



مجلة معالم قانونية
مجلة ورفية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والفقهية



جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس
القانون و الفلسفة و المجتمع
مختبر البحث
إفلاح

مجلة معالم قانونية

تصدر عن مختبر القانون والفلسفة والمجتمع

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس والفلسفية

مجلة محكمة تعنى بالدراسات القانونية

العدد الثالث

ISSN: 2737-8365

ملف صحافة

04/ 2019

الإيداع القانوني

2020PE0002

مدير المجلة:

عبد العزيز الصقلي

المدير المساعد:

ناصر متيوي مشكوري

مدير التحرير:

محمد الطودار

رئيسة التحرير:

بهيجة فردوس



مجلة معالم قانونية

مجلة علمية محكمة

تصدر دوريا

عن مختبر إقلاع القانون والفلسفة والمجتمع

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
والاجتماعية

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

لمراسلة المجلة، يرجى الإرسال على

البريد الإلكتروني التالي:

Abdelaziz.squalli@usmba.ac.ma

mohamedettouard@gmail.com

التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى تضم أساتذة جامعيين، وبعض القضاة وباقي المهنيين القانونيين والقضائيين، تصدر دوريا كل أربعة أشهر، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية الرزينة.

مدير المجلة:

د/ عبد العزيز الصقلي

المدير المساعد:

د/ ناصر متيوي مشكوري

مدير تحرير المجلة:

ذ/ محمد الطودار

رئيسة تحرير المجلة:

د/ بهيجة فردوس

العدد الثالث

هيئة التحرير

البريد الإلكتروني	الإسم	الوظيفة
mohamedettouard@gmail.com	ذ/ محمد الطودار	مدير التحرير
Dr.bahijaferdous2004@gmail.com	د/ بهيجة فردوس	رئيس التحرير
هيئة التحرير		
نائب العميد لشؤون الدراسات العليا بكلية الحقوق الجامعة الأردنية المملكة الأردنية الهاشمية	محمد نواف نلاج الفواعره	محرر مشارك
أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بالمملكة المغربية	إدريس جويدي	محرر مشارك
أستاذ دكتور بكلية القانون جامعة الشارقة بالإمارات العربية المتحدة	سيد أحمد محمود أحمد	محرر مشارك
أستاذ التعليم العالي بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بفاس بالمملكة المغربية	عز العرب لحكيم بناني	محرر مشارك
أستاذ دكتور بكلية الحقوق جامعة الكويت مملكة الكويت	عبد الفضيل محمد بكر	محرر مشارك
أستاذ التعليم العالي بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بفاس بالمملكة المغربية	يوسف تيبس	محرر مشارك
أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق، صفاقس جمهورية تونس	عصام بن حسن	محرر مشارك
أستاذ التعليم العالي بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بفاس بالمملكة المغربية	امحمد آيت حمو	محرر مشارك
أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بالمملكة المغربية	عبد الله مرغيش	محرر مشارك
أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بالمملكة المغربية	عمرو لمزرع	محرر مشارك
أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بالمملكة المغربية	فاطمة لحروف	محرر مشارك
أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بالمملكة المغربية	سعيد البكوري	محرر مشارك

محرر مشارك	سعاد تيالي	أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بالمملكة المغربية
محرر مشارك	ليلى مداني	أستاذة محاضرة بكلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة بومرداس بالجزائر
محرر مشارك	هانيا محمد علي فقيه	أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية الجامعة اللبنانية ببلبنان
محرر مشارك	حاتم أمزيل	أستاذ مساعد بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بفاس بالمملكة المغربية
محرر إداري	محمد سرکوح	ملحق تربوي بالمركز الجهوي لمهن التربية والتكوين بجهة سوس ماسة المغرب
المرجعة اللغوية		
اللغة العربية	د/ محمد الكوجيلي	أستاذ مكون بالمركز الجهوي لمهن التربية والتكوين بجهة سوس ماسة المغرب
اللغة الفرنسية	د/ مصطفى جهيم	أستاذ التعليم العالي بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بفاس بالمملكة المغربية
اللغة الإنجليزية	د/ كبير صاندي	أستاذ التعليم العالي بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بفاس بالمملكة المغربية

الهيئة الاستشارية

الاسم	المسمى الوظيفي
محمد بوزلافة	عميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، المغرب
كمال علاوين	عميد كلية القانون بالجامعة الأردنية، الأردن
خليل الفندري	عميد كلية الحقوق بجامعة صفاقس، تونس
خليفة إبراهيم عودة التميمي	عميد كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة ديالى، العراق
كمال حبيب	عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالجامعة اللبنانية، لبنان
جميلة العماري	أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، المغرب
ضحى النعمان	أستاذة القانون المدني المشاركة بكلية الحقوق، جامعة البحرين
بشار طلال المومني	أستاذ القانون المدني المشارك بكلية القانون جامعة الشارقة، الإمارات

كتابة المجلة

الاسم	المسمى الوظيفي
نرجس بكوري	أستاذة باحثة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس
كوثر بلبول	أستاذة باحثة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس
حسن رحية	أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس
محمد بنلمقدم	أستاذ باحث بكلية الآداب بفاس
كريم متقي	أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس
نجيب الأعرج	أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

قواعد النشر

أولاً: تهتم مجلة معالم قانونية بنشر كل الأبحاث والدراسات ذات الصلة بالقانون وفق الضوابط التالية:

- ♦ يجب أن يكون البحث ضمن مجال العلوم القانونية؛
- ♦ يجب أن يكون البحث العلمي رصينا، يحتوي على مقومات الجدية والأمانة العلمية، والابتكار في المواضيع القانونية المطروحة على الساحة؛
- ♦ أن لا يكون قد سبق نشره أو وعد بنشره في مجلة أخرى؛
- ♦ تنشر مجلة معالم قانونية البحوث العلمية القانونية الأصيلة للباحثين مكتوبة باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية دون إدراج ملخص أو كلمات مفتاحية للبحث ولا تدرج المراجع في آخر البحث؛
- ♦ أن يكون البحث مطبوعا باستخدام برنامج word، ويراعي في البحث الجانب الشكلي التالي في طريقة كتابة المتن والتهميش:
- ♦ يكتب العنوان بخط traditional arabic حجم 20، ويجب أن يكون العنوان دقيقا ومعبرا عن محتوى البحث؛
- ♦ على أن يكتب اسم الباحث أو الباحثين بخط arabic typesetting حجم 18؛
- ♦ أما مضمون البحث المكتوب على المتن فإنه يكتب بخط sakkal majalla بحجم 16 والعناوين الرئيسية بنفس الخط حجم 18؛
- ♦ على أن يتم إدراج الهوامش في أسفل كل صفحة، وتكون الهوامش من كافة الاتجاهات 2.5 سم بخط sakkal majallat بحجم 12.
- ♦ يرسل البحث إلى مدير تحرير المجلة بواسطة البريد الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني التالي:

ma.ac.usmba@squalli.Abdelaziz

com.gmail@mohamedettouard

♦ ترسل الأبحاث لتحكيمها من قبل (ثلاثة) من أعضاء هيئة التدريس برتبة أستاذ التعليم العالي / أستاذ دكتور، أو أحدهما أستاذ التعليم العالي / أستاذ دكتور، وإثنان برتبة أستاذ مؤهل / أستاذ مشارك في مجال تخصص البحث المرسل للتحكيم، وفي حالة كانت نتيجة اثنان من الثلاثة يصلح للنشر (أو تعديلات طفيفة) والثالث سلبي (لا يصلح للنشر) يقبل البحث مع التعديلات المطلوبة والمهمة، وفي حالة كانت نتيجة اثنان من ثلاثة سلبية (اثنان لا يصلح للنشر) يكون البحث مرفوض.

♦ تخضع البحوث المقدمة إلى المجلة للتحكيم حسب الأصول المتبعة، وللهيئة العلمية الحق في اتخاذ النتيجة التالية أثناء التحكيم:

أولاً: يصلح للنشر بدون أية تعديلات؛

ثانياً: يصلح للنشر بتعديلات جوهرية؛

ثالثاً: يصلح للنشر بتعديلات طفيفة؛

رابعاً: لا يصلح للنشر.

♦ تستغرق مدة تحكيم المقالات والبحوث أربعة أشهر كحد أقصى من تاريخ إرساله للتحكيم؛

♦ يراعى في أسلوب توثيق المصادر/المراجع نظام الحواشي السفلية المتسلسلة أدنى كل صفحة برقم متصل في البحث على النحو التالي:

1 - يشار عند توثيق المصادر/المراجع من الكتب إلى: اسم المؤلف أول مرة (اسمه الكامل)، ثم اسم الكتاب، ثم رقم الطبعة، ودار النشر، ومكان النشر وسنته، ثم المجلد أو الجزء، متبوعاً برقم الصفحة، ويعاد مجتزءاً حيثما تكرر، مثل: إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990، الجزء الأول، ص 84.

إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م س، ص 167؛

2 - يشار عند توثيق مقالات المجالات والدوريات إلى اسم الباحث (كاملاً) أول مرة، ثم اسم البحث، ثم اسم المجلة، والجهة التي تصدر عنها، ومكانها، والعدد أو المجلد،

ثم السنة، والصفحة، ويعاد مجتزءاً حيثما تكرر مثل: محمد الكشبور، ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، العدد 31، 1999، ص 37.

محمد الكشبور، ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، م س، ص 40؛
3 - يشار عند توثيق أبحاث أعمال المؤتمرات والندوات إلى اسم الباحث، ثم اسم المؤتمر أو الندوة، والجهة التي نظمتها، ومكانها، ثم السنة، والصفحة، ويعاد مجتزءاً حيثما تكرر؛

4 - يشار عند توثيق البحوث المنشورة على الأنترنت تحديد اسم المؤلف، وعنوان الموضوع، مع ذكر الرابط، وتاريخ الإفادة منه (ضرورة الإشارة إلى ساعة الاطلاع عليه)، شرط عدم وجود نشرة ورقية منه؛

♦ يحصل الباحث بعد صدور العدد الذي نشر به مقاله على نسخة من ذلك العدد، كما يحق له الحصول على نسخة من أي عدد شاء مرة كل ثلاث سنوات بحسب اختياره؛
♦ تخلي المجلة مسؤوليتها من أي إخلال بالملكية الفكرية للمقالات المنشورة بأي عدد ينشر عنها.

ثانياً: كما تهتم مجلة معالم قانونية بنشر الإطار العام (المقدمة، الإشكالية، دوافع الاختيار، الأهمية، منهج وخطة البحث) عن الرسائل والأطاريح التي نوقشت في كليات القانون أو غيرها من الكليات شريطة أن تكون لها بصلة بعلوم القانون وفق الضوابط المذكورة أعلاه.

مقدمة

لا مندوحة من استقطاب البحث العلمي واحتوائه ضمن مدرجات الببليوغرافيا القانونية، خاصة إن كان جادا وهادفاً، وما دام أن قرينة الجدية والتعبئة الهادفة لخدمة العلم كيفما كان نوعه تتوفر في المسار التي تسير على خطاه المجلة مجلة معالم قانونية، فقد ارتأى مختبر القانون والفلسفة والمجتمع - إقلاع - بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس احتضان المجلة لتأخذ مساراً علمياً أكاديمياً يبوئها مكانة مرموقة وبارزة في ظل مشهد يعد بالثبات في تقديم الجودة البحثية، والرقي بمصنفات المقالة القانونية، ويوفر بيئة علمية متماسكة يجعل مجلداتها من أوثق ما يعتمد في الخزينة القانونية سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي.

وهذا ليس بغريب عن مجلة ابتدأت حديثاً، وليس بعزيز عن سلسلة تحددت كل الصعاب من أجل خلق تصور لدى كل مهتم قانوني بأن هناك مجلة تسمى معالم قانونية ستخلق الحدث في الصدارة، وما دام أن شعار المختبر هو الإقلاع، فإن الإقلاع بجودة البحث العلمي من خلال هاته المجلة الفتية سيضع الموازين في نصابها، والنقط على الحروف، والظفر بثقة الباحث والطالب والمهتم بالعلوم القانونية والممارس، وهذا مطمح يأتي في الركيزة الأولى التي ستسير عليها بكوكبة علمية متنوعة من كل بقاع العالم العربي والغير العربي، تعمل جاهدة وهذا المتطلب فيها لصناعة منتج علمي واعد، وستساهم كل مكونات المختبر في النهوض بمجالات اهتمام المجلة، لتكون نبراساً يهتدى بها، وشمعة تضيء في وجه الريح القوي المتناثر هنا وهناك، والذي لن يؤثر على إنارتها لطريق يوصلنا جميعاً إلى الفوز بالجنة ما دامت الغاية هي سلوك طريق العلم.

وفي هذا الإطار، لا بد من التلميح إلى أن العدد الثالث جاء غنياً بمقالات عديدة ومتنوعة، ومحور جديد يأتي كتبويج لهاته الشراكة العميقة الدلالات، مداخلات كانت محور ندوات وملتقيات، وكانت المناسبة أن نظم المختبر مؤتمراً بتاريخ 04 يونيو 2020 حول موضوع ذا راهنية يحمل عنوان: «تأثير كوفيد 19 على عالم الأعمال: التداعيات على قانون المقاولات وقانون العقود»، وقد تناولت المداخلة الأولى لشخصنا المتواضع: تأثير الحجر على تسيير المقاولات، والثانية خص من خلالها الأستاذ إدريس جويدي مداخلة حول: كوفيد 19 وعقود الأعمال، وهي مقالة جديدة بالاهتمام في ظل سيرورة مناخ الأعمال في تماس مع فيروس

لا يكل ولا يمل في الإضرار بكل مجالات الحياة، أما المداخلة الثالثة وهي كلها قدمت باللغة الفرنسية للأستاذ عبد الله مغريش عالِم من خلالها موضوع الساعة: حالة الطوارئ الصحية وبقاء العلاقات العقدية في العقود الدولية، وعالِم الأستاذ عمرو لمزرع في مداخلة مدى: تأثير كوفيد 19 على العلاقة التعاقدية بين أمهات وآباء وأولياء التلاميذ والمدارس الخصوصية، ولاشك أن آليات الاقتصاد الإسلامي لمواجهة كورونا - كوفيد 19، موضوع لامست فيه الأستاذة كرز حُرشي حيثيات مهمة، وهما مقالتيْن جاءتا باللغة العربية، أما الأستاذة نفيسي كوثر فقد أحاطت بمجال حيوي تضافرت حوله الدول يتعلّق ببيئة ريادة الأعمال في ظل جائحة كوفيد 19 الآثار الضارة والحلول الممكنة وهي مقالة باللغة الفرنسية، وأخيراً وليس آخراً جاءت مقالة شقيقة باللغة العربية للأستاذة نرجس البكوري ألحت على: معالجة الآثار القانونية لوباء كورونا المستجد (كوفيد 19) على العقود الدولية.

أما المحور الثاني فقد وردت به مقالات ودراسات غاية في الأهمية، وهي سبعة مقالات متنوعة، وكانت الجمهورية العراقية حاضرة بقوة من خلال أستاذين عزيزين تناولوا على التوالي موضوعين متباعين الأول يأتي في إطار القانون الخاص والثاني في إطار القانون العام، غير أنهما يأتيان في ظل قانون واحد وهو القانون العراقي، اختصت المقالة الأولى للأستاذ أحمد خلف حسين الدخيل بالوقف وتطبيقاته في القانون العراقي، والثانية للأستاذ عدنان عاجل عبيد قارب من خلالها: نظر المحكمة الاتحادية العليا العراقية في دستورية قانونها، أما المقالة الثالثة فقد تغيى من خلالها الأستاذ مصطفى ميمون إبراز: مسطرة تمليك أراضي الجماعات السلاجية البورية لفائدة المنتفعين بها ودورها في النهوض بالاستثمار الفلاحي على ضوء القانون رقم: 62-17. والحديث عن ضوابط وموانع الحياة في الفقه المالكي والقانون المغربي كان محور كتابة الأستاذ حميد العيادي، ولم يغب الجانب الجنائي عن هذا العدد، حاول من خلالها الأستاذ رشيد عبيد الرحمان بحث: أزمة النظام العقابي وتداعياته على الجريمة والمجرم، ومقالة تتصف بالروعة أحاطت بمعضلة: انحراف مبنى المصطلح وتأثيره على المعنى في الدراسات القانونية - التشريع الجنائي أنموذجاً - للأستاذ رضى بن يحيى، أما الأوضاع الإرثية للمرأة بين الحقيقة والادعاء، فقد تميز بمعالجتها الأستاذ محمد قبلي.

ولم يقف العدد الثالث عند هذا الحد، فالأحكام والقرارات القضائية من أجل ما تعتمده الأعداد الصادرة عن المجلة، وجاءت محيطة بكافة درجات التقاضي وصادرة عن محاكم مختلفة، ولا بد من إدراج الاجتهاد التي تعمل المحكمة الأسمى على تكريسه وهو من صميم عملها، ففي قرار صادر عن محكمة النقض يحمل عدد 977/1 والمؤرخ في 2018/10/04، ملف إداري عدد 2018/1/4/701 اعتبر أن: « التعليم من أهم وظائف الدولة، أرسى الدستور

أصله، بما يتناسب مع قدرات المواطن. تحميل طالب التسجيل في الدكتوراه الموظف تكاليف الحصاص المقدمة خارج أوقات العمل الرسمية التي تتمسك به الجامعة لفرض الرسوم، لا يشفع لها في إقرار شرط جديد ينتفي سنده في القانون ما دام أن هذا الأخير يجد لها الموارد المالية الكفيلة بتغطية المصاريف والتي لا يخضع لها التكوين الأساسي»، والقرار الثاني يحمل عدد 619/4 المؤرخ في 2018/06/27 ملف جنحي عدد 2017/6/8/5102 حيث أن: «إنكار المنسوب إليه سند في براءة المطلوب في النقض من جنائتي السرقة المقترنة بأكثر من ظرف تشديد والمشاركة في ذلك، ما دام أن تصريحات مصرحي المسطرة المرجعية غير كافية لإبراز عناصر الجنائيتين، ولكون المستأنف الوحيد هي النيابة العامة التي لم تدل كجهة اتهام بأية حجة ضد المطلوب ولم تطالب باستدعاء المصرحين بمحضر الضابطة القضائية»، فيما أكد القرار الثالث الحامل لعدد 1595/10 المؤرخ في 2019/11/07 ملف جنحي عدد 2018/92/21890 أن: «التوقيع الذي يضعه الطرف أو دفاعه على وثيقة الإجراء الذي يقوم به هو الوسيلة التي تؤكد صدور ذلك الإجراء عنه وتعبير عن إرادته في إمضائه وترتيب آثاره القانونية أو تضي الحجية على المحرر الموقع. لما قضت المحكمة بعدم قبول الاستئناف لعدم استيفائه شروطه الشكلية تكون قد بنت قضاءها على أساس، فالتوقيع على صك الطعن من المحامي أساسي لقبول الطعن بالاستئناف والتنقيص عليه الوارد في المادة 526 من قانون المسطرة الجنائية في ما يخص الطعن بالنقض يسري أيضا على التصريح بالطعن بالاستئناف لاتحاد العلة»، وبالإضافة إلى القرارات الصادرة عن محكمة النقض تم الاقتصار على قرارين صادرين عن محكمة الدرجة الثانية غير أنهما كرسا قاعدتين هامتين، القرار الأول صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 3810 مؤرخ في 2018/08/07 ملف عدد 2018/7205/292 اعتبر أن: «قرار الإدارة كان سليما ولا يشوبه أي عيب من عيوب عدم المشروعية المتمسك به من طرف المستأنفة، باعتباره صادر عن رئيس الجماعة وفق ما تنص عليه 65 المذكورة، إذ وباعتبار أن القرار محل الطعن صادر عن قائد الملحقة الإدارية، فإنه يعتبر تابعا للعامل والإدارة، ويتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية مختص في مراقبة المخالفة موضوع القرار محل الطعن، الذي بلغ للمستأنفة وفق ما تنص عليه مقتضيات المادة 67 من القانون 66.12 السالف الذكر»، والثاني صادر عن محكمة الاستئناف بأسفي عدد 150 المؤرخ في 2019/05/09 ملف عقاري 2018/1401/206 حث على أن: «تعذر إتمام تجهيز التجزئة بالمطلوب بهدف تمكين المستأنف من البقعة التي اشتراها منه، يجعل الشرط المتفق عليه بين الطرفين في العقد سند الدعوى الذي يجعل تحرير العقد النهائي رهينا بتسوية وضعيعة البقعة الأرضية المببيعة قد أضحي مستحيلا مما يستحيل معه على البائع تنفيذ التزامه بالبيع على الوجه المتفق عليه سلفا بين الطرفين.

وحيث إن الشرط المتفق عليه قد تخلف، مما يصبح معه الالتزام المتصرف به غير قابل للتنفيذ وبذلك يكون طلب فسخه مبررا قانونا وواقعا خلافا لما سار إليه الحكم المستأنف»، وفي أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بوادي الذهب عدد 61 المؤرخ في 2020/10/13 ملف استعجالي رقم 2020/1101/68 أُلح على تناول اختصاص أصيل لقاضي المستعجلات ف: «عندما يتعلق الأمر بخطر محقق من شأنه المساس باستمرارية المرفق العمومي وإلحاق خسائر فادحة بمدا خيل الدولة المالية، فإن قاضي المستعجلات يكون مختصا للتدخل في حالة الاستعجال القصوى ومن ساعة لأخرى، من خلال الأمر بفض الاعتصام المنفذ من طرف المدعى عليهما، وبشمول هذا الأمر بالتنفيذ المعجل على أصل المسودة لوجود حالة الاستعجال القصوى»، والدرجة الأولى من درجات التقاضي كانت حاضرة هي الأخرى لما تزخر به من أعمال قضائية يستند إليها، وهي ثلاثة أحكام وأمر صادر عن قاضٍ للتحقيق، ففي الحكم الأول صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش، المؤرخ في 2020/02/19 ملف إداري القضاء الشامل حيث: «إن المتابعة التأديبية مستقلة عن المتابعة الجزرية وهو استقلال يحد منه فقط عدم المساس بحجية الأحكام القضائية بشأن وقائع ناقشتها تلك الأحكام، وبذلك يحق للإدارة تحريك المتابعة التأديبية في حق المخالف ولو في ظل عدم وجود حكم قضائي نهائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به، شريطة ثبوت الصحة المادية للوقائع موضوع المتابعة وسلامة التكييف القانوني المصطب عليها. إن حق الدفاع يعتبر من الحقوق الأصلية التي يجب أن تسبق كل إجراء تأديبي ولو في حالة عدم وجود نص بذلك، وفي نازلة الحال لم يثبت أن الإدارة قد خرقت ذلك الحق بدليل أن محضر المجلس التأديبي يشير إلى حضور الطاعن المتابع وتذكيره بمضمون المخالفات المنسوبة إليه وعدم وجود أي حفظ بشأن إمهاله لإعداد دفاعه، ومن ثم فإن القرار التأديبي المطعون فيه والمؤسس على الرأي الصادر عن ذلك المجلس لا يعتبر ماسا بحقوق الدفاع»، والحكم الثاني صادر عن المحكمة التجارية بمراكش يحمل عدد 2673 المؤرخ في 2015/11/26 في ملف تجاري أصر على أنه: «لما يتدخل المشرع ويعرف كل نوع من البيوعات، ويسن له مجموعة من القواعد والضوابط فيتعين تحديد طبيعته انطلاقا من موضوع البيع لا من خلال شكلية إبرامه، مهما اختلفت التسميات. عدم احترام العقد موضوع الدعوى - بيع العقار في طور الإنجاز - لشكليات تحرير العقد الابتدائي وفق مقتضيات الفصل 618-3 من ق ل ع يجعله تحت طائلة البطلان، ويتعين على المحكمة التصريح به. كل طلب أو قبول لأي أداء كيفما كان قبل التوقيع على عقد البيع الابتدائي يعد باطلا طبقا للفصل 618.8 من ق ل ع. وأن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يرتب أي أثر سوى استرداد ما دفع بغير حق تنفيذيا له طبقا للفصل 306 من ق ل ع»، في حين أقر حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالخميسات عدد 171 بتاريخ 13 يونيو 2019

في ملف عقاري رقم 2019/1401/68 مجموعة من القواعد القانونية الهامة وهي كالتالي: «الطلب مصيره عدم القبول متى جاء مبهما وغير واضح، من خلال عدم تحديد المدعية لمقدار التعويض الذي تطالب به أو على الأقل المطالبة بتعويض مؤقت إذا تعذر عليها تحديد التعويض الممكن الحكم به وأداء الرسوم القضائية على التعويض المطلوب، والتماس إجراء خبرة أما أن تلتزم الحكم بقيمة البقعتين الأرضيتين أو إجراء خبرة لتحديد قيمتها فإن ذلك يجعل الطلب غير محدد. العقد الذي حكم ببطلان أبرم بتاريخ 1994/07/07 وحسب إقرار المدعية، في حين أن الخبرة التي أنجزت في مرحلة الاستئناف أكدت أن أخيها أصيب بالمرض العقلي بدءاً من سنة 1995 أي بعد إبرام العقد وليس قبله كما ذهبت إلى ذلك محكمة الاستئناف، فإن الثابت أن ودادية ض ن التي كلفت بمشروع إعادة هيكلة البناء العشوائي لض ن حتى ينسجم مع التهيئة العمرانية لم تكن طرفاً في الأحكام القضائية المحتج بها. الأرض التي اشتراها مورث المدعى عليهم من أخ المدعية قد تنازل عنها للودادية في إطار إعادة هيكلة البناء العشوائي، ويبقى من المتعذر قانوناً أن تقوم الودادية بمنح قرار استنفاة ثاني للمدعية بعدما قامت بمنحه مرة أولى لمورث المدعى عليهم باعتبار ذلك يشكل مخالفة قانونية»، والأمر الصادر عن قاضي التحقيق بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب المؤرخ في 2020/01/17 ملف جنحي رقم 2019/78 ارتأى أن: «علم المشتكي بالواقعة التي يدعيها منذ تاريخ 2009، وعدم تقدمه بشكايته إلا بتاريخ 2018/04/23، وانتقال ملكية الرخصة موضوع العقد من المتهمه مناصفة بين المتهمين بتاريخ 2009/11/11 وانتقلت فيما بعد ملكية نصف القارب بتاريخ 2009/12/25، يجعل ملكية موضوع العقد قد خرجت من ذمة المتهمان ولم يعودا مستعملان للعقد موضوع القضية منذ التاريخ المذكور وهو ما ينهي تمسكهما بالوثيقة موضوع الطعن، وينهي علاقتهما معها بصفة نهائية واستعمالها بانتقال الملكية وبالنظر لكون جريمة التزوير في محرر عرفي جريمة فورية، لا تعتبر من الجرائم الاستمرارية التي يطول أمد ارتكابها أو يتجدد ما دامت خرجت إلى مالك جديد ولم يستمر المتهم في استعمال الوثيقة موضوع الطعن، فإن الأفعال موضوع المطالبة طالها التقادم المحدد في أربع سنوات. تمزق السجل موضوع البحث وعدم وضوحه للبيان بفعل الأمطار المتسربة إلى مقر الأرشيف سبب لا دخل للمتهمين فيه ولا يمكن أن يعزى إليهما ويحملهما آثار ذلك خاصة وأن الجهات المعنية لم تنفي تواجد الموظف الذي سهر على المصادقة أو تنازع في التأشير الواردة على العقد موضوع المطالبة أو تنفيذها، وهي الجهة المعهود لها بحفظ السجل للرجوع إليه كلما تطلب الأمر ذلك، لتفادي تملص الأطراف من الالتزامات التعاقدية أو إنكارها، أو نسبتها إليهم، والوقوف على حقيقة تواجدها القانوني والواقعي من عدمه وترتيب الآثار القانونية على ذلك».

فهرس العدد

11مقدمة

محور ندوات وملتقيات

Le Laboratoire de recherche « ESSOR » Droit, Philosophie et Société, relevant du Centre d'Etudes Doctorales en sciences juridiques et politiques de la FSJES USMBA Fès, a organisé, en date jeudi 04 juin 2020 à partir de 18h00 un webinaire, autour du thème «L'impact du COVID-19 sur le monde des affaires : Retentissement sur le droit des entreprises et le droit des contrats».

- 1 - L'impact du confinement sur la gestion des entreprises..... 23
Abdelaziz Squalli
- 2 - Covid 19 et contrats d'affaires 39
Driss Jouidi
- 3 - Etat d'urgence sanitaire et survie de la relation
 Contractuelle dans les contrats internationaux 51
Abdellah Marghich
- 4 - تأثير كوفيد 19 على العلاقة التعاقدية بين أمهات وآباء وأولياء التلاميذ
 والمدارس الخصوصية..... 59
 عمرو لمزرع
- 5 - آليات الاقتصاد الإسلامي لمواجهة كورونا - كوفيد 19 71
 كنزة حرشي
- 6 - L'environnement entrepreneurial sous la pandémie Covid 19
 Effets pervers et solutions envisageables 81
Kawtar Nfissi
- 7 - معالجة الآثار القانونية لوباء كورونا المستجد (كوفيد 19) على العقود الدولية..... 93
 نرجس البكوري

- 8 - Rapport des actes du webinaire 109
Assia ELBOUYOUSFI, et Asmae YAKOUBI

محور المقالات والدراسات

- 1 - الوقف وتطبيقاته في القانون العراقي 125
أحمد خلف حسين الدخيل
- 2 - نظر المحكمة الاتحادية العليا العراقية في دستورية قانونها 157
عدنان عاجل عبيد
- 3 - مسطرة تملك أراضي الجماعات السلالية البورية لفائدة المنتفعين بها ودورها، في النهوض بالاستثمار الفلاحي على ضوء القانون رقم: 17-62 171
مصطفى ميمون
- 4 - الحيازة في الفقه المالكي والقانون المغربي ضوابطها وموانعها 205
حميد العيادي
- 5 - أزمة النظام العقابي وتداعياته على الجريمة والمجرم 235
رشيد عبيد الرحمان
- 6 - انحراف مبنى المصطلح وتأثيره على المعنى في الدراسات القانونية - التشريع الجنائي أنموذجا - 253
رضى بن يحي
- 7 - الأوضاع الإرثية للمرأة بين الحقيقة والادعاء 267
محمد قبلي

محور أحكام وقرارات

- 1 - قرار محكمة النقض عدد 977/1 المؤرخ في 2018/10/04، ملف إداري عدد 2018/1/4/701 315
- 2 - قرار محكمة النقض عدد 619/4 المؤرخ في 2018/06/27 ملف جنحي عدد 2017/6/8/5102 320

- 3 - قرار محكمة النقض عدد 1595/10 المؤرخ في 07/11/2019 ملف جنحي
عدد 21890/92/2018 323
- 4 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 3810 المؤرخ
في 07/08/2018 ملف عدد 292/7205/2018 326
- 5 - قرار محكمة الاستئناف بأسفي عدد 150 المؤرخ في 09/05/2019
ملف عقاري 206/1401/2018 332
- 6 - أمر رئيس المحكمة الابتدائية بوادي الذهب عدد 61 المؤرخ
في 13/10/2020 ملف استعجالي رقم 68/1101/2020 336
- 7 - حكم المحكمة الإدارية بمراكش، المؤرخ في 19/02/2020 في ملف إداري
القضاء الشامل 339
- 8 - حكم المحكمة التجارية بمراكش عدد 2673 المؤرخ في 26/11/2015
في ملف تجاري رقم 1926/2801/2015 347
- 9 - حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات عدد 171 بتاريخ 13 يونيو 2019
في ملف عقاري رقم 68/1401/2019 352
- 10 - أمر قاضي التحقيق بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب المؤرخ
في 17/01/2020 ملف جنحي 78/2019 358

محور مذكرات ومناشير

- 1 - دورية الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، رئيس النيابة العامة
عدد 11 س/ ر ن ع.الصادرة بتاريخ 12 أبريل 2021 حول:
تدبير برقيات البحث 383
- 2 - دورية الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، رئيس النيابة العامة
عدد 15 س/ ر ن ع.الصادرة بتاريخ 07 ماي 2021 حول: مكافحة زجر
بيع وتسويق الأدوية والمنتجات الصيدلانية غير الدوائية بشكل غير قانوني 386
- 3 - مذكرة المحافظ العام بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح
العقاري والخرائطية رقم 04/2021 الصادرة بتاريخ 22 أبريل 2021 دورية
السيد رئيس الحكومة المتعلقة بتصفية ملف النزاعات الناشئة عن تطبيق
الظهير الشريف المؤرخ في 02 مارس 1973 المتعلق بنقل ملكية العقارات

الفلاحية أو القابلة للفلاحة العائدة للأشخاص الذاتيين الأجانب والأشخاص
المعنويين لفائدة الدولة.....390

محور رسائل وأطاريح

1 - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص395

صوفيا بومينة

تحت عنوان: « حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدولي », نوقشت بكلية العلوم
القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة،
المملكة المغربية.

2 - رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون العام411

أفراح جاسم محمد الدوري

تحت عنوان: « دور مؤسسات العدالة الانتقالية في تحقيق العدالة البديلة في العراق
بعد 2003 وأثرها على حقوق الإنسان - دراسة تطبيقية », نوقشت بكلية القانون
والعلوم السياسية / جامعة ديالى جمهورية العراق.

محور ندوات وملتقيات



Le laboratoire de recherche "ESSOR" Droit, Philosophie et Société
En partenariat avec
Le département de droit privé

Organise un webinar sous le thème:

L'impact du COVID-19 sur le monde des affaires :
Retentissement sur le droit des entreprises et le droit des contrats



M. Mrabet Radouane
Président de l'USMBA



M. Bouzlafa Mohammed
Doyen
Enseignant-chercheur
à la FSJES Fes- USMBA



M. Squali Abdelaziz
Doyen (2009-2018)
Enseignant-chercheur
à la FSJES Fes- USMBA



M. Joudi Driss
Vice doyen chargé
des affaires pédagogiques
Enseignant-chercheur
à la FSJES Fes- USMBA



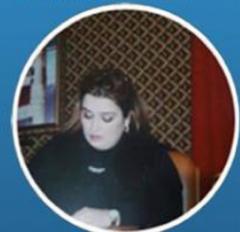
M. Akhrif Abdelham
Chef de département
de droit privé
Enseignant-chercheur
à la FSJES Fes- USMBA



Mme Harchi Kenza
Enseignante-chercheuse
à la FSJES Fes- USMBA



M. Marghich Abdellah
Coordonnateur de la filière
droit privé en français
Enseignant-chercheur
à la FSJES Fes- USMBA



Mme Kawtar Nfissi
Enseignante-chercheuse
à la FSJES- USMBA



Mme Narjis Elbbakouri
Enseignante-chercheuse
à la FSJES- USMBA



M. Amar Lamzarrah
Enseignant-chercheur
à la FSJES - USMBA



Modératrice
Mlle Asmae yacoubi
Doctorante-chercheuse
à la FSJES Fes- USMBA



Rapporteur
Mlle Elbouyoufsi Assia
Doctorante-chercheuse
à la FSJES Fes- USMBA

Jeudi 4 Juin 2020 18h00



meet



sur la page officielle de la faculté

<https://www.facebook.com/fsjesfes.officiel/live/>

L'impact du confinement sur la gestion des entreprises

Le Doyen Abdelaziz Squalli

Enseignant Chercheur FSJES. USMBA. Fès

Directeur laboratoire ESSOR : droit, philosophie et société.

L'apparition et la diffusion du covid 19 dans tous les Etats ont bouleversé le comportement social, économique, politique mais aussi juridique des gouvernants et des citoyens.

Face à cette pandémie, des mesures exceptionnelles ont été instaurées dans l'espoir de freiner, voire de stopper sa prolifération.

Les effets néfastes de la pandémie se sont sentis à tous les niveaux de la vie en société. Ainsi les rapports au sein des Etats entre individus et entre gouvernants et gouvernés ont été perturbés de telle sorte qu'une menace imminente d'interruption a été ressentie.

Depuis le mois de mars 2020, les incidences de la pandémie ont eu un impact néfaste sur l'économie de telle sorte que plusieurs entités économiques ont soit fermé leur porte soit réduit leur production et par conséquent ont licencié massivement. Ainsi plusieurs types de difficultés sont venus s'ajouter à celles connues déjà des entreprises.

L'entreprise, entité inhérente au système capitaliste a été touchée de plein fouet par cette pandémie suite aux mesures mises en place par les autorités publiques et surtout à cause des effets néfastes de la prolifération du virus entre les individus (associés, dirigeants, salariés, fournisseurs, créanciers...) qui la compose.

De même, les mesures prises par l'Etat et notamment le confinement des citoyens ont obligé les entreprises à s'acclimater avec la nouvelle situation, notamment par l'introduction des nouvelles techniques de communication et d'information dans le cadre du processus de leur gestion.

Toutes ces nouvelles données exceptionnelles liées aux mesures d'accompagnement et de gestion de la crise Covid 19 ont impacté fortement la vie quotidienne et les méthodes et techniques de gestion des entreprises.

BO.N° 6877 du 27 avril 2020.

Les conditions et critères définis pour déclarer une entreprise en difficulté sont :

- L'arrêt d'activité de l'entreprise par décision administrative suite au décret 2.20.293 dictant état d'urgence sanitaire ;
- L'entreprise ayant enregistré une baisse de son chiffre d'affaires de pas moins de 50% durant la période prévue pour l'indemnité à savoir du 1^{er} avril au 30 juin comparativement au CA réalisé durant la même période de 2019. Le nombre des employés en arrêt temporaire déclarés à la CNSS durant le mois de février 2020 ne devra toutefois pas dépasser 500 personnes ;
- Les entreprises dont la baisse du CA est comprise entre 25% et moins 50% ou dont le nombre d'employés dépasse 500, devront passer devant une commission composée des représentants des ministères des Finances, de l'Emploi, ceux des tutelles des secteurs concernés ainsi que la CGEM.

Mesures économiques et fiscales

- Un **Fonds spécial** pour la gestion de l'épidémie de Covid-19 a par ailleurs été créé par le décret n° 2-20-269 du 16 mars 2020 par suite des instructions du Roi Mohammed VI.
- Un comité de veille économique a été mis en place dont le but est l'accompagnement socio-économique des entreprises affectées par la crise.
- Décision du comité de veille économique relative au report, sur demande, des échéances des crédits amortissables et de leasing jusqu'au 30 juin 2020.
- Ouverture de de lignes de crédit additionnelles de fonctionnement couvrant jusqu'à 3 mois de dépenses courantes et dans les conditions du produit Damane Oxygène garanti par la CCG.
- Mise en place d'un crédit à taux zéro pour les auto-entrepreneurs impactés par la crise du COVID-19 pouvant atteindre un montant de 15 000 dirhams.
- Extension du bénéfice du « **Damane Oxygène** » aux entreprises opérant dans le secteur de l'immobilier dont la trésorerie s'est dégradée à cause de la baisse de l'activité.
- Nouveau report des délais de dépôt de certaines déclarations fiscales.
- Traitement comptable dérogatoire pour étaler les dons et les charges relatives à la période de l'état d'urgence sanitaire sur cinq ans.
- Projet de la Loi n°27-20 relative à l'introduction de mesures d'assouplissement pour l'approbation des comptes annuels des sociétés anonymes.
- L'Autorité Marocaine du Marché des Capitaux (AMMC) a émis des recommandations en matière de communication financière aux émetteurs pour faciliter la circulation de l'information.

- L'organisation du travail par roulement entre les salariés, conformément à l'article 188. Cette disposition est conditionnée par l'obligation de ne pas dépasser 8 heures de travail continues par jour, avec une pause d'une heure maximum et ce, pour chaque groupe d'employés.
- Accorder le congé annuel, celui-ci peut être déterminé par l'employeur, comme le prévoit l'article 245 du code du travail. Toutefois, l'employeur doit préalablement consulter les partenaires sociaux de l'entreprise lorsqu'il y en a, ainsi que les employés concernés pour fixer les dates prévues des congés. Il s'agit notamment du congé supplémentaire payé, du congé supplémentaire avec réduction du salaire, ou du congé sans solde.

De même selon le ministère du travail lorsque l'arrêt des activités d'une entreprise découle d'une décision imposée par les autorités, l'employeur n'est pas responsable de l'inexécution de ses engagements contractuels. (Guide du ministère)¹.

L'employeur doit déclarer ses salariés en arrêt d'activité auprès de la CNSS et ce, pour qu'ils puissent bénéficier de l'indemnité prévue dans le cadre des mesures décrétées par le Comité de veille économique.

1. Selon le guide du ministère du Travail et de l'insertion professionnelle, il est possible d'organiser le travail à domicile, lorsque l'employeur et les salariés sont d'accord, et ce, conformément aux dispositions de l'article 8 du code du travail.

Cette option n'est possible qu'à condition de fournir :

-les conditions de santé et de sécurité prévues par le décret 2.12.262, datant du 10 juillet 2012, sont réunies.

Parmi les conditions prévues par ce décret celle de fournir aux employés effectuant le travail à domicile des matériaux de travail qui « ne puissent causer aucun accident ou porter atteinte à leur santé ou compromettre leur sécurité », ou encore que la charge de travail ne porte pas atteinte à leur santé et à leur sécurité (article 5).

-une assurance contre les accidents du travail qui pourraient se produire à domicile, conformément aux dispositions de la loi 18.12 relative à la réparation des accidents de travail.

Lorsque l'option du travail à domicile n'est pas envisageable, l'employeur est en droit de mettre en œuvre toutes les mesures de prévention nécessaires (dispositifs de détection de température, matériel sanitaire, distributeurs de désinfectants etc.), telles que préconisées par le ministère de la Santé. L'employeur a également l'obligation de veiller à leur bonne application, notamment lors des réunions lorsqu'il est appelé à les tenir, notamment avec les partenaires sociaux de l'entreprise pour, entre autres négocier les congés, la réduction de la durée du travail etc.

Par ailleurs, si un des salariés s'avère être un cas confirmé de Coronavirus, celui-ci ne doit pas se rendre sur les lieux du travail. L'employeur a l'obligation de contacter les autorités compétentes dans ce cas.

Et lorsque le salarié contaminé est placé en quarantaine, le contrat de travail est temporairement suspendu, conformément aux dispositions de l'article 32 du code du travail. Ceci s'applique uniquement aux salariés disposant d'un certificat médical prouvant leur contamination au Coronavirus et non pas aux employés en confinement volontaire, sans ordonnance médicale, comme le précise le guide du ministère du travail et de l'insertion professionnelle. <https://www.medias24.com/coronavirus-les-explications-du-ministere-du-travail-aux-employeurs-8549.html> Le 19 mars 2020 à 14:29.

Modifié le 19 mars 2020 à 20:17

Face à la Pandémie et en raison de l'impossibilité de tenir les conseils physiquement, l'une des premières solutions qui pourrait être envisageable est la tenue des conseils qui arrêtent les comptes annuels par moyen de visioconférence.

La Loi n°17-95 définit la visioconférence dans son **article 50 bis** (Ajouté par l'article 3 de **la Loi n° 20-05** promulguée par le Dahir n° 1-08-18 du 17 Jomada I 1429. 23 mai 2008) comme :

Tous moyens permettant aux administrateurs, membres du conseil de surveillance ou actionnaires de la société de participer à distance aux réunions de ses organes de direction ou de ses organes sociaux », ce même article prévoit des conditions à la validité de la visioconférence qui sont comme suit :

- Satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant une participation effective aux réunions des organes de direction ou des organes sociaux dont les délibérations sont retransmises de façon continue ;
- Permettre d'identifier préalablement les personnes participant par ce moyen à la réunion ;

Permettre un enregistrement fiable des discussions et délibérations, pour les moyens de preuve.

Cet article 50¹ exige que les statuts peuvent prévoir que sont réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs qui participent à la réunion du conseil d'administration par les moyens de visioconférence ou moyens équivalents permettant leur identification. Sauf que cet article exclut cette possibilité pour l'examen et l'arrêté des comptes par le conseil d'administration et pour toutes les décisions que le conseil doit prendre relativement aux prérogatives qui lui sont dévolues par l'article 72 de la même loi, à savoir :

- Convocation des assemblées d'actionnaires, fixation de leur ordre du jour, arrêt des termes des résolutions à leur soumettre et ceux du rapport à leur présenter sur ces résolutions.

- Inventaire des différents éléments de l'actif et du passif social et établissement les états de synthèse annuels et du rapport de gestion,

Dans le cas des sociétés faisant appel public à l'épargne, responsabilité au titre de l'information destinée aux actionnaires et au public prévue par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

1. Art 50 Complété par l'article 1er de la Loi n° 20-05 promulguée par le Dahir n° 1-08-18 du 17 Jomada I 1429 (23 mai 2008) : Les statuts peuvent prévoir que sont réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs qui participent à la réunion du conseil d'administration par les moyens de visioconférence ou moyens équivalents permettant leur identification. Cette disposition n'est pas applicable pour l'adoption des décisions prévues aux articles 63, 67 bis, 67 ter et 72.

De même afin d'éviter tout éventuel litige relatif à la protection des données à caractère personnel lors d'un enregistrement, il est nécessaire de respecter les dispositions légales en la matière.

Ainsi dans le cadre de la **loi n° 9-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel**, il faut se conformer à la démarche suivante :

- Indiquer dans la lettre de convocation du conseil ou de l'assemblée que la réunion du conseil ou de l'assemblée fera l'objet d'un enregistrement ;
- La personne physique doit donner son consentement d'une façon claire, incontestable, libre et avertie à la collecte et à tout traitement de ses données ;
- Tout traitement de données personnelles collectées lors d'une assemblée générale réunie par les moyens de visioconférence doit faire l'objet :
 - Soit d'une autorisation préalable de la CNDP lorsque les traitements portent sur certaines données limitativement énumérées par la loi telles que le numéro de CIN et les données sensibles.
 - Soit d'une déclaration préalable auprès de la CNDP dans les autres cas.

En France, la loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19 prévoit dans son article 11 la possibilité pour le gouvernement d'adopter des mesures, notamment :

- Simplifiant et adaptant les conditions dans lesquelles les assemblées et les organes dirigeants collégiaux des personnes morales de droit privé et autres entités se réunissent et délibèrent ainsi que les règles relatives aux assemblées générales ;
- Simplifiant, précisant et adaptant les règles relatives à l'établissement, l'arrêté, l'audit, la revue, l'approbation et la publication des comptes et des autres documents que les personnes morales de droit privé et autres entités sont tenues de déposer ou de publier, notamment celles relatives aux délais, ainsi qu'adaptant les règles relatives à l'affectation des bénéficiaires et au paiement des dividendes.

Au Maroc, le décret-loi N° 2.20.292 portant sur les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire, ne donne aucune indication permettant aux entreprises une certaine flexibilité à propos de ces décisions interdites en période normale. C'est donc à la pratique de s'accommoder avec cette situation exceptionnelle et notamment forcer le législateur et le juge à plus de souplesse pour faire face à cet état d'urgence.

Cependant, **la loi N°27-20¹** (relative au déroulement des travaux des organes de direction des sociétés anonymes et les modalités de tenue des assemblées générales pendant la période de crise sanitaire.) qui vient d'être adoptée et publiée au B.O. N°6887 du 12/02/2020/ est venue, même tardivement pour remédier à ces interdictions édictées par l'article 50².

Ce nouveau texte a introduit les mesures d'assouplissement nécessaires permettant notamment la tenue à distance, par visioconférence, des réunions des organes délibérants, particulièrement en ce qui concerne les arrêtés des comptes. Cette loi ouvre la possibilité du vote par correspondance en ce qui concerne les assemblées générales. Il est également question de l'institution d'une dérogation à l'application de l'article 50 de la loi sur la société anonyme qui dispose que le conseil d'administration ne peut délibérer valablement que si la moitié, au moins, de ses membres est effectivement présente. La loi ouvre la voie devant la possibilité de confier à la direction générale la préparation des comptes provisoires à condition qu'ils soient soumis à l'approbation du conseil d'administration, dans un délai maximum de 15 jours après la fin de l'état d'urgence sanitaire. Aussi, le texte devra accorder l'autorisation pour les sociétés faisant appel public à l'épargne à émettre leur emprunt obligataire sans passer par la tenue d'une assemblée générale.

L'article 2 de la nouvelle loi autoriser les entreprises qui n'ont pas tenu leurs conseils d'administration à la date de la publication de cette loi au Bulletin officiel d'utiliser la technologie de visioconférence, durant l'état d'urgence sanitaire, pour arrêter les comptes et convoquer l'assemblée des actionnaires ou des obligataires. Il existe une autre possibilité pour les entreprises qui ne peuvent pas recourir à cette technique. Ainsi, le président-directeur général ou bien le directeur général est autorisé à préparer des états de synthèse provisoires au titre de l'année 2019, utilisables avec les tiers durant l'état d'urgence sanitaire.

Pour les sociétés à conseils de surveillance, le directoire est autorisé à utiliser les comptes de 2019, pendant l'état d'urgence sanitaire, dans ses relations avec les tiers, sous réserve de soumettre lesdits comptes au conseil de surveillance dans un délai de 15 jours au maximum après la levée de l'état d'urgence sanitaire.

1. Dans ce sens, le porte-parole du gouvernement, Saaid Amzazi, avait expliqué que l'adoption dudit texte intervient dans le sillage des procédures liées à la nécessité de limiter les réunions et les rassemblements, et coïncide avec la période de clôture des comptes annuels, sachant que les entreprises rencontrent des difficultés à convoquer leurs organes délibérants pour clôturer les comptes relatifs à l'exercice 2019.
2. Le projet loi n° 27-20 mettant en place des dispositions particulières relatives au fonctionnement des organes d'administration des Sociétés Anonymes et aux modes de tenue de leurs Assemblées Générales pendant la période en cours de l'état d'urgence sanitaire, par dérogation à la loi sur les SA, a été présentée par le Secrétaire Général du Gouvernement en date du 16 avril 2020, adoptée par les deux chambres vient donc d'être publiée au Bulletin Officiel ce lundi 12/02/2020/.

Il faut noter enfin que cette loi ne concerne que les sociétés anonymes, ce qui laisse les sociétés à responsabilité limitée en dehors de son champ d'application.

B - Covid-19 et droit des entreprises en difficulté :

Loi n°25.20 édictant des mesures exceptionnelles en faveur des employeurs affiliés à la Caisse nationale de sécurité sociale (CNSS)

Les conditions et critères définis pour déclarer une entreprise en difficulté sont :

- L'arrêt d'activité de l'entreprise par décision administrative suite au décret 2.20.293 dictant état d'urgence sanitaire ;
- L'entreprise ayant enregistré une baisse de son chiffre d'affaires de pas moins de 50% durant la période prévue pour l'indemnité à savoir du 1^{er} avril au 30 juin comparativement au CA réalisé durant la même période de 2019. Le nombre des employés en arrêt temporaire déclarés à la CNSS durant le mois de février 2020 ne devra toutefois pas dépasser 500 personnes ;
- Les entreprises dont la baisse du CA est comprise entre 25% et moins 50% ou dont le nombre d'employés dépasse 500, devront passer devant une commission composée des représentants des ministères des Finances, de l'Emploi, ceux des tutelles des secteurs concernés ainsi que la CGEM.

La loi 25-20 a introduit la notion d'entreprise en difficulté sur la base de la baisse du chiffre d'affaires, du nombre de salariés. Cette nouvelle approche des difficultés de l'entreprise va certainement bouleverser la vision classique du livre cinq du code de commerce. Un alinéa qui se rajoute à ceux prévus par l'article 32 du code du travail sur les conditions de suspension provisoire du contrat de travail (service militaire, maladie ou accident, accouchement, grève...). Par conséquent, et conformément au décret d'application de la loi 25-20, un employeur peut imposer l'arrêt temporaire du travail à des salariés et les déclarer à la CNSS pour bénéficier de l'indemnité forfaitaire Covid, à condition de ne pas figurer sur la liste négative.

Il en est de même de la notion de congé sans solde qui n'a pas été prévue par le code du travail et n'est réglementée par aucun régime juridique. Un employeur ne peut donc mettre son personnel ou une partie de son personnel de manière unilatérale en congé sans solde. Cependant, une entreprise en difficulté peut négocier avec un ou plusieurs salariés la possibilité de prendre un congé sans solde. L'accord du salarié est indispensable.

Mais toutes ces options ne sont valables que durant la période fixée de l'état d'urgence sanitaire.

L'impact de ces mesures sur le droit des entreprises en difficulté tel qu'il est tracé dans le livre cinq du code de commerce peut à notre avis être perturbateur par rapport aux procédures ouvertes devant les juridictions ou pour celle qui peuvent se présenter durant cette période de l'urgence sanitaire.

Il aurait été plus judicieux de procéder de la même manière que pour les autres réformes, notamment celle relative aux conditions de délibération et de prises de décisions dans les sociétés anonymes (loi N° 27-20).

En ce qui concerne le fond de la proposition de réforme, juridiquement elle ne peut pas être adoptée par le parlement avec le même contenu proposé.

En effet l'une des conditions indispensables pour l'ouverture de la procédure de sauvegarde reste la non constatation de l'état de cessation des paiements de l'entreprise (art 561 loi 73-17). La situation de l'entreprise qui veut bénéficier de sauvegarde quant aux difficultés qu'elle rencontre ou qu'elle traverse est précisée également par le législateur. Il s'agit de difficulté que l'entreprise n'est pas en mesure de surmonter et qui pourraient entraîner dans un proche délai la cessation des paiements.

Cette procédure judiciaire, nouvellement introduite en 2018 vise trois finalités fondamentales : (art 560)

- La poursuite de l'activité de l'entreprise.
- Le maintien de l'emploi.
- L'apurement du passif.

Or, la proposition de réforme vient remettre en question toutes ces conditions prévues par la loi et demander un traitement de faveur à certaines entreprises à cause des effets négatifs de l'état d'urgence sanitaire sur la continuité de l'activité de ces dernières.

Des conditions ont été prévues par la proposition, notamment :

- Seules les difficultés liées au coronavirus sont prises en compte.
- Présentation par le chef de l'entreprise d'un état de synthèse de la dernière année budgétaire, visé par un expert-comptable ou par un expert agréé indiquant que l'entreprise n'était pas en difficulté avant la pandémie.
- Demande du chef d'entreprise de bonne foi sous peine de poursuite pour abus de confiance.

Ces dispositions vont à l'encontre de ce que prévoit expressément aussi les articles 564 et suivants : « S'il apparaît après l'ouverture de la procédure de sauvegarde que l'entreprise était en cessation de paiements à la date du jugement prononçant l'ouverture de ladite procédure, le tribunal constate la cessation de paiement, en fixe la date conformément aux dispositions de l'article 713 ci-dessous et prononce la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou liquidation judiciaire conformément aux dispositions de l'article 583 ci-dessous. »

De même des effets nouveaux sont prévus par la proposition de réforme comme :

- La nouvelle durée du plan de sauvegarde qui est d'une année au maximum au lieu de cinq comme c'est prévu par l'art 571.

Conclusion

La pandémie du Covid 19 a mis à nu la faiblesse et la fragilité de toutes les institutions aussi bien publiques que privées. Ainsi l'arsenal sanitaire, économique et juridique a fait preuve d'une grande défaillance pour contrecarrer les impacts occasionnés par la crise.

Les entreprises qui sont les plus touchées par la période du confinement se sont trouvées face à des difficultés que la plupart d'entre elles ne vont pas surmonter.

Cette situation d'arrêt de fonctionnement a entraîné des conséquences sur la situation des paiements et sur la gestion en général des entreprises.

De plus un certain nombre d'impératifs nouveaux vont s'imposer suite à cette crise sanitaire. C'est le cas par exemple de l'obligation du respect des dispositifs d'hygiène imposés par l'Etat dans le but de préserver la sécurité des salariés.



COVID-19 et contrats d'affaires

DRISS JOUIDI

Professeur d'Enseignement Supérieur à la FSJES Fès

Introduction

Le Maroc comme tous les pays du monde, est actuellement confronté à l'une des plus grandes crises qu'a connue l'humanité, à savoir la crise sanitaire liée à la pandémie du COVID-19 qui a affecté l'environnement économique et social dans le pays et contraint la majorité des TPE et PME à arrêter leurs activités.

Depuis la déclaration d'état d'urgence sanitaire avec la promulgation du décret numéro 2-20-292 du 23 mars 2020 relatif à la déclaration d'état d'urgence sanitaire, on a constaté une baisse de l'activité économique avec la fermeture des entreprises, la restriction des activités d'autres et par conséquent la suspension ou encore la résiliation des contrats de travail, cela ne concerne pas seulement les entreprises mais également toutes les autres activités exemple : les théâtres, les cafés, les cinémas, les restaurants et tous les autres endroits de loisirs.

Afin de réduire les conséquences liées à cette situation inédite, plusieurs mesures ont été mises en œuvre par le gouvernement marocain, dont la création immédiate d'un fonds spécial dédié à la gestion de la pandémie de coronavirus ; la déclaration de l'état d'urgence sanitaire et du confinement depuis le 20 mars 2020 ; le report des échéances et des délais fiscaux ; la suspension du paiement des cotisations sociales et le versement d'indemnités aux salariés en arrêt de travail ; le lancement du crédit « DAMANE OXYGÈNE » au profit des entreprises impactées ; ainsi que d'autres mesures qui ont été prises par les différents organismes tels que BAM , l'AMMC , l'OMPIC .

En application des mesures liées à l'état d'urgence sanitaire, tous les commerces à l'exception des commerces de première nécessité (agroalimentaire, pharmaceutique, livraison...) ont arrêté leurs activités. Les entreprises quant à elles devaient continuer de survivre et de s'adapter aux nouvelles contraintes imposées par cette crise, à travers le recours au télétravail et l'adoption d'un système de rotation hebdomadaire des équipes.

Le coronavirus contamine aussi les contrats! En effet, La pandémie de Covid-19 a ralenti l'économie et contraint de nombreuses entreprises à ne pas pouvoir respecter leurs obligations contractuelles, ainsi que les difficultés rencontrées par tous les

« N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir ».

« N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur ».

En dépit de quelques maladroites, la définition légale rejoint celle habituellement retenue par la doctrine et la jurisprudence.

La force majeure désigne donc l'événement :

- irrésistible, c'est-à-dire l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter son obligation ;
- imprévisible, qui ne pouvait pas être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat;
- extérieur à l'activité du débiteur, et qui échappe de son contrôle.

Pour échapper à la responsabilité, le débiteur, qui invoque la force majeure, devra donc prouver que l'inexécution est imputable à un événement imprévisible et insurmontable qui lui est extérieur.

S'agissant du Coronavirus, deux questions se posent quant à la caractérisation des conditions cumulatives nécessaires à la qualification de force majeure :

- Sur le critère de l'irrésistibilité : était-il possible d'éviter les effets de ce virus par la mise en place de mesures appropriées ?
- Sur le critère de l'imprévisibilité : au moment de la signature du contrat par les parties, pouvaient-elles légitimement ignorer la survenance des événements actuels ?

Avant d'envisager une réflexion propre à la situation actuelle, il faut souligner que la jurisprudence s'est jusqu'à présent montrée réticente à considérer qu'une épidémie puisse constituer un cas de force majeure. Ainsi, la grippe H1N1, le SRAS, le Chikungunya ou encore le bacille de la peste n'ont pas été considérés comme des cas de force majeure.

D'abord, lors de l'épidémie de Dengue touchant la Martinique, la Cour d'Appel de Nancy, dans un arrêt du 22 novembre 2010, RG n°0900003/, a considéré qu'il n'y avait pas de caractère imprévisible en raison du fait que la maladie était propre à ce territoire et touchait un grand nombre de la population. Par ailleurs, le critère de l'irrésistibilité n'a pas été reconnu eu égard à l'existence de moyens de prévention.

Ensuite, plus récemment, avec le virus du Chikungunya, la Cour d'appel Basse-terre, dans un arrêt du 17 décembre 2018, RG n°1700739/ a refusé de considérer que cette épidémie avait un caractère imprévisible et irrésistible car elle pouvait être soulagée par des antalgiques et était, dans la majorité des cas, surmontable. De plus, dans le cas d'espèce, l'hôtel qui se prévalait de la force majeure pouvait encore honorer sa prestation durant la période de l'épidémie.

Enfin, il est également nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre l'épidémie et l'impossibilité d'exécuter le contrat.

Il est nécessaire de retenir que la force majeure conduit seulement à une suspension, et non à une résiliation, du contrat. Ainsi, les relations commerciales devraient reprendre avec la fin de l'épidémie.

À l'inverse, le fait de ne pas reprendre l'exécution de ses obligations à la cessation de l'empêchement pourrait être assimilé à une rupture des relations commerciales établies. Bien entendu, dans certains cas le retard d'exécution du contrat lié à l'épidémie peut rendre le contrat sans objet, dès lors la survenance de la force majeure conduira à la résiliation du contrat.

Chapitre 2: l'imprévision, moyen alternatif juxtaposant la force majeure:

La théorie de l'imprévision présente des liens forts avec cette phase de pandémie de Covid 19. En effet le problème de l'imprévision se pose lorsqu'un contractant se trouve obligé d'exécuter une obligation, alors que la survenance de circonstances nouvelles et imprévisibles postérieurement à la conclusion du contrat, rend cette exécution beaucoup plus difficile et onéreuse. Or tel est le cas des contrats conclus avant cette période de pandémie, dont l'exécution est rendue compliquée pour plusieurs raisons, tenant à la déconfiture ou liquidation judiciaire des partenaires du débiteur, à une difficulté notoire d'approvisionnement due à la fermeture des frontières terrestres maritimes et aériennes, etc ...

Il est en principe interdit que l'un des contractants se rétracte unilatéralement, c'est à dire se délie par sa seule volonté de l'obligation souscrite par lui dans le contrat. Ainsi l'article 230 du DOC stipule que « les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ce texte attache une importance au contrat et signifie clairement que les conventions conformes aux prescriptions légales obligent les parties aussi fortement que peut le faire une loi.

Par référence à l'article 230, la modification d'une convention, la suspension de ses effets ou son anéantissement volontaire ne peuvent être décidés qu'un commun accord entre les parties.

Si le législateur marocain reste hostile à l'admission de la théorie de l'imprévision, cette rigueur n'est pas concordante avec les législations d'autres pays qui sont plus attentifs à l'équité qu'aux exigences de la justice contractuelle. Les législations civilistes qui ont adopté la théorie de l'imprévision comme l'Italie, l'Egypte, et plus récemment la France dans leur droit interne, permettent au juge de réajuster dans une mesure raisonnable l'obligation devenue lourde et excessive à exécuter.

Au départ, issue du droit allemand, la révision pour imprévision a fait son entrée dans le Code civil français. Cette dernière représente même l'une des principales nouveautés issues de l'ordonnance du 10 février 2016 entrée en vigueur le 1er octobre.

Ainsi, le nouvel article 1195 du Code civil dispose :

Lorsque le contrat contient une clause aménageant l'imprévision, il conviendra de se référer aux conditions prévues par le contrat, lesquelles trouveront à s'appliquer sauf à ce qu'elles soient invalides. En effet, la jurisprudence se réfère strictement aux provisions contractuelles stipulées entre les parties.

Lorsque le contrat contient une clause excluant l'imprévision, la révision pour imprévision est impossible. Toute invocation par l'une des parties pourrait être considérée comme constituant une exécution de mauvaise foi du contrat.

Si le contrat ne contient pas de clause d'imprévision, les dispositions du code civil pourront s'appliquer.

Partie 2: les règles applicables en matière contractuelle aux situations résultant de la crise du coronavirus:

En raison de la crise provoquée par le COVID-19, la courbe de l'offre et de la demande a été perturbée. Les importations ou exportations ne sont pas toutes autorisées en raison de la fermeture des frontières. Les entreprises ont été exposées à des risques accrus qui impactent surtout les relations contractuelles nouées par les TPE et PME. Dans ces circonstances, il est difficile de développer des relations d'affaires et de remplir les obligations contractuelles précédemment conclues.

Dans ce cadre, les entreprises tentent de poursuivre leurs relations d'affaires à travers l'adoption des règles prévues par le droit commun des contrats.

Chapitre 1: Le principe de l'exception d'inexécution pour la suspension du contrat:

si l'une des parties n'exécute pas une de ses obligations essentielles, le principe de l'exception d'inexécution peut être invoqué par l'autre partie comme moyen de pression et de défense, en vue de s'exonérer de l'exécution de ses propres obligations contractuelles ou à contraindre l'autre partie cocontractante à exécuter son obligation.

En droit marocain, l'exception d'inexécution est consacrée par l'article 235, qui prévoit que: «Dans les contrats bilatéraux, l'une des parties peut refuser d'accomplir son obligation jusqu'à l'accomplissement de l'obligation corrélative de l'autre partie, à moins que, d'après la convention ou l'usage, l'un des contractants ne soit tenu d'exécuter le premier sa part de l'obligation».

L'exception d'inexécution est une règle à l'origine jurisprudentielle, désormais contenue dans le code civil français suite à la récente réforme du droit des obligations.

Il s'agit donc, à l'origine, d'une construction jurisprudentielle, consacrée lors de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, à l'article 1219 et 1220 du Code civil français.

D'ailleurs, L'article 1220 du Code civil français prévoit l'exception d'inexécution « préventive », qui - permet en amont, bien qu'il n'y ait pas encore d'inexécution avérée - de suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est

Aux termes de l'article 1219, « une partie peut refuser d'exécuter son obligation alors même que celle-ci est exigible, si l'autre partie n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ».

Il importe peu que la cause de l'inexécution, partielle ou totale, soit imputable au débiteur, dès lors que cette inexécution est établie et pour autant qu'elle soit suffisamment grave pour justifier l'inexécution, le créancier est fondé à se prévaloir de l'exception d'inexécution.

Cette disposition n'exigeant pas l'intervention a priori du juge, l'appréciation du caractère suffisamment grave de l'inexécution qui fonde l'exception invoquée incombe au seul créancier qui l'exercera donc à ses risques et périls. Il s'ensuit que le créancier doit particulièrement veiller à ce que sa riposte soit proportionnée à l'inexécution invoquée. Par exemple, dans l'hypothèse d'une inexécution partielle, le créancier ne saurait suspendre en totalité sa propre obligation sauf à devoir indemniser le débiteur.

Au contraire de la mise en œuvre des autres sanctions attachées à l'inexécution contractuelle, l'article 1219 du code civil ne prévoit aucune condition d'exercice de l'exception d'inexécution. Le créancier n'a dès lors pas d'obligation de mettre en demeure le débiteur de s'exécuter préalablement à la suspension de sa propre obligation, ni même de lui notifier l'exercice de ce droit.

Tel n'est en revanche pas le cas dans l'hypothèse de l'exercice de l'exception d'inexécution par anticipation prévue par l'article 1220 du code civil qui dispose qu'« une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».

Le mécanisme de l'exception d'inexécution et spécifiquement le dispositif de suspension par anticipation de son obligation présente un intérêt particulier dans le contexte actuel en ce qu'il apparaît applicable aux loyers des locaux commerciaux directement impactés par les mesures d'interdiction imposées par le décret.

Chapitre 2: la Renégociation du contrat tendant au maintien de la relation contractuelle:

En pratique, la renégociation du contrat diffère selon la nature et l'objet de celui-ci. Mais il est important pour une partie à un contrat de décider sur le sort qu'elle veut donner au contrat, en œuvrant soit pour une résiliation totale ou partielle du contrat ; soit la sauvegarde du contrat par sa révision en vue d'un maintien de la relation contractuelle.

Du reste, il ressort de ce qui précède que la renégociation des contrats a deux finalités distinctes : le maintien de la relation contractuelle ou le désengagement total ou partiel de la responsabilité.

en effet que « l'obligation s'éteint lorsque, depuis qu'elle est née, la prestation qui en fait l'objet est devenue impossible, naturellement ou juridiquement, sans le fait ou la faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure » (allusion faite au cas fortuit).

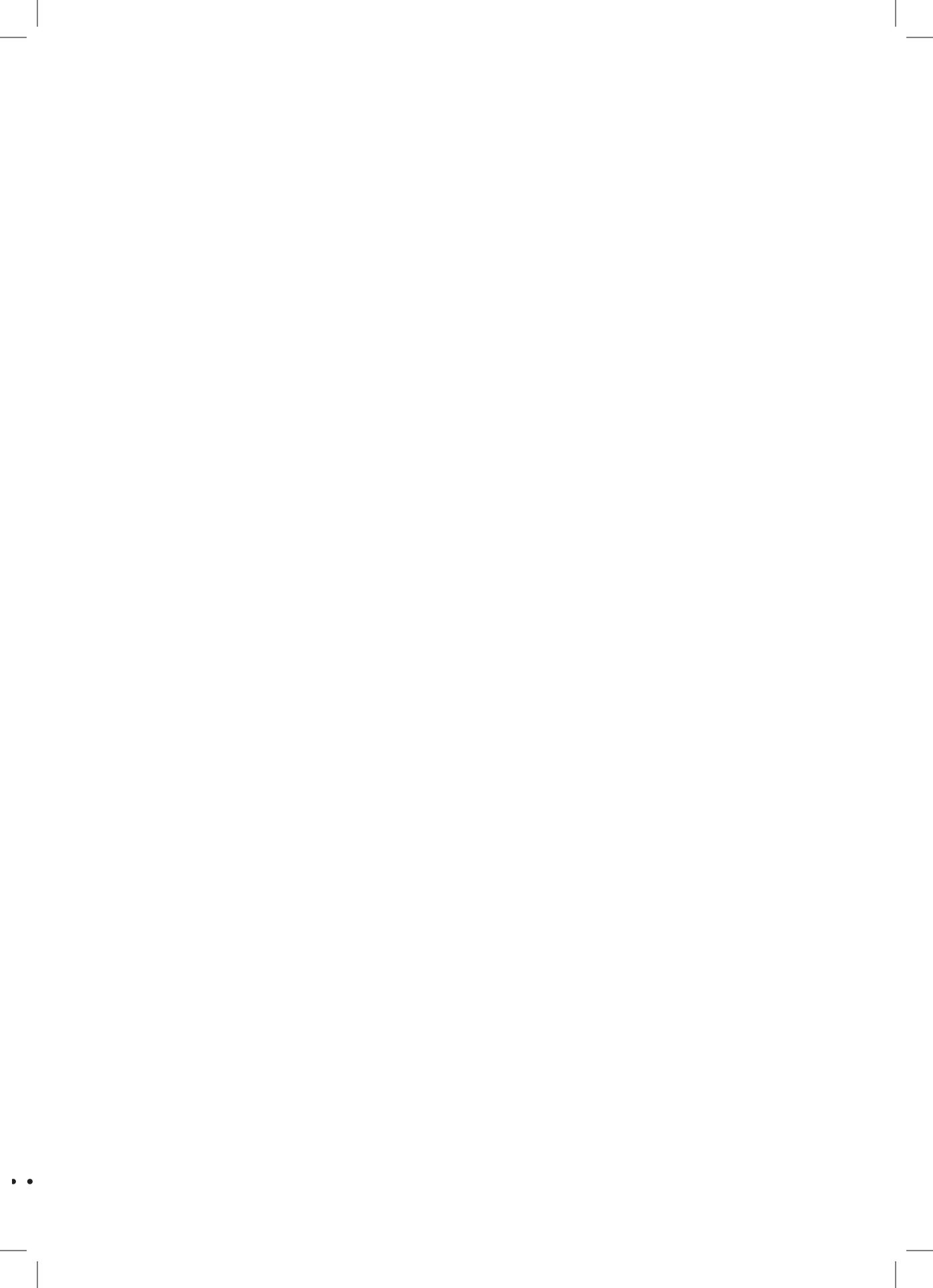
Lorsque l'impossibilité n'est que partielle, l'obligation n'est éteinte qu'en partie ; le créancier a le choix de recevoir l'exécution partielle, ou de résoudre l'obligation pour le tout lorsque cette obligation est de telle nature qu'elle ne peut être partagée in solidum sans préjudice pour lui.

À noter que dans certains contrats, la résiliation s'opère de plein droit par le seul fait de l'inexécution de l'obligation contractuelle. Il s'agit du cas dans lequel les parties ont convenu que le contrat sera résolu, dans le cas où l'une d'elles n'accomplirait pas ses engagements. Cette résiliation de plein droit a été d'ailleurs prévue par le législateur marocain dans l'art 260 du DOC.

Autrement dit, le fait de ne pas reprendre l'exécution de ses obligations à la cessation de l'empêchement pourrait être assimilé à une rupture des relations commerciales établies. Bien entendu, dans certains cas le retard d'exécution du contrat lié à l'épidémie peut rendre le contrat sans objet, dès lors la survenance de la force majeure conduira à la résiliation du contrat.

Conclusion

Il est sans doute que la Covid-19 a engendré une polémique quant au sort du contrat et à son exécution, et l'appréciation de l'existence de la force majeure et de l'imprévision qui restent difficiles à identifier surtout lorsque les contractants l'évoquent de mauvaise foi pour se rétracter de leurs engagements, ce qui nécessite une analyse approfondie de chaque cas pour restaurer l'équilibre de la relation contractuelle d'un contrat conclu par la volonté réciproque des parties.



Etat d'urgence sanitaire et survie de la relation contractuelle dans les contrats internationaux

M. Abdellah Marghich

Professeur d'Enseignement Supérieur à la FSJES Fès

L'épidémie de Covid-19 qui traverse actuellement le monde est un événement sans précédent d'une ampleur inégalée, qui a affecté directement le commerce international et les acteurs économiques en raison à la fois de la propagation de la maladie et les restrictions gouvernementales, le Maroc n'est nullement à l'abri de cette pandémie mondiale de santé, car des nombreuses relations commerciales internationales ont été cessé par les contractants ou l'exécution des obligations contractuelles est devenue très difficile, voire impossible, pour des nombreux acteurs économiques qui sont, dès lors, tentés de chercher des modes pour adapter leur contrat face à cette épidémie et restaurer l'équilibre contractuel au sein de leurs contrat.

Une partie à un contrat pourrait être tentée d'invoquer la crise actuelle mais surtout les mesures gouvernementales prises à cet égard comme constituant un cas de force majeure afin de solliciter la suspension de l'exécution du contrat en cas d'empêchement temporaire voire la résolution de plein droit du contrat en cas d'empêchement définitif. Cependant, l'article 268 du D.O.C semble limiter le principe de force majeure à la non-application des dommages-intérêts uniquement. En tout état de cause, la partie défaillante a la charge de démontrer l'existence de la force majeure pour se dédouaner de sa responsabilité.

D'une manière générale, les mesures gouvernementales pour lutter contre l'épidémie de COVID-19 entraineraient plutôt un empêchement temporaire pouvant justifier uniquement d'une suspension de l'exécution de l'obligation discutée et non de la résolution du contrat.

Toutefois, l'application de la force majeure devra nécessairement être étudiée *in concreto* en fonction de l'obligation litigieuse et des stipulations contractuelles liant les parties.

Une autre piste d'action réside dans la théorie de l'exception d'inexécution définie à l'article 235 du D.O.C. En vertu de ce texte, le débiteur d'une obligation pourrait décider de suspendre l'exécution du contrat si son cocontractant n'exécute pas ses

à la survenance de circonstances qui rendent l'exécution de leurs obligations particulièrement onéreuses mais pas, à proprement parler, impossibles à exécuter.

Dans certains cas, les parties à un contrat peuvent avoir prévu - en amont - des aménagements et des mécanismes correctifs susceptibles d'être mis en œuvre dans le contexte actuel :

- Les clauses d'indexation (ou clauses d'échelle mobile) permettent ainsi de calculer le prix d'une prestation ou d'un produit en fonction de la fluctuation d'un indice de référence (cours du blé ou du pétrole). Ce type de clause ne permet toutefois d'influer que sur le prix contractuel, alors même que d'autres facteurs sont susceptibles de causer des difficultés d'exécution (délais de livraison, etc.) ;

- Aussi, les clauses de renégociation à échéance imposent aux parties, souvent à la date anniversaire du contrat, de se rapprocher afin de renégocier les conditions de leur engagement. Cette renégociation n'est toutefois possible qu'à l'échéance prévue par les parties au contrat, laquelle peut s'avérer trop éloignée pour faire face à l'urgence imposée par le contexte d'une crise économique et sanitaire ;

- Enfin, les clauses de *hardship* (ou de sauvegarde) par lesquelles les parties s'engagent à renégocier les conditions du contrat lorsqu'à la suite de circonstances extérieures, les conditions d'exécution du contrat deviennent profondément déséquilibrées, peuvent permettre d'adapter le contrat aux conséquences d'une crise telle que celle que nous traversons.

2 - Contrats préliminaires

Dans le cas des contrats préliminaires, il conviendra d'évaluer les situations dans lesquelles l'interdiction de rassemblement et les mesures de confinement empêchent matériellement, au moins temporairement, la réitération des promesses devant notaire dans les délais requis ou la signature de contrats d'achat de titres de sociétés détentrices de biens immobiliers, en tenant compte notamment de la possibilité d'une signature électronique pour ces dernières.

Depuis 2007¹, la signature et la certification électroniques sont possibles pour les actes sous seing privés, étant précisé que Barid Al-Maghrib est la seule entité agréée par l'état pour délivrer des certificats électroniques. Néanmoins, il nous semble que pour les actes dont la légalisation est nécessaire, un déplacement auprès de l'administration compétente est toujours nécessaire.

En ce qui concerne les conditions suspensives non remplies prévues par les termes des promesses et contrats, le report automatique de la date limite de réalisation de ces conditions suspensives ne semble pas envisageable à ce stade. En effet, il conviendrait d'examiner au cas par cas en fonction de la nature de la condition suspensive afin de savoir si sa réalisation dans les délais prévus a été rendue impossible du fait de

1. Article 2-1 du D.O.C ; Articles 417-1 et suivants du D.O.C.

épidémies), les tribunaux ont été extrêmement réticents à ne pas débouter le demandeur¹.

En particulier, la partie qui invoque avec succès la force majeure peut suspendre l'exécution pendant la durée de l'empêchement, à condition que l'autre partie puisse également réagir en suspendant sa contre-exécution. Toutefois, si la suspension de l'exécution ou sa prolongation dans le temps prive l'une ou l'autre partie de ce qu'elle était raisonnablement en droit d'attendre du contrat, l'une ou l'autre partie peut résilier le contrat².

En tout état de cause, quel que soit le recours entre la suspension et la résiliation, la partie qui n'exécute pas le contrat est exonérée de toute responsabilité en matière de dommages-intérêts, y compris les dommages et intérêts forfaitaires pour retard dans l'exécution et autres pénalités contractuelles.

Dans un nombre plus restreint de cas, le dispositif de réparation contractuelle peut contenir des solutions alternatives - que l'on trouve plus souvent dans les clauses de hardship - visant à préserver le contrat, à savoir une obligation de renégocier les termes de l'opération (ce qui n'implique pas en soi une obligation de parvenir à un accord sur de nouvelles conditions) ou la dotation d'un tiers ou d'un tribunal du pouvoir d'adapter les termes du contrat à l'évolution des circonstances.

Non seulement ces recours alternatifs impliquent que la clause de force majeure en question couvre également les situations où l'exécution n'est pas impossible mais simplement plus lourde (car sinon la renégociation n'aurait aucun sens), mais ils semblent également se fonder sur l'hypothèse que la préservation de la relation contractuelle est souhaitable, sans doute sur la base de l'argument selon lequel la fin du contrat entraînerait la charge de nouveaux coûts.

Il s'agit toutefois d'une hypothèse discutable à mettre soigneusement en balance avec les avantages découlant de la résiliation du contrat, qui permet aux parties de revenir sur le marché dans un environnement concurrentiel et de rechercher à nouveau, dans les circonstances nouvellement modifiées, l'opération la plus rentable, soit avec l'ancienne, soit avec une nouvelle contrepartie contractuelle. En l'absence d'un recours contractuel, l'attention des acteurs économiques se tourne vers les options nationales offertes par les restrictions pour l'atténuation de la pandémie.

II - La théorie de l'imprévision

Au Maroc, contrairement à la France, les rédacteurs du dahir des obligations et des contrats, n'ont pas pris en compte la théorie de l'imprévision, prétendent que cette révision est préjudiciable à la force obligatoire du contrat, en raison du caractère

1. P. Guiomard, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », Dalloz Actualité, 4 Mars 2020.

2. ICC, "Force Majeure and Hardship Clauses", 25 mars 2020 (date de consultation : 25 avril 2021).

impératif des obligations, qui doivent être honorées de bonne foi, et dont l'inexécution engendre la responsabilité civile contractuelle du débiteur défaillant, ouvrant droit au dédommagement, aussi que l'imprévision ne fait que rendre l'exécution des obligations plus onéreuse pour l'une des parties, et non pas impossible comme le cas de force majeure.

Compte tenu de la situation extraordinaire et de l'incertitude liée à la position qu'adopteront les juridictions marocaines une fois saisies de ces sujets, la recommandation d'ordre générale reste le rapprochement des parties afin de parvenir à des solutions amiables.

Concernant les contrats en cours de conclusion, il est également recommandé aux parties d'intégrer d'ores et déjà les différents impacts de la crise actuelle, notamment en termes de délais et de responsabilité.

Au niveau de la jurisprudence, plusieurs arrêts français rendus ces dernières décennies, « médiateurs de bonne justice et précurseurs du droit », ont témoigné d'un certain frémissement jurisprudentiel, d'une certaine flexibilité du droit, traduisant manifestement une évolution de l'exigence de bonne foi : d'une obligation de coopération abondamment renforcée, on glisse parfois vers une obligation d'adaptation parcimonieusement affirmée (sur cette évolution, Parmi ces décisions d'avant-garde, on retiendra :

1. l'arrêt EDF c/ Shell France de la cour d'appel de Paris du 28 décembre 1976: en l'espèce, l'équilibre du contrat de fourniture entre EDF et Shell avait été bouleversé par le quintuplement des prix du pétrole. La clause de sauvegarde ayant été utilisée sans succès, les juges imposèrent, par un arrêt avant dire droit, une nouvelle négociation sous la surveillance d'un observateur, se réservant le droit, en cas d'échec, soit de mettre fin au contrat si la formule imposée devait en altérer l'économie, soit surtout d'imposer cette solution d'office dans le cas contraire. Cette initiative dépassait largement les termes de la clause de sauvegarde prévoyant, en cas de hausse ou de baisse subite des prix, un rapprochement des parties et, en cas d'échec des négociations, une faculté de résiliation ;

2. l'arrêt « Huard »¹ rendu par la chambre commerciale le 3 novembre 1992, abondamment cité et commenté² confirme le renforcement de l'exigence de bonne foi, cette fois en matière de contrats de distribution. Mais on passe ici d'une simple obligation d'adaptation à une obligation de renégociation en cas de changement imprévu de circonstances économiques. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de distribution entre la société BP et un commerçant lié à cette dernière par une clause d'approvisionnement exclusif. Les circonstances nouvelles, constituées par la libération des prix en matière de carburants, exposaient gravement le distributeur à la concurrence. Or, la Cour

1. Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18.547

2. Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547

de cassation approuve la cour d'appel de Paris d'avoir considéré que l'exigence de bonne foi contraignait la société BP à négocier un accord de coopération commerciale permettant au distributeur de s'aligner sur ses concurrents ;

La théorie de l'imprévision connaîtra par le biais de l'ordonnance de 2016 sa consécration légale, elle épouse ainsi la conception européenne de l'imprévision. Pour autant, elle en fixe les conditions et encadre son traitement de façon à éviter certaines dérives. Ainsi, à l'instar des modèles étrangers ou encore des projets académiques européens, le nouvel article 1195 du Code civil énonce dans un alinéa premier : « Si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exercer ses obligations durant la renégociation ». Le texte ajoute dans un alinéa second : « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Conclusion

A la lumière de ce qui précède, il est clair que l'épidémie de coronavirus « Covid-19 » n'est pas indépendant par une disposition spécifique, parfois il n'affecte pas le contrat et devient obligatoire à mettre en œuvre conformément à ce qui a été convenu par les parties, et à d'autres moments, il place le statut de force majeure, qui rend l'engagement contractuel impossible, et non seulement plus difficile et épuisant, et parfois rend l'obligation très onéreuse, ce qui nécessite l'intervention du juge pour adapter le contrat et le rendre l'équilibre entre les deux parties, en application de la théorie d'imprévision.

Au terme de cette analyse, sans doute incomplète, et au vu des divergences doctrinales auxquelles la pandémie de la Covid-19 a pu donner lieu, le contrat international demeure très sensible quant aux changements externes pouvant affecter son juste équilibre et sa juste substance, son adaptation aux circonstances futures devrait être encouragée, pour permettre la prévention et la sécurisation de l'ensemble contractuel. Donc il faudrait favoriser la mise en œuvre de la volonté des parties, et si cette volonté n'est pas claire, le juge ou l'arbitre doit interpréter le contrat, en fonction de l'efficacité économique du contrat, de manière à maximiser l'équilibre contractuelle entre les contractants.

Une telle maximisation interviendra en limitant les cas d'exonération et de résolution et suspension des contrats internationaux. Mais toutefois, les entreprises touchées par les conséquences de l'épidémie du coronavirus devront agir de bonne foi dans les discussions avec leurs partenaires (fournisseurs, clients, Bank...), et dans la mise en œuvre desdites clauses, pour assurer le maintien du contrat en cas de bouleversement des circonstances ayant présidé à sa conclusion.



تأثير كوفيد 19 على العلاقة التعاقدية بين أمهات وآباء وأولياء التلاميذ والمدارس الخصوصية¹.

بقلم : الدكتور عمرو لمزرع

أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

بادئ ذي بدء لابد من الشكر الخاص لهذه المبادرة من طرف مختبر القانون والفلسفة والمجتمع والشركاء بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس وعلى هذا الاختيار لموضوع مهم في هذا الوقت العصيب، كما أنه لابد من الترحيب بالسيد الرئيس والسيد العميد عندهم فنحن منهم وإليهم في هذا الفضاء وبالسادة الأساتذة وأبنائي الطلبة. ففي هذه الأيام العصيبة التي تمر منها بلادنا كسائر بلدان العالم بسبب ظهور وانتشار وباء كورونا كوفيد19 والتي تقتضي من جميع طبقات وفئات ومكونات المجتمع المغربي التصدي لتداعياته ومخلفاته على جميع الأصعدة بكل وعي ومسؤولية وبكل روح وطنية، متسلحين بما عرف ويعرف عن المغاربة من وحدة وتضامن وصبر وتضحية في أوقات الشدة².

موضوع مداخلتى: تأثير كوفيد 19 على العلاقة التعاقدية بين أمهات وآباء وأولياء التلاميذ والمدارس الخصوصية.

1. مداخلة للدكتور عمرو لمزرع أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس .
2. لظهور هذا الوباء جوانب سلبية عديدة تتمثل بتأثيرها على حياة المجتمع ككل: الصحية والاجتماعية والإدارية والتعليمية . . . الخ . لكن لها جوانب إيجابية هي أنها كشفت حقائق ستجعل المجتمع بكافة مؤسساته وفئاته يعيد ترتيب أولوياته، لإعطاء الأولوية القصوى لقطاع الصحة نظرا لكون عدوى الفيروس لا تقتصر على فئة دون أخرى، أضف إلى ذلك أنه كشف هشاشة كثير من القوانين التي تحكم العقود التجارية، لما سببته من تأثير على تنفيذ الالتزامات العقدية، سواء أكانت هذه العقود عقودا دولية أم عقودا وطنية. وهي ذريعة ستحاول كثير من الشركات التهرب من تنفيذ التزاماتها العقدية باحثة عن حجج قانونية مثل القوة القاهرة والظروف الطارئة، فهل يمكن لهذه الشركات التجارية أن تختبئ خلف هذه النظريات في محاولة فسخ العقد أو التخفيف في الالتزامات العقدية، ومما لاشك فيه أننا في المستقبل القريب سنرى قضايا أمام القضاء من هذا النوع لمعالجتها.

النقطة الأولى: العلاقة القانونية بين أولياء وآباء التلاميذ والمدارس الخصوصية

أولاً، لا بد من الإشارة إلى أن العلاقة القانونية الرابطة بين مؤسسات التعليم الخاص من جهة، وآباء وأولياء التلاميذ من جهة ثانية، هي عبارة عن عقد ملزم للجانبين بمعنى أنه عقد يُنشئ التزامات تبادلية أو متقابلة في ذمة كل واحد من الطرفين المتعاقدين¹، وبالتالي فكل متعاقد منهما يكون في نفس الوقت دائناً للآخر ومديناً له.

وهذه العلاقة علاقة عقدية منظمة أساساً بمقتضيات قانونية، وهذه المقتضيات القانونية مختلفة عن قانون الالتزامات والعقود، وخاصة الفصول 235 و576 و2776² وأيضاً القانون رقم 06.00 بمثابة النظام الأساسي للتعليم المدرسي الخصوصي³، الصادر بتنفيذه ظهير رقم 1.00.202 بتاريخ 19 ماي 2000، ثم أيضاً قانون الإطار رقم 18.95⁴.

إن مؤسسات التعليم الخصوصية تخضع للقوانين المنظمة لهذا القطاع الذي تراقبه مجموعة من الإدارات العمومية (وزارة التربية الوطنية، وزارة الشغل، وزارة المالية ووزارة النقل والسلطات المحلية التي توجد المؤسسة في دائرة نفوذها. فهناك إجراءات وعقوبات حسب نوع المخالفات التي قد تصل إلى العقوبة السالبة للحرية وإلى إغلاق المؤسسة بصفة نهائية.

ولذلك نجد أن المادة 6 من القانون المنظم للتعليم الخصوصي 06.00، تنص على أن مؤسسات التعليم الخصوصي تخضع للأحكام التشريعية والتنظيمية المنصبة على حماية الأصل التجاري المتعلق بالشركات والمقاولات ذات النشاط التجاري المنصوص

1. العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر،
2. ينص الفصل 235 على أنه: «في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزماً، حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولاً. عندما يكون التنفيذ واجبا لصالح عدة أشخاص يجوز للمدين أن يمتنع من أداء ما يجب لأبي واحد منهم إلى أن يقع الأداء الكامل لما يستحقه من الالتزام مقابل.» وينص الفصل 576 على مايلي: «يتحمل المشتري بالتزامين أساسيين: الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسليم الشيء.» وينص الفصل 776 على أنه: «إذا انقطع إنجاز العمل، بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين، لم يكن لأجير الصنع الحق في قبض الثمن إلا بنسبة ما أداءه من عمل.»
3. ظهير شريف رقم 1.00.202 صادر في 15 من صفر 1421 (19 ماي 2000) بتنفيذ القانون 06.00 بمثابة النظام الأساسي للتعليم الخصوصي. (الجريدة الرسمية عدد 4798 بتاريخ 21 صفر 1421 (25 ماي 2000)، ص 1187.
4. ظهير شريف رقم 1.95.213 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1416 (8 نوفمبر 1995) بتنفيذ القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات. الجريدة الرسمية عدد 4335 بتاريخ 29/11/1995 الصفحة 3030

عليها بمدونة التجارة بمقتضى القانون 95.15¹، خاصة المادة 8² والفقرة 2 من المادة 42 منه³، أو بقانون الشركات الأقرب إلى مؤسسات التعليم الخصوصي.

وإنه استنادا على هذا المقتضى، يمكن اعتبار مؤسسات التعليم الخصوصي ومن باب القياس، تتشابه عندما تكون سلسلة مؤسسات تعليم وطنية أو فروع لمؤسسات تعليم أجنبية تسيرها شركات عابرة للقارات ذات مصادر قانونية واتفاقية دولية، أو شركات تنظمها مقتضيات قانون 95.17 وهو القانون المتعلق بشركات المساهمة⁴، عملا بمقتضيات المادة 2 منه، التي تشير إلى تأسيس شركة المساهمة لمدة تتجاوز مدتها القصوى 99 سنة، كما تلزم نفس المادة شركة المساهمة باتخاذ اسم تجاري معين عملا بمقتضيات النصوص العامة لمدونة التجارة⁵.

جاء في المادة 163 بالمجال السادس من الميثاق الوطني للتربية والتكوين: « يعد قطاع التعليم والتكوين الخاص شريكا وطرفا رئيسيا الى جانب الدولة »، أما القانون الإطار فإننا نجد في المادة 13، أن مؤسسات التربية والتعليم والتكوين الخاص « ستلتزم في إطار من التفاعل والتكامل مع باقي مكونات المنظومة بمبادئ المرفق العمومي » بل أكثر من ذلك فإن هذا القانون أكد في المادة 14 على « وضع نظام تحفيزي لتمكين هذه المؤسسات من المساهمة على وجه الخصوص في مجهود تعميم التعليم الالزامي وتحقيق أهداف التربية

1. ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 1996/10/03 الصفحة 2187
2. تنص المادة 8 على انه: « تكتسب صفة تاجر كذلك بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية لكل نشاط يمكن أن يماثل الأنشطة الواردة في المادتين 6 و7 »
3. تنص الثانية من المادة 42 على انه: « يجب على الأشخاص الطبيعيين التجار الإشارة في تصريحات تسجيلهم إلى :
1 -
2 - الاسم الذي يزاول به التجارة وإن اقتضى الأمر كنيته أو اسمه المستعار ؛
3 - »
4. ظهير شريف رقم 1.96.124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة الجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 1996/10/17 الصفحة 2320 . كما تم تغييره وتتميمه ب :
- القانون رقم 20.05 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.18 بتاريخ 17 من جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) الجريدة الرسمية عدد 5639 بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008) ص 1359 ،
- القانون رقم 81.99 القانون رقم 81.99 القاضي بتغيير القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة ، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.99.327 بتاريخ 21 من رمضان 1420 (30 ديسمبر 1999) ، الجريدة الرسمية عدد 4756 بتاريخ 21 رمضان 1420 (30 ديسمبر 1999) ، ص 3071
5. تنص المادة 2 على ما يلي : « يحدد النظام الأساسي شكل الشركة ، ومدتها التي لا يمكن أن تتجاوز 99 سنة وتسميتها ومقرها الاجتماعي وغرضها ومبلغ رأسمالها . »

غير النظامية والمساهمة في محاربة الأمية ولاسيما في المجال القروي وشبه الحضري والمناطق ذات الخصاص».

وإن ما يبرر وضع مؤسسات التعليم الخصوصي في خانة مقاولات تجارية ذات أهداف ربحية، هو ما يشير إليه تطبيق مقتضيات القانون رقم 05/00 الذي هو بمثابة النظام الأساسي للتعليم الأولي¹، وقرار وزير التربية الوطنية والشباب رقم 1503.03 صادر في (22 يونيو 2003)، بتحديد الالتزامات التربوية لمؤسسات التعليم الأولي والوثائق الواجب الإدلاء بها من طرف المديرين والمدرسين العاملين بهذه المؤسسات²، خاصة البند 1 منه، إذ اعتبرت أصحاب هذه المؤسسات بمثابة مستثمرين، والمستثمر هو مقاول يهدف إلى تحقيق الربح من خلال استثمار الرأسمال المادي والبشري، عملا بمقتضيات القانون الإطاري رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات، كون عبارة الاستثمار هذه تم الإشارة إليها بدفتر تحملات إنشاء مؤسسات التعليم الأولي الذي يهدف أساسا إلى:

- تشجيع الاستثمار في قطاع التعليم الأولي تماشيا مع دعائم الميثاق الوطني للتربية والتكوين.

وأن الاستثمار في التعليم الأولي الخاص يلزمه الحصول على شهادة سلبية تتعلق بالاسم التجاري للمؤسسة، حيث تشير الفقرة الثانية من البند 2 على وجوب الإدلاء بالشهادة السلبية المتعلقة بتسمية المؤسسة، وهو المقتضى الذي تنص عليه الفقرة 2 من المادة 45 من مدونة التجارة.

وإن ما يبرر كذلك، طرح اعتبار مؤسسات التعليم الخصوصي مقاولات تجارية ربحية، هو أن المشتغلين لديها كأطر تدريس وأطر إدارية وأعوان الحراسة والتنظيف، يعتبرون مستخدمين، وهم بذلك فئة من الأجراء الواضعين أنفسهم وخدماتهم رهن إشارة الجهة المشغلة، عملا بالمقتضيات المنصوص عليها بالقانون رقم 99.65 المتعلق بمدونة الشغل³ خاصة المواد من 1 إلى 7، وهو ما يتوافق ومقتضيات المادة 9 من القانون المنظم للتعليم الخصوصي بالمغرب، التي تشير إلى أنه: يخضع أصحاب مؤسسات التعليم

1. ظهير شريف رقم 1-00-201 صادر في 15 من صفر 1421 (ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 00-05 بشأن النظام الأساسي للتعليم الأولي، الجريدة الرسمية رقم 4798 الصادرة يوم الخميس 25 ماي 2000

2. الجريدة الرسمية عدد 2-5164 شوال 1424 (27 نوفمبر 2003)

3. ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) الصادر بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 08/12/2003 الصفحة 3969.

المدرسي الخصوصي¹، للالتزامات المنصوص عليها في قانون الشغل إزاء جميع مستخدميهم، ما لم ينص على ما هو أنفع لهؤلاء في عقود عمل فردية أو اتفاقيات جماعية مبرمة بين أصحاب المؤسسات والمستخدمين أو ممثليهم، أخذا بمقتضيات المادة 3 من مدونة الشغل².

لكن المشكل هو أن معظم هذه المدارس وربما كلها، لم تسع إلى إبرام عقد مكتوب متفق عليه يضمن حقوق وواجبات أطرافه وهنا يحق لنا أن نتساءل عن يتحمل مسؤولية هذا الفراغ في قطاع حيوي يمس شرائح كثيرة من المواطنين لا أتحدث عن النظام الداخلي لهذه المؤسسات فذاك أمر آخر، إنما أتحدث عن عقد يفصل في الحقوق والواجبات وينظمها طبقا لإرادة المتعاقدين ويخضع للإجراءات الشكلية للمصادقة لكي يصبح ملزما لأطرافه سواء أكان عقد إذعان أو أي عقد آخر. وفي غياب هذه الوثيقة يخضع الأطراف لزاما لقانون الالتزامات والعقود وخاصة للفصل 235 منه الذي ينص على أنه: « في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولا.

عندما يكون التنفيذ واجبا لصالح عدة أشخاص، يجوز للمدين أن يمتنع عن أداء ما يجب لأي واحد منهم إلى أن يقع الأداء الكامل لما يستحقه من التزام مقابل».

بموجب هذا النص يحق لأولياء الأمور ألا يؤديوا المستحقات الشهرية لهذه المدارس، طالما أنها لم تؤد التزامها المتمثل في تقديم خدمة التدريس. لكن قد تعترض المؤسسات بدعوى أنها استمرت في تقديم خدماتها طيلة فترة الحجر الصحي، وأدت ما عليها من

1. تنص المادة 9 على أنه : «يخضع أصحاب مؤسسات التعليم المدرسي الخصوصي للالتزامات المنصوص عليها في قانون الشغل إزاء جميع مستخدميهم ما لم ينص على ما هو أنفع لهؤلاء في عقود عمل فردية أو اتفاقيات جماعية مبرمة بين أصحاب المؤسسات والمستخدمين أو ممثليهم.

2. تنص المادة 3 على أنه: «تظل فئات الأجراء الآتي ذكرها، خاضعة لأحكام الأنظمة الأساسية المطبقة عليها، والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن نقل عما تنص عليه مدونة الشغل من ضمانات :

1. أجراء المقاولات والمؤسسات العمومية التابعة للدولة والجماعات المحلية ؛

2. البحارة ؛

3. أجراء المقاولات المنجمية ؛

4. الصحفيون المهنيون ؛

5. أجراء الصناعة السينمائية ؛

6. البوابون في بنايات المعدة للسكنى .

تخضع الفئات المذكورة أعلاه، لأحكام هذا القانون، في كل ما لم يرد النص عليه في الأنظمة الأساسية المطبقة عليها».

التزامات من خلال التدريس عن بعد. بالتأكيد لا يخضع هذا الدفع للمادة 19 من القانون 06.00 التي تتحدث عن التدريس عن بعد بالنسبة لبعض المؤسسات المنشأة لهذا الغرض، بالرغم من أن التوسع في تفسير هذه المادة قد يؤدي إلى الاستئناس بها بما قد تترتب عليه من التزامات أخرى خاصة بالنسبة للمدرسة من ناحية تجديد التعاقد وباقي الشكليات...

النقطة الثانية: المدارس الخصوصية والتعليم عن بعد

التعليم عن بعد هو نقل برنامج تعليمي من موضعه في حرم مؤسسة تعليمية ما إلى أماكن متفرقة جغرافياً، ويهدف إلى جذب طلاب لا يستطيعون تحت الظروف العادية الاستمرار في برنامج تعليمي تقليدي.

وكان هذا عادة ما ينطوي على دورات بالمراسلة حيث يتواصل الطالب مع المدرسة عبر البريد، أما اليوم فيتضمن التعليم عبر الإنترنت، وكان هناك خطأ شائع في اعتبار أن التعليم عن بعد هو مرادف للتعليم عبر الإنترنت، وفي واقع الأمر فإن التعليم من خلال الإنترنت هو أحد وسائل التعليم عن بعد ولكن نظراً لانتشار الأول فإنه اعتبر في أحيان كثيرة مرادفاً للتعليم عن بعد.

والتعليم عن بعد يحتاج إلى مقومات لدى المؤسسة والتلميذ أو الطالب، منها توفر شبكة الإنترنت للتواصل من خلالها، وكذلك وجود الطالب أو الدارس الذي يتابع كل ما يخص المادة التعليمية من خلال مواقع مبرمجة مخصصة لذلك وفق آلية مناسبة لشرح المادة بأسلوب يسهل فهمها والاستفادة منها، أيضاً يمكن أن تتوفر حلقات النقاش المباشرة وغير المباشرة بين الطالب والأستاذ، وفي النهاية لا بد من توفر المعلم المسؤول عن متابعة وتقييم أداء الطالب ومنحه العلامات التي يستحقها.

كما يحتاج نظام التعليم عن بعد إلى البنية التكنولوجية التحتية من معدات وأجهزة، وخطوط اتصال عند الطرفين ليستطيع كل منها التواصل مع الآخر.

صحيح أصبح التعليم عن بعد حاجة ضرورية لكل من لم تسمح له الظروف من السفر لمتابعة تعليمه، لكن بتوفر تلك المقومات التي تجعل التعليم عن بعد ذات جدوى، وليس التعليم عن طريق «الوات ساب» كما لجأت العديد من المدارس أثناء الحجر الصحي.

لو كان التعليم عن بعد هو القاعدة والمعياري لاختارت كثير من الأسر أن تسجل أبنائهما في مدرسة كورية، فنلندية أو حتى سنغافورية، لو كان التعليم عن بعد بنفس جودة و كفاءة التعليم الحضوري لما كابدت عناء السياقة، والازدحام المروري وتكاليف السيارة من تأمين

- 1 - مراقبة التلاميذ لمدة تصل إلى 8 أو 9 ساعات من الاثنين إلى الجمعة على الأقل، سيما بالنسبة لتلاميذ الابتدائي و الحضانات.
- 2- تمارين العلوم التجريبية التي تتطلب حداً أدنى من التجهيزات والمواد (مواد الفيزياء والكيمياء والعلوم الطبيعية وغيرها ...).
- 3- التمارين الرياضية واستغلال البنية التحتية والتجهيزات الرياضية لمؤسسات التعليم الخاص.

4 - الأنشطة البيداغوجية المختلفة كالرسم والمسرح إلى غير ذلك.

وبطبيعة الحال فإن مؤسسات التعليم الخاص لم ولن تتمكن عن طريق التعليم عن بعد من الوفاء بكل هذه الالتزامات الملقاة على عاتقها والتي تحصل كمقابل لها على مبالغ مالية شهرية.

وبالتالي فإن مطالبة بعض المؤسسات الخاصة للآباء وأولياء الأمور بالاستيفاء الكامل للواجبات والمصاريف المتفق عليها، فيه نوع من الإجحاف وأكل لأموال الناس بالباطل على اعتبار أن هذه المؤسسات الخاصة لم تُعدّ تقدم نفس الخدمة منذ تعليق الدراسة في أواسط شهر مارس تمهيدا لإعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، مع العلم أن تقديم الدروس عن بُعد لا يعوض بأي حال من الأحوال التعليم الحضوري، وإنما هو فقط وسيلة لضمان عدم انقطاع التلاميذ عن الدروس النظرية بشكل كامل خلال فترة الطوارئ الصحية، أما باقي الأنشطة البيداغوجية والرياضية والدروس التجريبية فإن مؤسسات التعليم الخاص لم تعد تضمنها في ظل هذه الظروف وهذا أمر طبيعي.

إذا، يظهر أن الالتزامات الواجبة على مؤسسات التعليم الخاص لا يتم الوفاء بها جميعها وبشكل طبيعي وعادي، وبالتالي فإن حق هذه المؤسسات في استيفاء مصاريف التمدريس (والتي تشكل الالتزام المقابل الملقى على عاتق آباء وأولياء التلاميذ) لم يبق له موجب نظرا لتعذر الوفاء الكامل بالالتزامات الواجبة على مؤسسات التعليم الخاص والمشار إليها أعلاه، وذلك تطبيقا للفصل 235 من قانون الالتزامات والعقود السالف الذكر.

والملاحظ هو أن الفقرة 2 من الفصل 235 أعلاه تمنح للمدين إمكانية الدفع بعدم التنفيذ الكامل للالتزام المقابل، وهو ما يتحقق حاليا في العلاقة الرابطة بين مؤسسة التعليم الخاص و آباء وأولياء الأمور في ظل تفشي جائحة كورونا، ولهم بالتالي إمكانية التمسك بعدم أداء الواجبات الشهرية كاملة وذلك إلى حين زوال الجائحة

لكن، وفي إطار التوازن بين الحقوق و الالتزامات، يُطرح السؤال حول مُقابل خدمة تلقين الدروس النظرية عن بُعد والتي تقوم بها مؤسسات التعليم الخاص؟

هنا، يمكن كحل وسط الاتفاق بين المؤسسات وأباء وأولياء الأمور حول أداء هؤلاء لجزء يسير من الواجبات المالية كمقابل لهذه الخدمة المقدمة من طرف مؤسسات التعليم الخاص والتي لا تشكل سوى جزءا من الالتزام الملقى على عاتق هذه المؤسسات بمقتضى القانون.

أما بالنسبة للواجبات المنعدمة أصلا كالتنقل المدرسي، وكذلك بالنسبة للأطفال في الروض والمراحل الأولى، فإنه من البديهي أنه لم يعد لها موجب على اعتبار أن هذه الخدمة لم تعد مقدمة أصلا من طرف مؤسسات التعليم الخاص وبالتالي فهي لا تستحق عنها أي مقابل مالي، لأن الأباء قد لحق بهم ضرر من توقف الدراسة وهم غير مجبرين على الانخراط في التعليم عن بعد. هنا يحق للمدرسة أن تدفع ب«القوة القاهرة»¹ التي حالت بينها وبين الوفاء بالالتزامها. لكن حين نتحدث عن القوة القاهرة فإننا نتحدث عن استمرار العقد دون أن يكون للمتضرر (أي الأسرة) حق المطالبة بالتعويض ولا فسخ العقد....لكن، في المقابل، ليس من حق المدرسة في هذه الحالة المطالبة بأداء الواجب الشهري لأن الأسرة لا تتحمل أية مسؤولية في توقف الدراسة بل إنها متضررة، ولا يستقيم أن يتضرر أحد أطراف العقد ثم يؤدي مقابلا ماديا لخدمة لم يستمد منها.

أما ما تطلبه بعض المدارس الخصوصية من تقديم الأسر لما يبصر عدم أدائها، فهذا تضليل وقفز على النصوص القانونية واذلال لأباء وأولياء التلاميذ فليس من حق المدارس الخصوصية الدخول في هذا الشأن؟

1. القوة القاهرة هي كل أفة غير متوقعة وغير مقدورة الدفع تؤثر في محل العقد، فتؤدي الى استحالة تنفيذه وانفساخه، فالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي يمكن ان يحتج به المدین لطلب الاعفاء من تنفيذ الالتزامات. والمتأمل في كل من مفهومي القوة القاهرة والحادث الفجائي بمختلف صورهما يجد انهما عبارة عن امر واحد يعنى من المسؤولية المدنية عن عدم تنفيذ الالتزامات عموما في حالة توفره على شروط محددة.

والظروف الطارئة هي حوادث عامة غير متوقعة ولا ممكنة الدفع، تطرأ بعد ابرام العقد وقبل التنفيذ فتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وضارا به من الناحية المالية. وهناك من عرفها بأنها حوادث استثنائية عامة، خارجة عن إرادة المدین، لا يمكن توقعها وقت نشوء العقد، وتطرأ عند تنفيذه فتجعله مرهقا للمدين لا مستحیلا، تهدده بخسارة فادحة.

فهناك أوجه اختلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة على العقد من زوايا:

1 - يشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة أن يكون تنفيذ الالتزام مستحیلا استحالة مطلقة، بينما نظرية الظروف الطارئة فيكفي لتطبيقها أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا ويمكن تنفيذه ولكن بشيء من الضرر والصعوبة بالوصول إلى حد الاستحالة النسبية دون الوصول إلى حد الاستحالة المطلقة.

2 - يلاحظ بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة وقتية وانتقالية، فلا يكون أثره دائما بل قد ينتهي بتعديل العقد أو تأجيله لحد الذي ينتفي معه الضرر اللاحق بأحد اطرافه أو بكل أطرافه بصفه مؤقتة ومعلقه بزوال السبب، بينما نظرية القوة القاهرة تتصف عادة بالديمومة واستحالة تنفيذ العقد مما يجعل جزءا ذلك هو انقضاء العقد.

فالآباء والأمهات يؤدون رسوم تدرس شهرية بصفتهم زبناء للمدرسة وليسوا بصفتهم موظفين أو مستخدمين أو أجراء، والمدرسة هي في الأصل مقاوله تجارية لا شأن لها بمهن الآباء والأمهات، إن كان الأب أو الأم موظفين بالقطاع العام أو مستخدمين في القطاع الخاص. لأن العلاقة التي تربط الأسرة بالمدرسة المقاوله مبنية على تقديم خدمة بمقابل مالي، وفي حالة تعذر تقديم هذه الخدمة كلياً لا يمكن للمقاوله أن تطالب بالأداء، وفي حالة تعذر تقديم الخدمة جزئياً فينبغي مراجعة المبالغ المؤداة ومواءمتها مع طبيعة الخدمة الجديدة، وهذا من حق الأسر أن تطالب به، ولا يحق للمدرسة التي هي مقاوله تجارية تباع خدمات أن ترغمهم على الأداء في غياب الخدمة المتفق عليها بداية.

ويفترض أن تكون للمقاوله خطط وبرامج معدة سلفاً لمواجهة الأوضاع الاستثنائية التي قد تمر منها، وهذا شأن داخلي للمدرسة المقاوله وليس من شأن الزبون، بحيث لا يمكنها أن تطالبه بالاستمرار في الأداء حتى في غياب الخدمة بدعوى إنقاذ المدرسة المقاوله، لأنه معلوم أن المدرسة المقاوله تراكم أرباحاً خيالية على امتداد كل موسم دراسي، فهل هي توزع على الأسر نصيباً من أرباحها في أيام الرخاء التجاري من أجل مساعدتهم على الاستمرار في الأداء، يفترض أن تكون للمدرسة المقاوله تأمينات عن المخاطر وادخارات من الأرباح لتدبير الطوارئ التي قد تواجهها.

إذا المقاوله تقدم خدمة والزبون يشتريها، فإذا غابت الخدمة لا يمكن للزبون أن يشتري الفراغ والهوى بماله.

النقطة الثانية: المدارس الخصوصية وجشعها

إن المدرسة المقاوله لا تمر من أزمة، بل هي تطمح للحفاظ على هامش الربح الكبير جدا الذي دأبت على تحقيقه، وأظهرت جشعها وأنها مستعدة لهضم حقوق الزبون (أي الأسر) لبلوغ هذا الجشع، لهذا تبحث عن مبررات مغلوطة لتمرير خطتها الجشعة، من بين ذلك اقتراحها مناقشة كل حالة على حدة حسب الوضعية المهنية والمالية لكل أسرة، وهذا فخ كبير جداً، لأنها بذلك تضع العلاقة التعاقدية التي بينها وبين الأسر جانبا أي الخدمة مقابل الأداء، وتوريط الأسرة (الزبون) في علاقة أخرى هي مناقشة دخله ومهنته ومطالبته بتقديم تبريرات لتأكد من قدرته المالية ودخله فتقرر هل تعفيه من الأداء أو لا تعفيه وبالتالي سيصبح هنا الزبون (الأسرة) في حالة طلب الصدقة (أي السعاية) بدل المطالبة بحقه في الخدمة بناء على العلاقة التجارية التي تربطه بها.

كما أن هناك فوضى في فرض رسوم باهظة على الأسر مع بداية كل دخول مدرسي، تسود بسبب عدم الصرامة في تطبيق مذكرة حول التأمين المدرسي، تصدرها وزارة التربية الوطنية في بداية كل موسم دراسي.

وفي الحقيقة أن هناك فراغا كبيرا تستفيد منه هذه المؤسسات التعليمية الخصوصية، بسبب عدم تفعيل المراقبة من لدن وزارة التربية، وخاصة من طرف المديرية المشرفة على التعليم الخصوصي؛ وهو ما تؤكد الزيادات الكبيرة التي طبقتها هذه المؤسسات، سواء فيما يتعلق بالواجبات الشهرية أو فيما يخص مبالغ التأمين المبالغ فيها التي تفرض على التلاميذ.

الخاتمة

تأسيسا على ما سبق يتبين أن فتح النقاش المجتمعي حول هذا الملف الساخن الذي يشمل كل شرائح المجتمع خاصة الطبقة المتوسطة في هذه الأوضاع التي توترت وتزعزعت فيها العلاقة بين الأسرة والتلاميذ من جهة والمدارس الخصوصية التي حاولت أن تفرض الأمر الواقع على الطرف الضعيف من أجل الأثر بلا سبب واستغلال هذه الأوضاع الاستثنائية بعد فشلها في محاولة الاستفادة من صندوق كورونا المخصص للطبقة المعوزة وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على جشع هذه المدارس.

كما أن هذه فرصة لفتح ملف التعليم الخصوصي لكشف اللثام عنه وعن حقيقة تسييره من الناحية البيداغوجية والإدارية بكل شفافية بعد أن كان من الطابوهات المحرمة. والتفكير بجديّة في كيفية إعادة الاعتبار للتعليم العمومي من الأمور المهمة ومن المسائل التي ينبغي أن نستفيد منها في ظل هذه الظروف كأفراد ومجتمع وكدولة ومسؤولين.

