

# 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 دكاك / 62 : دجنبر 2017

✓ نه موادنیة العدد 62 : دجنبر 2017 :

- الشباب وصياغة القرار العمومي وإكراهات الواقع.
- الآثار القانونية لدعوى المساواة في الميراث في المجلة.
- مدى تأثير الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدى.
- زجر الاستيلاءات الباطلة على مقابل تقدى تعاقدى.
- خصوصيات النظام القانوني للتوفيق الإلكتروني.
- عجز الزوجة عن إثبات الضرر في مدونة الأسرة.
- تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين قانونا وقضاء.
- المسؤولية المشتركة بين الزوجين في تدبير الأسرة.

The screenshot shows the homepage of the Majalah Al-Fiqh wal-Qanun website. The header features the magazine's name in large, stylized Arabic letters. Below the header, a sub-headline reads "من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون". The menu bar includes links for "الصفحة الرئيسية" (Home Page), "المدير المسؤول" (Editor-in-Chief), "الكتور صلاح الدين دكاك", "الرسائل والدراسات", "الاتصال والكلمات", and "الخطابة والمحاجة". A search bar is also present. On the right side, there is a sidebar with a portrait of Dr. Salaheddine Dkak and several links related to his publications and activities, such as "كتاب القانون الدولي الخاص: أهم المعرفات وطرق معالجتها في حلول قضية الأسلام" and "الإمام عز الدين الخطيب بين النظم القانوني للمواميقي والتقويني المغربي: الدكتور صلاح الدين دكاك". The sidebar also lists various categories like "الملحقات", "مقالات قانونية", "مقالات مقارنة", and "مقالات بالفرنسية".

العدد الثاني والستون : دجنبر 2017

## ❖ قواعد النشر وشروطه :

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

## ❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد الثاني والستون : لشهر دجنبر 2017

#### محتويات العدد :

1. كلمة العدد 62 لشهر دجنبر 2017 : "نداء إلى الباحثين في الشرع والقانون بالعالم" : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك 04.....

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. الشباب وصياغة القرار العمومي بين التكريس الدستوري والقانوني وإكراهات الواقع العملي : الدكتور رشيد قاعدة ، أستاذ زائر بجامعة محمد الخامس-الرباط 07.....

3. الآثار القانونية لدعوى المساواة في الميراث في مجلة الأحوال الشخصية التونسية : الدكتور شكري الدرballs دكتوراه في العلوم الإسلامية ، جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية 31.....

4. مدى تأثير الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدى في الفقه الإسلامي : فوزي غلاب ، دكتوراه في العلوم الإسلامية في أصول الفقه ، جامعة الزيتونة بتونس 42.....

5. زجر الاستيلاءات الباطلة على مقابل نقيدي تعاقدي - دراسة تطبيقية للمجلة الجنائية التونسية : الدكتور مصطفى أحمد دياب شوبيح ، محاضر جامعي بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين 57.....

6. خصوصيات النظام القانوني للتوفيق الإلكتروني وحجته : محمد بوخرисا ، باحث بصفة الدكتوراه بنية الدراسات القانونية والعقارية والأعمال ، كلية الحقوق بطنجة - المملكة المغربية 69.....

7. التطبيق للشقاق كمسطرة احتياطية في حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة الأستاذ محمد قاسي ، باحث في العلوم القانونية وخريج ماستر الأسرة - أكادير ، مدير مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية - المملكة المغربية 84.....

8. تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين وفق النص القانوني و العمل القضائي : الدكتورة فاطمة ملول ، أستاذة بكلية الشريعة بفاس - المملكة المغربية 102.....

#### ✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

9. Le contentieux administratif au Maroc Entre l'héritage et l'autonomie : EL HAJI Hamid Docteur Chercheur en Sciences juridiques et politiques - royaume du maroc.....110

✓ تقارير :

10. تقرير عن أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص للطالبة الباحثة ، لطيفة الشدادي بعنوان : "المسؤولية المشتركة بين الزوجين في تدبير الشأن الأسري – دراسة مقارنة"..... 128
11. تقرير عن أطروحة لنيل درجة الدكتوراه بكلية الحقوق بطنجة للطالب الباحث : مولاي عبد الرحمن قاسي بعنوان : "الصياغة التشريعية – مدونة الأسرة نموذجا"..... 135

نرئي المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

## نداء إلى الباحثين في الشريعة والقانون بالعالم



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكداك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلوة والسلام على أشرف امرسلين وبعده ، ثغر الأباء والنسرين وبلهم حلم مجله الفقه والقانون نحو مزيد من التواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية ، ويبعدوا أنه من الواجب أن نقف لحظة نأمل من أجل تقييم الجهدات الذي نبذلها المجلة ، ويجف لنا أن نفتخر والله الحمد بالكلم الهائل من البحوث والدراسات والأخبار والوثائق الفيمية التي نتوصل بها في كل دقيقه ، وبالتواصل مع علماء أكاديميين من الطراز الرفيع وباحثين متميزين من مختلف أنحاء العالم .

لقد كبرت أسرة مجلة الفقه والقانون في العام والله الحمد ولا زلتا نطمح في توسيع دائرةها أكثر فأكثر لنؤكد للجميع أهمية التعاون والتفاعل والتلاحم بين علماء الشريعة والقانون ، وفي هذا الصدد نهيب بجميع الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية في كل بقاع

العالم بأن ينضموا لأسرة مجلة الفقه والقانون فالآبواء مفتوحة بمصراعيها ، ففيها سيدون الطهر والنقاء وسيحسنون بحلوه التقارب والتفاعل بين الباحثين في الشرع والقانون.

أملنا أن يسألهم كل باحث من جهته بأفالله وبنوجبهاته لتمضي المجلة من حسن إلى أحسن ، ونسألهم في نفعيل حفيفي للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية التي أطلقها صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله ، داخل المغرب العزيز وخارجه وفي شتى بقاع العالم ، بالكلمة الطيبة وبالغلو البناء المترن .

نسأل العلي القدير أن يجعلنا نحن محاسن الباحثين مثل الجسد الواحد إذا اشتكت منه عضو نداعي له سائر الجسد بالسهر والحمى ، وما ذلك على الله بعزيز .

لن نطبل عليكم ونثر لكم ثنفون العدد الجديد من المجلة .

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

# دراسات وأبحاث بالعربية ✓

## الشباب وصياغة القرار العمومي

### بين التكريس الدستوري والقانوني وإكراهات الواقع العملي



دراسة من إعداد : الدكتور رشيد قاعدة

أستاذ زائر بجامعة محمد الخامس - الرباط

لقد خطت الدولة المغربية خطوات هامة في مسار الإصلاحات الدستورية والقانونية، أدت إلى تبني عدد من المقارب النظرية المتكاملة، هادفة إلى خلق آليات معاصرة لتدبير الشأن العام.

هكذا وفي سياق التطورات الاجتماعية والسياسية التي شهدتها المغرب، تماشيا مع ما عرفته مختلف الدول العربية في إطار ما يسمى بثورات الربيع العربي، فإن الشباب المغربي كان في صلب الحراك الديمقراطي المغربي، المتقدم بطالباً جد تقدمية وإصلاحية متمسكة بالثوابت الوطنية، التي تمت الاستجابة الفورية لها من خلال الخطاب الملكي للملك محمد السادس بتاريخ 9 مارس 2017، الذي أكد على ضرورة تعديل الدستور المغربي من خلال تبني إصلاحات جذرية غير مسبوقة تستجيب لتطلعات الشباب خاصة، و مختلف فئات المجتمع المغربي عامة. هذا الدستور الجديد لسنة 2011<sup>1</sup> الذي أقر العديد من الحقوق الدستورية للشباب خاصة الفصل 33 منه.

وبالإضافة إلى الاهتمام الدستوري بالشباب كركيزة للإصلاحات السياسية والإدارية فإن مجال التشريع القانوني تضمن أيضاً تطورات هامة، وسعت من دائرة مشاركة الشباب في إعداد وصياغة القرار العمومي وتدبير الشأن العام، وبذلك تكون المملكة المغربية راهنت على منطق الديموقراطية التشاركية لتحقيق أهداف التنمية كما هي

1- ظهير شريف رقم 91-11-1 الصادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) للمصادقة على النص الدستوري، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة في 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

متعارف عليها كوني، غير أنه وعلى الرغم من الاهتمام التي توليه السلطات العليا بالغرب للشباب كنتيجة طبيعية للتغيرات لمغرب ما بعد دستور 2011، إلا أن ذلك لم يمنع من ظهور العديد من العرائيل التي تحد من فعالية الشباب المغربي في صياغة القرار العمومي وتحقيق التنمية.

ومن هنا يمكننا طرح الإشكالية المحورية لموضوعنا قيد الدرس كالتالي :

"إلى أي حد يمكن الحديث عن دور الشباب في صياغة القرار العمومي في ظل الإصلاحات الدستورية والقانونية بالمغرب، وما هي أهم العرائيل التي تحد من فعالية هذا الدور وأفاق تجاوزها؟".

هذه الإشكالية المحورية تتفرع عنها الأسئلة الفرعية التالية:

ماذا يعني مصطلح الشباب؟. وما هي أهم الإصلاحات الدستورية والقانونية الهدف لإدماج الشباب في صياغة القرار العمومي؟. وما هو دور الخطاب الملكية في رفع درجة يقظة السلطات العمومية بضرورة الاهتمام بفئة الشباب؟.

وما هي انعكاسات مشاركة الشباب في تدبير الشأن العام على تحقيق التنمية؟. وما هي أهم الصعوبات والعراويل التي تواجه الشباب في هذا الإطار؟. وما هي الحلول الكفيلة بتجاوزها؟

للإجابة عن هذه الأسئلة وغيرها فإننا سنعتمد التقسيم التالي :

**المحور الأول :** مشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي في النص الدستوري - القانوني و الخطاب الملكية وانعكاساتها على تحقيق التنمية.

**المحور الثاني :** حدود مشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي و متطلبات تجاوزها.

**المحور الأول :** مشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي في النص الدستوري - القانوني و الخطاب الملكية وانعكاساتها على تحقيق التنمية.

لم يكن الاهتمام المتزايد بفئة الشباب وليد الصدفة، بل جاء ضمن سياق عالمي ارتبط أساسا بالتحولات التي عرفتها مختلف الأنظمة السياسية وطرق تدبيرها للشأن العمومي عبر نهج فلسفة جديدة تروم إعطاء مكانة أساسية للشباب في تدبير الشأن العام، من خلال مساهمتهم في معالجة المشاكل الاجتماعية والإنسانية والبيئية والحقوقية، وتعزيز قوتهم الاقترافية لتحقيق ديمقراطية رشيدة لكسب رهانات المستقبل، والتحديات والمتطلبات التنموية والديمقراطية.<sup>1</sup>

واعتباراً أن الشباب عنصراً أساسياً في التحديات التي تواجه المجتمعات اليوم والأجيال المقبلة على السواء، فإن السلطات العمومية بالمغرب عملت على وضع الشباب في صلب برامجها الإصلاحية، وتنفيذها على جميع المستويات لتصميم سياسات عمومية تعالج قضايا الشباب في مختلف المجالات بشكل يقتاطع فيها السياسي بالاقتصادي والاجتماعي والثقافي وغيرها من المجالات، للرفع من درجة استثمار قرارات الشباب لتحقيق التنمية في أبعادها الشاملة.

<sup>1</sup>- منشورات المعهد الجامعي للبحث العلمي، جامعة محمد الخامس السوسي، الطبعة الأولى، مطبعة كوثربانت، سنة 2008، ص 68.

ومن هنا فما هو السياق العام لمشاركة الشباب في تدبير صياغة القرار العمومي (المطلب الأول). وما هي انعكاسات مشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي في تحقيق التنمية (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول : السياق العام لمشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي.**

يشكل الشباب عنصرا هاما لاستمرارية المجتمع، فهو يعتبر كقوة جيدة تبحث عن التموقع داخل المجتمع عبر بناء هويتها وشخصيتها الاجتماعية لمواجهة التحديات والرهانات المستقبلية المرتبطة بالوضع الوطني والدولي، وذلك لن يتم إلا من خلال إدماج هذه الفئة الشابة بالمجتمع في مسلسل التنمية والنهضة المجتمعية، ومساهمتهم في صنع القرار العمومي وفق سياسات عامة حاملة لإجابات واقعية ومنطقية لقضايا الشباب تنم عن عمق في فهم إشكالات الشباب، وتتوفر فرصا وفضاءات للممارسة الاجتماعية.

ومن هنا وقبل كل شيء فإنه لابد من تعريف مفهوم الشباب (الفرع الأول)، ثم تحديد الأدوار التي منحها الدستور والقانون لهذه الفئة التي حظيت أيضا برعاية ملكية سامية (الفرع الثاني)، مع توضيح كيف يمكن لهذه الفئة المجتمعية انطلاقا من الإصلاحات الدستورية والقانونية أن تساهم في بناء المجتمع وتحقيق أهداف التنمية (الفرع الثالث).

#### **الفرع الأول : تعريف الشباب :**

يشكل الشباب القوة الضاربة لكل مجتمع فالشباب يشكل الوعاء الإيديولوجي للأمال والقلق الذي يخترق كل مجتمع<sup>1</sup> وتختلف التعريفات في التحديد المفاهيمي لمصطلح الشباب، حيث تعرف منظمة الأمم المتحدة الشباب بالأشخاص الذي تتراوح أعمارهم بين 15 و 24 سنة. وقد اعتمد هذا التعريف العلمي لأسباب إحصائية، فالبيانات المتوفرة في البلدان تتطوّر في معظم الحالات على توزيع السكان بحسب الفئات العمرية. لذا لا ينطوي هذا التعريف على أي تحيز ضد التعارف الأخرى التي تعتمد其ها البلدان الأعضاء في الأمم المتحدة بناء على عدة عوامل اجتماعية وثقافية واقتصادية وسياسية ومؤسسية، إنما يفضل اعتماد تعريف موحد لتسهيل المقارنة بين البلدان وضمن البلد الواحد عبر الزمن.

إن مرحلة الشباب هي مرحلة مهمة للغاية في دورة حياة الإنسان، ولها سمات تميزها عن المراحل الأخرى (الطفولة، والبلوغ، والشيخوخة)، فمن الناحية الاقتصادية يكون الشباب في سن انتقالية من كونهم فئة مستهلكة للموارد إلى فئة منتجة للثروات أي بين عمر الإعالة الاقتصادية وعمر الإنتاج الاقتصادي. أما من ناحية تكوين الأسرة فالشباب هم غالبا في مرحلة التعرف على الشريك والزواج والإنجاب وتأسيس الأسرة المستقلة، وغالبا ما تكون مرحلة الشباب مرحلة تكوين الشخصية ومعرفة الذات.

كما أن مفهوم الشباب لا يشير إلى معطى ثابت لا يتغير، بل يشير إلى فئة متحركة غير ثابتة، شأنها في ذلك شأن فئات المجتمع العمرية الأخرى، بل شأن المجتمع ذاته فشباب اليوم هم أنفسهم من كانوا بالأمس أطفالا أو فتيانا يافعين، وهم أنفسهم من سيكونون في الغد رجالا وشيوخا يتحملون مسؤوليات الوطن والدولة.

1- عبد الواحد زيات، الشباب في السياسات العامة، بحث لنيل درجة الماجister في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية، السنة الجامعية 2011-2012، ص 21.

وليس ثمة اتفاق مؤكّد حول بداية ونهاية مرحلة الشباب، وهو اختلاف ناتج بالتأكيد عن الاختلاف في مفهوم الشباب والسن الذي يكون فيه الإنسان شاباً، فهناك من يحدد الفئة العمرية للشباب بالفترة 18-24 سنة، وبعض الدول تحدّد في توصياتها الخاصة بهذا الشأن فئة الشباب بالمرحلة العمرية 18-30 سنة، أما الأمم المتحدة فقد حددت الفئة العمرية للشباب بـ 15-24 سنة. كما سبق وأن أشرنا لذلك سابقاً.<sup>1</sup>

وتمر التركيبة السكانية في المغرب حالياً في مرحلة تغيير كبيرة حيث تراجعت نسبة النمو السكاني بشكل ملحوظ، حيث قل عدد أفراد الأسرة بسبب تراجع معدلات الخصوبة بين النساء واللواتي انشغلن في التعليم والعمل، وتفضيل الأسر المغربية إنجاب أعداد قليلة من الأطفال، كما أن تشكيل المغرب لأكبر الدول المصدرة للمهاجرين خاصّة لأوروبا وأمريكا بسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية الصعبة المرتبطة بقلة فرص الشغل الناتجة عن قلة التساقطات وتواлиي سنوات الجفاف بالعالم القروي، إضافة إلى تراجع نسبة الولوج للوظائف العمومية، وعدم استقرار ظروف العمل بالقطاع الخاص إلى البحث عن أفق أرحب للعمل خارج البلاد قد أثر ولا شك على التركيب السكاني بالمغرب خاصة فيما يتعلق بالسكان النشيطون.

وقد أعلن المندوب السامي للتخطيط أن عدد سكان المملكة المغربية بلغ في شتنبر 2014 33 مليون و 848 ألف و 242 نسمة، منهم 33 مليون و 762 ألف و 36 مواطنين، و 86 ألف و 206 أجانب، فيما بلغ عدد الأسر 7 ملايين و 313 ألف و 806 أسرة.<sup>2</sup>

كما أفادت المندوبية السامية للتخطيط في كتيب بمناسبة اليوم العالمي للشباب أصدرته تحت عنوان (الشباب في أرقام)، يتضمن مجموعة من المؤشرات والبيانات الإحصائية حول الشباب في الفئة العمرية من 15 إلى 24 سنة أن هذه الفئة من الشباب تمثل ما يقارب خمس السكان.<sup>3</sup>

بالنظر إلى أن المغرب يتوفر على قاعدة هرمية من الشباب، تمثل مؤهلاً ثيناً بالنسبة للبلاد وفرصته نحو المستقبل، حيث إن نسبة البالغين من دون سن الثلاثين تصل إلى أزيد من 60 في المائة من الساكنة، في حين يمثل البالغون ما بين 15 و 34 سنة 40 في المائة. وبغض النظر عن التصنيف الإحصائي للشباب، فإنهم يمثلون إمكاناً بشرياً مهماً، يعد تثمينه مثابة تحدي وطني<sup>4</sup>.

ومن هنا يتضح لنا مدى الأهمية التي يحظى بها الشباب ضمن التركيبة السكانية للمغرب، مما يفرض بالضرورة وبالنظر إلى التطورات والتحولات السريعة في العالم، وظهور العديد من المشاكل المختلفة التي تلامس الشباب في مجالات متعددة، إلى جعل القادة السياسيين و مختلف الهيئات و صانعي القرار بالغرب يفكرون في حل المشاكل التي تمس هذه الفئة، والاستجابة لمطالبتها لتحقيق أهدافها من خلال اعتماد برامج وخطط متكاملة و هي ما

1- الفصل الخامس، الشباب عماد التنمية، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني، hdr.undp.org، سنة 2010، ص.75.

2- كلمة المندوب السامي للتخطيط خلال استقباله من طرف الملك محمد السادس يومه الاثنين 16 مارس 2015 بالقصر الملكي بالدار البيضاء، لتقديم النتائج المتعلقة بالإحصاء العام للسكان والسكنى، الذي أُنجز تنفيذاً للتعليمات الملكية السامية، خلال الفترة الممتدة ما بين فاتح و 20 شتنبر 2014.

3- نشر في موقع مغارب كم يوم 13-08-2012.

4- تقرير الخمسينية، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء المغرب، سنة 2006، ص.40.

تعرف بالسياسات المندجحة لإشراك الشباب في تدبير الشأن العام وصناعة القرار العمومي. وذلك ما تم تفعيله من خلال الإصلاحات الدستورية والقانونية المهمة بالشباب استجابة مع التوجه الملكي في هذا الإطار. فكيف ذلك؟.

### الفرع الثاني : الشباب و صياغة القرار العمومي دستوريا- قانونيا و توجها ملكي.

لقد ارتبط الاهتمام المتزايد بالشباب بالمغرب بسياق عالمي ارتبط أساسا بالتحولات التي عرفتها عملية إنتاج القرار نتيجة التحولات الشاملة العميقية و السريعة التي شهدتها المجتمع العالمي بقيادة المجتمعات المتقدمة، فالحاجة إلى التغيير، وبروز مطالب اجتماعية جديدة جعلت من إعادة صياغة النظام الاقتصادي والسياسي أحد الأولويات الكبرى في بلدان العالم، وتبعاً لذلك إعادة النظر في دور المؤسسات والفاعلين الاجتماعيين، ومكانة الدولة و مؤسساتها في هذا بعد الوطني رهاناً أسمى، وتبعاً لذلك اتجهت الدولة إلى انتهاج فلسفة جديدة في تدبير الفعل العمومي والميل إلى إعطاء مكانة أساسية في هذا التدبير للشباب. ولقد زاد هذا الاهتمام والحضور الشابي مع الأدوار التي أنطتها الدستور الجديد لسنة 2011.<sup>1</sup> لهذه الفئة التي كانت في صلب الحراك الديمقراطي المغربي.(الفقرة الأولى).

كما تعزز دور الشباب في تدبير الشأن العام من خلال ما تضمنته القوانين التنظيمية للجماعات الترابية لسنة 2015<sup>2</sup> من تطورات هامة،(الفقرة الثانية)، إذ بفضلها تمكن الشباب خلال الانتخابات الجماعية الأخيرة من تبوء مكانة متميزة في التشكيلة المكونة لأعضاء المجالس المنتخبة ترابيا، وذلك استجابة لما عبر عنه عاهل البلاد في خطبه الملكية إلى ضرورة إباء أهمية خاصة للشباب، وتمكينهم من المشاركة الفعالة في صنع القرار العمومي.(الفقرة الثالثة).

### الفقرة الأولى : الشباب و صناع القرار العمومي من خلال المقتضيات الدستورية.

في سياق التحولات الاجتماعية والسياسية التي شهدتها المغرب خلال بداية الألفية الثالثة وإلى غاية سنة 2011، وما صادف ذلك من مواجهة عدة تحديات وفي مقدمتها شبابه الذي أبان خلال الحركات الاحتجاجية خلال سنة 2011 المرتبطة فيما يعرف بالحراك الاجتماعي، وما رافقها من مطالب ارتبطت أساساً بدور الشباب في التغيير والإصلاح بجملة من الاختلالات التي تعترى تدبير الشأن العام، وذلك في ظل الغموض الذي يكتنف مكانة الشباب في إعداد وصياغة القرار العمومي من حيث المفهوم والآليات. فإن هذه التحولات شكلت منعطفاً أساسياً في إعادة النظر في بعض المقتضيات الدستورية لدستور المملكة المغربية لسنة 2001، الذي عرف تطوراً هاماً وملموساً في ما يتعلق بالاعتراف بدور الشباب في تدبير صياغة القرار العمومي.

<sup>1</sup>- دستور المملكة المغربية لسنة 2011، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- القوانين التنظيمية للجماعات الترابية:

- ظهير شريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 ( 7 يوليول 2015)، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، جريدة رسمية عدد 6380، الموافق 6 شوال 1436 (23 يوليول 2015).

- ظهير شريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 ( 7 يوليول 2015)، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم ، جريدة رسمية عدد 6380، الموافق 6 شوال 1436 (23 يوليول 2015).

- ظهير شريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 ( 7 يوليول 2015)، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات ، جريدة رسمية عدد 6380، الموافق 6 شوال 1436 (23 يوليول 2015).

هذا الدستور الذي استجاب لطلاب العديد من الفعاليات التي شاركت في إعداده وكذلك إنصف باقي الشباب المغربي، حيث قرر بين فصوله العديد من الحقوق للشباب لاسيما ما تضمنه الفصل 33 منه الذي نص على ما يلي<sup>1</sup> :

- على السلطات العمومية اتخاذ التدابير الملائمة لتحقيق ما يلي :
- توسيع وتعزيز مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للبلاد،
- مساعدة الشباب على الاندماج في الحياة النشيطة و الجماعية وتقديم المساعدة لأولئك الذين تعترضهم صعوبة في التكيف المدرسي أو الاجتماعي أو المهني،
- تيسير ولوج الشباب للثقافة والعلم والتكنولوجيا والفن والرياضية والأنشطة الترفيهية مع توفير الظروف المواتية لتفتح طاقتهم الخلاقة والإبداعية في كل هذه المجالات،
- يحدث مجلس استشاري للشباب والعمل الجمعوي من أجل تحقيق هذه الأهداف.

هذا الفصل وغيره من الفصول يرسم صورة راقية لما يجب أن يتحقق للشباب انطلاقاً من أن الشباب هم نصف الحاضر وكل المستقبل وأن خارطة التعامل معهم هي نفسها خارطة التعامل مع المستقبل<sup>2</sup>.

وبتضمن الدستور المغربي الجديد لسنة 2011 لفصل جديد يقتضي بإنشاء مجلس استشاري للشباب والعمل الجمعوي تكون مهمته دعم مشاركة الشباب في صناعة القرار في المغرب، فإنه يعطي إشارة قوية لإعادة تكيف أدوار الشباب من خلال هذه المؤسسة الدستورية التي لها صبغة تمثيلية على شاكلة البرلمان، وسيجعل قضياباً الشباب في صلب اهتمام الحكومة المغربية وسيخلق مكانة هامة للمجتمع المدني الذي يضع نصب عينيه النهوض بقضايا الشباب.

حيث أن تخصيص الشباب المغرب بفصل في دستور 2011 يشكل استجابة لطلاب المنظمات والجمعيات الشبابية عبر مر العقود السالفة، إذ أن هذا التنصيص الدستوري سيوفر لهذه الفئة الشبابية حضوراً متميزاً في مختلف المؤسسات الوطنية بشكل يتناسب مع حجم حضورهم وحرفيتهم ومميزاتهم العلمية والثقافية، كما تجد آليات الديقراطية التشاركية تحسيدها الواضح، في الفصول 12 و 13 و 14 و 15 من الدستور وكذا الفصل 139.

إذ أن هذا التطور الذي عرفه دستور المملكة المغربية لسنة 2011 سيعزز ولاشك مبادئ المواطنة الحقة، التي تتجلّى أساساً في إشراك مختلف شرائح المجتمع في اتخاذ القرار العمومي.

حيث أنه بهذه المعادلة يمكن رسم طبيعة العلاقة التي تربط المواطنة بالديقراطية، إذ هما وجهان لعملة واحدة، فالمواطنة باعتبارها حياة جماعية قائمة على روابط شرعية وسياسية وثقافية وإنسانية وإطار تتحقق من خلاله الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الالازمة لممارسة الحرية والمساوة والعدالة، لا يمكن أن تصبح فعالة وبناءة إلا بإعمالها. وهذا الإعمال يتحقق عن طريق مشاركة كل فرد في تدبير شؤون مجتمعه وإقليمه وحيه، بإبداء الرأي والقيام بمبادرات تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، وذلك بالنظر لكون المواطنة هي الصفة التي تحدد حقوقه وواجباته الوطنية و يعرف الفرد حقوقه و يؤدي واجباته عن طريق التربية الوطنية... فهي تحقق الأهداف التي يصبو إليها الجميع و توحد من أجلها الجهود و ترسم الخطط و توضع التوازنات داخل المجتمع، فكلمة المواطنة يحتويها إطار

<sup>1</sup>- الفصل 33 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

<sup>2</sup>- محمد السلواني، الدستور وواقع الشباب المغربي، مقال منشور بمجلة دنيا الوطن تاريخ النشر 2012-03-23، ص.3.

أوسع و هو الدولة الوطنية<sup>1</sup>. فهي تساعد الفرد على تأكيد فطنته و إثبات ذاته و حقه في المشاركة الفعالة في اتخاذ القرارات و تحديد الخيارات. فالمواطنة تعبر عن أقصى حدود المشاركة الوجданية و الشعورية بين الفرد و جماعة الانتماء<sup>2</sup>.

ومن هنا فإن الدستور الجديد و لتعزيز قيم المواطنة فقد قدم اعترافا هاما بالشباب بشكل لم نعهد من قبل، حيث أن هذه التعديلات الدستورية من شأنها أن تحدث تغييرات كبيرة في إعطاء المعنى الحقيقي للمواطنة و المشاركة، عبر تحديد طرق التعامل مع الشباب ودورهم في صياغة القرار العمومي، بشكل يستجيب لحجم انتظاراتهم، وتوفير فرص هامة للرفع من نسبة مساهمة وانخراط الشباب المغربي بشكل فعلي في تدبير الشأن العام الوطني والتربوي، لدى فإن هذه الوثيقة الدستورية تطرحاليوم تحديا كبيرا أمام جميع الفاعلين وبالخصوص ما يهم الحركة المدنية ودينامية الشباب المغربي، باعتبارها الشريك الأساسي لصياغة الأجوبة على كل المطالب و الانتظارات الأساسية المرتبطة بضمان الانتقال الديمقراطي و تكريس حقوق الإنسان والكرامة.

إيمانا بأن إحداث المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعوي، الذي نص عليه الدستور الجديد لسنة 2011، رهن باعتماد منهجية تشاركيه مندرجة تضمن له أن يصبح آليات ناجعة في التدبير وإعداد السياسات والبرامج، وتسخير الانخراط الإيجابي لكل مكونات المجتمع المدني والشباب في عملية الاندماج في صناعة القرارات التي تؤثر على حياتهم.

ويكن من إعادة الاعتبار للموارد الشابة والثقة بقدراتها ومبادراتها ومجهوداتها ووظائفها وأدوارها ومسؤولياتها الجديلة.<sup>3</sup>

### الفقرة الثانية : مشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي من خلال القوانين التنظيمية للجمعيات التراثية :

إن تطور السياسات العمومية الوطنية والتربوية والتحولات التي تعرفها خصوصا بالبلدان المتقدمة أدى إلى ظهور ما يسمى بالديمقراطية التشاركية، والتي يمكن تعريفها بأنها: شكل من أشكال التدبير المشترك للشأن العام بناء على تقوية مشاركة المواطنين في اتخاذ القرار السياسي.<sup>4</sup>

وقد أظهرت التجارب محدودية نتائج البرامج التنموية الموجهة إلى الأفراد المستهدفين دون إشراكهم في مسلسل صياغة القرار العمومي، مما يؤكّد فشل نظرية من الأعلى إلى الأسفل top down في مجال السياسات العمومية، يعني أن الدولة تتواجد على هرم صياغة القرار العمومي، وأن التنفيذ يتم عبر إشراك المواطن المستهدف أو جمعيات المجتمع المدني خاصة تلك المشكلة من فئة الشباب.

<sup>1</sup>- علي خليفة الكواري، الديمقراطية و التنمية في الوطن العربي، سلسلة كتب المستقبل العربي (30)، الطبعة الثالثة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2004، ص 77.

<sup>2</sup>- نجلاء عبد الحميد راتب، الانتماء الاجتماعي للشباب المصري: دراسة سوسيولوجية في حقبة الانفتاح، مركز المchorose للنشر، القاهرة، 1999، ص 57.

<sup>3</sup>- يوسف شوني، تكتيكات وحملات عملت على تعزيزي مشاركة الشباب في الحياة العامة، تقرير حول اليوم الدراسي الذي نظمه التحالف المدني للشباب من أجل الإصلاح تحت عنوان "تدبير الشأن المحلي وقضايا الشباب"، المنعقد يوم السبت 14 يناير 2012 الرباط.

<sup>4</sup>- مصطفى المناصفي، المجتمع المدني والديمقراطية التشاركية، مجلة نوافذ، عدد مزدوج 54-53 كانون الثاني /يناير 2013، ص 177.

ومع تزايد النداءات الرامية إلى ضرورة فتح مجال أوسع أمام مكونات المجتمع المدني وخاصة الشباب من أجل المشاركة في صياغة القرار العمومي، يبقى التساؤل مرتبطاً بالكيفية التي تتم من خلالها هذه المشاركة، مما يدفعنا إلى طرح السؤال المخوري التالي: أي دور للشباب في تفعيل آليات الديمocratie التشاركيّة؟.

إن تطوير العلاقة مع المجتمع المدني بما يخدم أهداف التنمية وإرساء مؤسسات الحكماء، وتعزيز التشاور مع الفاعلين الاجتماعيين والاقتصاديين، ومنظمات المجتمع المدني والجماعات الترابية في بلورة السياسات العمومية وتفعيتها وتنفيذها وتقييمها، تتم عبر تحديد مجموعة من الفرضيات والمطالب التي اعتبرت من طرف الشباب شرطاً أساسياً لتفعيل دور الشباب في التنمية المستدامة.

حيث أنه لأول مرة في تاريخ المغرب الحديث تتاح الفرصة للشباب العربي ليلاج عالم التسيير والتدارير للشأن المحلي بإعداد غفيرة، ولم تكن في حسبان أكثر المترافقين في الانتخابات الجماعية ليوم 4 شتنبر 2015، لدرجة أصبح للشباب أغلبية في بعض المجالس المنتخبة بغض النظر عن انتماءاتهم السياسية.

فهذه الطفرة الديمocratie وهذا الانتقال الكبير لم يكن متخيلاً حتى من طرف الشباب أنفسهم، خاصة وأن المشكّل المركزي الذي كانت تعشه الأحزاب السياسية هو كيفية استقطاب الشباب للعمل السياسي، وإعادة الثقة له في ماهية العمل السياسي والمشاركة في التدافع الاجتماعي الذي من دونه لن تقوم بلدنا قائمة، لأن الطاقة التي يتوفّر عليها الشباب والمؤهلات التي لديه، إذا أصيف لها عنصران أساسيان وهما التوجيه والاحتکاك في تسيير الشأن المحلي ستجعل منه مبدعاً ومنتجاً للأفكار التي تعطي الإضافة المرجوة من الشباب، فالتسهيل فكرة، وال فكرة تحتاج لنظرية غير عادية للواقع، وهذه قوة الشباب، فنظرته الواقعية تختلف تماماً عن نظرة من سبقوه، لأن عصره ليس عصرهم، ولأن وسائله ليست وسائلهم، وأن قنوات تواصله مختلفة تماماً عن قنوات تواصلهم، مما يجعله مؤهلاً أكثر من غيره لفك طلاسم المشاكل التي يعيشها تدبير الشأن المحلي.

فيإشراف الشباب مشاركة فعالة في التسيير، وإتاحة الفرصة لهم، يوضعون على المحك وتحتاج لهم فرصة لإبراز الذات وكسب ثقة الفاعلين السياسيين والمواطن على حد سواء. وبالتالي فإن المقاربة التشاركيّة تشكل مستقبل عمل الجماعات الترابية، فمظاهر تعقدتها كثيرة ومتعددة وال حاجيات والانتظارات السكانية في تزايد مستمر، الأمر الذي يفرض تعبئة الطاقات وجمع الإمكانيات وفق منهجية محكمة ومتكمالة.

وقد أنسنت القوانين التنظيمية للجماعات الترابية<sup>1</sup>، لضرورة إشراك المجتمع المدني الذي يشكل الشباب إحدى أهم مكوناته في المساهمة في تدبير الشأن العام. حيث نصت المادة 119 من القانون التنظيمي رقم 14-113 المتعلّق بالجماعات، على أن تحدث مجالس الجماعات آليات تشاركيّة للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنات والمواطنين والجماعيات في إعداد برنامج العمل وتتبعها طبقاً لكيفيات تحدّد في النظم الداخلي.

كما نصت المادة 120 من نفس القانون على إحداث مجلس الجماعة هيئة استشارية بمشاركة مع فعاليات المجتمع المدني تختص بدراسة القضايا المتعلقة بتفعيل مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص، ومقاربة النوع تسمى "هيئة المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع" وقد أحال القانون كيفية تأليفها وتسييرها إلى النظام الداخلي للمجلس.

<sup>1</sup>- القوانين التنظيمية للجماعات الترابية الصادرة سنة 2015، مرجع سابق.

وهو نفس المقتضى الذي تضمنه القانون رقم 112.14 المتعلقة بالعمالات والأقاليم في المادتين 110 و 111. وعلى نفس المنوال صار القانون التنظيمي رقم 111-14 المتعلقة بالجهات في مادته 116 لتعزيز آليات التشاور والمحوار في إعداد برنامج التنمية وتتبعها، وقد حددت أيضا المادة 117 من نفس القانون إحداث ثلاثة هيئات من ضمنها هيئة تختص بدراسة القضايا المتعلقة بقضايا الشباب.

إضافة إلى ما تضمنته القوانين التنظيمية الثلاث في حق المواطنين والمواطنات والجمعيات في تقديم عرائض، من خلال ما ورد في المواد 122 بالنسبة للجماعات، والمادة 113 بالنسبة للعمالات والأقاليم، والمادة 119 بالنسبة للجهات.

والعريضة هي : "كل محرك يطالب بموجبه المواطنات والمواطنون والجمعيات مجلس الجماعة الترابية بإدراج نقطة تدخل في صلاحيات ضمن جدول أعماله. وقد حددت القوانين التنظيمية شروط تقديمها في المادة 123 من القانون التنظيمي المتعلقة بالجماعات، والمادة 124 من القانون المتعلقة بالعمالات والأقاليم، والمادة 120 من القانون التنظيمي المتعلقة بالجهات".<sup>1</sup>

وي يكن تعريف المقاربة التشاركية كما جاءت في الوثيقة الدستورية ، بأنها إحدى الأسس الأربع التي يستند إليها النظام الدستوري للمملكةـ فهي الإطار المؤسسي الذي تتحقق من خلاله الممارسة المواطنة والتعاون والتشاور بين مختلف المؤسسات و المصالح العمومية من جهة و الجمعيات و منظمات غير حكومية و الأفراد و الجماعات من جهة ثانية. وذلك لتحسين ظروف عيش المواطنات والمواطنين و الدفاع عن حرياتهم، و تكينهم من الحقوق الأساسية، ومن التنمية المستوفاة لشروط التقدم و الرفاه في إطار دولة حديثة يسودها الحق و القانون، و تؤمن فيها المشاركة والتعددية والحكامة الجيدة ، و ترسي فيها "دعائم مجتمع متضامن ، يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية و الكرامة والمساواة ، و تكافؤ الفرص ، و العدالة الاجتماعية ، و مقومات العيش الكريم ، في نطاق التلازم بين حقوق و واجبات المواطننة".<sup>2</sup>

بناء على هذا التعريف فإن مستويات مشاركة الفاعل المدني و خاصة الشباب في مسار اتخاذ القرار العمومي تمر عبر المراحل التالية :

- عنصر الإخبار؛
- عنصر الاستشارة؛
- عنصر الحوار و التشاور؛
- عنصر الشراكة و تقاسم المسؤولية.

و يعرفها الباحث الجزائري الأمين شريط بأنها:

<sup>1</sup>- القوانين التنظيمية للجماعات الترابية الصادرة سنة 2015، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- الميثاق الوطني للديمقراطية التشاركية، منشورات اللجنة الوطنية للحوار الوطني حول المجتمع المدني و أدواره الدستورية الجديدة، سنة 2013، ص 5.

هي شكل أو صورة جديدة للديمقراطية، تتمثل في مشاركة المواطنين مباشرة في مناقشة الشؤون العمومية والتخاذل القرارات المتعلقة بهم...، كما تعرف بأنها توسيع ممارسة السلطة إلى المواطنين، عن طريق إشراكهم في الحوار والنقاش العمومي، واتخاذ القرار السياسي المترتب عن ذلك<sup>1</sup>.

وفي هذا الإطار ووعيا من السلطات العمومية بالغرب كون الديمقراطية تقتضي مشاركة المواطنين في مختلف الاستحقاقات وفي القرارات التي تؤثر في مختلف مستويات حياتهم على المدى القصير والمتوسط. فإنها عملت على تقوية الانخراط الفعلي للجميع رجال ونساء وشباب في السياسة وفي صنع القرار المحلي والجهوي والوطني. حيث أن مشاركة الشباب سواء في الترشيح أو التصويت في الانتخابات الجماعية ل 4 سبتمبر 2015 عرفت تطورا ملحوظا في هذا الإطار، خاصة وأن حق التصويت قد أصبح ينحول للشباب في سن مبكرة 18 سنة بدل 21 سنة. و ذلك لتجاوز ظاهرة العزوف السياسي وربط الحق بالواجب؛ إضافة إلى المراهنة على الشباب في تدبير الشأن العام الترابي. من خلال القيام بتغيير في الطبيعة الديمقراطية؛ من خلال استكمال الديمقراطية التمثيلية بالديمقراطية التشاركية مسيرة بذلك الإنتاج الفكري؛ والتجارب الدولية؛ والاستجابة للتطورات الداخلية.

إن الديمقراطية التشاركية التي جاءت بها القوانين التنظيمية للجماعات الترابية لسنة 2015 قد جعلت من المجتمع المدني عامة والشباب خاصة آلية أساسية للمراقبة وتنبع المشاركة، وكذا التأثير بشكل مستمر وفعلي في تدبير الشأن الترابي، وكسر المطق المركزي الفوقي، البيروقратي في اتخاذ القرار؛ لصالح علاقات أفقية مفتوحة على التبادل والتداول والتحاور. مما يجعل الشباب بالغرب في موقع جد متميز في النقاش العمومي المتعلق بتحسين جودة الحياة وتقديمهم لمقترحات بشأن معالجتها.

### الفقرة الثالثة : الشباب في الخطاب الملكية :

تشكل الخطاب الملكية خارطة الطريق؛ للعمل البرلماني والحكومي؛ وذلك بالنظر للمكانة المتميزة التي يتمتع بها الملك في الهرم الدولي حيث أن الخطاب الملكية لا تكون محل نقاش.

علاوة على دور المؤسسة الملكية في وضع الأسس العامة للقانون البرلماني المغربي دستوريا من خلال ممارستها للسلطة التأسيسية الأصلية، وتشريعيا وتنظيميا عبر الرئاسة الملكية للمجالس الوزارية للمصادقة على مشاريع القوانين والمراسيم، فإن التوجهات الملكية تشكل مصدرا خصوصيا للقانون البرلماني<sup>2</sup>. كما تشكل إطارا عاما ل مختلف مناحي الإصلاح، وإذا كانت وظيفة المؤسسة الملكية هنا هي تحديد الوجهات الكبرى لهذا المشروع الاجتماعي، فإنه "على المؤسسات الدستورية، والهيئات السياسية، والقوى الحية في البلاد، أن تقوم بتجسيد هذه التوجهات على أرض الواقع، من خلال برامج مضبوطة في أهدافها، ووسائل تمويلها، وآماد إنجازها وتقييمها"<sup>3</sup>.

وقد أكد جلالة الملك على اهتمامه بشباب بلاده في أكثر من مناسبة مما ينم على المكانة الهامة التي تحملها هذه الفئة بالنسبة للملكية بالغرب، إذ أن هؤلاء الشباب هم الذين خصهم الملك محمد السادس إلى جانب باقي أفراد الشعب المغربي بخطاب 9 مارس 2011 التاريخي الذي حدد خارطة الطريق لتحقيق مطالبهم المشروعة، والتي على

<sup>1</sup>- الأمين شريط: الديمقراطية التشاركية ... الأسس والآفاق: ندوة البرلمان؛ المجتمع المدني؛ الديمقراطية؛ مجلة الوسيط؛ الجزائر؛ وزارة العلاقة مع البرلمان؛ العدد .46 (2008)؛ ص 06

<sup>2</sup>- محمد بوعزيز، القانون البرلماني المغربي مسطرة التشريع دراسة نظرية وتطبيقية، مطبعة فضالة، 2006، ص 15.

<sup>3</sup>- عبد الواحد زيات، مرجع سابق، ص 40.

أساسها عرف المغرب تحولات جذرية مهمة لم يسبق لها مثيل، وأنتجت دستور جديد يستجيب إلى حد كبير إلى تطلعات ومطالب الشعب المغربي، ويرسم خارطة طريق لغرب أكثر تنمية وأوسع ديمقراطية.

كما أن الإعلان عن المبادرة الوطنية للتنمية البشرية في خطاب 18 مايو 2005<sup>1</sup>، قد أسس لمرحلة جديدة تميزت بالحضور الطاغي للمعاضلة الاجتماعية، حيث وضع الخطاب الملكي مضمون المبادرة متحدثاً عن برامج عملية مضبوطة ومندرجة، قائمة على ثلاثة محاور أوها التصدي للعجز الاجتماعي الذي تعرفه الأحياء الفقيرة، والجماعات القروية الأشد خصاصة، وثانيها تشجيع الأنشطة المدرة للدخل القار ولفرص الشغل وثالثها العمل على الاستجابة للحاجيات الضرورية للأشخاص في وضعية صعبة. ومن ضمنها قضايا الشباب.

وما يمكن ملاحظته هو كون ملك البلاد وفي جل خطاباته الملكية السامية يؤكّد على الدور المتزايد لفئة الشباب، ونخب المجتمع في الانخراط في معركة التغيير، باعتبار الشباب يشكلون أفضل استثمار سياسي واقتصادي وثقافي لتحقيق التنمية في أبعادها المختلفة، وخطابات الملك وتحركاته ذات مغزى خاص في هذا السياق، وفي مناسبات متعددة تم التركيز على إعطاء أولوية هامة لإدماج الشباب وفي مقدمته الشباب المتعلّم في مسلسل الإنتاج، سعياً لاستثمار طاقاته المتميزة والاستفادة من مؤهلاته العالية في خدمة التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد بحفظه على الإبداع والابتكار والاعتماد على الذات في غير توان أو توابل.

وارتباطاً بمشاركة الشباب في صناعة القرار العمومي، قال العاهل المغربي إنّه "يجدر بالأحزاب (السياسية) أن تفسح المجال للطاقات الشابة والنسوية بما يفرز نخبًا مؤهلة كفيلة بضخ دماء جديدة في الحياة السياسية والمؤسسات الدستورية"، مؤكداً أن "شباب المغرب الوعي و المسؤول يوجد اليوم في صلب مشروع التحديث الدستوري السياسي لتعزيز انخراطه في مختلف الإصلاحات الديمocratique والأوراش التنموية"<sup>2</sup>.

وقد أكد جلالته على ضرورة إقحام الشباب في تدبير الشأن العمومي، وهذا ما جاء في الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية بتاريخ 10 أكتوبر 2008: "إننا ما فتئنا نؤكّد على ضرورة تقوية العمل السياسي القائم على المشاركة المسؤولة للأحزاب الجادة في حسن تدبير الشأن العام على أساس نتائج الاقتراع وهو ما يتطلب توسيع الانخراط الملزّم لكافة الفئات الاجتماعية، وفي طليعتها الشباب بطاقاته وطموحاته البناءة، ليس فقط في الاختيار الوعي لمثيليه، بل أيضاً في تحمل مسؤولية تدبير الشأن العام المحلي؛ باعتباره الأساس المتيّن للحكامة الجيدة. وهذه الغاية نوجه الحكومة لاتخاذ التدابير الالزمة قصد تخفيض السن القانوني للترشيح الانتخابي للجماعات المحلية من 23 إلى 21 سنة".

وقد أكد الملك على أهمية الشباب في خطاب ثورة الملك والشعب 20 غشت 2011 حيث جاء فيه ما يلي "أن شباب المغرب، الوعي والمسؤول، يوجد اليوم في صلب مشروع التحديث الدستوري، السياسي، بما خوله الدستور من حقوق وواجبات وهيئات المواطن الفاعلة، لتعزيز انخراطه في مختلف الإصلاحات الديمocratique والأوراش التنموية".

وبالتالي فإن من شأن مسلسل الجهوية الموسعة أن يفسح المجال للطاقات الشابة، بما يفرز نخبًا مؤهلة، كفيلة بضخ دماء جديدة في الحياة السياسية والمؤسسات الدستورية.

<sup>1</sup>- الخطاب الملكي السامي المعلن عن المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، بتاريخ 18 مايو 2005.

<sup>2</sup>- الخطاب الملكي بمناسبة العيد الوطني الثامن والخمسين لثورة الملك والشعب 20 غشت 2011.

كما أكد صاحب الجلالة الملك محمد السادس في خطابه ليوم الأربعاء 20 غشت 2014 بمناسبة ذكرى ثورة الملك والشعب على أن: "كسب رهان اللحاق بركب الدول الصاعدة ليس مستحيلا، وإن كان ينطوي على صعوبات وتحديات كثيرة والمغرب، والله الحمد، يتتوفر على جميع المؤهلات، لرفع هذه التحديات، وفي مقدمتها شبابه، الوعي والمسؤول. ولنا اليقين، بأن شبابنا وشباباتنا قادرٌون، بما يتحلون به من روح الوطنية، ومن قيم المواطن الإيجابية، ولما يتوفرون عليه، من عبقرية خلاقة، على النهوض بتنمية بلادهم، ورفع تحديات دخولها نادي الدول الصاعدة".

فقد حث جلالته على الدور المهم الذي يلعبه الشباب في مجتمعنا المغربي حيث يحتل مكانة الطليعة ووجه المملكة المشرق المعبر وطاقتها المتفجرة، وهو ما تم التغيير عنه صراحة من خلال التنصيص على يوم وطني للشباب للاحتفال بهذه الفئة وإعطائها مكانتها التي تستحق، فالاحتفال بهذا اليوم له عدة دلالات من بينها أن الشباب يعتبر ثروة حقيقية وقيمة كبيرة للمغرب، وبالأساس في بناء الدولة الديمقراطية التي يسودها الحق والقانون وفي إرساء دعائم مجتمع متضامن.

كما أكد جلاله الملك و بقوه على دور الشباب في تحقيق التنمية في الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية 2017-2018، حيث قل جلالته "إن التقدم الذي يعرفه المغرب لا يشمل مع الأسف كل المواطنين و خاصة شبابنا، الذي يمثل أكثر من ثلث السكان و الذي نخصه بكل اهتمامنا و رعايتنا.

فتتأهيل الشباب المغربي وانخراطه الايجابي والفعال في الحياة الوطنية يعد من أهم التحديات التي يتبعين رفعها. وقد أكدنا أكثر من مرة و لاسيما خطاب 20 غشت 2012 بأن الشباب هو ثروتنا الحقيقة و يجب اعتباره كمحرك للتنمية و ليس كعائق أما تحقيقها.

و الواقع أن التغيرات المجتمعية التي يشهدها المغرب قد أفرزت انبثاق الشباب كفاعل جديد له وزنه و تأثيره الكبير في الحياة الوطنية.

و رغم المجهودات المبذولة فإن وضعية شبابنا لا ترضينا ولا ترضيهم، فالعديد منهم يعانون من الاقصاء والبطالة و من عدم استكمال دراستهم و أحيانا حتى من الوصول للخدمات الاجتماعية الأساسية.

كما أن منظومة التربية و التكوين لا تؤدي دورها في التأهيل و الاندماج الاجتماعي و الاقتصادي.

أما السياسات العمومية القطاعية والاجتماعية فرغم أنها تخصص مجالا هاما للشباب إلا أن تأثيرها على أوضاعهم يبقى محدودا لضعف النجاعة و التناسق في ما بينها و عدم ملائمة البرامج لجميع الشرائح الشبابية.

و اعتبارا للارتباط الوثيق بين قضيّا الشباب و إشكالية النمو والاستثمار و التشغيل فإن معالجة أوضاعهم تحتاج إلى ابتكار مبادرات، و مشاريع ملموسة تحرر طاقاتهم، و توفر لهم الشغل و الدخل القار، و تضمن لهم الاستقرار و تمكنهم من المساهمة البناء في تنمية الوطن.

... و على غرار المبادرة الوطنية للتنمية البشرية فإننا ندعو لبلورة سياسة جديدة مندمجة للشباب تقوم بالأساس على التكوين و التشغيل، قادرة على إيجاد حلول واقعية لمشاكلهم الحقيقة، و خاصة في المناطق الريفية والأحياء الهمشية و الفقرة.

ولضمان شروط النجاعة و النجاح لهذه السياسة الجديدة،ندعو لاستلهام مقتضيات الدستور و إعطاء الكلمة للشباب، والانفتاح على مختلف التيارات الفكرية، والاستفادة من التقارير والدراسات التي أمرنا بإعدادها،و خاصة حول "الثروة الإجمالية للمغرب" و "رؤية 2030 للتربيـة و التكوين" و غيرها.

وفي أفق بلورة و اعتماد هذه السياسة،ندعو للإسراع بإقامة المجلس الاستشاري للشباب و العمل الجمعوي كمؤسسة لنقاش و إبداء الرأي و تتبع وضعية الشباب.

وبالتالي فإن ما يمكن استخلاصه في هذا الإطار هو كون الخطاب الملكية تضع المادة الخام لكيفية عمل وإدماج الشباب داخل المجتمع، وذلك عن طريق التجاوب مع اشغالاتهم، وأيضا إشراكهم في إعداد وتنفيذ البرامج الحكومية، مما يساعد على وضع خارطة طريق حول الشباب وأدوارهم الطلائعة، ووضعها على أرض الواقع حتى يتضطلع الشباب بدورهم ومسؤولياتهم اتجاه وطنهم بكل عزم ووعي ونضال وجدية للانخراط الواسع والفعل في الحياة العامة بشكل مسؤول ومواطنة إيجابية، فالشباب هم مستقبل هذه الوطن وثروته الحقيقة.

### المطلب الثاني : انعكاسات مشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي على تحقيق التنمية :

يعد الشباب قوة أساسية في التغيير، وفاعل تنميـي في تحقيق تنمية مستدامة، فإذا كان تاريخ المجتمعات النامية قد شهد على المشاركة الفاعلة للشباب في ثورات التحرير وفي الأفعال الضاغطة من أجل الاستقلال الوطني والتنمية في مستوياتها المتعددة، فإن الحاضر يشهد على ما يحملونه من طاقات، وقدرات إبداعية في مجالات العلوم والمعارف، فهم جيل أكثر تطلعـا لإثبات الذات والمغامرة، والتجديد في مختلف مجالات التنمية، وهم أيضا الأكثر تعاملـا مع تكنولوجيا المعلومات والاتصالـات، والأكثر انفتاحـا على ثقافـات العالم، والأكثر رغبة في إقامة مجتمعـات العدالة والديمقراطـية وحوار الثقافـات وتحقيق السلام العالمي العادل<sup>1</sup>.

فنصف سكان العالم "... تقل أعمارهم عن 25 سنة، ونحن في حاجة إلى أن نسخر روح الشباب في كل أرجاء العالم للتصدي للتحديـات الصعبة التي نواجهـها"<sup>2</sup>.

ومن هذا تظل مسألة إعداد الشباب رهينة بسياسات حقيقية تعتمـد على الإشراك الفعلى للشباب، بروح تستحضر أبـل وأجود الأفـكار والقيم والرؤـى، كـسياسة تأخذ مكانـتها في صلب خطـط التنمية الوطنية الشاملـة مع تأهـيل الشباب والرفعـ من كفاءـتهم وتزوـيدـهم بـالمـعارـف والتـقـنيـات العـصـرـية الـضرـورـية وـدفعـهم إـلـى الانـخـراـطـ في عمـلـيـةـ التـنـمـيـةـ، للـمسـاـهمـةـ في حلـ مشـكـلاتـ الـدوـلـةـ الـاـقـتـصـاديـ وـالـاجـتـمـاعـيـ وـالـثقـافـيـ<sup>3</sup>.

