مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / 93 يوليوز 2020

❖ من مواضيع العدد 93 : يوليوز 2020 :

- **تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية.**
- **قراءة في مشروع قانون شبكات التواصل 22.20.**
- **نص القانون بين الصياغة والتفسير والتأويل.**
- **اهتمام الملوك المغاربة بتنظيم البيوع العقارية.**
- **إشكالات توثيق الهبة والصدقة بالرسم العدلي.**
- **مكافحة الهجرة غير المشروعة في القانون الليبي.**

العدد الثالث و التسعون : يوليوز 2020

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

❖ قواعد النشر وشروطه :

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

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.be.ma
ردمد : 0615- 2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثالث والتسعون : لشهر يوليوز 2020

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 93 لشهر يوليوز 2020 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية في العمل القضائي المغربي- (قراءة نقدية على ضوء الأحكام الفقهية والمقتضيات القانونية و الإكراهات الواقعية) : الدكتور محمد إكيج ، باحث في قضايا الأسرة ، المعهد العالي للقضاء- المملكة المغربية.....06

3. قراءة في مشروع القانون رقم 22.20 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي وشبكات البث المفتوح والشبكات المماثلة : الدكتور نور الدين الناصري ، أستاذ بكلية الحقوق بسطات– المملكة المغربية.....23

4. الدلالة في النص القانوني بين الصياغة والتفسير والتأويل : عبد الكريم عجم ، باحث بسلك الدكتوراه ،جامعة محمد الخامس ، كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط- المملكة المغربية.....29

5. اهتمام الملوك المغاربة بتنظيم البيوع العقارية : رضوان الريشي : طالب باحث بماستر العقار و التعمير، كلية الحقوق عين الشق ، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء – المملكة المغربية.....42

6. توثيق الهبة والصدقة بالرسم العدلي (الإشكالات العملية و الحلول القانونية) : عبد المغيث جراز،باحث بسلك الدكتوراه ، جامعة الحسن الأول بسطات - المملكة المغربية.....53

7. الهجرة غير المشروعة وفق القانون الليبي (المفهوم - الأسباب - التدابير والآليات) : الدكتور عمر عبد الله عمر أمبارك كلية القانون بجامعة سرت - الجمهورية الليبية.....79

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الثالث و التسعين لشهر يوليوز 2020

بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكداك

Email : Sldg55@gmail.com

لسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد , نضع بين أيديكم العدد الثالث والتسعين لشهر يوليوز 2020 من مجلة الفقه والقانون الدولية , وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث الهامة من عدة هيئات و جامعات وكليات ومراكز ومعاهد بحث عربية عريقة ونخص بالذكر :

- المعهد العالي للقضاء : المملكة المغربية .
- جامعة الحسن الأول , كلية الحقوق بسطات - المملكة المغربية.
- جامعة محمد الخامس , كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط : المملكة المغربية.
- جامعة الحسن الثاني , كلية الحقوق عين الشق بالدار البيضاء - المملكة المغربية.
- جامعة سرت , كلية القانون : الجمهورية الليبية.

بشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية.

ومن بين المواضيع القيمة التي نافشها العدد الجديد ما يلي :

- تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية في العمل القضائي المغربي: «قراءة نقدية على ضوء الأحكام الفقهية والمقتضيات القانونية و الإكراهات الواقعية».
- قراءة في مشروع القانون رقم 22.20 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي وشبكات البث المفتوح والشبكات المماثلة.
- الدلالة في النص القانوني بين الصياغة والتفسير والتأويل.
- اهتمام الملوك المغاربة بتنظيم البيوع العقارية.
- توثيق الهبة والصدقة بالرسم العدلي «الإشكالات العملية و الحلول القانونية».
- الهجرة غير المشروعة وفق القانون الليبي «المفهوم - الأسباب - التدابير والآليات».

ختاما لا تنسونا من دعائكم وتوجيهاتكم، وجعلنا الله الفذير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

مجلة الفقه والقانون الدولي العدد 93 يوليوز 2020

تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية في العمل القضائي المغربي

(قراءة نقدية على ضوء الأحكام الفقهية والمقتضيات القانونية و الإكراهات الواقعية)

من إعداد : الدكتور محمد إكيج

باحث في قضايا الأسرة / المعهد العالي للقضاء- المملكة المغربية

مقدمة :

يعتبر موضوع الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية من أعقد القضايا التي تواجه القضاء الأسري المغربي، سواء في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، حيث لم يكن ثمة أي نص ينظم هذه المسألة، أو في ظل مدونة الأسرة الجاري بهالعمل حاليا، حيث تم التنصيص في المادة 49 على كيفية تدبير هذه الأموال أو الفصل فيها عند وقوع النزاع. إلا أن التطبيق القضائي لمقتضيات هذه المادة على النوازل المعروضة أمامه، لم يكن في مستوى التطلعات المعقودة عليه خاصة من طرف ربات البيوت اللائي لا يتوفرن على وسائل إثبات وحجج قوية تثبت أحقيتهن في ثروة أزواجهن سواء بعد الطلاق أو في حالة الوفاة، كما أن هذا العمل لم ينصف في كثير من الأحيان أولئك النسوة اللائي ساهمن بأموالهن في بناء عقارات أو تطوير مشاريع أو توسيع مقاولات أو غيرها من الأعمال التي نمّت الثروة الزوجية، لكن بحسن نية ودون وثائق مثبتة.

ولعل منشأ هذه النتائج "المخيبة" لتنزيل هذه المادة ترجع إلى عدم القدرة على التوفيق بين الاجتهادات الفقهية المالكية الموروثة في هذا الباب، خاصة ما يتعلق بنظام "الكد والسعاية"، وبين مقتضيات القانون المدني المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود خاصة في مجال التعاقد والإثبات، وأيضا بين الإكراهات الواقعية والمالية التي تعيشها كثير من الأسر المغربية بسبب التحولات القيمية العميقة التي مست علاقاتها الحميمية.

انطلاقا من هذه الإشكالية، فإننا نروم مقاربة هذا الموضوع من الزاوية العملية من خلال الاجتهادات القضائية الصادرة عن أقسام قضاء الأسرة ومحكمة النقض منذ دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ سنة 2004،فكيف يتم تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين في مدونة الأسرة وأحكام الفقه المالكي وبعض القوانين المقارنة؟ وكيف قارب القضاء الأسري المغربي هذا الموضوع الحساس؟ ذلك ما سنحاول بسطه من خلال الفقرتين المواليتين :

الفقرة الأولى : نظام تدبير الأموال المكتسبة في الحياة الزوجيةمن خلال مدونة الأسرة.

الفقرة الثانية : تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية في العمل القضائي المغربي: قراءة نقدية.

الفقرة الأولى : تدبير الأموال المكتسبة في الحياة الزوجية من خلال مدونة الأسرة :

إن الأصل في العلاقة الزوجية وكما جاء في الخطاب الإلهي أنها تُبنى على أساس المودة والرحمة لقوله تعالى: **{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}** (الروم/ 21)، وهذا يفيد أن هذه العلاقة علاقة معنوية تتأسس على المشاعر النبيلة التي يُكنّها كل طرف للآخر، إلا أن هذا لا يمنع من وجود أشياء مادية فيها بين الطرفين، بحكم أن طرفاها بشر لهم أشواق روحية سامية ومتعلقات طينية مادية.

ولذا فوجود المال أو الأموال في الحياة الزوجية شيء بدهي وينسجم مع الفطرة الإنسانية تمام الانسجام، إلا أنه يحتاج إلى ضبط وتدبير حتى لا يكون مصدرا للخلافات والشرور التي من شأنها أن تؤدي إلى إرباك سير تلك العلاقة النبيلة أو خلخلة نظامها أو نسف كيانها من الأساس. فما هي إذن أهم الأنظمة المعتمدة في تدبير العلاقات المالية بين الزوجين التي أقرتها مدونة الأسرة؟

أ – نظام استقلال الذمة المالية[1] :

أكدت المادة 49 من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى على أن **"لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"**، وترتيبا على ذلك فكل ما تشمله الذمة المالية –من عناصر إيجابية أو سلبية– تكون في ملكية صاحبها، وهو وحده المسؤول عنها، وهكذا يمكن أن تمتلئ الذمة المالية للزوجة بعدة عناصر منها :

1– الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج.

2– الديون المستحقة لها اتجاه الغير والديون التي بذمتها لفائدة الغير.

[1] - يقصد بالذمة المالية في القانون الوضعي (patrimoine) ما للشخص من حقوق مالية (Droits) وما عليه من التزامات مالية (Charges) أو (Obligations) منظور إليها، كمجموع، وبعبارة أخرى هي: مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من التزامات وديون تقدر بالنقود في الحال أو الاستقبال، أو هي مجموع الحقوق والواجبات التي لها قيمة مالية لكل شخص.

إلا أن مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي لا يقتصر على الحقوق المالية فقط، بل يتسع ليشمل حتى الحقوق غير المالية، فهي عبارة عن وعاء اعتباري افتراضي تستقر فيه الحقوق والالتزامات جميعها سواء أكانت مالية أم غير مالية لحق الله تعالى أو لحق العبد.

(انظر منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط 1، 1999، ص 17، وأيضا: محمد سامي مدكور، نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 113، ود. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 163/1، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط 2، 1418هـ / 1998م، ج163/1).

3-ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي.
4-الصداق والهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعند إبرام عقد الزواج.
5-ما تُحْضره لبيت الزوجية من أثاث وأمتعة ومجوهرات ومواد أخرى.