ثم إن المديرية المشرفة على التعليم الخصوصي مطالبة بتفعيل النصوص والدوريات التنظيمية الصادرة عن وزارة التربية الوطنية، وحماية أولياء الأمور والتلاميذ من جشع بعض المدارس الخصوصية خاصة الذين استثمروا في التعليم، ليس من أجل الرفع من المستوى التعليمي والتربوي للتلاميذ، بل من أجل تحقيق أرباح مالية كبيرة فقط.

كما إن الاتفاق على تقاسم الخسائر والأضرار في هذه المرحلة الحرجة، هو أخف الأضرار وأسلمها لدوام العلاقة واستقرار المعاملات بين الأشخاص، وهو ما يؤخذ بعين الاعتبار من أجل التخفيف من وطأة الأثر الاقتصادي بسبب هذه الجائحة.

آليات الاقتصاد الإسلامي لمواجهة أزمة كورونا - كوفيد 19

بقلم الدكتورة كنزة حرشي

أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

مقدمة

كان لتداعيات الأزمة المالية العالمية المعاصرة التي ضربت بينوك الولايات المتحدة الأمريكية سنة 2008 والتي عرفت «بأزمة الرهون العقارية»، وانتشارها في باقي بلدان العالم، وتحولها إلى أزمة اقتصادية خانقة تجتاح بكل اقتصاديات العالم، وخصوصا الدول النامية والفقيرة نتيجة الركود الاقتصادي العالمي (انهيار البنوك -البورصات - المؤسسات والشركات....). وكان لهذه الأزمة أثرا كبيرا في الفكر الاقتصادي المعاصر الذي توجه إلى تأكيد أن أسبابها يكمن في المبادئ التي تقوم عليه الرأسمالية.

ولم يستيقظ المجتمع الدولي من هذه الأزمة حتى عصفت رياح جائحة كورونا كوفيد¹ في أواخر شهر فبراير، والتي انطلقت من الصين لكي تجتاح جل بلدان العالم، لكي تقلع بكل ما تبقى من ركائز مُستند بها في اقتصاديات الدول المتقدمة منها والنامية والفقيرة.

فخلال هذه المدة حتى الآن أصبح العالم بأسره يعيش تحت وطأة أزمة يصعب التكهن معها بما سيؤول إليه المجتمع الدولي عند انتهائها.

ولقد أكدت الدراسات الاقتصادية في خضم الأزمة الأولى (أزمة 2008)، أن الحل لمعالجة الأزمات المالية الاقتصادية العالمية هو تبني نظام اقتصادي جديد مبني على

1. جائحة كوفيد-19 والمعروفة أيضا باسم جائحة فيروس كورونا: هي جائحة عالمية ضربت كل الدول، سببها فيروس كورونا المرتبط بالمتلازمة التنفسية الحادة الشديدة. تفشى المرض للمرة الأولى في مدينة ووهان الصينية في أوائل شهر ديسمبر عام 2019. أعلنت منظمة الصحة العالمية رسميًا في 30 يناير أن تفشي الفيروس يُشكل حالة طوارئ صحية عامة تبعث على القلق الدولي، وأكدت تحول الفيروس إلى جائحة يوم 11 مارس. حيث بلغ أكثر من 6,44 مليون إصابة بكوفيد-19 في أكثر من 188 دولة ومنطقة.

المحور الأول: آليات الاقتصاد الإسلامي لمواجهة الأزمة الاقتصادية في زمن جائحة كوفيد 19

نعلم أن هذه الجائحة لها تداعيات على صحة المواطنين، حيث أدت إلى موت العديد من الأشخاص في كل أنحاء العالم، كما أن لها تداعيات اقتصادية حيث أثرت على كل القطاعات الحيوية في الاقتصاد الوطني والدولي.

هذا ما يجعلنا نتساءل، هل التاريخ الإسلامي قد عرف مثل هذا النوع من الأزمات؟

بالرجوع إلى التاريخ الإسلامي وبالتحديد في ولاية عمر بن الخطاب رضي الله عنه¹، التي ارتبطت بأكبر أزمات الدولة الإسلامية في شبه الجزيرة العربية والتي عمت منطقة الحجاز وما حولها حتى أجهدتهم، والتي سميت بعام الرمادة و التي دامت 9 أشهر²، حيث انحسب المطر وكانت هبوب لرياح قوية مما أدى إلى هلاك الزرع والضرع وانتشرت المجاعة بموت القطعان وجفاف الأرض والآبار.

وكان لهذا التحول المناخي أثرا كبيرا على الجانب الاقتصادي وخصوصا في الأسواق حيث وقع خلل في العرض والطلب، ولم يعد ما يباع ولا ما يشتري وأصبحت الأموال في أيدي أصحابها لا قيمة لها، فرغم وجودها لم يجدوا ما يسد رمقهم.

وكان أكثر تضررا من هذا التحول المناخي هم أهل البادية الذين لم يكن لديهم مدخرات للعيش عكس أهل المدينة الذين اخرجوا ما ادخروا ليعيشوا به.

وتزامن مع هذه الأزمة أزمة مرض الطاعون (عمّواس) التي توفي فيها العديد من الصحابة، والتي استدعت من الولاة اجبار الناس على الحجر الصحي، حيث أمرت الأصحاء بالانعزال في الجبال ومنعت خروج الناس من بلدانها المصابة بالمرض، ومنعها أيضا بعدم الدخول إليها استنادا إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا سمعتم بالطاعون بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع في أرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه»³.

إذا ماهي الآليات التي يركز عليها الاقتصاد الإسلامي في ظل هذه الأزمات وخصوصا زمن هذه الجائحة؟

إن الأزمات ظاهرة ترافق سائر الأمم والشعوب في جميع مراحل ازدهارها أو تراجعها، ذلك أن الإنسان والكون والحياة يخضعون لسنن ونواميس وقوانين، حيث إن التعرف على

1. كانت في أواخر السنة 17 هجرية وبداية 18 هجرية.

2. هناك من المؤرخين الذي قالوا بأنها دامت ستة سنين، وذهب ابن خلدون أنها اشتدت ستة اشهر ودامت سنتين.

3. أخرجه البخاري في صحيحه - الحديث رقم 5728.

أسباب الأزمات متوقف على معرفة هذه السنن الكونية، وهذه الأخيرة ترسم للإنسان بعدا ماليا للقرارات التي تتخذ في رسم السياسات العامة لإدارة الأزمات.

والسنن الكونية لا تحابي أحدا، ولا سبيل للنهوض والبناء الحضاري والوقاية من الأزمات إلا باستيعابها وكيفية التعامل معها، وفهم قوانين الأشياء وقوانين الخلق والتعامل معها ومغالبة قدر بقدر، والوعي أن هذه السنن على صرامتها لا تلغي فعل الإنسان وإرادته، وإنما تمنحه القدرة على الرؤية الصائبة، لإدارة الأزمات عند وقوعها وتجنبها قبل وقوعها.

وكل أزمة تلازمها مواطن الخير وهذا هو دور الاقتصاد الإسلامي في التعامل مع الأزمات، حيث يسعى تحويل النعمة إلى نعمة والمحنة إلى منحة والبلاء إلى عطاء. فالأزمات غالبا ما تشكل في أوقات كثيرة جرس إنذار للأمة لكي يستيقظوا من سباتهم ولتحقيق المراجعة واكتشاف أسباب الخلل ومواطنه ووضع مخطط لحركة الأمة، وذلك ليس للتخفيف من أثر الأزمة ولكن تحويل الأزمة إلى حل، وهذه مجموعة من الحلول للأزمة التي نعيشها من المنظور الإسلامي:

أولاً: تحقيق الأمن الإنساني والغذائي

إن أزمة كورونا أحدثت اختلالا في أمن واستقرار الناس، حيث ظهر بين الناس الخوف الشديد من المرض الفتاك والقاتل وكذا خوفهم على عدم تحقيق الأمن الغذائي أثناء الحجر الصحي خصوص عند الفئة الفقيرة والهشة.

ولإدارة هذه الأزمة، يتوجه الاقتصاد الإسلامي ببنية فوقية (تأسيس الأمن) وأخرى تحتية (الإطعام من الجوع). وهذا ما قام به الخليفة عمر رضي الله في أزمة عام الرمادة، حيث قام بتوزيع المواد الغذائية والتمويلية على المحتاجين والفقراء بالإضافة إلى تفقده أحوال الناس، حيث كان يتنقل من بيت إلى بيت طيلة مدة الأزمة¹.

ثانياً: المحافظة على التوازن الاقتصادي بين العرض والطلب

بعد توقف المؤسسات الانتاجية بسبب الحجر الصحي بدأ مؤشر الكساد يظهر على الساحة الوطنية والعالمية والذي يتجلى عندما يكون العرض في المخازن كبير والطلب عليها قليل، وبالتالي ينهار العرض بتوقف الانتاج وكساد السلع في المخازن وينهار معه في نفس الوقت الطلب بضعف القدرة الشرائية عند المواطنين.

1 . ونفس الأمر الذي توجهت به الحكومة المغربية في ظل هذه الأزمة حيث صرفت معونات للأسر المحتاجة والفقيرة .

في هذه الحالة على الدولة ضخ السيولة وتخفيض الضرائب وتقديم المعونات للأسر الفقيرة ودعم المؤسسات الصغيرة لكي تبدأ عجلة الاقتصاد تتحرك ولو بصورة بطيئة. وهذا هو التوجه الذي أخذت به الحكومات في كل بلدان العالم.

ثالثا: تطبيق مبدأ الأولويات

في وقت الأزمات يؤكد الاقتصاد الإسلامي على التركيز على إنتاج الأولويات وترك الكماليات، والأمر نفسه توجهت به الحكومة المغربية، حيث حولت إنتاج بعض المصانع إلى صناعة الكمادات الوقائية من الفيروس الفتاك والأجهزة التنفسية والاحتياجات الطبية والغذائية وتشجيع البحث العلمي لإيجاد العلاج.....إلخ.

رابعا: تحقيق التكافل الاجتماعي (الاقتصاد الاجتماعي)

خلال الأزمة والتي تحتاج قرارات سريعة وإدارة مختلفة تستوجب تضامن كل شرائح المجتمع تحت سياسة تكافلية في توزيع الاحتياجات الضرورية لهم، وذلك بتحفيز الأغنياء بإخراج أموالهم لمساعدة الفقراء والمحتاجين والمتضررين من هذه الأزمة، وهذا ما فعله سيدنا عمر رضي الله عنه في أزمة الرمداء، حيث أرسل إلى كل الولاة والعمال في سائر أمصار الدول الإسلامية طلبا منهم التضامن تحت شعار: (من كان عنده فضل من زاد، فليعد به على من لا زاد له)، وتطبيقا أيضا لمبدأ: (القادر يحمل غير القادر).

وكل هذا تفعيلا لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا)، وقوله أيضا: (إن الله فرض على أغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقرائهم ولن يُجهد الفقراء إذا جاعوا وعروا إلا بما يصنع أغنيائهم، ألا وإن الله يحاسبهم حسابا شديدا ويُعذبهم عذابا أليما)^{1,2}.

خامسا: تعطيل بعض النصوص (القوانين)

من إدارة الأزمات التي يتوجه بها فقه الأزمات الإسلامي تعطيل (وليس إلغاء) لبعض النصوص التشريعية وذلك من باب الاجتهاد، كما فعل عمر رضي الله عنه لما عطل إقامة الحد والعقوبات الخاصة بالسرقة في زمن المجاعة، لحين زوال الأزمة.

وهذا ما يوافق مقاصد الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى حفظ النفس، لأن من يسرق في تلك الازمة لا يقصد غصب أموال الناس وإنما يقصد دفع الجوع عن نفسه والذي قد يؤدي إلى هلاك إذا لم يسد رمقه.

1. مجمع الزوائد - ج/3- ص/65- رواه علي بن أبي طالب.

2. وهو الأمر الذي تستوجب به القيادة الرشيدة لصاحب الجلالة عندما أمر بإنشاء صندوق خاص بتدبير جائحة كورونا والذي بلغ حوالي 22 مليار درهم.

سادسا: الرجوع إلى الله والإكثار من الدعاء والأخذ بالأسباب

التوجه إلى الله من الإيمان الراسخ والشديد بنصر الله وعونه للمسلمين في أزمته الشديدة، وذلك أن الدعاء يخلق التوازن بين الروح والمادة، وهذا التوازن يعين على الخروج من الأزمات سواء الصحية أو الاقتصادية، لأن المنظومة الروحية والمعنوية قائمة بشكل قوي في المنظومة الاقتصادية الإسلامية.

هذا ما توجه به الغرب أيضا حينما طلبوا من مواطنيهم الرجوع إلى اعتقاداتهم وطلب المعونة من معبوداتهم، بل أكثر من ذلك سمعنا رفع الأذان في الكثير من المساجد الإسلامية خلال هذه الأزمة (كألمانيا- أمريكا - بلجيكا- هولندا- اسبانيا...).

المحور الثاني: آليات الاقتصاد الإسلامي لمواجهة الأزمة بعد أزمة كورونا

لمواجهة الأزمة الاقتصادية التي ستخلفها جائحة هذا الفيروس المستجد، فعلى الدولة المغربية وغيرها من الدول أن تعيد النظر في المنظومة الاقتصادية (الانتاج - التوزيع - الاستهلاك وإعادة الاستهلاك).

وإذا كانت المادية الغربية حولت الإنسان إلى شخص يستهلك أي شيء من أجل تحقيق الاستمتاع، فاعتبرت اللذة غاية، مستبعدة قيم الترشيده باسم الرفاهية، فإننا نؤكد على أن الاقتصاد الإسلامي لا يقف ضد رفاهية الإنسان حيث لا يرضى لمسلم أن يعيش دون حد الكفاية لا الكفاف، لكن الرفاهية في الاقتصاد الإسلامي ضد الإضرار بالإنسان، فهو ينظر للحاجات على اعتبار الدنيا وسيلة مع ترشيده الاشباع بالقيم الإسلامية وذلك من خلال الالتزام بمجموعة من الضوابط نذكر منها:

أولا: تطبيق مبدأ الأولوية في الإنتاج

إن أسباب فقر أمتنا قد لا تعود إلى قلة المشروعات الانتاجية من حيث الكم، وإنما الاشكالية (حتى في حالة وفرة المشروعات) في عدم ترتيب أولويات الانتاج من حيث الضروريات فالحاجيات فالمحسنات، ومن حيث النوع والكم فلا نجد تكدسا في بضاعة وندرة في أخرى.

وكحل لهذه المعضلة إن الاقتصاد الإسلامي يقتضي أمرين:

1 - ترتيب أولويات الإنتاج من حيث أنواع الإنتاج والكم والأمر هنا يقتضي وجود سياسة متوازنة قائمة على فقه الأولويات في الصناعات والزراعة والتجارة....

2 - نشر ثقافة الانتاج والتوعية به على أساس أنه من فروض العين أو الكفاية وبالتالي نبذ ثقافة العزلة والزهد والقناعة السلبية.¹

ثانيا: الاعتدال في الاستهلاك

بخصوص هذه النقطة على الأفراد الاستهلاك في حدود الطاقات المادية دون إسراف أو تبذير أو ترف أو تقتير، قال الله تعالى: « وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين»²، وقوله أيضا: « ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا»³. والآيات في هذا المجال كثيرة، كما أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم لأُمَّته وصية اقتصادية حيث قال: (ما عال من اقتصد)⁴.

وانطلاقا من هذه الأدلة الشرعية، نؤكد ضرورة وجود علاقة تربط بين درجة ايمان الفرد وبين انفاقه الخاص وعلى الغير، وعلى ذلك يمكننا تحديد أوجه انفاق المستهلك المسلم على النحو التالي:

1 - الانفاق الدنيوي: ويشمل الانفاق الخاص للفرد والادخار من أجل الانفاق المستقبلي، وهذا ما يجب أن تتوجه به الدولة والأفراد.

2 - الانفاق على الغير تقربا لله، وهذا هو التوجه الاجتماعي الذي يحرص عليه الاقتصاد الإسلامي لأن المنفعة فيه تشمل الفرد والمجتمع.

3 - الادخار من أجل الاستثمار.

ثالثا: التربية على الادخار

يحث منهج الاقتصاد الإسلامي على التربية الادخارية، لأن الادخار يمثل وسيلة هامة في كثير من الأزمات، فيمكن للفرد ادخار كل ما يملكه من فائض لمقابلة احتياجاته المستقبلية خصوصا في حالة الضيق والشدة.

والتقشف لا يعني أن يترك الفرد كل شيء ويزهد فيه، ولكن معناه ألا يكون عبدا للنعمة التي طبعت بعدم الدوام.

1. علي محيي الدين القرة داغي - المدخل للاقتصاد الإسلامي - دار البشائر الإسلامية- ج/1 - س/2010- ص/362

2. سورة الأعراف/ 31.

3. سورة الإسراء/ 29.

4. الطبراني - المعجم الكبير - ج/1 - ص/108.

رابعاً: رقابة الدولة

أقر المنهج للاقتصاد الإسلامي رقابة الدولة على الأسواق من خلال نظام الحسبة، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يقوم بتلك الوظيفة بنفسه، وقلدها غيره وسار على نهجه الخلفاء الراشدون، وما زالت تلك الوظيفة واقعا موجودا حتى يومنا هذا.

والرشادة الاقتصادية تتطلب تفعيل دور الدولة في الرقابة على الأسواق في واقعنا المعاصر لحماية الأفراد من السلع والخدمات غير النافعة.

كما على الدولة أن تكون دولة رعاية وليس دولة إدارة، وذلك بتتبع رعاياها واحتياجاتهم، وتخلق العدل والمساواة بين جميع الشرائح الاجتماعية.

خامساً: تفعيل الموارد الدورية لدعم النظام المالي

تعد الموارد الدورية للدولة الإسلامية دعامة لنظامها المالي والمورد الرئيسي لبيت مال المسلمون، وهذه الموارد هي:

- صناديق الزكاة¹،
- صناديق الوقف،
- الخراج²،
- الجزية³،
- العشور⁴،
- عوائد المشروعات العامة⁵.
- الرسوم⁶.

وهذه الموارد إذا تمت إعادة تفعيلها في الساحة الاقتصادية للدول العربية الإسلامية، ستلعب دورا رائدا في تحريك عجلة الاقتصاد واستقراره. بل أكثر من ذلك فهذه الموارد وخصوصا الزكاة والوقف لا تعتبر مجرد فروض تنتهي عند اقتضاؤها، وإنما هي موارد

1. الزكاة: هي حصة من المال فرضها الله للمستحقين لها والذين حددهم في القرآن.

2. الخراج: هو ما فرض على الأرض التي فتحها المسلمون عنوة أو صلحا.

3. الجزية: هي ضريبة تفرض على غير المسلمين من أهل الذمة.

4. العشور: هو قيمة مالية تفرض على البضائع الواردة للدول الإسلامية.

5. عوائد المشروعات العامة: هي تلك العوائد التي تنتج عن بعض المشاريع التي تقوم بها الدولة كاستخراج الكهرباء...

6. الرسوم: هو مبلغ يدفع مقابل خدمة.

يعود نفعها على جميع أفراد المجتمع، لكونها تتطبع بالتكافل الشامل، الذي ينعكس أثره في القضاء على كثير من أمراض المجتمع، كالفقر والأنانية والجشع، وغيرها من المشكلات التي تؤرق المجتمع العربي المسلم.

وخير دليل ما حققه صندوق الزكاة في العديد من الدول التي تعمل به، فمثلا تجربة المملكة العربية السعودية التي أثبتت على لسان وزارة العمل السعودية أن: « أكثر من 6 آلاف سعودي استفادوا من خدمات الضمان الاجتماعي الذي يموله صندوق الزكاة، تمكنوا خلال سنة 2018 من الالتحاق بسوق العمل وأصبحوا مستثمرين وأصحاب مشاريع إنتاجية.

والأمر نفسه عرفته التجربة الجزائرية، حيث صرح وزير الشؤون الدينية والأوقاف بأن: «الحصيلة الرسمية لصندوق الزكاة سنة 2018 بلغ نحو 456، 1 مليار دينار جزائري» وهي أكبر حصيلة لهذا الصندوق من تأسيسه سنة 2002¹. والتجارب متعددة في الكثير من الدول، وهي التي نطمح أن تعرف الولادة في بلدنا أيضا.

خاتمة

وأمام هذه التداعيات الخطيرة التي خلفتها - والتي ستخلفها - هذه الجائحة، تتوقع جهات دولية- على رأسها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي- أن الأدوات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية يمكن أن تكون جزءا من خطة التعافي الاقتصادية من الوباء، وأن النظام الاقتصادي الإسلامية بإمكانه تجاوز تلك الأزمة مثلما حدث في الأزمة المالية العالمية في سنة 2008، حيث تجاوزها بحلول فريدة.

وهذا ما أكده هذا البرنامج حيث صرح بأنه: «نحن مقتنعون بأن التمويل الإسلامي يمكن أن يكون جزءا من خطة التعافي الاقتصادي من التبعات المدمرة ل«كوفيد 19» من خلال مجموعة من أدوات التمويل المناسبة لكل مرحلة»².

1. محمد ورداني- أموال الزكاة الحلقة المفقودة في مشاريع التنمية- مجلة المملكة العربية السعودية - جدة - العدد 17- س/ 2021 - ص/48.

2. مقال لمحمد البلنجاوي-الأزمة سببت تراجع الأرصد وأثرت سلبا على عقود التمويل- مجلة المملكة العربية السعودية - جدة - العدد 17- س/ 2021 - ص/51



L'environnement entrepreneurial sous la pandémie Covid 19 : Effets pervers et solutions envisageables

Pr. Kawtar NFISSI

Professeur d'Enseignement Supérieur à la FSJES Fès

Introduction

Le monde est confronté actuellement à une épreuve sans précédent : la covid-19 ou le coronavirus, une pandémie dont la dénomination rend compte des niveaux alarmants de propagation et de gravité du virus à travers les cinq continents.

Une tragédie humaine et un impact dans un premier temps psychologique, qui se meut en un potentiel désastre pour le tissu économique et le monde des affaires.

L'impact de la pandémie a été si profond qu'il a plongé le pays dans une crise dont les effets ne sont pas totalement visibles.

Outre les conséquences sanitaires, la pandémie covid-19 affole l'économie mondiale : le ralentissement des exportations, les craintes sur les marchés boursiers et les appels à l'aide sectorielle sont devenus de nouveaux baromètres de l'épidémie.

Economiquement, le monde tourne au ralenti depuis des mois, il est confronté à une incertitude extraordinaire sur la profondeur et la durée de cette crise, dont la propagation a révélé en plein jour l'extrême fragilité du monde et des économies. Les sociétés sont dans la tourmente et les économies en chute libre, à cause d'une crise considérée comme inédite à la fois de par sa nature et dans son ampleur¹.

Dans ce climat d'inquiétude, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a annoncé un ralentissement considérable de la croissance mondiale qui devrait passer de 2,9 à 2,4% en 2020).

Par conséquent, la dépendance du Maroc envers des économies aujourd'hui directement impactées, devrait porter un coup sévère à la croissance nationale, dont les prévisions prévoient une chute drastique du PIB réel qui reculerait de 1,5% en 2020, soit la première récession frappant le Maroc depuis plus de deux décennies.

1. Le JDD, *Le gouverneur de la Banque de France, François VILLEROY DE GALHAU: «Il faudra rembourser cet argent»* », lejdd.fr, 19/04/2020, consulté le 22/04/2020.

La majorité des secteurs de l'économie nationale est considérablement affectée. Aucun secteur, ou presque, n'est à l'abri. Hormis l'alimentaire, la santé et les produits d'hygiène, tout le monde souffre en ce moment.

Le Maroc, comme beaucoup de ses voisins d'ailleurs, craint plus à ce stade les conséquences économiques de la crise que son impact sanitaire.

En fait, les répercussions économiques de la propagation du virus sont brutales, sous l'effet d'un double choc d'offre avec la plupart des unités de production à l'arrêt, et en parallèle une chute radicale de la demande due au confinement¹.

On est en présence d'une véritable crise de tout le système, avec rupture de toutes les chaînes de valeur en place².

Face à une crise loin d'être endiguée car faisant plier les grandes économies de la planète, l'incertitude reste de mise, plusieurs interrogations se posent quant à l'impact du ralentissement de l'activité économique, liée au coronavirus, sur le monde des affaires et particulièrement sur l'environnement entrepreneurial marocain? Cet impact serait-il prolongé ou durable?

À l'heure où de nombreux gouvernements d'Europe annoncent des mesures de sauvetage dans des secteurs économiques clés, est-ce que le Maroc leur emboîtera le pas ?

Etant donné le contexte exceptionnel de la pandémie actuelle, reste à savoir si les mesures restrictives prises par l'Etat marocain seraient-elles pragmatiques et rigoureuses, de manière à juguler le fléau et le combattre efficacement ?

C'est à ces questions qu'on tenterait de répondre approximativement, en révélant dans un premier temps, l'impact de la pandémie covid-19 et ses répercussions sur le milieu des entreprises au Maroc (I), puis en explicitant les mesures prises par l'Etat marocain ainsi que les solutions envisageables pour pouvoir surmonter la crise actuelle (II).

I- Les effets pervers de la pandémie Covid 19 sur les entreprises marocaines

Certes, l'environnement des entreprises marocaines est durement touché depuis le déclenchement de l'épidémie. Le manque à gagner se chiffre chaque jour en des centaines de millions de DH³.

En effet, beaucoup d'entreprises de production et de services se retrouvent à

1. Xavier REILLE, Crise du Covid-19 : «La réponse du Maroc est impressionnante» - Par Finances News, directeur de la Société financière internationale (IFC) pour la région Maghreb, Propos recueillis par Momar DIAO, Finances news hebdo, consulté le 23/05/2020

2. Brian Brequeville et Anais Lefebure : « Coronavirus, sécheresse : incapables de gérer la crise économique ? » www.telquel.ma/, consulté le 13/05/2020.

3. Coronavirus : Une enquête auprès des TPME et auto-entrepreneurs pour évaluer l'impact, www.challenge.ma/, consulté le 20/05/2020.

l'arrêt total ou partiel, faisant craindre des phénomènes de pénurie sur les biens essentiels.

Elles risquent ainsi de faire face à «des défis graves et redoutables», surtout que le coronavirus est couplé à l'annonce d'une sécheresse et des récoltes agricoles bien en deçà des prévisions, chose qui ne pourrait être qu'une circonstance aggravante.

Pire encore, les entreprises souffriront grandement si la récession s'aggrave davantage à l'échelle mondiale et en Europe, et si la demande intérieure continue de baisser, en raison de la fermeture prolongée des activités, pour contenir la propagation de la pandémie et son impact sur les revenus des salariés.

En fait, Les répercussions économiques de la propagation du virus sont brutales, sous l'effet d'un double choc d'offre avec la plupart des unités de production à l'arrêt, et une chute drastique de la demande due au confinement¹ (notamment sur les services, baisse de la consommation du fait du confinement des individus, de la diminution des transports et des voyages...).

A vrai dire, les conséquences économiques et financières s'avèrent autant chez les petites entreprises que les grands groupes², bien que les PME estiment être en première ligne.

Même si les effets de la crise sont difficiles à évaluer, car nul ne sait à quelle date prendra-t-elle fin, la question : « Quels sont les impacts de la pandémie Covid-19 sur votre entreprise? » était la principale, à laquelle la confédération générale des entreprises marocaines a tenté de répondre à travers une récente enquête, menée du 17 avril jusqu'au 1er mai 2020 auprès des entreprises marocaines, dans l'objectif d'évaluer l'impact réel de la pandémie tout au long de sa durée. Une enquête dont les résultats préliminaires ont fait ressortir une baisse significative de l'activité économique dès le premier mois de la crise.

L'enquête lancée a montré que la majorité écrasante des entreprises questionnées (71,4%) a demandé au moins un report d'échéances bancaires et fiscales. Parmi celles qui ont demandé des reports, 62,7% ont demandé plus d'un report et 22,8% des répondants ont demandé les 3 reports en même temps.

Près de 61,6% des entreprises et s'attendent à une augmentation des délais de paiement d'au moins 60 jours après la reprise³.

1. Xavier REILLE, directeur de la Société financière internationale (IFC) pour la région Maghreb : crise du Covid-19 : «La réponse du Maroc est impressionnante», consulté le 30/05/2020 - Par Finances News, Propos recueillis par Momar DIAO, Finances news hebdo.

2. Anne MOREAUX : « Covid-19 : quel impact sur l'économie et quelles solutions ? », www.affiches-parisiennes.com/, consulté le 19/05/2020.

3. Rachid AL ARBI, ENQUÊTE CGEM: « Plusieurs dizaines de milliers d'emplois menacés », www.le360.ma/, consulté le 27/04/2020.

leurs effectifs. Plus de la moitié des employés touchés (57%) travaillaient dans des TPE-PME.

Evoquons ici deux secteurs importants : Dans le secteur des services, 245 000 postes de travail sont concernés, soit 17,5 % de l'emploi total, tandis que les industriels ont, quant à eux, réduit leur main-d'œuvre de 22 %, supprimant presque 200 000 postes.

Dans ce climat inquiétant, les chefs d'entreprises espéraient obtenir la mise en place d'une « indemnité perte d'emploi » pour les bas salaires, à activer pour cause de licenciement économique.

Par ailleurs, pour ce qui concerne la sortie de crise, les résultats des enquêtes menées révèlent que malgré que les entreprises sondées misent sur une reprise progressive à partir de juin 2020, leur chiffre d'affaires prévisionnel, à divers degrés, demeurera impacté pour le reste de l'année¹. Les plus impactés dans la durée semblent être, selon ce mode déclaratif, le tourisme, l'immobilier puis le textile².

II - Les solutions envisageables pour lutter contre le fléau du coronavirus

En guise de riposte à cette crise inopinée et ravageuse qui a chamboulé le monde, tous les gouvernements sont, depuis le début de la pandémie, à la recherche de solutions pour soulager les entreprises de ses conséquences économiques déplorables.

C'est également le cas du Maroc qui, conformément à une approche proactive, a mené et mène toujours des efforts, salués d'ailleurs dans les quatre coins du monde, afin de trouver le bon équilibre pour que l'économie marocaine puisse s'en remettre.

Face aux cris d'alarme lancés par les entrepreneurs, l'Etat marocain a pris les devants et mis en place une panoplie de mesures anticipatives en faveur des entreprises, afin de sauver son économie nationale, dont des pans entiers ont dû brusquement baisser le rythme ou céder complètement à l'arrêt.

L'objectif majeur d'ailleurs est d'amortir l'effet de cette pandémie et minimiser son impact.

Dans ce sens, le ministère de l'Economie, des Finances et de la réforme de l'administration a annoncé, le 11 mars dernier, la mise en place d'un comité de veille économique chargé, d'une part, de suivre de près l'évolution de la situation économique à travers des mécanismes rigoureux de suivi et d'évaluation, et d'autre part, d'identifier les mesures appropriées en termes d'accompagnement des secteurs

1. Maroc : le CGEM confirme l'impact négatif du covid-19 sur les entreprises- Economie, www.bla-di.net/, consulté le 28/05/2020. Activité et emplois : les premiers chiffres de l'héтомbe, (enquête CGEM), www.medias24.com/, consulté le 30/05/2020.

2. Activité et emplois : les premiers chiffres de l'héтомbe, (enquête CGEM), www.medias24.com/, consulté le 30/05/2020.

impactés¹, afin de limiter les dégâts et faciliter la reprise. Puisque le secteur de l'emploi est celui qui a subi le plus de répercussions négatives, les employeurs doivent faire face à des situations exceptionnelles, qui supposent une gestion raisonnable des relations de travail².

Pour venir justement en aide aux entreprises et aux salariés en difficulté, un fonds spécial a été dédié à la gestion de la pandémie, et alimenté des s'est élevé à 34 milliards de dirhams grâce aux dotations du budget de l'Etat, des organismes publics et privés, et des particuliers³.

Ainsi, est prévue une indemnité nette mensuelle de 2.000 dirhams pour les salariés, en plus des allocations familiales servies selon les dispositions réglementaires en vigueur, au profit des salariés déclarés à la CNSS au titre de février 2020, relevant des entreprises affiliées à la CNSS, en situation d'arrêt total ou partiel, et ce pendant la période allant du 15 mars au 30 juin 2020. Ceux ci pourront aussi bénéficier d'un report de trois mois des échéances liées aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers.

Il s'agit en fait d'un soulagement pour les salariés victimes des maux sévissant dans le milieu entrepreneurial.

Cette mesure est associée à une prise en charge des charges patronales par l'État pour les entreprises qui s'engagent à ne pas réduire de plus de 20 % leurs effectifs.

Une minorité d'entreprises (39,2%) a déclaré avoir bénéficié de l'indemnité forfaitaire financée par le fonds spécial, 48,8% ne l'ont pas fait mais restent attentives à l'évolution des événements, tandis que 12% n'ont pas l'intention d'en bénéficier⁴.

Les mesures prévues, qui couvrent la période allant du 15 mars au 30 juin 2020, pourront être renouvelées en fonction de la situation épidémiologique du pays, selon la convention établie entre le gouvernement, la CNSS et la CGEM⁵.

De même, un moratoire est accordé aux PME et aux TPE pour les crédits et les leasings de trois mois. Celles dont l'activité se poursuit et qui souffrent de difficultés de trésorerie pourront bénéficier d'une ligne de crédit supplémentaire grâce à un

-
1. Brian BREQUEVILLE et Anais LEFEBVRE : « Coronavirus, sécheresse : incapables de gérer la crise économique ? », www.telquel.ma/, consulté le 22/05/2020.
 2. Mehdi KETTANI : associé de la Piper Casablanca : « La gestion des relations du travail dans le contexte du coronavirus », [www. https://business.lesechos.fr/](http://www.https://business.lesechos.fr/), consulté le 21/05/2020.
 3. Fahd IRAQUI : « Coronavirus, le Maroc met en place un fonds spécial de 10 milliards de dirhams », www.jeuneafrique.com/, consulté le 30/04/2020.
 4. Rachid AL ARBI, ENQUÊTE CGEM: « Plusieurs dizaines de milliers d'emplois menacés », www.le360.ma/, consulté le 27/04/2020.
 5. Anais LEFEBURE : « Gouvernement, CNSS, CGEM : leurs mesures pour sauver l'emploi », www.telquel.ma/, Lutte contre covid-19 : Programme de soutien financier aux investissements des temps, consulté le 19/05/2020.

nouveau mécanisme de garantie appelé “Damane Oxygène” auprès de la Caisse centrale de garantie¹.

De surcroît, à travers l'Agence Nationale pour la Promotion des Petites et Moyennes Entreprises (Maroc PME), ces dernières peuvent désormais souscrire à un appel à projets « Imtiaz-Technologies » visant à contribuer à hauteur de 30% du montant global de l'investissement, plafonné à 10 MDH pour les PME et à 1,5 MDH pour les TPE².

Les projets visés par cet appel à projets concernent notamment la fabrication de produits d'hygiène comme les gels aseptisants, d'équipements de protection individuelle (masques, bavettes médicales, casques stériles...), de solutions de décontamination pour surface et de matériel médical (stérilisation, 1er secours,...).

En outre, la décision de Bank Al-Maghrib d'abaisser le taux directeur de 2,25 à 2%, et le report des échéances de remboursement des crédits bancaires par les entreprises dont le chiffre d'affaires est en deçà de 20000 DH³ sont des initiatives louables.

Sur le plan fiscal, si pour les entreprises qui réalisent un chiffre d'affaires de plus de 20 millions de dirhams, rien ne change (avec un décaissement maintenu ce 31 mars), la suspension des déclarations d'impôts sur les sociétés exigibles au 31 mars 2020, ainsi que la suspension du contrôle fiscal sur les PME jusqu'au 31 juin 2020 sont des démarches félicitées, car visant l'atténuation des effets de la crise induite par la pandémie et ses impacts sur les entreprises.

De manière générale, toutes les initiatives prises ainsi que celles proposées par les pouvoirs publics paraissent nécessaires et louables, car ambitionnent de faire face à la situation inédite.

Elles seront “d'un grand intérêt pour stopper l'hémorragie et permettre une relance de l'économie dans les mois qui viennent”.

Particulièrement, les mesures de sauvegarde des entreprises sont les plus importantes pour le moment. Il est important d'éviter que des pressions sur les liquidités ne se transforment en problème de solvabilité, ce qui laisserait «une

1. Ce nouveau produit de garantie, qui bénéficiera aux entreprises dont la trésorerie s'est dégradée à cause de leur baisse d'activité, couvre 95 % du montant du crédit et permet ainsi aux banques de mettre en place rapidement des découverts exceptionnels pour financer le besoin en fonds de roulement.

2. Lutte contre covid-19 : Programme de soutien financier aux investissements des temps <http://www.mcinet.gov.ma/>, consulté le 10/05/2020.

3. La pandémie du Covid- 19 vue par deux économistes, Abdelaâli BENCHEKROUN : « La crise sanitaire a mis à nu les déboires des politiques néolibérales », Noureddine SAOUDI : « L'Etat et la société ont fait montre d'une forte capacité à relever les défis et d'un élan de solidarité inédit », propos recueillis par Mourad TABET www.libe.ma/, consulté le 29/04/2020.

Elle implique un traitement au cas par cas, c'est à dire que l'appréciation juridique de chaque cas doit être faite selon la situation de l'entreprise, en prenant en considération la différence dans l'appréciation des relations de travail entre, les entreprises dont l'activité a été suspendue temporairement par décision administrative, puis les entreprises ayant opté pour le télétravail, et enfin celles qui continuent à exercer leurs activités dans des conditions exceptionnelles¹.

Dans ce sens, le code de travail marocain et les textes règlementaires pris pour son application sont les sources principales, dans lesquelles il faudrait puiser afin de faire face aux différentes problématiques juridiques posées par la pandémie dans le cadre des relations de travail.

Dans le même ordre d'idées, la loi de finances rectificative pour l'année 2020, qui est actuellement en deuxième lecture au parlement, est une initiative qui s'impose pour tenir compte des nouveaux paramètres et changements de la conjoncture économique, induits par l'impact de la pandémie. Sur la base de ce nouveau texte, un plan de travail pluriannuel sera défini pour relancer l'activité économique de notre pays².

Des mesures fortes doivent être prises, comme par exemple la restriction temporaire des importations de produits non indispensables à l'économie.

D'autre part, et selon monsieur Jawad ELKERDOUDI, président de l'institut marocain des relations internationales, « la Commission spéciale sur le modèle de développement doit également tenir compte des nouveaux paramètres issus de la pandémie, en donnant la priorité à la santé, l'éducation, l'intégration du secteur informel, et la réduction des inégalités sociales et territoriales »³.

Quant aux fonds réservés à la gestion de la crise, ils doivent être orientés d'une manière efficace aux entreprises qui risquent la faillite à cause de la crise sanitaire, notamment les TPE et PME. Ces fonds peuvent être utilisés pour garantir les paiements entre les entreprises et accélérer le paiement public-privé. Ils doivent leur donner la possibilité de garder leurs salariés et sauver l'emploi⁴.

Il est recommandable de soutenir les banques et le secteur de la micro-finance afin d'aider les TPME qui sont particulièrement touchées à traverser cette crise.

1. Op.cit.

2. Mohamed CHAOUI : « Loi de finances rectificative : le mode d'emploi », www.leconomiste.com/, éd. n°5767, consulté le 24/05/2020. La pandémie du coronavirus : Quel impact sur le Maroc et le monde ?

3. Jawad KERDOUDI, Président de l'IMRI (Institut Marocain des Relations Internationales) : « La pandémie du coronavirus : Quel impact sur le Maroc et le monde ? », <https://www.ecoactu.ma/>, consulté le 15/05/2020.

4. Impact du Covid-19 sur l'économie nationale: 4 questions à l'économiste Radouane RAOUF, consulté le 30/04/2020.

L'impact même douloureux dans le très court terme, pourrait éviter une récession dans le moyen terme et mettre les jalons pour une reprise vigoureuse à partir du troisième trimestre¹.

En l'absence de visibilité, en fait, pour 2020, la plupart des entreprises exportatrices qui ont été sondées entrevoit une reprise en 2021², en s'attendant à une augmentation des délais de paiement d'au moins 60 jours après la reprise.

Selon monsieur Radouane RAOUF, professeur d'Économie à l'Université Mohammed V à Rabat : « il y aura un "avant" et un "après" Covid-19, mais la leçon que l'on puisse tirer de cette crise est la nécessité de "redessiner nos priorités en termes de dépenses publiques et de production, de rendre notre économie moins dépendante de la demande étrangère et plus résistante face aux pandémies, aux changements climatiques et aux nombreux autres défis mondiaux ».

Pour cela, il faut élaborer des politiques budgétaires et monétaires qui permettent d'accorder directement des ressources aux travailleurs et aux ménages, et renforcer l'aide aux entreprises pour éviter les faillites et les pertes d'emplois massives³.

Au niveau du modèle de développement, les analystes économiques préconisent le maintien d'un libéralisme économique contrôlé, sans marginaliser bien entendu l'intervention de l'Etat qui doit jouer un rôle d'incitateur et de régulateur, avec le développement du secteur privé débarrassé de la corruption et de la rente. Ils préconisent également une plus grande flexibilité par rapport aux indicateurs économiques, dans la mesure où ils stimulent la croissance et l'emploi.

En fait, s'il n'est pas question ici, d'opter pour le protectionnisme, adoptons à la limite un positionnement stratégique de précaution⁴, comme par exemple les subventions de salaires, les reports d'impôts, l'extension de l'assurance-chômage, l'aide aux entreprises les plus fragiles...etc.

De toute manière, les débats sur l'après pandémie ne font que commencer. Ils aboutiront peut être à des changements systémiques et à un nouvel ordre mondial.⁵.

Nous espérons tous un rapide retour à la normale, une fois cette crise passée.

-
1. António GUTERRES : « Après la crise de la COVID-19, le relèvement doit ouvrir la voie à une économie différente », op. cit.
 2. « Impacts du covid-19 sur les entreprises : les points-clés de l'enquête de la CGEM Par Maroc diplomatique avec MAP », www.maroc-diplomatique.net/, consulté le 13/05/2020.
 3. António GUTERRES : « Après la crise de la COVID-19, le relèvement doit ouvrir la voie à une économie différente », Publication du rapport sur les retombées socioéconomiques de la covid-19, www.un.org/, consulté le 31/03/2020.
 4. ECO-BUSINESS « Coronavirus: l'économie marocaine à l'épreuve », <https://leseco.ma/>, consulté le 12/05/2020.
 5. « Les pires conséquences économiques depuis la Grande dépression ». C'est le sombre pronostic posé par la directrice générale du FMI sur l'impact de la pandémie du coronavirus sur l'économie mondiale, Agence France-Presse, www.tvanouvelles.ca/, consulté le 27/05/2020.



معالجة الآثار القانونية لوباء كورونا المستجد (كوفيد 19) على العقود الدولية

بقلم: الدكتورة نرجس البكوري

أستاذة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

تقديم

بداية لابد من تقديم بالغ الشكر والتنويه إلى كل من رئاسة جامعة سيدي محمد بن عبد الله وعمادة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ورئاسة شعبة القانون الخاص بالكلية، وكذا رئاسة مختبر القانون والفلسفة والمجتمع بنفس الكلية، وإلى الزملاء الأساتذة الأجلاء المحترمين المشاركين في هذه الندوة العلمية، ثم إلى الطلبة المتبعين لهذا النشاط العلمي الافتراضي، كما لا يفوتني تقديم الشكر إلى رئاسة المختبر على تنظيمها لهذا اللقاء العلمي من جهة، وعلى حسن اختيارها لموضوع الندوة من جهة ثانية، الذي يعالج بعض القضايا الأساسية التي تسببت فيها ظرفية الطوارئ الصحية، مما جعله ذا أهمية بالغة وذا راهنية عبر هذا الفضاء العلمي الافتراضي، في ظل ظرفية وطنية صعبة تعيشها بلادنا بسبب انتشار الوباء العالمي فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19).

أولاً: آثار جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19)

إن انتشار جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19) كان له تأثير شديد على مختلف المعاملات القانونية، سواء على المستوى الوطني أو على مستوى العلاقات الدولية العامة منها والخاصة، لكونها ظاهرة غير مسبوقة، مما أبان عن فراغ تشريعي مهول لدى كافة الدول المتقدمة والنامية، وبدأت الحكومات معه تستعجل عملية التشريع بتنسيق مع الأجهزة التشريعية لسد الثغرات التي برزت واضحة في مختلف المجالات سواء على مستوى المعاملات التي تتم في إطار القانون الخاص، أو على مستوى العلاقات القانونية التي تتم في إطار القانون العام، وهذا ما استفز العديد من الباحثين القانونيين والحقوقيين للبحث - كل

في حدود اختصاصاته - في القضايا القانونية التي انبثقت عن هذه الجائحة العالمية، وهذا ما دفعني بدوري إلى الإسهام في هذه الندوة العلمية بدراسة متواضعة تعالج إحدى القضايا الشائكة، التي حدثت على مستوى القانون الدولي الخاص، وتتعلق بموضوع «معالجة الآثار القانونية لجائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19) على العقود الدولية».

منذ أن أصبح وباء فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19) يشكل تهديدا خطيرا في مختلف أنحاء العالم وظهور الحالات الأولى من الوباء العالمي في المغرب بتاريخ 2 مارس 2020، وانطلاقا من اعتراف منظمة الصحة العالمية بأن هذا الفيروس يشكل وباء عالميا، سارعت السلطات المغربية إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات الاحترازية اللازمة للحيلولة دون انتشار هذا الوباء، وذلك بالإعلان عن حالة الطوارئ الصحية وإغلاق الحدود البرية والبحرية والجوية، وغيرها من الإجراءات التي أثارت وتثير العديد من الإشكالات ذات الأبعاد القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وخاصة على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية، لما لها من انعكاسات مثيرة وغير إيجابية على المعاملات التجارية والصناعية والخدماتية والالتزامات المالية وكذا القضايا الجبائية وغيرها.

وارتباطا بهذا السياق الظرفي المتقلب ذي الانعكاسات السلبية على مختلف العلاقات القانونية الوطنية والدولية، سأعالج موضوع «الآثار القانونية لجائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19) على العقود الدولية»، كإشكالية قانونية دولية في غاية الخطورة، متسائلة عن هذه الآثار القانونية المترتبة عن تفشي فيروس كورونا المستجد - كوفيد 19 - على أساس كونها قوة قاهرة، ومدى امتدادها إلى العلاقات التعاقدية الدولية فيما بين الشركات في حد ذاتها، وكذا المستثمرين من رجال الأعمال، بشأن بعض الالتزامات المترتبة على مستوى معاملاتهم التجارية داخليا ودوليا، وذلك بعد أن سارعت العديد من الشركات الدولية أو ذات الطابع العالمي، وعلى رأسها الشركات الأمريكية والصينية المتخصصة في مجالات مختلفة كقطاع المواد البترولية والغازية والنقل الجوي وصناعة السيارات، بوجود حالة القوة القاهرة، وذلك من أجل التحلل من التزاماتها التعاقدية تجاه زبائنها، والتهرب من أداء غرامات التأخير في التنفيذ أو عن استحالته.

ونظرا لدقة موضوع آثار جائحة كورونا المستجد على ظاهرة العقود الدولية، سأعالج الموضوع من خلال أربعة محاور، أتناول بعد موضوع آثار الجائحة (أولا) إشكالية تكييف

1. وذلك بموجب المرسوم بقانون 220.292 صادر في 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر، بتاريخ 24 مارس 2020.

الجائحة كقوة قاهرة وآثارها القانونية على العقود الدولية (ثانياً)، حتى أتمكن من الانتقال إلى معالجة مسألة تأثير جائحة فيروس كورونا المستجد على الاقتصاد الدولي (ثالثاً)، وبعد ذلك يمكن التطرق لإشكالية الأسس القانونية في إضفاء حكم القوة القاهرة على جائحة فيروس كورونا (رابعاً)، وفي الأخير يمكن الإجابة عن السؤال المتعلق بمخرجات التكييف القانوني المؤكد على اعتبار آثار الجائحة على العقود الدولية ضمن مبدأ القوة القاهرة (خامساً).

ثانياً؛ إشكالية تكييف الجائحة كقوة قاهرة وآثارها القانونية على العقود الدولية

إن إمعان النظر في موضوع قانوني من قبيل الآثار القانونية لوباء كورونا المستجد وفي هذا السياق الدولي الاستثنائي، يؤدي بالباحث الأكاديمي إلى طرح مجموعة من التساؤلات ذات البعد القانوني، وتتطلب بشكل عاجل إيجاد أجوبة مناسبة لهذه الظرفية الدقيقة، أجوبة تراعي المبادئ العامة للقانون من جهة، وتأخذ بعين الاعتبار وضعية المتعاقدين، الذين لم يتسبب أي منهم في توقف تلك الالتزامات الدولية، مما يفضي إلى عدم إلحاق الضرر بأي منهم، وذلك في إطار مراعاة التشريعات الوطنية والدولية التي تؤطر هذا النوع من العلاقات القانونية الدولية.

وإن الأسئلة الأولية التي تثيرها هذه الجائحة الدولية في بداية الأمر، تتجلى فيما يلي:

1. إشكاليات الموضوع

أ. هل يمكن اعتبار جائحة كورونا فيروس كوفيد 19 قوة قاهرة، تبرر انتفاء مسؤولية المقاولات والشركات عموماً، وبالتالي تبرر عدم تنفيذ التزاماتها تجاه الغير؟، حيث يثار تساؤل أساسي يتجلى في هل تتوفر في الجائحة أعلاه خصائص وشروط القوة القاهرة؟، أم يمكن تكييفها على أنها لا تعدو أن تكون ظرفاً طارئاً فقط، وهو ما يكون سبباً في تراخي تنفيذ العقد وليس سبباً لتبرير فسخه؟، أو بتعبير آخر هو تساؤل بشأن مآل العقود الدولية المبرمة موقوفة التنفيذ تحت تأثير فيروس كوفيد المستجد.

ب. ثمة تساؤل آخر يطرح ذاته بجدّة ويتعلق أيضاً بكيفية تعامل الشركات الدولية من الناحية القانونية مع تأثير جائحة كورونا المستجد (كوفيد 19)؟

ج. وفي الأخير بعد الإجابة عن التساؤلات أعلاه يبقى من الضروري الكشف عن التحديات، التي ستواجه وسائل تسوية المنازعات لمعالجة الآثار القانونية، لجائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19)، على أطراف العقود الدولية من أجل تحقيق التوازن المطلوب

من جهة، ومن أجل حماية المراكز القانونية وضمان استقرار المعاملات بين الأطراف المتعاقدة من جهة ثانية.

2. محددات قانونية للقوة القاهرة والظروف الطارئة المشابهة

قبل الإجابة عن التساؤلات المطروحة في إشكاليات موضوع المداخلة، من المستحسن توضيح مفاهيم قانونية أساسية ذات الصلة بموضوع آثار الجائحة العالمية على العقود الدولية، نركز من بينها على ما يلي:

أ. تحديد مفهوم القوة القاهرة وطبيعتها القانونية

إن المشرع خلافا لبعض التشريعات¹، عمل على تحديد مفهوم القوة القاهرة في الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود²، مشيراً إلى أن: « القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفضل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقيم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئته عن نفسه.

وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين».

وإن من بين ما يؤكد على تحلل الطرف المدين مما عليه من التزامات كلما اجتاحتها القوة القاهرة ما نص عليه الفصل 268 من قانون الالتزامات والعقود، بتأكيد على أن: « لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مَطْل الدائن»، مما يجعل المشرع يشترط 3 عناصر أساسية لهذه القوة القاهرة، حتى يمكن القول بتحققها في العلاقة التعاقدية التي تجمع بين العديد من الأطراف، وتتجلى هذه العناصر في كل من:

1. نص الفصل 1147 من القانون الفرنسي: «يكون المدين مسؤولاً عن التعويض وذلك في الأحوال ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ولم يكن ثمة سوء نية من طرف المدين».

وتخصيصاً للمقتضيات أعلاه نص الفصل 1148 من ذلك القانون على أنه: «لا محل للتعويض إذا منع المدين بفعل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي من إعطاء أو عمل ما النزم بالقيام به...». والملاحظ أن المشرع الفرنسي ومن خلال المقتضيات أعلاه قد تحدث عن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وبين أثارها، إلا أنه لم يحدد مفهومها القانوني بكل دقة ولم يبين شروطها، وهي أمور تكفل بها الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى جانب الفقه الفرنسي على أحسن وجه.

2. الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

- عنصر أول: عدم التوقع: ومعناه عدم التوقع كشرط موضوعي ينطبق على جميع الناس في الوضع العادي للظروف التي هي عليه الطرف المدين في العقد، مع مراعاة الظروف العامة والخارجية التي تهم شخصية الطرف المدين في العقد، وليس ظروفه الداخلية أو الخاصة به، ويعتبر عنصر عدم التوقع أحد الأمور الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها مع وجوب تعليل ذلك.

- عنصر ثان: استحالة دفع تلك القوة القاهرة: ويفيد ذلك عجز الطرف المدين عن إيقاف حدوث الطارئ المفاجئ، مما يتسبب في جعل تنفيذ التزاماته مسألة مستحيلة، مع التأكيد على وجوب كون تلك الاستحالة مطلقة، أي هي استحالة بالنسبة للجميع وليس بالنسبة للطرف المدين فقط، ومن بين العناصر الأساسية التي جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا إضافة إلى بروز جائحة فيروس كورونا المستجد قرار السلطات المغربية - إسوة بغيرها من الدول - بإغلاق الحدود وفرض حجر صحي يقضي بحظر التنقل، وهو ما ساهم في مضاعفة استحالة تنفيذ الالتزامات على أساس فعل السلطة، وقرار صعب تجاوزه.

وتجدر الإشارة إلى أن ثمة فرقا كبيرا بين استحالة تنفيذ عقد من العقود التي هي أحد عناصر القوة القاهرة، ومسألة صعوبة تنفيذه، حيث أن المشرع المغربي أوضح في الفصل 335 من قانون الالتزامات والعقود، في الباب الثاني المتعلق باستحالة التنفيذ أن: « ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلا، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مَطْل»، مما يستفاد منه ضرورة توفر 3 عناصر في الاستحالة حتى ترتب آثارها القانونية في إطار القوة القاهرة، وتتجلى في: ضرورة نشوء التزام تعاقدي، وكون محل الالتزام أمرا مستحيلا استحالة طبيعية أو قانونية؛ ثم كون المدين سببا في استحالة التنفيذ، من جراء فعل صادر عنه أو عن طريق خطئه، الذي يشمل حالة تحقق مطله؛ كما تجدر الإشارة إلى الإضافة التي جاء بها الفصل 336 من قانون الالتزامات والعقود بخصوص طبيعة هذه الاستحالة، مؤكدا على أن: « إذا كانت الاستحالة جزئية لم ينقض الالتزام إلا جزئيا. فإذا كان من طبيعة هذا الالتزام أن لا يقبل الانقسام إلا مع ضرر للدائن، كان له الخيار بين أن يقبل الوفاء الجزئي وبين أن يفسخ الالتزام في مجموعه».

- عنصر ثالث: عدم صدور خطأ من الطرف المدين: حيث لا يتحمل الطرف المدين الالتزام بأي مسؤولية كلما أثبت حدوث القوة القاهرة بفعل خارجي بعيد عنه، مما لا يجعله متحملا لأي مسؤولية أمام هذا الطرف القاهر، وذلك بموجب الفصل 95 من قانون الالتزامات والعقود الذي يؤكد على أن: «لا محل للمسؤولية المدنية في حالة الدفاع الشرعي

أو إذا كان الحدث قد نتج عن حدث فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقهما أو يصحبهما فعل يؤخذ به المدعى عليه».

ب. القوة القاهرة في العقود الدولية

تجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن مفهوم القوة القاهرة في مجال المعاملات التجارية الدولية، يختلف عما هو معمول به على مستوى النصوص القانونية الوطنية، إذ كما سبقت الإشارة يحظى مفهوم القوة القاهرة بمرونة أكثر مما هي عليه في العقود الوطنية، لكونه يعطي لأطراف العقد الحق في تنظيم هذه القوة القاهرة بشكل اتفاقي.

وإن ما يبرر مرونة فكرة القوة القاهرة على مستوى العقود الدولية ما تحظى به هذه الأخيرة من بالغ الأهمية من الناحية الاقتصادية وما لها من تأثير على التجارة الدولية، الأمر الذي تكون الحاجة معه ماسة إلى تجنب الآثار السلبية للقوة القاهرة، حيث لوحظ أن أطراف هذه العقود الدولية يتجهون إلى تبني مفهوم أكثر استجابة لمتطلبات هذا النوع من المعاملات

القوة القاهرة في حد ذاتها، من خلال مراجعة أحكام العقد وإعادة صياغته، بشكل يضمن الاستمرار في تنفيذه، دونما حاجة إلى انتظار زوال حدث القوة القاهرة، حتى يتسنى لهم الوفاء بالتزاماتهم تجاه بعضهم البعض¹.

ومن المعلوم أن المرونة المشار إليها أعلاه التي تتصف بها العقود الدولية، كونها تعطي لأطرافها الحق في الاتفاق على كيفية تنفيذها، من خلال إدراجهم لبنود ذات طبيعة خاصة، يكون من شأنها خدمة مصالحهم، والتي يمكن أن يكون من بينها على سبيل المثال، عدم اعتبار القوة القاهرة سببا لانتفاء المسؤولية، أو تحديد الصور والحالات التي يمكن أن تشكل حادثا فجائيا، أو أن تشكل قوة قاهرة في مجال المعاملات الدولية.

ويبقى أن نستنتج من خلال ما سلف أن ثمة إشكالا قانونيا مطروحا في حالة عدم إدراج المتعاقدين في هذا النوع من العقود الدولية لأي بند يتعلق بمسألة القوة القاهرة، بتحديد مفهومها وضبط صورها، حيث انطلاقا من أن طبيعة العقود الدولية ليس مستقرة على نمط واحد وتختلف من عقد لآخر، فإن آثار ذلك تختلف أيضا بين السلبية والإيجابية، باختلاف المواقع والمؤسسات من جهة، وباختلاف الظروف المحيطة بالتعاقدات المتنازع بشأنها من جهة ثانية.

1. يرجع لأطروحتنا: التفاوض في العقود الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، 2011/2012، ص: 289-293.

ج. تمييز القوة القاهرة عن غيرها من الظروف الطارئة المشابهة

يتداخل مفهوم القوة القاهرة مع غيرها من القضايا الطارئة المشابهة لها، والتي تؤثر على تنفيذ العقد بإيقاف العمل به لسبب أو لآخر، نذكر من بينها:

- **علاقة القوة القاهرة بالحادث الفجائي:** حيث أن العديد من الفقهاء يميزون بينهما، انطلاقاً من أن الحادث المفاجئ يشبه القوة القاهرة في بعض عناصرها، إلا أن القوة القاهرة هي ظاهرة مستحيلة التنفيذ لسبب خارجي قاهر، كالزلازل وما شابهها وتعفي الطرف المدين من المسؤولية، أما الحادث المفاجئ هو حدث ينجم عن الشيء نفسه كاحتراق مصنع ما أو انفجار إحدى آلياته مثلاً، إلا أنه لا والضرر، ومن ثم لا يعفى الطرف المدين من المسؤولية.

- **علاقة القوة القاهرة بالظروف الطارئة:** فإن الظروف الطارئة بالرغم من عدم معالجتها من طرف المشرع المغربي فإن الفقه يشترط بشأنها توفر ثلاثة شروط، تتجلى في كل من حصول الظرف الطارئ العام كحادث استثنائي نادر الوقوع و غير مألوف بعد إبرام العقد مع التأكيد على أن هذا العقد يكون متراخي التنفيذ، بمعنى يعد فيه عنصر الزمن عنصراً جوهرياً، وعدم إمكانية توقع حدوث الظرف الطارئ، ثم كون تنفيذ الالتزام أمراً مرهقاً بالنسبة للطرف المدين وليس مستحيلاً¹.

ثالثاً: تأثير جائحة فيروس كورونا المستجد على الاقتصاد الدولي

إن العقود الدولية في المجال الاقتصادي والتجاري عرفت من جراء جائحة كوفيد 19 المستجد مداً وجزراً، وذلك نظراً لطبيعة القطاع التجاري المتعامل فيه، حيث كلما أمعنا النظر في بعض القطاعات أو العقود، نسجل أنها عرفت نمواً كبيراً بسبب انتشار هذه الجائحة خاصة تلك المتعلقة بالتجارة الالكترونية، بينما قطاعات تجارية أخرى عرفت العقود الدولية المبرمة المرتبطة بها معاناة شديدة من جراء مخلفات الجائحة، وعرفت صعوبات عملية بالغة، نشير من بينها إلى ما يلي:

1. تأثير الجائحة على القطاع الرياضي

لاحظ جميع المتتبعين أن العقود الرياضية كانت أحد العقود التي تضرر المتعاقدون فيها بشكل كبير، من جراء انعكاسات جائحة كوفيد 19 المستجد عليها، حيث انعكست الجائحة

1. ينظر إلى: عبد الحق الصافي، القانون المدني الجزء 1 المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الثاني آثار العقد، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 153

بشكل سلبي على هذا النوع من العقود، وذلك بعد إعطاء الحكومات أوامرها بتعليق مختلف التجمعات الجماهيرية المكثفة، بما فيها المباريات الوطنية والدولية من جراء ما يمكن أن ينتشر فيها من عدوى بين متبعي المباريات، وهو فعلا ما حصل على ملعب إيطالي بمناسبة إحدى مباريات الاتحاد الأوربي بين فريق إيطالي وآخر إنجليزي، حيث كان التجمع في هذه المباراة سببا في انتشار العدوى والإصابة بوباء كوفيد 19 المستجد.

ولقد خلف قرار توقيف المباريات الوطنية والدولية أثرا سلبيا على العلاقة التعاقدية بين الأندية الرياضية ولعبي كرة القدم، وعلى نظام التعاقدات الرياضية بين مختلف الأطراف المعنية، وهذا ما جعل الاتحاد الدولي لكرة القدم (فيفا) يعتبر جائحة كورونا (كوفيد 19 المستجد) قوة القاهرة، وهو ما سنتبثق عنه مجموعة من المشاكل بشأن تدبير العقود الرياضية الاحترافية، بشكل لا يتم فيه الإضرار بمصالح الأطراف المعنية، انطلاقا من أن القوة القاهرة تكون سببا في إنهاء العقود بما تتضمنه من الالتزامات المتبادلة، وقد أثير بهذا الشأن جدل حاد، وخاصة على مستوى التفسير القانوني لظاهرة القوة القاهرة، على اعتبار أن العديد من الأندية تصبح مخلة أساسا بينود العقود التي أبرمتها، بما في ذلك مسألة لجوئها إلى الامتناع أو التماطل في تسديد أجور اللاعبين وصرف منحهم السنوية.

وفي إطار الاجتهادات الصادرة عن المعنيين بالأمر في هذا النوع من العقود الرياضية الدولية، تمت الاستعانة باجتهاد محكمة التحكيم الرياضي (الطاس)، التابعة للاتحاد الدولي لكرة القدم (فيفا)، التي عملت على تقييد استعمال وتداول مفهوم القوة القاهرة بشكل كبير في هذا المجال، وهو ما يبدو يفرض معه ضرورة استحضار المبادئ العامة التي تقوم عليها العقود الدولية، بما في ذلك مبدأ إعادة التفاوض والتراضي بين الأطراف، بما فيها مسألة تفاوض الأطراف على تعديل بنود العقد الرياضي، من أجل التغلب الجماعي على المخلفات السلبية لوباء كوفيد 19 المستجد، حيث في إطار مراعاة مصالح الجميع كان من اللازم تقديم الأطراف لبعض التنازلات جبرا للضرر الجماعي، وعند صعوبة الوصول إلى

1. جائحة كوفيد 19 ستكون لها تأثيرات كبيرة على نظام التعاقدات الرياضية. -

<https://2.m.a/ar/news/%D8%A7%D8%A6%D8%AD%D8%A9-%D9%83%D9%88%D9%81%D9%8A%D8%AF-19-%D8%B3%D8%AA%D9%83%D9%88%D9%86-%D9%84%D9%87%D8%A7-%D8%AA%D8%A3%D8%AB%D9%8A%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%83%D8%A8%D9%8A%D8%B1%D8%A9-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%A7%D9%82%D8%AF%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%8A%D8%A7%D8%B6%D9%8A%D8%A920200523/>

تاريخ الاطلاع 25 ماي 2020 h/ 15 .

اتفاق في هذا المجال، يتم اللجوء إلى مؤسسات الوساطة، من أجل إيجاد مخرج أو حل لهذه الإشكالات القانونية المترتبة عن الآثار الاقتصادية لهذه الجائحة.

2. تأثير الجائحة على القطاع النفطي

كانت عقود استغلال وتوريد النفط من بين العقود الدولية التي تضررت من جراء انتشار وباء كوفيد 19 المستجد، حيث أنها لم تسلم هي الأخرى من التأثيرات السلبية للجائحة على المستوى التجاري والاقتصادي، إذ عرفت لأول مرة في التاريخ وبشكل غير مسبوق انهيارا غير مسبوق على العديد من المستويات، وخاصة على مستوى تسعيرة العقود الآجلة للنفط الخام الأمريكي في أسواق الطاقة العالمية، وهي ظرفية جد حرجة بالنسبة لهذا النوع من الشركات، التي كانت لها رغبة ملحة في تسويق النفط الخام المتوفر لديها، بعد عجزها عن تحمل خسائر أكبر.

ولقد تجلت أكبر الخسائر التي لحقت بهذه الشركات النفطية الأمريكية في ثلاث أمور، تمثلت بشكل خاص في كل من كلفة التخزين وكلفة التأمين ثم كلفة النقل، حيث أن هذه الشركات تحملت هذه الخسائر بعد إيقاف عجلة الاقتصاد في العديد من الدول بسبب ظروف الطوارئ الصحية بما فيها فرض حجر صحي على ملايين سكان العالم، وإغلاق المصانع والمؤسسات التجارية وغيرها، مما كانت له آثار خطيرة على الاقتصاد العالمي بكامله، إضافة إلى حرب الأسعار التي عرفتها مادة النفط فيما بين كل من روسيا والسعودية.¹

3. تأثير الجائحة على قطاع صناعة السيارات

تأثرت الشركات الدولية المتخصصة في صنع السيارات بشكل كبير من جراء انعكاسات جائحة كورونا كوفيد 19 المستجد وذلك في مختلف القارات، نذكر من بينها شركة رونو الفرنسية لصناعة السيارات، التي لحقتها أضرار بالغة تسببت لها في اللجوء الاضطراري إلى تسريح وإلغاء نحو 15 ألف منصب شغل عبر العالم، وذلك في إطار خطة وقائية، تسمح لها بتوفير أكثر من مليار يورو (نحو 2,2 مليار دولار) خلال ثلاث سنوات؛ ولقد أعلنت شركة رونو، التي عانت من فائض في القدرات الإنتاجية على المستوى العالمي، في فبراير

1. دراسات مركز البحرين للدراسات الاستراتيجية والدولية والطاقة: نداعيات أزمة كورونا، أسواق النفط، تاريخ الاطلاع 25 ماي 2020 على الساعة 19h ..

<https://alwatannews.net/article/873472/Business/%D8%AF%D8%B1%D8%A7%D8%B3%D8%A7%D8%AA-%D8%A3%D8%AB%D8%B1-%D8%A3%D8%B2%D9%85%D8%A9-%D9%83%D9%88%D8%B1%D9%88%D9%86%D8%A7-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A3%D8%B3%D8%B9%D8%A7%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%81%D8%B7-%D8%AD%D8%A7%D8%AF-%D9%88%D9%85%D8%A4%D9%82%D8%AA>

الماضي عن أول خسائر لها في عشر سنوات، حيث تسببت لها جائحة كورونا العالمية في أزمة مالية خانقة، تعتزم بصفتها شركة مصنعة لخمس علامات تجارية العمل على إلغاء نحو 8 في المئة من مناصب شغلها التي يبلغ عددها 180 ألفا حول العالم، وإن المملكة المغربية بصفتها بلدا مستضيفا لشركة رينو، وبلدا متعاقدا معها على العديد من المستويات أعلنت في بعض الوثائق الرسمية المتبادلة مع الاتحاد الأوروبي أن جائحة كورونا ستكون لها تبعات سلبية على الاقتصاد المغربي، وهي آثار شديدة ستكون مختلفة باختلاف طبيعة ونوعية القطاعات الاقتصادية الحيوية¹.

4. تأثير الجائحة على قطاعات اقتصادية أخرى

أوقعت جائحة كوفيد 19 المستجد أضرارا وخسائر فادحة على مستوى أنشطة اقتصادية أخرى، نذكر من بينها قطاعات السياحة والسيارات والأقمشة والنقل الجوي والخدمات وصرف العملات وغيرها، ومن المعلوم أن المغرب يعتمد بشكل أساسي في تجارته الخارجية مع الاتحاد الأوروبي، لكون هذا الأخير يعتبر سوقا لأكثر من 58% من صادرات المغرب، وإضافة إلى ذلك يشكل 59% من الاستثمارات الأجنبية المباشرة، و70% من قطاع السياحة في المغرب، كما يتوقع «اتحاد النقل الجوي الدولي» أيضا أن تتسبب الجائحة في تراجع الحركة الجوية بشكل هائل، مع توقع خسائر إجمالية تبلغ حوالي 728 مليون دولار وتطال 225000 وظيفة.

رابعا: الأسس القانونية في إضفاء حكم القوة القاهرة على جائحة فيروس كورونا

ثار جدل حاد بين الباحثين في العلوم القانونية، بشأن عملية تكييف الآثار المترتبة على جائحة كورونا المستجد كوفيد 19 على مستوى العقود الخاصة المبرمة على المستوى الوطني، وعلى مستوى حتى الباحثين في مجال العقود الدولية، وذلك بين مناصر للتكييف القائل بأن الجائحة تندرج ضمن مبادئ القوة القاهرة سواء على مستوى العقود الخاصة أو الدولية، بينما ثمة فريق آخر من الباحثين يدرج الجائحة ضمن مبادئ ومقومات الظروف الطارئة.

وإن القراءة الصحيحة لمسألة تكييف آثار جائحة كورونا بالنسبة للعقود الدولية، هي تلك التي تنطلق من الترسانة القانونية والتنظيمية الوطنية والدولية، والتي قبل خوض أي

1. شركة رينو للسيارات تعلن إلغاء 15 ألف وظيفة حول العالم.. ثلثها في فرنسا.

<https://arabic.euronews.com/2020/05/29/renault-will-eliminate-about-15000-of-its-employees-worldwide>

تاريخ الاطلاع 2020/06/1، 18h00.

جدل فقهي بشأنها، هي ذاتها تقوى كمنظومة تشريعية على تصنيف هذه الآثار القانونية ضمن فئة من الفئات القانونية.

ويتبين بوضوح من خلال الترسانة القانونية التي سيتم عرضها أدناه أن الاتجاه الغالب هو ذلك الاتجاه الذي يعتبر آثار الجائحة العالمية على العقود الدولية ضمن مقومات القوة القاهرة، وهو الاتجاه الأسلم انطلاقاً من أن جميع عناصر القوة القاهرة هي متوفرة بشكل جعلت معه تنفيذ العقود الدولية مسألة متعذرة ومستحيلة بالنسبة للعديد من الحقوق، وذلك بفعل حدوث ظرف قاهر غير متوقع ومن الصعب رده من طرف المتعاقد الملتزم به، إضافة إلى تدخل فعل السلطة التي هي ذاتها من تدخل من أجل إيقاف تنفيذ هذه العقود بالرغم عن إرادة المتعاقدين، وهو ما يمكن تبيانه من خلال كل من المرتكزات القانونية الوطنية والدولية وتجارب بعض التشريعات المقارنة أدناه.

1. المرتكزات القانونية على التشريع الوطني

يعتبر المغرب بموجب دستور 2011 أحد البلدان التي تلتزم بقرارات الأمم المتحدة بما فيها ما يصدر عن منظمة الصحة العالمية من لوائح وقرارات، وفي مقدمتها اللائحة الدولية الصادرة عنها سنة 2005 ذات الصلة بوباء كورونا المستجد - كوفيد 19، والتي امتتالا لقرارها المتعلق باعتبار فيروس كورونا المستجد وباء عالمياً أو جائحة عالمية، عمل المغرب ابتداء من 2 مارس 2020 على الإعلان رسمياً عن تأثره بالجائحة، وهو ما استتبع العديد من الإجراءات الاحترازية الوقائية من بينها إغلاق الحدود الدولية وإيقاف الدراسة بشكل حضوري وإغلاق العديد من المؤسسات العمومية وإغلاق المساجد.

وإن من أهم المرتكزات القانونية التي أصدرها المشرع المغربي لتنظيم مسألة التعامل مع الجائحة العالمية إصدار المرسوم بقانون رقم 292 - 20 - المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، وهو قانون فرض حجراً صحياً شاملاً بشكل مؤقت، كما أن هذا القانون أكد في المادة 6 منه على أن: « يوقف سريان مفعول جميع الآجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة الطوارئ الصحية المعلن عنها، ويستأنف احتسابها من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة...»، وتفعيلاً لهذا المرسوم بقانون أصدرت الحكومة مرسومها رقم 293 - 20 - المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة فيروس كورونا - كوفيد 19، والذي عمل في مادة ثانية على فرض حجر صحي بالمساكن من جهة ومنع التنقل بشكل عام إلا للضرورة القصوى، ومنع التجمهر والاجتماعات المكثفة ثم عمل على

إغلاق المحلات التجارية وغيرها من المؤسسات التي تستقبل العموم، كل ذلك لمدة شهر قابل للتجديد، وهو ما استتبعته الحكومة بالعديد من البلاغات الصادرة عن القطاعات الحكومية التي ضبطت ونظمت بدقة الجانب الإجرائي في هذه القواعد المعلنة عن ظروف الطوارئ الصحية.

2. على المستوى الدولي والتجارب المقارنة

أعلن المدير العام لمنظمة الصحة العالمية السيد «تيدروس أدهانوم غيبريسوس» بتاريخ 11 مارس 2020 أن المنظمة باتت تعتبر فيروس كورونا المستجد المسبب لمرض «كوفيد-19» «وباء عالميا»، وذلك بعد تشييه في مختلف أرجاء المعمورة». وذلك بالرغم من أن ثمة تأخرا كبيرا عن تاريخ ظهور الوباء بالصين الشعبية في أواخر شهر دجنبر 2019، مضيضا بأن «يمكن تصنيف كوفيد-19 الآن على أنه جائحة... لم يسبق مطلقا أن شهدنا انتشار جائحة بسبب فيروس كورونا.»، كما أكد أيضا بأن «توصيف الوضع على أنه جائحة لا يغير تقييم الخطر الذي يشكله فيروس كورونا، هذا الأمر لا يغير ما تقوم به منظمة الصحة العالمية، كما لا يغير ما يتعين على الدول القيام به».

ولقد كان لقرار منظمة الصحة العالمية القاضي بوجود وباء عالمي، أي جائحة دولية تتجاوز الحدود الدولية، محدقة بالصحة العامة وتفرض عدم التنقل أي تستلزم حجرا صحيا مستعجلا، تأثير كبير على العديد من التشريعات التي سارعت بدورها إلى الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية في منتصف شهر مارس 2020، كدولة الصين الشعبية التي أعلنت حكومتها على أنها تعيش ظروف قوة القاهرة بالبلاد، إلى حد أن هيئة تنمية التجارة الصينية الدولية منحت لشركاتها العالمية تراخيص تعترف لها بوجودها في ظرفية قوة القاهرة؛ نفس الشيء حدث في العديد من الدول كفرنسا التي أعلن رئيسها السيد ماكرون بشكل مبكر عن أن «فرنسا في حالة حرب»، حيث أكد الوزير الأول الفرنسي السيد «برينو لومير» بتاريخ 29 فبراير 2020 على أنهم يعيشون في فرنسا حالة قوة القاهرة، وهو ما أكده وزير العدل الفرنسي فيما بعد.

يتبين أن الانهيار الاقتصادي والتجاري للشركات التجارية الدولية العملاقة، هو انهيار ذو أبعاد على الحياة المعيشية لساكنة العالم بأكمله وعلى حياة الدورة الاقتصادية لهذه الشركات عماد الاقتصاد العالمي بأسره، ولقد بدا أن هذه الضربة الموجهة لهذه الشركات هي التي دفعت بهذه الأخيرة إلى الاحتماء بفكرة القوة القاهرة والدفع بها أمام الجميع، تهريا من عدم قدرتها على تنفيذ تعهداتها والتزاماتها تجاه الغير، وهو ما يدفعنا إلى

التساؤل عن الأساس القانوني الدولي والوطني المرتكز عليه، من أجل الدفع بفكرة القوة القاهرة عند إثبات عدم قدرتها على تنفيذ التزاماتها.

لقد سبقت الإشارة إلى أنه في مجال العقود الدولية يحظى الأطراف بصلاحيات واسعة أثناء التفاوض على إبرام العقد، على مستوى إدراج ما يشاؤونه من قواعد وضوابط تعاقدية يمكن أن تلحق بهذه العقود على مستوى الجوهر وكذا الشكل¹، ولقد عالجت أحكام القانون الدولي بما فيها بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بهذا المجال التعاقدية الدولي فكرة القوة القاهرة، بما يجعلها تستجيب لمتطلبات التجارة الدولية، نشير من بينها إلى ما يلي:

1 - اتفاقية الجات الدولية 1994

وهي اتفاقية تضمنت الأثر المعفي من المسؤولية ومن بينها: وقوع حالة الكوارث الطبيعية، حيث نصت اتفاقية الجات الدولية لسنة 1994 في المادة 7 منها على الأثر المعفي من المسؤولية، ومنها وقوع كوارث طبيعية، أو توقف النقل أو قوة القاهرة أخرى، بشكل يجعلها تؤثر بصورة كبيرة على المنتجات المتاحة للتصدير.

2 - مبادئ العهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص

حيث عالجت مبادئ هذا العهد الدولي المتعلق بتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص مسألة تأثير ظاهرة القوة القاهرة، وذلك بالتنصيص في المادة 6 على أنه في حالة وقوع القوة القاهرة يحق للطرف المتضرر المطالبة بالتفاوض مع الطرف الآخر على مسألة تعديل بنود العقد، حيث كلما تمت الموافقة على ذلك من الطرف الثاني استمر العمل على تنفيذ العقد الدولي، أما إذا فشلت عملية التفاوض، نتج عن ذلك العقد الدولي بين طرفيه، مع احتفاظ الطرف المتضرر بحقه في المطالبة بالتعويض.

3 - اتفاقية فيينا سنة 1980 بالبيع الدولي للبضائع

كرست اتفاقية فيينا الصادر سنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع نفس الاتجاه أعلاه، حيث نصت المادة 81 منها على أنه كلما حدث طارئ واضطر الأطراف إلى فسخ العقد، فإنهم يصبحون في حل من الالتزامات التي يرتبها العقد مع عدم الإخلال بأي تعويض مستحق.

1. يرجع لأطروحتنا لنيل شهادة الدكتوراه، التفاوض في العقود الدولية، م، س، من 240 إلى 433.

4 - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع

سارت في نفس الاتجاه أعلاه اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، حينما نصت المادة 1/79 منها على حماية قانونية مماثلة، توفرها أحكام القوة القاهرة في مجال العقود الدولية أيضا، ما عدا في حالة استبعاد تطبيق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع أعلاه أن: « لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه»، وهو ما نستنتج منه أن الفقرة أعلاه تقر بإمكانية الإعفاء من تنفيذ الالتزامات، متى كان السبب راجعا إلى حادث أو عائق غير متوقع وخارج عن إرادة المتعاقد المدين. والاعتماد على تاريخ إبرام العقد شرط أساسي.

5 - الاجتهاد القضائي الفرنسي

لقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على نفس الاتجاه الدولي المشار إليه أعلاه، حيث اعتبر أن شرط عدم التوقع الذي من شأنه تبرير فسخ العقد، ينبغي أن يكون متفقا عليها قبل ظهور الوباء، وليس بعد ظهورها، ومن المعلوم أنه على المستوى العملي يعتبر شرط عدم توقع الحدث هو أحد أهم شروط القوة القاهرة، وتكون العبرة في تحديد توقع الحدث من عدمه في النظر إلى تاريخ إبرام العقد.

خامسا؛ مخرجات اعتبار آثار الجائحة على العقود الدولية ضمن مبدأ القوة القاهرة

إن ما تم استنتاجه من خلال التمييز بين العقود الداخلية والعقود الدولية، هو أن بينها فروقا عديدة على العديد من المستويات، بما فيها على مستوى تعاملها مع فكرة القوة القاهرة في حد ذاتها، مما يمكننا معه أن نجيب عن التساؤل المطروح أعلاه حول أثر جائحة كوفيد 19 المستجد على العقود الدولية بالاستعانة بالترسانة القانونية المؤكدة على اعتبار آثار الجائحة على العقود الدولية ضمن مبدأ القوة القاهرة.

إن عملية احتماء الشركات الدولية والمعاملات التجارية الدولية عامة بفكرة القوة القاهرة هي عملية ذكية حتى تقوى هذه الشركات على تبرير عجزها عن تنفيذ ما عليها من التزامات في العقود الدولية المبرمة مع الغير، حيث أن الحل الأسلم هو الرجوع في هذا النوع من الالتزامات إلى العقد المبرم بين الطرفين، للتأكد من وجود بنود تعاقدية تسمح من دونه بذلك، أو أنها تحدد طرقا بديلة لتنفيذ هذا العقد، حيث في حالة ما إذا لم تكن هنالك بنود

تنظم هذه المسألة بشكل أولي ومسبق، تكون للقاضي أو للمحكم السلطة التقديرية للبت في هذا الأمر، وذلك كلما التجأ إليه الطرف المتضرر في هذا النوع من العقود.

ومن مخرجات اعتبار آثار الجائحة على العقود الدولية ضمن مبدأ القوة القاهرة أنه عند الرسو على أن فيروس كورونا المستجد كوفيد 19 هو من قبيل القوة القاهرة، يتم إعفاء المدين من المسؤولية، وهو ما قضت به محكمة الاستئناف كولمار¹، حيث قضت بأن عدم تمكن الطرف المعني بالدعوى في الجلسة يندرج ضمن القوة القاهرة التي لم تسمح له بالحضور، وهو حكم قضائي مثير لنقاش قانوني واسع، بالرغم من أن مختلف عناصر القوة القاهرة هي متوفرة في النازلة.

وسبق أن سلفت الإشارة إلى أن الإجراءات الحكومية والتدابير الإدارية المتخذة في كل دولة على حدة بشأن الحد من انتشار فيروس كورونا المستجد، يكون لها تأثير قانوني قوي على إمكانية مواجهة هذا الطرف القاهر من عدمه، وهكذا كلما توفرت شروط القوة القاهرة فمن البديهي أن يتم إعفاء المدين من التزامه، مما ينبغي معه استحضار كل هذه الشروط، بما فيها التدابير الإدارية الاحترازية المتخذة من طرف السلطات العمومية في مختلف البلدان، التي هي محل تنفيذ العقود الدولية، وبالتالي يبقى الأمر متصفا بالنسبية، حيث يرجع تقدير كل تلك العناصر والعوامل إلى القاضي أو المحكم، مع الأخذ بعين الاعتبار مدى قدرة المدين على إثبات توفر شروط القوة القاهرة من عدمه أيضا.

ومن ضمن المخرجات الأخيرة في مسألة اعتبار الجائحة العالمية قوة القاهرة بالنسبة للعقود الدولية، وفي إطار الحرية التي يحظى بها أطراف العقود الدولية بشأن إخضاع العقود للمراجعة والتعديل مواكبة للسياق الدولي الطارئ، هي إمكانية تبني الوسائل السلمية لحل النزاعات خارج أروقة القضاء، من أجل معالجة آثار الوباء على تنفيذ العقود الدولية، وهو نهج مطلوب لضمان الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي من جهة، وتعزيز الثقة في مجال العلاقات التجارية والاقتصادية وقت الأزمات من جهة ثانية، وهو ما من شأنه خلق قاعدة علاقات تجارية مستقبلية طويلة الأمد، بعد أن تعززت الثقة وقت الأزمات والمحن في التحكيم الدولي. ومن المعلوم أن المحكم الدولي ليس لديه قانون اختصاص، وبالتالي تكون لديه صلاحيات واسعة في خلق وإنشاء قواعد موضوعية في هذا النوع من المنازعات، انطلاقا

1. Cour d'appel: Colmar 6ème chambre (Etrangers) arrêt de 12 mars 2020 n° 20/01098 publier dans le site de : <https://www.doctrine.fr/d/CA/Colmar/2020/C8A8F3A305EEEBB31F249>

. تاريخ الاطلاع 2020/05/30 18h00

من كون الاتفاقات لم تكن تتوقع حدوث جائحة وبائية عالمية من هذا المستوى الخطير الذي تتوقف معه الحركة الاقتصادية والتجارية العالمية وتُشَلِّد الدورة الاقتصادية بشكل مطلق ونهائي على المستوى الدولي والوطني.

إن اللجوء إلى التحكيم الدولي في نوازل قانونية دولية شائكة من هذا القبيل، وخاصة بعد عدم التمكّن من اللجوء إلى المحاكم الوطنية، التي ليست لها أسس قانونية واضحة وصریحة، بسبب الشغور القانوني في هذا النوع من الأزمات، يسمح لهذا التحكيم بخلق قواعد قانونية من أجل معالجة الآثار القانونية لهذه الجائحة العالمية، لما في ذلك من اجتهاد لخدمة مصلحة الأطراف المتنازعة مما يكون من شأنه إحقاق العدالة من جهة، ويقوى على الاستجابة لحاجيات ومتطلبات التجارة الدولية من جهة ثانية، سيما وأن المتعاملين في ميدان التجارة الدولية تزعجهم إرهابات الشكوك حول مدى قدرة القضاء الوطني على تقديم حلول عادلة وملائمة لهذا النوع من المنازعات، وخاصة في ظل ما تعانيه نظم القضاء في العديد من الدول من عجز في ملاحقة الوثبات السريعة لمقتضيات فض منازعات تلك التجارة الدولية المتزايدة والمتجددة على الدوام، في العديد من المجالات التجارية بما فيها مسؤوليات الأطراف على مستوى النقل البحري أو الجوي أو على مستوى شؤون المال والاستثمار، وما يتصل بكل ذلك من أعمال مصرفية أو غيرها.

إن الثقة المتزايدة في هيئات التحكيم في مجال العقود الدولية يرجع بشكل كبير إلى كون المحكم يستجمع خبرة واسعة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، بما يُمكنه من الإحاطة بكل تفاصيل النزاع من جهة، والحيلولة دون إطالة أمد النزاع بين الأطراف من جهة ثانية، إضافة إلى سلطته في تعديل التزامات الأطراف وإعادة التفاوض من جهة ثالثة، والتي هي إحدى أهم الصلاحيات في مجال خصومة التحكيم، في ظل المتغيرات الاقتصادية التي قد تلحق بالعقد الدولي طويل الأجل، وما قد يترتب على هذه الظروف بالالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد.

Rapport des actes du webinaire :

[L'impact du COVID-19 sur le monde des affaires : retentissement sur le droit des entreprises et le droit des contrats]

Par :

Assia ELBOUYOUSFI

Asmae YAKOUBI

Introduction du rapport du Webinaire :

La crise sanitaire causée par le COVID-19, a modifié substantiellement l'organisation de l'activité économique au niveau de l'ensemble des organismes et a révélé des pratiques legalistes et managerielles inédites, ayant impacté aussi bien la mise en œuvre de l'arsenal juridique s'attendant au droit des sociétés et des contrats que le déploiement des modes usuels de gestion des entreprises.

Dans ce cadre, le Laboratoire de recherche « ESSOR » Droit, Philosophie et Société, relevant du Centre d'Etudes Doctorales en sciences juridiques et politiques de la FSJES USMBA Fès, a organisé, en date jeudi 04 juin 2020 à partir de 18h00 un webinaire, autour du thème «L'impact du COVID-19 sur le monde des affaires : Retentissement sur le droit des entreprises et le droit des contrats».

L'objectif de ce webinaire étant de mener une réflexion sur l'impact de la COVID-19, sur les modalités de gestion conjoncturelles des entreprises, et les répercussions de l'état d'urgence sanitaire sur la mise en exergue du droit des sociétés et des contrats. Le but a été d'assurer non seulement la continuité des activités des entreprises touchées par le sinistre, mais également ; et surtout de développer une démarche globale, innovante et anticipative dans le contexte de crise sanitaire, et échanger sur les défis et les obstacles à l'entrepreneuriat rationnel en vue de sortir avec une feuille de route de l'état d'urgence sanitaire.

Ce webinaire a connu la participation d'un panel de professeur de droit et de gestion des entreprises composé comme suit :

- Dr. Radouane MRABET : Président de l'USMBA.

bouleversé, d'une manière brusque, les habitudes des gens sur tous les plans, à la fois professionnel et personnel ; une situation à laquelle il a fallu s'adapter dans un premier temps, puis réagir dans un deuxième temps.

La pandémie du COVID-19 a plongé l'économie mondiale dans l'une des plus graves récessions planétaires depuis des décennies. Au Maroc, le gel des activités de production et de services dû à des mois de confinements, aggravé par la fermeture des frontières avec notamment l'Europe, dont nos exportations dépendent, a frappé de plein fouet plusieurs secteurs, poumons de notre économie nationale, une situation qui a, sans aucun doute, des répercussions négatives sur le plan économique, juridique, social et sociétal.

L'activité entrepreneuriale n'a pas été épargnée par cette crise et ses conséquences puisque les opérateurs économiques se sont vus obligés, brusquement, de reconsidérer leurs modes opératoires et leurs offres, en procédant à des changements agiles pour garantir la continuité.

Les nouveaux enjeux de la reprise du post COVID-19 et les stratégies de la relance imposent l'adoption d'une approche multidimensionnelle de développement des compétences, liées à la transformation des modalités de gestion et stratégies des entreprises, de même que le remodelage du cadre juridique, régissant les activités de l'entreprise et ses relations avec les partenaires économiques. L'ingénierie juridico-managerielle devra répondre à ces exigences pour accompagner l'émergence des nouvelles entreprises, et la reconversion due à la disparition d'autres.

Axe I : Impact du COVID-19 sur le droit des sociétés :

Compte-rendu de l'intervention - I - « L'impact du confinement sur la gestion des entreprises » : Dr. Abdelaziz SQUALI, Doyen de la FSJES Fès USMBA (2009-2018), et enseignant-chercheur à FSJES Fès USMBA.

L'entreprise marocaine a été certes impactée par la crise sanitaire, le réveil après le confinement et la non-action dans lesquelles l'entreprise a sombré, dégage un mouvement individuel et global pour retrouver d'autres styles de gestion, d'autres pratiques, traçant un autre schéma d'avenir, mais toujours en la présence d'un cadre juridique immuable. Ainsi, pour ce qui est d'une gestion rationnelle et légaliste du patrimoine entrepreneurial et salarial, mener la réflexion à cette phase profiterait de l'expérimentation faite pendant le confinement et l'assurance gagnée après sécurisation de l'état sanitaire. Plusieurs questions s'imposent :

- Quelle est la place de la règle du droit, dans le management rationnel des risques pendant et post COVID-19 ?
- Quel est le cadre légal et le mode de gestion qu'il faudrait-il adopter pour la rénovation de la situation de l'entreprise, pendant et post COVID-19 ?

- Comment passer d'une situation où l'entreprise doit rencontrer des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter seule, à une situation de continuité d'exploitation de l'entreprise ?

Tenant compte des conditions sanitaires du COVID-19, survenu à l'improviste, l'entreprise en difficulté est appelée à réagir rapidement pour s'adapter au nouveau contexte en demandant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, à la seule condition, c'est que l'entreprise en question ne doit pas faire l'objet d'un redressement ni de liquidation judiciaire.

Dans ce sens, si la demande est recevable, le Tribunal de commerce saisi ouvre la procédure de sauvegarde, et nomme les organes de la procédure, une chose qui va permettre à l'entreprise en difficulté une nouvelle perspective de gestion du patrimoine social, et de tourner vers un management rationnel des ressources, notamment pendant la période d'observation, cette période qui sert à effectuer le bilan économique et social de l'entreprise, et à étudier ses possibilités de rétablissement.

L'ouverture de la procédure de sauvegarde à l'ère COVID-19, tolérera la viabilité de l'entreprise en difficulté, en entraînant quelques avantages dont : l'interruption des intérêts légaux et conventionnels, la suspension des actions en justice des créanciers à l'encontre de l'entreprise en difficulté.

موجز المداخلة - III - حول موضوع: «آليات الاقتصاد الإسلامي لمواجهة أزمة كورونا»، من إعداد وتقديم الدكتورة كنزة حرشي، أستاذة باحثة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس.

يمر العالم حالياً بظروف استثنائية، لم تعاصر الأجيال الحالية مثيل لها، إذ أدى تفشي وباء كورونا المستجد، إلى اتخاذ الحكومات حول العالم تدابير غير مسبوقة لحفظ الأرواح، وضمان سلامة الناس، وكان لهذه التدابير آثار سلبية واضحة في كافة الأنشطة. وتشير تقديرات أولية، إلى أن العالم بصدد أزمة اقتصادية مؤثرة، بل إن هناك من يتحدث عن بوادر ركود اقتصادي عميق، يشبه الكساد العظيم الذي عانى منه العالم، مطلع القرن الماضي. ورغم رفع هذه الإجراءات الاحترازية جزئياً، وإعادة السماح للعديد من الأنشطة الاقتصادية، بالعمل في عدد من دول العالم، إلا أن التحديات الاقتصادية لمرحلة ما بعد جائح كورونا ما زالت قائمة.

■ فما هي آليات الاقتصاد الإسلامي التي تجعل منه حصناً للنمو المستدام في مواجهة أثر جائحة كورونا؟

إن العالم في مرحلة ما بعد جائحة كورونا، سيكون أكثر إدراكاً لأهمية الاقتصاد الإسلامي القائم على عدة مبادئ، أبرزها أن أولوية الاستثمار، يجب أن تكون من نصيب

السلع الأساسية والقطاعات الحقيقية، التي تستجيب لحاجات الناس اليومية، أي القطاعات المعيشية، بما فيها الأغذية والمشروبات والملابس، صاحبة النصيب الأكبر من النمو، لأنها تتسم بطلب يومي مستمر لا ينقطع، ولا يتأثر بمخاطر التقلبات الاقتصادية. والاستثمار في هذه القطاعات الحقيقية لا يمنح المستثمر الأرباح واستدامة النمو فقط، بل يوفر له الحماية من أي انتكاسات قد يتعرض لها الاقتصاد العالمي. كما أن الاقتصاد الإسلامي في جوهره، اقتصادي أخلاقي، يدعم التنمية الشاملة المستدامة.

ومما لا شك فيه، أن الظروف الراهنة التي يمر بها العالم، تثبت دقة الرؤية الاستشرافية للمملكة المغربية، التي أطلقت تجربة الأبنك التشاركية سنة 2014، باعتبارها آلية لتكريس التنوع الاقتصادي والاقتصاد المبتين القائم على مفهوم النمو المستدام، وكونه منظومة اقتصادية تتيح نوعاً من الشفافية، تحقق التوازن المطلوب في عملية الإنتاج والتوزيع من خلال تقديم خدمات بنكية من قبيل القروض وتمويل المشاريع وإصدار الشيكات ومنح بطائق السحب وصرف العملات، والتزام هذا الصنف من المصارف بأدبيات العمل وفق الشريعة الإسلامية. وإذا كان المغرب قد تأخر في منح الترخيص لفائدة البنوك التشاركية لمزاولة نشاطها، مقارنة بعدد من دول الخليج والشرق الأوسط وحتى بالولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا، فإن هذا التأخير أتاح الفرصة للاستفادة من أخطاء تجارب الآخرين، وبالتالي أخذ الوقت الكافي لتمهيد أسس صلبة لهذا الصنف من البنوك.

إن حجم الاقتصاد الإسلامي عالمياً، والذي وصلت قيمة الأصول المالية فيه إلى 2.4 تريليون دولار عام 2017، لهو ضمانته لاستئناف النمو المستدام في كافة الظروف، واللافت هنا، أنه من بين أبرز الدروس المستفادة من الأزمة المالية العالمية عام 2008، أن الشركات -بما فيها العالمية- التي كانت تتبع آليات التمويل الإسلامي، لم تتأثر مثل غيرها من الشركات والبنوك التي لا تتعامل مع الآليات ذاتها، كما أن هذه الأزمة المالية العالمية، جعلت المستثمرين يضعون التمويل الإسلامي الإنساني الآمن نصب أعينهم، وهو ما زاد الطلب على منتجاته بشكل ملحوظ خلال السنوات الماضية.

كما أن المعاملات التشاركية والتأمين التكافلي، بالإضافة إلى عقود المرابحة، والإجارة، والشركة، والمضاربة، والسلم والاستصناع، المشار إليها في القانون البكي المغربي، تعد من أبرز قطاعات الاقتصاد الإسلامي، وتمثل جوهر ثقافة ورسالة منظومة الاقتصاد الإسلامي بشكل عام، لأن الأصل في النشاط الاقتصادي، هو أن يكون قادراً على خلق بيئة آمنة، تحفز الأفراد على الإنتاج، وتوفر لهم مقومات العيش الكريم في كافة الظروف.

Compte-rendu de l'intervention - VI- « L'environnement entrepreneurial sous la pandémie COVID-19 : Effets pervers et solutions envisageables » : Dr. Kawtar NFSSI, enseignante-chercheuse à FSJES Fès USMBA.

La crise de l'économie engendrée par la pandémie de COVID-19 a des effets de grande envergure sur l'environnement entrepreneurial à travers le monde, sapant le développement d'entreprises durables, et la création d'emplois décents, et productifs. Les efforts visant à contenir la propagation du virus ont perturbé les flux de production, réduit la demande de biens et services non essentiels, et ont obligé les entreprises à suspendre, ou réduire leurs opérations. Bon nombre des problèmes rencontrés par les entreprises, à la suite de cette pandémie, sont dus à une mauvaise gestion, à des marchés encombrés, ou tout simplement à une stratégie entrepreneuriale défaillante.

La crise était un accélérateur de changements du milieu entrepreneurial, car elle a permis aux entreprises de se détourner de leur quotidien, pour se repositionner sur un mode de travail, et de reclasser les priorités stratégiques. Aussi, plusieurs questions s'imposent :

- Quelles sont les orientations en termes stratégiques de l'entreprise, pendant et post-COVID-19 ?
- Quelles sont les perspectives entrepreneuriales surtout avec les contraintes budgétaires logistiques ?

La stratégie de l'entreprise pendant l'ère COVID-19 est totalement différente de la stratégie en temps normal, et c'est un aspect sur lequel il faudra se pencher sérieusement pour réussir le plan de d'action du futur, il s'agit d'un volet qu'il faudra améliorer à travers l'accompagnement des entreprises nouvellement créées dans le développement de leurs compétences. Il faudra également adapter les outils de travail et d'accompagnement, les outils d'évaluation au mode de gestion et performance de l'entreprise, et penser plus sérieusement au mode fondé sur l'anticipation des risques liés à la conjoncture économique.

Malgré les effets néfastes de cette crise, elle est une opportunité historique pour les entreprises pour développer un nouveau mode de gestion non seulement de l'actif mais pareillement du passif social. Il est donc grand temps pour les entreprises de s'orienter vers une solution innovante de la gestion rationnel fondée sur les principes de la bonne gouvernance. En fait, la particularité de la crise du COVID-19 c'est qu'elle a accéléré le processus de la concrétisation de l'entrepreneuriat rationnelle.

l'épidémie, peut rendre le contrat sans objet, dès lors la survenance de la force majeure, conduira à la résiliation du contrat.

Compte-rendu de l'intervention - VI - « Etat d'urgence sanitaire et survie de la relation contractuelle dans les contrats internationaux » : Dr. Abdellah MARGHICH, Coordonnateur de la filière Droit Privé en français et enseignant-chercheur à FSJES Fès USMBA.

En cette période de crise économique, le contrat international peut se voir en souffrance, en effet, plusieurs difficultés, et embûches peuvent survenir pour empêcher son exécution. De ce fait, l'équilibre contractuel semble être remis en question, la pandémie a fait foisonner les symptômes d'un véritable sentiment d'insécurité chez les contractants. La force majeure, l'imprévision, tant de risques externes affecteront, voire, troubleront la substance du contrat international. *Ipsa facto*, les contractants sans doute rechercheront des moyens pour s'adapter et pallier à ce déséquilibre néfaste. Aussi :

- Comment peut-on prétendre à la survie de la relation contractuelle dans les contrats internationaux à l'ère de la COVID-19 ?

Les contrats internationaux sont sans cesse plus nombreux, constitue, assurément, un pan très important des règles du droit du commerce international et des opérations du commerce international. Lorsqu'il est question de frontières dans des échanges commerciaux, de nombreuses difficultés surgissent.

Ce faisant les contrats internationaux sont porteurs de nombreuses contributions dans le domaine du droit international privé et de l'arbitrage. Les contrats internationaux ont été le berceau de la loi d'autonomie et des lois de police, ils ont suscité l'avènement de règles matérielles spécifiques et de méthodes hybrides. Ils sont la terre d'élection de l'arbitrage international et des clauses d'adaptation et d'aménagements, Ils ont provoqué et provoquent toujours une intense activité doctrinale, entraînant les juristes vers la théorie du droit et de ses sources, les occupants à élaborer des règles savantes ou à forger des modèles de contrats sur mesure à visée pratique.

Il n'est plus discuté aujourd'hui, qu'un contrat peut être déséquilibré. Par conséquent une correction du contrat serait utile, aussi bien d'un point de vue économique, car elle permet de sauver le contrat, que d'un point de vue strictement juridique, puisqu'elle autorise la restauration de la justice contractuelle.

Dans ce sens, l'utilité d'une telle correction est reconnue en droit du commerce international, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises aussi bien que les principes Uni droit en font foi, en prévoyant plusieurs voies de correction. L'adaptation du contrat est admise dans de nombreux droits étrangers, particulièrement, dans une majorité des autres États membres de l'Union Européenne, qui connaissent la révision pour cause d'imprévision. D'ailleurs, le rééquilibrage

du contrat, en cas de changements de circonstances, peut également émaner de la volonté privée.

موجز المداخلة - VII - حول موضوع: « تأثير كوفيد 19 على العلاقة التعاقدية بين أمهات وآباء وأولياء التلاميذ والمدارس الخصوصية »، من إعداد وتقديم الدكتور عمرو لمزرع، أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس.

لا بد من الإشارة في أوله إلى أن العلاقة القانونية الرابطة بين مؤسسات التعليم الخاص من جهة، وآباء وأولياء الأمور من جهة ثانية، هي عبارة عن عقد ملزم للجانبين، بمعنى أنه عقد يُنشئ التزامات تبادلية أو متقابلة في ذمة كل واحد من الطرفين المتعاقدين، وبالتالي فكل متعاقد منهما يكون في نفس الوقت دائنا للآخر ومدينا له. والالتزام الأساسي الواجب على مؤسسة التعليم الخاص هو تقديم خدمة التعليم للتلاميذ المسجلين بالمؤسسة، وفي مقابل ذلك يؤدي آباء وأولياء التلاميذ واجبا شهريا عبارة عن مبلغ مالي متفق عليه، بمعنى أن مؤسسة التعليم الخاص مدينة بتقديم خدمة التعليم ودائنة بالحصول على واجبات التمدرس، في حين أن آباء التلاميذ مدنيين بأداء واجبات التمدرس ودائنين بحصول أبناءهم على خدمة التعليم.

■ **فما ماهية خدمة التعليم موضوع الالتزام التعاقدية وتبعات الإخلال بها خلال جائحة كورونا؟**

إنه من المسلم أن الخدمة المتفق عليها مع المؤسسات التربوية للتعليم الخصوصي لا تتعلق فقط بتلقين الدروس النظرية في مختلف المواد التعليمية، وهو ما يمكن استخلاصه من القانون 06.00 بمثابة النظام الأساسي للتعليم المدرسي الخصوصي سيما المادة 4 منه و التي تنص على: «تلتزم مؤسسات التعليم المدرسي الخصوصي كحد أدنى بمعايير التجهيز والتأطير والبرامج والمناهج المقررة في التعليم العمومي»، وكذلك الفقرة 2 من المادة 8 من نفس القانون التي جاء فيها : « يجب على هذه المؤسسات تهيئ تلاميذها وترشيحهم لاجتياز نفس الامتحانات المنظمة لفائدة تلاميذ التعليم العمومي عد نهاية كل سلك تعليمي».

وعلى اعتبار أن هذه المؤسسات الخاصة لم تُعد تقدم نفس الخدمة المشار إليها أعلاه بموجب من القانون 06.00 بمثابة النظام الأساسي للتعليم المدرسي الخصوصي، منذ تعليق الدراسة في أواسط الممهدة لإعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، فإن مطالبة بعض

المؤسسات الخاصة للآباء وأولياء الأمور بالاستيفاء الكامل للواجبات والمصاريف المتفق عليها، فيه نوع من الغبن لهؤلاء الآباء وأبناءهم التلاميذ

وبما أن الالتزامات الواجبة على مؤسسات التعليم الخاص لا يتم الوفاء بها جميعها وبشكل طبيعي وعادي، فإن حق هذه المؤسسات في استيفاء مصاريف التمدرس لم يبق له موجب نظرا لتعذر الوفاء الكامل بالالتزامات الواجبة على مؤسسات التعليم الخاص والمشار إليها أعلاه، وذلك تطبيقا للفصل 235 من قانون الالتزامات و العقود المغربي الذي ينص على أن: « في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولا. عندما يكون التنفيذ واجبا لصالح عدة أشخاص، يجوز للمدين أن يمتنع عن أداء ما يجب لأي واحد منهم إلى أن يقع الأداء الكامل لما يستحقه من التزام مقابل». إذ أن الفقرة 2 من الفصل المذكور أعلاه تمنح للمدين إمكانية الدفع بعدم التنفيذ الكامل للالتزام المقابل، وهو ما يتحقق حاليا في العلاقة الرابطة بين مؤسسة التعليم الخاص وآباء وأولياء الأمور في ظل تفشي جائحة كورونا، ولهم بالتالي إمكانية التمسك بعدم أداء الواجبات الشهرية كاملة وذلك إلى حين زوال الجائحة.

• لكن، وفي إطار التوازن بين الحقوق والالتزامات، يُطرح السؤال حول مُقابل خدمة تلقين الدروس النظرية عن بُعد والتي تقوم بها مؤسسات التعليم الخاص؟

هنا، يمكن كحل وسط الاتفاق الحبي بين المؤسسات وآباء وأولياء الأمور حول مراجعة ترتيبات العقد بتمكين الآباء من أداء هؤلاء لجزء يسير من الواجبات المالية كمقابل لهذه الخدمة المقدمة من طرف مؤسسات التعليم الخاص والتي لا تشكل سوى جزء من الالتزام الملقى على عاتق هذه المؤسسات بمقتضى نص القانون المشار إليه أنفاً.

موجز المداخلة - VIII - حول موضوع: « معالجة الآثار القانونية لكورونا على العقود الدولية»، من إعداد وتقديم الدكتورة نرجس البكوري، أستاذة باحثة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس.

بالإضافة إلى تأثير فيروس كورونا على الجانب الصحي، إلا أن الآثار المترتبة عليه بالنسبة للعقود الدولية، التي تتميز بخصوصيات عدة في إطار الحرية التعاقدية، لا تقل أهمية من حيث تتباينها، وذلك راجع اختلاف الأوضاع المترتبة عن الوباء وصعوبة تكييفها، سيما ما يترتب بطبيعة الإجراءات أو التدابير المتخذة لمنع تفشي الوباء، فضلا عن الاشتراطات المضمنة بالعقد، الأمر الذي قد يخلق أوضاعاً مختلفة قد تؤثر على تنفيذ

الالتزامات التعاقدية الدولية. لذا تستدعي معالجة الوضع القائم اتخاذ حلول قانونية وعملية موجهة خصيصاً لمعالجة تغير الظروف المحيطة بالعقد الدولي بغية استدامة العمل بمقتضاه.

• فما هي أبرز آليات معالجة أثر جائحة كورونا على استمرارية العقود الدولية؟

لا غرو أنه نتج عن الأوضاع المترتبة عن وباء كورونا وما اقتضته من تدابير وإجراءات، إثارة العديد من الدعاوى التي يتم ربطها عموماً بعامل الإخلال بالالتزام التعاقدية بمفهومه القانوني، عند استثناء شروطه وكذا الاستحالة المطلقة للتنفيذ، وهي المسألة التي لا تتحقق في جميع الفروض، أو يصعب ثبوتها، لارتباط متطلباتها بمعطيات غير ثابتة، بالنظر إلى طبيعة الالتزامات التعاقدية، وتعدد الإجراءات المتخذة لمنع تفشي الوباء، وصولاً إلى إمكانية أطراف العقد تفعيل الدور الكبير الذي تلعبه الإرادة المشتركة في مواجهة تغير الظروف في العقود الدولية في إطار إنفاذ سلطان الإرادة وما تعورف عليه بالعقد سريعة المتعاقدين، إذ يملك أطراف العقد الدولي الخيار الاستراتيجي الحاسم في استمرارية العقد واستتباب التوازن التعاقدية.

في حقيقة الامر، لعل قصور القوانين الوطنية واختلافها في تنظيم مسألة تأثير تغير الظروف المحيطة بالعقد أثناء تنفيذه، أدى إلى المساهمة في استحداث أسلوب اتفائي بالأخص في مجال العقود الدولية، يعمل إلى حد كبير على التصدي للظروف التي تؤثر على التوازن العقدي، من خلال إدراج شرط تعاقدي اتفائي يلزم الأطراف بإعادة التفاوض على وضع الإرهاق في تنفيذ العقد الدولي، يسمى بشرط إعادة التفاوض أو الهاردشيب « La clause Hardship »، إذ يلجأ أطراف العقد الدولي إلى مؤسسة الاتفاق على إعادة التفاوض بشأن العقد كلما تغيرت الظروف المحيطة به وفقاً لشرط إعادة التفاوض، الذي يترتب عليه آثار من شأنها ضمان استمرارية العقد بالرغم من جائحة كورونا. وقد ساعد على ذلك اتساع مجال حرية الأطراف في تضمين العقد البنود الاتفائية التي تجسد رغبتهم في معالجة تغير الظروف المحيطة بالعقد والمحافظة عليه، بالأخص مع تزايد الدخول في المعاملات الطويلة المدة التي يتزايد احتمال تعرضها لتغير الظروف بشكل واسع، وهو الشرط الذي يسمح بالدخول في مفاوضات جديدة لمراجعة العقد وإعادة توازنه.

ويعد وقف التنفيذ، الأثر الأول والمباشر الذي يترتب على تفعيل الأحكام الخاصة بشرط إعادة التفاوض في العقود الدولية، ويضمن هذا الشرط التمكين من بقاء العقد الدولي

واستمراريته في ترتيب آثاره للوصول إلى تحقيق الأهداف المبتغاة منه، عن طريق وقف تنفيذ العقد لحين تلاشي الوباء، ليتم الرجوع بعدها إلى استئناف تنفيذ العقد بزوال الأوضاع المترتبة عليه، ويعد التفاوض بين الشركاء أحد أفضل الطرق لحماية العلاقات التجارية على المدى الطويل.

هذا وإن الدخول في إعادة التفاوض من أجل ملائمة أو مراجعة العقد، خطوة تدخل في إطار الإجراءات الممكن القيام بها لتخفيف الضرر، حيث يلتزم الطرف المتضرر من عدم تنفيذ الالتزامات بالقيام بكل ما في استطاعته لتخفيف أو تقليل الخسارة التي يتحملها تطبيقاً للالتزام بتخفيف الضرر، الذي يتضمن ضرورة القيام بالإجراءات المتاحة للدائن والمناسبة لمواجهة وباء كورونا، ضماناً لبقاء العقد بالرغم من تغير الظروف المحيطة به. كما يعتبر الالتزام بتخفيف الضرر وعدم تفاقمه التزاماً ببذل عناية، يتحقق باتخاذ كافة التدابير المعقولة أو إجراءات تتناسب مع الأوضاع المترتبة وبوسائل متعددة، تختلف باختلاف موضوع العقد والظروف المحيطة به، سواء كان ذلك بتغيير عناصر أو بنود العقد ضماناً لبقائه، كالتصرف في السلعة التي من الممكن تلفها، تغيير مجال نقل السلعة وغيرها. فالأوضاع المترتبة عن الفيروس تتطلب اتخاذ التدابير التي من شأنها المساعدة على تقليل من آثاره.

Séance de clôture du Webinaire : Restitution et discours de la clôture de la par de messieurs :

- Dr. Radouane MRABET : Président de l'USMBA.
- Dr. Mohammed BOUZLafa : Doyen de la FSJES Fès USMBA.
- Dr. Abdelaziz SQUALI : Directeur du Laboratoire de Recherche «ESSOR» Droit, Philosophie et société à la FSJES Fès USMBA.
- Dr. Abdelhamid AHRIF : Chef de Département de Droit Privé, et Enseignant-Chercheur à FSJES Fès USMBA.

A la fin de ce webinaire, l'ensemble des intervenants ont été remerciés pour le partage d'idées, d'expériences, principalement les propositions très riches en enseignements en la matière, et il a été adressé aussi, des vifs remerciements aux participants, pour l'intérêt porté à cette thématique, tout en espérant trouver des éléments de réponses à l'intrigue posée.

Dans ce contexte de crise sanitaire, de nouvelles exigences apparaissent dans la gestion des affaires quotidiennes des entreprises marocaines.

Cette transformation improvisée du mode entrepreneurial a nécessité la mise en place d'un dispositif juridique pour accompagner cette transformation, que ça soit au niveau de la gestion interne de l'entreprise, où au niveau des contrats d'affaires

qu'elle a contracté. Cette nécessité de transformer la crise en opportunité va, de ce fait, accélérer le processus de modernisation de la perception du droit des modes de gouvernement de l'entreprise.

L'adoption d'un nouveau mode de gestion à travers la mise en œuvre de l'entrepreneuriat rationnel, ne saurait atteindre l'objectif de performance si elle n'est pas accompagnée d'une stratégie juridique favorisant d'adhésion des entreprises à cette évolution, et d'une gestion moderne et participative à tous les niveaux. En fait, la modernisation de l'arsenal juridique, régissant le domaine des affaires, n'est pas une fin en soi, mais c'est un moyen, pour attendre les résultats, car il ne faut pas négliger la qualité des managers, la qualité des Ressources Humaines, et la qualité des producteurs d'idées d'entreprendre.