وتتجدر الإشارة إلى أن الإصلاحـاتـ الدـستـوريـةـ وـالـقـانـونـيـةـ بـالـمـغـرـبـ الـرامـيـةـ إـلـىـ تـأـهـيلـ الشـابـ وـدـفـعـهـمـ نحوـ المـشارـكةـ فيـ الأـورـاشـ الإـصـلاـحـيـةـ ذاتـ الطـابـعـ السـيـاسـيـ وـالـاـقـتـصـاديـ وـالـمـدنـيـ، أـنـ الـهـدـفـ منـهـاـ دـفـعـ الشـابـ نحوـ قـيـادـةـ قـاطـرـةـ التـنـمـيـةـ، منـ خـلـالـ مـشـارـكـتـهـمـ فيـ إـعـادـ وـصـيـاغـةـ الـقـرـارـاتـ الـعـمـومـيـةـ سـوـاءـ عـلـىـ الـمـسـتـوـيـ التـرـابـيـ أوـ الـوـطـنـيـ. عـرـبـ الـهـيـاـكـلـ التـنـظـيمـيـةـ الـتـيـ يـنـطـوـونـ تـحـتـ لـوـائـهـاـ مـاـ يـكـونـ لـهـ انـعـكـاسـ جـدـ هـامـ عـلـىـ تـحـقـيقـ التـنـمـيـةـ.

<sup>1</sup>- عبد الواحد زيات: مرجع سابق، ص 3.

<sup>2</sup>- تطوير منظومة التربية العربية من أجل تمكين الشباب، التحديـاتـ وـآـفـاقـ الـمـسـتـقـبـلـ، إـدـارـةـ السـيـاسـاتـ السـكـانـيـةـ وـالـهـجـرـةـ /ـ القـطـاعـ الـاجـتـمـاعـيـ.

<sup>3</sup>- بنـهوـ مـصـطـفىـ، منـ أـجـلـ إـعادـةـ الـاعـتـبارـ لـمـشـارـكـةـ الشـابـ فيـ السـيـاسـاتـ الـعـمـومـيـةـ: جـريـدةـ الـاتـحادـ الاـشتـراكـيـ بـتـارـيخـ 08/10/2010.

هذا التطور القانوني والدستوري القائم على تأهيل الشباب للمساهمة في التنمية يستمد جذوره من الإعلانات والمواثيق الدولية المرتبطة بقضايا الشباب، حيث أنه ومنذ إعلان السنة الدولية للشباب في عام 1985، حددت الجمعية العامة مشاركة الشباب على أنها تشتمل على أربعة عناصر: المشاركة الاقتصادية التي تتعلق بالعمل والتنمية؛ والمشاركة السياسية التي تتعلق بعمليات صنع القرار وتوزيع السلطة؛ والمشاركة الاجتماعية التي تتعلق بالمساهمة في المجتمع بفئة الأنداد؛ والمشاركة الثقافية التي تتعلق بالفنون والموسيقى والقيم ومن الوجهة العالمية، وتمثل المشاركة أيضاً إحدى الاستراتيجيات الإنمائية ويمكن اعتبارها عملية تستطيع من خلالها الجهات المعنية التأثير على المبادرات والموارد الإنمائية، والمشاركة في السيطرة عليها. وتستتبع المشاركة توافر الشفافية والصراحة والمساهمة في القرارات العامة<sup>1</sup>.

إن الإصلاح القانوني ب مجال مشاركة الشباب في تدبير الشأن العام على المستوى الترابي خاصة، نابع من إيمان السلطات العمومية بأن التنمية لم تعد شأنًا مرتبطة بالدولة وحکراً عليها، بل أصبحت مسألة تشارکية تتتقاسم فيها الدولة المسؤولية مع الفاعلين المحليين من جماعات ترابية وقطاع خاص ومجتمع مدني. فقد سعت السلطة المركزية إلى التخلل من مسؤوليتها التنموية بإدخال فاعلين جدد إلى هذا المجال خاصة الفئة الشابة.

فنتيجة تفاقم الأوضاع الاجتماعية على المستوى المحلي، وترابع التماسک الاجتماعي، وتزايد حدة الإقصاء وتهميشه شرائح واسعة من السكان وتعرضهم للهشاشة الاجتماعية، بفعل عجز المجتمعات الحديثة عن المزاوجة بين إنتاج الخيرات والثروات والنمو الاقتصادي من جهة، وبين خلق مناصب الشغل وتعظيم نعط العيش الكريم وما يستلزم من عدالة اجتماعية من جهة أخرى، كان لابد للفاعلين الاجتماعيين المحليين وخصوصاً المجتمع المدني المكون من الفئات الشبابية من التدخل لتجاوز هذه الأوضاع المحتشمة، فأصبح الفاعل المحلي (الشبابي) قوة تنموية واقتراحية واجتماعية ملحوظة، فرضت على الدولة الاعتراف بها وإشراكها في الشأن العام والمحلي، وتبعاً لذلك أصبحت تطفو على الساحة السياسية والشأن المحلي جملة من المفاهيم كالديمقراطية المحلية – الفاعل الجماعي – اللامركزية – التنمية المحلية.

و من هنا انتقلت الدولة نتيجة هذه الأوضاع من الحضور المركزي والتدخل الضروري إلى سياسة جديدة تقوم على تعدد واختلاف الفاعلين، واعتبار التنمية المحلية محطة أساسياً في إعادة هيكلة السياسة العمومية، فأضحت التنمية المحلية شأن تشاركي يلعب في ظله المجتمع المدني الذي يشكل الحضور الشبابي جزءاً هاماً منه دوراً ريادياً لتحقيق أهداف التنمية، وهو ما يشكل اعترافاً جديداً إلى فئة الشباب لم نعهده من قبل حيث ظل هذا المفهوم غامضاً لدى المغاربة على مر سنوات مضت<sup>2</sup>.

إذ أن الإصلاحات القانونية بالغرب خاصة فيما يتعلق بالقوانين التنظيمية للجماعات الترابية لسنة 2015 كان المدف من إشراك الشباب في تدبير الشأن العام، وذلك عن طريق السعي إلى تصحيح النموذج التدبيري والتسييري للفعل التنموي الجهوي في تجربة المملكة المغربية، إلى تصويب أخطاء التسيير المرتكبة في الماضي، نتيجة

<sup>1</sup>- الأمم المتحدة الجمعية العامة الدورة السادسة والخمسون التنمية الاجتماعية بما فيها المسائل ذات الصلة بالحالة الاجتماعية في العالم وبالشباب المسنين والمعوقين، والأسرة تنفيذ برنامج العمل العالمي للشباب 2000 وما بعدها. A/56/180، 12 يوليوز 2001.

<sup>2</sup>- تقرير حول اليوم الدراسي الذي نظمته التحالف المدني للشباب من أجل الإصلاح تحت عنوان "تدبير الشأن المحلي وقضايا الشباب"، المنعقد يوم السبت 1 يناير 2012 بالرباط، ص.2

انفصال النخبة المسؤولة عن عملية التسيير، عن محیطها الاجتماعي والاقتصادي والثقافي من جهة، وعدم سعيها إلى التخفيف من انشغالات وهموم المواطن من جهة أخرى، فتحول الإيمان بضرورة إعمال الديمقراطية التشاركية في الواقع إلى سياسة ت يريد جعل المواطن (الشاب) "محور وصلب" الفعل التنموي المحلي، الذي يتحقق في النهاية، التواصل الأفقي / العمودي، بين الدولة والمجتمع، وينبذ الحكومة حالة الاضطراب والفوضى غير المتوقعة، عن طريق إذكاء وإشاعة مشاعر التضامن والتشاور والتعاون والفعل الجماعي النزيه والشفاف في تدبير الشأن المحلي.<sup>1</sup>

كما أن اعتماد الجهوية على أساس التقاطع الترابي، بوصفها فلسفة تنظيم ونط سير جديد، جعل المملكة المغربية تراهن اليوم على تحويل التنمية المحلية من المرحلة الاقتصادية الأولى "التخطيط الاستراتيجي المركزي"، إلى المرحلة الإدارية "التنسيقي التنفيذي المحلي"، ثم المرحلة الوظيفية الأخيرة وهي الأهم، والتي تعتبر مدخلاً تنميياً ديمقراطياً لتنظيم الصراع على المستوى المحلي، هذه التنمية التي تركز على الفئات الشابة من خلال اقتراحاتها ومساهمتها في صياغة القرارات العمومية ذات الأهداف التنموية المحلية.

وفي نفس السياق فإنه بالإضافة إلى مجال التشريع الذي منح للشباب من خلال القوانين التنظيمية للجماعات الترابية فرصة هامة للمساهمة في التنمية، فإنه وكما سبق وأن رأينا فإن الإصلاحات الدستورية مكنت الشباب من المساهمة الفعالة في رسم مختلف جوانب التنمية. وذلك من خلال ما تضمنه الفصل 33 من دستور 2011 بالتنصيص على إحداث المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعوي.

فالتنصيص على دستورية هذا المجلس تعد نقلة نوعية في مجال ترسیخ الدور المهم والإيجابي للشباب داخل النسق الاجتماعي المغربي، وتأكيد على دورهم المهم في تحقيق مفهوم المواطننة الإيجابية التي ذكرها الخطاب الملكي، وتوسيع مساهمتهم في تدبير الشأن العام، وهو مجھود يأتي في سياق العمل على الرفع من مستوى هذا الدور المخوري للشباب، وأيضاً دورهم المهم في إبداء آرائهم في المواضيع الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تهم حاضرهم وترهن مستقبلهم.

إن ما تنبغي الإشارة إليه هنا هو أن هذا المجلس ليس محصوراً في الشباب فقط، فالجبلس الاستشاري هو مشترك ما بين كل من الشباب والفاعل الجمعوي، أي أن هذا المجلس لا بد أن يضم ممثلين عن جمعيات المجتمع المدني، وهو عكس ما اتجهت إليه بعض الكتابات حيث اعتبرت أن المجلس للشباب للشباب فقط، وإذا كان هدف المشرع الدستوري من إدراج "العمل الجمعوي" إلى هذا المجلس هو الدور المهم الذي يلعبه هذا الأخير في تفہیذ القرارات والسياسات العمومية، وذلك تماشياً مع مبادئ الديمقراطية التشارکية وفق ما أكدته الفصول 12 و 13 و 139 من الدستور، وهذا إن كان يدل على شيء فهو يدل وبشكل واضح على افتتاح الدولة على محیطها الداخلي، وجعل الشباب المغربي ومنظمات المجتمع المدني المغربي شريكاً في العملية التنموية<sup>2</sup>.

ومن هنا يمكننا القول أن الإصلاحات الدستورية والقانونية كان لها انعکاس جد هام على تفعيل دور الشباب في المساهمة في العملية التنموية بالبلاد، وتقوية مركزه في السهر على صياغة القرارات العمومية، والانخراط التام بروح المواطننة والمسؤولية.

<sup>1</sup>-عصام بن الشيخ والأمين سويقات، إدماج مقاربة الديمقراطية التشارکية في تدبير الشأن المحلي – حالة الجزائر والمغرب ...، دور المواطن - المجتمع المدني والقطاع الخاص في صياغة المشروع التنموي المحلي: قسم العلوم السياسية - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2013، ص 206.

<sup>2</sup>- دستور المملكة المغربية لسنة 2011، مرجع سابق.

وإذا كانت تلك هي أهم إيجابيات الإصلاحات الدستورية والقانونية بالغرب بهدف الدفع بالشباب المغربي نحو المشاركة الفعالة في تدبير الشأن العام لتحقيق التنمية، إلا أن ذلك لم يمنع من ظهور علة صعوبات تواجه هذه المقاربة الإصلاحية مما يستوجب البحث عن حلول وأفاق لتجاوزها. وهو ما سنعمل على توضيحه في المخور الثاني من هذه المقالة.

### المخور الثاني : حدود مشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي ومتطلبات تجاوزها :

إذ كان الدستور الجديد للمملكة المغربية قد وضع المادة الخام لكيفية عمل وإدماج الشباب داخل المجتمع؛ من خلال التنصيص على عدد من الركائز والأسس التي يمكن للشباب أن يندمج وبشكل سلس في مسلسل التنمية والتطور المنشود، وذلك من خلال الأساسيات التي تضمنها الدستور في فصول 12 و 13 و 14 و 15 و 33 و 139 و 170. إلا أن ذلك لم يمنع من بروز العديد من الصعوبات التي لازالت تؤثر في تحسين هذه الإصلاحات الدستورية والقانونية على أرض الواقع (المطلب الأول)، مما يتطلب القيام بالعديد من الإصلاحات المساعدة على إدماج الشباب المغربي في صيغة اتخاذ القرار العمومي وتحويله إلى عنصر فاعل في تحقيق التنمية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : حدود مشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي.

بالرغم من أهمية الإصلاحات الدستورية والقانونية التي عرفها المغرب تكريسا لما جاء به دستور المملكة المغربية لسنة 2011، إلا أن مختلف الباحثين في حقل تدبير الشباب للشأن العمومي قد أكدوا على أن التطبيق الفعلي والسليم لمقتضيات هذا الدستور لازالت بعيدة المدى وذلك بالنظر للصعوبات التي لازالت تطرح بحلا في هذا الإطار.

حيث أن تنزيل مقتضيات الفصل 33 من الدستور على أرض الواقع لازالت لم تفعل، إذ أنه لحد كتابة هذه السطور لم يصدر القانون الذي بموجبه يتم تحديد صلاحيات المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجماعي. مما يثير العديد من الإشكالات التي من شأنها أن تعيق مشاركة الشباب المغربي في العملية السياسية. وكذا في تدبير الشأن العام، وذلك على اعتبار أن هذه المؤسسة الدستورية هي المتنفس الحقيقي للشباب للتعبير عن آرائهم وتعزيز اقتراحاتها ومشاركتهم في صياغة القرار العمومي. وذلك بالنظر إلى أن هذا المجلس سيكون المخاطب المؤسسي لباقي المؤسسات الوطنية الأخرى.

خاصة وأن من شأن إحداث هذا المجلس أن يساهم في القضاء على ظاهرة العزوف السياسي عن المشاركة في الاستحقاقات الانتخابية برلمانيا وترابيا، وذلك في ظل الهوة الشاسعة ما بين توجهات الأحزاب وتعلقات الشباب المغربي. وعدم تفعيل دور المجلس وطول الانتظار فيه في إنشائه هو ما يذكر عزوف الشباب في العمل السياسي والجهوي، مما لا يسمح بتوسيع مجالات تحرك ونقل معارفه العلمية والفكرية إلى الفضاءات التي يعيش فيها بشكل يومي، مما يضمن لهم حرية الرأي والتعبير لمواجهة الإقصاء والتهميش الذي يتعرضون له داخل بعض الأحزاب السياسية واحتكار العمل السياسي من قبل فئات تتتوفر على المال وتدافع عن مصالحها الخاصة.

إن عزوف الشباب المغربي ليس عزوفا عن الحياة السياسية بقدر ما هو عزوف عن ولوح الممارسة الحزبية لاعتبارات متعددة يتداخل فيها المعطى الذاتي مع المعطى الموضوعي، حيث تمارس الأحزاب السياسية خطابا ازدواجيا اتجاه المواطنين بشكل عام وشريحة الشباب بشكل خاص، فهي تقر مبدئيا بضرورة إشراك الشباب وهذا ما نجده في

أدبيات وبرامج الأحزاب السياسية حيث تشير على تضمين المشاركة في صياغة القرارات الحزبية غير أن تركيزها ينصب على اللحظة الانتخابية بكيفية انتهازية عند اقتراب الاستحقاقات<sup>1</sup>.

إلى جانب غياب الديمقراطية داخل التنظيمات الحزبية تحضر إشكالية التسويق السياسي<sup>2</sup>، بحيث أن مناهج الأحزاب السياسية أصبحت متباينة تاريخياً وإيديولوجياً فيما أصبح عالم السياسة اليوم تحكمه ضوابط التسويق السياسي وهو الأمر الغائب عند الأحزاب السياسية المغربية.

كما أنه لا يمكن أن يتحقق هذا المجلس انتظارات الشباب المغربي في غياب تنسيق وتشاور، وتفاعل مشترك بين كافة الفاعلين في السياسات العامة على الصعيد الوطني والمحلي. إن قضيّاً الشباب اليوم تحمل تحدياً كبيراً في مرحلة تتطلب تعبئة جماعية وانخراط مشترك فلا يكفي التنصيص الدستوري على إصلاحات في صالح الشباب ويكون التهاون في التفعيل. لأنّه لم يعد هناك مجال للانتظار، ومن ثم فإنّ إدماج الشباب يجب لازال جزئياً و ليس شاملًا ومتعدد الأبعاد<sup>3</sup> سياسياً واقتصادياً، واجتماعياً وثقافياً، ومجتمعياً، فلا يمكن للبلاد أن تتطور في ظلّ غياب الأوراش الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تتيح هذه الشريحة الاندماج الضروري في مجال اقتصاد المعرفة ومن خلال الثقافة والفنون والرياضة.

وانطلاقاً من كون الشباب مصدر التنمية وقوتها الإيجابية، وفي ظلّ المتغيرات الإقليمية التي يعيشها الوطن العربي والمفتوحة على كافة الاحتمالات، فإنه لم يعد يقبل أن يبقى الشباب ديكتوراً حياً وجامداً، وخطاباً لا يتترجم أفعال حقيقة تحقق استجاباتهم وتطلعاتهم. خاصة وأنّ مجال التحديات يكبر وتشبك فيه الخيوط وتعقد إلى درجة يصعب فكها في ظلّ غياب إشراك فعلي لشباب في صناعة القرار في جميع المؤسسات، التي تتطلع بأدوارها في تدبير السياسات العامة وطنياً ومحلياً، وكذا مع غياب التواصل لفهم ما يريد الشباب لا ما يريد صناع القرار لفائدة الشباب.

كما يواجه الشباب معوقات تحديات تؤثر على بناء حياتهم ومستقبلهم، وخاصة تحديات البطالة والفقر والتعليم والصحة، ومن أهمها:

- التدني الشديد في مستوياتهم العلمية ومهاراتهم العملية، إلى جانب ضعف التنسيق بين مخرجات التعليم واحتياجات سوق العمل على نحو فقدنهم فرص المkenة في سوق العمل.
- محدودية قدرة أجهزة الدولة والقطاع الخاص على توظيف وتشغيل الشباب.
- غياب التخطيط لبرامج أنشطة ذات عائد اقتصادي للشباب.
- عجز المجالس المحلية عن القيام بعملية التخطيط المحلي للمشروعات والبرامج وتنفيذها حتى تتمكن من الحد والتخفيف من الفقر، وخاصة في أوساط الشباب على مستوى الريف والحضر.
- الغياب التام لبرامج إعداد الشباب مهنياً وحرفياً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- محمد زين الدين الحوار المتمدن – العدد: 1796 – 15/1/2007

<sup>2</sup>- صياغة السياسات: منشورات المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، واشنطن، ترجمة نور الأسعد وسزان قازن تصميم طباعي مارك رشدان، لبنان 2009 ص 10.

<sup>3</sup>- تقرير الخمسينية، مرجع سابق، ص 40.

<sup>4</sup>- الفصل الخامس، الشباب عماد التنمية ، مرجع سابق، ص 75.

و على الرغم من أن المقاربة التشاركية التي جاءت بها القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، و التي تهدف للتأكيد على حق المواطن في الحصول على فرصة الإخبار والاستشارة و المشاركة في المجالس المنتخبة للمجالس الترابية، و متابعة المشاريع المنجزة و المشاركة في تقييمها، إلا أنه لازالت للأسف بعض العقليات المسيرة لها تفتقد لثقافة الإنصات والتفاعل، واقتسام المسؤولية والمعرفة مع المواطن، و الانفتاح على فواعل المجتمع من المجتمع المدني المكون من الشباب وكذا القطاع الخاص.

إن عدم تفعيل مقاربة الديمقراطية التشاركية و إشراك الشباب في تدبير الشأن العام، هو ما لم يساهم في دعم استقرار الجماعة الترابية ومنعها من الوقوع في الأخطاء التي تضييع عليا الفرص التنموية للإقلاع الاقتصادي والتحديث الاجتماعي.

كما أن غياب توظيف مقاربة الديمقراطية التشاركية وإدماجها للشباب في صياغة السياسة العامة الترابية، هو ما يضييع دعم اختيار البديل العقلانية للقرارات الإدارية التي تتخذها مجالس الجماعات الترابية على الصعيد الترابي لتسير شؤون محلية، و تحريك عجلة التنمية التي تتماشى و مطالب الشباب.

ولابد أن نشير إلى أن الحدود التي تواجه القطاع الخاص، تؤثر في جعله فاعل يرجى من إدماجه للشباب خلق فرص حقيقة لتدبير المرافق المحلية عن طريق عقد الاتفاقيات التي تسهل الشراكة و التعاون الشرعي وخلق أنشطة من (الاقتصاد المختلط، التدبير المفوض، عقود الامتياز)، عبر تشجيع المقاولات الشابة. ومنها ضمانات و إعفاءات ضريبية حتى تستطيع لعب دور محوري في عملية التنمية وطنيا و محليا. وهو ما لم يتم تفعيله في إطار إستراتيجية وطنية واضحة المعالم في هذا الإطار.

وإذا كان الفصل 33 من الدستور قد أشار إلى الدور المهم للشباب في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية للبلاد. وكذا الفصل 170 الذي دعا إلى إحداث المجلس الاستشاري للشباب و العمل الجماعي، فإن القوانين التنظيمية للجماعات الترابية لم تشير إلى إحداث لجنة خاصة بالشباب ولم تحدد الصفة التمثيلية للشباب داخل الجماعات الترابية. كما أن القانون 14/44<sup>1</sup> الخاص بكيفية تقديم العرائض؛ قد عمل على تقييد مساهمة الجمعيات عامة، و الشبابية خاصة، عبر آلية العرائض بضرورة أن تكون الجمعية في وضعية جبائية جيدة، وأن تكون متمتعة بالحقوق السياسية والمدنية؛ و ضرورة قيد أعضائها في اللوائح الانتخابية.<sup>2</sup>

أما القانون التنظيمي للانتخابات رقم 11/59<sup>3</sup> لم يشر إلى آلية تمثيلية خاصة بالشباب. بل خصص تمثيلية للنساء وحددها في الثالث حسب المادة 77.

ومن هنا يتضح أنه رغم التأثير الدستوري لمساهمة الشباب في التنمية الترابية، ورغم تأكيده على وضع لائحة وطنية لتمثيلية الشباب في البرلمان، وكذا الدعوة إلى إحداث مجلس استشاري للشباب و العمل الجماعي، إلا

<sup>1</sup>- ظهير شريف رقم 1.16.107 صادر في 23 من شوال 1437 (28 يوليو 2016) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 44.14 المتعلق بتحديد شروط و كيفيات ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية، جريدة رسمية عدد 6492 الصادرة بتاريخ 14 ذو القعدة 1437 (18 أغسطس 2016).

<sup>2</sup>- نبيل بوحميدي، قراءة في مشروع القانونين التنظيميين المتعلدين بالحق في تقديم العرائض و الملتزمات التشريعية، مجلة العلوم القانونية؛ سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب. التجليات الوظائف و البناء الديمقراطي. العدد الثالث، سنة 2015، ص 15.

<sup>3</sup>- ظهير شريف رقم 1.11.173 صادر في 24 من ذي الحجة 1432 (21 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، جريدة رسمية عدد 5997 مكرر الصادرة بتاريخ 25 ذو الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).

أنه لم يحدد دور الشباب في داخل المجالس التربوية مما يؤسس لوجود فراغ قانوني في هذا الإطار. وبالتالي الديقراطية التشاركية والتتمثيلية للشباب تبقى ناقصة في هذا الإطار.

إذا كانت تلك إحدى أهم الحدود التي تعوق الشباب في المساهمة في وضع القرار العمومي وبالتالي تحقيق التنمية المنشودة، فما هي يا ترى أهم الحلول الكفيلة بتجاوزها؟.

### المطلب الثاني : الآليات الكفيلة بإدماج الشباب في صنع القرار العمومي :

إن مسار الإصلاحات التي يشهدها المغرب والتي تم تتوبيحها بدستور جديد يضمن اعتراف صريح بحقوق الشباب، يفرض على جميع المتتدخلين والمؤسسات الدستورية على وجه التحديد بالتنزيل السليم لمقتضياته وتفعيل كافة التوصيات التي تضمنها التشريعات الدولية التي جاءت لصالح الشباب خاصة وأن إشراك الأفراد في اتخاذ القرارات التي تعنيهم هي جوهر الديقراطية، وذلك من خلال الجمع بين الديقراطية التتمثيلية و التشاركية مما يجعل الأفراد يساهمون في تدبير الشأن العام.

إذا أنه اعتبارا للأدوار القوية التي أصبح يتبوأها المجتمع المدني بصفة عامة والشباب بصفة خاصة، كشريك أساسي في التنمية وكقوة اقتراحية لتدبير الشأن العام كما ينص على ذلك الدستور في مادتيه 33 و 170 القاضيتين بإحداث مجلس استشاري للشباب والعمل الجماعي في إطار إرساء وتنظيم هيئات النهوض بالتنمية البشرية المستدامة والديقراطية التشاركية<sup>1</sup>. فإنه لابد من القيام بالعديد من الإصلاحات القانونية (الفرع الأول)، وأخرى ذات طبيعة مؤسساتية (الفرع الثاني)، إضافة لإصلاحات اجتماعية ذات طابع عام (الفرع الثالث)، ذات ارتباط وثيق بالشباب.

#### الفرع الأول : الإصلاحات القانونية :

إن نجاح عملية إدماج الشباب المغربي في صياغة القرارات العمومية وطنيا و محليا كرافعة أساسية لتحقيق التنمية تتطلب القيام بالعديد من الإصلاحات القانونية نجمل أهمها كالتالي :

- دعم الإصلاحات القانونية المادفة لتسهيل ولوج الشباب من فئات ذوي الاحتياجات الخاصة لحقوقهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمدنية.
- توضيح الآليات القانونية المادفة لإشراك الشباب في إعداد البرامج الحكومية عن طريق تقديم مقترنات فيما يخص التشغيل والاستثمار بالنسبة للشباب.
- وضع مقتضيات قانونية تمنح الشباب الفرصة داخل الأحزاب السياسية للترشح للانتخابات التشريعية الجماعية.
- تقوية المقتضيات المادفة لتقنين علاقة الشباب المؤسسات التشريعية عن طريق تنظيم برامج لزيارات الطلبة والشباب إلى البرلمان ومجلس المستشارين لمتابعة العملية التشريعية، والالتقاء بممثليهم، وتدريب الشباب على العمل البرلماني عن طريق تعليم برامج تتيح لهم فرصه العمل كمساعدتهم لأعضاء البرلمان، والتوسيع في برامج المحاكاة البرلمانية في الجامعات، المدارس، أو عن طريق البرلمانات الشعبية.

<sup>1</sup> - حسن عاطش: الإدماج الإيجابي للشباب في تدبير الشأن المحلي: جريدة الاتحاد الاشتراكي ليوم 2012/6/03.

- تقوية الآليات القانونية للتشاور مع الشباب على المستوى المحلي والجهوي.
- إعطاء الشباب دورا فعالا محليا، وجهويا و وطنيا في عملية تنزيل مقتضيات الفصول 33 و 170 من الدستور، ذلك من أجل ضمان حقهم في المشاركة الفاعلة لتحقيق التنمية.
- تعديل بعض مقتضيات القوانين التنظيمية للجماعات الترابية بما يسمح بالمشاركة الفعالة للفئات الشابة في تدبير الشأن العام.
- التنصيص في القوانين التنظيمية للمؤسسات الجهوية الثقافية والاقتصادية والسياسية والإدارية على المشاركة الفاعلة للشباب، وتمكينهم وسائل الإسهام في إنتاج جهوية منتجة للثروة وضامنة للعدالة الاجتماعية.
- إعطاء دور أكبر للشباب في الهيأكل الحزبية وذلك من خلال مراجعة قانون الأحزاب لفتح المجال أمام الطاقات الشابة في الترشح للاحتجابات والقيادة السياسية.
- الترسیخ القانوني لقيم المواطنة الإيجابية الفاعلة المبنية على فلسفة الحق الواجب واحترام حقوق الإنسان.
- توطيد الصرح الديمقراطي والمتمثل في ترسیخ دولة القانون، واعتماد إصلاحات حقوقية، ومؤسساتية، وتوسيع فضاء الحریات والممارسة السياسية الناجعة القائمة على القرب والمشاركة للشباب في تدبير الشأن العام.

#### الفرع الثاني : الإصلاحات المؤسساتية :

- تتعدد الإصلاحات المؤسساتية الكفيلة بضمان نجاح الشباب في صياغة القرار العمومي و منها على الخصوص :
- إرساء دعائم مؤسسات لامركزية تستجيب للاحتياجات الحقيقية للساكنة الشابة اقتصاديا، سياسيا، ثقافيا واجتماعيا،
  - وضع ميكانيزمات مؤسساتية كفيلة بضمان الولوج والاستفادة للشباب من الخدمات العامة على أرضية المساواة ونبذ جميع أشكال التمييز،
  - وضع قنوات مؤسساتية للتواصل وال الحوار مع الشباب،
  - إطلاق دينامية محلية للحوار والتواصل بين الفاعلين الجمعويين من أجل خلق هيأكل تنظيمية دائمة لتدريس قضايا الشباب،
  - دعم البحث العلمي الشبابي عن طريق تقديم مساعدات مادية و مؤسساتية للباحثين الشباب، لاسيما الغير المرتبطين بالجامعات للقيام ببحوثهم ونشرها،
  - استثمار كفاءات الشباب وإحداث مؤسسات للتكوين وإعادة التكوين والتأهيل للشباب سواء للمتعلمين أو غير المتعلمين، وذلك من أجل الاندماج في سوق الشغل والاستثمار،
  - إنشاء مؤسسات اجتماعية وسيطة للوساطة والحوار الأسري وذلك من أجل خفض التوتر بين الشباب ومحيطهم الأسري،
  - الحرص على التوزيع العادل لانتشار المؤسسات الثقافية والرياضية والتربوية بين أحياء المدينة للرفع من القدرات العلمية و الفكرية للشباب.

- توفير التجهيزات الالازمة ل هذه المؤسسات من أجل تفعيل دورها التربوي والتثقيفي الموجه لخدمة الشباب.
- تفعيل دور المجالس الخلية والجهوية الاستشارية للشباب بما يخلق الحوار والتواصل مع كل الفاعلين المحليين.

### الفرع الثالث : الإصلاحات الاجتماعية ذات الطابع العام.

إذا كان للإصلاحات القانونية والمؤسساتية دور هام في إدماج الشباب في عملية إصدار القرار العمومي وتدمير الشأن العام بهدف تحقيق التنمية المنشودة محلياً ووطنياً، فإن ذلك يتطلب أيضاً ضرورة مواكبة هذه الإصلاحات بإصلاحات اجتماعية ذات طابع عام نورد أهمها كالتالي :

- الرفع من عدد مناصب التشغيل لفائدة الشباب محلياً وجهوياً ووطنياً وذلك من أجل تخفيض النسبة العالية للبطالة في صفوفهم،
- محاربة الهدر والانقطاع المبكر للشباب عن الدراسة وذلك من خلال تقريب المؤسسات التعليمية من الشباب،
- ضرورة الاهتمام أكثر بشباب العالم القروي لكون أغلب الجماعات في المغرب لم تدخل بعد في المجال الحضري، ونظراً كذلك لارتفاع نسبة هجرة الأطر من الباادية إلى المدينة؛
- التركيز على الجانب التشاوري في عملية تدبير الشأن المحلي مع استغلال تكنولوجيا المعلومات لتحقيق ذلك، كأن يسمح للشباب بتقديم مقتراحاتهم حول برامج التنمية المحلية عبر الانترنت؛
- اعتماد مبدأ الكفاءة كآلية لاختيار ممثلي الشباب في كل الهيئات المحلية بدل اللجوء إلى الانتقام السياسي أو غيره؛
- تبادل التجارب بين الشباب الفاعل والمنخرط في التدبير المحلي مع الأخذ في الاعتبار خصوصيات كل منطقة ترابية،
- تعزيز السياسات والبرامج والآليات التنسيق الوطنية المتعلقة بالشباب بوصفها أجزاءً أصليةً من التنمية الاجتماعية والاقتصادية، بالتعاون مع كل من المؤسسات الحكومية والمنظمات غير الحكومية،
- تيسير تنسيق الأنشطة المتصلة بالشباب في منظومة الأمم المتحدة عن طريق قيادة الشبكة المشتركة بين الوكالات المعنية بتنمية الشباب،
- تعزيز فرص الشباب للمشاركة بصورة أكمل في الحوار الوطني والدولي بشأن سياسات التنمية<sup>1</sup>،
- دعم مشاركة الشباب في الاجتماعات الحكومية الدولية وإلى السماح لأصوات الشباب من كل بقاع الدنيا لا بأن تسمع فحسب، بل وبأن يعمل بموجبها أيضاً<sup>2</sup> خاصة في القضايا ذات الطابع السياسي الاقتصادي والاجتماعي،

<sup>1</sup> يوسف الشوني، مشاركة الشباب في الحياة العامة، مرجع سابق ص .31

<sup>2</sup> برنامج الأمم المتحدة للشباب هو جهة التنسيق داخل منظومة الأمم المتحدة في مجال تنمية الشباب والمسائل المتصلة بالشباب، وخاصة فيما يتعلق بمجالات الأولوية المحددة في برنامج العمل العالمي للشباب.

- قيام الدولة تحت قيادتها بدورها الاستراتيجي في تحديد الاختيارات الأساسية والنهوض بالأوراش الكبرى والتحفيز والتنظيم وتشجيع المبادرة الحرة والانفتاح الاقتصادي المضبوط. مما يمكن الشباب من استعادة الثقة في أنفسهم مما يمكنهم من الانخراط الفعلي في عملية إصدار القرار العمومي،
- جعل الشباب في صلب عملية التنمية من خلال تدعيم مرتکرات وأهداف المبادرة الوطنية للتنمية البشرية.
- تمكين الاقتصاد الوطني من مقومات التأهيل والإقلاع<sup>1</sup>. لدعم الفئات الشابة.

وختاما يمكن القول أن أهمية مشاركة الشباب في تدبير الشأن العام رهينة بتفعيل مضامين دستور 2011، وإعادة النظر في الجانب التشريعي المتعلق بمشاركة الشباب في صياغة القرار العمومي بشكل يساهم في اندماج الشباب في المجتمع، حيث أن هذه المشاركة من شأنها أن توفر أرضية صلبة ومرجعية تساهمن في بلورة سياسات عامة لصالح الشباب بطرق احترافية بعيدة عن الارتجالية، وذلك لتفادي تكرار الإخفاقات التي سبق وأن تم تسجيلها وعلى مر العقود فيما يتعلق بالسياسات العامة المتصلة بالشباب.

للمغرب إن كان قد نجح في طي بعض ملفاتانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان عن طريق الإنصاف والمصالحة مع انتهاكات الماضي، فإننا اليوم في أمس الحاجة إلى سلوك أسلوب ديمقراطي مع عموم الشباب المغربي عن طريق الإنصاف والمصالحة معهم والتي هي في نفس الوقت مصالحة مع المستقبل<sup>2</sup>.

✓ لائحة المراجع :

• الكتب :

- الميثاق الوطني للديمقراطية التشاركية ، منشورات اللجنة الوطنية للحوار الوطني حول المجتمع المدني و أدواره الدستورية الجديدة، سنة 2013.
- نجلاء عبد الحميد راتب، الانتماء الاجتماعي للشباب المصري: دراسة سوسيولوجية في حقبة الانفتاح، مركز المروسة للنشر، القاهرة، 1999 .
- محمد بوعزيز، القانون البرلماني المغربي مسيرة التشريع دراسة نظرية وتطبيقية، مطبعة فضالة، 2006.
- منشورات المعهد الجامعي للبحث العلمي، جامعة محمد الخامس السويسى، الطبعة الأولى، مطبعة كوش برانت، سنة 2008
- صياغة السياسات : منشورات المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، واشنطن ، ترجمة نور الأسعد وسزان قازن تصميم طباعي مارك رشدان، لبنان 2009 .
- الميثاق الوطني للديمقراطية التشاركية ، منشورات اللجنة الوطنية للحوار الوطني حول المجتمع المدني و أدواره الدستورية الجديدة، سنة 2013

<sup>1</sup>- عبد الواحد زيات، مرجع سابق ص 31.

<sup>2</sup>- محمد سلواني: الدستور وواقع الشباب المغربي؛ مرجع سابق ص 2.

• الرسائل الجامعية :

عبد الواحد زيات، الشباب في السياسات العامة" ، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الحمدية، السنة الجامعية 2011-2012.

عصام بن الشيخ والأمين سويقات، إدماج مقاربة الديقراطية التشاركية في تدبير الشأن المحلي – حالة الجزائر والمغرب ...، دور المواطن - المجتمع المدني والقطاع الخاص في صياغة المشروع التنموي المحلي: قسم العلوم السياسية – كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013.

• المقالات :

- نجلاء عبد الحميد راتب، الانتماء الاجتماعي للشباب المصري: دراسة سوسيولوجية في حقبة الانفتاح، مركز المروسة للنشر، القاهرة، 1999.

- علي خليفة الكواري، الديقراطية و التنمية في الوطن العربي، سلسلة كتب المستقبل العربي (30)، الطبعة الثالثة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2004.

-الأمين شريط : الديقراطية التشاركية ... الأسس والآفاق: ندوة البرلمان؛ المجتمع المدني؛ الديقراطية؛ مجلة الوسيط؛ الجزائر: وزارة العلاقة مع البرلمان؛ العدد 06؛ سنة 2008.

- بن فهو مصطفى، من أجل إعادة الاعتبار لمشاركة الشباب في السياسات العمومية: جريدة الاتحاد الاشتراكي بتاريخ 2010/10/08.

- حسن عاطش : الإدماج الإيجابي للشباب في تدبير الشأن المحلي: جريدة الاتحاد الاشتراكي ليوم 2012/6/03.

- محمد السلواني، الدستور وواقع الشباب المغربي، مقال منشور بمجلة دنيا الوطن تاريخ النشر 2012-03-23. مصطفى المناصفي، المجتمع المدني والديقراطية التشاركية، مجلة نوافذ، عدد مزدوج 53-54 كانون الثاني /يناير 2013.

- نبيل بوحيدى، قراءة في مشروع القانونين التنظيميين المتعلمين بالحق في تقديم العرائض والملتمسات التشريعية، مجلة العلوم القانونية؛ سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب. التجليات الوظائف والبناء الديمقراطي. العدد الثالث، 2015.

• التقارير :

- الأمم المتحدة الجمعية العامة الدورة السادسة والخمسون التنمية الاجتماعية بما فيها المسائل ذات الصلة بالحالة الاجتماعية في العالم وبالشباب المسنين والمعوقين، والأسرة تنفيذ برنامج العمل العالمي للشباب 2000 وما بعدها. 180/A/56، 12 يوليز 2001.

- تقرير الخمسينية، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء المغرب، سنة 2006.

- تقرير حول اليوم الدراسي الذي نظمه التحالف المدني للشباب من أجل الإصلاح تحت عنوان "تدبير الشأن المحلي وقضايا الشباب"، المنعقد يوم السبت 1 يناير 2012 بالرباط.

- يوسف شوني، تكتيكات وحملات عملت على تعزيز مشاركة الشباب في الحياة العامة، تقرير حول اليوم الدراسي الذي نظمه التحالف المدني للشباب من أجل الإصلاح تحت عنوان "تدبير الشأن المحلي وقضايا الشباب"، المنعقد يوم السبت 14 يناير 2012 الرباط.

• المنشورات الالكترونية :

موقع مغارب كم يوم 13-08-2012

الفصل الخامس، الشباب عماد التنمية، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني،[hdr.undp.org](http://hdr.undp.org)، سنة 2010.

• الخطاب الملكية :

- الخطاب الملكي السامي المعلن عن المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، بتاريخ 18 مايو 2005.
- الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية بتاريخ 10 أكتوبر 2008
- الخطاب الملكي بمناسبة العيد الوطني الثامن والخمسين لثورة الملك والشعب 20 غشت 2011.
- الخطاب الملكي بمناسبة العيد الوطني الثامن والخمسين لثورة الملك والشعب 20 غشت 2012.
- الخطاب الملكي السامي 2014 بمناسبة ذكرى ثورة الملك والشعب ليوم الأربعاء 20 غشت 2014.
- الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية 2017-2018.

الخطابات الرسمية :

- كلمة المندوب السامي للتخطيط خلال استقباله من طرف الملك محمد السادس يومه الاثنين 16 مارس 2015 بالقصر الملكي بالدار البيضاء، لتقديم النتائج المتعلقة بالإحصاء العام للسكان والسكنى، الذي أُنجز تنفيذاً للتعليمات الملكية السامية، خلال الفترة الممتدة ما بين فاتح و 20 سبتمبر 2014.

الظهاير والقوانين :

- ظهير شريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) للمصادقة على النص الدستوري، والنشر بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة في 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).
- ظهير شريف رقم 1.11.173 الصادر في 24 من ذي الحجة 1432 (21 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، جريدة رسمية عدد 5997 مكرر الصادرة بتاريخ 25 ذو الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).
- ظهير شريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليوليو 2015)، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، جريدة رسمية عدد 6380، الموافق 6 شوال 1436 (23 يوليوليو 2015). ظهير شريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليوليو 2015)، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعلامات والأقاليم، جريدة رسمية عدد 6380، الموافق 6 شوال 1436 (23 يوليوليو 2015).
- ظهير شريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليوليو 2015)، بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، جريدة رسمية عدد 6380 الموافق 6 شوال 1436 (23 يوليوليو 2015).
- ظهير شريف رقم 1.16.107 صادر في 23 من شوال 1437 (28 يوليوليو 2016) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 44.14 المتعلق بتحديد شروط و كيفيات ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية، جريدة رسمية عدد 6492 الصادرة بتاريخ 14 ذو القعدة 1437 (18 أغسطس 2016).

## الآثار القانونية لدعوى المساواة في الميراث في مجلة الأحوال الشخصية التونسية



مقال من إعداد: الدكتور شكري الدربياني  
حاصل على دكتوراه في العلوم الإسلامية  
جامعة الزيتونة- الجمهورية التونسية

### المقدمة :

ازداد الحديث عن قضايا المرأة وما يتعلّق بها من أحكام، وخاصة فيما يتعلّق بميراثها وتنصيفه في الشّريعة الإسلاميّة، وقد تمّ طرح القضية من باب الطّعن في موقف الإسلام من المرأة وهضمها لحقوقها حسب زعمهم، ورأوا في ذلك ضرباً من التّمييز بين الرجل والمرأة، وظلّما مسلّطاً عليهما، فراحوا ينظّرون لإحلال المساواة في الميراث بين الذّكر والأنثى، وقد أثيرت هذه المسألة في تونس من قبل رئيس الجمهورية، بعد أن تمّ إثارتها من قبل نائب في مجلس النواب، كما وقع إثارتها من قبل المنظمات التي تطلق على نفسها بالحقوقية، والجديد هذه المرة أنّ هذه الدّعوى صدرت عن رأس السّلطة التنفيذية ما ينذر بجدية الطرح، حيث قام بتكوين لجنة للعمل على إبطال أحكام الإسلام في الميراث. وللتذكير فإنّ هذه الدّعوى بدأت مع الطّاهر الحداد في كتابه "أمرأتنا في الشّريعة والمجتمع"، الذي رأى أنّ الإسلام "لا يمانع أن يقبل ببدأ المساواة الاجتماعية بينهما عند توفر أسبابها بتطور الزمن، مادام يرمي في جوهره إلى العدالة التّامة وروح الحق الأعلى"<sup>1</sup>، وقد حاول الحبيب بورقيبة<sup>2</sup> أن يسن ذلك في مجلة الأحوال الشخصية، لكن مسألة الميراث مثلّت عقبة أمام ما كان يرنو إلى تحقيقه، فقد كانت محفوفة بصعوبات جمّة منها ما يتعلّق بالعقلية

<sup>1</sup> (الحادي) الطّاهر: أمرأتنا في الشّريعة والمجتمع، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ص 40.

<sup>2</sup> رئيس الجمهورية التونسية منذ الاستقلال إلى حدود 7 نوفمبر 1987.

التّونسيّة، وبالعقلية العربيّة الإسلاميّة عموماً، هذا بالإضافة إلى وجود مشاكل قانونيّة، وربّما كان ذلك من أقوى الأسباب التي دفعته إلى العدول عن ذلك.<sup>1</sup> وقد ظلت تلك المسارات مقتصرة على " تمكين المرأة من تخفيف حجابها، ومن التعليم، والحدّ من ظاهرة تعدد الزوجات، وتلطيف أحكام الطلاق، أمّا غير المسموح به، فهو إعادة النّظر في الصيغ العلاقيّة التي تربط بين الفرد والجّماعة، وترتبط بين الرجل والمرأة".<sup>2</sup> ومن أهمّها الحق في الميراث.

وبالرجوع إلى دعوى رئيس الجمهوريّة المتعلّقة بالمساواة في الميراث، نجد أنّها تتضمّن العديد من التّعقيبات القانونيّة، فدعوى المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث تؤدي إلى اضطراب وهدم المنظومة القانونيّة التي تبني عليها الأسرة والأحوال الشخصيّة. فما هي الآثار القانونيّة التي من الممكن أن تنجر عن المساواة بين الرجل والمرأة على مستوى مجلّة الأحوال الشخصيّة التّونسيّة؟

إنّ فتراض منح المرأة المساواة التّامة في الميراث مع الرجل سيؤدي إلى تغيير الفصول القانونيّة التي ترتبط بالقوامة، باعتبار أنّ التفضيل في الميراث يقوم على القوامة (المبحث الأوّل)، ومن البديهي أن تؤدي أيضاً إلى تغيير الفصول القانونيّة التي لها علاقة بالمناببات الإرثيّة والتي فيها تفضيل بين الرجل والمرأة. (المبحث الثاني).

### المبحث الأوّل : تغيير الفصول القانونيّة المتعلّقة بالقوامة :

القوامة في اللّغة من قام يقوم وقومة وقياماً وقامة، أي انتصب قائم من قوم وقوماً وقياماً، والجمع أقوام وأقاوم وأقاوم وأقام، والقوامة في اللّغة تدلّ على عدّة معانٍ ذكر منها: العدل والاستواء والاستقامة<sup>4</sup>، كما تطلق على القيام على الأمر أو المال أو ولاية الأمر<sup>5</sup>.

أمّا عند أهل الاصطلاح، فتعني قيام الرجل على أهله أميناً عليهم، مؤذباً لهم، ومعلّماً، ومرشداً، وهي أيضاً الحماية، والرعاية، والولاية، والكافية، والحفظ، والرئاسة التي يتصرف فيها المُرْؤُس بإرادته واختياره، وليس معناها أن يكون المُرْؤُس مقهوراً مسلوباً للإرادة، لا يعمل عملاً إلّا ما يوجهه إليه رئيسه.<sup>6</sup>

فيما يتعلّق بالقانون التّونسي فلم ينص صراحة على مصطلح القوامة، لكنّ وقع تكريسه في مجلّة الأحوال الشخصيّة، فالنظر إلى بعض فصول المجلّة المذكورة يتّضح جلياً أنّ مفهوم القوامة له وجود قانوني في الفصول 23، 38، و 46، وغيرها.

وعودة إلى دعوى المساواة التّامة بين الرجل والمرأة في الميراث، ومدى إرباكها وهدمها للمنظومة القانونيّة، نقول إنّ قاعدة " للذكر مثل حظ الأنثيين "، ترتكز على مفهوم القوامة الذي يجب على الرجل الإنفاق باعتباره واجباً

<sup>1</sup> (موسى) آمال: بورقيبة والمسألة الدينية، دار سراسم للنشر تونس، ط2، 2011، ص 129.

<sup>2</sup> (بن سلامة) رجاء: بن bian الفحولة، أبحاث في المذكور والمؤنث، دار سراسم للنشر، تونس، 2011، ص 129.

<sup>3</sup> (الفiroz آبادي) مجد الدين: بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي ، القاهرة، ج 4، ص 407.

<sup>4</sup> (الحسيني) محمد بن عبد الرزاق، الملقب بمرتضى الزبيدي: تاج العروس، مطبعة حكومة الكويت ، ط 2، 1407 هـ- 1987 م ، ج 1، ص 7868.

<sup>5</sup> المعجم الوسيط، قام بإخراج هذه الطبعة مجموعة من الأساتذة، إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد، ط 2 (دون ناشر، دون سنة) ج 2، 768.

<sup>6</sup> (رضا) محمد رشيد: تفسير القرآن الكريم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990، ج 5، ص 67.

محمولا عليه دون المرأة، والقول بإلغاء هذه القاعدة القرآنية التي كرسها المشرع التونسي لفظاً ومفهوماً<sup>1</sup>، يؤدي إلى تغيير كل الفصول القانونية التي لها علاقة بالقوامة، فالمتساواة بين الجنسين تفترض المساواة في الحقوق والواجبات مثلما نص على ذلك الفصل 21 من الدستور التونسي الصادر سنة 2014 الذي ورد في منطوقه أن "الموطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز". وعليه فإن هذا الطرح يؤدي إلى تغيير أو إلغاء كل الفصول التي فيها تمييز بين الرجل والمرأة في إطار خلق موازنة ومعادلة بين ثنائية الحق والواجب، لتصبح المساواة لا على مستوى الحقوق فقط، بل على مستوى الواجبات أيضا، فالالفصل 23 م.أ.ش ينص على أن "الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة..."، مما يجعله يترتب واجباً محمولاً على الزوج دون الزوجة، وفي إطار افتراض المساواة التامة في الميراث، فإن من تبعات ذلك إلغاء هذا الواجب على الزوج، وجعله مناصفة بين الزوجين، وبالتالي تغيير هذا الفصل بكيفية تؤدي إلى تحمل واجب النفقة من طرف العلاقة الزوجية لا من جهة الزوج فقط، وكل من يخل بواجبه تطبق عليه أحكام سجنية وغرامة مالية، وعليه فإنه وبالحال تلك وجب تغيير الفصل 53 مكرر الذي أضيف بالقانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981، ونفع بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 الذي ينص على أن "كل من حكم عليه بالنفقة أو بجريمة الطلاق، قضى عمداً شهراً دون دفع ما حكم عليه بأدائه، يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام، وبخطيئة من مائة دينار (100 د) إلى ألف دينار (1000 د)." وتسلیط العقوبة السجنية والغرامة المالية على الزوجة أيضاً في حال إخلالها بواجب النفقة، كما أن دعوى المساواة في الميراث تفترض تغيير الفصل 38 م.أ.ش الذي ينص على أنه "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقته مدة عدتها"، فوجوب الإنفاق المثقل على كاهل الزوج سينصرف على الزوجة أيضاً، فيتحول وضعها القانوني من مجرد مساهمة في الإنفاق<sup>2</sup>، إلى مرتبة الوجوب القانوني الذي يتترتب عليه تبعات قانونية في حال الإخلال به، فعند امتناع الزوجة عن النفقة، فإنه يصبح من الممكن تتبعها من أجل ذلك.

ومن ناحية أخرى فإن هذه الدعوى قد تؤثر على مقتضيات الفصل 46 م.أ.ش الذي يميز بين الأولاد في سن الإنفاق عليهم، فقد نص الفصل المذكور على أنه " يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلّمهم على أن لا يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجحب نفقتها على زوجها." هذا الفصل القانوني يميز بين السن القصوى للذكر والأخرى في استحقاق النفقة، فالذكر أقصاه سن الخامسة والعشرين، وبعدها ينقضي واجب الإنفاق عليه ويصبح الوالد غير ملزم بالنفقة على ولده الذكر، أمّا البنت فيستمر الإنفاق عليها إلى أن تتزوج، أو يتوفّر لها كسب. وفي حل تكريس المساواة في الميراث قانوناً، فإن هذا الفصل واجب التغيير إما في اتجاه توحيد السن القصوى، أو جعل النفقة مستمرة إلى حين توفر الكسب. فتتصبّح صياغته كالتالي : " يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلّمهم، أو إذا توفر لهم الكسب".

وفي مادة الطلاق، فقد كرست مجلة الأحوال الشخصية صلب الفصل 38 واجب النفقة على المعتدة فقد نص على أنه "يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها، وعلى مفارقته مدة عدتها"، فلا معنى لهذه النفقة باعتبار أن

<sup>1</sup> انظر الفصول 113 م.أ.ش، و 119 م.أ.ش

<sup>2</sup> ينص الفصل 23 م.أ.ش على ما يلي "... وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال".

لا عدّة للزوج، وفي إطار تكريس المساواة التامة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة، يتوجب إلغاء نفقة المعتدة المنصوص عليها بالفصل المذكور.

كما أنه من غير المعقول في حال الطلاق وإسناد الحضانة للزوجة، أن يلزم الزوج بمتطلبات الحضانة من توفير مسكن والإنفاق عليهم، فالطرح المقدم والداعي إلى المساواة في الميراث، بل المساواة المطلقة في الحقوق والواجبات بين المواطنين والمواطنات حسب تعبير الفصل 21 من الدستور، يوجب تحمل أعباء النفقة مناصفة مع الحاضنة، مع ما تشمله من "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"، حسب منطوق الفصل 54 م.أ.ش.

وفي جانب آخر فإن اشتراط المهر في عقد الزواج كشرط من شروط صحته، يصبح غير مستساغ في إطار افتراض المساواة بين الجنسين، فقد نص الفصل 3 م.أ.ش في فقرته الثانية على أنه "يشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الشّقة، وتسمية مهر للزوجة". هذا الفصل يصبح ملغي باعتبار أن الزوجة غير ملزمة بدفع مهر للزوج، وفي إطار تحقيق المساواة في الحقوق والواجبات، فإنه يتوجه إلغاء شرط المهر.

يتضح مما تقدم أن دعوى المساواة بين الرجل والمرأة، وافتراض مبدأ للذكر مثل حظ الأنثى في الميراث يؤدي إلى هدم المنظومة القانونية، وهو ما أكدّه البيان الصادر عن جامعة الزيتونة الصادر بتاريخ 17 أوت 2017، فقد ورد في البيان ما يلي: "إن قانون الإرث في مجلة الأحوال الشخصية مبني على الفقه الإسلامي، وتغيير بعض أحکامه يُحدث اضطراباً يؤدي إلى هدم المنظومة القانونية بما فيها منظومة الأسرة والأحوال الشخصية، مما يؤسس إلى مزيد من الفردانية، ويعمق النزاع الأسري". وقد أوصى البيان إلى "ضرورة استشارة ذوي التخصص الشرعي في مسائل الشأن الديني، وذلك بتفعيل دور المؤسسات الدينية والعلمية ببلادنا (جامعة الزيتونة، المجلس الإسلامي الأعلى، وزارة الشؤون الدينية، دار الإفتاء)".

وهذا ما لمسناه من خلال إطلاق هذه الدعوى، فقد تؤدي كما رأينا إلى هدم المنظومة القانونية المتعلقة بالأسرة والأحوال الشخصية، لأنها دعوى أطلقت من غير مختصين، فهي دعوى مبنية على أساس غير سليم، خالية من التدقيق العلمي الذي يخبره أهل الاختصاص، فكانت دعوى ضالة مضللة.

حالة الإرباك والهدم للمنظومة القانونية التي من الممكن أن تحدثها المساواة التامة في الميراث بين الذكر والأنثى تمسّ محمل الفصول القانونية التي فيها تمييز بين الرجل والمرأة، فقد رأينا أنها ستغير كل ما له علاقة بالقوامة التي كرسها القانون في العديد من أحکامه المتعلقة بالأسرة والأحوال الشخصية، فإن كان الأمر كذلك فمن باب أولى وأحرى أن يطال التغيير الأحكام القانونية التي لها علاقة بالمناببات الإرثية.