أما بالنسبة للزوج فذمته المالية تتكون من :

1-الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبها قبل إبرام عقد الزواج.
2-الديون المستحقة له اتجاه الغير والديون التي في ذمته لفائدة الغير.
3-ما قد يؤول إليه عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو ما في حكمها أو عن طريق تعويض شخصي.

واستقلال الذمة المالية للزوجة ليس أمرا مُبْتدعا في الشريعة الإسلامية، أو هو مجرد انصياع أو مجاراة لمقتضيات الاتفاقيات الدولية في هذا الباب[1]، بل هو أمر مؤصل وثابت في نصوص السنة النبوية التي جاءت حافلة بالعديد من النماذج التي تؤكد استقلال الذمة المالية للزوجة، وحريتها التامة في التصرف فيه، ودليل ذلك :

- أن النبي صلى الله عليه وسلم نسب المال إلى النساء بدليل قوله مثلا **"تصدقن ولو من حليكن"**[2]،
- أن بعض الروايات أفادت صراحة أن المال كان مملوكا للزوجة، كقول ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم : **"أعتقت وليدتي"**[3]، وقول أم مبشر الأنصارية حين سألها صلى الله عليه وسلم عن النخل **" فقلت : لي"**[4]،

---

[1] - ينص الفصل الثالث من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه تتعهد الدول الأطراف بتأمين الحقوق المتساوية للرجال والنساء في التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية، أما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فنص في الفصل الثالث على أنه تتعهد الدول الأطراف بضمان مساواة الرجال والنساء في حق الاستمتاع بجميع الحقوق المدنية والسياسية، أما الفصل الثالث والعشرون فيحث الدول الأطراف على اتخاذ الخطوات المناسبة لتأمين المساواة في الحقوق والمسؤوليات المالية والمعنوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند فسخه. أما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة(سيداو) فعالجت بإسهاب الحقوق الخاصةبالمرأة للقضاء على التمييز ضدها في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص ضمان تمتعها بنفس الحقوق التي للزوج فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها.

[2] - عن جابر بن عبد الله قال: "شَهِدْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصَّلَاةَ يَوْمَ الْعِيدِ فَبَدَأَ بِالصَّلَاةِ قَبْلَ الْخُطْبَةِ بِغَيْرِ أَذَانٍ وَلَا إِقَامَةٍ ثُمَّ قَامَ متكئا عَلَى بِلَالٍ فَأَمَرَ بِتَقْوَى اللَّهِ وَحَثَّ عَلَى طَاعَتِهِ وَوَعَظَ النَّاسَ وَذَكَّرَهُمْ ثُمَّ مَضَى حَتَّى أَتَى النِّسَاءَ فَوَعَظَهُنَّ وَذَكَّرَهُنَّ فَقَالَ: تَصَدَّقْنَ فَإِنَّ أَكْثَرَكُنَّ حَطَبُ جَهَنَّمَ فَقَامَتْ امْرَأَةٌ مِنْ سِطَةِ النِّسَاءِ سَفْعَاءُ الْخَدَّيْنِ فَقَالَتْ لِمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ لِأَنَّكُنَّ تُكْثِرْنَ الشَّكَاةَ وَتَكْفُرْنَ الْعَشِيرَ قَالَ فَجَعَلْنَ يَتَصَدَّقْنَ مِنْ حُلِيِّهِنَّ يُلْقِينَ فِي ثَوْبِ بِلَالٍ مِنْ أَقْرِطَتِهِنَّ وَخَوَاتِمِهِنَّ" (رواه مسلم، كتاب صلاة العيدين، باب ذكر إباحة خروج النساء في العيدين إلى المصلى، حديث 885).

[3] - عَنْ كُرَيْبٍ مَوْلَى ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ مَيْمُونَةَ بِنْتَ الْحَارِثِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا أَعْتَقَتْ وَلِيدَةً وَلَمْ تَسْتَأْذِنْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُعَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمَّا كَانَ يَوْمُهَا الَّذِي يَدُورُ عَلَيْهَا فِيهِ قَالَتْ أَشَعَرْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنِّي أَعْتَقْتُ وَلِيدَتِي(جارية)،قَالَ: "أَوَفَعَلْتِ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: أَمَا إِنَّكِ لَوْ أَعْطَيْتِهَا أَخْوَالَكِ كَانَ أَعْظَمَ لِأَجْرِكِ" (رواه البخاري، كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج، حديث 2592).

[4] - عَنْ أُمِّ مُبَشِّرَ الأَنْصَارِيَّةِ قَالَتْ: "دَخَلَ عَلِيَّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَنَا فِي نَخْلٍ لِي، فَقَالَ: "لِمَنْ هَذَا النَّخْلُ؟"، فَقُلْتُ: لِي. قَالَ: "مَنْ غَرَسَهُ أَمُسْلِمٌ أَمْ كَافِرٌ؟" قُلْتُ: مُسْلِمٌ. قَالَ: "مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا أَوْ يَزْرَعُ زَرْعًا، فَيَأْكُلُ مِنْهُ إِنْسَانٌ، أَوْ طَيْرٌ، أَوْ دَابَّةٌ، إِلا كَانَ لَهُ صَدَقَةً" (مستخرج أبي عوانة، كتاب البيوع، باب ذكر الأخبار المبيحة مؤاجرة، حديث ي4155. ومسند أبي داود الطيالسي، أحاديث النساء، ما أسند جابر بن عبد الله الأنصاري، حديث 1874).

وقول أم بني أنمار **"إني امرأة أبيع وأشتري"**[1]،

- أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر النساء على حرية التصرف في مالهن من غير حاجة إلى استئذان أزواجهن في ذلك، سواء في كل المال أو بعضه، ومن ثَمّ فالقول بالاستئذان أو الحجر على الزوجة في مالها، الذي ذهب إليه بعض الفقه القديم[2] لا دليل عليه في الهدي النبوي الصحيح، بل إن ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أعتقت جارية لها – وهي معدودة يومئذ من مالها – دون استئذان النبي صلى الله عليه وسلم، ولم ينكر عليها ذلك وإنما أرشدها إلى ما هو أفضل، ولو كان الأمر تشريعا لما سكت عنه صلى الله عليه وسلم؛ ثم إن القول بالحجر يشبه رفع التكليف عن المرأة في حقوقها المالية ،ويجعلها تابعة للرجل ، وهو مايتنافى مع التكاليف الشرعية الموجهة للرجال والنساء على السواء.

وعليه فإن الزواج –وحسب أحكام الشريعة الإسلامية – ليس له أي أثر على أهلية الزوجة في التملك والتعاقد[3]، لأن عقد الزواج عقد شخصي وليس عقدا ماليا، والمال ليس مقصودا أصليا فيه، ولذا فهو لا يعطي أي حق للزوج في أن يتدخل في تصرفات زوجته في ذمتها المالية المستقلة، يقول الإمام الشافعي رحمه الله فيمن بلغ سن الرشد من الرجال والنساء: **"وَأَيُّهُمَا صَارَ إلَى وِلَايَةِ مَالِهِ فَلَهُ أَنْ يَفْعَلَ فِي مَالِهِ ما يَفْعَلُ غَيْرُهُ من أَهْلِ الْأَمْوَالِ وَسَوَاءٌ في ذلك الْمَرْأَةُ وَالرَّجُلُ وَذَاتُ زَوْجٍ كانت أو غَيْرُ ذَاتِ زَوْجٍ وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ من وِلَايَةِ مَالِ الْمَرْأَةِ بِسَبِيلٍ"**[4].

---

[1] - عن قيلة أم بني أنمار قالت: رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عند المروة يحل من عمرة، فجلست إليه، فقلت: يا رسول الله إني امرأة أشتري وأبيع، فربما أردت أن أبيع السلعة فأستام بها أكثر مما أريد أن أبيعها به، ثم أنقص حتى أبيعها بالذي أريد، وإذا أردت أن أشتري السلعة أعطيت بها أقل مما أريد أن آخذها به، ثم أزيد حتى آخذها بالذي أريد ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : "لا تفعلي يا قيلة، إذا أردت أن تبيعي السلعة فاستامي بها الذي تريدين أن تبيعي به أعطيت أو منعت، وإذا أردت أن تشتري السلعة فأعطي بها الذي تريدين أن تأخذيها به أعطيت أو منعت" (رواه الطبراني في الكبير، مسند النساء، باب القاف، قيلة أم بني أنمار، حديث 4. وابن ماجة، كتاب التجارات، باب السوم، حديث 2204).

[2] - ذهب الليث بن سعد إلى أنه لا يجوز للمرأة مطلقا أن تتصرف في مالها بغير إذن زوجها، واستدل لهذا الرأي بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "لا يجوز لامرأة عطية، إلا بإذن زوجها" (سنن البيهقي الكبرى (660) وله صيغ متعدد، وقال في سبل السلام: "رواه أحمد وأصحاب السنن، إلا الترمذي، وصححه الحاكم)

كما استدل بحديث واثلة بن الأسقع، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس لامرأة أن تنتهك من مالها شيئا، إلا بإذن زوجها، إذا ملك عصمتها"، إلا أن هذا الحديث والذي قبله مطعون فيهما من قبل علماء الحديث، فقال في مجمع الزوائد (315/4): "رواه الطبراني، وفيه جماعة لم أعرفهم". وقال الألباني في السلسلة الصحيحة (2 / 405 / ح 775): "وهذا إسنادٌ ضعيفٌ، حماد مولى بني أمية كأنه مجهول، لم يذكروا فيه شيئاً سوى أنَّ الأزدي تركه". ورد الطحاوي هذه الآثار مجتمعة فقال في شرح معاني الآثار (4/ 353): فكيف يجوز لأحد ترك آيتين من كتاب الله – عز وجل– ، وسنن ثابتة عن رسول الله، متفقٍ على صحةِ مجيئها إلى حديث شاذ، لا يثبت مثله؟"

وقال طاووس ومالك أنه يجوز لها ذلك في حدود الثلث، بينما قال الجمهور بجواز تصرفها في مالها من غير إذن زوجها ما لم تكن سفيهة. (انظر الشوكاني: نيل الأوطار ج 25/6).