Dans ce contexte, le dualisme existant entre une règle de droit soft law, et un mode de gestion fondé sur l'anticipation et le management des risques, représente un levier stratégique du projet de développement d'un milieu affairiste compact. Il s'agit dorénavant, pour l'entreprise, de faire face aux exigences d'un système juridique, du management interne, de l'émergence des nouveaux défis, et la nécessité de développement des compétences, la rénovation des structures, et de la gestion des ressources humaines.

Aussi, l'esprit rationnel impose-t-il de considérer la crise pandémique, comme étant un accélérateur de changements du milieu entrepreneurial, vu qu'elle a permis aux entreprises de se détourner de leur quotidien, pour se repositionner sur un mode de travail, et de reclasser les priorités stratégiques.



محور المقالات والدراسات



الوقف وتطبيقاته في القانون العراقي

بقلم : الدكتور أحمد خلف حسين الدخيل

أستاذ المالية العامة والقانون المالي

كلية الحقوق - جامعة تكريت - جمهورية العراق

المقدمة

لعل الوقف يشكل تطبيقاً من تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي التضامني وذلك بما يمثله من نشاط اقتصادي حقيقي له إدارة مستقلة يتم بصورة حرة ويهدف إلى تحقيق أهداف اجتماعية تضامنية بعيدة عن الربح وإن كان في سبيل استثمار أمواله يمكن أن يروم تحقيق عوائد مالية تعينه في إدراك مقاصده، بيد أن العراق وأغلب الدول العربية تعاني من انخفاض الوعي بأهمية هذا التطبيق، إذ ينظر إليه على أنه مجرد أثر من آثار الفقه الإسلامي التي لا تلي الاحتياجات الحالية، ولا يمكن جعلها متوافقة مع متطلبات العصر، وهو ما انعكس سلباً على كم ونوع الأوقاف، إذ بقيت بنفس المستوى، بل انخفضت نتيجة اندثار البعض منها وسوء الإدارة وافتقارها بالفساد المالي والاداري الذي يضرب كافة مفاصل الدولة العراقية وما قاده إلى إبعاد الأوقاف عن تحقيق الأهداف المرجوة منها.

وبغرض الإحاطة بالموضوع من كافة الجوانب لا بد من التطرق إلى ما يأتي:

أولاً : أهمية الدراسة: تتبع أهمية الدراسة من أهمية الأوقاف ذاتها وما يمكن أن تلعبه من دور فعال في مجال الحماية الاجتماعية عبر تقديم الخدمات والمنافع الخيرية، وفي مجال النمو الاقتصادي وحل المشكلات الاقتصادية عبر توفير فرص العمل وإعانة المشروعات الاقتصادية المتعثرة ومكافحة التضخم والكساد وغيرها، ناهيك عن الجانب الشرعي الذي تسهم في تنميته بما يمثل من قرينة لله عز وجل.

ثانياً: مشكلة الدراسة: تتجلى مشكلة الدراسة في الإهمال الذي ألم بالأوقاف في العراق

نتيجة لما يأتي:

1 - تبعثر النصوص القانونية التي تحكمه بين القانون المدني وقانون إدارة الأوقاف وقانون التسجيل العقاري وقانون ديوان الوقف السني وقانون ديوان الوقف الشيعي وقانون ديوان الأوقاف الأخرى.

2 - البيروقراطية في الإدارة الحكومية للأوقاف والبعد عن الأساليب الحديثة في الإدارة.

3 - غياب الأسلوب الحديث في استثمار أموال الأوقاف، مما منع تميمتها وتطوير غلتها.

4 - الانبهار بالشركات والجمعيات الخيرية الغربية، وما يمكن أن يجره إلى التحكم بالأوقاف الإسلامية وإخضاعها لقواعد وضعية تخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: فرضية الدراسة: تنطلق الدراسة من افتراض إمكانية انتشار الأوقاف في العراق من واقعها المرير عبر ما يأتي:

1 - وضع تشريع قانوني موحد يضم جميع الأحكام المتعلقة بالأوقاف يجمع شتات القواعد الفقهية والقانونية ويوئبها وينسقها ويرفع التعارض والاختلاف بينها ويحاكي التحولات الفنية المعاصرة.

2 - اعتماد أسلوب حوكمة الأوقاف وتخليصها من آفة البيروقراطية والفساد المالي والإداري.

3 - تبني الأساليب الحديثة في استثمار أموال الأوقاف وتمييزها عبر الاستعانة بالشركات المتخصصة في هذا الشأن.

4 - تشجيع الاجتهاد في القضايا المستحدثة التي تواجه الأوقاف، وعدم الاعتماد على الحلول الوضعية التي لا تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.

رابعاً : منهج الدراسة: سنعمد في دراستنا المنهج التحليلي الاستنباطي المقارن للنصوص القانونية ذات الصلة بالوقف للتعرف على مدى توافقها مع القواعد الفقهية وإبراز مواطن القوة فيها وتعزيزها، ومواطن الوهن ومحاولة تجاوزها، للوصول إلى أفضل الحلول لمشكلة الدراسة بعد مقارنة مسلك المشرع العراقي مع بعض التشريعات الحديثة.

خامساً : هيكلية الدراسة: وفي سبيل ذلك سيتم تقسيم الدراسة على ثلاثة مطالب نخصص الأول للحديث عن أساس الوقف من النواحي التاريخية والفلسفية والقانونية، فيما نكرس الثاني للحديث عن التعريف بالوقف من حيث مفهومه وأركانه وأنواعه وتطبيقاته، والثالث والأخير للطبيعة القانونية للوقف، ثم نختم دراستنا بأهم الاستنتاجات والتوصيات، والله الموفق.

المطلب الأول: أساس الوقف

أما ونحن في بداية دراستنا لموضوع الوقف يجدر بنا أن نتعرف على الأساس الذي يقوم عليه من كافة النواحي التاريخية والفلسفية والقانونية ليتسنى لنا تحديد الركائز الأساسية لهذا البناء والتي من خلالها نشرع بالانطلاق لولوج بقية مفاصلة من مفهوم وعناصر وأنواع وتطبيقات، بل وحتى الطبيعة القانونية، ذلك أن للتطور التاريخي الذي مر به دور كبير في تفسير المفهوم العام للوقف وكذا الحال في الفلسفة التي يقوم عليها والتي تبرر منطقياً بعض التفاصيل التي تحكم الوقف، وبالمثل فإن الأساس القانوني يمنحنا فرصة للوقوف على المرجعية القانونية للوقف وسبل اسناده إلى مواد محددة في المنظومة القانونية للدولة التي يعمل فيها.

وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع نخصص الأول للأساس التاريخي للوقف والثاني للأساس الفلسفي له ونكرس الثالث للأساس القانوني، وذلك كما يأتي:

الفرع الأول: الأساس التاريخي للوقف

لا بد لنا هنا من التعرف على التطور التاريخي الذي مرت به الصور الأولى للوقف أو على الأقل النماذج المشابهة له بعيداً عن التسمية التي كانت تطلق عليه وإلى أن وصل إلى ما هي عليه اليوم، ومن هنا وجب علينا تتبع ذلك التطور عبر النقاط الآتية:

أولاً: في العصور القديمة

وجدت بعض الإشارات في العصور القديمة على معرفة الأمم القديمة صوراً مشابهة للوقف سميت بمسميات مختلفة ففي العراق وجزيرة العرب كان هناك بعض الأموال التي ينتفع بها الجميع أو على الأقل مجموعة من الأشخاص الذين ينتمون لطائفة معينة أو ديانة محددة كالمعابد ودور العبادة الأخرى والمسارح والطرق والأنهر والينابيع، والحال ذاته في بلاد النيل، إذ تركت مساحات شاسعة من الأراضي التي لا يمكن التصرف بها بأية وسيلة من وسائل نقل الملكية، في حين كانت غلتها تدفع على استصلاحها والاعانة على إقامة الشعائر الدينية من الانفاق على العاملين فيها ومن خدمتها، ومنها أيضاً تنازل بعض الفراعنة عن بعض أملاكهم إلى بعض العامة ووضع وإجراء طقوس خاصة بعملية نقل الملكية بصورة

(صلى الله عليه وسلم) بعين في الجنة على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث، ومن ثم توسع الوقف ليشمل حتى الرباع والبيوت والمصاحف والكتب والأرض والمزارع وأبارها وذلك في زمن الصحابة، وتطور الأمر في عصر التابعين وأتباعهم من بعدهم ليشمل قطاع الخدمات والمؤسسات الاجتماعية، فضلاً عن المجال الحربي والتعليمي ومنها الكتاتيب والمدارس الطبية والمكتبات، واتسعت في القرن الثالث الهجري وحتى نهاية العصور الوسطى إلى الفنادق والمستشفيات والحيوانات⁽¹⁾.

إلا أن ما أصاب الدولة العثمانية من تراجع في اتباع الشريعة الإسلامية واعتماد القوانين الوضعية أصاب الإهمال الأوقاف فتراجع دورها كثيراً، ناهيك عن ما أصاب الأوقاف من فساد مالي وإداري.

ثالثاً: في العصور الحديثة

ومع بداية نشوء الدول الحديثة في العصر الحديث وفي الوقت الذي تراجع فيه دور الوقف في كافة مجالات الحياة في بلاد الشرق وخاصة الدول ذات الأغلبية الإسلامية ومنها الدول العربية بدأت دول الغرب تهتم بالوقف وتنميه وتطوره، ومع أن هناك دراسات سابقة أشارت إلى أن الوقف في الغرب سبق العصر الحديث وبالتحديد في العام 1260 عندما أنشأ والتروتون كلية والتروتون بجامعة اكسفورد بأسلوب الوقف، ولكن الحقيقة أن الإشارة القانونية الأولى للوقف في أوروبا كانت في العام 1601 في القانون الانكليزي ولكنها كان يطلق عليها بالأعمال الخيرية وقد تطورت كثيراً مثل هذه الأعمال في بريطانيا إلى الحد الذي أنشأت فيها المؤسسات الخيرية وولجت جميع مجالات الحياة التعليمية والصحية والإنسانية ووصلت في القرن التاسع عشر إلى قيام وقفيات الصكوك والأسهم الحكومية وارتقت إلى إنشاء مفوضية عليا للأعمال الخيرية بموجب قانون الأعمال الخيرية لعام 1993 ومنها انتقلت إلى بقية الدول الغربية، بل عادت إلى واجهة الاهتمام في الدول العربية ووصلت ذروتها في الوقت الحاضر وخاصة بعد الأزمة المالية العالمية 2008 من خلال منح دور كبير للقطاع الخاص في مجال خدمة المجتمع عبر القيام ببعض الأعمال الخيرية بمسميات

1. د. انور محمد الشلتوني: التدابير الشرعية لإعادة الوقف العلمي إلى دوره الفاعل في النهضة العلمية للامة، بحث مقدم إلى مؤتمر اثر الوقف الإسلامي في النهضة العلمية المنعقد في كلية الشريعة بجامعة الشارقة، للفترة من 9-10 ايار 201، ص 6.

- د. سامي تيسير سلمان: الريادة الوقفية، بحث مقدم إلى الملتقى الرابع لتنظيم الاوقاف، تحت شعار الاوقاف واثرها في التنمية برؤية المملكة العربية السعودية 2030، الذي عقد للفترة من 14-15 فبراير 2018، ص 5.

- د. العياش الصادق فداد: مسائل في فقه الوقف، بحث مقدم إلى دورة الوقف في مكافحة الفقر، نواكشوط، 16-21 مارس 2008، ص 6-7.

مختلفة قريبة من نظام الأوقاف منها: (Endowment) و (Organizations Profit Non) و (Foundation) و (Grant) و (Making Foundation) و (Trust) وغيرها⁽¹⁾.

وفي الدول العربية والإسلامية فقد بدأت تهتم بمصادر التمويل الإسلامية في الربع الأخير من القرن العشرين ومنها الوقف وبدأت الدول تهتم بالأوقاف وبدأ الفقه يتناولها بالشرح والتفصيل ويحاول أن يحاكي بها تحديات المجتمع ويرد بها دور الدولة في تقديم الخدمات واستمر العمل الفقهي إلى أن وصل في عام 2008 إلى إقرار المعيار رقم (33) الخاص بالوقف من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وتعمل الهيئة اليوم على تطوير هذا المعيار وهو ما يعني أن هناك حاجة إلى ذلك المعيار وهناك تطبيقات واسعة له.

ولم يخرج العراق عن هذا التطور إلا أن الاهتمام بالوقف فيه كما بقية أدوات المالية الإسلامية لم يكن بذات المستوى الذي كان عليه في دول إسلامية أخرى كماليزيا وإيران وعربية كالسودان والخليج وإنما بقيت تجربة العراق في الوقف بسيطة تعاني قدم التشريعات قبل العام 2003 وكانت بعد ذلك تعاني من الفساد الإداري والبيروقراطية والبعد عن استخدام الحوكمة في الإدارة مما أبعدها حتى الآن عن أداء الدور المرجو منها في هذه المرحلة رغم الحاجة الماسة إلى دور فعال لها في هذا المجال.

الفرع الثاني: الأساس الفلسفي للوقف

يجدر بنا في هذا المقام أن نعرف كيف تنظر الأفكار والأيديولوجيات المختلفة من فردية واشتراكية وإسلامية إلى الوقف؟ وكيف تبرر وجوده أو كيف تقبل وجوده؟ وهو ما يتطلب منا الحديث عن الأساس الفلسفي للوقف في كل فلسفة من تلك الفلسفات، وكما في النقاط الآتية:

أولاً: الأساس الفلسفي للوقف في المذهب الفردي

على الرغم من أن المذهب الفردي يقوم على مجموعة أسس أو قواعد من أهمها السعي إلى الحصول على الربح المادي البحت وضرورة تذليل العقبات أمام القطاع الخاص في سبيل تحقيق تلك التنمية ولا يكون ذلك إلا من خلال منح الحرية للقطاع الخاص أفراداً أو شركات، ومن ثم الوصول بالاقتصاد إلى آلية للتشغيل الكامل، وعلى الرغم من ثبوت فشل آلية التشغيل الكامل الذي أظهرته الأزمات المالية والاقتصادية التي ضربت الدول

1. المؤسسات الوقفية في الدول الغربية نشأتها، أنواعها، دورها التنموي، مميزاتها، ص 2.

الرأسمالية ومن خلالها العالم بأسره، فلا زالت النظرة الرأسمالية إلى الحرية على ما هي عليها، غير أن ميزة النظام الرأسمالي ومذهبه الفردي هي التكيف مع الظروف، وعليه وبالنظر لتناقض دور الدولة وصيرورتها ذات دور حارس وبالتالي بقاء الكثير من الحاجات دون إشباع، إذ كانت حاجات عامة وتحولت بسبب ابتعاد الدولة عن اشباعها وترك تلك المهمة للأفراد لإشباعها، ومع عدم قدرة هؤلاء على اشباعها كل بمفرده فقد ترك الخيار لأفراد القطاع الخاص بإنشاء منظمات خيرية أو منظمات غير ربحية لإشباع تلك الحاجات والحلول محل الدولة والقيام بإشباع تلك الحاجات عبر استثمار الحق في الحرية.

والأكثر من ذلك فإن الأوقاف أو بالأحرى التطبيقات الأكثر شبيهاً بالأوقاف الإسلامية التي ولجها الغرب كـ (Endowment) و (Trust) و (Foundation) وغيرها جاءت لامتناسخ الغضب العمالي تجاه أرباب العمل والنظرة إليهم على أنهم جمعوا أموالهم من نهب خيرات المجتمع واستغلال جهد العمال لمصالحهم الشخصية، ناهيك عن أن بعض التطبيقات جاءت استجابة لتشجيعات حكومية تمثلت بالإعفاءات الضريبية الممنوحة لها مما زاد من إعدادها، فضلاً عن الجانب الإنساني في الموضوع ففي جميع الدول وفي كافة الأزمنة وتحت مختلف الفلسفات لا بد أن يكون هناك لمسة إنسانية لدى البعض مما يدفعهم إلى ولوج تلك التطبيقات القريبة من الوقف الإسلامي أو الشبيه به لتحقيق أغراض إنسانية بحتة بعيداً عن أي دوافع مادية أو دينية أخرى مستخدمين هامش الحرية الواسع الذي يمنحه المذهب الفردي في هذا المجال⁽¹⁾.

ثانياً: الأساس الفلسفي للوقف في المذهب الاشتراكي

تبدو مهمة التعرف على الأساس الفلسفي للوقف في المذهب الاشتراكي أسهل بكثير من نظيرتها في المذهب الفردي على الرغم من أن النزعة المادية البحتة هي الغالبة على منهجهما معاً، ولكن المذهب الاشتراكي وفي معرض محاربتة للملكية الفردية فإنه ربما يشجع الملكيات الجماعية أو على الأقل تلك التي تقلل من الملكية الفردية لصالح الملكية الجماعية تمهيداً لانتقالها إلى الملكية العامة.

ومن هنا كان من الطبيعي أن تتناغم التطبيقات الشبيهة أو القريبة من الأوقاف الإسلامية في الدول التي تتبنى النظام الاشتراكي إسوة ببقية تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي

1. - للمزيد من التفصيل ينظر د. محمد عبدالحليم عمر: نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة في العالم الغربي (Endowment- Foundation- Trust) دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف (الصيف) التنموية والرؤى المستقبلية) في جامعة أم القرى في مكة المكرمة، ص 7-10، منشور على شبكة الانترنت، متاح على الرابط الآتي:

https://drive.uqu.edu.sa/_/cjsr/files

التضامني الأخرى من مسؤولية مجتمعية وتأمين تعاوني وتعاونيات وغيرها، ومع ذلك نجد أن التركيز في الدراسات والبحوث ذات الصلة بالأوقاف في الدول غير الإسلامية يكون على الدول الرأسمالية في الوقت الذي تكاد تنعدم فيه مثل تلك الدراسات في الدول الاشتراكية، رغم أن فرصة إقامة تطبيقات مشابهة للأوقاف الإسلامية فيها تكون أكبر، بل أكثر قبولاً منها في الدول الرأسمالية هذا طبعاً بالإضافة إلى الدافع الإنساني الذي يمكن أن يسهم وبشكل فعال في إنشاء العديد من التطبيقات المشابهة للأوقاف الإسلامية في الدول التي تتبنى النظام الاشتراكي، فبغض النظر عن الفلسفة التي يؤمن بها القابضين على السلطة لا بد أن يكون هناك بعض الأشخاص الذين يكون لديهم الرغبة والإيمان بالجانب الإنساني في الموضوع مما يدفعهم إلى دفع المال للمحتاجين أو إنشاء مشروعات أو مؤسسات خيرية أو ذات نفع عام، ولكن الخيرية في تلك الدول ليست هي ذاتها الخيرية المعروفة لدينا في بلدانا الإسلامية، فقد يعد عملاً خيراً أو ذا نفع عام عندما يتم إنشاء مؤسسة أو منظمة للدفاع عن المثليين أو رعاية أو دعم بائعي الخمر أو تهتم ببيوت الدعارة وغيرها من الأعمال التي لا تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، فضلاً عن الأعمال الأخرى التي تدخل ضمن مفهوم الخيرية المشترك بينها وبين الشريعة الإسلامية كمكافحة البطالة ومعالجة التشرد والرفق بالحيوان وإعانة المدارس والجامعات ورعاية ذوي الإعاقة ونشر الكتب المفيدة وإنشاء المستشفيات ومكافحة المخدرات وغيرها.

ثالثاً: الأساس الفلسفي للوقف في الفقه الإسلامي

إذا كان إنشاء الأوقاف الإسلامية لا يخرج عن هدف عام يتمثل في التقرب إلى الله عز وجل والظفر بالأجر والثواب وهو ما يتجلى واضحاً في الإطار المفاهيمي للوقف وتطبيقاته الأولى في العصر النبوي كحادثة وقف عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) للأرض ووقف عثمان بن عفان (رضي الله عنه) للعين التي اشتراها بعد أن وعده الرسول فيها بعين في الجنة، غير أن هذا الهدف العام يدخل ضمن مجموعة من الأهداف الفرعية التي تصب فيه فكل ما ينفع الناس ولا يخالف الشريعة الإسلامية يمكن أن يدخل ضمن أعمال البر التي يتقرب بها العبد إلى ربه بما في ذلك نشر الدين الإسلامي وإنشاء المساجد وتجهيز الجيوش وتقديم الخدمات الصحية والتعليمية والبيئية وخاصة المستشفيات والجامعات والتوعية بأخطار التلوث ورعاية بعض الطبقات المهمشة والتعريف بحقوقها في الإسلام كالنساء وذوي الإعاقة وغيرها من الأعمال.

ناهيك عن اعتبار الوقف من باب الصدقة بالاستناد إلى الآيات القرآنية الكريمة كقوله تعالى (لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ)¹، وقوله عز وجل (يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلَّوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ)²، وقول الباري الكريم (وَأَنْفِقُوا مِنْ مَا رَزَقْنَاكُمْ مِّنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَكُمُ الْمَوْتُ فَيَقُولَ رَبِّ لَوْلَا أَخَّرْتَنِي إِلَىٰ أَجَلٍ قَرِيبٍ فَأَصَّدَّقْتُ وَأَكُنْ مِنَ الصَّالِحِينَ)³، وكذلك قوله تعالى (وَسَيُجَنَّبُهَا الْأَتْقَى الَّذِي يُؤْتِي مَالَهُ يَتَزَكَّىٰ وَمَا لِأَحَدٍ عِنْدَهُ مِنْ نِعْمَةٍ تُجْزَىٰ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ رَبِّهِ الْأَعْلَىٰ وَلَسَوْفَ يَرْضَىٰ)⁴، فضلاً عن الأحاديث النبوية الشريفة التي تؤكد على الصدقة وضمنها الوقف كقوله (صلى الله عليه وسلم): (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية، أو علم يتفع به من بعده، أو ولد صالح يدعو له) (رواه مسلم)، وكذلك قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: (أن تتصدق وأنت صحيح شحيح، تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تتمهل، حتى إذا بلغت الروح الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان) (متفق عليه)، وقد مثلت تلك الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة أساساً شرعياً للوقف⁽⁵⁾ ويضاف إلى ذلك أن إنشاء الوقف يدخل ضمن الأعمال المندوبة إذا ما صنفاً الوقف في أقسام الحكم الشرعي التكليفي كونه يتضمن: (طلب الشارع للفعل على وجه الأولوية والأفضلية بحيث يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه)⁽⁶⁾.

وبهذا فإنه يختلف عن المسؤولية المجتمعية التي تدخل ضمن الأعمال المندوبة والمكروهة والمباحة ولكنه يشبه التعاونيات والتأمين التعاوني التي تدخل أيضاً ضمن الأعمال المندوبة.

الفرع الثالث: الأساس القانوني للوقف

إن المتتبع للمنظومة القانونية العراقية يلحظ اهتماماً كبيراً بالأوقاف، وهو ما يعني وجود أساس قانوني سليم للأعمال الوقفية في هذا البلد والتي يمكن أن نصلها كما يأتي:

1. سورة آل عمران/ الآية 92.
2. سورة البقرة/ الآية 215.
3. سورة المنافقون/ الآية 10.
4. سورة الليل/ الآيات من 17-21.
5. د. العياش الصادق فداد: مسائل في فقه الوقف، مصدر سابق، ص 6-7.
- صالح بن غانم السدلان: احكام الوقف والوصية والفرق بينهما، دار بلنسية، بلا سنة نشر، ص 4.
6. ينظر في تفصيل اقسام الحكم الشرعي التكليفي ومنها المندوبة د. مصطفى إبراهيم الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج 1، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015، ص 211 وما بعدها.

أولاً: في دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ⁽¹⁾:

أشار المشرع الدستوري العراقي إلى الأوقاف في موضعين، كما يأتي:

- 1 - في المادة (43) منه عندما أكد في البند (أولاً) منها على أنه (اتباع كل دين أو مذهب احرار في إدارة الأوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية، وينظم ذلك بقانون).
- 2 - في المادة (103) منه عندما اعتبر دواوين الأوقاف هيئات مستقلة مالياً وإدارياً وأن تنظيم عمل هذه الدواوين يكون بقانون، كما جعل هذه الدواوين ترتبط بمجلس الوزراء.

ثانياً: في التشريع العادي:

وقد تناولها المشرع في أكثر من قانون، وكما يأتي:

- 1 - تناول القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل⁽²⁾ مجموعة كبيرة من النصوص التي تناولت الوقف ومنها:

أ- عدت الفقرة (1) من المادة (68) منه حق الوقف من الحقوق العينية الأصلية.

ب - جعلت الفقرة (2) من المادة (124) منه وقوع غبن على مال الدولة أو مال الوقف سبباً لبطلان العقد دون الحاجة إلى أن يكون مصحوباً بالتغريب كوسيلة لحماية أموال الوقف وعدها بموازاة الأموال العامة.

ج - عدت الفقرة (2) من المادة (130) منه الإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف والتصرف في مال الوقف من النظام العام.

د - جعلت الفقرة (2) من المادة (430) منه مدة عدم سماع الدعوى ضد المنكر للريع الواجب على متولي الوقف أدائه للمستحقين هي (15) سنة بعد تركها بدون عذر مشروع اسوة بالدعوى ضد الحائز سيء النية، وعلى العكس من الحائز حسن النية، إذ تكون مدة عدم سماع الدعوى هي (5) سنوات فقط.

هـ - منعت الفقرة (هـ) من المادة (1134) سماع دعوى الشفعة إذا كان العقار المشفوع به وقفاً.

2 - قانون إدارة الأوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل⁽³⁾:

1. نشر هذا الدستور في جريدة الوقائع العراقية في عددها المرقم 4012 في 2005/12/28.

2. نشر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 3015 في 1951/8/9.

3. نشر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 1293 في 1966/7/19.

وقد ركز هذا القانون على كل ما يتعلق بإدارة الاوقاف وتقسيماته من وقف صحيح وغير صحيح وكذلك وقف مضبوط ووقف ملحق ، ناهيك عن الوقف الذري والوقف الخيري والوقف المشترك وانعكاس ذلك كله على الجانب الإداري لتلك الأوقاف⁽¹⁾ ، وكذلك صرف إيرادات ونفقات الأوقاف على مستحقيها ورواتب العاملين فيها⁽²⁾ ، فضلاً عن إجراءات تعيين متولي الأوقاف ومحاسبتهم وغيرها⁽³⁾ .

3 - قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل⁽⁴⁾ :

وقد تضمن مجموعة من القواعد التي تتناول أحكام تسجيل العقارات الموقوفة وتسجيل أي تصرفات عليها فقد تناولت أحكامه أقسام العقارات الموقوفة من صحيحة وغير صحيحة⁽⁵⁾ ، كما تناولت بالتفصيل إجراءات تسجيل العقارات الموقوفة سواء كان الوقف صحيح أو غير صحيح وكل ما يتعلق بالمحدثات والمغروسات⁽⁶⁾ ، كما أجاز أن يجتمع في تلك الوحدة العقارية أصناف مختلفة في تسجيل عقاري واحد أو أكثر⁽⁷⁾ ، فيما منع تسجيل الوقف أو الوصية على العقار إذا سجل باسم أجنبي عندما يكون الموقوف عليه أو الموصى له جهة / اجنبية خارج البلاد⁽⁸⁾ ، فضلاً عن إقراره سريان أحكام الإرث على حق التصرف في الأرض الاميرية أو الموقوفة وقفاً صحيحاً تبعاً للمنشآت والمغروسات القائمة عليها إذا كانت قد أنشأت قبل نشر قانون التصرف في 29 نيسان 1913⁽⁹⁾ ، وغيرها الكثير من الأحكام التي لا مجال لذكرها في هذا الموضوع.

4 - قانون ديوان الوقف السني رقم 56 لسنة 2012 وقانون ديوان الوقف الشيعي رقم 57

لسنة 2012 وقانون ديوان اوقاف الديانات المسيحية والايديوية والصابئة المندائية رقم 58 لسنة 2012⁽¹⁰⁾ .

1. المادة (1) من قانون ادارة الاوقاف رقم 44 لسنة 1966 المعدل .
2. المادة (3) من قانون ادارة الاوقاف رقم 44 لسنة 1966 المعدل .
3. المادة (16) من قانون ادارة الاوقاف رقم 44 لسنة 1966 المعدل .
4. نشر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 1995 في 10/5/1971 .
5. المادة (6) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل .
6. المادة (6) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل .
7. المادة (8) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل .
8. المادة (15) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل .
9. الفقرة (2) من المادة (186) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل .
10. نشرت هذه القوانين في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 4254 في 15/10/2012 .

وقد الفت هذه القوانين وزارة الاوقاف والشؤون الدينية واسست ثلاثة دواوين احدها للوقف السني والآخر للوقف الشيعي والثالث للأوقاف الأخرى وحددت اهداف ووسائل تلك الاوقاف، وحددت كيفية اختيار رئيس كل ديوان منها ومجلس ادارة كل ديوان واحتياجاته والهيكل التنظيمي للديوان والمجلس العلمي والافتائي في كل ديوان، كما حددت مصادر ايرادات كل ديوان وادارته للأوقاف واحكام ختامية تتعلق بمنحه الاعضاءات الضريبية وخضوع حساباتها لرقابة ديوان الرقابة المالية.

هذا طبعاً بالإضافة إلى مجموعة كبيرة من القوانين والانظمة والتعليمات التي تنظم الكثير من جوانب الاوقاف ومنها على سبيل المثال قانون الخدمة في المؤسسات الدينية رقم 67 لسنة 1971 المعدل⁽¹⁾ وقانون رعاية وادارة دور العبادة والمنشأة من الاشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة رقم 62 لسنة 2000 ونظام التولية رقم 46 لسنة 1970 ومرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم 1 لسنة 1955⁽²⁾ وغيرها من القوانين والانظمة والتعليمات، وهي جميعاً تمثل اساساً قانونياً سليماً لإقامة وادارة وتطوير الاوقاف في العراق، ولكن البعض منها بحاجة إلى بعض التعديلات والتي سيتم تناولها بشكل متتابع في هذه الدراسة.

المطلب الثاني: التعريف بالوقف

وبعد ان تعرفنا على الأساس الذي يقوم عليه الوقف أن لنا ان نولي وجهتنا البحثية صوب التعريف بالوقف لنلج تعريفه من حيث المفهوم من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية ومن ثم نتحول إلى توضيح اركان الوقف وخصائصه وانواعه وتطبيقاته، فلا يمكن لأي دراسة ان تحيط أو تلم بموضوع الوقف الا بتناول هذه الموضوعات، ولكننا سنحاول ان نركز على الجوانب القانونية في الموضوع بعيداً عن الافكار والدراسات الشرعية الكثيرة التي غطت موضوع الوقف واحاطت بكل جوانبه، ذلك ان تلك الدراسات تحاكي العقلية الشرعية وبقيت قاصرة عن تلائم العقلية القانونية للقارئ، بل كانت صعبة الفهم لدارسي القانون.

وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع نخصص الأول لمفهوم الوقف وخصائصه والثاني لأركان الوقف والثالث لأنواع الوقف وتطبيقاته، وكما يأتي:

1. نشر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 1991 في 1971/4/25.

2. نشر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 3665 في 1955/7/19.

الفرع الأول: مفهوم الوقف وخصائصه

ان الاحاطة بمفهوم الوقف وخصائصه يتطلب التعرف على معناه من الناحيتين اللغوية أولاً ومن ثم الاصطلاحية، لننتقل بعدها إلى التعرف على خصائصه وذلك في النقاط الثلاثة الآتية:

أولاً: الوقف لغةً

الوقف في اللغة من الفعل وقف يقف وقف، فهو واقف والمفعول موقوف، وقف الحابس: جعله يقف وتأتي بمعنى آخر وقف الشخص على الأمر: اطعته عليه ووقفه على جلية الأمر، ووقف حياته على العبادة: خصصها على خدمة فريضة العبادة، ووقف الدار ونحوها على الورثة: حبسها لمنفعتهم، ووقف الأموال في سبيل الله جعلها في سبيل الله⁽¹⁾.

ثانياً: الوقف في الاصطلاح القانوني

على الرغم من تعدد التعريفات الشرعية للوقف الا ان هناك شحة كبيرة في التعريفات القانونية للوقف، بل حتى التعريفات القانونية القليلة لهذا الاصطلاح كان البعض منها منقولة من التعريفات الشرعية أو انها مجرد اعادة صياغة لتلك التعريفات مستخدمة ذات المصطلحات وخاصة ما تعلق منها بمصطلحي الحبس والتسبيل وهي مصطلحات غير قانونية بالمعنى الذي استخدم في التعريف الشرعي للوقف بأنه: (حبس الاصل وتسبيل المنفعة) وكذلك تعريف الحنفية له بأنه: (حبس العين على حكم ملك الله، والتصديق بالمنفعة على جهة خير)، وتعريف المالكية له بأنه: (جعل المالك منفعة مملوكة، ولو كان مملوكاً بأجرة، أو جعل غلته كدراهم لمستحق، بصيغة، فترة ما يراه المحبس)، وتعريف الجمهور له بأنه: (حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، ويقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره على مصرف مباح موجود أو يصرف ريعه على وجه بر وخير تقرباً إلى الله تعالى)، وتعريف الحنابلة والجعفرية له بأنه: (تحبس الأصل وتسبيل المنفعة)، أو كما يقول البعض منهم: (تحبس الاصل وتسبيل الثمرة)⁽²⁾.

1. للمزيد من التفصيل ينظر موقع المعاني على شبكة الانترنت ، متاح على الرابط الآتي :

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/وقف

2. - ينظر في تفصيل تلك التعريفات لمياء فاتي : قراءة في النظام الوقفي المغربي (الواقع والافاق) ، دراسة منشورة على شبكة الانترنت متاحة على الرابط الآتي:

http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2018/01/Waqf-LF.pdf

وقد عرفت الأراضي الموقفة تعريفاً قانونياً بأنها: (التي حبست اعيانها على حكم ملك الله تعالى، وتصرف غلتها على وجه يعود نفعه إلى العباد)⁽¹⁾، وعرف الوقف تعريفاً تشريعياً بأنه: (كل مال حبس اصله بصفه مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعتة لفائدة جهة بر واحسان عامة أو خاصة، ويتم انشاؤه بعقد، أو بوصية أو بقوة القانون)⁽²⁾، والحال ذاته في التعريفات التي اوردها المشرع العراقي الذي ابتعد عن وضع تعريف للوقف بشكل عام وهو منهج يتفق مع المنهج السليم في كون وضع التعريفات هو للفقهاء والقضاء اكثر منه للمشرع، ولكنه عرف بعض انواع الوقف فقد عرف الوقف الصحيح بأنه (العين التي كانت ملكاً فوققت إلى جهة من الجهات ويشمل العقير الموقوف)⁽³⁾، وعرف في موضع آخر الاوقاف الصحيحة بأنها: (التي كانت مملوكة ثم اوقفت إلى جهة من الجهات بمسوغات شرعية)⁽⁴⁾، فيما عرف الوقف غير الصحيح بأنه: (حق التصرف والعقر في الاراضي الاميرية المرصدان والمخصصان إلى جهة من الجهات)⁽⁵⁾، كما عرف في موضع آخر الاوقاف غير الصحيحة بأنها: (ما كانت رقبته اميرية وحق التصرف فيها أو رسومها أو اعشارها أو جميعها موقوفة تخصيصاً لجهة من الجهات)⁽⁶⁾.

فهذه التعريفات وغيرها من التعريفات هي اقرب إلى التعريفات الشرعية منها إلى التعريفات القانونية وهو ما يفرض علينا محاولة وضع تعريف للوقف يتناغم والفكر القانوني لنقول بأنه: (تخلي المالك عن حق التصرف في ملكه تقرباً لله تعالى وعن حقي الاستعمال والاستغلال لمصارف مباحة شرعاً).

إذ يأتي هذا التعريف على حق الملكية ويتولى توزيع السلطات التي يباشرها المالك من سلطة تصرف واستعمال واستغلال حيث يتخلى المالك عن جميع هذه السلطات، ولكن تخليه عنها لا يكون لجهة واحدة وانما يتم توزيع تلك السلطات على جهتين، إذ تكون سلطة التصرف على حكم ملك الله تعالى، فتكون الرقبة ملكاً لله عز وجل، وبالتالي منع التصرف بالمال الموقوف تقرباً لله تعالى، فيما يكون حقي الاستعمال والاستغلال للتصرف على

1. محمد طه البشر ود. غني حسون طه: الحقوق العينية، ج1، العاتك للصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة نشر، ص269.

2. المادة الاولى من المدونة المغربية الصادرة بموجب ظهير شرف رقم 236 و9 و1 صادر في 23 شباط 2010.

3. المادة الاولى من قانون ادارة الاوقاف العراقي رقم 14 لسنة 1966 المعدل.

4. الفقرة (أ) من المادة (6) من قانون التسجيل العراقي المعدل.

5. المادة الاولى من قانون ادارة الاوقاف العراقي المعدل.

6. الفقرة (ب) من المادة (6) من قانون التسجيل العقاري العراقي المعدل.

مجالات مباحة تقرها الشريعة الإسلامية الغراء، وقد تكون عامة لجهات بر واحسان وقد تحدد لمنفعة فئة معينة من الافراد وقد تكون لكليها معا.

ويبدو لنا ان هذا التعريف يتلاءم مع التعديل الذي اجراه قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم 53 لسنة 1976⁽¹⁾ الذي جعل جميع الاراضي الاميرية الصرفة أو المفوضة بالطابو والممنوحة باللزمة والموقوفة وقفاً غير صحيح والاراضي المتروكة من صنف الاراضي المملوكة للدولة، وبالتالي عاد بمسلك المشرع العراقي إلى المسلك المعتاد لأقرانه في الدول العربية التي لم تعرف ما اسماه المشرع العراقي سابقاً بتقسيم الاوقاف إلى اوقاف صحيحة واوقاف غير صحيحة.

ثالثاً: خصائص الوقف

يتميز الوقف بكثير من الخصائص أهمها:

أ. إنه حق عيني: مع ان مشروع القانون العراقي لم يعرف الوقف كما فعل مع بقية الحقوق التي ذكرها في الفقرة (1) من المادة (68) منه الا انه أكد على أنه من الحقوق العينية الاصلية⁽²⁾، وعندما نقول بانه حق عيني فذلك يعني ان صاحب هذا الحق يستطيع مباشرة حقه على الشيء محل الحق واستعمال سلطاته على ذلك الشيء دون اي وساطة من شخص آخر⁽³⁾. مع التذكير هنا بان هناك خلافاً فقهيّاً حول امكانية وقف المنقول بالنظر لشدة الحاجة اليه في الوقت الحاضر كوقف الكتب العلمية وما شابه ذلك.

ب. إنه متاح للمسلم وغير المسلم: إذا ما توافرت اركان الوقف فلا فرق بين أن يكون الواقف مسلم أو غير مسلم، رغم منازعة بعض الفقه في وقف المرتد لمانه على اساس زوال ملكية المرتد بالردة⁽⁴⁾

ج. إنه من تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي التضامني: ان فكرة الوقف تقوم على العمل الخيري والعمل لما بعد الموت واستبقاء الثروات في ذرياتهم والتعاون، بل وخدمة بقية ابناء المجتمع في اي مجال من مجالات الحياة وهو ما يجعله تطبيقاً أصيلاً من تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي التضامني⁽⁵⁾.

1. نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 2531 في 1976/5/31.

2. تنظر الفقرة (1) من المادة (68) من القانون المدني العراقي المعدل.

3. محمد طه البشر ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص 5.

4. يذكر ان هناك خلافاً فقهيّاً حول مسألة استفادة غير المسلم من الوقف، وللمزيد من التفصيل ينظر د. عبد الله بن عبد الرحمن السلطان: وقف المسلم على غير المسلم في الفقه الإسلامي، مكتبة نور، بلا سنة نشر، ص 35 وما بعدها.

5. ينظر في تفصيل ذلك مصطفى مجيد: شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ج 1، ط 1، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2008، ص 114.

د. الديمومة: يقوم الوقف على اساس البقاء والاستمرارية للموقوف ومن ثم الديمومة في انتفاع الجهة التي وقف المال لمصلحتها، فهو يبقى مستمراً مع استمرار الجهة التي وقف عليها ومن ثم يتحول إلى العمومية، اللهم إلا إذا كان مؤقتاً لدى من قال بجواز تأقيت الوقف.

هـ. العمومية في الانتفاع: رغم ان الوقف يمكن ان يكون ذرياً يخصص لخدمة فئة معينة ويمكن ان يكون خيرياً يصرف على جهة خير ويمكن ان يكون مشتركاً بين الجهتين، فإن في الوقف تعميماً للانتفاع أو على الأقل نقلاً لحقوق الانتقال في المال من الشخص الواقف لوحده إلى مجموعة اشخاص ذرية أو خيرية أو مشتركة.

و. التراجع والتطبيق في اغلب البلدان العربية: على الرغم من النتائج الطيبة التي حققها الوقف في بداية نشأته في عهد الرسول (صلى الله عليه وسلم) والعهد الراشدي وحتى الاموي والعباسي، إلا أنه تراجع في الوقت الحاضر نتيجة اصابته بأفات البيروقراطية والفساد المالي والاداري الذي يضرب اغلب الدول العربية ومنها العراق، في حين نجد ان هناك نهوضاً منقطع النظير في دول الغرب وبالتحديد في الولايات المتحدة الامريكية وخاصة في التطبيقات الشبيهة بالوقف والتي تتدرج تحت مسمى الأعمال الخيرية أو التطوعية⁽¹⁾، وهو ما يدعونا إلى اقتراح الاستفادة من التجربة الغربية في هذا المجال لتطوير الاوقاف وتخليصها من كل المعوقات التي تقف في طريق نموها وتحقيق النتائج المرجوة منها.

الفرع الثاني: أركان الوقف

إذا كان المشرع يجيز انشاء الوقف بالتصرف القانوني سواء كان بالعقد أو الوصية فإن ذلك يتطلب توافر شروط التصرف الذي يتم انشاء الوقف به، فاذا كان التصرف يتم بموجب عقد وجب ان تتحقق فيه اركان العقد من تراضي ومحل وسبب ويضاف إليها ركن الشكلية إذا كان الموقوف عقاراً وكما يأتي:

أولاً: التراضي:

يفترض ان يكون الواقف يملك الاهلية لإجراء تصرف الوقف وبما أنه من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالنسبة له، لذا فإنه يتطلب منه أن يكون كامل الاهلية لإجراء تصرف الوقف أما الموقوف عليه وخاصة إذا كان شخصاً معيناً فإن البعض يشترط فيه ان يقوم بقبول الوقف لانعقاد العقد ومن ثم صحة الوقف، فيما يذهب الرأي الراجح انه لا يشترط لصحة العقد قبول الموقوف عليه وإنما القبول مطلوب للاستفادة من الوقف لا لصحته فهو

1. ينظر في تفصيل ذلك: د. نصر محمد عارف، مصدر سابق، ص 16.

يثبت بمجرد الايجاب في الوقف وفي الحالتين فإن القبول يتطلب اهلية في الموقوف عليه وبما أنه من التصرفات النافعة نفعاً محضاً له فإنه يكفي فيه ان يكون ناقص الاهلية، ولكن ينبغي ان لا ينتاب الرضا اي عيب من العيوب سواء كان الغلط أو الاكراه أو الغبن مع التعبير أو الاستغلال.

ثانياً: المحل:

محل العقد الذي ينشأ الوقف هو الموقوف والذي ينبغي ان يكون موجوداً أو ممكناً كما ينبغي ان يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وان يكون مشروعاً أو قابلاً للتعامل فيه ومتفقاً مع احكام الشريعة الاسلامية.

ثالثاً: السبب:

ينبغي أيضاً ان يكون لإنشاء الوقف سبباً محدداً وبقدر تعلق الامر بالوقف فإن الباعث الدافع له ينبغي ان يكون هو التقرب لله عز وجل، في حين ان السبب القصدي المباشر له يمكن ان يكون عمل الخير أو توزيع الثروة على الموقوف عليهم وغيرها من الاسباب الأخرى.

رابعاً: التسجيل:

يوجب المشرع العراقي تسجيل اي تصرف يتعلق بالعقار في دائرة التسجيل العقاري وبعبءه فإن ذلك التصرف لن يكون صحيحاً الا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري، والحقيقة أن مشرع قانون التسجيل العقاري لم يكتف بوجود العقد لتسجيل الوقف على العقار ولا حتى اقرار الواقف عندما عده تصرفاً من جانب واحد وهو الواقف، بل تطلب وجود حجة شرعية أو حكم قضائي بات وقابل للتنفيذ⁽¹⁾.

أما إذا كان التصرف الذي انشأ الوقف هو الوصية فإنه وحسب قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل تصرفاً من جانب واحد وبالتالي ينبغي ان تتوافر فيه ذات اركان العقد عدا ما يتعلق منها بوجود الطرف الثاني، بعيداً طبعاً عن الكثير من التفاصيل التي لا تهم موضوع الوقف مع الاشارة فيما يتعلق بالتسجيل أن الوصية سواء تعلقت بالعقار أو بالمنقول فإن المشرع لا يقبل إثباتها الا بدليل كتابي موقع من الوصي أو مبصوم أو بختمه أو طبعة ابهامه ومصدقاً من الكاتب العدل، ولكنه عاد واجاز اثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي⁽²⁾ بيد أن ذلك

1. تنظر المادة (256) من قانون التسجيل العقاري العراقي المعدل وينظر في تفصيله مصطفى مجيد: شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ط2، ج3، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2008، ص184.

2. تنظر المواد (64-74) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

لا يعني بأي حال من الاحوال تسجيل الوقف وانما يعني ان تلك المتطلبات تهيء متطلبات اصدار الحجة الشرعية والحكم القضائي البات الذي على ضوئه يتم تسجيل الوقف لدى دائرة التسجيل العقاري، والواقع ان تلك هي الاركان القانونية للتصرف المنشأ للوقف اما الوقف نفسه فيجب العودة في اركانه إلى الشريعة الإسلامية بعده تطبيقاً من التطبيقات الإسلامية الخالصة⁽¹⁾ وعليه فإن اركان الوقف هي:⁽²⁾

أولاً: الواقف:

وهو مالك المال الموقوف والذي يشترط فيه ان يكون كامل الاهلية والا يكون في مرض الموت، ويشترط البعض فيه ان لا يكون مرتداً باعتبار عدم ثبوت ملكيته للمال.

ثانياً: الموقوف:

وهو المال الموقوف ويشترط فيه ان يكون مالاً متقوماً فلا وقف للأموال غير المتقومة كالخمر والخنزير، وكذلك ان يكون مالاً فلا وقف للأراضي الموات وحيوانات الصيد قبل صيدها، وان يكون معلوماً عند الوقف، فلا وقف لمجهول، وان يكون مالاً ثابتاً قابلاً للانتفاع به، فلا وقف للأموال التي تستهلك باستخدامها كالثمار وغيرها.

ثالثاً: الموقوف عليه:

وهو أو هم المستحقين أو المستفيدين من منافع الوقف ويشترط فيها ان تكون جهة مباحة شرعاً فلا يجوز الوقف على المعاصي والمنكرات ويجب ان يكون الموقوف عليه قربة في نظر الشريعة ونظر الواقف في آن واحد، وان تكون الجهة الموقوف عليها موجودة ومعينة فهناك من يؤكد على ذلك في الوقف ابتداءً وانتهاءً، فيما يكفي البعض بتعيين الموقوف عليه ابتداءً مع جواز انقطاع تلك الجهة انتهاءً، وان يتم تأييد الوقف رغم ان هناك من يجيز تأقيت الوقف.

رابعاً: الصيغة:

يركز الفقه الإسلامي على ركن الصيغة في اغلب، ان لم يكن في جميع، التصرفات الشرعية. ويشترط فيها ان تكون غير مقترنة بتعليق أو اضافة إلى المستقبل وان يكون العقد فيها منجزاً، فلا وقف بوعد وان تكون غير مقترنة بشرط يناقض مقتضى الوقف كأن يحتفظ الواقف بحق التصرف في المال الموقوف.

1. مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ج 1، ص 117.

2. د. العياش الصادق فداد : مسائل في فقه الوقف، مصدر سابق، ص 10.

- صالح بن غانم السدلان، مصدر سابق، ص 6.

خامساً: إدارة الوقف:

يضيف البعض ركناً خامساً للوقف الا وهو ناظر الوقف أو القيم عليه أو متوليه والذي يمكن ان يكون الواقف نفسه أو وصي الواقف أو من اختاره بعد مماته والقاضي نيابة عن الحاكم ويشترط في متولي الوقف ان يكون كامل الأهلية وأميناً يبحث عن مصلحة الوقف والموقوف عليهم وتنفيذ شروط الوقف الصحيحة.

الفرع الثالث: أنواع الوقف وتطبيقاته

تعدد انواع الوقف شرعاً وقانوناً بحسب الجهة التي يتم النظر إليه منها، اما تطبيقات الوقف فهي لا تعد ولا تحصى ولكن يمكن ادراج ابرز تلك التطبيقات، وعليه ينبغي تقسيم هذا الفرع إلى:

أولاً : أنواع الوقف

تختلف انواع الوقف كما قلنا وفقاً للزاوية التي يتم النظر إليه منها وعلى التفصيل الآتي:
أ. التقسيم الشرعي: اعتمد الفقه الإسلامي تقسيماً رئيساً للوقف وهو ما يبدو واضحاً من تعريف الوقف ذاته، وقد اخذت القوانين بهذا التقسيم واعتمده أيضاً الا وهو تقسيم الوقف حسب الجهة الموقوف عليها على ثلاثة انواع وهي:

أ - الوقف الخيري (العام): ويعرف بأنه: (ما جعلت فيه المنفعة لجهة أو أكثر من جهات الخير) وقد عرفه المشرع العراقي بأنه: (ما وقف على جهة خير حين انشائه، أو آل إليها نهائياً⁽¹⁾)، كما عرف بأنه: (الذي يوقف في اول الامر على جهة خيرية ولو لمدة معينة، ويكون بعدها وقفاً على شخص معين أو اشخاص معينين)⁽²⁾، وعرف أيضاً بأنه: (الذي يقصد الواقف منه صرف ريع الوقف إلى جهات البر التي لا تنقطع، سواء كانت اشخاص معينين كالفقراء والمساكين، أو جهات مباحة كالمساجد والمدارس والمستشفيات إلى غير ذلك)⁽³⁾.

ويبدو من التعريفات اعلاه أن هناك مرونة في الموضوع فالوقف الخيري أو العام يمكن ان يكون موقوف على جهة بر أو نفع عام ابتداءً أو انتهاءً وفي ذات الوقت يمكن ان يتم الوقف مع تحديد جهة الخير بالأشخاص أو بالأماكن أو بالمؤسسات أو بغيرها.

1. د. عيسى زكي، مصدر سابق، ص4.

2. د. صالح بن غانم السدلان، مصدر سابق، ص5.

3. د. العياش: مسائل في فقه الوقف، مصدر سابق، ص16.

وعليه ربما يكون التعريف الأفضل له أن نقول أنه: (الوقف الذي يتخلى فيه المالك عن حقي الاستعمال والاستغلال لمنفعة عامة).

ب - الوقف الذري (الاهلي أو الخاص): ويعرف بأنه: (ما جعلت فيه المنفعة للأفراد⁽¹⁾)، وعرف كذلك بأنه: (هو الذي وقف في ابتداء الامر على نفس الواقف أو اي شخص أو اشخاص معينين فترة معينة ثم يجعل اخره كجهة خيرية)⁽²⁾، وعرف كذلك بأنه: (تخصيص ريع للواقف أولاً ثم لأولاده ثم إلى جهة بر لا تنقطع)⁽³⁾، وعرفه المشرع العراقي بأنه: (ما يقفه الواقف على نفسه، أو ذريته أو عليهما معاً، أو على شخص معين أو ذريته أو عليهما معاً أو على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته)⁽⁴⁾.

وواضح الفرق بين التعريفات الاولى وتعريف المشرع العراقي ذلك ان التعريفات السابقة ركزت على ضرورة ان يكون هناك تقرب لله تعالى من خلال اشتراط ان يكون الوقف الذري ذرياً ابتداءً ثم ينتهي ليكون خيرياً في النهاية فلا وقف ذري محض والا كان باطلاً⁽⁵⁾، في حين ان المشرع العراقي لم يشترط ذلك إذ اجاز ان يكون الوقف ذرياً محضاً، بل أنه لم يذكر شيئاً عن امكانية ان يتحول الوقف الذري إلى خيري، ولكن الواقع يبين لنا بأن مآل الوقف هو في جميع الاحوال إلى العمومية ذلك ان العائلة ستكبر إلى ان تكون اكثر عمومية. وعليه يمكن أن نعرفه لنقول أنه: (الوقف الذي يتخلى فيه المالك عن حقي الاستعمال والاستغلال لشخص أو عائلة معينة أو ذريتهما).

ج - الوقف المشترك (المختلط): ويعرف بأنه: (ما يجمع بين الوقف الخيري والاهلي⁽⁶⁾)، وعرف كذلك بأنه: (ما خصصت منافعها إلى الذرية وجهة بر معاً)⁽⁷⁾، وعرف أيضاً بأنه: (الوقف المشترك بين جهات الخير وبين الاشخاص)⁽⁸⁾، وعرفه المشرع العراقي بأنه: (ما وقفه على جهة الخير، وعلى الافراد أو الذراري)⁽⁹⁾.

1. د. عيسى زكي، مصدر سابق، ص 4.

2. السدلان، مصدر سابق، ص 5.

3. د. العياش: مسائل في فقه الوقف، مصدر سابق، ص 16.

4. المادة (2) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري.

5. احمد جلال الدين: الوقف مصطلحاته وقواعده، مطبعة الرابطة، بغداد، 1955، ص 6.

6. د. عيسى زكي، مصدر سابق، ص 4.

7. د. العياش: مسائل في فقه الوقف، مصدر سابق، ص 16.

8. احمد جمال الدين، مصدر سابق، ص 7.

9. المادة (1) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري.

ويبدو أن هناك اتفاق على مفهوم الوقف المشترك بأنه ما خصصت منفعته لجهة من جهات الخير وجهة من جهات الذراري، وعليه يمكن تعريفه أنه: (الوقف الذي يتخلى فيه المالك عن حقي الاستعمال والاستغلال لجهة عامة ولشخص أو عائلة أو ذريتهما).
ويذكر أنه يترتب على هذا التقسيم الشرعي الذي اخذت به القوانين عدة نتائج يمكن ادراجها في الجدول الآتي:

جدول رقم (2): نتائج التقسيم الشرعي للوقف

نوع الوقف	تعيين متولي الوقف (الناظر)	جواز التصفية من عدمها	جواز الرجوع من عدمه
الذري	المحكمة الشرعية (محكمة الاحوال الشخصية)	يجوز تصفيته بطلب احد المستفيدين أو ورثته	يجوز للواقف حصراً طلب الرجوع فيه
الخيرى	المجلس العلمي والافتائي في ديوان الوقف المختص	لا يجوز تصفيته ولا التصرف فيه ولا الحجز عليه	لا يجوز الرجوع فيه
المشترك	المجلس العلمي والافتائي في ديوان الوقف المختص	جواز التصفية	يجوز الرجوع للواقف

ب. التقسيم القانوني: يعتمد المشرع العراقي تقسيماً آخر للوقف باعتبار الجهة التي تتولى ادارته وعلى نوعين هما :

- 1 - الوقف المضبوط: هو الوقف الذي يتولى ادارته ديوان الوقف المختص (الوقف السني أو الوقف الشيعي أو اوقاف الاديان الأخرى) ويشمل وفقاً للمشرع العراقي الوقف الصحيح الذي لم يشترط التولية عليه لاحد أو انقطعت فيه شروط التولية ، والوقف غير الصحيح والوقف الذي مضت على ادارته خمسة عشر سنة من قبل وزارة الاوقاف أو مديرية الاوقاف العامة أو ديوان الوقف المختص ، وكذلك اوقاف الحرميين الشريفين فيما عدا اوقاف الاغوات المشروطة لهم واعيان الجهات الخيرية التي تؤول للأوقاف وفقاً للقانون.⁽¹⁾
- 2 - الوقف الملحق: وقد عرفه المشرع العراقي بأنه (هو الذي يديره متول ومشروط صرف غلته أو جزء منها على المؤسسات الدينية والخيرية ويشمل الوقف الذري الذي يديره

1. الفقرة (6) من المادة (1) من قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل.

متول ومشروط صرف غلته إلى من عينهم الواقف من ذريته أو غيرهم وكذلك الوصية بالخيرات التي تخرج مخرج الوقف).⁽¹⁾

والحقيقة ان هناك تقسيماً قانونياً آخر اعتمده المشرع العراقي الا وهو تقسيم الوقف حسب ملكيته قبل الوقف إلى وقف صحيح مملوك لشخص معين يقوم بوقفه على جهة من الجهات الخيرية أو الذرية⁽²⁾ اما الوقف غير الصحيح فهو وقف حق التصرف والعقر في الاراضي الزراعية الاميرية المرصدان والمخصصان إلى جهة من الجهات⁽³⁾ ، ويؤكد البعض⁽⁴⁾ ان النوع الأخير (الوقف غير الصحيح) الذي لا يمثل له في التشريعات المقارنة اصبح في حكم الملغى في العراق بصدور قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم 53 لسنة 1976 الذي وحد اصناف الاراضي الاميرية من مفوضة بالطابو وممنوحة باللزما وموقوفة وفقاً غير صحيح إلى اراضي مملوكة للدولة.

فيما يؤكد رأي آخر أنه ليس نوعاً خاصاً بالمشرع العراقي وان له اصول تاريخية تتمثل بوقف الاقطاع ووقف الارصاد على اساس ان هذا الوقف هو (ما اوقفه السلاطين والولاة واصحاب النفوذ من رسوم الاراضي الاميرية التي استولوا عليها سابقاً تغلباً أو بحكم الولاية عن السلطان)⁽⁵⁾.

والحقيقة اننا نؤيد الرأي الأول في ما اكده من الغاء هذا المصطلح في التنظيم القانوني العراقي بصدور قانون توحيد اصناف اراضي الدولة وان كان الالغاء ضمنياً وليس صريحاً⁽⁶⁾ وحسبنا دليلاً على ذلك ان قانون ديوان الوقف السني النافذ وقانون ديوان الوقف الشيعي النافذ وقانون ديوان الاوقاف المسيحية والايديدية والصابئة المندائية النافذ لم تذكر مثل هذا النوع من الاوقاف في حين ذكر قانون ديوان الوقف السني النافذ النوع الأخير من الوقف ألا وهو الوقف الصحيح.

ونذكر هنا بان هذه هي التقسيمات الرئيسية لأنواع الوقف ، غير ان هناك تقسيمات أخرى حسب نوع المنفعة التي تقدمها إلى اوقاف علمية واوقاف صحية وأخرى جهادية واوقاف دعوية واوقاف الحج واوقاف رعاية الاطفال واوقاف العناية بكبار السن وذوي الاحتياجات

1. الفقرة (7) من المادة (1) من قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل.

2. الفقرة (1) من المادة (1) من قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل.

3. الفقرة (5) من المادة (1) من قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل.

4. مصطفى مجيد، ج2، مصدر سابق، ص9.

5. احمد جمال الدين، مصدر سابق، ص8.

6. د. سامي تيسير سلمان، مصدر سابق، ص3.

الخاصة ، فضلاً عن تقسيمها حسب نوع المال الموقوف إلى اوقاف عقارية واوقاف منقولة واوقاف نقدية وهي ما جرى الاختلاف حولها ، وغيرها من التقسيمات الأخرى.

ثانياً : تطبيقات الوقف

لا يمكن حصر تطبيقات الوقف في جوانب معينة فهي منفتحة على جميع مجالات البر والخير ومنها ما يأتي:⁽¹⁾

أ. **الاقواق الدينية:** وتشمل بناء المساجد واعمارها والقيام على خدمتها ونشر المصحف الشريف واقامة دورات تحفيظ القران الكريم وتسهيل عمليات الحج والعمرة واقامة القنوات الفضائية الدعوية وتسجيل وتوزيع الاقراص ذات المواد الشرعية وانشاء المواقع الالكترونية المهمة بنشر الدين الإسلامي والتوعية بالأحكام الفقهية وتطبيقها ووضعها في متناول الجميع عبر طبع ونشر وتوزيع البوسترات والكتب والكتيبات الشرعية واقامة المؤتمرات والندوات ودروس العلم التي تهتم بالموضوعات الشرعية المختلفة وغيرها من التطبيقات التي تتطور مع تطور المجتمع ووسائل تواصله والتي ربما يكون منها انشاء الكروبات والصفحات على وسائل التواصل الاجتماعي.

ب. **الاقواق الصحية:** ومنها انشاء المشافي وتقديمها الخدمات الصحية مجاناً وتوزيع الادوية مجاناً واقامة المدارس والكليات الطبية وعلاج الامراض المستعصية في خارج البلاد وداخلها وتمويل الابحاث العملية وتأليف الكتب الطبية المختلفة وتوفير خدمات العيادة الالكترونية المفتوحة عبر الاعلان عن ارقام هواتف ومواقع تواصل اجتماعي تستقبل الاستفسارات الطبية والاجابة عليها من اطباء متخصصين ، فضلاً عن رعاية المؤتمرات والندوات وورش العمل والحلقات العلمية التي تسهم في رفع المستوى العلمي لأطباء البلد واكتشاف العلاج المناسب للأمراض المستعصية.

ج. **الاقواق التعليمية:** ومنها بناء رياض الاطفال والمدارس والجامعات والمكتبات ونشر الكتب وتحمل تكاليف دراسة الطلبة بجميع المراحل الدراسية ورعاية الابحاث العلمية والقضاء على الامية وتعليم اللغات وانشاء المواقع على شبكة الانترنت أو صفحات التواصل الاجتماعي والكروبات المختلفة لنشر العلم والمصادر العلمية وجعلها في متناول الجميع.

د. **الاقواق الانسانية:** ومنها الانفاق على الفقراء والمساكين وتوزيع الغذاء للمحتاجين ورعاية المسنين والمشردين وذوي الاعاقة والانفاق على زواج غير القادرين عليه والانفاق

1 . ينظر في تفصيل ذلك د. محمد عبدالحليم عمر ، مصدر سابق ، ص 12-13.

على ادوات الزينة الخاصة بالعرائس والانفاق على تجهيز الموتى ودفنهم وغيرها من الخدمات التي تتبع من الجانب الانساني البحت كتقديم القروض الحسنه لفتح مشروعات عمل صغيرة ومتوسطة وتوفير ادوات والآت ومكان للعمل وتقديم خدمات التدريب والتأهيل للشباب بهدف رفع مستوى امكانياتهم الفنية لولوج سوق العمل واقامة وصيانة الطرقات وتوفير وسائل النقل المجانية واسكان من لا مأوى له من العائلات وانشاء المخابز والمطاعم وتقديم خدماتها مجاناً وانشاء اماكن للصناعة والحيوانات ومكافحة التصحر والعناية بالبيئة وكفالة اللاجئين والاسرى وغيرها.

والحقيقة ان المتتبع لدواوين الاوقاف في العراق وخاصة موقع ديوان الوقف السني وديوان الوقف الشيعي بعيداً عن ديوان الاوقاف الاخرى على شبكة الانترنت يلحظ وبسهولة غياب الشفافية في عملها ، إذ ان آخر تحديث على موقعها كان قبل سنوات خلت وهو ما يقل من المعلومات المتاحة للباحثين مما دفعنا الى تكليف مجموعة من طلبتنا لمراجعة دوائر الديوانين وقد جمعوا كما لا بأس به من الكتب الرسمية والاحصائيات التي يتضح منها ما يأتي :

1 - ان الدواوين دوائر رسمية تمويل مركزياً وهو ما يبدو جلياً من الاطلاع على الجدول (و) من الجداول الملحقة بقانون الموازنة العامة الاتحادية لسنة 2019 والخاص بالنفقات حسب القطاعات والانشطة لسنة 2019 للدوائر الخدمية الممولة مركزياً⁽¹⁾ ، وهو أمر يحتاج باعتقادنا الى اعادة نظر ، فلا يمكن ان تكون اموال الوقف من اموال الدولة وانما لها نظام خاص بها.

2 - يبدو ان هناك دائرة تتبع ديوان الوقف السني تسمى هيئة ادارة واستثمار الوقف السني واخرى تتبع ديوان الوقف الشيعي تدعى الامانة العامة لإدارة واستثمار اموال الوقف تكون مهمة كل منهما ادارة واستثمار اموال الوقف في كل ديوان وتمول بشكل ذاتي.

3 - وجدت الكثير من تطبيقات خدمة المجتمع التي تبنتها دواوين الاوقاف سواء ذات الاهداف الدينية أو التعليمية أو الصحية أو الانسانية ، بيد ان تلك الخدمات تكاد تكون عشوائية لم توضع في شكل خطة تبحث عن الحاجات العامة التي تخلت أو عجزت الدولة عن اشباعها أو معالجة المشكلات التي يعاني منها المجتمع ، ناهيك عن ارتباط الحصول على تلك الخدمات بالفساد المالي والاداري الذي يضرب دوائر تلك الدواوين والمحسوبة

1. نشر قانون رقم (1) الموازنة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية 2019 في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 4529 في 11 شباط 2019.

والمنسوية التي تعاني منها في خضم خضوعها ادارتها للمحاصصة السياسية التي يفترض ان تكون ابعد الدوائر عنها.

4 - انعكس كل ما ذكرناه اعلاه على نظرة المجتمع الى تلك الدواوين على أنها اشبه بضياع موضوعة تحت تصرف قلة من الافراد يتصرفون بها وفقاً لمصالح شخصية بحتة وبالتالي هناك فجوة بينها وبين المجتمع خلافاً للهدف الرئيس من انشائها ألا وهو خدمة المجتمع وتنمية روح التعاون والتضامن بين ابناءه.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للوقف

ان المتتبع للدراسات القانونية يؤكد غياب الاهتمام بالطبيعة القانونية للوقف رغم ان هناك من وصفه بأنه نوع من انواع الصدقة ولكن ذلك الوصف كان لغاية محددة الا وهي وضع الأساس الشرعي السليم لهذا التطبيق الإسلامي للاقتصاد الاجتماعي التضامني ، ومن ثم فلا يمكن الاعتماد على ذلك الوصف في تحديد الطبيعة القانونية له وإنما ينبغي البحث عن تلك الطبيعة في التطبيقات الأخرى كالمسؤولية المجتمعية أو التعاونيات أو حتى التأمين التعاوني أو ربما تكون له طبيعة خاصة به ينفرد بها عن بقية التطبيقات الأخرى.

وعليه وجب تقسيم هذا المطلب على فرعين نخصص الأول لوصف الوقف بصورة من صور المسؤولية المجتمعية والثاني لوصف الوقف بأنه عبارة عن تعاونية ، وكما يأتي:

الفرع الأول: صورة من صور المسؤولية المجتمعية

إذا ما عملنا مقارنة بين الوقف والمسؤولية المجتمعية فإننا سنجد الكثير من اوجه الشبه بين الاثنين وعلى التفصيل الآتي:

أولاً: خدمة المجتمع:

كل من المسؤولية المجتمعية والوقف تؤدي إلى خدمة المجتمع فالمسؤولية المجتمعية هي قيام القطاع الخاص طواعية أو مدفوعاً بالحوافز الخاصة بأعمال تصب في خدمة المجتمع⁽¹⁾ وكذا الحال مع الوقف فإنه يجعل الانتفاع بالمال الموقوف في خدمة جهة من جهات البر والخير أو على الأقل على جهة معينة من الذراري ، وهو ما يجعل النتيجة النهائية لكل منها العمل على توفير الخدمات وارداً دور الدولة ومساعدتها في قضاء حوائج

1. د. احمد خلف حسين الدخيل وخالد احمد مطر : المسؤولية المجتمعية للشركات متعددة الجنسيات عن حماية الأقليات ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الدولي الثاني لجامعة التنمية البشرية الذي أقيم في السليمانية تحت شعار التنمية البشرية رؤية معاصرة للفترة من 15-16 نيسان 2015 منشور في مجلة جامعة التنمية البشرية، ج1، المجلد 1، ع3 ، 2015، ص 110.

المواطنين أو اشباع جزء من الحاجات العامة وذلك في ظل تراجع كبير في دور الدولة في اشباع تلك الحاجة لأسباب مختلفة يتعلق البعض منها بالفلسفة السائدة عالمياً الا وهي المذهب الفردي ونظامه الرأسمالي أو ما ارتبط منها بالأزمة المالية العالمية التي حدثت في العالم منذ العام 2008 ولا زالت آثارها شاخصة على العالم بأسره.

ثانياً: الطوعية:

هناك جانب كبير من علماء الاقتصاد وعلماء الاجتماع وفقهاء القانون يؤكد الجانب الطوعي الخالص في المسؤولية المجتمعية ، بل ان الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى ضرورة المزوجة في المسؤولية المجتمعية بين الجانب الطوعي الخاص في تبني المسؤولية المجتمعية والتشجيع والحث على اعتماد تلك الحريات من خلال منح الحوافز وخاصة المالية منها لمن يبادر من القطاع الخاص بالقيام بالمسؤولية المجتمعية⁽¹⁾ وهو ما يبرز الجانب الطوعي من الموضوع ، وهو ما يشبه إلى حد كبير ما هو عليه الحال في الوقف ، إذ ان من اهم اركان الوقف هو الواقف والذي يشترط فيه ان يكون حراً في تصرفه بالمال من خلال الوقف وبالتالي ولما كان الوقف تصرف ارادي ينبغي ان لا يشوب رضا الواقف فيه عيب من عيوب الرضا من غلط واكراه وتغريير واستغلال والا كان التصرف عرضة للإبطال.

ثالثاً: الدافع الشرعي:

يحتل الدافع الشرعي مساحة واسعة في ممارسات المسؤولية المجتمعية والتي يقوم بها المسلمين وان ارتبطت كما يذهب الرأي الراجح بالحصول على مكاسب مالية سواء تمثلت تلك المكاسب في الدعاية والترويج أو تقليص تكاليف الانتاج أو للظفر بأعلى المستويات في تصنيفات المسؤولية المجتمعية أو حتى بالحصول على الحوافز المادية أو المعنوية الدنيوية منها أو الآخروية.

وفي الوقف أيضاً فإن الدافع الشرعي سيكون حاضراً لامحالة فهو تصرف يجري تقريباً لله تعالى سواء كان وقفاً خيرياً أو وقفاً ذرياً فهذا الأخير مآله إلى وقف خيري في النهاية ذلك ان الذراري سيزيد عددهم شيئاً فشيئاً فيتحول الوقف عملياً إلى وقف خيري بسبب اتساع عدد المستفيدين منهم بحيث يكونون اقرب إلى جهة خيرية منه إلى جهة ذرية.

1 . ينظر في تفصيل هذا الخلاف د. أحمد خلف حسين الدخيل ود. علي غني عباس : التنظيم القانوني للدور المجتمعي للقطاع الخاص في العراق ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي العاشر الذي أقامته كلية القانون-جامعة جرش تحت شعار الدور المجتمعي للشركات والقطاع الخاص في اسطنبول للمدة من 28-29 أيار 2014 ، ص7.

وبناء على المعطيات أو اوجه الشبه اعلاه هي يمكن ان يوصف الوقف بأنه صورة من صور المسؤولية المجتمعية ؛ سيما وان المسؤولية المجتمعية لها صورتين تتمثل الاولى بالأعمال الطوعية الخالصة والثانية بالأعمال المدفوعة بالحوافز المختلفة وبالتالي يكون الوقف اقرب إلى الصورة الاولى الخاصة بالأعمال الطوعية ، بل ان التدقيق في الامر اكثر يدفعنا إلى القول بأنه يدخل حتى في الصورة الثانية سيما وان الوقف سيكون الدافع إليه هو التقرب إلى الله عز وجل والظفر بالأجر والثواب ومن ثم فهو يشبه إلى حد كبير صورة المسؤولية المجتمعية المدفوعة بالحصول على الحوافز الأخروية.

ومع ذلك لا يمكن باعتقادنا القول بأن الوقف لا يعدو ان يكون صورة من صور المسؤولية المجتمعية ، أما ما يقال حول اوجه الشبه بين الاثنين فهو امر طبيعي باعتبار ان كل من الوقف والمسؤولية المجتمعية من تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي التضامني ومن الطبيعي ان يشتركان في ذات الخصائص كونهما يدخلان ضمن الجهة العليا التي تضمهما بالإضافة إلى تطبيقات أخرى من تأمين تعاوني وتعاونيات وغيرها من التطبيقات المختلفة للاقتصاد الاجتماعي التضامني.

والأكثر من ذلك فإن الوقف تطبيق مستقل له فقه واسع وله معيار مفصل ضمن معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية هو المعيار رقم (33) وبالتالي لا يمكن قصره على صورة من صور المسؤولية المجتمعية على الرغم من كل الاشكال أو الخصائص التي تجعل هناك تداخل بينهما فالتشابه وارد بين الظواهر القانونية أو الشرعية ولكنه لا يجعلها بمثابة جزء من كل ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الوقف دائماً وابدأً يكون تقرباً لله تعالى اما المسؤولية المجتمعية فإن الاصل فيها أن تكون لغايات دنيوية مع بعض الاستثناءات التي ذكرناها عند الحديث عن اوجه الشبه بينها وبين الوقف ، كما أن الوقف وتطبيقاته اقدم تاريخياً من المسؤولية المجتمعية سواء كمصطلح أو كتطبيق وهو ما ينفي تماماً ان يكون الأول صورة من صور الثانية ، ومن ثم فإن الوقف شيء والمسؤولية المجتمعية شيء آخر وعليه لا يمكن وصفه بأنه صورة من صور المسؤولية المجتمعية.

الفرع الثاني: تعاونية

تتشرك التعاونيات مع الوقف في عدة امور يمكن ادراج ابرزها في ما يأتي:

أولاً: خدمة المجتمع:

إذا كانت التعاونيات تنحصر خدماتها في رعاية ومنفعة اعضائها فإن هذه التعاونيات تقدم خدمات جلية لأعضائها وبالتالي تشعب حاجة عامة للمنتمين إليها ومن ثم فإنها

تساعد في خدمة المجتمع بأسره ، إذا ما علمنا كثرة هذه التعاونيات وتعدد مجالات عملها وهو ما يعني مساعدة الدولة وهيئاتها العامة في اشباع الحاجات العامة (1)، والحال ذاته مع الاوقاف فأنها تساعد في اشباع الحاجات العامة من خلال تعدد مجالات عملها سواء تعلقت بتطبيقات الوقف الخيري الذي يخصص لمنفعة جهة خير محددة أو حتى ارتبطت بالوقف الذري هو الاقرب إلى التعاونيات من حيث كون كل منها يخدم مجموعة معينة من الاشخاص لا يتجاوزها إلى بقية افراد المجتمع ولكنها في كل الاحوال تقدم خدمات للمجتمع.

ثانياً: الطوعية:

باعتماد كل من الوقف والتعاونيات من تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي فإن ذلك ينتهي بنا إلى الصفة الطوعية في اقامة كل منهما ، فقد لاحظنا في اركان الوقف ان الواقف هو احد اركان الوقف وانه ينبغي ان يكون عاقلاً بالغاً راشداً حراً في انشاء الوقف والاجاز ابطال التصرف ، وفي نفس الوقت فإن الاصل في التعاونيات هو مبدأ الانتماء الطوعي كأحد مبادئ التعاون العالمية التي اقرها التحالف الدولي للتعاون ، رغم امكانية اقامة بعض التعاونيات بصورة الانتماء غير الاختياري كتجمعات الادخار الاجباري المعروفة في العراق.

ثالثاً: البساطة والسهولة في التكوين:

يجمع ربما بين الوقف والتعاونيات السهولة والبساطة الشديدة في الانشاء وهو ما يقربهما من بعضهما إلى حد كبير ويفرض بقوة امكانية الجمع بين الطبيعة القانونية لكل منهما تحت مسمى واحد ألا وهو التعاونيات ، خاصة وان هذه البساطة والسهولة انعكست على عدد الاوقاف والتعاونيات فزادت بشكل ملفت للنظر مما يؤكد التقارب الشديد بين التطبيقين.

رابعاً: تعدد مجالات العمل:

بدا لنا واضحاً في العديد من تطبيقات الوقف كيف ان مجالات الوقف تتعدد بشكل كبير لتشمل المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والعلمية والصحية والتعليمية والخدمات والدعوية والدينية والجهادية وغيرها بحيث يمكن القول بأن مجالاته مفتوحة غير محصورة بأي مجالات محددة ، وبالمثل فإن التعاونيات تتعدد بمجالات عملها فهناك تعاونيات استهلاكية وأخرى انتاجية وثالثة خدمية وغيرها مما ينتهي بنا إلى التشابه الكبير بين الوقف والتعاونيات في مجالات عمل كل منهما التي تتعدد بشكل جلي وواضح.

1. فتحي السورجي، مصدر سابق، ص7.

ومع كل اوجه الشبه اعلاه إلا اننا نرى أنه لا يمكن قصر الوقف بعظمته والخدمات الجليلة التي يقدمها للجميع بعده مجرد تعاونية أو نوع من انواع التعاونيات فهو يختلف اختلافاً كبيراً عنها وذلك في النقاط الآتية :

أولاً: التعاونيات اقدم تاريخاً:

تشكل التعاونيات التطبيق الاقدم تاريخياً قياساً ببقية تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي التضامني بما فيها الوقف الذي ظهر في العصور الوسطى في ظل الإسلام في حين ان الجذور الاولى للتعاونيات ظهرت في العصور القديمة.

ثانياً : مضمون التعاونيات تجمع في حين ان مضمون الوقف تبرع:

لعل الفارق الابرز بين الوقف والتعاونيات هو كون الأول تبرع أو تخلي شخص معين بإرادته المنفردة عن ملكه لمجموعة من الاشخاص في حين ان الثانية تجمع مجموعة من الاشخاص لغرض القيام بدور معين لخدمة هذه المجموعة وشتان بين الاثنين.

ثالثاً: من حيث الاصل:

اصل الوقف اسلامي ، إذ ان الصور المشابهة للوقف والتي ظهرت قبل الإسلام كانت مجرد تطبيقات بسيطة ولا يمكن القول بانها اوقاف بالمعنى الشرعي والقانوني الصحيح وكذا الحال في التطبيقات الغربية المشابهة للوقف التي ظهرت في العصر الحديث فإنها ورغم اقترابها من الوقف الإسلامي الا انها لا زالت بعيدة عنه في جوهرها وتفصيلاتها وهو ما يجعل الوقف ابتكاراً اسلامياً اخذته عنه التنظيمات الغربية المشابهة ، اما التعاونيات فعلى العكس فإن اصلها غربي تقليدي وهو ما انعكس على الفقه الإسلامي في تناول كل منهما ، إذ ان هناك فقهاً متكاملأ يتطور مع تطور الزمن وفق المعايير والاحكام العامة والتفصيلية لتطبيق الوقف في حين ان هناك بعض الاشارات البسيطة إلى التعاونيات في الفقه الإسلامي تناولت حكمها في الشريعة في حالتها الحل والحرمة دون الدخول في تفاصيلها الأخرى من حيث التكوين والعمل والانتضاء.

وبهذا فإن الراجع لدينا أن الوقف تطبيق من تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي التضامني ذو طبيعة خاصة لا يمكن أن يوصف إلا بكونه وقفاً.

الخاتمة

وفي ختام دراستنا هذه لا بد من تسطير اهم الاستنتاجات والتوصيات ، وكما يأتي:
أولاً: الاستنتاجات:

خلص الباحث الى مجموعة استنتاجات، أهمها:

- 1 - على الرغم من وجود بعض الاشارات في العصور القديمة على معرفة الامم القديمة صوراً مشابهة للوقف سميت بمسميات مختلفة ، بيد ان الظهور الحقيقي للوقف كان مع ظهور الاسلام في العصور الوسطى واعتماده لنظام الوقف.
- 2 - يجد الوقف اساسه الفلسفي في كافة الفلسفات وإن كان بمبررات مختلفة.
- 3 - تتعدد القوانين التي تتناول بالتنظيم الوقف في العراق لتمثل اساساً قانونياً مبعثراً للأوقاف في هذا البلد.
- 4 - الوقف هو تخلي المالك عن حق التصرف في ملكه تقريباً لله تعالى وعن حقي الاستعمال والاستغلال لمصارف مباحة شرعاً.
- 5 - للوقف اركان قانونية للتصرف الذي ينشئه سواء كان عقداً أو وصية وأخرى شرعية تتعلق بالوقف ذاته.
- 6 - على الرغم من وجود العديد من تطبيقات الوقف التي تخدم المجتمع في العراق ، بيد انها جاءت اقرب الى العشوائية والفردية منها إلى التخطيط الذي يأخذ بنظر الاعتبار حاجات المجتمع ومتطلبات ابناؤه.
- 7 - لا يمكن ان يوصف الوقف بأنه مجرد صورة من صور المسؤولية المجتمعية ولا كونه نوعاً من أنواع التعاونيات ، بل هو تطبيق أصيل وفريد من تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي التضامني.

ثانياً : التوصيات :

بناء على ما جاء أعلاه نقترح على المشرع العراقي ما يأتي :-

- 1 - اصدار تشريع خاص بالاقتصاد الاجتماعي التضامني بما يرتقى بأحكام هذا الاقتصاد إلى مصاف الدول المتقدمة في هذا الشأن ، ويجمع شتات القواعد المتناثرة لبعض تطبيقاته ومنها الوقف ، ويتفق والفلسفة المعتمدة في البلاد ، وينسجم والمرحلة التي تعيشها.

- 2 - وضع القواعد التي تضمن مواجهة كافة التحديات والمعوقات التي تعرقل الوقف كتطبيق من تطبيقات الاقتصاد الاجتماعي التضامني في الوصول إلى الغاية المنشودة منه.
- 3 - العمل على تفعيل دور الوقف في ادراك اقتصاد حقيقي يركز على انتاج السلع والخدمات وتوزيعها بشكل أقرب للعدالة أكثر من اهتمامه بتحقيق أقصى حد ممكن من الربح المادي البحت.
- 4 - تفعيل الرقابة الحقيقية على الوقف وترك ثقافة الابتعاد عن الواجهة في التصدي للفاسدين.
- 5 - وضع تشريع قانوني موحد يضم جميع الاحكام المتعلقة بالأوقاف ويجمع شتات القواعد الفقهية والقانونية ويبيوها وينسقها ويرفع التعارض والاختلاف بينها ويحاكي التحولات الفنية المعاصرة.
- 6 - اعتماد أسلوب حوكمة الأوقاف وتخليصها من آفة البيروقراطية والفساد المالي والإداري وتبني الاساليب الحديثة في استثمار اموال الأوقاف وتمييتها عبر الاستعانة بالشركات المتخصصة في هذا الشأن.

نظر المحكمة الاتحادية العليا العراقية في دستورية قانونها

بقلم : الدكتور عدنان عاجل عبيد

أستاذ القانون الدستوري في كلية القانون جامعة القادسية

أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكمها ذا العدد 38/اتحادية/2019 في 2019/5/21 التي قضت فيه بعدم دستورية المادة (3) من قانونها الصادر بالأمر (30) لسنة 2005 والتي جاء فيها: (تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية أعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة (هـ) من المادة (الرابعة والأربعين) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية.

وقد استندت المحكمة في الغائها لنص المادة (3) من قانونها إلى مخالفته لأحكام المادتين (91/ثانياً) و(92) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، كما أنها اشعرت مجلس النواب بتشريع مادة بديلة لها ضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا المعروض على مجلس النواب إعمالاً لأحكام المادة (92/ثانياً) من الدستور.

لقد قطعت المحكمة بحكمها هذا الوصل القانوني بينها وبين مجلس القضاء الأعلى، إذ غلت يده عن الأقدام نحو أي إجراء من شأنه أن يرشح أعضاء آخرين محل الأعضاء الحاليين.

إن إقدام المحكمة على هذا الحكم أوجد قطيعة جسيمة بين أقطاب السلطة القضائية، وإذا كانت هذه النتيجة بادية واضحة كوضوح الشمس في رابعة النهار، فإن المحكمة لم تستند إلى سند قانوني متين، فقد خالفت نصوص الدستور، ونالت من اختصاصات مجلس القضاء الأعلى، وتجاهلت نص المادة (130) من الدستور، وأثارت الفوضى داخل السلطة القضائية.

أولاً: مخالفة نصوص الدستور المتعلقة بالسلطة القضائية

لقد نظم المشرع الدستوري السلطة القضائية في دستور 2005 تنظيمياً واضحاً وإن كان لا يخلو من النقد، فقد خصص الفصل الثالث من الباب الثالث الموسوم بـ: (السلطات الاتحادية) للسلطة القضائية وبدا حريصاً على استقلالها واستقلال القائمين عليها من القضاة¹.

كما أنه نص على مكونات السلطة القضائية من المادة (89) بقوله: (تتكون السلطة القضائية الاتحادية، من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية، وجهاز الادعاء العام، وهيئة الإشراف القضائي، والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقاً للقانون). وبذلك عدّ المشرع كل من مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الاتحادية العليا من مكونات السلطة القضائية.

ثم منح مجلس القضاء الأعلى إدارة شؤون الهيئات القضائية والإشراف على القضاء الاتحادي كما أنه منح المجلس اختصاص اقتراح المشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية الاتحادية وعرضها على مجلس النواب للموافقة عليها².

إن تلكم الاختصاصات تجعل مجلس القضاء الأعلى مديراً ومشرفاً على عمل القضاء الاتحادي ومقترحاً للموازنة السنوية لهيئاته وبضمنها المحكمة الاتحادية العليا.

إلا أن الأخيرة ترى بأن: (... ولكن الأمر اختلف بالكامل بعد صدور دستور جمهورية العراق ونفاذه عام 2005 حيث نصت المادة (92/أولاً) منه على كون المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً عن بقية مكونات السلطة القضائية المنصوص عليها في المادة (89) من الدستور ...)³.

ونلاحظ هنا أن المحكمة الاتحادية العليا قد استندت في تحقيق استقلالها في مواجهة مجلس القضاء الأعلى إلى ما ورد في (92/أولاً) من الدستور الذي جاء فيها بأن: (المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً).

ولا نشاطر المحكمة فيما ذهبت إليه، إذ ورد مصطلح الاستقلال المالي والإداري أكثر من مرة في الدستور، إذ عدت المادة (103) من الدستور كل من البنك المركزي وديوان الرقابة المالية، وهيئة الاعلام والاتصالات، ودواوين الأوقاف، هيئات مستقلة مالياً وإدارياً،

1. المادتان (87 و 88) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

2. المادة (91/أولاً/ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

3. ورد هذا في حكمها ذي العدد (38/اتحادية/2019) في 2019/5/21 محل التعليق.

ونعتقد أن إيراد المشرع الدستوري لمصطلح (الاستقلال) المالي والاداري كان رميةً دون اتئاد، فاستقلال الهيئات المستقلة الذي أشرنا إليه في موضع سابق هو الاستقلال الفني، أي عدم إمكانية التدخل في عملها والتأثير عليه بأي شكل من الأشكال، وينطبق هذا على استقلال المحكمة الاتحادية العليا الذي ورد في المادة (92/أولاً) من دستور 2005 المشار له اعلاه.

فالاستقلال المقرر للمحكمة موجه إلى السلطات الأخرى والأحزاب السياسية والأفراد وغيرهم، وغير موجه إلى مجلس القضاء الأعلى بدليل أن الأخير يتولى: (اقتراح مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية الاتحادية ...)⁴.

وبما أن المحكمة الاتحادية العليا هي أحد مكونات السلطة القضائية الاتحادية حسبما ورد في المادة (89) من الدستور، لذا لا يمكن القول بأن المحكمة مستقلة مالياً عن مجلس القضاء الأعلى، في حين ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى عكس ذلك عندما قضت بحكمها الصادر في (2017/4/11) بعدم دستورية المادة (3/ثانياً) من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (45) لسنة 2017 التي تقضي بتولي مجلس القضاء الأعلى اقتراح مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية الاتحادية ناعية عليها مخالفتها لأحكام الدستور⁵، في حين أن ما قضت به المحكمة يشكل المخالفة الدستورية بعينها.

كما تتهاوى فكرة الاستقلال الاداري للمحكمة في مواجهة مجلس القضاء الاعلى امام صراحة نصوص دستور 2005 التي قضت بتولي مجلس القضاء الاعلى ادارة شؤون الهيئات القضائية والاشراف على القضاء الاتحادي⁶.

لذا فان استقلال المحكمة الذي ابتغاه المشرع الدستوري هو في مواجهة السلطات والمؤسسات والاحزاب خارج السلطة القضائية وليس في مواجهة هيئاتها نفسها ولو اراد ذلك ما عدّ المحكمة الاتحادية العليا من مكونات السلطة القضائية ثم يعود ليمنح مجلس القضاء الاعلى اختصاصات الادارة والاشراف واقتراح الموازنة السنوية للسلطة القضائية الاتحادية.

4. المادة (91/ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

5. انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد (19/اتحادية/اعلام/2017 في 2017/4/11) منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq بتاريخ 2020/4/6.

6. المادة (90 و 91 /أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

ثانياً؛ اختصاص مجلس القضاء الاعلى في ترشيح عناوين قضائية محددة

ترى المحكمة الاتحادية العليا بان اختصاص مجلس القضاء الاعلى يقتصر على ترشيح عناوين قضائية محددة وردت على سبيل الحصر وهي رئيس واعضاء محكمة التمييز الاتحادية ورئيس الادعاء العام ورئيس هيئة الاشراف القضائي، ثم يتولى عرضه على مجلس النواب لتعيينهم، وبذلك يكون ترشيح رئيس واعضاء محكمة التمييز خارجاً عن اختصاص مجلس القضاء الاعلى امتثالاً لحكم المادة (92/ثانياً) من الدستور.

مما يعني ان المحكمة تؤكد ان ما ورد في المادة (92/ثانياً) هو اختصاص حصري لمجلس القضاء الاعلى.

ان ما ذهب اليه المحكمة لا يستقيم مع حكم النصوص واية ذلك ان المادة (92/ثانياً) التي استندت اليها المحكمة تنص على ان (يمارس مجلس القضاء الاعلى الصلاحيات الاتية: ثانياً ترشيح رئيس واعضاء محكمة التمييز الاتحادية ورئيس الادعاء العام ورئيس هيئة الاشراف القضائي وعرضها على مجلس النواب للموافقة على تعيينهم).

ولا يتضمن النص المتقدم ما يفيد بان هذا الاختصاص اختصاص حصري ينطبق على هؤلاء فقط، ولو ارادت كذلك لأوردت مصطلح (حصرياً) او ما يفيد معناه كما فعل في المادة (110) من الدستور عندما حددت اختصاصات السلطات الاتحادية حصرياً بقوله بان (تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحصرية) وعليه لا يمكن التسليم بان اختصاص معين ورد على سبيل الحصر .

لذا يمكن ايراد اختصاصات اخرى لمجلس القضاء الاعلى في التشريعات العادية منها نص المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005، ونص المادة (3/ ثالثاً) من قانون مجلس القضاء الاعلى رقم 45 لسنة 2017 والتي منح اختصاص ترشيح اعضاء المحكمة الاتحادية العليا من القضاة الى مجلس القضاء الاعلى الا ان المحكمة الاتحادية العليا الفت النص بحكمها ذي العدد 19 / اتحادية/اعلام/2017 في 11/4/2017.

ورب قائل يقول: هل يمكن اضافة اختصاصات اخرى لسلطة دستورية لم ترد في الدستور بالتشريعات العادية؟ الجواب: نعم، يمكن ذلك، شريطة ان لا ترد اختصاصاتها في الدستور على سبيل الحصر، والدليل على ما نقول هو ان المشرع اورد اختصاصات مجلس النواب في المادة (61) منه، ولم يكن من بينها اختصاص حل مجالس المحافظات، في حين ورد هذا الاختصاص في المادة (20/ثانياً) من قانون المحافظات رقم 11 لسنة 2008 المعدل ولم يُعبَّ بعدم الدستورية وغير ذلك من الامثلة كثير، وعليه يتهاوى ادعاء المحكمة

الاتحادية العليا بعدم اختصاص مجلس القضاء الاعلى بترشيح رئيسها واعضائها لأنه لم يرد في نصوص الدستور، اذ يمكن ان يرد هذا الاختصاص في التشريعات العادية ولاسيما ان نصوص الدستور اسندت ذلك عندما منحت مجلس القضاء الاعلى ادارة شؤون القضاء الاتحادي والاشراف على شؤونه حسبما صرحت به المادة (91/اولاً) من الدستور والذي عدّ المحكمة الاتحادية العليا احد مكونات السلطة القضائية الاتحادية في المادة (89) منه. اضيف الى ذلك ان تحديد دستور 2005 لعناوين قضائية محددة يرشحها مجلس القضاء الاعلى، يرتبط بأجراء حاكم اوردته الدستور الا وهو موافقة مجلس النواب على تعيينهم، اما رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا، فلم يشترط الدستور ذلك واحال طريقة ترشيحهم وتعيينهم الى قانون عادي حسبما ورد في المادة (92/ ثانياً) من الدستور، ولهذا لم يشر الدستور الى رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا عندما عدت الوظائف القضائية في المادة 92/ ثانياً.

ثالثاً: تجاهل نص المادة (130) من الدستور

بنت المحكمة الاتحادية العليا حكمها بعدم دستورية المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 بان القانون الاخير صدر في ظل احكام قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية الملغى، الذي قضى بان يكون رئيس المحكمة الاتحادية العليا هو رئيس مجلس القضاء الاعلى ولم تكن ثمة اشكالية في قيام مجلس القضاء الاعلى بترشيح رئيس واعضاء المحكمة، ولكن الامر اختلف بعدم صدور دستور.⁷

لقد فات المحكمة في حكمها هذا امران لا محيص عنهما:

الاول: نص المادة (130) من الدستور التي قضت بأن (تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تلغ أو تعدل وفقاً لأحكام هذا الدستور). اذ يجيز النص المذكور نفاذ التشريعات المعمول بها طالما لم تلغ بتشريع آخر او تعدل احكامها وفق آليات الغاء التشريعات وتعديلها المنصوص عليها في دستور 2005، وهذا يعني انصراف ارادة المشرع الدستوري الى نفاذية التشريعات وان تضمنت مخالفة دستورية لحين اصدار تشريع اخر محلها، وبما ان قانون المحكمة الاتحادية العليا المزمع اصداره استناداً الى المادة (92/ثانياً) لم يصدر⁸، لذا

7. سبق وان قضت المحكمة بهذا المعنى في حكمها ذي العدد 19/اتحادية/اعلام/2017 في 11/4/2017 واكدته في حكمها ذي العدد 38/اتحادية/2019 في 21/5/2019.

8. نص المادة 130 من الدستور على انه (تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ او تعدل وفقاً لأحكام هذا الدستور) ومن اللافت للنظر أن المشرع الدستوري لم يشمل مصطلح (ما لم تتعارض مع احكام هذا الدستور) مما يعزز رأينا اعلاه . ورب قائل يقول: إن دور المحكمة الاتحادية العليا هو إلغاء النصوص المتعارضة مع الدستور . وهذا

يبقى القانون السابق نافذ المفعول، هذا وقد وكدت المحكمة الاتحادية العليا مبدا نفاذية التشريعات السابقة التي صدرت في ظل الدساتير المنصرمة مالم تلغ بتشريعات اخرى في مناسبات عدة منها قرارها ذو العدد 58 / اتحادية/ 2018 في 2018/5/2 الذي قضت فيه بنفاذ امر سلطة الائتلاف رقم 69 لسنة 2004 طالما لم يبلغ أو يعدل وفقاً لأحكام دستور العراق لسنة 2005، كما قضت بقرارها ذي العدد 23/ اتحادية/ 2005 في 2006/1/29 بنفاذية قانون التقاعد المدني رقم 33 لسنة 1966 إلا بعد الغائه أو تعديله، مؤكدة مبدا ان التشريع لا يلغى أو يعدل الا بتشريع يماثله في القوة القانونية بالرغم من صدور دساتير قد تخالفه⁹.

إن إقدام المحكمة على الغاء نص المادة (3) بحجة مخالفتها لأحكام الدستور لا يستقيم مع نص المادة (130)، وإذا سلمنا جدلاً بعدم دستورتيتها، فإن تشكيل المحكمة من القضاة فقط يخالف نص المادة (92/ثانياً) من الدستور لأنها اوجبت ان يكون من بين اعضاء المحكمة خبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، في حين لم يتضمن قانون المحكمة رقم 30 لسنة 2005 الطعين ذلك. ولذلك اسهمت المحكمة في احداث فراغ تشريعي عطل أعمالها، إذ أنكر مجلس القضاء الاعلى عليها تعيين قاض متقاعد بصفة احتياط محل آخر أحيل إلى التقاعد بناء على رغبته، لعدم ترشحه من مجلس القضاء الاعلى حسبما جاء في المادة (3) من قانون المحكمة رقم 30 لسنة 2005 محل الطعن كما سيأتي بيانه.

الامر الثاني: لقد صدر قانون مجلس القضاء الأعلى رقم 45 في سنة 2017، الذي فصل بين منصب رئيس مجلس القضاء الاعلى ورئيس المحكمة الاتحادية العليا، مما يعني ان رئيس المحكمة الاتحادية العليا كان يشغل منصب رئيس مجلس القضاء الأعلى منذ نفاذ دستور 2005 في حزيران عام 2006 لحين عام 2017، في حين أن دستور 2005 يفصل بين المنصبين، مما يعني ان الفصل حصل بالتشريع العادي وليس الدستور، وإذا سلمنا جدلاً بسلامة منطوق المحكمة الاتحادية العليا في الغاء المادة الثالثة، لأنها صدرت في ظل قانون ادارة الدولة الذي الغي بدستور 2005، فإن هذا سيقود الى نتيجة مفادها حتمية عدم دستورية اشغال رئيس المحكمة الاتحادية لمنصب رئيس مجلس القضاء الاعلى من 2005 الى 2017، فضلاً عن ذلك ان الغاء المادة الثالثة لعدم دستورتيتها الغى آلية ترشيح بدلاء عن الاعضاء المتقاعدين او المتوفين مع استمرارية عدم صدور قانون جديد للمحكمة استناداً الى دستور 2005.

حسب اعتقادنا صحيح طالما ان لم يخلق فراغاً تشريعياً يتعذر تداركه، أما عكس ذلك فهو اسهام المحكمة في الاغفال التشريعي الذي وقع به المشرع .

9. انظر حكم المحكمة ذي العدد 15/ اتحادية/ تمييز / 2007 في 2007 / 8/28 . منشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام 2005 و 2006 و 2007 . نشرة تصدر عن جمعية القضاء العراقي . ص 174 .

وعليه فقد احدثت المحكمة بإلغاء المادة الثالثة ثغرة كبيرة في نظامها القانوني لأنها قضت النص، واسهمت في الاغفال التشريعي الذي يتحمله مجلس النواب لعدم اقدمه على سن القانون المحكمة الجديد¹⁰.

رابعاً؛ اثاره النزاع والفوضى داخل السلطة القضائية؛

يعد ضرباً من الغرابة تصور حدوث النزاع داخل جناح السلطة القضائية، اللهم حصول النزاع الموضوعي حول اختصاصاتها، وهي مسألة قانونية موضوعية تحدث بين المحاكم ويتولى المشرع حلها بدقة من خلال تحديد اختصاصاتها من جهة، وتشكيل هيئات تتولى الفصل في مسألة الاختصاص، ماعدا ذلك من غير الممكن تحول الخلاف او النزاع داخل السلطة القضائية الى خلاف شخصي لأنها سلطة مستقلة مهنية محايدة لا تدخل طرفاً في نزاع بل تتولى حله سواء حصل بين المؤسسات الدستورية من حكومة او برلمان او بين الافراد العاديين او بين السلطة والافراد¹¹.

الا ان الذي حدث من نزاع بين المحكمة الاتحادية العليا ومجلس القضاء الاعلى يقض المضجع ويندى له الجبين، اذ حادا عن سبيل القانون القويم ولجئاً الى سبل لم يمنحهم القانون اياها وسنعرض ذلك.

وقبل الولوج في التفاصيل نود التنويه بأن نظر المحكمة الاتحادية العليا بقانون مجلس القضاء الاعلى لم يتم للمرة الاولى في الدعوى ذات العدد (19/اتحادية/اعلام/2017) في 2017/4/11، اذ سبق للمحكمة ان نظرت في قانون مجلس القضاء الاعلى رقم (112) لسنة 2012 وقضت بعدم دستوريته بحكمها ذي العدد 87/اتحادية/اعلام/2013) في 2013/9/16 بحجة اجراء مجلس النواب لتغيرات جوهرية في مواضع عدة جعلته يختلف كلياً عن الاحكام التي تضمنها المشروع الاصيل المرسل من ديوان رئاسة الجمهورية¹².

10 . الزم المشرع الدستوري مجلس النواب بضرورة سن تشريع بأغلبية الثلثين يحدد عدد اعضاء المحكمة وطريقة اختيارهم وعمل المحكمة، المادة (92/ثانياً) من دستور 2005 . للمزيد من التفصيل حول الاغفال التشريعي راجع جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي، دار النهضة العربية والقاهرة، 2016، ص 29 وما بعدها .

11 . د. عدنان عاجل عبيد، اثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، الطبعة الثانية، المركز العربي للدراسات والبحوث، القاهرة، 2018، ص 121 .

12 . منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا على الويب سايت www.iraqfs.iq تاريخ الزيارة 2020/4/12.

وعودة على بدء ارسل مجلس القضاء الاعلى كتابه ذي العدد (371/مكتب/2019) في 2019/3/17 والذي بين فيه اعمار السادة قضاة المحكمة الاتحادية العليا بعدما اثارت احكام المحكمة ضجة صاخبة دفعت مجلس النواب للتفكير بأبدالهم باخرين¹³.

تبعها الطعن بدستورية نص المادة الثالثة من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 الذي قضت المحكمة بعدم دستوريتها والغائها بحكمها ذي العدد 38/اتحادية/2019 في 2019/5/21.

مما اثار حفيظة مجلس القضاء الاعلى ليتولى الطعن بحكم المحكمة الاتحادية العليا سالف الذكر بطريق اعتراض الغير المنصوص عليه في المادة (1/224) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل، وقد ردت المحكمة طعن المجلس لتعارضه مع نص المادة (94) من دستور 2005 التي قضت بإلزامية احكام المحكمة وبتاتها، بحكمها ذي العدد 63/اتحادية/2019 في 2019/7/2¹⁴.

وبعدها اقدمت المحكمة على ترشيح السيد م.رك المحال على التقاعد والعضو الاحتياط في المحكمة، عضواً اصلياً وصدر المرسوم الجمهوري ذي العدد 4 في 1/20/2020، بتعيينه، بعد ان احيل احد الاعضاء الى التقاعد، وقد دافعت المحكمة عن موقفها هذا بحكمها ذي العدد 15/اتحادية/2020 في 2020/1/26¹⁵.

وقد اعترض رئيس مجلس القضاء الاعلى على ذلك برفع دعوى امام محكمة بداءة الكرخ خاصم فيها كل من رئيس المحكمة الاتحادية العليا ورئيس الجمهورية. وقد اصدرت المحكمة المذكورة حكمها ذي العدد 568/ب/2020 في 2020/2/9 بعدم مشروعية المرسوم اعلاه، ثم طعن كل من السيدين رئيس المحكمة الاتحادية العليا ورئيس الجمهورية تمييزاً بحكم محكمة البداءة امام محكمة التمييز الاتحادية، التي اصدرت هيئتها العامة قرارها برد الطعنين وتصديق الحكم المميز، معللة ذلك بان (... وإزاء هذا الفراغ الدستوري والتشريعي لا يمكن معالجة هذا النقص بمخالفة وخطيئة دستورية وقانونية أخرى والتي تمثلت بترشيح ومن ثم تعيين القاضي المتقاعد محمد رجب الكبيسي عضواً اصلياً في

13 . الكتاب منشور على موقع قناة كلكامش الاخبارية على الويب سايت www.glgamesh.com .56862.html تاريخ الزيارة 2020/4/11

14 . منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا على الويب سايت : www.iraqfs.iq تاريخ الزيارة 2020/4/12.

15 . منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا على الويب سايت : www.iraqfs.iq تاريخ الزيارة في 2020/4/12.

المحكمة الاتحادية العليا ويعد هذا الاجراء (الترشيح والتعيين) باطلاً والبطلان هو والعدم سواء...¹⁶.

هذا وأقدم رئيس الجمهورية على سحب مرسوم تعيين السيد القاضي في المحكمة بموجب الكتاب ذي العدد (ذ.و. 1/42/1112 في 2020/3/16) علماً ان مصطلح (السحب) ينصرف الى مكنة الادارة بسحب قرارها غير المشروعة¹⁷، مما يعني التسليم فان المرسوم محل الخلاف مخالف لأحكام القانون.

لقد طفا السجال القانوني بين المحكمة الاتحادية العليا ومجلس القضاء الاعلى على السطح القانوني وبدت ملامحه واضحة من تبدل مواقف المحكمة نفسها ازاء القضية الواحدة، اذ الغت المحكمة قانون مجلس القضاء الاعلى رقم 112 لسنة 2012 ناعية عليه (حذفه ما كان منصوص عليه في المادة (3/ثانياً) من مشروع القانون المرسل من ديوان الرئاسة، وذلك بحذف دور مجلس القضاء الاعلى في ترشيح رئيس ونائب رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا)¹⁸، وعندئذ كان رئيس المحكمة هو ذاته رئيس مجلس القضاء الاعلى مدافعاً عن حق الاخير في ترشيح رئيس المحكمة ونائبه واعضاءها، في حين تحكم بعدم دستورية المادة الثالثة من قانون مجلس القضاء الاعلى رقم 45 لسنة 2017 التي تمنح لمجلس القضاء الاعلى صلاحية ترشيح اعضاء المحكمة الاتحادية العليا من القضاة لتعارضها مع حكم الفقرتين (اولاً) و (ثانياً) من المادة 92 من الدستور، بعد فصل منصب رئيس المحكمة الاتحادية العليا عن رئيس مجلس القضاء الاعلى¹⁹، على الرغم من نفاذية دستور 2005 على قانون مجلس القضاء الاعلى رقم 112 لسنة 2012 الملغى وقانون المجلس رقم 45 لسنة 2017، وقد وكدت ذلك في حكمها ذي العدد 38/اتحادية/2019 في 2019/5/21، عند الغائها نص المادة الثالثة من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005، فهل من المنطق من شيء تبدل مواقف المحكمة في موضوع واحد وازاء نصوص دستورية واحدة

16. قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية ذي العدد 5/4/الهيئة العامة / 2020 في 2020/3/17 . للمزيد من التفصيل انظر د. مصدق عادل طالب . تعليق على قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية رقم 5/4/الهيئة العامة / 2020 . الصادر في 2020 /3/17 . مقال منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى على الويب سايت .hjc iq.6708 تاريخ الزيارة في 2020/4/12 .

17. لمزيد من التفاصيل على قواعد سحب القرارات الادارية، انظر د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري، الطبعة الرابعة، 2020، ص124 .

18. حكم المحكمة الاتحادية العليا ذو العدد (87/اتحادية/اعلام/2013 في 2013/9/16) .

19. حكمها ذي العدد (19/اتحادية/اعلام/2017 في 2017/4/11).

بمجرد فصل المنصبين¹⁹، ولا يمكن تفسير ذلك بأنه عدول دستوري لان من شروطه ان يكون القاضي مستقلاً رامياً لتعديل الحكم ليواكب المستجدات²⁰.

لقد عمق توجه المحكمة هذا الخلاف مع مجلس القضاء الاعلى مما انعكس على المحكمة نفسها التي اقامت سداً منيعاً تجاه المجلس مستعينة باختصاصها في فحص دستورية القوانين، الا انها تناست ان تضع مخرجاً لها في معالجة تقاعد اعضائها، اذ كانت نتيجة الخلاف عدم قدرة المحكمة نفسها على ممارسة اختصاصها الهامة بعد احالة احد اعضائها على التقاعد وعدم مشروعية تولي بديلاً عنه، وعدم قدرة تولي مجلس القضاء الاعلى ترشيح البديل لإلغاء المحكمة نص المادة (3) من قانونها، مع اغفال مجلس النواب اصدار قانون المحكمة الجديد او تعديل قانونها القديم، مما يعني الوقوع في مأزق حقيقي اشبه بالانتحار سببه المحكمة نفسها، نتج عن نزاع ادى الى الفشل فذهبت هيبة القضاء ودوره الرائد في حل النزاعات ادراج الرياح.

لذا نهيب بمجلس النواب تدارك هذه الفوضى وسن التشريعات اللازمة لاستمرارية عمل المحكمة، كما نهيب بأعضاء المحكمة نفسها ان يلتفتوا الى مهامهم الدستورية وبنأوا بأنفسهم عن الدخول في حومة الصراعات على المناصب وشغف التعلق بها، فالقضاء يحيى ويخلد كلما كان ملاذاً للمنتصفين معاذاً للمستضعفين، لا تأخذ لومة لائم في احقاق الحق، ولا يجامل زعيم ولا يهادن حاكم وما ذلك على قضاؤنا ببيعد.

نص حكم المحكمة ذو العدد 38/اتحادية / 2019 في 2019/5/21

« تشكلت المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ 2019/5/21 برئاسة القاضي السيد مدحت المحمود وعضوية كل من السادة القضاة محمد السامي وجعفر ناصر حسين واكرم طه محمد واكرم احمد بابان ومحمد صائب النقشبندي وعبود صالح التميمي وميخائيل شمشون قس كوركيس وحسين ابو التمن المأذونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت قرارها الآتي:

المدعي: م. ع. م - وكيله المحاميان م. م. ا. و. م. ع.

المدعى عليهما: 1. رئيس الجمهورية / اضافة الى وظيفته - وكيله المستشار القانوني

ا. س.

2. رئيس مجلس النواب / اضافة لوظيفته - وكيله المستشار القانوني ه. م.

20. للمزيد من التفصيل حول موضوع التعديل الدستوري راجع سجاد حسين عبد، العدول في قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلمين للدراسات العليا، 2015، ص58.

الادعاء: ادعى وكيل المدعي في عريضة الدعوى بعد حصرها انه يطعن بعدم دستورية المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الذي اصدرته السلطة الوطنية بالأمر التشريعي رقم (30) لسنة 2005 لأنها أصبحت مخالفة لأحكام الدستور حيث اعطت صلاحية لمجلس القضاء الاعلى لا يملكها بموجب الدستور ترشيح رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا ولا بد من الحكم بعدم دستوريته التي سبق ان عطلت بشكل ضمني بموجب قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (19/اتحادية /2017) الصادر بتاريخ 2017/4/11 ولذات الاسباب طلب وكيل المدعي الحكم بعدم دستورية نص المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الصادر بالأمر (30) لسنة 2005 ونصها (تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية اعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الاعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة (هـ) من المادة (الرابعة والاربعين) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية) وطلب التوصية الى مجلس النواب بتشريع مادة بديلة تتفق مع حكم الدستور والتوصية بالإسراع بتشريع قانون المحكمة الاتحادية العليا، وبعد تسجيل الدعوى لدى هذه المحكمة وتبليغ عريضة المدعي عليهما اجاب وكيل المدعي عليه الاول رئيس الجمهورية / اضافة لوظيفته طلباً رد الدعوى تجاه موكله لعدم توجه الخصومة وذلك استناداً للمادتين (4) و (80) من قانون المرافعات المدنية، واجاب وكيل المدعي عليه الثاني رئيس مجلس النواب اضافة لوظيفته بان وكيل المدعي لم يبين مصلحة المدعي من الدعوى، لذا طلب رد الدعوى وتحميل المدعي مصاريفها. وبعد استكمال الاجراءات المطلوبة وفق النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005، عينت المحكمة يوم 2019/5/21 موعداً للمرافعة وفيه تشكلت فحضر وكلاء الاطراف وبوشر بالمرافعة حضوراً وعلناً كرر وكيل المدعي عريضة الدعوى وطلباً حصرها بطلب الحكم بعدم دستورية المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا والزام مجلس النواب بتشريع مادة بديلة والاسراع بتشريع قانون المحكمة الاتحادية العليا اجاب وكيل المدعي عليه الاول مكرراً لللائحة الجوابية وطلب رد الدعوى عن موكله، اجاب وكيل المدعي عليه الثاني مكرراً لللائحة الجوابية وطلب رد الدعوى للأسباب الواردة فيها، لدى التدقيق وبعد ان استمعت المحكمة لأقوال اطراف الدعوى وطلباتهم وجدت ان الدعوى اصبحت مستكملة لأسباب الحكم قررت ختام المرافعة وتلي قرار الحكم علناً في الجلسة.