## المبحث الثاني : تغيير الفصول القانونية المتعلقة بالمناببات الإرثية :

إن افتراض تحقق المساواة التامة بين الرجل والمرأة في الميراث يؤدي إلى مراجعة العديد من الفصول المتعلقة بالمناببات الإرثية بين الجنسين. وذلك على النحو التالي :

❖ المساواة بين الزوج والزوجة ، وهذا القول يؤدي إلى مراجعة كل الفصول القانونية التي لها علاقة بميراث الزوجين ، وبتتبع مجلة الأحوال الشخصية وتحديدا الكتاب التاسع منها والمعنون كالتالي : "في الميراث "، نجد أن الفصول القانونية المتعلقة بميراث الزوجين، تتمثل في الفصل 93 و 94 و 95 و 101 و 102 م.أ.ش.

■ الفصل 93 ينص على أصحاب النصف وهم خمسة من بينهم الزوج في حال انعدام الفرع الوارث، فقد ورد في منطوقه أن أصحاب النصف خمسة :

1. الزوج بشرط عدم الفرع الوارث للزوجة ذكرا كان أو انشي..."

هذا الفصل القانوني وجب تغييره بما يتواافق وافتراض المساواة في الميراث على النحو التالي :

" أصحاب النصف خمسة :

1) الزوج والزوجة بشرط عدم الفرع الوارث ذكرا كان أو انشي للمتوفى من الزوجين."

■ الفصل 94 ينص على أن " أصحاب الربع اثنان :

1. الزوج إذا وجد فرع وارث للزوجة.

2. والزوجة إذا لم يكن للزوجة فرع وارث."

وجب تغييره على النحو التالي : " أصحاب الربع، الزوج والزوجة إذا وجد فرع وارث". وبالتالي حذف مناب الربع للزوجة في حال انعدام الفرع الوارث للزوج، على اعتبار أن الفصل 93 حسب التغيير الذي قد يلحقه في حالة افتراض المساواة، ينص على مناب النصف لكليهما في حال انعدام الأولاد.

■ حذف الفصل 95 الذي ينص على أن " الثمن فرض الزوجة إذا كان للزوج فرع وارث"، والاكتفاء بالفصل 94 الذي يعطي الربع لأحد الزوجين.

■ تغيير الفصل 101 وذلك بإضافة الزوجة إلى جانب الزوج في استحقاق النصف والربع، فالصيغة الحالية تنص على أن " الزوج له حالتان :

1. النصف عند عدم الولد أو ولد الابن وإن سفل.

2. والربع مع الولد أو ولد الابن وإن سفل."

فتصبح الصيغة المفترضة للفصل 101 م.ا.ش الزوج والزوجة لهما حالتان :

1. النصف عند عدم الولد أو ولد الابن وإن سفل.

2. والربع مع الولد أو ولد الابن وإن سفل."

■ إلغاء الفصل 102 م.ا.ش الذي ينص على فرض الربع والثمن للزوجة، الفرض الأول في حال انعدام الفرع الوارث للزوج، أما الفرض الثاني فيتعلق بمنابها في حال وجود الفرع الوارث. فلا معنى لوجود الفصل المذكور نصاً وحكمـا، باعتبار أن الفصل 101 م.ا.ش، وفي إطار افتراض المساواة في الميراث، تضمن ميراث الزوجين بإعطاء لكلٍّ منهما النصف والربع مثلما تم بيانه.

افتراض المساواة بين الزوجين في المنابات الإرثية فيه خالفة لقول الله تعالى : ( وَلَكُمْ نِصْفٌ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوَصَّنَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ )<sup>1</sup>.

❖ المساواة بين الأبناء ذكورا وإناثا، هذا الأمر يفترض تغيير الحالة الأولى والثانية من الفصل 103 م.ا.ش، وإلغاء الحالة الثالثة من نفس الفصل، فالحالة الأولى تتعلق بمناب النصف للبنت الواحدة، أما الحالة الثانية

<sup>1</sup> النساء: آية 11.

فتتعلق بالثلثين للبنات يقتسمنه بالتساوي، والحالة الثالثة والأخيرة تتعلق بالتعصيب بالغير، فالفصل المذكور ينص على أن " بنات الصلب هنّ أحوال ثلاثة :  
1. النصف للواحدة إذا انفردت.  
2. والثان للاثنين فصاعدا.  
3. والإرث بتعصيب أخيهنّ هنّ للذكر مثل حظ الأنثيين ".  
وفي إطار افتراض المساواة في الميراث يصبح النص القانوني كالتالي :

1. إذا كان الوارث واحداً أو واحدة من الأبناء أو البنات يرث كامل التركة.  
❖ إذا كان الأولاد مختلفين، تقسّم التركة بينهم بالتساوي."، وذلك تساوياً مع الولد الذكر الذي يرث كامل المال في حال انفراده، ويقسمون التركة بالتساوي في حال التعده، فتعامل البنّ مثل الابن، وإذا كان الورثة أولاد البنّ أو أولاد البنّ، فإنّ قسمة التركة تكون بالطريقة نفسها في حال البنّ، وهذا يفترض تغيير الفصل 104 م.أ.ش الذي ينص على أن " بنات البنّ هنّ ست حالات :  
1. النصف للواحدة إذا انفردت.  
2. والثان للاثنين فصاعداً عند عدم بنات الصلب.  
3. ولهنّ السادس مع الواحدة من بنات الصلب تكميلة للثلاثين.  
4. لا يرثن مع اثنين من بنات الصلب فصاعداً إلا أن يكون معهنّ ابن ذكر مساو لهنّ.  
5. أو أسفل منهنّ فيعصبهن، ويكونباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.  
6. والسقوط بابن الصلب."  
فيصبح هذا الفصل كالتالي :

" بنات البنّ هنّ ست حالات :

1. الكل للواحدة إذا انفردت.
2. واقتسم التركة بالتساوي عند عدم بنات الصلب.
3. ولهنّ السادس مع الواحدة من بنات الصلب تكميلة للثلاثين.
4. لا يرثن مع اثنين من بنات الصلب فصاعداً، إلا أن يكون معهنّ ابن ذكر مساو لهنّ.
5. أو أسفل منهنّ، فيكونباقي بينهم بالتساوي.  
6. والسقوط بابن الصلب."

وبهذا الافتراض الذي يحصل به تغيير الفصل 103 م.أ.ش تكون هناك خالفة لقول الله تعالى ( يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النَّصْفُ )<sup>1</sup>.

❖ المساواة بين الإخوة ذكورا وإناثا، أشقاء أو لأب. مما يتوجّب تغيير الفصول القانونية المتعلقة بميراث الشقيقات، وميراث الأخوات لأب.

فيما يتعلّق بميراث الشقيقات فقد نصّ الفصل 105 م.أ.ش على أنّ " الأخوات الشقائق لهنّ خمس حالات :

1. النّصف للواحدة إذا انفردت.

2. والثالثان للاثنتين فصاعدا.

3. والتعصيب بالأخ الشقيق وبالجذ للذكر مثل حظ الأنثيين.

4. وصيروتهنّ عصبة، فيكون لها الباقي مع البنات أو بنات الابن.

5. والسقوط بالأب وبالابن وبابن الابن وإن سفل.

فيصبح هذا الفصل بناء على المساواة بين الذكر والأُنثى كالتالي : " ميراث الشقيقات :

1. الكلّ للواحدة إذا انفردت.

2. والكلّ للاثنتين فصاعدا بالتساوي .

3. وإذا كان مع الشقيقة أو الشقيقات، شقيق أو أكثر، فإنّ القسمة بينهم بالتساوي".

أما فيما يتعلق بميراث الأخت لأب فهو الآخر سيشهد تغييرا في حال افتراض المساواة التامة بين الرجل والمرأة، وبالنظر إلى فصول مجلة الأحوال الشخصية نجد أنّ ميراث الأخت لأب منصوص عليه صلب الفصل 106 م.أ.ش، الذي ورد في منطوقه أنّ " الأخوات للأب لهنّ ستة أحوال :

1. النّصف للواحدة إذا انفردت.

2. والثلاثان فصاعدا عند عدم الأخوات الشقائق.

3. والسدس مع الأخت الواحدة الشقيقة.

4. والإرث بالتعصيب مع الشقيقتين إن كان معهنّ آخر للأب، فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

5. التعصيب مع بنات الصلب أو مع بنات الابن.

6. والسقوط بالأب وبالابن وبابن الابن وإن سفل، وبالأخ الشقيق أو بالأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع البنات أو بنات الابن، وبالأختين الشقيقتين إن لم يكن معهما آخر لأب."

هذا الفصل يفترض تغييره، فيصبح كالتالي :

"ميراث الأخوات للأب :

1. الكلّ للواحدة إذا انفردت.

2. والكلّ للاثنتين فصاعدا بالتساوي .

3. والسدس مع الأخت الواحدة الشقيقة.

4. لا يرثن مع اثنين من الشقيقات إلا أن يكون معهنّ آخر لأب ، فيكون الباقي بينهم بالتساوي".

فهذا الفصل والفصل الذي سبقه، بهذه الشاكلة يكون خالفا لقول الله تعالى: ( يَسْتَفْتُونَكَ قُلْ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفٌ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْتَنْي

فَلَهُمَا التَّثْنَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضْلُلُوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ<sup>١</sup>.

إن المساواة في الميراث بين الأبناء والبنات، والإخوة والأخوات، بالإضافة إلى حالة الإرباك والتغيير التي قد تحدثها في الفصول القانونية المتعلقة بمناب البنات والأخوات الشقيقات أو لأب، فقد تؤدي أيضا إلى تغيير الفصل 113 م.أ.ش، وحذف الفصل 119 م.أ.ش.

فيما يتعلق بالفصل الأول ونعني به الفصل 113 فقد نص على "أن العصبة ثلاثة أنواع :

1. عصبة بنفس.
2. وعصبة بالغير.
3. وعصبة مع الغير".

وبما أن افتراض المساواة بين الجنسين يؤدي إلى إحلال قاعدة للذكر مثل حظ الأنثى، محل قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن الفصل المذكور واجب التغيير نحو حذف نوع العصبة بالغير، فتصبح صيغته كالتالي: "العصبة نوعان:

1. عصبة بالنفس.
2. وعصبة مع الغير".
3. أما الفصل 119 م.أ.ش الذي ينص على أن "العاصب بغيره، كل أنثى عصبها ذكر وهو أربعة :  
1) البنت. 2) وبنات الأبن. 3) والأخت الشقيقة. 4) والأخت لأب.

فالبنت يعصبها أخوها وترث معه كل المال أو البقية للذكر مثل حظ الأنثيين، وبنات الأبن يعصبها أخوها وابن عمها المساوي لها في الدرجة من غير شرط، ويعصبها ابن الأبن الأسفل منها بشرط أن لا يكون لها دخل في الثلاثين. والأخت الشقيقة أو لأب يعصبها أخوها وجدها ويكون معها كاخ لها". فيقع إلغاء باعتبار أن افتراض المساواة بين الرجل والمرأة لا يتناقض مع التعصيب بالغير، لأن الضابط في هذا النوع هو أن كل أنثى تصير عاصبة باجتماعها مع أخيها المساوي لها في الدرجة، أو كل أنثى يعصبها ذكر<sup>2</sup>، فترت معه للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا يمكن لهن هذه القاعدة أن تتناغم وتعيش مع المساواة في الميراث.

- ❖ المساواة بين ميراث الأب والأم عند وجودهما مع أحد الزوجين، فمعلوم أن الأم في الصورتين لها ثلث الباقي، وهو ما نص عليه الفصل 107 م.أ.ش الذي ورد فيه أن " للأم أحوال ثلاثة :
1. السادس إذا كان للميت ولد أو ولد ابن وإن سفل أو مع اثنين من الإخوة فصاعدا كيما كانت جهتهمما لأبوين أو لأب أو أم.
  2. لها ثلث المال عند عدم المذكورين.
  3. لها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين وذلك في مسألتين: إحداهما زوج وأبوان، والثانية زوجة وأبوان".

<sup>1</sup> النساء: الآية 176.

<sup>2</sup> (سلام) محمد عز الدين: نظام الإرث في الإسلام وحركية الوارث بين الفرض وحجب النقص والإسقاط والتعصيب، تقديم ومراجعة د. فتحي العبيدي، المطبعة العصرية، ط 1، 1424 هـ/ 2003 م، ص 71.

وبتطبيق المساواة بين الأم والأب في الصورتين، فإن الأم والأب يقتسمان الباقي بالتساوي بعد فرض أحد الزوجين، فيصبح الفصل 107 م.أ.ش كالتالي: "لأم أحوال ثلاثة:

4. السادس إذا كان للمنيّت ولد أو ولد ابن وإن سفل أو مع اثنين من الإخوة فصاعداً كيما كانت جهتهم لأبوين أو لأب أو أم.

٥. ولها ثلث المال عند عدم المذكورين.

٦. وتقسم الباقى مع الأب بعد فرض أحد الزوجين، وذلك في مسائلتين : إحداهما زوج وأبوان، والثانية زوجة وأبوان".

وفي هذا مخالفة لمقتضيات الفقه الإسلامي الذي قال بثلث الباقي، و سُئِّلت مسأليٰتِ الثلث الباقي بالعمريتين نسبة إلى سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لأنَّه أول من اجتهد فيهما لوقوعها زمن خلافته<sup>١</sup>.

❖ المساواة بين الجد والجلدة في حال وجودهما مع آخر أو أخت من أي الجهات كانوا، فيرث كل من الجد والجلدة السادس. ومعلوم أن الجد إذا كان مع "إخوة فقط، فيكون له الأفضل من ثلث المال أو المعاشرة، فيتعين الثالث إذا زاد الإخوة على اثنين من الذكور أو أربع من الإناث، ويتعين المعاشرة ويكون كآخر يقسم معهم للذكر مثل حظ الأثرين إذا كان عدد الإخوة واحداً من الذكور أو ثلاثة من الإناث" حسب ما نص عليه الفصل 108 م.أ.ش، ويكون له الأفضل من ثلث، السادس كاملاً، أو ثلث الباقي بعدأخذ ذوي الفروض فروضهم، أو معاشرة الإخوة. وذلك في صورة ما إذا كان معه إخوة وأصحاب فروض. حسب نفس الفصل المذكور. لكن إذا كان هناك جلة، فإن الجد يتغير حاله ويأخذ السادس مثل الجلة. وبالتالي التطبق أحكام الفصل 108 م.أ.ش. وفي هذا مخالفة للفقه الإسلامي.

يتضح جلياً ما تقدم أن افتراض المساواة التامة بين الرجل والمرأة في الميراث يؤدي إلى هدم للمنظومة القانونية التي لها علاقة بالأسرة والأحوال الشخصية، مما يستوجب إعادة صياغة فصول مجلة الأحوال الشخصية بما يتوافق مع دعوى المساواة. هذا بالإضافة إلى المخالفات الشرعية الجسيمة التي ستحصل.

فـلو يتم تـفـيـذ دـعـوى المـساـواـة بـيـن الرـجـل وـالـمـرـأـة فـيـ الـمـيرـاث، فـإـن ذـلـك سـيـؤـدي إـلـى التـجاـوزـات التـالـية:

- ✓ تـبـنـى مـبـدـأ عـامـا يـقـرـر بـالـمـساـواـة التـامـة فـيـ اـسـتـحـقـاقـ التـرـكـة.

✓ لم تعد البنت، وبنت الابن والجدة والأم والأخوات من جهة الأم والأب، أو من جهة الأب فقط، من أصحاب الفروض، والحال أنهن كذلك بمقتضى النص القرآني قطعي الدلالة والثبوت.

ختاماً نقول إنَّ مسألة القول بالمساواة في الميراث تدرج في إطار الصراع بين الحق والباطل الذي يعتبر أبداً من ذنب نزول سيدنا آدم عليه السلام إلى الأرض إلى أن تقوم الساعة<sup>2</sup>، فهو لاءٌ لم يجدوا ما يؤسّسوها به دعاويمهم الباطلة، سوى تحريف الحقائق وتزييف الواقع، لكن الله سبحانه وتعالى وعد أصحاب الحق بالنصر والتمكين<sup>3</sup>، فقال تعالى : ( إِنَّا لَنَنْصُرُ رُسُلَنَا وَالَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ يَقُومُ الْأَشْهَادُ )<sup>4</sup>، حتى وإن يكررُ أنصار الباطل " بين الحين والأخر

۱۹۸ ص، م.ن.

<sup>2</sup> (سلطان) صلاح الدين: ميراث المرأة وقضية المساواة، نهضة مصر للطباعة ط 1، 1999 م، ص 8.

33

٤٥

بزبدهم على ما استقرّ لدى المؤمنين من ثوابت الحق، فإنّ هذا الزيد لا يلبي أن يذهب مع أقل عوامل التعرية<sup>1</sup>، قال الله تعالى : ( قَمَّا الزَّبْدُ فَيَذْهَبُ جُفِّاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ )<sup>2</sup>، إلا أنهم نسوا أو تناسوا بأنّ الله عدل، وعدله مطلق، وليس في شرعه ظلم للبشر (وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا)<sup>3</sup>، و ( إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ )<sup>4</sup>.

والحق في الميراث الذي أقره الله عزّ وجلّ والذي يريد البعض تغييره ، جعل بعض مفكري الغرب يعتبرونه نظاماً حرّياً بالإتباع، فهذا "غوستاف لوبيون" مؤلف كتاب "حضارة الغرب"، يقول بأنّ "القرآن قد منح المرأة حقوقاً إرثيةً أحسن مما في قوانينها الأوروبيّة، ومبادئ المواريث التي نصّ عليها القرآن على جانب عظيم من العدل والإنصاف، ويمكن للقارئ أن يدرك ذلك من الآيات التي أنقلها منه، وأن أشير فيه بدرجة الكفاية إلى أحكامها العامة، ويظهر من مقابلتي بينها وبين الحقوق الفرنسيّة، والإنجليزيّة، أنّ الشريعة الإسلاميّة منحت الزوجات الالاتي يزعمون أنّ المسلمين لا يعاشرونهن بالمعروف، حقوقاً في المواريث لا تجدها في قوانيننا"<sup>5</sup>.

وقد أكدّت ذلك "آني بيزيت" في كتابها "الأديان المنتشرة في الهند" ، على أنه "لا تقف تعاليم النبي صلى الله عليه وسلم عند حدود العموميات، فقد وضع قانوناً لوراثة النساء، وهو قانون أكثر عدلاً، وأوسع حريةً من ناحية الاستقلال الذي يمنحها إيه القانون المسيحي الإنجليزي، الذي كان عموماً به إلى ما قبل نحو عشرين سنة، فيما وضعه الإسلام للمرأة يعتبر قانوناً نموذجياً، فقد تكفل بحمايةهن في كلّ ما يملكته من أقاربهن، وإنحواتهن، وأزواجهن"<sup>6</sup>.

#### الخاتمة :

ولما يفوتني أن أشير في نهاية هذا البحث أن دعوى المساواة في الميراث بين الرجل والمرأة وافتراض تحققها يؤدي إلى جملة من الآثار وقع التعرض إليها ويمكن حوصلتها في النقاط التالية :

1. المصدر الأساسي للميراث في مجلة الأحوال الشخصية هو الفقه الإسلامي، وتغيير بعض أحكامه يعدّ مخالفة شرعية صريحة لآيات قرآنية قطعية الدلالة والثبوت.
2. التغيير يحدث اضطراباً يؤدي إلى هدم المنظومة القانونية بما فيها منظومة الأسرة والأحوال الشخصية.
3. التغيير في حال تحقق المساواة التامة في الميراث بين الرجل والمرأة يطال كل الفصول القانونية التي لها علاقة بالقوامة والتي كرسها القانون في العديد من أحكامه المتعلقة بالأسرة والأحوال الشخصية.
4. التغيير يطال الأحكام المتعلقة بالمنابع الإرثية في اتجاه التسوية التامة بين المرأة والرجل.

<sup>1</sup> (سلطان) صلاح الدين: م.س ، ص 8.

<sup>2</sup> الرعد: الآية 17.

<sup>3</sup> الكهف: الآية 49.

<sup>4</sup> النساء: الآية 40.

<sup>5</sup> نقلاً عن حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، لنوال بنت عبد العزيز العيد، 1427 هـ - 2006 م (د، ط)، ص 708.

<sup>6</sup> نقلاً عن المرأة بين الفقه والقانون لمصطفى السباعي، المكتب التعاوني، بيروت 1404 هـ، ص 214.

### ✓ المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم .
- (الحدّاد) الطاهر: امرأتنا في الشريعة والمجتمع، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت.
- (موسى) آمال : بورقية والمسألة الدينية، دار سراس للنشر تونس، ط 2، 2011
- (بن سلامة) رجاء: بنيان الفحولة، أبحاث في المذكّر والمؤنّث، دار سراس للنشر، تونس، 2011
- (الفiroز آبادي) مجد الدين : بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي ، القاهرة،
- المعجم الوسيط، قام بإخراج هذه الطبعة مجموعة من الأساتذة، إبراهيم أنيس، عبد الحليم متصر، عطيّة الصوالي، محمد خلف الله أحمد، ط 2 (دون ناشر، دون سنة)
- (رضاع) محمد رشيد: تفسير القرآن الكريم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990
- مجلة الأحوال الشخصية التونسية منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية. 2009
- (سلام) محمد عز الدين: نظام الإرث في الإسلام وحركة الوراث بين الفرض وحجب النقص والإسقاط والتّعصيّب، تقديم ومراجعة د. فتحي العبيدي، المطبعة العصرية، ط 1، 1424 هـ / 2003 م
- (سلطان) صلاح الدين: ميراث المرأة وقضية المساواة، نهضة مصر للطباعة ط 1، 1999 .
- (عبد العزيز العيد) نوال: حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، 1427 هـ - 2006 م (د. ط).
- (السباعي) مصطفى المرأة بين الفقه والقانون ، المكتب التعاوني، بيروت 1404 هـ

## مدى تأثير الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدية في الفقه الإسلامي



**فوزي غلاب ، دكتوراه في العلوم الإسلامية  
في أصول الفقه ، جامعة الزيتونة بتونس**

تمهيد :

تعتبر المعاملات المالية في حياة المسلم المعاصر ذات أهمية بالغة، لما لها من اتصال وتعلق بشتى نواحي حياته وحاجاته اليومية، وتعد العقود من أعظم الوسائل والأدوات التي ابتدعتها الحضارة الإنسانية، وأقرّتها الشريعة الإسلامية لحفظ وصيانة معاملاته وإقامة علاقاته الاقتصادية على نطاق العالم بأسره.

ومع ازدهار مبدأ سلطان الإرادة إثر ظهور المذاهب الإرادية وانتشار الفلسفة الفردية في العصور الحديثة أصبحت العقود المبرمة شريعة المتعاقدين، بحيث لا يجوز لأي متعاقد أن يستقل بنقض الاتفاق المبرم أو تعديله إلا بموافقة جميع الأطراف المتعاقدة أو لسبب قانوني، أما خلاف ذلك فليس للمتعاقد سوى تنفيذ هذا الالتزام طوعاً، أو جبراً، وليس هناك ما يعفيه من عدم الالتزام به إلا حدوث قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ.

ولما كان الإنسان وظروفه عرضة للتغيير، وخاصةً لتقلبات الزمان والمكان، بما تحتويه من أحداث عامة وخاصة، تؤثر بدرجات وكيفيات مختلفة على التزاماته التعاقدية، فكان من البديهي أن تتأثر معاملاته المالية بتلك التغيرات سلباً وإنجحاً، وهنا تأتي الحلول الشرعية لمعالج تلك التقلبات والاضطرابات بأساليب وطرق عديدة لترفع الظلم والخيف عن المسلمين، فكانت نظرية الظروف الطارئة وتفريعاتها أحد مظاهر تلك الحلول.

وحيث أن العدل أحد أعظم مقاصد التشريع الإسلامي وقبلة أحكامه، فسألتني إن شاء الله تعالى في هذا البحث إماتة اللثام عن مدى تأثير الظروف الطارئة في الالتزام التعاقدية، وبيان مدى تفوق الشريعة الإسلامية وتميزها عن غيرها من النظريات الوضعية لتحقيق مقصود العدل، والتصدي للظلم والجور والإجحاف من خلال نظرية الظروف الطارئة.

## المطلب الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة :

لقد تقدم لنا القول في عدد سابق من مجلة الفقه والقانون<sup>(1)</sup> أنّ النظرية الفقهية أشبه ما تكون بالدراسة التي تتناول موضوعاً معيناً فتبين حقيقة ذلك الموضوع بتعريفه، وبيان أركانه وشروطه، وجمع المسائل المتعلقة به والمنتشرة في ثنايا الكتب الفقهية.

واستخلاص النظرية الفقهية لا يتحقق إلا بالنظر الشمولي في الفقه الإسلامي عامّة، دون الالكتفاء بذهب فقهى واحد بعينه.

والفقه الإسلامي لم يضع تعريفاً لنظرية الظروف الطارئة، لأنّ الفقهاء لم يعنوا بالبحث في النظريات العامة بل كانوا يتناولون كلّ مسألة على حدة، ويجهدون في تحري حكم الله فيها بما تقتضيه المصلحة والعدل، استنبطاً من النصّ إن ورد فيها، أو اجتهاداً برأيهم انطلاقاً من قواعد التشريع أو معقول النصّ، وكانوا يعنون في تحليل الواقع علمياً وواقعياً، آخذين في الاعتبار ما يحفل بها من ظروف ملائبة في كلّ عصر يرون أنّ لها دخلاً في تشكيل علة الحكم.

ويراد بالظرف الطارئ كلّ حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول على العقد ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتأخر تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً ويتهدهد بخسارة فادحة تخرج عن الحدّ المألف في خسائر التجار<sup>(2)</sup>، كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألف ولا متوقع<sup>(3)</sup>.

وليس كلّ ظرف طارئ، أو حادث سبباً لتطبيق النظرية، بل يتعمّل في هذا الظرف أو الحادث أن يكون غير مألف، أي نادر الواقع، سواءً أكان هذا الحادث سهواً كالجوانح، والفيضان، والجراد، والعفن، والدواء، والزلزال، والوباء، أم كان من الأدميين كالحرب، والثورة، أو فرض تسعير جبri أو إلغائه. فإذا كان الحادث مألفاً، فلا يعتدّ به، ولا تنطبق النظرية عليه، لأنّه من عادة المألف أن يكون محتملاً بحكم العادة، أو التعامل<sup>(4)</sup>. وينبغي أن يراعى في تحديد الحادث الاستثنائي المكان والزمان؛ فما يكون استثنائياً في بلد قد يكون عادياً في بلد آخر، وما يكون استثنائياً في زمن يبدو مألفاً في زمن آخر.

وقد عرّف بعض المعاصرین نظرية الظروف الطارئة بأنّها «مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغيير الظروف التي تمّ بناء العقد في ظلّها»<sup>(5)</sup>.

1- انظر العدد 59 من هذه المجلة: ص 115 على الرابط : <https://sites.google.com/site/marocsitta/home/adad-almjlte>

2- أبو ستيت أحمد حشمت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد مصادر الالتزام:1/316(طبعة مصر، 1954م، ط 2).

3- انظر قباني محمد رشيد: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانونوضعي(بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عدد 2)

4- انظر البريبي فتحي، النظريات الفقهية:150(منشورات جامعة دمشق، ط 4، 1997هـ-1417هـ) والزحيلي وهبة، نظرية الضرورة مقارنة بالقانونوضعي: مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1405هـ-1985م) والسنوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 6/24(منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، 1998م).

5- منصور محمد خالد، تغير قيمة النقود وتاثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن(بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 25، عدد 1998م، ص 153)

ومضمون هذه النّظرية أنّ عقداً يترافق تفيفه عن وقت إبرامه ثمّ طرأ حادث بعد إبرام العقد غير متوقع وغير منظر، بل لا يمكن توقعه أصلاً، كما لا يمكن دفعه أو التحرّز منه<sup>(1)</sup>، وترتّب على هذا الحادث الطارئ ضرر زائد أو فاحش غير معتمد كنتيجة له، بما من شأنه أن يخلّ بالتوافر الاقتصادي للعقد اختلالاً كبيراً، مما يقع أحد المتعاقدين في خسارة فادحة وغير مستحقة بالعقد، وكذلك الربح الحاصل للدائنين بسبب ما جدّ من ظروف طارئة، ولا شك أنّ تحمّل المدين لهذه الأضرار الفادحة الناشئة من الظروف الطارئة ظلم يجافي العدل، ووقوع هذا الظلم - كما لا يخفى - غير جائز شرعاً، لأنّ العقد في الأصل وسيلة لتحقيق المصلحة والعدل وليس وسيلة للظلم، وإيقاع الضّرر بالغير بما يتناقض مع مقصوده الأساسي الذي وضع له وهو التّساوي أو مقاربة التّساوي<sup>(2)</sup>.

وبما أنّ العدل هو مقصد التشريع قبلة أحكامه بل هو قطب الرحى في التشريع الإسلامي قياساً أو استثناءً بحسب الظروف والأحوال، فإنّ الشريعة الإسلامية تراعي جميع الظروف في تشريعها لتحقيق العدل سواء كانت تلك الظروف عادية أو طارئة.

وحيث أنّ الحقوق والحرّيات في الشريعة الإسلامية ليست مطلقة، بل هي وسائل وضعهما الشارع الحكيم في أيدي أصحابها من أجل تحقيق مصالح معينة مقصودة للشارع، فإنه لا يجوز أن تتخذ ذريعة للإضرار بالغير، أو لتحقيق نتائج غير مقصودة للشارع نفسه<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من نظرية الظروف الطارئة :

إنّ أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها ثابتة وراسخة، وهي من وضع الشارع الحكيم، وأحكامها تضبط في ظلال العدل المطلق والمصلحة الراجحة في كلّ زمان ومكان، فحيثما كانت المصلحة والعدل فثمّ شرع الله بما لا يختلّ للعدل ميزان ولا للمصالح نظام، فللشرعية ثابتة، والمصالح الشرعية والأخلاق والقيم معايير لا تتغيّر بتغيّر الزمان أو المكان، وإنّ انهارت القيم واجتاحت الأصول، ولم يبق الحق حقاً ولا العدل عدلاً<sup>(4)</sup>.

ثمّ إن الحقّ في الشريعة الإسلامية مقيد أصلاً بالناحية الاجتماعية منذ نزول القرآن الكريم، وليس أمراً موغلًا في الفردية، كما هو الحال في الأنظمة الوضعية، فليس للفرد من سلطة في التصرف إلا بالقدر الذي رسمه الشارع، حتى إذا ترتب على العقد أو على التصرف نتائج ومالات لم يقصدتها الشارع، فإنّ الواجب يقتضي إعادة النظر في ذلك التصرف باعتباره قد فقد مشروعيته، لأنّه اخراجه عن الغاية التي شرع من أجلها، وعن العدل الذي رسمه الشارع الحكيم.

<sup>1</sup>- يشترط لتطبيق النظرية أن يكون الحادث، أو الظروف الطارئ غير متوقع، أي أن يكون المتعاقد المدين لم يتوقعه وليس في وسعه توقعه وقت إبرام العقد وقبل تنفيذه، أو في أثناء التنفيذ كمن استأجر داراً ثم تهدمت هذه الدار كلاً أو جزءاً، أو استأجر دابة ليسافر على ظهرها، ففرضت هذه الدابة، أو نفقت، أو استأجر سيارة فسرقت، أو استأجر أرضاً ليزرعها فأغارقها السيل، أو انحسر عنها الماء الذي تعتمد عليه وحده في سقيها فإذا كان المتعاقد قد توقع الحادث، أو العذر، أو الظروف، أو كان في وسعه توقعه، فليس له أن يطالب بتطبيق النظرية، كمن يتعاقد على توريد سلعة مستوردة من الخارج مع قيام نذر حرب تهدد بقطع المواصلات وارتفاع أسعار السلع المستوردة، أو فرض القيود عليهم، فهذا لا يستطيع أن يطلب تعديل التزاماته إذا صارت مرهقة بقيام الحرب، إلا إذا كان قد اشترط ذلك لأن هذه الحرب كانت متوقعة عند إبرام العقد. ويتفق عن أن الحادث لا يمكن توقعه، أن يكون أيضاً مما لا يستطيع دفعه أو التحرّز منه غالباً وتحاشيه، فإذا كان في وسع المدين دفعه أو التحرّز منه، ولكنه قصر في ذلك فإنه يتحمل وحده تقصيره ولا يستفيد من أحكام النظرية، لأن المدين ملزم بتفادي الحوادث التي تعجزه عن الوفاء أو ترهقه، مادام ذلك في وسعه ولو لم تكن من الحوادث المتوقعة أو الممكن توقعها

2- انظر الدريري، النظريات الفقهية: 147، والسهوري، مصادر الحق: 20/6.

3- انظر الدريري، الحق ومدى سلطان الدولة في تقبيده: 214-215(مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط.3، 1404هـ - 1984م).

4- انظر المحمصاني صبحي، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية: 247 (دار العلم للملايين، ط.4، 1976م)

وبذلك يتأكد لنا أنّ العقد يدور مع علته والمصلحة التي يتحققها، ولا يملك العقد من قوّة ملزمة إلّا بالقدر الذي ينحه إيه الشارع من خلال تحقيقه العدل، لأنّ الأصل في العقود العدل الذي بعثت به الرّسول كما ذكر ابن القيم<sup>(1)</sup>. فالشرع حرم الربا والميسر وبيع الغرر لما فيها من ظلم بالتعاقدين وغيرهم، وحرّم الاحتكار، وبيع الحاضر للبادي وتلقي الرّكبان<sup>(2)</sup>، لتنافي ذلك كله مع المقصود الأساسي للشريعة الإسلامية، والمتمثل في دفع المفاسد والأضرار، وجلب المصالح للمكلفين جيّعاً.

ففي مسألة بيع المضطر، يظهر المعنى الاجتماعي جلياً من خلال وجوب إطعام المضطر إلّا بعوض وإنما مجاناً، وعدم استغلال ظروف اضطراره، وكذلك الأمر في الاحتكار من خلال إخراج الإمام الطعام من يد الحتكر قهراً على نحو لا يستحضرّ هو به، لما صار منعه مؤدياً لإضرار الغير<sup>(3)</sup>.

فلا يجوز أن تكون الظروف التي تنزل بالملكون سبباً في انتفاء علة العدل في العقود، مما يتتحقق بمقاربة التساوي تصديقاً لقوله صلى الله عليه وسلم : «مثُل المؤمنين في توادهم وترابهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكتى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى»<sup>(4)</sup>، قال الشاطبي<sup>(5)</sup>: «ولا يكونون كالجسد الواحد إلّا إذا كان النفع وارداً عليهم على السواء، كل أحد بما يليق به، كما أنّ كل عضو من الجسد يأخذ من الغذاء بقدرته قسمة عدل لا يزيد ولا ينقص»<sup>(6)</sup>.

إنّ اختلال التوازن بفعل الظروف الطارئة يفسد معنى العدل في الظاهر، لاختلال مقاربة التساوي، كما يصادم إرادة الشارع الحكيم، باعتبار أنّ التزامات العقد في الأصل هي من وضع الشارع، ثم إنّ القاعدة العامة المطلقة والثابتة في المعاملات وجوب الوفاء بالعقد ما دام يتحقق غايته، بمقتضى قوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ)<sup>(7)</sup>، ولكن حدوث ظروف جديدة طارئة وملابسات معينة طرأة على العقد إبان التنفيذ أو أثناءه، أثرت على التوازن بين طرف العقد فمنعت الوفاء به، مما أوجب استثناء المسألة من المناط العام، بتطبيق المناط الخاص، فقد تنازع المسألة مناطان مختلفان، مناط عام ومناط خاص. وليس من العدل أن نطبق القياس العام على الواقع الجديدة لاختلاف المناط.

1- انظر إعلام الموقعين عن رب العالمين:3/170(تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، ط 1، 1423هـ).

وابن القيم هو محمد بن أبي بكر بن سعد الزرعى الدمشقى، أبو عبد الله شمس الدين، فقيه حنفى أصولي محدث، ولد بدمشق سنة 691هـ، تلمذ على شيخه ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله، له مؤلفات كثيرة منها: إعلام الموقعين، والطرق الحكمية في السياسة الشرعية، وزاد المعاد، ومدارج السالكين.(ت751هـ). انظر الزركلى، الأعلام:6/56(دار العلم للملائين، بيروت، لبنان ط 15، أيار- مايو 2002م). وابن العماد الحنبلى، شدرات الذهب:6/168، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط، ومحمد الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط 1، 1406هـ- 1986م).

2- انظر الشاطبي، المواقفات:2/350 تعليق الشيخ عبد الله دراز(دار المعرفة، بيروت، لبنان، د- ت).

3- انظر الشاطبي المواقفات:2/352-353.

4- البخارى، الصحيح(كتاب الأدب، باب رحمة الناس والهائم):4/93، حديث رقم 6011، تحقيق محب الدين الخطيب، ومحمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط 1، 1403هـ). ومسلم، الصحيح (كتاب البر والصلة والأداب، باب تراحم المؤمنين وتعاضدهم):4/2586، حديث رقم 1999-2000، تحقيق رقم 2586، تحقيق فؤاد عبد الباقي(دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابى الحلى وشركاه، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1412هـ- 1991م).

5- هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، الشهير بالشاطبي، من أئمة المالكية، فقيه أصولي مفسر محدث، له استنباطات جليلة، وفوائد لطيفة وأبحاث شريفة، وقواعد محررة. من مصنفاته: المواقفات في أصول الشريعة، الاعتصام، الإفادات والإنشاءات(ت795هـ). انظر مخلوف محمد بن محمد، شجرة النور الزكية:231، ترجمة رقم 828(المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، 1349هـ)، والزرکلى، الأعلام:1/75.

6- المواقفات:2/354-355.

7- المائدة:1.

وفي الحضارة الغربية يبرر رجال القانون الوضعى هذا الاستثناء بأنّ الحكم الأصلي عدل، ولكنّه يتعارض مع العدالة التي تقضي تعليب الأخلاق على القانون، كمبدأ يلجأ إليه القاضي لتلطيف حكم القانون، وببعضهم يبرره بأنّ هناك نوعين من العدل؛ عدل الناس وعدل المسيح وهو العدالة، وهي التي تقتضي بوجوب الرحمة أساساً للتساوي<sup>(1)</sup>.

أما في الشريعة الإسلامية، فالعدل والعدالة بمعنى واحد، والعدل ينبع من الرحمة والتّعاون والأخوة والمحبة، ويترّج بالخلق والفضيلة، وكلّ حكم خرج عن الرحمة إلى ضده، وعن العدل إلى الجور فليس من الشريعة مطلقاً<sup>(2)</sup>. إنّ إعادة النظر في العقد - بعد اختلال توازنه بسبب الظروف الاستثنائية الطارئة - وإعادته إلى مقاربة التساوي - واجب ديانة وقضاء، بل إنّ ذلك من صميم العدل في الفقه الإسلامي. والمصلحة في الشريعة الإسلامية تستدعي من القاضي الجتهد العمل بالراجح من الأدلة عند حدوث تعارض ظاهري بين أصل لزوم العقد، وبين الأدلة الإيجابية التي نشأت عن الظروف الطارئة، وهذا من باب تحقيق المناط الخاص ترجيحاً لفسدة المال على مصلحة الأصل، فيحكم هنا بحكم المناط الخاص لأنّه أقوى حماية للطرف الضعيف المتضرر، دفعاً للظلم الذي وقع عليه نتيجة لظرف لم يتوقعه، ولا يد له فيه، بل ليس بإمكانه دفعه، مما لم يتم التراضي عليه عند إبرام العقد<sup>(3)</sup>، حتى لا يغبن المدين بفعل تلك الظروف، ولا يثيري الدائن على حساب المدين<sup>(4)</sup>.

وتحتند نظرية الظروف الطارئة في الحقيقة إلى نظرية الضرورة الواردة في الشريعة التي تمنع حصول أي ضرر خاصاً كان أو عاماً يمكن أن ينشأ من تطبيق أحكام الشريعة، فكلّ ضرر مترتب عن أي حكم شرعي أو أي تصرّف مشروع وجب رفعه بشتى الوسائل والحلول العادلة التي وضعها الشارع بما يحقق العدل والمصلحة. وبموجب الظروف الطارئة والغير المتوقعة عند نشأتها، فإنّ تعديل التزامات العقد أصحى من الحلول العادلة التي تدرء مفسدة بالغة قد تلحق بالمددين، وتزيل ضرراً لم يترافقا عليه الطرفان عند التعاقد.

### المطلب الثالث : أدلة النظرية في التشريع الإسلامي :

ينهض بموضوعية نظرية الظروف الطارئة في التشريع الإسلامي أدلة كثيرة من القرآن والسنة النبوية، ومن القواعد الفقهية أكتفي في هذا المقام بذكر البعض منها:

أولاً- من القرآن الكريم، قوله عزّ وجلّ: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِيَنْكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُذْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَمِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ)<sup>(5)</sup>، فهذه الآية بمنطوقها تحرم على المكلفين أكل أموال بعضهم بالباطل بأي طريق كان، وفيهم منها كذلك تحريم استغلال الظروف الطارئة التي تفضي إلى ذلك كالجائحة<sup>(6)</sup> التي تلحق بالمددين خسارة فادحة غير متوقعة بعد إبرام العقد.

وتبعاً لذلك فإنّ ما أنت عليه الجائحة مثلاً من الشمار أو الزروع ينبغي أن يحطّ ويخفض من الثمن بقدر التالف حتى يتمّ إعادة التوازن بين ما يعطى كلّ من العاقدين وبين ما يأخذ، وإنّ احتلّ هذا التوازن فأخذ أحدهما أضعاف ما

1- انظر الترماني، مفهوم العدل والعدالة في الشريعة الإسلامية:262-264(بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، المجلد الثاني، العدد 1، 1978م).

2- انظر ابن القيم، إعلام الموقعين:4/337

3- انظر الدريري، النظريات الفقهية:160.

4- انظر الترماني، نظرية الظروف الطارئة:20(دار الفكر، 1391هـ-1971م).

5- البقرة : 188.

6- الآفة الطبيعية التي تصيب الشمار فتهاها.

أعطى أو العكس، وهو لعمري ضرب من أكل أموال الناس بالباطل ودون مقابل، ذلك لأنّ ما استفيد نتيجة للظروف الطارئة لا يقوم على سبب شرعي معتبر، وكذلك إذا حال العذر الطارئ دون تمكّن أحد طرف العقد من استيفاء المنفعة مع كونها قائمة<sup>(1)</sup>.

لذا فالسّكوت عن تعديل الالتزام أو السّكوت عن الفسخ أصبح أمراً مفضياً إلى النّظام وإلى أكل أموال الناس بالباطل، وهذا مَا نهت عنه الشّريعة الإسلامية على الرّغم من أنّ الأصل في العقود اللزوم والوفاء.

ثانياً- من السنة، قوله صلّى الله عليه وسلم : «لو بعت من أخيك ثمرا فأصابتهجائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق»<sup>(2)</sup>، وهذا الحديث دليل واضح على وجوب إسقاط ما أجيح من الشّمرة عن المشترى، ولا يلتفت إلى قول من قال إنّ ذلك لم يثبت مرفوعاً عن النبي صلّى الله عليه وسلم<sup>(3)</sup>.

ثالثاً- من القواعد الفقهية، كقاعدة «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»<sup>(4)</sup>، فإذا تعارضت منفعة دائن في إلزام المدين بتنفيذ التزامه مع مفسدة الضرر الذي يصيب المدين - إذا نفذ التزامه مع حدوث الظرف الطارئ- وجب عندئذ درء المفسدة، وبالتالي دفع الضرر الناشئ عنها بالفسخ للعذر في عقد الإيجار مثلاً، أو بالحطّ من الثمن بقدر التلف الذي يمكن أن تسبّبه الجائحة في بيع الشمار<sup>(5)</sup>.

ومن القواعد الفقهية التي استنبطها الفقهاء المسلمين وعملوا على تطبيقها لمعالجة الظروف الطارئة والأضرار الناجمة نذكر قاعدة «الضرر يزال»<sup>(6)</sup> فالضرر غير المستحق تحجب إزالته إذا وقع أيّاً كان منشؤه، لأنه ظلم، ولا ريب أنه إذا كانت إزالته واجبة شرعاً إذا وقع، فإنّ دفعه قبل وقوعه واجب من باب أولى، ومن المقررات الشرعية أن الضرر يدفع بقدر الإمكان<sup>(7)</sup>.

#### المطلب الرابع : الإحسان والخلق يوجبان مراعاة الظروف الطارئة :

لا يخفى على مسلم عاقل أنّ العدل في الإسلام لا ينفك عن الإحسان والخلق، وأنه أساس الفضائل وجماعتها، بل إنّ الإحسان والخلق يدخلان في مفهوم العدل المطلق في الشّريعة الإسلامية؛ لأنّ من الإحسان ما هو واجب، وما كان كذلك فهو عدل ومن العدل. وليس من الإحسان والخلق أن يستغل المرء أخيه لظروف أملّت به، وليس من الإحسان أن يشري على حساب أخيه المتضرر، وليس من الإحسان أن يتخلّى المسلم عن أخيه في مثل هذه الظروف التي أوقعت به ضرراً زائداً غير مستحق بالعقد أصلاً، ولا يتوقع حدوثه.

وحيث أنّ الحق ذو مفهوم مزدوج في التشريع الإسلامي - بمبراعاته لحق الفرد ولحق الجماعة - تأكّد لنا أنّ العدل لا ينفك عن الإحسان، ولهذا نجد أنّ عدم مراعاة ظرف العقد الطارئ يتعارض مع العدل ومع الإحسان أيضاً. وارتباط

1- انظر الدريري، النظريات الفقهية:157.

2- مسلم، الصحيح(كتاب المساقاة، باب وضع الجوانح)3/1190، حديث رقم 1554

3- انظر القرطبي أحمد بن عمر بن ابراهيم، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم:4/426، تحقيق محبي الدين ديوب مستو ومن معه(دار ابن كثير، ودار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط1، 1417هـ - 1996م).

4- انظر مجلة الأحكام العدلية:27.المادة 30 (المطبعة الأدبية، بيروت،1302هـ).

5- انظر القاضي منير، شرح مجلة الأحكام:1/81(مطبعة العاني، بغداد، ط1، 1949م).

6- انظر مجلة الأحكام العدلية:26.المادة 20، والزرقا، شرح القواعد الفقهية:205، القاعدة 29(تنسيق مراجعة عبد الستار أبو غدة(دار القلم، ط10، 1433هـ - 2012م).

7- نقلًا عن د. مهيدات محمود فهد، القواعد الفقهية وأثيرها في المعاملات المالية- نظرية الظروف الطارئة:-12(بحث محمل من الأنترنت بصيغة ب دف Pdf، انظر الرابط //iefpedia.com//القواعد-الفقهية-وأثيرها-في-المعاملات).

العدل بالخلق والإحسان من أهمّ أسباب الاستثناء من القواعد العامة، كما يتضح ذلك تماماً في أحكام العقود إذا أحدثت ظروف طارئة ضرراً بالملدين. وفي هذا يقول ابن رجب<sup>(1)</sup>: «التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما من له تعلق بالعقد لم يجوز ولم ينفذ، إلا أنه يمكن استدراك الضرر بضمانته أو نحو ما فيجوز على ذلك الوجه»<sup>(2)</sup>.

فليس من العدل والإحسان والخلق أن يضرّ المسلم بأخيه، أو أن يلحق به ضرراً مقصوداً أو غير مقصود ثم يرضي بذلك. وكثير من البيوع المحرمة شرعاً إنما حرمت لما يتربّع عليها من ضرر بأحد المتعاقدين أو بهما أو بالسوق، كما هو الحال في تحريم الربّا والاحتكار والغبن والتسليس وبيع حاضر لباد وبيع النجس. وعلة ذلك كله منع الضرر بالغير خاصاً كان أو عاماً، عملاً بقاعدة «الضرر يزال» المتقدّم ذكرها<sup>(3)</sup>.

ومن ثم فإنّ العدل والإحسان يلزمان المتعاقد أن يستعمل حقه بالطريقة التي لا يلحق الغير منها ضرر فادح. وقد ثبت ذلك بالاستقراء، إذ من سنن الشارع أن يقصد المنع من الجائز إذا كان يؤدي إلى حرام والإضرار بالسلم حرام قطعاً<sup>(4)</sup>.

والخلاصة، أنّ العقود عامة مقيدة بالمعنى الاجتماعي والإنساني، باعتباره مناطاً للعدل في التصرفات الإنسانية في الشريعة الإسلامية، وعلى هذا لا يجوز إرهاق المعاشر الذي لا يستطيع السداد، حتى لا تستغلّ الظروف التي نزلت به استغلالاً سيئاً لا يليق بالخلق ولا بالإحسان، ولا بأخوة الإسلام، وأين هذا من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : «المسلم أخوه المسلم لا يظلمه ولا يسلمه»<sup>(5)</sup>، ولا شك أنّ مطالبة المسلم بالدين مع ما نزل به من ظروف مرهقة خذلان وإرهاق لا يتفقان مع الأخوة الإسلامية وأخلاق الإسلام.

**المطلب الخامس : مظان النظرية في فقه المذاهب الأربع (الجوائح والعدر) :**

لا يجد الباحث صعوبة في البحث عن أصول ومظان نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، لأنها دينية الأصول، أخلاقية الجذور، لا تترعرع ولا تظهر إلا في الشرائع التي تقوم على العدل والإحسان، وتمزج بين القانون والأخلاق، وتوازن بين حقّ الفرد وحقّ الغير فرداً كان أو جماعة<sup>(6)</sup>.

إنّ أصلها في الفقه الإسلامي نظريتنا الجوائح والعدر؛ الجوائح في الفقه المالكي والحنفي، والعدر عند الحنفية، والنظريتان تخرجان على قوّة العقد الملزمة، وتقتضي إداحتها بفسخ العقد، وهي نظرية العذر، والأخرى بتعديله بقدر التالف أو بالفسخ إذا أتى على الشمار جائحة كريح أو حريق أو برد، وبذلك تقترب النظريتان من نظرية الظروف الطارئة في مفهومها الحديث<sup>(7)</sup>.

1- هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السالمي، أبو الفرج، زين الدين، من العلماء، حافظ للحديث. ولد في بغداد ونشأ بها، وتوفي في دمشق. من كتبه: جامع العلوم والحكم، وفتح الباري شرح صحيح البخاري لم يكمله.(ت 795هـ). انظر الأعلام: 295/3.

2- ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي: (مكتبة الخانجي، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، ط 1، 1352هـ- 1933م)، وانظر ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى: 165/2 (دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 5، 1401هـ- 1981م).

3- انظر مجلة الأحكام العدلية: 26(المادة 20)، والزرقا، شرح القواعد الفقهية: 205(القاعدة 29).

4- انظر حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي: 504.

5- البخاري، الصحيح(كتاب المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه): 2/190 رقم الحديث 2442، ومسلم، الصحيح(كتاب البر والصلة والأداب، باب تحريم الظلم): 4/2580، رقم الحديث 1996.

6- انظر الترماني، نظرية الظروف الطارئة: 37.

7- انظر الترماني، مفهوم العدل والعدالة في الشريعة الإسلامية: 267.

وفي هذا الصدد يقول السنهوري<sup>(1)</sup>: «إنّ الفقه الإسلامي إذا كان لم يُشيد نظرية عامة للحوادث الطارئة... فإنّ هذا لا يمنع من أنّه عرف تطبيقات متنوعة لهنّ النظرية، في مسائل مختلفة كالاعذار في عقد الإيجار، والجواح في بيع الشمار»<sup>(2)</sup>. وسألتولى إمامطة اللثام عن هاتين النظريتين من خلال الأمراء الموالين: **الأمر الأول : نظرية الجواح :**

الجواح جمعجائحة وهي الآفة التي تصيب الشمار، فكلّ ما كان آفة ساوية فهو جائحة<sup>(3)</sup>، وقيل أنها كل ظاهر مفسد من مطر أو برد أو ريح أو حرير<sup>(4)</sup>، والتقييد بالظهور لأنّ الحكم متيقن به، وأما في غير الظاهر فيتحمل الكذب<sup>(5)</sup>.

وقد اختلف في الجيش والسارق من الأناسي، قياساً على الآفة السماوية، والصحيح أنها تلحق بها، لأنّها في معناها من حيث الأثر، لأنّ المعنى هو الضرر غير المستحق من آفة لا يمكن دفعها ولا توقعها، وهو متحقق فيها<sup>(6)</sup>. ونظرية الجواح تقوم على بيع الشمار المبيعة وهي ما تزال على رؤوس أشجارها فتصيبها آفة قبل قبضها فعليّاً تؤدي إلى تلفها ونقصان قيمتها، فيوضع عن المشتري من الشمار بقدر ما أصابته الجائحة.

ولقد اختلف العلماء في حكم الجائحة، فذهب أبو حنيفة والشافعي في الأصح وغيرهم إلى أنها من ضمان المشتري، ولا يجب وضع الجواح ولكن يستحبّ، وقال الشافعي في القديم وطائفته هي في ضمان البائع، ويجب وضع الجائحة بناءً على تحقق القبض وعدمه، لأنّه بيع وقع في الشرع استثناءً من بيع ما لم يخلق، فيكون في ضمان البائع وقال مالك: إن كانت دون الثالث لم يجب وضعها، وإن كانت الثالث فأكثر وجب وضعها وكانت من ضمان البائع<sup>(7)</sup>، لأنّ التالف الأقل من الثالث يحدث عادة فيتحمل ويغتفر. وذهب الحنابلة إلى وضعها مطلقاً أسوة بمذهب مالك، بحيث

1- هو عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحد أكبر أعلام الفقه والقانون في مصر وفي الوطن العربي في العصر الحديث، ولد سنة 1895، متخصص على الدكتوراه في القانون، ساهم في وضع القانون المدني المصري والعراقي والسوسي واللبي، كما ساهم في وضع دساتير الكويت والسودان والإمارات. من مؤلفاته الوسيط في شرح القانون المدني، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي.(ت 1971).(الباحث).

2- مصادر الحق في الفقه الإسلامي:6/95-96.

3- انظر الفيومي، المصبح المغير، (جوج)1/113، تحقيق د. عبد الحليم الشناوي(دار المعارف، القاهرة، ط2، د-ت). وابن منظور، لسان العرب، (جوج)2/431-432، (دار صادر، بيروت ط 1410 هـ 1990م).

4- أبو داود، سنن أبو داود(كتاب البيوع، باب في تفسير الجائحة):5/341، حدث رقم 3471 تحقيق شعيب الأرناؤوط، ومحمد كامل قره بلي(دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، طبعة خاصة، 1430هـ، 2009م).

5- انظر السهارنفورطي خليل أحمد، بذل المجهود في حل أبي داود:15-149، تحقيق محمد زكريا الكاندھلوی(نشر ندوة العلماء بالهند، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د-ت).

6- انظر ابن رشد، بداية المجتهد:2/187، وابن جزي محمد بن أحمد، القوانين الفقهية:173(دار القلم، بيروت، لبنان، د-ت)

7- انظر ابن رشد، بداية المجتهد وبهاية المقتضى:2/187، وابن جزي، القوانين الفقهية:173.

إذا تلفت الشمار بجائحة كانت من ضمان البائع<sup>(1)</sup>، ونقل ابن رشد<sup>(2)</sup> عن الشافعي قوله أنه إذا ثبت حديث الجوائح<sup>(3)</sup> وجب وضعها في القليل والكثير<sup>(4)</sup>.

وتهنّص بمشروعية نظرية الجوائح مجموعة من الأحاديث أقتصر على ذكر ثلاثة منها:

الأول - قوله صلى الله عليه وسلم: «لو بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»<sup>(5)</sup>، وهذا الحديث دليل واضح على وجوب إسقاط ما أجيح من الثمرة عن المشترى<sup>(6)</sup>.