[3] - هذا خلافا لقواعد الأحوال الشخصية العبرية(اليهودية) التي لا تقر أي ذمة مالية للزوجة بمجرد زواجها، إذ الأصل عدم ملكيتها لأي شيء إلا إذاأثبتت العكس، كما لا تتوفر على سلطة لإدارة أموالها...

[4] - الشافعي، محمد ابن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ، ج 3 / 216.

إلا أن هذا الاستقلال المعترف به شرعا وقانونا، يبقى مجرد طرح نظري ليس إلا، ذلك أن العلاقة الزوجية من الناحية الواقعية، تفرض تداخل المصالح وتبادل المنافع وإمداد العون من هذا الطرف أو ذاك، فقد يتولى الزوج إدارة مال زوجته بيعا وشراء وحيازة واستثمارا، والزوجة كذلك قد تنوب عن زوجها في إدارة بعض الشؤون المالية لزوجها، فتعقد العقود الخاصة بشراء الطعام أو الملابس أو الأثاث أو حتى بعض الصفقات المهمة، وهي في هذا كله تقوم مقام زوجها بحكم المعاشرة الزوجية، وإن حدث وأخطأ أحدهما التصرف في إدارة أموال الآخر كأن يتجاوز المألوف فيقع منه إسراف أو تبذير أو يتسبب في ديون، أو يخسر صفقة أو نحو ذلك فإن الطرف الآخر يتحمل مسؤولية ذلك كله.

كما أن هذه الاستقلالية تنتفي في كثير من الأحيان بحكم المعاشرة والانسجام في الحياة الزوجية اليومية، حيث يعمل أغلب الأزواج والزوجات – اللائي لهن أموال خاصة –بمبدأ المسامحة بدل مبدأ المُشاحّة في كل ما يحقق الرفاه المادي والمعنوي للأسرة، فلا يتم توثيق الكثير من العلاقات المالية بينهم التي تتعلق بالمفروشات والمقتنيات النفيسة وحتى العقارية أحيانا إلا نادرا. مما يؤدي إلى صعوبة الإثبات أمام القضاء عند قيام النزاع بين الأزواج.

بل إن هذه الاستقلالية غير قائمة أصلا في كثير من الأسر المغربية بحكم أن أغلب الزوجات ليس لهن مال – لا حقيقة ولا حكما – لأنهن تابعات اقتصاديا وماليا لأزواجهن، وحتى إن كان لهن مال حقيقي سواء كان من إرث أو تبرع (وصية، هبة...) أو من حلي نفيس خاص بهن؛ فإنهن يُجْبرن على جعله وَقْـفًا غير قابل لتصرفهن الإرادي، وإنما خاضعا للتوافق الزوجي خاصة في ظروف الطوارئ والأزمات.

ثم إن المرأة التي تزاول عملا مرهقا خارج البيت، كثيرا ما تتخلى عنه لما يتحسن دخل زوجها، أو يلج أبناؤها سوق الشغل؛ حيث إن علاقة المرأة بعملها ترتبط بالوضعية المادية للزوج من حيث كفايته وقدرته على توفير المتطلبات الضرورية للأسرة، وفي ظل هذه المعطيات الاقتصادية التي تعيشها المرأة المغربية، وكذا التمثلات الاجتماعية والعرفية لذمتها المالية، يبدو أن مسألة استقلال الذمة المالية للزوجين غير متحققة واقعيا إلا بنسب ضئيلة جدا.

ب – النظام التعاقدي في تدبير الأموال المكتسبة في الحياة الزوجية :

خلافا لما كان عليه الأمر في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والتي لم يكن فيها أي مقتضى يسمح أو يمنع الزوجين من إبرام عقد لاستثمار أموالهما المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، فقد نظم المشرع المغربي إمكانية التدبير التعاقدي للأموال التي ستكتسب أثناء الحياة الزوجية في الفقرة الأولى والثانية من المادة 49 من مدونة الأسرة[1]،

[1]- نفس المقتضى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ".

بينما أجاز المشرع التونسي وخلافا للتشريعات في الدول الإسلامية نظام الاشتراك في الأموال بمقتضى القانون رقم: 94 المؤرخ في 9 نونبر 1998، أنظر بشان ذلك: جلال الدين بوكتيف: نظام الاشتراك بين الزوجين، مجلة القضاء والتشريع، العدد الثامن، السنة 41، مركز الدراسات القانونية والقضائية، الجمهورية التونسية 1999،ص: 71.

ونصها : **"غير أنه يجوز لهما – أي للزوجين – في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. يُضَمّن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج".**

وقد جاء هذا النص نتيجة إدخال مبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات الأسرية، الذي ظل أمر التقرير في أغلب قواعده حِكْرا على المُشَرّع منذ أمد طويل، وبذلك أصبح الزوجان أحرارا في إبرام ما يشاءان من العقود وبما يقرران من الشروط[1]، كل ذلك في إطار عدم الخروج عن الضوابط الشرعية. كما تجد فكرة العقد المالي سندها في نظريتي فقه الشروط وفقه الصلح اللتان يأخذ بهما الفقه الإسلامي في العلاقة بين الزوجين، والذي بمقتضاهما يمنح الحق للمرأة أن تشترط لنفسها ما يحفظ حقوقها ويطمئنها على مصير ها ومصير أولادها مستقبلا[2].

ويتضح من مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة أعلاه أنه يمكن للزوجين أن يتفقا على استثمار الأموال المكتسبة خلال الزواج وتوزيعها بينهما في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج سواء أمام العدلين اللذين أبرما عقد الزواج، أو عدلين آخرين أو أمام موثق أو محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، كما يمكن أن يضمن هذا الاتفاق في وثيقة عرفية يكتبها الطرفان أو ينوب عنهما الغير في ذلك.

ولقد استعمل المشرع المغربي عبارة **"يجوز لهما"** للدلالة على أن هذا النظام المالي بين الزوجين هو نظام اختياري وليس إلزاميا ولا فوريا أي لازما بمجرد إبرام عقد الزواج، بل هو متروك لإرادة الأطراف وحريتهم وتقديراتهم المادية والزمانية. كما يستوجب هذا النظام المالي التعاقدي ضرورةتضمينه في وثيقة مستقلة عن رسم الزواج خضوعا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وحفاظا على قدسية عقد الزواج الذي تولى الشارع الحكيم تنظيم أركانه وشروطه والحقوق والالتزامات المترتبة عنه.

وبهذا يكون المشرع المغربي قد استحدث نظاما ماليا تعاقديا بين الزوجين مخالفا لما يعرف في القانون المدني الفرنسي بالنظام الاتفاقي، ذلك أن هذا الأخير يجعل الأصل هو اتحاد الذمة المالية للزوجين، ويمنح الراغبين في الزواج الاتفاق على اختيار نظام مالي معين من مجموع الأنظمة المالية المحددة في القانون المدني[3].

---

[1] - ينقسم الفقهاء بخصوص هذه الشروط إلى اتجاهين:

- مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنفية، ويقولون بعدم مشروعية الشروط الإرادية لعقد الزواج، مستدلين بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط" (رواه مسلم في صحيحه).

- مذهب الحنابلة، وقد أجازوا كل شرط يشترطه أحد الزوجين على الآخر ما لم يكن منافيا لميثاق الزواج، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام "إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج" (رواه أبو داود في السنن).

[2] - محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور عبد الحميد أخريف، وحدة التكوين والبحث في الأسرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية: 2006/2005، ص 82.

[3] - يضم القانون المدني الفرنسي أربعة أنظمة للعلاقات المالية بين الزوجين وهي: ====

إلا أن هذا الشكل التعاقدي، وإن كان يمثل تطورا إيجابيا في التشريع الأسري المغربي، فهو مشوب بعدة ثغرات منها :

- عدم التنصيص على إلزامية هذا الإجراء التعاقدي وتركه رهينا لإرادة أطراف العلاقة الزوجية، مما يفتح الباب على مصراعيه لكل أشكال التدليس والتحايل والإثراء غير المشروع من طرف بعض عديمي الضمير من الأزواج سواء كانوا رجالا أو نساء.
- إمكانية عقد تدبير الأموال المكتسبة في شكل عقد عرفي موقّع من طرف الزوجين، أو في شكل عقد رسمي، يؤدي إلى عدم تحقيق الأمن التعاقدي بين كثير من الأزواج بسبب ارتفاع نسبة الأمية الأبجدية وكذا القانونية.
- عدم التنصيص على ضرورة إشهار عقد تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين[1]، أي إطلاع الأغيار بمحتواه حتى يكونوا على بَيّنة منه، سواء تعلق الأمر بالمنقولات أو العقارات[2] وكذا الأصول التجارية التي أصبحت

=====- نظام الاشتراك القانوني Le régime de la communauté légale، حيث تصبح بموجبه جميع الأموال المكتسبة ابتداء من تاريخ الزواج إلى حين انحلاله، مشتركة بينهم، وتشكل كتلة واحدة لا تنقسم. وهو نظام يتم الأخذ به في حالتين: الأولى، عند اختياره من قبل الزوجين، والثانية عند عدم تحديد الزوجين لأي نظام مالي خاص بهما.

