Rabat une demande en exequatur du jugement de son divorce rendu par le Tribunal de grande instance de Lyon, le 31 mai 1999. Ce même jugement fixe le montant de la pension alimentaire de sa fille.

A la suite du refus de la demande d'exequatur par le tribunal, l'épouse porte l'affaire devant la Cour d'appel de Rabat<sup>3</sup>. La Cour rejette la décision du tribunal de première instance dans sa partie relative au divorce pour préjudice subi, aux motifs que le jugement émane d'une juridiction compétente et qu'il ne contrevient ni à l'ordre public marocain, ni aux règles de la *Chari'a*. Quant à la partie relative à la pension alimentaire de l'enfant, la Cour confirme la décision du tribunal de première instance et refuse d'accorder l'exequatur du jugement sur ce point. Elle fonde sa décision sur le fait que le jugement lui-même affirme que l'enfant a été adopté et qu'il ressort des pièces du dossier, d'une part, qu'elle n'a pas de lien de filiation avec l'appelante et, d'autre part, que l'appelant ne s'est pas engagé à assurer son entretien lorsqu'elle se trouvait sous la garde d'une autre personne.

<sup>1</sup>D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 927 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 403 et H. GAUDEMET-TALLON, n° 111 ; PH. FRANCESKAKIS et H.-J. LUCAS, n° 6, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, « Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé » 4<sup>ème</sup> éd, p, 232.

<sup>2</sup>La conception de l'autorité de la chose jugée fait l'objet de conflits entre les auteurs. Pour la plupart, l'autorité de la chose jugée porte sur le dispositif du jugement, alors que pour les autres, la notion s'attache à la vérification juridictionnelle.

<sup>3</sup>Cour d'appel Rabat, arrêt n° 81, du 26 avril 2004, dossier n° 147/2002/10.

Tous ces éléments sont donc contraires à l'ordre public marocain et aux règles de la *Chari'a* qui interdisent l'adoption et en vertu desquelles cette dernière ne produit aucun effet légal.

La notion d'ordre public a été interprétée ici avec une composante islamique liée à l'essence même de la nation et au système juridique marocain.

En définitive, l'on peut constater à partir de ces arrêts que les juges marocains du second degré, ainsi que les conseillers de la Cour suprême, font une application stricte de la procédure d'exequatur, en n'hésitant pas à censurer les décisions rendues par les juridictions du premier degré, lorsque celles-ci refusent, sans raison valable, de rendre exécutoire les décisions dûment rendues par les tribunaux français.

## **CHAPITRE II : Les effets des jugements de divorce français au Maroc :**

Le jugement de divorce français produit ses effets au Maroc sous réserve du contrôle de sa régularité. En principe, le juge marocain ne reconnaît aucun effet du jugement français en dehors de l'exequatur. Cette position est confirmée par la Cour suprême, dans un arrêt du 24 avril 2003, en affirmant « qu'il n'y a aucune disposition qui exclut de l'exequatur les jugements étrangers rendus en matière de statut personnel tant que les conditions requises par la loi sont remplies »<sup>1</sup>. Il apparaît donc clairement que le jugement français produit des effets au Maroc sous certaines conditions déterminées par la convention franco-marocaine. Cependant, la question qui demeure est la suivante : Quels sont les effets qui peuvent être produits par ces jugements en vertu de la présente convention ?

Il semble que la question n'ait pas été soulevée à cette époque, ce qui a encouragé la jurisprudence et la doctrine à prendre l'initiative de déterminer les effets applicables. Tant que les deux pays n'auront pas les mêmes références législatives, ceci constitue un obstacle devant l'application de tous les effets du jugement de divorce, surtout que le rôle de la convention demeure verrouillé à l'époque de sa conclusion. En effet, la réalité confirme que la convention n'a pas fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle.

---

<sup>1</sup>Cour suprême, arrêt n° 180 rendu le 24/04/2003, dossier n° 277/99.



Comme signalé antérieurement, l'exécution des effets du jugement étranger est difficile à réaliser, en raison de plusieurs facteurs, notamment celui matériel, apparaissant dans la liquidation du régime matrimonial, qui n'est pas connu en droit musulman<sup>1</sup>.