الثاني - ما رواه مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح<sup>(7)</sup>، والأمر يفيد الوجوب ما لم تصرفه قرينة، بل إن هناك روايات تبيّن أن عدم وضع الجوائح لا يحل، وهو أكل لأموال الناس بالباطل وبدون وجه، فقد روي «أن رجلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أصيب في ثمار ابتعاه فكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاته فقل رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه: «خذلوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»<sup>(8)</sup>. فقوله عليه السلام في آخر هذا الحديث «ليس لكم إلا ذلك» يدل على أنه لو كانت الجوائح لا توضع لكان لهم طلب بقية الدين.

الثالث - حديث عائشة رضي الله عنها «سع النبي صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم، وإذا أحدهم يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء»<sup>(9)</sup>، وهو يقول والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أين التألي على الله<sup>(10)</sup> لا يفعل المعروف ! فقال: أنا يا رسول الله، وله أي ذلك أحب»<sup>(11)</sup>، وهذا الحديث فيه حضُّ على الرفق بالغريم والإحسان إليه والوضع عنه، وفيه نهي عن التألي على الله، ولما فهم الرجل من إنكار النبي صلى الله عليه وسلم التحرير لذلك رجع عن تأليه وغيته، وقال: له أي ذلك أحب، أي من الوضع عنه أو الرفق به.

1- انظر ابن تيمية، مجموع الفتاوى:29/49، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وابنه محمد(طبع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، كتبه: بدایة المجتهد، ومهاج الأدلّة، الكلیات فی الطب، کتاب الحیوان.ت604هـ). انظر الذہبی، سیر أعلام النبلاء:21/307-308، تحقيق د. بشّار عواد معروض، ود. محی هلال السرحان(مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 11، 1417هـ-1996م).

1425هـ - 2004م).

2- هو محمد بن أحمد بن رشد الحفيظ، أبو الوليد، ولد بقرطبة سنة 520هـ، عالم حكيم، وفقيه مالكي أصولي وفيلسوف، ولـي قضاء قرطبة، من كتبه: بدایة المجتهد، ومهاج الأدلّة، الكلیات فی الطب، کتاب الحیوان.ت604هـ). انظر الذہبی، سیر أعلام النبلاء:21/307-308، تحقيق د. بشّار عواد معروض، ود. محی هلال السرحان(مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 11، 1417هـ-1996م).

3- المراد به الحديث الذي أخرجه مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح. انظر مسلم، الصحيح(كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح)، حدیث رقم 1554 مكرر.

4- انظر، بدایة المجتهد ونهاية المقتضى:2/187.

5- مسلم، الصحيح(كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح):3/1190، حدیث رقم 1554.

6- انظر القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم:4/426.

7- مسلم، الصحيح (كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح):3/1191، حدیث رقم 1554 مكرر.

8- النووي، شرح صحيح مسلم:10/216-217.

9- أي بطلب منه أن يضع عنه بعض الدين، ويرفق به في الاستيفاء. انظر النووي، شرح صحيح مسلم المسمى المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج:10/219-220(المطبعة المصرية بالأزهر، ط 1، 1349هـ - 1930م).

10- أي الحالف المبالغ في اليمين.

11- مسلم، الصحيح(كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح):3/1192، حدیث رقم 1557.

والخلاصة أنّ هذه الأحاديث الشريفة بصيغها تدلّ على أن عدم وضع الجوائح أكل مال الأخ المسلم بالباطل، وهو ظلم ومنكر، والمنكر مفسدة، ولا يخفى أنّ المنكر والعدل على طرفٍ نقىض<sup>(1)</sup>، ومن ثم فإنّ الواجب يدعو إلى ضرورة وضع الجوائح وجواباً من خلال الخطّ من الثمن بقدر التالف أو الفسخ تجسيماً لمقصد العدل.

ويرى ابن تيمية<sup>(2)</sup> أنّ علة التحرير هي أكل المال بالباطل، حيث أخذه في عقد معاوضة بلا عوض مضمون، وذلك لأنّ المشتري للثمرة عندما يتمكّن من جذادها عند كمالها ونضجها لا عند العقد، كما أنّ المستأجر إنما يتمكّن من استيفاء المنفعة شيئاً فشيئاً، فتلف الثمرة قبل التمكّن من الجذاد كتلف العين المؤجرة قبل التمكّن من استيفاء المنفعة<sup>(3)</sup>.

ولا وجه لمن قيد وضع الجوائح بما إذا بيع الثمر قبل بدء الصلاح بغير شرط القطع، إذ أنّ هذا القيد لا مفهوم له كما ذكر المحققون، لأنّه إنما يعمل به إذا لم يثبت من المشرع إرادة الموافقة في الحالين، حالة ثبوت العقد وانتفاء تحقيقاً للمصلحة والعدل<sup>(4)</sup>، يقول الشوكاني<sup>(5)</sup>: «التنصيص على الوضع من البيع قبل الصلاح، لا ينافي الوضع من البيع بعده، ولا يصلح مثله لتخفيض ما دلّ على وضع الجوائح ولا لتقييده»<sup>(6)</sup>.

### الأمر الثاني : نظرية العذر :

لعلّ مذهب الحنفية أكثر المذاهب أخذًا بهذه النظرية، بل لقد انفرد بها، فالحناف يعتبرون عقد الإجارة لازم بشرطين: الأول سلامة المأجور من حدوث عيب فيه يخل بالانتفاع، والثاني عدم حصول عذر يمنع من استيفاء المنفعة إلاّ بضرر<sup>(7)</sup>.

والعذر هو عجز العقد عن المضي في موجب العقد إلاّ بتحمل ضرر زائد لم يستحقّ به<sup>(8)</sup>. وقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى جواز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ، مثل أن يشتري رجل دكاناً ليتجّر فيه فيحترق متاعه أو يسرق<sup>(9)</sup>. وذهب الجمهور إلى أنه لا ينفسخ إلاّ بما تنفسخ به العقود الالزمة من وجود العيب بها أو ذهاب محلّ استيفاء المنفعة. وعند الإمام مالك أنّ أرض المطر إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها فلم ينبع الزّرع لمكان القحط، فإنّ الكراء ينفسخ<sup>(10)</sup>.

1- انظر الدريري، النظريات الفقهية: 157-161.

2- هو تقى الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي ابن تيمية أحد علماء المذهب الحنفي، لقب شيخ الإسلام، ولد سنة 661هـ- 1263م، اشتهر في مجالات عدّة أهمّها الفقه والحديث وأصول الفقه والعقيدة والفلسفة والمنطق والفالك، من مؤلفاته السياسة الشرعية، الفتاوى، مجموعة الفتاوى، الرد على المنطقيين، منهاج السنة النبوية، العقيدة الواسطية، الاستقامة، وغيرها كثير(ت 728هـ). انظر الزركلي، الأعلام: 144/1.

3- انظر مجموع الفتاوى: 29/50.

4- انظر الدريري، النظريات الفقهية: 172 (بتصرف).

5- هو محمد بن علي الشوكاني، مجتهد محدث أصولي، ولد بهجرة شوكان باليمن سنة 1172هـ، وكان يرى تحرير التقليد، من مؤلفاته: نيل الأوطار، وفتح الcedir، وارشاد الفحول(ت 1255هـ). انظر الأعلام: 6/298.

6- الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار(كتاب البيوع، باب الثمرة المشتراة يلحّقها جائحة) 997.

7- انظر الترماني، نظرية الظروف الطارئة: 47، قدم له واعتلى به رائد بن صبرى بن أبي علفة(بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004م).

8- المرغيناني علي بن أبي بكر، المہدیۃ شرح بداية المبتدی (مع شرح عبد العیي الکنؤی): 6/330-331، تحقيق نعيم أشرف نور أحمد (ادارة القرآن والعلوم الاسلامية، كراتشي، باكستان، ط. 1، 1417هـ).

9- انظر ابن رشد، بداية المجتهد: 229، والمرغيناني، المہدیۃ: 6/331، وياذ اللبناني سليم رستم، شرح المجلة: 1/249 (مادة 443) (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. 3، د- ت).

10- انظر ابن رشد، بداية المجتهد: 231.

ووجهة نظر الحنفية، أنّ عقد الإجارة جاز استحساناً لحاجة الناس إليه، فإذا آل الأمر إلى الضرر، وجب الرّجوع إلى القياس وهو الأصل، والقول بعدم لزوم العقد، يقول السّرخسي<sup>(1)</sup>: «وعندها جواز هذا العقد للحاجة، ولزمه بتوفير المنفعة على المتعاقدين فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس، وقلنا العقد في حكم المضاف في حقّ المعقود عليه، والإضافة في عقود التمليلات تمنع اللزوم في الحال، كالوصية»<sup>(2)</sup>.

وبهذا يكون محققو الحنفية قد اعتمدوا في اجتهادهم في مسألة العذر على أصل النظر في المال، فهو الذي سلب العقد قوّته المزمعة نظراً لما آل إليه من ضرر بأحد المتعاقدين فيزال الضرر بما يزول به، يقول الكاساني<sup>(3)</sup>: «ولنا أنّ الحاجة تدعى إلى الفسخ عند العذر، لأنّه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يتزمه بالعقد»<sup>(4)</sup>. وعدم فسخ العقد عند تتحقق العذر يتعارض مع العقل والشرع، فمن اشتكي ضرسه فاستأجر رجلاً ليقلعها لكنّ الوجع سكن، كان ذلك عذراً في فسخ الإجارة ولا يجوز عقلاً وشرعاً أن يجبر على القلع<sup>(5)</sup>، بل إنّ ذلك ليس من العدل في شيء. ومن هنا نجد أنّ علة الفسخ للعذر هو الضرر الذي يلحق بالتعاقد، والحنفية قاسوا العذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض، حيث أنّ كلاً منهما يجب ضرراً زائداً غير مستحق بالعقد، على أنّهم يصرّحون بأنّ العلة هي الضرر الذي آل إليه الأمر، وليس العيب في حد ذاته<sup>(6)</sup>، يقول السّرخسي: «إذا تحقق الضرر في إيفاء العقد يكون ذلك عذراً في الفسخ، وإن لم يتحقق العيب في المعقود عليه»<sup>(7)</sup>.

وبهذا نرى أنّ الحنفية هم أصحاب نظرية الفسخ للعذر، إلا أنّ المذهب المالكي يلتقي في جانب ضيق مع الحنفية فيها، كفسخ الإجارة لسكن الألم في السن المستأجر على قلعها، وحمل الظئر المستأجرة، لأنّه يخاف على الولد من لبنيها<sup>(8)</sup>.

وفي مذهب الشافعية، لا تفسخ الإجارة بالعذر إلا إذا أوجب خللاً في المعقود عليه أو عيّاً فيه، تنقص فيه المنفعة، أو تعتدّ استيفاء المنفعة تعدراً شرعاً، كالاستئجار لقلع سن مؤلمة فزال منها، وكذا التعذر الحسي إذا تعلق بمصلحة

1- هو محمد بن أبي سهل، شمس الأنمة، فقيه مجتهد وأصولي وقاضي من كبار الأحناف، من أهل سرخس في خراسان، من تصانيفه: المبسوط في الفقه، وشرح السير الصغير، والأصول. وشرح مختصر الطحاوي.(ت 483هـ، وقيل 490هـ). انظر المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين: 1/264-265 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1974م)، والزركلي، الأعلام: 5/315.

2- السّرخسي، المبسوط، المحتوى على كتب ظاهر الرواية للأمام محمد بن الحسن الشيباني عن الإمام الأعظم أبي حنيفة: 2/16 (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ-1989م، مصوداً عن مطبعة دار السعادة بمصر) 1331هـ.

3- هو أبو بكر بن أيوب الزرعبي الدمشقي، ملك العلماء، علاء الدين، فقيه حنفي وأصولي محقق، توفي بحلب. من مؤلفاته بداع الصنائع في ترتيب الشرائع، شرح فيه التحفة للسمرقندى، وهو من أهم مراجع الحنفية.(ت 587هـ). انظر كتابه، معجم المؤلفين: 3/76 (مؤسسة الرسالة، ط 1، 1414هـ - 1993م). والزركلي، الأعلام: 2/70.

4- بداع الصنائع في ترتيب الشرائع: 6/29 تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود(دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1424هـ - 2003م).

5- انظر السّرخسي، المبسوط: 2/16، وباز اللبناني، شرح المجلة: 1/249 (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، د- ت).

6- انظر السّرخسي، المبسوط: 2/16، والكاساني، بداع الصنائع: 6/29.

7- السّرخسي، المبسوط: 2/16.

8- انظر الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: 7/562-563، تحقيق زكريا عميرات (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1416هـ - 1995م).

والسنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 6/97.

عامة<sup>(1)</sup>، جاء في نهاية المحتاج : «الأصل يقتضي منع الإجارة، لأنّها بيع معدوم، وإنما جوّزت للحاجة فاغترف فيها الفسخ بخلاف البيع»<sup>(2)</sup>.

وقد ذكر الإمام الكاساني أمثلة كثيرة على فسخ الإجارة بالأعذار<sup>(3)</sup>، والعذر قد يكون بجانب المستأجر، وقد يكون بجانب المؤجر؛ فممّا يكون بجانب المستأجر إذا أفلس وخرج من السوق كان ذلك عذراً في فسخ الإجارة، لأنّه لم يعد يتنتفع بالمؤجر، وبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة ضرر لم يلتزم به بالعقد. وقد يكون العذر بجانب المؤجر لأن يلحقه دين فادح

لا يجد قضاءه إلاّ من ثمن المستأجر، وبما أنّ البيع لا ينفذ إلا بإجازة المستأجر جعل الدين عذراً في فسخ الإجارة، لأنّ إبقاء الإجارة مع حقوق الدين الفادح العاجل إضرار بالمؤجر، لأنّه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد.

وممّا تقدم يتبيّن لنا أنّ الحكم بجواز فسخ عقد الإجارة بالعذر الذي يتعدّر معه استيفاء المنفعة المقصودة من العقد، سواء كانت المنفعة للمؤجر أو للمستأجر، أو يتعدّر معه بقاء العقد على اللزوم، إلاّ بضرر يلحق أحد طرف العقد، أمر يتوافق مع نظرية الظروف الطارئة، تحقيقاً للعدالة بين المتعاقدين، ورفعاً للظلم في الالتزامات العقدية وإعادة توازن الاختلال التعاقدية.

ومن الأمثلة الكثيرة التي ذكرها الفقهاء الأحناف خاصّة على فسخ الإجارة بالعذر ندرك أنّ مفهوم الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي أوسع من مفهومه في القانون الوضعي، وذلك أنّ الفقهاء نظروا إلى العذر الطارئ وما يسببه من ضرر غير مستحق بالعقد أصلاً، يعُذّ ظلماً وأكلاً لأموال الناس بالباطل.

وإذا كان الأصل الشرعي لزوم العقد ووجوب الالتزام بآثاره، فإنّ ذلك مقيد بالأدلة الإجمالية التي تحرم الظلم، فليس من العدل أن يستوفي أحد العاقدين حقه كاملاً، وأن يحرم الآخر أو ينقص من حقه بفعل ذلك العذر المانع لإجراء موجب العقد، والذي يتحقق فيه معنى الضّرر، وما يتربّ عليه من أكل أموال الناس بالباطل، مما حرم شرعاً وقطعاً لتحقيق معنى الظلم فيه، وما كان كذلك انتفى العدل فيه، لأنّ العدل والظلم لا يجتمعان أبداً<sup>(4)</sup>.

ومن ناحية أخرى فإنّ مصلحة الأصل تتعارض مع مفسلة المال، والنظر في الملاط كما هو معلوم يعتبر مقصود شرعاً، ولا بدّ من ترجيح مفسلة المال إذا كانت راجحة على تحصيل المصلحة الأصل، لأنّ درء المفاسد أولى من جلب المنافع، ولأنّ الأحكام ما وضعت لتؤدي إلى أضرار ومفاسد راجحة، والشريعة إنما جاءت لدرء المفاسد والأضرار. غير أنّ نظرية العذر تبقى دائمًا استثناءً من قاعدة لزوم العقد لدفع الضّرر غير المستحقّ التفاتاً إلى المصلحة والعدل.

1- الرملي محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج:5/316(دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م)، وابن رشد، بداية المجتهد:2/229.

2- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج:5/322.

3- انظر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:6/29.

4- انظر الدريري، النظريات الفقهية:161-162.

## الخاتمة :

وما تقدم ملخص إلى القول بأن حدوث ظروف طارئة غير متوقعة، يمكن أن يؤثر بشكل مباشر على التوازن الاقتصادي للمتعاقدين إلى حد احتلاله، وربما يؤدي إلى إلحاق الضرر المادي الجسيم بأحد أطراف العملية التعاقدية ونظرية الظروف الطارئة التي أقرّتها الشريعة الإسلامية، وسبقت غيرها من الشائع في الأخذ بها، آلية كفيلة بإعادة التوازن الاقتصادي بين طرف العقد بما يعكس إيجابياً على المعاملات الاقتصادية والتجارية، فيشعر المتعاقد بالطمأنينة أثناء التعاقد أو خلال تنفيذ العقود. ولا يخفى أن الشريعة الإسلامية تقيم أحکامها على أساس العدل والرُّفق بالناس ورفع الحرج عنهم، وهي بذلك تختلف عن مبدأ سلطان الإرادة ومن يقول به.

## ❖ المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم (برواية قالون).
- باز اللبناني سليم رستم، شرح المجلة: (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، د - ت).
- البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق محب الدين الخطيب، ومحمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط 1، 1403هـ).
- الترماني عبد السلام، مفهوم العدل والعدالة في الشريعة الإسلامية: 262-264 (بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، المجلد الثاني، العدد 1، 1978م).
- الترماني عبد السلام، نظرية الظروف الطارئة (دار الفكر، 1391هـ-1971م).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم تقي الدين، مجموع الفتاوى: جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وابنه محمد (طبع جمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1425هـ - 2004م).
- ابن جزي محمد بن أحمد، القوain الفقهية (دار القلم، بيروت، لبنان، د - ت).
- حسان حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، (مكتبة المتنبي، القاهرة، 1981م).
- الخطاب محمد بن محمد المغربي المعروف بالخطاب الرعيعي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1416هـ - 1995م).
- أبو داود سليمان بن أشعث، السنن، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بلي (دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، طبعة خاصة، 1430هـ 2009م).
- 11- الدريري فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقديره: (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 3، 1404هـ - 1984م).
- الدريري فتحي، النظريات الفقهية: (منشورات جامعة دمشق، ط 4، 1417هـ - 1997م).
- الذهبي محمد بن أحمد بن عثمان شمس الدين، سير أعلام النبلاء: تحقيق د. بشّار عواد معروض، ود. محبي هلال السرحان (مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 11، 1417هـ - 1996م).
- ابن رجب عبد الرحمن بن أحمد زين الدين، القواعد في الفقه الإسلامي، مكتبة الخانجي (مطبعة الصدق الخيرية، مصر، ط 1، 1352هـ-1933م).
- ابن رشد (الحفيد) محمد بن أحمد أبو الوليد، بداية المختهد ونهاية المقتضى، (دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 5، 1401هـ - 1981م).
- الرملي محمد بن أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: (دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ - 1984م).

- الزحيلي وهبة، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي،(مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1405هـ- 1985م).
- الزرقا أحمد، شرح القواعد الفقهية: تنسيق مراجعة عبد الستار أبو غدة(دار القلم، ط 10، 1433هـ- 2012م).
- الزركلي خير الدين، الأعلام: (دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ط 15، أيار-مايو 2002م).
- أبو ستيت أحمد حشمت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد مصادر الالتزام:(مطبعة مصر، ط 2، 1954م).
- السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين، المبسوط الختوى على كتب ظاهر الرواية للأمام محمد بن الحسن الشيباني عن الامام الأعظم أبي حنيفة، (دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ- 1989م، مصورا عن مطبعة دار السعادة بمصر 1331هـ).
- السهارنفوروي خليل أحمد، بذل الجهد في حلّ أبي داود، تحقيق محمد زكريا الكاندهلوi(نشر ندوة العلماء بالهند، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د- ت).
- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، 1998م).
- الشاطبي ابراهيم بن موسى اللخمي أبو اسحاق، المواقف في أصول الشريعة، بشرح الشيخ عبد الله دراز(دار المعرفة، بيروت، لبنان، د- ت).
- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، قدم له واعتنى به رائد بن صبرى بن أبي علقة (بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004م).
- ابن العماد الحنفي عبد الحي بن أحمد بن، أبو الفلاح: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط، ومحمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط 1، 1406هـ - 1986م.
- الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرى، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق د. عبد الحليم الشناوي(دار المعارف، القاهرة، ط 2، د- ت).
- القاضي منير، شرح مجلة الأحكام (مطبعة العاني، بغداد، ط 1، 1949م).
- قباني محمد رشيد، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي(بحث منشور بمجلة الجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني ص 121-128).
- القرطبي أحمد بن عمر بن ابراهيم، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تحقيق محبي الدين ديب مستو ومن معه(دار ابن كثير، ودار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط 1، 1417هـ - 1996م).
- ابن قيم الجوزية شمس الدين أبو عبد الله، إعلام الموقعين عن رب العالين، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان،(دار ابن الجوزي، ط 1، 1423هـ).
- الكاساني أبو بكر بن مسعود علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1424هـ - 2003م).
- كحالة عمر رضا، معجم المؤلفين: (مؤسسة الرسالة، ط 1، 1414هـ - 1993م).
- مجلة الأحكام العدلية العثمانية (المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ).
- مجلة الفقه والقانون المغربية (العدد 59) ( <https://sites.google.com/site/marocsitta/> )
- مخلوف محمد بن محمد، شجرة النور الزكية (المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، 1349هـ).
- المحمصاني صبحي، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ( دار العلم للملايين، ط 4، 1976م).
- المراغي عبد الله مصطفى، الفتح المبين في طبقات الأصوليين،(دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1974م).

- المرغيناني علي بن أبي بكر، المداية شرح بداية المبتدى (مع شرح عبد الحي اللكنوي) تحقيق نعيم أشرف نور أحمد (ادارة القرآن والعلوم الاسلامية، كراتشي، باكستان، ط1، 1417هـ).
- مهيدات محمود فهد، القواعد الفقهية وأثرها في المعاملات المالية- نظرية الظروف الطارئة (بحث محمل من الأنترنت بصيغة ب دف Pdf، انظر الرابط //iefpedia.com القواعد الفقهية وأثرها في المعاملات المالية).
- منصور محمد خالد، تغير قيمة النقود وتأثير ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن(بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجلد 25، عدد 1998م، 1991هـ).
- ابن منظور محمد بن مكرم، جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، (دار صادر، بيروت ط 1 1410 هـ/1990م).
- النووي يحيى بن شرف محيي الدين أبو زكريا، شرح صحيح مسلم المسمى المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (المطبعة المصرية بالأزهر، ط1، 1349هـ - 1930م).
- النيسابوري مسلم بن الحاج القشيري، الصحيح، تحقيق أحمد فؤاد عبد الباقي (دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1412هـ-1991م).

## زجر الاستيلاءات الباطلة على مقابل نقدی تعاقدی دراسة تطبيقية للمجلة الجنائية التونسية



الدكتور مصطفى أحمد دياب شويفح  
محاضر جامعي بكلية الشريعة والقانون  
في الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين

Email : [mos-19888@hotmail.com](mailto:mos-19888@hotmail.com)

### المقدمة :

رغم أنّ المشرع التونسي لم ينص صراحة على السجن كوسيلة مدنية لاقتضاء الديون، واقتصره التنفيذ على أموال المدين دون ذاته للوصول لتلك الغاية<sup>1</sup>، إلا أنه وإنما منه بأهمية أداء الديون ل لتحقيقها بما يحقق الاستقرار الاقتصادي في المجتمع، سعى بكافة السُّبُل وشتي الوسائل المباشرة والضمنية لحمايتها، حتى لو اضطرّ أحياناً للتنفيذ على ذات المدين من خلال فرض الحبس كعقوبة جزائية، رغبة منه بتحقيق الهدف بعيد من هذه الوسيلة، والمتمثل بالوفاء بالديون من خلال زجر المتخلفين عن أدائها بالحبس<sup>2</sup>، فأقرّ الحبس العقابي كجزاء لحملة من الجرائم المالية تتصل بزجر الاستيلاءات الباطلة، يمكن ادراجها ضمن تطبيقات الحبس لاعتبارات اقتصادية، رغبة منه بحفظ الحقوق المالية من خلال بوابة القانون الجزائي مثل بالمجلة الجنائية التونسية في هذا المقام.

<sup>1</sup> محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس، الطبعة الثانية، 1997، فقرة 2، ص 15.

<sup>2</sup> البشير زهرة، التنفيذ على الذات، مجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد جانفي لسنة 1960، ص 8- المنجي الأخضر، دراسات قانونية في مختلف فروع القانون الجنائي الخاص مدعمة بفقه القضاء التونسي والمقارن، مجموعة الكتب القانونية، معهد الدراسات العليا للنشر، ص 9.

ولهذا الاتجاه من المشرع التونسي ما يبرره حيث لوحظ تفنن الجرمون في ابتكار الوسائل غير المشروعة للحصول على مال الغير بغير وجه حق تحت مسمى التدابين<sup>1</sup>، حتى لو استعملوا وسائل بدا للمجني عليهم للوهلة الأولى أنها تحفظ حقوقهم وتضمن سداد ديونهم، من خلال تقديم وعود كاذبة للحصول على الدين بغرض الاستيلاء غير المشروع عليه<sup>2</sup>، لذا دأب وأضعوا القوانين على أن يتصدوا لهم باستمرار، ويكونوا لهم بالمرصاد حتى لو أدى بهم الأمر أحياناً لاستعمال وسائل غير مباشرة كالحبس، رغبة منهم في الحفاظ على الاستقرار الاقتصادي بما يتحقق استقرار النظام العام في المجتمع، ومن جملة تلك القوانين القانون التونسي، لكن السؤال الذي يُطرح في هذا المقام هو ما هي تلك التطبيقات التي نص عليها المشرع التونسي لزجر الاستيلاءات غير المشروعة حماية لدين مترصد عن معاملات مدينة تعاقديّة؟ وما هو الجزء الذي أفرده لزجر تلك الاستيلاءات؟

لغاية الإجابة على هذه الأسئلة نجد أن المشرع التونسي أفرد عقوبة السجن لكل من استقى بمشروعات أو استطعم أطعمة عالمًا بعدم قدرته على أداء ثمنها، مستخدماً الاتفاق كعقد مدني ستاراً لارتكاب جريته، فكان تجريم فعلته وتسليط السجن عليه وفق الفصل 282 من المجلة الجنائية، وليس عنه بعيد كل من تسلم ديناً على وجه التسبة مقابل القيام بعمل، ثم تتصل من التزامه المبرم بعد أن يكون قد أتم استيلاءه على الدين منه بسوء نية، فكان لابد من حماية لهذا الدين حتى لو أدى بالشرع لإفراد الحبس العقابي على معنى الفصل 298 من المجلة الجنائية، وهو ما يدفعنا لتقسيم البحث لمطلبين وفقاً لل التالي :

المطلب الأول : الزجر على معنى الفصل 282 .

المطلب الثاني : الزجر على معنى الفصل 298 .

### المطلب الأول : الزجر على معنى الفصل 282 من المجلة الجنائية :

ينص الفصل 282 من المجلة الجنائية على أنه " يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها ثمانية وأربعون ديناراً كل من يعلم عدم قدرته على الدفع ويستسيي بمشروعات أو يستطعم بأطعمة أو ينزل بمحل معد لذلك " يظهر من هذا التنصيص وجود رغبة تشريعية خفية تصل في بعدها العميق لحماية الدين مقدم الخدمة من أي اعتداء، كأساس لإقرار عقوبة السجن، وهذه الغاية لابد من قيام الجريمة أولاً (الفقرة الأولى) والتي بقيامها يتربّع عليها العقاب الذي أقره المشرع بالسجن ستة أشهر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : قيام الجريمة :

كما كل جريمة لابد من توافر ركينين أساسين لقيامها؛ هما الركن المادي (أولاً) بالإضافة للركن المعنوي (ثانياً).

<sup>1</sup> محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام، العقد، منشورات مجمع الأطروش للكتاب المختص، تونس، 2012، ص 9-10-. محمد كمال شرف الدين، النظرية العامة للالتزام، الأشخاص، إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، الطبعة الأولى، تونس، 2002، فقرة 163 و 173.

<sup>2</sup> سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000، ص 156-. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1984، ص 609

## أولاً : الركن المادي :

تندرج هذه الجريمة ضمن القسم المعنون باسم "في السرقات وغيرها مما هو مشبه بها"، ولا شك بأن السرقة أخذ مال الغير خفية دون علمه وبدون رضاه، أما إن قام الجاني بأخذ المال في ظل حضور صاحبه باستيلائه على حيازته بغير سبيل القهر فالعملية تعتبر اختلاساً لا سرقة<sup>1</sup>، فإن أخذه في غيابه ولكن برضاه فلا جريمة عندها في الأمر<sup>2</sup>، وعلى ذلك تعتبر الجريمة على معنى الفصل 282 من المجلة الجنائية هي جريمة اختلاس مما يشابه السرقة، حيث أنها تتم بعلم ومعرفة صاحب الدين ولم تأت خلسة أو خفية من الجاني<sup>3</sup>.

والاختلاس في نظريته المادية لا يكون تجسيداً كاملاً لإرادة السارق إلا بالتسليم الذي يكون الفعل المادي للجريمة، ووفق ما عرّفه الفصل 592 من مجلة الالتزامات والعقود فإن التسليم هو تخلي البائع عن المبيع وتمكين المشتري من حوزه بلا مانع<sup>4</sup>، وعليه يتمثل الركن المادي في هذه الجريمة باستهلاك المبيع من خلال شرب المشروبات أو أكل الطعام المقدم أو النزول بمحل معين دون دفع ثمن هذا الاستهلاك، ثم يتضح أنه غير قادر على دفع الثمن أو يرفض دفعه رغم قدرته على ذلك أو كأن يهرب من المطعم قبل دفع الثمن، فكل هذه الأفعال تعد أفعالاً مادية تمثل الركن المادي للجريمة، حيث يظهر أن قصد البائع -الدائن- كان جلياً في رغبته تسليم الشيء نهائياً إلى المشتري - المدين - ونقل حيازته بل ملكيته إليه وبذلك فهو أباح له استهلاكه فوراً، إلا أن المدين كان يبيت النية بعدم الدفع لعلمه عدم مقدرته على ذلك، وهو ما حدا بالشرع لتجريم فعله المادي بعد اقترانه برकنه المعنوي<sup>5</sup>.

إذاً ورغم تنوع صور تسليم الشيء في الاستيلاءات فالتسليم المراد في هذه الجريمة هو تسليم الشيء المقيد بدفع الثمن، أما ما يسمى بالبيع بالنقد، فالشرط في جريمة 282 من المجلة الجنائية دفع ثمن البيع إلى بائعه، وحتى يتحقق هذا الشرط فإن يد المتسلم على الشيء تكون يداً عارضة، ويعد سارقاً إذا فر بالشيء دون دفع ثمنه، أو استهلاكه دون الدفع أيضاً، وأساس ذلك أن البيع قد انعقد تحت شرط يفرضه البائع ويقبله المشتري وهو أداء الثمن، الذي يعتبر بثابة دين مؤجل، وإلى أن يتم يتحقق الشرط لا يتم انعقاد البيع وتكون يد المشتري على الشيء المسلم إليه يداً عارضة لا يمتنع معها قياماً لاختلاس في السرقة إذا أنكر المبيع أو رفض دفع الثمن.

فالاستيلاء يعكس نشاطاً مادياً مخصوصاً لنقل الشيء من حيازة المجنى عليه إلى حيازة الجاني، وتعد الجريمة تامة في اللحظة التي يكون فيها الشيء المستولى عليه قد أخذه الجاني وخرج من حيازة مالكه الشرعي، وفي ذلك فشرب المدين للشراب وأكله للطعام هو بثابة تمام للجريمة في هذا المقام، ودون هذا النشاط لا قيام للجريمة، وأحياناً يكتفي الجاني بمجرد تهيئة الوسائل التي تقوم بذاتها لنزع الدين من مالكه الشرعي أو يستغل شخصاً آخر أو أداة في نقل الشيء

<sup>1</sup> يشكل موضوع الاختلاس الركن الجوهري لجريمة السرقة إذ بفضلها تتميز جريمة السرقة عن جرائم الاعتداء على أموال الغير المشابهة كالتحليل وخيانة الأمانة والاستيلاء على الأموال العمومية، الذي يجب أن يكون قد تسلط على مال منقول مملوك للغير. المنجي الأخضر، دراسات قانونية في مختلف فروع القانون الجنائي الخاص مدعاة بفقه القضاء التونسي والمقارن، مجموعة الكتب القانونية، معهد الدراسات العليا للنشر، ص.9.

<sup>2</sup> ينص قرار تعقيبي جزائي عدد 22207 المؤرخ في 18/3/1986 على أنه " من شروط الإستيلاء والسرقة أخذ مال الغير أو متاعه رغم إرادته أما في صورة استعمال الحيلة فإن ذلك يعتبر من باب التحيل" نشرية محكمة التعقيب، القسم الجنائي 1986، ص.42.

<sup>3</sup> المنجي الأخضر، دراسات قانونية في مختلف فروع القانون الجنائي الخاص، ص.8.

<sup>4</sup> يراجع الفصل 592 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

<sup>5</sup> جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1971، ص189. - فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، دار الهبة، القاهرة، 1982، ص.670.

إلى حيازته، وبغض النظر عن الطريقة فلتتحقق الركن المادي لابد من أن يتم الاستيلاء بفعل الجاني على ملكية دين غيره في هذه الجريمة<sup>1</sup>.

فمرد الاستيلاء على معنى الاختلاس وفق تنصيص الفصل 282 أن يجعل من جوهر السرقة انتزاع الشيء من صاحبه، فيكفي لتحقّق الاستيلاء على الحيازة أن يدخل الجاني الشيء في حيازته ولو للحظة وجيزه، فالمشرع لم يضبط مدة زمنية لذلك، ورغم عدم تنصيص المشرع التونسي على طبيعة الشيء الذي يتم اختلاسه فقد أجمع الفقهاء على أن السرقة لا يمكن أن تسلط إلا على المنقولات فقط دون العقارات لإمكانية نقل المنقول من مكان لأخر، وبطبيعة الحال فالأطعمة والمشروبات المقصودة في هذا الفصل هي من باب المنقولات، بل حتى من المواد اللازم استهلاكها لقيام الجريمة حسب تنصيص الفصل 282 من المجلة الجنائية<sup>2</sup>.

وبطبيعة الحال يجب أن يكون المال المنقول المستهدف من عملية الاستيلاء على ملك الغير وهو ما بينه المشرع التونسي صلب الفصل 258 من المجلة الجنائية حين أوضح أنه يجب أن يكون موضوع الاختلاس مملوكاً لشخص ما غير محتلسه، وهو ما يتحقق في جريمة الفصل 282 من المجلة الجنائية حيث أن الجاني يستهلك أطعمة ومشروبات لا يملكها هو وإنما هي على ملك البائع أو مقدم الخدمة، فإن أثيرت صعوبات في هذه المسألة فإن النيابة العمومية ملزمة بأن تثبت من كون الشيء المستولى عليه ليس على ملك المتهم، وعلى المحكمة الجزائية أن تبت في هذه المسألة إذا أثيرت لديها باعتبارها مسألة أولية، بمعنى أنه ليس لها أن تؤجل النظر في الدعوى العمومية حتى تنظر المحكمة المدنية في مسألة ملكية الشيء المحتلس للغير<sup>3</sup>.

أما إن سمح البائع الدائن للمشتري المدين بالأكل والشرب على أن يسدد ثمن ما تناوله عند مغادرة محل فإن البائع يكون قد نقل إلى المشتري الحيازة الكاملة للشيء المبيع نقاًلاً غير متوقف على دفع الثمن، بحيث يتمنع قيام الاختلاس إذا غادر المشتري المكان دون دفع ثمن ما تناوله على أن ذلك لا يحول دون مؤاخذته وفق تنصيص الفصل 282 من المجلة الجنائية، على اعتبار أن البيع قد انعقد تحت شرط ضمئني يفرضه البائع ويقبله المشتري وهو أداء الثمن، فإن تخلف عن أداء الثمن بعد استهلاكه الأطعمة والأشربة يكون قد استولى على مال غيره بوجه حق، ويبقى دائناً للبائع بثمن ما استهلاكه<sup>4</sup>.

فوفقاً لقواعد القانون المدني تنتقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري بمجرد قيام العقد، ولقد نص على ذلك صراحة الفصل 583 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه "إذا تم البيع بتراضي الجانين انتقلت ملكية المشتري إلى المشتري" وفي هذا الفرض بعد أن أتم المشتري أكله وشربه فقد تم البيع ويبقى الثمن ديناً في ذمته، وبطبيعة الحال أن البائع لا يقصد أبداً التخلّي عن الشيء المبيع قبل قبض ثمنه فهو يعلق وجود البيع وانتقال الملكية على الدفع اللاحق على استهلاك المبيع، فالعقد يكون معلقاً على شرط موقوف ضمئنياً فإذا انعقد العقد فهو إنما انعقد تحت

<sup>1</sup> محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، 1992ص.33.- رمسيس هنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 1971، ص1122.

<sup>2</sup> جلال ثروت، جرائم الاعتداء على المال المنقول، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1984، ج 2، ص 70.

<sup>3</sup> المنجي الأخضر، دراسات قانونية، مرجع سابق، ص 24.

<sup>4</sup> المنجي الأخضر، دراسات قانونية، مرجع سابق، ص 19.

شرط ضمني موقوف يفرضه البائع ويقبله المشتري، وعليه طلماً أنه اتم استهلاك المبيع وبّيت النية بعدم الدفع يكون مختلساً لدين البائع<sup>1</sup>.

وهو ما حدا بالشرع التونسي أن يقيم حاجزاً جمائياً لدين الدائن هذا من التعلي والاستيلاء عليه بغير وجه حق، حيث يقضي بعقارب من يطلب من مطعم طعاماً أو شراباً أو يستهلكه كله أو بعضه وهو يعلم أنه لا يستطيع دفع ثمنه بالسجن مدة ستة أشهر، وألحق هذه الفعلة بجريمة السرقة على معنى الفصل 282، وبذلك فهو يقر عقوبة السجن لكل مدين يتخيّل بدين دون أن يؤديه لصاحب رغبة منه بإيصال رسالة زجرية لكل متعدٍ على ديون الغير .

### ثانياً : الركن المعنوي :

لا اكتمال لجريمة الاستيلاء وفق نص الفصل 282 من المجلة الجنائية إلا بتوافر العنصر المعنوي بجانب العنصر المادي المتمثل في اتجاه نية الجاني وهو المدين بعدم أداء الدين المترصد في ذمته لعلمه المسبق بعدم قدرته على الدفع، ومع ذلك اتجه فعله لاستهلاك الطعام والشراب قاصداً بذلك حرمان المالك منها حرماناً مطلقاً، فكان العقاب التشريعي بالحبس مدة 6 شهور لكل مرتكب لهذه الجريمة، حماية في ذلك من المشرع لدين الدائن الجني عليه.

أضعف لأنعدام رضا الجني عليه وهو الدائن في هذه الجريمة، الذي قام بتقديم الطعام والشراب والتُّزّل للجاني المدين، ففعل الإجرام لا يقوم بالاستيلاء على شيء معين فقط، بل يجب أن يقع ذلك رغم علم ومعرفة صاحبه أيضاً في هذه الجريمة، حيث أن الجني عليه هو من قام بتقديم الطعام والشراب وهو من باشر تجهيز التُّزّل للجاني، لكن هذا المتضرر لم يقدمه مجاناً بل انه قصد من وراء تقديم هذه المنفعة أداء الدائن الذي تمنع بهذه المنفعة الدين الذي ترصد في ذمته بموجتها، وقبل تنصّل الجاني من الدفع لا قيام لجريمة، لكن أما وأنه أبرز نيته بعدم الدفع، أو عدم قدرته على الدفع فعندما يلتقي الركن المعنوي لجريمة المتمثل بنيته عدم الدفع، مع الركن المادي المتمثل بالاستيلاء مكوناً الجريمة وفق تنصيص الفصل 280 من المجلة الجنائية<sup>2</sup>.

إذاً فإنعدام رضا الجني عليه بجانب اتجاه نية الجاني لعدم الدفع توفران الركن المعنوي لجريمة الاستيلاء الباطل على تنصيص الفصل 282 من المجلة الجنائية لكن قد يحدث وأن يبدي الجني عليه رضاه عن فعل الجاني ويوافق المتضرر رغم الاعتداء على ذمته المالية، فلا جريمة عندها ولكن يشترط لذلك أن يكون الرضا صادراً عن ارادة حرة مدركة، إضافة لتصدورها عن له الصفة في تمكن الغير من ذلك سواءً أكان مالكاً أو حائزاً، فإذا كان الحائز هو نفسه المالك فرضاه يعني وقوع الاختلاس، إضافة لذلك يجب أن يكون الرضا متزاماً لوقوع الفعل أو على الأقل سابقاً له، ولا عبرة بالرضا اللاحق ما دام الجني عليه غير راضٍ عن الفعل وقت وقوعه، ولا بالباعث على هذا الرضا، فقد يكون الرضا صادراً لأن للمجنى عليه رغبة حقيقة في تمكن الفاعل من الشيء المختلس، أو رغبته بالتسامح، وفي المخلصة تؤدي كل الوضعيات لنتيجة واحدة وهي انتفاء الجريمة<sup>3</sup> فلا يكفي لتوافر العلم بمكونات الواقعية الإجرامية لقيام القصد الجنائي فلا بدّ أن تتجه إرادته لإخراج المال من حيازة صاحبه وإدخاله في حيازته أو حيازة غيره أو استهلاكه كما في الصورة الماثلة أمامنا على معنى الفصل 282 من المجلة الجنائية، فإذا احيط الجاني علمًا بأنه بفعله إنما يُخرج مالاً مملوكاً للغير من حيازته ويدخله في حيازته فيينبغى أن يحيط علمًا كذلك بانعدام رضا صاحب

<sup>1</sup> عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص 243

<sup>2</sup> محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1984، ص 90.

<sup>3</sup> رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 315.

المال عن ذلك، فالعنصر الهام في الجريمة هو عدم رضا المتضرر عن قيام المدين مرتکب الجريمة بالأكل والشرب، وعلة تطلب هذا العنصر هي أن الاستيلاء هو اعتداء على ممتلكات الغير ولا يتحقق هذا الاعتداء إلا إذا ارتكب الجنائي الفعل دون موافقة صاحب الشيء<sup>1</sup>.

فإن اجتمع هذا الركن المعنوي مع سابقه المادي تكون الجريمة قد اكتملت باستيلاء المدين على دين هو حق لدائه، تجراً عليه رغم علمه المسبق بعدم قدرته على أدائه، فجاءت الحماية التشريعية لهذا الدين بعد اكتمال الجريمة من خلال الأثر المترتب عليها وهو الجزاء الجنائي المتمثل هنا بالعقاب بالسجن.

## الفقرة الثانية : الزجر بالسجن :

إن الناظر لسبب إقرار المشرع التونسي للسجن بموجب جريمة الفصل 282 من المجلة الجنائية ليدرك تماماً أنه لتخلف الجنائي عن دفع دين ترصد في ذمته تجاه الجنيء عليه، فالعلاقة بين البائع أو مقدم الخدمة وبين المشتري ما هي في حقيقتها إلا علاقة مديونية قامت على تقديم الطعام والشراب من البائع في مقابل مفهوم ضمني من كليهما بأنه لقاء تسديد المستهلك ثمنه، ولكن بعد أن استهلك المدين الطعام والشراب وتمنع بها، نكص على عقبيه وتنصل للدائن مع علمه المسبق بعدم قدرته على الدفع وفق تنصيص الفصل 282 من المجلة الجنائية<sup>2</sup>.

ولأنه لا فائدة ترجى بعد ارتكاب الجريمة إذا لم يعقبها عقاب رادع وزاجر، كان الحبس العقابي في هذه الجريمة بالسجن لمدة تصل لستة أشهر لقاء تخلف المدين عن أداء دينه، حيث أن التبع لا يرمي لتبيان تجريم مرتکب الجريمة، بل لتسليط العقاب عليه، وهو ما تكتمل به عملية التجريم التي تحتويها القاعدة الجنائية<sup>3</sup>، فالعقوبة الجنائية هي الجزاء الجنائي الذي يسلط على المتهم عند ثبوت ارتكابه للفعل المجرم وتتوافق مسؤوليته عنه<sup>4</sup>، هذا الأمر أدركه المشرع التونسي عند تنصيصه على الفصل 282 من المجلة الجنائية، معتبراً فعل الجنائي تعدى صارخ على الدين، فنصل صراحة على العقاب بالسجن للمدين، جراء جرأته على دين الدائن، قاصداً في ذلك إعلام عموم المدينين بأن التخلف عن أداء الدين جزاء السجن، فيبادر المدينين بأداء ديونهم للدائنين ويتخلوا عن نوایاهم السيئة تجاههم، وبذلك يحافظ المشرع على الاستقرار الاقتصادي والنظام العام .

وعلى هدي هذه الفكرة سار المشرع التونسي، حيث أن الملاحظ أنه أفرد قسماً خاصاً لتجريم أفعال التعدي على ممتلكات الغير ومنقولاتهم تحت عنوان في السرقات وغيرها مما هو مشبه بها، فنصّ فيه على مجموعة من العقوبات بالسجن تتراوح ما بين ستة أشهر وتصل في بعضها لعشرين عاماً، غايتها في ذلك من وراء ذاك التجريم حماية الحقوق ومنقولات الغير ومتلكاتهم، بما تحتويها من ديون، فكأنه يوجه رسالة مضمونها الردع والزجر لكل من يفكر في التعدي على ديون الآخرين، لكن هذه المرة من نافذة الجزاء العقابي المتمثل بالسجن، حماية منه لدین الدائنين.

<sup>1</sup> عبد العظيم مرسى، جرائم الأموال، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص.76.

<sup>2</sup> يراجع أحكام الفصل 282 من المجلة الجنائية.

<sup>3</sup> مصطفى العوجي، المسؤلية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت، الطبعة الأولى، 1986، ص.50.

<sup>4</sup> انظر الفصل 5 من المجلة الجنائية.

وبلا شك أن لقانون العقوبات صلة بشتى فروع القانون الأخرى ومنها القانون المدني، غايتها من هذه الصلة كفالة حماية الحقوق التي يقررها القانون المدني من خلال تسلیط زجره على كل من يتزع بالقوة من يد غيره ملكاً له أو يختلس شيئاً ليس له<sup>1</sup>، أو حتى يتلماً في سداد ما عليه في ذمته لدائنه، حفاظاً منه على مقتضيات النظام العام بشتى جوانبه والمالي منه على وجه التحديد، والزجر هذا لا يتأتى ولا يتحقق فعلاً إلا بالعقاب الفاعل، وليس أكثر فاعلية من عقاب السجن<sup>2</sup>.

ولذا كانت عقوبة السجن ستة أشهر لكل من يستقي مشروبات أو يستطيع أطعمة أو ينزل محلاً معداً بذلك ثم يرفض الدفع من تلقاء نفسه أو لعدم قدرته مع سبق علمه بذلك، حفاظاً في ذلك على دين البائع مقدم الخدمة لهذا المدين، بل إن المشرع أضاف بجانب السجن ستة أشهر في جريمة الفصل 282 من المجلة الجنائية عقوبة مالية أخرى تتمثل بخطية قدرها ثمانية وأربعون دينار، كل ذلك في توجه من المشرع نحو اضعفاء عقوبة رادعة لكل متعدى على ملكية دين غيره<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني : الزجر على معنى الفصل 298 من المجلة الجنائية :

استمراراً منه لتحقيق أهم غايات القانون المدني المتمثل بحماية الديون وصونها، قام المشرع في سبيل ذلك بتفعيل أدوات القانون الجنائي العقابية لاسيما السجن منها، حين خصّص وفق تنصيص الفصل 298 من المجلة الجنائية لكل من ارتكب جريمة الاستياء غير المشروع (الفقرة الأولى) الزجر بالسجن (الفقرة الثانية)

#### الفقرة الأولى : قيام الجريمة :

ينص الفصل 298 من المجلة الجنائية على أنه "يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها اثنان وسبعين ديناراً كل من تسلم مالاً على وجه التسبقة لأجل العمل باتفاق ويكتن دون وجوب من العمل بما وقع به الاتفاق أو إرجاع ما قبضه سلفاً" موافقة منه لسياسة تجريم كل اعتداء على الدين وضع المشرع عقاباً زجرياً تمثل هذه المرة بالسجن لكل متعدى على الدين، وذلك بعد أن تكتمل الجريمة بركنيهما: المادي (أولاً) والمعنوي (ثانياً)

#### أولاً : الركن المادي :

تتم المعاملات القانونية بين أفراد المجتمع بتتنوع كبير وزخم أكبر في التعامل بعقود الأمانة، التي وعلى الرغم من إنشاء أساسها وقيامه على قيم مُثلّى ومبادئ نبيلة، فإن أثر المحاكم من أحكام وقرارات على غزاره عددها، تعكس في واقع الأمر خلاف ذلك تماماً، ولعل ذلك ما دفع المشرع أن يخصص من الاستياء غير المشروع على ديون الآخرين وخيانة الأمانة جملة من النصوص التي جرم بمقتضاهما ذلك الفعل<sup>4</sup>.

والناظر ملياً لجملة تلك النصوص سرعان ما يكتشف حرص واضعها على تمكين الدائن من تتبع دينه احتراماً لملكيته، وهو ما يمكن الوقوف عنده وفق جريمة الإستياء غير المشروع على معنى الفصل 298 من المجلة

<sup>1</sup> انظر الفصلين 255 و 258 من المجلة الجنائية.

<sup>2</sup> عبد العزيز العوادي وإسماعيل بن صالح، شرح القانون الجنائي التونسي، تونس، 1962، ص.8.

<sup>3</sup> المنجي الأخضر، دراسات قانونية، مرجع سابق، ص 37

<sup>4</sup> جلول شلي، خيانة الأمانة في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 2006، ص 59 وما يليها.

الجناية، حيث يُشترط لقيام الجريمة ركناً مادياً متكوناً وفق تنصيص المشرع من ثلاثة عناصر؛ أولها نجاح الجاني في إقناع المجنى عليه بوجود عمل أو غرض معين ويبدي استعداده لأدائها إذا ما قام الأخير بدفع مبلغاً من المال على وجه التسبة لأجل مباشرته، أما العنصر الثاني فهو تسليم الجاني من المجنى عليه لهذا المال، ثم بعد تسليمه إليه يمتنع دون موجب أو عذر أو مانع حقيقي عن أداء العمل الذي تم الاتفاق عليه، بل وحتى ينكص عن إرجاع ما قبضه منه سلفاً وهو ما يمثل العنصر الثالث من مكونات الركن المادي<sup>1</sup>.

وبالإمكان من خلال محتوى عناصر الركن المادي التماس مجال تتبع الدائن لدینه، حيث أنه وباتفاق المستولي على المال غير المشروع مع الدائن على القيام بالعمل يكون قد تم العقد بينهما، يقتضي بموجبه تخلي المالك عن حوز دینه لفائدة المتعاقد معه، الذي تسلم ذلك المال لأجل العمل وتحقق المراد من العقد، إلا أنه أقدم على خيانة الأمانة بالاستيلاء على المال المسلّم له من الدائن دون تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وبالتالي فهو استولى على دين الدائن دون وجه حق، مع اتجاه نيته في ذات الوقت نحو تملك الدين، لذا جاء الزجر التشريعي بإفراد العقاب لهذا الجاني الذي هو في حقيقته مدين استولى على مال دائه المتعاقد معه<sup>2</sup>.

فمن خلال تنصيص الفصل 298 من المجلة الجنائية يتضح توخي المشرع سياسة تشريعية صارمة في تجريم كل اعتداء على دين الغير، خولاً بذلك لمالكه حق تتبعه جزائياً ضد كل من تسول له نفسه الإقدام على المخطور إضراراً به، ليبرز الدين أساساً للتجريم والتتبع وهدفاً في ذات الوقت لكونه يمثل جوهر مقصود الجاني عند ارتكابه جريمة خيانة الأمانة واستيلاءه على مال الغير.

وتتجدر الإشارة إلى التمييز بين جريمة خيانة الأمانة والسرقة باعتبار الأخيرة ترتكب عند سلب المال وأخلنه خلسة أو بالقوة رغمما عن إرادة صاحبه، أو بغير علمه أما في خيانة الأمانة فإن الشيء المستولي عليه يكون في حيازة المجنى عليه ابتداءً كما أنه يتم تسليمه إلى الجاني برضاء صاحبه، وبعد ذلك يختلسه أو يتصرف فيه بعد أن يتذكر للأخير عن القيام بعمل وعلمه به وفق اتفاق المسبق بينهما، كما تختلف جريمة خيانة الأمانة عن التحيل في أن التسليم في الجريمة الأخيرة يكون نتيجة الحيل والخزعبلات أما في خيانة الأمانة فيكون التسليم تنفيذاً لعقد مدني بدون استعمال الطرق الاحتيالية كما في صورة الفصل 298 من المجلة الجنائية<sup>3</sup>.

فالتعاقد الذي تسلم المال من الدائن تعهد بمقتضى اتفاقه أن يؤدي عملاً لقاء أجر تسليمه سلفاً، هذا الأجر أصبح ديناً في ذمته إلى قيامه بإتمام العمل المتفق عليه، فالالتزام الذي يعينا في تطبيق الجريمة هو الالتزام بتسليم العمل بعد انجازه أو برد المال الذي قبضه إن تخلف عن هذا الالتزام، وإلا عُدّ عندها مؤاخذًا جزائياً وفق مقتضيات الفصل 298 من المجلة الجنائية ، باعتباره خائناً للأمانة التي تسلّمها من الدائن المتمثل بالدين، فلا هو أتم العمل المتفق عليه ولا هو رده لصاحبها، فاستحق بذلك العقاب بالسجن حماية من المشرع للدائن في دينه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> جلول شلي، خيانة الأمانة في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 2006، ص 59 وما يلهمها

<sup>2</sup> انظر قرار تعقيبي جزائي عدد 45176 المؤرخ في 6 جوان 2009، نشرية محكمة التعقيب التونسية، 2009، ص 247. وانظر كذلك القرار التعقيبي الجزائري عدد 35246، نشرية محكمة التعقيب، جانفي 1990، ص 105.

<sup>3</sup> المنجي الأخضر، دراسات قانونية، مرجع سابق، ص 103.

<sup>4</sup> انظر قرار تعقيبي جزائي عدد 2349 المؤرخ في 4 سبتمبر 1978، مجلة القضاء والتشريع، 1978، ص 104.

هذا ولإثبات جريمة الفصل 298 من المجلة الجنائية لابد من اثبات وجود الاتفاق الذي بوجبه سلم الدائن بمقتضاه مبلغ الدين إلى المتهم، بالإضافة لإثبات واقعة الاختلاس والاستياء غير المشروع على الدين بما ترتب عنه الحق الضرر بمالكه، وبلا شك فإن اثبات الاختلاس والضرر يكون خاصعاً للقواعد العامة في الإثبات بما فيها البينة والقرائن<sup>1</sup>، والمحكمة الجزائية المختصة بنظر الجريمة هي ذاتها المختصة بالبحث في وجود العقد الذي سلم الدين بمقتضاه إلى الجاني، اعتباراً أن القاضي المختص بالفصل في قضية ما مختص أيضاً بالفصل في المسائل الأولية التي تنشأ عن هذه القضية، وعليه فلا يُعد وجود العقد مسألة فرعية للدعوى العمومية بل يجب على المحكمة الجزائية المرفوع إليها الجريمة المختصة أن تفصل بنفسها في هذه المسألة التي يغلب عليها الطابع المدني<sup>2</sup>.