قرار الحكم: لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان المدعي قد استهل عريضة دعواه بالإشارة الى مخالفة المادة (2) من قانون مجلس القضاء الاعلى رقم (45) لسنة 2017 لأحكام الدستور وبين المواد الدستورية التي خالفها هذه المادة

قانون يشرع من مجلس النواب بأغلبية ثلثي اعضاءه اعمالاً لأحكام المادة (91/ثانياً) من الدستور يراعى فيه اختصاصات هذه المحكمة استقلاليتها على الوجه الاكمل لتأمين حسن تطبيق الدستور والمشروعية. وتجد المحكمة الاتحادية العليا من تدقيق الدفوع التي اوردها المدع عليها اضافة لوظيفتها ان الدفع الذي اورده المدعى عليه الاول رئيس الجمهورية اضافة لوظيفته على لسان وكيله بعدم توجه الخصومة في الدعوى اليه يجد سنده في حكم المادة (4) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969. امام الدفوع التي اوردها المدعى عليه الثاني رئيس مجلس النواب اضافة لوظيفته على لسان وكيله في مدى توفر المصلحة لدى المدعي في اقامة الدعوى ومدى تضرره من وجود المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا فان الرد عليه يكمن في ان النص المذكور يتعلق بعدم المشروعية بوجود هذه المادة لمخالفتها لأحكام الدستور ولأنها تتعلق بشأن من شؤون العدالة والعدالة هاجس كل مواطن ومن حقه ان يتخذ من الوسائل القانونية ما يرسخها ويحميها . اما دفوعه بشأن المادة(2) من قانون مجلس القضاء الاعلى فقد اصبح النظر فيها غير ذي موضوع بعدما حصر المدعي في نهاية عريضة دعواه بالطلب بعدم دستورية المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا والمحكمة مقيدة بما ورد في الطلب . وبناء على ما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا: اولاً: الحكم برد دعوى المدعي عن المدعى عليه الاول رئيس الجمهورية اضافة لوظيفته لعدم صحة توجيه الخصومة في هذه الدعوى اليه استناداً لأحكام المادة (4) من قانون المرافعات المدنية. ثانياً: الحكم برد دفوع المدعى عليه الثاني رئيس مجلس النواب اضافة لوظيفته لعدم استنادها الى سبب من الدستور والقانون . ثالثاً: الحكم بعدم دستورية المادة(3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الذي اصدرته السلطة الوطنية بالأمر التشريعي رقم (30) لسنة 2005 ونصها: ((تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية اعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناءً على ترشيح من مجلس القضاء الاعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة (هـ) من المادة الرابعة والاربعين من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية)) وذلك بقدر ما تعلق منها بصلاحيه مجلس القضاء الاعلى بترشيح رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا والغاؤه وذلك لمخالفته لأحكام المادتين (91/ثانياً) و (92) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 واشعار مجلس النواب بتشريع مادة بديلة لها ضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا المنظور من مجلس النواب اعمالاً لأحكام المادة (92/ثانياً) من الدستور. رابعاً: تحميل الطرفين المصاريف النسبية وتحميل المدعي اتعاب محاماة وكيل المدعى عليه اول

مسطرة تملك أراضي الجماعات السلالية البورية لفائدة المنتفعين بها ودورها في النهوض بالاستثمار الفلاحي على ضوء القانون رقم : 17-62

بقلم الدكتور مصطفى ميمون

أستاذ بكلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية بمرتيل- تطوان

مقدمة

لا يخفى على أحد المكانة التي يحتلها العقار الجماعي ضمن النظام العقاري المغربي، سواء من حيث المساحة الإجمالية التي "تقدر بحوالي 15 مليون هكتار، أو من حيث عدد السكان الذي يقدر بنحو 10 ملايين نسمة، موزعة على 60 عمالة أو إقليما وتشكل 5043 جماعة سلالية ينوب عنها 6563 نائبا سلاليا، تشكل منها الأراضي الرعوية حوالي 11 مليون هكتار¹، بنسبة تفوق 85 في المائة²، تظهر جليا الأهمية الاقتصادية والاجتماعية لهذه الأراضي داخل المنظومة العقارية بالمغرب³.

ومن أجل الوصول إلى الأهداف المنشودة من هذه الأراضي وإزالة العوائق التي تحول دون إعطائها القوة الائتمانية وحرية التداول في السوق العقارية، تم التفكير في تملك هذه

1. الموقع الرسمي للجماعات السلالية والأراضي الجماعية على الرابط الإلكتروني: <http://www.terrescollectives.ma/pages/ar/questions.cshml>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 23 شتنبر 2020 على الساعة العاشرة مساء.

2. الندوة الوطنية التي نظمتها جامعة سيدي محمد بن عبد الله بشراكة مع كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس شعبة القانون العام ومديرية الشؤون القروية بوزارة الداخلية والمركز المغربي للمعالجة التشريعية والحكمة القضائية حول موضوع «أراضي الجموع: الوضع القانوني ورهانات التنمية الاقتصادية والاجتماعية»، يومي 13 و 14 مارس 2015، قصر المؤتمرات بفاس، منشور في الموقع الإلكتروني: <http://fsjes.usmba.ac.ma>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 19 شتنبر 2020 على الساعة الواحدة زوالا.

3. وذلك إلى جانب الأملاك الحسبية وأملاك الدولة العامة والخاصة ومنها الأملاك الغابوية وأملاك الخواص وأملاك الجيش.

الأراضي لفائدة ذوي الحقوق اهتداء بما جاء في مقتضيات ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري⁴.

لكن تحقيق هذه الأهداف لم يكن بالأمر الهين في ظل جمود الإطار القانوني للأراضي الجماعية الذي يعود إلى فترة الحماية وعدم مسايرة نصوصه للتطورات والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والتنمية التي عرفها المغرب في الآونة الأخيرة في شتى المجالات. لأجل ذلك، سارع المشرع المغربي إلى سن مجموعة من النصوص القانونية واتخاذ عدة تدابير من شأنها الحفاظ على خصوصيات هذه الأراضي وحمايتها من الاستيلاء والترامي، الأمر الذي توج بإصدار ثلاث قوانين جديدة دفعة واحدة⁵، تهتم أملاك الجماعات السلالية، من ضمنها القانون 17-62⁶، والمرسوم التطبيقي الخاص به⁷. وقد هم هذا القانون، مجال الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتسيير أملاكها، وقد جاء هذا الأخير في إطار تحديث المشرع المغربي لترسانة القانونية المنظمة للأراضي السلالية نظرا للدور الهام الذي تلعبه في الحياة الاقتصادية والاجتماعية ومواكبة لأهم المستجدات الراهنة.

4. تخضع الأراضي السلالية الواقعة داخل دوائر الري لمقتضيات القانون رقم 17-64 المشار إليه بعده، حيث يتم سلوك الإجراءات اللازمة من أجل تملك هذه الأراضي لفائدة ذوي الحقوق وفق الشروط والكيفيات المحددة في القانون المذكور. وفي هذا الإطار أصدرنا وزارتا الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات، والداخلية، دورية مشتركة بتاريخ 2018/07/23، حول موضوع تطبيق مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.69.30 الصادر في 25 يوليوز 1969، المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري، ومما جاء فيها أنه في إطار تملك الأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري، تبعا للتوجيهات الملكية وبشأن تطبيق مقتضيات ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة بدوائر الري، تم التأكيد على تقييد القطع المحدثة في اسم المستفيدين.

5. ويتعلق الأمر بالقوانين التالية:

- القانون 17-63 المتعلق بالتحديد الإداري لأراضي الجماعات السلالية الصادر بتنفيذه الظهير 1.19.116 صادر في 07 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد: 6807 بتاريخ 26 أغسطس 2019. والذي نسخ بدوره الظهير الشريف الصادر في 12 من رجب 1342 (18 فبراير 1924) المتعلق بتأسيس ضابط خصوصي يتعلق بتحديد الأراضي المشتركة بين القبائل، كما تم تغييره وتتميمه.

- القانون رقم 64.17 المتعلق بأراضي الجماعات السلالية الواقعة في دوائر الري الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.117 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد: 6807 بتاريخ 24 ذو الحجة 1440 (26 أغسطس 2019)، ص 5895، والذي نسخ بدوره الظهير الشريف رقم 1.69.30 بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 (25 يوليوز 1969)، الجريدة الرسمية عدد: 2960 مكرر بتاريخ 13 جمادى الأولى 1389 (29 يوليوز 1969)، ص 2018.

6. القانون رقم 17-62 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتسيير أملاكها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.15 بتاريخ 7 من ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد: 6807 بتاريخ 26 أغسطس 2019، ص 6630. والذي نسخ الظهير الشريف 27 أبريل 1919 بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وتفويتها.

7. مرسوم رقم 2.19.973 صادر في 13 من جمادى الأولى 1441 (9 يناير 2020) بتطبيق أحكام القانون رقم 17-62 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتسيير أملاكها، الجريدة الرسمية عدد 6845 بتاريخ 24 جمادى الأولى 1441 (20 يناير 2020)، ص 321.

ومن المستجدات التي جاء بها القانون رقم 17-62 وكذا المرسوم التطبيقي الخاص به، هو إمكانية تملك القطع الأرضية الفلاحية البورية المملوكة للجماعات السلالية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعات⁸، وذلك على غرار تملك الأراضي الجماعية السلالية الواقعة داخل دوائر الري.

ويكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة على المستوى النظري والعملي، فبالنسبة للأولى تتجلى أهمية الموضوع من خلال حداثة هذا النص القانوني وكذلك راهنتيه في الساحة القانونية، أما على المستوى العملي فتتمثل أهميته في دمج العالم القروي في مسلسل التنمية، وتشجيع الاستثمارات المحلية باعتبارها ركيزة أساسية في تحسين وضعية أعضاء هذه الجماعات وتحريك العجلة الاقتصادية والاجتماعية الترابية.

وبالرغم من إيجابيات عملية التملك في تثمين هذا العقار وإدراجه في الدورة الاقتصادية والرفع من مردوديته، وفي خلق فرص شغل في الوسط القروي، وخاصة في صفوف الشباب، إلا أنها تواجه بالعديد من الإشكالات والصعوبات على مستوى التطبيق من بينها ما يرجع إلى حداثة وأخرى إلى الهفوات والثغرات التي خلفها ظهير 27 أبريل 1919 المتعلق بالوصاية الإدارية على الجماعات السلالية.

لهذا، فإن هذه المشاكل والإكراهات والرهانات التي تثيرها هذه المسطرة تساءل الجميع عن ماهية التدابير الواجب القيام بها لتقديم الأجوبة الشافية عن الانشغالات المعبر عنها وتجاوز الإكراهات المرتبطة بأراضي الجماعات السلالية.

ولإعطاء هذا الموضوع بريقا خاصا، ارتأينا الوقوف على بعض الإكراهات والصعوبات التي تطبع مسطرة تملك هذه الأراضي وتعرقل إدماجها في المخططات التنموية التي انخرط فيها المغرب في الآونة الأخيرة، وذلك على ضوء اطلاعنا ومواقبتنا المباشرة لتنزيل هذه القوانين على أرض الواقع والنموذج جماعة الحوافات إقليم سيدي قاسم، كل ذلك بعد إبداء بعض الملاحظات حول هذا المولود الجديد.

وللإحاطة بهذا الموضوع، والإجابة على القضية المحورية المومأ إليها أعلاه، تم اعتماد التقسيم التالي:

- المبحث الأول: السياق العام لتملك أراضي الجماعات السلالية لفائدة المنتفعين بها
- المبحث الثاني: رهان إدماج أراضي الجماعات السلالية البورية في الاستثمار المحلي

8. المادة 17 من القانون المذكور

الفقرة الأولى: الخطب والرسائل الملكية

إن أهم المرجعيات التي بني عليها تملك قطع أرضية فلاحية داخل دوائر الري وخارج هذه الدوائر من أملاك الجماعات السلاوية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعات، تتجلى في التوجيهات والخطب الملكية، على اعتبار أن تملك هذه الأراضي أخذ حيزاً مهماً من اهتمام الدوائر العليا للدولة، نظراً لأهميتها الاقتصادية الاجتماعية.

ومن أهم الخطب والرسائل الملكية في هذا الإطار، نذكر:

«... وفي نفس السياق ندعو للانكباب على إصلاح نظام الأراضي الجماعية التي نثمن فتح حوار وطني بشأنها، واستثمار وترصيد نتائج هذا الحوار ومخرجاته الأساسية، لتأهيل أراضي الجماعات السلاوية، لتساهم بنصيبها في النهوض بالتنمية، وجعلها آلية لإدماج ذوي الحقوق في هذه الدينامية الوطنية، وذلك في إطار مبادئ الحق والإنصاف والعدالة الاجتماعية، بعيداً عن كل الاعتبارات المتجاوزة.

وفي هذا الصدد، ندعو إلى تضافر الجهود من أجل إنجاح عملية تملك الأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري لفائدة ذوي الحقوق، مع مجانية هذا التملك.

كما نهيب بكافة الجهات الحكومية المعنية للعمل على تسريع وتيرة تصفية الوضعية القانونية للأراضي الجماعية، بهدف توفير مناخ ملائم لدمج أمثل لهذه الأراضي في مسلسل التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

وتلبية للتطلعات المعبر عنها من طرف الجماعات السلاوية ومختلف الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين، أثناء الحوار الوطني حول الأراضي الجماعية، المنعقد سنة 2014، فإنه من الضروري إعادة النظر في الإطار القانوني والمؤسسي، وتبسيط المساطر لتدبير أنجع لهذا الرصيد العقاري»⁹.

«... وعلى غرار ما يتم بخصوص تملك الأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري، فإنه أصبح من الضروري إيجاد الآليات القانونية والإدارية الملائمة لتوسيع عملية التملك لتشمل بعض الأراضي الفلاحية البورية لفائدة ذوي الحقوق.

ويجب القيام بذلك وفق شروط محددة تجمع بين الإنجاز الفعلي للمشاريع، والحد من التجزئة المفرطة للاستغلالات الفلاحية، وتوفير المواكبة التقنية والمالية المطلوبة»¹⁰.

9. الرسالة الملكية الموجهة إلى المشاركين في المناظرة الوطنية حول موضوع: «السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية»، المنعقدة بمدينة الصخيرات يومي 8 و9 دجنبر 2015.

10. التوجيهات الملكية الواردة في الخطاب السامي الذي وجهه جلالة الملك يوم 12 أكتوبر 2018 إلى مجلسي البرلمان بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثالثة من الولاية التشريعية العاشرة.

هذا الخطاب الملكي السامي رفع السقف عاليا بالنسبة للمسؤولين على تدبير شؤون أراضي الجماعات السلالية حينما دعا إلى توسيع قاعدة تملك الأراضي الجماعية الفلاحية لتشمل بالإضافة إلى الأراضي الواقعة داخل دوائر السقي بعض الأراضي البورية وذلك لفائدة ذوي الحقوق أفراد هذه الجماعات.

وتشكل الدعوة الملكية بتمليك هذه الأراضي لفائدة ذوي الحقوق امتدادا لتعليماته السامية التي تضمنتها الرسالة الملكية السامية الموجهة إلى المشاركين في المناظرة الوطنية حول السياسة العقارية بالصخيرات سنة 2015. هذه الرسالة التي حملت خلال تلك المناظرة الخلاص لذوي الحقوق أفراد الجماعات السلالية الواقعة داخل دوائر الري وذلك بتكبيرهم من الحصول بالمجان على رسوم عقارية للأراضي الفلاحية التي يستغلونها.

كما جعل الخطاب الملكي السامي من تملك هذه الأراضي لأفراد الجماعات السلالية بوابة للولوج إلى العقار ذي الطابع الفلاحي وما يترتب على ذلك من تمكنهم من الاستثمار في الأراضي التي يستغلونها «وجعلهم ملاك حقيقيين يتوفرون على رسم عقاري، يتيح لهم حق الولوج للقروض والمؤسسات البنكية والتداول العقاري»¹¹، والمساعدات التي توفرها الدولة في إطار المخطط الأخضر.

كما لم يخفي جلالته أهمية هذه الأراضي في خطابه السامي ليوم 20 غشت بمناسبة الذكرى السادسة والستين لثورة الملك والشعب والذي أكد في مضامينه على ضرورة الانكباب على الإصلاحات التشريعية المرتبطة بأملاك الجماعات السلالية وتعبئة الأراضي الفلاحية لإنجاز مشاريع استثمارية في المجال القروي انسجاما مع النموذج التنموي الجديد الذي دعا إليه جلالته نصره الله وأيده.

الفقرة الثانية: المرجعية التشريعية لتمليك أراضي الجماعات السلالية

تشكل الأراضي الجماعية رصيذا عقاريا هائلا لو تم استغلاله بطرق عقلانية لخلق ديناميكية اقتصادية واجتماعية، إذ يعتبر بمثابة اللبنة الضرورية لإنجاح مختلف المشاريع الاستثمارية في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية.

وفي محاولة من سلطة الوصاية لحماية هذه الأراضي من الترامي والاستيلاء وتهيئتها لجعلها أداة قادرة على الدفع بعجلة الاستثمار المحلي والوطني، عمل المشرع المغربي،

11. تملك الأراضي السلالية سيتم خلال سنة 2019: منشور في الموقع الإلكتروني: <http://orient.ma>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 25 شتنبر 2020 على الساعة الثامنة مساء.

إلى سن مجموعة من النصوص القانونية واتخاذ عدة تدابير من شأنها الحفاظ على خصوصيتها، الأمر الذي توج بإصدار ثلاث قوانين تهم أملاك الجماعات السلالية¹².

وقد شكلت هذه القوانين طفرة نوعية وتحولا جذريا في تسيير شؤون الجماعات السلالية وأملاكها حيث أنهت حقب طويلة من التسيير التقليدي لهذه العقارات والتي كانت تحول دون الاستغلال الأمثل لمؤهلاتها، وكذا تمكين أفراد الجماعات السلالية من الاستفادة من هذه الأراضي، وتحسين مستوى عيشتهم ووضعيتهم الاقتصادية والاجتماعية.

ويعد القانون رقم 17-62 المتعلق بالوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتديير أملاكها الإطار المرجعي لتديير الأراضي الجماعية السلالية، من أهم مستجداته إمكانية تملك القطع الأرضية الفلاحية البورية المملوكة للجماعات السلالية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعات.

وقد جاء هذا القانون ليكرس التوجيهات الملكية المشار إليه أنفا من خلال المادة 17 من القانون المذكور التي تنص على ما يلي:

«يمكن تقسيم الأراضي الفلاحية التابعة للجماعات، والواقعة خارج دوائر الري وغير المشمولة بوثائق التعمير، وإسنادها على وجه الملكية المفترزة أو المشاعة، لفائدة عضو أو عدة أعضاء بالجماعة السلالية المعنية، ذكورا وإناثا.

تسري على عمليات إسناد القطع الأرضية على وجه الملكية الناجمة عن تطبيق هذا القانون أحكام القانون رقم 22.22 المتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار في الأراضي الفلاحية غير المسقية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.106 بتاريخ 12 من ربيع الأول 1416 (11 أغسطس 1995)».

كما جاء المرسوم رقم 2.19.973 المشار إليه سلفا بتطبيق أحكام القانون رقم 17-62 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتديير أملاكها ليفصل في كيفية تطبيق وتنفيذ المادة 17 المشار إليها أعلاه.

وقد أفرد المرسوم المذكور لعملية تملك القطع الأرضية الفلاحية البورية المملوكة للجماعات السلالية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعات ستة (6) مواد من الفرع الثاني من الباب الثاني وفصلت هذه المواد الستة جميع جوانب مسطرة التملك.

12. القوانين رقم 17-62 و 17-63 و 17-64 والمرسوم المتعلق بتطبيق القانون رقم 17-62.

ومن أجل إضفاء مزيد من التوضيح على القانون رقم 17-62 والمرسوم رقم 2.19.973 السالفي الذكر، أصدرت سلطة الوصاية دورية وزارية تحت عدد: 6303 بتاريخ 13 ماي 2020 حول تملك قطع أرضية فلاحية بورية من أملاك الجماعات السلالية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعة¹³.

وجاء في الدورية المشار إليها أعلاه، «أن مصالح وزارة الداخلية كان بإمكانها الاكتفاء بما ورد في المرسوم رقم 2.19.973 المتعلق بتطبيق القانون 17-62 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتدابير أملاكها، إلا أنها أبت إلا أن تعد هذه الدورية لتوضيح الشروط اللازمة توفرها في المرشحين للتمليك، وكذا توضيح نوعية العقارات التي تسري عليها مقتضيات التملك، إضافة إلى تبيان المسطرة التي يتعين سلوكها من أجل إنجاز عمليات إسناد القطع الأرضية الفلاحية على وجه الملكية إلى المنتفعين بها من أعضاء الجماعات السلالية»¹⁴.

كما صدر عن وزير الداخلية والفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات قرار مشترك تحت رقم: 850.20 صادر في 4 رجب 1441 (28 فبراير 2020) بتحديد المساحة الدنيا للقطعة الأرضية المملوكة للجماعة السلالية، الواقعة خارج دوائر الري وغير المشمولة بوثائق التعمير، التي يمكن إسنادها على وجه الملكية لأعضاء هذه الجماعات¹⁵.

المطلب الثاني: إجراءات تملك الأراضي الفلاحية البورية المملوكة للجماعات السلالية

إن الحديث عن تملك قطع أرضية فلاحية بورية من أملاك الجماعات السلالية طبقا للدورية المشار إليها أعلاه، يقتضي منا المرور عبر تبيان الشروط الواجب توفرها في أعضاء الجماعة السلالية الذين يمكنهم الترشيح للاستفادة من التملك، وكذا توضيح نوعية العقارات التي تسري عليها مقتضيات التملك (الفقرة الأولى)، إضافة إلى تبيان المسطرة التي يتعين سلوكها من أجل إنجاز عمليات إسناد القطع الأرضية الفلاحية على وجه الملكية إلى المنتفعين بها من أعضاء الجماعات السلالية (الفقرة الثانية).

13. دورية السيد وزير الداخلية رقم 6303 بتاريخ 13 ماي 2020 حول تملك قطع أرضية فلاحية بورية من أملاك الجماعات السلالية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعة، المملكة المغربية، وزارة الداخلية، الكتابة العامة، مديرية الشؤون القروية، ماي 2020.

14. الدورية الوزارية السالفة الذكر، ص 2.

15. الجريدة الرسمية عدد: 6875 بتاريخ 20 أبريل 2020.

الفقرة الأولى: الشروط اللازمة لإنجاز عملية التملك

تنقسم الشروط التي يتعين توفرها لإنجاز عملية تملك قطع أرضية فلاحية بورية من أملاك الجماعات السلاوية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعات، إلى شروط تتعلق بالمرشحين للتملك (أولاً)، وأخرى تتعلق بالعقارات التي يمكن إسنادها على وجه الملكية (ثانياً).

أولاً: الشروط المتعلقة بأعضاء الجماعات السلاوية

بخصوص الشروط المتعلقة بأعضاء الجماعات السلاوية الذين يمكنهم الترشيح للاستفادة من التملك، فقد حددتها المادة 20 من المرسوم رقم 2.19.973 والذورية الوزارية السالفي الذكر فيما يلي:

- أن يكون طالب التملك مقيدا في لائحة أعضاء الجماعة السلاوية ومصادق عليها: وهذا يعني استبعاد الأشخاص غير المقيدين والذين يكونوا قد اشتروا هذه الأراضي من ذوي الحقوق بناء على عقود بيع عرفية أو المحررة من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض تحت صيغة «عقد تسليم وتنازل» كما هو معمول به في منطقة الغرب منها جماعة الحوافات إقليم سيدي قاسم.

- أن يكون طالب التملك قد استفاد بكيفية قانونية من الانتفاع بحصة جماعية: وهذا مفاده إقصاء الخواص الذين يستفيدون من هذه الأراضي بناء على عقود شراء أو تنازل أو تقويت، المبرمة مع ذوي حقوق هذه الجماعات.

- أن يكون مستغلا للحصة الجماعية بصفة مستمرة ومباشرة: الملاحظ بخصوص هذا الشرط، أنه لكي يستفيد المنتفع من عملية التملك أن يكون مستغلا للنصيب المفرض له من العقار الجماعي بكيفية مستمرة وبطريقة مباشرة وليس عن طريق الكراء أو التنازل أو الشراكة، وهذا الشرط يقصي ذوي الحقوق المقيدين في اللوائح الذين انتقلوا إلى المدن للعمل وعادوا مرة أخرى لاستغلال حصصهم أو الذين انتهت مدة كراء أراضيهم للغير.

- أن يكون مقيم بتراب الجماعة: هذا الشرط أضافته الذورية الوزارية رقم 6303 السالفة الذكر، غير أنه يقصي فئة كبيرة من الفلاحين المستغلين بصفة مباشرة ومستمرة ومقيدين بلوائح الجماعات السلاوية لكنهم مقيمون خارج نفوذ جماعتهم كما هو الشأن بالنسبة لمن يقيم بمدينة مشرع بلقصييري ويستغل أرضا فلاحية بورية بجماعة الحوافات.

- أن تكون مهنته هي ممارسة الفلاحة: وهذا يعني أنه لا يمكن تحت أي عذر كان أن يتم تمليك قطعة أرضية جماعية لغير المستغلين المباشرين، خاصة، أن الانتفاع حسب القانون هو انتفاع شخصي ولا يجوز التنازل عنه لأي كان.

- أن يلتزم المترشح للتمليك بانجاز مشروع استثماري فلاحي فوق الأرض التي يستغلها: "لأن الهدف من فتح إمكانية التمليك ليس فقط منح الملكية الفردية لأعضاء الجماعات السلالية، لكن أيضا تمكينهم من الاستقرار في هذه الأراضي وتشجيعهم على الاستثمار فيها وتحسين وضعيتهم ودمجهم في مسلسل التنمية وخلق الثروة في العالم القروي"¹⁶.

على ضوء ما ذكر، يتضح أن المشرع وضع شروطا صارمة لمن يرغب في التقدم بطلب تمليك النصيب المفضل له من العقار الجماعي، حبذا لو قام المشرع بالتخفيف من حدة هذه الشروط حتى يتم توسيع قاعدة المستفيدين من هذه العملية.

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في العقارات موضوع التمليك

بالنسبة للشروط الواجب توفرها في العقارات التي يمكن إسنادها على وجه الملكية، نصت المادة 20 من المرسوم السالف الذكر على أنه "تطبيقا لأحكام المادة 17 من القانون 17-62 السالف الذكر، وبمبادرة من سلطة الوصاية، يمكن تمليك قطع أرضية...". مما يعني أن سلطة الوصاية هي التي تتخذ القرار المتعلق بالتمليك.

وقد أشارت الدورية موضوع الدراسة إلى أنه قبل اتخاذ أي قرار من طرف مصالح الوصاية، يتعين على السلطة الإقليمية بالتنسيق مع السلطة المحلية وجماعة نواب الجماعات السلالية التأكد من الوضعية القانونية لهذه العقارات حيث يجب أن تكون هذه الأملاك محفظة ومطهرة من جميع التحملات، إذ لا يمكن تمليك أراضي غير محفظة أو أراضي لا زالت في طور التحفيظ كما يجب أن تكون الأراضي المعنية فلاحية صالحة لمزاولة الأنشطة الفلاحية والزراعية.

وهذا معناه إبعاد نسبة مهمة من العقارات البورية التي قد تكون مناسبة لإنجاز مشاريع استثمارية، لكنها لم تخضع للتحفيظ بعد. لذا نحبذ أن تقوم سلطات الوصاية بمساعدة ذوي الحقوق الذين يبدين رغبة في تمليك أراضيهم لإنجاز مشاريع استثمارية.

وأضافت الدورية أن المادة 17 من القانون المذكور واضحة بخصوص طبيعة العقارات التي يمكن إسنادها على وجه الملكية لفائدة أعضاء هذه الجماعات عندما نصت على

16. الدورية الوزارية السالفة الذكر، ص 3.

استثناء الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري¹⁷ والأراضي المشمولة بوثائق التعمير كيفما كان نوعها كما حددها القانون رقم 90-12 المتعلق بالتعمير¹⁸، سواء كانت مصادق عليها أو في طور المصادقة أو في طور الإعداد، إضافة إلى الأراضي المخصصة للرعي وللمجالات الرعوية والغابوية¹⁹، فهذه الأصناف من الأراضي لا يمكن في أية حالة من الأحوال تملكها لفائدة أعضاء هذه الجماعات.

كما أن عملية التملك هذه لا يمكن أن تشمل في وقت واحد جميع العقارات الفلاحية البورية التي يستغلها أعضاء الجماعات السلاوية على وجه الانتفاع، بل سيتم اختيار هذه العقارات من طرف مصالح الوصاية بشكل تدريجي وفق برمجة زمنية معينة حسب وضعية كل عقار من الناحية القانونية وموقعه بالنسبة للمجال الحضري ووثنائق التعمير.

وحرصا على عدم التجزيء المفرط للأراضي الفلاحية الموجهة للتملك، يجب ألا تقل مساحة القطعة الأرضية التي يمكن إسنادها على وجه الملكية عن الحد الأدنى الضروري للاستغلال الأمثل والعقلاني²⁰. وقد حدد القرار الوزاري المشترك رقم 850.20 المساحة الدنيا للقطع الأرضية التي يمكن إسنادها على وجه الملكية، في 10 هكتارات.

وهذا يعني أن تملك الأراضي الفلاحية لفائدة أعضاء الجماعات السلاوية لا يمكن أن يتم للقطع الأرضية والاستغلالات التي تقل مساحتها عن 10 هكتارات وهي الغالبة في معظم الجماعات.

17. ظهير شريف رقم 1.69.30 بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 (25 يوليوز 1969) يتعلق بأراضي الجماعات السلاوية الواقعة في دوائر الري الجريدة الرسمية عدد: 2960 مكرر بتاريخ 13 جمادى الأولى 1389 (29 يوليوز 1969)، ص 2018. كما تم تغييره وتتميمه بواسطة القانون رقم 17-64 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.117 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6807 بتاريخ 24 ذو الحجة 1440 (26 أغسطس 2019)، ص 5895.

18. الظهير الشريف رقم 1.92.31 الصادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 12-66 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-16-124 المؤرخ في 21 ذي الحجة 1437 (25 أغسطس 2016) المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، الجريدة الرسمية عدد: 6501 صادر في 17 ذو الحجة 1437 (بتاريخ 19 شتنبر 2016)، ص 6630.

19. القانون رقم 94-33 المتعلق بدوائر الاستثمار في الأراضي الفلاحية غير المسقية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.10 صادر في 22 من رمضان 1415 (22 فبراير 1995) الجريدة الرسمية عدد: 4312 بتاريخ 22 محرم 1416 (21 يونيو 1995)، ص 1773. المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 13-113 المتعلق بالترحال الرعوي وتهيئة وتدابير المجالات الرعوية والمراعي الغابوية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.53 صادر في 19 من رجب 1437 (27 أبريل 2016)، الجريدة الرسمية عدد: 6466 بتاريخ 12 شعبان 1437 (19 ماي 2016)، ص 3861.

20. جاء في المادة 21 من المرسوم السالف الذكر: «خلافا لمقتضيات المادة الأولى من المرسوم رقم 2.94.590 بتاريخ 22 من جمادى الآخرة 1416 (16 نونبر 1995) بشأن تطبيق القانون رقم 34.94 المتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار في الأراضي الفلاحية غير المسقية، تحدد المساحة الدنيا للقطع الأرضية التي يمكن إسنادها على وجه الملكية بموجب قرار مشترك لوزير الداخلية ووزير الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات».

والغاية من تحديد هذه المساحة هو الحد من التقسيم المفرط للملكية وتفتت العقار كما يقضي بذلك القانون رقم 34.94²¹، وبالتالي فإنه يتعين على أعضاء الجماعات السلالية الذين يستغلون على وجه الانتفاع قطعاً أرضية تقل مساحتها عن 10 هكتارات أن يتفوقوا على دمج قطعهم للحصول على المساحة الدنيا المذكورة أعلاه حتى تصبح قابلة للتملك ويستفيدوا من هذه العملية.

الفقرة الثانية: مسطرة إنجاز عملية التملك

حددت المواد 22 و 23 و 24 و 25 من المرسوم رقم 2.19.973 السالف الذكر المسطرة الواجب إتباعها في عملية إسناد القطع الأرضية الجماعية على وجه الملكية لأعضاء الجماعات السلالية.

وعلى ضوء هذه المواد، يتبين أن مسطرة تملك هذه الأراضي لا بد أن تمر عبر مجموعة من المراحل، تنطلق من تحديد العقار القابل للتملك (أولاً)، مروراً بتقديم الطلبات والبت فيها (ثانياً) ثم إبرام العقد وتقييده (ثالثاً) وأخيراً بتتبع المشروع بعد انجازه (رابعاً).

أولاً: تحديد العقار القابل للتملك

استناداً إلى المادة 20 من المرسوم السالف الذكر يعود اختصاص اتخاذ قرار تملك الأراضي الجماعية لفائدة أعضائها إلى سلطة الوصاية²².

ولاتخاذ هذا القرار، أوردت الدورية المشار إليها أنفاً، أنه يتعين على السلطة الإقليمية بتنسيق مع السلطة المحلية ونواب الجماعات السلالية تعيين العقار أو العقارات التي يمكن مباشرة مسطرة التملك في شأنها. وفي هذا الإطار، يتعين على السلطة المحلية إعداد تقرير حول العقار المرشح يتضمن بالخصوص معطيات عن وضعيته القانونية ومراجعته العقارية وموقعه وكيفية استغلاله، ومجموع القطع المستغلة ومساحة كل قطعة والإمكانات المتاحة لدمج القطع التي تقل مساحتها عن 10 هكتارات لتكوين المساحة الدنيا المسموح بها، والتأكد من خلو العقار من أي نزاع سواء بين جماعات سلالية أو أعضاء جماعة سلالية واحدة أو مع الغير ومدى استعداد أعضاء الجماعة السلالية للانخراط في العملية

21. القانون رقم 94-34 يتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.152 صادر في 13 من ربيع الأول 1416 (11 أغسطس 1995)، الجريدة الرسمية عدد: 4323 بتاريخ 10 ربيع الآخر 1416 (6 سبتمبر 1995)، ص 2441.

22. نصت الفقرة الأخيرة من المادة 20 المذكورة على أنه: «تحدد، بقرار لوزير الداخلية، الأراضي الفلاحية القابلة للإسناد على وجه الملكية».

برمتها. وتشير الدورية، إلى أنه يمكن للسلطة المحلية وبتنسيق مع سلطة الوصاية الاستعانة بمهندس طبوغرافي قصد تجميع المعطيات الضرورية المشار إليها سابقا. وبعد استكمال تكوين ملف الأراضي القابلة للتمليك التي تتوفر فيها الشروط يقوم عامل العمالة أو الإقليم بإحالة الملف برمته، مشفوعا برأيه الصريح، على مديرية الشؤون القروية قصد الدراسة إبداء الملاحظات اللازمة بشأنه، ويمكن لهذه الأخيرة المطالبة بمعطيات أو وثائق إضافية، ويتعين على السلطة الإقليمية المعنية توفير هذه المعطيات أو الوثائق داخل أجل 30 يوما من تاريخ توصلها بالخطاب. كما أكدت الدورية على أنه إذا كانت عناصر الملف مكتملة وتبين من دراسته إمكانية فتح العقار المعني لعملية التملك تقوم مديرية الشؤون القروية بإعداد قرار وزاري، وتعرضه للتوقيع من طرف وزير الداخلية ثم تحيل نسخا منه، بمجرد التوقيع عليه، على العمالة أو الإقليم المعني قصد تعليقه بمقر العمالة والقيادة.

ثانيا: تقديم الطلبات ودراستها والبت فيها

يمكن لأعضاء الجماعة السلالية المالكة للعقار المطروح للتمليك والذين تتوفر فيهم الشروط الضرورية، بمجرد تعليق القرار الوزاري من طرف السلطة المحلية المعنية، أن يقدموا طلباتهم إلى ذات السلطة قصد الاستفادة من عملية التملك. ولأجل ذلك، تضع السلطة المحلية رهن إشارة طالبي التملك نموذج طلب التملك، ونموذج دفتر التحملات قصد تعبئتهما وتوقيعهما والمصادقة على التوقيع قبل تقديمهما رفقة نسخة مطابقة للأصل من البطاقة الوطنية للتعريف وتصميم طبوغرافي للقطعة الأرضية إلى السلطة المحلية المعنية. وتشير الدورية، إلى أن السلطة المحلية تقوم بإعداد سجل مرقم وموقع تقيد فيه الطلبات المقدمة مقابل وصل، وبمجرد التوصل بالطلب تقوم السلطة المحلية بتسليم نسخة منه إلى نائب أو نواب الجماعة السلالية المعنية قصد إعداد تصريح، حول صحة المعطيات المضمنة في الطلب مع إبداء رأيهم المعلن بهذا الخصوص، كما تقوم السلطة المحلية بإعداد تقرير تضمه إلى كل ملف. بعد ذلك، يضيف المصدر ذاته، تقوم السلطة المحلية بإحالة ملفات طلبات التملك المقدمة إليها، داخل أجل أقصاه 30 يوما من تاريخ التوصل، على قسم الشؤون القروية بالعمالة، الذي يتولى كتابة اللجنة المكلفة بدراسة هذه الملفات²³.

23. استنادا إلى المادة 22 من المرسوم السالف الذكر، تتكون اللجنة المشار إليها، التي يرأسها عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه، من:

- قسم الشؤون القروية بالعمالة أو الإقليم؛
- قسم الشؤون الداخلية؛
- السلطة المحلية المعنية؛
- المديرية الإقليمية للفلاحة؛ نائب أو نواب الجماعة السلالية المعنية.

رابعا: تتبع انجاز المشروع

وفقا للمادة 25 من المرسوم التطبيقي المشار إليه سلفا، فإنه بعد انتهاء مدة إنجاز المشروع المحددة في دفتر التحملات وعقد التمليك، تتولى اللجنة المكلفة بدراسة ملفات طلبات التمليك، المشار إليه أعلاه بمعاينة الانجازات المقامة فوق العقار موضوع التمليك للتأكد من تنفيذ المشروع الملتمزم به من طرف المستفيد، وتعد محضرا. وتوجه مصالح العمالة استدعاءات إلى أعضاء اللجنة قبل 10 أيام على الأقل من التاريخ المحدد لإجراء المعاينة، كما يتم استدعاء المستفيد من التمليك، فإن لاحظت اللجنة أن المشروع الملتمزم به قد تم تنفيذه بالكامل من طرف المستفيد من التمليك، تقترح على عامل العمالة أو الإقليم المعني منحه شهادة رفع اليد. وتشير الدورية، إلى أنه بناء على اقتراح اللجنة يقوم عامل العمالة أو الإقليم، داخل أجل 10 أيام من تاريخ المعاينة بتسليم شهادة رفع اليد إلى المستفيد من التمليك الذي أتم إنجاز مشروعه مع إخباره بأنه يمكنه القيام بالإجراءات الضرورية على نفقته من أجل إيداع هذه الشهادة بالمحافظة على الأملاك العقارية قصد التشطيب على الشروط الفاسخة المضمنة بالرسم العقاري بل يجب على الوصاية إيداعها مباشرة لدى المحافظة العقارية مع إخبار المستفيد. وأنه إذا لاحظت اللجنة أن المشروع لم يتم الشروع في إنجازه أو لم يتم إنجازه بالكامل، فإنها تقترح على عامل العمالة أو الإقليم منح المستفيد أجلا إضافيا معقولا تحدد حسب حجم المشروع ومكوناته والوقت الضروري لإنجازه بالكامل، وبعد انتهاء الأجل تعين اللجنة المشروع من جديد وفي حالة لم ينفذ تقترح فسخ عقد التمليك علما أنه لا يمكن تحت أية ذريعة كانت منحه أجلا إضافيا جديدا قصد إنجاز المشروع.

المبحث الثاني: رهان إدماج أراضي الجماعات السلاوية البورية في الاستثمار الفلاحي المحلي

إن التنظيم القانوني للأراضي الجماعية وما خلفه من مشاكل جعل هذه الأراضي لم تشهد ذلك التطور الذي عرفته بعض أنواع الملكيات الأخرى وأثر سلبا على ترميمها واستثمارها وأدى إلى اعتماد أعراف وتقاليد عتيقة في استغلال هذه الأراضي وإبراز الحاجة إلى تطويرها، لأنها تعرف عدة اكراهات تتجلى بالخصوص في طرق استغلالها وتزايد عدد ساكنتها وارتفاع الضغط على مواردها الطبيعية، ولن تتطور هاته الأراضي في المجال الفلاحي إلا إذا تم تملكها²⁷.

27. عبد الرزاق حباني: «حماية الأراضي السلاوية بين النص القانوني ورهان الاستثمار»، منشور في الموقع الإلكتروني: <http://proceedings.sriweb.org/akn/index.php/art/article/view/342/pdf>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 28 شتنبر 2020 على الساعة الخامسة مساء.

وتبلغ مساحة الأراضي السلالية المخصصة للفلاحة حوالي 2 مليون و 337 ألف هكتار، منها 2 مليون هكتار بورية، و 337 ألف هكتار داخل دوائر الري، تهم 450 جماعة سلالية وتضم أكثر من 92 ألف مستفيد²⁸، تستغل مباشرة من طرف ذوي الحقوق أفراد هذه الجماعات في إطار قطاعات اجتماعية واقتصادية، أهمها الرعي والفلاحة والسكن، أو تحويل الانتفاع بقطع منها لأعضاء من نفس الجماعات، أو عن طريق تثمينها بواسطة آليات الكراء أو التفويت أو الشراكة. ويتم توزيع حق الانتفاع منها من طرف جماعة النواب طبقا لعادات وأعراف الجماعة السلالية وتعليمات سلطات الوصاية²⁹.

إذ لا شك أن تأهيل هذه الأراضي وفتح المجال أمام عملية تملكها سيساهم لا محالة في تحسين وضعية أعضاء هذه الجماعات ودمجهم في مسلسل التنمية وخلق الثروة في العالم القروي وتشجيع الاستثمارات المحلية باعتبارها ركيزة أساسية في تحريك العجلة الاقتصادية والاجتماعية الترايبية (المطلب الأول). غير أن عملية التملك هاته قد تحفها بعض الاكراهات والتي قد تحد من فعاليتها في دمجها في مسلسل التنمية الفلاحية، إذا لم يتم البحث عن مكان الحل ووضع الحلول الكفيلة بتجاوزها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فعالية مسطرة تملك أراضي الجماعات السلالية البورية في النهوض بالاستثمار الفلاحي المحلي

للهوض بالأراضي السلالية في المجال الفلاحي عملت السلطة الحكومية المكلفة بالوصاية على الأراضي الجماعية في القانون رقم 17-62 على فتح إمكانية تفويت الأراضي الجماعية للفاعلين الاقتصاديين الخواص والعموميين إلى جانب ذوي الحقوق أعضاء هذه الجماعات لانجاز مشاريع الاستثمار الفلاحي، الشيء الذي سيمكن من إدماج الرصيد العقاري الجماعي في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

وفي هذا الصدد، اتخذت الجهات المسؤولة مجموعة من الإجراءات للرفع من مستوى هذا القطاع وذلك من خلال إجراء مسطرة تملك هذه الأراضي لفائدة ذوي الحقوق

28. الموقع الرسمي للجماعات السلالية والأراضي الجماعية على الرابط الإلكتروني: <http://www.terrescollectives.ma/pages/ar/questions.cshtml>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 26 شتنبر 2020 على الساعة العاشرة مساء.

29. يقتصر تدخل إدارة الوصاية على تسيير جزء من ممتلكات الجماعات السلالية عن طريق الكراء أو التفويت موجهة أساسا للتنمية الاقتصادية، وعلى وجه الخصوص لاستغلال المقالع والمعادن وكذا الاستغلال الفلاحي للمساهمة في انجاز مشاريع تدخل ضمن مخطط المغرب الأخضر، الاستغلال الغابوي والنباتات العطرية، والاستغلال لأغراض تجارية وصناعية وسياحية.

(الفقرة الأولى)، قصد جعلها رافعة أساسية للتنمية الفلاحية المحلية وخلق الثروة في العالم القروي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعبئة أراضي الجماعات السلاوية البورية للاستثمار الفلاحي المحلي

إن أهمية الوعاء العقاري الجماعي في خلق وسائل استثمارية فلاحية بالنظر إلى المساحة الشاسعة التي يتوفر عليها دفعت بالقطاع الوصي إلى اتخاذ مجموعة من التدابير التي تروم التحكم فيه وتوجيهه نحو خدمة الاستثمار والتنمية (أولاً)، والرفع من قيمته من خلال حمايته من التطاول والترامي (ثانياً).

أولاً: تدابير سلطة الوصاية حول تعبئة أراضي الجماعات السلاوية للاستثمار الفلاحي المحلي

للنهوض بأراضي الجماعات السلاوية في المجال الفلاحي عمل المشرع المغربي في القانون رقم 17-62 على فتح إمكانية تملك القطع الأرضية الفلاحية البورية المملوكة للجماعات السلاوية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعات، لانجاز مشاريع الاستثمار في مجال الفلاحة، الشيء الذي سيمكن من إدماج الرصيد العقاري في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

ولأجل تنفيذ عملية التملك، قيد مشرع القانون المذكور من اللجوء إلى العادات والتقاليد في تدبير شؤون الجماعات السلاوية واستغلال أملاكها، واعتمادها في الحدود التي لا تتعارض مع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، لأن الأعراف والتقاليد أصبحت تعيق من الرفع من مردودية هذه الأراضي وتشجيع الاستثمار بها.

لأن أجراً تعبئة الأراضي السلاوية البورية يتم عبر التحفيظ العقاري، باعتباره هو الذي يؤمن العقار، وقد أقرت الجهة الوصية أنه خلال سنة 2020 سيتم تحفيظ 5 ملايين هكتار من الأراضي السلاوية وذلك في إطار برنامج مشترك طموح ومفتوح مع الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية ووزارة الداخلية³⁰، إضافة إلى تعبئة مليون هكتار من الأراضي الفلاحية البورية لفائدة أعضاء هذه الجماعات³¹.

30. مقال منشور في الموقع الإلكتروني: <https://ar.hibapress.com/details-99268.html>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 05 أكتوبر 2020 على الساعة الثالثة بعد الزوال.

31. التوجيهات الملكية الواردة في الخطاب السامي الذي وجهه جلالة الملك يوم 12 أكتوبر 2018 إلى مجلسي البرلمان بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثالثة من الولاية التشريعية العاشرة.

وتهم هذه التدابير، بالخصوص تيسير الولوج إلى القروض البنكية، وتقوية القدرات التقنية والمهنية للفلاحين، وتطوير أنشطة مدرة للدخل ومحدثة لمناصب الشغل لفائدة النساء والشباب وهي التدابير، التي تتم بلورتها بشراكة بين هيئة تحدي الألفية والمبادرة الوطنية للتنمية البشرية ومجموعة القرض الفلاحي للمغرب والمكتب الوطني للاستشارة الفلاحية والوكالة الوطنية لمحاربة الأمية³².

وستتم عملية التمليك عبر اعتماد السجل الفلاحي الذي أعدته مصالح وزارة الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات، كمرجع، مع مواكبة هذه العملية بالإجراءات الإدارية والمالية والتقنية والقانونية وذلك بتنسيق بين مختلف القطاعات المعنية من وزارات الداخلية والفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات (تجربة المخطط الأخضر «الدعامة الأولى») والمالية، كل في مجال اختصاصه، من أجل توفير ظروف نجاح هذه التعبئة.

ويأتي التمليك لفائدة أعضاء الجماعات السلاوية، من باب الإمكان فقط، وبمبادرة من سلطة الوصاية، لفائدة ذوي الحقوق وفق الشروط التي ذكرناها سلفا، بمعنى يجب أن «يكون المنتفع من هذه الأراضي مستغلا فعليا، وأن يكون استغلاله مجديا ومنتجا لنفسه ولغيره، وأن تكون القطعة الأراضية المستغلة قابلة للإنتاج (وحدة استغلالية متوسطة) لأن الهدف هو خلق طبقة فلاحية متوسطة قادرة على إحداث فرصة أو فرص للشغل في الوسط القروي وخاصة في صفوف الشباب»³³.

وبهذا الرسم العقاري سيصبح ذوي حقوق هذه الجماعات السلاوية ملاك حقيقيين يتوفرون على رسم عقاري، يتيح لهم حق الولوج للقروض والمؤسسات البنكية والتداول العقاري.

ثانيا: حماية أراضي الجماعات السلاوية من الترامي والتناول

إن طبيعة الأراضي الجماعية وطبيعة التعاملات والحساسيات التي تثيرها تجعلها مكن طمع للكثير من الأشخاص سواء من ذوي الحقوق أو الأغيار، حيث تزداد حدته كلما ارتفع الطلب على العقار وارتفعت قيمته مما ينتج عنه العديد من المشاكل والنزاعات، وللمحد

32. حوار جريدة الأخبار الإلكترونية مع مدير الشؤون القروية بوزارة الداخلية تحت عنوان: «هكذا سيتم تمليك الأراضي السلاوية لذوي الحقوق»، منشور بتاريخ 15 أكتوبر 2019 على الرابط الإلكتروني التالي: <https://www.alkhbar.press.ma/83131.html>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 26 شتنبر على الساعة الرابعة بعد الزوال.

33. نفس المرجع.

من ذلك وإعطاء العقار الجماعي وضعا قارا وبث روح الطمأنينة لدى الجماعات السلالية المنتفعة بأن حقوقها لا يمكن أن تكون عرضة للضياع أو الترامي، زيادة على التمكن من معرفة الوضعية الحقيقية لهذه الأراضي وتجنب كل منازعة مع الجيران، وتحديد معالم حدودها بصفة دقيقة³⁴، قام المشرع بوضع آليات لحمايتها إما عن طريق التحديد الإداري طبقا للقانون رقم 17-63 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.116 بتاريخ 9 غشت 2019³⁵، وإما بنهج مسطرة التحفيظ وفق ما ينص عليه ظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913 كما وقع تغييره وتتميمه³⁶.

ونظرا لأهمية التحديد الإداري في تثبيت حق الملكية وتطهير العقار الجماعي من جميع النزاعات التي قد تشوبه، دفع بالمشرع إلى إعادة صياغة ظهير 18 فبراير 1924 المتعلق بالتحديد الإداري لأملاك الجماعات السلالية شكلا ومضمونا بمقتضى القانون رقم 17-63 السالف الذكر.

ويهدف التحديد الإداري لأراضي السلالية إلى التعرف على هذه العقارات وحدودها ومشمولاتها لتثبيت وضعها المادي والقانوني وتطهيرها من جميع الادعاءات والمنازعات التي لم تظهر للوجود خلال الآجال القانونية إبان مراحل التحديد الإداري³⁷.

كما أن من شأن تحفيظ هذه الأراضي منحها التطهير النهائي من خلال تمتعها بمناعة مطلقة غير قابلة للطعن، وكذا الحفاظ عليها من الترامي والضياع والاستغلال غير القانوني

34. محمد العايش صغيري: «أراضي الجماعات السلالية بين الواقع والآفاق»، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2008-2009، ص 69 و 73.

35. القانون 17-63 المتعلق بالتحديد الإداري لأراضي الجماعات السلالية الصادر بتنفيذه الظهير 1.19.116 صادر في 07 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد: 6807 بتاريخ 26 أغسطس 2019. والذي نسخ بدوره الظهير الشريف الصادر في 12 من رجب 1342 (18 فبراير 1924) المتعلق بتأسيس ضابط خصوصي يتعلق بتحديد الأراضي المشتركة بين القبائل، كما تم تغييره وتتميمه، الجريدة الرسمية عدد: 596 بتاريخ: 25 يونيو 1924، ص 542.

36. الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بقوانين رقم 57.12 المتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.116 بتاريخ 26 من صفر 1435 (30 ديسمبر 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6224 بتاريخ 21 ربيع الأول 1435 (23 يناير 2014)، ص 262، والقانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575.

37. الحبيب الشراوي: «القواعد المنظمة للرسوم العقارية المؤسسة اثر التحفيظ»، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، وحدة العقار والتعمير والإسكان، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، الموسم الجامعي 2002-2003، ص 153.

وتهيأ جزء من هذا الرصيد العقاري لإيواء بعض المشاريع الاستثمارية خاصة لأعضاء هذه الجماعات في المجال الفلاحي.

الفقرة الثانية: نجاعة تملك أراضي الجماعات السلالية البورية في تشجيع الاستثمار في الميدان الفلاحي

كثرة العقارات يجعل الإحاطة بها تكتنفه صعوبة كبرى، سيما إذا علمنا أن أغلب العقارات غير محفظة، ولا تعلم سلطة الوصاية بوجودها إلا عند وقوع نزاع حولها، حيث يعترف أحد الخصوم أو السكان المتواجدين بجوارها بأنها تخص جهات معينة³⁸.

فالمساحة الشاسعة التي تميز أراضي الجماعات السلالية البورية تعد كفيلاً باستيعاب العديد من المشاريع الاستثمارية في المجال الفلاحي لفائدة أعضاء هذه الجماعات (ثانياً) إن تم تجويدها بشكل عقلاني (أولاً).

أولاً: تجويد مسطرة تملك أراضي الجماعات السلالية البورية لفائدة ذوي الحقوق
في ظل ظهير 27 أبريل 1919 بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وتقويتها، كما تم تعديله وتغييره بالقانون رقم 62-17، كان يسمح لذوي الحقوق بالاستقرار عبر الانتفاع الدائم، وبشروط شبه تعجيزية، دون اللجوء إلى التملك، إذ نصت الفقرة الثالثة من الفصل الرابع منه، على أنه يمكن أن تكون هذه الأراضي، بناء على طلب جمعية المندوبين³⁹ أو مقرر في مجلس الوصاية، موضوع تقسيم يعطي، بموجبه لكل رب عائلة من العشيرة، حقا دائماً في الانتفاع ضمن الكيفيات والشروط المحددة بموجب مرسوم، وأن هذا الحق غير قابل للتقادم، لا يمكن تفويته أو حجزه إلا لفائدة الجماعة نفسها، ويجوز تبادل القطع المجزأة بين المستفيدين منها، غير أن كراءها أو الاشتراك فيها لمدة أقصاها سنتان فلاحيتان، بين المستفيدين منها فقط يتوقف على إذن جمعية المندوبين.

كما نتجت تجزئة الأراضي الجماعية الخاضعة لظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة بدوائر الري، وما خلفه الفصل الثامن⁴⁰ من إشكالات اجتماعية، بشأن

38. عبد الرزاق حباني: «حماية الأراضي السلالية بين النص القانوني ورهان الاستثمار»، مرجع سابق.

39. تم تعويض عبارة «جمعية المندوبين» بعبارة «جماعة النواب» بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 64-17 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.117 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد: 6807 بتاريخ 24 ذو الحجة 1440 (26 أغسطس 2019)، ص 5895.

40. ينص الفصل الثامن من الظهير المذكور على ما يلي: «إذا توفي أحد الملاكين على الشيع نقلت حصته لأحد ورثته على أن يؤدي للورثة الآخرين قيمة حقوقهم.

صعوبة الحسم في تعيين الفرد المسلمة إليه القطعة بصفة عادلة في حالة وفاة أحد الملاكين على الشياخ، وذلك في إطار تفعيل الفقرة الأولى من الفصل الثامن. بحيث أنه في حالة استعصاء التوصل إلى حل توفيقي بين الورثة، يعرض الملف على مجلس الوصاية، دون أن يتم اللجوء إلى التملك في اسم المستفيد، ضمانا للاستقرار الاجتماعي للأسر والعائلات. ولأجل تطبيق مقتضيات الفصل الثامن أصدرت سلطة الوصاية مجموعة من الدوريات والرسائل المحددة لإشكالية الإرث داخل الأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري⁴¹. إلا أنه بالرغم من الاهتمام الشبه المفرط من طرف سلطات الوصاية بشأن إيجاد صيغة محددة لتطبيق مقتضيات هذا الفصل، فإن الأمر لا زال يطرح صعوبة كبيرة على مستوى التنفيذ⁴².

إلا أنه بموجب القانون رقم 17-62 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلاوية وتديبر أملاكها، فتح المشرع إمكانية تملك الأراضي الجماعية المخصصة للحراث لفائدة أعضاء

ويتم اختيار الفرد المسلمة إليه القطعة وكيفية الأداء باتفاق بين الورثة. وإذا لم يحصل اتفاق اشعر مجلس الوصاية بذلك من طرف الوارث المهتم بالأمر أو من طرف السلطة المحلية عند الاقتضاء. ويعين مجلس الوصاية الفرد المسلمة إليه القطعة ويحدد مبلغ وشروط أداء التعويض الواجب أداءه من طرف هذا الأخير لشركائه في الإرث. ويمكن عند الاقتضاء منح قرض من طرف المؤسسات العمومية للقرض الفلاحي قصد مساعدة الفرد المسلمة إليه القطعة على أداء التعويضات الواجبة لشركائه في الإرث».

41. من أهم هذه الدوريات والرسائل نذكر:

- دورية وزير الداخلية عدد: 3688 بتاريخ 07 يوليوز 2014 بشأن تطبيق مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.69.30 بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 (25 يوليوز 1969) المتعلقة بالأراضي الجماعية الواقعة بدوائر الري.
- الدورية الوزارية المشتركة بين وزير الداخلية ووزارة الفلاحة والتنمية القروية والمياه والغابات عدد: 47 بتاريخ 12 ابريل 2002 حول المساطر والأجال المتعلقة بمراحل عملية التسوية القانونية للأراضي الجماعية الواقعة بدوائر الري.
- دورية مشتركة عدد: 646 بتاريخ 31 يناير 1995 حول تطبيق مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.69.30.
- رسالة وزير الداخلية عدد: 67 بتاريخ 16 يناير 2015 حول تتبع مسلسل تسوية الأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري.
- رسائل وزير الداخلية عدد: 334 بتاريخ 25 يناير 2011 و 40 بتاريخ 25 مارس 2008 و 4560 بتاريخ 24 نونبر 2002 وبشأن تفعيل الدورية المشتركة عدد: 47 بتاريخ 12 ابريل 2002 حول المساطر والأجال المتعلقة بمراحل عملية التسوية القانونية للأراضي الجماعية الواقعة بدوائر الري.
- رسالة وزير الداخلية عدد: 57 بتاريخ 25 ماي 2007 حول إشكالية الإرث في الأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري والخاضعة لمقتضيات ظهير 25 يوليوز 1969 (الفصل الثامن منه).
- رسالة وزير الداخلية رقم 73 بتاريخ 4 ماي 2000 حول تطبيق مقتضيات الفصل الثامن من ظهير 1969.

42. معظم ذوي الحقوق يفضلون الاستئثار بحصصهم واستغلالها بشكل فردي على أن يسلم نصيبه لأحد الورثة مقابل حق عند نهاية كل موسم. هذه هي نتيجة جميع الملفات التي طرحت من طرف السلطات الإدارية بالحوايات إقليم سيدي قاسم على أنظار مجلس الوصاية. بحث يكون هذا الأخير بين خيارين، إما السماح لهؤلاء بقسمة العقار الجماعي واخذ كل ذي حق للنصيب المفرز له وبالتالي العودة إلى نظام تجزئة الأراضي بعد خضوعها لعملية الضم، أو إبقاء الاستغلال في يد واحدة حتى ولو لم يتفق الورثة على فرد تسلم له القطعة وهذا من شأنه تشجيع الهجرة نحو المدن واستمرار النزاعات العائلية والتفكك الأسري.

الجماعة السلالية، من أجل تمكينهم من الاستقرار في هذه الأراضي، وتشجيعهم على الاستثمار بها، وذلك تبعاً للتوجيهات الملكية الصادرة في هذا الإطار كما أشرنا إلى ذلك سلفاً.

ونصت الفقرة الثانية من المادة 15 من القانون رقم 17-62 المذكور، على أنه «لا يمكن تفويت أملاك الجماعات السلالية إلا في الحالات، ووفق الشروط الواردة في هذا القانون ونصوصه التطبيقية، وذلك تحت طائلة بطلان التفويت»؛ وعملية التمليك هاته لن تتم إلا لفائدة أعضاء الجماعة السلالية، بهدف التمكين من الاستقرار في هذه الأراضي، والتشجيع على الاستثمار، إذ سيتم توسيع دائرة تمليك الأراضي الفلاحية لتشمل بعض الأراضي الزراعية، وفق مجموعة من الشروط التي حددها المرسوم رقم 2.19.973 بتطبيق أحكام القانون رقم 17-62 السالف الذكر، على أن يتم بيع الأراضي شبه الحضرية للدولة أو للجماعات الترابية، وتوزيع مستحققاتها على ذوي الحقوق، مع عدم إمكانية تفويت الأراضي الرعوية، التي تمثل أكبر مساحة من أراضي الجماعة السلالية، وفتح إمكانية الاستثمار فيها عن طريق الكراء.

والتصيص على التمليك، كان بهدف إنجاز مشاريع الاستثمار، من أجل التمكين من إدماج الرصيد العقاري الجماعي في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، إذ يمكن على ضوء المادة 17 من القانون رقم 17-62 السالف الذكر، تقسيم الأراضي الفلاحية التابعة للجماعات، والواقعة خارج دوائر الري وغير المشمولة بوثائق التعمير، وإسنادها على وجه الملكية المفترزة أو المشاعة، لفائدة عضو أو عدة أعضاء بالجماعة السلالية المعنية، ذكورا وإناثا، على أن تسري عليها الأحكام المتعلقة بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية، باستثناء مساحة الاستغلال الدنيا الواجبة للتمليك، والتي حددها القرار المشترك لوزير الداخلية ووزير الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات رقم 850.20 المشار إليه سلفاً في عشرة (10) هكتارات، مع إمكانية دمج قطعتين أو أكثر لتكوين المساحة الدنيا المسموح بها.

وكان المرسوم رقم 2.19.973 المتعلق بتطبيق القانون رقم 17-62، قد تطرق في الفرع الثاني من الباب الثاني، لمسطرة إسناد قطع أرضية مملوكة للجماعات السلالية على وجه الملكية لأعضاء الجماعات السلالية، في المواد من 20 إلى 25.

وتجدر الإشارة إلى أن عملية التمليك ستمكن أعضاء الجماعات السلالية من ملكية الأراضي السلالية وهو بحق لا محالة سيمكن من الاستغلال الأمثل وتصفية النزاعات العالقة حول هذه الأراضي.

ثانيا: المشاريع الممكن تعبئتها للاستثمار الفلاحي بأراضي الجماعات السلالية البورية

إن تملك الأراضي السلالية البورية لفائدة ذوي الحقوق ونزع الصبغة الجماعية عنها سيمكن هؤلاء من إقامة مشاريع فلاحية فيها من خلال تجهيزها وتهيئها بطرق عصرية كما هو الشأن بالنسبة لأراضي الخواص.

وتساهم الأراضي السلالية في إنتاج العديد من المنتوجات الفلاحية على الصعيد الوطني، فعلى سبيل المثال فإن هذه الأراضي توفر ما مجموعه 9500 إلى 10000 طن سنويا من الحوامض⁴³، إضافة إلى مساهمتها في إنتاج بعض المنتوجات الفلاحية الأخرى المختلفة والمتباينة حسب المناطق الطبيعية والمناخية⁴⁴.

وبالرجوع إلى المعطيات السالفة الذكر، فإن الاهتمام بالرفع من إنتاجية هذه الأراضي، ما فتى يزداد من طرف الدوائر والأجهزة المسؤولة، ففي إطار المشاريع التنموية المندمجة تقوم وزارة الفلاحة بتجهيز هذه الأراضي وإصلاحها وذلك بالاعتماد على الآليات والوسائل التقنية المتقدمة⁴⁵. الأمر الذي ينعكس ايجابيا على الجماعات السلالية خاصة الفقيرة ويشجعها على بذل مجهودات جبارة في استغلال هذه الأراضي أحسن استغلال، وبالتالي تحسين ظروف عيشهم والتقليل من هجرتهم نحو المدن.

فمن المشاريع الفلاحية التي يمكن لذوي الحقوق الراغبين في تملك أراضيهم البورية الاستثمار فيها، نذكر منها:

- إنتاج المواد العطرية خاصة في مادتي «الشيخ» و «أزير»، فالأولى توجد بكثرة في كل من مراکش وورزازات وتيزنيت واكادير، فحين توجد الثانية في المنحدرات الغربية لسلسلة جبال الأطلس الكبير خاصة المعاذية لواد ملوية فحين توجد بالضبط في أقاليم وجدة وتازة وبولمان⁴⁶؛

43. عبد الكريم بالزاغ: «أراضي الجموع محاولة دراسة بنيتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ودورها في التنمية»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998، ص 100.

44. إن من شأن الاستثمار في هذه الأراضي تحقيق ثروة إنتاجية مهمة، على سبيل المثال تتوفر جماعة الحوافات بإقليم سيدي قاسم على مساحات شاسعة من الأراضي السلالية البورية يمكن استغلالها في أنشطة فلاحية مثل التفاح والخوخ والحوامض، إن تم تملك هذه الأراضي، وهي مشاريع ناجحة في هذا الإقليم حسب التجارب القائمة حاليا.

45. محمد بلحاج الفحصي: «أراضي الجماعات السلالية بالمغرب بين التنظيم القانوني وإشكالات الواقع»، دراسة على ضوء الفقه والقانون والقضاء، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، طبعة 2016، ص 101.

46. عبد الكريم بالزاغ: «أراضي الجموع محاولة دراسة بنيتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ودورها في التنمية»، مرجع سابق، ص 105.

- الاستثمار في الأشجار المثمرة والورديات الأطلسيين الكبير والمتوسط؛
- زراعة الحوامض بمناطق: سوس، الشرق والغرب؛
- زراعة الفواكه الحمراء (الفراولة والتوت البري) والزراعات الزيتية (عباد الشمس والفل السوداني) بمنطقتي الغرب واللوكوس؛
- الزراعات السكرية (الشمندر والقصب السكري) بمنطقتي الغرب واللوكوس وبني ملال؛
- الزراعات الرعوية (الذرة العلفية المسلحة)؛
- زراعة الزيتون في إقليم مكناس والشمال الغربي؛
- تربية المواشي والدواجن.

كما تعد هذه الأراضي الفلاحية مجالاً خصياً للعمل التعاوني من قبل ذوي الحقوق، وفي هذا الصدد حقق استغلال الأراضي الجماعية في إطار التعاونيات الفلاحية نتائج إيجابية بخصوص تطوير أساليب الري والرفع من قيمة الإنتاج الفلاحي لأعضاء هذه الجماعات، الشيء الذي سينعكس على إيجاباً على ذوي الحقوق والاقتصاد الوطني بشكل عام، لأن الظرفية الراهنة تقتضي ضرورة توفر جودة عالية في المنتج في ظل التنافسية العالمية الحادة في الأسواق⁴⁷.

عموماً، فإن استغلال الأراضي الجماعية البورية في الاستثمار الفلاحي سيساهم بشكل فعال في الرفع من إنتاج هذه الأراضي خاصة إذا تم التفكير في منح القروض لفائدة أبناء الجماعات الأصلية بغرض استثمار أراضيهم وتجهيزها وتهيئتها بطرق حديثة.

المطلب الثاني: إكراهات تملك أراضي الجماعات السلالية البورية وآفاقها المستقبلية

إن المحلل لوضعية الهياكل العقارية من ناحية تأثيرها في العملية الاستثمارية يجد بأن العقار الفلاحي ببلادنا يعاني بشكل عام من مشاكل تجعل منه عائقاً من عوائق التنمية بدلاً من أن يكون أداة من أدواتها الرئيسية⁴⁸.

وترتبط هذه المعوقات أساساً، فيما يخص تملك هذه الأراضي، بما خلفه النظام القانوني السابق من مشاكل التي أثرت على القانون الجديد فيما يخص تسييرها وطرق

47. محمد العايش صغيري: «أراضي الجماعات السلالية بين الواقع والآفاق»، مرجع سابق، ص 122.

48. حياة البجدايتي: «وضعية أراضي الجموع بين المتطلبات القانونية ورهانات التنمية، إكراهات وآفاق تدبير أراضي الجموع: التثمين والاستثمار»، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017، ص 103.

استغلالها، الأمر الذي يجعل هذا الرصيد الهام يواجه عائقا يحول دون تحقيق التنمية المحلية المنشودة، ويشكل معيقا للاستثمار الفلاحي المحلي في هذه الأراضي (الفقرة الأولى).

ثم ان التطور الذي أصبح يعرفه المغرب في مجال الأراضي السلاوية أصبح يحتم التفكير بشكل مستمر في إيجاد الحلول للمشاكل المترتبة عن استغلال هذه الأراضي بشكل عشوائي ووضع إستراتيجية بديلة تعمل على إدماج هذا الرصيد العقاري الهام بكل مكوناته البشرية والعقارية والاجتماعية والثقافية في مسلسل التنمية المندمجة والمستدامة⁴⁹، حتى تتمكن هذه الأراضي من لعب دورها في الرفع من مردوديتها والزيادة في الإنتاج واستعمال الأساليب الحديثة والتقنيات العصرية ومن ثم تحسين وضعية المنتفعين منها وخلق الثروة بالعالم القروي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عوائق تملك أراضي الجماعات السلاوية البورية وتأثيرها على التنمية الفلاحية المحلية

كما نوهنا سلفا، تكتسي الأراضي السلاوية البورية أهمية بالغة في تحقيق التنمية الفلاحية المحلية، إلا أن استغلال هذه الأراضي يواجه بمجموعة من الاكراهات حيث تحول دون التثمين الأفضل لها، منها ما يتعلق بهفوات النظام القانوني المنظم لها والثغرات التي خلفها النظام القانوني السابق (أولا)، ومنها ما يرجع إلى طرق تدبير واستغلال هذه الأراضي (ثانيا).

أولا: المعوقات القانونية للاستثمار الفلاحي في أراضي الجماعات السلاوية البورية
من الصعوبة بمكان على قانون حديث أن يقدم إضافة نوعية في ظل تركة ثقيلة عمرت قرنا من الزمان ورثها عن قانون سابق تم نسخه وتعديله. ولهذا، فمهما يكون للقانون رقم 17-62 من ايجابيات، إلا أنه يصطدم بمجموعة من الاكراهات القانونية؛ منها ما يعود إلى التركة التي ورثها عن ظهور 27 ابريل 1919 المتعلق بالوصاية الإدارية على الجماعات السلاوية وتدبير أملاكها، ومنا ما تتعلق بنصوصه وفجواه في حد ذاته.

فبالرجوع إلى القانون رقم 17-62 موضوع الدراسة، نجد أن المادة 17 منه تنص على إمكانية تقسيم الأراضي الفلاحية التابعة للجماعات، والواقعة خارج دوائر الري وغير المشمولة بوثائق التعمير، وإسنادها على وجه الملكية المفترزة أو المشاعة، لفائدة عضو أو

49. جمال خلوق: «التدبير الترابي بالمغرب: واقع الحال ومطلب التنمية»، مكتبة الرشاد سطات، الطبعة الأولى فبراير 2009، ص 26.

عدة أعضاء بالجماعة السلالية المعنية، ذكورا وإناثا، على أن تسري عليها الأحكام المتعلقة بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية.

وقد حدد القرار الوزاري المشترك لوزير الداخلية ووزير الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات رقم: 850.20 المشار إليه سلفا المساحة الدنيا للقطع الأرضية التي يمكن إسنادها على وجه الملكية، في 10 هكتارات. وهذا يعني أن تملك الأراضي الفلاحية لفائدة أعضاء الجماعات السلالية لا يمكن أن يتم للقطع الأرضية والاستغلالات التي تقل مساحتها عن 10 هكتارات.

فالملاحظ على ذلك أن المساحة المتطلبية للملك في القرار المذكور غير ملائمة لكثير من المناطق في المغرب، إذ من الصعب تطبيقها مثلا بإقليم سيدي قاسم، حيث أغلب ذوي الحقوق لا تتجاوز حصصهم مع الجماعة السلالية هكتار واحد أو هكتارين ونصف كحد أقصى كما الشأن بالنسبة لجماعة الحوافات. وبالتالي فإن تكوين هذه المساحة المذكورة يتطلب من أعضاء الجماعات الذين يستغلون على وجه الانتفاع قطعاً أرضية التي تقل عن 10 هكتارات أن يتفقوا على دمج قطعهم لتكوين المساحة الدنيا المذكورة أعلاه حتى تصبح قابلة للملك ويستفيدوا من هذه العملية. وهذا لن يحدث في ظل رغبة ذوي الحقوق في الاستفراد بخصصهم واستغلالها بشكل فردي والابتعاد عن نظام الشراكة وما يترتب عليها من تجاوزات ونزاعات عائلية.

في الغالب يرجع صغر هذه الأراضي إلى عدم احترام الضوابط القانونية المنصوص عليها في ظهير الأراضي الجماعية من طرف ذوي الحقوق، سيما المرتبطة بعدم قابلية هذه الأراضي للتفويت أو الحجز أو التقادم، وهذا ما زاد من استفحال هذه المشاكل، بعد أن عمد مجموعة منهم إلى تفويت قطع أرضية جماعية للأجانب عن الجماعة السلالية بطرق غير شرعية، وهو ما ساهم في تفشي ظاهرة الترامي، وبالتالي إلى تفشي الاستغلالات غير القانونية.

وفي هذا الصدد نذكر النزاعات والخلافات التي ساهم في ظهورها الفصل الثامن من ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة بدوائر الري والمتعلقة أساسا بالأنصبة المترتبة عن إجراء القسمة والتي غالبا ما تؤدي إلى التجزئة والتفتيت المستمر للخصص وبالتالي تعطيل استغلال الأرض.

فأغلب أفراد الجماعات السلالية بعد وفاة أحد الملاكين على الشيعاء، سواء كانت هذه الأراضي سقوية أو بورية، يفضلون القسمة واستغلال النصيب المفرز لهم بشكل فردي بدل

الاتفاق على اختيار أحد الورثة تسلم له القطعة لتسييرها وأداء التعويضات الواجبة لشركائه في الإرث.

كما أنه حتى في حالة الاتفاق على اختيار الفرد المسلمة إليه القطعة الأرضية وكيفية الأداء، يفضل غالبية الشركاء الهجرة نحو المدن ما دام أن الوارث المتفق عليه هو من سيتكلف بتدبير القطعة المسلمة له واستغلالها، الأمر الذي يحول دون تحقيق الهدف الذي وضعه المشرع المتمثل في ضمان استقرار أعضاء الجماعات السلالية في هذه الأراضي، وتشجيعهم على الاستثمار بها، والحد من الهجرة نحو المدن.

فضلا عن أن عملية القسمة والرغبة في استغلال الحصة المفردة يفاقم من ظواهر التجزئ و يحولان دون الوصول إلى المساحة الدنيا المسموح بها للتمليك وهي 10 هكتارات كما جاء في القرار المشترك السالف الذكر.

بناء على ما ذكر، يظهر أن للممارسات التي خلفها ظهير 27 ابريل 1919 وعدم احترام أغلب ذوي الحقوق للضوابط القانونية ذات الصلة، أثر سلبا على قدرة القانون الجديد رقم 17-62 في تحقيق النتائج المتوخاة منه.

ثانيا: الاكراهات المرتبطة بطرق استغلال وتدبير أراضي الجماعات السلالية

إن التنظيم القانوني للأراضي الجماعات السلالية وما خلفه من مشاكل جعل هذه الأراضي لم تشهد ذلك التطور الذي عرفته بعض أنواع الملكيات الأخرى مما انعكس بشكل سلبي على تميمتها واستثمارها⁵⁰.

ويشكل اللجوء إلى تدبير شؤون الجماعات السلالية واستغلال أملاكها للأعراف⁵¹ والعادات المتبعة في كل قبيلة، أبرز معيقات الرفع من المردودية الاقتصادية والتنموية للأراضي الجماعية، ومما زاد من استفحال هذه الظاهرة عدم إشارة ظهير 27 ابريل 1919 إلى طريقة تقسيم حق الانتفاع بين أعضاء الجماعة وترك أمر ذلك للعرف وتعليمات الوصاية. فمثلا تعتمد أغلب الأعراف في تنظيم الانتفاع من هذه الأراضي على التوزيع الدوري للأراضي الجماعية، مما أدى مع النمو الديمغرافي المتزايد إلى تناقص الحصة النظرية

50. محمد بلحاج الفحصي: «أراضي الجماعات السلالية بالمغرب بين التنظيم القانوني وإشكالات الواقع»، مرجع سابق، ص 367.

51. حياة البجدايتي: «نظام أراضي الجموع بين المتطلبات القانونية ورهانات التنمية»، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2016، ص 281.

العائدة لكل رب عائلة، كما أن هذا التوزيع الدوري والمتكرر لا يشجع المستغل على الاستثمار في حصته المؤقتة مما نتج عنه تدهور في قيمة هذه الأراضي⁵².

كما أن تكاثر العمليات العقارية من بيوعات بين الخواص والتفويتات والتنازلات عن الانتفاع والتي تتم خارج الإطار القانوني من طرف بعض ذوي الحقوق إما جهلاً بالقانون أو ضداً عليه تنعكس سلباً على استقرار وعقلنة واستغلال هذه الثروة العقارية الهامة وجعلها رافعة للاستثمار بالمنطقة.

كما أن التأثير السلبي لهذه الأعراف والعادات لم ينحصر فقط على تنمية الأراضي الجماعية وإنما امتد إلى قواعد القسمة. حيث استغلال الأغنياء للفقراء⁵³ وهيمنة ذو النفوذ والجاه على حصة الأسد، بينما أغلب ذوي الحقوق يوجدون ضمن فئة فلاحي الاستغلال الصغيرة، الذين بدورهم يلجئون إلى عملية التقسيم العشوائي لهذه الاستغلالات بالرغم من تدخل المشرع للحد من هذه الآفة بمقتضى ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالاستثمار الفلاحي والذي حدد فيها التزامات الدولة وحقوق الفلاحين والتزاماتهم وتم إحداث مناطق للسقي ومناطق البور التي تغطي حوالي 8/1 من المساحات الفلاحية النافعة.

وتثير الوضعية الحالية للأراضي السلاوية أيضاً عدة مشاكل، تتمثل في جمود استغلال بعض هذه الأراضي التي يدور حولها النزاع مع الجماعات المجاورة أو بين أفراد نفس الجماعة⁵⁴، بسبب طول مسطرة فض النزاعات وتعقدها وهو ما لا يتناسب مع الرهان المعلق على هذه الأراضي في النهوض بوضعية ذوي الحقوق لهذه الجماعات ودمجهم في مسلسل التنمية الترابية وفي خلق فرص الشغل بالعالم القروي وبالتالي الحد من الهجرة نحو المدن. وبالرغم من الجهود التي تبذل في مجال النهوض بالأراضي الفلاحية البورية وأجراً عملية تملكها لفائدة المنتفعين بها، فإن الواقع يظهر ضعف استعداد ذوي الحقوق للانخراط في هذه العملية، بسبب افتقار معظم الأراضي البورية للتجهيزات والإمكانات الضرورية التي تتماشى مع متطلبات الاستغلال العصري، وذلك من أجل استثمار مواردها في إنجاز مشاريع تنموية من شأنها تحقيق المردودية والإنتاجية وتنمية المنطقة، وتحسين ظروف عيش ذوي الحقوق بالمقارنة مع أراضي الخواص.

52. عبد الرزاق حباني: «حماية الأراضي السلاوية بين النص القانوني ورهان الاستثمار»، مرجع سابق.

53. عبد اللطيف الود ناسي: «أراضي الجموع في المنظومة القانونية»، مجلة المحامي، بدون ذكر دار الطبع والنشر وسنة الطبعة، العدد 46، ص 63.

54. محمد خيربي: «أراضي الجموع بين البقاء والزوال»، مجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، العدد الأول، سنة 2010، ص 66.

لهذا يجب على المشرع المغربي ومعه سلطة الوصاية وضع هذه الملكية في إطارها الحقيقي في التعديلات المقبلة وتجاوز هفوات التي خلفها الظهير السابق وأضرت بالقانون الجديد والمرتبطة بتقاليد وأعراف تدير الأراضي السلالية بهدف الرفع من مردوديتها وجعلها وسيلة فعالة في الدفع بعجلة التنمية الترابية. فبانعدام الضمانات القانونية التي تحمي الأراضي السلالية من التجزئ والتقسيم، فإن الأمر سوف يؤدي لا محالة إلى تراجع الاستثمارات المنكبة على هذا النظام العقاري.

الفقرة الثانية: بعض الحلول المقترحة لإدماج أراضي الجماعات السلالية البورية في العملية التنموية

إن صعوبة تغيير بعض الأوضاع، كما سبق الذكر، يحد من نجاعة تطبيق فكرة تملك الأراضي الفلاحية البورية دفعة واحدة على أرض الواقع.

لذا نرى أن نجاح أي مشروع لتمليك هذه الأراضي حسب ما يتوخاه القانون رقم 17-62 والمرسوم التطبيقي الخاص به يتطلب إعادة النظر في المساحة الدنيا للقطع الأرضية التي يمكن إسنادها على وجه الملكية (أولا)، والقيام بتطهيرها من جميع النزاعات (ثانيا)، ثم الحد من العمليات العقارية غير القانونية (ثالثا)، وأخيرا ضبط وإحصاء ذوي حقوق هذه الجماعات (رابعا).

أولا: إعادة النظر في المساحة الدنيا الواجبة للتمليك

تعد المساحة الدنيا للقطع الأرضية المملوكة للجماعات السلالية، الواقعة خارج دوائر الري وغير المشمولة بوثائق التعمير، التي يمكن إسنادها على وجه الملكية المفترزة أو المشاعة لفائدة عضو أو عدة أعضاء بالجماعة السلالية المعنية، جد مهمة في إطار التجميع الفلاحي، إلا أنه في الوقت الراهن يتعين مراجعتها وتخفيضها من عشرة (10) هكتارات، إلى خمسة هكتارات، في إطار التطابق مع المادة 2 من القانون رقم 94-34 المتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية، ومع الأعراف والتقاليد المعمول بها في عدة مناطق بالمغرب، والتي تحدد سقف المساحة الممنوحة لأعضاء الجماعات السلالية في إطار حق الانتفاع في خمسة هكتارات للفرد الواحد، وفي نفس السياق تماشيا مع روح الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 17-62 التي نصت على إخضاع عمليات الإسناد على وجه الملكية لأحكام القانون رقم 94-34، والتي لا ينبغي في إطار احترام تراتبية القوانين التراجع عنها بموجب المادة 21 من المرسوم السالف الذكر.

ومن مبررات التعديل أيضا، نستحضر المخلفات الاجتماعية للفصل الثامن من الظهير الشريف رقم 1.69.30 الصادر في 25 يوليوز 1969 يتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري، والذي كان ينقل حصة من الملكية إذا توفي أحد الملاكين على الشيع لأحد ورثته على أن يؤدي للورثة الآخرين قيمة حقوقهم، حيث كانت الخلافات العائلية هي السائدة في معظم الملفات، كما أن عملية دمج قطعتين أو أكثر لتكوين مساحة عشرة هكتارات المسموح بها، أمر غير مستحب لدى العديد من المستغلين وفي مقدمتهم الفلاحون الصغار، إضافة إلى الاتكال في تنفيذ المشروع الملتمزم بها وإعلان فشله، والرجوع إلى الأصل عبر فسخ عقد التمليك.

ثانيا: تطهير الوضعية القانونية لأراضي الجماعات السلاوية

إن ضبط المدبرين لشؤون أملاك الجماعات السلاوية لهذا النظام العقاري المعقد يبقى البوابة الكبرى للتمكن من إنجاح الورش الملكي الخاص بتمليك الأراضي الفلاحية الجماعية البورية لفائدة ذوي الحقوق. ولن يتأتى ذلك سوى بتحفيظ كل الأراضي الجماعية الفلاحية واستخراج الرسوم العقارية الخاصة بها لوقف أطماع كل المتربصين بهذه الأراضي ذات القيمة الفلاحية العالية وتحسينها من أنواع الاعتداءات المادية وإعطائها القيمة الحقيقية التي تستحقها وسط الأنظمة العقارية الأخرى⁵⁵، ويتم ذلك بسلوك مسطرتين:

- **مسطرة التحديد الإداري:** طبقا لمقتضيات الظهير الشريف رقم 1.19.116 بتاريخ 9 غشت 2019 الصادر بتنفيذ القانون 17-63 المتعلق بالتحديد الإداري لأراضي الجماعات السلاوية، وذلك من خلال وضع بطاقة تعريفية للعقار بضبطه من الناحية المادية بمعرفة حدوده ومشمولاته والحقوق والارتفاقات الواقعة عليه والتي يمكن أن تقع عليه بحيث يقوم المهندس المساح بالتحقق من هوية الحاضرين سواء كانوا ملاكا أو متدخلين ويقوم بتدوين مختلف تصريحاتهم وملاحظاتهم وتدخلاتهم إن وجدت حول العقار موضوع التحديد.

ويتربط على المصادقة على عملية التحديد الإداري تحديد الوضعية القانونية للعقار موضوع هذا التحديد وحدوده ومشمولاته بصفة نهائية⁵⁶، وتقديم مطلب أو مطالب تحفيظ في شأنه⁵⁷. وفي مسعى التطبيق السليم للإجراءات الواردة في القانون 17-63 واحترام

55. منشور في الرابط الموقع الإلكتروني: ar.hibapress.com/details-97939.html، تم الاطلاع عليه بتاريخ 19 شتنبر 2020 على الساعة الثامنة مساء.

56. الفقرة الأخيرة من المادة 12 من القانون رقم 17-63.

57. الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون رقم 17-63.

المراحل المقررة لصحة مسطرة التحديد الإداري أصدرت سلطة الوصاية الدورية رقم: 1199 بتاريخ 31 يناير 2020.

-**مسطرة التحفيظ العقاري:** طبقا لمقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-57 بتاريخ 30 دجنبر 2013 والقانون رقم 07-14 بتاريخ 22 نونبر 2011. فبعد المصادقة على عملية التحديد الإداري بمرسوم وتقديم مطلب التحفيظ، يقوم المحافظ على الأملاك العقارية بتأسيس الرسم العقاري أو الرسوم العقارية لعقار الجماعة أو الجماعات السلاوية بمجرد التحقق من وضع الأنصاب والتصميم العقاري⁵⁸.

فالتحفيظ العقاري يعطي قوة ثبوتية لكون الأرض في ملكية الجماعة السلاوية، لذلك لا بد من وعي الجماعات السلاوية بأهميتي مسطرة التحديد الإداري والتحفيظ.

ثالثا: الحد من العمليات العقارية غير القانونية

إذا كانت سلطة الوصاية قد أوجبت على ذوي الحقوق الراغبين في تملك أراضيهم الفلاحية البورية أن تكون هذه الأخيرة صالحة للزراعة وذات مساحات كبيرة وقابلة للاستغلال، فإن هذا الأمر يصطدم بتنامي مجموعة من العمليات التي تتم خارج الإطار القانوني والتي تحول دون تحقيق المساحة المتطلبة للتمليك وهي 10 هكتارات كما جاء في القرار الوزاري المشترك.

فمن أهم هذه العمليات نجد لجوء العديد من ذوي الحقوق وورثتهم إلى التقسيم العشوائي لهذه الأراضي بعيدا عن أعين سلطات الوصاية، بل أكثر من ذلك القيام ببيوعات مع الخواص غرباء عن الجماعة، وأحيانا تقويتات وتنازلات عن الانتفاع التي لا يجيزها القانون، «والتي تتم في بعض الأحيان بتزكية من الإدارة بمقتضى بعض الشواهد الإدارية المسلمة بشكل غير قانوني»⁵⁹، الأمر الذي يفاقم من عملية التجزئة التي تنعكس سلبا على استقرار وعقلنة واستغلال هذه الثروة العقارية الهامة وجعلها رافعة للاستثمار بالمنطقة.

لذلك لا بد من تدخل المشرع للقطع مع مثل هذه الممارسات وإيجاد حل لإشكالية تقطيع الأراضي والقسمة والشياع مع احترام الشروط الموضوعية في مساحة الأراضي الصالحة للاستثمار الفلاحي والبحث عن الحلول البديلة لتفادي التجزئة المفترطة عن طريق وضع مقارنة منهجية دقيقة للإحاطة بجميع الوسائل المرتبطة بالبيوعات والقسمة والشياع تمكن

58. الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون رقم 17-63.

59. عبد الرزاق حباني: «حماية الأراضي السلاوية بين النص القانوني ورهان الاستثمار»، مرجع سابق.

من تقييم تأثيراته على نجاعة الاستغلالات الفلاحية مراعيًا في ذلك خصوصية كل منطقة، نظرا لاختلاف كل منطقة على منطقة أخرى.

رابعًا: ضبط وإحصاء ذوي الحقوق أفراد الجماعات السلالية

يشكل ضبط وإحصاء ذوي الحقوق أفراد الجماعات السلالية المعادلة الصعبة في ورش تمليك هذه الأراضي الجماعية؛ لأن تحسين ظروف العيش والاستقرار بالعالم القروي يبقى الهاجس الأكبر من وراء هذه العملية. لذا فإن الإحصاء الشامل والمضبوط لذوي الحقوق المستغلين الفعليين للأراضي يمثل الآلية المثلى للضرب على أيدي كل المتلاعبين بمصير أبناء الجماعات السلالية. لأن الشرط الأول الذي يجب أن يحكم استفادة هؤلاء الأفراد من الحق في امتلاك هذه الأراضي يجب أن يكون هو الاستغلال وذلك لتحقيق غاية استقرارهم وخصوصًا الفئات الشابة منهم بالوسط القروي وتحسين مستواهم الاقتصادي والاجتماعي بما يمكنهم من الحصول على شروط العيش الكريم⁶⁰.

ويبقى ضبط العنصر البشري المنتمي وحصص اللوائح النهائية لذوي الحقوق مدخلا هاما من مداخل حسن تدبير الأراضي المملوكة لهذه الجماعات وآلية أساسية من آليات إدماج أعضاء هذه الجماعات في مسلسل التنمية⁶¹، ومن شأنه أيضا معرفة المستغلين الحقيقيين المقيدين بالجريدة الرسمية من ذلك الدخلاء على هذه الجماعات بمقتضى معاملات عقارية غير قانونية أو عن طريق الترامي والاستيلاء.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة يمكن القول أن القانون رقم 17-62، وتكريسا للتوجهات الملكية السامية واستجابة لتطلعات الفاعلين القانونيين والمهتمين بالحقل العقاري التي ظلت تنادي ردحا من الزمان بإشراك أراضي الجموع في الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ببلادنا، جاء بالعديد من المستجدات من أهمها إمكانية تمليك القطع الأرضية الفلاحية البورية المملوكة للجماعات السلالية لفائدة المنتفعين بها من أعضاء هذه الجماعات، إلا أن الثغرات التي خلفها ظهير 27 ابريل 1919 من قبيل شيوع بعض المعاملات العقارية خارج الإطار القانوني (البيوعات، القسمة، التقويت، التنازل..) وهيمنة الأعراف

60. منشور في الرابط الموقع الإلكتروني: ar.hibapress.com/details-97939.html، تم الاطلاع عليه بتاريخ 19 شتنبر 2020 على الساعة الثامنة مساء.

61. دورية وزير الداخلية رقم: 2716 بتاريخ 26 فبراير 2020 حول إعداد لوائح أعضاء الجماعات السلالية أو تحيينها، ص 1، التي نسخت وعضت الدورية الوزارية رقم 51 بتاريخ 14 ماي 2007 المتعلقة بمسطرة وضع لوائح ذوي الحقوق التابعين للجماعات السلالية.

والعادات والتقاليد على طرق تديرها واستغلالها يحول دون تكوين المساحة الدنيا المسموح بها للتمليك.

وعموما، نثمن هذا التعديل الهام في منظومة الأراضي السلاوية بالمغرب، ويجب في هذا الإطار أن تسارع الجهات المسؤولة على تنزيل القوانين والمساطر المعمول بها، وتسريع عملية التملك لفائدة ذوي الحقوق، ثم العمل على حماية هذه الأراضي بتحديد إداريا وتحفظيا لتكون محصنة من أي مطالبة أو استيلاء، وهو ما سيساهم في الحد من ظاهرة الترامي، وسيؤدي إلى القيام بدور المحرك الأساسي للاقتصاد الوطني، لأنه يوفر الأرضية الأساسية لضمان انبثاق وتقوية طبقة وسطى فلاحية في القرى، وجعلها عامل توازن ورافعة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، على غرار الدور الهام للطبقة الوسطى في المدن.



الحياسة في الفقه المالكي والقانون المغربي ضوابطها وموانعها

بقلم الطالب حميد العيادي

باحث في سلك الدكتوراه

بكلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة ابن زهر أكادير

تقديم:

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالمعاملات بين الناس أشد اهتمام لضبط غريزة حب التملك عندهم، وحتى لا تضيع الحقوق وتتخرم، ومن ذلك مسائل الحوز والحياسة، فالفقه الإسلامي يحمي الحياسة وينظر إليها نظرة أعمق، ويجعلها مجرد قرينة على التملك لا سببا فيه، ويشترط فيها شروطا تضمن حماية الحائز، وتقرر سقوط حق الحاضر الساكت طول مدة الحياسة دون عذر، وتضمن حماية المالك الغائب أو المحجور الذي قد يمنعه مانع من القيام بحقه، وتحقق استقرار المعاملات، وبذلك توفق بين قاعدتي التقادم المكسب والتقادم المسقط، هذا ما يتميز به الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي الذي ينظر إلى الحياسة نظرة مادية، ويكتفي في اعتبار الحائز بنية التملك صاحب حق أو مالكا، ويكتفي في حقه بشرطين: السيطرة الفعلية، ونية التملك.⁽¹⁾ فما هي الشروط والضوابط التي أقرها الفقه الإسلامي والقانون المغربي لحماية حق الحياسة؟ وما هي الموانع التي تحول دون هذا الحق؟ بعد هذه المقدمة، سنبحث هذا الموضوع وفق المباحث التالية، حيث سيعمل المبحث الأول على تعريف الحياسة، تأصيلها فقها وقانونا، تمييزها عن الألفاظ المشابهة، فيما سيختص المبحث الثاني في تبيان شروط وضوابط الحياسة فقها وقانونا، ويستعرض المبحث الثالث موانع الحياسة بين الفقه المالكي والقانون المغربي.

1. «حياسة العقار كدليل على الملك وسبب فيه في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي» لمحمد القدوري، طبع دار الأمان الرباط، الطبعة الثانية سنة 1430هـ-2009م، ص: 29، بتصرف.

- الضم: أي ضم الشخص الشيء إلى نفسه، لا يشاركه فيه غيره.
- السيطرة: أن يسيطر الشخص على الشيء المحاز سيطرة تامة كلية.
- القدرة على التصرف: أن يكون قادرا على التصرف في الشيء بالتغيير فيه بالزيادة أو النقصان.

تعريف الحياسة في الاصطلاح: يعتبر المالكية أكثر من فصل في الحياسة وأحكامها، بحيث جعلوا منها نظرية شاملة ومتكاملة، وكثيرا ما نجد في كتبهم لفظة الحوز بدل الحياسة.

يقول الشيخ علي الصعيدي⁽⁷⁾: «...الحياسة وهي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، والتصرف يكون بواحد من أمور، سكنى، أو إسكان، أو زرع، أو غرس، أو استغلال، أو هبة، أو صدقة، أو بيع، أو هدم، أو بناء، أو قطع شجر، أو عتق، أو كتابة، أو وطاء في رقيق»⁽⁸⁾. والحياسة بهذا التعريف بمعنى القبض، يؤيده قول ابن أبي زيد القيرواني رحمه الله: «... ولا تتم هبة، ولا صدقة، ولا حبس إلا بالحياسة، فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث...»⁽⁹⁾. وفي «القوانين الفقيهية»: «...القبض وهو الحوز...»⁽¹⁰⁾. وقال التسولي رحمه الله⁽¹¹⁾: «...»

7. علي بن أحمد بن مكرم الله المنفيسي العدوي المالكي الأزهرى، الشهير بالصعيدي، أحد الأئمة الشيوخ الأعلام، العلامة المحقق المدقق النحرير المتكلم روى عن جماعة من الأئمة وأخذ عنهم، منهم سالم النفراوي، ومحمد بن عبد الله الكنكسي، وعمر بن عبد السلام التطاوني، وعبد الوهاب الملوي، وشليبي البرلسي، ومحمد بن زكري... وغيرهم، ألف «حاشية على شرح الجوهرة» للشيخ عبد السلام و«حاشية على شرح السلم» للأخضري، وغير ذلك من التأليف، توفي سنة تسع وثمانين ومائة وألف رحمه الله تعالى. «سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر» لمحمد خليل بن علي بن محمد بن محمد مراد الحسيني، أبو الفضل (المتوفى: 1206هـ)، نشر دار البشائر الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة الثالثة، سنة 1408هـ - 1988م، دون تحقيق: 206/3، بتصرف.

8. «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ). نشر دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ: 233/4.

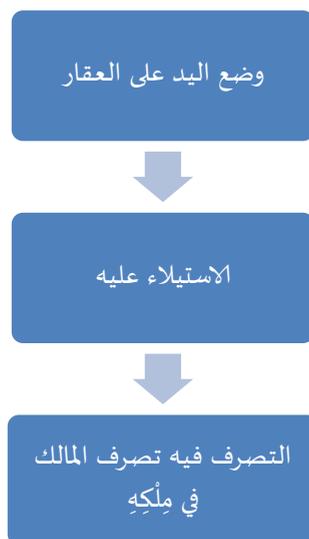
9. «الرسالة الفقهية» لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت 386هـ) وبالهامش «غرر المقالة في شرح غريب الرسالة» لأبي عبد الله محمد بن منصور بن حمامة المغراوي. طبع دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1406هـ/1986م، تحقيق الدكتور الهادي حمو والدكتور محمد أبو الأجنان، ص: 154.

10. «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية» لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت 741هـ). طبع دار ابن حزم، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1434هـ/2013م، تحقيق ماجد الحموي، ص: 213.

11. القاضي أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المدعو مديدش، الفقيه النوازلي، الحامل لواء المذهب، المطلع على أسرارها،... أخذ عن الشيخ محمد بن إبراهيم وهو عمدته، والشيخ حمدون ابن الحاج وغيرهما، له تأليف شاهدة له بطول الباع وسعة الاطلاع منها «شرح على التحفة»، و«حاشية على شرح الشيخ التاودي على لامية الزقاق»، و«شرح الشامل» في عدة أسفار، وجمع فتاوى شيخه المذكور وضمها إلى فتاويه فجاء في مجلدات، توفي رحمه الله سنة 1258هـ. «شجرة النور الزكية في طبقات المالكية» لمحمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (ت 1360هـ). نشر دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1424هـ/2003م، بتعليق عبد المجيد خيالي: 567/1، بتصرف.

الحوز وضع اليد على الشيء المحوز...»⁽¹²⁾. وقال ميارة الفاسي رحمه الله: «...الحوز، وهو وضع اليد على الشيء المحاز، وأن ينسب إليه، وأن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه...»⁽¹³⁾. وأيضاً في «حاشية الصاوي»، يعتبر بأن الحيازة هي: «وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه»⁽¹⁴⁾.

نستخلص من جميع هذه التعاريف أن الحيازة عند المالكية، هي:



أما في القانون فقد عرفها المشرع المغربي في المادة 239 من القانون (39.08) بمثابة مدونة الحقوق العينية بقوله: «تقوم الحيازة الاستحقاقية على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه. ولا تقوم هذه الحيازة لغير المغاربة مهما طال أمدها».

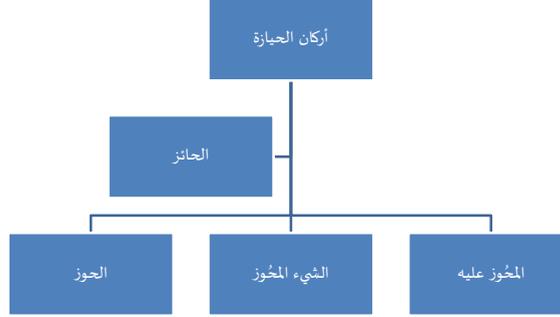
12. «البهجة في شرح التحفة» لمديش أبي الحسن علي بن عبد السلام بن علي، التُّسُولي (ت1258هـ). نشر دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/1998م، ضبط وتصحيح محمد عبد القادر شاهين. : 271/1.

13. «الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام» المعروف بشرح ميارة، لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (ت1072هـ). طبع ونشر دار الحديث القاهرة- مصر، سنة 1432هـ/2011م، بتحقيق محمد عبد السلام محمد، بدون رقم طبعة. 276/2.

14. «بُلْغَةُ السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي علي التشرح الصغير» (التشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك) لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت1241هـ). نشر دار المعارف، القاهرة- مصر، بدون تاريخ وبدون رقم طبعة، خرج أحاديثه وفهرسه الدكتور مصطفى كمال وصفي. : 319/4.

أركان الحياسة:

من خلال التعاريف السابقة خصوصا الفقهية، يتضح أن الحياسة لا يمكن أن تقوم إلا بوجود شخص حائز، وشخص محوَّز عليه، وشيء محوَّز، وفعل الحوز.



أ - **الحائز:** يتبين من خلال تأمل تعريف الحياسة، أن الحائز هو واضح اليد على الشيء المحوَّز، ويستوي أن يكون هذا الشيء عقارا أو منقولا، والحائز إما أن يكون أجنبيا عن المحوَّز عليه أو قريبا له، وفي هذه الحالة الأخيرة إما أن يكون قريبا له جدا كالأبَاء مع الأبناء؛ وإما أن يكون دون ذلك من الأقارب كالأعمام أو الأخوال وغيرهم، كما يمكن أن يكون الحائز من الأصهار والموالي؛ والجميع من أنواع الحائز الثلاث إما أن يكونوا شركاء أو غير شركاء⁽¹⁵⁾.

ب- **المحوَّز عليه:** وهو الشخص مالك الشيء الذي حازه الحائز، أو الشخص الذي يدعي ملكية ما حازه الحائز، ويستوي أن يكون المحوَّز عليه مالكا أصليا أو غير أصلي، كأن يكون هو بدوره حائزا للشيء موضوع الحياسة الثانية.

ج- **الشيء المحوَّز:** هو الشيء الذي يستولي عليه الحائز ويستبد به، ويتصرف فيه بشتى أنواع التصرفات، وقد يكون هذا الشيء عقارا كالأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر، وقد يكون منقولا كالحيوان⁽¹⁶⁾.

د - **الحوز:** الحوز أو الحياسة كما سبقت الإشارة هي وضع اليد على الشيء مدة معينة من الزمن بغرض حيازته واكتساب ملكيته، والحياسة تكون بثلاثة أشياء أضعفها السكنى والازدراع، ويليهما الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليهما التقويت بالبيع والصدقة والهبة

15. «الحياسة والاستحقاق في الفقه المالكي والتشريع المغربي» لجواد الهروس، الفقه والقانون. طبع مطبعة الكرامة الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص: 81.

16. المرجع السابق، ص: 82.

والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك، مما لا يفعله الرجل إلا في ماله والاستخدام في الرقيق والركوب في الدواب كالسكنى والغرس في الدور والأرضين.⁽¹⁷⁾

المطلب الثاني: تأصيل الحيازة فقها وقانونا

أولاً: التأصيل من الفقه

• في القرآن الكريم

من المعلوم أن القرآن الكريم تضمن المبادئ الأساسية التي يجب أن تكون عليه عقيدة المؤمن دينا ودنيا، غير أنه باعتبار القرآن الكريم «الدستور الأسمى» للأمة الإسلامية، فإنه أسمى من «التقنين»، ولذلك كان من الطبيعي أن يتناول الأصول العامة للتشريع، وأن لا ترد فيه نصوص خاصة بمسألة الحيازة بعينها، ولكن المبادئ العامة في الكتاب العزيز، لا تخلو من النص على حق الملكية، وعلى وجوب حفظ المال، وإقامة العدل الحق بين البشر، وعلى توثيق المعاملات، ومما ورد في القرآن الكريم في هذا الباب، ما أمر به الله سبحانه وتعالى من ضرورة توثيق الديون، حيث كان الأمر بذلك في أطول آية في القرآن الكريم، فقال جل في علاه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينِ الْيَوْمِ فَكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلِئَ هُوَ فَلْيُمْلِئْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتْنِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَيْهُمَا فَتُذْكَرَ إِحْدَيْهُمَا الْآخَرِيَّ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَؤْ أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا الَّذِي أَجَلُهُ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْبَى إِلَّا أَنْ تَرَ تَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَجْرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمُكُمْ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾.⁽¹⁸⁾

ومن ذلك أمره سبحانه بأداء الشهادة في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ عَاتِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾.⁽¹⁹⁾

17. «تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام» لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (ت799هـ). نشر مكتبة الكليات الأزهرية- مصر، الطبعة الأولى، سنة 1406هـ/1986م، بدون تحقيق. 104/2، بتصرف.

18. سورة البقرة، الآية: 282.

19. سورة البقرة، جزء من الآية: 283.

أمره سبحانه وتعالى بتوثيق الأحكام إبراء من الدين: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾.⁽²⁰⁾

وحفظ الأمانات وإحقاق الحق في قوله عز وجل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَيَّ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾.⁽²¹⁾

الوفاء بالعهود والعقود في قوله سبحانه عز من قائل: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽²²⁾، وغير ذلك كثير، فهذه أصول في القضاء وإقامة العدل⁽²³⁾.

• في السنة النبوية المطهرة

أهمية السنة النبوية المشرفة في الإسلام كبيرة، ومنزلتها في التشريع عظيمة، اتفقت الأمة على قبولها والتسليم لها، والإيمان بمعانيها، والعمل بأحكامها، وأنها القسم الثاني من التشريع، فهي مفسرة ومبينة لكتاب الله تعالى ومقيدة لعمومه، وموجهة ومنظمة لحياة المسلمين العامة والخاصة، فلم يترك نبينا صلى الله عليه وسلم أمرا من أمور الدين والدنيا، إلا بيّنه بقول أو فعل، مبلغا عن رب العزة ما أمره به ونحن على ذلك من الشاهدين.

هذا، ولم يخُلْ موضوع الحياسة من وجود تشريع نبوي، فقد تداول الفقهاء بشأنه حديثين، قال عنهما البعض إنهما متعارضان، الحديث الأول هو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم»⁽²⁴⁾؛ والحديث الثاني هو قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : «من حاز شيئا عشر سنين فهو له»⁽²⁵⁾، وهذا الحديث الوارد في المدونة، أخرجه أبو داود في المراسيل في باب «ما جاء في القضاء» وهو حديث مرسل ضعيف؛ وفي رواية: «من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به»⁽²⁶⁾.

ومما جاء في السنة النبوية المطهرة بشأن إحياء الموات ما أخرجه الطبراني⁽²⁷⁾،

20. سورة النساء، جزء من الآية: 6.

21. سورة النساء، الآية: 57.

22. سورة المائدة، الآية: 1.

23. «حياسة العقار» للقدوري، ص: 189-190، بتصريف.

24. لم أقف عليه.

25. «الموطأ كتاب القضاء في البيوع» لأبي محمد عبد الله بن وهب بن مسلم المصري القرشي (ت197هـ)، نشر دار الغرب الإسلامي، تونس سنة 2004، دون طبعة أو تحقيق، لابن وهب، كتاب: فيمن حاز شيئا عشر سنين، حديث رقم: 214.

26. لم أقف عليه.

27. «المعجم الكبير» لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (ت360هـ)، نشر مكتبة ابن تيمية - القاهرة، الطبعة الثانية بدون تاريخ، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي: 208/7. حديث رقم: 6864.

والنسائي⁽²⁸⁾، والترمذي⁽²⁹⁾، وابن حبان⁽³⁰⁾، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»⁽³¹⁾.

وما أخرجه الإمام أحمد⁽³²⁾، وأبو داود⁽³³⁾، والبيهقي⁽³⁴⁾، وصححه ابن الجارود⁽³⁵⁾، من حديث الحسن عن سمرّة مرفوعاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من أحاط حائطاً على أرض فهو له».

ما أخرجه أبو داود⁽³⁶⁾، والترمذي⁽³⁷⁾، من حديث سعيد بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من أحيا أرضاً فهي له، وليس لعرق ظالم حق».

ما أخرجه البخاري⁽³⁸⁾ وغيره من حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله

28. «الروضة الندية» لأبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي (المتوفى: 1307هـ)، نشر دار المعرفة، بدون تاريخ وبدون تحقيق: 136/2.

29. «سنن الترمذي» لمحمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي، أبو عيسى (ت 279هـ). نشر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية سنة 1395هـ/1975م، تحقيق وتعليق أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف: أبواب الأحكام، باب: إحياء أرض الموت، حديث رقم: 1379. وقال: هذا حديث حسن صحيح.

30. «موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان» لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت 807هـ)، نشر دار الكتب العلمية، دون تاريخ ولا طبعة، تحقيق: محمد عبد الرزاق حمزة: كتاب البيوع، باب: إحياء الموت. حديث رقم: 136.

31. «الموطأ» للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت 179هـ). طبع مؤسسة المعارف، بيروت-لبنان، بتريقيم محمد فؤاد عبد الباقي. الطبعة الأولى، سنة 1425هـ/2004م، اعتنى به عادل خضر كتاب: الأفضية، باب: القضاء في عمارة الموت. حديث رقم: 27.

32. «مسند الإمام أحمد بن حنبل» لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، نشر مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى سنة 1421هـ - 2001م، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، وآخرون: 313/33.

33. «السنن» لأبي داود: كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب: في إحياء الموت. حديث رقم: 3077.

34. «السنن الكبرى» لأحمد بن الحسين بن علي الخشروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت 458هـ). نشر مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر أباد، الطبعة الأولى سنة 1344هـ، بدون تحقيق. «السنن» لأبي داود: كتاب إحياء الموت، باب: ما يكون إحياء، وما يرجى فيه من الأجر. حديث رقم: 11818.

35. «المنتقى من السنن المسندة» لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري المجاور بمكة (ت 307هـ)، نشر مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى سنة 1408هـ - 1988م، تحقيق عبد الله عمر البارودي، ص: 388. حديث رقم: 1015.

36. «السنن» لأبي داود: أبواب الأحكام، باب: إحياء أرض الموت. حديث رقم: 3073.

37. «السنن» للترمذي: أبواب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموت. حديث رقم: 1378، وقال: هذا حديث حسن غريب، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وسلم مراسلاً.

38. «صحيح البخاري الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه» لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت 256هـ). نشر دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/2000م، بتحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر: كتاب المزارعة، باب: من أحيا أرضاً مواتاً. حديث رقم: 2335.

عليه وسلم قال: «من أضر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها».⁽³⁹⁾ وكما تناولت السنة النبوية المشرفة مسألة الحيازة، فإنها تناولت مسألة رفع الضرر، إذ إن ذلك من أصول الشريعة المأخوذة من جوامع كلمه صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار».⁽⁴⁰⁾ وليس التشريع النبوي في ميدان الانتفاع من الماء وتوزيعه، بأقل منه الميدانين السابقين، بل عن الماء حظي بتشريع نبوي شامل:

ففي مجال الانتفاع بالماء، ما روي عن أبي خراش - واللفظ لعلي - عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والكلاء، والنار»⁽⁴¹⁾؛ وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ثلاث لا يمنعن: الماء والكلاء والنار»⁽⁴²⁾؛ وما أخرجه ابن الخطيب من حديث عمر رضي الله عنه بنحو اللفظ المذكور بزيادة «والمح»؛ وما روي من حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «يا رسول الله، ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: الملح والماء والنار».⁽⁴³⁾

وفي مجال الانتفاع بالماء، حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم «قضى في السيل «المهزور» (واد من أودية المدينة)، أن يمسه حتى يبلغ الكعبين، ثم يرسل الأعلى على الأسفل».⁽⁴⁴⁾

وما أخرجه ابن ماجة⁽⁴⁵⁾، والبيهقي، والطبراني، من حديث عبادة بن الصامت: أن النبي صلى الله عليه وسلم «قضى في شرب النخل من السيل، أن الأعلى يشرب قبل الأسفل، ويترك الماء إلى الكعبين، ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه، وكذلك حتى تنقضي الحوائط أو يفضى الماء»⁽⁴⁶⁾.

39. «حيازة العقار» للقدوري، ص: 191-192، بتصرف.

40. «الموطأ» للإمام مالك: كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: 31.

41. «السنن» لأبي داود: كتاب البيوع، باب: في منع الماء. حديث رقم: 3477.

42. «سنن ابن ماجة» لابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت273هـ). نشر دار الرسالة العالمية. الطبعة الأولى، سنة 1430هـ/2009م، تحقيق شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي وعبد اللطيف حرز الله: أبواب الصدقات، باب: المسلمون شركاء في ثلاث. حديث رقم: 2473.

43. «السنن» لابن ماجة: أبواب الصدقات، باب: المسلمون شركاء في ثلاث. حديث رقم: 2474.

44. «السنن» لأبي داود: أبواب من القضاء. حديث رقم: 3639.

45. «السنن» لابن ماجة: أبواب الصدقات، باب: قسمة الماء. حديث رقم: 2483.

46. «حيازة العقار» للقدوري، ص: 193، بتصرف.

ثانياً: التأسيس من القانون المغربي

قبل أن نتطرق لتأسيس موضوع الحيازة من القانون المغربي، ندرس هذا الموضوع ضمن بعض القوانين المقارنة، التي تناولت موضوع الحيازة أو أشارت إليه ولو اختلفت التسميات؛ في مقدمة هاته القوانين «مجلة الأحكام العدلية» أو المجلة العثمانية، والتي لا شك أنها أول تشريع مدني تم تدوينه في زمن الدولة العثمانية، بسبب كثرة واتساع المعاملات، ولتمدد الدولة العثمانية، مما تطلب تنظيم وفرض سلطة الحكم لدى السلك القضائي، باعتباره مرجعاً في إصدار الأحكام، ولتنظيم السندات العدلية بمختلف أنواعها، مما كان يقدم لكتاب العدل، وما زالت مجلة الأحكام العدلية هي المصدر الأساس للقانون المدني في عديد الدول العربية مثل فلسطين، باعتبار مجلة الأحكام المصدر الروحي للقانون المدني. وقد تناولت مجلة الأحكام العدلية الحيازة في مواد مختلفة ومتفرقة، من ذلك «حيازة الضرر» في المواد من (1198) إلى (1233)، تحت العناوين: «في المعاملات الجوارية» المواد من (1198) إلى (1212)، و «في الطريق» المواد من (1212) إلى (1223)، و «في حق المرور» المواد من (1224) إلى (1233)، وقد جاءت الأحكام المقررة في تلك المواد شبيهة بما هو مقرر في الفقه المالكي، مما أشير إليه أعلاه.⁽⁴⁷⁾

كما فصل القانون الجزائري في موضوع الحيازة بشكل موسع، خاصة في دعاوى الحيازة وما يترتب عن ذلك من مشاكل أثناء إثارة الدعوى أمام القضاء، واصطلح القانون التونسي على الحيازة بتسمية «الحوز»، فقد جاء في المادة 51 من القانون المدني التونسي: «توصف بدعوى حوزية، القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقار أو حق عيني على عقار، وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال».⁽⁴⁸⁾

• **الحيازة في القانون المغربي:** أما موضوع الحيازة في القانون المغربي، فقد تناول المشرع المغربي الحيازة في قوانين مختلفة ونصوص متفرقة، من أهمها:

- قانون المسطرة المدنية.

- القانون الجنائي.

- قانون المسطرة الجنائية.

47. «حيازة العقار» للقدوري، ص: 193، بتصرف.

48. مقتطف من مقال للأستاذة جميلة الطبيب بنعيسى، موقع قضاء نيوز - المرصد التونسي لاستقلال القضاء - دراسة قانونية: الدعوى الحوزية والدعوى الاستحقاقية بقلم جميلة الطبيب بنعيسى محرر أول للعقود بالإدارة الجهوية للملكية العقارية بنابل - نشر بتاريخ 2016/2/24 (موقع: قضاء نيوز - الموقع الإخباري للمرصد التونسي لاستقلال القضاء - www.kadhanews.com)

- مدونة الحقوق العينية.