- نظام الاشتراك الاتفاقي Le régime de la communauté conventionnelle، وهو نظام يقوم على أساس إمكانية قيام الزوجين بإدراج مجموعة من الشروط الاتفاقية التي يتم بموجبها تغيير نظام الاشتراك القانوني، ويمكن أن تمس هذه الشروط: تقليص الكتلة المالية المشتركة أو توسيعها سواء من جهة الأصول أو الديون، كيفية إدارة الذمة المالية المشتركة، كيفية حل وقسمة الأموال المشتركة.

- نظام فصل الأموال Le régime de la séparation des biens، وهو نظام يقوم على أساس احتفاظ كل زوج بإدارة أمواله والتصرف فيها بكل حرية وباستقلال تام عن الآخر، مع مراعاة الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية التي تتطلب اشتراك الزوجين في تحملها.

- نظام المساهمة في المكتسبات Le régime de la participation aux acquêts،وهو نظام يقوم على أساس فصل أموال الزوجين خلال الحياة الزوجية، إلا أنه عند انحلال الزواج يمكن لكل زوج الحصوص على نصف الأملاك التي للزوج الآخر والتي اكتسبها أثناء الزواج.

(للمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع راجع القانون المدني الفرنسي الصادر في 23 دجنبر 1985 الفصول من 1400 إلى 1536. وأيضا محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 2001، ص:201 – 206).

[1] - يشير الفصل 52 من قانون التحفيظ العقاري رقم 07-14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 177-11-1 في 25 ذي الحجة 1432 هـ / 22 نونبر 2011، إلى أن من جملة البيانات التي ينبغي تضمينها في الرسم العقاري أثناء تأسيسه: «كل تحفيظ عقاري يقتضي من المحافظ العقاري تأسيس رسم عقاري يتضمن لزوما: ... 2 – الاسم الشخصي والعائلي للمالك ومحل سكناه وحالته المدنية وجنسيته وإن اقتضى الحال اسم الزوج والنظام المالي للزواج أو كل اتفاق تم طبقا لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة".

[2] - بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للعقار، نجدها تأخذ بمبدأ الإشهار العيني لكل التصرفات التي تنصب على العقارات المحفظة أو العقارات في طور التحفيظ، إذ لا تنتج أثرها العيني إلا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري، وكل تصرف يقع على هذه الحقوق يجب تقييده لدى مصالح المحافظة العقارية ولا يمكن الاحتجاج بها لدى الأغيار إلا من هذا التاريخ..

واستنادا إلى هذا المبدأ، إذا كان محل عقد تدبير أموال الزوجين عقارا محفظا أو في طور التحفيظ، فإنه لا تكون له أي حجية لدى الأغيار إلا إذا تم إدراج مضمونه بالسجلات العقارية المخصصة لهذا الغرض، إذ في غياب هذا التقييد، لا تتحقق الحماية المرجوة من إبرامه، طالما أن الزوج المالك للعقار يتمتع بسلطات التصرف فيه بالبيع أو الرهن أو الكراء أو المبادلة أو القسمة وغيرها من التصرفات القانونية. دون أن يكون ذلك متوقفا على موافقة الطرف الآخر، لأن القانون المطبق على العقارات المحفظة لا يَعْتَدُّ إلا بما سجل في سجلاته.(انظر أحمد بلغربي،عقد تدبيرالأموال المكتسبة-أثناء الزواج بين التوثيق وغياب الإشهار، على الموقع الإلكتروني http://www.alkanounia.com، وقارن بالقسم الثاني من قانون التحفيظ العقاري 07-14 تحت عنوان: إشهار الحقوق العينية العقارية المترتبة على العقارات المحفظة وتقييدها في السجل العقاري).

قيمتها الاقتصادية حاليا تفوق بكثير الممتلكات العقارية، فما الجدوى إذن من إبرام عقد تدبير الممتلكات المكتسبة أثناء الحياة الزوجية إن لم يُحِطْها المشرع بالضمانات الكافية لتحقيق التوازن القانوني والفعلي للأطراف المتعاقدة؟

وهذا خلافا للمشرع التونسي[1] الذي يأخذ بمبدأ الإشهار لحماية الرابطة التعاقدية التي تجمع الزوجين في تسيير أمورهم المالية، بحيث يلزم المأمور العمومي الذي يتولى تلقي اتفاقات الزوجين بتوجيه ملخصه داخل عشرة أيام إلى ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة الزوجين، قصد تسجيله بسجلات الحالة المدنية تحت طائلة المسؤولية والغرامة، فضلا عن تقييد هذا الملخص بسجلات المحافظة العقارية على أساس أن كل اكتساب لحق عيني على عقار لابد من الإدلاء بما يفيد حالته المدنية. كما يتمتع المحافظ على الأملاك العقارية بسلطة التأكد مما إذا كان المعني بالأمر قد اختار النظام المالي المشترك، وكل شهادة تسلم من طرف مصالح المحافظة العقارية يجب أن تتضمن الإشارة إلى مسألة وجود نظام مشترك للأموال من عدمه[2].

- عدم ترتيب أي جزاء قانوني على العدلين اللذين أبرما عقد الزواج في حال عدم إشعارهما للطرفين بمقتضيات المادة 49 من المدونة، ولعل هذا ما يفسر قلة العقود الخاصة بتدبير الأموال المكتسبة المسجلة سنويا بأقسام قضاء الأسرة[3].

---

[1] - نظم المشرع التونسي قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين تحت عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في نونبر من نفس السنة، وعالج فيه 26 فصلا. حيث اعتبر المشرع نظام الاشتراك في الأموال هو نظام اختياري بين الزوجين، وهو غير مقيد بأجل معين، فإما أن يتفق عليه الزوجان أثناء ابرام عقد الزواج، أو خلال أجل لاحق. ونص هذا القانون على أن أموال المهر لا تدخل في الأملاك المشتركة، ولكنها تشمل كل العقارات المكتسبة بعد الزواج ما لم تؤل إلى أحدهما بوجه الارث أو الهبة او الوصية، وفي حالة إذا استعمل أحد الزوجين مداخيل أموال مشتركة لتحصين عقار خاص به أو الزيادة فيه فإن ذلك العقار يصبح مشتركا بحكم القانون متى تساوت أو فاقت قيمة الزيادات و التحسينات القيمة الأصلية لذلك العقار عند قيمة الشراء، وقد أقر المشرع في هذا القانون كل تصرف لأحد الزوجين من شأنه أن يُعَرّض مصالح قرينه إلى التلف فللزوج الآخر أن يطلب من المحكمة إنهاء حالة الاشتراك، وأخيرا إذا وقع ما ينهي هذا الاشتراك فعلى من يسعى إلى إنهائه أن يطلب من المحكمةتكليف مُصَفّ للمشترك، وبعد انتهاء التصفية تتم عملية القسمة التي أخضعها المشرع إلى أحكام الفصول 116 إلى 130 من مجلة الحقوق العينية التونسية.

[2] - انظر أحمد بلغربي، نفس المرجع.

[3] - تشير الإحصائيات الرسمية الصادرة عن وزارة العدل والحريات أن عدد وثائق الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية المنجزة منذ دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ في فبراير 2004 وإلى غاية سنة 2013، متواضع جدا بالمقارنة مع عدد الزيجات المبرمة خلال نفس الفترة والتي تزيد كل سنة تقريبا على 300 ألف زيجة، وهكذا يعتبر رقم 1520 وثيقة أعلى عدد سجل من هذه الوثائق سنة 2013. ولم يسجل سنة دخول المدونة حيز التنفيذ في 2004 سوى 312 وثيقة، بل سجل سنة 2010 أدنى عدد ب 139 وثيقة فقط. (انظر القضاء الأسري: الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة: دراسة تحليلية إحصائية 2013/2004، منشورات وزارة العدل والحريات، ماي 2014، ص 73 – 74)

الفقرة الثانية : تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية في العمل القضائي المغربي :

قراءة نقدية :

انطلاقا من النظامين الماليين المنصوص عليهما في المادة 49 من مدونة الأسرة، وعملا أيضا بمقتضيات الفقرة الأخيرة من نفس المادة التي تنص على أنه **"إذا لم يكن هناك اتفاق –أي في المسائل المالية – فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة"**؛ فإن العمل القضائي الأسري المغربي حاول جاهدا الفصل في العديد من النزاعات المالية بين الزوجين وتحقيق مبدأ العدل والإنصاف بينهما، إلا أنه ومن خلال دراسة بعض الأحكام الصادرة في هذا الموضوع يُلاحظ ما يلي:

أ –التأرجح في الاعتداد بالعمل المنزلي في تنمية الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية:

ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 2004/09/14 في الملف عدد 03/534 جاء ما يلي: "... (وحيث) إن الطاعنة تقر في مقالها بأن الزوج عامل بالمهجر، وأن المال ماله ولم تدّع أن لها مال مستقل ساهمت به في تكوين الثروة، وأن اللفيف المدلى به لم يبين مدى مساهمتها في تنمية مال الزوج، **وأن مجرد إدارة الأصول لا يدخل ضمن الكد والسعاية،وإنما يمكن إدماجه ضمن العمل العادي الواجب على الزوجة في إطار الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه**، وإلا كان عليها المطالبة بأجرة التسيير إذا كان لها محل، وليس المطالبة بنصف تلك الأموال، الشيء الذي يجعل ما قضى به الحكم المستأنف مصادفا للصواب ويتعين تأكيده"[1].