### ثانياً : الركن المنوي :

رغم سكوت المشرع التونسي عن التنصيص الصريح على اشتراط عنصر سوء النية في جريمة الفصل 298 من المجلة الجنائية، فلا يعني ذلك عدم اشتراطه لهذا الركن، فهو ركن مفترض توافره في كل جريمة لاكتتمالها<sup>3</sup>، ويراد به في هذا المقام القصد الجنائي، والمتمثل في انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل الجرمي وحصول النتيجة مع سبق علمه بأنه يأتي فعلاً إجرامياً يعقب عليه القانون، وهو ما يجب توافره في الفصل المقصود<sup>4</sup>، حيث أنه لابد من اتجاه نية الجاني إلى الامتناع عن العمل دون وجوب يمنعه من ذلك، ويتنصل من الاتفاق الذي تم ابرامه بينه وبين الدائن، بعد أن يكون قد تسلم مبلغ الدين منه، قاصداً بذلك إلحاق الضرر به من خلال عدم إرجاع المبلغ الذي تسلمه سلفاً وحرمانه منه حرماناً مطلقاً، إضافة لتبسيط النية بعدم تنفيذه للعمل الملقى على عاته<sup>5</sup>.

في جانب الفعل الجرمي الصادر من المدين يجب توفر القصد الجنائي لديه والمتمثل باتجاه نيته للإضرار بدائنه، هذه النية وهذا القصد من الجاني يجب أن يكون وفق ارادة حرة وكاملة من الجاني مدركاً أنه يتوجه نحو احداث فعل مجرّم، مع اقتران هذه الإرادة بالعلم بطبيعة الفعل ومقدار خطورته والظروف المحيطة به وما يتربّع عليه من نتيجة تلحق الأذى والضرر بدائنه، فتوافر عنصري العلم والإرادة يظل ضروري لقيام القصدي الجنائي<sup>6</sup>، بالإضافة لنية تملك المنقول بافتراض قيام العلم لدى الفاعل بأنه يأخذ شيئاً ليس له قاصداً بذلك تملك ذلك الشيء<sup>7</sup>.

فالفرض هنا أن المدين قصد تملك المال المستولى عليه من قبله وحرمان المالك الحقيقي منه، ثم تنصل له عن أداء العمل المتفق عليه أو إرجاع الدين رغم قدرته على ذلك، مفترضاً فقهاء القانون في الجرم حالة ذهنية تولدت ضمنها إرادة ارتكاب الجرم مع سابق علمه بأن ما يرتكبه فعل مجرم معاقب عليه، لذا وصفت بأنها جريمة قصدية<sup>8</sup>,

<sup>1</sup> ينص الفصل 150 من مجلة الاجراءات الجزائية على انه "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ويقضي الحاكم حسب وجدانه الحالص"

<sup>2</sup> انظر الفصل 132 من مجلة الاجراءات الجزائية. وانظر كذلك في هذا الشأن قرار تعقيبي جزائي عدد 1805 المؤرخ 4 ديسمبر 1978، مجلة القضاء والتشريع التونسي، عدد 6، ج 2، ص 107.

<sup>3</sup> محمد الهادي الأخوة، دروس في القانون الجنائي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، محاضرات مرقونة، 1980، ص 76.

<sup>4</sup> ينص الفصل 37 من المجلة الجنائية على أنه "لا يعاقب أحد إلا بفعل أرتكب قصداً عدى الصور المقررة بوجه خاص بالقانون"

<sup>5</sup> انظر قرار تعقيبي جزائي عدد 13809، مؤرخ في 15 جانفي 1986، نشرية محكمة التعقيب، 1986، ص 241.

<sup>6</sup> عبد الحميد الشواري، الجرائم المالية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1989، ص 620-621.

<sup>7</sup> انظر قرار تعقيبي جزائي عدد 1588 المؤرخ في 12/3/1973، مجلة القضاء والتشريع، ج 3، ص 181

<sup>8</sup> محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 631.

حيث أنه يفترض في الجاني أن يكون عالماً أنه يستولي على منقولاً ملوكاً لغيره، مع اتجاه نيته في ذات الوقت لتملك الدين المستولى عليه<sup>1</sup>.

ويبرز جلياً من خلال هذا الركن المعنوي أن مناط الجريمة هو الدين، فلولا الدين المتمثل بالمال المستولى عليه من قبل المدين، لما أقدم الجرم على ارتكاب الجريمة، فالقصد الجوهرى من وراء تعديه هذا هو اتجاه نيته للحصول على المال، فبادر بالاتفاق مع الدائن على الخياز عمل معين، لقاء دين تسلمه سلفاً، ولما تمكن من هذا الدين نكل عن اتفاقه المبرم، ثم امتنع عن القيام بالعمل دون مبرر حقيقي، وما يؤكد أن نيته كانت الاستيلاء غير المشروع على الدين هو رفضه إرجاعه الدين الذي استلمه سلفاً، ولما كان الدين هو مقصد الجريمة وغاييتها الجوهرية، كان لابد من إسقاط الحماية لهذا الدين إذا ما توافر ركناً الجريمة الجوهريان، للحد من هذه الجريمة باعتبارها تتسلط على الأموال، وحفظاً على استقرار المعاملات المالية وحماية للممتلكات الخاصة، فجاءت الحماية من المشرع التونسي هذه المرة من بوابة القانون الجزائي لردع الجناة، حين أفرد لكل متغول على دين غيره عقوبة السجن.

## الفقرة الثانية : الضرر بالسجن :

للحد من جريمة الخيانة على معنى الفصل 298 من المجلة الجنائية باعتبارها جريمة تتسلط على الأموال، وحفظاً منه على استقرار المعاملات المالية وحماية للديون والممتلكات الشخصية سنّ المشرع على عقوبة سالبة للحرية وأخرى مالية لردع الجاني في هذه الجريمة حين نص في ناصية الفصل 298 من المجلة الجنائية على أنه " يعقوب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها اثنان وسبعون ديناراً كل..."<sup>2</sup>، فإن إفراد المشرع لعقوبة تعد من أقسى العقوبات الجزائية وأشدتها وهي عقوبة السجن لم يأتي اعتماداً أو من فراغ وإنما رغبة منه في محاربة ظاهرة الاستيلاء على الديون كي لا تتفشى هذه الظاهرة في المجتمع<sup>3</sup>.

فالتعاقد الذي تسلم المال من الدائن تعهد بمقتضى اتفاقه أن يؤدي عملاً لقاء أجر تسلمه سلفاً، هذا الأجر أصبح ديناً في ذمته إلى قيامه بإتمام العمل المتفق عليه، وبدلأً من الانشغال في تنفذ التزامه أو إرجاعه الدين عند عجزه عن التنفيذ، سارع لتملك هذا الدين بغرض الاستيلاء عليه وحرمان الدائن منه، فالجاني تخفي في أول مرحلة اصطدام فريسته بإبرام عقد معه متفقاً بموجبه على القيام بعمل معين له، من خلال التحضير النفسي والمادي وإيهامه بأنه بقصد أدائه لهذا العمل، ثم يطلب منه دفع مبلغ من المال على سبيل الدين وجه التسبة لتمكنه من القيام بالعمل في إخراج مسرحي للتوصل إلى اقناع الجني عليه بتسليم أمواله ليقوم الجاني مبيتاً نيته للاستيلاء على هذا المال، الذي عدّ ديناً في ذمته إلى حين تنفيذ التزامه، فلا هو نفذ التزامه ولا هو أرجع الدين الذي قبضه، بل نفنه نيته المخبأة بالاستيلاء على الدين وحرمان صاحبه منه، فكان السجن العقابي متناسباً مع طبيعة الجريمة المرتكبة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال، ص.93.

<sup>2</sup> يراجع أحكام الفصل 298 من المجلة الجنائية.

<sup>3</sup> المنجي الأخضر، دراسات قانونية في مختلف فروع القانون الجنائي الخاص، ص.8.

<sup>4</sup> انظر قرار تعقيبي جزائي عدد 20341 المؤرخ في 20 جانفي 1987، نشرية محكمة التعقيب، 1987، ص.225.

فإذا ما ثبتت الإدانة وصدر الحكم ناطقاً بها، فإن الجاني الذي سُولت له نفسه الاعتداء على ملكية دين غيره، سيلقى عقاباً أصلياً يتمثل بالسجن<sup>1</sup>، فالمشرع الذي يقر السجن ضمن العقوبات الأصلية الواردة بالفصل الخامس من المجلة الجنائية، كعقوبة لحفظ المال من الاستياء عليه لأنه يعي خطورة هذه الجريمة ويعي كذلك خطورة الأثر المترتب على التعدي على الديون بما يمكن معه التّجّرُؤ عليه، فيلحق التصدع والتشقق بالنظام العام الاقتصادي<sup>2</sup>، فكان تنصيصه حرصاً منه على أداء الديون، وزجراً للمعتدي عليها أو لكل من تسول له نفسه الإقدام على التعدي أو الاستياء على دين غيره بغير وجه حق، لذا كان الدين أساساً للجرائم باعتباره مقصد الجاني، فكان السجن العقابي يحمل في معانه بعيد حفظ الديون وحمايتها من خلال ايقاعه على ذات المدين المتعدى.

#### الخاتمة :

في ختام هذا البحث يكن الإجابة على السؤال الذي طرحناه في المقدمة، بأنه وعلى الرغم من أن التشريع التونسي من جملة التشريعات التي بالغت في مراعاة قدسيّة الذات البشرية في شتى المجالات القانونية، للدرجة حصره التنفيذ الجنائي لاقتضاء الديون على مال المدين دون شخصه، وحجرهالحبس المدني في ميدان المعاملات المدنية والتجارية، وعله ذلك من المبادئ العامة للتنفيذ، إلا أن هذا المبدأ تفتت على صخرة حماية الديون مراعاة لاحفاظ على منظومة القيم والنظام العام، حين لم يملّك المشرع في سبيل الحفاظ على حقوق الدائنين تجاه المدينين المتغولين على ديونهم، إلا اقحام أجسادهم بالتنفيذ عليها، حتى لو أدى به الأمر لتسليط الحبس الجزائي كعقاب زجري لخطر الاقتراب من هذه الديون، ليبرز بذلك الدين أساساً للعقاب بالحبس.

حيث توخي المشرع التونسي سياسة تشريعية زجرية في تجريم كل اعتداء على الدين، خولاً بذلك لمالكه حق تتبعه جزائياً ضد كل من تسول له نفسه الإضرار بدين غيره، ليبرز الدين أساساً للجرائم باعتباره مقصد الجاني عند ارتكاب جريمته، والزجر المقصود هنا لا يتأتى إلا بالعقاب الفعال، وليس أكثر فاعلية من عقاب السجن، فقد أظهر التحليل السابق سعي المشرع لحماية ديون الدائنين ولو بصورة غير مباشرة من خلال بوابة الحبس كوسيلة جزائية، حين حوى مجموعة من التطبيقات الجزائية التي تبيح التنفيذ على الذات بسبب الديون المدنية والتجارية، تجسدت من خلال المجلة الجنائية في نصي الفصلين 282 و 298 والمتعلقتين باستطعام الأطعمة واستسقاء مشروبات مع علم المدين بقدرته على أداء ثنها، مبرماً عقداً مدنياً لارتكاب جريمته على معنى الفصل الأول، وكذلك كل من تسلم ديناً على وجه التسبة مقابل القيام بعمل ثم تنصل من التزامه المبرم بعد أن يكون قد أتم استياءه بسوء نية على معنى الفصل الثاني.

<sup>1</sup> لم يكتف المشرع بإقرار عقوبات أصلية على معظم جرائم الاعتداء على ملكية الدين بل رتب إلى جانبها عقوبات تكميلية خاصة بالنسبة إلى من كانت منها في خانة الجنائيات، كما أنه وفق ما أقره الفصل 302 من المجلة الجنائية من أن " كل مجرم بإحدى الجرائم المقررة بالقسمين الرابع والخامس من هذا الباب يمكن الحكم عليه بالعقوبات التكميلية المقررة بالفصل 5" وهو ما يعكس سياسة تشريعية في ترك مطلق السلطة التقديرية للقاضي في ترتيب العقوبات التكميلية من عدمها بشرط التعليل تماشياً في ذلك مع خطورة الفعل الاجرامي ووقعه بالضرر على دين الدائن -. برهان عزيزي، إثبات الجريمة في أحكام مجلة الاجراءات الجنائية، مجمع الأطروش للكتاب المختص، تونس، ص43.

<sup>2</sup> منصور الشفي وعبد السلام باللغع، الجبر بالسجن، مجلة القضاء والتشريع، جوان وجويلية 1996، ص.39-. مفيدة البرهومي، الجبر بالسجن، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1997، ص.6.

مقرأً بذلك المشرع الحبس كعقوبة جزائية يقصد في بعدها العميق وغايتها النهائية حماية الديون، ولizجر من خلاله كل من تسول له نفسه الاقتراب منها، وتدفع كل من ولج فيها المبادرة بخلاصها والوفاء بها، لتخليص نفسه أو التخفيف من وطأة السجن.

#### ❖ مراجع البحث :

- البشير زهرة، التنفيذ على الذات، مجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد جانفي لسنة 1960.
- برهان عزيزي، إثبات الجريمة في أحكام محلية الاجراءات الجزائية، جمع الأطروش للكتاب المختص، تونس.
- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1971.
- جلال ثروت، جرائم الاعتداء على المال المنقول، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1984.
- جلول شليبي، خيانة الأمانة في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع، فيفري 2006.
- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 1971.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص–، دار النهضة، القاهرة، 1982.
- عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1989.
- عبد العزيز العوادي وإسماعيل بن صالح، شرح القانون الجنائي التونسي، تونس، 1962.
- المنجي الأخضر، دراسات قانونية في مختلف فروع القانون الجنائي الخاص مدعمة بفقه القضاء التونسي والمقارن، مجموعة الكتب القانونية، معهد الدراسات العليا للنشر.
- محمد الزين، النظرية العامة لاللتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس، الطبعة الثانية، 1997.
- محمد محفوظ، النظرية العامة لاللتزام، العقد، منشورات جمع الأطروش للكتاب المختص، تونس، 2012.
- محمد كمال شرف الدين، النظرية العامة لاللتزام، الأشخاص، إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، الطبعة الأولى، تونس، 2002.
- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1984.
- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، 1992.
- عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985.
- محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني – دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، بيروت، 1984.
- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- عبد العظيم مرسى، جرائم الأموال، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- مصطفى العوجي، المسئولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت، الطبعة الأولى، 1986، ص 50.
- محمد الهادي الأخوة، دروس في القانون الجنائي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، محاضرات مرقونة، 1980.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
- منصور الشفي وعبد السلام باللعج، الجبر بالسجن، مجلة القضاء والتشريع التونسية، جوان وجويلية 1996.
- مفيدة البرهومي، الجبر بالسجن، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1997.

## خصوصيات النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني وحجيته



محمد بوخريسا : باحث بصف<sup>1</sup> الدكتوراه  
كلية الحقوق بطنجة - المملكة المغربية

### مقدمة :

نظمت وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي في مجموعة من القوانين أهمها قانون الالتزامات والعقود ، والقانون التجاري وقانون المسطرة المدنية مع تطبيق قواعد الفقه الإسلامي في كثير من الحالات.

فالإثباتات من الموضوعات القانونية المهمة التي تحظى باهتمام الباحثين القانونيين ، لما يثيره من إشكاليات أهمها ، مدى تأثير تعدد المصادر القانونية لنظام الإثبات في التشريع المغربي على نظرية الالتزام ؟ وما هي القيمة القانونية لوسائل الإثبات الحديثة ؟

ذلك أنه وانطلاقا مما تقدم سنتناول قيمة التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، فقد عرف بعض الفقهاء التوقيع الإلكتروني بأنه مجموعة من الإجراءات والوسائل يتبع استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام إخراج رسالة إلكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقوله إلكترونيا يجري تشفيرها باستخدام زوج من المفاتيح ، واحد معلن والأخر خاص بصاحب الرسالة.<sup>2</sup>

كما عرفه فقهاء آخرون بأنه "مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبتة<sup>3</sup> وعرفه البعض الآخر بأنه عبارة عن رمز

<sup>1</sup>- بنية الدراسات القانونية والعقارية والأعمال.

<sup>2</sup>- أحمد شرف الدين، التوقيع الإلكتروني وقواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الإلكترونية ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية المنعقد في جامعة الدول العربية 2000، ص: 3.

<sup>3</sup>- عيسى غسان، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص: 47 وما بعدها.

متميّز يعود على شخص بعينه، من خلال يعتبر الشخص عن إرادته ويفكّد حقيقة البيانات المضمنة في المستند الذي وقّعه<sup>1</sup>.

ويتميز التوقيع العادي عن التوقيع الإلكتروني في كون هذا الأخير يتم عبر اعتماد دعامتين إلكترونيتين فلا يمكن تصوّره في غياب هذه الدعامتين في حين أن التوقيع العادي يتم كذلك على دعامتين ولكن ورقية تذيل بتوقيع كتابي تقليدي أو يدوّي يتمثل في الإمضاء عند بعض التشريعات أو في البصمة ختماً أو أصبعاً بالنسبة للبعض الآخر، بينما التشريعات التي تبنّى التوقيع الإلكتروني لم تحضره في صورة معينة إذ يمكن حروفاً أو رموزاً أو إشارات أو غيرها، ما دامت هذه الوسيلة التي يتم من خلالها تسمح بتحديد هوية الموقع وتميّزه عن غيره.

وبهذا يتبيّن لنا أن هناك اختلافاً بين كل من التوقيع الكتابي والتوقيع الإلكتروني وذلك لكون هذا الأخير عبارة عن مصطلح تقني عام يتعلّق بجميع الطرفين التي تسمح للشخص بالتوقيع على الوثيقة الإلكترونية، ومرد هذا التعدد في الطرق هو الإجراءات المتّبعة لوضعه<sup>2</sup> خصوصاً لارتباطه بالتطورات الحاصلة على مستوى وسائل الاتصال ولهذا فإن التوقيع الإلكتروني ليس صورة واحدة بل صور متعددة.

### المحور الأول : صور التوقيع الإلكتروني والآليات حمايته .

هناك صورتين أساسيتين تشكّلان أهم ملامح التوقيع الإلكتروني ، وهما التوقيع بالقلم الإلكتروني ، والتوقيع الرقمي ، كما أن للتوقيع الإلكتروني الآليات تحميه من كل خرق أو تشويش ، وهو ما سنتولى بيانه توالياً .

#### الفقرة الأولى : التوقيع بالقلم الإلكتروني :

من صور التوقيع الإلكتروني التي يمكن استخدامها في توثيق التصرفات القانونية التي تبرم على الوسائل الإلكترونية التوقيع باستخدام القلم الإلكتروني وهو عبارة عن قلم إلكتروني حسابي يمكن باستخدامه من الكتاب على شاشة الحاسوب الآلي الخاص بالموقع ، ويتم ذلك باستخدام برنامج برمجيات المسيطر والمحرك لهذه العملية ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين أساسيتين لهذا النوع من التوقيعات، الأولى وهي خدمة من التقاط التوقيع والثانية وهي خدمة التتحقق من صحة التوقيع<sup>3</sup> حيث يتلقى البرنامج أولاً بيانات العميل عن طريق بطاقة الخاصة التي يتم وضعها في الآلة ، وتظهر بعد ذلك التعليمات على الشاشة ، ثم تظهر بعد ذلك رسالة إلكترونية تطلب توقيعه باستخدام قلم على مكان محدد داخل شاشة الحاسوب الآلي ، ويقوم هذا البرنامج بقياس خصائص معينة للتوقيع من حيث الحجم والشكل والنقاط والخطوط والألتواءات ، ويطلب البرنامج من الشخص الضغط على مفاتيح معينة تظهر له على الشاشة تفيد بالموافقة أو عدم الموافقة على هذا التوقيع.

ومتى تمت الموافقة يتم تشفير البيانات الخاصة بالتوقيع وتخزينها باستخدام البرنامج ثم تأتي مرحلة التتحقق من صحة التوقيع ، عن طريق مقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن ويتم إرسالها إلى برنامج الحاسوب الآلي التي يحدد فيها إذا كان التوقيع صحيحاً أو مزوراً.

<sup>1</sup>-أسامي بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات مقال منشور على الرابط التالي: [www.mouss.edu.so](http://www.mouss.edu.so)

<sup>2</sup>-نبيل بوجميدي، الثورة التقنية ومسوغات التحويلات القانونية، التوقيع الإلكتروني، نموذجاً، مجلة محكمة العدد 4، ص: 176-177.

<sup>3</sup>-ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008، ص: 61.

وتوفر هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني مزايا كثيرة لمرؤتها وسهولة استخدامها حيث يتم بواسطتها تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني باستخدام أنظمة معالجة المعلومات.<sup>1</sup>

ورغم مزايا هذه الصورة، إلا أنها لا تتمتع بأي درجة من درجات الأمان التي يمكن أن تتحقق الثقة في التوقيع.

ويعود ذلك إلى أن المرسل إليه يستطيع أن يحتفظ بنسخة من صورة التوقيع ويعد نسختها ولصقها على أي وثيقة من الوثائق المحررة على الوسائل الإلكترونية ويدعى أن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلي الشيء الذي يحتاج إلى إثبات الصلة بين التوقيع بهذه الصورة والمحرر.

ولهذا السبب فإن هذا النوع من التوقيع الإلكتروني لا يعتد به في استكمال عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات<sup>2</sup>.

## الفقرة الثانية : التوقيع الرقمي :

من الصور الأخرى للتوقيع الإلكتروني التي تستخدم في إبرام التصرفات القانونية باستخدام الوسائل الإلكترونية وخاصة تلك التعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت صورة التوقيع الرقمي وهو بيانات أو معلومات متصلة بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة مشفرة والذي يسمح للمرسل إليه إثبات مصدرها ، والتأكد من سلامةمضمونها وتؤمنها ضد أي تحريف أو تعديل<sup>3</sup>.

ويتم ذلك باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة ومعادلات رياضية تتحول بواسطة المعاملة من رسالة ذات كتابة عادية مقروءة ومضمومة إلى معادلة رياضية أو رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة ، ما لم يتم فك تشفيرها من يملأ مفتاح فك الشفرة والمعاملات الخاصة بذلك<sup>4</sup>.

وينشأ التوقيع الرقمي ويتحقق من صحته باستخدام التشفير ، وبناء على ذلك فإذا رغب الموقع بإرسال رسالة بيانات عبر البريد الإلكتروني مثلاً فإنه يقوم بإعداد ملخص الرسالة باستخدام برنامج تشفير وباستخدام المفتاح الخاص وإرسالها إلى الشخص المتلقى ، الذي يستخدم المفتاح العام للتحقق من صحة التوقيع الرقمي، ثم ينشئ المرسل غليه ملخص رسالة باستخدام ذات برنامج التشفير ويقارن بين ملخص الرسالتين فإذا كانت متطابقتين فهذا يدل على أن الرسالة وصلت بشكل سليم ودون أن يحصل لها تعديل أو تحريف في الرسالة فسيكون ملخص الرسالة التي أنشأها المستلم مختلفاً عن ملخص الرسالة التي أنشأها الموقع<sup>5</sup>.

وهذه الطريقة للتوقيع الإلكتروني تحقق أعلى درجات الثقة والأمان للمحرر، وتتضمن تحديد هوية الأطراف بدقة ، كما يعبر بشكل صريح وواضح عن إرادة صاحب الارتباط بالتعرف القانوني وقبوله لمضمونه وتوافر من ثم كافة الشروط التي يتطلبها المشرع في المحررات لكي تكون لها الحجة في الإثبات ، ولكن عيب التوقيع الرقمي هو في إمكانية سرقة هذه الأرقام أو معرفتها من قبل الغير والتصرف فيها بشكل غير مشروع.

<sup>1</sup> ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 60 وما بعدها.

<sup>2</sup> عيسى غسان، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 41 وما بعدها.

<sup>3</sup> ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 61 وما بعدها.

<sup>4</sup> محمد عبد الكبّي، الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع بشبكة الإنترنـت، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 237 وما بعدها.

<sup>5</sup> خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008، ص: 214.

عرف بعض الفقه التشفير بأنه تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها.

ولم يعرف المشرع المغربي التشفير ولكن تحدث عن وظائفه ووسائله وعرف خدمته تعريفاً موجزاً في المادة 12 بقوله أنها عملية تهدف إلى استخدام وسائل التشفير لحساب الغير فهي خدمة تقدمها جهة معينة حددتها القانون لفائدة جهة أخرى مستفيدة من تلك الخدمة.

ومن أهم الوسائل التي تضمن سلامة المحرر من كل تبديل أو تغيير استخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص<sup>1</sup>، وهي منظومة تسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي بأن يكون لديه مفتاحين منفردين أحدهما عام وهو متاح إلكترونياً، والثاني خاص يحتفظ به الشخص ويحفظه على درجة عالية من السرية.

ويتم ذلك في مجال التشفير كالتالي<sup>2</sup> :

يتم إصدار رقم الأساس عن طريق البرنامج المتخصص أو أحد الهيئات المستقلة المتخصصة في إصدار هذه الأرقام ، وهو ما يعرف بشهادة الصادقة بحيث يكون لكل مستخدم رقم أساس مثلا X ويتم تقسيم (أ) إلى مجموعتين الجموعة Y وهو ما يعرف بالملفات العام وZ يكون الناتج هو X الرقم الأساس ، وهو الرقم اللازم لإعادة الملفات والمعلومات إلى وضعها الأصلي قبل التشفير، وطبعاً هذا الرقم محمي ومشفر بقوة ولا يمكن الوصول إليه<sup>3</sup>.

إلا أن ما يعيّب هذه الصورة إمكان مهاجمتها ونسخها من قبل قراصنة الحاسوب الآلي عن طريق فك شفرتها ، إضافة إلى أنها ذات تكلفة عالية نسبياً مما حد من انتشارها إلى درجة كبيرة ، وجعلتها قاصرة على بعض الاستخدامات المحدودة كبطائق التعريف الإلكترونية والمغرب بدورها نهج نفس النهج باستخدام هذه الآلية في تحديد بطائق التعريف الورقية بأخرى بيومترائية طبقاً للقانون لذا فإن تأمين الثقة في التوقيع البيومترى يتطلب استخدام منظومة بيانات مؤمنة للتوقيع الإلكتروني بحيث تضمن انتقاله دون إمكانية التلاعب فيه ، إضافة إلى توافر الضوابط الفنية والشروط والمتطلبات القانونية للاعتماد عليه في الإثبات.

### الفقرة الثالثة : آليات حماية التوقيع الإلكتروني :

يتطلب قيام مستخدم ما بالدخول لموقع من القيام بمعاملات إلكترونية مثلاً باستخدام شبكة الإنترنت، ضرورة تأمين تلك التعاملات في حالة استخدام التوقيع الإلكتروني وكلما كان الإجراء المتبعة يحقق الثقة بين المعاملين زادت كمية المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، حيث يقع على عاتق القائم على موقع التجارة الإلكترونية التوثيق من صحة الطلب.

<sup>1</sup>- وهو ما يسمى بنظام (RSA) ويستخدم هذا النظام زوجاً من المفاتيح مفتاح عام public key ومفتاح خاص private key عوضاً عن استخدام مفتاح واحد فقط، ورغم أن هذا النظام كان ملائماً جداً لأجهزة الكمبيوتر المعقّدة، إلا أنه تم اختراقه فيما بعد، وبقيت الحال على ذلك حتى قام (Phil Zimmerman) سنة 1986 بتطوير برنامج تشفير يعتمد نظام (RSA) ولكنه يتميز باستخدام مفتاح بطول 128 بت، ويدعى برنامج الخصوصية المتوفرة (PGP) ويتوفر من هذا البرنامج نسخة تجارية وأخرى مجانية وهو من أكثر برامج التشفير في الوقت الراهن.

<sup>2</sup>-Henri lilen, un ordinateur comment ça marche, éditeur vuibert, 1<sup>ère</sup> édition 2004, p: 65.

<sup>3</sup>-عبد الله مسفر الحبان، التوقيع الإلكتروني، دراسة نقدية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة بغداد، ع 1 يونيو 2004، ص: 98.

<sup>3</sup>-مقال تحت عنوان، التوقيع الإلكتروني منشول من الموقع الإلكتروني التالي: [www.signature.gov.eg/materials/electrinocsingatue](http://www.signature.gov.eg/materials/electrinocsingatue)

ويكتسب هذا الأمر أهمية كبيرة في ضوء الزيادة الكبيرة في جرائم الاختراق والاحتيال الإلكتروني المرتكبة باستخدام شبكة الإنترنت ومن هنا تأتي أهمية التشفير (Encryption) لمنع مرتكب جرائم الاختراق والاحتيال الإلكتروني من ارتكاب جرائهم ضد هذه التعاملات الإلكترونية<sup>1</sup>، والذي دفع بعض الجهات لإيجاد تقنيات لحماية أمن المعلومات عامة وأمن التجارة الإلكترونية خاصة من خلال استخدام تقنية التشفير لضمان خصوصية تعاملات الأطراف ومنع أية تعديلات عليها ، وخاصة بعد التقدم والتطور التقني وازدياد عمليات الاحتيال والقرصنة ومحاولة بعض الأشخاص فك الشفرة (code) والوصول إلى الأرقام الخاصة بالتوقيع الإلكتروني والقيام بنسخها ، ومن تم إعادة استخدامها بعد ذلك لأغراض غير مشروعة<sup>2</sup>.

## التوقيع البيومترى Biometric signature

تقوم هذه الصورة على اعتماد الصفات والخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأفراد والتي تختلف من شخص لآخر ومن هذه الخواص البصمة الشخصية finger Printing، و خواص اليد البشرية hand recognition وبصمة نبرة الصوت voice recognition وبصمة الوجه البشري gresmetry وغير ذلك من الصفات الجسدية والسلوكية<sup>3</sup>.

وعند استخدام أي من هذه الخواص يتم أولا الحصول على صورة للشكل وتخزينها داخل الحاسوب الآلي حتى يمكن الرجوع إليها عند الحاجة ، وهذه البيانات الذاتية يتم تشفيرها حتى لا يتمكن أي شخص من الوصول إليها ومحاوله تعديلها أو العبث بها، وفي ذات الوقت السماح للأشخاص المصرح لهم باستخدامها<sup>4</sup>، ولما كانت الخواص المميزة لكل شخص كالبصمة الشخصية وبصمة العين وبصمة الصوت تختلف عن تلك العائلة لغيره ، فإن التوقيع البيوميتري يعتبر وسيلة يمكن الوثوق بها والاعتماد عليها لتمييز الشخص وتحديد هويته نظرا لارتباط الخصائص الذاتية به ، وهو ما يتتيح استخدامها في ممارسة وإقرار التصرفات القانونية التي تبرم باستخدام وسيلة إلكترونية<sup>5</sup>.

كما يمكن الكشف من كل تغيير أو تبديل في البيانات الإلكترونية، من خلال الاستعانة بخدمات سلطة التصديق وشهادة التصديق الإلكتروني التي تصدرها والتي تؤديها إلى توفير الأمان والثقة في التوقيع الإلكتروني وتتضمن صحته وسلامته وتأكد حجيته في الإثبات.

ورغم كل خصائص التشفير فإنه يبقى مشوبا بثغرات وهو ما استتبع اللجوء لفكرة الشخص الوسيط<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2008، ص: 100 وما بعدها.

<sup>2</sup>-إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت 2003، ص: 159.

<sup>3</sup>-ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 60 وما بعدها.

<sup>4</sup>-إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص: 160-161.

<sup>5</sup>-ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 62 وما بعدها.

<sup>6</sup>-نظم وتطبيقات التشفير على الموقع التالي : [www.wzbaradlink.com/vb/forumdisplay.php?f=5-83k](http://www.wzbaradlink.com/vb/forumdisplay.php?f=5-83k)

#### الفقرة الرابعة : حجية التوقيع الإلكتروني والجهة المصدرة له :

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أول دولة اعترفت في تشريعها بحجية كاملة للتوقيع الإلكتروني، ثم جاء إصدار فرنسا للقانون رقم 272-2001 فحدد الشروط الالزمة لتوقيع إلكتروني موثوق به، واعترف المشرع المصري بهذه الحجية في قانون مستقل بتاريخ 22-4-2004.

أما المشرع المغربي فلم يعرف التوقيع الإلكتروني ووضع له شروطاً نهج من خلالها نهج قانون دبي والقانون النموذجي، والملاحظ أن جميع التشريعات تتفق على الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني مع وضعها شروطاً لذلك<sup>1</sup>.

#### المحور الثاني : حجية التوقيع من حيث الإثبات :

انطلاقاً يثور سؤال هام يتمحور حول مدى استيفاء التوقيع الإلكتروني لشرط التوقيع العادي حتى يمكن اعتباره حجة في الإثبات؟ فهل التوقيع الإلكتروني قادر على تحديد شخصية الموقع أم لا كما هو الحال في التوقيع العادي؟ ما الذي يضمن للمستخدم أن ما وصله من معلومات جاءه من موقع موثوق به؟ وما الذي يضمن له أن هذا الموقع موجود في الشبكة أو غير موجود؟

#### الفقرة الأولى : مقومات التوقيع الإلكتروني كحجية في الإثبات :

لاشك أن استخدام الوسائل الإلكترونية أصبح من التطور بما كان بحيث يسهل ربط التوقيع الإلكتروني بصاحبها وبالتالي فالثقة التي تتتوفر في هذا التوقيع ترتبط بنوع التكنولوجيا المستخدمة لتأمينه وبالتالي مدى القدرة على تحديد شخصية من يصدر عنه وقد أكد خبراء المعلوماتية<sup>2</sup> قدرة هذه الإجراءات على الصمود في وجه كل التحديات.

إذن يستلزم لصحة التوقيع الإلكتروني ولكي يكون حجية في الإثبات أن يتتصف بعدة شروط وهي :

- ارتباط التوقيع الإلكتروني بشخص الموقع، وأن يكشف هذا التوقيع عن هوية الموقع بما يؤكده سلطته في إبرام التصرف القانوني وقبوله بضمونه، فطريقة واسلوب التعبير على هوية الموقع بطريقة ملموسة كما في حال التوقيع الكتابي<sup>3</sup>.

في نفس الإطار نصت الفقرة الأولى من المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي على تمنع الكتابة الإلكترونية بذات الحجية التي تتمتع بها الحررات الورقية بشرط إمكانية تحديد الشخص الذي صدرت عنه وأن تعد وتحفظ في ظروف تحفظ طبيعتها.

<sup>1</sup>-الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية في التشريع المغربي، عرض في إطار التكوين المستمر من إعداد الأستاذة زينب بنعومر، محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، بتاريخ 27-1-2011.

<sup>2</sup>-محمد المرسي زهرة، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، بحيث حول الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسوب الآلي في الأبناك اتحاد المصارف العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 1999، ص: 163.

<sup>3</sup>-خالد مصطفى فهبي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2000، ص: 92 وما بعدها.

- سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني ، ولكي يكون صاحب التوقيع الإلكتروني منفردا به بحيث لا يستطيع أي شخص فك رموز التوقيع الخاص به أو الدخول عليه سواء عند استعماله لهذا التوقيع أو عند إنشائه ، وبحيث تكون منظومة إحداث ذلك التوقيع تحت سيطرة الموقع ذاته عند إنشاء التوقيع أو استعماله<sup>1</sup>.

وتتحقق من الناحية الفنية سيطرة وتحكم الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني المستخدم في تثبيت التوقيع الإلكتروني عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفوي الخاص متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والرقم السري المقترب بها<sup>2</sup>.

- إمكانية كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات التوقيع الإلكتروني، ويتم ذلك بكتابة المحرر الإلكتروني والتوقيع عليه باستخدام نظم أو وسائل من شأنها الحفاظة على صحة وسلامة المتحرر الإلكتروني المشتمل على التوقيع وتتضمن سلامته وتؤدي إلى كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات المحرر الإلكتروني الذي تم التوقيع عليه إلكترونيا.

فالتوقيع الإلكتروني يحدد شخصية الموقع دون غيره من الأشخاص لذلك يجب أن تبقى منظومة هذا التوقيع سرا على غيره من الأشخاص حتى لا يساء استعمال هذا التوقيع من قبل الآخرين، خاصة أن التوقيعي يترتب عليه آثار وتعابات قانونية في مواجهة الموقع والغير حيث يلتزم كلاهما بضمون ما يتم التوقيع عليه في حالة الالتزامات المتبادلة<sup>3</sup>.

لاشك أنه أصلحى من السهل ربط التوقيع الإلكتروني بصاحبها باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة لكن إمعانا في الحماية من التلاعب عمدت دول كثيرة لإنشاء جهات محايدة تتولى سلطة إصدار الشهادات والتصديق على صحتها ما يجعل منها أحد الثوابت الأساسية لاكتمال حجية التوقيع وبدون هذه الجهات من الصعب الاعتراف بهذه الحجية<sup>4</sup>.

وبحسب القانون 53.05 فإن جهات المصادقة الإلكترونية يجب توفرها على شروط ذكر من أهمها<sup>5</sup> :

- أن يكون طالب الاعتماد في شكل شركة مقرها الاجتماعي بتراب المملكة .

- لا أحقيبة لجهة المصادقة بالتدخل في مضمون الوثيقة .

- دورها منحصر في التأكد من هوية الأطراف أما الالتزامات التي تقيد مقدمي خدمات المصادقة فهي ضمناً صحة البيانات وصحة الامضاءات.

- حفظ الشهادات الإلكترونية والحافظة على سرية المعلومات .

<sup>1</sup>-عبد الفتاح حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 443.

<sup>2</sup>-محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2009، ص: 276.

<sup>3</sup>-عبد الفتاح حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 444.

<sup>4</sup>-أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني، المؤسسة الحديثة للكتاب، طبعة 2006، ص: 202.

<sup>5</sup>-القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المادة 21 منه

- تقديم المعلومات الكاملة والمبيبة .

- التأكيد من هوية الشخص المسلمة له الشهادة.

وقد أنطت المشرع المغربي في القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات "السلطة الوطنية" بهذه المهام لكنه لم يحدد هذه السلطة، إلا أنه عاد وحدد هذه السلطة في المرسوم التطبيقي لنفس القانون وأناطها بالوكالة الوطنية لتقنين المواصلات وتمثل هذه المهام في :

- اقتراح معايير الاعتماد على الحكومة واتخاذ التدابير اللاحزة لتفعيله.

- اعتماد مقدمي خدمات المصادقة ومراقبة نشاطهم .

- إخبار أصحاب الشهادات المؤمنة ستين يوما على الأقل قبل انتهاء صلاحية شهادتهم

- إبرام تأمين لتغطية الأضرار الناجمة عن أخطائهم المهنية .

- إمكانية إلغاء الشهادة الإلكترونية لعدم توفر الشروط القانونية .

- في حالة التوقف عن مزاولة النشاط يتغير إخبار الإدارة سلفا بشهرین .

- قد يتم اعتماد مقدمي خدمات المصادقة ذوو المقر الاجتماعي بدولة أجنبية شريطة إبرام اتفاقية<sup>1</sup>.

والاستثناءات التي يمنح فيها الاستعانة بالتوقيع الإلكتروني.

وقد جاءت في المادة 2 من القانون 5305 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية وهي:

- أحكام مدونة الأسرة .

- المحررات العرفية المتعلقة بالضمادات الشخصية أو العينية ذات الطابع المدني أو التجاري والتي يتطلب تحريرها من عدل أو موثق.

الفقرة الثانية : موقف الدول الغربية من حجية التوقيع الإلكتروني :

أولا : الموقف التشريعي :

1 - التشريع الفرنسي.

قام المشرع الفرنسي بإصدار قانون التوقيع الإلكتروني رقم 230 لسنة 2000 في شكل تعديل للنصوص المنظمة للإثبات في القانون المدني الفرنسي بما يجعلها متماشية مع تقنية المعلومات، وازيداد استخدام التوقيع الإلكتروني في التعاملات الإلكترونية وقد تم إدراج هذا التعديل ضمن نص المادة 1316 من قانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي، وقد ورد ضمن أحكام هذا القانون أن التوقيع الإلكتروني يدل على شخصية الموقع وتتضمن

<sup>1</sup>- العربي جنات، التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2008، ص: 66.

علاقته بالواقعة المنسوبة إليه، كما يؤكد صحة الواقعه المنسوبة إليها هذا التوقيع إلى أن يثبت العكس، وقد أضفى المشرع الفرنسي على الكتابة الإلكترونية والمحرات الإلكترونية والتوفيق الإلكتروني الحجية في الإثبات شأنها في ذلك شأن المحرات والكتابه الخطية والتوفيق الخطى التقليدي<sup>1</sup>، إذ نصت المادة 1/1316 من قانون التوفيق الإلكتروني الفرنسي على أنه تمت الكتابة الإلكترونية بذات الحجية المعترف بها للمحرات الكتابية في الإثبات، شريطة أن يكون بالإمكان تحديد الشخص الذي أصدرها بوجه الدقة وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعى إلى الثقة، ونصت المادة 3/1316 من القانون ذاته على أنه يكون للكتابة على دعامة إلكترونية ذات الحجية في الإثبات التي للمحرات الكتابية، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد قبل الكتابة الإلكترونية مثل الكتابة التقليدية كما قبل هذه الكتابة كدليل إثبات مثل الكتابة الورقية شريطة أن تعبّر عن شخصية واضعيها<sup>2</sup>.

ومن ذلك يتبيّن أن المشرع الفرنسي قد توسيع في تطوير تجارتة الإلكترونية من خلال المساواة بين حجية المحرات الكتابية التقليدية والمحرات الإلكترونية، وكذلك المساواة بين التوفيق التقليدي والتوفيق الإلكتروني.

كما يلاحظ أن قانون التوفيق الإلكتروني الفرنسي قد جاء استجابة للتوجيه الأوروبي رقم (93) لسنة 1999 المتضمن جل القوانين الوطنية.

## 2 - تشريع الولايات المتحدة الأمريكية :

عرفت الولايات المتحدة الأمريكية خلال تسعينيات القرن الماضي نموا هائلاً للتجارة الإلكترونية وكانت من الدول الرائدة في هذا المجال، ومن تم عملت العديد من الولايات بإصدار تشريعات تنظيم الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات<sup>3</sup>، غير أن الحكومة الفيدرالية الأمريكية رغبت في توحيد القوانين ذات العلاقة بالتوقيع الإلكتروني على المستوى الفيدرالي، بما يسهم في إزالة الاختلافات بين تشريعات الولايات المختلفة وما يحقق التوافق فيما بينها.

وتم إصدار القانون الموحد للتعديلات الإلكترونية، وهو قانون غودجي تم الأخذ به واعتماده في غالبية الولايات الأمريكية، ويهدف هذا القانون إلى تسهيل التجارة الإلكترونية عبر إعطاء الاتفاقيات والتوفiques الإلكترونية ذات الحجية التي تتمتع بها الاتفاقيات والتوفiques التقليدية.

وينص القسم السابع من هذا القانون على أن للتوقيع الإلكتروني ذات الحجية في الإثبات التي يتمتع بها التوقيع اليدوي، وأنه إذا طلب القانون وجود توقيع، فإن التوقيع الإلكتروني يحقق متطلبات هذا القانون<sup>4</sup> ويعرف هذا القانون التوقيع الإلكتروني بأنه "أي صوت أو رمز أو إجراء إلكتروني مرتبط أو متعلق منطقياً بسجل وينفذ أو يعتمد من الشخص الراغب في توقيع السجل".

<sup>1</sup>-ممدوح محمد مبروط، مرجع سابق، ص: 127.

<sup>2</sup>-عبد الفتاح حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 474.

<sup>3</sup>-I am a. Rambarron, I accept but do they? Then need for electronic signatur legislation on mainland chino 15 transmat LLaw 405-417-18 (2002)

<sup>4</sup>-UNIF. ELECT transactions act, 7A UL, A 252 -2002.

كما أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانون التوقيع الإلكتروني في التجارة المحلية والدولية في سنة 2000، ووقع على هذا القانون الرئيس الأمريكي بيل كلينتون في 30 يونيو 2000 بعد أن أقره الكونغرس ودخل هذا القانون حيز التنفيذ في أكتوبر 2000.<sup>1</sup>

ويطبق هذا القانون على التصرفات والمعاملات الإلكترونية التي ينتمي أطرافها إلى ولايات مختلفة، وعلى التصرفات القانونية التي تتم مع أطراف أجنبية خارج الولايات المتحدة، ويعرف هذا النظام بحجية المحررات الإلكترونية والتوقعات الإلكترونية في الإثبات ولا يتطلب هذا القانون الحصول على شهادة توثيق ثبت موافقته أو قبول جهة أخرى على هذا التوقيع.

وهذا القانون ذو طبيعة إجرائية ولا يحل محل قوانين العقود وما تتضمنه تلك القوانين من أحكام.

ولا تطبق أحكام هذا القانون على العقود والمحررات الخاضعة لنصوص التشريعات الآتية :

- التشريعات الخاصة بالوصايا والميراث.

- التشريعات الخاصة بالمسائل العائلية.

- نصوص القانون التجاري الموجد أوراق المحاكم.

- المحررات الخاصة بإثباتات اتفاقية الائتمان.<sup>2</sup>

### 3 - التشريع المصري :

تنص المادة 14 من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 في شأن التوقيع الإلكتروني على أنه للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتقانه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ونلاحظ في هذه المادة أن المشرع المصري أعطى الحجية للتوقيع الإلكتروني في المعاملات المدنية والتجارية والإدارية.<sup>3</sup>

وإذاء اعتراف المشرع المصري بحجية الإثبات للكتابة الإلكترونية وللتوقعات الإلكترونية سواء كانت رسمية أم عرفية، فإن هذا يكمل المنظومة الإلكترونية في مصر، ويصبح للتوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية ذات الحجية الموجدة في قانون الإثبات، الشيء الذي يدعم استخدام التقنيات الحديثة والوسائل الإلكترونية ويسهل

<sup>1</sup>- ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص: 186.

<sup>2</sup>- ثورت عبد الحميد، م س، ص: 187.

<sup>3</sup>- عبد الفتاح حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، م س، ص: 364.

استخدامها من قبل الأفراد والجهات الحكومية والخاصة وبعد خطوة هامة نحو تحقيق فكرة الحكومة الإلكترونية في جمهورية مصر العربية<sup>1</sup>.

وحدد المشرع المصري عدداً من الشروط التي لابد من توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يتمتع بذات الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي وهي :

- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره .

- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني .

- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني<sup>2</sup>.

ثانياً : موقف القضاء من تقدير حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات :

لقد حاول الفقه جاهداً تطبيق مبادئ الإثبات الإلكتروني على قواعد الإثبات القائمة فإن القضاء لم يدخل جهداً لإيجاد حلول للاعتراف بحجية المحرر أو التوقيع الإلكتروني، ذلك أن الطابع الافتراضي في شبكة الإنترنت يربك تطبيق الوسائل التقليدية في الإثبات، وكون الإنترت بوابة مفتوحة أمام الجميع ومن جميع الدول والأقطاب يجعل التعاقد عبره يطرح مسألة القانون الواجب التطبيق.

بالنسبة للتوقيع الإلكتروني نجد أن أغلب التشريعات تعرف بحجيته القانونية، إلا أن قبول القضاء للتعاقدات الإلكترونية يتطلب إقرار حجية العقود الإلكترونية والمراسلات والتواقيع وموثوقيتها كبينة في المنازعات القضائية، لذلك كان ضرورياً توفر معايير قانونية واضحة في مسائل الإثبات بالرسائل والوسائل الإلكترونية أمام القاضي، وقد أصبح التوجه نحو وسائل التقاضي البديلة التي تحيي التحرر من كثير من القيود القانونية القائمة، ولعل التحكيم والمفاوضات والوساطة وغير من طرق فض المنازعات خارج المحاكم هو الأنسب للنشاط الإلكتروني والمعلوماتي خاصة إذا نظرنا إلى كستنة البنية التحتية لحاكم المملكة والأجهزة الإلكترونية المتوفرة أضعف إلى ذلك المستوى الضعيف للموارد البشرية فيما يخص تقنية المعلومات واللغات الأجنبية إذ يفرض الاهتمام بهذا المجال دراية كاملة بل ومتفقة في استعمال نظم المعلومات بشتى تطبيقاتها وكذا الإلام باللغات والقوانين المقارنة وهذا شيء نفتقد له داخل المحاكم المغربية.

كما أن إضفاء الحجية القانونية للمحرر أو التوقيع الإلكتروني تخضع لاتفاق المسبق بين الأطراف ينظم حجية التوقيع والمحرر الإلكتروني في حالة وجود نزاع بينهم.

لكن السؤال الذي يفرض نفسه هنا هو هل سيترك للقاضي حرية تقدير الدليل الإلكتروني كما هو شأن بالنسبة للدليل الورقي التقليدي أو بوجه عام باقي وسائل الإثبات الأخرى.

<sup>1</sup> ثروت عبد الحميد، م س، ص: 365.

<sup>2</sup> حدد المشرع العديد من الشروط والمواصفات الفنية والتقنية والتي تحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية ومنها أيضاً:

- أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت و تاريخ إنشاء الكتابة أو المحرر الإلكتروني.

- درجة سيطرة منشئها على هذا المصدر على الوسائل المستخدمة.

- أن يتم ذلك في إطار نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو المحرر.

وقبول المحرر الإلكتروني بواسطة القاضي يتطلب أن يقرر القاضي مدى كفاية التقنية المستخدمة في استيفاء الشروط إلا أن ذلك قد يضعف من قوته الإثباتية لذلك تم الالتجاء إلى خدمات سلطات المصادقة.<sup>1</sup>

ذلك أن القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية نص المشرع المغربي على أن تسليم شهادة المصادقة الإلكترونية يتم من طرف مقدم خدمات المصادقة المعتمد من لدن السلطة الوطنية المكلفة باعتمادها ومراقبتها وينحصر هذا الدور في الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات وهي مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي أحدثت بمقتضى القانون رقم 24.96.

وتعتبر جهات المصادقة الإلكترونية سواء كانت أفراداً أو شركات طرفاً محايداً تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية ويتمثل دورها أساساً في تحديد هوية المتعاملين وتحديد أهليةتهم القانونية للتعاقد بالإضافة إلى التأكد من مضمون هذا التعامل وسلامته وجديته وعدم تعرضه للغش والاحتيال.

كما تقوم هذه الجهات بإصدار المفتاحين الإلكترونيين الخاص الذي يتم من خلاله تشفير المستندات الإلكترونية والعام الذي يتم من خلال فك الشفرة أو التشفير، وهي تخضع في ذلك لمراقبة وإشراف الدولة.<sup>2</sup>

ويصدر مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية ما يسمى بشهادة التوثيق الإلكتروني والغرض منها هو معرفة أن التوقيع الإلكتروني أو المستند الإلكتروني صادر من نسب له كما تؤكد الشهادة أن البيانات الموقعة عليها من بيانات صحيحة صادرة عن الموقع ولم يتم التلاعب فيها فلم يطرأ عليها أي تبديل سواء بالحذف أو بالإضافة أو التغيير وذلك لتصبح بيانات موثقة ولا يمكن إنكارها.

وهناك نوعين من الشهادات الإلكترونية، شهادة إلكترونية مؤمنة وشهادة إلكترونية بسيطة، فمن عيوب الشهادة الإلكترونية المؤمنة والمنصوص عليها في المادة 11 من القانون 53.05 أنها هي الشهادة التي يقدمها مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية المعتمد من لدن السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية ومن ذلك يتبين أن الشهادة الإلكترونية التي لا تخضع للمصادقة هي التي تكتسب صفة الشهادة البسيطة.

### ثالثاً : معاينة مخالفات القانون 53.05 :

تسند مهمة معاينة والبحث في هذه المخالفات الأعون السلطة القضائية المؤهلين لهذا الغرض والمخلفين وفق للقوانين العادية، وكذا الضباط وأعون السلطة القضائية وأخيراً لأعون الجمارك داخل نطاق اختصاصهم وتتمثل صلاحيتهم في الولوج إلى الأماكن أو الأراضي أو وسائل النقل المعدة لغرض معين، وأن يطلبوا الاطلاع على كل الوثائق المهنية، وأن يأخذوا نسخ منها وأن يحصلوا على الإثبات والمعلومات بعين المكان بعد استدعاء

<sup>1</sup>-عمر أنجوم، إثبات العقد الإلكتروني وفق قانون الالتزامات والعقود على ضوء مشروع قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات، مجلة القانون المغربي العدد 11 ماي 2007.

<sup>2</sup>-أناط المشرع المغربي مهمة اعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية إلى السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة بناء على نص المادة 15 من القانون 53.05 كلما أنط بها نشر مستخرج من قرار الاعتماد في الجريدة الرسمية، ويمسك سجل بأسماء مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية المعتمدين بنشر نهاية كل سنة بالجريدة الرسمية طبقاً لنص المادة 17 و 18 للسلطة الوطنية مراقبة نشاط هؤلاء المعتمدين.

-ضياء أحمد نعمان، المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالبطاقة البنكية، الجزء 2 ص: 229.

المعنىين بالأمر، كما يجوز لهم القيام في نفس الأماكن بمحجز الوسائل المشار إليها في المادة 12 من نفس القانون<sup>1</sup> بأمر من وكيل الملك أو قاضي التحقيق.

وتحال محاضر أعون السلطة المركزية المؤهلين لهذا الغرض والذي سبق ذكرهم إلى وكيل الملك داخل أجل 5 أيام التالية لتحريرها ولعل السبب في ذلك هو الإسراع بإحالة المحاضر فور الإنجاز حتى لا تبقى مهملة لدى الضباط أو الأعوان.

#### - الحماية التقنية :

يقصد بالحماية التقنية مجموع الوسائل والأدوات والإجراءات اللازم توفيرها لضمان حماية المعلومات من الأخطار الداخلية أو الخارجية<sup>2</sup>.

ولكي يتم التغلب على هذه المخاطر، تم ابتكار عدة وسائل تقنية في هذا المجال<sup>3</sup> سنركز منها على نظام التشفير باعتباره من أهم الوسائل التقنية التي تحمي التجارة الإلكترونية والتبادل الإلكتروني للمعطيات وبالتالي حماية التعاقد الإلكتروني، وبخصوص هذه المسألة فإن السؤال المطروح هو ما هي أوجه الحماية لنظام التشفير من خلال القانون 53.05.

يعتبر قانون 53.05 قفزة نوعية تضاف إلى التغييرات والإضافات التي قام بها المشرع القانوني المغربي من أجل مواكبة التطور التكنولوجي إلا أن قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات، كقانون متخصص لا تزال مقتضياته غير كافية للوصول إلى مصاف الدول المتقدمة وسنستعرض لأهم التغيرات التي طبعت هذا القانون ومنها :

- لم يتضمن مطلعه تحديداً لمضامين بعض المصطلحات التقنية الواردة به، وإذا كان قد قام بذلك فعلاً في بعض الأعمال التشريعية التي أصدرها مؤخراً فمثل هذا التباهي في المنهج رغم اتخاذ المصطلح غير محمود، بل إنه يخالف التوجه الحديث في صناعة التشريع الذي يتطلب مثل هذا التحديد الاصطلاحي وذلك لضمان التطبيق السليم للقانون<sup>4</sup>.