I - قانون المسطرة المدنية: تناول المشرع المغربي الحياسة في قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف رقم (1.47.447) الصادر في 11 رمضان 1394هـ الموافق لـ 28 شتنبر 1974م، باب دعاوى الحياسة في الفصول 166-167-168-169-170، فقد جاء في الفصل 166 ما يلي:

«لا يمكن رفع دعاوى الحياسة إلا ممن كانت له شخصيا أو بواسطة الغير منذ سنة على الأقل حياسة عقار أو حق عيني عقاري حياسة هادئة علنية متصلة غير منقطعة وغير مجردة من الموجب القانوني وخالية من الالتباس.

غير أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحياسة المنتزعة بالعنف أو بالإكراه إذا كانت للمدعي وقت استعمال العنف أو الإكراه حياسة مادية وخالية وهادئة وعلنية».

الفصل 167: «لا تقبل دعاوى الحياسة سواء قدمت بطلب أصلي أو بطلب مقابل إلا إذا أثبتت خلال السنة التالية للفعّل الذي يخل بالحياسة».

الفصل 168: «إذا وقع إنكار الحياسة أو التعرض لها فإن البحث الذي يؤمر به لا يمكن أن يتعلق بموضوع الحق الذي لا يمكن أن يكون إلا محل دعوى ملكية تستهدف الاعتراف بحق عيني عقاري.

يجوز مع ذلك للقاضي أن يفحص السندات والعقود التي تقدم ليستخلص منها النتائج المفيدة فيما يتعلق بالحياسة».

الفصل 169: «من قدم دعوى الملكية لا تقبل منه بعد ذلك دعوى الحياسة إلا إذا وقع إخلال بحياسته بعد تقديم دعوى الملكية».

الفصل 170: «إذا ادعى كل من المدعي والمدعى عليه أنه الحائز وتقدم كل منهما بأدلة على تلك الحياسة فللقاضي أن يبقي الحياسة لهما معا في نفس الوقت أو أن يأمر بحراسة قضائية على المتنازع فيه أو أن يسند حراسته لأحد الطرفين مع التزامه بتقديم حساب عن ثماره إذا اقتضى الحال ذلك».

II - القانون الجنائي: المصادق عليه بالظهير الشريف رقم (1.59.413) الصادر في 28 جمادى الثانية 1382هـ الموافق لـ 26 نونبر 1962م، فنص المشرع في الفصل 570 من هذا القانون على: «يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم، من انتزع عقارا من حياسة غيره خلسة أو باستعمال التدليس.

فإذا وقع انتزاع الحيازة ليلاً أو باستعمال العنف أو التهديد أو التسلق أو الكسر أو بواسطة أشخاص متعددين أو كان الجاني أو أحد الجناة يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبئاً، فإن الحبس يكون من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة مائتين إلى سبعمائة وخمسين درهماً.

III - قانون المسطرة الجنائية: القانون رقم 22.01 المأمور بتنفيذه بالظهير الشريف رقم (1.02.255) الصادر في 25 رجب 1423 هـ الموافق لـ 03 أكتوبر 2002، حيث جاء في الفقرة الثامنة من المادة 40 من القانون المذكور، ما يلي: «يجوز له - أي لوكيل الملك - إذا تعلق الأمر بانتزاع حيازة بعد تنفيذ حكم، أن يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي يراه ملائماً لحماية الحيازة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، على أن يعرض هذا الأمر على المحكمة أو هيئة التحقيق التي رفعت إليها القضية أو التي سترُفع إليها خلال ثلاثة أيام على الأكثر لتأييده، أو تعديله، أو إلغائه».

المادة 49 (الفقرة الحادية عشرة): «يجوز له - أي للوكيل العام للملك - إذا تعلق الأمر بانتزاع حيازة بعد تنفيذ حكم، أن يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي يراه ملائماً لحماية الحيازة وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، على أن يعرض هذا الأمر على المحكمة أو هيئة التحقيق التي رفعت إليها القضية أو التي سترُفع إليها خلال ثلاثة أيام على الأكثر لتأييده، أو تعديله، أو إلغائه».

المادة 142 (الفقرة الحادية عشرة): «وله - أي لقاضي التحقيق - متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام في جرائم الاعتداءات على الحيازة، أن يأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه».

VI - مدونة الحقوق العينية: القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011م، للقانون 08-39 أهمية بالغة خاصة مع تزايد المشاكل بخصوص العقار، فأراد من خلاله المشرع الحد منها، وتقتين المعاملات العقارية، والضرب على أيدي المتلاعبين بها، وقد تناول هذا القانون مسألة الحيازة في الفصل الثالث من المدونة وفق أربعة فروع في 24 مادة من المادة 239 إلى المادة 263، ولن نفضل في هاته المواد في موضوعنا هذا، بل سنتصر على محل الشاهد منها مما له علاقة بهذا الموضوع.

فقد نص المشرع في المادة 241 على أنه: «لا تقوم الحيازة إذا بنيت على عمل غير مشروع».

ونص في المادة 247 على أنه: «يمكن أن تنتقل الحيازة من الحائز إلى الغير شرط أن يتفقا على ذلك مع السيطرة الفعلية على الملك محل الحيازة.

وتنتقل الحيازة أيضا بسبب الإرث أو الوصية بصفاتهما إلى الخلف العام».

ونص في المادة 255 على ما يلي:

- «لا محل للحيازة:

- بين الأب وابنه وإن سفل ولا بين الأم وأبنائها وإن سفلوا؛

- بين الأزواج أثناء قيام الزوجية؛

- بين الشركاء مطلقا؛

- بين النائب الشرعي ومن هم إلى نظره؛

- بين الوكيل وموكله؛

- بين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال».

وفي المادة 261 نص على: «لا تكتسب بالحيازة:

- أملاك الدولة العامة والخاصة؛

- الأملاك المحبسة؛

- أملاك الجماعات السلالية؛

- أملاك الجماعات المحلية؛

- العقارات المحفوظة؛

- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون».

ونصت المادة 262 على:

«يطبق الفصل 101 وما يليه من الظهير الشريف الصادر في (12 أغسطس 1913) بمثابة

قانون الالتزامات والعقود على تملك الغلة والمسؤولية عن هلاك الشيء المحاز».

ونص المشرع في الفرع الرابع من مدونة الحقوق العينية، المتعلق بإثبات الحيازة

وحمايتها في المادة 263 على: «من أثبت أنه يحوز ملكا حيازة مستوفية لشروطها وأدرج

مطلبا لتحفيظه يعتبر حائزا حيازة قانونية إلى أن يثبت العكس».

وفي اصطلاح الفقهاء: إثبات اليد على المحل، أو الاقتدار على المحل حالا ومآلا، أو القهر والغلبة ولو حكما. وأما الفعل المادي الذي يتحقق به الاستيلاء فإنه يختلف تبعا للأشياء والأشخاص، أي أن مدار الاستيلاء على العرف.⁽⁵⁰⁾

ت - التقادم: التقادم لغة: مصدر تقادم، يقال: تقادم الشيء أي: صار قديما.

وفي الاصطلاح يعبر عن التقادم بمرور الزمان. كما في مجلة الأحكام العدلية. ويعبر عنه المالكية بالحوز والحيازة.⁽⁵¹⁾

ج - القبض: القبض لغة: مصدر قبضت الشيء قبضا: أخذته، وهو في قبضته، أي: في ملكه، وقبض عليه بيده ضم عليه أصابعه.

والقبض في الاصطلاح: هو حيازة الشيء والتمكن منه. قال الكاساني: ومعنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة. وقد تقدم قول ابن جزى: القبض: هو الحوز. فتبين أن القبض والحيازة شيء واحد.⁽⁵²⁾

د - وضع اليد: يقال في اللغة: الأمر بيد فلان أي: في تصرفه، والدار في يد فلان أي: في ملكه.

وأما في الاصطلاح فقد قال القرافي في الفروق: اليد عبارة عن القرب والاتصال، وأعظمها ثياب الإنسان التي عليه ونعله ومنطقته، يليه البساط الذي هو جالس عليه، والداية التي هوراكبها، وتليه الداية التي هوسائقها أو قائدها، والدار التي هوساكنها، فهي دون الداية لعدم الاستيلاء على جميعها. وهذه هي بينة اليد المعتبرة، وأما اليد التي لا تعتبر في الترجيح البتة، فعبارة عن حيازة بطريق تقتضي عدم الملك بحق، كالغصب والعارية، إذا علمنا ذلك بأنفسنا أو بالبينة. واليد بهذين المعنيين نفس معنى الحيازة بمعنيها.⁽⁵³⁾

المبحث الثاني: شروط وضوابط الحيازة فقها وقانونا

المطلب الأول: شروط الحيازة في الفقه المالكي

يشترط في الحائر عند المالكية ليثبت أنه مالك أو صاحب حق، شروط يكمل بعضها بعضها، إذ لو نقص شرط واحد منها لن تتحقق الحيازة، وسأذكر هذه الشروط إجمالا على أن أفصل فيها شرطا بشرط، وهي كالاتي:

50. «الموسوعة الفقهية الكويتية»: 4/157.

51. المرجع السابق: 13/122 و18/276، بتصرف.

52. نفسه: 18/275.

53. نفسه: 18/275.

- أن يتصرف الحائز؛
- أن يكون المدعي حاضراً عالمياً؛
- أن يسكت المحوِّز عنه الحاضر طوال المدَّة ولا يطالب بحقه؛
- أن لا يمنعه من المطالبة مانع؛
- أن تستمر الحيازة عشر سنين فأكثر؛
- تضاف مدَّة حيازة الوارث إلى مدَّة حيازة المورث؛
- ألا يكون المحوِّز وقفاً.

وهذا تفصيل لهذه الشروط:

1- تصرف الحائز: والتصرف المجمع عليه هو ما كان كالهدم والبناء فيما لا ضرورة داعية إليه، أما السكنى ونحوها، فقد اختلف فيها والمشهور أنه حيازة. يقول ابن رشد: «وأما حيازة الأجنبيين بعضهم على بعض فيما لا شركة بينهم فيه، فالمشهور في المذهب أن الحيازة تكون بينهم في العشرة أعوام، وإن لم يكن هدم ولا بنيان، وفي كتاب الجدار لابن القاسم أنها لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبنيان، وهو قول ابن القاسم في رواية حسن بن عاصم عنه، ويشهد لهذا القول ما أخرجه مالك في الموطأ بلاغا (أن عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضاً، فلم تزل في يديه بكراء حتى قال ابنه وهو أبو سلمة أو حميد: فما كنت أراها إلا لنا من طول ما مكنت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمر بقضاء شيء كان عليه من كرائها ذهب أو ورق)».⁽⁵⁴⁾

2- أن يكون المدعي حاضراً عالمياً: فلو كان المدعي غائباً غيبة بعيدة فهو باق على حقه ويختلف تقدير الغيبة بين الرجل والمرأة، والبعد والقرب، وتقدير الغيبة عند فقهاء المالكية هو بالمراحل.⁽⁵⁵⁾

3- أن يسكت المحوِّز عنه الحاضر طوال المدَّة ولا يطالب بحقه: فإن نازع في أثناء المدَّة ولم يزل يخاصم ويطلب فهو على حقه، وإن نازع اليوم واليومين لم يفده، ويكون كمن هو ساكت،

54. «البيان والتحصيل» «البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة» لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت450هـ). نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية سنة 1408هـ/1988م، بتحقيق الدكتور محمد حجي وآخرون. 152/11، و«شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك» لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (ت1122هـ)، نشر دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دون طبعة ودون تحقيق سنة 1411هـ: 175/3.

55. - «البيان والتحصيل» لابن رشد: 180/11.

قال ابن سحنون عن أبيه: فيمن أثبت بيعة في أرض أنها له، وأثبت الذي في يده أنه يحوزها عشر سنين بمحضر الطالب، فأقام الطالب بيعة أنه طلبها ونازع فيها هذا، قال: إن قالوا إنه لم يزل يخاصم ويطلب ليس أن يخاصم يوماً أو يومين ثم يمسه نفعه ذلك، وإلا لم ينفعه، ولا بد أن يكون الطلب عند الحاكم. قال أبو الحسن الصغير: الطلب النافع إنما يكون عند الحاكم.⁽⁵⁶⁾

4- أن لا يمنعه من المطالبة مانع: والموانع كثيرة ومتنوعة لم يقع استقصاؤها، وإنما وقع التنبيه على بعضها احتياطاً لحق المالك، فمن الموانع: الخوف من الحائز كما إذا كان الحائز ذا سلطة وظالماً. أو كان مستنداً إلى سلطان جائر، وكأن يكون الطالب مدنياً معسراً وحل أجل الدين، والحائز رب الدين يخشى إن هو طالبه بالتخلي عن الحوز أن يطالب بأداء الدين، ومثله إذا كان المدعي سفيهاً أو صغيراً أو بكراً لم تغنس...، فإن أجل الحوز معتبر بعد ارتفاع المانع، وفي وثائق ابن العطار لا يقطع قيام البكر غير العانس ولا قيام الصغير، ولا قيام المولى عليه في رقاب الأملاك، ولا في إحداث الاعتمار بحضرتهم إلا أن يبلغ الصغير ويملك نفسه من الولي، وتغنس الجارية ويحاز عليهم عشرة أعوام من بعد ذلك وهم عالمون بحقوقهم لا يعترضون من غير عذر فينقطع حينئذ قيامهم وما لم يعرفوا لا ينقطع قيامهم.⁽⁵⁷⁾

5- أن تستمر الحياسة عشر سنين فأكثر: أن تستمر الحياسة عشر سنين فأكثر: إذا حاز الأجنبي غير الشريك عقاراً وتوفرت الشروط المذكورة قبل هذا فإنه لا ينتفع بحياسته إلا إذا طال أمد الحياسة. والطول المعتبر دليلاً على الملكية قد اختلف الفقهاء في تحديده هل يؤقت بزمن، أو مرجع ذلك إلى اقتناع الحاكم؟ ففي المدونة: لم يذكر عن الإمام مالك رحمه الله القول بتحديد مدة الحياسة عشر سنين ولا غير ذلك، ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد حازها دون الآخر فيما يكرى ويهدم ويبنى ويسكن.⁽⁵⁸⁾

وعمدة التقدير بعشر سنين الحديث الذي رواه في المدونة عن عبد الجبار بن عمر عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب يرفعه إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له». قال عبد الجبار وحدثني عبد العزيز بن المطلب عن زيد بن أسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثله. قال الحطاب: فتحصل في مدة الحياسة ثلاثة أقوال:

56. «حاشية الشيخ محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني على شرح عبد الباقي الزرقاني لمختصر خليل»، طبع دار الفكر بيروت عن طبعة المطبعة الأميرية، سنة 1398هـ - 1978م : 511/7.

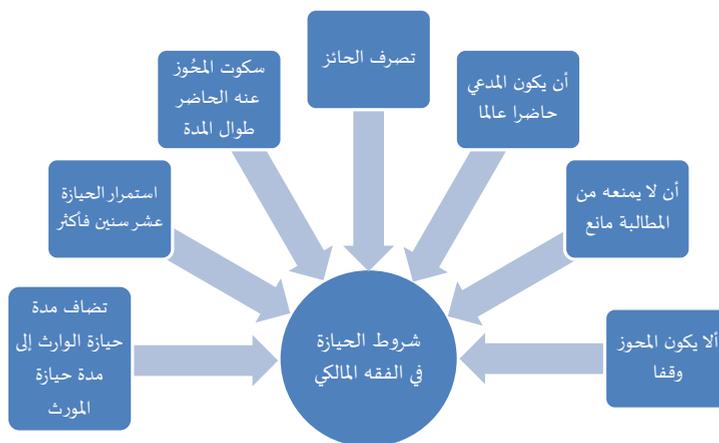
57. «تبصرة الحكام» لابن فرحون: 86/2.

58. «الموسوعة الفقهية الكويتية»: 282/18.

- أ - قول مالك إنها لا تحد بسنين مقدره بل باجتهاد الإمام.
- ب: أن المدة عشر سنين وهو القول المعتمد بناء على الحديث ووجهه أيضا ابن سحنون بأن الله لما أمر نبيه بالقتال بعد عشر سنين كان أبلغ في الإعذار.
- ج - أن مدة الحيابة سبع سنين فأكثر وهو قول ابن القاسم الثاني.⁽⁵⁹⁾
- 6 - تضاف مدة حيابة الوارث إلى مدة حيابة المورث: فإذا حاز المورث الشيء خمس سنين وحازه الوارث خمس سنين ضمت مدة هذا إلى مدة ذلك وسقط حق القائم في الدعوى.⁽⁶⁰⁾
- 7 - ألا يكون المحوز وقفا: إذا كان المحوز حيسا فإنه لا تسقط الدعوى ولو طال الزمان.⁽⁶¹⁾

قال زروق الفاسي رحمه الله في «شرحه على الرسالة القيروانية»: «...شروط الحوز ووضع اليد على الشيء المحوز، أن ينسب إليه، وأن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وأن تطول المدة، وأن لا ينازع المحاز عنه في تلك المدة، وأن يكون حاضرا عالما بالغا رشيدا، لم يمنعه من القيام مانع، وفي أمر الأقرباء والأصهار اختلاف وتفصيل، فانظر كلام ابن رشد في ذلك كله وبالله التوفيق»⁽⁶²⁾.

خلاصة:



59. المرجع السابق: 283-284/18، بتصرف.

60. «مواهب الجليل» للحطاب: 225/6.

61. «الموسوعة الفقهية الكويتية»: 284/18.

62. «شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني» لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بـ زروق (ت899هـ)، نشر دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى سنة 1427هـ - 2006م باعتناء أحمد فريد المزيدي: 937/2، بتصرف.

المطلب الثاني: شروط الحياسة في القانون المغربي

حسب المادة 240 من مدونة الحقوق يشترط لصحة حياسة الحائز ما يلي:

- 1 - أن يكون واضعا يده على الملك؛
- 2 - أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه؛
- 3 - أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك؛
- 4 - ألا ينازعه في ذلك منازع؛
- 5 - أن تستمر الحياسة طول المدة المقررة في القانون؛
- 6 - وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

بعدما ذكرنا هاته الشروط إجمالاً، تفصيلها كما يلي:

1- وضع اليد: أن يضع الحائز يده بوجه شرعي على العقار المحوز إذ يملك بذلك إحدى العناصر الهامة من عناصر الحياسة وهو العنصر المادي.⁽⁶³⁾

2- تصرف الحائز: يقول الأستاذ القدوري إن التصرف شيء زائد عن الحوز، إذ أن مباشرة الحائز لمختلف أنواع التصرفات على الشيء المحوز، من استعمال واستغلال، وتمتع، وسائر التصرفات الأخرى التي يحق للمالك أن يجريها على ملكه. وبهذا يكون تصرف الحائز في العقار المحوز ينم على نية تملكه ذلك العقار، وظهوره بمظهر المالك الحقيقي والشرعي له.⁽⁶⁴⁾

3- النسبة: من تمام الحياسة أن يكون الحائز ينسب الملك المحوز إلى نفسه، وأن ينسبه الناس إليه كذلك، بحيث يقول: «ملكي وحوزي» ولو لم يبين السبب، ويقول الغير في حقه: «حوز فلان وملكه»، ولهذا قرر المجلس الأعلى أن من عناصر الحياسة « أن ينسب الحائز الشيء لنفسه وأن ينسبه الناس إليه»، وقرر أن النسبة التي ينقصها شرط النسبة لا يعتد بها.⁽⁶⁵⁾

4- عدم المنازعة أو المعارضة: نظرا لاحتياط الفقهاء في مسألة حفظ حقوق الغير، وعدم الإضرار بهم وخاصة في الحوز، فقد أقروا شرطا رابعا لما سبق، يتجلى في كون

63. مقتطف من مقال بعنوان: «شروط الحياسة الصحيحة في التشريع المغربي» مبحث في الموقع الإلكتروني: www.elkanoon.blogspot.com، بدون تاريخ، بتصرف.

64. «حياسة العقار» محمد القدوري، ص: 42، بتصرف.

65. المرجع السابق، ص: 44.

الحيافة تتصف بالهدوء والخلو من النزاع طيلة المدة المقررة قانونا لأن التصرف في الحيافة أو وضع اليد مع نسبة الملك إلى الحائز ولو استمرت إلى المدة المقررة، إن طرأ فيه حدوث نزاع أو معارضة بشأن هذه الحيافة بالصفات السابقة فإن هذا النزاع يفسد التصرف ويبطل الحيافة، إذ غالبا ما يكون عند النزاع شك في هذه الحيافة.⁽⁶⁶⁾ وقد قرر المجلس الأعلى بأن من شروط الحيافة « أن تطول عشر سنين مع حضور المدعي وسكوته دون مانع طيلة المدة المذكورة». ⁽⁶⁷⁾

5- طول مدة الحيافة: لا بد للقول بالحيافة أن تطول مدة معينة منصوص عليها، بحسب العقار وبحسب الرابطة التي تربط مدعي الملكية بالحائز، ومن المقرر أن الحيافة لا تنفع صاحبها إلا إذا طالت مدة عشرة أشهر فأكثر بالنسبة للعقار الذي لا مالك له وعشرة أعوام فأكثر بالنسبة للعقار الذي جهل مالكة أو عرف له مالك سابق وجهل سبب وصوله إلى يد الحائز. ⁽⁶⁸⁾

6- عدم التفويت: من شروط الحيافة أن تتضمن الشهادة بها أن الحائز لم يفوت المال المحوز برضاه، ولا أن ذلك الملك لم يفوت عليه بسبب من أسباب التفويت الجبري يختلف هذا الشرط حسبما يكون المشهود له بالحيافة حيا أو يكون ميتا، ويكون ورثته هم الذين أقاموا له بيئة الحيافة.

واشترط عدم التفويت شرط كمال في حق الحائز الحي على أشهر قولين في الفقه وشرط صحة في حق الميت، وقد استقر قضاء المحاكم والمجلس الأعلى على وجوب توفر هذا الشرط في الشهادة بالملكية للميت تحت طائلة عدم الاعتداد بها. ⁽⁶⁹⁾

صفوة القول، إن الناظر في الشروط السابقة، يستخلص أنها لا تختلف عن الشروط التي أقرها جانب آخر من الفقه، إلا من حيث التسمية، وكذا افتراض أصحاب هذا الاتجاه، كون وضع اليد، ونية التملك، هما عنصران أساسيان تقوم عليهما الحيافة، وأن الشروط الأخرى تتلخص في: الهدوء، العلنية، الاستمرارية، عدم التقطع، غير مجردة من الموجب القانوني وخالية من الالتباس. وهي من الشروط التي نص عليها المشرع في الفصل 166 من قانون المسطرة المدنية⁽⁷⁰⁾.

66. مقتطف من مقال بعنوان: «شروط الحيافة الصحيحة في التشريع المغربي» مرجع سابق، بتصريف.

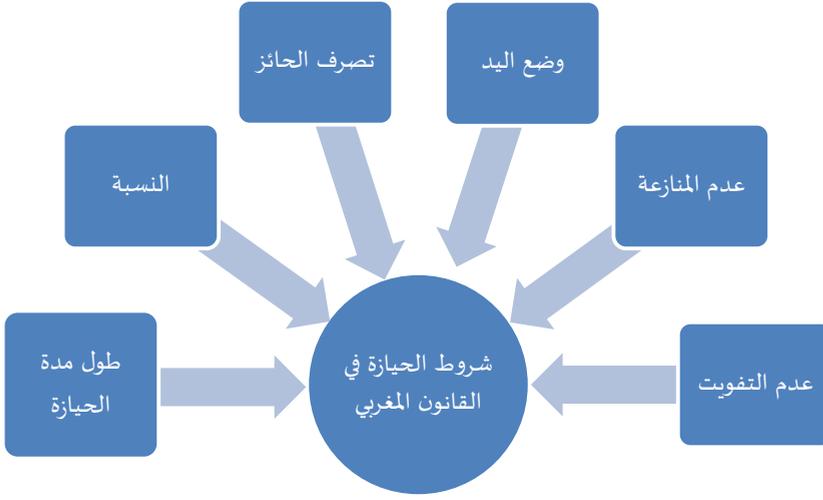
67. «حيافة العقار» محمد القادري، ص: 46.

68. المرجع السابق، ص: 49، بتصريف.

69. نفسه، ص: 63، بتصريف.

70. مقتطف من مقال بعنوان: «شروط الحيافة الصحيحة في التشريع المغربي» مرجع سابق، بتصريف.

خلاصة:



المبحث الثالث: موانع الحيازة بين الفقه المالكي والقانون المغربي

يقصد بموانع الحيازة، الأعذار المانعة من قيام المدعي بالمنازعة أمام القضاء ضد الحائز؛ ويترتب على وجود إحدى موانع الحيازة بالنسبة للمحوز عليه، حفظ حقه في المطالبة به مهما طال مدة الحيازة، ومهما توافرت شروط الحيازة الأخرى. سنبحث هاته الموانع في الفقه المالكي في المطلب الأول، ثم في القانون المغربي في المطلب الثاني؛

المطلب الأول: موانع الحيازة في الفقه المالكي

الفقرة الأولى: غياب القائم بالنزاع أو غياب الحجّة

أ - غياب القائم بالنزاع: يعد غياب القائم بالنزاع أو الغيبة، مانعا من موانع الحيازة، فقد أجمع فقهاء المالكية على أنه لا حيازة على الغائب، والغائب هو الشخص الذي لا يكون موجوداً بالبلد الذي يوجد به المال المحوز؛ ويمكن تقسيم الغيبة إلى ثلاثة أقسام: بعيدة، ومتوسطة، ثم قريبة؛ فإذا كان المحوز عليه غائبا غيبة بعيدة عن بلد الحوز، فقد اتفق الفقهاء على أن حقه لا يسقط مهما طال الزمن، ومتى حضر كان بإمكانه القيام والمطالبة بحقه، سواء علم بالحيازة أو لم يعلم، وفي ذلك يقول صاحب التحفة⁽⁷¹⁾:

وقائم ذو غيبة بعيدة *** حجته باقية مفيده

71. «تحفة الحكام» لابن عاصم، ص: 90.

والبعد كالسبع وكالثمان*** وفي التي توسطت قولان

وقائم ذو غيبة بعيدة: عن محل الحوز حجته باقية مفيدة، وظاهره ولو غاب بعد الحيابة عليه ست سنين أو ثمان سنين، لأنه يصدق عليه أنه لم تجز عليه عشر سنين، إذ ما بعد الغيبة لا يحسب عليه وهو كذلك كما يفيد ابن مرزوق⁽⁷²⁾، وكما يفيد جعل الحطاب عشر سنين ظرفاً لحاضر، وهذا ما لم يتكرر قدومه وسفره كما مر.⁽⁷³⁾

أي أن القيام بالمطالبة من طرف الغائب غيبة بعيدة عن البلد الذي وقع فيه الحوز، باق على حجته وتقيدته في قطع حيازة خصمه، نظرا لاعتبار غيبته عن محل العقار المحاز عليه عدرا مقبولا شرعا؛ وهذا موقف إيجابي للفقهاء المالكي مقارنة بما عليه الأمر في ظهير التحفيظ العقاري، إذ أنه في حالة غيبة صاحب العقار وتم تأسيس الرسم العقاري لشخص ما، فإنه طبقا لمبدأ التطهير، فإن العقار لا يبقى في ملك صاحبه ولا يمكن لهذا الأخير أن يتعرض على ذلك، باستثناء مطالبته بالتعويض⁷⁴. أما إذا كان المحوز عليه غائبا غيبة متوسطة، وحددها الفقهاء بنحو الأربعة أو الخمسة أو الستة أيام، فالقول الراجح أن: حقه لا يسقط، ولا تُعمل عليه الحيازة ولو علم بها، وهو ما أشار إليه صاحب التحفة بقوله:

والبعد كالسبع وكالثمان*** وفي التي توسطت قولان⁽⁷⁵⁾

والمقصود بـ : «القولين» في القول أعلاه هو مسألة العلم من عدمه، أي علم الغائب بالحيازة أو عدم علمه بها. وبخصوص الغيبة القريبة، فإن لم يعلم المحوز عليه بالحيازة فهو على حقه مهما طال الزمن، إلا أن يكون المحوز عليه امرأة، فإن غيبته تعتبر دائما غيبة بعيدة، ولو قصرت كمسافة اليوم واليومين، فيكون لها متى حضرت المطالبة بحقتها، وإن كانت هذه المدد لا تتماشى مع العصر نظرا للتقدم الذي وصلت إليه البشرية في مجال التواصل.

72. محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن أبي بكر بن محمد بن مرزوق أبو عبد الله العجيسي التلمساني المالكي ويعرف بحفيد ابن مرزوق، وقد يختصر بابن مرزوق. ولد سنة 766هـ، ومات رحمه الله بتلمسان في عشية سنة 842هـ. «الضوء اللامع لأهل القرن التاسع» لأبي الخير شمس الدين محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (ت902هـ). نشر منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت-لبنان، دون طبعة أو تاريخ أو تحقيق: 51-50/7، و«البدر الطالع» «البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع» لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت1250هـ). نشر دار المعرفة، بيروت-لبنان، دون تاريخ أو طبعة أو تحقيق: 120-119/2.

73. «البهجة في شرح التحفة» للتسولي: 425/2.

74. مقتطف من مقال بعنوان: «الحيازة فقهًا وقانونًا» لرشيد غاي، نشر بتاريخ 29 يونيو 2011، مبنوث بموقع العلوم القانونية www.marocdroit.com.

75. «تحفة الحكام» لابن عاصم، ص: 90.

ب - غياب الحجة : ذهب الفقهاء إلى اعتبار غياب الحجة (غياب الشهود أو الرسوم أو غيرها) ، عذرا للمحوز عليه ومانعا من موانع الحيازة ، ومن الأعدار المقبولة للمطالبة بالملك ولو طال الزمن ، فقد جاء في البهجة : « وأما إن قال كنت عالما بأنه ملكي وبتصرف الحائز ، ولكن سكتُ لغيبه شهودي أو لعدم وجود رسمي ، والآن وجدت ذلك فأردت القيام ، فالذي نقله العلمي⁽⁷⁶⁾ عن الونشريسي⁽⁷⁷⁾ في شرحه لابن الحاجب⁽⁷⁸⁾ ، أن الصواب قبول عذره . قال به الحكم والقضاء اهـ ، وكذا قال ابن رحال⁽⁷⁹⁾ في شرحه : الحق أنه يقبل قوله مع يمينه ، قال : وتصويب ابن ناجي⁽⁸⁰⁾ عدم القبول غير ظاهر اهـ ، وسيأتي أول الاستحقاق أن الإنسان إذا اشترى شيئا ، وهو يرى أنه لا بينة له ، ثم وجدها له القيام ويأخذ الثمن من البائع⁽⁸¹⁾ .»

يتضح من خلال هذا ، أن غياب الحجة من شهود أو رسوم بمثابة مانع من موانع الحيازة ، فمتى توفرت الحجة الغائبة للمحوز عنه إلا وكان له الحق في تقديم حجته فيقبل عذره .

76. أبو الحسن علي بن علي الشريف العلمي ، الفقيه النبيه العلامة الفاضل المحقق المطلع البارِع في الأحكام والنوازل . ألف النوازل المشهورة بنوازل العلمي ، لم أقف على وفاته رحمه الله . «شجرة النور الزكية» لمخولف : 485/1 .

77. أبو مالك عبد الواحد بن الشيخ أبي العباس أحمد الونشريسي ، الفاسي : قاضيا سبعة عشر عاما ثم مفتيا بعد ابن هارون . مولده بعد سنة 880هـ ، ومات رحمه الله قتيلا في ذي الحجة سنة 955هـ . «شجرة النور الزكية» لمخولف : 409-408/1 .

78. عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس ، جمال الدين أبو عمرو ابن الحاجب الكردي ، الدويني الأصل ، الإسنائي المولد ، المقرئ التحوي الأصولي ، الفقيه المالكي . . . ولد سنة 570هـ أو 571هـ ، بإسنا وهي قرية بصعيد مصر الأعلى وأكثرها روافض ، قال : قال لي والدي : إنما سميتك عثمان ترغيبا لأهل إسنا . توفي رحمه الله سنة 646هـ . «الوافي بالوفيات» لصلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت764هـ) . نشر دار إحياء التراث - بيروت ، بدون رقم ، سنة 1420هـ - 2000م ، بتحقيق أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى . : 321/19-322-323 ، بتصرف .

79. أبو علي الحسن بن رحال المعداني ، الإمام العلامة ، المفضل ، الفقيه النظار ، خاتمة العلماء المحققين ، . . . له «شرح على مختصر خليل» ، و«حاشية على شرح ميارة على التحفة» ، و«اختصار شرح الشيخ الأجهوري على مختصر خليل» ، و«رفع الالتباس على الخماس في المزارعة» ، و«الإرفاق في مسائل الاستحقاق» وغير ذلك . توفي رحمه الله سنة 1140هـ . «طبقات الحضكي» لمحمد بن أحمد الحضكي (ت1189هـ/1775م) طبع مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء ، الطبعة الأولى سنة 1427هـ/2006م ، بتحقيق أحمد بومزكو ، ص : 212 . و«شجرة النور» لمخولف : 483-482/1 ، بتصرف .

80. أبو القاسم بن عيسى الشهير بابن ناجي القروي ، شارح المدونة والرسالة ، أخذ عن ابن عرفة وعن قاضي الجماعة أبي مهدي عيسى الغبريني وعن البرزلي وغيره ، توفي رحمه الله سنة 837هـ . «توشيح الديباج» لبدر الدين محمد بن يحيى بن عمر القرافي (ت1008هـ) . طبع ونشر مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة - مصر ، الطبعة الأولى سنة 1425هـ/2004م ، تحقيق الدكتور علي عمر . ص : 259 ، بتصرف .

81. «البهجة في شرح التحفة» للتسولي : 420/2 .

الفقرة الثانية: الموانع الأخرى للحيازة

أ - عوارض الأهلية (القاصر): من موانع الحيازة أيضاً عوارض الأهلية، ولقد أطلق الفقهاء هذا المانع دون قيد، بحيث يتحقق ما دام المحوز عليه صغير السن، حتى ولو كان له ولي. فلا حيازة في أموال القاصرين، جاء في البهجة: «إذا كان هناك مانع منعه من الخصام، كصغر، أو سفه، وللحائز عليه دين، أو كون الحائز ذا سطوة، أو استند لذي سطوة كما مر، أو كانت الحيازة في محل لا تناله الأحكام، أو كان المحوز عليه امرأة ذات زوج غير عليها شديد الضبط لها مانع لها من الخروج كما في المتيطية، فإنه مع وجود واحد من هذه الأمور، غير ساكت ولا يسقط حقه إلا أن يقيم الحائز بينة بالسماع، أنه اشتراها من القائم أو أبيه، وقد حازها عشر سنين، فإنه يسقط حق القائم، ولو مع العذر المذكور»⁽⁸²⁾، ولا تعمل الحيازة في حق القاصر إلا بالترشيد، قال في البهجة: «وكذا السفه، وغير العالم، بأنه ملكه أو بأنه يتصرف فيه، فإن الحيازة لا تعمل عليهما، إلا بعد أن يُرشد السفه، أو يعلم غيره، وتُحاز عليهما الأملاك عشرة أعوام من يوم الرشد والعلم، وهما ساكتان بلا مانع»⁽⁸³⁾.

من خلال ما تقدم، تجيز عوارض الأهلية (صغر السن، السفه، الجنون...) عند المالكية، للمحوز عليه القيام والمطالبة بحقه متى ارتفعت هذه العوارض، ومهما طالّت مدة الحيازة. ب- الخوف من سطوة الحائز: يعتبر الخوف مانعاً واضحاً يمنع المحوز عليه من المطالبة بملكه، نتيجة تسلط الحائز، ويكون عن طريق الإكراه بالقول أو الفعل من طرف الحائز، أو غيره ممن له المصلحة في عدم حصوله على حقه، استناداً لقول صاحب البهجة: «أو كون الحائز ذا سطوة، أو استناداً لذي سطوة... فإنه مع وجود واحد من هذه الأمور غير ساكت ولا يسقط حقه»⁽⁸⁴⁾، واستخدم الفقهاء عدة عبارات للدلالة على أن الخوف درجات، وأقوى هذه الدرجات هو الحائز ذو سلطان، وأدناها خوف المدين المحوز عليه من أن يطالب الدائن الحائز بحقه. ومن أقوال الفقهاء في ذلك الشأن قول الحطاب: «الخوف، أي خوف المدعى من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستند إلى ذي سلطان»⁽⁸⁵⁾.

يقول الدردير رحمه الله: «أو قام به مانع من إكراه ونحوه»⁽⁸⁶⁾.

82. المرجع السابق: 419/2-420.

83. «البهجة في شرح التحفة» للتسولي: 419/2.

84. المرجع السابق: 419/2-420، بتصرف.

85. «مواهب الجليل» للحطاب: 222/6.

86. «الشرح الكبير» للدردير: 234/4.

ويقول الدسوقي رحمه الله: «خوف الحاضر من سطوة الحائز أو من سطوة من استند إليه الحائز».⁽⁸⁷⁾

ث - علاقة الدائنية بين الحائز والمحوز عليه وغير العالم بالملك: تتجلى هذه العلاقة في أن يكون المحوز عليه مدينا للحائز، وعاجزا عن تسديد الدين الذي في ذمته، وخاف أن يطالبه به الحائز لماله، فإن فقهاء المالكية اعتبروا علاقة المديونية مانعا للحياسة، وذلك بشرط عدم سكوت المحوز عليه، وأن يكون الدين حالاً بحيث يستطيع الدائن الحائز مطالبة المحوز عليه بدينه، وأن يكون المدين المحوز عليه غير قادر على الوفاء بدينه لدائنه الحائز لماله، أو لا يجد من أين يعطيه، فإذا أثبت القائم بالنزاع ذلك ينتفع بمديونيته للحائز.

ويضاف لهذا المانع مانع آخر، ويتعلق الأمر بعدم علم المحوز عليه بأن العقار المحوز ملكه، أو بأنه يتصرف فيه، أو لم يعلم بهما معا، فإن حقه لا يسقط ولو طال مدة الحياسة، فلا بد من العلم بالمعلوماتين أي بملكية المحوز وبالتصرف فيه (بالحياسة)، لذلك فالحياسة لا تعمل إلا بعد أن يعلم، وتُحاز عليه الأملاك عشرة أعوام من يوم العلم وهو ساكت بلا مانع.

ج - القرابة: يعتبر بعض الفقهاء القرابة إحدى موانع الحياسة، وهناك من تشدد في اعتبارها سبباً للحياسة، واشتروا شروطاً خاصة ومشددة حتى تعتبر سبباً للحياسة، فبالنسبة للحياسة بين الأب وابنه، ذكر الفقهاء أنها لا تكون بالسكنى أو الازدراع، ولكن تكون عن طريق التفويت (وهي التي يتم بها نقل ملكية شيء من شخص إلى آخر كالبيع والهبة والصدقة)، ومنه قول الدردير⁽⁸⁸⁾ رحمه الله: «ولا يكون حيازة بين الأب وابنه وإن سفل إلا بكهبة... إلا أن يطول معهما الهدم والبناء مما تهلك فيه البيئات وينقطع العلم».⁽⁸⁹⁾ كما اشترط الفقهاء أن تكون مدتها ستين سنة، قال الدسوقي⁽⁹⁰⁾ رحمه الله: «لا يصح حوز

87. مقتطف من مقال بعنوان: «حماية الحياسة بين الفقه والقانون» محمد سادات : نشر بتاريخ الأحد 27 سبتمبر 2009. ميثوث بموقع www.samehbstway.ba7r.org.

88. أبو البركات أحمد ابن الشيخ الصالح محمد العدوي الأزهرى الخلوتي: الشهير بالدردير، الإمام العلامة النحرير...، أخذ عن الشيخ الصعيدي لازمه وانتفع به، وبه تفقه وبالشيخ أحمد الصباغ وأخذ عن الملوي والحفني، وبه تخرج في طريق القوم وصار من أكبر خلفائه في الخلوتية، وعنه أخذ جلة منهم الدسوقي والعباوي والساوي والسباعي وجماعة، أفتى في حياة شيوخه مع كمال الصيانة والزهة والفقه... مولده سنة 1127هـ وتوفي رحمه الله سنة 1201هـ. «شجرة النور الزكية» لمخلف: 516/1-517، بتصرف.

89. «الشرح الكبير» للدردير: 236/4، بتصرف.

90. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الأزهرى، شهر بالدسوقي نسبة إلى دسوق، العلامة الأودد الفهامة الأجد، محقق عصره ووحيد دهره الجامع شتات العلوم، المنفرد بتحقيق المنطوق والمفهوم، بقية الفصحاء والفضلاء المتقدمين والمميز عن المتأخرين. حضر مصر وحفظ القرآن وجوّده على الشيخ محمد المنير، ولازم حضور دروس المشايخ كالصعيدي، والدردير، والجنابي، وحسن الجبرتي، ومحمد بن إسماعيل النفراوي،

أحدهما عن الآخر... إلا أن يطول معهما، أي أمد الحيازة بين الأب والابن طولاً، بحيث يكون من شأنه أن تهلك فيه البيئات“.⁽⁹¹⁾ وذهب بعض الفقهاء إلى أنه تجوز الحيازة بين الشركاء الأقارب، بشرط التغيير في العقار المحاز كالهدم والبناء، مع اختلافهم في مدة الحيازة فقيل عشر سنوات، وقيل أربعون سنة.

د - المرأة ذات الزوج الغيور (المحجوبة): المرأة المحجوبة هي تلك التي لا يسمح لها زوجها بالخروج من بيتها لمقابلة الناس والاختلاط بهم، فهي في نظر الشرع معذورة في عدم المطالبة بحقها عند انقضاء مدة الحيازة، كذلك الشأن بالنسبة للبكر التي تُمنع من الخروج، فهي على حقها مهما طال أمد الحيازة إلى أن يُؤذن لها بالخروج، يقول التسولي رحمه الله في البهجة: ”واحترز به أيضاً مما إذا كان هناك مانع منعه من الخصام...، أو كان المحوز عليه امرأة ذات زوج غيور عليها شديد الضبط لها، مانع لها من الخروج... لا يسقط حقه إلا أن يقيم الحائز بيئة بالسمع...“⁽⁹²⁾، ويشترط عدم السكوت.

هـ - كون المحوز عليه من ذوي الإحسان والتفضل إلى الناس: إن الشخص المعروف بإحسانه، والذي جرت العادة بتفضله على الناس لصلاحه حسب بعض الفقه المالكي، يعتبر إحسانه هذا عدراً ومانعاً للحيازة لأن المحوز عليه غني، إذ له أملاك عديدة في أماكن مختلفة، فالحائز لمثل هذه الأموال لا يتقيد بحيازته، وللمحوز عليه المطالبة بحقه مهما طال الزمن إلى أن يأتي الحائز بيينة على ملكيته لهذا الملك⁽⁹³⁾.

و - كون الحيازة في محل لا تناله الأحكام: من الموانع التي تتيح للمحوز عليه المطالبة بملكه أن يكون المال المحازي في مكان لا تناله الأحكام الشرعية، فإذا أثبت المدعي ذلك فإنه ينتفع به، يقول التسولي: «واحترز به أيضاً مما إذا كان هناك مانع منعه... أو كانت الحيازة في محل لا تناله الأحكام».⁽⁹⁴⁾

ز - الاستناد إلى حكم سابق في شأن المحوز: إذا ما تنازع شخصان حول عقار، والتجأ كل منهما إلى القضاء، فحكم لأحدهما بملكته ولو لم يتم تنفيذ هذا الحكم، وبقي ذلك العقار بيد المحكوم عليه إلى أن حازه بطول المدة، فإن هذه الحيازة لا تنفع في مواجهة من

وتصدر للتدريس وأنى بكل نفيس وأفاد وأجاد، توفي رحمه الله سنة 1230هـ. «شجرة النور الزكية» لمخلوف: 520/1، بتصرف.

91. «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدسوقي: 4/236، بتصرف.

92. «البهجة في شرح التحفة» للتسولي: 2/419-420، بتصرف.

93. مقتطف من مقال بعنوان: «الحيازة فقهاً وقانوناً» لرشيد غاي موقع العلوم القانونية.

94. «البهجة في شرح التحفة» للتسولي: 2/420، بتصرف.

سبق وحكم له بالملكية مهما طال الزمن، ويطبق نفس الحكم في حالة ما إذا رفع شخص دعوى ضد آخر يطلب فيها التخلي عن عقار، لأنه سبق أن اشتراه هو أو مورثه من هذا المدعي عليه أو هو ورثه، أو أن هذا الحائز وهبه له أو لمورثه وأدلى برسم الشراء أو الهبة الذي مضت عليها المدة المعتبرة في الحياسة، فإن ذلك لا ينفعه ولا يعتبر بقاء العقار تحت يد البائع أو الواهب حياسة مسقطه لحق المشتري أو الموهوب له، ويحكم عليه برد العقار لمالكة، كما لا يمكن لوارث البائع أن يحتج بأن العقار آل إليه من مورثه، لأنه ثبت أن مورثه قد باع ذلك العقار أو وهبه.⁽⁹⁵⁾

المطلب الثاني: موانع الحياسة في القانون المغربي (مدونة الحقوق العينية نموذجاً)

موانع الحياسة في الفقه المالكي متكاملة مع مدونة الحقوق العينية، وهذا التكامل بينهما مصرح به في المادة الأولى منها.⁽⁹⁶⁾ بناء عليه سنعالج من خلال هذا المطلب، الشروط المانعة من الملك بطريق الحياسة للمحوز عليه في (الفقرة الأولى)، ثم الشروط المانعة من الملك بطريق الحياسة لصفة بين الحائز والمحوز عليه في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط المانعة من الملك بطريق الحياسة للمحوز عليه

جاءت المواد: 245⁽⁹⁷⁾-250⁽⁹⁸⁾-256⁽⁹⁹⁾ من المدونة لتذكر لنا موانع الحياسة التي تحد من حرية المحوز عليه في المطالبة بحقه، لتسلك مسلك الفقه الإسلامي، وهاته المواد تشير إلى الإكراه وحصول وضع اليد خفية، أي على غير مشهود من الناس أو على الأقل من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله، واللبس في الحياسة كأن يحتمل أنه يحوز لنفسه أو

95. مقتطف من مقال بعنوان: «الحياسة فقها وقانونا» لرشيد غاي موقع العلوم القانونية.

96. تسري مقتضيات هذا القانون... فإن لم يوجد نص يرجع إلي الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

97. إذا اقترنت الحياسة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب، كما لا يكون للحياسة أثر إذا كانت متقطعة وغير مستمرة.

تعتبر الحياسة مستمرة من بدء ظهورها إذا استغل الملك بكيفية اعتيادية ومنتظمة وبدون منازع.

98. إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكا حياسة مستوفية لشروطها واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة والقائم حاضر عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار.

99. لا يعتد بالحياسة:

إذا كان المحوز عليه فاقد الأهلية أو ناقصها وليس له نائب شرعي، وفي هذه الحالة لا تبدأ مدة الحياسة في السريان إلا من تاريخ تعيين هذا النائب أو من تاريخ الرشد حسب الأحوال؛

- إذا غاب المحوز عليه غيبة طويلة متواصلة، يفترض عدم علمه بحياسة ملكه إلى أن يثبت العكس؛

- إذا منع المحوز عليه مانع قوي من المطالبة بحقه كالخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستند إلى سلطة؛

- إذا منع المحوز عليه مانع بأن كان في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال المدة المقررة للحياسة.

لغيره ولا يكون قصده واضحاً في حيازته كوجود أشياء في الشيع، ويحوز الشريك شيئاً منها ولكن استعماله يكون بنية أنه يوجد غيره يشاركه فيه، وعدم الاستمرار أو التقطع في المدة كأن يمضي في استعماله بين عمل وآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمله فيها، والغيبة، وعدم علم الملك له، والصغر، والخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستنداً إلى ذي سلطة، ووجود مانع قاهر للمدعي يستحيل معه قيامه بالمطالبة ضد الحائز لملكه، والذي يقدر القضاء في إطار سلطته.

الفقرة الثانية: الشروط المانعة من الملك بطريق الحيازة لصفة بين الحائز والمحوز عليه

قنت المدونة هذه الشروط وجعلتها مانعة من الحيازة المبطللة لملك المحوز عليه وذلك في المادة 255 التي تقضي بأنه: «لا محل للحيازة:

- بين الأب وابنه وإن سفل، ولا بين الأم وأبنائها وإن سفلا؛

- بين الأزواج أثناء قيام الزوجية؛

- بين الشركاء مطلقاً؛

- بين النائب الشرعي ومن هم إلى نظره؛

- بين الوكيل وموكله؛

- بين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال».

الملاحظ أن المدونة منعت الحيازة بين الشركاء مطلقاً، ويفيد لفظ (مطلقاً) منع هذه الحيازة بغض النظر عن نوع التصرف الذي تصرف به الحائز الشريك، سواء كان تصرفاً قوياً من هدم أو بناء أو غرس، أو لم يكن كذلك، فليس للشريك الحائز أن يمتلك على شريكه بالحيازة مطلقاً؛ ويعتبر منع حيازة النائب الشرعي على من هو إلى نظره لأمواله التي يحوزها في إطار نيابته عنه، والوكيل على موكله تحصيل حاصل، لقيام شرط جهل مدخل الحائز، أو كونه معلوماً بما ينقل الملك مانعاً من تلك الحيازة، فالنائب الشرعي والوكيل كلاهما معلوم مدخلهما وهو لا ينقل الملك.⁽¹⁰⁰⁾

خاتمة

يلاحظ أن مدونة الحقوق العينية زاوجت في أخذها بمسائل الحيازة شروطاً وموانع، بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، فأشارت إلى شروط الحيازة المنصوص عليها في الفقه:

100. «الحيازة فقها وقانوناً» محمد بن يعيش: نشر بتاريخ 30 نونبر 2013، بموقع www.anibrass.blogspot.com.

كوضع اليد، والنسبة، وطول المدة، وعدم المنازع...وأشارت إلى مجموعة من الموانع التي نص على بعضها الفقه المالكي: كالصغر، والغيبية، وعدم علم المالك، والخوف من الحائز، وأضافت إلى ذلك موانع واردة في القانون والفقه الوضعي المقارنين من قبيل: عدم التقطع، والإكراه، واللبس، والمانع القاهر من القيام على الحائز، ولم تذكر عذر السفه للمحوز عليه إلى زواله؛ فهذه الموانع حجة على أن الحيابة لا تعد دليلاً على الملك وفقاً للفقه الإسلامي بصفة عامة، إلا إذا توفرت معها شروط الملكية.

ويبقى السؤال ما إذا كانت هذه الموانع في مدونة الحقوق العينية حصرية، أم أن بالإمكان الرجوع فيما لم يرد فيها إلى الفقه المالكي؟



أزمة النظام العقابي¹ وتداعياته على الجريمة والمجرم

بقلم الطالب رشيد عبيد الرحمان

خريج الماستر المتخصص في المهن القانونية والقضائية بتطوان
محام متمرن بهيئة المحامين بطنجة

لا أحد يجادل اليوم في أهمية العقوبة كجزء يهدف إلى الوقاية من الجريمة، وتهذيب المجرم بإعادته فرد صالحا في المجتمع، من خلال ذلك الجزاء الذي يقرره القانون، ويوقعه القاضي من أجل الجريمة التي يتناسب معها².

وقد ظهرت الحاجة إلى العقوبة كوسيلة لمكافحة الإجرام منذ أن بدأ الإنسان ينظم حياته في شكل تجمعات، فقد لازمت المجتمع الإنساني منذ نشأته إلى اليوم، ومن الطبيعي أن تتطور العقوبة من زمن إلى آخر، بتطور نظرة المجتمع إلى الأساليب التي تحقق الغايتين المنشودتين منها وتقصده هنا الردع العام والخاص³، من أن تستهدف العقوبة جسم الإنسان بجلده داخل المؤسسة السجينة إلى حرمانه من حريته، لأن الحرية أثنى ما يملك. إن التطور الحاصل على مستوى السياسة الجنائية لم يعد يعتبر العقوبات السالبة للحرية غاية لإيلاء الجاني ومعاقبته، بل تعتبر وسيلة فقط لإصلاح المجرمين وتقويم اعوجاجهم والعمل على تحسين مستواهم الخلقي والمعنوي، تمهيدا لإعادتهم مواطنين صالحين نافعين.

1. نقول أزمة النظام العقابي la crise de système punitif لأننا في الحقيقة أمام ظاهرة قانونية مجتمعية تفتت منذ أمد بعيد، فمند ظهور الجزاء الجنائي وما تبعه من إصلاحات جنائية زجرية، ونلاحظ تزايد مستمر ومتسارع، لا أحد ينكره للجريمة، كما سنوضح ذلك في المتن، مع العلم أنها بلا شك مرتبطة بشكل لا غنى عنه ببعض الظروف الأخرى من قبيل الظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي سنعرض لها في مقال لاحق بإذن الله.

2. محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 1982، ص 667.

3. يقصد بالردع الخاص dissuasion spéciale الجزاء الذي يصيب المجرم في جسمه أو ماله بصفته هو الفاعل، وبذلك فالعقوبة تطبق عليه كفرد خالف قواعد عامة، مما يفترض أن لا يعود لارتكاب نفس الفعل كي لا يتعرض لنفس العقوبة. أما بالنسبة للردع العام dissuasion général فيقصد منه الجزاء الذي تخلفه العقوبة على المجتمع بحيث يصبح المجرم عبرة، وإنذار للناس كافة بسوء العقوبة في حالة تقليد الفعل الجرمي، إذن فهو جزاء عام يخاطب المجتمع.

غير أن الواقع العملي التطبيقي للعقوبة السالبة للحرية أثبت أن هذه الأخيرة لم تستطع تحقيق الأهداف السامية للسياسة الجنائية المعاصرة، بحيث أفرزت آثار سلبية على مستوى السجناء وكذا على مستوى المؤسسات السجنية. وهكذا فالعقوبة الجنائية اليوم وبالمفهوم التقليدي تخلف تداعيات سلبية على المجرم والجريمة (المبحث الأول)، كما أنها تمتد إلى النظام العقابي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التداعيات السلبية للعقوبة على المجرم والجريمة

أثارت العقوبات الزجرية مظاهر سلبية على الجريمة والمجرم على حد سواء، مما جعل المذاهب الحديثة تظهر عدم الرضا عن هذا النوع من الأساليب العقلية، وفي اعتقادها أنه لا جدوى منها، فعلى الرغم من المحاولات الجادة لأنسنتها، وإعادة إدماج المحكوم عليه في المجتمع من خلالها، فقد أخفقت هذه العقوبات في نظر الكثير من الفقهاء والباحثين في تحقيق الإصلاح والردع، ولهذا يمكن القول أن العقوبات السالبة للحرية بالخصوص أثرت سلباً على الأهداف المرجوة منها، الفرد والمجتمع، الأمر الذي أدى إلى طرح العديد من التساؤلات حول تأثيرها السلبى وعن إمكانية تفيديها والاستغناء عنها.

وعليه سنقوم بدراسة هذه التداعيات الزجرية من خلال مظاهر ثلاثة، وذلك على مستوى الجانب النفسى (المطلب الأول) والجانب الاقتصادى (المطلب الثانى) وأخيراً على مستوى الجانب الاجتماعى (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مظاهر العقوبات السالبة للحرية على مستوى الجانب النفسى

لا شك في أن العقوبة بقواعدها التقليدية اليوم، تساعد بشكل أو بآخر في آثار وخيمة على الجانب النفسى للمجرم، مما يساهم في إفساد السجناء (الفقرة الأولى)، كما أنها تضع المجرم أمام اضطرابات نفسية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور العقوبات السالبة للحرية في إفساد السجناء

عقوبة السجن⁴ وكما تشير بعض المصادر، هي أحد أنواع الأساليب العقابية التي تقع على الأشخاص مثل عقوبة التعذيب الجسدى، والغرامات المالية، والنفي والإبعاد والإعدام....،

4. يميز المشرع الجنائي ورجال القانون بين مفهوم الحبس والسجن، بحيث أنه حينما تكون العقوبة أقل من خمس سنوات يطلق على العقوبة بالحبس، وحينما تتعدى هذه العقوبة خمس سنوات فما فوق يطلق عليه بالسجن مع مراعاة بعض الاستثناءات.

وغالبا ما تكون نتيجة اقترافهم أفعال إجرامية مست أمن الدولة⁵ أو المجتمع⁶ أو سلامة أفراد⁷.

فالسجن يضم مجرمين خطيرين ومعتادي الإجرام، كما يضم مجرمين مبتدئين واختلاطهم بشكل يومي يؤدي إلى اكتسابهم خبرات من بعضهم البعض وانتقال عدوى الإجرام إلى المحكوم عليهم الأقل خطورة، وهكذا بدلا من أن يصبح السجن مكانا للتهذيب والإصلاح فإنه يتحول إلى مدرسة لتخريج المجرمين الجدد بمؤهلات إجرامية أعلى وخبرات لم تكن موجودة لدى بعضهم من قبل⁸.

ومن المعلوم أن السجون أو مراكز الإصلاح والتأهيل هي الأماكن المخصصة لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية سواء كانت قصيرة أو طويلة المدة، وأنه طبقا للسياسة العقابية المعاصرة فإن الهدف الأساسي للعقوبة هو الردع الخاص بمعنى إعادة تأهيل وإصلاح المحكوم عليه لجعله فاعلا في المجتمع بدل أن يصبح مجرما بالاعتیاد والاحتراف. ولكن في الواقع هناك الكثير من الحقوقيين والباحثين⁹، ممن يعتقدون أن مؤسسة السجن لم

5. قد تمس هذه الجنايات أو الجنج أمن الدولة الخارجي، كما هو منصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصول (181 إلى 200) من ظهير الشريف رقم 1.59.413 الصادر في 28 جمادي الثانية 1382 (26 نونبر 1962)، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي (الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253، كما تم تعديله بالقانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.18.19 بتاريخ 5 جمادي الآخرة 11439 (22 فبراير 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادي الآخرة 1439 (12 مارس 2018) ص 1449، كما قد تمس أمن وسلامة الدولة الداخلي، كما هي معاقب عليها في الفصول (201 إلى 218 مكرر 9 مرات)، كما قد تمس النظام العام، مثل الجرائم التي يرتكبها الموظفون ضد النظام العام، (الفصول 233 إلى 262 مكرر مرة واحدة من م ق ج)، أو الجرائم التي يرتكبها الأفراد ضد النظام العام كما هي معاقب عليها في (الفصول 263 إلى 292 من م ق ج)، وحتى تلك التي تمس الأمن العام، كما هو الحال بالنسبة للجرائم المنصوص عليها وعلى عقوبتها (الفصول 293 إلى 333 من م ق ج) من ذات القانون أعلاه.

6. ونقصد هنا الجنايات والجنج الماسة بحريات المواطنين وحقوقهم، كما هي منصوص عليها في (الفصول 219 إلى 232 من مجموعة القانون الجنائي)، وكذلك الحالات المتعلقة بالجنايات والجنج ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة، كما هو (منصوص عليه في الفصول 449 إلى 504 من م ق ج).

7. كما هو الحال بالنسبة للجنايات والجنج ضد الأشخاص المنصوص عليها في (الفصول 392 إلى 484 مكرر 14 المرة من م ق ج)، أو تلك المتعلقة بأموالهم (الفصول 505 إلى 607 من م ق ج).

8. سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الجزاء الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 116.

9. ومن ضمنهم المجلس الوطني لحقوق الإنسان، كمؤسسة دستورية نص عليها المشرع الدستوري في الفصل 161، باعتبارها مؤسسة وطنية تعددية ومستقلة تتولى النظر في جميع القضايا المتعلقة بالدفاع عن حقوق الإنسان والحريات وحمايتها، وبضمان ممارستها الكاملة، والنهوض بها وبصيانة كرامة وحقوق وحريات المواطنين والمواطنات، ويتضح هذا التوجه للمجلس من خلال النقاشات التي ساهم فيها حول العقوبات البديلة بالإضافة إلى أنه يهدف تطبيقا لنصه (الظهير الشريف رقم 1.11.19 الصادر في 25 ربيع الأول 1432 (1 مارس 2011) الجريدة الرسمية عدد 5922-27 ربيع الأول 1432 (3 مارس 2011)، إلى ملائمة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل مع المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وبالقانون الدولي الإنساني الذي صادق عليه المغرب أو انضمت إليها (المادة 13 من

تستطع القيام بمهمتها الأساسية التي وجدت من أجلها، فقد ثبت أن السجن هو أحد العوامل الدافعة إلى ارتكاب الجريمة، لأنه في الغالب يفسد المبتدئين بدل إصلاحهم، ولا يفضّل إزالة الميول الإجرامية المتأصلة لدى المجرمين المعتادين، وهو ما جعل غالبية الحقوقيين يشككون في قيمة السجن كجزء ويرون ضرورة استبداله ببدائل أخرى تجنب المحكوم عليه العيش في بيئة السجن وتؤهله بشكل يضمن إصلاحه.

وتأكيدا لما سبق ذكره أشارت إحدى الدراسات الأوربية إلى أن غالبية ما يسمى بجرائم الصدفة يتحول إلى جرائم الاحتراف، فعلى سبيل المثال لوحظ أن 29% من أصحاب الجناح الأخلاقية تحولوا إلى جرائم السرقة، ومن هؤلاء 29% تحولوا إلى جرائم المخدرات أيضا، و40% منهم تحولوا من جرائم القتل إلى السرقة وكل ذلك يعود إلى مجتمع السجن وثقافته السلبية التي تعم أساليب الإجرام¹⁰.

ولا يقتصر إفساد المجرمين على تعلم الإجرام فقط، بل يتعداه إلى انتشار الرذائل كالشذوذ الجنسي وكذا انتقال الأمراض كالإيدز وغيرها، ويعود ذلك إلى الحرمان الجنسي، ومنع السجنين من ممارسة الحياة الجنسية المشروعة، فيؤدي ذلك إلى تحوله إلى الحياة المثلية، خاصة إذا مكث في السجن مدة طويلة¹¹.

وقد سعت بعض الدول إلى إيجاد حلول لهذه الظاهرة باتخاذ إجراءات معينة، ففي المغرب يسمح بمجيء زوجات السجناء إليهم والدخول معهم في خلوة شرعية، وفق الضوابط الشرعية المعمول بها¹².

وبالرغم من أن هذه الإجراءات تهدف إلى التخلص من إحدى مساوئ السجن، إلا أنها تنتقد على أساس أنها قد تكلف الدولة مصاريف إضافية فيما يتعلق بتوفير أماكن للعزلة.

ومن بين مساوئ العقوبات السالبة للحرية أنها تؤدي إلى انعدام روح المسؤولية لدى المحكوم عليهم، فهم داخل السجن عاطلون عن العمل والإدارة العقابية توفر لهم المأكل والملبس دون مقابل فإذا خرجوا للحياة لزمهم هذا الشعور والتمثل في الحصول على

القانون المحدث للمجلس).

أنظر: كريم الحرش، الدستور الجديد للمملكة المغربية، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، العدد 3، 2012 ص 216.

10. أحمد البراك، العقوبات السالبة للحرية في ميزان السياسة العقابية المعاصرة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي: www.bhog.Saeed.com تم الاطلاع عليه بتاريخ 16-04-2020 على الساعة 14:21.

11. انظر منير العش، حق السجنين في الحياة الجنسية، دار الاتحاد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى- تونس 2017 من ص 35 الى ص 105 يوضح دور الجنس في تأهيل النزير الإنسان.

12. أحمد البراك، العقوبات السالبة للحرية في ميزان السياسة العقابية المعاصرة، م. س.

المأكل من غير جهد، فيفقدون الشعور بالمسؤولية تجاه أسرهم وأنفسهم ويؤثرون حياة السجن حيا بالبطالة وهذا ما يجعل البعض منهم يأملون في العودة إلى السجن كلما غادروه، وذلك عندما يكون مستواهم الاقتصادي متدنياً¹³.

وبالرغم من أن العديد من الدول سعت إلى محاربة البطالة داخل السجن عن طريق العمل العقابي، إلا أنه ومع الأعداد الهائلة للمحكوم عليهم قد لا تتاح الفرصة لهم جميعا لممارسة عمل على النحو المطلوب وبذلك يتعودون على الكسل والخمول.

وتجدر الإشارة إلى أن مساوئ السجن لا تقتصر على الحرمان، بل قد يحدث العكس في بعض الأحيان بأن يصبح السجن مكانا للترف بالنسبة لبعض الأشخاص، حيث أن بعض البطاليين والمتشردين، أصبحوا يجدون الحياة في السجن أفضل منها خارجه، وقد أدى هذا الأمر إلى ظهور أنواع من المجرمين الذين يتعمدون ارتكاب جرائم بسيطة، تضمن لهم البقاء في السجن من أجل ضمان المأوى والمأكل والملبس وحتى الترفيه، لأن ذلك لا يتأتى لهم خارج السجن¹⁴.

وبالرغم من صحة وجود هذه الظاهرة إلا أنه لا يمكن تصورهما إلا مع المجرم المعتاد الذي لا يهتم بتأثر سمعته نتيجة دخول السجن خاصة إذا كان من المتشردين الذين اعتادوا التسول من أجل الحصول على الرزق، فالسجن بالنسبة له مكان يوفر الكثير من الامتيازات، ولا تتوقف معاناة المحكوم عليه عند حدود المؤسسة العقابية فحسب، بل تمتد إلى خارجها، ومن ذلك معاناته مع الوصم وكل الآثار السلبية المترتبة عنه.

ويختلف واقع السجن وأحوال السجناء حول العالم باختلاف الأنظمة، والقوانين المتبعة في كل بلد، كما أن الخبراء أكدوا على أن قضية السجن أصبحت اليوم تحظى باهتمام العديد من المنظمات الإنسانية والحقوقية، هذا بالإضافة إلى حالات التمرد والهروب والجرائم المتكررة التي تقوم بها بعض العصابات المتنافسة داخل السجن.

وفي هذا الشأن فإنه من اللازم البحث عن سبل لتمكين السجناء من الحصول على دورات تكوينية وتدريبية جامعية، حتى يتمكن السجناء من تلقي تعليم وخبرات وتكوين يمكنه من إيجاد عمل مناسب حين إتمامه فترة التأهيل، وفي مقابل ذلك خفض العقوبة ومنح مكافآت لحسن السلوك والمتفوقين في تكوينهم.

13. فواز هانيه عبابنة، حسام محمد صلاح الدين، وقف التنفيذ في القانون الجنائي -دراسة مقارنة-، مركز الكتاب الأكاديمي، 2016 ص 137-138.

14. وبذلك تساهم حالة العود كظرف مشدد بالمواصفات المنصوص عليها في الفصول 154 إلى 162 من م ق ج وبطريقة غير مباشرة في اكتظاظ السجن وتكاثر الجريمة انسجاما مع طبيعة المجرم.

الفقرة الثانية: دور العقوبات السالبة للحرية في الاضطرابات النفسية

يعاني السجين طيلة فترة تواجده في المؤسسة العقابية من مجموعة من الاضطرابات الناتجة عن انتقاله المفاجئ من الحرية إلى العزلة عن المجتمع ونذكر منها:

- **القلق:** القلق من الناحية النفسية هو شعور يتميز بالخوف، وهو حالة من توقع الشر أو الخطر، وكذا عدم الراحة والاستقرار أو عدم سهولة الحياة الداخلية للفرد، ومعنى ذلك أن القلق نوع خاص من الخوف وغالبا ما يكون هذا الخوف، من المستقبل أو المجهول، والقلق شعور متوقع للسجين بسبب عزله عن أسرته وروتين الحياة، وتلهفه لانتضاء مدة العقوبة، وتؤدي مشاعر القلق إلى شجار السجين مع زملائه، ومخالفة القوانين، وكذا افتعال المشاكل مع العاملين في السجن¹⁵، وفي حالات أخرى قد يكون القلق سببا في ميل السجين للعزلة، الأمر الذي يؤدي به إلى الانتحار.

والواقع أن أسباب قلق السجين لا تنحصر في وجوده داخل السجن، بل إن بعض السجناء خاصة المبتدئين منهم تثار لديهم مشاعر القلق حول تأثر مكانتهم الاجتماعية، فيشعرون بأنهم مثار للسخرية بسبب الجرائم التي ارتكبوها الأمر الذي يجعلهم معزولين عن الآخرين ومهما كانت أسبابه يؤدي القلق المتزايد إلى ضغوط تجعل السجين يقوم بسلوكيات غير مقبولة.

- **الاكتئاب:** يعتبر الاكتئاب بمثابة رد فعل لبعض الأحداث التي يواجهها الفرد في الحياة، حيث أن هذه الأحداث تسبب له الشعور بالحزن والغم والضيق، وقد تطول فترة الحزن أو الألم أو الأسى، حيث تكون هذه الأحداث كعامل مفجر أو مثير للقلق الذي يظهر في حالة اكتئاب، وفي حالة استمرار الاكتئاب لفترة طويلة فإنه غالبا ما يؤدي إلى الإصابة بالأمراض ذات الأسباب النفسية والأعراض الجسمية مثل الصداع النصفي والتهاب المفاصل الروماتيزمي وفقدان الشهية وغيرها من الأمراض التي يكون سببها اضطرابا نفسيا.

والإيداع في السجن سواء لفترة طويلة أو قصيرة، يولد لدى السجين الشعور بالحزن والاكتئاب بحيث يشعر بتدني روحه المعنوية كما قد تبلغ نوبات الاكتئاب أوجها عند بعض السجناء بمحاولة الانتحار وذلك بسبب الشعور بالعزلة وبطول مدة العقوبة، فيتصور المحكوم عليه أنه لن يطول به العمر حتى يرى الحياة خارج أسوار السجن.

15. عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبدايل للعقوبات السالبة للحرية، جامعة نايف العربية الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2003 ص 7 و 71.

ويتضح من خلال دراسة الاضطرابات النفسية لسلب الحرية أنها ناتجة بالدرجة الأولى، عن الروتين الذي يعيشه المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية والذي يؤدي إلى إتلاف ملكاته الذهنية وقتل روح الإبداع لديه¹⁶، وهو ما جعل السياسة العقابية الحديثة تعتمد على تنوع أساليب المعاملة العقابية بما يكفل تعلم المحكوم عليه واستفادته من جهة وتفادي إصابته بالاضطرابات النفسية من جهة أخرى، بالإضافة إلى توجيهه للعمل داخل المؤسسة العقابية للتخفيف من حالات القلق والاكتئاب التي تصيبه.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن يعاني المحكوم عليه من تلك الاضطرابات والأمراض النفسية، بسبب إجراءات الاعتقال والتحقيق التي تحدث له صدمة نفسية يصعب تجاوزها حتى لو حكم ببراءته فيما بعد.

وبالنظر إلى هذه الأسباب يتوجب على المؤسسات العقابية أن تقوم بالاستعانة بأطباء وأخصائيين نفسانيين تتمثل وظيفتهم في تتبع حالة كل محبوس ومساعدته على التخلص من الاضطرابات التي يعاني منها وذلك من خلال اقتراح الأساليب الملائمة للتعامل مع السجناء كل حسب حالته¹⁷.

المطلب الثاني: مظاهر العقوبات السالبة للحرية على المستوى الجانبي الاقتصادي

إن المظاهر السلبية للعقوبات السالبة للحرية لا تنصرف إلى المحكوم عليهم بشكل مباشر فقط، وإنما هي عملية واسعة التأثير يمتد تأثيرها إلى المجتمع في كل نواحيه، وسنتطرق في هذه المطلب إلى نقطتين أساسيتين هما إرهاق ميزانية الدولة (الفقرة الأولى)، وتعطيل الإنتاج (الفقرة الثانية).

16. وهو ما دفع بعض الدول إلى التفكير في البحث عن توفير مراكز ووسائل لتعزيز قدرات الأطفال والشباب لديها، وذلك مثل الجمهورية العربية المتحدة (كانت تضم مصر وسوريا سابقاً) ممثلة في وزارة الشباب والمجلس الأعلى لرعاية الشباب، حيث قامت بإنشاء وتشجيع مشروعات متعددة في هذا السبيل، ولعل من أبرزها معسكرات العمل للشباب والنوادي الرياضة والساحات الشعبية والمعسكرات الصيفية للأطفال، إلى غير ذلك من الوسائل البناءة لشغل وقت الفراغ.
- انظر بدر الدين علي، الجريمة والمجتمع، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، لم يتم ذكر تاريخ الطبعة، ص 76-77.

17. ورغم نص المشرع الجنائي في الفصول 61 و78 و79 و134 و135 و136 على الحالات التي تعد من المسؤولية أو تنقص منها، إلا أنها قاصرة على الأمراض العقلية بالمفهوم المطلق رغم تمييزه بين المرض العقلي والضعف العقلي، على أن التدابير المتخذة تنحصر في فترة ارتكاب المجرم الجريمة ولا تتعداها إلى ما بعد الجريمة، رغم أنه قد يحال أثناء فترة العقوبة إلى مؤسسة للأمراض العقلية، إذا تبين إصابته في تلك الفترة، لكن يجب النظر إلى أسباب هذه النتائج.

الفقرة الأولى: إرهاب ميزانية الدولة

تعتبر ميزانية السجون هي الأعلى في بعض الدول مثلما هو الحال في شيكاغو بالولايات المتحدة الأمريكية، حيث فاقت ميزانية السجون منذ عام 1994 ميزانية كافة الجامعات مجتمعة، كما أجري فيها إحصاء أفاد أنه ينفق في العام الواحد على السجين الواحد ما يناهز عشرين ألف دولار، بينما ينفق على الطالب الجامعي ألف دولار¹⁸.

وتصرف فرنسا على كل سجين يوميا 120 يورو، وهو مبلغ يضاعف ثلاث مرات تكلفة طالب جامعي¹⁹. 146 مليون

أما في المغرب فيبلغ عدد السجون 76 مؤسسة سجنية 65 منها محليا و6 سجون فلاحية و3 مراكز للإصلاح والتأهيل وسجنان مركزيان²⁰، فيما يبلغ عدد المعامل الإدارية التي أنيط تسييرها للمندوبية العامة* لإدارة السجون 13 معقلا، وأغلقت 5 سجون بسبب قدم بناياتها وعدم استجابتها لشروط الإيواء الضرورية، وتجاوزت الميزانية المخصصة للمندوبية العامة لإدارة السجون والتي تتفرق على ميزانية التسيير وميزانية التجهيز و الاعتمادات الخاصة عتبة مليار درهم بين سنتي 2010 و 2011 كما هي مبينة في الجدول التالي²¹:

2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	
525 مليون درهم	535 مليون درهم	519,7 مليون درهم	209 مليون درهم	146 مليون درهم	146 مليون درهم	146 مليون درهم	إلتيسينر إلتيسينر
325 مليون درهم	408 مليون درهم	264 مليون درهم	159,2 مليون درهم	100 مليون درهم	100 مليون درهم	100 مليون درهم	إلتيسينر إلتيسينر

18. - عبد المحسن بنسليمان بن عبد المحسن الضبعان، رسالة ماجستير، بدائل العقوبات السالبة للحرية من منظور إسلامي، دراسة تطبيقية من واقع أحكام القضاء بالمحكمة المستعجلة وديوان المطالم بمدينة الرياض، معهد الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، 2001، ص 134.

19. رجاء ناجي الكاوي، الجزاءات التقليدية، للعقوبات السالبة للحرية والغرامة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.google.co.ma/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&u=act=8&ved=2ahUKEwi8sNCUvProAhUID2MBHdelA4AQFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ism.ma%2Fbasic%2Fweb%2Fpdf%2Ffhiwar%2F5%2F15.pdf&usg=AOvVaw3hteLr-cRiI1WdkhMJQYs> - تم الاطلاع عليه بتاريخ 16-04-2020 على الساعة 4:25.

20. وذلك حسب تقرير المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج -تقرير الأنشطة لسنة 2018- ص 30.

21. أزمة السجون مسؤولية مشتركة 100 توصية من أجل حماية حقوق لسجينات والسجناء، تقرير خاص بالأوضاع في السجون وحقوق السجناء، أكتوبر 2012، ص 36.

244,7	206,6	102,1	344,5	113,4	155,4	216,6	الاعتبارات الخاصة
مليون درهم							

يحدث ذلك في الوقت الذي يمكن فيه الاستفادة من الأموال التي تنفق على السجن في تحريك عجلة الاقتصاد، وتوفير مناصب شغل للعديد من الأشخاص الذين كانت البطالة والآفات الاجتماعية أهم أسباب انحرافهم وإجرامهم، ومثل هذا الاختبار كفيلاً بالتصدي لظاهرة الجنوح والإجرام واستئصال نزعات الانحراف في مهدها.

الفقرة الثانية: تعطيل الإنتاج

لا تقتصر سلبيات هذه العقوبات على إرهاق ميزانية الدولة فحسب، بل أيضاً تحرم الاقتصاد من نتاج عمل المحكوم عليهم، ومن إمكانية عودتهم إلى العمل من جديد إذ أن غالبية المحكوم عليهم يكونون من الأصحاء القادرين على العمل وبالتالي يكون وضعهم في السجن بمثابة تعطيل لقدرتهم على العمل وإضاعة للكثير من الطاقات التي كان بالإمكان الاستفادة منها لو تمت معاقبتهم بطريقة أخرى غير السجن²².

وقد حاولت إدارة السجن في العديد من الدول التقليل من هذا الأشكال من خلال استغلال نشاط بعض المسجونين في الولايات المتحدة الأمريكية وبالرغم من أن نسبة المجرمين الذين تتم إدانتهم بعقوبات سالبة للحرية تتعدى 70%، فيما 30% الأخرى يتم وضعهم تحت المراقبة لكونهم جناة مبتدئين يتسمون بعدم خطورتهم الإجرامية، يتم إلزامهم بتقديم عمل لفائدة المجتمع أو الخضوع لبرامج إعادة التأهيل والإصلاح²³.

أما في المغرب توجد السجن الفلاحية وذلك من خلال العمل في نظام البيئة المفتوحة، وكذا قيامهم ببعض الأعمال اليدوية، ولكن لم يتم إيجاد عمل إلا لعدد قليل من السجناء، أما الباقون والذين يشكلون الأكثرية، فهم يقضون بقية المدة المحكوم بها عليهم بالسجن دون عمل مما يرهق ميزانية الدولة التي توفر المأكل والملبس والعلاج²⁴.

22. جاسم محمد العنتلي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدى، دراسة مقارنة في دولة الإمارات العربية المتحدة ومصر وفرنسا، دار النهضة العربية، 2000 ص 87.

23. جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدى دراسة تحليلية وعلمية، مكتبة الرشاد، الطبعة 2015، ص 178-179.

24. حسب تقرير الأنشطة 2018 الصادر عن المندوبية العامة لإدارة السجن و الإدماج، ص 32-33، فإن عدد المعتقلين ما بين 2014 و 2018 في ارتفاع مستمر مما يطرح تساؤل عن أي دور للعقوبة ولل قانون الجنائي بالأخص في الردع العام والخاص؟

2 - في حالة تعرض المحكوم عليه إلى سوء معاملة داخل السجن، فإنه بعد خروجه منه تتغير طباعه كليا ليصبح أكثر حدة، فيسيء معاملة أفراد أسرته بسبب ذلك.

3 - إذا سجن رب الأسرة فإن ذلك ينعكس على الأسرة ويسبب الكثير من الآثار السلبية على المستوى الاجتماعي، فمن ناحية تحرم أسرة المحكوم عليه من عائلها الوحيد وتتعرض للاحتياج²⁶ والمذلة وقد يكون الطريق الوحيد أمامهم هو السقوط في هاوية الجريمة من أجل الحصول على لقمة العيش ومن ناحية أخرى يترتب عن سلب الحرية تصدع الأسرة وافتقاد التضامن بين أفرادها وكذا امتهان بعضهم أعمالا مخالفة للقانون²⁷.

4 - اشتعال النزاع بين الضحية والجاني بعد خروج هذا الأخير من المؤسسة العقابية، كما هو الحال في جريمة الضرب البسيط أو السب والقذف، فهذه العقوبة القصيرة لن تحقق للضحية رغبته بأن ينزل بالجاني ذات الأذى أو على الأقل مقارب لما لحق به، كما أن المحكوم عليه بعد خروجه من المؤسسة العقابية سوف ينظر إلى الضحية على أنه وراء كل المصائب التي حلت به، مما يعني أن باب الضغط الاجتماعي لا يزال قائما بين الطرفين وهو ما يمتد إلى أفراد العائلة رغبة منهم في المساندة والتضامن وبذلك اشتعال فتيل حرب أهلية قد لا تنتهي من جيل إلى جيل ومنه نعتقد أن الصلح أوفر وأصلح.

وبالرغم من أن هذه المظاهر الاجتماعية السلبية موجودة فعلا وهي ناتجة عن العقوبات السالبة للحرية، إلا أنه من الملاحظ أنها ناتجة عن تطبيق العقوبة بشكل عام وليس فقط العقوبات السالبة للحرية، وسيبقى المجني عليه دوما يعتبر العقوبة المطبقة على الجاني مهما كان نوعها، غير كفيلة بإصلاح ما أفسدته الجريمة، كما سيبقى الجاني يعتبر المجني عليه سببا لما يمكن أن يعاني منه لدخوله مؤسسة عقابية خاصة إذا اعتبر جريمته بسيطة

26. ونعتقد أن هذا هو مبرر توجه المشرع الجنائي الذي سلكه في الفصل 33 حينما نص على ما يلي: «إذا حكم على رجل وزوجته ولو عن جرائم مختلفة، بالحبس لمدة نقل عن سنة، وكانا غير معنقلين يوم صدور الحكم، فإنهما لا ينفذان عقوبتيهما في آن واحد إن هما أثبتا أن لهما محل إقامة معينة وأن في كفالتها وتحت رعايتهما طفلا دون الثامنة عشر ليس في الإمكان أن يقوم بكفالتة على الوجه المرضي غيرهما من الأشخاص أو المؤسسات العامة أو الخاصة، ما عدا إذا صدر من طرف الزوجين طلب يخالف ذلك».

وما يعاب على هذا الفصل هو أنه اقتصر على العقوبات التي لا تتجاوز سنة وبذلك لا يحق على الزوجين الذين لهما أبناء والمحكوم عليهما بعقوبة تفوق الفصل أعلاه، الاستفادة من هذا المقتضى، وقد كان من الأجدر بالمشرع المغربي أن يبحث عن سبل لتفعيل مقتضيات المادة 40 من ق م ج، ومحاولة البحث عن قواعد لتفعيل إجراءات محاولة الصلح، خصوصا وأن العقوبة هنا هي أقل من سنة وهو ما ينسجم مع المادة 40 من ق م ج.

27. جاسم محمد راشد الخديم الغنتلي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، م س، ص 84.

لا تستحق كل ذلك العقاب، مع ذلك لا يمكن أن ننكر أن العقوبات السالبة للحرية تتسبب في الجزء الأكبر من الآثار السلبية²⁸.

المبحث الثاني: تداعيات العقوبة الزجرية على النظام العقابي

إن النظام العقابي بالنموذج الذي هو عليه اليوم، وما سيشكل في الغد من سياسات جنائية تتطلع إلى واقع أفضل، يسعى إلى البحث عن توافق مجتمعي يغطي ما تعانيه الدولة والمجتمع حول ظاهرة في ارتفاع مستمر، لن يأتي أكله إلا بعد استقصاء مكامن الضعف والخلل وتشخيص الوضع ورصد المشكل، ولا مناص في أن القانون الجنائي ومعه السياسة الجنائية تشكل في واقع الأمر نقطة الانطلاق لهذا الأمر، إذ بعد أرذل من الزمن ومع استحضر واقع السياسة الجنائية، نتساءل ماذا جنيناه من النظام العقابي على أمد ما يقارب قرن من الزمن؟

في الحقيقة عند الاطلاع على الإحصائيات والأرقام لا نجد سوى ارتفاع مهول لمعدل الجريمة يستتبع معه ارتفاع عدد المعتقلين حيث بلغ عدد الوافدين من حالة سراح على المؤسسة السجنية خلال سنة 2018 حوالي 112580 وافد جديد²⁹، مما يؤدي إلى اكتظاظ السجون وهذا راجع بشكل أو بآخر لحالة العود إلى الجريمة.

وهكذا تتجلى تداعيات العقوبات السالبة للحرية على النظام العقابي في الجوانب التالية: ظاهرة اكتظاظ السجون (المطلب الأول) وظاهرة العود (المطلب الثاني) وأخيرا المبالغة في الاعتقال الاحتياطي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: اكتظاظ السجون

تعتبر هذه الظاهرة أهم سمة سلبية تسيء للعقوبات السالبة للحرية كجزاء تقليدية، ويعتبر الاكتظاظ البيئي التي توفر ظروف حقوق السجناء والسجينات والاحتكاك بينهم وكذا الاختلاط بين الرشداء منهم والأحداث والمرضى³⁰، وغيرها من الآثار السلبية التي

28. ونحن من خلال هذا العرض لا ننكر مدى فعالية وجدية العقوبات السالبة للحرية النسبية نوعا ما، في بعض الجرائم التي يكون مرتكبوها يستحقون الجزاء الأشد المطبق عليهم، لكن كل مجرم هو ابن بيئته وابن سياسته الاجتماعية فإن فسدت فسد وإن صلحت صلح، ولذلك عندما نلاحظ في بعض الدول التي تهدم المؤسسات السجنية وتبني في مقابلها مؤسسات تعليمية وتربوية فالاكيد نجزم بأنها تسير وفق سياسة متطورة وقائية أكثر مما هي علاجية.

29. وهذه النسبة في ارتفاع مستمر، إذا تطور عدد المعتقلين الوافدين في حالة سراح خلال الفترة الممتدة بين 2014-2018 من 109805 إلى 112580، - المندوبية السامية لإدارة السجون وإعادة الإدماج تقرير الأنشطة 2018، ص 33.

30. خصوصا وأنا اليوم في مرحلة حرجة مع انتشار وباء فتاك، كفيروس كورونا أو ما يطلق عليه (COVID-19)، والذي ينتشر كالنار في الهشيم وبطريقة يصعب معها التحكم في المرض ولو بأحدث الطرق الممكنة، وإنه لتفادي

تكون مرتبطة بظاهرة الاكتظاظ، وهذا ما يفتح فرضية أن تكون المؤسسات السجنية مكانا للإصلاح وإعادة الإدماج.

وتعاني أغلب الدول من ظاهرة اكتظاظ السجون من أبرز هذه الدول نجد الولايات المتحدة الأمريكية التي تضم حوالي 2,2 مليون سجين من النساء والرجال، ما يعني أكثر من مساجين 35 دولة أوروبية مجتمعة، وخلال زيارة «أوباما» لسجل الرينو في «أوكلاهوما»، عبر عن دعمه لأحكام قضائية أكثر عدلا فضلا عن دمج مهني أفضل للسجناء السابقين في الحياة العامة بالإضافة لإجراءات أخرى، وقال «أوباما» رئيس الولايات المتحدة الأمريكية السابق، أن عدد السجناء بلده يضاعف أربع مرات عدد السجناء بالصين، مشيرا إلى أن اكتظاظ السجون اليوم تزايد بأربع مرات مما كان عليه في 1980³¹.

وبالتالي فإن حوالي ربع مساجين العالم يقعون في السجون الأمريكية، فيما تضم الولايات المتحدة الأمريكية أقل من 5% من تعداد سكان العالم³².

كما تعاني أغلب الدول الأوروبية من ظاهرة اكتظاظ السجون، الأمر الذي جعلها تسارع لعقد العديد من المؤتمرات والملتقيات لمواجهة هذه الظاهرة، ومن بين المؤتمرات التي انعقدت في هذا الشأن، مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة وحسن معاملة المساجين³³، الذي انعقد في جنيف سنة 1955، وكذا مؤتمر ميلانو سنة 1985، حيث أكد على ضرورة تخفيض عدد السجناء وخلق الرغبة في نفوسهم ليعيشوا في ظل القانون.

وينتج عن ظاهرة الاكتظاظ عدم تصنيف السجناء حسب وضعيتهم الجنائية مما يترتب عنه تطوير حس الجريمة لديهم.

مخلفات مثل هذه الأوضاع يفرض البحث عن طرق كفيلة لمسايرة كل المراحل الصعبة مثل اللحظة التي نحن عليها اليوم، ونعتقد الحل يكمن في ترسيخ العقوبات البديلة والاسراع في تشريعها ضمن المنظومة العقابية الجديدة.

31. عبد الأمير رويح، السجون مؤسسات لإفساد وانتهاك حقوق الإنسان، مقال منشور على الموقع التالي: <https://m.annabaa.org/arabic/rights/3174> تم الاطلاع عليه بتاريخ 20-04-2020، على الساعة 3:00.

32. سارة المصري، تقرير حول سجون أمريكا، سجن حافل من الانتهاكات تحجبه الدعاية، منشور على الموقع التالي: <https://midan.aljazeera.net/reality/community/2018/29/3/> تم الاطلاع عليه بتاريخ 25-04-2020، على الساعة 12:25.

33. وقد أقر هذا المؤتمر القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، للاطلاع على هذه القواعد انظر الرابط التالي: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b034.html> تم الاطلاع عليه بتاريخ 23 شتنبر 2020، على الساعة 15:07.

المطلب الثاني: ظاهرة العود

ظاهرة العود في الجريمة مرتبطة أيما ارتباط بالمؤسسة السجنية³⁴، وبسلبيات العقوبات السالبة للحرية التي ذكرناها سابقا، فالعود للجريمة مرتبط بظاهرة الاكتظاظ التي ينتج عنها عدم تصنيف السجناء حسب وضعيتهم الجنائية، والذي يؤدي إلى تطوير حس الجريمة، المؤدي أيضا إلى العود إليها³⁵.

ترتبط كذلك ظاهرة العود بالتمكك الأسري الذي يطال أسرة المحكوم عليه، فالجاني يرى أن الضحية سبب كل ويلاته وأن جريمته لا تستحق كلما لاقاه من عقاب وبمجرد خروجه من السجن يعود لارتكاب جريمة أخرى.

كما أن إفساد السجناء والذي يتجلى في احتكاك المجرمين المبتدئين بمحترفي الإجرام وبالتالي تطور حس الجريمة لديهم (المبتدئين)، حيث يصبحون بمؤهلات إجرامية أعلى ويكتسبون خبرات لم تكن موجودة لديهم من قبل، وتطور الاستعداد الإجرامي لديهم بتكوين النفسية الإجرامية، يؤدي إلى ظاهرة العود إلى الجريمة.

وقد لقيت ظاهرة العود اهتماما بالغا، خصوصا لذا علماء علم الإجرام والعقاب، فهو الشخص الذي تكرر خروجه عن القواعد الاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع ويتضمن صورتين، الشخص الذي سبق الحكم عليه قضائيا بجريمة تم ارتكاب جريمة جديدة سواء ثبتت عليه رسميا أو لم تثبت، والشخص الذي سبق الحكم عليه قضائيا لجريمة تم صدرت منه بعض الأفعال المتعلقة بنشاطه الإجرامي نظرا لخطورته الإجرامية³⁶.

34. جاء تعريف العود وتمييزه عن الحالات المشابهة في التشريع الجنائي ضمن اطار واسع يشمل جل حالات تكرار الفعل الجرمي، ويقتصر القانون على مفهوم قانوني مبتور ومفتعل كظرف تشديد للعقوبة خاضع لشروط قانونية محددة كأية جريمة، بينما هو، لو كان مثل أي جريمة، ظاهرة للإجرام تتجاوز المنظور الشكلي الضيق المجرد الذي يعتمده القانون.

– انظر محمد الإدريسي المشيشي، دوافع العود القانوني، مقال منشور في مجلة الشؤون الجنائية، يناير 2020، ص 26.

35. فالمجرم المبتدأ ليس هو المجرم المحترف، وتواجهما جميعا في مكان واحد يصبح الواحد منهما تلميذا للآخر، فيتعلم منه الانحراف ويطيع عليه خصيصة العصابة والتمرد وعدم الانصياع، وكأنه في حرب فيتأثر السجن بهذا الجو فيصبح جزء لا يتجزأ من الطائفة الإجرامية، ولكن لو أنه وجد توجيها مناسباً، ونماذج تناسب طاقته ومدرسة إدماج، تدرس نوعا معيناً من الدروس المناسبة للتوجيه والانضباط والتقويم كان أفضل.

36. وقد حاول المشرع الجنائي تعريف حالة العود في الفصل 154 من ق ج بقوله: «يعتبر في حالة، طبقاً للشروط المقررة في الفصول التالية، من ارتكب جريمة بعد أن حكم عليه بحكم حائز لقوة الشيء المحكوم به، من أجل جريمة سابقة»، وقد اعتبر المشرع حالة العود كظرف مشدد للعقوبة في الفصل 155 من ق ج.

ومن ناحية أخرى تدور نظرية الوصم حول فكرة أساسية وهي أن سبب الانحراف والجريمة لا يوجد في الفرد الذي يرتكبه، بل في أجهزة المجتمع التشريعية والتنفيذية التي تتهمه بالانحراف فيتصرف طبقاً لما وصمه به المجتمع الخليفة.

ويعتبر العالم النفساني الأمريكي «فرانك تاننباوم» Tannenbaum من أشهر رواد هذه النظرية والذي ألف كتاب الجريمة والمجتمع⁴¹، وكان أول من استخدم مصطلح تهويل الشر، واعتمد في دراسته على المصادر القانونية ودراسات الانحراف التي قام بها علماء جامعة «شيكاغو»، حتى يمكن تطوير المفهوم الأساسي لنظرية الوصم⁴²، بدأ «تاننباوم» بمعارضة تلك الرؤية التقليدية التي تعتبر الجريمة حقيقة ولكن ذات نسبة قانونية، فما ينظر إليه كشيء قانوني في مجتمع، قد لا ينظر إليه كشيء قانوني في مجتمع آخر، أي أن تجريم السلوك نسبي يختلف من مجتمع لآخر وذلك نظراً لاختلاف وتباين نظرة المجتمعات لهذه الظاهرة فكل مجتمع يحدد من خلال أوضاعه ونظمه معايير معنى السلوك السوي وغير السوي⁴³.

المطلب الثالث: المبالغة في الاعتقال الاحتياطي

يقصد بالاعتقال الاحتياطي في معناه الواسع فترة الاعتقال التي يقضيها المتهم على ذمة التحقيق بسبب جنائية أو جنحة منسوبة إليه أو خلال فترة محاكمته قبل صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به⁴⁴.

وتختلف نسبة الاعتقال الاحتياطي في العالم حسب ثلاث مستويات:

المستوى الأول منخفض بحيث لا تتجاوز فيه نسبة المعتقلين الاحتياطيين 20% ونجد في هذه الخانة اليابان 11% وروسيا 15% وإسبانيا 15,7% والبحرين 16% وألمانيا 16,5% والبرتغال 19,7%.

المستوى الثاني متوسط بحيث تتراوح فيه نسبة المعتقلين الاحتياطيين بين 20% و40% ونجد في هذه الخانة الولايات المتحدة الأمريكية 21,5% وماليزيا 22,4% وفرنسا 25,4% وإيران 25,7% والبرازيل 36,9% وكندا 37%.

41. Look, FRANK TANNENBAUM, CRIME & THE COMMUNITY, COLUMBIA UNIVERSITY PRESS NEW YORK & LONDON 1938.

42. سعود بن محمد ضبعان الرويلي، الوصم الاجتماعي وعلاقته بالعود للجريمة، م س، ص 37.

43. سعود بن محمد ضبعان الرويلي، الوصم الاجتماعي وعلاقته بالعود للجريمة، م س، ص 37.

44. وهو تدبير استثنائي يلجأ إليه في حالة عدم وجود الضمانات لحضور الظنين أثناء جريان المسطرة أو المحاكمة، وحدد المشرع مدخله في المواد 47 و73 و74 و160 من قانون المسطرة الجنائية.

المستوى الثالث مرتفع بحيث تتراوح فيه نسبة المعتقلين الاحتياطيين بين 40% و60% ونجد في هذه الخانة إيطاليا 40,2% وهولندا 40,6% والسنغال 41% والأردن 47,2% وتونس 50% والأرجنتين 52,6 في المئة⁴⁵.

إن اختلاف النسب المذكورة تعود إلى عدة أسباب منها النظام القضائي الذي لا يأخذ بمؤسسة قضاء التحقيق في بعض الدول، ومستوى النجاعة القضائية الذي يؤثر على ملفات المعتقلين الاحتياطيين فضلا عن ترشيد قرار الاعتقال وغيرها.

وبالنسبة للمغرب فهو يندرج ضمن المستوى المرتفع بحيث رغم أنه تم تسجيل تحسن ملموس في موضوع تخفيض معدل الاعتقال الاحتياطي الذي نزل لأول مرة عن 40 في المئة، بحيث تم تسجيل نسبة 39.08 في المئة من الاحتياطيين بين الساكنة السجنية في اليوم الاخير من سنة 2018⁴⁶.

وتكمن الغاية من الاعتقال الاحتياطي في الحفاظ على الأمن الاجتماعي ومكافحة الجريمة في آخر المطاف، لكن هذا التدبير وإن كان استثنائيا، تترتب عنه عدة آثار سلبية خطيرة على جميع المستويات نفسيا واجتماعيا واقتصاديا... الشيء الذي يعرضه باستمرار لانتقادات شديدة من طرف جميع الأوساط الحقوقية ومهتمي الشأن القانوني.

خاتمة

من خلال كل ما سبق يمكن القول أن السياسة الجنائية المغربية تحتاج الى مجموعة من التدابير الوقائية أكثر من ما هي علاجية، وذلك من خلال تقوية الوعي الخلقي لسلوك المجتمع ابتداء من الأسرة إلى المقررات المدرسية، وإيلاء الجانب الاجتماعي العناية الخاصة به، وترسيخ القيم المتباينة وثقافة الاختلاف بين جل أفراد الجماعات.

وتستطيع الدولة أن تقوم بدور فعال في الوقاية من الجريمة، من خلال خلق وسائل للتحكم في تصرفات الأطفال والشباب، والتحكم في أوقات فراغهم اليومية ابتداء من تحسين فرص الشغل إلى بناء النوادي الرياضية وتوسيع فضاءات الترفيه للأطفال، وخلق

45. مجلة المختبر القانوني، انظر الرابط التالي:

<http://www.labodroit.com/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B9%D8%AA%D9%82%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AD%D8%AA%D9%8A%D8%A7%D8%B7%D9%8A/>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 25-04-2020، على الساعة 20:15.

46. تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة، لسنة 2018 ص 292. كما أوصت رئاسة النيابة العامة بضرورة توفير بدائل قانونية للاعتقال الاحتياطي، والتعجيل بإصدار النص المتعلق بهذه البدائل في مشروع القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية.

انحراف مبنى المصطلح وتأثيره على المعنى في الدراسات القانونية - التشريع الجنائي أنموذجا -

بقلم الطالب رضى بن يحيى

باحث بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق - جامعة ابن زهر أكادير

مقدمة

إن التداخل القائم بين علم المصطلح وعلم القانون ليس مما ينبغي الإشادة به والتتويه به، ذلك أن المصطلح جزء من بناء القانون، وقد قيل إن: «المصطلح عصب النص القانوني»¹، وقد جرى القول أيضا إن: «القانون هو تلك الروح الضابطة للسلوك والتي إذا نفذت إلى مجمع بشري فنفخت فيه بتائها تغير بناؤه وصار مجتمعا، والتاء من الحروف الأبجدية، ولقد قُدِّرَ لتلك الروح ألا تسكن إلا في بيت هذه الأبجدية»².

هذا، وقد اندفع الفقيه (Demolombe) أحد أبرز فقهاء مدرسة الشرح على المتن قائلا: «إن شعاري وملتي التي أو من بها هي النصوص قبل كل شيء»³.

ومما ضجت به الأقاويل في مجال الدراسات القانونية أن اللفظ القانوني ليس غاية في ذاته، وإنما سبيلا به يتوسل إلى المعنى، وقد استدلّت هذه الفئة القليلة استدلالا في غير محله، محتجين بقاعدة بزعمهم قاعدة إفحام تسلب الأفهام بمجرد لفظها، وهي قاعدة:

1. سعيد أحمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص - دراسة في التماسك النصي -، الطبعة: الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، سنة: 1431هـ/2010م، الصفحة: 341.

2. محمد شبلح، في تحسين اللغة القانونية من خلال بعض النماذج الاصطلاحية في القانون المغربي للالتزامات والعقود، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بفاس، عدد مزدوج: 21، 22، يناير 2006، الصفحة: 11.

3. أورده محمد الشافعي، مدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، دون ذكر سنة الطبع، الصفحة: 111.

«العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني»⁴، وهذه القاعدة حقيقة هي قاعدة في العقود ولا تدين للصياغة في شيء، ثم إنه لا علاقة لها بالتشريع، الذي يعد مهمة جسيمة ملقاة على عاتق المشرع في حقل العلوم القانونية، لذلك كان الخطأ التشريعي في المصطلح عيباً نأمل من الصائغ (المشرع) اتقاه ويجدر منه تلافيه، فكما لا يعذر أحد بجهله للقانون، «لا يعذر أحد بجهله لدوال المصطلحات ولتقنيات التشريع»، فإذا كان مقبولاً من لدن العوام القول: «خطأ مشهور خير من صواب مهجور»، فإن ذلك ليس مقبولاً البتة في مجال التشريع المرتبط بالعدل الذي هو أساس الملك، وبالْحَقُوق التي من أجلها سُرع القانون، فكان واجبا وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب أثناء صياغة النصوص الإحاطة خيراً بالمعنى العام للمصطلح في الحقل الأدبي قبل توجيه معناه ونقله إلى النص القانوني، حيث إن الإلمام بماهية المصطلح العام يورث المعرفة بالمصطلح الهدف، ولهذا قيل: «إن المصطلح إما واصفا لعلم كان، أو ناقلا لعلم كائن، أو مؤسسا لعلم سيكون»⁵.

فالتشريع إذن والحال ما ذكر بجميع فروعه ما هو إلا مصطلحات تشكل بناء النص القانوني، لذلك لا ينبغي أن تتم القطيعة بينهم، سيما في التشريع المحكوم بمبدأ النصية، المقيد بقاعدة الشرعية⁶، التي يعرف بها التشريع الجنائي⁷ دون غيره من الفروع المنتمية إلى القانون، فحُقَّ فيه القول إنه أهم هذه الفروع وأعلاها شأنًا في علاقته بعلم المصطلح.

- أهمية الموضوع: تتبلج أهمية موضوع البحث في كونه يدرس علم المصطلح في علاقته بالتخصص، ومعرفة ما إذا كانت المصطلحات المستعملة في حقل الدراسات القانونية قد وظفت بشكل سليم⁸ في الحقل الذي استُقيت منه، ثم إن أهميته تتكشف أيضا في أن

4. انظر الفروق للقرافي، القواعد للمقري، القوانين الفقهية لابن جزي، نظرية التقييد الفقهي محمد الروكي.

5. الحسين آيت بيهي، المصطلح الفقهي في مدونة الأسرة المغربية - دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء المذهب المالكي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في وحدة أحكام الأسرة في الفقه والقانون، جامعة القرويين، كلية الشريعة والقانون بأبوت ملول، الموسم الجامعي: 2013-2014م، ص: 18.

6. هكذا، تجدر الإشارة إلى أن مبدأ الشرعية ذاته يجد أساسه من داخل التشريع الجنائي في عدة نصوص متفرقة من قبيل: الفصل الثالث منه: «لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذي كان ساريا وقت ارتكابه»، ثم الفصل الرابع منه أيضا: «لا يؤاخذ أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذي كان ساريا وقت ارتكابه»...

7. ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، الصفحة: 1253.

8. يقصد بالتكافؤ الوظيفي في علم الترجمة العلاقة المتجانسة بين القيم التوافقية للنص الأصل والنص الهدف، وكذلك بين الكلمات والجمل والتعابير الاصطلاحية والأبنية النحوية، وفي الترجمة القانونية يعني ترجمة المصطلح القانوني من النظام القانوني للغة المنقول منها إلى ما يجانسه ويكافؤه وظيفيا في النظام القانوني للغة المنقول منها (للاطلاع أكثر ينظر: سليمان عبد الرحيم، الفروق المصطلحية بين المغرب الأقصى والدول العربية الأخرى، مجلة ترجمان الصادرة عن مدرسة فهد العليا للترجمة، طنجة، المغرب، العدد 02، المجلد السادس عشر، أكتوبر 2007، الصفحة من 89 إلى 109).

المصطلحات هي مفاتيح العلوم فلا معرفة بلا مصطلح، والخوض في التقصي في العلوم دون الإلمام بمصطلحاتها هدر للزمن العلمي، فالمصطلح في العلوم القانونية بمثابة القلب النابض لها، وهو أسوة بالعلوم الشرعية⁹ في العلوم القانونية بمثابة «المثمر»، مستثمره هو «المشعر»، وثمره هذه المصطلحات العلم بالأحكام القانونية من وجوب وحظر وجواز، والتي تمكن الخاضعين لأوامر القانون ونواحيه من فهم قصد المشرع منها بكل يسر ووضوح، ليكيفوا تبعاً لذلك تصرفاتهم في الحدود التي رسمها القانون فلا يؤخذون على حين غرة، ثم إنها سبيل قويم يهدي إلى الاطلاع على إرادة المشرع العامة والخاصة.

- إشكال الموضوع: الإشكال المركزي الذي يفرض نفسه في محاولة مقارنة الموضوع هو:

إلى أي حد تمكن المشرع من خلال نقله للمصطلحات من اللغة الأصل إلى اللغة الهدف من إيصال المعاني التشريعية للمخاطبين بأوامر القانون ونواحيه؟

ويتفرع عن هذا الإشكال المركزي أسئلة بحثية من قبيل:

- ماهية علم المصطلح؟ وما علاقة دوال المصطلح بمدلول القانون؟

- هل انحراف مبنى المصطلح يقدر في معنى القانون؟ وما هي الآثار المترتبة عليه

نتيجة لذلك؟

- ما مدى تناسب دوال مصطلحات اللغة الأصل مع معاني اللغة الهدف؟

- هل يمكن التعويل على هذه الدوال في حفظ حمولة المعاني الجنائية؟

- منهج الدراسة: سندرس هذا الموضوع معتمدين على ثلة من المناهج العلمية التي يكمل بعضها بعضاً، والمرتبطة ارتباطاً المعلول بعلة، وهي كالتالي:

- المنهج الوصفي التحليلي: وذلك باستقراء النصوص القانونية موضوع الدراسة والتي تضم نصوصها وتحدها مجموعة من المصطلحات التي سنقف عليها لتبيين معنى مدلولاتها في علاقتها مع دوالها، ومدى استواء ظاهرها مع معانيها المبطنة داخلها.

- المنهج المقارن: وذلك من خلال المقارنة بين معنى المصطلحات في اللغة الأصل والمعنى الذي تم إسباغه عليها في اللغة الهدف، وهل توافقت المصطلحات وتجانست تجانسا وظيفيا في النظام الجنائي المنقول إليه من عدمه.

9. قال الامام أبو حامد الغزالي، «الأحكام ثمرات، وكل ثمرة فلها صفة وحقيقة في نفسها، ولها ثمرة ومستثمر، وطريق الاستثمار، والثمرة هي الأحكام، والمثمر هي الأدلة، وطريق الاستثمار هو الاستنباط، والمستثمر هو المجتهد»، (ينظر في هذا الصدد الامام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، كتاب المستصفي من علم الأصول، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، دون ذكر الطبعة وتاريخها، المجلد: الأول، الصفحتان: 18، 19).

- المنهج الاستنباطي: حيث عمدنا في هذه الدراسة إلى الانتقال من العام لتبيين الخاص وفق الخطة المسطرة أدناه على النحو الآتي عرضه:

- **المطلب الأول: دوال المصطلحات في علاقتها بعلم القانون**
الفقرة الأولى: ماهية علم المصطلح.

الفقرة الثانية: علاقة المصطلح بمدلول القانون.

- **المطلب الثاني: الدوال المنحرفة في القانون الجنائي -المساهمة والمشاركة**
نموذجين-.

الفقرة الأولى: مصطلح «المساهمة».

الفقرة الثانية: مصطلح «المشاركة».

المطلب الأول: دوال المصطلحات في علاقتها بعلم القانون

نظرا لكون المسميات تدل على ذواتها، وباعتبار التعريف بها بادئ الأمر من مبادئ العلم وقد قيل: «من رام فناً فليقدم أولاً علماً بحدّه وموضوع تلاً»¹⁰، وباعتبار الحكم على الشيء فرعاً عن صورته، فقبل الاسترسال في سبر أغوار الموضوع، لا بد من التعريف بكل من الدال وهو: الصوت أو الحرف المكتوب وهو أشبه ما يكون بالرمز، وفي علاقتها بالموضوع أردنا به الحرف الأبجدي الذي إذا انضم إليه غيره من الحروف الأبجدية شكّل مصطلحاً ضاجاً بالمعاني.

والممدلول هو تلك المعاني التي تتبادر إلى الذهن عند تشكل الدوال على شاكلة «مصطلح»، وقد تم تعريفه بأنه: «هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر»¹¹.

ومن خلال هذه المقدمة التي كان لا بد منها، آثرتُ التعريف بعلم المصطلح (فقرة أولى)، قبل ربط الحديث بعلاقته بمدلول القانون (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: ماهية علم المصطلح

تترادف كلمة مصطلح واصطلاح وهما مشتقان من اصطلاح وجذره «صلح»، نقول صلح الشيء من باب قعد، وصلاًحاً أيضاً، وصلاح بالضم لغة وهو خلاف فسد، وأصلح أتى

10. أحمد المقرئ الأشعري المالكي، مقدمة متن إضاءة الدجنة في اعتقاد أهل السنة، ص: الثالثة، البيت: 33.

11. محمد عميم الاحسان المجددي البركني، التعريفات الفقهية -معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من العلماء-، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة: 1424هـ/2003م، الصفحة: 200.

بالصلاح وهو الخير والصواب¹². وقد استعمل ابن خلدون في مقدمته لفظ «مصطلح» وعنون به الفصل الواحد والخمسون بما يلي: «في تفسير الذوق في مصطلح أهل البيان وتحقيق معناه وبيان أنه لا يحصل للمستعربين من العجم»¹³.

والمصطلح هو: «اتفاق قوم على تسمية الشيء باسم ما ينقل عن موضعه الأول»¹⁴، ويراد به أيضاً أنه: «اتفاق قوم على تسمية الشيء باسم ما ينقل عن موضعه الأول وإخراج اللفظ من معنى لغوي آخر لمناسبة بينهما»¹⁵.

ومؤداه أيضاً أنه: «لفظ يتواضع عليه القوم لأداء مدلول معين، أو أنه لفظ نقل من اللغة العامة إلى اللغة الخاصة للتعبير عن معنى جديد»¹⁶.

وانطلاقاً من هذه التعريفات التي كشفت ماهية المصطلح، فالظاهر أن جميعها تجمع على أن المصطلح تواطؤ بين فئة خاصة تنتمي إلى مجال معرفي معين، فتصريف بناء المصطلح من اللغة العامة وتنقله إلى الحقل الخاص الذي تنتمي إليه، وتسبق عليه مدلولاً خاصاً ومعنى جديداً يصير حكراً عليها.

والملاحظ أن عملية التواطؤ هذه ترادف العرف بمعناه الخاص، وهو أقرب ما يكون إلى الحقيقة العرفية¹⁷.

وقد أثير استفسارٌ تساءل عنه العلماء الأصوليون لا بد من ذكره في هذا المقام بشأن حقيقة اللغة، هل أساسها التوقيف أم الاصطلاح؟

وقد عرض مرتضى الزبيدي في كتابه: (تاج العروس من جواهر القاموس) هذا الاختلاف الذي استهل به مقدمته التي ابتدئت ب: «المقصد الأول في بيان أن اللغة هل هي توقيفية أم اصطلاحية؟»¹⁸.

12. أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة الثانية، دار المعارف، بيروت، لبنان، الصفحة: 445.

13. ابن خلدون، المقدمة، دون ذكر الطبعة وتاريخها، الجزء الرابع، الصفحة: 89.

14. محمد عيم الاحسان المجددي البركيتي، التعريفات الفقهية، م.س، ص: 29.

15. جودي مرداسي، آليات توليد المصطلح الاقتراض اللغوي آلية، مجلة الذاكرة، تصدرها جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، العدد 05، سنة 2015م، ص: 288.

16. الحسين أيت بيهي، المصطلح الفقهي في مدونة الأسرة المغربية، م.س، ص: 17.

17. الحقيقة العرفية يراد بها اللفظ الذي نقل عن موضعه الأصلي إلى غيره بعرف الاستعمال، كلفظ الدابة الذي يعني في الحقيقة اللغوية كل ما يُدب على الأرض إنساناً كان أم بهيمة الأنعام، لقول الشارع الأعظم في سورة هود: «وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها ويعلم مستقرها ومستودعها كل في كتاب مبين»، لكن الحقيقة العرفية خصصت لفظ الدابة في ذوات الحوافر.

18. راجع محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق علي هلال، الطبعة الثانية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، سنة: 1407هـ/1987م، الجزء الأول، الصفحة: 12.

والمراد بالتوقيف أن أصل اللغة تعليمٌ ربانيٌّ خالصٌ يتمثل في توقيف الله عز وجل لأدم عليه السلام والتعليم له، وينسب هذا القول إلى أبي حسن الأشعري ومن وافقه، مستدلين في ذلك بقوله تعالى: «وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ»¹⁹.

أما الاصطلاح فمعناه التواطؤ كما سبقت الإشارة إليه، ويتبنى هذا الرأي وينسب لأبي هاشم المعتزلي وأتباعه، واستدلوا ببطلان التوقيف بأن القول به يقتضي تقدّم البعثة على اللغة وهي متأخرة لقوله: «وما أرسلنا من رسولٍ إلا بلسان قومه ليبين لهم»²⁰.

الفقرة الثانية: علاقة المصطلح بمدلول القانون

لا يخفى على كلٍّ حسيب أن اللغة تلتقي والقانون في الجانب الشكلي المحض، فنصوص القانون عبارة عن مصطلحات تروّت من اللغة وتشربت منها، ومن تم فالتسلح بها وسبكها وحسن صياغتها بالنسبة للصائغ زاد لا بد له منه، ولا محيد له عنه، وفي هذا قال أبو سعيد السيرافي: «من جهل حرفاً أمكن أن يجهل حروفاً، ومن جهل حروفاً جاز أن يجهل اللغة بكاملها، فإن كان لا يجهلها كلها ولكن بعضها فعله يجهل ما يحتاج إليه»²¹، وينطبق هذا القول على الصائغ الذي وإن جهل معالم اللغة ضيّع المعنى القانوني الذي يروم إفهامه وإيصاله، مما سيعود وبالاً على أحقية المواطنين والمواطنات في العلم بالتشريع من جهة، الذي لا عذر لهم فيه ولا تنفع معذرتهم في ذلك ولا هم يستعجبون، وعن أحقيتهم في الحصول على المعلومة من جهة ثانية (الفصل 27 من الدستور)²².