وفي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2006/04/20 في الملف عدد 523-7/05 جاء ما يلي: **"... وحيث إن البحث المجرى في نازلة الحال أثبت أن الطاعنة بدون مهنة، وأن عمل الزوج – التجارة – مستقل كليا ولا تشاركه في أعماله خارج البيت**... وبالتالي يبقى الحكم المستأنف مصادفا للصواب فيما قضى به ويتعين تأييده"[2].

وفي المقابل قضى قسم قضاء الأسرة لدى المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء للزوجة بمبلغ 200.000 درهما ، في حكم لها رقم 1382 ملف عدد06/5745 بتاريخ 2008/02/21، رغم غياب وثيقة الأموال المكتسبة بين الزوجين ، وذلك بناء على الحيثيات التالية : **"وحيث إن قيام المدعية بما ذكر اتجاه أولادها وزوجها يعتبر عملا ومجهودا كبيرين ساهما في تنمية أموال الزوج أثناء قيام العلاقة بين الزوجين** ... وحيث بالنظر إلى طول فترة الزواج التي استمرت **لأربعين سنة** والأعباء المادية والمعنوية التي تكبدتها المدعية في تنمية أموال الأسرة لذلك فهي مُحِقّة، والمحكمة لما لها من سلطة تقديرية ومراعاة منها لما سبق ذكره، فإنها تحددها في مبلغ 200.000 درهما".

[1] - انظر المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، العدد 17، فبراير 2009، ج 1 ص 56.

[2] - نفس المرجع، ج 1 ص 57.

وفي حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بآسفي بتاريخ 2006/06/26 في الملف عدد 05/1268 قضت المحكمة لفائدة الزوجة بتعويض قدره 40700 درهم، وجاء في حيثياته: **"وحيث إن رعاية المدعية لمصالح زوجها أثناء قيام العلاقة الزوجية ، والحفاظ عليها من الضياع خاصة وأنه كان يعمل بالديار الإيطالية وفي حكم الغائب ويتعذر عليه الإشراف على إدارة أمواله بصفة شخصية، يُعَدّ منها مساهمة في تنمية أموال الأسرة، وتحملا لأعباء وتقديم مجهودات تنصرف إلى الحفاظ على الذمة المالية للحياة الزوجية**، ذلك أن نية المدعية لم تكن نية وكيل بأجر، بل كانت نية إشراف على مصالح أسرتها"[1].

فمن خلال هذه العينة من الأحكام، يلاحظ أن العمل القضائي المغربي لم يستقر على منهجية واحدة فيما يخص العمل المنزلي ، فإذا كانت بعض الأحكام والقرارات جريئة في هذا الباب، وأنصفت إلى حد ما ربات البيوت، فإن أحكاما أخرى كثيرة لم تنصفهن لأنها تعتبر الأعباء المنزلية من طبخ وكنس وسهر على راحة الزوج والأبناء وترتيب لشؤون البيت وغيرها من الأشغال... أعمالا غير منتجة للثروة ولا تساهم في تنميتها أثناء قيام العلاقة الزوجية.

والحقيقة أن هذه النظرة إلى العمل المنزلي غير وجيهة وغير عادلة، ذلك أن الخدمات المنزلية تتطلب من المرأة التي تعمل داخل البيت أزيد من 16 ساعة عمل وأكثر من 100 ساعة في الأسبوع، بينما لا تعمل المرأة التي تمارس عملا مهنيا مأجورا أكثر من 8 ساعات في اليوم، ولا أكثر من 48 ساعة في الأسبوع، كما أن ربات البيوت تقمن بأدوار أخرى غير الأدوار التقليدية المعلومة (طبخ وكنس وترتيب وسهر على راحة الزوج والأبناء)، ومنها على الخصوص المشاركة في تخطيط مستقبل الأسرة واتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤونها، بسبب ظروف العمل التي تفرض على الزوج الابتعاد عن الأسرة طوال النهار، ونتيجة لقيام ربة البيت (الزوجة) بضبط وتنظيم نفقات البيت باعتبارها المدير المنفذ في أغلب الأحيان، فهي تقوم باتخاذ معظم القرارات المتعلقة بشؤون الحياة المنزلية و الاجتماعية لأسرتها، وبالتالي أصبح دورها أكثر صعوبة وإرهاقا، مما أدى إلى إصابة الكثيرات منهن بالإرهاق والإحساس بالتعب الدائم خاصة فيما يتعلق بمهمة تدبير (الاستهلاك الأسري) بنواحيه المختلفة[2].

[1] - نفس المرجع، ج 1 ص 68.

[2] - انظر رشيدة سبت،السلطة الاقتصادية لربة البيت، الدفاتر الجزائرية لعلوم الاجتماع، مجلة البحوث السوسيولوجية، تصدر عن قسم علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية-جامعة الجزائر، ع 1، 2000، ص 85 وما بعدها.

فالزوجة طالما تقوم بهذه المصالح المنزلية، فإنها تقوم بعمل منتج[1]؛ أي ذو قيمة اقتصادية يدخل في رَسْمَلة (تحويل رأسمال) العمل المنزلي وليس مجرد قيمة استهلاكية، لاسيما أن الخادمة أو المرضعة عندما يقومان ببعض الأعمال المنزلية يتقاضيان أجرا مقابل ما قامتا به من خدمات[2].

وبناء على هذه المعطيات الجديدة الخاصة بتقييم العمل المنزلي فإن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، أكدت أنه:**"في بعض البلدان، يكون التركيز موجها بدرجة أكبر عند تقسيم ممتلكات الزوجية، إلى المساهمات المالية في الملكية المكتسبة أثناء الزواج، بينما ينتقص من قدر الإسهامات الأخرى مثل تربية الأطفال ورعاية الأقرباء المسنين، وأداء الواجبات المنزلية، وهذه الإسهامات ذات الطابع غير المالي التي تقدمها الزوجة، كثيرا ما تُمَكّن الزوج من كسب الدخل ومن زيادة الثروة المالية، فيجب إعطاء الإسهامات المالية نفس الوزن"[3].**

وعليه فإن **القضاء الأسري المغربي مدعو إلى أخذ الأعمال المنزلية بعين الاعتبار، عند تقديره للمساهمة المقدمة والمجهود المبذول من كل واحد من الزوجين، لاسيما أن ما ورد في المادة 49 من مدونة الأسرة، من وجوب مراعاة عمل كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجهودات، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة يفتح المجال للاعتداد بهذه الأعمال.**

ب – عدم المرونة في التعامل مع قواعد الإثبات :

ويظهر ذلك من خلال عدد من الأحكام الصادرة عن قضاء الموضوع نذكر منها :

حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 2008/01/02 في الملف عدد 832-33/07 استبعد طلب المدعية الرامي إلى الحكم باستحقاقها نصف الفيلا الكائنة بالدرادب بطنجة بدعوى أنها "ساهمت ماديا ومعنويا إلى جانب زوجها في بناء العقار المذكور"، وجاء في حيثياته: **"وحيث لئن أدلت المدعية تعزيزا**

[1] - أفادت دراسة أنجزتها مديرية الدراسات والتوقعات المالية بوزارة الاقتصاد والمالية، ومركز الدراسات والأبحاث التابع للمكتب الشريف للفوسفاط، وجاءت ضمن كتاب حول المساواة بين الجنسين والحياة العامة والنمو الاقتصادي في المغرب (2012)، أن تقييم العمل المنزلي للمرأة (من سن 15 فأكثر) يكشف عن مساهمتها في الثروة الوطنية (أي الناتج الداخلي الإجمالي في 2012) بنسبة 39.7 في المائة وذلك إذا ما تم احتساب قيمة ساعات عملها بناء على الحد الأدنى للأجور، كما تساهم بنسبة 49.3 في المائة إذا ما تم احتساب قيمة ساعات عملها بناء على متوسط الأجور كما تحدده المحاسبة الوطنية. انظر موقع نون الإلكتروني http://www.noonpresse.com.

[2] - انظر فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصاديةوالاجتماعية –مراكش-، رقم 9، الطبعة الأولى، السنة 1992، ص 188.

[3] - لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التوصية العامة رقم 21، المساواة في الزواج والشؤون الأسرية (المادة 16)، مجموعة التعليقات العامة المعتمدة من قبل هيئات معاهدات حقوق الإنسان، وثيقة الأمم المتحدة رقم 30، para .(2003) 149 at 1/REV.6 / GEN HRIحسب ما جاء في موقع حقوق الإنسان :www.hrw.org/arabic/reports/egypt1208/8.htm

لدعواها بعقود قروض وكشوفات بنكية تثبت أنها اقترضت ما يقارب 27 مليون سنتيم، فإن الوثائق المذكورة لا تنهض حجة على صرفها تلك المبالغ في بناء الفيلا موضوع النزاع"[1].

وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بإنزكان بتاريخ 2004/12/29 في الملف عدد 2004/185 لم يأخذ القضاء باللفيف التي أدلت بها المدعية لإثبات حقها في أملاك المدعى عليه، فقد جاء في حيثيات الحكم: "وحيث إنه بالنظر إلى كون اللفيف المشار إلى مراجعها أعلاه لم تكن مستفسرة، فإن المحكمة للمزيد من التأكيد أمرت بإجراء بحث وذلك لإحضار شهود اللفيف، وهو ما تم خلال الجلسة المنعقدة بتاريخ 2004/12/08 حيث حضر البعض منهم والذين أجمعوا... أن لا علم لهم بالعلاقة المالية الخاصة بين الطرفين، ولا علم لهم بمساهمتها في بناء أيًّا من المنزلين، ولا علم لهم بتسليمها الأموال لزوجها، وهو ما أكده والدها الذي يعتبر وكليها في هذه الدعوى. **وحيث إنه بالنظر للتناقض الحاصل في شهادة الشهود المستمع إليهم قضائيا وفيما ورد في اللفيف، ولخلو الملف من وجود أي قرائن قوية تفيد مساهمة المدعية في ثروة زوجها تبقى دعواها غير مبنية على أساس سليم مما يتعين معه التصريح برفضها"**[2].