- غياب آلية مقتضيات متعلقة بتنازع الاختصاص في العقد الإلكتروني وإن كنا نلاحظ أن المشرع المغربي أتى ببعض الإجراءات حينما نص في إطار المادة 21 من القانون رقم 05.53 والمتعلقة بشروط الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية، إلا أن هذه الإجراءات تعتبر غير كافية خصوصاً إذا تعلق الأمر بغياب أي اتفاق متعدد أو ثنائي الأطراف يتعلق بالاعتراف المتبادل بين المغرب وبقي الدول الأخرى لاعتماد مقدمي الخدمة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- تنص المادة 12 من القانون رقم 53.05 في فقرتها الثانية على ما يلي: "...يراد بوسيلة التشفير كل عتاد أو بمرجية أو هما ينشأ أو يعدل من أجل تحويل معلومات سواء كانت عبارة عن معلومات أو إشارات أو رموز استناداً إلى اتفاقيات سرية أو من أجل إنجاز عملية عكسية لذلك بموجب اتفاقية سرية أو بدوتها.

<sup>2</sup>- من المخاطر التي تواجه أنظمة التجارة الإلكترونية نجد على سبيل المثال لا الحصر: اختراق الأنظمة - زرع نقاط الضعف - إنكار الخدمة.

<sup>3</sup>- ضياء علي نعمان، الحماية التقنية للتجارة الإلكترونية مقال منشور بمجلة قانون وأعمال العدد الأول مارس 2011، ص: 20 وما بعدها.

<sup>4</sup>- سعيد الباتولي، مآل التجارة الإلكترونية عبر الأساليب التعاقدية لقانون 53.05، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، مراكش، كلية الحقوق 2011- ص: 165.

<sup>5</sup>- سعيد الباتولي، مرجع سابق، ص: 166.

- لم يتضمن قانون 53.05 أي مقتضى متعلق بإشكالية الوفاء الإلكتروني والذي يعتبر أساسياً لضمان الثقة لدى المتعاقد، وبالتالي الإقبال بكل حرية على التجارة الإلكترونية.

#### ❖ المراجع المعتمدة :

- أحمد شرف الدين، التوقيع الإلكتروني وقواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الإلكترونية ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية المنعقد في جامعة الدول العربية 2000.

- نبيل بوجميدي، الثورة التقنية ومسوغات التحويلات القانونية، التوقيع الإلكتروني، نموذجاً، مجلة محكمة العدد 4.

- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة القاهرة، 2008.

- محمد عبيد الكعبي، الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع بشكّة الإنترنـت، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 237 وما بعدها.

- خالد مدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2008.

- عبد الله مسfer الحيان، التوقيع الإلكتروني، دراسة نقدية، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة بغداد، ع 1 يونيو 2004.

- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2008.

- إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت 2003.

- الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية في التشريع المغربي، عرض في إطار التكوين المستمر من إعداد الأستاذة زينب بنعوم، محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، بتاريخ 27-1-2011.

- محمد المرسي زهرة، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، بحث حول الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في الأبناك اتحاد المصارف العربية، القاهرة، الطبعة الثانية 1999.

- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2000.

- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2009.

- أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني، المؤسسة الحديبية للكتاب، طبعة 2006.

- القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية

- العربي جنات، التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2008.

- عمر أنجوم، إثبات العقد الإلكتروني وفق قانون الالتزامات والعقود على ضوء مشروع قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات، مجلة القانون المغربي العدد 11 ماي 2007.

- ضياء أحمد نعمان، المسؤلية المدنية الناجمة عن الوفاء الإلكتروني بالبطاقة البنكية، الجزء 2.

- ضياء علي نعمان، الحماية التقنية للتجارة الإلكترونية مقال منشور بمجلة قانون وأعمال العدد الأول مارس 2011.

- سعيد الباتولي، مآل التجارة الإلكترونية عبر الأساليب التعاقدية لقانون 53.05، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، مراكش، كلية الحقوق 2011.

#### • مقالات على الانترنت :

- مقال تحت عنوان، التوقيع الإلكتروني منقول من الموقع الإلكتروني التالي :  
[www.signature.gov.eg/matorials/electrinocsingatue](http://www.signature.gov.eg/matorials/electrinocsingatue)

- أسامي بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات مقال منشور على الرابط التالي :  
[www.mouss.edu.so](http://www.mouss.edu.so)

-نظم وتطبيقات التشفيير على الموقع التالي : [www.wzbaradlink.com/vb/forumdisplay.php?f=5-83k](http://www.wzbaradlink.com/vb/forumdisplay.php?f=5-83k) • مراجع باللغة الأجنبية :

- Henri lilen, un ordinateur comment ça marche, éditeur vuibert, 1ère édition 2004.
- UNIF. ELECT transactions act, 7A UL, A 252 -2002.
- Christopher willian pappos comportaive U.S and E U approaches to E. commerce regulations jurisdiction electronic contracts electronic signatures and taxation 31 DENV J. INT. LL and poly 325, 341 (2002).

## التطبيق للشقاق كمسطرة احتياطية في حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة



ذ. محمد قاسمي<sup>1</sup> : باحث في العلوم

القانونية وخريج ماستر الأسرة بـأكادير

### مقدمة :

سعى المشرع المغربي في مدونة الأسرة إلى إيجاد حلول بديلة لبعض المعضلات التي قد تطرح أمام أصحاب الحقوق عند بعية اقتضاء حقوقهم، ولعل من أهم الحلول الاحتياطية التي جاء بها المشرع في المدونة نجد مسطرة الشقاق<sup>2</sup>، حيث كثيراً ما يحيل عليها أطراف الإدعاء عند عدم جدواه الحل الأول الموضوع رهن إشارتهم، حيث باستقراء مواد المدونة نجد أن عدد الحالات على هذه المسطرة وصلت لحدود الخمس حالات وهي: اللجوء لمسطرة الشقاق عند إخلال أحد الزوجين بالواجبات المترتبة عليه استناداً إلى ميثاق الزواج<sup>3</sup>، كذلك لجوء الزوجة لمسطرة الشقاق عند العجز عن إثبات الضرر<sup>4</sup> – وهو الذي يهمنا في هذه الدراسة – وكذا حالة إصرار الزوجة على طلب

<sup>1</sup>- مدير مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية.

<sup>2</sup>- نظم المشرع المغربي مسطرة الشقاق في الكتاب الثاني من المدونة، وبالضبط في الباب الأول من القسم الرابع من نفس الكتاب، أي المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة.

<sup>3</sup>- تنص المادة 52 من مدونة الأسرة على أنه: "عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزمه به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده".

<sup>4</sup>- تنص الفقرة الثانية من المادة 100 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا لم ثبت الزوجة الضرر، وأصرت على طلب التطبيق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

الطلاق بالخلع ورفض الزوج لذلك<sup>1</sup>، وكذا رفض الزوجة رجعة زوجها لها<sup>2</sup>، بالإضافة إلى حالة تمسك الزوج بطلب التعدد ورفض الزوجة الإذن له بذلك<sup>3</sup>.

فالمشرع جعل للزوجة العاجزة عن إثبات الضرر المبرر للتطليق مخرجا يسير، وهو اللجوء لسيطرة الشقاق، وهو ما نلمسه بتصريح النص في الفقرة الثانية من المادة 100 من مدونة الأسرة، حيث جاء فيها : " إذا لم ثبتت الزوجة الضرر، وأصرت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسيطرة الشقاق."

فانطلاقا من كل ما تقدم، تطرح لدينا الإشكالية التي مفادها: هل استطاع المشرع المغربي من خلال مسيطرة الشقاق كمسطرة احتياطية لانحلال العلاقة الزوجية إيجاد الحلول البديلة للزوجة العاجزة عن إثبات الضرر الحاصل لها أم أن العكس هو الحال؟

وعليه، سنقسم دراسة هذا المقال إلى مطلبين، نخصص (المطلب الأول) للحديث على التأصيل الفقهي للشقاق وموقف مدونة الأسرة والقوانين المقارنة منه، على أن نرجع الحديث بعده إلى إجراءات ممارسة دعوى الشقاق والحكم الصادر بشأنها في (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : التأصيل الفقهي للشقاق وموقف المدونة والقوانين المقارنة منه :

شرع الزواج أساساً لمصلحة تحقيق السكن والمودة واللنة الطيبة وإنجاح الدرية الصالحة، وتحقيق المجتمع المتماسك، فهو مرعي وواجب الاستمرار لا ي sis بسوء، ما دام خادماً أهدافه محققاً لأغراضه، لكن ما يحيد عن ذلك ويتحول إلى وسيلة لدفع المصلحة، وجلب الضرر من قبيل إنتاج الخوف والرعب والخصام، والقسوة، والألم، والأولاد المقهورين نفسانياً، فإن إنهاءه ووضع حد له يصبح من صميم مقصود الشرع باعتبار أن دفع الضرر كذلك مصلحة<sup>4</sup> فالدين الحنيف من أعرق مقاصده أن لا ضرر ولا ضرار وأن دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة.

فالشقاق باعتباره نوعاً من أنواع النفور بين الزوجين يعد من ضمن الأسباب التي تنتهي بها العلاقة الزوجية وتتهدم به عديد من صروح الأسر، ويدخل به الخراب إلى العديد من البيوت وتتصبح مرتعاً للمحن.

فلقد أولى فقهاء الإسلام لموضوع الشقاق عناية كبيرة في مؤلفاتهم، وقاموا بالتأصيل له في تدويناتهم، كما وضعوا له إجراءات لأجل فضه (الفقرة الأولى) وعلى دربهم سارت العديد من التقنيات العربية الأسرية المقارنة ومنها مدونة الأسرة الغربية، حيث بدورها تطرقت لموضوع انفصال الرابطة بالشقاق وقفت الأحكام الخاصة به، وبينت محمل الإجراءات التي يتم سلوكها عند بروز معضلة الشقاق بين الزوجين (الفقرة الثانية).

<sup>1</sup>- تنص الفقرة الثانية من المادة 120 من مدونة الأسرة على ما يلي: "إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسيطرة الشقاق".

<sup>2</sup>- أقرت الفقرة الأخيرة من المادة 124 من مدونة الأسرة بما يلي: "يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسيطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه".

<sup>3</sup>- صرحت الفقرة الأخيرة من المادة 45 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً مسيطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده".

<sup>4</sup>- قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الرباط، العدد الثالث، دجنبر 2006، ص: 64.

## الفقرة الأولى : تأصيل فقهاء الشريعة الإسلامية لموضوع الشقاق :

الشقاق في الفقه الإسلامي بالمفهوم العام للمصطلح إما أن يكون من جهة الزوج أو من كليهما معاً<sup>1</sup>، فإذا ظهر للقاضي بالبحث والتمحیص والتحقق من الأدلة والشهود والاعترافات أن الشقاق من المرأة فهو نشوز، يقول البارئ تعالى فيه (وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يَعْلَمُ تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجِرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطْعَنُكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْا كَيْرًا)<sup>2</sup> أما إذا ظهر للقاضي أن الشقاق من الرجل، فهو إضرار بالزوجة وتعدي عليها، فتطلق عليه من أجل رفع الضرر برضاهما ورغبتها، لأن الضرر محروم شرعا لقوله تعالى : (وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَا يَبْلُغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَمُسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتُعَذِّبُوْهُنَّ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَخَذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُرُوا)<sup>3</sup> وإن ظهر للقاضي أن الشقاق منهما معا، وخشي أن يتفاقم أمره وتطول الخصومة ، فتتطور إلى العداوة والعصيان، بعث حكما من أهله وحكمها من أهلها برضاهما<sup>4</sup> ، لقوله تعالى : (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهِنَّ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوقِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْمًا خَيْرًا)<sup>5</sup>.

فالشقاق في الفقه الإسلامي إن كان من الزوجة فهو نشوز منها، وإن كان من الزوج فهو إضرار منه بها، وإن كان منهما معا فهو شقاق بالمفهوم الخاص للمصطلح<sup>6</sup>، فالشقاق الذي نحن نحن به دراسته هو الذي يكون من الزوجين معا، حيث الزوجة تدعي إضرار زوجها بها، ومع ذلك تعجز عن إثبات ضررها للقاضي، فإن لم تستطع إثباته رفض دعواها، فإن تكررت شكواها بعث القاضي حكمين للإصلاح بينهما، ويشرط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين راشدين عالمين بالمطلوب منهما شرعا في هذه المهمة، ويكون أحدهما من أهله والأخر من أهلهما إن أمكن، فإن لم يجد من أهلهما ما يصلح لذلك بعث - أي القاضي - حكمين أجنبيين من لهم صلة بالزوجين<sup>7</sup>.

فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية عند وجود نزاع وشقاق بين الزوجين على ضرورة بعث الحكمين<sup>8</sup>، وفي ذلك قال الإمام الشافعي رحمه الله، قال الله تبارك وتعالى (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا) الآية، قال الله أعلم بمعنى من أراد من خوف الشقاق الذي إذا بلغه أمره أن يبعث حكما من أهله وحكمها من أهله<sup>9</sup>.

<sup>1</sup>- عدي البشير، قضايا الأسرة من خلال النوازل الفقهية في سوس، أطروحة لنيل الدكتوراه في كلية الشريعة، أكادير، 2012م، ص:375.

<sup>2</sup>- سورة النساء، الآية:34.

<sup>3</sup>- سورة البقرة، الآية: 231.

<sup>4</sup>- عبد الله بن الطاهر السوسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدله، الكتاب الثاني، الطلاق، م.س ، ص: 147 و 148 .  
<sup>5</sup>- سورة النساء، الآية:35.

<sup>6</sup>- عدي البشير، قضايا الأسرة من خلال النوازل الفقهية في سوس، م.س ، ص:375.

<sup>7</sup>- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السننية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1983م، ص: 603 و 604.

<sup>8</sup>- لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز إرسال الحكمين إلى الزوجين إذا وقع بينهما التشااجر ووجهت أحوالهما فيه، فلم يعرف السبب والمقصود منهما، ولا خلاف في أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين إن أمكن ذلك أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة.

- هشام الريسيوني، التطبيق للضرر في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2005م، ص:15.

<sup>9</sup>- أبو محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المجلد الثاني، دار الفكر، دمشق، (د.ذ.م.ط.) ، ص:124.

فإن كان فقهاء الإسلام قد أجمعوا عند احتدام الشقاق بين الزوجين على ضرورة بعث الحكمين، فقد اختلفوا في مسألة أحقيـة الحـكمـيـة في التـفـرـيقـ بينـ الزـوـجـيـنـ منـ عـدـمـهـ، فـذـهـبـ الحـنـفـيـةـ وـالـجـعـفـرـيـةـ وـالـشـافـعـيـةـ فيـ أـحـدـ قـولـيهـ وـاحـمـدـ فيـ إـحـدـىـ الرـوـاـيـتـيـنـ...إـلـىـ القـولـ إنـ الـآـيـةـ - أـيـ 35ـ مـنـ سـوـرـةـ النـسـاءـ - قـصـرـ عـلـىـ حـكـمـيـنـ عـلـىـ مـحاـوـلـةـ الإـصـلـاحـ بـيـنـ الزـوـجـيـنـ، وـلـمـ تـجـعـلـ هـمـاـ حـقـ التـفـرـيقـ...وـذـهـبـ المـالـكـيـةـ وـالـأـوـزـاعـيـ وـالـشـافـعـيـ فيـ قـوـلـهـ الآـخـرـ وـأـحـمـدـ فيـ الرـوـاـيـةـ الـأـخـرـىـ إـلـىـ أـنـ حـكـمـيـنـ فـهـمـاـ بـعـنـيـ حـكـمـيـنـ فـيـثـبـتـ هـمـاـ حـقـ الـحـكـمـ وـلـاـ حـكـمـ هـنـاـ إـلـاـ بـالـتـفـرـيقـ إـذـاـ تـعـذـرـ الإـصـلـاحـ. وـقـدـ ثـبـتـ أـنـ عـثـمـانـ أـرـسـلـ حـكـمـيـنـ وـقـالـ هـمـاـ إـنـ رـأـيـتـمـاـ أـنـ تـفـرـقـاـ فـفـرـقـاـ<sup>1</sup>.

يتضح مما سبق أن مسألة الشقاق بين الزوجين تجد لها أصداء عميقة من التأصيل عند فقهاء الإسلام، فرغم عدم اختلافهم في وجوب الإصلاح بين الزوجين عند الشقاق، وبعث الحكمين لنفس الغاية، إلا أنهم وقع الخلاف معهم في مدى أحقيـةـ الحـكـمـيـنـ فيـ التـفـرـيقـ بينـ الزـوـجـيـنـ، بـيـنـ مـنـ يـرـىـ أـحـقـيـتـهـمـاـ فـيـ ذـلـكـ، وـبـيـنـ مـنـ يـنـزـعـ هـذـهـ الـمـكـنـةـ مـنـهـمـ، وـكـلـ هـذـاـ حـسـبـ اـعـتـقـادـنـاـ لـيـسـ إـلـاـ مـنـ قـبـيلـ الـخـلـافـ الـعـالـيـ بـيـنـ الـمـذاـهـبـ الـفـقـهـيـةـ، وـهـذـاـ الـخـلـافـ مـحـمـودـ مـاـدـامـ يـسـتـنـدـ عـلـىـ أـدـلـةـ شـرـعـيـةـ قـوـيـةـ، وـمـاـ دـامـ كـذـلـكـ أـنـ بـالـخـلـافـ تـتـطـوـرـ الـعـلـومـ.

## الفقرة الثانية : موقف المدونة والقوانين العربية المقارنة من موضوع الشقاق :

لم يكن لموضوع الشقاق ومسطرته أي وجود في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة<sup>2</sup>، فقد كانت الزوجة المتضررة وقتذاك تسلك مسطرة التطليق للضرر، فإذا هي عجزت عن إثبات ما تدعى به فالمحكمة ترفض طلبها الرامي إلى التطليق، حيث القضاء المغربي في ظل تطبيق هذا القانون كان يتشدد في الأخذ بمفهوم الضرر المبرر للتطليق وفي إثباته وتقديره عند سماع دعوى التطليق للضرر<sup>3</sup> المرفوعة من الزوجة.

حيث كثيراً ما يؤول القضاء النصوص المنظمة للتطليق لصالح الزوج، مما يكون معه الاستجابة لطلب الزوجة بالفرقة كثير الاستبعاد وهو ما يتضح في أحد قرارات المجلس الأعلى جاء فيها: "يثبت من تصفح لفيف إثبات الضرر...أنه لفيف سماعي، وأن شهوده يشهدون معرفة الزوجين ويسمعون أن الزوج يضر بزوجته بأنواع الضرر المختلفة، وأن كل ذلك في علمهم وصحة يقينهم بالسماع الفاشي، ووجب كهذا لا يمكن قبوله شرعاً لإثبات الضرر بالسماع، إلا أن يشهد الشهود بأن إساءة الزوج لزوجته تكون من غير ذنب جنته"<sup>4</sup> ونعارض في هذا الصدد توجه المجلس الأعلى هذا الذي سار في حقيقة الأمر إلى تطبيق نوع من الحيف في حق هذه الزوجة، لأنها و المعلوم أن إضرار الزوج بزوجته كان في مكان مغلق عن أعين الشهود وهو البيت فكيف لهم أن يعلموا حقيقة كون إضرارا الزوج بزوجته قد كان من غير ذنب منها والحال هته.

فالتشدد والتضييق في مسألة الضرر مفهوماً وإثباتاً وتقديراً، وما خلفه من آثار سلبية على حق المرأة في التطليق، هو من الأسباب التي دفعت بالشرع المغربي إلى استحداث مسطرة الشقاق، حيث تناولها بالتنظيم كمسطرة

<sup>1</sup>- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، م.س، ص: 601 و 602.

<sup>2</sup>- في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، لم يكت المشـرـعـ يـنـصـ عـلـىـ شـيـءـ اـسـمـهـ التـطـليـقـ لـلـشقـاقـ، فـكـلـ مـاـ كـانـ يـقـرـبـهـ مـنـ أـنـوـاعـ التـطـليـقـاتـ هـوـ التـطـليـقـ لـعـدـمـ الإنـفـاقـ (الفـصلـ 53ـ) وـالـتـطـليـقـ لـلـعـيـبـ (الفـصلـ 54ـ) وـالـتـطـليـقـ لـغـيـبـ الـزـوـجـ (الفـصلـ 56ـ) وـأـخـيـراـ التـطـليـقـ لـلـإـلـيـاءـ وـالـهـجـرـ (الفـصلـ 57ـ).

<sup>3</sup>- عدي البشير، قضايا الأسرة من خلال التنازل الفقهي في سوس، م.س، ص: 371.

<sup>4</sup>- قرار صادر عن المجلس الأعلى، أورده عدي البشير، نقلـاـ عـنـ زـهـورـ الـحرـ، قـرـاءـةـ فـيـ فـرـارـاتـ الـمـجـلـسـ الـأـعـلـىـ الـمـتـعـلـقـ بـالـتـطـليـقـ، التـطـليـقـ لـلـضـرـرـ نـمـوذـجـاـ، مـقـالـ مـقـدـمـ فـيـ إـطـارـ النـدوـةـ الـمـنـظـمـةـ بـمـنـاسـبـةـ مـرـورـ 10ـ سـنـوـاتـ عـلـىـ تـطـبـيقـ الـمـدـوـنـةـ، ص: 371.

أصلية في المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة، كما تطرق لها كمسطرة احتياطية في العديد من مواد المدونة<sup>1</sup>، لكن هذه الأخيرة لم تعمل على تعريف الشقاق، وهو الأمر الذي استدركه عنها الدليل العملي حينما عرفه بأنه الخلاف العميق المستمر بين الزوجين بدرجة يتعدّر معه استمرار العلاقة الزوجية<sup>2</sup>. وهو التعريف الذي سبق للقضاء المغربي أن كرسه، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرماني<sup>3</sup> ما يلي: "إن الشقاق هو الخلاف العميق المستمر بين الزوجين لدرجة يتعدّر معها استمرار العلاقة الزوجية... وهو مفهوم واسع عام لا يشمل حالة معينة" وهو نفس التوجّه الذي سلّكته في تعريفه المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في أحد أحکامها<sup>4</sup>، حينما اعتبر الشقاق كونه الخلاف والنزاع الحادين بين الزوجين والذي من شأنه أن يحدث شقاً في العلاقة الزوجية بينهما.

وعلى نهج المدونة مضت العديد من التشريعات العربية المقارنة، حيث أقرت مسطرة الشقاق في قوانينها الأسرية، فالمشرع الجزائري تطرق لها في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعين الحكمين" كما تطرق المشرع المصري لنفس المسطرة في المادة السادسة وما يليها من قانون الأحوال الشخصية، حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "... فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكмиين وقضى على الوجه المبين بالمواد 7 و 9 و 10 و 11" كما نص القانون الأردني على مسطرة الشقاق كذلك في المادة 126 من قانون الأسرة الأردني حيث نصت على أنه: "لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للنزاع والشقاق إذا ادعى ضرر أحدهما به الطرف الآخر يتعدّر معه استمرار الحياة الزوجية..." وتعليقًا على هذه المادة قال الدكتور محمد علي السرطاوي<sup>5</sup> بأنه "إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر بيته قوله أو فعلًا بحيث لا يمكن مع هذه الأضرار استمرار الحياة الزوجية"

صفوة البيان تدفعنا إلى القول أن تنصيص المشرع على مسطرة الشقاق في المدونة وكذا معظم التشريعات العربية المقارنة في قوانينها الأسرية، ليس إلا تحصيل حاصل، ونحن نعلم أن هذه الدول تتخذ من المذاهب الفقهية منها لها عند تقنيتها للأحوال الشخصية، وأن جل المذاهب الفقهية إن لم نقل كلها تقر وتندب إلى الإصلاح بين الزوجين عن طريق بعث الحكميين عند وجود شقاق طال أحواهما، وكل ذلك منبثق من سراج وهاج يتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية العطرة.

<sup>1</sup>- لعل أهمها الفقرة الثانية من المادة 100 من مدونة الأسرة التي تكون فيها المرأة عاجزة عن إثبات الضرر، وتمسك بالتطبيق، ففي هذه الحالة سمح لها المشرع أن تلجأ لمسطرة الشقاق كمسطرة احتياطية بعد فشل المسطرة الأصلية المتمثلة في مسطرة التطبيق للضرر.

<sup>2</sup>- دليل عملي للمدونة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، 2004م، ص: 71.

<sup>3</sup>- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرماني بتاريخ 9 دجنبر 2004، أشار إليه:

- محمد الشافعي، مدونة الأسرة الاجتهد القضائي المغربي، حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي، سلسلة البحوث القانونية 19، المطبعة الورقة الوطنية،مراكش، 2011م، ص: 78.

<sup>4</sup>- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، بتاريخ 9 يناير 2006، منشور في مؤلف:

- محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهد القضائي المغربي، م.س، ص: 78.

<sup>5</sup> محمد علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 2010م، ص: 300.

## المطلب الثاني : إجراءات ممارسة دعوى الشقاق والحكم الصادر بشأنها :

إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر المبرر للتطليق أمام القضاء فإن هذه الأخيرة يغض الطرف عن هذا الطلب، لكن الزوجة التي تصر على التطبيق رغم فشلها في إثبات الشرر حول لها المشرع المغربي إمكانية اللجوء لمسطورة الشقاق، وذلك بتصريح الفقرة الثانية من المادة 100 من المدونة التي جاء فيها : "إذا لم ثبتت الزوجة الضرر، وأصرت على طلب التطبيق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

جاء في الدليل العملي للمدونة<sup>1</sup> تعليقا على هذه الفقرة أنه : " عند عدم ثبوت الضرر وتشبث الزوجة بطلب التطبيق، إمكانها تقديم طلب إلى المحكمة يرمي إلى حل نزاع مع زوجها على أساس الشقاق دون حاجة إلى فتح ملف جديد في الموضوع ".

من خلال التمعن في النصين السالفين الذكر، يتضح أن مسطرة التطبيق للشقاق في هذه الحالة قاصرة على الزوجة دون الزوج، وذلك عندما تعجز عن إثبات الضرر المزعوم لحقوقه بها، فتلجأ إلى التطبيق للشقاق الذي لا إثبات فيه، وهو نظر ينسجم مع التوجه العام الذي تبناه مشروع مدونة الأسرة سواء مورس بالأصل أو بالتابع، تلقائيا أو بناء على طلب<sup>2</sup>.

وعليه، سنقسم مضامين هذه الفقرة إلى فقرتين، نخصص (الفقرة الأولى) للحديث عن تقديم طلب الشقاق من الزوجة وانتداب المحكمة لمؤسسات الصلح لأجل الإصلاح، على أن نتطرق في (الفقرة الثانية) إلى نجاح أو فشل محاولات الصلح المقاومة والأثار المترتبة عن ذلك.

### الفقرة الأولى : تقديم الزوجة لطلب الشقاق وانتداب المحكمة لمؤسسات الصلح لأجل الإصلاح :

قد يتعدى على الزوجة إثبات إضرار الزوج بها، وذلك لخصوصية العلاقة الزوجية<sup>3</sup>، والمشرع المغربي ورغبة منه في رفع الحرج والضرر عن الزوجة مما قد تتعرض له في علاقة لا ترغب في الاستمرار فيها، فإن أحدث مسطرة جديدة لا تكلف الزوجة سوى أن تدعى وقوع نزاع وخلاف حاد مع زوجها بشكل يحول دون استمرار علاقتهم<sup>4</sup>.

وعليه، سنقسم هذه الفقرة إلى وحدتين، نخصص (أولا) للحديث عن رفع الزوجة لطلب التطبيق للشقاق، على أن نخصص (ثانيا) للحديث عن انتداب المحكمة لمؤسسات الصلح لأجل التوفيق والإصلاح بين الزوجين.

<sup>1</sup>- دليل عملي لمدونة الأسرة، م.س ، ص: 74.

<sup>2</sup>- عادل حميدي، التطبيق للشقاق وإشكالياته القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية، 2015م، ص: 62.

<sup>3</sup>- حميد مسراز، التطبيق للشقاق في مدونة الأسرة وأثره على الحقوق الأسرية، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، الموقع الإلكتروني الخاص بهـا، www.majalah.new.ma تاريخ الإطلاع 04/06/2017 على الساعة 20:00.

<sup>4</sup>- شرف الدين المرابط، التطبيق للشقاق، أرقام صادمة، مقال منشور بمجلة منازعات الأعمال، العدد التاسع، يناير 2016م، ص: 21.

## أولاً : تقديم الزوجة لطلب التطبيق للشقاق :

إن الزوجة عندما تطالب بالتطبيق للضرر تصطدم بعقبة إثبات لإضرار الزوج بها<sup>1</sup>، حيث إذا لم تقم بإثباته وعجزت عن ذلك، فقد أسعفها المشرع عندما فتح الباب على مصراعيه للجوء لسيطرة الشقاق<sup>2</sup> المنظمة في المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة، حيث نصت المادة 94 من مدونة الأسرة على ما يلي : " إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليهما أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه. "

ففي هذه الحالة، فالزوجة هي مقدمة طلب التطبيق للضرر<sup>3</sup>، وهي التي عجزت عن إثبات الضرر، وهي التي أصرت على المطالبة بالتطبيق رغم ذلك، لذلك فهي التي تقدم طلباً إلى المحكمة حل نزاع بينها وبين زوجها يخاف منه الشقاق<sup>4</sup>، وذلك حسب منطوق المادة 94 والتي يفهم منها أنه يمكن لكلا الزوجين حسب الحالة أن يقدم طلباً لأجل فض نزاع قد يصل مرحلة الشقاق فيما بعد بينه وبين الزوج الآخر.

إذا كانت الزوجة قد سبق لها في المسطورة الأصلية للتطبيق للضرر أن قدمت طلباً أصلياً ترمي منه التطبيق للضرر، وبعد عجزها عن تحقيق هذه الغاية، تلجأ إلى مسطرة الشقاق في هذه الحالة عن طريق رفعها لمقال إصلاحي، إذ لا يعقل أن يقدم ذلك بمقتضى مقال أصلي وإلا كان تطبيقاً للشقاق عادياً أي أصلياً وليس تبعياً، وكذلك بمقتضى مقال إضافي إذ لا يعقل أن يقدم طلباً نوعين من التطبيق في نفس الوقت بمقتضى مقال أصلي وإضافي فيكون المسلك الطبيعي لذلك هو مقال إصلاحي يجب ما قبله<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الواحد الرحمنى، مسطرة الشقاق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائى، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدى محمد بن عبد الله، فاس، الموسم الجامعى 2005/2006م، ص: 26.

<sup>2</sup>- وهو ما يفهم من صريح الفقرة الثانية من المادة 100 من مدونة الأسرة.

<sup>3</sup>- كونها هي صاحبة المصلحة فيه، وتتجلى هذه المصلحة في رغبها في فك العصمة التي تربطها بزوجها الذي أصبح يضر بها بمختلف الأضرار، والتي جعلت علاقتها الزوجية عصبة الاستمرار.

<sup>4</sup>- يقدم المقال الرامي إلى سلوك مسطرة الشقاق إلى المحكمة المختصة مكانياً ونوعياً للبت فيه، ويجب أن يتضمن مجموعة من البيانات الواردة في الفصل 32 من ق.م.م

<sup>5</sup>- عادل حميدي، التطبيق للشقاق وإشكالياته القضائية، م.س، ص: 66.

فحتى ولو قدم طلب الشقاق بمقال إصلاحي<sup>1</sup>، فلابد لهذا الأخير أن يتضمن محمل البيانات المقررة في المقال الأصلي، وهي التي صرحت بها الفصل 32 من ق.م.<sup>2</sup>، ويجب كذلك أن يقدم هذا المقال إلى المحكمة المختصة مكاناً ونوعاً للبت فيه ، وفي غالب الأحيان ما تكون هذه المحكمة هي التي سبق لها وأن رفع إليها المقال الأصلي القاضي بالتطبيق للضرر، وذلك تفعيلاً لمقتضيات الفصل 212 من ق.م الذي ينص على أنه : " يقدم وفقاً للإجراءات العادلة مقال التطبيق إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها نفوذها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو التي أبرم فيها عقد الزواج".

فبعد إيداع الزوجة لقائلاً الرامي إلى تطبيق مسطرة الشقاق ذات الهدف الإصلاحي بكتابة ضبط المحكمة المختصة وتسجيله، يتدخل رئيس المحكمة ليعين قاضياً مكلفاً به، حيث هذا الأخير يستدعي الأطراف بالطرق المحددة في الفصل من 36 إلى 41 من قانون المسطرة المدنية في العناوين المبينة في المقال الإصلاحي المرفوع، وإلا اعتبر التبليغ غير سليم مما يعرضه للبطلان هو وما قد يترتب عليه من إجراءات بعده<sup>3</sup>، وهو الأمر الذي سيق المحكمة النقض أن أثبتت عنه في قرار لها<sup>4</sup> جاء فيه : " يتوجب على المحكمة استدعاء الأطراف في عنوانينهم المدرجة في المقال المقدم أمامها، ويعتبر استدعاء أحد الأطراف في عنوان آخر وعدم حضوره وصدر الحكم غيابياً في حقه خرقاً لقواعد الدفاع مما يوجب نقض القرار".

1- يقصد بمقال الإصلاحي ذلك المقال الذي يتقدم به المدعي لإصلاح الخلل الذي شاب مقاله الافتتاحي.

- حسن الرميلي، المسطرة في القضايا المدنية والتجارية، محاضرات ملقة على طلبة الفصل السادس من الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، مراكش، ص: 51.

2- ينص الفصل 32 من ق.م على ما يلي: " يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعي عليه والمدعي وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعي، وإذا كان أحد الأطراف شركة وجب أن يتضمن المقال أو المحضر اسمها ونوعها ومركزها".

يجب أن يبين بإيجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة وترفق بالطلب المستندات التي ينوي المدعي استعمالها عند الاقتضاء مقابل وصل يسلمه كاتب الضبط للمدعي يثبت فيه عدد المستندات المرفقة ونوعها.

إذا قدم الطلب بمقال مكتوب ضد عدة مدعى عليهم وجب على المدعي أن يرفق المقال بعدد من النسخ مساوٍ لعدد الخصوم.

يطلب القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة أو التي تم إغفالها، كما يطلب الإدلاء بنسخ المقال الكافية وذلك داخل أجل يحدده، تحت طائلة الحكم بعدم قبول الطلب"

3- ينص الفصل 40 من ق.م. على أنه: " يجب أن ينصرم ما بين تبليغ الاستدعاء واليوم المحدد للحضور أجل خمسة أيام إذا كان للطرف موطن أو محل إقامة في مكان مقر المحكمة الابتدائية أو بمكرز مجاور لها ومدة خمسة عشر يوماً إذا كان موجوداً في أي محل آخر من تراب المملكة تحت طائلة بطلان الحكم الذي قد يصدر غيابياً"

4- قرار صادر عن محكمو النقض عدد 507 في الملف الشعري عدد 306/1/2008، المؤرخ في 5/11/2008، مشار إليه في:

- عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، منشورات دار القضاء بالمغرب، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2014م، ص: من 32 إلى 34.

بعد استدعاء المحكمة للأطراف في عناوينهم وحضورهم، تبدأ إجراءات هذه المسطرة، والتي يطبع عليها إجراء الصلح بشتى الطرق والوسائل التي يعتبر من أبرزها مؤسسة الحكمين<sup>1</sup>، بالإضافة إلى الوسائل الأخرى التي تراها المحكمة كفيلة لإصلاح ذات البين، وهو ما سنتطرق له تبعاً لما سيأتي.

### 1 - قيام المحكمة بمحاولات الإصلاح عن طريق الحكمين وبافي السبل :

ندب الدين الحنيف إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين وتحث على ذلك مصداقاً لقوله تعالى (وَإِنْ امْرَأً نَخَافَ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ)<sup>2</sup> كما يقول عزَّ مَنْ قَالَ : (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوهَا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهِا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوْفَقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا)<sup>3</sup> وفي ذلك قال خير البشرية صلَّى اللهُ عليه وسلم : (لَا أُبَيِّنُكُمْ بِدَرْجَةِ أَفْضَلِ مِنَ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ وَالصَّدَقَةِ ؟) " قالوا : بلى، قال : " إصلاح ذات البين، وفساد ذات البين هي الحالقة )<sup>4</sup>.

وعلى نفس النهج سارت كل المذاهب الفقهية الإسلامية، حيث رغبة في الإصلاح بين الزوجين بكل السبل لعل أهمها بعث الحكمين لإصلاح ورأب الصدع بين الزوجين، وعلى سبيلهم غدت كل التشريعات العربية المقارنة<sup>5</sup>، ومنها مدونة الأسرة المغربية<sup>6</sup>، حيث يتميز الصلح طبقاً للمواد المنظمة له في مدونة الأسرة بمجموعة من الخصائص يشتراك في بعضها مع العقود المدنية الأخرى والبعض الآخر ينفرد به نظراً لخصوصياته في المجال الذي يجري فيه، حيث يكن إجمالها فيما يلي: "وقوع نزاع بين الزوجين وسبقية رفع دعوى الشقاق، إلزامية القيام بالصلح من طرف المحكمة، تم رضائية إجراءاً الصلح في دعوى الشقاق" .<sup>7</sup>

فالمحكمة عند الإدعاء بوجود النزاع والشقاق المستمر بين الزوجين، تلتزم بالقيام بكل محاولات الإصلاح عن طريق المؤسسات المرصودة لذلك، سواء أكان ببعث الحكمين (أ) أو بواسطة مجلس العائلة أو عن طريق المجلس العلمي (ب).

### أ- ادعاء الشقاق وانتداب المحكمة للحكمين للإصلاح :

نصت المادة 94 من مدونة الأسرة على ما يلي : " إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق ، وجب عليها أن تقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه".

<sup>1</sup>- أولى المشرع أهمية قصوى لمؤسسة الحكمين في ضل مسطرة الشقاق، حيث كلف المشرع الحكمين ووضع على عاتقهما رسالة نبيلة غايتها إنتهاء النزاع المحتدم بين طرف العلاقة الزوجية، وهو الأمر الذي يفهم من تفاصيل المادة 95 من مدونة الأسرة.

<sup>2</sup>- سورة النساء، الآية: 128.

<sup>3</sup>- سورة النساء، الآية: 35.

<sup>4</sup>- صحيح سنن أبي داود 4111.

<sup>5</sup>- ومن هذه التشريعات مثلاً نجد مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصلين 25 و 31 منها، وكذلك قانون الأسرة الليبي في الفصلين 36 و 39 منه، وكذلك مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية في موادها 83 و 102...الخ.

<sup>6</sup>- أقر المشرع المغربي في العديد من مقتضيات المدونة على لزوم إجراء المحكمة لمحاولة الإصلاح بين الزوجين، كمثال في مسطرة التعدد في المادة 44، وكذلك في مسألة الطلاق في المادة 82، وفي مسطرة الشقاق في المادة 94، وكذلك عند باقي التطlications في المواد 113 و 114 و 120 من نفس المدونة.

<sup>7</sup>- عبد الواحد الرحمنى، مسطرة الشقاق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سidi محمد بن عبد الله، فاس، الموسم الجامعي 2005/2006م، ص: 30 و 31.

انطلاقا من هذه المادة يتضح أن المشرع حث المحكمة على القيام حسب سلطتها التقديرية بمحاولات الإصلاح بين الزوجين، لكنه لم يبين في نفس النص الطرق والوسائل التي يتم بها هذا الإصلاح، إلا أنه أحل على مقتضيات المادة 82 من نفس القانون، والتي تبين الطرق والمؤسسات التي يتم بها الإصلاح والتوفيق بين الزوجين عند الرغبة في الطلاق، حيث نصت نفس المادة على ما يلي: "... للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين..."، يتضح من هذا النص أن أول المؤسسات التي رصدتها المقنن المغربي لإصلاح أحوال الزوجين عند الشقاق هي مؤسسة الحكمين<sup>1</sup>، وعلى نهجه حدت معظم التشريعات العربية<sup>2</sup>، وهذه المؤسسة تجد لها تأصيلا في الذكر الحكيم<sup>3</sup>، وقد تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية بكثير من الأهمية نظرا لما لها من عظيم الأثر والفضل الكبير للإصلاح بين أعمدة الأسر، قال الناظم :

وإن ثبوت الضرر تعذرا \*\*\* لزوجة ورفعها تكررا

فالحكمان بعد بيعثان \*\*\* بينهما بمقتضى القرآن<sup>4</sup>

للمشرع المغربي أقر ببعث الحكمان لحالة الإصلاح والتوفيق بين الطرفان، وغالبا ما يكونان من أهل الزوجان، استنادا في ذلك إلى الآية 35 من سورة النساء في القرآن، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يكونوا من غيرهم إن لم يكن في أهل الزوجان ما يصلح لتقمص هذا الدور العظيم، قال البرادعي في التهذيب : " وإذا قبح ما بين الزوجان وجهلت حقيقة أمرهما بعث الإمام حكما من أهله وحكما من أهلهما، من أهل العدول والنظر، فإن لم يكن من أهلهما ما يراه ذلك أهلا، أو لا أهلا لهم، بعث من غير الأهلين"<sup>5</sup>. ويشترط في الحكمان العدالة والذكورة والتفقة والعلم بالإضافة إلى كونهما من أهل الزوجين كقاعدة عامة<sup>6</sup>.

فالحكمان يقومان بعد بعث القاضي لهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويفيدان جهدهما لإنهائه<sup>7</sup>، وهو الأمر الذي سبق لقضاء النقض المصري أن كرسه في أحد قراراته<sup>8</sup> جاء فيها : "...المشرع خول للحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويفيدا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها" وهو نفسه ما

<sup>1</sup>- تناول المشرع المغربي مؤسسة الحكمين في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بنوع من الاحتشام، وذلك في البند الثالث من الفصل 56 منها أثناء تنظيمه للتطبيق للضرر، بخلاف ذلك أعطى له لها في في المدونة ولو بشكل نسيبي نوعا من الأهمية، خصوصا أثناء حدثه عن مسطرة الشقاق في المادة 95 من نفس المدونة.

<sup>2</sup>- أقرت العديد من التشريعات العربية المقارنة ضرورة بعث الحكمين عند وجود نزاع بين الزوجين، ومنها المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية المصري، والمادة 55 من قانون الأسرة الجزائري، بالإضافة إلى الفصل 25 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة 132 من قانون الأسرة الفلسطيني...الخ.

<sup>3</sup>- يقول تعالى في محكم التنزيل:(إِنْ حَفِظُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَبَاعْثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ إِنْ رُبِّدَا إِصْلَاحًا يُؤْفِقُ اللَّهُ بِيَنْهَمَا) سورة النساء، الآية:35.

<sup>4</sup>- عبد السلام التسوسي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998م، ص: 489.

<sup>5</sup>- أبي سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، الجزء الثاني، دار البحث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 2002م، ص: 405.

<sup>6</sup>- معرفة المزيد حول الشروط المطلوبة توفرها في الحكمين، يعاد إلى:

- عادل حميدي، التطبيق للشقاق وإشكالياته القضائية، م.س ، ص: 30 إلى 34.

<sup>7</sup>- وهو الأمر الذي يفهم من صريح المادة 95 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وينزل جهدهما لإنهاء النزاع"

<sup>8</sup>- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية عدد 0046 بتاريخ 20/02/1974، مشار إليه في الموقع الإلكتروني: www.kenanaonline.com تاريخ الإطلاع

13:45، على الساعة 2017/01/01

ذهبت إليه محكمة النقض السورية في قرار لها<sup>1</sup>، جاء فيه : " على الحكمين أن يبدلا الجهد وعقد جلسات في سبيل رأب الصدع ".<sup>2</sup>

إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعه الحكمان والزوجان ويرفعانه إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجان نسخة منه وتحفظ الثالثة ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة، وتقرير الحكمان بمثابة وثيقة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور، كما سبق لمحكمة النقض السورية وأن صرحت بذلك في قرار لها، جاء فيه : " تقرير الحكمان من الأسانيد الرسمية التي لا يطعن فيها إلا بالتزوير ولا رقابة لمحكمة النقض على قناعة الحكمين "<sup>2</sup>.

وفي حالة ما إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المضروب لما من قبل المحكمة، أمكن لهذا الأخير أن تجري من الأبحاث الإضافية والوسائل الكافية ما تراه ملائماً للإصلاح<sup>3</sup>، ولعل من أهمها اللجوء إلى عقد مجلس العائلة أو عند الاقتضاء الاستعانة بالوساطة الأسرية، وكل ذلك في سبيل التوفيق والسداد بين الزوجين.

وما تجدر الإشارة إليه أخيراً، أن المشرع المغربي إن كان في المدونة قد قصر سلطة الحكمين في التوفيق والإصلاح بين الزوجين، وترك إمكانية التفريق بينهما للقاضي حصراً، فإن هناك من التشريعات من وسعت من سلطة الحكمين إلى أبعد مدى، حيث اعترفت لهما بالحق في التفريق بين الزوجين عند فشل محاولات الصلح المقامة، ومن أمثلة هذه التقنيات نجد المشرع الأردني في الفقرة (و) من المادة 138 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والذي جاء فيه : " إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على تسلم من المهر بنسبة إساءة كل منهم، وإن جهل الحال ولم يتمكن من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أحده منهما، وهذا التوجه في نظرنا يجد سنه في بعض أراء المذاهب الفقهية أهمها مذهب المالكية والحنبلية.

#### ب- الإصلاح بين الزوجين بواسطة مجلس العائلة والمجلس العلمي :

أحال المشرع في المادة 94 من مدونة الأسرة على المؤسسات المرصودة للإصلاح بين الزوجين الواردة في المادة 82 من نفس القانون، حيث جاء في هذه الأخيرة : " للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلاً للإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلاح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثة أيام ".<sup>4</sup>

انطلاقاً من مضامين النص القانوني أعلاه، يتضح أن القيام بالإصلاح بين الزوجين، يعد أحد أهم أوجه الحماية القانونية والقضائية الهدف بالأساس إلى الحفاظ على كيان الأسرة من التشتت والضياع<sup>4</sup>، ويعتبر مجلس

<sup>1</sup>- قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 30 في القضية 316 بتاريخ 5/5/1991، منشور بمجلة المحامون السورية، الأعداد 1 و 3، الصادرة سنة 1990.

<sup>2</sup>- قرار صادر عن محكمة النقض السورية عدد 566 في الأساس 2522 بتاريخ 22/8/1988، أشار إليه:

- عادل حميدي، التطبيق للشقاق وإشكالياته القضائية، م.س، ص: 38. الهماش 39.

<sup>3</sup>- وهو ما جاء في صريح المادة 96 من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: "إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهم، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها ملائمة"

<sup>4</sup>- حمزة التربيد، المؤسسات المرصود للصلح في مجال التزاعات الأسرية، الحكمين ومجلس العائلة، أي دور وفعالية؟ وما البديل؟، مقال منشور بمجلة منازعات الأعمال، العدد الثامن، نوفمبر و ديسمبر، 2015م، ص: 13.

العائلة إلى جانب مؤسسة الحكمي من المؤسسات التي أقر بها المشرع المغربي لأجل الإصلاح بين الزوجين، وهو من مستحدثات تعديل ظهير 10 شتنبر 1993، حيث تم التنصيص عليه في الفصل 56 مكرر، وهذا التعديل الذي جاء بالإضافة أخرى لمساعدة الجهاز القضائي<sup>1</sup> في إيجاد الحلول البديلة والسريعة لحل القضايا الشائكة داخل الأسرة، في الحالات التي لا تنفع معها المساعي الحببية الأخرى، وقد حدّدت مقتضيات هذا المجلس وأحكامه بمقتضى المرسوم 2.04.88 الصادر في 25 ربيع الأخير 1425 الموافق ل 14 يونيو 2004 ناسخاً بوجبه مقتضيات المرسوم<sup>2</sup> 26 دجنبر 1994 كما نصت عليه مدونة الأسرة في المادة 251 مؤكدة أن اختصاصه وتكوينه ومهامه ستحدد بمقتضي نص تنظيمي<sup>3</sup>.

وفعلاً فقد صدر مرسوم 2.04.88 في 25 من ربيع الآخر 1425 الموافق ل 14 يونيو 2004<sup>4</sup> ناسخاً بوجبه مقتضيات المرسوم رقم 2.94.31 الصادر في 26 دجنبر 1994، كما صدرت بوازاته العديد من المنشير الوزارية من أجل تفعيل مقتضياته<sup>5</sup>.

فرغبة من المشرع في تكريس آلية الوساطة كأحد الحلول المعول عليها لفض المنازعات الأسرية، تظهر شانصه من خلال ما أشير إليه في دليلاً مدونة الأسرة من الرغبة في تعزيز آليات التوفيق والوساطة بتدخل الأسرة والقاضي<sup>6</sup>. فبمجرد ادعاء الزوجة للشقاق بينها فيمكن للقاضي أن يدعوا إلى انعقاد مجلس العائلة كمؤسسة للتوفيق بين الزوجين، ويتألف المجلس حسب منطوق المادة الأولى<sup>7</sup> من المرسوم المنظم له من القاضي بصفته رئيساً، بالإضافة إلى الأب أو الوصي أو المقدم، وأربعة أعضاء يعينهم رئيس المجلس - أي القاضي - من الأقارب والأصحاب بين جهة الزوج وجهاً الزوجة، وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تعيينهم من جهة واحدة.

وتعتبر مهام هذا المجلس مهام استشارية، حيث يقوم بالتحكيم والإصلاح بين ذات الين، وبإبداء رأيه في كل ما يتعلق بشؤون الأسرة، وهو ما نستشفه من مضمون المادة 7 من القانون المنظم للمجلس، والذي جاء فيها : " مهام مجلس العائلة مهام استشارية. يقوم مجلس العائلة بالتحكيم لإصلاح ذات الين، وبإبداء رأيه في كل ما له علاقة بالأسرة".

وبالإضافة إلى مجلس العائلة كمؤسسة من مؤسسات الإصلاح بين الزوجين في حالة الشقاق، فهناك مؤسسات أخرى لا تقل عنها أهمية تعنى بنفس الدور لعل أهمها مؤسسة المجلس العلمي.

<sup>1</sup>- تنص الفقرة الثانية من المادة 251 من مدونة الأسرة على ما يلي: " يحدث مجلس للعائلة، تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة، ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي"

<sup>2</sup>- المرسوم المتعلق بالمقتضيات المحددة لمجلس العائلة رقم 2.94.31 الصادر في 23 رجب 1415 الموافق ل 26 دجنبر 1994، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 4292 بتاريخ 1 فبراير 1995.

<sup>3</sup>- هشام الريسيوني، التطبيق للضرر في القانون المغربي والمقارن، م.س ، ص: 103 و 104.

<sup>4</sup>- المرسوم المتعلق بمقتضيات مجلس العائلة وتكونه رقم 2.4.88 الصادر بتاريخ 45 ربيع الثاني 1425 الموافق ل 14 يونيو 2004م، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5223 بتاريخ جمادى الأولى 1425 الموافق ل 21 يونيو 2004م، ص: 2671 و 2672.

<sup>5</sup>- هشام الريسيوني، التطبيق للضرر في القانون المغربي والمقارن، م.س ، ص: 104.

<sup>6</sup>- عادل حميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2016 م، ص: 373.

<sup>7</sup>- تنص المادة الأولى من المرسوم المنظم لمجلس العائلة على ما يلي: " يتكون مجلس العائلة من: - القاضي بصفته رئيساً، - الأب والأم أو الوصي، - أربعة أعضاء يعينهم رئيس مجلس العائلة من بين الأقارب أو الأصحاب بالتساوي بين جهة الأب وجهاً الأم، أو جهة الزوج حسب الأحوال، وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحدة".

ففقد حمل تعاظم قضایا الطلاق والتطليق، وفشل مسعى الصلح المجرى من لدن المحكمة أو بمساعدة الحكمين في غالب الحالات المحاكم على التعویل على بدائل أخرى علها تفي بالغرض وتحقق المطلوب، سندتها في ذلك مقتضيات المادة 82 من مدونة الأسرة، والتي مکنة المحكمة على التعویل على أي جهة تنتدبها لإعانتها على التوفيق بين طرفي دعوى الطلاق والتطليق وفق حکم تمھيدي يحدد مهام السداد بدقة، وإسناد تلك المهمة للمجلس العلمي المحلي لا تعدو أن تكون أحد الخيارات التي يعود أمر تقريرها إلى المحكمة.<sup>1</sup>

فالمجلس العلمي كمؤسسة قد تستنجد به المحكمة لرأب الصدع بين أطراف العلاقة الزوجية يجد سنه في مضمون المادة 82 من مدونة الأسرة من خلال العبارة الواردة فيها والقاضية بما يلي: "...أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين".

لكم ما يمكن الإشارة إليه في هذا المنحى هو الصعوبة التي تعرّض إجراءات الصلح بين الزوجين، في مساطر انفصال الرابطة الزوجية، حيث أصبحت عاجزة عن تحقيق الأهداف المتواحة منها للسرعة التي تتم بها<sup>2</sup>، فبخصوص مثلاً الصعوبات التي تعرّض المجلس العلمي في القيام بدوره، هي تلك المتعلقة بالتنسيق بين أقسام قضاء الأسرة والمجلس العلمي من أجل التعاون على إصلاح ذات البين بين الزوجين، حيث أبانت التجربة العملية عن كون مثل هذا الإجراء يفضي إلى تطويل المساطر الطلاق والتطليق بلا جدوى أو طائلة، فلا يحترم أجل الستة أشهر المحدد للبت في قضایا التطليق<sup>3</sup>، كما أقرت بذلك الفقرة الأخيرة من المادة 97 من مدونة الأسرة بالنسبة لدعوى الشناق<sup>4</sup> و المادة 113 بالنسبة لباقي أنواع التطليقات الواردة في المادة 98 من المدونة<sup>5</sup>.

بعد قيام المحكمة بمحاولات الإصلاح حسب سلطتها التقديرية – على ألا تنزل عن محاولة للصلح عند عدم وجود أطفال، ومحاولتين عند وجودهم<sup>6</sup> – فإنها تكون أمام فرضيتين، تتمثل الأولى في نجاح محاولة الصلح المقاومة وأشهدت المحكمة على ذلك، وبذلك تعود الحياة الزوجية لعز عطائهما، وإنما فشل محاولات الإصلاح وإصدار المحكمة حکم يقضي بالتطليق للشناق، وما يعقبه من مستحقات.

<sup>1</sup>- عادل حميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، م.س ، ص: 380.

<sup>2</sup>- فتیحة الشافعی، مدونة الأسرة بعد سنوات من التطبيق، المكتسبات والعوائق والآفاق، مقال منشور بموقع العلوم القانونية www.marocdroit.com، تاريخ النشر 30 ماي 2012، ص: 49.

<sup>3</sup>- عادل حميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، م.س ، ص: 381.

<sup>4</sup>- تنص الفقرة الثانية من المادة 97 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يفصل في دعوى الشناق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب"

<sup>5</sup>- تنص الفقرة الأولى من المادة 113 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة"

<sup>6</sup>- تنص المادة 82 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية على ما يلي: "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً"

## الفقرة الثانية : الفصل في دعوى الشقاق والحكم الصادر بشأنها :

تشكل مسيطرة الشقاق أحد أوسع الأبواب المنشورة أمام الزوجين لطلب التطبيق، حيث يمكن لكل من الزوجين الاستفادة من هذه المسطرة<sup>1</sup>، حيث المدونة قامة بتبني مبدأ سلطان الإرادة في مجال إنهاء العلاقة الزوجية<sup>2</sup>، وأبرز دليل على ذلك لجوء الزوجة في حالة عجزها عن إثبات الضرر المبرر للتطبيق إلى مسيطرة الشقاق حسب منطوق الفقرة الثانية من المادة 100 من المدونة<sup>3</sup>.