وقد يتساءل سائل عن العلاقة بين اللغة والمصطلح؟ وعلاقة هذا الأخير بالقانون؟

ويجيبنا عن السؤال الأول بخصوص علاقة اللغة بالمصطلح الدكتور فريد الأنصاري الذي ذهب معتبراً في كتابه (أبجديات البحث في العلوم الشرعية) أن اللغة أعمُّ فيما المصطلح فيها أخصُّ وهي (أي المصطلحات) تجليات ملامح تلك الشخصيات فيها، ومن هنا كانت قضية المصطلحات قضية أمة بكاملها، وبالحرص عليها استيعاباً وضبطاً ودراسة وتدريساً، يتم الحفاظ على الأمة وبترك ذلك وإهماله يكون التسيب والضياع²³.

19. الآية 30 من سورة البقرة.

20. الآية 03 من سورة إبراهيم.

21. أحمد كروم، الاستدلال في معاني الحروف - دراسة في اللغة والأصول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة: 2009م، الصفحة: 01.

22. ينص الفصل 27 من دستور المغرب أنه: «للمواطنين والمواطنات حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام».

23. فريد الأنصاري، أبجديات البحث في العلوم الشرعية - محاولة في التأصيل المنهجي -، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، سنة: 1417هـ/1997م، الصفحة: 140.

وفي معرض إجابتنا عن علاقة القانون بالمصطلح فيمكن القول أن هذين الأخيرين يلتقيان في أكثر من جانب:

أ - الجانب الأول: يلتقي علم القانون بمفهومه الخاص الشكلي مع بناء المصطلح ودواله (حروفه الأبجدية)، وإلى ذلك ذهب بعض الفقه²⁴ معتبراً أن: «القانون بمعناه الشكلي الخاص آلة جامدة عمياء صماء بكماء لا تبقي ولا تدر، تؤمر فتطاع، بغير امتناع، لا إبداع فيها ولا إقناع ولا روح فيها ولا إمتاع، تعتبر المخاطبين بها مجرد أرقام، لا تراعي اختلافها ولا تحكم إستثناءً، مداد أسود قليل على ورق أبيض صقيل يحدد مصائر البشر، أفراداً وأسراً».

ب - الجانب الثاني: علاقة القانون بالمصطلح هي علاقة تأثير وتأثر، ومركز الثقل فيها للمصطلح أكثر ما هي للقانون، فيدور القانون مع اللغة وجوداً وهدماً، فكلما وظف المصطلح بشكل جيد كان المعنى ظاهراً بيننا، استوى ظاهره وباطنه كما يعبر علماء الأصول، وفي هذا الصدد، اعتبر عبد القادر عودة في كتابه الاسلام وأوضاعنا القانونية أن: «القانون باعتبار معنًى لا يمكن أن يحقق أهدافه الأساسية العليا إلا إذا صيغت في نصوص ومواد تحفظ المعاني القانونية الرفيعة من التحريف والانحراف والنسيان، وهي النصوص التي يقوم بوضعها الحكام والمقننون ومن لهم الحق في التشريع»²⁵.

ج - الجانب الثالث: المصطلح في المعجم العام (اللغوي) أعم من المصطلح الموجه إلى معجم العلوم القانونية، وفي ذلك ميز جيرار كورني بين نوعين من المصطلحات كما التالي:

أ - مصطلحات ذات انتماء قانوني صرف، أمثال مصطلحات: «حق»، «عدالة»، «جنحة»، «محكمة»، «ضمانة»، «أداء»، «عقد».

ب - مصطلحات استعيرت من المعجم العام وأعطيت لها دلالات خاصة في القانون²⁶ (نوضح ذلك ونستشهد به في المطلب الثاني).

د - الجانب الرابع: دلالات المصطلحات في المعجم العام أكبر سعةً، ومن ثمة فمخزون المصطلحات القانونية محدود، فيما الإبداع الفكري في المعجم العام غير محدود²⁷.

24. أستاذنا الدكتور عادل حامدي، صفوة النصائح الذهبية للباحث في العلوم القانونية والشرعية، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، سنة: 1440هـ/2019م، الصفحة: 11.

25. عبد القادر عودة، الاسلام وأوضاعنا القانونية، الطبعة الأولى، بدون ذكر مكان النشر، سنة 1370هـ/1951م، ص: 36.

26. إفو بيتر، المشترك المعنوي في اللغة القانونية، ترجمة الدكتور محمد همام، مجلة المنبر القانوني، دار السلام، الرباط، المغرب، العدد المزدوج 13-14، أبريل 2018م، الصفحة: 178.

27. إفو بيتر، المشترك المعنوي في اللغة القانونية، م.س، ص: 179.

ذ - الجانب الخامس: المصطلح في المعجم العام عند توجيهه إلى المعجم القانوني الخاص ينبغي تحديد مدلوله الجديد وتضميناته الكامنة بدقة وتقان، فالعملية هذه محفوفة بالمخاطر والمزالق، فينبغي الحذر والتروي، إذ هنا تتأثر مسؤولية الصائغ الأدبية والتشريعية، وقد اعتبر عبد الوهاب المسيري أن:

«العلاقة بين الدال والمدلول أبعد ما تكون عن البساطة، فالدال الذي يستخدمه المرء، حتى قبل أن يدخله في علاقة مع المدلول، ليس أمراً محدّداً المعالم، وإنما هناك معناه الظاهر، وتضميناته الكامنة، وهناك ظلال المعاني التي يكتسبها من خلال الدوال المترادفة أو شبه المترادفة معه»²⁸.

المطلب الثاني: الدوال المنحرفة في القانون الجنائي - المساهمة والمشاركة نموذجين -

حفظاً لمدلول المصطلحات الجنائية، اعتبر الفقه²⁹ وفاء بهذا الغرض مبدأً النصية لا بد له من أن يتم حصره في النقاط التالية:

- حصر مصادر القاعدة الجنائية في النص التشريعي وحده دون غيره من مصادر القانون الأخرى.

- عدم التوسع في تفسير النصوص.

تبعاً لذلك كان المصطلح الجنائي ليس كغيره من المصطلحات الموظفة في فروع القانون الأخرى، التي يمكن أن يُعمل تأويلها (التأويل يقع في المعنى أما التفسير يختص باللفظ)، بشكل أوسع، أو أن يتم إعمال القياس فيها ولا ضمير من ذلك.

أما المصطلح الجنائي فله حمولة من العيار الثقيل، صلاحه سبب إلى حُسن التطبيق السليم للقانون من لدن القاضي الذي عده (Emile Durkheim) في هذا الصدد أنه: «لا يهتم بأن يعرف ما إذا كان ما عرّض عليه مرغوباً فيه، ولكنه يبحث في إحدى المواد المقررة في القانون فقط»³⁰، وما دام المشرع غل حرية القاضي وطوّقها في التشريع الجنائي، فيقع عليه لزماً بالتبعية أن يُبرأ ذمته تجاهه، بأن يصوغ نصوصاً تستجيب ورهان الواقع، وألا

28. عبد الوهاب المسيري، اللغة والمجاز بين التوحيد ووحدة الوجود، دون ذكر رقم الطبعة، دار الشروق، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الصفحة: 194.

29. عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام -، الطبعة الثامنة، دون ذكر دار ومكان النشر، سنة: 1439هـ/2018م، ص: 89.

30. إميل دوركهايم، في تقسيم العمل الاجتماعي، ترجمة حافظ الجمالي، الطبعة الأولى، المكتبة الشرقية، بيروت - لبنان، سنة: 1982م، ص: 134.

يتوانى عن ذلك طرفة عين، فبقدر ما تكون الصياغة سليمة وصحيحة بقدر ما تجد القاعدة الزجرية طريقها الأوحى إلى التطبيق العملي³¹.

وبذلك، سنعتمد كلا من مصطلح «المساهمة»، بأن نقارن معناه اللغوي في المعجم العام مع مدلوله الخاص في القانون الجنائي المغربي (فقرة أولى)، ومصطلح «المشاركة» لتبين أن مدلوله الخاص قد انحرف تكييفه لجريمة الخيانة الزوجية أنموذجاً (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مصطلح «المساهمة»

لا يختلف اثنان، ولا يشاطر الرأي أحد في أن المشرع دائماً ما يحتز من تحديد مدلول المصطلحات، ويفوض أمره إلى الفقه نيابة لا أصالة في التعريف بالمسميات، لكن إذا كان الأمر مستساغاً في فروع القانون الأخرى، ففي التشريع الجنائي المشرع ملزم بتحديد المدلول الخاص للمصطلح، مادام قد ضيق الخناق على القاضي، وحد سلطته في التأويل، واتهم بالجهل من أغفل العلم بالتشريع الجنائي، (ينظر الفصل الثاني من القانون الجنائي)، ولم يجعل له عذراً وإن كان مقبولاً.

وبعلة إن القاعدة القانونية كائنة من كانت (مدنية أو زجرية...) من خصائصها العموم والتجريد، فمن غير المعقول، ومما يتنافى مع الطبع أن تكون مدلولاتها موجهة للمتخصص بيئة لديه، وأن يُصدف عما خلا ذلك، ولا أدل على هذا مصطلح «المساهمة»، الذي يُعد جوهر الفصل 128 من القانون الجنائي، والمصطلحات التي انضمت إليه إنما جاءت لتبين مدلول «المساهمة» لا غير، حيث جاء في هذا الفصل الموماً إليه أنه: «يعتبر مساهماً في الجريمة كل من ارتكب عملاً من أعمال التنفيذ المادي لها».

وبما أن المشرع كما سبق الحديث لا يحدد مدلول المسميات، فإن الفقه³² اعتبر مصطلح «المساهمة» بمفهوم الفصل 128 الموماً إليه، أقرب ما يكون إلى «الاتفاق» الذي ينصب على إتمام التنفيذ المادي للجريمة، التي بعد تنفيذها بالذات يُجهل من قام بالتنفيذ بين الذين جرى الاتفاق بينهم، ويعتبرون كلهم مساهمين حسب مفهوم الفصل السابق، بينما إذا رجعنا إلى مدلول المساهمة في المعجم العام نجد المراد بهذا المصطلح هو «المقارعة»، فيقال: المساهمة، ساهم: أي قارع³³، وفي التنزيل قول الشارع الأعظم: «وإن يونس لمن المرسلين

31. حسنية أبو هلال، تقنيات الصياغة القانونية مطلب الجودة التشريعية، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، دار السلام، الرباط، المغرب، العدد الثالث، يونيو 2017م، الصفحة: 261.

32. عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام -، م. س، الصفحة: 201.

33. نشوان بن سعيد الحميري اليمني، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، سنة: 1420هـ/1999م، الجزء الخامس، الصفحة: 3251.

إذ ابق إلى الفلك المشحون فساهم فكان من المدحضين فالتقمه الحوت وهو مليم فلولا أنه كان من المسبحين للث في بطنه إلى يوم يُبعثون»³⁴، وقد علق أبو بكر الجزائري مفسراً في كتابه أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير ذلك بأن المراد به: «أن ريان السفينة التي كان بمنتها يونس بن متى الملقب بذي النون رأى أنه لا بد من تقليل الشحنة وإلا غرق الجميع، وشح كل راكب بنفسه فاقترعوا، فكان يونس من المدحضين أي المغلوبين في القرعة»³⁵.

فيظهر والحال ما ذكر وجه البون بين مدلول المساهمة في القانون، ومدلولها في المعجم العام، وتأسيساً عليه، فحريّ بالمشرع التدخل ولو بعد حين في تحديد مدلول المصطلحات الجنائية الخاصة التي استقاها من المعجم العام وأضفى عليها دلالات خاصة تتسجم وإرادته النابعة من إرادة الأمة، ذلك أنه يخاطب بشكل مجرد، ويقيم الحجة على العامي والمتخصص في دعوى الجهل بالقانون، مما يفرض واجبه في إحكام الصياغة، وتحديد كنه المصطلحات وتضميناتها وظلال المعاني التي يمكن أن تتلبس بها.

واعتقد، أن استعمال مصطلح «أسهم» أبلغ من مصطلح «ساهم»، لأنه رباعي من معانيه الاستغناء، يُستغنى بمادته إلى معناه، وفي هذا الصدد قال ابن مالك في لامية الأفعال:

بأفعل استغن أو طاوع مجرده * ولإزالة والوجدان قد حصلاً³⁶.

الفقرة الثانية: مصطلح «المشاركة»

جدير بلفت الانتباه إلى أن مدلول مصطلح «المشاركة» أُريدَ به في القانون الجنائي حسب بعض الفقهاء³⁷ «المساعدة» بالقيام بأعمال ثانوية لا تعتبر مشكّلة لوقائع الجريمة، بقدر ما تقوم بسبب ارتباط نشاط المشارك بنشاط الفاعل الأصلي جراء الأمر بفعل، أو التحريض على ارتكابه، أو تقديم أسلحة أو أدوات، أو تقديم ملجأ... (حسب الفصل 129)، وبالرجوع إلى المعجم العام نجد مدلول المشاركة يرد بمعنى «المخالطة»³⁸، وفي السنة النبوية العطرة يرد الشريك بمعنى «الصاحب»، وهو ما حدث به سليمان المصيصي لؤين ومحمد بن الزبيرقان، عن أبي حيان التيمي عن أبيه، عن أبي هريرة،

34. الآية من 138 إلى الآية 144 من سورة الصافات.

35. أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، الطبعة الأولى، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، سنة: 1423هـ/2002م، المجلد الأول، الصفحة: 1301، 1302.

36. جمال الدين ابن مالك، منظومة لامية الأفعال في الصرف.

37. عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام -، م. س، الصفحة: 203.

38. ابن منظور، لسان العرب، دون ذكر رقم الطبعة، دار صادر، بيروت، لبنان، المجلد العاشر، الصفحة: 449.

رفعه، قال: «إن الله يقول: أنا ثالثُ الشريكين، ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانهُ خرجت من بينهما»³⁹.

وتأسيساً عليه، يتضح وجه البون بين مدلول المصطلحين، وخصوصيته في القانون الجنائي، وحرّيّ بالمشرع تحديد المدلولات وضبط المسميات، مادام الخطاب التشريعي موجهاً بصفة عامة ومجردة، وذلك ليتجنب شيئاً من الخلط الذي سبق وأن وقع فيه، بالنسبة للخيانة الزوجية، التي كُفِّت بالنسبة لغير الزوج الذي ضُبط بها على أساس أنه «مشارك»، طبقاً لما تقتضيه الفقرة الثالثة من الفصل 492 من القانون الجنائي التي جاء فيها: «ولا يستفيد مشارك الزوجة ولا مشارك الزوج مطلقاً بهذا التنازل»، والحال أن الأمر يتعلق «بالمساهمة» وليس «المشاركة»، ففعل الخيانة الزوجية قد تم بين فاعلين أصليين، وليس بين فاعل أصلي ومشارك، فكل منهما ارتكب شخصياً عملاً من أعمال التنفيذ المادي لها، ثم إن مدلول المشاركة حسب الفصل 129 من القانون الجنائي لا ينسجم والخيانة الزوجية، إذ إن الذي وصفه القانون الجنائي بالمشارك في الخيانة الزوجية لم يأت أياً من صورها المنصوص عليها في الفصل 129 (لم يأمر بفعل ولم يحرض على ارتكابه، ولم يقدم مسكناً...)، وبالتالي ينبغي إعادة النظر في مصطلح «المشاركة» واستبداله بمصطلح «المساهمة» دفعا لكل لبس أو التباس.

خاتمة

ختاماً لهذه الدراسة يمكن إجمال ما انتهينا إليه فيما يلي:

أ - نتائج:

- دوال المصطلحات بمثابة قضبان حديدية تأسر المعاني، وأثناء نقلها من اللغة الأصل إلى اللغة الهدف، فإنها تكتسب مدلولات أخرى تتسم بالخصوصية، مما يجعل الصائغ أثناء الصياغة مكبلاً بلغة النص، لا له الحق أن يخلق في سماء الخيال، ولا له الإغراق في معانٍ لا يتحملها بناء النص.

- اختلف علماء الأصول في أصل اللغة، هل أساسها الاصطلاح أم التوقيف، فالذين قالوا بالاصطلاح استدلو بأن البعثة مقدمة على اللغة، والذين قالوا بالتوقيف احتجوا بأن أصل اللغة هو التعليم الرباني الخالص لأدم مستدلين بقول الشارع الأعظم: «وعلم آدم الأسماء كلها».

39. أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، بيروت، لبنان، سنة: 1430هـ/2009م، باب في الشركة، رقم الحديث: 3383، الجزء الخامس، الصفحة: 264.

- ضرورة الانفتاح على التخصصات الأخرى، وكسر الجسور والحواجز المفترضة بين التخصصات، وتفعيل منهج التكامل المعرفي في الدراسات القانونية بشكل واسع، وإحلال نوع من التعاون بين المعارف واستثمارها خدمة للتخصص، إذ إن المعرفة المتخصصة لا تنفي الإلمام بالعلوم الأخرى ولو من باب الثقافة العامة، حيث إن مشكلات التشريع لا يمكن حلها إلا من خلال التفريع في العلوم، فانحراف مبنى المصطلح القانوني مثلاً ما كان ليكون في الحال الذي فيه يتم المزوجة بين فقه اللغة وعلم القانون شفعا.

- إسناد مهمة الصياغة القانونية إلى متخصصين لهم تكوين مزدوج وإلمام تام ليس فقط بفقه اللغة، وإنما بالدراسات القانونية، وحتى بالعلوم الشرعية، حيث إن هذه العلوم جميعها، مواد مجموعة في سفر واحد.

- مادام القانون المغربي مدونا في نصوص تشريعية بلغة عربية مبينة، فإنه لا بد من تدريس العلوم المتعلقة باللغة العربية في كليات الحقوق ولو في شكل ورشات وأشغال توجيهية، من قبيل علم النحو والصرف واللسانيات، وكذا علم أصول الفقه (الشق المتعلق بالدلالات)، حيث إن كليات الحقوق في المغرب لا تدرس هذه المواد البتة إلا نادراً، والناذر كما هو متعارف عليه لا حكم له، وتبقى هذه المواد حكراً على تخصص اللغة العربية، والدراسات الإسلامية، والشريعة والقانون، وقد حان الوقت لإعادة النظر وإشراك الدراسات القانونية في تدريس هذه المواد دفعا بعجلة التشريع إلى الأمام، وتحصيلاً للفهم الصحيح للمعاني التشريعية على الوجه المطلوب، ووقوفاً عند مرمى وإرادة المشرع، مما سيؤدي لا محالة إلى تطبيق القانون تطبيقاً سليماً وهو أعز ما يُدرَك.

الأوضاع الإرثية للمرأة بين الحقيقة والادعاء

بقلم الطالب محمد قبلي

حاصل على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص من جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد... تعتبر قضايا المرأة من بين أهم الموضوعات التي كانت ولا زالت تحظى باهتمام خاص، والتي تطرح جدلاً واسعاً إن على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، فلا رجال الفكر، ولا رجال القانون، ولا رجال الدين قد غفلوا عنها أو تجاوزوها في صلب اهتماماتهم. ويعد موضوع ملكية المرأة وحقوقها في التملك في الإسلام بصفة عامة، وحقوقها في الميراث بصفة خاصة إحدى هذه الموضوعات.

فقضية ميراث المرأة، أضحت تشكل إحدى القضايا القديمة الجديدة التي تطرح نفسها من حين لآخر.

حيث اعتبرها البعض مدخلاً للانتقاص من الشريعة الإسلامية، وكذا أداة للطعن في القوانين التي تبنت أحكامها.

حيث يروى أن قول الله تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين)⁽¹⁾ دليل واضح على هضم حقوق المرأة، ومن ثم يتساءلون كيف يكون للرجل ميراث كامل، وللمرأة نصف ما للرجل؟ فهذا في نظرهم ظلم واستغلال للمرأة، ومن ثم يتساءلون أين العدل والإنصاف؟

1. سورة النساء، جزء من الآية 11.

في هذا السياق يأتي هذا البحث، لتسليط الضوء على هذا الموضوع بغية مناقشته مناقشة علمية متأنية، وبشكل يتوافق وأهميته إن على المستوى النظري أو على المستوى العملي. تمس إثارة قضية إنصاف المرأة في الميراث ورفع ما قد يبدو تمييزاً تعانیه منه على أساس النوع، جانبيين هامين:

- الأول يهم الشريعة الإسلامية والتي لها كل القدسية، حيث أن إثارة هذه القضية يؤدي إلى تشويه صورتها والظعن في قدسيتها.

- أما الثاني فيهم مختلف القوانين التي تبنت أحكام نظام الإرث الإسلامي كالتشريع المغربي المتمثل في مدونة الأسرة - حيث أن إثارة هذه القضية تتم على خلفية، أنها قوانين لا تواكب متطلبات العصر، ولا تستجيب لقيم المساواة الكونية.

وهذا ما يجعل البحث في هذا الموضوع ذا أهمية كبيرة على المستوى العملي وذلك لما يلي:

سيمكن هذا البحث من الوقوف على حقيقة كل ما يثار حول ميراث المرأة، في الشريعة الإسلامية، وكذا في القوانين التي تبنت أحكام هذه الأخيرة. وذلك لبيان أن أحكام ميراث المرأة لا تتضمن أي تمييز أو ظلم، وأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد فهم خاطئ لفلسفة هذه الأحكام، أو أن الهدف من إثارة هذه القضية هو فقط الظعن في هذه الشريعة.

أم أن هذه الأحكام لا تتضمن أي تمييز أو ظلم في جانب المرأة، وأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد فهم خاطئ لفلسفة هذه الأحكام، أو أن الهدف من إثارة هذه القضية هو فقط الظعن في هذه الأحكام، ومن ثم ينبغي التوقف عن إثارة هذه القضية وإلقاء الشبهات الواهية، ووضع حد لكل المزایدات السياسية والقانونية التي يثيرها مختلف من نصبوا أنفسهم كمدافعين عن حقوق المرأة.

من خلال ما تقدم تأتي ضرورة الوقوف على حقيقة كل ما يثار حول هذا الموضوع، وذلك من خلال مقارنة الإشكالية التالية:

هل فعلاً أن نظام الموارث الإسلامي، وكذا القوانين التي تبنت أحكامه تتضمن تمييزاً على أساس النوع، بجعله للمرأة نصف ما للرجل من الميراث؟ أم أن الأمر على غير ذلك؟ ثم هل للمرأة نصف ما للرجل في جميع الحالات، أم في أغلبها، أم في قليل منها؟

إن معالجة هذه الإشكالية، تقتضي اعتماد بعض المناهج العلمية التي من شأنها المساعدة على مقارنة الموضوع ما أمكن بشكل شمولي والإحاطة بمختلف جوانبه. وعلى

هذا الأساس اخترت الاعتماد على كل من المنهج التحليلي والمقارن من خلال استحضار مقتضيات بعض القوانين المقارنة سواء تلك التي نهلت من أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص موضوع الحقوق الإرثية من قبيل مدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، أو تلك التي لم تأخذ بهذه الأحكام، والتي في مقدمتها قوانين الدول الغربية من قبيل القانون الفرنسي.

من خلال كل ما تقدم، فإنه ولأجل معالجة الإشكالية الجوهرية لموضوع بحثنا هذا، فإنه ينبغي الوقوف على حقيقة الأوضاع الإرثية للمرأة، من خلال إبراز مختلف حالات إرثها بالمقارنة مع حالات إرث الرجل، وذلك حتى تتضح الصورة بخصوص كل ما يثار حول نظام الإرث الإسلامي الذي ينعت من طرف البعض بكونه نظاما يقوم على التمييز بين المرأة والرجل في الميراث على أساس النوع.

إذ أن المطالبين بالمساواة بين الجنسين في الميراث وإنصاف المرأة حينما يرفعون شعارات المساواة هاته يطلقون القول بضرورة تحقيق المساواة ورفع كل تمييز قائم على أساس النوع. أي أن مطلبهم يوحي بأن ميراث المرأة هو دائما على النصف من ميراث الرجل. إلا أنه وللأسف الشديد، يفوت هؤلاء جميعا أن العلم بالشيء فرع من تصوره، وينبغي على أي إنسان يناقش قضية أو يلقي اتهاما أن يكون لديه معرفة متخصصة بجوانب القضية.

لذلك لن أرد على هؤلاء بقواعد الحوار الثابتة، وهو أن هذه قضية من ثوابت الدين مثلها مثل الأوامر والتكليفات الشرعية يجب علينا الامتثال والتنفيذ لكل ما جاءنا فيها من نص قطعي واضح... ولا يجوز المساس به بالزيادة أو إنقاص. ولكن سأناقش الأمر بصورة موضوعية تمد هؤلاء بمعارف علمية حول الموضوع هم في الغالب يجهلونها⁽²⁾.

لأنه وبالفعل، إن كانت هناك حالات ترث فيها المرأة نصف ما يرث الرجل وذلك لأسباب محددة (المبحث الأول)، فإنه بالمقابل نجد أن ميراث المرأة في حالات أخرى ليس على النصف من ميراث الرجل (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحالات التي يكون فيها ميراث المرأة على النصف من ميراث الرجل

من خلال استقراء حالات إرث المرأة، نجد أن الحالات التي ترث فيها نصف ما يرث الرجل هي حالات محدودة، منها ما يهم القاعدة التي ورد فيها قوله تعالى: (فلذكر مثل

2. محمد نجيب عوضين المغربي: أحكام التركات وفلسفتها في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص: 25.

حظ الأنثيين⁽³⁾ (المطلب الثاني). ومنها حالات لا تنطبق عليها هذه القاعدة، وإنما تنطبق عليها أحكام وقواعد أخرى ينتهي تطبيقها بأن تراث المرأة نصف ما يرث الرجل (المطلب الأول). وإرث المرأة على هذا النحو يجد تبريره في أسباب محددة. وهذا ما سأحاول الإجابة عنه في إطار مقارنة من خلال إيراد موقف بعض القوانين المقارنة بخصوص نفس الأوضاع الإرثية.

المطلب الأول: بغير تطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين

وتتمثل هذه الحالات أساسا في الحالة التي تراث فيها المرأة نصف ما يرث الرجل من غير أن تكون معه في إطار نفس المسألة، وذلك بالنظر لاستحالة تحقق هذا الأمر، وأتحدث هنا عن ميراث الزوجة بالمقارنة مع ميراث الزوج (الفقرة الأولى). أما الحالة الثانية فتراث فيها المرأة نصف ما يرث الرجل في إطار نفس المسألة، وأتحدث هنا عن ميراث الأم بالمقارنة مع ميراث الأب وذلك في مواضع معينة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المواضع التي تهم ميراث الزوجين

اعتبرت الشريعة الإسلامية الزوجية سببا من أسباب الميراث⁽⁴⁾. ويشترط في الزوجية لتكون سببا من أسباب الإرث شرطين أساسيين:

- أن تكون الزوجية صحيحة⁽⁵⁾،
- أن تكون الزوجية الصحيحة مستمرة حقيقة أو حكما⁽⁶⁾.

3. سورة النساء: جزء من الآية 11.

4. والزوجية كسبب من أسباب الميراث تنعت بالقرابة السببية كناية على أن سبب ميراث الزوجة علاقتها الشرعية بزوجه المالك.

- عبد الرحمان بلعكيد: علم الفرائض: الموارث - الوصية - تصفية التركة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993، ص: 76.

5. فإذا تمت وفاة أحد الزوجين بعد قيام رابطة الزوجية بينهما بشكل مقبول وصحيح قانوني حتى ولم يترتب على هذه الزوجية دخول وخلوة، ثبت حق التوارث بينهما. مما يعني أن كل علاقة زوجية غير معترف بها قانونا لا ترتب هذا الأثر، مثل زواج المتعة، وكل زواج مؤقت كزواج التجربة، ومثل الزواج الموحد الجنس بين طرفيه وحتى إن كان أحد طرفيه خنثى مشكل.

- الحسن رحو: الوجيز في أحكام الإرث وفق القانون المغربي بين إحياءات النقل وإملاءات العقل، الطبعة الأولى، دار القلم الرباط، 2010، ص: 22.

6. وتكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما إذا مات أحد الزوجين قبل أن يحصل بينهما طلاق أو تطلق أو تطلق (كالخلع أو فسخ أو لعان). في حين تكون الزوجية قائمة حكما إذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا ثم مات أحدهما والزوجة ما تزال معتدة من طلاقها.

- نفس المرجع السابق، ص: 25.

وميراث كل من الزوج و الزوجة أشارت له الآية الكريمة:

(ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن، من بعد وصية يوصين بها أو دين، ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم، من بعد وصية توصون بها أو دين)⁽⁷⁾.

فهذه الآية الكريمة تعرضت لحالات ميراث الزوجين والتي هي على النحو التالي:

- فالزوج يرث أحد الفرضين وهما: الربع والنصف، وفي حالة ثالثة يجمع بين الفرض والتعصيب⁽⁸⁾. في حين ترث الزوجة أحد الفرضين الربع أو الثمن.
 - فإذا ماتت الزوجة ولم تخلف فرعاً وارثاً، فإن نصيب الزوج النصف.
 - أما إذا ماتت الزوجة وخلفت فرعاً وارثاً، فإن نصيب الزوج الربع.
- هذا عن حق الزوج في تركه زوجته، أما حق الزوجة في تركه زوجها فهو كالاتي:
- إذا مات الزوج ولم يخلف فرعاً وارثاً فإن نصيب الزوجة الربع.
 - وإذا مات الزوج وكان قد خلف فرعاً وارثاً منها أو من غيرها، فإن نصيب الزوجة أو الزوجات الثمن⁽⁹⁾.

ميراث الزوجة وفق ما سبق ذكره، يكون إذن على النصف من ميراث الزوج، سواء تعلق الأمر بالموضع الذي يهم عدم وجود الفرع الوارث، أو الموضع الذي يهم وجود الفرع الوارث. وسأعطي مثالا عن كل موضع.

1 - مثال عن موضع عدم وجود الفرع الوارث

- في حالة وفاة الزوج : كمن هلك عن زوجة، وأب، وتركه قدرها 60.000 درهم.
- فللزوجة الربع أي 15.000 درهم، وذلك لعدم وجود الفرع الوارث، أما الأب ففي هذه الحالة يرث الباقي تعصيباً أي 45.000 درهم.
- في حالة وفاة الزوجة : كهالكة عن زوج وأب وتركه قدرها 60.000 درهم.
- فللزوج النصف أي 30.000 درهم، وذلك لعدم وجود الفرع الوارث، أما الأب ففي هذه الحالة يرث الباقي تعصيباً، أي 30.000 درهم.

7. سورة النساء: جزء من الآية 12.

8. عمرو لمزرع: الشعاع الفاضل في علم الفرائض فقها وعملا، الطبعة الثانية، مطبعة انفو- برانت، فاس، 2006. ص: 60.

9. محمد علي الصابوني: الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1388هـ، ص: 26.

وهكذا فبالمقارنة بين ميراث الزوجة الذي هو 15.000 درهم، وبين ميراث الزوج الذي هو 30.000 درهم، نجد أن ميراث الزوج هو بالفعل ضعف ميراث الزوجة.

2- مثال عن موضع وجود الفرع الوارث

- في حالة وفاة الزوج : كمن هلك عن زوجة، وابن، وتركها قدرها 60.000 درهم.

فللزوجة الثمن أي 7.500 درهم، وذلك لوجود الفرع الوارث، وللابن الباقي تعصيبا لأنه من العصبية، فنصيبه من الميراث 52.500 درهم.

- في حالة وفاة الزوجة : كهالكة عن زوج وابن وتركها قدرها 60.000 درهم

فللزوجة الربع لوجود الفرع الوارث، فنصيبه من الميراث 15.000 درهم، وللابن الباقي تعصبيا لأنه من العصبية، فنصيبه من الميراث 45.000 درهم.

وهكذا فبالمقارنة بين ميراث الزوجة الذي هو 7.500 درهم وبين ميراث الزوج الذي هو 15.000 درهم، نجد أن ميراث الزوج هو بالفعل ضعف ميراث الزوجة.

وفي حالة تعدد الزوجات، فإن نصيبهن من الميراث سيكون على نحو ما سبق ذكره، بحيث يشتركن في الثمن في حالة وجود الفرع الوارث، ويشتركن في الربع في حالة عدم وجود الفرع الوارث. والأكد أنه في هذه الحالة كذلك سيكون نصيب كل زوجة من الميراث أقل من نصيب الزوج، لكنه سيكون أقل من نصف ما سيرث الزوج.

وارث الزوجة والزوج على النحو السالف الذكر هو ما أخذ به القانون المغربي⁽¹⁰⁾ وقوانين الدول العربية⁽¹¹⁾. وكذا معظم قوانين الدول الإسلامية مع بعض الاستثناءات، والتي من بينها القانون الصومالي، الذي لم يتبن هذه المقتضيات، وخالف بذلك مقتضيات الشريعة الإسلامية ومعها القوانين العربية وأخذ بقاعدة المساواة في الميراث بين

10. وذلك من خلال مجموعة من المواد ومن ذلك :

- ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 342 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: (أصحاب النصف خمسة : الزوج بشرط عدم الفرع الوارث للزوجة ذكرا كان أو أنثى)
- ما نصت عليه أيضا المادة 343 من مدونة الأسرة التي جاء فيها : (أصحاب الربع اثنان : - الزوج إذا وجد فرع وارث للزوجة . - الزوجة إذا لم يكن للزوج فرع وارث).
- ما نصت عليه أيضا المادة 344 من مدونة الأسرة التي جاء فيها : (وارث الثمن واحد : الزوجة إذا كان للزوج فرع وارث)

11. بحيث نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية هذا السياق مقتضى الفصل 101 على ما يلي : (الزوج له حالتان : النصف عند عدم الولد أو ولد الابن وإن سفل، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن سفل) كما نصت أيضا مجلة الأحوال الشخصية التونسية بمقتضى الفصل 102 وفي ذات السياق على ما يلي : (الزوجة أو الزوجات لهن حالتان : - الربع لوأحدة أو أكثر عند عدم الولد أو ولد الابن وإن سفل . - الثمن مع الولد أو ولد الابن وإن سفل)

الزوجين⁽¹²⁾ وذلك على غرار ما أخذت به قوانين الدول الغربية في هذا الصدد من قبيل القانون الفرنسي⁽¹³⁾. إذا أنه إذا ما قارنا بين ميراث الزوجين في الشريعة الإسلامية، وميراثهما وفق قواعد القانون الفرنسي سنجد أن ميراث الزوج في الأولى هو ضعف ميراث الزوجة، بينما ميراثه في القانون الفرنسي على نفس ميراث الزوجة⁽¹⁴⁾، وذلك بالنظر إلى أن الزوجة الفرنسية معفاة من الأعباء والالتزامات المالية التي الملزم بها الزوج وفق قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، في حين أن مثل هذه الأعباء والالتزامات ملقاة على عاتق كل من الزوج والزوجة وفق مقتضيات القانون الفرنسي وكل القوانين التي أخذت بقاعدة المساواة في الميراث بين الزوجين. وفي مقدمة هذه الأعباء النفقة والمهر.

12. تنص المادة 160 من قانون الأحوال الشخصية الصومالي رقم 23 لسنة 1975 على ما يلي : (يكون لكل من الزوج والزوجة النصف عند عدم الولد أو ولد الابن أو ولد البنات. ويكون لكل منهما الربع إذا وجد أو ولد الابن أو ولد البنات)

13. وإذا كانت الشريعة الإسلامية وقوانين الدول العربية أعطت المرأة الحق في الميراث باعتبارها زوجة - على غرار الزوج - منذ الوهلة الأولى، فإنه بالمقابل نجد أن الزوج والزوجة الفرنسية لم يكن يعترف لهما بهذا الحق وفق الشكل الذي هو عليه في الشريعة الإسلامية والقوانين السالفة الذكر. إذ نجد أن القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 لم يعد أحد الزوجين الباقي على قيد الحياة وارثاً إلا في حالة عدم وجود أي وارث قريب. لأن المواريث في القانون الفرنسي تجد أصلها في القانون الفرنسي القديم من جهة وفي قانون ما بعد الثورة الفرنسية (1789) من جهة ثانية. فالقانون المدني المتضمن للمواريث لا يعترف فيما يخص توزيع التركة إلا بحقوق العائلة المبنية على الدم مما أدى تنمياً إلى عدم استفادة الزوج الباقي على قيد الحياة من التركة لأنه كان يعتبر صهراً وبالتالي أجنبياً. لقد كان الزوج المتبقي يأتي في المرتبة بعد مصلحة الضرائب يرث في زوجه المتوفى شريطة ألا يكون هناك وارث شرعي. فحرمان المتبقي من الزوجين من الإرث يرجع سببه إلى اعتبارات اجتماعية وعائلية، كما أن مبدأ المحافظة على الثروة في العائلة كان يشكل العائق الأساسي والمباشر لانتقال الأموال من عائلة لأخرى.

- محمد الشافعي: الأسرة في فرنسا: دراسات قانونية وحالات شاذة، الطبعة الأولى، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2001، ص: 54.

واستمر هذا الحال إلى حين صدور قانون سنة 1891 فقرر للزوجة والزوج حق الانتفاع بحصة محددة من تركة الزوج الهالك وكذلك بالنفقة في حالة العجز المادي.

Gammaire et Aynes : droit civil, les successions, les libéralités. 3^{ème} édition. Paris, 1996. p : 72-73

كل هذه الأسباب جعلت أهل القانون يبحثون عن تعديلات لتحسين ميراث الزوجين وبالفعل تدخل المشرع الفرنسي بتعديلات تهم أحكام ميراث الزوجين وذلك بمقتضى القانون رقم/ 1135/ 2001 النافذ بتاريخ 01-07-2002 عمل من خلالها على تحسين وضع ميراث الزوجة والزوج

14. ونصيب الزوجة والزوج من الميراث وفق مقتضيات القانون المدني الفرنسي الحالي يختلف بحسب ما إذا كان للزوج الهالك منهما فروع من عدمه. فإذا كان للهالك فرع، فإن للزوج أو للزوجة الاختيار بين أمرين اثنين: - إما اختيار حق انتفاع على كل التركة، وهنا تكون للفروع ملكية تامة للزوجة إذا لم يكن قد أوصى الهالك بجزء من التركة. - إما أن يختار ملكية لربع التركة وهنا يكون للفروع الباقي وهو ثلاثة أرباع.

وأما إذا لم يكن للهالك فروع فيميراث الزوج أو الزوجة يكون على النحو التالي: - فإذا كان الهالك قد ترك إلى جانب الزوجة أو الزوج أباً أو أمّاً، فإن للزوج أو الزوجة النصف وللأب والأم النصف الآخر مناصفة بينهما، أي الربع للأب والربع الآخر للأب. - أما إذا ترك الهالك إلى جانب الزوج أو الزوجة أحد الأبوين فقط، فإن ميراث الزوج أو الزوجة هو ثلاثة أرباع التركة والربع الآخر يكون للمتبقي من الأبوين أي الأب أو الأم.

- Philippe Malaurie et Laurant Aynes : cours de droit civil les successions, les libéralités. Paris. 4^{ème} édition, 1988. p : 73

فإذا كان الزوج قد أعطي ضعف الزوجة في الميراث، إلا أنه بالمقابل لذلك وكثمن له، كلف بدفع الصداق⁽¹⁵⁾ وبالإنفاق من نصيبه على زوجه⁽¹⁶⁾. إذ اقتضت حكمة الله في بني آدم أن يكون الرجل هو القائم بأمر المرأة ويستشف ذلك من قوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء)⁽¹⁷⁾. وأن يكون هو المكلف بالنفقة والكد والسعي والكسب وتجشم الآلام الناشئة عن متاعب الحصول على لقمة العيش.

فالإسلام إذن قد راعى، في تحديد الحقوق والواجبات بين الزوجين، خصوصية وحاجة كل طرف داخل مؤسسة الأسرة، ومن باب هذا التقدير للحقوق والواجبات، جعل النفقة من واجبات الزوج وجعلها حقا للزوجة. وهو ما كرسته مدونة الأسرة المغربية وفق ما هو وارد في المادة 194 التي تقضي بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء وكذا إذا دعت إلى البناء بعد أن يكون قد عقد عليها⁽¹⁸⁾. غير أنه وعلى سبيل الاستثناء نصت بمقتضى المادة 199 على أنه: «إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده وكانت الأم موسرة وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب»⁽¹⁹⁾.

وهكذا فمقابل الزيادة التي تلحق الرجل في الإرث، هناك تعويضات تفوق هذه الزيادة عند المرأة من خلال وجوب الإنفاق عليه، أو من خلال أن للمرأة ذمتها المالية المستقلة، ومن خلال أنها قادرة على العمل والإنتاج دون أن يكون الإنفاق واجبا عليها⁽²⁰⁾.

15. والشارع الحكيم جعل الصداق حقا خالصا للمرأة لا ينزعه إلا ظالم أثيم، لها أن تتصرف فيه تصرفها في ميراثها وبقية ملكها، لا يشاركها حق التصرف فيه مشارك إذ أن أئوتها ليست عائق في نيلها لحربتها الاقتصادية الكاملة فلها البيع والشراء والصفقة والهبة والوقف والقرض والرهن والوديعة وغير ذلك من التصرفات المالية الجائزة دون أن يكون لزوجها أو أبيها أو غيرهما دخل في تقييد هذه الحرية الطبيعية.
- سعيد الأفغاني: الإسلام والمرأة، الطبعة الرابعة، دار الفكر للنشر، دمشق، سوريا، 1393هـ، ص: 43.
16. أحمد طه ريان: المساواة بين الرجال والنساء، مجلة الأمن والقانون، السنة الرابعة، العدد 1، شعبان 1416هـ، يناير 1996م، ص: 37.
17. سورة النساء: جزء من الآية 12.
18. وقد حدد المشرع المغربي مشتملات النفقة من خلال مقتضيات المادة 189 من مدونة الأسرة مشيراً إلى أنه: «تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه.
19. إذن فالمشرع من خلال هذه المادة حدد نطاق وحدود إلزام الزوجة بتحمل واجب الإنفاق. إذ جعل هذا الإلزام الاستثنائي مشروط بأن تكون هذه الزوجة أما لا باعتبارها زوجة فقط. وبعبارة أخرى إذا كان الزوج عاجزاً عن الإنفاق ولم يكن للزوجين أولاد لا تكون الزوجة ملزمة بالنفقة. وبالتالي يستفاد من ذلك أن المشرع وفق هذا القيد يلزم الزوجة بالإنفاق على الأبناء دون الإنفاق على الزوج. بالإضافة إلى القيد السالف الذكر، وحتى تلزم الأم بالنفقة على أولادها، لا بد من تحقق شرط عجز الأب عن الإنفاق سواء كان عاجزاً كلياً أو فقط عاجزاً جزئياً. كما اشترطت المادة 199 كذلك، أن تكون الأم موسرة، كما ضيققت المادة ذاتها من نطاق التزام الأم بهذا بنصها على: (بمقدار ما عجز عنه الأب).
20. عبد السلام أحمد فيغو: المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والالتزامات في الإسلام: الواقع والشبهات، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، 2005، ص: 58.

في حين نجد التشريعات التي ساوت بين الزوج والزوجة في الميراث كالقانون الفرنسي قد ساوت كذلك بينهما في جانب المسؤوليات المالية. إذ أن الأصل في التشريع الفرنسي اشتراك الزوجين في الإنفاق⁽²¹⁾.

إذن فالتشريعات التي تعطي المرأة في الميراث مثل نصيب الرجل، ألزمتها بأعباء مثل أعبائه، وواجبات مالية مثل واجباته، لا جرم إن كان إعطاؤها مثل نصيبه في الميراث في مثل هذه الحالة أمرا منطقيا ومعقولا. لكن أن تعفى المرأة وكقاعدة من كل عبء مالي ومن كل سعي للإنفاق على نفسها وعلى أولادها، ونلزم الرجل بذلك، ثم نعطيها مثل نصيبه في الميراث فهذا ليس أمرا منطقيا في شريعة العدالة⁽²²⁾.

الفقرة الثانية : المواضع التي تهم ميراث الأبوين

يعتبر كل من الأب والأم من الورثة الذين لا يحجبون حجب إسقاط. والأم ترث تارة السدس فرضا، وتارة ترث ثلث التركة فرضا، وتارة أخرى ثلث الباقي من التركة. أما الأب فله كذلك ثلاث حالات، فهو إما أن يرث السدس بالفرض فقط، وإما السدس بالفرض والباقي بالتعصيب، وإما أن يرث بالتعصيب. وميراث الأم يكون في بعض الحالات على النصف من ميراث الأب وتحديدا في مواضع ثلاث.

أولا : الموضع الأول

وهذا الموضع وكما سبقت الإشارة - كان محل اتفاق فقهي - والذي ترث فيه المرأة بصفتها أما ثلث التركة فرضا، وذلك في حالة عدم وجود الفرع الوارث أو المتعدد من الإخوة لقوله تعالى: (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فألمه الثلث)⁽²³⁾.

وقد أشارت مدونة الأسرة المغربية إلى هذا الموضع وذلك في سياق تحديدها لأصحاب الثلث⁽²⁴⁾. وإلى نفس الموضع أشارت مجلة الأحوال الشخصية التونسية عند تحديدها

21. رعد مقداد محمود الحمداني: النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص: 114.

22. عبد السلام احمد فيغو، المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والالتزامات في الإسلام: الواقع والشبهات، مرجع سابق، ص: 59.

23. سورة النساء، جزء من الآية 11.

24. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 346 من مدونة الأسرة على ما يلي: (أصحاب الثلث ثلاثة: - الأم بشرط عدم الفرع الوارث وعدم اثنين فأكثر من الإخوة...)

لأحوال ميراث الأم⁽²⁵⁾. وهكذا ففي إطار هذا الموضوع ترث الأم ثلث التركة، بينما يرث الأب الثلثين. وبهذا يكون ميراثها على النصف من ميراث الأب .
مثال: كمن هلك عن أب وأم وتركه قدرها 300.000 درهم.
للأم ثلث التركة أي 100.000 درهم، بينما يرث الأب الثلثين أي 200.000 درهم . وبهذا يكون ميراثها على النصف من ميراث الأب .

ثانياً: الموضوع الثاني

وهو الموضوع الذي يهم الحالة التي ترث فيها الأم إلى جانب الأب وأحد الزوجين.
وهذا الموضوع يعد من بين القضايا الخلافية بين الفقهاء حول ميراث المرأة. إذ أن الجمهور يري أن للأم ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، في حين قال ابن عباس أن للأم ثلث جميع التركة⁽²⁶⁾. ويرأي الجمهور أخذ القانون المغربي، وقد أشار إلى هذا الموضوع في إطار تحديده للمسائل الخاصة وتحديدًا مسألة الغراوين⁽²⁷⁾. وهو نفس توجه مجموعة من القوانين العربية من قبيل القانون التونسي⁽²⁸⁾ والمصري⁽²⁹⁾.

وهكذا فالأم ترث نصف ما يرث الأب وذلك بأخذها ثلث الباقي في حالة وجودها إلى جانب أحد الزوجين والأب وذلك وفق ما يلي:

- ففي حالة وجود الأم إلى جانب الأب والزوج فللزوج النصف وللأم ثلث الباقي وهو السدس وما تبقى من التركة وهو الثلثين يكون للأب.

25. حيث نصت الفقرة الأولى والثانية من الفصل 107 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي : (للأم أحوال ثلاثة : السدس إذا كان للميت ولد أو ولد ابن وإن سفل أو مع اثنين من الإخوة فصاعداً كيفما كانت جهاتهما للأبوين أو للأب أو للأم .
- ولها ثلث كل المال عند عدم المذكورين . . .)

26. فريد محمد واصل: فقه الموارث والوصية في الشريعة - دراسة مقارنة - ، الطبعة الأولى ، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2000، ص59: .

27. بحيث نصت مدونة الأسرة بمقتضى المادة 366 من مدونة الأسرة على ما يلي: (إذا اجتمعت زوجة وأبوان فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وهو الربع وللأب ما بقي فإذا اجتمع زوج وأبوان فللزوج النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي للأب).

28. حيث نصت الفقرة الثالثة من الفصل 107 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية في إطار تحديده لأحوال ميراث الأم على ما يلي: (. . . ولها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين وذلك في مسألتين إحداهما زوج وأبوان والثانية زوجة وأبوان ولو كان مكان الأب جد فللأم ثلث المال بعد فرض أحد الزوجين) .

29. حيث نصت المادة 14 من قانون الموارث المصري لسنة 1943 على ما يلي : (للأم فرض السدس مع الولد أو مع ولد الابن وان نزل أو مع البنت . . . ، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض الزوج . . .)

مثال: كهالكة عن زوج وأب وتركته قدرها 600.000 درهم
 فللزوجة النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 300.000 درهم. وللأم ثلث ما بقي بعد أخذ
 الزوج نصيبه أي 100.000 درهم. أما الأب فله الباقي أي 200.000 درهم.
 وبالتالي فميراث الأب والأم في هذه الحالة وكأنه بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين.
 أما في حالة وجود الأم إلى جانب الأب والزوجة، فإن للزوجة الربع، وللأم ثلث الباقي
 وهو الربع وما تبقى من التركة وهو النصف فهو للأب وذلك بعد أخذ كل من الأم والزوجة
 نصيبهما.

مثال: كمن هلك عن زوجة وأب وتركته قدرها 600.000 درهم.
 فللزوجة الربع لعدم وجود الفرع الوارث أي 150.000 درهم. وتبقت ثلاثة أرباع، ثلثها
 الربع وهو نصيب الأم أي 150.000 درهم. أما الأب فله الباقي، وهو النصف أي 300.000
 درهم.

ثالثا : الموضع الثالث

يتمثل هذا الموضع في بعض الحالات التي تترث فيها الأم إلى جانب الأب ويكون إرث هذا
 الأخير بالفرض والتعصيب. ونجد من بين هذه الحالات موضع محل اختلاف بين بعض
 القوانين العربية والمتمثل في الحالة التي يوجد فيها كل من الأب والأم إلى جانب بنت.
 بحيث أن ميراث كل من الأب والأم في هذه الحالة يختلف من قانون لآخر.

فوفق التشريع المغربي مثلا نجد أن للبنت النصف وللأم فرض السدس، وللأب فرض
 السدس كذلك، لكنه يرث كذلك الباقي تعصيبا والباقي في هذه الحالة هو السدس فيكون
 مجموع ميراث الأب فرضا وتعصيبا: الثلث.

ويرث الأب السدس فرضا والباقي تعصيبا في موضع واحد، وهو أن يكون معه من يرث
 بالفرض في بعض حالاته وهو هنا البنت أو بنت الابن وإن سفلت ولم يكن معه من يرث بالتعصيب
 وهو الابن أو ابن الابن وإن سفل، وسواء كان معه من يرث بالفرض دائما أو لم يكن⁽³⁰⁾.

وبطبيعة الحال من بين هذه الصور الحالة السالفة الذكر أي الحالة التي يوجد فيها كل
 من الأب والأم إلى جانب بنت. والتي كما قلنا يرث فيها الأب ضعف ما تترث الأم⁽³¹⁾.

30. مرو لمزرع: الشعاع الفائض في علم الفرائض فقها وعملا، مرجع سابق، ص: 81.
 31. وإذا كان هذا هو موقف القانون المغربي، فإنه وبتطبيق مقتضيات القانون العراقي، فإننا سنكون أمام موضع
 تتساوى فيه الأم مع الأب في الميراث وليس أمام موضع يرث فيه الأب ضعف الأم.
 ذلك أن المشرع العراقي بمقتضى قانون الأحوال الشخصية العراقي لسنة 1959، المعدل بالقانون عدد 11 لعام

مثال: كمن هلك عن أم وأب وبنت وتركته قدرها 120.000 درهم.

للبنات النصف أي 60.000 درهم، وللأم فرض السدس أي 20.000 درهم، وللأب فرض السدس كذلك، لكنه يرث كذلك الباقي تعصيباً، والباقي في هذه الحالة هو السدس فيكون مجموع ميراث الأب فرضاً وتعصيباً: الثلث أي 40.000 درهم.

هذه إذن المواضع الثلاثة التي يكون فيها ميراث الأم على النصف من ميراث الأب. وذلك على عكس ميراث الأب والأم في التشريع الفرنسي الذي يقوم على أساس قاعدة المساواة بين الأب والأم. لكنه جعل إرث كل منهما رهين بعدم وجود الفرع الوارث⁽³²⁾.

وبذلك يعتبر كل من الأم والأب وفق التشريع الفرنسي من الورثة الذين يمكن حجبهم حجب إسقاط، على عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للتشريعة الإسلامية وكل القوانين التي نهلت من أحكام هذه الأخيرة، والتي جعلت كل من الأب والأم من الورثة الذين لا يحجبون حجب إسقاط.

1963 جعل لبنات واحدة أو أكثر ترث مع أخيها للذكر مثل حظ الأنثيين. وإذا لم يكن معها أصحاب الفروض تأخذ كل المال ولا يستحق معها الجد والإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم، ومع أصحاب الفروض يرد عليها الباقي وحدها وليس للأب إلا سدسه الذي يستحقه بالفرض.

في حين أن القانون التونسي وإن كان متأثر بالتشريع العراقي فيما يخص موضوع الرد، إلا أنه لم يأخذ بالأحكام المستمدة من المذهب الجعفري في مجملها فيما للبنات وبنات الابن من امتيازات، واختار طريقة وسطى فلم يجعل لهن على حساب أصحاب الفروض كلهم وأبقى الأب والجد على حقهما في الإرث بالفرض والتعصيب وانحصر التعديل الذي أدخل على هذا القانون فيما يخص هذه النقطة في تفضيل البنات وبنات الابن وإن سفل على الإخوة وبنينهم والأعمام وبنينهم.

- يوسف بالحاج فرج بن يوسف: الموارث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الميزان للنشر سوسة، تونس، 1996، ص: 282.

وأحدث هنا عن مقتضيات المادة 143 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي أصبحت تنص بعد التعديل الذي أدخل عليها على ما يلي: (أما البنات تعددت أو انفردت أو بنت الابن وإن نزلت فإنه يرد عليهما الباقي ولو مع وجود العصبية بالنفس من الإخوة والعمومة وصندوق الدولة).

وما أخذ به المشرع التونسي في هذا الإطار هناك من اعتبره من باب تعزيز حقوق المرأة.

- مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة: حق المرأة في الإرث، الرصيد القانوني لحقوق المرأة في تونس، مجلة الكرديف، العدد 41، 1999، ص: 154.

لكن في المقابل هناك من وجه عدة انتقادات لهذا التوجه، ومن بين من انتقد هذا الأمر الشيخ يوسف بالحاج فرج بن يوسف، حيث اعتبر أن هذه المادة تتناقض ولا تتناسق ولا تترايب مع المواد الأخرى لكونها ألغت أحكاماً سابقة وعوضتها بأخرى جديدة بدون تنصيصها على إلغاء ما يتعين إلغاؤه ومن ثم دعا إلى ضرورة تدارك هذا الأمر.

- حامد الجندلي: قانون الأحوال الشخصية التونسي على ضوء الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، تونس، 2011، ص: 362.

32. وميراث الأبوين وفق القانون الفرنسي هو النحو التالي: ففي حالة عدم وجود الفرع الوارث وعدم وجود الإخوة والأخوات، فإن لكل من الأب والأم النصف وذلك بشرط أن لا يكون المورث قد تصرف بشيء من التركة. في حالة وجود الأب والأم إلى جانب الإخوة والأخوات، فإن لكل من الأب والأم الربع والصف الباقي يستحقه الإخوة.

والسبب في جعل ميراث الأم على نفس القدر بالنسبة للأب في التشريع الفرنسي هو أن الأم الفرنسية تتقاسم مع الأب الأعباء المالية للأسرة، وفي مقدمتها اشتراكها معه في النفقة، على عكس وضعية الأم في إطار أحكام الشريعة الإسلامية، حيث أن زوجها الأب يلتزم وحده بمثل هذه الأعباء وذلك وفق ما تم بيانه في معرض الحديث عن حالات ارث الزوجة بالمقارنة مع ارث الزوج.

فالأم بالرغم من أنها تأخذ نصف ما يأخذ الأب في المواضيع الثلاث السالف ذكرها، إلا أنها تأخذ نصيبها خالصا. أما الأب الذي أخذ ضعفها فهو ملزم بالإنفاق عليها وعلى أولادها. وإذا كانت الأم غير زوجة لفرقة حدثت مع الأب، فهي في كفالة أبيها أو أخيها أو سوق إليها زوجها الجديد مهرا وسكنا وغيره مما يثبت لها كحقوق شرعية للزوجة، أما الأب فلو أراد الزواج بغير هاته الأم فإنه سيدفع كثيرا مما يستغرق أحيانا أو أكثر مما أخذه زائدا عن الأم⁽³³⁾.

المطلب الثاني : بتطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين

إن الحالات التي ترث فيها المرأة وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، منها ما ينطبق عليه قوله تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين)⁽³⁴⁾، وهنا الحديث عن الحالات التي تهم ميراث الفروع (الفقرة الأولى).

ومنها ما ينطبق عليه قوله تعالى: (وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين)⁽³⁵⁾، وهنا الحديث عن الحالات التي تهم ميراث الإخوة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المواضيع التي تهم ميراث الفروع

وتتمثل هذه الحالات في موضعين اثنين: الأول يهم الحالة التي يكون فيها ميراث البنات على النصف من ميراث أخيها (أولا).

أما الموضوع الثاني فيهم الحالة التي يكون فيها ميراث بنت الابن على النصف من ميراث ابن الابن (ثانيا).

وكل ذلك في إطار تطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

33. صلاح الدين سلطان: نفقة المرأة وقضية المساواة، الطبعة الأولى، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 1995 ص: 27 (بتصرف).

34. سورة النساء: جزء من الآية 11.

35. سورة النساء: جزء من الآية 176.

أولاً : موضع للابن مثل حظ البنيتين

لميراث البنت في الشريعة الإسلامية طريقتان: طريق ترث فيه بالفرض، وطريق ترث فيه بالتعصيب. وميراثها بالفرض يختلف بحسب ما إذا كانت منفردة أو ما إذا كانت متعددة. وميراث البنت بطريق التعصيب هو الذي ترث في إطاره مع الابن الذي في درجتها وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

وتثبت لها هذه الحالة سواء أكانت واحدة أو متعددة إذا وجد معها أو معهن ابن واحد أو عدة أبناء للهاك⁽³⁶⁾ فتقسم التركة أو الباقي منها بعد أنصبة أصحاب الفروض على البنات والأبناء للذكر مثل حظ الأنثيين⁽³⁷⁾.

مثال: كمن هلك عن ابن وبنت وتركة قدرها 300.000 درهم.

فالمسألة هنا لا فرض فيها، فأصلها من عدد عصبتها أي ثلاثة سهمان للابن أي 200.000 درهم، وسهم للبنات تطبيقاً لقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين أي 100.000 درهم.

وإذا كان هذا الموضع يجد تطبيقه في أحكام الشريعة الإسلامية وكذا قوانين الدول العربية التي تبنت هذه الأحكام، فإنه بالمقابل، نجد أن القانون الصومالي لم يأخذ بقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل ميراث البنت على نفس ميراث الابن⁽³⁸⁾. وهو نفس توجه القانون المدني الفرنسي الذي أعطى للبنت - شأنها في ذلك شأن الابن - حقا في الميراث، سواء أكانت بنتا شرعية أو متبناة أو طبيعية⁽³⁹⁾.

36. عمرو لمزرع: الشعاع الفائض في علم الفرائض فقها وعملا، مرجع سابق، ص: 69 وما بعدها.

37. وقد أشارت مدونة الأسرة إلى هذا الموضع في سياق تحديدها للعصبات بالغير حيث نصت على ما يلي: (العصبات بالغير: البنت مع الابن... ويكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين) وهذا ما أشارت إليه كذلك مجلة الأحوال الشخصية التونسية بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل 103 التي جاء فيها: (بنات الصلب لهن ثلاثة أحوال... والإرث بتعصيب أخيهن لهن للذكر مثل حظ الأنثيين)

38. حيث نصت المادة 161 من قانون الأحوال الشخصية الصومالي رقم 23 لسنة 1975 على ما يلي: (إذا كان الوارث واحداً أو واحدة من الأبناء أو البنات يرث كل التركة - إذا كان الأولاد سواء أكانوا ذكورا أو إناثا أكثر من واحد تقسم التركة بينهم بالتساوي)

39. إذ أن المشرع الفرنسي لم يفرق بين الولد الشرعي والولد المتبنى إلا أنه بالمقابل قد وضع أحكاما خاصة للولد الطبيعي. وهكذا فالبنات الشرعية أو المتبناة هي صاحبة فرض إلزامي وترث وفقا للحالات التالية: ترث مع الابن ثلثي التركة كحد أدنى - ونفس الشيء في حالة وجودها مع بنت - وذلك في حالة ما إذا كان مورثهن قد أوصى بثلث التركة أو أكثر. في حين يرث كل التركة أو ما زاد على فرضهن فضلا عن فروضهن وذلك إذا لم يوصى مورثهن بشيء من التركة أو إذا ما أوصى ولكنه أوصى بأقل من الثلث.

لكن في حالة إذا ما كانوا ثلاثا سواء ذكورا أو إناثا فإنهم يرثون ثلاثة أرباع التركة وذلك في حالة ما إذا أوصى المورث بربع التركة. في حين يرثون التركة كلها أو ما زاد على فرضهم فضلا عن فروضهم إذا لم يوصى المورث بشيء من التركة أو أوصى بأقل من الربع. ذلك أن تصرف المورث لا ينفذ إلا في حدود الربع إذا ما كان له ثلاثة فروع أو أكثر.

وإذا كان القانون الفرنسي قد أعطى للمتبنى الحق في الميراث، فإن نفس الأمر ينطبق كذلك على القانون الصومالي⁽⁴⁰⁾ والقانون التونسي الذي أخذ هو الآخر بنظام التبني⁽⁴¹⁾. إذ ينتج عن التبني أن يكتسب المتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي. ويلتزم أيضا بما على هذا الأخير من الواجبات. وللمتبنى أيضا إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات⁽⁴²⁾.

أما بالنسبة للقانون المغربي فإنه لم يأخذ بنظام التبني واعتبره بالنص باطلا بحيث نصت مدونة الأسرة صراحة على بطلانه⁽⁴³⁾.

من خلال ما تقدم يتضح الفرق بين ميراث البنت في الحالة التي يوجد معها الابن وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين التي تبنت هذه الأحكام وبين ميراثها وفق القانون الصومالي والفرنسي.

- Jaque Gabalda : héritier - journa HNT RD HUI ; avantages et avances de la nouvelle loi. Paris. 2002.p : 5.

لكن في حالة إذا ما كانوا ثلاثا سواء ذكورا أو إناثا فإنهم يرثون ثلاثة أرباع التركة وذلك في حالة ما إذا أوصى المورث بربع التركة. في حين يرثون التركة كلها أو ما زاد على فرضهم فضلا عن فروضهم إذا لم يوصي المورث بشيء من التركة أو أوصى بأقل من الربع. ذلك أن تصرف المورث لا ينفذ إلا في حدود الربع إذا ما كان له ثلاثة فروع أو أكثر.

هذا عن ميراث البنت الشرعية التي لها حكم البنت المتبناة. أما فيما يخص ميراث البنت الطبيعية فهو على النحو التالي :

إذا وجدت البنت الطبيعية سواء أكانت واحدة أو متعددة مع الأولاد الشرعيين ذكورا كانوا أو إناثا فإنها ترث نصف ما يستحقه الولد الشرعي ذكرا أو أنثى.

- منطوق المادة 759 من القانون المدني الفرنسي والمعدل بالقانون رقم 1135 / 2001 النافذ بتاريخ 01-07-2002 المنظم لميراث الأولاد الطبيعيين.

أي أن ميراث الولد الشرعي ذكرا كان أو أنثى وفق مقتضيات القانون الفرنسي هو ضعف ميراث الولد الطبيعي.

40. حيث نصت المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الصومالي رقم 23 لسنة 1975. في هذا السياق على ما يلي : (ينشئ التبني بين المتبنى والمتبني علاقات مماثلة لتلك الناشئة على البنوة)

41. أجاز المشرع التونسي التبني بالقانون الصادر في 4 مارس 1958 والذي نظم بموجبه في آن واحد كلا من الولاية العمومية والكفالة والتبني وهذا الأخير أثار جدلا منذ صدوره واستمر هذا الجدل قائما بشأن مدى مراعاة التبني الذي أجازته هذا القانون لقواعد الشريعة الإسلامية.

42. محمود حسن: التجربة التونسية في مادة الأحوال الشخصية، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي، العدد 50، 2004، ص : 66.

43. إذ نصت المادة 149 من مدونة الأسرة على ما يلي : (يعتبر التبني باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية). وبصفة عامة فإن البنت حسب التشريع المغربي ترث في أبيها وفي أمها بصفة البنوة وإنما ترث في أبيها إذا كانت لاحقة بنسبه ولو بعد أن نفاها عن نسبه بلعان ثم استلحقها، وترث في أمها سواء كان لها نسب شرعي أو لم يكن بأن لا عن فيها زوج أمها ولو لم يستلحقها قط، أو نشأت عن علاقة غير شرعية، لأن ارثها في أمها ثابت بمجرد الأمومة. - عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد، سطات، 2006، الجزء الثاني، ص: 325.

والسبب في هذا الاختلاف يرجع بالأساس إلى ما سبق بيانه بخصوص المواضيع السابقة، من كون أن من بين أهم المعايير التي يقوم عليها نظام الإرث الإسلامي في توزيع الأنصبة : معيار مراعاة العبء المالي لكل وارث وعنصر الحاجة وذلك حينما يتساوى الذكر والأنثى في الدرجة والقرب للهالك وهو ما ينطبق كذلك على هذا الموضوع.

فمثلا إذا مات رجل عن ولدين ذكر وأنثى، وترك ثلاثة آلاف درهم مثلا، كان للذكر ألفان ولأخته ألف. فإذا تزوج هو فإن عليه أن يعطي امرأته مهرا، وأن يعد لها مسكنا، وأن ينفق عليها من ماله سواء كانت فقيرة أو غنية. ففي هذه الحالة تكون الألفان له ولزوجته فيكون نصيبه بالفعل مساويا لنصيب أخته أو أقل منه، ثم إذا كان له أولاد يكون عليه نفقتهم وليس على أمهم منها شيء. وفي هذه الحالة يكون ماله الموروث دون مال أخته. فإن أخته إذا تزوجت كما هو الحال في الغالب فإنها تأخذ مهرا من زوجها وتكون نفقتها عليه فيمكن أن تستغل ما ورثته من أبيها وتمييه لنفسها وحدها⁽⁴⁴⁾. أما نظام المواريث في التشريع الفرنسي فهو يتلاءم مع ما تقضي به بقية مواد هذا التشريع التي تلزم من حيث المبدأ كل من الرجل والمرأة بالأعباء المالية الأسرية.

ثانيا : موضع لابن الابن مثل حظ بنتي الابن

وهذا الموضوع يلحق بالموضوع السابق، بحيث إذا وجد من أبناء الأبناء مهما نزلوا مع بنات الأبناء في درجتهم مثل ابن ابن مع بنت ابن، ابن ابن ابن مع بنت ابن، ابن ابن مع بنت ابن فإنهم يرثون جميعا للذكر مثل حظ الأنثيين⁽⁴⁵⁾.

كما أن ابن الابن يكون له حظا مضاعفا بالمقارنة مع حظ بنت الابن بتطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين بالنسبة للوصية الواجبة⁽⁴⁶⁾، وذلك في الحالة التي تحجب فيها بنت الابن عن الإرث في جدها أو جدتها. بحيث نصت مدونة الأسرة في هذا السياق على مايلي : (تكون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت ولأولاد ابن الابن وان نزل، واحدا كانوا أو أكثر،

44. عبد الله أبو عوض: أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة - دراسة تأصيلية في المادة 400-، الطبعة الأولى، دار الأمان، الرباط، 2011، ص 166.

45. ولابن الابن المعصب لبنت الابن سبع حالات : 1 - يعصب أخته واحدة كانت أو متعددة. 2 - يعصب بنت عمه واحدة أو متعددة. 3 - يعصب عمته واحدة أو متعددة 4 - يعصب أخته وبنت عمه كما إذا اجتمع في المسألة بنتان وبنت ابن وابن ابن اخوان وبنت ابن هو ابن عمها. 5 - يعصب أخته وعمته. 6 - يعصب عمته وبنت عمه. 7 - يعصب أخته وعمته وبنت عمه.

ففي سائر هذه الحالات ترث بنت الابن بالتعصيب ولا تحجبها البنات الأعلى منها لأنها وجد معها من يعصبها فان لم يوجد تحجب عن الإرث.

- عمرو لمزرع: الشعاع الفاضل في علم الفرائض فقها وعملا، مرجع سابق، ص: 73-74-75 (بتصرف).

46. والتي نظمتها مدونة الأسرة من خلال القسم الثاني بمقتضى المواد 369-370-371-372 .

للذكر مثل حظ الأنثيين يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط⁽⁴⁷⁾.

وقد أخذ المشرع التونسي كذلك بالوصية الواجبة ومن بين ما نصت عليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية في هذا الإطار: (لا تصرف هذه الوصية إلا للطبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورا وإناثا وتقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين)⁽⁴⁸⁾.

وقد اختلفت القوانين العربية التي أخذت بنظام الوصية الواجبة حول دائرة المستفيدين منها، فبينما قصرها التقنين السوري على خصوص ولد الابن وإن نزل دون ولد البنت، في حين نجد أن التقنين المغربي والكويتي وسعا هذه الدائرة وأوجباها لفروع الطبقة الأولى من أولاد البنات ولفروع أولاد الأبناء وان نزلوا⁽⁴⁹⁾. في حين نجد أن القانون الأردني حصر نطاق تطبيق الوصية الواجبة بأولاد الابن كابن الابن وان نزل وبنت الابن وإن نزل أبوها دون أولاد البنت⁽⁵⁰⁾.

الفقرة الثانية: المواضع التي تهم ميراث الإخوة

الإخوة والأخوات إما أن يكونوا أشقاء أو للآب أو للآم، إلا أن الأخت التي ترث مع أخيها وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين هي الأخت الشقيقة (أولا)، وكذا الأخت للآب (ثانيا). أما الإخوة للآم فلا تشملهم هذه القاعدة ذلك أن ميراثهم دائما بالفرض. كما أن الأخت الشقيقة أو للآب قد ترث وفق نفس القاعدة مع ذكر آخر غير أخيها وهو الجد وذلك في بعض الحالات الشاذة (ثالثا).

47. المادة 372 من مدونة الأسرة.

48. الفصل 192 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

49. العلمي الحراق: الوصية الواجبة وتطبيقاتها الإرثية وفق مدونة الأسرة، الطبعة الأولى، مطبعة كانا برانت، 2012، ص: 26.

كما نجد أن هذه القوانين اختلفت في طريقة تحديد النصيب المستحق بمقتضى هذه الوصية، وعلى هذا الأساس وجهت العديد من الانتقادات لهذه الوصية نظرا لما طرحه من حالات شاذة وغريبة. ولا سيما بالنسبة للقوانين التي تنص على تحديد هذه الوصية بمثل ما كان يستحقه الابن (أو البنت) الميت ميراثا لو كان حيا عند وفاة أصله. إذ في بعض الحالات يأخذ الحفيد أو الحفيدة بالوصية الواجبة أكثر مما يأخذه ابن أو بنت الصلب بالإرث. بل وأكثر من ذلك فإنه في بعض الحالات يأخذ الحفيد أو الحفيدة أكثر مما يستحقه أبوه أو أمه إرثا لو بقي على قيد الحياة إلى حين وفاة جده أو جدته.

- نفس المرجع السابق، ص: 33.

ومن بين هذه القوانين: القانون التونسي حيث نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي: (من توفي وله أولاد ابن ذكرا كان أو أنثى مات والدهم أو والدتهم قبله أو معه وجبت لهؤلاء وصية على نسبة حصّة ما يرثه أبوه. أو والدتهم عن أصله عن الهالك باعتبار موته اثر وفاة أصله المذكور بدون أن يتجاوز ذلك ثلث التركة)

الفصل 191 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

50. منطوق المادة 182 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

أولا : موضع للشقيق مثل حظ الشقيقتين

يعد الأخ الشقيق من الورثة الذين يرثون بالتعصيب فقط لأنه يدخل في خانة العصابة بالنفس. أما الأخت الشقيقة فترث إما بالفرض، و فرضها إما النصف عند الانفراد وإما الثلثان عند التعدد. وإما أن ترث بالتعصيب مع الغير، وإما أن ترث بالتعصيب بالغير، كما لها حالة خاصة في المعادة والأكدرية.

وتكون عاصبة بغيرها فيما إذا وجد معها أخ شقيق، سواء تعددت الأخوات الشقيقات وانفرد الأخ الشقيق، أو انفردت الأخت الشقيقة وتعدد الإخوة الأشقاء، فمتى اجتمع الصنفان واختلطا - ذكورا وإناثا - فإن إرثهم جميعا يكون بطريق التعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين يأخذون جميع التركة إذا لم يكن معهم ذو فرض أو الباقي بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم إن وجدوا وهذه الحالة هي إحدى أنواع التعصيب بالغير. ودليل هذا الحكم قوله تعالى : (وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين)⁽⁵¹⁾.

ويشترط لميراث الأخت الشقيقة والأخ الشقيق أن لا يوجد من الورثة ممن يحببهم حجب إسقاط. بحيث نصت مدونة الأسرة في هذا الإطار على ما يلي: (الأخ الشقيق والشقيقة يحببهما الأب والابن وابن الابن)⁽⁵²⁾.

مثال : كهالكة عن زوج وأخ شقيق وأخت شقيقة وتركة قدرها 120.000 درهم

فللزوج النصف أي 60.000 درهم. و 60.000 درهم المتبقية ثلثها للأخت أي 20.000 درهم، والثلثين المتبقيين للأخ أي 40.000 درهم.

أما بتطبيق مقتضيات القانون الفرنسي على مثل هذا الموضع فإن ميراث الأخت الشقيقة سيكون مساو لميراث أخيها الشقيق. والذي يجعل ميراثهما مشروطا بعدم وجود فروع أو قرين للهالك بحيث إذا وجد أحد ممن ذكر فلا يستحق الأخ ولا الأخت شيئا من الميراث وكذلك الأمر إذا ما تصرف الهالك أثناء حياته في تركته⁽⁵³⁾.

51. سورة النساء :جزء من الآية 176 .

وقد أشارت مدونة الأسرة إلى هذا الموضع بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 351 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: (العصبة بالغير : . . الأخوات للأبوين مع الإخوة للأبوين والأخوات للأب مع الإخوة للأب ويكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين).

والى نفس الموضع أشارت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في سياق تحديدها للأوضاع الإرثية للأخت الشقيقة حيث نص الفصل 105 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي: (الأخوات الشقيقات لهن خمس حالات : - النصف للواحدة إذا انفردت . - والثلثان للإثنين فصاعدا . - والتعصيب بالأخ الشقيق وبالجد للذكر مثل حظ الأنثيين . - صيرورتهن عصابة فيكون لهن الباقي مع البنات وبنات الابن . - السقوط بالأب و الابن وابن الابن وإن سفل .)

52. الفقرة الرابعة من المادة 358 من مدونة الأسرة .

53. Jean Maury : successions et libéralités ; Paris.2^{ème} édition 1988 .p : 35

ثانيا : موضع للأب مثل حظ الأختين للأب

الأخت للأب هي كل أنثى شاركت الميت في أبيه فقط. وميراثها إما بالفرض وهو النصف أو الثلثان وإما أن ترث السدس تكملة للثنتين، وإما أن ترث بالتعصيب مع الغير أو بالغير، كما لها حالة خاصة وهي المعادة.

وتكون معصبة بغيرها فيما إذا ما وجدت مع الأخ سواء كانت هي واحدة أو متعددة. وسواء كان الأخ واحدا أو متعددا، فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه، والباقي يتقاسمونه على وفق قاعدة التفاضل بين الذكر والأنثى، فإن لم يوجد معهم أصحاب الفروض قسمت التركة بينهم على ذلك النحو. ويشترط لميراث كل من الأخت والأخ للأب عدم وجود من يحجبهم حجب إسقاط. وفي هذا السياق أشارت مدونة الأسرة إلى ما يلي : (الأخ للأب والأخت للأب يحجبهما الشقيق ومن حجبه ولا تحجبهما الشقيقة⁽⁵⁴⁾).

وإرث الأخت للأب مع الأخ للأب وفق قاعدة التفاضل يجد تطبيقه في مقتضيات القانون المغربي بحيث نصت مدونة الأسرة في هذا الإطار: (... والأخوات للأب مع الإخوة للأب ويكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين)⁽⁵⁵⁾.

مثال : كهالك عن زوجة وأخت لأب وأخ لأب وتركة قدرها 160.000 درهم.

للزوجة الربع لعدم وجود الفرع الوارث أي 40.000 درهم، والباقي 120.000 درهم فلأخت لأب ثلثها أي 40.000 درهم، و80.000 درهم للأخ لأب.

أما بتطبيق مقتضيات القانون الفرنسي على مثل هذا الموضع فإن ميراث الأخت للأب سيكون مماثلا لميراث أخيها وذلك في حالة إذا لم يتم حجبهم بمن يحجب الإخوة الأشقاء⁽⁵⁶⁾.

وما قلناه عن الحالات والمواضع السابقة بخصوص سبب الاختلاف بين نظام الإرث الإسلامي وغيرها من الأنظمة التي جعلت من قاعدة المساواة بين الذكر والأنثى في الميراث قاعدة مضطردة ينطبق كذلك على هذين الموضوعين. فالأخت - سواء الشقيقة أو للأب - فهي مع هذا النقص في ميراثها بالنسبة لأخيها الذي ورث ضعف ميراثها، أكثر حظا وامتيازاً منه في الميراث، لأن إعالتها مع أولادها فريضة على الذكر المقترن بها، فهي

54. الفقرة الخامسة من المادة 358 من مدونة الأسرة.

55. الفقرة الثالثة من المادة 351 من مدونة الأسرة.

56. حول ميراث الإخوة والأخوات لأب وفق مقتضيات القانون المدني الفرنسي يمكن مراجعة :

- Michel Grimaldi : Droit civil, successions, Litec, Paris ,6ème édition., 2001.p : 171.

مع هذا النقص في ميراثها بالنسبة لأخيها الذي ورث ضعف ميراثها، أكثر حظا وامتيازاً منه في الميراث⁽⁵⁷⁾.

ثالثاً: موضع: للجد مثل حظ الأختين الشقيقتين أو للأب

ويتعلق الأمر بمسألتين من المسائل الخاصة ويتعلق الأمر بكل من مسألة الأكدرية (أ) ومسألة الخرقاء (ب).

أ - مسألة الأكدرية :

مسألة الأكدرية هي المسألة التي ترث فيها الأخت الشقيقة أو للأب مع الجد وكأنه أخ لها وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين. وتشمل بالإضافة إلى من ذكر الزوج والأم وقد كان هذا الموضوع محل خلاف فقهي. ويرأي المالكية أخذت مدونة الأسرة حيث نصت : (لا يفرض للأخت مع الجد في مسألة الإا في الأكدرية وهي : زوج وأم وأخت شقيقة أو لأب وجد. فيضم الجد ما حسب لها ويقسمان للذكر مثل حظ الأنثيين، أصلها من ستة وتعمل إلى تسعة وتصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة وللأم ستة، وللأخت أربعة وللجد ثمانية)⁽⁵⁸⁾.

ب - مسألة الخرقاء:

مسألة الخرقاء هي إحدى المسائل الخاصة والتي ترث في إطارها كذلك الأخت الشقيقة أو للأب مع الجد وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين وصورتها أم وجد وأخت شقيقة أو لأب⁽⁵⁹⁾.

مثال: كمن هلك عن أم وجد وأخت شقيقة أو لأب وتركها قدرها 270.000 درهم

فأصل المسألة من ستة، وتعمل لتسعة، لأن نصفها ثلاثة للزوج، وثلاثها اثنان للأم، ونصفها ثلاثة للأخت، وسدسها واحد للجد. ثم يضم الجد ما حسب له إلى ما حسب للأخت الشقيقة أو للأب فيكون المجموع هو أربعة، وهي منكسرة على ثلاثة، أي عدد رؤوسها، فنضرب عدد الرؤوس في المسألة بعولها، والحاصل هو سبعة وعشرون، ومن له شيء من أصل المسألة

57. عبد السلام أحمد فيغو : المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والالتزامات في الإسلام : الواقع والشبهات، مرجع سابق، ص : 62.

58. المادة 361 من مدونة الأسرة.

وهو نفس توجه القانون التونسي، حيث نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في هذا السياق بمقتضى المادة 146 على ما يلي : (إذا تركت المرأة زوجها وأما وأختا شقيقة - أو لأب - وجد، فلزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس . لكن يجمع ما ينوب الأخت والجد ويقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين).

59. تنص المادة 364 من مدونة الأسرة في هذا السياق : (إذا اجتمعت أم وأخت شقيقة أو لأب فرض للأم الثلث وما بقي يتقسمه الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين).

أخذه مضروباً فيما ضربت فيه المسألة، ويقتسم الجد والأخت اثني عشر للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون للجد ثمانية وللأخت أربعة. ومن ثم فللجد ضعف ما للأخت الشقيقة أو للآب أي 160.000 درهم مقابل 80.000 درهم.

المبحث الثاني : ميراث المرأة ليس دائماً على النصف من ميراث الرجل

إذا كانت المرأة تترث في بعض الحالات نصف ما يرث الرجل على نحو ما تقدم، فإننا نجد أن ميراثها في مواضع أخرى يكون مساو لميراث الرجل (المطلب الأول)، بل وأنها - المرأة - في مواضع أخرى يكون وضعها في الميراث أفضل من وضع الرجل (المطلب الثاني). لأن توريث الإسلام للمرأة نصف الرجل ليست قاعدة مضطربة في توريث كل الذكور وكل الإناث فالقرآن الكريم لم يقل : (يوصيكم الله في الموارث والوارثين للذكر مثل حظ الأنثيين)⁽⁶⁰⁾. وإنما قال: (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين)⁽⁶¹⁾.

المطلب الأول : الحالات التي تترث فيها المرأة مثلما يرث الرجل

إذا كانت الحالات التي يكون فيها حظ المرأة من الميراث على النصف من ميراث الرجل تجد تبريرها بشكل أساسي في الموازنة بين الحقوق والواجبات المالية لكل منهما. فإنه إذا سقطت الواجبات في الإنفاق وخفت التبعات والمسؤوليات المالية، فإن المرأة يمكن أن تترث مثلما يرث الرجل سواء في حالة تساويهما في القرابة (الفقرة الأولى) أو في غير ذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: في حالة التساوي في القرابة

من بين أبرز الحالات التي تترث فيها المرأة مثلما يرث الرجل المتساوي معها في القرابة، نجد الحالة التي تهتم ميراث الإخوة والأخوات للأم (أولاً)، وكذا بعض الحالات التي تهتم ميراث الأبوين. ذلك أنه إذا كان ميراث الأم في مواضع معينة على النصف من ميراث الأب، فإنه في مواضع أخرى مماثلاً لميراث الأب (ثانياً). كما أن هناك حالات وصور أخرى تبرز في إطار مسألتين منفصلتين⁽⁶²⁾ (ثالثاً).

60. عرفة محمد أحمد : مباشرة المرأة للحقوق والحريات السياسية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص : 139.

61. سورة النساء : جزء من الآية 11.

62. أي في إطار مسائل منفصلة بحيث يكون ميراث المرأة مساو لميراث الرجل فيما إذا وجدت إلى جانب من وجد معه من الورثة وذلك ما سأحاول إبرازه في حينه.

أولاً: المواضع التي تهم ميراث الإخوة والأخوات للأم

المراد بالإخوة للأم: إخوة المتوفى وأخواته من جهة أمه فقط. والإخوة للأم يرثون دائماً بالفرض ذكورهم وإناثهم سواء في الميراث عند الانفراد وعند الاجتماع، فلا يفضل الذكر على الأنثى⁽⁶³⁾.

أي أن الأخت للأم في جميع الحالات ترث مثلما يرث الأخ للأم. وتتمثل هذه الحالات في:
- الحالة الأولى: يرث فيها الأخ للأم الواحد أو الأخت للأم الواحدة السدس. إذا لم يوجد معه أو معها من يحجبها.

- الحالة الثانية: يرث فيها الإخوة للأم الثلث إذا كانوا اثنين فأكثر سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو مختلطين يشتركون في الثلث الواحد ويتقاسمونه بينهم بالسوية وبدون تفاضل بين الأخ والأخت تستحق الأنثى منهم مثل حظ الذكر.

وإلى هاتين الحالتين أشارت الآية الكريمة التالية: (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث)⁽⁶⁴⁾.

والمقصود بالكلالة من يرث الميت من غير أصوله ولا فروعه وهو حكم خاص بالإخوة للأم⁽⁶⁵⁾. وبشكل عام فإن الإخوة للأم يخالفون غيرهم من أصحاب الفروض في أمور وهي:
- يرثون مع الأم التي أدلوا بها.

- للواحد منهم السدس وللأكثر الثلث⁽⁶⁶⁾.

- ذكورهم وإناثهم في القسمة والاستحقاق سواء.

- ذكورهم أدلى بأنثى وورث بالفرض.

وكل هذه الاستثناءات إنما هي تكريم لهؤلاء الورثة، وهذا التكريم إنما كان بسبب امرأة، بحيث يرثون بالرغم من أنهم من ذوي الأرحام. وبالرغم من وجود الوسطة بينهم وبين الميت وهي الأم. وكان من المفروض أن يحجبوا بها، ولكن تكريماً لهذه الأم التي أنجبتهم كان لهم فرض مقدر يحميهم من الحجب⁽⁶⁷⁾.

63. عمرو لمزرع: الشعاع الفائض في علم الفرائض فقها وعملا، مرجع سابق، ص: 66.

64. سورة النساء: جزء من الآية 11.

65. زينب رضوان: المرأة بين الموروث والتحديث، الطبعة الأولى، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 2004، ص: 160.

66. أي أن نصيبهم لا يزيد عن الثلث مهما زاد عددهم عن الاثنين.

67. محمد نجيب عوضين المغربي: أحكام التركات وفلسفتها في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص: 27.

ففي إطار هذين الموضوعين، انتفت التبعات، ومن ثم أصبح حق الرجل في الميراث مساو لحق المرأة، لأن نفقة المرأة تجب على عصبتها من الرجال وهم أقاربها من جهة الأب وليس أقاربها من جهة الأم⁽⁶⁸⁾.

وقد أشارت مدونة الأسرة إلى هذين الموضوعين في سياق بيانها لأصحاب الثلث وأصحاب السدس فنصت أولاً: (أصحاب الثلث ثلاثة ... المتعدد من الإخوة للأم بشرط انفرادهم عن الأب وعن الجد وعن ولد الصلب وولد الابن ذكر كان أو أنثى)⁽⁶⁹⁾. ثم نصت بعد ذلك على ما يلي: (أصحاب السدس: ... الأخ للأم والأخت للأم بشرط أن يكون واحداً ذكرًا كان أو أنثى وبشرط انفراده عن الأب والجد والولد وولد الابن ذكرًا كان أو أنثى)⁽⁷⁰⁾.

وهو ما أشارت له كذلك مجلة الأحوال الشخصية التونسية وذلك بنصها على ما يلي: (الإخوة للأم لهم أحوال ثلاثة:

- السدس للواحد.

- والثلث للاثنين فصاعداً ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء .

- والسقوط عند وجود الابن أو ابن الابن وإن سفل ووجود بنت أو بنت ابن وإن سفلت ووجود أب أو جد)⁽⁷¹⁾.

أما بالنسبة لميراث الأخت للأم وفق مقتضيات القانون الفرنسي فإنه كذلك مساو لميراث الأخ للأم، إلا أن استحقاقهما نصيب من الميراث رهين بعدم وجود الفرع الوارث، وكذا زوج الهالك، وعدم تصرف الهالك في تركته بهبة أو وصية أو غيرها.

ففي حالة تحقق هذه الشروط، فإنهما يرتان في حالة الانفراد كل التركة، وثلاثة أرباع التركة في حالة وجود أحد الأبوين، ونصف التركة في حالة وجود الأبوين معاً للذكر مثل حظ الأنثى⁽⁷²⁾.

68. زينب رضوان: المرأة بين الموروث والتحديث، مرجع سابق، ص: 160.

69. الفقرة الثانية من المادة 346 من مدونة الأسرة .

70. الفقرة الخامسة من المادة 347 من مدونة الأسرة .

وقد أوضحت هذه المادة وكذا المادة 346 أن استحقاق الإخوة للأم السدس أو الثلث مشروط بعدم وجود من يجزيه حجب إسقاط وهم: الابن وابن الابن وإن سفل، والبنات وبنات الابن وإن سفلت والأب والجد وإن علا . ويرجع سبب حجب هؤلاء الإخوة للأم، إلى أولوية الجهات، فجهة البنوة والأبوة أقوى من جهة الأخوة حتى بالنسبة للبنات والجد. لأن سبب ميراث الأخوة من الأم يرجع إلى الأم وهي أنثى والبنات أقرب منهم. وأما الجد فهو أشد قرابة بالهالك منهم لأنه أصل شجرة البنات .

- عمرو لمزرع: الشعاع الفائض في علم الفرائض فقها وعملا، مرجع سابق، ص: 68.

71. الفصل 100 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

72. حول ميراث الإخوة والأخوات للأم وفق مقتضيات القانون المدني الفرنسي يمكن مراجعة:

- Michel Grimaldi, op. Cite, p: 171

وسأعطي مثالا عن الموضوعين معا، أي كل من موضع السدس وموضع الثلث.

■ مثال عن موضع السدس

1 - في حالة وجود الأخت للأُم.

كهالكة عن زوج، وأم، وأخت لأُم، وتركة قدرها 24.000 درهم فللزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 12.000 درهم. وللأُم الثلث أي 8.000 درهم وذلك لعدم وجود الفرع الوارث وعدم وجود متعدد من الإخوة. وللأخت للأُم السدس لانفرادها وعدم وجود من يحجبها، ومن ثم فإن حظها في الميراث هو 4.000 درهم.

2 - في حالة وجود الأخ للأُم

كهالكة عن زوج وأم وأخ لأُم وتركة قدرها 24.000 درهم فللزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 12.000 درهم. وللأُم الثلث أي 8.000 درهم وذلك لعدم وجود الفرع الوارث وعدم وجود متعدد من الإخوة. وللأخ للأُم السدس لانفراده وعدم وجود من يحجبه. وبالتالي فإن حظه الميراث هو 4.000 درهم. وهكذا يتضح أن ميراث الأخت للأُم في مثل هذا الموضوع يكون بالفعل مماثلا لميراث الأخ للأُم حيث استحق كل منهما 4.000 درهم.

■ مثال عن موضع الثلث

كمن هلك عن أخت شقيقة، وأم، وأخت وأخ لأُم، وتركة قدرها 48.000 درهم فللأخت الشقيقة النصف أي 24.000 درهم، لانفرادها وعدم وجود من يعصبها وكذا من يحجبها. وللأخت والأخ للأُم الثلث أي 16.000 درهم، وذلك لتعددتهم وعدم وجود من يحجبهم. للذكر مثل حظ الأنثى. ومن ثم يتبين كذلك كيف أن ميراث الأخت للأُم في مثل هذا الموضوع يكون مماثلا لميراث الأخ للأُم، إذ استحق كل منهما 8.000 درهم.

وكما سبقت الإشارة، نجد أن ميراث الأخت للأُم في هذين الموضوعين⁽⁷³⁾، مساو لميراث الأخ للأُم لكونهما يدلون إلى الميت بالأُم، فأصل توريثهما هنا الرحم، وليس عصبه لمورثتهما حتى يكون الرجل امتدادا له من دون المرأة، فليست هناك مسؤوليات ولا أعباء تقع على

73. وينضاف إلى هاذين الموضوعين، موضع ثالث، ويتمثل في إحدى المسائل الخاصة والذي سأتناوله بالبحث عند الحديث عن المواضيع التي يكون فيها للذكر مثل حظ الأنثى من غير التساوي في القرابة.

كاهله، بينما المرأة مكفية المؤونة والحاجة، فنفتتها واجبة على ابنها، أو أبيها، أو عمها، أو غيرهم من الأقارب.

ثانياً: المواضع التي ترث فيها الأم مثلما يرث الأب

إن المواضع التي ترث فيها الأم مثلما يرث الأب هي ما ورد فيها قوله تعالى: (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد)⁽⁷⁴⁾. إذن الأب والأم في حالة وجود الولد، متساويان في حظيهما من الميراث، للذكر مثل حظ الأنثى⁽⁷⁵⁾.

وتشمل هذه الحالة ثلاثة مواضع: ميراث الأم مع الأب مع وجود ولد ذكر، أو بنتين، أو بنت أحياناً⁽⁷⁶⁾. وسأعطي مثالا عن كل موضع وهي كالاتي:

- مثال عن الموضع الأول: كمن هلك عن أب، وأم، وابن، وتركة قدرها 180.000 درهم. لكل من الأب والأم فرض السدس لوجود الفرع الوارث، أما الابن فهو عاصب فيرث الباقي تعصيباً. وبذلك فللأب 30.000 درهم، وللأم كذلك 30.000 درهم، وللابن 120.000 درهم.

- مثال عن الموضع الثاني: كمن هلك عن أب، وأم، وبنتين وتركة قدرها 120.000 درهم.

لكل من الأب والأم فرض السدس لوجود الفرع الوارث. وبذلك فللأب 20.000 درهم وللأم كذلك 20.000 درهم ولكل بنت 40.000 درهم.

- مثال عن الموضع الثالث: كمن هلك عن زوج وأب وأم وبنت وتركة قدرها 130.000 درهم.

أصل المسألة من اثني عشر، وتعول لثلاثة عشر، لأن ربعها ثلاثة للزوج، وسدسها اثنان للأب، وسدسها كذلك اثنان للأم، ونصفها ستة للبنت. فللزوج الربع لوجود الفرع الوارث والمتمثل في البنت، وللأب السدس لوجود الفرع الوارث، وللأم السدس كذلك لوجود الفرع الوارث، وللبنت النصف لانفرادها وعدم وجود من يعصبها. وبذلك فللأب 20.000 درهم وللأم كذلك 20.000 درهم وللبنت 60.000 درهم، وللزوج 30.000 درهم.

74. سورة النساء: جزء من الآية 11.

75. رفيق يونس المصري: توزيع الميراث بين الذكور والإناث: بحث عن الضابط والحكمة، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، العدد 5، السنة 1413 هـ، 1993م، ص: 45.

76. صلاح الدين سلطان: ميراث المرأة وقضية المساواة، الطبعة الأولى، دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 1999، ص: 22.

وهكذا ففي إطار هذه المواضع الثلاث نجد أن الأم وهي امرأة قد حصلت على نصيب مساو للأب وهو رجل، وعلى الرغم من بقاء عنصر العبد المادي، إلا أن الميراث كان بينهما متساويا وذلك تكريما للمرأة⁽⁷⁷⁾.

أما بتطبيق مقتضيات القانون الفرنسي على مثل هذه المواضع، فإن الأم لا تستحق شيئاً من الميراث، شأنها في ذلك شأن الأب.

- إذ أنه بالنسبة للموضع الأول⁽⁷⁸⁾، فإن الابن سينفرد وحده بالميراث لكونه يحجب كلا من الأب والأم.

- أما بالنسبة للموضع الثاني⁽⁷⁹⁾، فإن البنيتين سينفردان وحدهما بالميراث لكونهما ممن يحجب الأبوين.

- أما بالنسبة للموضع الثالث⁽⁸⁰⁾، فإن الميراث سيقسمه كل من الزوج والبنات فقط، ولا شيء للأبوين لِحجبهما بالبنات.

إذن من خلال ما تقدم، يتضح أن القانون الفرنسي يحجب أبوي الهالك بفروعه وإن نزلوا، بل وإن كانوا متبنين فقط. وهو ما يتنافى والفطرة السليمة، لأنه في ذلك جحود وإنكار لكل ما بذله الأبوين في سبيل رعاية أولادهم والإنفاق عليهم، عكس الشريعة الإسلامية التي اعترفت للأبوين بذلك فجعلت لهما حظاً من الميراث ولو مع وجود الفروع.

وبذلك يتبين الفرق بين نظام الإرث في القانون الفرنسي وبين نظام الإرث الإسلامي، إذ أن فلسفة هذا الأخير، تقوم على توزيع الثروة بين أكبر عدد من الناس، وهو بذلك يقلل من حدة التفاوت بين الناس، ويحد من تكسب الثروة بيد الأغنياء⁽⁸¹⁾. ويمتاز هذا التوزيع بأنه توزيع هادئ يتلاءم مع ما تقتضيه الفطرة ويشعر جميع الأطراف بالرضا والاطمئنان نتيجة لهذا التوزيع⁽⁸²⁾، ومن ثم تقوية الأواصر بين أفراد الأسرة الواحدة، وبالتالي جعل المال يوزع

77. زينب رضوان: المرأة بين الموروث والتحديث، مرجع سابق، ص: 161.

78. أي أب وأم وابن.

79. أي أب وأم وبنين.

80. أي زوج وأب وأم وبنات.

81. أحمد العسال، فتحي عبد الكريم: النظام الاقتصادي في الإسلام، الطبعة الأولى، دار غريب، القاهرة، مصر، 1955، ص: 56.

82. كمال توفيق محمد الحطاب: نظرات اقتصادية في حكمة توزيع الميراث في الإسلام، مجلة جامعة دمشق المجلد الثامن، العدد 2، 2002م، ص: 299.

بين أفراد الأسرة وفقاً لدرجة القرابة. مما يعني ضرورة التكافل والتعاون بين أفراد الأسرة، لأن ذلك يؤدي إلى زيادة التماسك والقوة في المجتمع بكامله⁽⁸³⁾.

ثالثاً: المواضيع التي تبرز في إطار مسألتين منفصلتين

إن المرأة يمكن أن يكون لها من الميراث مثلما للرجل الذي يحاذيها في القرابة إذا ما وجدت في موضع مماثل للذي فيه هذا الأخير، ومن ثم فإن إبراز هذه المواضيع، يقتضي المقارنة بين موضعين متقابلين، ونجد من بين هذه المواضيع ما يهتم ميراث الأخت الشقيقة مقارنة بميراث الأخ الشقيق (أ) ومنها كذلك ما يهتم حالة انفراد المرأة أو الرجل بالميراث (ب).

أ - تساوي الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق⁽⁸⁴⁾.

مثال: كخالكة عن زوج، وأخ شقيق، أو أخت شقيقة، وتركته قدرها 160.000 درهم.

1 - في حالة وجود الأخ الشقيق

أي كخالكة عن زوج وأخ شقيق وتركته قدرها 160.000 درهم.

فلزوج النصف أي 80.000 درهم، وذلك لعدم وجود الفرع الوارث.

أما الأخ الشقيق من العصبية فيرث الباقي تعصيباً، والباقي تعصيباً في هذه الحالة هو النصف، ومن ثم فإن للأخ الشقيق 80.000 درهم.

2 - في حالة وجود الأخت الشقيقة

نحتفظ بنفس المثال السابق ونضع مكان الأخ الشقيق أختاً شقيقة، أي كخالكة عن زوج وأخت شقيقة وميراث قدره 160.000 درهم.

فلزوج النصف أي 80.000 درهم، وذلك لعدم وجود الفرع الوارث. وللأخت الشقيقة أيضاً النصف لانفرادها، وعدم وجود من يعصبها، وكذا من يحجبها، وبالتالي فللأخت الشقيقة 80.000 درهم. وهكذا نجد أن الأخت الشقيقة استحققت مثلما استحق الأخ الشقيق أي 80.000 درهم.

ب - الانفراد بالميراث

في إطار هذا الموضوع، نجد بعض الحالات لم تكن محل اتفاق بين الفقهاء وتبعاً لذلك بين القوانين العربية المقارنة. إذ يمكن أن تعتبر حالات يكون فيها للذكر مثلما للأنثى وفق

83. عبده عيسى، أحمد يحيى: الملكية في الإسلام، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1977، ص: 166.

84. موضع أورده صلاح الدين سلطان في مؤلفه: ميراث المرأة وقضية المساواة، مرجع سابق، ص: 28.

قانون معين، ويمكن ألا تعتبر كذلك وفق قانون آخر. وسبب هذا الاختلاف يرجع بالأساس إلى الاختلاف حول موضوع الرد⁽⁸⁵⁾. وإجمالاً يمكن تلخيص الحالات التي تخص هذا الموضوع في الجدول التالي:

المرأة الوارثة	حظها من الميراث عند الانفراد بالتركة	الرجل الوارث	حظه من الميراث عند الانفراد بالتركة
البنت	فرضها النصف والباقي يرد عيها	الابن	كل التركة بالتعصيب
الأم	فرضها الثلث والباقي يرد عيها	الأب	كل التركة بالتعصيب
الأخت الشقيقة أو لأب	فرضها النصف والباقي يرد عيها	الأخ الشقيق أو لأب	كل التركة بالتعصيب
الزوجة	فرضها الربع والباقي يرد عيها	الزوج	فرضه النصف والباقي يرد عيه
العمة ⁽⁸⁶⁾	لا ترث	العم	كل التركة بالتعصيب
الخالة ⁽⁸⁷⁾	لا ترث	الخال ⁽⁸⁸⁾	لا يرث شيئاً

إذن ففي هذه الحالات تستحق الأنثى مثلما يستحق الذكر وذلك بأخذ جميع الميراث، الأنثى بجمعها بين ما ترثه عن طريق الفرض وكذلك ما يرد عليها، والذكر - باستثناء الزوج - من خلال ارثه كل الميراث تعصيباً

85. بالنسبة للقانون المغربي نجد أن المادة 349 من مدونة الأسرة قد أشارت إلى أن الدولة تنازلت عن ما ينوبها لذوي الفروض حسب نسب حظوظهم ومن ثم أصبحت الدولة غير مؤهلة للإرث إلا إذا انعدم الوارث. أما بالنسبة للقوانين المقارنة فنجد أن التشريع التونسي مثلاً قد تبني نظرية الرد واعتبر ذلك من باب تعزيز حقوق المرأة متى انفردت كوارثة مما يجعلها في هذه الحالة ويفضل الرد تتحصل على كامل التركة شأنها من الناحية الفعلية شأن الذكر المنفرد بصفة الوارث.

86. العمة وفق القانون المغربي والتونسي لا ترث لأنها من ذوي الأرحام في حين أنها ترث وفق القانون المصري. 87. ما ينطبق على العمة، ينطبق كذلك على الخالة، حيث أنها وفق القانون المغربي والتونسي لا ترث لأنها من ذوي الأرحام، في حين أنها ترث وفق القانون المصري

88. ونفس الشيء ينطبق على الخال، حيث أنه وفق القانون المغربي والتونسي لا يرث شيئاً لأنه من ذوي الأرحام في حين أنه يرث وفق القانون المصري.

الفقرة الثانية : في حالة عدم التساوي في القرابة

إن المواضع التي ترث فيها المرأة مثلما يرث الرجل من غير تساويهما في القرابة⁽⁸⁹⁾ هي مواضع عديدة يصعب حصرها لذلك سأقف أولاً عند أبرز صور هذه المواضع والتي تتعلق بالحالة التي ترث فيها الأخت للأُم مثلما يرث الأخ الشقيق (أولاً). ثم أستعرض بعد ذلك البعض من صور المواضع الأخرى (ثانياً).

أولاً : المواضع التي ترث فيها الأخت للأُم مثلما يرث الأخ الشقيق

تتمثل هذه المواضع أساساً في موضعين: الأول يتحقق من خلال التشريك بينهما، وأتحدث هنا عن إحدى المسائل الخاصة وهي مسألة المشتركة (أ)، والثاني يتحقق من دون تشريك (ب).

أ- التساوي في حالة المشتركة

يتمثل هذا الموضوع وكما تقدم في مسألة المشتركة والتي هي من المسائل الخاصة، وصورتها فيمن هلكت عن زوج، وأم، وأختين لأُم، وأخ شقيق، وتركها مثلاً 180.000 درهم.

فللزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 90.000 درهم، وللأُم السدس لوجود متعدد من الإخوة أي 30.000 درهم، أما الأختين للأُم والأخ الشقيق، فلهما الثلث أي 60.000 درهم للذكر مثل حظ الأنثى، أي 30.000 درهم لكل واحد منهما.

وهكذا ففي إطار هذا الموضوع نجد أن الأخت للأُم ترث مثلما يرث الأخ الشقيق بالرغم من أنه أقرب لها لئلا. فبالرغم من تساويهما في جهة القرابة، أي جهة الأخوة وكذا في درجة القرابة، إلا أن الأخ الشقيق يدلي بالأب والأُم، في حين أن الأخت للأُم تدلي فقط بجهة الأُم ومع هذا فإنها تستحق نفس القدر من الميراث وفي هذا كذلك تكريم للمرأة.

ب - التساوي من غير تشريك

في إطار هذا الموضوع ترث الأخت للأُم مثلما يرث الأخ الشقيق من دون تشريك.

وصورة هذا الموضوع: زوج، أم، أخت لأُم، وأخ شقيق⁽⁹⁰⁾.

مثال: كهالكة عن زوج، أم، أخت لأُم، وأخ شقيق، وتركها 120.000 درهم.

89. أي عدم التساوي، سواء في جهة القرابة كجهة البنوة وجهة الأخوة، أو في الدرجة، كالابن وابن الابن، أو في القوة كالأخ الشقيق والأخ للأُم.

90. موضع أورده صلاح الدين سلطان في مؤلفه: ميراث المرأة وقضية المساواة، مرجع سابق، ص: 29.

فللزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 60.000 درهم. وللأم السدس أي 20.000 درهم، وذلك لوجود متعدد من الإخوة، وللأخت للأم السدس أي 20.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يحجبها، وللأخ الشقيق العاصب بالنفس الباقي بالتعصيب وهو في هذه الحالة السدس أي 20.000 درهم. وهونفس حظ الأخت لأم.

ثانياً: مواضع أخرى

هناك مجموعة من المواضع الأخرى تترث فيها المرأة مثلما يرث الرجل ومن بينها ما

يلي:

1- بنت وأخ شقيق: كمن هلك عن بنت وأخ شقيق وتركها 40.000 درهم

فللبنت النصف أي 20.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها، أما الأخ الشقيق فهو من العسبة، فله الباقي تعصيباً، وهو في هذه الحالة النصف أي 20.000 درهم، ومن ثم فإن للبنت حظ مساو لحظ الأخ الشقيق.

2- بنت وأخ لأب: كمن هلك عن بنت، وأخ لأب، وتركها 80.000 درهم

فللبنت النصف أي 40.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها، أما الأخ لأب فله الباقي بالتعصيب وهو في هذه الحالة النصف أي 40.000 درهم، وبالتالي فإن للبنت مثلما للأخ لأب.

3- بنت وابن أخ شقيق: كمن هلك عن بنت، وابن أخ الشقيق، وتركها 100.000

درهم

فللبنت النصف أي 50.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها، أما ابن الأخ الشقيق فلم يوجد من الورثة ممن يحجبه عن الميراث، وبذلك فله الباقي بالتعصيب، وهو في هذه الحالة النصف أي 50.000 درهم. وبالتالي فللبنت مثلما لابن الأخ الشقيق.

4- بنت وابن أخ لأب: كمن هلك عن بنت وابن أخ لأب وتركها 180.000 درهم

فللبنت النصف أي 90.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها. أما ابن الأخ للأب فله الباقي بالتعصيب. وذلك لعدم وجود أحد ممن يحجبه عن الميراث، والباقي تعصيباً في هذه الحالة النصف أي 90.000 درهم. وبالتالي فللبنت حظ مساو لحظ ابن الأخ لأب.

5- بنت ابن وأخ شقيق: كمن هلك عن بنت ابن وأخ شقيق وتركها 500.000 درهم

فلبنت النصف لانفرادها وعدم وجود من يعصبها. أما الأخ الشقيق فهو من العصبه فله الباقي بالتعصيب وهو في هذه الحالة النصف. ومن ثم فإن لبنت الابن مثلما للأخ الشقيق أي 250.000 درهم لكل منهما

6- بنت ابن وأخ لأب: كمن هلك عن بنت ابن وأخ لأب وتركة قدرها 240.000 درهم.

فلبنت النصف أي 120.000 درهم، لانفرادها وعدم وجود من يعصبها. أما الأخ لأب فهو من العصبه، فله الباقي بالتعصيب، وهو في هذه الحالة النصف، ومن ثم فإن لبنت الابن مثلما للأخ لأب أي 120.000 درهم لكل منهما

7- أب وجدة لأم وابن: كمن هلك عن أب وجدة لأم وابن وتركة قدرها 120.000 درهم.

للأب السدس أي 20.000 درهم لوجود الفرع الوارث. وللجدة السدس أي 20.000 درهم لانفرادها وعدم وجود من يحجبها، وللابن الباقي بالتعصيب وهو في هذه الحالة الثلثان أي 80.000 درهم، وبالتالي فالجدة ترث مثلما يرث الأب أي 20.000 درهم لكل منهما.

8 - أب وجدة لأم وبنتين: كمن هلك عن أب وجدة لأم وبنتين وتركة قدرها 240.000 درهم.

للأب السدس أي 40.000 درهم، وذلك لوجود الفرع الوارث. وللجدة السدس أي 40.000 درهم، لانفرادها وعدم وجود من يحجبها، وللبنتين الثلثين أي 160.000 درهم، وذلك لتعدهما، وعدم وجود من يعصبهما، وبذلك فللجدة مثلما للأب أي 40.000 درهم لكل منهما.

9 - شقيقة وأخ لأب: كمن هلك عن أخت شقيقة وأخ لأب وتركة قدرها 200.000 درهم.

فلأخت الشقيقة النصف أي 100.000 درهم، لانفرادها وعدم وجود من يعصبها أو يحجبها، والأخ للأب من العصبه فيرث الباقي تعصبا وهو في هذه الحالة النصف. وبهذا فالأخت الشقيقة ترث مثلما يرث الأخ للأب أي 100.000 درهم لكل منهما.

10 - أخت لأب وابن أخ شقيق: كمن هلك عن أخت لأب وابن أخ شقيق وتركة قدرها 600.000 درهم.

فلأخت للأب النصف أي 300.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها أو يحجبها، وابن الأخ الشقيق من العصبه، فيرث الباقي تعصبا لعدم وجود من يحجبه عن الميراث والباقي هو النصف، وبالتالي فحظ الأخت للأب مساو لحظ ابن الأخ الشقيق أي 300.000 درهم لكل منهما.

أولاً : في حالة التساوي في القرابة

من خلال عرض الحالات التي يكون فيها ميراث المرأة على النصف من ميراث الرجل، وجدنا بأن من بينها المواضع التي تنطبق عليها قاعدة 'لذكر مثل حظ الأنثيين'، والتي تصير فيها المرأة عاصبة بالرجل الذي في درجتها⁽⁹¹⁾، فترث معه وفق هذه القاعدة، ومن ثم قد يقول قائل بأن إرث الرجل بالتعصيب يجعله يرث دائماً أكثر من المرأة التي ترث بالفرض، والواقع أن هذا الأمر غير صحيح، ذلك أن إرث الرجل بالتعصيب إذا كان بالفعل يجعل له حظاً مضاعفاً بالمقارنة مع المرأة وذلك في حالة التواجد في إطار مسألة واحدة⁽⁹²⁾، فإن التعصيب نفسه قد يجعله يرث أقل مما ترث المرأة بالفرض - وذلك بطبيعة الحال حينما لا يوجد معها هذا الرجل الذي يجعلها عاصبة - فيما إذا وجدت في وضع يماثل الوضع الذي يوجد فيه.

ولأجل التدليل على هذا القول، لا بد من إعطاء بعض الصور على ذلك من خلال المقارنة بين حظ الرجل بالتعصيب وبين حظ المرأة بالفرض في إطار مسائل متقابلة وهي كالآتي :

أ - حظ البنت بالمقارنة مع الابن

وسأعطي مثالا عن حالة التعدد، فيكون معيار المقارنة هو فرض الثلثين مقابل الباقي بالتعصيب، وكذلك مثالا عن حالة الانفراد، فيكون معيار المقارنة هو فرض النصف مقابل الباقي بالتعصيب.

1 - حالة التعدد:

■ فرض الثلثين: أي في حالة وجود بنتين

كهالكة عن زوج وأب وأم وبنتين⁽⁹³⁾ وتركها قدرها 30.000 درهم.

أصل المسألة من اثني عشر، وتعول لخمسة عشر، لأن ربعها ثلاثة للزوج، وسدسها اثنان للأب، وسدسها كذلك اثنان للأم، وثلاثها أربعة للبنتين. وعلى هذا الأساس، وبعدما عالت المسألة، فالتقص يلحق حظ جميع الورثة بدون استثناء، فللزوج الربع لوجود الفرع الوارث أي 6.000 درهم. وللأب السدس لوجود الفرع الوارث أي 4.000 درهم. وللأم السدس كذلك

91. أي البنت تصير عاصبة بالابن وبنت الابن تصير عاصبة بابن الابن والأخت الشقيقة والأخت للأب تصير عاصبة بالأخ الشقيق والأخ للأب.

92. وأتحدث هنا دائماً عن الحالات التي تنطبق عليها قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين التي سبق بيانها.

93. موضع أورده صلاح الدين سلطان في مؤلفه: ميراث المرأة وقضية المساواة، مرجع سابق، ص: 25 (بتصرف).

لوجود الفرع الوارث أي 4.000 درهم، وللبنتين الثلثان لتعددتهما وعدم وجود من يعصبهما أي 16.000 درهم، وبهذا تستحق كل بنت عن طريق فرض الثلثان: 8.000 درهم.

■ الباقي بالتعصيب: أي في حالة وجود ابنين

في حالة وجود ابنين مكان البنتين في المثال السابق، فإن حظهما من الميراث سيكون على النحو التالي:

فللزوج الربع لوجود الفرع الوارث أي 7.500 درهم، وللأب السدس 5.000 درهم وذلك لوجود الفرع الوارث، وللأم السدس أيضا لوجود الفرع الوارث أي 5.000 درهم. وللبنين الباقي تعصبا أي 12.500 درهم، ومن ثم فإنه لكل ابن ما قدره أي 6.250.