وفي نفس الاتجاه، أصدر قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حكمه رقم 1890 ملف عدد 07/33/177 بتاريخ 2007/04/18 ، قضى برفض الطلب، وذلك وفق الحيثيات التالية " ...حيث يبدو للمحكمة **من خلال اطلاعها على وثائق الملف خاصة الكشف الحسابي المدلى به أنه لا يتضمن المبلغ الذي أودعته المدعية حسب زعمها المتعلق ببيعها الفيلا ، كما أنها لم تدل بما يفيد أنه سحب هذا المبلغ لفائدته الخاصة و لم تدل بما يثبت ممارستها لأي مهنة ومساهمتها في تنمية المال واستثماره أثناء فترة الزواج** مما يكون معه الطلب مرفوضا".

وهكذا يلاحظ أن محاكم الموضوع **تتعامل معالفقرة الأخيرة من المادة 49 تعاملا جامدا**، مما يؤدي إلى عدم الاستجابة إلى كثير من طلبات الزوجات في استحقاق نصيب من أموال الزوج، استنادا إلى عدم وجود إثبات قوي، أو إلى استبعاد اللفيف بعلة أن الشهود لم يبينوا درجة المساهمة أو الشراكة في المال أو لوجود تناقض في تصريحاتهم إذا تم الاستماع إليهم، مع أن وسائل الإثبات المقررة قانونا حسب الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود هي: **إقرار الخصم، والحجة الكتابية وشهادة الشهود والقرينة واليمين والنكول عنها**[3].

بل إن تسجيل الممتلكات العقارية في اسم أحد الزوجين في الرسم العقاري لا ينهض حجة نهائية على أن هذه الممتلكات المكتسبة خلال الحياة الزوجية هي مِلْكٌ خالص له دون مراعاة ما يكون قد بذله الطرف الآخر من

[1] - انظر المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، مرجع سابق، ج 1 ص 61.

[2] - نفس المرجع، ج 1 ص66.

[3] - زهور الحر، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية: قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى، 2008، ص 117.

مجهود في تنمية هذه الممتلكات[1]، وهذا ما سبق أن أفتى به أيضا فقهاء المالكية، يقول سيدي علي ابن محمد: "وبعد فالذي جرى به الحكم عند فقهاء جزولة أن الزوجين إذا كانا متعاونين في خدمتهما وأفادا بذلك أملاكا مشتركة بينهما على قدر خدمتهما، **فإن الزوج لا يستبد بالأشرية ولو كتب وثائقها عليه**"[2]، وجاء في جواب داوود بن محمد بن عبد الحق التمليالتازولي عن نازلة قوله: "فالذي جرى به العمل عند فقهاء المصامدةوجزولة أن الزوجة شريكة لزوجها في ما أفاداه مالا باعتنائهما مدة انضمامهما وتعاونهما، **ولا يستبد الزوج بما كتبه على نفسه من الأشرية، بل هي شريكة له فيها بالاجتهاد**"[3].

ج –التذبذب في إعمال السلطة التقديرية للقضاء بشكل إيجابي :

ويظهر ذلك من خلال إلقاء عبء الإثبات على طرفي النزاع – خاصة في حالة غياب اتفاق مكتوب بينهما – دون إعمال سلطة القضاء التقديرية في توجيه مسطرة التحقيق التي من شأنها مساعدة الطرفين لتقدير نصيب كل منهما في الثروة المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية[4]، وقد عاب قرار لمحكمة النقض هذا المسلك في التعليل، حيث جاء فيه: "والمحكمة لما عللت قرارها بأن ما تمسك به الطاعن من أداء ديون في شكل أقساط لاقتناء قطعة أرضية وشقة بواسطة حساب بنكي في اسمه لا ينهض حجة كافية للقول بأن هناك اتفاقا لتدبير الأموال بينهما أو أنه قدم مجهودا أو تحمل عبئا لتنمية أموال الأسرة، **دون أن تقوم بإجراء بحث أو إجراء خبرة للتحقق مما إذا كانت المبالغ المالية التي كانت تقتطع من حساب الطاعن قد ساهمت فعلا في تنمية أموال الأسرة أم لا، وفيما إذا كان قد استرجع هذه الأموال من قبل المطلوبة**، وإذ هي لم تفعل تكون قد خرقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة وعرضت بذلك قرارها للنقض"[5].

وقد عبّر عن ذات الرأي الدكتور محمد الكشبور في تعليق له على حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء[6]، حيث أكد أن المشرع "أعطى للمحكمة دورا إيجابيا من خلال سلطة تقديرية واسعة، حيث لها أن تُجْري تحقيقا، فتبحث مثلا في كيفية تحول الذمة المالية للزوجين، وفي شغلهما أو نشاطهما التجاري، أو ما ورثاه

---

[1] - زهور الحر، نفس المرجع، ص 117. وانظر قرار عدد 566 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 03 دجنبر 2008 في الملف عدد 2007/1/2/2، نشرة قرارات المجلس الأعلى، المتخصصة، السلسة 2/ 2010، الجزء الرابع، ص 5 – 6 -7.

[2] - انظر محمد البعدوي، وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع، بني ورياغل نموذجا. أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس أكدال، الرباط، 2000-2001، ص:165.

[3] - انظر حسن العبادي، فقه النوازل في سوس قضايا وأعلام، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم الإسلامية والفقه، دار الحديث الحسنية، ص:440.

[4] - انظر الأحكام المستدل بها في النقطة السابقة المتعلقة بعدم المرونة في إعمال قواعد الإثبات، خاصة الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 2008/01/02 في الملف عدد 832-33/07، والحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء تحت عدد 1890 ملف عدد 07/33/177 بتاريخ 2007/04/18.

[5] - قرار عدد 566 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 03 دجنبر 2008 في الملف عدد 2007/1/2/2، نشرة قرارات المجلس الأعلى، المتخصصة، السلسة 2/ 2010، الجزء الرابع، ص 7.

[6] - حكم عدد 2004/1024 صادر في 21 فبراير 2005.

أو تلقياه عن طريق الوصية... وبهذه الكيفية تستطيع المحكمة في ضوء ما استخلصته أن تحدد ما سوف يحكم به، فتحكم من ثمة برفض الدعوى، أو بتعيين نصيب كل طرف حسب قواعد العدل والإنصاف"[1].

وفي مقابل هذا التوجه السلبي في إعمال سلطة التحقيق في مثل هذه القضايا، نجد محاكم أخرى أخذت بسلطتها التقديرية الكاملة وبشكل إيجابي في تحقيق الدعوى بين الأطراف، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتازة بتاريخ 2008/04/24 في الملف عدد 07/1368: **"وحيث إنه في سبيل تحقيق الدعوى بالنظر إلى غياب اتفاق بين الطرفين بخصوص كيفية إدارة وتوزيع الأموال المكتسبة بينهما، استمعت المحكمة إلى الشهود** (...) الذين صرحوا بعد نفيهم لموانع الشهادة وأدائهم اليمين القانونية أنهم يعرفون المدعية تشتغل كخياطة وتبيع بعض الحوائج التي تجلبها لها عائلتها من الخارج...."[2].

وفي ذات المنحى سارت المحكمة الابتدائية بإنزكان في الحكم الصادر بتاريخ 2005/02/09 في الملف عدد 2004/288، حيث أمرت بإجراء بحث مع شهود اللفيف، وذلك للتحقق من مضمون رسم الكد والسعاية والذي أدلت به المدعية لتأكيد استحقاقها نصف ما خلفه زوجها من أملاك[3].

وعليه فإن القضاء الأسري المغربي، مطالب في مثل هذه النوازل ألا يتردد في إعمال كل الوسائل الممكنة في تحقيق الدعوى، وذلك لإنصاف طرفي العلاقة الزوجية في أمورهما المالية وتحقيق العدالة عندما يكون ظاهر الأمور لا يعبر عن الحقيقة والواقع.

د –التباين في توظيف مفهوم الكد والسعاية الموجب لاستحقاق النصيب المعتبر في المال المكتسب :

فبعض أحكام الموضوع ترى "أن مجرد إدارة الأصول لا يدخل ضمن الكد والسعاية"[4]، بينما يرى آخر أن "الكد والسعاية هو مقابل الشغل وحق الجراية، ومعناه حق المرأة في الثروة التي ينشئها ويكونها الزوج خلال فترة الزواج بحيث تحصل على جرايتها مقابل ما بذلته من مجهودات مادية ومعنوية في تكوين هذه الثروة"[5].

واستبعد حكم صادر عن ابتدائية مراكش الأخذ بهذا المفهوم كلية بدعوى أن حق الكد والسعاية مستمد من الأعراف المحلية لمنطقة سوس ماسة، **"وأن تطبيق العرف يتميز بطابع الحصرية المكانية والتحديد الجغرافي ومن ثم فإنه لا يمكن تطبيقه على أناس يعيشون في مدار حضري خارج منطقة سوس"**[6]، وفي مقابل هذا الحكم نجد محكمة الاستئناف بالعيون، وهي لا تنتمي لجهة سوس ماسة، قضت في قرار لها لفائدة المستأنفة باستحقاق نصيبها في

---

[1] - د. محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة: انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الأولى: 1427 هـ/2006م، ج 2 ص 393.

[2] - انظر المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، مرجع سابق، ج 1 ص 75.

[3] - انظر نفس المرجع، ص 67.