فبعد تقديم الزوجة للمقال الإصلاحي لأجل تحريك دعوى الشقاق أمام القضاء، وقيام المحكمة بمجموعة من الإجراءات لعل أهمها القيام بمحاولات الإصلاح بين الزوجين بشتى الوسائل الممكنة من انتداب حكمين أو عقد مجلس العائلة أو الاستعانة بالجليس العلمي، فإنها تكون بعدها أمام فرضيتين :

### الفرضية الأولى : نجاح محاولة الإصلاح في دعوى الشقاق والإشهاد على ذلك :

نصت المدونة في الفقرة الثانية من المادة 95 على ما يلي : " إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة".

من خلال مضامين النص أعلاه، يتضح أن المشرع أقر بأن المحكمة إذا نجحت في الإصلاح بين الزوجين بالوسائل التي اعتمدت لها للإصلاح، حيث أثار ذلك عودة الزوجين إلى جادة الصواب، فالمحكمة في هذه الحالة تبارك لهما هذه النتيجة عن طريق الإشهاد على صلحهما، رغم أن النص المؤماً إليه أعلاه معيب شيء ما، وهو الأمر الذي دفع أحد الفقهاء<sup>4</sup> إلى القول معلقاً على الفقرة الثانية من المادة 95 من المدونة " حيث تكلمت بصيغة المبني للمجهول دون تحديد، علماً أن المادة 82 تحيل عليها المادة 94 السالفة الذكر التي تنظم فض النزاع خوفاً من الشقاق، وهذا يؤدي إلى نوع من التشويش نتيجة هذا التكرار المتضارب، علماً أنه لا يعتد بالتقرير الشفوي على اعتبار أن المادتين 82 و 95 ينصان على ضرورة تحرير محضر (المادة 82) وتحرير تقرير (المادة 95)".

1- محمد الشيخ محنـد، التطبيق بسبـب الشقـاق، رسـالـة لنـيل دـبلـوم الـدرـاسـات العـلـيا المـعـمـقة فيـ القـانـون الـخـاصـ، كـلـيـة العـلـوم القـانـونـيـة وـالـاقـتصـاديـة وـالـاجـتمـاعـيـة، جـامـعـة عـبـد المـالـك السـعـديـ، طـنـجـةـ، المـوـسـم الـدـرـاـسي 2005/2006ـ، صـ: 68ـ.

2- إبراهيم بوريـشـ، مـحدـدـاتـ النـظـامـ العـامـ فيـ العـلـاقـاتـ الـأـسـرـيـةـ بـيـنـ الثـبـاتـ وـالـتطـوـرـ، رسـالـة لنـيل دـبلـوم الـدرـاسـات العـلـiya المـعـمـقةـ فيـ القـانـونـ الـخـاصـ، كـلـيـة العـلـومـ القـانـونـيـةـ وـالـاقـتصـاديـةـ وـالـاجـتمـاعـيـةـ، جـامـعـةـ مـحمدـ الـأـولـ، وجـدةـ، السـنـةـ الجـامـعـيـةـ 2008ـ، صـ: 57ـ.

3- تنص الفقرة الثانية من الماد 100 من مدونة الأسرة: "إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصرت على طلب التطبيق، يمكنها اللجوء إلى مسيطرة الشقاق".

4- محمد الأزهر، شـرحـ مـدوـنةـ الـأـسـرـةـ.. مـطـبـعةـ دـارـ النـشـرـ الـمـغـرـبـيـةـ، الدـارـ الـبـيـضاـءـ، الطـبـعـةـ السـابـعـةـ، 2015ـ، صـ: 157ـ.

## الفرضية الثانية : فشل محاولات الصلح في دعوى الشقاق والحكم بالتطبيق :

يجب على القاضي قبل القضاء بالتطبيق أن يتدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً، ولو لم يطلب أحدهما ذلك<sup>1</sup>، وب مجرد قيامه بهذا الإجراء النبيل بجميع تجلياته يكون قد أدى رسالته على الوجه المقرر سواء أثار ذلك الصلح نجاحاً أو ترتب عليه فشلاً.

فقد نص المشرع في المادة 97 من مدونة الأسرة على ما يلي: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطبيق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و 84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر. يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب".

انطلاقاً من النص أعلاه، يتضح أنه إذا تحققت المحكمة من توفر موجبات التطبيق، وهو إجمالاً إصرار طالب الشقاق على طلبه الرامي للتطبيق للعلة المذكورة وفشل محاولة الصلح، انتقلت المحكمة إلى مرحلة تحديد المستحقات طبقاً للمواد 83 و 84 و 85 من مدونة الأسرة، وهي مواد خاصة بالطلاق أحال عليها المشرع من خلال المادة 97 من المدونة، وهذه الإحالة قصد منها المشرع تفادي تكرار المقتضيات القانونية<sup>2</sup>.

كما أن نفس المشرع حدد بالاجتهاد أجل الفصل في دعوى الشقاق بستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب تفاديما قد يقع من الأضرار بسبب التسرع في الحكم بالتطبيق، أو من الأضرار بسبب التماطل في الحكم بالتطبيق، لأن أجل ستة أشهر وسط بين الإفراط والتغريط، لما، لما جاء في الأثر " خير الأمور أو سلطها"<sup>3</sup>.

والحكم الصادر في دعوى التطبيق للشقاق والقاضي بالفرق، يوصف بأنه بائن استناداً إلى المادة 122 من مدونة الأسرة التي تقضي بما يلي: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالتي التطبيق للإيلاء وعدم الإنفاق".

صفوة ما نختتم به هذا المقام، هو أن التطبيق للشقاق أصبح مسيطرة من لا مسيطرة له، ووسيلة من لا وسيلة له، وملاذاً لمن لا إثبات له، كما أصبحت وسيلة لاغتناء العديد من الزوجات حسب تصريح أحد الباحثين في المجال<sup>4</sup>، فقد أصبحت هذه المسطرة الطاغية بين المساطر الأخرى الموجهة للتطبيق، كما أدت بالكثير منها إلى أن أصبحت مجرد نصوص في المدونة لا يذكرها الذاكرون.

1- اليزيد عيسات بلمامي، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعماً بالاجتياز القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكnon، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2002/2003م، ص: 147.

2- عادل حميدي، التطبيق للشقاق وإشكالياته القضائية، م.س ، ص: 103 و 104.

3- عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدله، الطلاق، م.س ، ص: 148.

4- أقر الأستاذ محمد الودناسيي - وهو محاضر في كلية الحقوق جامعة القاضي عياض مراكش - لطلبته في الفصل الثالث أثناء أحد محاضرات مادة قانون الأسرة أن الزوجات أصبحن يلجأن للتطبيق للشقاق من أجل الاغتناء وملاءة الذمة عن طريق ما يحكم به القضاء من مستحقات لهن.

فقد سبب التطبيق للشقاق في تحرير العديد من الأسر، وفي تشرد العديد من الأطفال، والعودة إلى إحصائياته خير مثل<sup>1</sup>، حيث كانت النسبة المؤوية لأحكام التطبيق للشقاق من مجموع الأحكام بالتطبيق تمثل في سنة 2008 (90.75% بالائمة) حيث انتقلت هذه النسبة سنة إلى (97.51% بالائمة).

فهذه كلها أرقام صادمة يخشع لها الجبين، فبعدما جاء المشرع بهذه المسطرة لغاية الإصلاح والتوفيق، فإننا نرى أنها لم تحقق المرجو منها، بل أكثر من ذلك ساهمت في تأزم وضعية الأسرة المغربية، حتى أصبحت توصف بأنها معضلة من معضلات العصر.

#### خاتمة :

أقر المشرع المغربي في المدونة أن الزوجة المتضررة من أفعال زوجها والتي نجحت في إثبات الضرر المقرر باستحالة العشرة أمام القضاء أنه تحكم المحكمة بتطليقها من عصمة زوجها، بعد فشل محاولات الإصلاح المقاومة، وعلى العكس من ذلك فإنه إن عجز عن إثبات الضرر الذي يجعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار لا تستجيب المحكمة لطلبه الرامي التفريق للضرر، والعلة في ذلك أن الزوجة لم تثبت للمحكمة السبب المشروع لانفصام ميثاق الزوجية، لذلك أحالتها المدونة على مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 من نفس المدونة والمعروف أن هذه المسطرة – أي الشقاق – تعفي من يسلكها من أي إثبات.

فمسطرة الشقاق تجد تأصيلها في الشريعة الإسلامية، كما تناولها الفقه الإسلامي بنوع من التفصيل نظراً لأهميتها البالغة في التوفيق والإصلاح بين أطراف العلاقة الزوجية.

وعلى نهج الشريعة والفقه الإسلاميين سارت معظم التشريعات الأسرية العربية في تنظيم مسطرة الشقاق ومن هذه التشريعات نجد مدونة الأسرة المغربية، حيث نص عليها المشرع إما كمسطرة أصلية في المواد من 94 إلى 97 كما جعلها مسطرة احتياطية في العديد من الحالات ولعل خير هذه الحالات تلك التي تعجز فيها الزوجة عن إثبات الضرر الحصول لها من قبل زوجها كما أقرت بذلك المادة 100 من المدونة.

حيث بمجرد تقديم الزوجة لمقابل إصلاحي في الموضوع تستدعي المحكمة الطرفين للإصلاح بشتى الوسائل التي يوجد على رأسها الحكمين ومجلس العائلة والمجلس العلمي، وبعد استنفاد مرامي الصلح تكون الهيئة القضائية أمام فرضيتين إما نجاح الصلح والإشهاد به أو فشله والحكم بالتطليق وبباقي المستحقات المترتبة عليه.

<sup>1</sup>- النسبة المؤوية لأحكام التطبيق للشقاق من مجموع الأحكام بالتطبيق بين سنتي 2008 إلى 2013:

2013	2012	2011	2010	2009	2008
97.51	97.57	97.33 بالائمة	96.33 بالائمة	94.59 بالائمة	90.57 بالائمة

- إحصائيات واردة في: مجلة القضاء الأسري، الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، دراسة تحليلية 2004-2013، منشورات وزارة العدل المغربية، 2014م، ص: 61.

✓ لائحة المراجع :

- قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الرباط، العدد الثالث، دجنبر 2006.
- عدي البشير، قضايا الأسرة من خلال النوازل الفقهية في سوس، أطروحة لنيل الدكتوراه في كلية الشريعة، أكادير، 2012.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السننية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1983.
- عبد الله بن الطاهر السوسي الثاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدله، الكتاب الثاني، الطلاق. مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2007.
- هشام الريسيوني، التطبيق للضرر في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، 2005.
- أبو محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المجلد الثاني، دار الفكر، دمشق (ذ.م.ت).
- محمد الشافعي، مدونة الأسرة الاجتهاد القضائي المغربي، حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي، سلسلة البحوث القانونية 19، المطبعة الوراقية الوطنية، مراكش. 2011.
- دليل عملي للمدونة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشرح والدلائل، العدد الأول، 2004.
- محمد علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 2010.
- حميد مسراز، التطبيق للشقاق في مدونة الأسرة وأثره على الحقوق الأسرية، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، الموقع الإلكتروني الخاص بها، [www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma).
- عادل حيدري، التطبيق للشقاق وإشكالاته القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية، 2015.
- شرف الدين المرابط، التطبيق للشقاق، أرقام صادمة، من يتحمل المسؤولية عن تفكك الأسرة؟، مقال منشور بمجلة منازعات الأعمال، العدد التاسع، يناير 2016.
- عبد الواحد الرحماني، مسطرة الشقاق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، الموسم الجامعي 2005/2006.
- حسن الرميلى، المسطرة في القضايا المدنية والتجارية، محاضرات ملقة على طبة الفصل السادس من الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، مراكش.
- عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، منشورات دار القضاء بالمغرب، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2014.
- عبد الواحد الرحماني، مسطرة الشقاق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، الموسم الجامعي 2005/2006.
- عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998.

- ..... 2336 / دجنبر 2017 / ردمد 0615 - مجلـة الفقه والقانون، العدد الثاني والستون ، العدد الثاني والستون ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث،
- أبي سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، الجزء الثاني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 2002م.
- بمجلة المحامون السورية، الأعداد 1 و 2 و 3، الصادرة سنة 1990.
- عادل حيدري، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2016.
- حزرة التريد، المؤسسات المرصود للصلح في مجال النزاعات الأسرية، الحكمين ومجلس العائلة، أي دور وفعالية؟ وما البديل؟، مقال منشور بمجلة منازعات الأعمل، العدد الثامن، نونبر وديسمبر، 2015م.
- فتيحة الشافعي، مدونة الأسرة بعد سنوات من التطبيق، المكتسبات والعوائق والأفاق، مقال منشور بموقع العلوم القانونية www.marocdroit.com، تاريخ النشر 30 ماي 2012.
- محمد الشيخ محنـد، التطبيق بـسبب الشـقـاق، رسـالـة لنـيل دـبـلـوم الـدـرـاسـات الـعـلـيـا الـمـعـمـقة في القـانـون الـخـاصـ، كلـيـة الـعـلـوم الـقاـنـونـيـة الـاـقـتـصـاديـة الـاجـتمـاعـيـة، جـامـعـة عبدـالـمـالـكـ السـعـديـ، طـنـجـةـ، المـوـسـمـ الـدـرـاسـيـ 2005/2006ـمـ.
- إبراهيم بوريش، محددات النظام العام في العلاقات الأسرية بين الثبات والتطور، رسالة لنـيل دـبـلـوم الـدـرـاسـات الـعـلـومـ الـمـعـمـقةـ فيـ القـانـونـ الـخـاصـ، كلـيـةـ الـعـلـومـ الـقاـنـونـيـةـ الـاـقـتـصـاديـةـ الـاجـتمـاعـيـةـ، جـامـعـةـ مـحـمـدـ الـأـولـ، وجـلةـ، السـنةـ الجـامـعـيـةـ 2008ـمـ.
- محمد الأزهر، شـرحـ مـدوـنةـ الأـسـرـةـ، مـطـبـعـةـ دـارـ النـشـرـ المـغـرـبـيـةـ، الدـارـ الـبـيـضـاءـ، الطـبـعـةـ السـابـعـةـ، 2015ـمـ.
- اليـزيدـ عـيسـاتـ بـلـمـامـيـ، التـطـلـيقـ بـطـلـبـ مـنـ الزـوـجـةـ فـيـ قـانـونـ الـأـسـرـةـ الـجـزاـئـيـ مـدـعـمـاـ بـالـاجـتـهـادـ الـقـضـائـيـ لـلـمـحـكـمةـ الـعـلـيـةـ، مـذـكـرـةـ لـنـيلـ شـهـادـةـ الـمـاجـسـتـيرـ فـيـ الـقـانـونـ، فـرعـ الـعـقـودـ وـالـمـسـؤـولـيـةـ، كـلـيـةـ الـحـقـوقـ بـنـ عـكـنـونـ، جـامـعـةـ الـجـزاـئـرـ، المـوـسـمـ الجـامـعـيـ 2002/2003ـمـ.
- مجلـةـ الـقـضـاءـ الـأـسـرـيـ، الواقعـ وـالـآـفـاقـ، عـشـرـ سـنـوـاتـ مـنـ تـطـبـيـقـ مـدوـنةـ الـأـسـرـةـ، درـاسـةـ تـحلـيلـيـةـ 2004ـ2013ـ، منـشـورـاتـ وزـارـةـ الـعـدـلـ الـمـغـرـبـيـةـ، 2014ـمـ.

## تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين وفق النص القانوني والعمل القضائي



إعداد : الدكتورة فاطمة ملول  
أستاذة بكلية الشريعة - فاس

مقدمة :

جاءت مدونة الأسرة المغربية بجموعة من الإصلاحات والتي اعتبرت حدثا تاريخيا هاما في المنظومة القانونية المغربية، ومن بين أهداف هذه الإصلاحات: إنصاف المرأة لكونها شريكا للرجل في الواجبات والحقوق، ولأنها تسهم إلى جانب الرجل في بناء المجتمع وتنميته .

ولما كانت العلاقة الزوجية تحدث آثارا مالية فقد خصصت المدونة جزءا من فصولها لتنظيم الأموال المكتسبة في فترة الزواج بصفة عامة، ووضع إطار قانوني يحمي الزوجة ويケفل لها التمتع بحقوق منصفة في هذه الأموال بصفة خاصة .

وتجدر الإشارة إلى أن الاهتمام بهذا الموضوع ليس ولد اللحظة، وإنما يعود لقرون مضت ، ويجسد أساسه في مبادئ الشريعة وقواعدها، مصداقا لقوله تعالى : (وَأَن لِيَسَ لِلنَّاسِ إِلَّا مَا سَعَى )<sup>1</sup> ، قوله تعالى : (للرجال نصيب ما اكتسبوا وللنساء نصيب ما اكتسبن)<sup>2</sup>.

وقد كان لقضاء الخليفة عمر رضي الله عنه السبق في واقعة عمرو بن الحارث وحبيبة بنت زريق حيث كان زوجها يتجر في الأثواب وكانت تساعده في ترقيعها حتى اكتسبا مالا كثيرا، فمات عمرو وجاء ورثته واستحوذوا على مفاتح المخازن والأجنحة واقتسموا المال بينهم فأقمت عليهم الزوجة حبيبة بنت زريق دعوى وطالبت بعمل يدتها وسعايتها مترافعة مع الورثة أمام أمير المؤمنين عمر بن الخطاب الذي قضى بينها وبين الورثة بشركة المال وقسمته إلى نصفين، أخذت منه حبيبة النصف من التركة بالإضافة إلى نصبيها من الإرث لكونها زوجة .

<sup>1</sup> - سورة النجم الآية 39.

<sup>2</sup> - سورة النساء الآية 32.

وحق الكد والسعایة ثابت في الفقه المالكي، وقد أفتى به الإمام مالك دون تردد لما سئل عن كيفية قسمة المال المشترك بين سيدة تدعى حبيبة كانت تعمل الحرير وتحيط الثياب والعمائم مع زوجها الفقير حتى صارا من الأغنياء، ولما توفي زوجها ادعت أن لها النصف من مشتملات التركة (عقارات وبساتين وبهائم) من منطلق الشرك، ونصيب في النصف الثاني بناء على أصول الإرث، فامتنع أهل زوجها عن تمكينها من ذلك، فرفعت الأمر للإمام مالك الذي لم يتردد في القضاء لها بما طلبت، فقال : يقسم على قدر العمل<sup>1</sup>.

ويجدر هذا الأمر أساسه أيضا في العرف المغربي من خلال العديد من النوازل والأحكام القضائية التي أقرت بحق الكد والسعایة للزوجة بعد الطلاق أو الموت في جنوب المغرب، أو حق الشقا وذلك في شمال المغرب، ولقد ساير العمل القضائي الحديث هذا التراث الفقهي الغني في مجموعة من الأحكام الصادرة عن مختلف درجات المحاكم بالمغرب.

وتجدر الإشارة أن الحق في الأموال المكتسبة أو السعایة لا يقتصر على الزوجة وإنما هو حق للزوج ولكل أفراد الأسرة كل حسب كده وسعایته.

وسأوجه النظر إلى موضوع : "تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين وفق النص القانوني والعمل القضائي" من خلال حماور ثلاثة وهي كالتالي :

#### أولاً : تدبير الأموال المكتسبة بمقتضى اتفاق مبرم :

نصت المادة 49 في الفقرة الأولى على : "أن ذمة كل واحد من الزوجين المالية مستقلة عن ذمة الآخر يتصرف فيها كيف شاء، إلا أنه واستثناء من هذا المبدأ وفي إطار عدم المساس به يجوز لهما - أي الزوجين - في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها" ، وجاء في الفقرة الثانية منها : "يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج" ، ونصت في الفقرة الثالثة دون إلزام العدلين : "إشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر" ، وعليه أصبح من البديهي أن يتمسك الزوجان العاملان بهذه المقتضيات حفاظا على أموالهما من الضياع، وأن يتتفقا في عقد مستقل على تدبير الأموال المكتسبة في فترة الزواج، يحدد في هذا الاتفاق كل من الزوجين نصيبه الذي أسهم به في تنمية أموال الأسرة<sup>2</sup>.

#### أ- شروط الاتفاق :

ولكي تكون لهذا الاتفاق حجة قوية أمام القضاء يلزم بعض الشروط عند تحريره :

1- الاتفاق بين الزوجين على صيغة محالية لتدبير أموال الزوجية واستثمارها وتوزيعها بينهما.

<sup>1</sup>- انحال ميثاق الزوجية وأثاره لمحمد الكشبور. مطبعة النجاح ، المغرب. ط.2. 2009م، ج2ص506.

<sup>2</sup>- سلسلة نصوص مدونة الأسرة المغربية (دليل عملي لمدونة الأسرة العدد الأول، سنة 2004م)، وزارة العدل المغرب.

2- تضمين الاتفاق التبادلي بين الزوجين في وثيقة مستقلة عن وثيقة الزواج، ويحتوي هذا الالتزام تفاصيل الاتفاق وشروط تنفيذه، وكيفية توزيع الأموال المكتسبة أثناء الزوجية أو تدبيرها أو استثمارها<sup>1</sup>.

### بــ النزاع في مقتضيات الاتفاق :

قد ينزع أحد الزوجين في مقتضيات الاتفاق بعلة أن إرادته شابها أثناء إبرامه عيب من عيوب الرضى كالتدليس أو الغبن أو الإكراه، وفي هذه الحالة تتدخل المحكمة بما توفر لديها من وسائل الإثبات، ومن خلال سلطتها التقديرية للنظر في الاتفاق وتقييمه وفق قانون الالتزام والعقود المغربي<sup>2</sup>.

### جــ إنكار أحد الزوجين للاتفاق :

وأما إن كتب الاتفاق في وثيقة عرفية وأقر بها المدعى عليه اعتبارها القضاء في حكم الورقة الرسمية، وإن أنكرها المدعى عليه أو لم يعترف بالتوقيع الموجود فيها، فإن الاتفاق يفقد حجيته، ويتعين على الطرف المدعى إثبات صحة ما يدعيه بشتي الوسائل القانونية منها اللجوء إلى مسطرة تحقيق الخطوط ، وإذا رفضت المحكمة الاعتماد على الوثيقة العرفية فإن للمدعى أن يلتجأ إلى القواعد العامة للإثبات كما هو مقرر في الفقرة الأخيرة من المادة 49 من المدونة ، وهو ما جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 792 الصادر بتاريخ 22-03-1989 في الملف المدني عدد 1407-86 : "العقود العرفية لها قوة إثباتية بين عاقدتها باعتبارها بصفة صريحة ووفق المقتضيات القانونية، ولا يعتبر عدم المصادقة على الإمضاء المثبت عليها موجبا لإبعادها"<sup>3</sup>.

### ثانياً : تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين عند عدم وجود اتفاق :

#### أــ حالة عمل الزوجين :

يسهل على المحكمة في هذه الحالة تحديد العناصر المعينة على توزيع الأموال المكتسبة في فترة الزوجية والتي من بينها ما يلي :

- 1- جرد الأموال المكتسبة قبل الزواج والمكتسبة أثناءه، وسبل اكتسابها.
- 2- معرفة طبيعة عمل كل واحد من الزوجين.
- 3- مراعاة المستوى الاجتماعي لكل من الزوجين من أجل تحديد مصاريفهما اليومية .
- 4- البحث عن الذي يؤدي المصاريف الأسرية من أكل ولباس وسكن وهاتف وماء وكهرباء وعلاج ومصاريف تدرس الأبناء.
- 5- معرفة المجهودات والأعباء التي تحملها كل من الزوجين.

<sup>1</sup>- الشافي في شرح مدونة الأسرة لعبد الكريم شهبون. مكتبة الرشاد، سطات، المغرب. ط1427هـ/2006م، ج1ص 144 / التطبيق القضائي لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة لخالد كتاري: مقال منشور بمجلة قضاء الأسرة العدد مزدوج 5 فبراير 2009. ص 73 وما بعدها.

<sup>2</sup>- الشافي في شرح مدونة الأسرة : ج 2 ض 144.

<sup>3</sup>- قرار منشور بمجلة القضاء عدد 46-11-1992 ص 125.

6- الاستعانة بخبير مكلف من لدن القضاء للمقارنة بين نتائج خبرته والمعطيات المتوفرة لدى المحكمة، وعلى سبيل المثال أعرض قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 07/7/11 تحت عدد : 395 في الملف الشرعي عدد: 4328/06/1/2 : "إذا أدل الزوج بوثائق ثبت مساهمه في العقارات التي تدعى مطلقته ملكيتها، فيجب على المحكمة أن تجري بحثاً أو خبرة للتحقق من صحة تلك الوثائق، وبالتالي صحة أو عدم صحة تلك المساهمة".<sup>1</sup>

#### ب- حالة توزيع الأموال المكتسبة بالنسبة إلى ربات البيوت :

وهذا الأمر ليس سهلاً أو هيناً، لتوقفه على عمل قضائي رصين ودقيق يضمن للمرأة حقها بعد الطلاق أو وفاة الزوج، هذا الحق الذي خوله لها الشّرّع والقانون؛ لأنّها سعت وكدت وأسهمت في تنمية أموال الأسرة، مما يطرح العديد من الإشكالات في تقدير الأعمال المنزليّة.

وفي هذا السياق قضت محكمة الأسرة بمدينة الدار البيضاء حكماً له رقم 1382 ملف عدد 6/5745 بتاريخ 2008/02/21 حكم للزوجة بمبلغ 200.000 درهم رغم غياب وثيقة الأموال المكتسبة بين الزوجين، وذلك بناء على الحيثيات التالية : "وحيث أن قيام المدعية بما ذكر اتجاه أولادها وزوجها يعتبر عملاً ومجهوداً كبيرين يساهما في تنمية أموال الزوج ... وحيث بالنظر إلى طول فترة الزواج التي استمرت لأربعين سنة والأعباء المادية والمعنوية التي تكبدها المدعية في تنمية أموال الأسرة لذلك فهي محققة، والمحكمة لما لها من سلطة تقديرية ومراجعة لما سبق ذكره فإنها تحددها في مبلغ 200.000 درهم ".<sup>2</sup>

#### ثالثاً : معications تطبيق المادة 49 من مدونة الأسرة :

ساقف على أهم التغرات التشريعية المتعلقة بالإثبات، في الفقرة الأولى من هذا المhour، وأوقف على بعض المعications الواقعية والقضائية التي أفرزها تنزيل مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، في الفقرة الثانية من نفس المhour .

#### أ\_ التغرات المتعلقة بالإثبات :

نصت المادة 49 في الفقرة الأخيرة على أنه: "إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجاهدات، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة "، فهذا أثار عدّة إشكالات عملية ؛ لأنّ المشرع لم يوضح القواعد العامة للإثبات، فهل قصد المشرع الإحالـة على القواعد العامة للإثبات المضمنة في القانون المدني ؟ أم تلك المخصوص عليها في الفقه المالكي عملاً بالإحالـة عليه من خلال المادة 400 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي : "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتـهاد الذي يراعـى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشـة بالمعـروف ".<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- قرار منشور بكتاب قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة من سنة 1957م إلى 2012م لعبد العزيز توفيق ص 662 وما يليها .

<sup>2</sup>- كتاب قضاء محكمة النقض لعبد العزيز توفيق ص 663 وما بعدها.

<sup>3</sup>- سلسلة نصوص مدونة الأسرة المغربية مع آخر التعديلات.

ذلك أن الإحالة على الفقه المالكي تقتضي بالضرورة اعتماد وسائل الإثبات المضمنة في أحكامه، والمتمثلة في البينة الشرعية، وما توفره من حرية في الإثبات تمكن كل من الطرفين من إثبات لادعائه شرط أن تكون البينة الشرعية مسافية لشروط صحتها<sup>1</sup>.

وهي وسائل تختلف عن تلك المضمنة في قانون الالتزامات والعقود، فالنظر إلى الفصل 489 منه نجد أنه ينص : "إذا كان البيع عقاراً أو حقوقاً عينية أو أشياء أخرى مما يمكن رهنها رسمياً، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ"<sup>2</sup>؛ حيث لا يجوز إثبات ما تقدم باليقنة الشرعية بل لابد من دليل كتابي، وهذا يؤكد أن القواعد العامة للإثبات لا يمكن أن تمنح المدعى حقاً لم يكن مكتوباً، إذا كانت هذه الممتلكات عقارات، كانت محفظة أو غير محفظة، مما لا يمكن إثباته إلا كتابة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن هذه الفقرة من المادة 49 التي تنص على أنه : "يرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل من الزوجين وما قدمه من مجهودات في تنمية أموال الأسرة"؛ وهو ما أثار جدلاً كثيراً بين الفقه والقضاء، إذ فتحت هذه الفقرة العديد من التأويلات؛ لأن القضاء له السلطة التقديرية في تقييم عمل كل واحد من الزوجين، فأصبحت عبارة : "يرجع للقواعد العامة في الإثبات: لا تسuff في إثبات الأموال الأسرية وذلك لاقترانها بعبارة: "مع مراعاة عمل كل من الزوجين وما قدمه من مجهودات في تنمية أموال الأسرة"؛ الشيء الذي يجعل الإثبات وحده غير كاف لتحسين الادعاء أو نفيه، مما يجعل الحجة المعتمدة في مجال الأموال المكتسبة مجرد قرينة لإثبات العكس.

#### بـ- المعوقات الواقعية والقضائية :

##### 1ـ- المعوقات الواقعية :

وتتمثل في تعارض مقتضيات المادة 49 مع عادات وأعراف المجتمع المغربي التي تقضي بحسن النية في الزواج، حيث يجد الزوجان حرجاً في إبرام اتفاق لتسيير أمورهما المشتركة لما قد يعبر عنه من سوء نية ومس بالثقة المفترضة بين الزوجين، وهذا ما يدفع الزوجين إلى الإعراض عن إبرام هذا الاتفاق مع ضرورته وأهميته ومصلحتهما فيه؛ لأن العرف يبقى أقوى من القانون في هذه الناحية، وقد أثبتت الدراسات أن عقود تسيير الأموال المشتركة المسجلة بأقسام قضاء الأسرة على المستوى الوطني النسبة الضئيلة لهن العقود مقارنة بعقود الزواج، وأغلبها مبرم من لدن زوجات عاملات مغربيات متزوجات بأجانب .

أما النسبة المتبقية فتشتت في فئة الموظفين المتمدين للشريحة الاجتماعية الميسورة أو المتوسطة؛ إذ الاتفاق الغالب بين أزواج الفتترين يقوم على كيفية تسيير الإنفاق الأسري من حيث التزام كل طرف بنفقات معينة أو الاشتراك بمحصص متساوية أو متفاوتة في مسألة شراء منزل للسكنى.

<sup>1</sup>- وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي لمحمد بن معجوز ط 1. 1984. ص : 131 وما بعدها.

<sup>2</sup>- سلسلة نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي.(عدد 14 يناير 2009)، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والاقتصادية.

## 2- المعيقات القضائية :

وهي متعددة من بينها :

- إلقاء المحكمة عبء الإثبات على الزوجين عند رفع دعوى تقسيم الممتلكات عند غياب اتفاق مكتوب، فالسلطة التقديرية الواسعة توجب على القضاء أثناء مسيرة التحقيق توجيه الطرفين وتمكينهما من الوسائل الالزمة لتقدير عملهما وبيان أوجه التقدير رغم ما يكتنفه من صعوبات .

كذلك تقصير العدول في إشعار الزوجين بإمكانية إبرام عقد مستقل لتدبير أموالهما المكتسبة خلال فترة الزوجية، الشيء الذي يعتبر عاملا أساسيا في التقلص من حالات الاتفاق خاصة قلة التوعية بأحكام القانون.

خاتمة :

يمكن القول : إن العمل القضائي يكون واضح المعالم حينما يتعلق الأمر بمساهمة المرأة العاملة خارج البيت في تنمية ثروة الأسرة ، لاسيما عند وجود اتفاق مبرم يتضمن ملكية الزوجين للعقار كل بنسبة معينة.

لكن العمل القضائي يختلف كثيرا حينما يتعلق الأمر بربات البيوت، ويبقى الحكم لصالحن رهين بعدة معطيات وشروط للحصول على حقهن في ثروة الأسرة المكتسبة بجهودات أفرادها خلال سنين عديدة، ومن بين هذه الشروط :

- أن تكون المرأة المطلقة أو المتوفى عنها قد قضت مع زوجها زمنا ليس باليسير.
- أن تدللي بحججة كشهادة الشهود بكدها وسعامتها.
- ضرورة اعتماد القضاة على السلطة التقديرية من خلال بحث المحكمة لتقييم الوضع.

وهذا ما جعل القضاء المغربي في العديد من أحكامه غير مستقر على رأي موحد، وفي غالب الأحوال يكون مرتبطا بالعرف أو ما جرى به العمل في كل منطقة.

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن اقتراح ما يلي :

- ضرورة الاعتراف بقيمة العمل المنزلي واعتباره مساهمة فعالة في تنمية أموال الأسرة مع مراعاة مدة الزواج علما أن مقتضيات المادة 49 ما جاءت إلا لحماية النساء من الظلم والتشرد والضياع بعد الطلاق أو الوفاة.

- ينبغي وضع عقد نموذجي حتى يكون للزوجين تصور عام حول تدبير الأموال المكتسبة في فترة الزواج، وبالتالي يسهل على القضاء الفصل في النزاع بشكل سريع.

✓ لائحة المراجع :

- القرآن برواية ورش عن نافع.
- أخلاق ميثاق الزوجية وآثاره لمحمد الكشبور ط 2 . 2009 مطبعة النجاح ، المغرب.
- الشافـي في شـرح مـدونـة الأـسـرـة لـعـبـدـ الـكـرـيمـ شـهـبـوـنـ طـ 1ـ 1427ـ هـ / 2006ـ مـ، مـكـتـبـةـ الرـشـادـ سـطـاتـ،ـ المـغـرـبـ.
- وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي لمحمد بن معجوز ط 1 . 1984.
- قضاـءـ محـكـمـةـ النـقـضـ فيـ مـدوـنـةـ الأـسـرـةـ منـ سـنـةـ 1957ـ إـلـىـ 2012ـ مـ لـعـبـدـ العـزـيزـ تـوـفـيقـ.
- مجلـةـ القـضـاءـ وـالـقـانـونـ عـدـدـ 46ـ 11ـ 1992ـ.
- التطبيق القضائي لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة بتوزيع الأموال المكتسبة بين الزوجين لخالد كتاري ، قضاـءـ الأـسـرـةـ مجلـةـ متـخـصـصـةـ عـدـدـ مـزـدـوجـ 4ـ وـ 5ـ فـيـاـيرـ 2009ـ.
- سلسلـةـ نـصـوصـ مـدوـنـةـ الأـسـرـةـ المـغـرـبـيـةـ (ـ دـلـيـلـ عـمـلـيـ لـمـدوـنـةـ الأـسـرـةـ العـدـدـ الـأـوـلـ،ـ سـنـةـ 2004ـ مـ)،ـ وزـارـةـ العـدـلـ المـغـرـبـ.
- سلسلـةـ نـصـوصـ قـانـونـ الـالـتـزـامـاتـ وـالـعـقـودـ المـغـرـبـيـ (ـ عـدـدـ 14ـ يـاـئـيرـ 2009ـ)،ـ منـشـورـاتـ جـمـعـيـةـ نـشـرـ المـعـلـوـمـةـ الـقـانـونـيـةـ وـالـاـقـتـصـادـيـةـ.

# ✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

# Le contentieux administratif au Maroc

## Entre l'héritage et l'autonomie



**EL HAJI Hamid : Docteur Chercheur  
en Sciences juridiques et politiques  
Email : elhajihamid@hotmail.com**

### **Introduction :**

Influencées par la réalité socio-politique du Royaume, le développement du système administratif marocain a connu plusieurs phases qui ont eu un impact significatif sur son évolution à travers les différentes périodes du Maroc moderne. C'est le cas pour le contentieux administratif marocain qui a été une réponse nécessaire pour trancher les litiges qui peuvent survenir lors de l'exercice de l'action de l'Etat. D'ailleurs, la construction de l'Etat de droit au Maroc a impulsé le recours à une autorité impartial capable d'instaurer l'équité à travers la voie juridictionnelle. Celle-ci devienne une garantie incontournable pour lancer les réformes nécessaires pour construire une administration à la hauteur des grands défis que le Maroc doit réussir<sup>1</sup>.

Au cours de la période du Protectorat, le droit administratif français a constitué une source d'inspiration pour le droit administratif marocain. Ainsi, pour trouver des solutions

<sup>1</sup> Michel Rousset, Jean Garagnon, Droit administratif marocain, 6<sup>ème</sup> éditions 2003, Imprimerie EL MAARIF AL JADIDA, Rabat, Octobre 2003, p. 621 ; Mohammed EL YAAGOUBI, Le juge protecteur de l'administré au Maroc, Entre le mimétisme et l'autonomisation, Fès, 1<sup>ère</sup> édition 2006, p. 8.

qui protège les administrés et assure la continuité de l'activité administrative, le Maroc a opté pour un système mixte dans le sens où l'organisation juridictionnelle ainsi que les solutions de fond dégagées par le juge puisent leur fondement aussi bien dans le système administratif français que dans les spécificités marocaines. Cette période est marquée par l'absence d'un cadre juridique capable de protéger l'administré par le juge. La seule exception a été l'instauration, par le dahir du 1<sup>er</sup> septembre 1928, du recours pour excès de pouvoir relatif au statut des fonctionnaires<sup>1</sup>.

Le Maroc indépendant a resté fidèle à l'héritage en matière de droit administratif. Autrement dit, le Royaume n'a pu rompre avec le système administratif fondé pendant la période coloniale. Toutefois, tout en gardant la législation de l'époque du Protectorat, le Maroc a déployé un effort considérable pour formuler un droit administratif homogène et respectueux de ses principes fondamentaux et qui peut exercer sa noble mission de contrôle du pouvoir administratif. Conscient de cette particularité, et de son engagement pour bâtir un Etat moderne et démocratique, le Maroc a adapté d'une façon globale et progressive son organisation juridictionnelle<sup>2</sup>.

La volonté du Maroc pour donner à son droit administratif sa particularité historique, s'est manifestée en 1957 par l'instauration de l'unité de juridiction. Par conséquent, le système de dualité de juridiction, qui est la caractéristique fondamentale du droit administratif français, n'a pas été introduit dans le droit administratif marocain. En outre, le Dahir du 27 septembre 1957 a confirmé l'option de l'unité de juridiction par la création d'une juridiction suprême unique. Le Maroc, tout en écartant la dualité de juridictions, a appliqué la dualité des contentieux avec une spécialisation des organes de jugement limité au niveau supérieur<sup>3</sup>.

Le processus de la réforme du contentieux administratif au Maroc va connaître en 1993 une étape décisive marquée par l'établissement du système de la semi-dualité de juridictions. Ce système se manifeste au Maroc, d'une part, par la dualité de juridictions à la base, matérialisée par la création des tribunaux administratifs et, d'autre part, par le maintien de la Cour suprême au sommet<sup>4</sup>. La réforme de 1993 a eu le mérite de perfectionner l'organisation juridictionnelle, et de consolider le contrôle de l'administration

<sup>1</sup> Mohammed EL YAAGOUBI, *op. cit.*, p. 8-9.

<sup>2</sup> Mohammed EL YAAGOUBI, *op. cit.*, p. 10.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 13-14.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 14.

afin de mieux protéger les administrés par le juge et ouvrir une période fondamentale dans le processus de l'instauration du système de la dualité de juridiction au Maroc.

En 2006, le processus de la réforme du contentieux administratif au Maroc va connaître une étape importante, à savoir, la création des cours d'appels administratives compétentes pour connaître, en appel, des jugements rendus par les tribunaux administratifs. Il s'agit d'un moment très fort dans l'histoire du contentieux administratif marocain qui marque l'entrée formelle du Maroc dans le système de la dualité des juridictions.

De ce qui précède, il convient de mettre la lumière, d'abord, sur la création et le développement du contentieux administratif au Maroc de la période du protectorat jusqu'au 1991 (**Partie I**). Puis, s'atteler sur l'évolution du contentieux administratif marocain avec la création des tribunaux administratifs (**Partie II**).

### **Partie I : Création et développement du contentieux administratif au Maroc du protectorat jusqu'au 1991 :**

Dans cette première partie, il convient de retracer l'évolution du contentieux administratif au Maroc selon deux étapes. La première englobe la phase du Protectorat (**1**). La seconde concerne l'étape qui commence de l'indépendance jusqu'au 1991 (**2**).

#### **1. Élaboration du contentieux administratif pendant la période du Protectorat :**

Il était difficile de parler au Maroc de la période antérieure au protectorat de l'existence d'un contentieux administratif. Cependant, il était possible à cette époque de formuler des réclamations contre les abus des fonctionnaires. Ainsi, il est à noter que le recours hiérarchique interne à l'administration pratiqué à cette époque, vise à mettre fin à tout agissements irréguliers au niveau de l'administration d'Etat ou des administrations locales<sup>1</sup>. La caractéristique du système à cette période était l'absence de la séparation des pouvoirs, la preuve c'est que les réclamations pouvaient être dirigées contre les décisions des juges ainsi que contre les décisions des administrations<sup>2</sup>.

L'acte d'Algésiras du 7 avril 1906 a eu un impact sur l'amorce d'un droit administratif au Maroc. Ainsi, ses articles 105 à 119 comprennent plusieurs dispositions portant sur les services publics, l'interdiction d'aliéner les routes, les chemins de fer, les ports, le télégraphe au profit d'intérêt particulier. Ces textes sont aussi à la base de la formulation

<sup>1</sup> Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 628.

<sup>2</sup> Iraqi Raja, « La protection des administrés en droit public musulman : le cas du Maroc avant le Protectorat », mémoire de CES, Casablanca, 1983, p. 167, cité par Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 628.

des règles concernant l'expropriation, la nécessité d'une adjudication pour les travaux publics et pour les concessions<sup>1</sup>.

Il importe de noter qu'avec le Protectorat que débutait l'influence du droit administratif français au Maroc. Le droit administratif en France se caractérise par une autonomie par rapport au droit privé, par son caractère libéral qui se manifeste par un contrôle assez strict sur l'activité de l'administration. Or, le Maroc sous le Protectorat n'a pas opté pour un système directement copié sur les solutions françaises. Ceci s'explique par le souci de mener des réformes au Maroc ; ainsi, pour ne pas gêner les autorités administratives chargée de mener lesdites réformes. L'idée essentielle de cette époque consiste à limiter le contentieux administratif à quelques domaines bien précis. Effectivement, le contrôle de la régularité de l'action administrative était refusé et le seul recours accepté était le recours en indemnité pour les dommages causés par le fonctionnaire des services publics. De même, il était accepté à cette époque, que les tribunaux ordinaires qui statuent sur les litiges relatifs au contentieux administratif. Cependant, les juridictions ordinaires devront appliquer le droit administratif pour statuer sur les cas limités objet de leur compétence. En fait, c'est sur ce dernier point que la tradition française a été poursuivie. En outre, l'article 8 du dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire a créé des juridictions françaises, qui prennent ultérieurement la nomination de juridictions modernes, et c'est à ces juridictions que revient la compétence pour statuer sur les litiges qui mettent en cause les administrations publiques<sup>2</sup>.

Le Dahir du 12 août 1913 a représenté le texte fondamental du système juridictionnel administratif marocain et ce jusqu'au l'année 1991. Dans ce cadre, la charge de statuer sur les litiges administratifs revient donc aux juridictions ordinaires. Cependant, en 1913, lesdites juridictions n'ont qu'une compétence d'attribution limitée à trois hypothèses liées à ce que l'on convient d'appeler le plein contentieux. Il s'agit principalement de condamner l'administration à verser des sommes d'argent, soit à raison de l'exécution des marchés qu'elle a conclus, soit à raison des travaux qu'elle a ordonnés, soit à raison de tous actes de l'administration qui peut porter préjudice à autrui<sup>3</sup>. Cependant, il est interdit à ces juridictions d'exercer un contrôle de la régularité de l'action administrative. Effectivement, ces juridictions ne peuvent annuler les actes administratifs ou faire obstacle à leur

<sup>1</sup> Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 628.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 629.

<sup>3</sup> Article 8 du dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire.

exécution<sup>1</sup>. Ceci implique que le recours en annulation était exclu et que le seul recours autorisé était le recours en indemnité<sup>2</sup>.

Il importe de souligner que cette unité de juridiction n'a pas entraîné *ipso facto* l'unité de droit. La pratique et la jurisprudence reflètent clairement que les juridictions ordinaires doivent, au moment de statuer sur des litiges administratifs, appliquer un droit autonome<sup>3</sup>. En effet, en matière administrative, on a appliqué d'autres règles que celles qui régissent les rapports entre les particuliers. Les règles appliquées proviennent du droit administratif français<sup>4</sup>.

Tous ces éléments montrent que l'unité de juridiction et la dualité de droit sont les principales caractéristiques du contentieux administratif marocain élaboré au cours de la période du Protectorat<sup>5</sup>. Toutefois, les revendications visant à élargir les compétences du contentieux administratif formulé en 1913, ont débouché sur l'adoption du Dahir du 1<sup>er</sup> septembre 1928. Ce dernier donne la possibilité aux fonctionnaires d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les actes relatifs à l'application de leur statut, mais il était porté devant le Conseil d'Etat français<sup>6</sup>. À côté de cette possibilité, il existe une autre qui consiste en un recours gracieux porté devant les autorités gouvernementales.

## **2. Le contentieux administratif de l'indépendance jusqu'au 1991 :**

Il convient d'étudier deux étapes qui ont eu une influence sur le contentieux administratif au Maroc. La première concerne l'adaptation dudit contentieux aux données de l'indépendance (**2.1**). La seconde est relative aux réformes de 1974 (**2.2**).

### **2.1. Adaptation du contentieux administratif aux données de l'indépendance :**

Le premier objectif des réformes envisagées après 1956 consiste à compléter l'organisation juridictionnelle et l'adapter à la nouvelle situation du Maroc indépendant. Ainsi, le Royaume, après l'indépendance, a misé sur la réforme.

<sup>1</sup> Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 630 ; Jean GARAGNON, Indépendance et adaptation, du système juridictionnel (1956-1962), *cité in* Marcel-René Tercinet, (S/dir.), Indépendance nationale et système juridique au Maroc, Actes du colloque des 26 et 27 mars 1998, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 112.

<sup>2</sup> Mohammed EL AARAJ, Le droit administratif marocain (Tome II) (en arabe), Publications de la REMALD, Collection « Thèmes actuels », n° 66 bis, 2010, p. 187 ; Mohammed Amine BENABDALLAH, L'évolution du recours pour excès de pouvoir au Maroc, [En Ligne], *in* [https://www.google.com/search?ei=i5wVWyjsI8azUc3wpNAO&q=L%20E2%80%99%C3%A9volution+du+recours+pour+exc%C3%A8s+de+pouvoir+au+Maroc&oq=L%20E2%80%99%C3%A9volution+du+recours+pour+exc%C3%A8s+de+pouvoir+au+Maroc&gs\\_l=psy-ab..4372.4977.0.6456.2.2.0.0.0.172.172.0j1.2.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.173.6..35i39k1.173.e0FF2os-Fmo#](https://www.google.com/search?ei=i5wVWyjsI8azUc3wpNAO&q=L%20E2%80%99%C3%A9volution+du+recours+pour+exc%C3%A8s+de+pouvoir+au+Maroc&oq=L%20E2%80%99%C3%A9volution+du+recours+pour+exc%C3%A8s+de+pouvoir+au+Maroc&gs_l=psy-ab..4372.4977.0.6456.2.2.0.0.0.172.172.0j1.2.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.173.6..35i39k1.173.e0FF2os-Fmo#)

<sup>3</sup> Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 631.

<sup>4</sup> Jean GARAGNON, *op. cit.*, p. 113.

<sup>5</sup> Mohammed EL AARAJ, *op. cit.*, p. 186.

<sup>6</sup> Mohammed Amine BENABDALLAH, L'évolution du recours pour excès de pouvoir au Maroc, *op. cit.* ; Jean GARAGNON, *op. cit.*, p. 112 ; Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 631-632.

Effectivement, le début de la réforme a commencé par la création de la Cour suprême par le Dahir du 27 septembre 1957. Celle-ci a pour mission de statuer sur les pourvois en cassation formés contre les décisions rendues en dernier ressort par toutes les juridictions du Royaume qui, étaient, naguère, de la compétence de la Cour de cassation française. Ainsi, cette Cour est compétente, en premier et dernier ressort, sur les recours en annulation pour excès de pouvoirs formés contre les décisions qui émanent des autorités administratives<sup>1</sup>.

Il est à souligner que la création de la Cour suprême au sein de laquelle existe une chambre administrative confirme l'unité de juridiction. Et, les tribunaux français, devenus tribunaux modernes, sont compétent en matière administrative pour les recours en indemnité dans les trois cas objet de l'article 8 du dahir de 1913<sup>2</sup>. En outre, il est significatif de noter que la réforme permet un recours en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort et qui entre dans la compétence de la nouvelle chambre administrative de la Cour suprême<sup>3</sup>. Outre cela, cette chambre est désormais compétente pour statuer en premier et dernier ressort sur les recours en annulations entamés contre les décisions irrégulières de l'administration<sup>4</sup>. Ceci implique la persistance de l'interdiction auparavant formulée à l'égard des tribunaux de première instance et des cours d'appel d'annuler les actes administratifs, toutefois ladite interdiction est levée pour la Cour suprême nouvellement créé par le Dahir du 27 septembre 1957<sup>5</sup>.

Le mérite de la création de la chambre administrative de la Cour suprême ainsi que les recours en annulations devant elle, c'est qu'elle va très rapidement confirmer deux aspects fondamentaux du Maroc indépendant, le premier est l'autonomie du contentieux administratif, le second est le dégagement total du droit administratif du droit privé<sup>6</sup>.

En général, la réforme effectuée en 1957 et en 1965 a confirmé le principe de l'unité de juridiction et de la compétence des tribunaux de droit commun pour juger le contentieux administratif. Notons dans le même cadre, que le décret royal du 3 juillet de 1967 a confirmé cette situation et a renforcé l'autonomie du contentieux administratif marocain,

<sup>1</sup> Mohammed EL AARAJ, *op. cit.*, p. 191 ; Mohammed EL YAAGOUBI, *op. cit.*, p.12 ; Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 632 ; Mohammed Amine BENABDALLAH, Justice administrative et dualité de juridictions, [En Ligne], *in* [https://www.google.com/search?source=hp&ei=QDcUWujOH4T7UKGDhrgK&q=Justice+administrative+et+dualit%C3%A9+juridictions&oq=Justice+administrative+et+dualit%C3%A9+juridictions&gs\\_l=psy-ab.12...775.775.0.2191.2.2.0.0.0.197.197.0j1.2.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.635.6.35i39k1.636.669AjAXY6GM#](https://www.google.com/search?source=hp&ei=QDcUWujOH4T7UKGDhrgK&q=Justice+administrative+et+dualit%C3%A9+juridictions&oq=Justice+administrative+et+dualit%C3%A9+juridictions&gs_l=psy-ab.12...775.775.0.2191.2.2.0.0.0.197.197.0j1.2.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.635.6.35i39k1.636.669AjAXY6GM#)

<sup>2</sup> Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 632.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 633.

<sup>4</sup> Mohammed Amine BENABDALLAH, L'évolution du recours pour excès de pouvoir au Maroc, *op. cit.*

<sup>5</sup> Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 633.

<sup>6</sup> *Ibid.*

notamment à travers son article 48 qui a abrogé toutes les dispositions contraires à la présente loi, en particulier le dahir du 12 août 1913 à l'exception des alinéas 1, 3, 4 et 5 de l'article 8. Ceci n'a pas abouti à une réforme radicale du contentieux administratif marocain<sup>1</sup>.

## **2.2. Réorganisation de l'appareil juridictionnelle par les réformes de 1974 :**

Il importe de souligner que la réorganisation de l'appareil juridictionnelle par les dahirs du 15 juillet 1974 et la promulgation d'un nouveau code de procédure civile par le dahir portant loi du 28 septembre 1974, n'ont pas remis en cause le contentieux administratif formulé au Maroc au cours de la période précédente. Ainsi, les juridictions communales et d'arrondissements nouvellement créées, se limitent à traiter une grande masse de petites affaires en matière civile et pénale et n'ont aucune compétence en matière administrative<sup>2</sup>. De même, la réforme de 1974 a permis d'augmenter le nombre des juridictions de première instance qui ont remplacé les tribunaux régionaux. Les juridictions de première instance deviennent donc les héritiers de la compétence exercée par les tribunaux régionaux en matière administrative<sup>3</sup>.

Dans le même cadre, le nouveau code de procédure civile de 1974 a permis d'élargir la compétence limitée à la condamnation des collectivités publiques à indemnité dans les litiges relatifs aux marchés, aux travaux publics et aux actes qui portent préjudice à autrui. Cet élargissement est bien clair à la lecture de l'article 18 dudit code qui observe dans son paragraphe 1 que les tribunaux de première instance connaissent de toutes les affaires, en particulier celles administratives, soit en premier et dernier ressort, soit à charge d'appel<sup>4</sup>.

Malgré l'aspect conservateur des réformes de 1974, il convient de noter une innovation importante qui concerne la disparition de l'ancien article 8 du dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire. Toutefois, l'esprit de l'article 8 a été repris par l'article 25 du nouveau code de procédure civile qui dispose que « Sauf dispositions légales contraires, il est interdit aux juridictions de connaître même accessoirement, de toute demande tendant à entraver l'action administrative de l'Etat et des autres collectivités publiques, ou à faire annuler un de leurs actes »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Mohammed EL AARAJ, *op. cit.*, p. 191.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>3</sup> Khaissi (T), « Les juridictions communales et d'arrondissement », mémoire CES, faculté de Droit de Casablanca, 1989 (dactyl.), cité par Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 635-636.

<sup>4</sup> Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 636.

<sup>5</sup> Article 25 du nouveau CPC de 1974.

En général, il importe de dire que la réforme de 1974 n'a pas bouleversé le schéma du contentieux administratif au Maroc. En effet, ce dernier reste fidèle au système créé en 1913 et perfectionné en 1957. L'apport de ladite réforme consiste en l'introduction de certains éléments de simplification ainsi que le parachèvement de la construction entreprise<sup>1</sup>.

En matière administrative, deux catégories de litiges peuvent être distinguées. La première concerne les litiges du contrôle de la régularité des actes administratifs, c'est-à-dire le contentieux de l'excès de pouvoir qui relève directement en premier et dernier ressort de la Cour suprême (chambre administrative). Tous autres litiges relèvent désormais de la compétence des tribunaux de première instance, en première instance, en appel des cours d'appel, et en cassation de la Cour suprême (chambre administrative)<sup>2</sup>.

Malgré les réformes apportées au contentieux administratif au Maroc, quelques imperfections subsistent, dont la principale est liée au contentieux de l'excès au pouvoir, dont le règlement est limité à une seule juridiction pour l'ensemble du pays. Cet aspect restrictif limite le contrôle de la régularité de l'action administrative<sup>3</sup>.

Il est donc certain, que le Maroc entame une nouvelle réforme, d'une part, pour dépasser les imperfections liées au contentieux administratif marocain, et d'autre part, pour concrétiser l'idée de la création de véritables juridictions administratives. Ces deux préoccupations ont mené aux profondes réformes de 1991 qui ont conduit à la création des tribunaux administratifs.