وهكذا فبالمقارنة بين حظ البنتان عن طريق فرض الثلثان وبين حظ الابنين عن طريق التعصيب، نجد أن حظ كل بنت يفوق حظ كل ابن، بحيث استحققت كل بنت 8.000 درهم، في حين استحق كل ابن 6.250 درهم.

هذا عن حالة التعدد فماذا عن حالة الانفراد؟

2 - حالة الانفراد :

■ فرض النصف: أي في حالة وجود بنت واحدة

كهالكة عن زوج وأب وأم وبنت وتركها قدرها 65.000 درهم

فأصل المسألة من اثني عشر، وتعمل لثلاثة عشر، لأن ربعها ثلاثة للزوج، وسدسها اثنان للأب، وسدسها اثنان للأم، ونصفها ستة للبنت. وعلى هذا الأساس، وبعدما عالت المسألة، فالتقص يلحق حظ جميع الورثة بدون استثناء، فللزوج الربع لوجود الفرع الوارث أي 15.000 درهم. وللأب السدس لوجود الفرع الوارث أي 10.000 درهم، وللأم السدس كذلك لوجود الفرع الوارث أي 10.000 درهم، وللبنت النصف أي 30.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها. الباقي بالتعصيب : أي في حالة وجود ابن

ففي حالة وجود ابن مكان البنت فحظه من الميراث سيكون على النحو التالي :

فللزوج الربع لوجود الفرع الوارث أي . للأب السدس لوجود الفرع الوارث. وللأم السدس كذلك لوجود الفرع الوارث. وللابن الباقي تعصبا. وبهذا فحظ الابن عن طريق التعصيب في هذه الحالة : 27.083,32 درهم.

وهكذا فبالمقارنة بين حظ البنت عن طريق فرض النصف وبين حظ الابن عن طريق التعصيب نجد أن حظ البنت يفوق حظ الابن، بحيث أنها تستحق 30.000 درهم، في حين أن الابن يستحق فقط 27.083,32 درهم.

ب - حظ بنت الابن بالمقارنة مع ابن الابن

سأعطي مثالا عن الموضوع الذي تراث في إطاره بنت الابن بالفرض السدس تكملة للثلاثين⁽⁹⁴⁾ وأقارن بين ما تستحقه عن طريق هذا الفرض وبين ما يستحقه ابن الابن عن طريق التعصيب.

■ فرض السدس تكملة للثلاثين: أي في حالة وجود بنت الابن.

كهالكة عن زوجة وأب وأم وبنت وبنت ابن وتركة قدرها 270.000 درهم فأصل المسألة من أربع وعشرين، وتعول لسبعة وعشرين، لأن ثمنها ثلاثة للزوجة، وسدسها أربعة للأب، وسدسها أربعة للأم، ونصفها اثني عشر للبنت، وسدسها أربعة لبنت الابن، وعلى هذا الأساس، وبعدما عالت المسألة، فالتقص يلحق حظ جميع الورثة بدون استثناء، فللزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث أي 30.000 درهم، وللأب السدس لوجود الفرع الوارث أي 40.000 درهم، وللأم السدس كذلك لوجود الفرع الوارث أي 40.000 درهم أيضا، وللبنت النصف أي 120.000 درهم وذلك لانفرادها ولعدم وجود من يعصبها، وللبنت الابن السدس تكملة للثلاثين لكونها مع بنت واحدة وعدم وجود معها ابن ابن في درجتها أو أعلى منها. وبهذا فحظها عن طريق فرض السدس 40.000 درهم

■ الباقي بالتعصيب : أي في حالة وجود ابن الابن

ففي حالة وجود ابن الابن مكان بنت الابن فحظه سيكون على النحو التالي :

فللزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث أي 33.750 درهم، وللأب السدس لوجود الفرع الوارث أي 45.000 درهم، وللأم السدس لوجود الفرع الوارث أي 45.000 درهم، وللبنت النصف أي

94. وهو أقصى مفروض للبنات سواء كانت بنت الابن واحدة أو أكثر وتكون لها هذه الحالة في الإرث بشرطين هما :

- أن تكون مع بنت واحدة .
- أن لا يكون معها ابن ابن في درجتها أو أعلى منها .
- وقد أشارت المدونة الى هذين الشرطين في الفقرة الثالثة من المادة 347 التي تنص على أن : (بنت الابن ولو تعددت بشرط كونها مع بنت صلب واحدة وأن لا يكون معها ابن ابن في درجتها) .
- ويلاحظ على المدونة أنها لم تشر إلى وجوب انفردهما عن الابن الذي هو أعلى منها سواء ابن الصلب أو ابن الابن لأنه يحجبهما عن الميراث .
- عمرو لمزرع: الشعاع الفائض في علم الفرائض فقها وعملا ، مرجع سابق ، ص : 72 .

135.000 درهم، لانفرادها ولعدم وجود من يعصبها، ولابن الابن الباقي تعصبيا، والباقي عن طريق التعصيب في هذه الحالة: 11.250 درهم

وهكذا فبالمقارنة بين حظ بنت الابن عن طريق فرض السدس تكملة للثلثين وبين حظ ابن الابن عن طريق التعصيب نجد أن حظها يفوق حظ ابن الابن أي 40.000 درهم مقابل 11.250 درهم.

ج - حظ الأخت الشقيقة بالمقارنة مع الأخ الشقيق

يمكن للأخت الشقيقة أن ترث في بعض الحالات بالفرض أكثر مما يرث الأخ الشقيق بالتعصيب كالحالة التي تهم تعدد الأشقاء والشقيقات وسأعطي مثالا على ذلك وبالتالي ستكون المقارنة بين فرض الثلثان وبين الباقي بالتعصيب.

■ فرض الثلثين : أي في حالة وجود أختين شقيقتين

كمن هلك عن زوج وأم وأختين شقيقتين⁽⁹⁵⁾ وتركها قدرها 48.000 درهم

فأصل المسألة من ستة وتعول لثمانية لأن نصفها ثلاثة للزوج وسدسها واحد للأم وثلثها أربعة للأختين الشقيقتين، وعلى هذا الأساس، وبعدما عالت المسألة، فالتقص يلحق حظ جميع الورثة بدون استثناء، فللزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 18.000 درهم، وللأم السدس لوجود متعدد الإخوة أي 6.000 درهم، وللأختين الشقيقتين الثلثان لعدم وجود من يعصبهما وكذلك من يحجبهما أي 24.000 درهم، وبالتالي فلكل أخت شقيقة عن طريق فرض الثلثين : 12.000 درهم.

■ الباقي بالتعصيب : أي في حالة وجود أخوين شقيقين

فللزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 24.000 درهم، وللأم السدس لوجود متعدد الإخوة أي 8.000 درهم، وللشقيقين الباقي بالتعصيب، هو في هذه الحالة 160.000 درهم، أي أن لكل أخ شقيق عن طريق التعصيب 8.000 درهم.

وهكذا فبالمقارنة بين حظ الأختين الشقيقتين عن طريق فرض الثلثان، وبين حظ الشقيقين عن طريق التعصيب، نجد أن حظ كل أخت شقيقة، يفوق حظ كل أخ شقيق أي 12.000 درهم مقابل 8.000 درهم.

95. موضع أورده زينب رضوان: المرأة بين الموروث والتحديث، مرجع سابق، ص: 167 (بتصرف).

ثانيا : في حالة عدم التساوي في القرابة

إن المواضع التي يكون فيها حظ المرأة من الميراث أحظى من حظ الرجل من غير التساوي بينهما في القرابة هي مواضع عديدة يصعب إبرازها جميعا لذا سأكتفي بإعطاء بعض الصور منها وهي كالآتي :

1 - أخت شقيقة وعدد كبير من الإخوة للأب⁽⁹⁶⁾

مثال : كمن هلك عن أخت شقيقة وسبعة إخوة لأب وتركة قدرها 98.000 درهم.

فحظ الأخت الشقيقة والإخوة لأب⁽⁹⁷⁾ هو على النحو التالي :

فلأخت الشقيقة النصف أي 49.000 درهم، وذلك لانفرادها ولعدم وجود من يعصبها وكذا من يحجبها، أما الإخوة للأب فيرثون الباقي تعصيبا لعدم وجود من يحجبهم، والباقي في هذه الحالة هو النصف، فيقتسمه الإخوة لأب جميعا فيكون حظ كل واحد منهم بذلك هو 7.000 درهم.

وبالتالي فإن للأخت الشقيقة 49.000 درهم في حين أن لكل أخ لأب 7.000 درهم أي أن حظ الأخت الشقيقة يضعف سبع مرات حظ كل أخ لأب ويزداد هذا الضعف كلما زاد عدد الإخوة بحيث أن حظها من الميراث يبقى دائما مساو لحظ جميع الإخوة مهما بلغ عددهم.

2- بنت وإخوة أشقاء⁽⁹⁸⁾

مثال : كمن هلك عن بنت وعشرة إخوة أشقاء⁽⁹⁹⁾ وتركة قدرها 200.000 درهم

فللبنت النصف أي 100.000 درهم، وذلك لانفرادها ولعدم وجود من يعصبها، أما الإخوة الأشقاء فيرثون الباقي تعصيبا لعدم وجود من يحجبهم، والباقي في هذه الحالة هو النصف أي 100.000 درهم، فيكون حظ كل واحد منهم بذلك هو 10.000 درهم.

وهكذا فالبنت تستحق 100.000 درهم، في حين أن كل أخ شقيق يستحق 10.000 درهم. أي أن حظ البنت يضاعف عشر مرات حظ كل أخ شقيق، ويزداد هذا الضعف كلما زاد عدد الإخوة، بحيث أن حظها من الميراث يبقى دائما مساو لحظ جميع الإخوة مهما بلغ عددهم.

96. بشرى العلوي: حظ الأنثى في الميراث، مجلة محكمة، العدد 4، نوفمبر 2004، ص: 75.

97. ففي هذه الحالة يتمثل عدم التساوي في القرابة تحديدا في كون أن الأخت الشقيقة أقوى قرابة من الأخوة للأب لكونها تدلي بالأب و بالأب في حين أن الإخوة للأب يدلون بالأب فقط.

98. محمد نجيب عوضين المغربي: أحكام التركات وفلسفتها في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص: 27 (بتصرف).

99. ففي هذه الحالة يتمثل عدم التساوي في القرابة تحديدا فيعدم التساوي في جهة القرابة لأن البنت أقرب للهلك من الإخوة الأشقاء لأن جهة البنوة مقدمة على جهة الأخوة.

كما أنه في إطار هذا الموضوع، ترث المرأة (البنث) عن طريق الفرض أفضل مما يرث الرجل (الأخ الشقيق) عن طريق التعصيب.

3 - البنث مع الأعمام

مثال : كمن هلك عن بنت وأربع أعمام أشقاء تركتها قدرها 80.000 درهم فلبنت النصف أي 40.000 درهم، وذلك لانفرادها ولعدم وجود من يعصبها، أما الأعمام الأشقاء فهم من العصبية فيرثون الباقي تعصيبا، وهو في هذه الحالة النصف، فيكون حظ كل واحد منهم بذلك هو 10.000 درهم. أي أن حظ البنث يضاعف أربع مرات حظ كل عم شقيق، ويزداد هذا الضعف كلما زاد عدد الأعمام، بحيث أن حظها من الميراث يبقى دائما مساو لحظ جميع الأعمام مهما بلغ عددهم.

وفي إطار هذا الموضوع كذلك نجد أن المرأة (البنث) ورثت عن طريق الفرض أفضل مما ورثه الرجل (العم الشقيق) عن طريق التعصيب.

4 - شقيقة وجد وثلاث أخوات لأب

مثال : كمن هلك عن شقيقة وجد وثلاث أخوات لأب وتركها قدرها 180.000 درهم حظ الجد في هذه الحالة يتساوى بين الثلث والمقاسمة أي 60.000 درهم، وللأخت الشقيقة النصف أي 90.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها وكذا من يحجبها، أما الأخوات للأب فلهن السدس تكملة للثلثين أي 30.000 درهم، لكونهن مع شقيقة واحدة، ولانفرادهن عن الأب والأخ لأب والفرع الوارث. وبالتالي نجد أن حظ الأخت الشقيقة يفوق حظ الجد.

5 - زوج وأم وأخت لأم وإخوة أشقاء⁽¹⁰⁰⁾.

مثال : كمن هلك عن زوج وأم وأخت لأم وثلاثة إخوة أشقاء وتركها قدرها 90.000 درهم فللزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث، وللأم السدس لوجود متعدد من الإخوة، وللأخت لأم السدس لانفرادها وعدم وجود من يحجبها، أما الإخوة الأشقاء فيرثون الباقي تعصيبا لعدم وجود من يحجبهم، والباقي في هذه الحالة السدس، وبهذا فللأخت للأم

100. زينب رضوان: المرأة بين الموروث والتحديث، مرجع سابق، ص: 171.

15.000 درهم، في حين أن لكل أخ شقيق 5.000 درهم، أي أن حظ الأخت للأم يفوق حظ الإخوة الأشقاء.

ونجد في إطار هذا الموضوع إن إرث المرأة (الأخت للأم) عن طريق الفرض جعلها أفضل حظاً من الرجل (الأخ الشقيق) الذي ورث بالتعصيب.

6 - بنتان وأب وأم

مثال : كمن هلك عن أم وأب وبنتين وتركها قدرها 120.000 درهم.

فللأم السدس لوجود الفرع الوارث، وللأب السدس لوجود الفرع الوارث، وللبنتين الثلثين لتعددتهما وعدم وجود من يعصبهما. وبهذا فلكل بنت 40.000 درهم، في حين أن الأب يستحق 20.000 درهم فقط. أي أن حظ كل بنت ضعف حظ الأب.

ويرجع السبب في جعل حظ البنت يفوق حظ الأب - وكذلك حظ الأم - إلى إحدى المعايير التي يقوم عليها نظام الإرث الإسلامي في توزيع الأنصبة وهو مراعاة الحاجة. ذلك أن البنت حاجتها للمال أكبر من حاجة الأبوين لأن البنت تستقبل الحياة في حين أن الأب - وكذا الأم - مدبر عليها.

لكن بالرغم من حاجة البنت للمال بالمقارنة مع الأبوين فإنه لم يحرم الأبوين من الميراث كما فعل القانون الفرنسي. وبالتالي يتضح كيف أن نظام الإرث الإسلامي يحقق التوازن في توزيع الأنصبة ويحفظ الحقوق ويراعي الفطرة ويحقق العدل في أدق معانيه بحيث أعطى لكل من الأبناء والأبوين نصيب من الميراث وراعى عنصر الحاجة من دون حرمان الأبوين.

على عكس القانون الفرنسي الذي لم يحقق هذا التوازن مادام أنه راعى حاجة الأبناء دون مراعاة حاجة الأبوين من خلال حجبهما بالأبناء.

الفقرة الثانية : الحالات التي ترث فيها المرأة ولا يرث فيها الرجل

إن المواضع التي ترث فيها المرأة ولا يرث فيها الرجل هي كذلك مواضع عديدة يصعب بيانها جميعاً، ومن ثم سأكتفي بإبراز بعض الصور منها، سواء تلك التي تبرز في إطار مسألتين منفصلتين (أولاً) أو التي تبرز في إطار مسألة واحدة (ثانياً).

أولاً : في إطار مسألتين منفصلتين

ومن بين هذه الحالات، المواضع التي ترث فيها الأخت للأب ولا يرث فيها الأخ للأب شيئاً إذا ما وجد في مسألة مماثلة للتي توجد فيها الأخت للأب ونجد من بين هذه الحالات :

1 - زوج وأم وإخوة لأم بالإضافة إلى أخ لأب أو أخت لأب

■ حالة وجود الأخت لأب: كحالكة عن زوج وأم وإخوة لأم وأخ لأب وتركته قدرها 90.000 درهم.

فللزوجة النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 45.000 درهم، وللأم السدس أي 15.000 درهم، وذلك لوجود متعدد من الإخوة، وللأخوة للأم الثلث أي 30.000 درهم، لتعدددهم وعدم وجود من يحجبهم، أما الأخ للأب فله الباقي تعصيباً بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم، وفي هذه الحالة لم يفضل شيئاً عن أصحاب الفروض، ومن ثم فإن الأخ للأب لا يرثان لحجبه بالاستغراق.

■ حالة وجود الأخت للأب

فأصل المسألة من ستة وتعول لتسعة لأن نصفها ثلاثة للزوج وسدسها واحد للأم وثلثها اثنان للأخوة لأم ونصفها ثلاثة للأخت لأب، وعلى هذا الأساس، وبعدما عالت المسألة، فالنقص يلحق حظ جميع الورثة بدون استثناء، فللزوجة النصف أي 30.000 درهم لعدم وجود الفرع الوارث، وللأم السدس أي 10.000 درهم، لوجود متعدد من الإخوة، وللأخوة للأم الثلث أي 20.000 درهم لتعدددهم وعدم وجود من يحجبهم، وللأخت للأب النصف أي 30.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها وكذا من يحجبها.

إذن فللأخت للأب 30.000 درهم، في حين أن لا شيء للأخ للأب.

ولو أمعنا النظر في هذه المسائل سنلاحظ أن الأخ للأب والأخت لا تربطهما علاقة قرابة بالورثة الآخرين. فإذا وجدت أخت لأب وحدها، فإنه لا عصبية لها، فهي وحيدة لا يوجد من يتحمل مسؤوليتها، ومن ثم نجدها تستحق الميراث بالفرض، فترث النصف وتعول المسألة. وإذا ما وجد الأخ للأب وحده فإنه يرث بالتعصيب ويحجب بالاستغراق، وكذلك الحال إذا وجدت معه الأخت فتتعصب به ويحجبها بالاستغراق⁽¹⁰¹⁾. بحيث ستكون المسألة على الشكل التالي :

فللزوجة النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 45.000 درهم. وللأم السدس لوجود متعدد الإخوة أي 15.000 درهم. وللأخوة للأم الثلث أي 30.000 درهم وذلك لتعدددهم وعدم وجود من يحجبهم. أما الأخ والأخت للأب فلهما الباقي تعصيباً بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم. وفي هذه الحالة لم يبق عن أصحاب الفروض شيئاً. ومن ثم فإنهما لا يرثان لحجبهما بالاستغراق.

101. عمر الراوي: مرجع الطلاب في الموارث على مذهب المالكي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1423 هـ / 2002 م، ص: 51.

فهنا نلاحظ أن الميراث في هذه المسائل خضع لجملة من قواعد الميراث، ولا نجد قاعدة تدل على أن الأخت إذا كانت في وضع اجتماعي صعب تستحق الميراث رعاية لها. ولكن القواعد بجمالها أثمرت هذه النتيجة التي تعد في غاية الدقة والحكمة، فأعطت الأنثى بالفرض (الأخت للأب) حين وضعها الاجتماعي الصعب، فلا عسبة لها. ويختلف الحال إذا وجد معها أخوها فهو عسبة لها فتسقط معه ولا ترث، إلا أن حالتها الاجتماعية أفضل بكثير، فهي غنية به، إذ يتولى المسؤولية عنها⁽¹⁰²⁾.

2 - زوج وأخت شقيقة وأخ لأب أو أخت لأب

■ حالة وجود الأخ للأب: كهالكة عن زوج وأخت شقيقة وأخ لأب وتركته قدرها 140.000 درهم.

فللزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 70.000 درهم، وللأخت الشقيقة النصف أي 70.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها ومن يحجبها، أما الأخ للأب فهو من العسبة، فله الباقي تعصبا بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم، وفي هذه الحالة لم يبق عن أصحاب الفروض شيئا، ومن ثم فإنه لا يرث لحجبه بالاستغراق.

■ حالة وجود الأخت للأب

فأصل المسألة من ستة وتعول لسبعة لأن نصفها ثلاثة للزوج و نصفها ثلاثة للأخت الشقيقة وسدسها واحد للأخت لأب، وعلى هذا الأساس، وبعدها عالت المسألة، فالتقص يلحق حظ جميع الورثة بدون استثناء، فللزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث أي 60.000 درهم، وللأخت الشقيقة النصف أي 60.000 درهم، وذلك لانفرادها وعدم وجود من يعصبها ومن يحجبها، وللأخت للأب السدس تكملة للثلثين أي 20.000 درهم، وذلك لكونها مع شقيقة واحدة ولانفرادها عن الأب والأخ لأب والفرع الوارث.

ثانيا: في إطار مسألة واحدة

ومن بين هذه الحالات نجد المواضيع التالية :

1 - أب وأم أب وأب أم وأم

مثال : كمن هلك عن أب وأم أب وأب أم وتركته قدرها 120.000 درهم.

102. مازن اسماعيل هنية: الإعجاز التشريعي في الموارث، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية)، المجلد الثالث عشر، العدد 2، يونيو 2005، ص: 509.

البنات في هذه المسألة ترث مع الابن وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، ومن ثم تستحق 50.000 درهم والابن 100.000 درهم، في حين أن الإخوة الأشقاء والأخ للأب لا يستحقون شيئاً لحجبهم بالفرع الوارث، وبالتالي فإن البنات ترث 50.000 درهم، في حين شيء للإخوة الأشقاء والأخ للأب.

6 - ابن و ثلاث بنات وأخ شقيق

مثال : كمن هلك عن ابن وثلاث بنات وأخ شقيق وتركة قدرها 200.000 درهم البنات يرثن في هذا الموضع مع الابن وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، فترث كل واحدة منهن 40.000 درهم، في حين أن الأخ الشقيق لا يستحق شيئاً لحجبه بالفرع الوارث الذكر، وبهذا تترت كل بنت 40.000 درهم في حين لا يرث الأخ الشقيق شيئاً .

7 - أم وأب وبنات وأخ شقيق

مثال : كمن هلك عن أم وأب وبنتين وأخ شقيق وتركة قدرها 75.000 درهم فللأب السدس لوجود الفرع الوارث أي 12.500 درهم، وللأم السدس لوجود الفرع الوارث أي 12.500 درهم، وللبنتين الثلثين، أي 25.000 درهم لكل واحدة منهما، وذلك لتعددتهما وعدم وجود من يعصبهما، في حين أن الأخ الشقيق لا يستحق شيئاً لحجبه بالأب. ولو كانت الأم فقط دون الأب لما حجب بالأم. لأن الأب لما حجب الأخ الشقيق لأنه مسؤول عنه في الإنفاق في حين أن الأم لا تحجبه لكونها غير مسؤولة عن الإنفاق عليه. وهكذا نجد أن كل بنت ترث 25.000 درهم في حين لا يرث الأخ الشقيق شيئاً.

8 - أم وأب وبنات وأخ لأب

مثال : كمن هلك عن أم وأب وبنتين وأخ لأب وتركة قدرها 75.000 درهم فللأب السدس لوجود الفرع الوارث أي 12.500 درهم، وللأم السدس لوجود الفرع الوارث أي 12.500 درهم، وللبنتين الثلثان، أي 25.000 درهم لكل واحدة منهما، وذلك لتعددتهما وعدم وجود من يعصبهما، في حين أن الأخ للأب لم يستحق شيئاً لحجبه بالأب. وهكذا نجد أن كل بنت ترث 25.000 درهم في حين لا يرث الأخ للأب شيئاً.

9 - ابن و بنت وإخوة لأم

مثال: كمن هلك عن ابن و بنت وثلاثة إخوة لأم وتركة قدرها 180.000 درهم. ترث البنات في هذا الموضع مع الابن وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين فتستحق 60.000 درهم والابن 120.000 درهم، في حين أن الإخوة للأم لا يستحقون شيئاً لحجبهم بالفرع

الوارث الذكر أو الأنثى، وبالتالي فإن البنت ترث 60.000 درهم، في حين لا شيء للإخوة للأُم.

10- ابن ابن وبنت ابن وأخ لأُم.

مثال : كمن هلك عن ابن ابن، وبنت ابن، وأخ لأُم، وتركها قدرها 600.000 درهم.

ترث بنت الابن في هذا الموضوع مع ابن الابن وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، ومن ثم فحظهما من الميراث، فيكون حظها هو 200.000 درهم، ويكون حظ ابن الابن ما قدره 400.000 درهم، أما الأخ للأُم فلا يستحق شيئاً لحجبه بالفرع الوارث.

وبهذا نجد أن بنت الابن لها من الميراث 200.000 درهم في حين لا شيء للأخ للأُم. هذه كلها صور لا تمثل سوى جزء بسيط من المواضع التي ترث فيها المرأة ولا يرث الرجل.

وفي نهاية هذا المبحث، لا بد وأن نشير إلى أنه من بين الذي يجعل للمرأة في العديد من حالات الميراث مثلما للرجل أو أفضل منه أو أن ترث هي ولا يرث هو، هو أن نظام الميراث الإسلامي اختص المرأة بمجموعة من الأحكام تكريماً لها ومن ذلك:

- اختص النساء بأن جعل منهن ثمانية من أصحاب الفروض⁽¹⁰⁵⁾. وهي وكما مر معنا الطائفة التي تتميز بأن جعل الله لها نصيباً محدد المقدار من التركة تتقدم في أخذه عند توافر شروط الإرث على العصبية لأن نصيبهن معين والعصبية لا يرث إلا ما تبقى بعدهن. في حين أن الورثة بالفرض من الرجال هم أربعة فقط⁽¹⁰⁶⁾.

- امتازت المرأة كذلك بأنها ترث فروضاً من أكبر الفروض المقدر في الميراث والتي حددها الله سبحانه وتعالى وكأنه قدر ذلك حماية وتكريماً لها⁽¹⁰⁷⁾.

بحيث أكبر الفروض في القران الكريم وهو الثلثان تختص به النساء دون الرجال⁽¹⁰⁸⁾ والنصف لا يأخذه من الرجال إلا الزوج عند عدم وجود الفرع الوارث وهو قليل الحدوث ويبقى النصف لأربع من النساء...⁽¹⁰⁹⁾.

105. وهن : الأم، الزوجة، البنت، بنت الابن، الأخت الشقيقة، الأخت للأب، الأخت للأُم، الجدة.

106. وهم : الأب، الجد، الزوج، الأخ للأُم.

107. محمد نجيب عوضين المغربي: مرجع سابق، ص: 26.

108. صلاح الدين سلطان: ميراث المرأة وقضية المساواة، مرجع سابق، ص: 34.

109. زينب رضوان: المرأة بين الموروث والتحديث، مرجع سابق، ص: 34.

خاتمة

عند بداية مقاربة الموضوع، انطلقنا من تحديد الإشكالية الجوهرية التي يطرحها الموضوع، والتي صغناها على النحو التالي: «هل نظام المواريث الإسلامي وكذا القوانين التي تبنت أحكامه يتضمن تمييزا على أساس النوع يجعله للمرأة نصف ما للرجل؟ أم أن الأمر على غير ذلك؟ وكان ذلك لأجل الوقوف على حقيقة كل ما يثار حول هذا الموضوع. وبالفعل ومن خلال محاولة الإجابة عن هذه الإشكالية ومختلف الإشكاليات المتفرعة عنها فقد توصلت إلى النتائج التالية:

الإجابة عن الإشكالية الجوهرية هي بالسلب لا الإيجاب ذلك أن نظام المواريث الإسلامي لا يتضمن أي تمييز على أساس النوع أو غيره وذلك لما يلي:

- 1 - ميراث المرأة ليس دائما على النصف من ميراث الرجل.
 - 2 - الحالات التي يرث فيها الرجل ضعف حظ المرأة هي حالات قليلة بالمقارنة مع باقي الحالات الأخرى التي تشكل الحالات الغالبة.
- ذلك أن الحالات التي يكون فيها ميراث المرأة على النصف من ميراث الرجل تشمل 11 موضعا فقط.

بينما الحالات التي لا يكون فيها ميراث المرأة على النصف من ميراث الرجل فقد وجدت من خلال ما تمكنت من إيراده من مواضع⁽¹¹⁰⁾ بأنها تشمل ما يقارب 44 موضعا، منها 23 موضعا يكون فيها ميراث المرأة مساو لميراث الرجل، و9 مواضع ترث في إطارها المرأة أكثر مما يرث الرجل. و12 موضعا ترث في إطارها المرأة ولا يرث الرجل.

أي أن حالات ميراث النصف تشكل تقريبا 20%، في حين الحالات الأخرى تمثل تقريبا 80% من مجموع الأوضاع الإرثية للمرأة.

إذن فالمطالبون بإنصاف المرأة في الميراث عندما أثاروا قضية مساواة المرأة بالرجل في الميراث لم ينصفوا، عندما عمموا وأطلقوا قولهم: «كيف يكون للذكر مثل حظ الأنثيين؟»

- 3 - الحالات التي يرث فيها الرجل ضعف حظ المرأة تقوم على أساس العدالة في توزيع الواجبات والحقوق، وليس محاباة جنس على حساب جنس آخر، ذلك أن المرأة في هذه

110. لأنه يصعب الإحاطة بكل المواضع التي يكون فيها ارث المرأة على هذا النحو لأنها كثيرة على عكس الحالات التي يرث في إطارها الرجل ضعف حظ المرأة والتي هي حالات محدودة ومن ثم يسهل تحديدها جميعا.

الحالات تكون في حل من أي التزام مالي فهي تأخذ ولا تعطي عكس الرجل الذي يتحمل مجموعة من الأعباء المالية ومن ثم فالغرم بالغنم. ولأنه لا مساواة حيث تختلف المراكز القانونية للأفراد. ولذلك فالقوانين التي تعطي للمرأة في جميع الحالات حظا مماثلا لحظ الرجل فهي تلزمها بنفس الالتزامات التي تقع على عاتق الرجل.

فنظام الموارث في الإسلام تحكمه معايير غاية في الدقة، لا علاقة لها بجنس الوارث، وفي مقدمتها معيار مراعاة الحاجة ومعيار القرابة ولهذا نجد أن حظ المرأة ذاته يختلف من موضع لآخر.

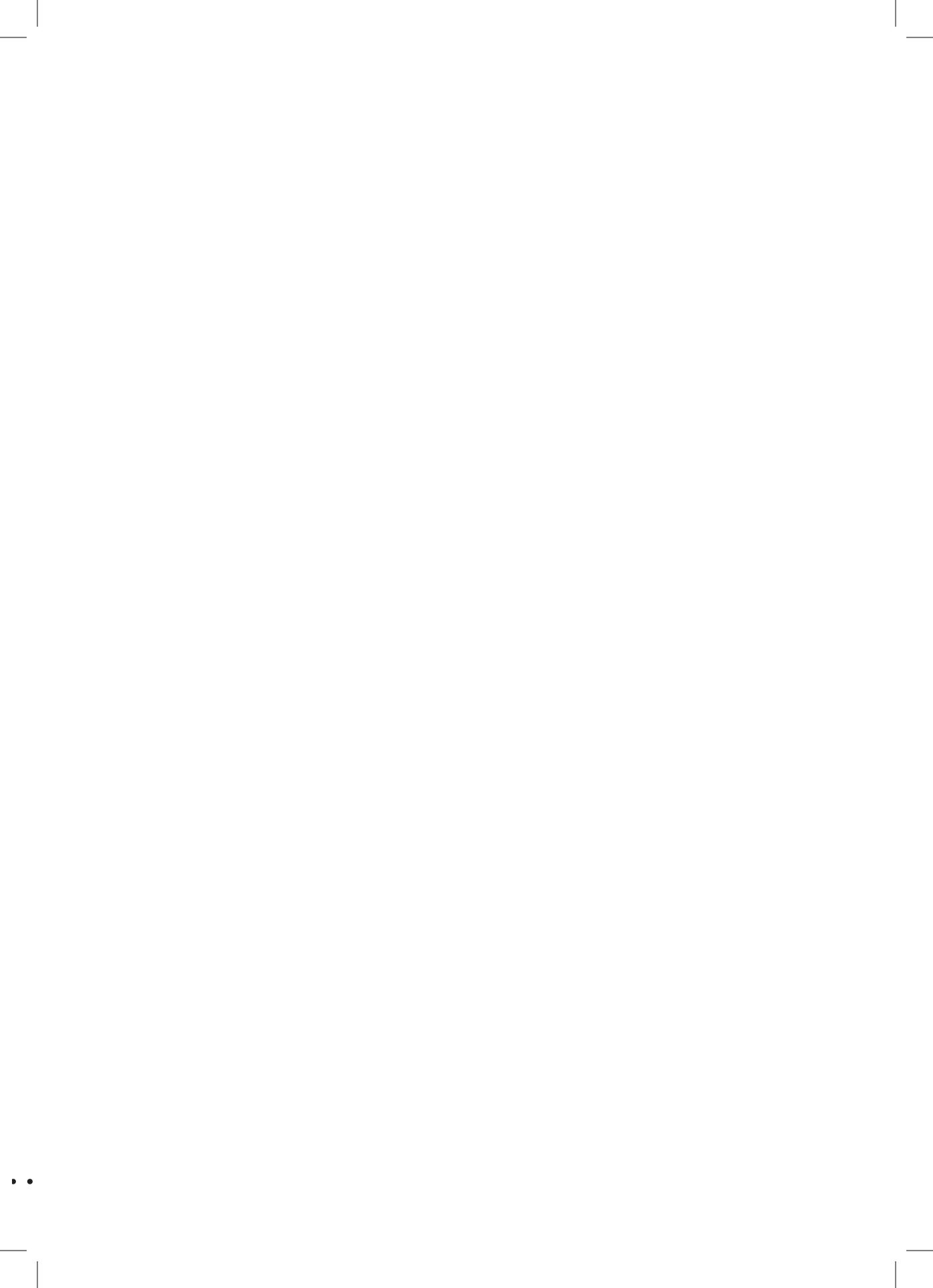
مع الإشارة إلى أنه حتى في الحالات التي يرث فيها الرجل ضعف المرأة، فإنه قد يكون لهذه الأخيرة في مجموع ما حصلت من أموال الهالك نصيب أحظى من الرجل الذي ورث ضعفها، وذلك عن طريق ما يكون قد آل إليها عن طريق الهبة مثلا في حياة المورث.

وفي الأخير أرى أنه من اللازم علينا جميعا أن نعرف بنظام الإرث الإسلامي من خلال بيان فلسفة هذا النظام في توزيع الأنصبه بين الورثة، وذلك حتى يتسنى تصحيح الفهم الخاطئ الذي يرتبط بهذا النظام بصفة عامة، وبموضوع ميراث المرأة بصفة خاصة سواء بالنسبة للمؤسسات الحقوقية الدولية، أو بالنسبة للغرب، أو حتى لمن يثير قضية المساواة ذاتها عن جهل، بل وحتى لفئة من المجتمع التي وان كانت لا دخل لها بموضوع المساواة في الميراث والمناصفة، إلا أنها من جانبها تعتقد هي الأخرى بأن ميراث المرأة دائما على النصف من ميراث الرجل.

لأن هذا التعريف هو الحري بأن يظهر من هو على غير علم بحقيقة هذا النظام، وبين من هو على علم ودراية به، ولكن غايته ليست المساواة أو المناصفة، وإنما هدفه تشويه صورة الشريعة الإسلامية والطعن في القوانين التي تبنت أحكامها، والتي تبين من خلال هذا البحث بأنها تكريس حقيقي لكل الشعارات التي يرفعها المطالبون بالمساواة فهي تحمل قيم المساواة، والإنصاف والعدل.



محور أحكام وقرارات قضائية



قرار محكمة النقض

عدد: 977/1

المؤرخ في: 2018/10/04

ملف: إداري

عدد: 2018/1/4/701

رئيس جامعة القاضي عياض بمراكش

ضد

تر

القاعدة

يعد التعليم من أهم وظائف الدولة، أرسى الدستور أصله، بما يتناسب مع قدرات المواطن.

تحميل طالب التسجيل في الدكتوراه الموظف تكاليف الحصص المقدمة خارج أوقات العمل الرسمية التي تتمسك به الجامعة لفرض الرسوم، لا يشفع لها في إقرار شرط جديد ينتهي سنده في القانون ما دام أن هذا الأخير يجد لها الموارد المالية الكفيلة بتغطية المصاريف والتي لا يخضع لها التكوين الأساسي.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة الإدارية (القسم الأول) بمحكمة النقض في جلستها العلنية المنعقدة بتاريخ 04/10/2018 أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: رئيس جامعة القاضي عياض بمراكش، الكائن مقره بشارع عبد الكريم الخطابي مراكش.

ينوب عنه الأستاذ غفار عبد اللطيف المحامي بهيئة مراكش المقبول للترافع أمام محكمة النقض .

الطالب

وبين: السيد ت ر، الساكن برقم 292 درب سيدي بوعمروروض العروس مراكش.

المطلوب

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 14/02/2018 من طرف الطالب المذكور أعلاه بواسطة نائبه الأستاذ غفار عبد اللطيف الرامي إلى نقض القرار عدد 2016 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بتاريخ 27/12/2017 في الملف رقم: 1994/7205/2017 وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 05/09/2018 .

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 04/10/2018.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما و عدم حضورهم.

وبعد تلاوة المستشارية المقررة السيدة نادية اللوسي تقريرها في هذه الجلسة و الاستماع إلى استنتاجات المحامي العام السيد سابق الشراوي.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف ومحتوى القرار المطعون فيه بالنقض - المشار إلى مراجعه أعلاه، أن المدعي (المطلوب) تقدم بمقال أمام المحكمة الإدارية بمراكش، عرض فيه أنه بتاريخ 16/02/2017 توجه الى كلية العلوم السملالية قصد ايداع ملفه للتسجيل بالدكتوراه، غير أنه فوجئ برفض طلبه بعلة ضرورة أدائه مبلغ 10.000.00 درهم كواجبات التسجيل التي حددتها إدارة الكلية، موضحا أن القرار المذكور يخالف أحكام الفصل 31 من الدستور الذي اعتبر الحق في التعليم مكفولا للجميع ولا يجوز المس به كما أنه مشوب بعيب السبب لأنه لا يوجد أي نص قانوني يلزم الموظف الطالب بدفع أي واجبات للإدارة كشرط لقبول ملف الترشيح للدكتوراه، وأن دفتر الضوابط البيداغوجية لم يتضمن عند تحديده لشروط التسجيل أي شرط يوجب تأدية مبلغ التسجيل المذكور، مضيفا أن تسجيله قد أصبح حقا مكتسبا يحميه القانون، وأن الإدارة برفضها تسجيله بعلة عدم أداء واجبات التسجيل تكون قد مست حقا من الحقوق المكتسبة موضحا أن القانون وخاصة مدونة تحصيل الديون

العمومية، لم تعط للسيد رئيس الجامعة الحق في فرض رسوم على الطلبة وتحصيلها منهم، وأنه لا يوجد أي نص قانوني يسمح له بذلك، أو يلزم الطالب الموظف بأداء مبلغ 10.000.00 درهم كل سنة، ملتصقا بالحكم بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب عن ذلك قانونا مع النفاذ المعجل، وبعد جواب المطلوب في الطعن وتمام الإجراءات، صدر الحكم بإلغاء القرار الصادر عن مجلس جامعة القاضي عياض بمراكش بتاريخ 2016/07/27 القاضي بفرض رسوم التسجيل في مواجهة الطلبة الموظفين مع ما يترتب عن ذلك قانونا ويفرض طلب النفاذ المعجل، استأنفه الطالب (المدعى عليه)، فقضت محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بتأييده، وهو القرار المطعون فيه بالنقض.

في وسيلة النقض الفريدة: حيث ينعى الطالب على القرار المطعون فيه بالنقض نقصان التعليل الموازي لانعدامه كون أن المادتين 3 و 4 من القانون رقم 01.00 المتعلق بالتعليم العالي المتمسك بهما من طرف المحكمة تتصان على أن الجامعة تناط بها مهام التكوين الأساسي والتكوين المستمر وبصفة أساسية تدريس جميع أصناف التعليم والتكوينات الأساسية على اعتبار أنها مؤسسة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي، وأن المشرع أسند لمجلس الجامعة الاختصاص في تحديد واجبات التسجيل في هذا الصنف من التكوينات من خلال مقتضيات المواد 11 و 12 و 13 من القانون رقم 00-01 المتعلق بتنظيم التعليم العالي، وأن مجلس الجامعة انعقد بتاريخ 27 يوليوز 2016 وبعد تداوله تقرر إعادة برمجة نفس الحصص لنفس الوحدات لنفس التكوين الوطني المعتمد في حصص إضافية خارج أوقات العمل لفائدة الموظفين الأجورين مقابل دفع رسوم التسجيل للمساهمة في تغطية المصاريف الناتجة عن عملية تدريس نفس الحصص خارج أوقات العمل الرسمية من تكاليف الساعات الإضافية المنجزة من طرف الأساتذة والتكاليف اللوجيستية المصاحبة، وأن مقتضيات المواد المذكورة أعلاه تسمح للجامعة بجعل واجبات التسجيل ضمن مواردها التي يتم حصرها في ميزانيتها السنوية ولا علاقة لذلك بالتكاليف العمومية المنصوص عليها في المادة 39 من الدستور نظرا لطبيعة الواجبات وارتباطها بالخدمة المرفقية واختلافها عن التكاليف العمومية التي تشمل عموم المواطنين، فضلا عن أن القانون المتعلق بتنظيم التعليم العالي (المادة 18) يسمح باعتباره نصا تشريعا صادرا عن البرلمان الجامعات كمؤسسات عمومية يحق إدراج المحاصيل والموارد المختلفة ضمن ميزانيتها السنوية، وأنه (الطالب) لم يتخذ القرار المطعون فيه بفرض الرسوم بصفة انفرادية وخارج القانون، وإنما هو قرار مجلس الجامعة، وبما أن الجامعات مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية القانونية بالاستقلال الإداري والمالي، فإنها تخضع لوصاية

الدولة طبقا لمقتضيات المادة 4 من القانون 01.00 المذكور، وذلك بهدف مراقبة مدى احترام وتقيد أجهزتها لأحكام القانون المذكور، وبما أن القرار الصادر عنها تشمله رقابة وصاية الدولة، فإنه لم يثبت من بين وثائق الملف أن الوزارة المشرفة على قطاع التعليم أو الوزارة المكلفة بالاقتصاد والمالية قد بادرتا داخل الآجال المخصصة لهما إلى عدم المصادقة عليه في نطاق ما تنص عليه المادة 4 المذكورة، وأنه (القرار) اتخذ بناء على معطيات وأسس قانونية وواقعية، ذلك أنه ليس هناك قانون ما يمنع مجلس الجامعة ورئيسها في إطار الاختصاصات المخول لكل منهما في شأن تسيير جامعة القاضي عياض من خلق موارد مالية للجامعة، وذلك لتغطية المصاريف الإضافية، وإن جامعة القاضي عياض قررت تحديد أيام متابعة دراسة الطلبة الموظفين المسجلين بسلك الدكتوراه أيام الجمعة والسبت والأحد حتى يتمكنوا من أداء وممارسة وظائفهم الأصلية، وأن ذلك يتطلب منها مصاريف إضافية لأداء أجور الأساتذة المؤطرين المشرفين على دراسة الموظفين لأن ذلك خارج أوقات عملهم الرسمية ولتعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير الاستفادة من الحصول على تعليم عصري يشتمل على مجموعة من المداخل، مما يناسب نقض القرار.

لكن، حيث إنه بصرف النظر عن الشكل القانوني الذي تتخذه الجامعات كمؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي، فإن كفالة الدستور لحق التعليم إنما جاء انطلاقا من حقيقة أن التعليم يعد من أهم وظائف الدولة، والحق في التعليم - الذي أرسى الدستور أصله -، فحواه أن يكون لكل مواطن الحق في أن يتلقى قدرا من التعليم يتناسب مع قدراته، وذلك كله وفق القواعد التي يتولى المشرع وضعها تنظيما لهذا الحق بما لا يؤدي إلى مصادرتة أو الانتقاص منه، والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه بالنقض لما استندت في تعليل قضائها إلى ما نصت عليه مقتضيات المادة 18 من القانون رقم 01.00 المتعلق بتنظيم التعليم العالي من كون ميزانية الجامعة في شق مواردها تشتمل على مجموعة من المداخل التي قصرها المشرع بخصوص الرسوم التي تقوم باستخلاصها على تلك التي تخص التكوين المستمر دون فرض أي رسوم على التكوين الأساسي الذي في إطاره قدم المطلوب طلب تسجيله في سلك الدكتوراه، واعتبرت تحميلة تكاليف الحصاص المقدمة خارج أوقات العمل الرسمية التي تتمسك به الجامعة لفرض الرسوم - لا يشفع لها في إقرار شرط جديد ينتفي سنده في القانون كما يتنافى مع طبيعة مهمة الجامعة التي تهدف تحقيق المصلحة العامة ويحدد القانون مواردها المالية لتغطية مصاريفها والتي لا يخضع لها التكوين الأساسي، وخلصت إلى تأييد الحكم المستأنف القاضي بإلغاء قرار

مجلس الجامعة برفض رسوم التسجيل في مواجهة الطلبة الموظفين الراغبين في التسجيل بسلك الدكتوراه، تكون قد علقت قرارها تعليلاً كافياً وسليماً، وما بالوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل رافعه الصائر.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة الإدارية (القسم الأول) السيد عبد المجيد بابا أعلي والمستشارين السادة : نادية للوسي مقررة، أحمد دينية، المصطفى الدحاني، فائزة بلعسري وبمحضر المحامي العام السيد سابق الشرفاوي، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة حفصة ساجد.

كاتبة الضبط

المستشارة المقررة

رئيس الغرفة

قرار محكمة النقض

عدد: 619/4

المؤرخ في: 2018/06/27

ملف: جنحي

عدد: 2017/6/8/5102

الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف

ضد

القاعدة

إنكار المنسوب إليه سند في براءة المطلوب في النقض من جنائبي السرقة المقترنة بأكثر من ظرف تشديد والمشاركة في ذلك، مادام أن تصريحات مصرحي المسطرة المرجعية غير كافية لإبراز عناصر الجنائبتين، ولكون المستأنف الوحيد هي النيابة العامة التي لم تدل كجهة اتهام بأية حجة ضد المطلوب ولم تطالب باستدعاء المصرحين بمحضر الضابطة القضائية.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة الجنحية (القسم الرابع) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف

الطالب

ويبين:

المطلوب

بناء على طلب النقض المرفوع من الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف، بمقتضى تصريح سجل بتاريخ 26 أكتوبر 2016، أمام كتابة الضبط بها، والرامي إلى نقض القرار الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية للأحداث بالمحكمة المذكورة بتاريخ 21 أكتوبر 2016 تحت عدد 182 في القضية ذات العدد: 2016/2615/152 والقاضي بتأييد القرار المستأنف المحكوم بمقتضاه ببراءة المطلوب ضده من جنائتي السرقة المقترنة بأكثر من ظرف تشديد والمشاركة فيها.

إن محكمة النقض

بعد أن تلا المستشار السيد بوشعيب توتاوي التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى المحامي العام السيد محمد مقرض في مستتجاته،

وبعد المداولة طبقا للقانون

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن الطاعن لبيان أوجه النقص بإمضائه.

في شأن الوسيلة الوحيدة المستدل بها على النقض والمتخذة من خرق إجراء جوهرى للمسطرة المادة 287 من نفس القانون ذلك أن الطاعن يعيب على المحكمة مصدره القرار المطعون فيه تأييدها للقرار الابتدائي القاضي ببراءة المطلوب في النقض بعله أن ما ذهب إليه جاء مصادفا للصواب والحال أن مصرحي المسطرة المرجعية المسميين يوعان صرحا أمام الضابطة القضائية بكون الحدث أي المطلوب في النقض اقترف معهما السرقة، وبذلك فهي بعدم استدعئهما وحضورهما أمامها وأدائهما اليمين القانونية ومناقشة شهادتهما تكون قد خرقت مقتضيات المادة 287 قانون المسطرة الجنائية وهو ما يعرض قرارها للنقض والإبطال.

لكن حيث أن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما أيدت القرار المستأنف القاضي ببراءة المطلوب في النقض من الجنائتين المشار إليها أعلاه استندت في ذلك إلى إنكاره المنسوب إليه، وإلى كون تصريحات مصرحي المسطرة المرجعية غير كافية لإبراز عناصر جنائتي السرقة المقترنة بأكثر من ظرف تشديد والمشاركة فيها، علما أن النيابة العامة هي المستأنف الوحيد في الملف ولم تدل كجهة اتهام بأية حجة ضد المطلوب ولم تطالب في تقريرها الاستئنافي ولا في ملتمساتها الشفوية باستدعاء المصرحين بمحضر الضابطة

القضائية، مما جاء معه قرارها مؤسسا قانونا وغير خارق لأي إجراء جوهري وما بالوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت برفض الطلب المرفوع من الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف ضد القرار الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية للأحداث بها بتاريخ 21 أكتوبر 2016 تحت عدد: 182 في القضية ذات العدد : 2016/2615/152.

ويتحميل الخزينة العامة الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل حي الرياض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة : حميد الوالي رئيسا والمستشارين : بوشعيب توتاوي مقررا، الجيلالي ابن الديجور، عبد الرزاق الكندوز، رشيد لمشرق وبمحضر المحامي العام السيد محمد مفراض الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة حفيظة الغراس.

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

قرار محكمة النقض

عدد: 1595/10

المؤرخ في: 2019/11/07

ملف: جنحي

عدد: 2018/92/21890

ن ذ ف وشركة التأمين سهام

ضد

ر م

القاعدة

التوقيع الذي يضعه الطرف أو دفاعه على وثيقة الإجراء الذي يقوم به هو الوسيلة التي تؤكد صدور ذلك الإجراء عنه وتعبير عن إرادته في إمضائه وترتيب آثاره القانونية أو تضي الحجية على المحرر الموقع.

لما قضت المحكمة بعدم قبول الاستئناف لعدم استيفائه شروطه الشكلية تكون قد بنت قضاءها على أساس، فالتوقيع على صك الطعن من المحامي أساسي لقبول الطعن بالاستئناف والتنصيص عليه الوارد في المادة 526 من قانون المسطرة الجنائية في ما يخص الطعن بالنقض يسري أيضا على التصريح بالطعن بالاستئناف لاتحاد العلة.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ: 2019/11/7

إن الغرفة الجنحية (القسم العاشر) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: ن ذ ف وشركة التأمين سهام
 ينوب عنه الأستاذ مبارك الطيب الساسي المحامي بهيئة أكادير والمقبول للترافع أمام
 محكمة النقض.

الطالب

ويين: ر م

المطلوب

بناء على طلب النقض المرفوع من طرف المتهم والمسؤول مدنيا نيكولا ذي فاهيا وشركة التأمين سهام بمقتضى تصريح مشترك أفضيا به بواسطة الأستاذ الساسي لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب بتاريخ 2016/12/9 والرامي إلى نقض القرار الصادر عن غرفة الاستئنافات الجنحية بها بتاريخ 1 دجنبر 2016 في القضية عدد 32/16 والقاضي مبدئيا بتأييد الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه في الدعوى العمومية بمؤاخذة المتهم أعلاه من أجل المنسوب إليه والحكم عليه عن الجرح خطأ بشهرين اثنين حبسا موقوف التنفيذ وغرامة نافذة قدرها 2000 درهم وعن قطع خط متصل بغرامة نافذة قدرها 700 درهم مع الصائر والإجبار في الأدنى. وفي الدعوى المدنية التابعة تحميل المتهم ثلثي مسؤولية الحادثة وأدائه لفائدة المطالب بالحق المدني رضوان موقا تعويضا إجماليا قدره 86239,8 درهما مع الفوائد القانونية وإحلال شركة التأمين سهام في الأداء وبفرض باقي الطلبات، مع تعديله بجعل ثلاثة أرباع مسؤولية الحادثة على المسؤول مدنيا وتحديد التعويض المحكوم به في 10193,8 درهما.

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا السيد المستشار عبد الكبير سلامي التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى السيد عبد العزيز الهلالي المحامي العام في مستتجاته.

وبعد ضم الملفات لارتباطها.

وبعد المداولة طبقا للقانون

ونظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالبي النقض بواسطة الأستاذ مبارك الطيب الساسي المحامي بهيئة أكادير والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

في شأن وسيلة النقض الفريدة المتخذة من نقصان التعليل وخرق المادتين 365 و370 من قانون المسطرة الجنائية والمادة 223 وما بعدها و396 من القانون نفسه وعدم الارتكاز

على أساس، ذلك أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه حكمت بعدم قبول الاستئناف معللة ذلك بأن الصك لم يوقع من طرف المصرح بالاستئناف، وهو تعليل مخالف لمقتضيات المواد 223 وما بعدها و396 أعلاه التي تتحدث عن تلقي كتابة الضبط التصريح بالاستئناف لا تنص على أن يكون التصريح موقعا من طرف المصرح فيكون الاستئناف وقع على الشكل القانوني والقرار المطعون فيه بما ذهب إليه مخالفا للقانون مما يعرضه للنقض.

لكن حيث إن التوقيع الذي يضعه الطرف أو دفاعه على وثيقة الإجراء الذي يقوم به هو الوسيلة التي تؤكد صدور ذلك الإجراء عنه وتعبير عن إرادته في إمضائه وترتيب آثاره القانونية أو تضيي الحجية على المحرر الموقع، والتوقيع على صك الطعن أساسي لقبول الطعن بالاستئناف والتنصيب عليه الوارد في المادة 526 من قانون المسطرة الجنائية في ما يخص الطعن بالنقض يسري أيضا على التصريح بالطعن بالاستئناف لاتحاد العلة، والمحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما تبين لها من صك، الطعن بالاستئناف أنه غير موقع من المحامي المشار فيه إلى أنه رفعه إلى المحكمة نيابة عن الطاعنين، وقضت بعدم قبول ذلك الاستئناف لعدم استيفائه شروطه الشكلية، بنت ما قضت به على أساس وجاء قرارها معللا تعليلا سليما و الوسيلة غير مؤسسة.

لأجله

قضت برفض الطلب وبرد المبلغ المودع لمودعه بعد استخلاص المصاريف. وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائن بشارع النخيل حي الرياض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: فاطمة بوخريس رئيسة الغرفة والمستشارين: عبد الكبير سلامي مقررا ونادية وراق وسيف الدين العصمي ونعيمة مرشيش وبحضور المدعى العام السيد عبد العزيز الهلالي الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة كاتب الضبط السيد منير المسعودي.

قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

عدد: 3810

المؤرخ في: 07 غشت 2018

ملف: إداري

عدد: 2018/7205/292

بين:

ج س

ضد

وزارة الداخلية ومن معها

القاعدة

حددت المادة 65 من القانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء الأشخاص الذين يتولون معاينة هذه المخالفات ومن بينهم مراقبوا التعمير التابعون للوالي أو العامل أو للإدارة، وخولت لهم صفة ضباط الشرطة القضائية. قرار الإدارة كان سليما ولا يشوبه أي عيب من عيوب عدم المشروعية المتمسك به من طرف المستأنفة، باعتباره صادر عن رئيس الجماعة وفق ما تنص عليه 65 المذكورة، إذ وباعتبار أن القرار محل الطعن صادر عن قائد الملحقة الإدارية، فإنه يعتبر تابعا للعامل والإدارة، ويتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية مختص في مراقبة المخالفة موضوع القرار محل الطعن، الذي بلغ للمستأنفة وفق ما تنص عليه مقتضيات المادة 67 من القانون 66.12 السالف الذكر.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 24 ذو القعدة 1439 الموافق ل 7 غشت 2018 م

إن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، أصدرت في جلستها العلنية القرار الآتي نصه:

بين:..... في شخص رئيسها...

مقرها: شارع.....

ينوب عنها الأستاذان نبيل نقلي وأنيس كورة، المحاميان بهيئة وجدة.

مستأنفة من جهة

وبين قائد الملحقة الإدارية....بمدينة...

عنوانه: الملحقة الإدارية....بمدينة...

- عمالة إقليم بركان في شخص السيد العامل بمكاتبه بالعمالة المذكورة ببركان.

ينوب عنهما: الأستاذان ميمون شطو ولويزة شطو، المحاميان بهيئة وجدة.

- وزارة الداخلية بالرباط في شخص رئيسها بمكتبه بوزارة الداخلية بالرباط.

- الدولة المغربية في شخص السيد رئيس الحكومة بمكاتبه برئاسة الحكومة بالرباط

مستأنف عليهم من جهة أخرى.

بناء على المقال الاستئنافي المقدم بتاريخ 9 فبراير 2018 من طرف الجمعية السكنيةبواسطة نائبيها الأستاذان نبيل نقلي وأنيس كورة ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة في الملف رقم 161/7110/2017 تحت عدد 888 بتاريخ فاتح نونبر 2017.

وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة بتاريخ 18 يوليوز 2018 من طرف قائد الملحقة الإدارية ل... ومن معه بواسطة نائبيهما الأستاذان ميمون شطو ولويزة شطو، والرامية إلى تأييد الحكم المستأنف.

وبناء على باقي الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على المادتين الخامسة والخامسة عشر من القانون رقم 80.03 المحدث بموجبه محاكم استئناف إدارية.

وبناء على قانون المسطرة المدنية.

وبناء على إدراج الملف بالجلسة المنعقدة بتاريخ 24 يوليوز 2018 تخلف عن حضورها الطرفين، فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة.

وبعد تلاوة المستشارية المقررة الأستاذة فاطمة الغازي لتقريرها، والاستماع للآراء الشفهية للسيد المفوض الملكي للدفاع عن القانون والسيد حسن اليحياوي الذي أكد

فيها ما جاء في مستنتاجاته الكتابية، ليقرر حجز القضية للمداولة لجلسة 7 غشت 2018 للنطق بالقرار الآتي نصه بعده.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث إن المقال الاستئنافي المقدم بتاريخ 9 فبراير 2018 من طرف ج س «...» بواسطة نائبها الأستاذان نبيل نقلي وأنيس كورة ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة رقم 2017/7110/161 تحت عدد 888 بتاريخ فاتح نونبر 2017 قد قدم ممن لها الصفة والمصلحة طبقا لمقتضيات الفصل 1 من قانون المسطرة المدنية، ومستوفيا لجميع الشروط الشكلية المنصوص عليها في الفصل 142 من نفس القانون المشار إليه أعلاه، والمادة 10 من القانون رقم 80/03 المحدثة بموجبه محاكم استئناف إدارية، وقدم داخل الأجل القانوني لعدم ثبوت تحقق تبليغ المستأنفة بالحكم المستأنف، مما يتعين معه الحكم بقبوله شكلا.

في الموضوع: حيث يستفاد من أوراق الملف ومن محتوى الحكم المستأنف، أنه بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدمت به المدعية (المستأنفة) بواسطة نائبها، والمسجل بكتابة الضبط بالمحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 5 شتبر 2017 والمعفى من أداء الرسوم القضائية، يرمي إلى الحكم بإلغاء القرار الإداري عدد 2017/07 الصادر عن قائد الملحقة الإدارية... بمدينة السعيدية بتاريخ 24 يوليوز 2017 والقاضي بإفراغ المحل السكني لاستغلاله بدون رخصة مع ترتيب الآثار القانونية، وأرفقت مقالها بصورة من القرار المطعون فيه، وصورة من تظلم ج، وصورة من الدورية الوزارية المشتركة لوزير الداخلية ووزير السكنى عدد 17/07 وصورة من ظهير 25 غشت 2016 تنفيذا للقانون رقم 66/12، وبعد تبادل المذكرات والردود وتمام الإجراءات اعتبرت المحكمة القضية جاهزة، وأصدرت حكمها المشار إلى مراجعه أعلاه، والقاضي بقبول الطعن شكلا وبرفضه موضوعا، وهو الحكم المستأنف.

في أسباب الاستئناف

حيث تعيب ج المستأنفة الحكم المستأنف بخرق مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.16.124 الصادر في 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 66/12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات المتعلقة بالتعمير والبناء، وكذا الدورية الوزارية المشتركة بين وزير الداخلية ووزير السكنى وسياسة المدينة عدد 17/07، وأن القرار موضوع الطعن الصادر عن القائد اعتمد على محضر معاينة مخالف لمقتضيات الظهير المذكور إذ تنص المواد 64 و65 و66

على أن المحاضر يجب أن تتجز من طرف ضباط الشرطة القضائية وفق شروط ومعايير محددة، وأن يحرر المحاضر طبقاً لأحكام المادة 24 من الظهير الشريف رقم 1.02.255 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، كما أن الإعذار تم إرفاقه بالقرار والحال أنه يتعين أن يفصل بينهما أجل عشرة أيام كاملة طبقاً لمقتضيات المادة 68 من نفس الظهير، كما أن الإعذار وجه إلى عنوان آخر، وأن القرار تناقض بين عنوانه وما قرره في الختام، إذ أن العنوان تضمن عبارة «أمر فوري بإخلاء البناية» في حين ختامه يرمي إلى «عدم استغلال البناية دون الحصول على رخصة السكن» مما يعني أن القرار متناقض في أجزائه، وأن منخرطي ج لا يستغلون العقار موضوع القرار مما يجعل السبب القائم عليه القرار غير صحيح، وأن القرار صادر عن جهة غير مختصة لكون الأمر يتعلق بعدم استغلال البناية أو إخلاءها وهو ما لا يدخل ضمن اختصاص القائد بل ضمن اختصاص رئيس الجماعة، ملتزمة الحكم بإلغاء الحكم المستأنف وتصديا بإلغاء القرار الصادر عن قائد الملحقة الإدارية... بمدينة السعيدية تحت عدد... المؤرخ في 24 يوليوز 2017 الذي يلزمها بإفراغ المحل السكني لاستغلاله دون رخصة مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك.

لكن، حيث إنه بالنسبة لسبب الاستئناف المتعلق بخرق مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.16.124 الصادر في 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 66/12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات المتعلقة بالتعمير والبناء وكذا الدورية الوزارية المشتركة بين وزير الداخلية ووزير السكنى وسياسة المدينة عدد 17/07، فإن ما تجدر الإشارة إليه هو أن القانون رقم 66.12 كانت دواعي صدوره تتمثل في توزيع الاختصاص في مجال الضبط الإداري أو الشرطة الإدارية المختصة في عمليات التعمير والبناء، إذ تضمنت المادة 40 أنواعاً جديدة من رخص التعمير، وألزمت صاحب الشأن (المستفيد) بالحصول على رخصة في حالة إدخال تغييرات كيفما كانت طبيعتها على واجهة البناية، وأضافت إلى جانب الرخص المسند الاختصاص بشأنها لرئيس مجلس الجماعة والواردة في القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير نوعين جديدين من التراخيص، الأول يتعلق بتسوية البناء غير القانوني والتي يسلمها رئيس المجلس المعني لطالبها بعد موافقة الوكالة الحضرية على ذلك، أما النوع الثاني فيتعلق بمنح امتياز الإصلاح في المناطق الخاضعة لإلزامية الحصول على رخصة البناء التي يسلمها رئيس مجلس الجماعة، والتي يتخذ القرار النهائي بشأنها دون لجوءه كسلطة مختصة بالإصدار لطلب آراء استشارية من سلطات إدارية أخرى معنية بميدان التعمير والبناء، فضلاً عن ذلك عمل المشرع من خلال مقتضيات القانون رقم 12.66

المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء على إدخال تغييرات مهمة على القانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، إذ أن القانون رقم 66.12 يتعلق بالمراقبة بامتياز على عمليات البناء والتحصين وتقسيم العقارات، إذ حدد الفصل الأول منه الأفعال التي يعد ارتكابها مخالفة، وهي إحداث تجزئات عقارية أو مجموعات سكنية أو تقسيم للعقارات من غير إذن - عدم احترام الوثائق المكتوبة والمرسومة موضوع الإذن المسلم بشأنها - ... استعمال بناية بدون الحصول على رخصة السكن وشهادة المطابقة، كما حدد القانون المذكور من يقوم بمعاينة مخالفات ميدان التعمير والبناء، واسند الاختصاص لكل من ضباط الشرطة القضائية ومراقبو التعمير التابعون للوالي أو للعامل أو للإدارة المخولة لهم صفة ضابط الشرطة القضائية.

وحيث إنه في هذا الصدد، وانطلاقاً من أسباب الاستئناف المتعلقة بمدى مشروعية القرار المطعون فيه، فإنه في إطار الأثر الناشر للاستئناف وما يترتب عنه من بسط محكمة الدرجة الثانية نظرها على كافة جوانب النزاع وما حوله من وسائل ودفع من الطرفين باعتبارها محكمة موضوع، وفي حدود الوسائل المثارة في الاستئناف، فإن هذه المحكمة وبعد اطلاعها على مقال الطعن المرفوع أمام المحكمة الإدارية وكذا باقي وثائق الملف، يتبين أن المستأنفة تقدمت بطلب انتهاء الأشغال، فكان جواب الإدارة الرفض لمخالفته التصاميم المرخصة إلا أنها سمحت لمنخرطيها باستغلال المبنى السكني دون توفيرهم على رخصة السكن، مما جعل الإدارة تتدخل قصد معاينة المكان بتاريخ 24 يوليوز 2017 وتحرير محضر بالمخالفة وإبلاغ وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية ببركان، ومن ثم قامت بإنذار المستأنفة باتخاذ كافة الإجراءات لإنهاء المخالفة، مما يفسر أن قرار الإدارة كان سليماً ولا يشوبه أي عيب من عيوب عدم المشروعية المتمسك به من طرف المستأنفة، باعتباره صادر عن رئيس الجماعة وفق ما تنص عليه المادة 65 من القانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، إذ حددت الأشخاص الذين يتولون معاينة هذه المخالفات ومن بينهم مراقبو التعمير التابعون للوالي أو للعامل أو للإدارة، وخولت لهم صفة ضباط الشرطة القضائية، وباعتبار أن القرار محل الطعن صادر عن قائد الملحقة الإدارية لملوية بالسعيدية، فإنه يعتبر تابعا للعامل والإدارة، ويتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية مختص في مراقبة المخالفة موضوع القرار محل الطعن، الذي بلغ للمستأنفة وفق ما تنص عليه مقتضيات المادة 67 من القانون 66.12 السالف الذكر، مما تظل معه أسباب الاستئناف المذكورة غير مبنية على أساس ومآلها الرد لهذه العلة.

وحيث إنه انطلاقاً مما تم بسطه أعلاه، وباستبعاد أسباب الاستئناف المذكورة، يظل الحكم المستأنف مؤسس في ما خلص إليه في منطوقه وعلل به، مما تقرر معه هذه المحكمة الحكم بتأييده لهذه العلل.

لهذه الأسباب:

قضت محكمة الاستئناف الإدارية علنياً انتهائياً وحضورياً:

في الشكل: بقبول الاستئناف.

في الموضوع: بتأييد الحكم المستأنف.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكورة أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، وكانت الهيئة مرتكبة من السادة:

السيد أنوار شقروني.....رئيساً

السيدة فاطمة الغازي.....مقررة

السيد إبراهيم مربطي.....عضواً

بحضور المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق السيد حسن اليحيائي.

وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة ملون.

الرئيس

المستشارة المقررة

كاتبة الضبط

علال باحبيبي.....مستشارا.
وبمساعدة السيدة لبنى العرافي.....كاتبة للضبط.

القرار التالي:

بين: م ز.

الساكنين برقم 388 بلوك 23 الوحدة الثانية الداوديات مراكش.
ينوب عنهم ذ/ سعيد هنيبي المحامي بهيئة آسفي.

بوصفه مستأنفا من جهة

وبين: أ ع بن ع س.

الساكن برقم 498 الوحدة الخامسة الداوديات مراكش.
ينوب عنهم ذ/ عبد الواحد برزوق المحامي بهيئة آسفي.

بوصفه مستأنفا عليه من جهة أخرى

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق
المدرجة بالملف.

وتطبيقا لمقتضيات الفصول 134 وما يليه والفصل 328 وما يليه والفصل 429 من قانون
المسطرة المدنية.

- الوقائع -

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف محمد زياني إلى رئيس المحكمة
الابتدائية بمراكش المؤداة عنه الرسوم القضائية والذي يعرض فيه أنه بمقتضى عقد وعد
بالبيع مصحح الإمضاء كان قد وعده المدعى عليه بأن يبيعه القطعة الأرضية المعدة للبناء
البالغة مساحته 90 مترا مربعا رقم 53 بالتصميم المودع بعمالة آسفي قصد المصادقة عليه
وهي جزء من العقار المسمى العرصة المقيد بالمحافظة العقارية تحت رقم 23/11542،
و أن المدعى عليه تسلم منه جميع الثمن المحدد في 40.000,00 درهما و تعهد بتحرير
العقد النهائي بعد تسوية وضعية العقار إلا انه بالرغم من مرور أكثر من 14 سنة على
إبرام العقد فإنه لم يتم تسوية الوضعية القانونية والتعميرية للعقار المبيع وتحرير العقد
النهائي وأنه انذر قانونيا بإتمام البيع بدون جدوى، وأن الشرط الوارد بالعقد موقوف
على محض إرادة المدعى عليه وأمام عدم تحققه فإنه يحق له المطالبة بفسخ عقد الوعد
بالبيع والحكم على المدعى عليه بإرجاع الثمن وتعويضاً عن الضرر مع النفاذ والصائر
وتحديد مدة الإكراه في الأقصى وأرفق المقال بصورة من عقد وعد بالبيع وجواب على

وحيث أجاب المستأنف عليه ملتتمسا تأييد الحكم المطعون فيه.

وحيث ثبت من إقرار المستأنف عليه بجلسة البحث أنه يتعذر عليه إتمام تجهيز التجزئة بالمطلوب بهدف تمكين المستأنف من البقعة التي اشتراها منه لأن الجهات الوصية على قطاع التعمير ألزمته بمراجعة التصميم وهو ما من شأنه النقص من مساحة التجزئة بكاملها وبالتبعية من مساحة البقع المكونة لها ومنها البقعة موضوع العقد الذي يربطه بالمستأنف، وهو ما ينتج عنه أن الشرط المتفق عليه بين الطرفين في العقد سند الدعوى الذي يجعل تحرير العقد النهائي رهينا بتسوية وضعية البقعة الأرضية المباعة قد أضحي مستحيلا مما يستحيل معه على البائع تنفيذ التزامه بالبيع على الوجه المتفق عليه سلفا بين الطرفين وفقا لما أفاد به هو نفسه، وأن ذلك يؤول إلى أن الشرط المتفق عليه قد أضحي متخلفا ما دامت تسوية الوضعية القانونية للبقعة المباعة لن تتم وفق المتفق عليه أبدا وإنما إذا تمت ستكون بمواصفات أخرى.

وحيث إنه لما ثبت أن الشرط المتفق عليه تخلف فإن الالتزام المتصف به يصبح غير قابل للتنفيذ وبذلك يكون طلب فسخه مبررا قانونا وواقعا خلافا لما سار إليه الحكم المستأنف وهو ما يبرر إلغاء الحكم المذكور وتأسيسا على الأسباب المساقاة قبله الحكم بفسخ العقد الرابط بين الطرفين والحكم على المستأنف عليه بأدائه للمستأنف مبلغ 40.000,00 درهما قيمة البقعة الأرضية وتعويضا عن الضرر تحدده المحكمة باعتماد في مبلغ 6.000,00 درهم.

لهذه الأسباب:

إن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا انتهايا و حضوريا:

1- في الشكل: سبق البت فيه بقبول الاستئناف.

2- في الموضوع: بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به وبعد التصدي الحكم بفسخ العقد الرابط بين الطرفين المؤرخ في 1998/11/26 وعلى المستأنف عليه بإرجاع مبلغ 40.000,00 درهم لفائدة المستأنف وبأدائه له تعويضا عن الضرر قدره 6.000,00 درهما مع الصائر. بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بأسفي دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات.

كاتب الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

أمر رئيس المحكمة الابتدائية بوادي الذهب

عدد: 61

المؤرخ في: 2020/10/13

ملف استعجالي

رقم: 2020/1101/68

الخزينة الإقليمية

ضد

ب م

ب ن د

القاعدة

عندما يتعلق الأمر بخطر محقق من شأنه المساس باستمرارية المرفق العمومي وإلحاق خسائر فادحة بمداخل الدولة المالية، فإن قاضي المستعجلات يكون مختصا للتدخل في حالة الاستعجال القصوى ومن ساعة لأخرى، من خلال الأمر بفض الاعتصام المنفذ من طرف المدعى عليهما، وبشمول هذا الأمر بالتنفيذ المعجل على أصل المسودة لوجود حالة الاستعجال القصوى.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 13-10-2020 أصدرنا نحن رضوان فـارح رئيس المحكمة الابتدائية بوادي الذهب بصفتنا قاضيا للمستعجلات، ونحن نبت في القضايا الاستعجالية من ساعة إلى أخرى الأمر الآتي نصه:

بين: الخزينة الإقليمية في شخص مديرها بالمقر الكائن بشارع محمد الخامس الداخلة .

بصفته مدع من جهة

وبيين: 1- السيد : - ب م

2- السيد - ب ن د

المعتصمين بباب الإدارة بنفس العنوان منذ 12 أكتوبر 2020 .

بصفتها مدعى عليهما من جهة أخرى

- الوقائع -

بناء على المقال الافتتاحي الذي تقدم به الطرف المدعي والمعفى من أداء الرسوم القضائية بتاريخ 2020/10/13 يعرض بمقتضاه أن المدعى عليهما يعملان لدى الشركة المكلفة بالحراسة GARDNET SERVICE كحراسي أمن خاص، والتي انتهت مدة تعاقدتها مع الخزينة العامة للمملكة، وأنهما يعتصمان أمام باب الخزينة الإقليمية بالداخلة ويعرفلان ولوج الزوار للخزينة، وأن العارض أنجز بتاريخ يومه 2020/10/13 محضرا للمعاينة من قبل المفوض القضائي رضوان لغزاوي عاين واقعة قيام المدعى عليهما بالاعتصام أمام باب الخزينة الإقليمية، وأنه لوجود حالة الاستعجال القصوى يلتمس الأمر بفض الاعتصام المنفذ من طرف المدعى عليهما أمام مقر الخزينة، و أرفق مقاله بنسخة من محضر المعاينة مؤرخ في 2020/10/13.

بناء على إدراج القضية بمكتبنا بتاريخ تقديم الطلب، ولحالة الاستعجال القصوى قررنا حجز الملف للتأمل في نفس اليوم.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل : حيث قدم الطلب وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا مما يتعين معه قبوله.
في الموضوع : حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر استعجالي من ساعة إلى أخرى وفق المفصل أعلاه.

حيث إنه بالاطلاع على ظاهر المستندات تبين لنا أن هناك عملية اعتصام يقوم بها المدعى عليهما ترتب عنها عرقلة العمل داخل الخزينة الإقليمية بالداخلة الأمر الذي من شأنه تعطيل استمرارية المرفق العمومي.

حيث إن قاضي المستعجلات مختص للتدخل في حالة الاستعجال القصوى ومن ساعة لأخرى خاصة عندما يتعلق الأمر بخطر محقق من شأنه المساس باستمرارية المرفق العمومي وإلحاق خسائر فادحة بمداخيل الدولة المالية طبقا لمقتضيات الفصولين 150 و151 من قانون المسطرة المدنية .

حكم المحكمة الإدارية بمراكش
المؤرخ في: 19 فبراير 2020
الموافق: 24 جمادى الثانية 1441
ملف إداري: قسم القضاء الشامل

رز

ضد

السيد والي جهة مراكش أسفي بمكاتبه بمراكش

القاعدة

1- إن المتابعة التأديبية مستقلة عن المتابعة الجزرية وهو استقلال يحد منه فقط عدم المساس بحجية الأحكام القضائية بشأن وقائع ناقشتها تلك الأحكام، وبذلك يحق للإدارة تحريك المتابعة التأديبية في حق المخالف ولو في ظل عدم وجود حكم قضائي نهائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به، شريطة ثبوت الصحة المادية للوقائع موضوع المتابعة وسلامة التكييف القانوني المصيح عليها.

2- إن حق الدفاع يعتبر من الحقوق الأصلية التي يجب أن تسبق كل إجراء تأديبي ولو في حالة عدم وجود نص بذلك، وفي نازلة الحال لم يثبت أن الإدارة قد خرقت ذلك الحق بدليل أن محضر المجلس التأديبي يشير إلى حضور الطاعن المتابع وتذكيره بمضمون المخالفات المنسوبة إليه وعدم وجود أي حفظ بشأن إمهاله لإعداد دفاعه، ومن ثم فإن القرار التأديبي المطعون فيه والمؤسس على الرأي الصادر عن ذلك المجلس لا يعتبر ماسا بحقوق الدفاع.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة الإدارية بمراكش وهي مؤلفة من السادة:

محمد رافع.....رئيسا.

عبد الله الناصري.....عضوا مقررا.
حميد رشيد.....عضوا.
حياة شمسي.....مفوضا ملكيا.
عبد الإله الزيراوي.....كاتب الضبط.

بين: السيد رز

الساكن بعرضة الحوتة درب بن العراصي الرقم 9 مراكش.

النائب عنه الأستاذ عبد المجيد الجعفري المحامي بهيئة المحامين بمراكش.

مدعى من جهة

وبين:

السيد والي جهة مراكش أسفي بمكاتبه بمراكش.

مدعى عليه من جهة أخرى

- الوقائع -

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف نائب المدعى لدى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2019/11/13 المعفى من الرسوم القضائية بقوة القانون والذي يعرض من خلاله أنه كان يشغل منصب مقدم حضري بالملحة الإدارية باب دكالة، وقد فوجئ بقرار العزل من طرف السيد الوالي ويعيب على هذا القرار بكونه يتسم بخرق الإجراءات الشكلية والانحراف في استعمال السلطة والشطط في استعمالها وعيب السبب وخرق القانون أولا بخصوص عيب السبب فإنه يتعين لاتخاذ أي عمل إداري اتباع مراحل مسطرية وشكلية فمن خلال الرجوع إلى قرار العزل يتبين أنه لم يتم استدعاءه لحضور المجلس التأديبي المزعوم ولا تمتيعه بحق الدفاع، إضافة إلى كون القرار المطعون فيه لم يصدر عن المجلس التأديبي، وثانيا فيما يتعلق بالانحراف في استعمال السلطة فالقرار المطعون فيه لم يكن جديا بل كان بناء على حزازات يكنها له بعض الأشخاص ولم يخضع لإغرائهم لكونه كان مجدا في عمله وعلى إثر ذلك تمت ترقيته إلى شيخ حضري، هذا فضلا على كون المقدم لا يمارس مهامه كموظف وليس له أجر شهري بل تصرف له التعويضات فقط وبالتالي فهو ليس بموظف عمومي، كما أنه لا صفة للوالي في عزله من عمله، أما عيب السبب فقد جاء في قرار العزل أنه تم تورطه وعرضه على أنظار المحكمة وهذه العلة غير موضوعية تخالف جميع المبادئ القانونية والدستورية والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادق عليها المغرب والتي تنص

جميعها على أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم نهائي غير قابل للطعن أي أن يستند الحكم جميع طرق الطعن، كما أنه بالرجوع إلى قرار العزل نجد أنه ينص على أنه تم بناء على قرار المجلس التأديبي المنعقد بتاريخ 2019/9/5 في حين أنه لا توجد أية إشارة إلى تشكيل هذا المجلس وتركيبه مما يجعل القرار المذكور يتسم بخرق القانون، وبناء على ما ذكر أعلاه التمس الحكم بإلغاء القرار الصادر عن والي جهة مراكش أسفي عامل عمالة مراكش تحت رقم 2019/82 بتاريخ 2019/9/11 القاضي بعزل المدعي من منصبه كمقدم حضري مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك وشمول الحكم بالنفاذ المعجل، وأرفق المقال بصورة من قرار العزل.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف الوكيل القضائي للمملكة بتاريخ 2020/1/15 والتي دفع من خلالها في الشكل بعدم قبول الطلب لخرق مقتضيات المادة 23 من القانون رقم 90/41 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية ذلك أن صاحب الشأن قد تحقق علمه اليقيني بقرار الوالي جهة مراكش أسفي وعامل عمالة مراكش القاضي بعزله من منصب كمقدم حضري بالملحقة الإدارية باب دكالة المؤرخ في 2019/09/11 تحت عدد 2019/82، هذا القرار الذي أنتج آثاره وأحدثها وتحصن بعدم الطعن فيه بالإلغاء داخل الأجل القانوني حسب ما تنص على ذلك المادة أعلاه، ولم يتم مراجعة القضاء إلا بتاريخ 2019/11/13 أي بعد مرور ما يزيد على 60 يوماً على صدور قرار المطعون فيه وتحقق علمه اليقيني به، وهذا ما كرسه القضاء الإداري المغربي بموجب عدة أحكام عدة من بينها الحكم عدد 2940 الصادر عن إدارية الرباط بتاريخ 2014/05/22 في الملف رقم 2013/7110/525، وفي الموضوع الحكم برفضه على أساس أن الطاعن تناسي أن خصوصية العلاقة التي تربطه بالإدارة تسمح لها بالاستغناء عنه كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك بدون أي إنذار أو تعويض فبالأحرى حين ارتكابه الاخلالات الجسمية أثناء ممارسته لعمله، فضلاً عن ذلك فإنه يندرج في إطار النظام الخاص بالأعوان المؤقتين، هذه الفئة من الأعوان رغم مشاركتها المباشرة في تسيير المرافق العمومية فإنه لا تتمتع بصفة الموظف العمومي التي من شروط اكتسابها التعيين في منصب دائم أو وظيفة قارة حسب المفهوم الذي أعطاه الفصل 2 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية، كما أنه من المجمع عليه فقها وقضاء أن العون المؤقت يمكن الاستغناء عن خدماته كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك سواء ارتكب خطأ من شأنه أن يبرر اتخاذ عقوبة تأديبية في حقه أو لم يرتكبه فبالأحرى إذا كان الدافع نحو عزله هو ثبوت تورطه في إخلالات مهنية على درجة من الفداحة كما هو ثابت في نازلة الحال، وقد أكد القضاء المغربي قد أكد هذا التوجه في عدة مناسبات

ذكر منها على سبيل المثال لا الحصر القرار عدد 1657 الصادر بتاريخ 2000/12/07 في الملف الإداري عدد 1998/1/5/430، أكثر من ذلك فلا مجال للبحث عما إذا كان ما نسب للوعون من مخالفات ثابتة أو غير ثابتة لكون هذا النوع من العمال لا يستفيدون من الضمانات والامتيازات المخولة قانوناً لموظفي الدولة مادام لم يتم إدماجهم وفق ما يقتضيه القانون ويمكن بالتالي للإدارة الاستغناء عنهم كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، بالإضافة إلى أن القرار المتخذ في حق الطاعن راعى الظروف المحيطة بالنازلة وأخذ بعين الاعتبار طبيعة عمل هذا الأخير ومدى تأثير ما نسب إليه على المرفق الذي ينتمي إليه مما جعله عنصراً فاسداً لا يمكن معها تصور بقائه منتمياً إلى الإدارة والمتمثلة وفقاً لما جاء في التقرير المنجز من طرف السلطة المحلية في تورطه وعرضه على أنظار هيئة المحكمة الابتدائية الملف عدد 2019/2106/6754 والمتابع من خلاله بتهمة السكر العلني و التحريض على الفساد وهي محددات يستحضرها القاضي حين إعماله لرقابة المشروعية، وبناء على ذكر يكون قرار العزل سليماً ومشروعاً ومؤسس على وقائع ثابتة في الزمان والمكان بررت اتخاذها ولا يتسم بالشلط في استعمال السلطة مادام أنه اتخذ وفقاً لمقتضيات قانونية صريحة وواجبة الأعمال في نازلة الحال، وبخصوص اتسام القرار المطعون فيه بالانحراف في استعمال السلطة على أساس أنه اتخذ في حقه بناءً على حزازات يكنها له بعض الأشخاص لكونه لم يخضع لإجراءاتهم، هذا الزعم مردود من أساسه لأن عيب الانحراف في استعمال السلطة يتحقق كلما ثبت أن الدافع من وراء إصدار قرار معين هو تلبية أغراض خاصة أو مصالح شخصية أو أهداف مخالفة للهدف الذي رسمه القانون كما أن الانحراف يحاكم النوايا الباطنية لمصدر القرار ومن ثم فإنه يتعين إثباته بشكل كاف ومقنع وليس اعتماداً على التخمينات والظنون والاستنتاجات الخالية من أية قيمة قانونية، كما أن عيب إثبات الانحراف في استعمال السلطة يقع على عاتق الطاعن، وهو ما يفيد أن القرار المطعون فيه غير متسم بأي انحراف في استعمال السلطة، أما فيما يخص عيب السبب فإنه مردود من أساسه ذلك القرار المطعون فيه كان مشروعاً ومبنياً على أسباب لان هذه العقوبة جاءت على خلفية مؤاخذته من أجل تورطه وعرضه على أنظار هيئة المحكمة الابتدائية، أما كون القرار المذكور كان بناءً على قرار المجلس التأديبي المنعقد بتاريخ 2019/09/05 في حق عون السلطة وأنه لا توجد أي إشارة إلى تشكيل هذا المجلس وتركيبته و أن قرار العزل صادر عن المجلس التأديبي في حين أنه يحمل توقيع السيد الوالي دون إشارة إلى المجلس المذكور، فإن ذلك لا أساس له ذلك أن المجلس التأديبي عقد اجتماعاً بتاريخ 2019/09/05 بناءً على ما ورد في التقرير المنجز من طرف السلطة المحلية، وأن المجلس

التأديبي ثبت له تورط المعني بالأمر في أفعال إجرامية وعلى إثر ذلك اتخذ مقترحه، وهو الاقتراح الذي اتخذته الجهة الإدارية المختصة المتمثلة في والي جهة مراكش أسفي، ومن تم أن القرار المطعون فيه مشروع وقانوني واستند على أسباب قانونية وواقعية ثابتة كما تم تمكين الطاعن من جميع الضمانات التأديبية بما فيها عرضه على المجلس التأديبي.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف نائب والي جهة مراكش أسفي بتاريخ 20120/1/15 والتي ورد فيها أنه قد احترم حقوق الدفاع حين عرض الطاعن على المجلس التأديبي ومكنه من تقديم توضيحات بخصوص المخالفات المهنية موضوع المتابعة خصوصا وأن محضر المجلس التأديبي يخلو من أي ملتمس مقدم من طرفه لإمهاله قصد الإطلاع على ملفه التأديبي، كما أن عبئ إثبات الانحراف في استعمال السلطة يقع على عاتق مدعيه وفي نازلة الحال فإن الطاعن لم يعضد مزاعمه بأي وسيلة من وسائل الإثبات، وبخصوص عيب السبب فإن القرار المطعون اتخذ بناء على الاعتراف الصريح الذي أدلى به الطاعن في جلسة الاستماع إليه أمام المجلس التأديبي والمتمثل في كونه كان بمكتبه وبحوزته قنينة خمر وبرفقتة سيده ضبط معها في حالة تلبس من أجل السكر العلني والتحريض على الفساد، أما ما يتعلق بالوسيلة المستمدة من خرق القانون فإن المعني بالأمر لم يبين القاعدة القانونية التي تم خرقها، الأمر الذي يجعل الوسائل المثارة غير مؤسسة على أي أساس سليم، والتمس الحكم برفض الطلب، وأرفق المذكرة ب 6 استفسارات وصورة من محضر المجلس التأديبي.

وبناء على المذكرة الجوابية الإضافية المقدمة من طرف الوكيل القضائي بتاريخ 2020/2/5 والتي ورد فيها أنه في إطار تطبيق مقتضيات الدورية الوزارية عدد 50/ق ش ع/م و 1 بتاريخ 1971/12/08 انعقد بمقر عمالة مراكش يوم الخميس 05 شتبر 2019 اجتماع للنظر في الأفعال المنسوبة إلى الطاعن على إثر ضبطه من طرف الشرطة بتاريخ 2019/8/6 متلبسا بمقارعة الخمر وبرفقتة امرأة مطلقة المسماة ي ك في مكتبه التابع لمرافق الملحقة الإدارية باب دكالة، وتمت متابعته من طرف الهيئة القضائية في حالة سراح بتهمة السكر العلني والتحريض على الفساد، وقد حضر أمام اللجنة التأديبية الإقليمية المذكورة التي استمعت له حيث قام بالرد على المؤاخذات المسجلة ضده من طرف السلطة الرئاسية واعترف بالمنسوب إليه، واتخذت في حقه قرار العزل من منصبه كعمون سلطة وهو الاقتراح الذي تم تبنيه من لدن السيد والي جهة مراكش أسفي عامل عمالة مراكش وجسده قراره عدد 82 المؤرخ في 2019/09/11، وتجدر الإشارة إلى أنه سبق وأن تم توجيه استفسار إليه بشأن تغييره عن مكتبه وعدم تلبية حاجيات المواطنين إضافة إلى عدم تشغيله

الهاتف المسلم له من طرف مصالح الولاية مما يعد استهتارا بالمسؤولية الملقاة على عاتقه وتصرفا غير مبرر من طرفه، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه سليم ومشروع وأن مزاعم الطاعن لا تتركز على أساس، فقد منحت له كافة الضمانات المخولة له قانونا للدفاع عن حقه بدليل أنه حضر الجلسة التي انعقد فيها المجلس التأديبي حسب ما هو ثابت من خلال ورقة الحضور الحاملة لتوقيعه وتم الاستماع إليه واعتراف بالمنسوب إليه، وبناء على هذه الأخطاء المهنية الثابتة في حقه تم اقتراح عقوبة العزل في حقه من طرف اللجنة الإقليمية التأديبية، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه معطل بشكل سليم ومشروع ومؤسس على وقائع ثابتة في الزمان والمكان بررت اتخاذه ولا يتسم بالشطط في استعمال السلطة لأنه اتخذ وفقا لمقتضيات قانونية صريحة وواجبة الأعمال في نازلة الحال مادام صاحب الشأن قد أبان عن تصرفات تسيء لسمعة الإدارة التي ينتمي إليها بالإضافة إلى أن ما نسب إليه من أفعال وأخطار مهنية جسمية، والتمس التصريح برفض الطلب.

وبناء على إدراج القضية بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2020/2/5 حضرها نائب والي جهة مراكش وتخلف الباقي رغم سابق توصله وأعطيت الكلمة للسيد المفوض الملكي الذي أكد مستنتاجاته الكتابية فقررت المحكمة حجز القضية للمداولة لجلسة 2020/2/19.

وبعد المداولة طبقا للقانون

التعليق:

في الشكل: وحيث قدم الطعن من ذي صفة ومصالحة وداخل الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 23 من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية، كما استوفى باقي الشروط الشكلية المتطلبة قانونا مما يستوجب التصريح بقبوله.

وفي الموضوع: حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإلغاء القرار الإداري عدد 2019/82 الصادر بتاريخ 2019/9/11 عن والي جهة مراكش أسفي عامل عمالة مراكش القاضي بعزل الطاعن من منصبه كمقدم حضري مع ما يترتب عن ذلك قانونا وشمول الحكم بالنفاذ المعجل.

وحيث استند الطاعن في طلبه على كون القرار المطعون فيه مشوب بعيب السبب على اعتبار أنه برئي حتى تثبت إدانته بحكم نهائي، وكذا عيب مخالفة القانون لعدم الإشارة إلى تشكيلة المجلس التأديبي ذلك أن قرار العزل صادر عن السيد والي جهة مراكش أسفي ويحمل توقيعه ولم يتم استدعاءه للمجلس التأديبي وكذا تمتيعه بحق الدفاع عن نفسه،

إضافة إلى عيب عدم الاختصاص لكون الوالي ليس هو المختصة لاتخاذ هذا قرار العزل، بالإضافة إلى كون القرار مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

وحيث أجاز الوكيل القضائي للمملكة موضحاً أن الطاعن كان يشتغل لدى الإدارة في إطار النظام الخاص بالأعوان المؤقتين ولا يتمتع بصفة موظف عمومي مما يمكنها من الاستغناء عن خدماته دون ضمانات تأديبية، وأن المجلس التأديبي بجميع أعضائه اقترح قرار عقوبة العزل في حق الطاعن بعدما تبث متابعته قضائياً بتهمة السكر العلني والتحريض على الفساد، الأمر الذي يجعل القرار الطعين سليماً ومشروعاً ومستنداً على أسباب قانونية وواقعية.

وحيث أجاز والي جهة مراكش أسفي مؤكداً أن الطاعن اعترف بالأخطاء المهنية المنسوبة إليه أمام أنظار المجلس التأديبي الذي مكنه من جميع حقوقه المخولة له قانوناً، وفي المقابل لم يبين المعني بالأمر نوع القاعدة القانونية التي تم خرقها أثناء البت في وضعيته أمام الجهة التأديبية.

وحيث إنه بخصوص عيب الشكل المتمثل في كون الطاعن لم يستدع لحضور اجتماع المجلس التأديبي ولم يقع تمتيعه بحق الدفاع فإنه بادئ ذي بدء يتعين التأكيد على أن حق الدفاع يعد من الحقوق الأصلية التي يجب أن تسبق كل إجراء تأديبي ولو في غياب نص بذلك، وفي نازلة الحال لم يثبت أن الإدارة خرقت ذلك الحق بدليل أن محضر اجتماع اللجنة التأديبية الإقليمية المنعقدة بتاريخ 2019/9/5 يشير إلى حضور الطاعن لهذا الاجتماع وتلاوة مضمون المخالفات المهنية المنسوبة إليه قصد تقديم توضيحات بخصوص موضوع المتابعة، إلا أنه تمسك بمضمون تصريحاته المدونة في محضر أقواله دون أن يتحفظ بشأن إمهاله لإعداد دفاعه أثناء جلسة المجلس التأديبي مما يجعل هذه الوسيلة غير مؤسسية.

وحيث إنه بالنسبة لعيب السبب الذي تمسك من خلاله الطاعن بكونه بريء حتى تثبت إدانته بحكم نهائي غير قابل للطعن، فإنه بعد اطلاع المحكمة على وثائق الملف ومستنداته تبين لها أن المعني بالأمر كان حاضراً لاجتماع المجلس التأديبي وتمت مواجهته بالأفعال المنسوبة إليه فاعترف بها اعترافاً صريحاً مؤكداً أنه تم ضبطه بمكتبه رفقة امرأة مطلقة يعتبرها خطيبته كان ينوي الزواج بها مستقبلاً وبحوزتهما قنينة من الخمر، مما يجعل مزاعمه بشأن هذه الواقعة لا تنبني على أي أساس من الصحة ما دام أن الاعتراف سيد الأدلة ودون النظر إلى مدى ثبوت المخالفة من عدمها والتي توبع من أجلها أمام جهة القضاء على أساس أن للإدارة الحق في تحريك التأديب ولو في ظل وجود حكم قضى ببراءة

الشخص في شأن المتابعة الجزرية شريطة ثبوت صحة الوقائع المادية موضوع المتابعة التأديبية وسلامة التكليف القانوني (قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 286 وتاريخ 2013/1/23 في الملف رقم 5/12/186) فضلا عن ذلك يمكن لها تحريك المتابعة التأديبية ولو في غياب متابعة جزرية ما دام أن المخالفة الإدارية قائمة (قرار محكمة النقض عدد 656 بتاريخ 2011/9/8 في الملف الإداري رقم 2009/1/4/798).

وحيث إنه بخصوص الوسيلة المثارة بشأن عيب الانحراف في استعمال السلطة فإن هذا العيب ينبغي أن يشوب الغاية من إلغاء القرار الإداري ذاتها وذلك بأن تكون الإدارة قد تجاهلت المصلحة العامة التي يجب أن يبتغيها القرار الإداري وأصدرته بدافع لا يمت لتلك المصلحة بأية صلة، وفي نازلة الحال لم يدل الطاعن بما يثبت إساءة والي جهة مراكش أسفي وعامل عمالة مراكش باعتباره الجهة المختصة بإصدار القرار المطعون فيه وانحرافه في استعمال سلطته ولا يوجد من ضمن وثائق الملف أو من خلال الظروف التي واكبت صدور هذا القرار المطعون ما ينهض حجة على نية هذا الأخير في تحقيق مصلحة ذاتية بعيدة عن المصلحة العامة التي تم توضيحها أعلاه حينما أصدر قراره القاضي بعزله من مهامه بصفته شيخ حضري، مما تكون معه الوسيلة أيضا غير سديدة ويتعين عدم الالتفات إليها.

وحيث إنه تأسيسا على ما سبق بسطه وتعليقه فإن قرار العزل المطعون فيه بالإلغاء يبقى قرارا مشروعاً ومطابقاً للقانون ومبنيًا على سبب جدي وواقعي سليم ويتعين تبعا لذلك التصريح برفض طلب الطعن المقدم بشأنه.

المنطوق: وتطبيقا لمقتضيات قانون المسطرة المدنية والقانون رقم 41-90 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية.

لهذه الأسباب:

تصرح المحكمة الإدارية علنيا ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل: بقبول الطعن.

في الموضوع: برفضه.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

حكم المحكمة التجارية بمراكش

عدد: 2673

المؤرخ في: 2015/11/26

ملف تجاري

رقم: 2015/2801/1926

ع م

ضد

شركة إ د س

القاعدة

- 1 - لما يتدخل المشرع ويعرف كل نوع من البيوعات، ويسن له مجموعة من القواعد والضوابط فيتعين تحديد طبيعته انطلاقا من موضوع البيع لا من خلال شكلية إبرامه، مهما اختلفت التسميات.
- 2 - عدم احترام العقد موضوع الدعوى - بيع العقار في طور الإنجاز - لشكليات تحرير العقد الابتدائي وفق مقتضيات للفصل 3-618 من ق ل ع يجعله تحت طائلة البطلان، ويتعين على المحكمة التصريح به.
- كل طلب أو قبول لأي أداء كيفما كان قبل التوقيع على عقد البيع الابتدائي يعد باطلا طبقا
- 3 - للفصل 618.8 من ق ل ع. وأن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يرتب أي أثر سوى استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له طبقا للفصل 306 من ق ل ع.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة التجارية بمراكش في جلستها العلنية يوم 26 نونبر 2015 وهي مؤلفة

من:

السيد: عبد الرحيم اسميح.....رئيسا

السيد: عبد الحق السراوي.....مقررا

بمساعدة السيد (ة): حليلة النملي.....كاتب الضبط

الحكم الآتي نصه:

بين: م ع عنوانه حي النصر تجزئة الخليل رقم 22 قسبة تادلة.

ينوب عنه عبد الفني الزايغي (المحامي بهيئة مراكش).

من جهة.

وبين: ش إد س في شخص م ق الكائن مقرها الاجتماعي بتجزئة السعادة خلف مرجان مراكش.

ينوب عنها عبد الله الراضي المحامي بهيئة الدار البيضاء الجاعل محل المخابرة معه بكتابة ضبط هذه المحكمة.

من جهة أخرى.

- الوقائع -

بناء على المقال المودع بتاريخ 2015/09/22 عرض فيه المدعي أنه حجز شقة في طور الإنجاز بثمن المملوكة للمدعى عليها بثمن محدد في مبلغ 200000 درهم تسلمت منها البائعة مبلغ 60.000 درهم على تادي الباقي بعد انتهاء الأشغال وأنه أصبح يعيش عطالة دائمة جعلته يستكف عن اداء المتبقي من الثمن كما أن وصل الحجز لا يرقى لدرجة اعتباره من العقود باعتبار أن المشرع خص البيوعات العقارية بشكليات خاصة مع الزامية تحرير عقد ابتدائي بمحرر رسمي وبموجب عقد ثابت التاريخ وان المدعى عليها لم تحترم هذه مقتضيات مما يجعل العقد باطلا وفق مقتضيات الفصل 618-8 التي تعتبر قواعد أمره ومن النظام العام، والتمس الحكم ببطلان الاتفاق المبرم بينهما وإرجاع المدعى عليها لفائدته مبلغ 60.000 درهم وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليها الصائر. وارفقه بأصل بون الحجز.

وبناء على مذكرة جوابية للمدعى عليها بتاريخ 2015/10/29 عرض خلالها أن المقال خرق مقتضيات الفصل 27 من م ق م على اعتبار ان المحكمة المختصة مكانيا هي المحكمة التجارية بالبيضاء أو المحكمة المدنية بالبيضاء والتي يوجد بدائرتها مقرها الاجتماعي والتمست الحكم بعدم الإختصاص المكاني والقول بأن المحكمة المختصة هي المحكمة التجارية بالبيضاء أو المحكمة المدنية بالبيضاء. وفي الموضوع فإن المدعي رفض تنفيذ

التزاماته المقابلة ذلك أنها أنجزت المشروع السكني وفق التصاميم الهندسية ودفتر التحملات وتبع لذلك حصلت على رخصة السكن كما انها لم تلتزم مع المدعي بتسليم الشقة داخل أجل قانوني محدد. وانه بإنجازها المشروع رفض المدعي أداء باقي الثمن وإمضاء عقد البيع النهائي، وأن دعواه الحالية جاءت بسوء نية الهدف منها هو التحلل من التزاماته التعاقدية المحددة وفق اتفاق الطرفين. وأن ما تشبث به المدعي ببطلان العقد الرابط بينهما لخرقه مقتضيات قانون 00-44 لا يسعفه على أساس أن عقد الحجز لا يخول له أي حق عيني وفقاً للمادة 1 من مدونة الحقوق العينية كما أنه لم يرق إلى عقد وعد بالبيع أو بيع نهائي حتى يمكن اعتباره من الحقوق العينية وبالتالي لا تنطبق عليه مقتضيات القانون 00-44 فضلاً على أن التعاقد من طرفها يتم عن طريق تقديم عروضها إلى الجمهور على شكل دعوى إلى التعاقد ويصدر الإيجاب عن المشتري بإقدامه على أداء مبلغ التسبيق وأنه بالرجوع إلى عقد الحجز الرابط بين الطرفين يتبين أنه انصب على حجز الطرف الأول للشقة بمشروع سكني يقوم بتهيأته الطرف الثاني مقابل إنشاء عقد انتهائي بتمام المشروع ودفع الثمن وأن عقد الحجز كما ذهب إلى ذلك المجلس الأعلى دعوى إلى التعاقد. والتمس رفض الطلب وادلى بنسخ أحكام.

وبناء على مذكرة تعقيبية للمدعي بتاريخ 2015/11/12 عرض فيها ان الاختصاص المكاني ينعقد لهذه المحكمة استناداً للمادة 202 من قانون 08-31 باعتباره مستهلكاً طبقاً للمادة 2 من نفس القانون ومن جهة فالمدعى عليها لم تحدد المحكمة المختصة. وان المدعى عليها اقرت بأنها فوتت شقة في طور البناء الذي يحتاج إلى شروط شكلية أهمها إنجاز عقد ابتدائي بواسطة موثق أو مهني مؤهل والتمس رد دفعات المدعى عليها و الحكم وفق المقال.

وبناء على إدراج الملف بعدة جلسات آخرها جلسة 2015/11/12 نائب المدعي فتقرر حجز الملف للمداولة لجلسة 2015/11/26.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

في الاختصاص المكاني: حيث إنه تطبيقاً للمادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك فإنه في حالة نزاع بين المورد والمستهلك ورغم ورود شرط مخالف فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك الذي عرفه المشرع بمقتضى المادة 2 من نفس القانون بكونه كل شخص طبيعي أو معنوي يقطن أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي، والثابت من خلال وثائق الملف ان

المدعي حجز شقة في مشروع سكني وهو ما يفيد أنه اقتنى لاستعماله الشخصي وبالتالي جاز له تقديم الدعوى أو موطنه مما يجعل دفع المدعى عليها بعدم الاختصاص المكاني غير مؤسس ويتعين رده.

في الشكل : حيث قدم الطلب وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا ويتعين قبوله.

في الموضوع : حيث أسس طلب المدعي الرامي الى بطلان العقد المبرم موضوع الدعوى على مخالفة بنوده لأحكام القانون رقم 00-44 المنظم لبيع العقارات في طور البناء.

وحيث إنه بالرجوع للفصل 618-1 من ق ل ع يعتبر بيعا لعقار في طور الانجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال، والثابت من خلال وصل الحجز المؤرخ في 10/06/2008 أن المدعي أبرما اتفاقا مع المدعى عليها تلتزم بمقتضاه ببيعه شقة بعد إنجازها داخل أجل محدد مقابل التزامه بأداء باقي الثمن على مراحل وهو ما أكدته المدعى عليها في مذكرتها الجوابية بقولها أن عقد الحجز انصب على حجز الطرف الأول للشقة بمشروع سكني يقوم بتهيئته الطرف الثاني مقابل إنشاء عقد انتهائي بتمام المشروع و دفع باقي الثمن . وهو ما يوضح بأن الاتفاق موضوع الدعوى يتعلق ببيع عقار في طور الإنجاز عكس ما ذهب إليه المدعى عليها من أنه مجرد دعوى إلى التعاقد. ومادام المشرع تدخل وعرف هذا النوع من البيوعات ثم سن له مجموعة من القواعد والضوابط فيتعين تحديد طبيعته انطلاقا من موضوع البيع لا من خلال شكلية ابرامه وبالتالي فمهما اختلفت التسميات من دعوى إلى التعاقد أو وعد بالبيع أو عقد تمهيدي فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز.

وحيث إن بيع العقار في طور الإنجاز يجب تحت طائلة البطلان طبقا للفصل 618-3 من ق ل ع أن يحرر في عقد ابتدائي وفق شكليات محددة ومن طرف أشخاص معينين ومؤهلين لتحريره ويجب أن يرفق بمجموعة من الوثائق التي تثبت أن مراحل في البناء قد قطعت وإجراءات قد تمت، لكن بالرجوع للعقد موضوع الدعوى يتبين أنه لم يحترم أي مقتضى من المقتضيات المذكورة وبالتالي فقد طاله الجزاء المقرر قانونا وهو البطلان الذي يتعين على المحكمة التصريح به.

وحيث إن كل طلب أو قبول لأي أداء كيفما كان قبل التوقيع على عقد البيع الابتدائي يعد باطلا طبقا للفصل 618.8 من ق ل ع. وأن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يرتب أي أثر سوى استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له طبقا للفصل 306 من ق ل ع، لذلك يكون طلب المدعي

الرامي إلى استرجاع المبالغ التي دفعت للمدعى عليها مبرر ويتعين الاستجابة له في حدود المبلغ الثابت من خلال الوصل المدلى بها ويكون دفع المدعى عليها بعدم تنفيذ الالتزام من طرف المدعي لكون لم يؤدي باقي الثمن غير ذي أساس مادام لم يتم احترام الشكليات القانونية لإبرام عقد بيع عقار في طور الإنجاز فضلا عن ذلك فإنها لم تدل بما يفيد حصولها على شهادة السكن.

وحيث إن طلب النفاذ المعجل ليس له ما يبرره ويتعين رفضه.

لهذه الأسباب:

حكمت المحكمة في جلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا:

في الاختصاص المكاني: برد الدفع بعدم الاختصاص المكاني.

في الشكل: بقبول الطلب.

في الموضوع: التصريح ببطلان الالتزام المبرم بين طرفي الدعوى بتاريخ: 2008/06/10 وبأداء المدعى عليها لفائدة المدعي مبلغا قدره: 60000.00 درهما (ستون ألف درهم) مع تحميلها الصائر ورفض باقي الطلبات.

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات

عدد: 171

المؤرخ في: 13 يونيو 2019

ملف عقاري

رقم: 2019/1401/68

ورثة ع س ب

ضد

ع أ

القاعدة

الطلب مصيره عدم القبول متى جاء مبهما وغير واضح، من خلال عدم تحديد المدعية لمقدار التعويض الذي تطالب به أو على الأقل المطالبة بتعويض مؤقت إذا تعذر عليها تحديد التعويض الممكن الحكم به وأداء الرسوم القضائية على التعويض المطلوب، والتماس إجراء خبرة أما أن تلتمس الحكم بقيمة البقعتين الأرضيتين أو إجراء خبرة لتحديد قيمتها فإن ذلك يجعل الطلب غير محدد.

العقد الذي حكم ببطلان أبرم بتاريخ 1994/07/07 وحسب إقرار المدعية، في حين أن الخبرة التي أنجزت في مرحلة الاستئناف أكدت أن أخيها أصيب بالمرض العقلي بدءا من سنة 1995 أي بعد إبرام العقد وليس قبله كما ذهبت إلى ذلك محكمة الاستئناف، فإن الثابت أن ودادية ض ن التي كلفت بمشروع إعادة هيكلة البناء العشوائي لضم ن حتى ينسجم مع التهيئة العمرانية لم تكن طرفا في الأحكام القضائية المحتج بها.

الأرض التي اشتراها مورث المدعى عليهم من أخ المدعية قد تنازل عنها للودادية في إطار إعادة هيكلة البناء العشوائي، ويبقى من المتعذر قانونا أن تقوم الودادية بمنح قرار استفادة ثاني للمدعية بعدما قامت بمنحه مرة أولى لمورث المدعى عليهم باعتبار ذلك يشكل مخالفة قانونية.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 13 يونيو 2019

إن المحكمة الابتدائية بالخميسات

في جلستها العلنية المنعقدة للبت في قضايا العقار، أصدرت الحكم الآتي نصه:

بين : ك ف بصفتها حاجرة عن أخيها الكرشال الحسن

عنوانها: ايت حمو الصغير قبليين الخميسات

نائبها: ذ العاقل العاقل المحامي بهيئة المحامين بالرباط

بتاريخ 27 يونيو 2019 أصدرت المحكمة الابتدائية بالخميسات وهي تبت في قضايا العقار

الحكم الآتي نصه:

وبين: ورثة أخ بن ط وهم: خ: م، ل، ع، ح، م، ج، ي

عنوانهم: ضاية نزهة الخميسات

ينوب عنهم: ذ لقمان عبد الرزاق المحامي بهيئة المحامين بالرباط

- المدعية -

ودادية ض ن في شخص رئيسها مقره: زنقة آيت عبور رقم 172 حي الزمرمان الخميسات.

ينوب عنها: ذ رضوان اقببيشي المحامي بالرباط

- بصفتهم مدعى عليهم -

- الوقائع -

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف المدعية إلى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 18 مارس 2019، مؤدى عنه، عرضت فيه أنه سبق لها أن استصدرت قرارا عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2016/12/21 في الملف المدني عدد 15/1201/1053 تحت عدد 26 قضى بإلغاء الحكم الابتدائي وبعد التصدي الحكم ببطلان عقدة البيع قطعة أرضية المحررة بالخميسات بتاريخ 1994/7/7، وأن القرار المذكور أصبح نهائيا وأن مورث المدعى عليهم كانا قد انخرط في ودادية ض ن ومنحهم الأرض المذكورة مقابل استفادته من بقعتين أرضيتين وأن الحكم ببطلان يقتضي رجوع الأطراف للحالة التي كانوا عليها ما قبل إبرام البيع وذلك بإرجاع الثمن للمشتري واسترجاع البائع للبقعتين الأرضيتين،

و التمسست فيه الحكم على رئيس ودادية ض ن بتسليمها قرار استفادة المحجور بالبععتين الأرضيتين رقم E366 و E114 بدل المرحوم خ أ للحكم ببطلان الشراء الذي استفاد بموجبه من البععتين، والحكم عند الاقتضاء على ورثة المرحوم خ أ بتمكينها من البععتين المذكورتين الواقعتين بتجزئة ودادية ض ن أو قيمتها حسب سعر السوق، وعند الاقتضاء إجراء خبرة على البععتين لتحديد قيمتها حسب سعر السوق مع تمكينها من قيمتهما، وشمول الحكم بالنفاد المعجل وتحميلهم الصائر، مدلية بقرار استئنافي، عقد عرفي، انذار، محضر تبليغ إنذار، محضر التنفيذ، شهادة بعدم النقض، محضر العرض العيني والإيداع، أمر مختلف، فأجاب المدعى عليه ورثة خ أ بأن الورثة غير ملزمين قانونا ولا شرعا إلا في حدود أموال الشركة وبنسبة مناب كل واحد منهم وفق المسطر في الفصل 229 من ق ل ع، وأن مورثهم توفي بعدما تصرف في كل ما كان يملك بما فيه الناتج عن التعاقد مع المدعي ولم يخلف ما يورث عنه شرعا، وأنهم لم يكن لهم أي مناب في تركة مورثهم لانعدامها وليس مع حجة الجهة المدعية ما يفيد العكس وبالتالي فالدعوى مألها الرد وعدم السماع، كما أجابت الودادية في شخص رئيسها بان الودادية اجنبية عن عقد البيع المذكور وبالتالي لا يمكن إلزامها بتسليم قرار الاستفادة مرة ثانية باعتبارها قد سبق أن سلمتها للمرحوم خ أ الذي قام بالتصرف في البقع الأرضية وباعها لأطراف أخرى، وبالتالي فإدخالها في الدعوى ليس له أساس قانوني وينبغي إخراجها منها، وأنها حسنة النية ولم يتم إدخالها في دعوى البطلان، والتمست عدم قبول الدعوى أساسا ورفضها موضوعا.

وبناء على إدراج القضية بجلسة 30 ماي 2019، حيث حضر دفاع الأطراف، فتقرر حجز القضية للمداولة والنطق بالحكم لجلسة 13 يونيو 2019.

بعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث التمسست المدعية تمكينها من قيمة البععتين الأرضيتين حسب سعر السوق.

وحيث إن الطلب المذكور وبعد تحويله وجعله يتماشى مع الإطار الصحيح انسجاما مع وثائق الملف ووقائع القضية يدخل في إطار المطالبة بالتعويض عن الأرض التي قام مورث المدعى عليهم بالتنازل عنها لفائدة ودادية ض ن، وأن الطلب بهذا الخصوص يبقى غير مقبول لكونه جاء مبهما وغير واضح من خلال عدم تحديد المدعية لمقدار التعويض الذي تطالب به أو على الأقل المطالبة بتعويض مؤقت إذا تعذر عليها تحديد التعويض الممكن الحكم به وأداء الرسوم القضائية على التعويض المطلوب، والتماس إجراء خبرة أما أن

تلتزم بالحكم بقيمة البقعتين الأرضيتين أو إجراء خبرة لتحديد قيمتها فإن ذلك يجعل الطلب غير محدد؛ على أساس أن المحكمة لا تصنع الحجج لأطراف وإنما تحكم بناء على الوثائق المدلى بها، مما تكون معه الدعوى في هذا الجانب مشوبة بعيب شكلي ويكون مصيرها عدم القبول.

وحيث جاءت باقي الطلبات متوفرة على الشروط المنصوص عليها قانوناً مما يتعين معه التصريح بقبولها شكلاً.

في الموضوع: حيث يهدف الطلب إلى الحكم على رئيس الودادية بتسليم المدعية قرار استعادة المحجور بالبقعتين الأرضيتين المذكورتين، وعند الاقتضاء الحكم على ورثة خ أ بتمكينها من البقعتين وفق التفصيل الوارد أعلاه.