[4] - انظر نفس المرجع، ص 56، قرار محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 2004/09/14 في الملف عدد 03/534.

[5] - انظر نفس المرجع، ص 63، حكم المحكمة الابتدائية بأكادير بتاريخ 2002/12/26 ملف عدد 99/385.

[6] - انظر نفس المرجع، ص 65، حكم بتاريخ 2004/12/27 في الملف عدد 04/8/99.

العقارات موضوع النزاع، فقد جاء في إحدى حيثياته: **"وحيث إن واقعة الكد والسعاية ثابتتين استنادا إلى الوثائق أعلاه وكذا ظروف النازلة، مما تبقى معه المستأنفة محقة في طلبها الرامي إلى تمكينها من نصيبها في العقارات أعلاه"**[1].

بل إن أحكاما قضائية صدرت في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، كانت ترى أن إعمال حق الكد والسعاية خاص بعمل نساء البادية دون الحاضرة، فقد أيدت محكمة الاستئناف بأكادير في قرار لها الحكم الابتدائي بعلة: **"أن رسم السعاية غير كاف للبت في الطلب، وأن الاجتهادات المدلى بها من طرف المستأنفة تخص الزوجة العاملة مع زوجها في البوادي ولا تطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة"**[2].

إلا أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)[3] قضى بنقض هذا القرار معترفا بذلك بشمول حق الكد والسعاية للمرأة في المدينة، فجاء في إحدى حيثياته: "حيث إن العارضة وهي بصدد تعزيز طلبها الرامي إلى الحصول على بدل الكد والسعاية، أوردت السند الفقهي والقضائي لكن محكمة الاستئناف مصدرة القرار المطعون فيه عللت قرارها بكون الاجتهادات المدلى بها تخص الزوجة العاملة في البوادي ولا تنطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة سواء كانت عاملة أو محتجبة، **وهذا حكم مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية لأن الفقهاء لا يفرقون بين المرأة البدوية والحضرية في استحقاق ذلك البدل، بل يضعون العمل والكد والسعاية وهو المعيار لاستحقاق الزوجة لبدل الكد والسعاية بجانب الزوج... ولما قصرت محكمة الاستئناف حق الكد والسعاية في المرأة البدوية، فإنها تكون قد خالفت قواعد الشريعة الإسلامية، والفقه المالكي، وتكون قد خرقت صراحة القانون، وأوردت استثناء لأحكام الفقه الإسلامي دون سند ولا مرجع**، فجعلت قرارها فاقد الأساس القانوني ومعرضا للنقض".

ومن هنا يتعين توحيد الاجتهاد القضائي بخصوص مبدأ الكد والسعاية، وذلك بوضع معايير نموذجية وموحدة لهذا المبدأ قصد الأخذ بها من طرف جميع محاكم المملكة تحقيقا للإنصاف ودفعا للاضطراب القائم حاليا في العمل القضائي، خاصة وأن فقهاء المالكية الذين أسسوا لهذا المبدأ وقضوا به في العديد من النوازل التي عُرضت عليهم، لم تكن لهم نظرة موحدة، ولذا اختلفوا حول طبيعة السعاية أو الأموال التي تأخذها الساعية، هل هي على سبيل الأجرة في مقابل جهدها المبذول في تنمية هذه الأموال؟ أم على سبيل الكراء؟ أم هي حصة من الأرباح مما يعطيها صفة الشريكة؟

- **مقترحات ختامية :**

انطلاقا من جملة الملاحظات التي سجلناها بخصوص النظام المالي للزوجين المنصوص عليه في المادة 49 من مدونة الأسرة، وتوابعه التكميلية المقررة في ما يعرف بحق الكد والسعاية الذي أصله فقهاء المالكية بالبلاد المغربية، ومن أجل تحسين أداء عملنا القضائي في هذا الباب، فإننا نقترح ما يلي:

---

[1] - انظر نفس المرجع، ص 60، قرار بتاريخ 2008/02/19 ملف عدد 2007/01.

[2] - قرار بتاريخ 02-04-96 عدد 1060 في القضية العقارية عدد 95/200. أورده محمد أقاش، في بحثه النظام المالي للزوجين، مرجع سابق، ص 76.

[3] - قرار صادر عن المجلس الأعلى يقضي بنقض القرار رقم 1060 الصادر عن استئنافية أكادير في 02-04-1996 في القضية الشرعية عدد:95/200.

أولا : ضرورة وضع قانون منظم للعلاقات المالية بين الزوجين، وذلك لإزالة اللبس والغموض، وتوحيد العمل القضائي في هذا الاتجاه، ونقترح في هذا الإطار أن يتضمن هذا النص القانوني :

- ضبط ماهية الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، أي مشتملاتها ومصادرها،
- ضبط مفهوم استثمار وتدبير الأموال المكتسبة في الحياة الزوجية،
- تحديد الأشخاص الذين لهم حق إبرام عقد النظام المالى للزوجين، مع بيان أحكام القاصرين وكذا الوكلاء في إبرام عقد الزواج،
- تحديدالإجراءات الشكلية التي ينبغي إتباعها عند إبرام العقد، والإجراءات المتبعة في إشهاره.
- وضع أحكام تتعلق بالطوارئ التي قد تمس مالية الزوجين (الديون، الإفلاسات، التصفية...)
- تحديد كيفية وآجال تعديل النظام المالي للزوجين،
- ضبط حالات انتهاء النظام المالي للزوجين، وكيفية تدخل القضاء في هذا المجال،
- وضع ضوابط واضحة لكيفية الفصل في النزاعات المالية الزوجية التى لا تتوفر فيها عقود لتنظيم الأموال المكتسبة.

وفي انتظار إخراج هذا النص القانوني إلى حيز الوجود، فإننا نقترح أيضا:

ثانيا : إعداد دليل عملى يُستأنس به في العمل القضائى، ويكونمُسْتَلْهما من نظام الكد والسعاية والأنظمة المالية المقارنة لتيسير تنزيل مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة،

ثالثا : وضع عقد نموذجي لتدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين يتم العمل به سواء في العقود الرسمية أو العرفية،

رابعا : ضرورة إعادة الاعتبار للعمل المنزلي وذلك باعتباره عملا مدرا للدخل ومنتجا للثروة ومساهما في تنميتها.

خامسا : ضرورة تعميم الوعي القانوني بأهمية إبرام عقود تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية والعمل على توثيقها وإشهارها لدى الأغيار، خاصة في ظل تنامي ظاهرة الطلاق والتطليق وتعلق أسبابها في الغالب بالصراع حول المسائل المالية بين الزوجين.

- **المراجع المعتمدة :**

- أحمد بلغربي،عقد تدبير الأموال المكتسبة–أثناء الزواج بين التوثيق وغياب الإشهار، على الموقع الإلكتروني : http://www.alkanounia.com،
- جلال الدين بوكتيف: نظام الاشتراك بين الزوجين، مجلة القضاء والتشريع، العدد الثامن، السنة 41، مركز الدراسات القانونية والقضائية، الجمهورية التونسية 1999.

- رشيدة سبت،السلطة الاقتصادية لربة البيت، الدفاتر الجزائرية لعلوم الاجتماع، مجلة البحوث السوسيولوجية، تصدر عن قسم علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية–جامعة الجزائر، ع 1، 2000.
- زهور الحر، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية: قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى، 2008.
- الشافعي، محمد ابن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ.
- فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – مراكش–، رقم 9، الطبعة الأولى، السنة 1992.
- قانون الأسرة الجزائري (2005)
- قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين التونسي عدد 94 لسنة 1998.
- قانون التحفيظ العقاري رقم 07–14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 177–11–1 في 25 ذي الحجة 1432 هـ / 22 نونبر 2011.
- القانون المدني الفرنسي الصادر في 23 دجنبر 1985 الفصول من 1400 إلى 1536.
- القضاء الأسري : الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة: دراسة تحليلية إحصائية 2013/2004، منشورات وزارة العدل والحريات، ماي 2014.
- محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور عبد الحميد أخريف، وحدة التكوين والبحث في الأسرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية: 2006/2005.
- محمد البعدوي، وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع، بني ورياغل نموذجا. أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس أكدال، الرباط، 2000–2001.
- محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى، 2001.
- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة: انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الأولى: 1427 هـ/2006م.
- محمد سامي مدكور، نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة.
- مدونة الأسرة المغربية (قانون رقم 03–70) (2004)
- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، العدد 17، فبراير 2009.
- منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط 1، 1999.
- نشرة قرارات المجلس الأعلى، المتخصصة، السلسة 2/ 2010، الجزء الرابع.
- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط 2، 1418هـ / 1998م.

قراءة في مشروع القانون رقم 22.20 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي وشبكات البث المفتوح والشبكات المماثلة

إعداد : الدكتور نور الدين الناصري

أستاذ بكلية الحقوق بسطات – المغرب

مقدمة :

صادق المجلس الحكومي المنعقد يوم 19 مارس 2020 على مشروع قانون رقم 22.20 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي وشبكات البث المفتوح والشبكات المماثلة، والذي قدمه وزير العدل مع الأخذ بعين الاعتبار الملاحظات المثارة في شأنه، بعد دراستها من طرف اللجنة التقنية ثم اللجنة الوزارية المحدثين لهذا الغرض، وبالتالي فالنسخة المتداولة ليست نهائية كما صدر في البيان، في انتظار خروج مضامين الدراسة التي خصصت لها لجنة تقنية ووزارية، لتكون الصيغة النهائية لمشروع القانون 22.20 والذي ستحيله بعد ذلك على البرلمان قصد المصادقة النهائية.