L'ordre juridique marocain s'oppose également aux effets des jugements en matière de filiation. En droit marocain, l'établissement de la filiation ne vise que la filiation légitime. La filiation naturelle n'a d'effets qu'à l'égard de la mère ; elle ne produit aucun effet à l'égard du père. De plus, l'action en recherche de paternité est interdite. Dans un jugement rendu le 23 novembre 1962, le tribunal de première instance de Casablanca a déclaré irrecevable une demande d'exequatur d'un jugement allemand ayant constaté la paternité naturelle d'un Marocain et l'ayant condamné à entretenir l'enfant<sup>2</sup>. Le jugement allemand a méconnu certaines dispositions de la *Moudawana* jugées d'ordre public.

En effet, le jugement du tribunal de Casablanca, faisant état de l'article 83 alinéa 2 de l'ancienne *Moudawana*, constate que la filiation non légitime ne crée aucun lien à l'égard du père<sup>3</sup> ; que la demande de l'exequatur est « contraire aux lois et coutumes politiques et religieuses représentant l'ordre social et public au Maroc »<sup>4</sup> et qu'elle doit donc être rejetée.

L'ordre public marocain s'oppose également à l'adoption. Cette institution est interdite en droit marocain, qui n'accorde de valeur juridique qu'à la *kafala*. Statuant sur une demande d'exequatur d'un jugement de divorce, le Tribunal de grande instance de Lyon le 31 mai 1999 a fixé une pension alimentaire à une fille adoptive. La Cour d'appel de Rabat a soulevé la contrariété de l'adoption à l'ordre public marocain et à la *Chari'a* ; elle a fondé son arrêt sur le fait que le jugement lui-même affirme que l'enfant a été adoptée et qu'il ressort des pièces du dossier, d'une part, qu'elle n'a pas de lien de filiation avec l'appelante et, d'autre part, que l'appelant ne s'est pas engagé à assurer son entretien lorsqu'elle se trouvait sous la garde d'une autre personne. La Cour d'appel ajoute que tous ces éléments sont contraires à l'ordre public marocain et aux règles de la *Chari'a* qui interdisent l'adoption et en vertu desquelles elle ne produit aucun effet légal.

<sup>1</sup>Le nouveau Code marocain de la famille a introduit une nouveauté en matière de régime matrimonial : l'article 47. Malgré cette innovation, ses dispositions sont rarement mises en pratique par les conjoints. Les coutumes et les traditions sont souvent une entrave devant le recours à de telles mesures.

<sup>2</sup>Tribunal de première instance de Casablanca, 23 novembre 1962.

<sup>3</sup>L'article 83, alinéa 1 « La filiation légitime est celle par laquelle l'enfant accède à la parenté de son père et suit la religion de ce dernier. Elle sert de fondement aux droits successoraux et donne naissance aux empêchements du mariage ainsi qu'aux droits et obligations du père et de l'enfant ».

<sup>4</sup>H. BOUCHARREB, « Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée », L'Harmattan, 2012, p, 368.

Ces exemples reflètent ainsi une image réelle de la difficulté que rencontre l'application de tous les effets du jugement étranger. Force est de constater que la jurisprudence marocaine reste conservatrice sur certaines questions, au moment où l'on constate une évolution moderniste de la législation marocaine cherchant à réduire au maximum les conflits de lois entre les deux systèmes<sup>1</sup>.

#### ❖ BIBLIOGRAPHIE :

- Bahmani. I, « La jurisprudence en matière familiale, fondements et nouveautés dans le Code de statut personnel et le Code de la famille », t-2, éd, dar assalam.
- BOUCHAREB. H, « Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée », L'Harmattan, 2012.
- HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 927 ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 403 et H. GAUDEMET-TALLON, n° 111 ; PH. FRANCESCAKIS et H-J. LUCAS, n° 6, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, « Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé » 4<sup>ème</sup> éd.
- LAMADDEB. B, “ Le traditionnel et le modern en droit marocain de la famille », Thèse, univ-Montpellier I, 2012.
- MOULAY-RCHID. A « Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel », in Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé, sous la direction de J-Y. CARLIER et M. YERWILGHEN, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- 

مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

ردمد : 2336-0615

<sup>1</sup> Selon A. Moulay Rchid, « Le juge marocain possède une arme à savoir l'ordre public. Ce mécanisme pourra toujours lui permettre d'écarter un statut étranger qui violent la lecture officielle de l'Islam au Maroc ».