وحيث ثبت من خلال وثائق الملف أن المدعية استصدرت حكماً بالتحجير على أخيها لإصابته بمرض عقلي بناء على الحكم عدد 580 بتاريخ 2013/10/1 وبمقتضاه رفعت دعوى للمطالبة ببطلان البيع الذي أبرم بتاريخ 1994/07/07 بين أخيها ومورث المدعى عليهم بخصوص الأرض الصالحة للبناء المسماة ف ل، حيث صدر حكم برفض الطلب استأنفته المدعية فصدر القرار عدد 26 بتاريخ 2017/1/4 الذي أصبح نهائياً حسب الثابت من شهادة بعدم النقض والذي قضى بعد التصدي بالحكم ببطلان عقدة البيعة المذكورة، وأنه وبعد كل هذه الدعاوي تقدمت المدعية بدعواها الحالية التي تروم من خلال الحكم على رئيس الودادية بتسليمها قرار الاستعادة من البقعتين الأرضيتين اللتين استفاد منهما المشتري مورث المدعين بعدما تنازل عن الأرض التي كانت محل عقد البيع الذي قضت المحكمة ببطلانه، على أساس أن الحكم ببطلان يعيد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فيسترجع بذلك أخيها المحجور عليه الأرض المتنازل عليها ويكون بذلك مستحقاً للبقعتين الأرضيتين بعلّة أنه هو من كان سيستفيد من البقعتين محل مورث المدعى عليهم.

وحيث لئن ثبت من خلال وثائق الملف أن العقد الذي حكم ببطلان أبرم بتاريخ 1994/07/07 وحسب إقرار المدعية، في حين أن الخبرة التي أنجزت في مرحلة الاستئناف أكدت أن أخيها أصيب بالمرض العقلي بدءاً من سنة 1995 أي بعد إبرام العقد وليس قبله كما ذهب إلى ذلك محكمة الاستئناف، فإن الثابت أن ودادية ض ن التي كلفت بمشروع إعادة هيكلة البناء العشوائي لض ن حتى ينسجم مع التهيئة العمرانية لم تكن طرفاً في الأحكام القضائية المحتج بها، كما لم يتم التعرض لديها على تسليم البقعتين الأرضيتين أو يتم إشعارها بوجود دعوى رائجة بخصوص الأرض التي تنازل عنها مورث المدعى عليهم،

في الموضوع: رفض الطلب مع إبقاء المصاريف على رافعه.

بهذا صدر الحكم وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة في اليوم والشهر والسنة أعلاه بقاعة الجلسات الاعتيادية للمحكمة الابتدائية بالخميسات وهي متركبة من السادة: امجيد بن شيخ رئيسا، بوعبيد الترابي عضوا ومقررا، سناء أبو عبد الله عضوا، وبمساعدة السيدة: فاطمة أميمون كاتبة الضبط

كاتبة الضبط

المقرر

الرئيس

أمر قاضي التحقيق بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب

المؤرخ في: 2020/01/17

ملف جنحي

رقم: 2019/78

في مواجهة

ق م

م ك

محاميها ذ/ تيروز البشير محام بهيأة أكادير

ضد

ع أ

القاعدة

علم المشتكي بالواقعة التي يدعيها منذ تاريخ 2009، وعدم تقدمه بشكايته إلا بتاريخ 2018/04/23، وانتقال ملكية الرخصة موضوع العقد من المتهمه مناصفة بين المتهمين بتاريخ 2009/11/11 وانتقلت فيما بعد ملكية نصف القارب بتاريخ 2009/12/25، يجعل ملكية موضوع العقد قد خرجت من ذمة المتهمان ولم يعودا مستعملان للعقد موضوع القضية منذ التاريخ المذكور وهو ما ينهي تمسكهما بالوثيقة موضوع الطعن، وينهي علاقتها معها بصفة نهائية واستعمالها بانتقال الملكية وبالنظر لكون جريمة التزوير في محرر عرفي جريمة فورية، لا تعتبر من الجرائم الاستمرارية التي يطول أمد ارتكابها أو يتجدد ما دامت خرجت إلى مالك جديد ولم يستمر المتهم في استعمال الوثيقة موضوع الطعن، فإن الأفعال موضوع المطالبة طالها التقادم المحدد في أربع سنوات .

تمزق السجل موضوع البحث وعدم وضوحه للبيان بفعل الأمطار المتسربة إلى مقر الأرشيف سبب لا دخل للمتهمين فيه ولا يمكن أن يعزى إليهما ويحملهما آثار ذلك خاصة وأن الجهات المعنية لم تنفي تواجد الموظف الذي سهر على المصادقة أو تنازع في التأشير الواردة على العقد موضوع المطالبة أو تنفيذها، وهي الجهة المعهود لها بحفظ السجل للرجوع إليه كلما تطلب الأمر ذلك، لتفادي تملص الأطراف من الالتزامات التعاقدية أو إنكارها، أو نسبتها إليهم، والوقوف على حقيقة تواجدها القانوني والواقعي من عدمه وترتيب الآثار القانونية على ذلك.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أمر بعدم المتابعة

نحن حسن طه قاضي التحقيق بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب.

بناء على مقتضيات المواد من 83 إلى 214 من قانون المسطرة الجنائية.

وبناء على المطالبة بإجراء تحقيق بتاريخ 2019/09/19 في مواجهة المسمى:

- ق م .

- م ك .

من أجل تهم جنح: التزوير في محرر عرفي واستعماله أفعال المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصلين 358 و359 من القانون الجنائي.

محاميها ذ. تيروز البشير محام بهيأة أكادير.

م أ بصفته مطالب بالحق المدني .

وبناء على قرار السيد قاضي التحقيق بالاطلاع لانتهاج إجراءات التحقيق الصادر عن

السيد قاضي التحقيق بتاريخ 2020./ 01 / 06

وبناء على ملتصق النيابة العامة النهائي في القضية المقدم بتاريخ 2020/01/14 الرامي

إلى قبوله شكلا وموضوعا متابعة المتهمان من أجل ما سطر بمطالبة النيابة العامة بفتح

تحقيق وإحالتهم على هيئة الحكم لمحاكمتهم طبقا للقانون .

وبناء على كافة إجراءات التحقيق المنجزة في الملف.

-الوقائع-

مرحلة البحث التمهيدي:

حيث يستفاد من وثائق الملف ومنها الشكاية التي تقدم بها المشتكي م أ إلى وكيل

الملك لدى هذه المحكمة والذي أعطى تعليماته بشأنها تحت عدد 2018/3101/405 بتاريخ

2018/04/23 ليتم البحث بشأنها من خلال الاستماع للمشتكي م أ حسب الوارد من

محاضر الضابطة القضائية عدد 3698/ ش ك ورقم 1941/ ك أ صرح من خلاله كونه

هو من تقدم بالشكاية في مواجهة م ك، مفيدا أنه اشتغل كبحري بمنطقة الصيد المهريز

منذ سنوات وقد سبق له أن اشتغل في بداية الأمر بمدينة الداخلة على متن قارب الصيد

البحري NAJAT المسجل تحت عدد 1272-4/12 تم بقرية الصيد المهريز وقام وقته

وأن مصلحة مندوبية الصيد بالداخلة هي المسؤولية قانونا عن ضياع رخصة الصيد الخاصة به حيث لا يمكن لأي شخص أن يقوم بإخراج رخصة الصيد الخاصة به في ظل غيابه ويجعل حيثيات إخراج رخصة بعد أن توصل منهم بوصل يثبت وضعه لطلب تسوية وضعيته القارب الخاص به بعد أن اقتنى القارب من المسميان ط م وح م بموجب عقد بيع الذي ضاع منه ساعة أن تعرض كوخه الخشبي للاحتراق وقد أنجز ساعتها تصريح بالضياع لدى عناصر الدرك بتشيكا .

وأنه لديه شهود بالنازلة كون القارب قاربه موضوع النزاع.

وأنه أرفق شكايته بصورة فوتوغرافية غير واضحة له رفقة البحارة على متن نفس القارب الذي كانوا يشتغلون على متنه سوية.

وعند الاستماع للمتهمة م ك تمهيدا في محضر قانوني صرحت حول شكاية المشتكي م أنها على معرفة به وقد سبق أن سجل شكاية أولى ضدها بهذه المحكمة وحول تصريحاته فإنها تضيف أنه في غضون سنة 2002 تقدم من زوجها الشاكي م أ واستفسره إن كان ينوي شراء رخصة قارب صيد تقليدي المسمى نجاة المسجل تحت رقم 4/12-1272 وبعد اتفاق بينهما سلمت لزوجها مبلغ عشرة آلاف درهم تخصصه لشراء القارب الخاص بالصيد التقليدي تخصصها لشراء رخصة القارب الخاص بالصيد التقليدي وقتها فسجلها زوجها باسمها وأنها لا تستطيع الجزم إن كانت حاضرة وقت مباشرة إجراءات التصديق على الإمضاء أم لا كما أنه وقبل شراء الرخصة السالفة الذكر رافقت زوجها م ق لمندوبية الصيد البحري للتأكد من الوضعية القانونية للرخصة حيث أكدوا لهم فعلا أنها تخص الشاكي ولا يشوبها أي عيب ساعتها قررا شرائها وبدا زوجها يشتغل على متنها .

مؤكدة أنه لا تعرف ه ولا تربطها به أية علاقة تذكر كما أنها تجهل كذلك إن كان زوجها تربطه به أية علاقة.

وأن انتقال ملكية رخصة القارب تمت بواسطة البيع مع الشاكي وأكدت أنها لا تستطيع الجزم نظرا لطول المدة إن كانت توصلت شخصيا برخصة القارب من الشاكي أو زوجها هو من توصل بها وأن تصريحات الشاكي كونه لم يقوم ببيع رخصة القارب لها مجرد افتراء وكذب.

وان جميع الإجراءات التي استلزمها انتقال ملكية الرخصة منذ عملية البيع قام بها زوجها بحكم أنها أمية وتجهل القراءة والكتابة وهو من تكلف شخصيا بذلك .

الذي دفع به بأن يتصل بالمشتري المسمى م ق وأشعره بالأمر حيث أكد أن قضية القارب جاري البحث فيها من طرف المحكمة الابتدائية بالداخلة وطلب منه تحرير له إشهادا في الموضوع وبذلك حرر له الإشهاد وسلمه له وهو الذي عرض عليه.

وعند الاستماع للمسمى ع ر أ س تمهيدا في محضر قانوني صرح يعمل في مجال الصيد البحري التقليدي بمنطقة الصيد لاساركا منذ 2009 متن قارب للصيد التقليدي في ملكيته اقتناه من مالكيه مناصفة كل من المسمى م ق وزوجته م ك حيث كان وقتها يحمل اسم 1272-12/4 najat، مؤكدا أنه في البداية اقتنى نصيب المسماة م ك وهو 50 في المائة من القارب موضوع البحث وبذلك حيث أصبح يمتلكه مناصفة مع زوجها م ق لكن بعد مرور حوالي 20 يوما تقريبا من ذلك اقتنى نسبة 50 في المائة المتبقية من المسمى م ق خلال سنة 2009 بعد أن حرر معهما عقودا للبيع مصادق عليها ببلدية الداخلة خلال نفس السنة.

وأكد أنه منذ اقتنائه للقارب موضوع النزاع ومنذ تاريخه قام بنقل ملكيته إلى اسمه بعد أن قام بإيداع العقود المذكورة لمندوبية الصيد المحلية وقد تم تحويل أرقام ذلك التاريخ وحاليا فهو يحمل رقم 12045-12/2-NAJAT، مؤكدا انه اقتنى القارب موضوع النزاع بطريقة قانونية بموجب عقود عرفية مصادق عليها ببلدية الداخلة محررة بينه وبين مالكيه م ق وم ك.

وأنه رافق البائعين إلى مصلحة تصحيح الإمضاءات ببلدية الداخلة من أجل التوقيع بالسجلات الممسوكة بالمصلحة المذكورة، وأنه لم يستعمل أي تدليس أو تزوير بالمحركات العرفية.

مرحلة التحقيق الإعدادي:

عند استنطاق المتهم م ك ابتدائيا بتاريخ 2019/11/22 أفادت أنها اشترت رخصة قارب سنة 2000 من المسمى أ الذي قدم لديها رفقة سمسار مسمى م وأنه يتواجد بهاته المدينة ومستعدة لإحضاره، وشخص آخر يرتدي لباس البحرية - لامارين- وزوجها على متن سيارة، وصعد عندها زوجها وصرح لها أن هناك رخصة للبيع فوافقت على ذلك بمبلغ 10 آلاف درهم وذهبت معهم بالسيارة إلى المقاطعة المتواجدة بالقرب من مسجد السنة سنة 2000، وأفادت أنها وقعت بالسجل والعقد بالسيارة وليس بمكتب الخاص بالمصادقة وأفادت أنها لا تعرف من كتب العقد وأنها قامت بالتوقيع بالقلم ووقعت بالسجل ووقعت بالعقد، وأنها في زمن العقد لم تكن إجراءات التوثيق فراد بل يكتفون بتبادل الرخص والمبلغ للبيع مناولة في اليد ولحسن حظها أنها وثقت، وأفادت على أن المشتكي حضر لعملية البيع شخصيا

المشتكي أسمر اللون توفي ويشغل - بالأمارين- وأنه بحضور السمار المشتكي والسمسار م أع، أفاد أنه اشترى رخصة حمراء من أ المشتكي بحضور سمسار هذا الأخير وهو شخص ينتمي- لامارين- يدعى ع ر دو بشرة سوداء أكد أنه توفي في حادث سير عندما كان متجه لبارباس بئر كندوز لعمله وأنه هو من وعد المتهم من أجل العمل على نقل الرخصة من منطقة تشيكا إلى لاساركا وفعلا تم نقل الرخصة إلى لاساركا كما أن عملية البيع حضرها المسمى م أع وأدلى المتهم بنسخة من بطاقته الوطنية يدعى (م)، كما حضرها أ المشتكي والكتاب المسمى ي بشارع العشاريات، وأكد المتهم أنه راجع المحل 3 مرات ولم يجده آخر مرة لم يذكرها لمدة 6 أشهر تقريبا مستدرك ذلك، وأن المحل كان مغلق وأن السمسار م المسمى أ أع أخبره أن رخصة القارب محل البيع فوافق على الطلب وذهب إلى زوجته وأخذ المبلغ المالي 10 آلاف درهم وعن سؤال أجاب أنه لم يسلم مبلغ 10 آلاف درهم إلا بعد كتابة العقد وتم التوقيع عليه والإمضاء عليه وأن الشراء تم لفائدة زوجته وهي وقعت على العقد في المقاطعة ولا يتذكر إن كان فعلا قد تم نقل السجل إلى المشتري في سيارة اعتبارا لأنها امرأة تم إحضارها بالسيارة وما إن كان قد تم التوقيع داخل المقاطعة وأن السبب في ذلك طول المدة حوالي 20 سنة، وأنه في حينه لازال لم يقدم مبلغ البيع وجلب المشتكي وسمساره العقد مصادق عليه وأكد المتهم أنه تقدم أمام مندوبية الصيد البحري وسأل سيدة مكلفة بالإدارة مسماة ب إن كانت الرخصة صالحة ليشتريها فأجابته أن الرخصة صالحة ولا إشكال فيها وأكد عن تصريحات المشتكي نفاها بكون أن صاحب القارب قد توفي وحاول البحث عن إيجاد حل ونفاها المتهم، وأكد المتهم أن المشتكي ذهب إلى كاتب العمومي ووجد ابنة المتهمه ولما عاين القارب المنحوت صرح لها بكونهم قاموا بالتزوير عليه وأخذ قاربه وهو ما جعله على إثره يتقدم المشتكي بدعوى أمام المحكمة بل وأفاد المتهم أنه اتصل به ح ه وأخبره أن قارب زوجته في نزاع وقدم المتهم عند الحبيب وأخبره المتهم أن العقد موثق وصحيح وبعد أن شاهد المسمى الحبيب الوثائق صرح له ح أن وثائقه صحيحة وأن ما يدعونه هو باطل، وهو ما جعل المشتكي يدعونه أمام المحكمة، وعن سؤال أجاب أنه عندما تواصل مع ح أكد له أن المشتكي طلبوا منه زيادة في ثمن البيع. وأفاد أن م ط ول أكد أنهما الشخصين الذين باعا المشتكي أ وأكد أن المشتكي وقع بالسجل بحي المسجد وأنها هي المقاطعة الأولى بالداخلة.

وعند استنطاق المتهم تفصيلا بتاريخ 2019/12/17 أكد تصريحاته الابتدائية وأفاد أنه قدم عنده المشتكي رفقة سمسار خاص به وأفاد انه قدم على السمسار وقدم عنده م وأخبره عن وجود رخصة قصد البيع وأنه تأكد عن صلاحية الرخصة وأفاد أنه ذهب إلى المقاطعة

من أجل المصادقة على العقد وأنه تأكد من صلاحية الرخصة وأنه منحه للمشتكي مبلغ وأنه اشترى لفائدة زوجته وأنه قام بالمصادقة على عقد الشراء وأنه نفى تزوير العقد وأنه قام بالعقد بالمقاطعة المتواجدة بحي المسجد وأنه هو مسجل العقد وأنه هو من قام بجميع الإجراءات القانونية وأفاد أنه اتصل به شخص مسمى ح ه وأخبره أن هناك مشتكي وقدم عنده رفقته وثائقه وأخبره ح أن هناك تزوير، وأفاد ه أن المشتكي طلب من مبلغ 5 مليون وأفاد أنه أخبره أن وثائقه صحيحة وأن من يدعي غير ذلك أن يتجه إلى العدالة، وأفاد المتهم أنه هو طلب من ع إن كانت هناك رخصة للبيع، وأن ع السمسار قدم عنده رفقته المشتكي الذي يريد بيع الرخصة وأفاد المتهم أنه بخصوص السيارة فهي حمراء وأنه أسود اللون وأنه يدعى ع و قدم عنده رفقته المشتكي وأن المسمى ع ر توفي في حادثة سير وقدم عنده .

وعند الاستماع للمشتكي من طرف قاضي التحقيق أفاد انه اشترى القارب من المسمى س ع سنة 1996 بواسطة عقد مصادق عليه ومنحه مبلغ 27 ألف درهم سلمها له كاملة وبعد تسوية القارب وأنه اشغل بالقارب إلى حدود سنة 2002 وبعد إجراءات التأكد من القوارب مندوبية الصيد والبحرية الملكية تم الكشف وثائق القارب ورقاقاته ليتبين أن الرخصة ملغية وأخبر المشتكي بذلك ومنحوه مقابل ذلك وصل مدته 20 يوم وأنه طلبوا منه تسوية الوضعية داخل أجل 20 يوم وأن القارب كان لديه لم يحجز وبعد مرور 20 يوم قدم عنده البحرية الملكية وقدم لهم الوصل وتم تمزيقه من طرف موظف المسؤول وأخبروه أن الرخصة ملغية وبعدها ذهب للبحث عن قاربه بدون جدوى إلى حدود سنة 2009 وجد صورة معلقة بكتاب عمومي بالمسيرة مقابل المقاطعة واستفسر الكاتبة العمومية عن سبب تواجد تلك الصورة لقارب يخصه أجابته أن مالك القارب قد توفي ومنحته رقم هاتف ولدها وبعد ذلك اتصل والد الكاتبة العمومية به وأخبره أن مالك القارب قد توفي، وأجابه المشتكي أنه هو مالك القارب وبعد مدة التقى المشتكي بوالد الكاتبة العمومية استفسره المشتكي عن من باع له القارب أجابه والد الكاتبة العمومية المدعوم ق أنه اشترى القارب من المسمى ع ر وبعدها بعد مدة قدم عنده م ق وذهب رفقته بسيارة إلى المدعوم ع ر د وأخبره م ق عن سبب بيعه له قارب في ملك المشتكي وأجابه ع ر د أنه لم يقيم بيع القارب أي رخصة القارب له أي لفائدة م ق وبعد مدة اتصل المسمى ق بالمسمى م وهو رئيس قسم القوارب وأخبره م ق أن الرخصة سوف تأتي في اسم المشتكي وذهب إلى حال سبيله وبعد ذلك منحه المسمى م ق نسخة من إشهاد يشهدون فيه م أ أنه باع القارب المسمى نجاة تحت عدد 4/1272-12 للمسمى ك ك وطنيتها وأفاد المشتكي أن نسخة من الإشهاد تفاجأ بها بأنه لم يقيم بإنجاز الإشهاد

ولم يتم بتوقيع وأن رقم بطاقة تعريفه الوطنية الموضوعة بالإشهاد لا يطابق بطاقة تعريفه الوطنية وبعد مدة طويلة ذهب إلى الشرطة قصد وضع شكاية بكونه لم يتم بإنجاز الإشهاد . وعند الاستماع للمسمى أ ع أفاد أنه قدم عنده المتهم م ق ما بين 2000 و2002 وصرح له عن رغبته شراء رخصة صيد لفائدة زوجته إن كان هناك من يرغب في بيعها وإن كانت الرخصة بأثمنة رخيصة ما بين 15 ألف درهم و 25 ألف درهم والمحرك والقارب الخشبي، وأنه قدم عنده المسمى م أ وشخص آخر من لامارين يسمى ع ر وقته المنية إضافة إلى شخصين آخرين لم يعد يذكرهما في سيارة حمراء اللون وأنه كان يسوقها شخص من الأشخاص الذين لم يتذكرهما فعرض عليه أ م رخصته المسماة نجاة عاينها الشاهد وأخبرهم الشاهد أن هناك من يرغب في الشراء فتوجه جميعا إلى منزل م ق فخرج لهم المتهم م فأخبره عن وجود رخصة للبيع أخبر زوجته واتفق على مبلغ 20 ألف درهم وأنه اتجه لتوثيق العقد وتصحيح الإمضاء لم يذكر الوقت لكونه في المساء واتفقا على أن يتم توثيق العقد في اليوم الموالي وتصحيح الإمضاء وفي اليوم الموالي تقدم منه م وأخبره أنه يريد التأكد من صحة الرخصة القانونية لكونه خائف من أن تضيع المبالغ المالية من زوجته دون فائدة وذهب م إلى مندوبية الصيد للاستفسار عنها وتبين له قانونيتها ووضعيتها، وبعد توثيق العقد تقدم المسمى م لدى الشاهد وسلم له مبلغ 1000 ألف درهم وهو تعويضه، عرضت على الشاهد تصريحات المشتكي فأجاب الشاهد أن تصريحات المشتكي لا أساس لها من الصحة وأن مندوبية الصيد لا تقبل وثيقة إلا إذا كانت صحيحة، وأجاب أن المقاطعة التي تم تصحيح فيها الإمضاء هي المقاطعة المتواجدة بحي المسجد وهي مغلقة بالقرب من المسجد وأفاد الشاهد أنه قدم عنده أصدقاء المسمى أ المسمى م أول منذ مدة 6 أشهر تقريبا وعرضا عليه أن المسمى أ لديه مشكل في رخصة وأخبره على أنه يتعين على البائع أن يقدم لهم مبالغ مالية لكون الرخصة أصبحت تسوي مبالغ مالية مهمة تتراوح ما بين 80 مليون و 12 مليون وأفاد الشاهد أنه غالبا ما يكون أ من أرسلهم وأجابهم الشاهد أن البيع قد أنجز والعقد أنجز كما أنهم عرضوا عليه أنه سوف يتم اقتسام المبلغ المالي الذي سوف يتم الحصول عليه من ق كما طلبوا منه أن يدل بشهادة أن العقد باطل، ورفض الشاهد الطلب، وأضاف أنه لن يعرض المتهمه ك لأن عقد البيع تم بشكل صحيح، وعرض عليه الإشهاد الوارد بين طيات الملف فأكد أنه يخصه .

وعند الاستماع للمسمى ح ه كشاهد في القضية أفاد أن المشتكي أ قدم عنده أخبره أن هناك قارب يخصه تعرض لإتلاف ولم يعرف أين يوجد وقام الشاهد بالاتصال بالمندوبية

سنة 2009 وسأل عن القارب وأجابته المندوبية أن القارب هو في اسم م ك وأن الشاهد ربط الاتصال بأخيها المسمى ك وأنه توصل إليه لأنه منخرط معهم في الجمعية وسأله الشاهد عن تواجد أخته م فأجابته أنه له أخت تسمى م وعرض عليه أن المسمى أ يشتكي بها على أنه لم ينجز معها عقد البيع المتعلق بقاربه وأفاد ك ووجه الشاهد إلى ربط الاتصال بزواج م ك وجده خارج مدينة الداخلة وفي سفر وأنهما اشتريا القارب عبر عقد بيع وأن لديه شهود وفي الموضوع وأنه عند حلوله بالداخلة سوف يلتقيه، وبعد قدومه إلى مدينة الداخلة حضر المسمى م لدى الشاهد فأكد له نفس الكلام على أنهم اشتروا القارب باسم زوجته وأنه له شاهد وأن الشراء تم تصحيح إمضاءه بالمقاطعة.

وأفاد الشاهد على أنه سبق للمسمى أ م أن صرح له على أنه سلم الرخصة رول وشهادة تصريح بالضيق لشخص موظف بمندوبية الصيد البحري بالداخلة يسمى ع ر د ذو بشرة سوداء سنة 2000 ومنحه معه مبلغ قدره 4000 درهم لتسوية وضعية القارب وأفاد الشاهد عن سؤال أن رخصة القارب حوالي 15 ألف إلى 10 آلاف درهم وأن - رول - المتواجد كان رول أحمر وأفاد الشاهد أنه طلب منه المسمى ع ر الذي كان يشتغل بمندوبية الصيد البحري بأن يجري الصلح بين م أ والمتهمين وأفاد الشاهد أنه حاول إجراء الصلح إلا أنه أبت عملية الصلح ولم يستطيع انجاز الصلح، فشل الصلح أن المتهمين يتمسكان بأن العقد صحيح فلماذا يتم إجراء الصلح، تم أن المسمى ع ر طلب من المتهمين مبلغ 50 ألف درهم مقابل الصلح، فلم يقبلوا بهم المتهمين تم انقطع التواصل بين المشتكي والمتهمين والشاهد منذ تاريخ 2009 وأفاد الشاهد أنه خلال هاته المحاولات كان يلتقي بالمشتكي والمتهم م الذي كان يعرفه باسمه الشخصي ولم يسبق له أن التقى المتهم م ك.

وعرض على الشاهد العقد أفاد أنه سبق وأن شاهده وأنه صحيح الإمضاء، وأخبر الشاهد المتهم أن يسلك المسطرة القضائية إن كان العقد صحيح. وأن المشتكي أ اتصل به سنة 2017 وطلب منه المساعدة وإعانتته من أجل أخذ رخصة فأوحى له الشاهد أن يسلك المسطرة القانونية إن كان يعتبر نفسه مظلوم وأفاد الشاهد أنه لن يعين أحد على الظلم، كما أضاف أنه التقى المسمى م ل وأفاد للشاهد على أنه لم يتم بيع قاربه للمسمى م أ وسند قوله في ذلك أنه راجع مندوبية الصيد البحري وتبين له أن عقد البيع الرابط بين أ ول م يحمل رقم بطاقة تعريفه الوطنية غير صحيحة .

وعند الاستماع للمسمى ع ر أ س كشاهد أفاد أنه اشترى رخصة المسماة نجاة سنة 2009 وأفاد أنه التقى م عن طريق سمسار ولم يعد يتذكره سنة 2009 وأفاد أنه عمل على تغيير رقم

الرخصة مرتين وأفاد انه اشترى الرخصة ب 50 في المائة وم 50 في المائة لفائدة ك وأفاد أنه ذهب إلى كاتب عمومي، وأنه لا علم له عن صاحب الرخصة قبل شرائها من المسماة م ك وأنه استفسر عن الرخصة فوجدها في اسم م ك وعن سؤال أجاب أن الرخصة في اسم م ك وصرح أنه اشترى نسبة 50 في المائة من م ك و50 في المائة من م ق وأفاد على أنه اشترى من م ك 50 في المائة ومن 50 في المائة من م ق لأن م ك كانت قد باعت م ق النصف وأن الغاية من ذلك هو أنه ليس في جهد الشاهد أن يؤدي كامل المبلغ لأجله تم تقسيمه إلى النصف وعندما قام بجمع المبالغ المالية المتعلقة بالنصف الثاني قام بشراء 50 في المائة من المسمى م ق.

وأفاد انه اشترى 50 في المائة الأولى من م ك 65 ألف درهم ومنح مبلغ 50 في المائة الشاهد م ق مبلغ 65 ألف درهم وقام بإجراءات تحويل القارب وأخرج الرخصة في اسمه وأفاد أنه لا علم له بأن الرخصة موضوع تزوير.

وأفاد أنه لا يعرف المسمى أ م ولا يعرف ل لا يعرف المسمى أ ولا يعرف ع ط وأفاد أنه عند شراء القارب بالرخصة كان قد وجده يبخر في قرية الصيد لاساركا .

وبناء على المواجهة بين المتهم م ق والشاهد م ح ه بتاريخ 2019/12/17 أفاد أشاهد أنه اتصل به ع ر وأفاد الشاهد أنه أخبر المتهم أن المشتكي يريد مبلغ مالي قدره 5 مليون من أجل الصلح إلا أن المتهم رفض الطلب لأن وثائقه صحيحة، وأنه قدم عنده المشتكي طلب منه المساعدة من أجل الحصول على الرخصة إلا أن الشاهد رفض الطلب وصرح له إن كان له وثائقه فليذهب إلى العدالة ولم يشاهده بعد ذلك، وهو ما أكده المتهم أكد أن تصريحات الشاهد صحيحة.

وبناء على المواجهة بين المتهم م والشاهد المسمى م أ ع أفاد أنه قدم عنده المتهم وأخبره أنه يريد شراء رخصة وفعلا بعدما قدم شخص والمشتكي يريدون بيع رخصة وذهب الشاهد رفقة المشتكي و«لاماريني» إلى المتهم وأفاد بعد وصول منزل المتهم أخبره الشاهد أن يتأكد من صلاحية رخصة البحر وأنه في اليوم الموالي قدم عنده المتهم منحه مبلغ 1000 درهم وأنه منذ حوالي أربعة أشهر اتصل به المتهم أكد له أن المشتكي وضع شكاية في الموضوع وطلب المتهم منه الشاهد الإدلاء بشهادته في الموضوع لكونه هو من توسط في عملية البيع والشراء وهو ما أكده المتهم الحاضر .

وبناء على المواجهة بين المتهمان والمشتكي والشاهد م أ ع والشاهد ح ه وعن سؤال للمشتكي أكد أنه لم يقم بأي بيع للمتهمين أو أي شراء أبدا، وأفاد المتهم ق أن المشتكي

العقود بالمدونة العامة للضرائب وحسب المراسلة وبعد القيام بالتدقيق في نسخة العقد المقدم ومراجع التسجيل المضمنة فيه وبعد مقارنتها بالمعلومات الواردة في سجل إيداع العقود : يصرح أن المعلومات الواردة في العقد العرفي عن الأطراف المتعاقدة وموضوع العقد المتمثل في بيع قارب للصيد التقليدي بتاريخ 2000/04/30 تطابق المعلومات المسجلة في سجل الإيداع بتاريخ 2006/11/22، ومن خلال فحص تأشيرة استخلاص واجبات التسجيل في العقد ومطابقتها مع مراجع سجل الإيداع لم يتبين وجود أي تزوير فجميع البيانات سليمة.

وبناء على الأمر الصادر عن قاضي التحقيق بإيداع سند مطعون فيه بالتزوير بتاريخ 2019/11/29 في الملف 2019/78 موجه للسيد مندوب الصيد البحري بالداخلية.

وبناء جواب مندوب الصيد البحري بالداخلية لتنفيذ الأمر أعلاه بإيداع أصل عقد البيع الأصلي للقارب نجاة المبرم بين م أ وك م، ومبادرة كتابة الضبط إلى انجاز محضر تسليم سند مطعون فيه بالزور لتنفيذ الأمر المذكور أعلاه وإيداع السند المطور أعلاه.

وبناء على الأمر الصادر عن قاضي التحقيق بتاريخ 2019/11/26 في الملف 2019/78 موجه إلى المجلس البلدي بالداخلية بتزويد مكتب التحقيق بمعلومات « بتقرير مفصل حول عقد البيع الرابط بين م ك وم أ المتعلق بقارب الصيد 5-NAJAT والمسجل تحت رقم 12045-12/2 وجميع البيانات المدونة على العقد المذكور المتعلقة بتصحيح الإمضاء والتوقيعات وأسماء الأطراف وتوقيعهم ومدى قانونيتها من عدمه وكافة المعلومات المفيدة حوله، وما إن كان به أي تزوير من عدمه وتسجيل العقد المذكور بالسجلات المسوكة بشكل قانوني من عدمه، موافاتنا بالمعلومات أعلاه داخل أسبوع من تاريخ التوصل.

وبناء جواب رئيس الجماعة الترابية للداخلية بتاريخ 2019/12/04 تحت رقم 993/ ج ت د / م . ع . م علاقة بالموضوع أعلاه أنه يتأسف بعدم موافاة قاضي التحقيق بأي شيء نظرا لعدم توفر سجل تصحيح الإماءات الخاص بالملحقة الإدارية الثالثة في ذلك الوقت لكون بعض السجلات ومن ضمنهم السجل موضوع البحث قد تمزق ولم يعد واضح للعيان بفعل الأمطار المتسربة إلى مقر الأرشيف.

وبناء على الأمر الصادر عن قاضي التحقيق بتاريخ 2019/12/05 في الملف عدد 2019/78 بتزويد مكتب التحقيق بمعلومات ونسخ من وثائق موجه للسيد باشا مدينة الداخلية بمعاينة تواجد السجل المصحح فيه والمودع به إمضاء طرفي العقد موضوع القضية، وبموافاة قاضي التحقيق بكل البيانات المفيدة في إظهار الحقيقة حول هذا السجل المصحح

فيه إمضاء الطرفين بخصوص: عقد البيع الرابط بين المسمى م أ الطرف البائع وم ك بصفتها الطرف المشتري وأن محل البيع هو مجموع قارب الصيد التقليدي ذو المواصفات التالية الاسم نجاة الرقم 322 الطول 5.20 متر العرض 1.77 متر العمق 0.67 متر، تحت رقم إمضاء الطرف البائع 2000/1783 ورقم إمضاء بخصوص الطرف المشتكي 200/1387 وهي بيانات تمت المصادقة عليها بمدينة الداخلة- الجماعة الحضرية للداخلة تصحيح الإمضاء - بتاريخ 2000/5/02 وأن العقد محرر بتاريخ 30/ابريل/2000، وأن العقد يحمل توقيعات طرفية، وممضى من طرف نائب الرئيس السيد « ب م ع». وتزويد مكتب التحقيق بنسخ من السجل المصححة فيه إمضاءات طرفي عقد الكراء، والبحث فيما إذا كان العقد صحيح من عدمه، وما إن كان يحمل تزويرا من عدمه، وإعطاء تفسير وتحليل للأرقام المودعة على عقد البيع من أجل تصحيح الإمضاء (2000/1783 للطرف البائع و 200/1387 للطرف المشتري). وتزويد مكتب التحقيق حول من قام بإجراءات تصحيح الإمضاء، ومن قدمها لأجله وتاريخها وظروف ذلك، والتحقق من البيانات المتعلقة به ومدى قانونيتها وموقف الإدارة المعنية من ذلك، وكل المعلومات المتوفرة والمفيدة حول الموضوع، وإحاطة علم السيد الياشا أنه ستجدون رفق هذا الأمر نسخة من عقد البيع موضوع القضية، ويمكن لكم الاطلاع على عقد البيع الأصلي في كل وقت وحين، وهو رهن إشارتكم بمكتب التحقيق بهذه المحكمة. وتطبيقا لمقتضيات المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية تكليف السيد وكيل الملك لدى هذه المحكمة بالسهر على تنفيذ هذا الأمر وموافاتها بالنتيجة داخل أجل أسبوع من التوصل لأجل البت في القضية داخل أجل معقول .

وبناء على التذكير الصادر عن قاضي التحقيق بهذه المحكمة بتاريخ 2019/12/12 في الملف 2019/78 الموجه للسيد باشا مدينة الداخلة تحت إشراف السيد وكيل الملك لدى هذه المحكمة بخصوص الإدلاء بمعلومات وتزويد مكتب التحقيق بنسخ من وثائق وذلك لترتيب الآثار القانونية والذي بموجبه ورد به جوابه انه نظرا لعدم توفر سجل تصحيح الإمضاءات الخاص بالملحقة الإدارية الثالثة في ذلك الوقت لكون بعض السجلات ومن ضمنهم السجل موضوع قد تمزق ولم يعد واضح للعيان بفعل الأمطار المتسربة إلى مقر الأرشيف فإن المصالح الجماعية المختصة لم تستطيع القيام بالمتعين.

وبناء على الأمر الصادر عن قاضي التحقيق بتاريخ 2019/10/22 في الملف 2019/78 الموجه للسيد مندوب الصيد البحري بالداخلة من اجل تزويد مكتب التحقيق بنسخ من الوثائق المتوفرة بالملف المتعلق بقارب الصيد 5-NAJAT والمسجل تحت رقم 12045-

12/2 وجميع الوثائق المبينة لأوصافه والوثائق المفيدة في بيان الأشخاص الذين تعاقبوا على ملكيته.

وبناء على جواب مندوب الصيد البحري بالداخلة بتاريخ 2019/10/30 تحت عدد 305/006 م ص ب / م ص ب / الداخلة والذي بعث من خلاله بنسخ من جوازات الأمان للقارب المذكور سالفاً وجميع عقود البيع المبرمة بين الأشخاص الذين تعاقبوا في ملكيته والمتوفرة لدى المندوبية.

وبناء على الأمر الصادر عن قاضي التحقيق بتاريخ 2019/12/23 في الملف عدد 2019/78 بتزويد مكتب التحقيق بمعلومات بما مضمونه هل سبق للمسمى م أ وأن تقدم بطلب تسوية وضعية القارب موضوع القضية أمام مندوبية الصيد البحري بالداخلة وسلم له وصل، وما هو سبب عدم إتمام تسوية الوضعية للقارب، وهل هناك موظف اسمه ع ر د بمندوبية الصيد البحري، ومكان إبحار القارب موضوع القضية.

وبناء على جواب مندوبية الصيد البحري بالداخلة م ص ب / م ص ب / الداخلة تحت عدد 363/007- بتاريخ 2019/12/27 بكون أنه لم يسبق للمسمى م أ وأن قدم طلب تسوية وضعية القارب موضوع القضية، وأن القارب لم يسبق له أن كان نشيطاً بقرية الصيد التشيكا (البويردة) في حين كان يشغل بقرية الصيد المهريز إلى غاية الفترة 2004-2005 حيث تم نقله للاشتغال بقرية الصيد لاساركا وذلك في إطار إعادة هيكلة أسطول الصيد التقليدي، أما بخصوص ع ر د فإنه موظف بمندوبية الصيد البحري وأنه كان يشغل منصب مراقب ملاح بقرية الصيد المهريز إلى حين وفاته 2010/05/18 اثر حادثه سير.

وبناء على القرار بالاطلاع بشأن التقادم بتاريخ 2019/12/31 .

وبناء على ملتمس النيابة العامة بتاريخ 2020/01/06 ملف 2019/78 بمواصلة التحقيق مع المتهمين من أجل الجرائم المنسوب إليهما وفق المسطر في المطالبة بإجراء التحقيق. وبناء على مذكرة المطالب المقدمة من طرف المشتكي بتاريخ 2020/01/14.

وبناء على القرار الصادر بتاريخ 2020/01/14 باطلاع النيابة العامة على مذكرة المطالب المقدمة من طرف المشتكي .

التعليل

حيث طالبت النيابة العامة بإجراء تحقيق في مواجهة المتهمين أعلاه من أجل:

التزوير في محرر عرفي واستعماله أفعال المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصلين 358 و359 من القانون الجنائي.

حيث إن العقد موضوع القضية محرر بتاريخ 2000/04/30 حسب الثابت من أصل العقد الوارد بين طيات الملف، ومصحح الإمضاء بتاريخ 2000/05/02 بالمقاطعة الحضرية بالداخلة، متضمن لاسم المشتكي م أ برقم بطاقة تعريفه الوطنية عدد ... واسم ك م برقم بطاقة تعريف وطنيتها عدد ... ومتضمن لتوقيعيهما معا، وتوقيع الموظف الذي اشرف على عملية تصحيح الإمضاء، وأن توقيعيه طرفي العقد مضمنة بجانبها أرقام تسجيلها.

وحيث إن العقد موضوع القضية الرابط بين م ك وم أ كان قد تم تسجيله لدى إدارة التسجيل بتاريخ 2006/11/22 حسب الثابت من البيانات المسجلة خلف العقد وبحسب جواب السيد قابض إدارة الضرائب بالداخلة.

وحيث المشتكي تقدم بشكايته المسجلة أمام النيابة العامة لدى هذه المحكمة بتاريخ 2018/04/23، في مواجهة المتهم م ك دون المتهم الثاني م ق، وأعطيت بشأنها تعليمات النيابة العامة بالتاريخ المذكور للشرطة القضائية بالداخلة قصد الاستماع إلى أطراف الشكاية وإجراء التحريات للوقوف على حقيقة الأمر وربط الاتصال، ليتم بتاريخ 2018/07/14 اتخاذ قرار الحفظ للتقدم مع الإشعار.

وحيث إنه للوقوف على حقيقة البيانات والتواريخ أعلاه تم الأمر بإيداع الوثيقة موضوع القضية بمكتب التحقيق للوقوف على كل البيانات المتعلقة بها وما أثير حولها من طرف المشتكي.

وحيث تنص المادة 5 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: «تتقدم الدعوى العمومية ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك بمرور أربع سنوات ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجنحة...».

وحيث تنص المادة 4 من ق المسطرة الجنائية على أنه: «تسقط الدعوى العمومية ... بالتقدم...».

وحيث إنه طبقا لقرار «محكمة النقض حاليا المجلس الأعلى سابقا» الصادر بتاريخ 88/3/15 تحت عدد 1998 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 139 ص 166 وما يليها: «أن جريمة التزوير في محرر عرفي تعتبر من الجرائم الفورية. وبتبتدئ أمد التقادم بالنسبة إليها من يوم ارتكاب الجرم. لا تعتبر من الجرائم الاستمرارية التي يطول أمد ارتكابها أو يتجدد».

وحيث ذهبت محكمة النقض في قرار صادر عنها إلى أنه « تعتبر جنحة التزوير في محرر عرفي المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل 358 من القانون الجنائي من الجرائم الوقتية وتحسب مدة التقادم بشأنها من اليوم التالي لإنهاء عملية التزوير. تعتبر جنحة استعمال الورقة المزورة المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل 359 من القانون الجنائي من الجرائم المستمرة ولا تحتسب مدة التقادم بشأنها من تاريخ بداية استعمالها وإنما يحتسب من تاريخ انتهاء حالة الاستمرار التي تتصف بها هذه الجريمة.

إن إيداع الوثيقة المزورة من طرف الجاني لدى المحافظة العقارية هو استعمال مستمر لهذه الوثيقة وتتابع متجدد لإرادة الجاني في التمسك بها ولا ينتهي إلا من تاريخ انتهاء التمسك بالوثيقة في الغرض الذي استعملت من أجله ». قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 09/3/18 تحت عدد 12/289 في الملف 06/9562 منشور بكتاب قضاء محكمة النقض في المادة الجنائية لعمر ازوكار ص 251 و ما يليها . قرار مشار له بكتاب محمد بفقير « مجموعة القانون الجنائي و العمل القضائي، منشورات دراسات قضائية سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين الطبعة الثانية 1432-2011 الصفحة 200.

وحيث إنه مادام العقد موضوع القضية حسب الثابت منه أبرم بين المشتكي م أ والمتهمه م ك بتاريخ 30 أبريل 2000 وتم تصحيح إمضائه بتاريخ 02/05/2000، وتم تسجيله لدى إدارة التسجيل والتبوير بتاريخ 22/11/2006، وأنه حسب الوارد بشكاية المشتكي فإنه تقدم بطلب تسوية وضعية قاربه لدى مندوبية الصيد البحري بالداخلة سنة 2002، وفي سنة 2009 حاول مجددا الحصول على رخصته وقاربه من خلال اتصاله بالمسمى ح ه بصفته مديرا لجمعية أرباب القوارب الصيد التقليدي والذي صرح له تارة أنه أي المشتكي باع القارب، ومرة أخرى ادعى له أن موظف مندوبية الصيد هو من قام بتزوير رخصته، وهو ما يجعل من المشتكي على علم بالواقعة التي يدعيها منذ تاريخ 2009، ولم يتقدم بشكايته إلا بتاريخ 23/04/2018، وأن ملكية الرخصة موضوع العقد انتقلت من المتهمه م ك للمتهم ق م والمسمى أ س ع ر مناصفة بينهما بتاريخ 11/11/2009 وانتقلت فيما بعد ملكية نصف القارب من المتهم ق م إلى المسمى ع ر أ س بتاريخ 25/12/2009، وهو ما يجعل ملكية موضوع العقد قد خرجت من ذمة المتهمان ولم يعدوا مستعملان للعقد موضوع القضية منذ التاريخ المذكور وهو ما ينهي تمسكهما بالوثيقة موضوع الطعن، وينهي علاقتهما معها بصفة نهائية واستعمالها بانتقال الملكية للمسمى أ س ع ر وبالنظر لمقتضيات القرار أعلاه الذي جعل من « جريمة التزوير في محرر عرفي جريمة فورية وبيدئى أمد التقادم بالنسبة إليها من يوم ارتكاب الجرم، لا تعتبر من الجرائم الاستمرارية التي يطول أمد ارتكابها أو يتجدد»

وحيث إنه للوقوف على تصريحات المتهم م ق أنه قد توصل بخبر أن الشاكي المسمى م أ سبق له أن تقدم من الوسيط العقاري م أ ع وطلب منه عدم الإدلاء بشهادته لدى السلطات القضائية مقابل اقتسام المال المحصل عليه بعد إعادة بيع القارب موضوع النزاع وأنه أدلى بإشهاده المكتوب بهذا الخصوص.

ولأجل الوقوف على حقيقة التصريح أعلاه فقد تم استفسار الشاهد م أ ع عند حضوره خلال جلسة التحقيق الإعدادي بعد أدائه لليمين القانونية وأفاد الشاهد المذكور أنه قدم عنده أصدقاء المسمى أ المسميان م أول منذ مدة 6 أشهر تقريبا وعرضا عليه أن المسمى أ لديه مشكل في رخصة وأخبره على أنه يتعين على البائع أن يقدم لهم مبالغ مالية لكون الرخصة أصبحت تساوي مبالغ مالية مهمة تتراوح ما بين 12 مليون و 80 مليون وأفاد الشاهد أنه غالبا ما يكون أ من أرسلهم وأجابهم الشاهد أن البيع قد أنجز والعقد أنجز كما أنهم عرضوا عليه أنه سوف يتم اقتسام المبلغ المالي الذي سوف يتم الحصول عليه من ق كما طلبوا منه أن يدل بشهادة أن العقد باطل، ورفض الشاهد الطلب، وأضاف أنه لن يعرض المتهم ك لأن عقد البيع تم بشكل صحيح، وعرض عليه الإشهاد الوارد بين طيات الملف فأكد أنه يخصه.

وحيث تم الاستماع للشاهد الثاني المسمى ح ه الذي صرح عند الاستماع إليه أنه تقدم منه المشتكي وعرض عليه مشكلته فراجع مندوبية الصيد البحري فتبين له كون القارب في اسم م ك، وحاول إجراء صلح بينهما دون الوصول إلى نتيجة لكون المتهمين تمسكا بكون العقد صحيح ومصحح الإمضاء، ولماذا يدفعان مبالغ مالية، وعرض عليه العقد فأكد أنه صحيح ومصحح الإمضاء وسبق وان اطلع عليه، وأفاد أن المشتكي سبق له وأن طلب منه مساعدته فصرح له الشاهد على أنه لن يعين أحد على الظلم، وأرشده بأن يسلك المسطرة القضائية إن كان يعتبر نفسه على حق، كما صرح الشاهد أن المسمى ع رد سبق وان طلب من المتهمان مبلغ 50 ألف درهم للصلح وهو ما لم يقبله المتهمان متمسكين بكون العقد صحيح لينقطع التواصل بينهم.

وحيث إنه للوقوف على تصريحات الشاهد ح ه بشأن أنه سبق للمسمى أ م أن صرح له على أنه سلم الرخصة «رول» وشهادة تصريح بالضياع لشخص موظف بمندوبية الصيد البحري بالداخلة يسمى ع ر د ذو بشرة سوداء سنة 2000 ومنحه معه مبلغ قدره 4000 درهم لتسوية وضعية القارب، فقد تمت خلال إجراءات التحقيق الإعدادي مراسلة مندوبية الصيد

وحيث إن الاستماع لكل الأشخاص الذين لهم علاقة بالقضية كشهود ومواجهتهم مع المتهمين ومراسلة جميع الإدارات المودعة لها الوثيقة والمنجزة والمصادقة عليها لديها بسجلاتها تمت دون الوصول إلى نتيجة إيجابية تفيد كون المتهمان على علاقة بالمنسوب إليهما أو بأي عنصر من عناصر المطالبة القضائية المفتوحة ضدتهما.

وحيث إن إنكار المتهمان للمنسوب إليهما ليس بالملف ما يفنده وأنه بمواجهتهما مع المستمع إليهم تمهيدا بعد أخذ شهادتهم طبقا للقانون في هذه القضية أمام قاضي التحقيق أنكروا المنسوب إليهم وأن شكايه المشتكى لا أساس لها.

وحيث إن المتهمان ليست لهما أي سوابق قضائية في ميدان المنسوب إليهما وإن الملف خال مما يفيد ذلك.

وحيث فضلا عن ذلك فإن الملف خال مما يفند إنكار المتهمان بكونهما على علاقة بما سطر في المطالبة بحقهما، وأمام كل ما ذكر وفصل أعلاه وبالرجوع إلى كافة وثائق الملف لم يثبت وجود وسيلة إثبات علمية يقبلها القانون تفيد تورط المتهمان في ما هو مطلوب التحقيق معهما من أجله وما هو منسوب إليها بشأن موضوع القضية الشيء الذي يجعلهما غير مؤتيان لأي قرينة توفر الركن المادي للجريمة أو أي من باقي عناصر أركانها.

وحيث إن البراءة هي الأصل وإن الشك يفسر لصالح المتهم طبقا للمادة 1 من قانون المسطرة الجنائية .

وحيث تطبيق للمادة 216 من قانون المسطرة الجنائية فإنه « يصدر قاضي التحقيق أمره بعدم المتابعة إذا تبين أنه ليست هناك أدلة كافية ضد المتهم ».

وحيث إنه ما دامت لم تثبت هناك أي قرائن قوية تثبت أن المتهمان المذكوران أعلاه أتيا ما نسب إليهما فإنه يتعين عدم متابعتهم من أجل ما نسب إليهما .

وحيث إن المحاضر و التقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شان التثبت من الجرح والمخالفات يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات طبقا للفصل 290 من قانون المسطرة الجنائية.

وحيث إنه بالنظر للعلل أعلاه فإنه لم يعد هناك موجب لبقاء الوثيقة موضوع القضية بهذا الملف ويتعين إرجاعها للجهة التي أودعتها لدى مكتب التحقيق .

وحيث يتعين تحميل الخزينة العامة الصائر.

وحيث يسهر وكيل الملك على تنفيذ أوامر قاضي التحقيق طبقا للمادة 40 من ق م ج .
وتطبيقا لمقتضيات المواد 84-89-175-176 من قانون المسطرة الجنائية.

لأجله:

نأمر نحن قاضي التحقيق لدى المحكمة الابتدائية بوادي الذهب بما يلي:

- 1 - بعدم متابعة المتهمان أعلاه من أجل: المنسوب إليهما أعلاه.
 - 2 - بتحميل الخزينة العامة الصائر.
 - 3 - بتبليغ نسخة من هذا القرار للسيد وكيل الملك والمتهمان أعلاه ودفاعهما إن وجد، وللمطالب بالحق المدني مع إحالة ملف القضية على النيابة العامة طبقا للقانون وللعمل على تنفيذ هذا الأمر.
 - 4 - إرجاع الوثيقة موضوع القضية إلى مندوبية الصيد البحري بالداخلة مقابل ما يفيد ذلك وتسلم المحضر المنجز في القضية نظير إيداعها سابقا للوثيقة المذكورة بمكتب التحقيق لدى هذه المحكمة.
 - 4 - بحفظ نسخة من ملف الدعوى بكتابة مكتب التحقيق للرجوع إليها عند الحاجة .
- وحرر بمكتبنا يوم 2020/01/17.



محور مذکرات و مناشیر



دورية

السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، رئيس
النيابة العامة عدد 11 س / ر ن ع الصادرة بتاريخ 12
أبريل 2021

تدبير برقيات البحث

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد،

كما هو معلوم لديكم، فقد أناط بكم قانون المسطرة الجنائية صلاحيات عدة تتصل بإقامة الدعوى العمومية، والإشراف على إجراءات البحث عن مرتكبي الجرائم لضبطهم وتقديمهم أمام العدالة، وهي صلاحيات يجب أن تمارس وفقاً للقواعد القانونية والدستورية التي جعلت من عدم المساس أو تقييد حرية الأفراد مبدأً راسخاً يلزم الجميع، بحيث لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته، إلا في الحالات وطبقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون (الفصل 23 من دستور المملكة).

وفي إطار تديركم للأبحاث الجنائية والإشراف عليها، قد تلجؤون إلى إصدار تعليمات إلى الشرطة القضائية بإنجاز برقيات للبحث، يتم تحريرها في حق الأشخاص الذين تعذر الاهتداء إليهم أو الموجودين في حالة فرار، والذين تبين من خلال التحريات المنجزة قيام أدلة أو قرائن حول تورطهم في ارتكاب أفعال مجرمة. بحيث يترتب عن سريان تلك البرقيات وتعميمها على الصعيد الوطني، ضبط الأشخاص الصادرة في حقهم¹¹¹.

وعلى الرغم من أهمية إصداركم للأوامر القضائية بتحرير برقيات البحث، باعتبارها آلية لتفادي الإفلات من المساءلة الجنائية خاصة بالنسبة للأشخاص الذين يعتمدون الفرار من أجهزة العدالة الجنائية، فإن عدم التحري في اتخاذ هذا الإجراء، أو في مدى تحقق الأسباب الداعية إلى إيقافه، قد يؤدي أحياناً إلى المساس بحرية الأفراد، ولو بصفة مؤقتة، مع تعطيل مصالحهم الحيوية، الأمر الذي يفضي إلى تقدم بعض الأشخاص المبحوث عنهم بتظلمات، سواء لديكم أو لدى هذه الرئاسة لالتماس إلغاء برقيات البحث المحررة في حقهم. ولضمان التطبيق السليم للقانون عند إنجاز برقيات البحث، وتفادي تقييد حرية الأفراد بكيفية غير مبررة، فإنني أدعوكم إلى ما يلي:

- الحرص على ترشيد اللجوء إلى إصدار برقيات البحث، وعدم توجيه تعليماتكم بتحريرها إلا في الحالات الضرورية التي تستدعي مثول الشخص المبحوث عنه أمام العدالة، كما لو تعلق الأمر بالاشتباه في ارتكاب جنائيات أو جنح تتطوي على خطورة مع توفر قرائن أو أدلة كافية على ارتكابها؛

111. بلغ عدد برقيات البحث المحررة على الصعيد الوطني خلال سنة 2020 ما مجموعه 92152 برقية.

- التريث في معالجة قضايا الأشخاص المبحوث عنهم الذين يتم ضبطهم، وعدم اللجوء آليا إلى إخضاعهم للحراسة النظرية ما لم تقتض ظروف البحث وضروراته ذلك؛
 - القيام بمراجعة دورية للمحاضر المحفوظة عقب إنجاز برقيات البحث، وذلك بهدف التحقق من استمرار توفر المبررات القانونية التي أدت إلى إصدار التعليمات بتحرير تلك البرقيات؛
 - المبادرة إلى إصدار تعليمات ترمي إلى إلغاء جميع برقيات البحث المتعلقة بأفعال جرمية طالها التقادم القانوني، مع مراعاة اختلاف هذه المدة بحسب الطبيعة القانونية للجريمة (جناية أم جنحة)، وبطبيعة الحال مراعاة الأسباب القانونية لقطع التقادم؛
 - الحرص على إلغاء برقيات البحث المحررة في حق المشتبه فيهم المقدمين أمامكم، أو عند إحالة قضايا الأشخاص المبحوث عنهم على جهات التحقيق أو الحكم؛
 - التفاعل الإيجابي مع الطلبات والملاحظات التي تقدم إليكم من أجل إلغاء برقيات البحث والعمل على إصدار تعليماتكم بإلغائها متى ثبت لكم وجود مبررات قانونية توجب ذلك؛
 - موافاتي بتفصيل بالتدابير والإجراءات المتخذة من طرفكم تنفيذًا لهذه الدورية، والنتائج التي توصلتم لها في هذا الصدد بحسب الجدول رفقته.
- ونظرا لما للموضوع من أهمية بالغة، لاتصاله بحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، الموكول لكم قانونا حفظها وصونها فإني أدعوكم إلى إيلاء التعليمات التي تضمنتها هذه الدورية العناية الخاصة وفق ما هو معهود فيكم، لما لها من دور أكيد في حفظ حريات الأفراد وتحقيق الأمن القضائي. مع الرجوع إلى هذه الرئاسة في حالة وجود أي صعوبة والسلام.

رئيس النيابة العامة

م. الحسن الداكي

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد

لا يخفى عليكم ما لظاهرة بيع وتوزيع وصرف الأدوية والمنتجات الصحية للعموم بطرق غير قانونية من خطورة على الصحة العامة، ولذلك فإن القانون رقم 17.04 بمثابة مدونة الأدوية والصيدلة، يحظر تقديم الأدوية والمنتجات الصيدلانية غير الدوائية أو عرضها للبيع أو بيعها للعموم خارج الإطار المعد لها قانوناً.

وبحسب المادة 55 من القانون المذكور فإن أماكن مزاوله مهنة الصيدلة هي الصيدليات ومخزونات الأدوية بالمصحات والمؤسسات الصيدلانية، ووفق المادة 19 من نفس القانون فإنه لا يمكن القيام بصناعة الأدوية واستيرادها وتصديرها وبيعها بالجملة إلا من طرف المؤسسات الصيدلانية الصناعية، والتي تعرفها المادة 74 بأنها كل مؤسسة تتوفر على موقع للصنع وتقوم بعمليات صنع الأدوية واستيرادها وتصديرها وبيعها بالجملة، وعند الاقتضاء، توزيعها بالجملة.

ولقد حدد القانون السالف الذكر مجموعة من الجرائم والعقوبات والإجراءات الجنائية التي تهدف إلى زجر بيع وتسويق الأدوية والمنتجات الصحية بشكل غير قانوني في أماكن غير مرخص لها ومن طرف أشخاص غير مؤهلين، وفق التفصيل التالي:

■ الأفعال المعاقب عليها بعقوبة حبسية من 3 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة من 5000 إلى 50000 درهم:

- ممارسة الصيدلة بشكل غير قانوني دون التوفر على الدبلوم أو الشهادة المطلوبة قانوناً لممارسة المهنة والمشاركة إليهما في المادتين 93 و94؛
- مساعدة من لا تتوفر على الدبلوم أو الشهادة المطلوبة قانوناً؛
- مساعدة صيدلي غير مأذون له بممارسة الصيدلة أو حيازة عقار أو مادة أو تركيبة لها خصائص علاجية أو وقائية أو أي منتج صيدلي غير دوائي بغرض بيعه أو صرفه من أجل الاستعمال الطبي البشري أو البيطري؛
- مساعدة الصيدلي الموقوف أو المشطب عليه من جدول هيئة الصيدلة.

هذا، وبالرغم من الجهود المبذولة على مستوى مراقبة بيع وصرف وتوزيع الأدوية وتحريك المتابعات في حق المخالفين، فإن وزارة الصحة لا زالت تتوصل بالعديد من الشكايات بشأن بيع الأدوية من قبل أشخاص غير مؤهلين لذلك في الأسواق أو المتاجر أو عبر مواقع الأنترنت.

ومن أجل التصدي لهذه الظاهرة وتفعيل أحكام القانون رقم 17.04 بمثابة مدونة الأدوية والصيدلة وغيرها من النصوص القانونية ذات الصلة على الوجه الأمثل، أدعوكم إلى إيلاء هذا الموضوع العناية اللازمة، لا سيما من خلال اتخاذ التدابير التالية:

■ دعوة الشرطة القضائية للتسيق مع المصالح الجهوية لوزارة الصحة وعند الاقتضاء مع المصالح المركزية ممثلة في مديرية الأدوية والصيدلة، بغية رصد جميع صور البيع والتوزيع غير القانوني للأدوية، وإطلاعكم على نتائج ذلك ليتأتى لكم اتخاذ ما يلزم قانوناً؛

■ العمل على تفعيل دور النيابة العامة في تجهيز الملفات الراجعة أمام المحكمة للبت فيها داخل آجال معقولة؛

■ تقديم الملتزمات الرامية إلى مصادرة المواد والمنتجات المحجوزة، والسهر على إتلافها لما لها من تأثير خطير على الصحة العامة؛

■ التماس عقوبات زجرية متناسبة وخطورة الأفعال المرتكبة، مع تدعيم الملتزمات بما يبرر تطبيق العقوبات الإضافية وبما يثبت حالة العود؛

■ الطعن في الأحكام القضائية التي تقضي بعقوبات غير متناسبة مع خطورة الأفعال أو لا تراعي حالة العود؛

■ موافاتي بإحصاء شهري حول عدد الأبحاث والمتابعات ذات الصلة بالموضوع والقرارات القضائية الصادرة بشأنها وفق النموذج رفقته.

هذا، ونظراً لما تكتسيه هذه التعليمات من أهمية في الحفاظ على الأمن الصحي ببلادنا، فأني أهيب بكم السهر على تفعيل التعليمات المذكورة بكل جدية وصرامة، وإشعاري بما قد يعترضكم من صعوبات بهذا الخصوص. والسلام.

الوكيل العام للملك

رئيس النيابة العامة

الحسن الداكي

دورية

المحافظ العام بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية
والمسح العقاري والخرائطية عدد 04 / 2021 الصادرة
بتاريخ 22 أبريل 2021 .

دورية السيد رئيس الحكومة المتعلقة بتصفية ملف
النزاعات الناشئة عن تطبيق الظهير الشريف المؤرخ في
02 مارس 1973 المتعلق بنقل ملكية العقارات الفلاحية
أو القابلة للفلاحة العائدة للأشخاص الذاتيين الأجانب
والأشخاص المعنويين لفائدة الدولة .

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد يشرفني أن أنهي إلى علمكم أنه صدرت عن السيد رئيس الحكومة الدورية رقم 564 بتاريخ 24 مارس 2021 في شأن تصفية النزاع الناشئ عن تطبيق الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.73.213 المؤرخ في 02 مارس 1973 تنقل بموجبه إلى الدولة ملكية العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة التي يملكها أشخاص ذاتيون أجانب أو أشخاص معنويون، والتي جاءت من أجل تجميع الإجراءات المضمنة بمختلف الدوريات الصادرة في الموضوع وتبسيطها وتتميمها، وذلك بهدف التسوية النهائية للنزاعات التي سبق وأن بتت فيها اللجنة الوزارية المشتركة المكلفة بالنظر في المطالبات بالموافقة المبدئية على التسوية أو التي أودعت ملفاتها قبل تاريخ 30 يونيو 2007 ولم يتم البت فيها لغاية تاريخه؛

ومن بين ما أكدت عليه الدورية المذكورة أن المحافظ على الأملاك العقارية يعتبر عضواً باللجنة الإقليمية المكلفة بتحديد شروط تسوية ملفات النزاعات التي حظيت بالموافقة المبدئية من قبل اللجنة الوزارية المشتركة المشار إليها أعلاه، كما نصت على مجموعة من المستجدات من أبرزها ما يتعلق باختصاصات اللجنة الإقليمية سالف الذكر، وحددت كذلك متم شهر ذنبر 2023 كآخر أجل للبت في جميع الملفات العالقة المعروضة على أنظار هذه اللجنة.

وإذ أحيل عليكم نسخة من الدورية المذكورة من أجل الاطلاع على تفاصيل المقتضيات الواردة بها ولا سيما تلك المتعلقة باختصاصات اللجن الإقليمية ومسطرة عملها وكذا الأجل المحدد لتصفية جميع الملفات العالقة، أطلب منكم موافاتي بكافة الصعوبات وكذا المستجدات ذات الصلة بموضوع تطبيق هذه المذكرة.

والسلام



رسائل وأطاريح



أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

تحت عنوان:

« حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدولي »

نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة عبد المالك السعدي بطنجة

المملكة المغربية

تقدمت بها الطالبة



صوفيا بومينة

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور: محمد بنحساين

1441/2020

الإطار العام للأطروحة

تتميز الحقبة التي نعيشها بانتقال الاقتصاد العالمي من نموذج الرأسمالية الوطنية والمتعددة الجنسيات إلى نموذج الرأسمالية العالمية حيث توزعت الأسواق الدولية في سياق الحداثة من خلال حركة الاندماج الواسعة من نظم محلية وإقليمية إلى دولية تهيمن عليها شركات دولية النشاط تتحكم سياسيا، واقتصاديا، واجتماعيا، وفكريا في مناخ الأعمال الدولي.

والضرائب والشغل، والإطار التنظيمي العام. أما بالمعنى الضيق فيعبر عن السياسات التي تستهدف تقوية الحوافز وإزالة العقبات. ويدخل في هذا الإطار الإعفاءات الضريبية والامتيازات والضمانات وإنشاء المناطق الحرة...، وبالتالي فإن معرفة الشركات دولية النشاط بطبيعة مناخ الاستثمار في الدول المضيضة، ستجعلها أكثر قدرة على تحديد مدى صلابة أو هشاشة البيئة الاقتصادية لتلك الدول، ومدى ملاءمتها لممارسة أنشطتها. علما أن التشغيل والبطالة والأزمات الاقتصادية، كلها ظواهر مرتبطة بتطور النظم الاقتصادية، والاجتماعية، وأجهزتها الإنتاجية، وعلاقاتها الاجتماعية. وهذا ما سعى إلى حث المجتمع الدولي على تأسيس منظمة العمل الدولية لحماية رأس المال البشري.

فتاريخيا، البطالة والتشغيل تولدتا من عدم قدرة النظام الاقتصادي والاجتماعي القائم على تأمين الشغل بصفة دائمة لمجموع السكان القادرين عليه. ولقد عرفت المجتمعات الإنسانية في مختلف مراحل تطورها هذه الظاهرة، وإن كانت أسبابها ونتائجها مختلفة، خاصة وأن التجارة الدولية عرفت في الآونة الأخيرة عدة تطورات، وتقنيات ابتداء من تحريرها من القيود الجمركية إلى توسع نطاقها لتشمل عناصر الملكية الفكرية (براءة الاختراع، والرسوم والنماذج الصناعية، والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، والعلامات التجارية، وتسميات المنشأ الجغرافي، وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة... إلخ)، إذ شكلت هذه الأخيرة سوقا جديدا تعمل معظم الدول على التحكم فيه والاستفادة من خدماته باعتبارها رأس مال غير ملموس.

كما أدت المنافسة الحرة إلى ظهور شركات دولية النشاط عابرة للقارات، لا تنتمي لدولة بعينها أو لمنطقة جغرافية محددة¹، والتي تعد من أهم الظواهر القانونية والاقتصادية بل والسياسية في عالم ما بعد الحرب العالمية الثانية. فمن الناحية القانونية تشكل هاته الشركات ظاهرة قانونية جديدة، تتعدى المفاهيم القانونية التقليدية وتتجاوزها، وتثير من القضايا والمشاكل ما تعجز الأدوات الفنية المستحدثة عن الإحاطة به. على اعتبار أن لها كيانا يتعدى الحدود الإقليمية للدول التي تعمل فيها، في حين أن القانون مازال وسيبقى لوقت طويل محليا وإقليميا، وذلك يعني عجز المفاهيم والأدوات القانونية المستقرة عن استيعاب هذه الظاهرة، والإحاطة بالمشاكل المختلفة التي تثيرها. أما من الناحية الاقتصادية فتسيطر الشركات دولية النشاط سيطرة كاملة على السوق العالمية، وتقود التقسيم الجديد

1. رضوان بوعواد، حماية الأجراء في ظل الإكراهات الاقتصادية للمقاولة - دراسة مقارنة بين المغرب وفرنسا، دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، 2018، ص 7.

للشغل الدولي، والذي يقوم على أساس التفرقة بين المراحل المختلفة للعملية الإنتاجية، بحيث تتم بعض هذه المراحل في دول معينة والبعض الآخر في دول مختلفة، ويتم هذا في إطار سيطرة مركزية موحدة، وهي بذلك تساهم في إعادة تشكيل الوجه الاقتصادي لعالمنا المعاصر.

كما تعتمد هاته الشركات على الاستفادة من الاختلافات القائمة في درجات نمو الاقتصاديات الداخلية المتعددة على النطاق العالمي، كذلك تسعى جاهدة إلى استغلال هذا التفاوت بين الواقع والقانون على كافة المستويات. فالتباين القائم بين عالمية نشاط الشركة، وإقليمية القوانين، بما يؤدي إليه ذلك من خضوعها لعدة أنظمة قانونية في وقت واحد، تتيح لها فرصة استغلال الاختلافات القائمة بين التشريعات الوطنية التي تخضع لها سواء التجارية أو المالية أو الضريبية، من أجل تحقيق استراتيجياتها العالمية القائمة على أساس زيادة أرباح رأس المال المسيطر على الشركة الأم، وذلك دون اعتبار لمصالح الدول المضيفة أو الأطراف الأخرى التي ترتبط مصالحها بهذه الشركات. وليس هناك من سبيل أمام الدول المضيفة (الدول النامية)، إلا أن تتكاثف معا وأن تتخذ موقفا موحدا اتجاهها، يكفل حماية مصالحها الداخلية، في إطار التجمعات الإقليمية. وحتى يتم ذلك فستبقى اليد الطولى لها، باعتبار مالها من سيطرة على السوق العالمي، وستبقى السيادة كما كانت في الماضي القريب وفي المستقبل المنظور في خطر هذا الأتون.

ناهيك على أن قوة انتشار الشركات دولية النشاط عبر العالم يعود لعملها الدؤوب واحتكارها لجميع الأنشطة الصناعية والتجارية وغيرها؛ فالمتبع لمسيرة هذه الشركات ومراحل تطورها، وخاصة في الدول النامية يجد بأنها تسعى بكل الوسائل للهيمنة على ثروات هذه الأخيرة مقابل منتجات كانت أساسا عبارة عن مواد خام مستخرجة من أراضيها، وبالتالي تبقى الصفة الاحتكارية ملازمة لهذه الشركات من خلال احتكار السلع المعروضة في الأسواق أو حتى في مجال الخدمات وغيرها، مما يؤدي تبعا إلى التحكم في الأثمان.

واتساقا مع ذلك، تمارس هذه الشركات أدوارا كبرى في التجارة الدولية بصفتها محركا فعالا في ديناميكية التجارة والمبادلات الدولية المتطورة، وهذا من بين الأسباب الاستراتيجية التي اعتمدها في برمجة سياستها الاقتصادية والتجارية لإضعاف البنية الاقتصادية والتجارية للدول النامية، مما جعلها تتوسع أكثر في تجارتها على الصعيد

الدولي والداخلي، مع تركيزها على دول العالم الثالث، الشيء الذي جعل أرباحها تزداد أكثر فأكثر، وهذا أدى إلى السيطرة على السوق التجارية الدولية².

ولا يمكن تجاهل التأثير الكبير للشركات دولية النشاط في هذه العلاقات باعتبارها ورشات عمل ميدانية تمارس التحكم المباشر أو المشاركة على أقل تقدير في التصنيع، والتسويق، والتشغيل في واحدة أو أكثر من الدول الأجنبية، مما جعل إمكانية المنافسة معها صعبة. ومن ثم تستمر الدول النامية في الاعتماد على تلك الشركات في سد احتياجاتها، وهو ما يخضعها لأي شروط تفرضها للحصول على امتيازات، على اعتبار أنه لا يمكن الاستغناء عنها ولو على حساب حقوق الطبقة الشغيلة ضاربة عرض الحائط بتوصيات واتفاقيات المشرع الدولي الخاص والعام.

وفي ظل هذه المعايير، والممارسات، واستفادة القلة من هذه الكيانات العملاقة، ومعاونة الأكثرية من الأجراء في عالم متطور ونام، يحاول المغرب أن يتخذ من هذه التغيرات (الاستثمارات الدولية) طريقا إلى النمو والتطور السريع ولو على حساب اليد الشغيلة الرخيصة التكلفة.

وتبعا لذلك، يطرح موضوع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والفكرية للأجراء في مناخ الأعمال الدولي العديد من الإشكالات القانونية والتطبيقية، حيث تبرز جديته في دور وتأثير الشركات دولية النشاط وغيرها من مؤسسات الأعمال على مناخ التجارة الدولية من خلال الهيمنة التي تمارسها على الدول النامية مستغلة قوانين الاستثمار، وتواجدها في المناطق الحرة، ومناطق ترحيل الخدمات (الأوفشورنغ).

علاوة على مكانة شركات الأعمال الدولية في القوانين العامة، والقوانين المطبقة على حالتها وأهليتها أمام القضاء الدولي بصفة عامة، والقضاء المغربي بصفة خاصة من خلال القوانين الجاري بها العمل في عقود الشغل الدولية التي تبرمها هاته الشركات، وأساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القاضي الوطني، وذلك بناء على القيمة القانونية للقانون الدولي للشغل في ضوء مدونة الشغل المغربية، وبالتالي فالبحث في طبيعة المهن الدولية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية للأجراء في مناخ الأعمال الدولي يتطلب تناول طبيعة عقود الشغل الدولية المبرمة بين الأجير وهاته الشركات من خلال المبادئ والالتزامات الدولية المرتبطة بحقوق الأجراء.

2. محسن شفيق، المشروع ذو القويمات المتعددة: من الناحية القانونية، مطبعة الكتاب الجامعي، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، 1998، ص 22.

هذا مع دراسة أوجه الاختلاف بين مختلف مؤسسات الأعمال الفاعلة على المستوى الدولي، ومدى توفر هاته الأخيرة على بيئة عمل آمنة وصحية على النحو المنصوص عليه في الصكوك الدولية والتشريعات الوطنية ذات الصلة، وكذلك في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

كما يتعين التطرق إلى مستوى الحرية النقابية المكفولة للأجراء في مؤسسات الأعمال الدولية، والاعتراف الفعلي بالحق في المفاوضة الجماعية من خلال حماية حقهم في العمل النقابي والانضمام إلى منظمات يختارونها بأنفسهم على نحو ما تنص عليه التشريعات الوطنية واتفاقيات منظمة العمل الدولية.

بالإضافة إلى البحث عن إمكانية إيجاد قاعدة إسناد محددة تتماشى مع خصوصية عقد الشغل الدولي تكفل له الثبات والاستقرار، وتضمن لأطرافه بأن علاقاتهم سيحكمها قانون معلوم محدد، يؤدي إلى تحقيق التوازن بين الأجير الذي يمثل الطرف الضعيف في العلاقة وبين المشغل في مناخ الأعمال الدولي، وذلك من خلال التركيز على المبادئ والالتزامات المنصوص عليها دوليا المتعلقة بحقوق الأجراء الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية.

لكن هذا لا يعني غض الطرف عن المسؤولية الاجتماعية للشركات دولية النشاط باعتبارها فاعلا اجتماعيا دوليا يتعين عليه احترام بيئة نشاطه، والقواعد المنظمة للتشغيل الدولي.

علما أنه من الناحية الموضوعية، وللتوفيق بين سلطة المشغل وحماية الأجراء، لا مناص من مقارنة الموضوع انطلاقا من مفهوم الحماية المرنة، ومؤدى هذا المفهوم، الجمع بين ممارسة المشغل لسلطته في تدبير الإكراهات الاقتصادية للمقاولة بمرونة كافية، وحماية الأجراء من تداعيات تلك العقوبات بآليات وأدوات تشريعية، وعملية، وقضائية.

وفي هذا الصدد، يكتسي موضوع حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدولي أهمية بالغة من الناحيتين العلمية والعملية باعتباره موضوعا ديناميكيا مركبا ينطوي على عدد من الأبعاد الاقتصادية والسياسية والقانونية، والجيوسياسية المؤثرة، والمهيمنة، مما يتعين معه معرفة خصوصية صفة أطراف العلاقة الشغلية، والعناصر المكونة لها وفهمها، وإدراك مختلف الجوانب التي تخصها بالإطلاع على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المنظمة لها، بما في ذلك النصوص القانونية ذات الصلة على المستوى الداخلي وتحليلها، وإجراء دراسة نقدية للخروج بنتائج عملية جديدة، ومن ثم إدراك تأثيرها السلبي على الاقتصاد

الدولي والداخلي باعتبار أن الشركات دولية النشاط تعد كيانات ضخمة، وذات أثر بالغ في الاقتصاد العالمي.

هذا مع إبراز مختلف التدابير الوقائية والردعية لمكافحة هيمنتها من خلال الإطلاع على مدى فعالية السياسة المتبعة من قبل المشرع الدولي الخاص والعام، وإلقاء الضوء على دور أجهزة الرقابة الدولية والداخلية.

وتظهر أهميته العلمية بصفة أساسية في كون المشغل الدولي (الشركات دولية النشاط) يتميز بقوة اقتصادية كبيرة، ويتمتع بإمكانيات مادية وفنية في المجال التكنولوجي والعلمي، مما يمنحه مكانة راقية للتفاوض، بل وفرض شروطه من خلال السيطرة على أسواق التشغيل. أما من الناحية العملية، فإنه محاولة للبحث في سبل تنظيم نشاط الشركات دولية النشاط في إطار قانوني محدد سواء كان وطنيا بمنحها جنسية دولة معينة، أو تنظيمها دوليا شاملا متعدد الجنسيات.

علما أن البحث يستهدف عقد الشغل الفردي الذي يعقد بين الأجير والمشغل، من دون عقد الشغل الجماعي أو المشترك الذي يعقد بين نقابات الأجراء والمشغل، باعتباره ينظم فقط الشروط العامة التي يتم الشغل في نطاقها، والتي على هديها يتم إبرام عقود الشغل الفردية.

وفي هذا السياق، ولئن تناول الباحثون القانونيون العديد من المواضيع التي تتعلق بالأجراء أو بحقوقهم، فإن جزئية حماية حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدولي هي التي أثارت شغفنا العلمي، واستقرت فضولنا المعرفي بغية الإلمام بمختلف جوانبها.

وتبعاً لذلك، فالببحث يتناول مواضيع مهمة تمس الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية للأجراء في الشركات دولية النشاط الدولية، ومدى تأثيرها على مناخ الأعمال الدولي، هذا مع الكشف عن نقاط الضعف والقوة التي تميز البيئة التي يتم فيها الاستثمار.

كما أنه محاولة لتسليط الضوء على مناخ الأعمال في المغرب، وانعكاسه على النشاط المقاوالاتي، وعلى نجاعة الإصلاحات التي تقوم بها الدولة في المجال من خلال مناطق الاستثمار الحرة، وترحيل الخدمات... وغيرها.

ولذلك فإن هذا الموضوع يعد محاولة لتحديد معالم التنظيم القانوني لأهم جوانب حقوق الأجراء الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية، وذلك في ضوء النصوص التشريعية

الدولية والداخلية، والتدابير القانونية والإجرائية التي وضعت خصيصا لتنظيمها، إلى جانب القواعد العامة التي تتلاءم مع أحكامها.

هذا مع السعي إلى إيجاد الحلول اللازمة بشأن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الشغل الفردي عند غياب قاعدة الإسناد في التشريع الوطني، وذلك من خلال إظهار التطور الفقهي الكبير الذي حصل بصدد تنازع القوانين في عقد الشغل الفردي، إذ تعد نظرية التركيز الموضوعية المتمثلة في تطبيق قانون محل تنفيذ الشغل من أهم النظريات الفقهية التي نالت الاهتمام والقبول لدى الفقه والقضاء.

علاوة على إبراز مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تحديد ذلك في عقد الشغل الذي يجري تنفيذه في عدة دول تقف جميعها على قدم المساواة، وكذلك الأعمال المنفذة على متن السفن والطائرات، أو على الأقاليم التي تنعدم فيها السيادة، من حيث إمكانية تطبيق القاضي الوطني للقواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام الأجنبية المرتبطة بالعقد، سواء ما كان مختصا منها وفق قواعد الإسناد الوطنية أو كانت تابعة لدولة ثالثة غير دولة القاضي ودولة القانون المسند إليه.

كما حاولنا إثراء الموضوع ببعض الآراء والحقائق التي تعكس واقع وحقيقة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية، من خلال الثغرات القانونية التي يثيرها نظرا للتطورات المتلاحقة والحديثة المتواجدة فيه رغم التوصيات والاتفاقيات الدولية المسترسلة في المجال.

واتساقا مع ذلك، يهدف البحث إلى معرفة كيف يمكن أن تساهم التقنيات المختارة بواسطة الشركات دولية النشاط في إيجاد أقصى فرص التشغيل في مناخ الأعمال الدولي، سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وقد بدا ذلك واضحا في القواعد المتعلقة بمسؤوليات الشركات عبر الوطنية وغيرها من مؤسسات الأعمال في مجال حقوق الإنسان، على اعتبار أنه لا يجوز لها أن تلجأ إلى استخدام السخرة أو العمل الجبري المحظور في الصكوك الدولية والتشريعات الوطنية ذات الصلة، وكذلك في القانون الإنساني الدولي، مع وجوب توفير بيئة عمل آمنة وصحية، وأن تدفع أجورا تضمن للأجراء وأسرهم مستوى معيشة لائقا³.

3. وثيقة الأمم المتحدة 2/Rev.2/2003/E/CN.4/Sub.2.12.

اعتمدت من قبل اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان في جلستها الثانية والعشرين المنعقدة في 13 غشت 2003. تم الإطلاع على الوثيقة بتاريخ 20 مارس 2017 على الساعة 9 ليلا عبر الرابط الإلكتروني التالي:
<http://hrlibrary.umn.edu/arab/norms-Aug2003.html>

علما أن الحق في اختيار الشغل المناسب الذي يصون الكرامة يحتاج إلى بيئة اجتماعية وقانونية ملائمة.

كما يسعى البحث للكشف عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية للأجراء في مناخ الأعمال الدولي، مع إبراز دور الشركات دولية النشاط المستقرة في المناطق الحرة ومناطق ترحيل الخدمات، وتأثيرها اقتصاديا على المجريات السياسية والاجتماعية في الدول النامية ؛ مستغلة قوانين الاستثمار التي تتدخل بمختلف الطرق لتعديلها ونسخها حسب مصالحها الخاصة، في حين يستلزم تدبير سوق الشغل الدولي خلق نوع من التوازن بين حاجيات المقاومة العالمية وحماية حقوق الأجراء، وبالتالي وللوصول إلى هذا الهدف يتعين بالضرورة فهم معاني وأبعاد مناخ الأعمال في ظل العولمة، والإطلاع على الاتفاقيات الدولية والثنائية التي تؤثر وتتأثر سياسيا بالأحداث الدولية، مما يؤدي إلى تناقض مجموعة من القرارات الاقتصادية المتخذة في هذا المجال، ناهيك عن تشابك التشريعات الوطنية بالعالمية، الواقع الذي أصبح يتطلب وجود ضمانات قانونية وقضائية لتسوية منازعات الشغل لأن اختلال التوازن الكامل في علاقات القوى بين أي شركة دولية وعلاقة ودولة نامية لا يسمح بقيام علاقة متكافئة بينهما.

واتساقا مع ذلك، يرمي البحث إلى توضيح الدور الذي تلعبه أجهزة الرقابة في ظل المنظومة المؤسسية، من خلال بيان مدى فعالية الرقابة على مناخ الأعمال الدولي، باعتبار أن الحقوق المعتدى عليها هي حقوق إنسانية لا يجوز التضحية بها لمجرد أن دولة أخرى لا تعطيهما ما تستحقه من الاهتمام، أو لا تكفلها بصورة ملائمة، أو تعمل على منعهما ضمنا من خلال إحاطتها بقواعد إجرائية جد معقدة.

ومن البديهي أن الاتفاقيات التي تنظم الحقوق والحريات لا تعامل الأفراد بصفتهم مواطنين ينتمون إلى الدول المتعاقدة، وإنما بالنظر إلى كونهم بشرا وينبغي أن يعاملوا على هذا النحو، فلا تكون حقوقهم من قبل هذه الدول حقوقا هامة، بل حقوقا نافذة تنبض الحياة فيها، وليس للدولة المتعاقدة بالتالي أن تمنعها أو تمنحها وفق مشيئتها، ولا أن تتدرع بحقوق السيادة التي تملكها حتى تتخلص من اتفاقية قبلتها.

وعليه، فالهدف الأساسي من البحث هو منح القائمين على السياسة التشريعية في المغرب، فكرة، تسعى أن تكون مبسطة ومعقدة قدر الإمكان، توضح مفهوم حقوق الأجراء الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية في مناخ الأعمال الدولي من خلال التعريف بها وبالإشكاليات التي تثيرها في سوق الشغل، وتبين أنواعها، وبيان خصائصها، والسمات

- السعي إلى إيجاد الحلول اللازمة بشأن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الشغل الدولي عند غياب قاعدة الإسناد في التشريع الوطني، مع بحث إمكانية تطبيق القاضى الوطني للقواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام الأجنبية المرتبطة بالعقد؛

- محاولة إثراء النص التشريعي المغربي من خلال إبراز مدى تعامل مدونة الشغل المغربية مع الاتفاقيات الدولية وموقفها من عقود الشغل الدولية، مع البحث عن السبل المستقبلية الكفيلة للحد من هيمنة مؤسسات الأعمال الدولية على الأنشطة الصناعية والتجارية، واحتكارها لثروات الدول النامية وإنهاك قواها الاقتصادية مقابل منتجات كانت أساسا عبارة عن مواد خام ملكا لهاته الأخيرة بدعوى الاستثمار والعولمة.

علما أن عمليات إعادة هندسة تحسين الإنتاج التي تجرى على نطاق واسع في مجال الشغل وعلى كافة أصعدته في معظم الشركات دولية النشاط في مختلف قطاعات الاقتصاد الوطني، قد أدت إلى إدماج كثير من الوظائف في بعضها البعض، مقابل إلغاء أخرى، مع تبسيط عمليات الإدارة والرقابة، مما أدى إلى نمو كبير في الإنتاجية، وفي زيادة حجم ومعدلات الأرباح التي تجنيها هاته الشركات.

وتبعاً لذلك، فإن الإشكالية الرئيسية للأطروحة تتمثل في البحث حول طبيعة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية للأجراء في مناخ الأعمال الدولي، وما مدى اهتمام القانون الدولي الخاص والعام، والتشريعات الوطنية بهذه الحقوق؟

وتتبعاً عن هذه الإشكالية جملة من الإشكاليات الفرعية تتمحور أساساً حول :

- ما هو دور منظمة العمل الدولية في صيانة حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدولي؟
- ما هي أوجه الاختلاف بين مختلف مؤسسات الأعمال الفاعلة على المستوى الدولي؟
- ما مدى الفعالية الحقيقية لوسائل وآليات المجتمع الدولي في إطار الرقابة الدولية في مجال حقوق الإنسان، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتقييم الفعالية الحقيقية لآليات منظمة العمل الدولية في الرقابة على تطبيق معايير حقوق الإنسان؟
- ما مدى احترام الشركات دولية النشاط لحقوق الأجراء الموصى بها دولياً؟
- ما هو مدى توفر الشركات دولية النشاط على بيئة عمل آمنة، وصحية على النحو المنصوص عليه في الصكوك الدولية والتشريعات الوطنية ذات الصلة، وكذلك في القانون الدولي لحقوق الإنسان؟

- إلى أي حد تمت ملاءمة قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان بالتشريعات الوطنية في مجال الحق في الشغل؟
 - ما هو دور الجهات القضائية في الحد من الانتهاكات والتجاوزات التي يعرفها ميدان التشغيل الدولي، وما مدى تأثيرها على الاقتصاد وحقوق الأطراف؟
 - ما مدى نجاعة الترسانة التشريعية المغربية في ظل هيمنة الشركات دولية النشاط على سوق الشغل المغربي؟
- وعطفا على ما سلف، فإن سيطرة الشركات دولية النشاط من خلال وجودها في مختلف القارات يؤزم الوضع، ويجعل التعاقدات التي تجريها محل تنازع القوانين، ناهيك على أن اختيار تقنيات الإنتاج التي تستخدمها قد يكون لها دور رئيسي في تحديد حجم اليد العاملة ونوعية عقود التشغيل التي تبرمها، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، حسب مناطق وجودها، وبالتالي فالفرضية الأساسية للبحث تتمثل في أن هناك صعوبة في تحديد واجبات والتزامات الأجراء في مناخ الأعمال الدولي، نتيجة الهيمنة الاقتصادية لهاته الشركات على الدول النامية، وعدم التزامها بالصكوك الدولية والتشريعات الداخلية ذات الصلة بمجال الشغل.

هذه الفرضية تنبثق عنها جملة من الفرضيات الفرعية تتمحور أساسا حول :

- أن الشركات دولية النشاط تحد من حجم فرص الشغل والتشغيل؛
- لا يكتسب عقد الشغل وصف الدولية إلا إذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى العناصر المؤثرة والفعالة فيه ؛ وتتمثل في محل تنفيذ الشغل إذا كان الشغل جاريا في دولة واحدة، وبالمقر الرئيسي للشركة الأم إذا كان الشغل يتم من خلال شركة أو مشروع يجري تنفيذه في عدة دول؛
- إن القواعد الأمرة المنظمة لعقد الشغل الدولي تتمتع بخصوصية تميزها عن غيرها من القواعد التنظيمية الأخرى ألا وهو جواز الاتفاق على خلافها متى تضمن هذا الاتفاق منح حقوق أفضل للأجير. الأمر الذي يمكن معه القول بجواز تطبيق القانون المختار من قبل أطراف العقد إذا كان هذا القانون أصلح للأجير من القانون المختص أصلا بحكم النزاع، تطبيقا لمبدأ القانون الأصلح للأجير؛
- إن تعدد أماكن التنفيذ لا يشكل عقبة في تطبيق قانون مكان تنفيذ الشغل لأن المقر الرئيس للشركة في هذا الصدد يعد بمثابة محل التنفيذ الحكمي للعقد، باعتبار أن

- الشغل المنفذ في الخارج يعتبر امتدادا للشغل المؤدى في المقر الرئيسي، وفي حالة تعدد المقرات الرئيسية يطبق قانون الدولة الذي يعد أكثر ارتباطا بالعقد؛
- إذا كان تنفيذ الشغل يجري في مكان لا يخضع لسيادة دولة ما، فهنا يخضع العقد للقانون الذي يعد أكثر صلاحية للأجير على جميع عناصر العلاقة؛
- إن للقاضي الوطني الحق في تطبيق القوانين ذات التطبيق الضروري، وقواعد القانون العام الأجنبية إذا ما كانت مرتبطة بشكل جدي بعقد الشغل محل النزاع؛
- اختلال التوازن الكامل في علاقات القوى بين الشركات دولية النشاط والدول النامية لا يسمح بقيام علاقة متكافئة بينهما ؛ لأن قوة هاته الشركات تتجاوز ماليا وتتفوق تكنولوجيا على قوة هاته الأخيرة؛
- إن الشركات دولية النشاط تتدخل في توجيه سياسة الدول النامية في اتجاه إضعاف القرار الذي لا يصب في مصالحها، وتساعد بنفوذها وأموالها رجال الأحزاب والسياسة الذين يراعون مصالحها بصرف النظر عن مصالح دولهم؛
- إن السير الحسن داخل المقابلة يستلزم نوعا من التوفيق بين الحماية المطلوبة لشخص الأجراء وبين حق المشغل في عدم تضرر مقاولته؛
- شاسعة بين ما تدعو إليه مدونة الشغل المغربية، وبين ما يعيشه الأجراء في مناخ الأعمال الداخلي.

أما بخصوص منهجية البحث فإن طبيعة الموضوع اقتضت استخدام مناهج علمية معينة للإجابة على التساؤلات المبسطة أعلاه.

وفي هذا الصدد، ركزنا أساسا على المنهج الاستقرائي لدراسة واستقراء مقتضيات المعاهدات والاتفاقيات الدولية، ومختلف النصوص القانونية ذات الارتباط بحقوق الأجراء الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية المتعارف عليها دوليا، بما في ذلك القواعد المنظمة للشركات دولية النشاط، والاستثمار في مناطق ترحيل الخدمات، والاستيطان في المناطق الحرة التجارية، والصناعية، والخدماتية المتعددة الأنشطة.

هذا بالإضافة إلى المنهج التحليلي لتحليل المواد المتعلقة بالبحث، على اعتبار أنه يعد طريقة عملية فعالة لوصف وتحليل، وتفسير مختلف الظواهر بكيفية تتماشى مع العقل والمنطق.

ومباشرة بعد تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع فمن الطبيعي الركون للمنهج الاستنباطي قصد وضع النتائج المحصل عليها، والتعقيب عليها حسب ضرورة مراحل البحث.

وفي نفس السياق، تمت الاستعانة بالمنهج المقارن للمقارنة بين مختلف المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة بالموضوع الصادرة عن المشرع الدولي الخاص والعالم، قصد استخراج أوجه التشابه والاختلاف فيما بينهما، ومقارنتهما بما أخذ به المشرع المغربي.

كما تم اللجوء إلى المنهج التاريخي قصد تحديد مراحل تطور الحركة النقابية بشقيها الوطني والدولي، في طرح تصورهما لعالم ما بعد الحرب العالمية الثانية من حيث توفير وتأمين، وحماية حقوق الأجراء، مما أسفر عن صدور مجموعة من المواثيق والعهود الدولية، إذ لم يعد مفهوم الشغل مقتصرًا على العمل الذي يقوم به الإنسان لإشباع حاجاته الفطرية، وإنما أكسبته الحياة الاجتماعية والسياسية معنى اقتصاديا يدخل في نطاق مبادلة المنافع. فنشأ عن ذلك علاقة قانونية تعرف بعقد الشغل، وأصبحت القواعد المنظمة له تكون تقنينًا مستقلا يدعى بقانون الشغل.

وغني عن القول إن دراسة أي ظاهرة من الناحية القانونية تتطلب تأصيل هذه الظاهرة، وبالتالي إما إضافتها أو ربطها بظواهر معروفة قد استقرت بشأنها القواعد القانونية لكي تأخذ حكمها وتطبق عليها تلك القواعد، وإما أن يتم تصنيفها خارج الظواهر المعروفة، وبالتالي تشخيص مواطن الخصوصية والتفرد فيها، والتي تخرجها من نطاق ما هو قائم من قواعد قانونية.

وفي هذا المضمار، تجدر الإشارة إلى أنه في إطار دراسة حقوق الأجراء الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية في مناخ الأعمال الدولي واجهتنا صعوبات عدة ترجع أساسا إلى العناء في تجميع المراجع المتعلقة ببعض المواضيع والأفكار التي طرحها البحث، خصوصا الجزئية منها باعتباره يتعرض إلى الكثير من المواضيع والأفكار التفصيلية المتسلسلة، إلى جانب كثرة المراجع في بعض جوانبه مقابل شحها في جوانب أخرى، حيث إن جانب الكثرة جعل توظيفها واستغلالها أكثر في تحقيق أهداف البحث، وهو ما أضاف على أعباء الدراسة العبء الموضوعي المتعلق بالحجم الموضوعي للدراسة قصد استيعاب جميع أفكار الدراسة. أما بخصوص ندرتها في بعض جوانب البحث، ففرض بدل المزيد من المجهود الدؤوب والمستمر، لتغطية جميع الجوانب ولاسيما الفرعية والجزئية منها.

إلى جانب كون أكثر المراجع المتوفرة تركز على جانب وتهمل الجوانب الأخرى، وهي الصعوبات التي تم التغلب عليها من خلال تحديد وتحليل المواد المتعلقة بالبحث، وفرزها، وتقسيمها، ووضع النتائج المحصل عليها، والتعقيب عليها بهدف الوصول إلى دراسة شاملة ومتكاملة.

ومن جماع ما تقدم، ولمحاولة الإجابة على إشكالية البحث وما يتفرع عنها من تساؤلات اعتمدنا على تصميم ثنائي وفق التالي :

القسم الأول : مناخ الأعمال الدولي.

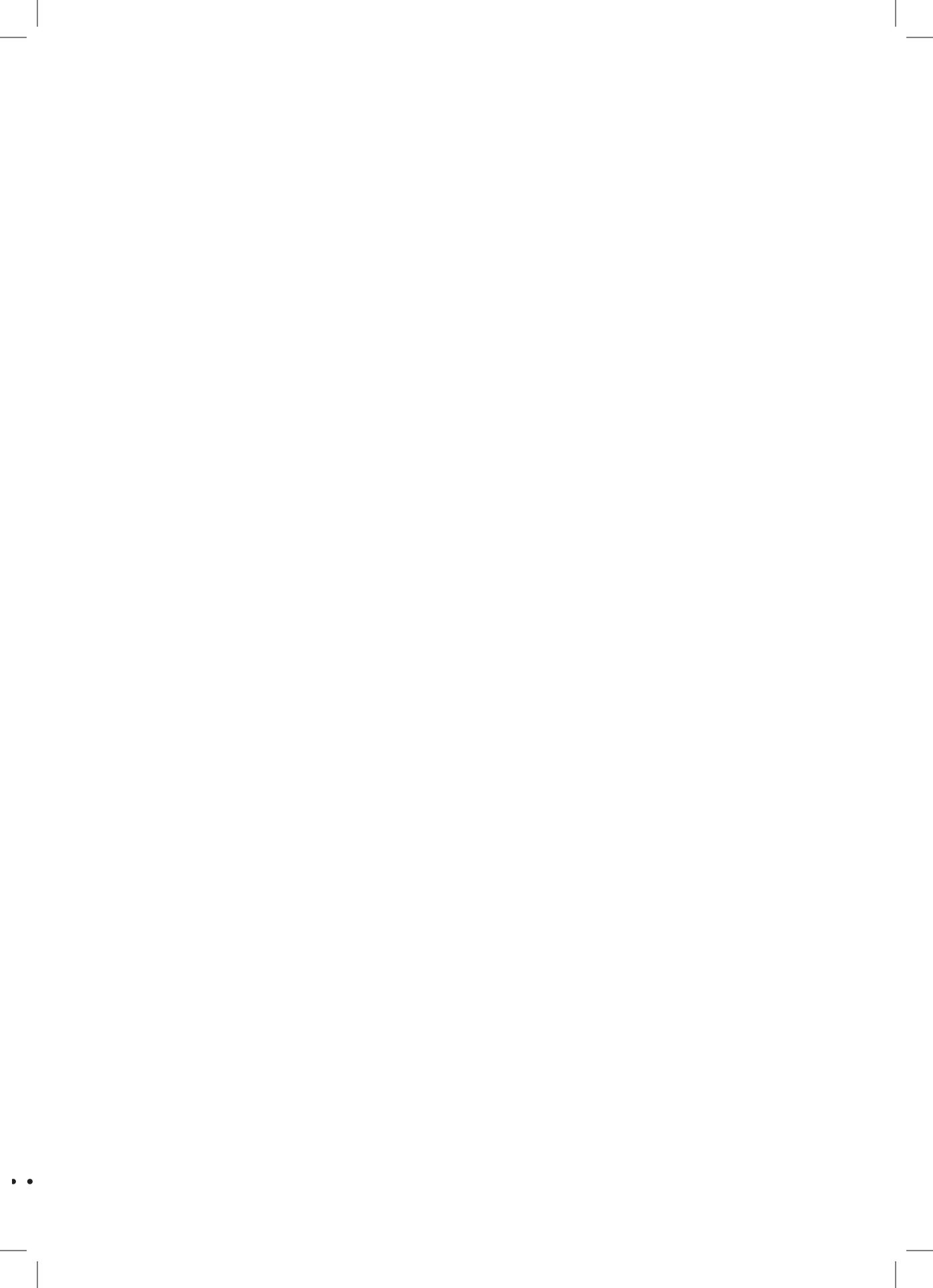
القسم الثاني : حقوق الأجراء الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية.

خصص الباب الأول من القسم الأول للبحث حول الأعمال الدولية والشركات دولية النشاط بما في ذلك مناطق الأعمال الدولية، والتحول المستمر الذي يعرفه النظام الاقتصادي العالمي الحالي في عصر التخصص المرن، وسلاسل الإنتاج الرقمية والتكنولوجيات الجديدة.

في حين تناول الباب الثاني عقد الشغل الدولي ونزاعاته وطبيعته الخاصة، والقانون الأكثر ملاءمة لأحكامه من خلال إعمال قواعد القانون الدولي الخاص قصد تحديد دوليته، هذا مع تحديد المميزات التي أكسبته خصوصية انفراد بها عن باقي العقود الدولية.

أما القسم الثاني فتطرق لحقوق الأجراء الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية، وقد قسم بدوره إلى بايين، خصص الأول منهما لدراسة الحماية الدولية للشغل ولحقوق الأجراء وفقا للالتزامات الدولية، مع التركيز على التشريعات القارية والإقليمية في هذا المجال، ودور الهيئات الدولية في حماية هاته الحقوق من خلال آليات الرقابة المتاحة.

في حين تعرض الباب الثاني لحقوق الأجراء وفقا للالتزامات الدولية من خلال دراسة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية، ومدى فعالية القانون الدولي للشغل على المستوى المغربي، ودرجة تجاوب مدونة الشغل المغربية مع المواثيق الدولية، فيما يتعلق بحماية المصالح الاقتصادية للمشغل، مقابل حماية المصالح الاجتماعية للطبقة الشغيلة.



رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون العام

تحت عنوان:

« دور مؤسسات العدالة الانتقالية في تحقيق العدالة البديلة في العراق بعد 2003 وأثرها على حقوق الإنسان – دراسة تطبيقية »

نوقشت بكلية القانون والعلوم السياسية / جامعة ديالى

جمهورية العراق

تقدمت بها الطالبة



أفراح جاسم محمد الدوري

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور: خليفة إبراهيم عودة التميمي

1441/2020

قال تعالى : يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ اللَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَّوْا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا⁽¹⁾.

بمجرد ولادة الإنسان و منذ اللحظة الأولى، تنشأ معه منظومة من العلاقات التي تربطه بمحيطه سواء مع أمه التي ولدته، أو مع أمه هي التي ولد في محيطها، جزء من هذه العلاقات تنظم دون إدراك أو تخطيط، وجزء ينظم بإجراءات وقرارات تصدر منه فيما

1. الآية (135) من سورة النساء.

بعد نشوئته وبلوغه، لتحدد في مجملها حقوقه والتزاماته مع عالمه الخارجي، حيث يعيش الانسان متفاعلاً مع الوسط الذي يعيش فيه، فقد خلقه الله عز وجل كائناً اجتماعياً بطبعه، ويتفاعل الانسان مع محيطه، فإنه يترتب عليه واجبات يجب أن يقدمها للآخرين، وكذلك على الآخرين أن يعطوه الحقوق التي يجب أن يتمتع بها كل انسان لكونه انساناً، قد يتعدى مفهوم تلك الحقوق ليشمل امتلاكه لحرية، فيفقد هذا الحق؛ لترسم نهاية لها من دون ذنب يرتكب منه، وما هذا الا لتجاوز صارخ لمجتمع وزمن تحكمه قواعد استباحة واستغلال الآخرين وقهرهم من قبل طغاة وأنظمة قمعية تمارس قوتها لتضمن وترسخ بقاءها.

ان البلدان التي تخرج من حكم ديكتاتوري كان يعتمد على الحديد والدم لبسط نفوذه، لا بد أن تبحث عن طرق لمعالجة الاثار التي خلفتها تلك الأنظمة، فتسعى الى بناء مؤسسات تسهم في تعزيز السلم الأهلي² «سلمية كافة العلاقات والتعاملات الحياتية بين أبناء المجتمع والدولة التي تضمه، بمعنى الرفض الكامل لكل أنواع العلاقات التصادية والصراع العنفي، بين أجزاء أي مجتمع بشري ومؤسسات الدولة القائمة على التعاقد الاجتماعي».

وهنا تبرز مفاهيم غاية في الأهمية يجب تسليط الضوء عليها، لدورها كأدوات لإصلاح الضرر وجبره، وهي مؤسسات العدالة الانتقالية، التي غاية وجودها إعادة الحقوق المغتصبة في اطار قانوني والمساهمة في صناعة السلم الأهلي.

ولكون العراق رضخ لحكم جائر من عام (1968 ولغاية 9-4-2003)، نظام رسخ وجوده على سجن واعدام ومصادرة أموال أي عراقي خالفه الرأي السياسي، حتى أنه أخذ منهج الابادة الجماعية كأسلوب للإجهاض على أي محاولة لتغييره، فمارس التغيير الديموغرافي وحاول انهاء وطن وتهجير أهله بتجربة ليست الأولى على المستوى العربي، حيث أن التغيير الديموغرافي المستمر من قبل اسرائيل منذ عام 1948 تجاه الشعب الفلسطيني ومحاولتهم تهويد القدس والتي تعني: «المحاولات المستمرة من قبل السلطات الاسرائيلية من أجل نزع الهوية الاسلامية والمسيحية التاريخية من مدينة القدس وفرض طابع مستحدث جديد وهو الطابع اليهودي»⁽³⁾، هو الأكثر بشاعة والأسبق تاريخياً، لذا كان لا بد من تسليط الضوء على احدي تلك التجارب والتي منها التجارب العراقية.

2. غانم جواد، بواعث القلق عن السلم الأهلي في العراق، مقالة منشورة بتاريخ 16-نوفمبر-2006 على الموقع الالكتروني <http://www.elaph.com> تاريخ الزيارة 2019/1/8.

3. نواف الزرو، القدس بين مخططات التهويد الصهيونية ومسيرة النضال والتصدي الفلسطينية، عمان، دار الخواجا، 1991، ص53

التجربة العراقية في موضوع العدالة الانتقالية هي امتداد للتجارب العالمية، وحلقة في سلسلة المعالجة التي تهدف الى صناعة التعايش السلمي، وجبر الضرر عبر تقييمه واصلاحه باعتبار الدولة راعية لمواطنيها واستتباب الأمن يؤدي الى الانطلاق نحو وطن يسود فيه العدل، وتكون المواطنة عنواناً عريضاً للشراكة في ادارته.

على الرغم من اصدار قوانين تتسجم مع اليات العدالة الانتقالية بمفهومها الذي أوجده القانون الدولي من خلال التجارب التي مرت بها الشعوب، لكن لا بد من ايجاد برنامج جدي متكامل يساعد المجتمع العراقي على تجاوز المرحلة الحرجة التي يمر بها أثناء الانتقال، يدعم المسار الديمقراطي الحديث، ويساعد في وضع أسس لدولة قوية تضمن حرية وسلامة أفرادها، وتكون قادرة على الأخذ بالمجتمع من دون تمييز الى طريق التطور والتقدم .

ان العراق في حاجة الى تأسيس جديد قائم على نمط الشرعية الدستورية « خضوع التصرف كان خاصاً أو عاماً لقاعدة القانون أي الخضوع للقانون»، وتجاوز ارث الماضي الثقيل عبر مجموعة من الاجراءات تؤسس للدخول في المصالحة الوطنية عبر «العدالة الانتقالية» التي تتم وفق اعادة البناء الاجتماعي، تشكيل اللجان التحقيقية، تعويض الضحايا، جبر الضرر واصلاح مؤسسات الدولة العامة.

أما مؤسسات العدالة الانتقالية في العراق فهي على قسمين:

القسم الأول: مؤسسات قضائية والتي تشمل (المحكمة الجنائية العراقية العليا، هيئة دعاوى الملكية، الهيئة الوطنية العليا للمساءلة والعدالة).

القسم الثاني: مؤسسات غير قضائية والتي تشمل (مؤسسة الشهداء، مؤسسة السجناء السياسيين، لجنة المصالحة الوطنية).

وسنتناول في دراستنا هذه كل مؤسسة من مؤسسات العدالة الانتقالية على حدا، على أساس ان تلك المؤسسات تُعدُّ مساندةً للسلطة القضائية في العراق في سبيل تدعيم ومساندة العمل القضائي.

لذا اقتضت جميع تلك التحولات التي مر بها العراق الى ظهور وسائل تساهم في تحقيق العدالة البديلة حيث تم اتخاذ تلك الوسائل كتدابير استثنائية مؤقتة للانتقال أو الوصول الى واقع وحالة سياسية مستقرة، وهذه التدابير هي مؤسسات العدالة الانتقالية وهي مؤسسات رسمية منها ما نص على انشائها الدستور، ومنها ما كانت وفق قانون عادي، لذا سنبين في دراستنا ما استطاعت أن تتجزه تلك المؤسسات في سبيل تحقيق العدالة البديلة.

تتضمن دراستنا للعدالة الانتقالية ثلاثة فصول، الفصل الأول يتكون من مبحثين، المبحث الأول يبين الاطار النظري للعدالة الانتقالية.

إشكالية الدراسة:

إن موضوع هذه الدراسة، قد تجاذبته إشكاليات عدة، يمكن لنا حصرها في اتجاهين: الاتجاه الأول: في المشكلة التي تواجه العدالة الانتقالية، إذ إن كل الأمثلة التي تحدثت عن الانتقال من دولة دكتاتورية إلى نظام ديمقراطي أو من إرهاب إلى مجتمع سلمي، هي مثاليات لما يحدث في المجتمع من صراعات داخلية بظغوطات خارجية بين مكونات المجتمع وهذا واضح جلياً اليوم على الإنسان أو الفرد العراقي إذ أصبحت ثقافته تتأرجح بين مظالم الحكومات السابقة وصراعات الأحزاب والكتل السياسية إلى إن بات لا يعرف نفسه إلى أي ثقافة ينتمي؟ وما هي أسباب تعثر تطبيق العراق لآليات العدالة الانتقالية في العراق؟

أما الاتجاه الثاني: نتيجة للتحول السياسي وإنهاء الحكم الدكتاتوري في العراق ظهرت مؤسسات العدالة الانتقالية في العراق لإحقاق الحق، و جبر الضرر وتعويض الضحايا وتحقيق المصالحة الوطنية، ويكمن السؤال هنا هل إنها حققت أهدافها المرجوة على اعتبارها وسائل بديلة لتحقيق العدالة، وهل كان لها الجودة والدعم للعمل القضائي باعتباره من أهم أسس بنيان دولة الحق والقانون؟

فرضية الدراسة:

تتطلق دراستنا من الفرضيات الآتية:

1 - إن الاعتماد على وسائل العدالة البديلة وتطبيق مناهج العدالة الانتقالية في المجتمعات الخارجة من النزاعات وتحولات جذرية يعد ضامن رئيسي لعدم العودة إلى النزاع والانتهاكات المستمرة لحقوق الإنسان وحرياته العامة التي وقعت عليه في ظل الحكم الدكتاتوري.

2 - إن مؤسسات العدالة الانتقالية كان لها الأثر الملحوظ في تحقيق منجزات من شأنها أن تكون امتداد زمني لسلسلة انجازات عظيمة لحين تحقيق دولة قانونية ديمقراطية.

3 - على الرغم من حداثة المؤسسات التي تقوم بتطبيق مناهج العدالة الانتقالية إلا إنها تستند إلى مصادر وأسس توعد للمواطن بأنه الحلقة الرئيسية فيه من أجل الوصول إلى العدالة مع الأخذ بنظر الاعتبار على أن لا تتجاوز تلك الوسائل على ما ينص عليه القانون و ما يقع ضمن صلاحيات وأعمال السلطة القضائية.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في معرفة أهمية العدالة الانتقالية أو السعي من أجل العدالة الشاملة أثناء فترات الانتقال السياسي حيث تهتم العدالة الانتقالية في تنمية مجموعة واسعة من الاستراتيجيات المتنوعة لمواجهة إرث انتهاكات حقوق الإنسان في الماضي بهدف خلق مستقبل أكثر عدالة وديمقراطية، فالأهداف الأساسية للعدالة الانتقالية تكمن في التعامل مع إرث الانتهاكات بطريقة واسعة و شاملة تتضمن العدالة الجنائية، و عدالة إصلاح الأضرار، والعدالة الاجتماعية، والعدالة الاقتصادية، كذلك تركز على مبدأ مفاده أن السياسة القضائية المسؤولة.

يجب أن تتضمن التدابير هدفاً مزدوجاً وهو المحاسبة على جرائم الماضي، مع الأخذ في الحسبان الصفة الجماعية لبعض أشكال الانتهاكات ورغم ان كل هذه التطورات مشجعة، فالحقيقة إن العراق يحاول تضييد جراحه من مدة الظلم الذي عاشه ومحاولة الخروج من فترات الإرهاب التي تتميز بتحديات يكاد يصعب تجاوزها على الصعيد المعنوي، القانوني، السياسي والثقافي، وفي العديد من الحالات تضطر الحكومات الانتقالية إلى الاختيار ما بين العدالة واستمرار السلم أو العدالة واستمرار الديمقراطية.

ولكون التحولات السياسية في العراق كان نتائجها زيادة النزاعات على المستويات كافة، ومن ثم زيادة ملحوظة في الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، فكان لجوئه إلى وسائل بديلة تضمن له حصوله على حقوقه المنصوص عليها شرعاً وقانوناً، فكان لابد من الوقوف على أهمية تلك الوسائل البديلة والمتمثلة بمؤسسات العدالة الانتقالية .

مناهج الدراسة:

تم اعتماد كل من المنهج الوصفي التحليلي الذي تنحصر فيه الدراسة وفق اطار دستوري وقانوني، واختيارنا للمنهج القانوني يأتي لكونه يستند على الأسس الدستورية وما تضمنه من النصوص دستورية تبين تشكيل تلك المؤسسات و الأساس القانوني لها وأيضاً تم اعتماد البنائي الوظيفي لبيان الإطار البنيوي والوظيفي لمؤسسات العدالة الانتقالية وأيضاً تم استخدام المنهج المقارن من خلال ذكر بعض التجارب العالمية للتحولات الانتقالية التي مرت بها، تم الاعتماد أيضاً على المنهج الوصفي التحليلي بالرجوع الى إجراء الاستبيانات لمعرفة مدى نجاح تلك المؤسسات في تحقيق العدالة من خلال عملها ومواكبته للظروف الحالية ولابد من الاعتماد على المنهج المقارن من خلال ذكر مجموعة من التجارب في بعض البلدان التي واكبت مفهوم العدالة الانتقالية من خلال ما مرت به من التحولات السياسية.