En somme les réformes de 1974 ont visé à simplifier et à harmoniser l'organisation judiciaire au Maroc en général et le contentieux administratif en particulier et ceci sans remettre en cause le principe déjà instauré, à savoir l'unité de juridiction et la dualité de droit. Un principe qui a été introduit depuis 1913 et qui va connaître une modification importante avec la création des tribunaux administratifs en 1993, suite à l'adoption de la loi 41.90.

## **Partie II : Evolution du contentieux administratif marocain avec la création des tribunaux administratifs**

Pour arriver à un équilibre entre l'application des directives de l'Etat en tant qu'acteur principal dans le moteur du développement et les droits et intérêts des administrés, garantis par les textes de lois, il est évident que l'instauration d'une juridiction efficace est

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 637.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 638.

d'une grande importance pour arriver à imposer cet équilibre et par conséquent assurer pleinement le respect des droits du citoyen. D'où la nécessité de créer au Maroc des juridictions spécialisées<sup>1</sup>.

La réponse à ses attentes ont fait l'objet du discours royal du 8 mai 1990, qui a donné lieu à l'élaboration d'un projet de loi qui a été voté par la chambre des représentants le 12 juillet 1991, et promulguée par le dahir du 10 septembre 1993. La nouvelle loi a donné naissance aux tribunaux administratifs. Ainsi, cette loi renforce bien entendu l'autonomie du droit administratif et par conséquent la dualité de droit déjà reconnue. En outre, elle permet, dans une large mesure, de mettre fin à l'unité de juridiction puisque ce ne seront plus les mêmes magistrats qui jugeront le contentieux administratif et le contentieux ordinaire. La réforme de 1993 constitue donc une étape d'une grande importante vers la dualité de juridiction<sup>2</sup> (1).

En plus, en 2006, la réforme du contentieux administratif au Maroc va connaître une percée significative avec l'adoption de la loi n° 80-03 instituant des cours d'appel administratives, et qui a été promulguée par le dahir n° 1-06-07 du 14 février 2006. Ces cours d'appel vont constituer à côté de la Cour suprême, déjà instaurée en 1957 une ossature bien organisée pour réviser les décisions des tribunaux administratifs de premier degré (2).

## **1. Evolution des tribunaux administratifs (premier degré) :**

Pour étudier l'évolution des tribunaux administratifs au Maroc, il convient d'abord de mettre le point sur la création et les attributions des dites tribunaux (1.1). Puis, étudier le recours en annulation devant les tribunaux administratifs de premier degré (1.2).

### **1.1. Crédit et attributions des tribunaux administratifs (premier degré) :**

Au Maroc, le contentieux de la légalité a été de la seule compétence de la Cour suprême, qui depuis 1957 a représenté le seul organe compétent pour accueillir le recours en annulation. Cette centralisation de ce type de recours explique le très faible développement du contrôle de la légalité des décisions administratives<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Michel Rousset, Jean Garagnon, *op. cit.*, p. 639.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Jean GARAGNON, Indépendance et adaptation, du système juridictionnel (1956-1962), *cité in* Marcel-René Tercinet, (S/dir.), Indépendance nationale et système juridique au Maroc, Actes du colloque des 26 et 27 mars 1998, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 116.

Pour dépasser les contraintes liées à l'aspect limitatif de ce genre de contentieux au Maroc, la réforme devienne une nécessité d'urgence. Ainsi, la volonté de concrétiser la réforme et la modernisation du contentieux administratif marocain, notamment par l'amélioration de la protection des administrés, c'est affichée clairement dans le discours royal du Feu Hassan II du 8 mai 1990. En effet, ce discours a mis l'accent sur l'obligation de prendre en considération les droits des citoyens vis-à-vis de l'autorité, de l'administration et de l'Etat. Ceci s'explique par le fait que l'Etat au Maroc « se voit obligé d'intervenir aux plans social et économique ». En plus, la Chambre administrative de la Cour suprême ne dispose pas de « la possibilité d'examiner tous les dossiers et de trancher tous les contentieux, d'autant plus que de nos jours l'Etat met la main à tout ». Ce sont là quelques raisons, entre autres, qui figurent dans le discours royal de 1990 est qui expliquent l'obligation de créer les tribunaux administratifs.

Pour donner effet au discours royal du 8 mai 1990, la loi n° 41-90 promulguée par le dahir n° 1-91-225 du 10 septembre 1993, tel qu'elle a été modifiée et complétée par la loi du 25 octobre 2011, a donné naissance aux tribunaux administratifs. Ainsi, pour permettre la mise en œuvre de ces tribunaux, le décret n° 2-92-59 du 3 novembre 1993 a créé sept tribunaux administratifs dont le siège de chacune a été fixé au chef-lieu des sept régions créées en 1971, à savoir : Rabat, Casablanca, Fès, Marrakech, Meknès, Agadir et Oujda<sup>1</sup>. Ceci a permis de rapprocher la juridiction administrative aux administrés, notamment pour le recours pour excès de pouvoir jugé avant la réforme uniquement à la capitale du Royaume.

Avec l'adoption de la loi n° 41-90 de 1993, les tribunaux administratifs deviennent compétents pour trancher les litiges administratifs, alors que les litiges privés restent de la compétence des tribunaux ordinaires.

Concernant les attributions des tribunaux administratifs, l'article 8 de la loi 41-90 prévoit que ces tribunaux sont compétents pour juger, en premier ressort :

- les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions des autorités administratives ;
- les litiges relatifs aux contrats administratifs et les actions en réparation des dommages causés par les actes ou les activités des personnes publiques, à l'exclusion

<sup>1</sup> Loi n° 41-90 tel que modifiée et complétée.

toutefois de ceux causé sur la voie publique par un véhicule quelconque qui appartient à une personne publique.

Ces tribunaux sont aussi compétents pour statuer sur :

- les litiges nés à l'occasion de l'application de la législation et de la réglementation des pensions et du capital-décès des agents de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics et du personnel de l'administration du parlement ;

- les litiges nés de l'application des textes législatifs et réglementaires en matière électorale ;

- les litiges liés à l'application des textes législatifs et réglementaires en matière fiscale ;

- les litiges découlant de l'application du droit de l'expropriation pour cause d'utilité publique ;

- les litiges nés de l'application des textes législatifs et réglementaires liés aux recouvrements des créances du Trésor ;

- les litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires et agents de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics et des fonctionnaires de l'administration de la Chambre des représentants et de la Chambre des conseillers

- l'appréciation de la légalité des actes administratifs.

Concernant le tribunal administratif de Rabat qui a un statut spécial, l'article 11 de la loi 41-90 précise qu'il est compétent, en plus de ce qui vient d'être dit, du contentieux relatif à la situation individuelle des personnes nommées par dahir ou par décret et du contentieux qui relève de la compétence des tribunaux administratifs mais qui est né en dehors du ressort de ces tribunaux (c'est-à-dire dans les services administratifs qui se trouvent en dehors du territoire national)<sup>1</sup>.

Il convient de souligner qu'avec l'adoption de la loi n° 41-90 de 1993 le Maroc dispose de deux catégories de juridictions, la première est les juridictions ordinaires qui se composent des juridictions communales et d'arrondissements en plus des juridictions de première instance, la seconde est les juridictions administratifs qui se composent des tribunaux administratifs et de la Chambre administratif de la Cour suprême qui constitue une cour d'appel pour les décisions des tribunaux administratifs.

<sup>1</sup> Article 11 de la loi 41-90 tel que modifiée et complétée.

## **1.2. Le recours en annulation devant les tribunaux administratifs (premier degré) :**

En ce qui concerne la compétence des tribunaux administratifs pour statuer en matière des recours en annulation pour excès de pouvoir, il convient de noter qu'une décision administrative est entachée d'excès de pouvoir soit en raison de l'incompétence de l'autorité qui l'a prise, soit pour vice de forme, détournement de pouvoir, défaut de motif ou violation de la loi. Dans ce cadre, la personne à laquelle une telle décision fait grief, peut recourir à la juridiction administrative compétente pour l'attaquer et présenter les motifs de la plainte<sup>1</sup>.

Selon l'article 21 de la loi n° 41-90 tel que modifiée et complétée, la requête en annulation pour excès de pouvoir doit être accompagnée d'une copie de la décision administrative objet de la requête. Ainsi, dans le cas où un recours administratif a été préalablement présenté, la requête doit être également accompagnée d'une copie de la décision rejetant ledit recours ou, dans le cas d'un rejet implicite, la requête doit être jointe d'une pièce qui prouve son dépôt<sup>2</sup>.

Concernant les délais liés à l'introduction du recours en annulation, l'article 23 de la loi n° 41-90 tel que modifiée et complétée, prévoit que les recours en annulation pour excès de pouvoir contre les décisions émanant des autorités administratives doivent être présentés dans un délai de soixante (60) jours à compter de la date de la publication ou de la notification à l'intéressé de la décision objet du recours devant le tribunal administratif<sup>3</sup>. Or, l'intéressé a la faculté de saisir, avant la fin dudit délai, l'auteur de la décision d'un recours gracieux ou présenter un recours hiérarchique devant l'autorité administrative supérieure. Dans ce cas, le recours au tribunal administratif peut être valablement présenté dans le délai de soixante jours (60) à compter de la date de la notification de la décision expresse de rejet, total ou partiel, du recours administratif préalable<sup>4</sup>.

Il convient de préciser à cet égard, que le silence gardé plus de 60 jours par l'autorité administrative sur le recours gracieux ou hiérarchique implique le rejet. Il importe de préciser que dans le cas où l'autorité administrative est un corps délibérant, le délai de 60

<sup>1</sup> Article 20 de la loi 41-90 tel que modifiée et complétée.

<sup>2</sup> Article 21 de la loi 41-90 tel que modifiée et complétée.

<sup>3</sup> Article 23, alinéa 1 de la loi 41-90 tel que modifiée et complétée.

<sup>4</sup> Article 23, alinéa 2 de la loi 41-90 tel que modifiée et complétée.

jours est prolongé, le cas échéant, jusqu'à la fin de la première session légale qui suivra le dépôt du recours<sup>1</sup>.

Il importe de noter que dans le cas où la réglementation en vigueur prévoit à l'avance une procédure spécifique du recours administratif, le recours en annulation n'est dans ce cas recevable qu'à l'expiration de ladite procédure et dans les mêmes conditions de délais que ci-dessus<sup>2</sup>.

Il est à préciser que dans le cas où l'administration, suite à une demande dont elle a été saisie, garde le silence pendant une période de 60 jours, ceci signifie, sauf disposition législative contraire, le rejet de ladite demande. Dans ce cas, l'intéressé peut introduire un recours devant le tribunal administratif dans un délai de 60 jours à compter de l'expiration de la période de 60 jours sise mentionnée<sup>3</sup>.

Il est à noter enfin que le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives quand l'intéressé dispose pour faire valoir son droit du recours ordinaire de pleine juridiction<sup>4</sup>.

Soulignons que conformément aux dispositions prévues aux articles 134 à 141 du code de procédure civile, les jugements rendus par les tribunaux administratifs sont susceptibles d'appel dans un délai de (30) trente jours à compter de la date de notification du jugement.

## **2. Les cours d'appels administratives et la Cour de cassation :**

Il importe d'étudier en premier lieu les cours d'appels administratifs (**2.1**). Puis, mettre la lumière, sur la Cour de cassation (**2.2**).

### **2.1. Les cours d'appels administratives (deuxième degré) :**

Les cours d'appels administratives sont régis par la loi n° 80-03 instituant des cours d'appel administratives, et qui a été promulguée par le dahir n° 1-06-07 du 14 février 2006. Cette loi a été d'abord, modifiée et complétée par le dahir n° 1.11.170 du 25 octobre 2011 portant promulgation de la loi 58.11 relative à la Cour de cassation, ensuite, par le dahir n° 1-09-23 du 18 février 2009 portant promulgation de la loi n° 46-08 modifiant la loi n° 80-03 instituant des cours d'appel administratives.

<sup>1</sup> Article 23, alinéa 3 de la loi 41-90 tel que modifiée et complétée.

<sup>2</sup> Article 23, alinéa 4 de la loi 41-90 tel que modifiée et complétée.

<sup>3</sup> Article 23, alinéa 5 de la loi 41-90 tel que modifiée et complétée.

<sup>4</sup> Article 23, alinéa 6 de la loi 41-90 tel que modifiée et complétée.

La loi n° 80-03 a créée des cours d'appel administratives au Maroc. En effets, elles sont au nombre de deux, une à Rabat et l'autre à Marrakech. Selon l'article 5 de la loi 80-03, ces cours sont compétentes pour connaître, en appel, des jugements rendus par les tribunaux administratifs et des ordonnances de leurs présidents, sauf dispositions contraires prévues par la loi. Il est à noter à cet égard, que l'article 6 de ladite loi précise que le premier président de la cour d'appel administrative ou le vice-président exerce les attributions de juge des référés lorsque la cour est saisie du litige<sup>1</sup>.

À noter que conformément aux dispositions prévues aux articles 134 à 141 du code de procédure civile, les jugements rendus par les tribunaux administratifs sont susceptibles d'appel dans un délai de 30 jours à compter de la date de notification du jugement de 1<sup>ère</sup> instance<sup>2</sup>. Dans ce cadre, la requête doit être présentée sous forme écrite et par un avocat. Notons en outre, que l'appel est dispensé de la taxe judiciaire. A noter que le même délai d'appel prévu par les articles 148 et 153 du code de procédure civile s'applique aux ordonnances rendues par les présidents des tribunaux administratifs<sup>3</sup>.

Il importe de noter que selon l'article 16 de la loi 80-03, les décisions rendues par les cours d'appel administratives sont susceptibles de pourvoi en cassation devant la Cour de cassation, sauf les décisions rendues en matière d'appréciation de la légalité des décisions administratives. Dans ce cadre, le délai du pourvoi en cassation est fixé à 30 jours à compter de la date de notification de l'arrêt objet du recours. Il est à souligner que ce sont les règles prévues par le code de procédure civile qui sont applicables en matière de pourvoi en cassation<sup>4</sup>.

Il convient maintenant de mettre le point sur la Cour de cassation marocaine et ses attributions en matière administrative.

## **2.2. La Cour de cassation (troisième degré) :**

Au lendemain de l'indépendance, en 1956, le Maroc a mis en place la Cour suprême qui a été créée par le Dahir n° 1-57-223 du 27 septembre 1957. Soulignons que pendant la période du Protectorat français, le pourvoi en cassation devait être formé devant la Cour de cassation française. Cette dénomination a été changée en vertu du Dahir 1.11.170 du 25 octobre 2011 portant promulgation de la loi n° 58.11 relative à la cour de cassation, modifiant le dahir n° 1.57.223 du 27 septembre 1957 relatif au Cour suprême. Désormais,

<sup>1</sup> Article 6 de la loi 80-03.

<sup>2</sup> Article 9 de la loi 80-03.

<sup>3</sup> Article 9 de la loi 80-03.

<sup>4</sup> Article 16 de la loi 80-03.

la Cour suprême porte une nouvelle dénomination, à savoir la Cour de cassation. Elle a son siège à Rabat, capitale du Maroc. Elle est la plus haute juridiction du Royaume et sa compétence s'étend sur tout le territoire national. Sa mission fondamentale consiste à contrôler l'application des règles de droit par l'ensemble des juridictions du Royaume et d'assurer ainsi l'unité de la jurisprudence.

La Cour de cassation au Maroc comprend six chambres : une chambre civile (dite première chambre), une chambre commerciale, une chambre pénale, une chambre sociale, une chambre de statut personnel et successoral et une chambre administrative. Cette dernière connaît des pourvois de juridiction administrative, du recours pour excès de pouvoir contre des décisions administratives.

L'article 9 de la loi n° 41-90, et par dérogation aux dispositions de l'article 8, conserve à la Cour de cassation de statuer en premier et dernier ressort sur :

- les recours en annulation pour excès de pouvoir dirigés contre les actes réglementaires ou individuels du Premier ministre, et
- les recours en annulation dirigés contre les décisions des autorités administratives, dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort territorial d'un tribunal administratif.

Il importe de noter que selon l'article 16 de la loi 80-03, les décisions rendues par les cours d'appel administratives sont susceptibles de pourvoi en cassation devant la Cour de cassation, sauf les décisions rendues en matière d'appréciation de la légalité des décisions administratives. A cet égard, la loi fixe un délai de 30 jours à compter de la date de notification de l'arrêt objet du recours, pour que les décisions rendues par les cours d'appel administratives soient susceptibles de pourvoi devant la Cour de cassation.

### **Conclusion :**

En guise de conclusion, il importe de dire qu'au début du protectorat, l'apparition du contentieux administratif au Maroc a été étroitement liée à l'interdiction faite aux tribunaux d'entraver l'action administrative<sup>1</sup>. Or, l'évolution dudit contentieux a traversé plusieurs étapes reflétant d'une façon incontournable l'attachement à l'idée de la protection du citoyen contre les maladresses et l'arbitraire de l'administration. Ceci est parfaitement

<sup>1</sup> Mohammed Amine BENABDALLAH, Doctrine et droit administratif, [En ligne], *in* [https://www.google.com/search?ei=RDcUWuG0Icv7UoLivrgC&q=Doctrine+et+droit+administratif&oq=Doctrine+et+droit+administratif&gs\\_l=psy-ab.12..0i22i30k115.568054.568054.0.570429.1.1.0.0.0.365.365.3-1.1.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.363....0.M86m2SvG0V4#](https://www.google.com/search?ei=RDcUWuG0Icv7UoLivrgC&q=Doctrine+et+droit+administratif&oq=Doctrine+et+droit+administratif&gs_l=psy-ab.12..0i22i30k115.568054.568054.0.570429.1.1.0.0.0.365.365.3-1.1.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.363....0.M86m2SvG0V4#)

claire, car le Maroc a continué le processus de la réforme de son contentieux administratif, la preuve est la création en 1957 de la Cour suprême qui représente une institution de grand calibre permettant aux administrés d'entamer un recours en annulation pour excès de pouvoir. Cette volonté de réforme et de modernisation de l'appareil judiciaire administrative s'est renforcée, d'abord, par la création en 1993 des tribunaux administratifs dans chacune des sept régions économiques du Royaume, ensuite, par l'instauration en 2006, des cours d'appel administratives qui sont compétentes pour connaître, en appel, des jugements rendus par les tribunaux administratifs.

L'édifice du contentieux administratif au Maroc est protégé également par le rôle de la Cour de cassation qui lui revient de contrôler l'application des règles de droit par l'ensemble des juridictions du Royaume et d'assurer ainsi l'unité de la jurisprudence. D'ailleurs, les décisions rendues par les cours d'appel administratives sont susceptibles de pourvoi en cassation devant ladite Cour.

### **Bibliographie :**

#### **I). Ouvrages :**

- Marcel-René Tercinet, (S/dir.), Indépendance nationale et système juridique au Maroc, Actes du colloque des 26 et 27 mars 1998, Presses Universitaires de Grenoble, 2000.
- Michel ROUSSET, Jean GARAGNON, Droit administratif marocain, 6<sup>ème</sup> éditions 2003, Imprimerie EL MAARIF AL JADIDA, Rabat, Octobre 2003.
- Mohammed EL YAAGOUBI, Le juge protecteur de l'administré au Maroc, Entre le mimétisme et l'autonomisation, Fès, 1<sup>ère</sup> édition 2006.
- Mohammed EL AARAJ, Le droit administratif marocain (Tome II) (en arabe), Publications de la REMALD, Collection « Thèmes actuels », n° 66 bis, 2010.

#### **II). Articles**

- Mohammed Amine BENABDALLAH, Justice administrative et dualité de juridictions, [En Ligne], *in*  
[https://www.google.com/search?source=hp&ei=QDcUWujOH4T7UKGDhrgK&q=Justice+administrative+et+dualit%C3%A9+de+juridictions&oq=Justice+administrative+et+dualit%C3%A9+de+juridictions&gs\\_l=psy-ab.12...775.775.0.2191.2.2.0.0.0.197.197.0j1.2.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.635.6..35i39k1.636.669AjAXY6GM#](https://www.google.com/search?source=hp&ei=QDcUWujOH4T7UKGDhrgK&q=Justice+administrative+et+dualit%C3%A9+de+juridictions&oq=Justice+administrative+et+dualit%C3%A9+de+juridictions&gs_l=psy-ab.12...775.775.0.2191.2.2.0.0.0.197.197.0j1.2.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.635.6..35i39k1.636.669AjAXY6GM#)

- Mohammed Amine BENABDALLAH, Doctrine et droit administratif, [En ligne], *in*  
[https://www.google.com/search?ei=RDcUWuG0Icv7UoLivrgC&q=Doctrine+et+droit+administratif&oq=Doctrine+et+droit+administratif&gs\\_l=psy-ab.12..0i22i30k115.568054.568054.0.570429.1.1.0.0.0.365.365.3-1.1.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.363....0.M86m2SvG0V4#](https://www.google.com/search?ei=RDcUWuG0Icv7UoLivrgC&q=Doctrine+et+droit+administratif&oq=Doctrine+et+droit+administratif&gs_l=psy-ab.12..0i22i30k115.568054.568054.0.570429.1.1.0.0.0.365.365.3-1.1.0....0...1.1.64.psy-ab..0.1.363....0.M86m2SvG0V4#)

### **III). Discours royaux :**

- Discours royal du Feu Hassan II du 8 mai 1990.

### **IV). Textes juridiques :**

- Acte d'Algésiras du 7 avril 1906 (**1906**).
- Dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire (**1913**).
- Dahir du 1<sup>er</sup> septembre 1928 (**1928**).
- Dahir n° 1-57-223 du 27 septembre 1957 créant la Cour suprême (**1957**).
- Dahirs du 15 juillet 1974 et la promulgation d'un nouveau code de procédure civile par le dahir portant loi du 28 septembre 1974, (**1974**).
- Loi du 12 juillet 1991, (**1991**).
- Loi n° 41-90, (1993).
- Décret n° 2-92-59 du 3 novembre 1993, (**1993**).
- Loi n° 80-03 instituant des cours d'appel administratives (**2006**).
- Loi du 25 octobre 2011 (**2011**).

## نَفَارِيٌّ :

## المؤولية المشتركة بين الزوجين في تدبير الشأن الأسري - دراسة مقارنة<sup>1</sup>



شهدت رحاب كلية الحقوق بطنجة مؤخرا مناقشة أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، تقدمت بها الطالبة الباحثة لطيفة الشدادي، تحت اشراف الدكتور عبد الخالق أحmedون، وعضوية كل من الدكتورة وداد العيدوني، والدكتور عبد الله أشركي أستاذى التعليم العالى بكلية الحقوق بطنجة، والدكتورة نزهة الخالدى أستاذة مؤهلة بكلية الحقوق بتطوان، حيث قررت اللجنة قبول الأطروحة شكلا، وفي الموضوع منح الطالبة درجة الدكتوراه في الحقوق بميزة مشرف جدا.

وفيما يلي تقرير مقتضب بأهم الاشكاليات والخلاصات التي جاءت بها الأطروحة.

إن موضوع المسؤولية المشتركة بين الزوجين في تدبير الشؤون الأسرية يعتبر من أهم المواضيع التي أثارت وما زالت تثير جدلا واسعا في مختلف المجتمعات المعاصرة، لكونها تميز بالتعقيد نتيجة تفاعل عديد من العوامل، تجمع بين ما هو قانوني وفقيهي، وما هو اقتصادي واجتماعي. لذلك استأثر باهتمام الباحثين في ميدان الأسرة، نظرا لحساسيته ولشدة ارتباطه بمستقبل الحياة الزوجية.

وكما هو متعارف عليه، فإن نظام الزواج يقوم على أساس دعامتين أساسيتين: الأولى تمثلها الزوجة، والثانية يمثلها الزوج، وبنطاقهما المشترك يتحقق بناء الأسرة. ولتكوين هذه الأسرة وقيامها بدورها في الحافظة على النوع البشري وامتداده، شرع الله الزواج، وجعله من سنة دينه، ومنهاج شريعته، مصداقا لقوله عز وجل: ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".

<sup>1</sup>- تقرير عن أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص للطالبة الباحثة لطيفة الشدادي.

وعلى هذا الأساس اهتمت مدونة الأسرة بتنظيم العلاقة الزوجية اهتماما بالغا، وفق ما تقتضيه الشريعة الإسلامية، من مبادئ العدل والإنصاف والمساواة، إلى جانب المواثيق والاتفاقيات الدولية، لإعادة التوازن للعلاقات الأسرية، وخلق نظام أسري يقوم على احترام حقوق المرأة وصيانته كرامة الرجل وحماية حقوق الأطفال باعتبارها مسؤولية مشتركة بين الأبوين.

لذلك فمن أهم المركبات التي اعتمدتها المشرع أثناء صياغته لمدونة الأسرة هو الارتقاء بالعلاقات الأسرية إلى مستوى التدبير المشترك القائم على مبدأ التشاور والتفاوض والتعاون وتقاسم المسؤولية، وإعادة الاعتبار لمؤسسة الزواج، بالاهتمام بكل مكوناتها أبا وأما وأطفالا.

كما جعل مبدأ المساواة بين الجنسين منطلقه الأساسي وغاياته المنشودة استجابة لمتطلبات الحداثة والديمقراطية والتزاماته الدولية، واستجابة لواقع المعيش للأسرة المغربية التي عرفت تطورات وتحولات كبرى أدت إلى تطور العلاقات بين أفرادها وإلى تبادل الأدوار بين الزوجين بما يحقق المساواة بينهما في تحمل مسؤولية تسيير شؤون الأسرة. وقد اهتم المشرع بهذا المبدأ انطلاقا من مرحلة الخطبة، إذ تتجسد مظاهر المسؤولية المشتركة من خلال توافق كلا من الطرفين بالزواج، وحقهما المشترك في العدول عن الخطبة، وفي طلب التعويض إذا صاحب هذا العدول ضرر.

كما يتجلّى مبدأ التشاور في المسؤولية أثناء قيام الزوجية من خلالأخذ المشرع بمبدأ إنشاء العلاقة الزوجية بإرادة الطرفين، وتوحيد أهلية الزواج بالنسبة للجنسين، وإلغاء الولاية على المرأة الرشيدة التي أصبحت حقا تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها (المادة 24 من مدونة الأسرة).

كماعمل على توسيع مجال الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنائه، حيث ترك للزوجين فضاء واسعا لمبدأ سلطان الإرادة في إبراد الشروط وترتيب الآثار وفق رغبتهما وإرادتهما، مادامت لا تتنافي مع مقاصد عقد الزواج وغاياته وطبيعته. وهكذا أصبحت العلاقة الزوجية قائمة على أساس الاختيار المتبادل بين الشركين، من خلال منح الزوجة حق مشاطرة الزوج مسؤولية رعاية الأسرة وتسيير شؤونها، واتخاذ القرارات المتعلقة بالبيت والأطفال، كما تم إشراك الزوجة في مسؤولية الإنفاق على الأبناء والمساهمة في تحمل أعباء الحياة الزوجية جنبا إلى جنب مع الزوج. فالالتزام بالإإنفاق يعد واجبا تبادليا على عاتق الزوجين كل بحسب إمكانياته وموارده، خاصة وأن الزوجة أصبحت طرفا فاعلا ومواطنا كامل الحقوق والواجبات، وشركا حقيقيا للزوج في تحقيق التوازن الأسري.

إن التحديات الجديدة التي فرضتها التحولات الماكرو-اجتماعية سواء على المستوى الديوغرافي أو الاقتصادي أو الاجتماعي كان لها انعكاس مباشر على اقتصاديات الأسر وأنماط عيشها مما جعلها تعيد النظر في قيمة العمل عند النساء، وإعادة النظر في هيكلة النوع الاجتماعي والقيم المؤطرة له داخل الأسرة والمجتمع بصفة عامة، في اتجاه تحقيق قدر كبير من المساواة في توزيع الأدوار والقرارات.

وهكذا أصبح لزاما تأثير الواقع الجديد الذي تعرفه الأسرة المغربية جراء ولوج المرأة للعمل وإقبالها الكثيف على التعليم ومشاركتها في تنمية المجتمع والأسرة بقانون يعكس المضامين الاجتماعية الجديدة ويطرح حلولا بديلة تلائم مستجدات الوضع، قانون يصحح وضع المرأة وينقلها من وضع التبعية والسلطة، ومن مبدأ الطاعة مقابل الإنفاق إلى وضع المساواة والتكامل والمشاركة في الرعاية والمسؤولية الأسرية، تحقيقا للعدل وتيسيرا لдинامية الحياة الاجتماعية.

وعلى هذا الأساس جاءت المادة 49 من م.أ. بأالية جديدة تنظم العلاقة المادية بين الزوجين دون المساس بمبدأ استقلالية النمة المالية لطرف العلاقة الزوجية. هذا الإطار التنظيمي الذي استحدثته المدونة من شأنه العمل على ترسیخ نهج المشاوره وتبني مقاربة

الشارك بدل التفرد في كل ما يلزم الحياة الزوجية، وخصوصاً الجانب المالي الذي يحتاج إلى تدبير مشترك درءاً لكل الخلافات والمشاكل المترتبة عنه بعدها أصبحت المرأة مساهمة أساسية في نفقة الأسرة، وإقراراً بجهودات كل الطرفين في تنمية الموارد المالية، وإثباتاً لحقوقهما في حالة النزاع.

إن مجال تدبير وتوزيع الأموال المكتسبة أثناء فترة الزواج يجسّد إلى حد كبير المسؤولية المشتركة بين الزوجين، لأن تدبير هاته الأموال يخضع لإرادتهما في حالة الاتفاق ولا يخفى ما لهذه المقتضيات من أهمية حيث أنها كرست إلغاء التمييز والتفرقة بين الرجل والمرأة في المركز القانوني، وذلك من خلال توسيع مجال الإرادة المشتركة للزوجين في تدبير وتوزيع الأموال.

ونشير إلى أنه كما تتكرس مسؤولية الزوجين على نحو مشترك عند قيام العلاقة الزوجية، يتقد سريان هذه المسؤولية حتى إنهاء هذه الرابطة، مادامت إرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج، فإنه لا يمكن وضع حد لهذا العقد إلا إذا اجتمع الإرادتين معاً على ذلك، وهذا شأن الطلاق الاتفاقي والخلعي.

وهكذا عمد المشرع إلى تقليص إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية، وإقامة نوع من التوازن في هذا الإنها، من خلال توسيع مجال التطبيق مقابل الطلاق الذي يملكه الزوج، حيث نظم نوعاً جديداً من دعاوى التطبيق وهو عبارة عن وسيلة مخولة لكلا الزوجين في إنهاء الزوجية بسبب الشقاق، فنص على حق الزوج المضرور في المطالبة بالتعويض متى ثبتت مسؤولية الزوج الآخر عن سبب الفراق. آخذاً بعين الاعتبار نوع من الموازنة بين ضرر استمرار العلاقة الزوجية وإنهاها.

#### • أهمية الموضوع ودوافع اختياره :

- رصد أهم التحولات المتعددة الجوانب التي مست بنية المجتمع العربي وأدت إلى خلق بنيات اجتماعية واقتصادية كان لها انعكاسات على بنية الأسرة ووظائف الزوجين داخلها.

- رصد وتابع واقع تطبيق مدونة الأسرة وما حملته من مستجدات فيما يخص المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات، ومعرفة كيفية تعامل القضاء مع النصوص المعالجة لموضوع مسؤولية الزوجين في تحمل الأعباء والتكاليف المالية للأسرة. قصد ملامسة أهم الإشكالات القانونية والواقعية التي أفرزها هذا التطبيق مع الاعتماد على مجموعة من الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية ذات الصلة بال موضوع، وكذا الاطلاع على التشريعات الأسرية المقارنة لمعرفة كيفية تعاملها مع مظاهر التشارك في الروابط الأسرية.

#### • صعوبات البحث :

لا يكن الحديث عن أي بحث دون صعوبة، وإن كانت هذه الصعوبات تختلف من موضوع إلى آخر، وذلك نظراً لارتباط البحث في تناوله بموضوعات مختلفة: الخطبة، الزواج، الشروط الاتفاقية، تدبير الأموال المكتسبة، الطلاق الاتفاقي والخلعي، التطبيق للشقاق، الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، حقوق الأطفال ومستحقاتهم بعد الطلاق... الخ زاد الأمر صعوبة. فكل موضوع يستدعي دراسة خاصة للوصول إلى مضامينه والإحاطة بكل جوانبه، لا سيما أمام تعدد الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية والمعطيات الإحصائية التي تهم الجانب العملي لكل واحد منها.

#### • إشكالية البحث ومنهجيته :

يعالج هذا البحث إشكالاً مركزياً يتمحور حول حدود التوافق والانسجام بين ما هو مقرر في التشريع الأسري المغربي وما هو مكرس في التشريعات الأسرية المقارنة والمواثيق الدولية ذات الصلة بموضوع المسؤولية المشتركة في الروابط الأسرية. عن هذه الإشكالية الرئيسية تتفرع عدّة إشكاليات يمكن إجمالها في التساؤلات التالية:

- هل استطاعت مدونة الأسرة أن تتحقق المساواة في العلاقات التشاركية بين الزوجين في رعاية الأسرة وتحمل أعبائها المالية؟ أم أن مداها المحصر في الجاني المتعلق بالحقوق دون أن يطال الواجبات؟ وما هو موقف الفقه منها؟ وكيف عمل القضاء على بلورتها وتفعيلها؟
- هل يمكن المناداة بتفويية الشراكة المالية بين الزوجين بدل الشراكة المعنوية كحل للحد من اخلال الرابطة الزوجية؟ وهل استطاع المشرع المغربي أن يحقق فعلاً المساواة بين الزوجين عند اخلال الرابطة الزوجية؟ وإلى أي حد ساهم في تقليل التفاوت بين الأنظمة التشريعية والعمل على فض النزاعات الأسرية؟
- هل ساهمت مقتضيات مدونة الأسرة في تكريس مبدأ التوازن عي الحقوق والالتزامات المالية التي يتحملها الزوجان بعد اخلال ميثاق الزوجية كما هو متعارف عليه دوليا؟

للاجابة على هذه الإشكالات السالفة الذكر، يقتضي الأمر إتباع مقاربة تعتمد على الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع، نظراً لخصوصية وتشعب القضايا التي يتطرق إليها، لذلك فإن تناوله يستلزم دراسة تحليلية للنصوص القانونية ذات الصلة بال موضوع مقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية، وبباقي القوانين العربية أو الغربية قصد معرفة مدى التباعد أو التقارب فيما بينهما في تنظيم هذا الموضوع، مع محاولة استقراء المضامين بشكل يوازي الجانب العملي، والاستشهاد بالأحكام والقرارات القضائية والإحصاءات الرسمية المتعلقة بموضوع الدراسة. كما تم الاعتماد على مناهج علمية أخرى كالمنهج الاستدلالي والنقدي لترجيح رأي معين على باقي الآراء التي قام عليها وموافقتها للشرع والمنطق السليم.

وعليه فقد تم تقسيم الموضوع محل الدراسة إلى بابين:

تم التعرض في الباب الأول : لمظاهر الاشتراك في مجال الروابط الأسرية على ضوء التشريع الأسري المغربي والمقارن عن طريق تناوله في فصلين :

رصد الفصل الأول إلى الحديث عن مسؤولية الزوجين المشتركة في التراضي على إبرام عقد الزواج من خلال التطرق لمبدأ سلطان الإرادة وتوسيع دوره في إنشاء الروابط الأسرية وفي مجال الاشتراط ومدى توافقه مع متطلبات العصر بانسجام تام مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومعايير الدولة لحقوق الإنسان.

بالمقابل انفرد الفصل الثاني بدراسة المسؤولية المشتركة في الإنفاق على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية والذي يحددان بمقتضاه واجبات والتزامات كل الطرفين بشرط احترام أحكام مدونة الأسرة وعدم المساس بحقوق الأطفال، مع الوقوف على أوجه الاختلاف والاختلاف فيما يتعلق بمبدأ التراضي على إنهاء الرابطة الزوجية في كل من القانون المغربي والمقارن. وعلى الإشكاليات المطروحة على المستوى العمل القضائي وحصيلة ذلك.

مع الإشارة إلى إلزامية القيام بمحاولة الصلح والتشدد على تفعيل هذا الإجراء في جميع قضايا الطلاق والتطليق – باستثناء التطليق للغيبة- رغم وجود عوامل وإكراهات تحد من فعالية مسطرة الصلح. منها ما هو موضوعي وذاتي، ومنها ما يرجع بالأساس إلى عدم تفعيل الدور المنوط بالمؤسسات المكلفة بإجراء الصلح وتقف حاجزاً دون تحقيقها للغاية المنشودة منها.

أما الباب الثاني فتم التطرق فيه لأثار الاشتراك في مجال العلاقات الأسرية على ضوء التشريع الأسري المغربي والمقارن وذلك من خلال فصلين :

فالفصل الأول تمحور حول الآثار المترتبة عن المسؤولية المشتركة عند قيام العلاقة الزوجية، سواء المترتبة عن الخطبة التي لا تعدو أن تكون تواعد رجل وامرأة على الزواج، لا يكتسي أي صبغة إلزامية من الناحية القانونية، فرغم

ترتيب المشرع أثار عقد الزواج عليها المتمثل في النسب إذا ما توافرت شروطه، فإن هذا الإقرار هدفه الأساسي حماية نسب الطفل، وليس تغيير التكيف القانوني للخطبة، وهذا ما كرسته أغلب القوانين المقارنة.

كما تم التطرق إلى الآثار المترتبة عن الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين وما يترتب عنها من إخلال، مع الإشارة إلى ضرورة ضمان حقوق الأطفال ورعايا شؤونهم، وإحاطتهم بالعناية الفائقة، إذ على الأبوين أن يدركا عظم المسؤولية الملقاة على عاتقهما تجاه أبنائهم، باعتبارهم عنصرا أساسيا من العناصر المكونة للأسرة. وإن كانت هذه المسؤولية يصعب حصر فلسفتها ومعانيها وتجلياتها القانونية أساسا ناهيك عن وقوعها الثقافي، فالزوج لم يعد رب الأسرة الوحيد، بل كل ما يعني الأسرة من توجهات وقرارات سواء خاصة بالأطفال أو الزوجين أو هما معا، أصبحت شأنًا ثانئياً بين الزوج والزوجة.

أما بخصوص الفصل الثاني من هذا الباب فيتمحور حول حالت قيام الشقاق بين الزوجين وآليات معالجته، والوقوف على أهم الإشكالات العملية التي أفرزها الواقع والحلول المتخدنة بشأنه. كما تم التعرض إلى الآثار القانونية المترتبة عن انفصام عرى الزوجية وانعكاساته على أفراد الأسرة مع رصد الاختلافات الجوهرية في تقدير مستحقات الزوجة والأبناء.

#### • الخلاصات والمقترحات :

يتبيّن من خلال صفحات أن المشرع وضع أحکام عدالة غيرت من ملامح العلاقة بين الزوج والزوجة، وبيتها على أسس قائمة على المساواة والتفاوض والتعاون وال الحوار والشراكة في الحياة الزوجية بمفهومها الإنساني والروحي، فلا حياة ناجحة ومستمرة دون وجود تشارك في إنشاء أسرة يسودها الود والاحترام والتكافل، أسرة يصير الزوجان في إطارها مسؤولين معا على رعايتها وتحمل تكاليفها المادية إلا أن ذلك لا ينفي وجود بعض المقتضيات وقع فيها المشرع في تناقض ولم يتحقق المساواة المطلوبة. حيث لم يبين المقصود بهذه الرعاية؟ هل الرعاية المعنية؟ أم الرعاية المادية التي نجدها ملقاة على الزوج وحده، لأنه ملزم بدفع الصداق والإإنفاق على الزوجة والأبناء ودفع مستحقات الطلاق؟

خاصة وأن الزوجة لا تتحمل مسؤولية المساهمة في الأعباء المالية حتى ولو كانت ميسورة أو كان لها دخل شهري، إلا استثناء في حالة عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق ووجود الأبناء. وفي هذا ابتعاد عن روح التكافل الذي ينبغي أن يسود العلاقات الأسرية.

وفي نفس السياق نشير إلى أن الزوجة (الأم) غير متساوية مع الزوج (الأب) في تحمل رعاية شؤون الأبناء، إلا استثناء في حالة عدم تواجده، حيث تحرم من حق مشاركة الأب في النيابة الشرعية على أبنائها القاصرين.

لذلك فإن المشرع مطالب بمراجعة المقتضيات القانونية المتعلقة بالالتزامات الزوجين، وإعادة صياغتها وفق ما يقتضيه الواقع، لتصبح أكثر ملاءمة مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يعرفها المجتمع. حيث يمكن تعديل مقتضيات المادة 194 و 199 من م.أ. والنص على إلزام كلا الزوجين بالمساهمة في الإنفاق على شؤون الأسرة والأبناء حسب قدرتهم واستطاعتهم، وفي حالة عجز أحدهما عن أداء التزامه بالنفقة وإثبات ذلك، يكلف الزوج الآخر بالإإنفاق تطبيقاً لمبادئ التضامن العائلي.

وبالرجوع إلى الفصل 480 من ق. ج نجد أنه يتطلب عنصر الإمساك العملي عن دفع النفقة في موعدها المحدد حتى يكن متابعة الملزم بها بجريدة إهمال الأسرة. لكن من الناحية العملية، فإنه بمجرد ما يصدر الحكم على الملزم بالنفقة، ويتم تبليغه إليه وتحرير محضر الامتناع عن الأداء في حقه، وعدم وجود ما يحجز، يتم إخضاعه لسلطة إهمال الأسرة، بالرغم من إثباته أنه معسر وليس في استطاعته الإنفاق. لذلك على المحكمة أن تقوم بالتحري بمختلف الوسائل حول

الوضعية المادية للملزم بالنفقة قبل اللجوء إلى مسطرة إهمال الأسرة، لاسيما وأن جريمة إهمال الأسرة سيف ذو حدين :

فمن جهة تضر بصالح الحكم عليه وبمستقبله خاصة إذا كان معوزاً أو سيء النية. ومن جهة ثانية تضر بصالح الحكم له الذي عانى حتى استصدار حكم بالنفقة، ثم يجد نفسه أمام مرحلة قضائية لن يجني منها سوى الزج بالحكم عليه في السجن، فيصبح محروماً إما من النفقة أو من الزوج أو الأب حسب الأحوال.

ثم إن المشرع قد أغفل الحالة التي يثبت فيها إعسار الأبوين معاً عن الإنفاق على أطفالهما المعوزين، مما يفرض تدخل الدولة باعتبارها مسؤولة عن اتخاذ كافة التدابير الالزمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتهم، وذلك عبر إنشاء مؤسسات اجتماعية يقع على عاتقها مد المساعدات الالزمة على شكل رواتب شهرية إلى كل الأسر التي تبين عجزها عن الإنفاق على أطفالها.

- إن مدونة الأسرة رغم احتواها على نص قانوني خاص بتنظيم الجانب المالي للعلاقة الزوجية، إلا أن هذا المقتضى تميز بعدم الدقة والقصور، مما أدى إلى وجود تباين واختلاف على مستوى العمل القضائي. لذلك على المشرع أن ينظم مسألة اشتراك الأزواج في الثروة المكتسبة من الناحية الإجرائية والموضوعية وفق نص قانوني دقيق ومتكملاً.

فيإلقاء نظرة على عقود تدبير الأموال المشتركة المسجلة بأقسام قضاء الأسرة على المستوى الوطني يبين النسبة الضئيلة لهذه العقود مقارنة بعقود الزواج. وهذا راجع إلى كون هذا النوع من الاتفاق التعاقدى يعتبر نوعاً من القيود المكبلة لحرية الرجل الذي يضع أمامه احتمالات تقلبات الزمن والتي قد تتطلب منه أن يكون في حل من كل التزاماته. فالأزواج يحبذون التراضي على كيفية تدبير الحياة الزوجية شفوياً، وقد يطال الأمر إلى توقيقات معينة خلال الحياة الزوجية إذا ما تعلق الأمر بشراء ممتلكات مناصفة بين الزوج والزوجة، أما التراضي على أمر تدبيرهم الأسري منذ بداية المشوار الزوجي فمازال غائباً.

- كذلك نخلص إلى أن الدور المخول للنيابة العامة في حماية وضمان حقوق الأطفال سواء عند قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها، ودورها في إرجاع الزوج المطرود إلى بيت الزوجية، ظل محدوداً بالمقارنة مع غاية المشرع من إدخال هذا الجهاز في قضايا الأسرة، نتيجة قلة الآليات التي تساعدها على القيام بوظيفتها في مجال الأسرة ودورها في حفظ استقرارها.

فالتطبيق العملي لمقتضيات المادة 53 من م.أ. أفرز العديد من الإشكالات وتبقى أهم صعوبة تعرّض عمل النيابة العامة تلك المتعلقة بالإجراءات الكفيلة بحماية الزوج المطرود، لذلك لا بد من تدخل تشريعي يعالج الصعوبة المطروحة ويوفر الوسائل والآليات الكفيلة للسهر على حسن التطبيق لها، والعمل على إحداث مراكز لإيواء مثل هذا الصنف من الزوجات باعتبارهن الأكثر عرضة للطرد من بيت الزوجية خاصة وأن هذه الظاهرة في ارتفاع مستمر. كذلك أن المشرع مطالب بالتدخل لتجريم عرقلة تنفيذ أمر النيابة العامة بإرجاع الزوج المطرود، لأن آثار الطرد قد تتجاوز الزوج المطرود وتشمل الأبناء وتتسبّب في ضياع حقوقهم وشردهم.

- وفيما يتعلق بالنسبة الناتج عن الخطبة، فإن المشرع المغربي أحسن صنعاً عندما نص على إمكانية إلحاقه بالخطيب إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من م.أ. وذلك حفاظاً على نسيبهم من الضياع، وإن كانت هذه الشروط تبقى في الغالب صعبة الإثبات أمام القضاء، بالإضافة إلى عدم الجرأة الكافية للقضاء في اللجوء إلى الخبرة في حالة إنكار الخطيب بأن الحمل منه، وكذا وجود اختلاف في تعامل المحاكم مع هذه الشروط بين اتجاه متشدد في ضرورة توافرها جميعها، وبين اتجاه مرن في التعامل مع هذه الأخيرة.

- نلاحظ أن المشرع أحدث مسطرة التطبيق للشقاق والطلاق الاتفاقي وأولى أهمية بالغة لمسطرة الصلح، وجعل القضاء الأسري والمؤسسات المرصدة له محوراً لتكريس العدالة التصالحية، إلا أنه لم ي عمل على حصر الحالات التي يمكن للزوجين من خلالها اللجوء إلى مسطرة التطبيق للشقاق، الأمر الذي جعله يحتل الصدارة بين باقي أنواع التطبيق منذ دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ، لكون رافع هذه الدعوى غير ملزم بإثبات سبب الشقاق رغم أن معظم المحاكم تستجيب لطلب التطبيق للشقاق رغم أن الدعوى في جوهرها مؤسسة على سبب آخر غير الشقاق. كما أن المشرع لم يحدد خصائص الأخطاء التي تؤدي إلى التطبيق للشقاق وتوجب التعويض اقتضاء بالمشروع الفرنسي في هذا الصدد.

- وفيما يتعلق بالبالغ المالية التي تقدرها مختلف المحاكم كنفقة للأبناء لم تعرف تحسناً كبيراً، بل تتسم بالحدودية والقصور ولا تكفي لتغطية أبسط الواجبات الضرورية، مما يؤثر سلباً على المستوى المعيشي والصحي والتعليمي للأبناء. ناهيك عن إشكالية تبليغ وتنفيذ الأحكام ما تسببه من عرقلة في استفادة الزوجة (المطلقة) والأطفال من مستحقاتهم، مما يدفع إلى تشغيل الأطفال وهم في سن التمدرس.

فلا شك أن الطفل يظل الضحية الأولى اجتماعياً وقانونياً ونفسياً لواقعه الطلاق، ولا يمكن لأي نظام مهما كانت درجة حمايته أن يعوض فرصة استقراره بين أحضان والديه.

وأخيراً نخلص إلى أن الزوجة المطلقة لا تستفيد من الآثار المالية للطلاق إلا خلال فترة العدة، الشيء الذي يطرح مسألة تأمين حياتها المعيشية بحلة عند انتهاء عدتها، ويزداد الأمر صعوبة إن كان أبناء وكانت غير عاملة، حيث تواجه بفردها مشاكل أطفالها وتتحمل المسؤولية عنهم وحدها، لذلك لا بد من تفعيل صندوق التكافل العائلي.

وعلى العموم فإن تحقيق الأهداف المرسومة لمدونة الأسرة، رهين بالتطبيق السليم والحسن لأحكامها، واستيعاب محتواها بالشكل الذي يتفاعل مع روح النص والغاية من إقراره، وهي مسؤولية ملقاة على عاتق القضاء التي تظل ملجاً لمن أعيته حيلة الود وانسد أمامه سبيل الإصلاح.



## الصياغة التشريعية - مدونة الأسرة نموذجا<sup>1</sup>



شهدت رحاب كلية الحقوق بطنجة، أخيرا، مناقشة أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، تقدم بها الطالب الباحث مولاي عبد الرحمن قاسي، تحت إشراف الدكتور عبد الخالق أحمدون، وعضوية كل من الدكتور محمد الكشبور، والدكتور مرزوق أيت الحاج، والدكتورة نزهة الخالدي، حيث قررت اللجنة قبول الأطروحة شكلا، وفي الموضوع منح الطالب درجة الدكتوراه في الحقوق بميزة مشرف جدا.

انطلق الباحث من إشكالية مفادها أن الاختلاف القضائي بشأن مجموعة من المقتضيات الواردة في مدونة الأسرة المغربية، يؤدي إلى خلق أوضاع شافة غير منصفة بين المتخاصمين فیتهدد الأمانة القضائية نتيجة غياب الأمن القانوني، من جهة؛ ثم ظهور أشكال جديدة للتقاضي تفرغ كل إصلاح من جدواه، ونبيل المقاصد من معناه، من جهة أخرى، وهو ما حفزه إلى النظر في كيفية الرقي بالتشريع لتحقيق الأمان القانوني، ومن خلاله الأمان القضائي، ثم كيفية التأسيس لمنهج محكم للصياغة التشريعية بال المغرب.

وللإحاطة بالإشكالية اعتمد الباحث المنهج القانوني البرجاتي، الذي يرفض المفهوم الثابت والجامد للقانون، ويهتم بأحكام المحاكم، وهو الذي يسمح بإدخال جميع التغيرات من خلال الواقع الاجتماعي، ويعتمد الأسلوب المباشر دون الخوض في العموميات التيلن تضييف جديدا، وسيجمع كما هائلا من المعلومات، يرهق بها من يتبع القيمة المضافة من بحثه.

ومن الصعوبات التي واجهت الباحث تلك التي ترتبط بعلاقة الصياغة التشريعية مع تخصصات أخرى كاللغة والفلسفة وعلم الاجتماع والعلوم الدينية ثم التاريخ وغيرها، فضلا عن ندرة المراجع في موضوع يعد حديث العهد بطرحه بجال البحث والمناقشة الجامعية.

الأطروحة جاءت في بابين :

<sup>1</sup> - تقرير عن أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق بطنجة ، للباحث مولاي عبد الرحمن قاسي.

- الباب الأول : أصول الصياغة التشريعية بين الواقع والمأمول :

خصص لأهم أحكام الصياغة التشريعية، والتي لها ارتباط مباشر بالإشكال المطروحة، ثم واقع الصياغة التشريعية بالغرب بعلاقته، للتنظير لمستقبل أحسن له، وكان الخطيط الرابط بين محاور هذا الباب هو التثبت من أهمية منهج الصياغة، ومدى التزام المغرب ببعض مبادئه؛ والسبيل إلى استكمال قواعد المنهج.

- الباب الثاني : مدونة الأسرة في ضوء الأصول العامة للصياغة :

خصص لبيان آثار الالتزام بعض قواعد منهج الصياغة وآثار عدم الالتزام بالبعض الآخر، في غواصة صياغة مدونة الأسرة والإمكانات المتاحة لاستكمال منهاج الصياغة التشريعية من خلال هذا الأنوفوج، ثم دور القضاء في إبراز نواقص المنهج المتابع.

وقد خلصت الأطروحة إلى النتائج التالية :

- أن الخبرة القانونية غير كافية، لصياغة النصوص القانونية، وعليه يجب تشجيع البحوث العلمية في موضوع الصياغة التشريعية، لبناء نظرية مستقلة ومؤسسة على مختلف العلوم، كعلم القانون واللغة، ثم فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني ثم علم السياسة وعلم الاقتصاد وعلم المنطق والانتربولوجية القانونية، وعلم القياس القانوني وعلوم أخرى بدرجات متفاوتة.
- ضرورة إدراج الصياغة التشريعية ضمن المواد المقررة في كليات الحقوق، وفي صلب برامج التأهيل والتدريب بمعهد القضاء، وغيرها، من أجل إعداد أطر عليا في الصياغة التشريعية، تلحق بمختلف المؤسسات التي تعنى بالموضوع، خاصة قسم التشريع بالوزارات، ثم المؤسسة التشريعية، والأمانة العامة للحكومة، وأنه مع التوجه نحو عولمة القاعدة القانونية، وتذويب الثقافات أو توحيدتها، وإلغاء الاختلافات، يظل دور العلماء والفقهاء وكل من يحمل هم التشريع في البلاد الإسلامية، جد دقيق ومهم، وينبغي أن يتركز في الحرص على عدم تجاوز حدود الشريعة الإسلامية، لإرضاء المطالب الحقوقية بالمعايير الكونية، وبالمقابل الاجتهد الدؤوب للإسهام في عولمة القاعدة القانونية الإسلامية.
- أن النظرية الحديثة في الصياغة هي التي تستوعب معايير الجودة، لأن في إطارها يمكن أن نصل إلى تشريع يحقق الأهداف بأقل التكاليف، وأقل الإشكالات، شامل وفي حجم معقول، بسيط ويضمن الاستقرار، يخضع لنطق التنظيم، وينسجم مع باقي التشريعات الوضعية والربانية، محققا للأمان التشريعي، وللظروف الديمقراطية لتطبيق مبدأ "لا عنز لأحد في جهل القانون". فيكون بذلك التشريع وسيلة لضمان الحقوق الديمقراطية من جهة وتحقيق أهداف الحكومات من جهة أخرى؛ على اعتبار أن مستوى احترام الحقوق في الدولة، يقاس بمستوى الصياغة التشريعية وجودتها. أما في موضوع مدونة الأسرة، فيحسن بالصانع - وهو المشرع - أن يحرص على جودة البنية الشكلية لها، وعلى جودة المضامين، في كل فرصة إصلاحية، خاصة ما ثبت فيه العيب، مسترشدا بأصول الصياغة التشريعية الحديثة، التي بلورتها الكتابات النظرية والبحوث العلمية، والتطبيقات القضائية، التي ساهمت وتساهم في تجويد وتطوير الصياغة التشريعية.

ودعا الباحث في نهاية أطروحته إلى مزيد من الإحكام في صياغة التشريعات المغربية، وقانون الأسرة خاصة، للدرء المفاسد وجلب المصالح، وهو ما يستلزم إعداد دليل عملي للصياغة التشريعية يستوعب أصولها ومبادئها وأحكامها، ويكون ملزماً لمختلف الجهات المكلفة بالتشريع، ويشير أيضاً لخصوصيات كل مجال، كقانون الأسرة الذي تقتضي خصوصياته أن نفرد، مثلاً، بنظرية في المسؤولية، تترجم لقواعد الأمن القانوني الأسري.

مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

ردمد : 2336-0615