ويتكون المشروع من 25 مادة مقسمة على بابين يتضمن الباب الاول أحكام عامة من تعاريف لمجموعة من المصطلحات التي ارتكز عليها المشروع في الفصل الأول، وجاء في الفصل الثاني بيان لنطاق تطبيق هذا المشروع، أما الباب الثاني فهو معنون بنظام تزويد خدمات شبكات التواصل الاجتماعي وشبكات البث المفتوح والشبكات المماثلة، والذي بين في الفصل الأول منه جهة الإشراف والرقابة عليها والفصل الثاني تضمن الالتزامات الواقعة على عاتق مقدمي الخدمات، والفصل الثالث من ذات الباب تضمن الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار الشخصي، أما بخصوص الفصل الرابع والأخير فقد حدد الجرائم الواقعة على القاصرين من خلال نفس الشبكات.

وقد تضمن هذا المشروع مجموعة من الملاحظات من حيث الشكل نجملها فيما يلي :

– قلة في عدد الأبواب بحيث تضمن 3 أبواب فقط، وكذلك قلة في عدد المواد المنظمة 25 مادة، لان تكنولوجيا التواصل وتكنولوجيا البث المفتوح تقتضي التفصيل والتبسيط والتدقيق باعتبار أن هذا المجال هو مجال متجدد باستمرار ويعرف مستجدات على مدار الساعة.

– ملاحظة أخرى بخصوص عنونة الفصول خصوصا في الباب الأول والباب الثالث. (الباب الأول : الفصل الأول : تعاريف).(الباب الثالث : مقتضيات زجرية، الفصل الأول الجرائم الماسة بالأمن وبالنظام العام الاقتصادي).

– عدم تعريف بعض المفاهيم غير واضحة كمزودي الخدمات، المحتوى الالكتروني غير المشروع، المزودين الذين يستغلون منصات الانترنت، المنصات المخصصة لتواصل الفردي، بحيث كان على المشرع أن يعرف بهذه المؤسسات في الفصل الأول من الباب الأول من المشروع لإزالة الغموض والغبش لدى المخاطب بمضامينه.

– عدم احترام الترتيب في الأحكام وذلك بترقيم المادة 17 مكان المادة 19 والعكس المادة 19 مكان المادة 17.

أما من حيث الموضوع، فقد تضمن هذا المشروع ثلاثة أبواب مجزأة لفصول ومقسم على 25 مادة ،بحيث خصص الفصل الأول من الباب الأول، لأهم التعاريف ، التي جاء بها هذا المشروع ونذكر منها شبكات التواصل الاجتماعي و شبكات البث المفتوحة والمواقع الإلكترونية.

كما تناول المشروع في الفصل الثاني من نفس الباب نطاق تطبيق هذا القانون، بحيث يسري على المزودين الذين يستعملون الأنترنت، أو ما يصطلح عليهم بمزودي الخدمات، كما يشمل المستعملين الذين يتفاعلون مع محتوى المنشور أو يقومون بجعله متاحا إلى الجمهور، واستنادا لمقتضيات المادة الرابعة من المشروع، فقد استثنت منصات الأنترنت التي تقدم محتوى صحفي أو تحرير.

والملاحظ من خلال المادة الرابعة، أن المشروع قد استثنى الإصدارات الإلكترونية التي تهم الصحفيين، مما يثير مسألة في غاية الأهمية والمتعلق بحكم المحتوى الذي يقوم بنشره صحفي عبر صفحته ويكون مخالف لمقتضيات هذا القانون ويتفاعل معه شخص من العموم، أو يقوم بنشره وإتاحته للعموم مما تقوم مسؤوليته، وهنا نصبح أمام فعل مخالف للقانون مرتكب من طرف شخصين لا يحملان نفس الصفة، إذ أن الصحفي يخضع لقانون الصحافة وآخر يخضع لهذا المشروع، وهذا مخالف لما كرسه أسمى قانون في الدولة، حيث نص الدستور في مادته 6 على أن "القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة وجميع، الأشخاص سواء كانوا ذاتيين أو اعتبارين، بما فيه السلطات العمومية متساوون أمام القانون".

ومن أجل ضبط ومراقبة المنصات الإلكترونية، حث المشروع في الباب الثاني منه على إحداث هيئة تسهر على التطبيق السليم لمقتضيات هذا القانون من خلال الإشراف ومراقبة الخدمات المقدمة من طرف المزودين، ومايعاب على واضع هذا المشروع أنه لم يحدد ماهية هذه الهيئة ولا كيفية تشكيلها.

وترتيبا عليه، فقد ألقى على عاتق مزودي الخدمات مجموعة من الالتزامات منها وضع مسطرة داخلية فعالة وشفافة لمعالجة الشكايات المتعلقة بالمحتويات الإلكترونية غير المشروعة، كما يتعين على المزودين الاستجابة الفورية للشكايات المقدمة من طرف الإدارة أو الهيئة من أجل حذف أو حظر أو توقيف المحتوى الإلكتروني غير المشروع،

ويسري نفس الحكم على المحتوى الذي يشكل تهديدا على النظام العام، بحيث يجب أن يستجاب لهذا الطلب داخل أجل 24 ساعة من تاريخ تلقي الشكاية، كما يلزم بالاحتفاظ في حالة حذف المحتوى الإلكتروني غير المشروع كدليل على ذلك لمدة أربع سنوات تبتدء من تاريخ الحذف.

ومايعاب على المشروع في هذه النقطة، فقد اقتصرت أحكامه على المزودين الذين يشتغلون بمنصات الانترنيت، في حين أن العالم الافتراضي يضم فاعلين ومتدخلين متعددين.

وفي هذا السياق، فقد اعتبر وزير الدولة المكلف بحقوق الإنسان والعلاقات مع البرلمان مصطفى الرميد أن الصلاحيات الممنوحة لهذه الجهة لا تتناسب وطبيعتها، إذ يجب أن يقتصر دورها في توقيف العمل بالمحتوى وإحالة القضية على قضاء الموضوع.

كما نلاحظ أن المادة 6 من المشروع، اشترطت لإحداث شبكات التواصل الاجتماعي الحصول على ترخيص تسلمه الإدارة أو الهيئة، وهذا يطرح إشكالا عميقا يتعلق بمسطرة الترخيص، وكيفية ممارستها ومن الجهة المسؤولة علن هذا الترخيص؟

ثم تطرق الباب الثالث من المشروع إلى العقوبات الزجرية المقررة في حق المخالفين لما ورد في هذا القانون، بحيث تضمنت المواد 13 و14 و15 من المشروع عقوبات تمزج بين كونها سالبة للحرية وغرامات مالية، كما أعطى للقاضي في إطار تفريد العقاب إمكانية الحكم بإحداهما دون الأخرى، ووقوفا عند المادة 14 من المشروع التي تعاقب دعاة مقاطعة بعض المنتوجات أو البضائع أو الخدمات أو القيام بالتحريض علانية على ذلك بعقوبة تتراوح بين 6 أشهر و3 سنوات وغرامة من 5000 إلى 50000 درهم أو إحدى هاتين العقوبتين فقط.

أما بخصوص المادة 17 والتي عاقبت على الدعوة إلى مقاطعة المنتجات والسلع بعقوبة تتراوح بين ستة أشهر وثلاث سنوات، في حين أن المادة 15، عاقبت على التحريض على ارتكاب الجنايات والجنح بالعقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 299.1 من القانون الجنائي والتي حددت العقوبة ما بين ثلاث أشهر وسنة، متسائلين في هذا الباب هل خطورة الدعوة إلى مقاطعة المنتوجات أشد من خطورة التحريض على ارتكابه؟

كما أن إقرار المشروع لقانونين بعقوبتين مختلفتين لأفعال إجرامية واحدة بناء على التمييز بين المواطنين على أساس الانتماء إلى فئة الصحافة من عدمه، من شأنه أن يجسد فرقا واضحا للدستور خاصة في فصله 6.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن هذا الفصل المنظم للجرائم التي تمس في مجملها بمؤسسات ذات طابع اقتصادي، لم يلق أي ترحيب من قبل المجتمع المدني.

أما فيما يخص الفصل الثاني، فقد جاء بمجموعة من الجزاءات المترتبة على مرتكبي الجرائم الخاصة بالأخبار الزائفة والتي أصبحت في هذا العصر تنتشر بشكل كبير جدا وذلك عن طريق شبكات التواصل الاجتماعي وهو ما يهدد أمن واستقرار البلاد، والخبر الزائف عرفه المشروع بأنه خبر مختلق يتم نشره بقصد التضليل أو خداع الطرف الآخر ويدفعه إلى تصديقه، وما نعيب على المشرع في هذا الفصل أن الأخبار الزائفة معاقب عليها في مجموعة القانون الجنائي، فكان الأولى به الإحالة على هذا القانون، كما أنه لم يميز لنا بين الأخبار المنشورة بحسن نية والأخبار المنشورة بسوء نية.

الملاحظ من خلال التعريف السالف الذكر، أنه لم يميز بين مختلق الخبر ومروجه أو ناشره، مما يعني أن العقوبات المنصوص عليها في المواد من 16 إلى 19، تسري على كل من قام بوضع المحتوى الخبر الزائف على صفحته الشخصية ويعاقب بعقوبات تبدأ من ثلاثة أشهر وتصل إلى 5 سنوات وغرامة مالية تبدأ من 1000 درهم وتصل إلى 30.000 درهم حسب الفعل الجرمي المرتكب.

أما فيما يخص الفصل الثالث، فالمشرع تحدث عن الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار الشخصي، بحيث حدد عقوبات حبسية وغرامات تهديدية على كل من قام بانتحال الهوية الرقمية للغير أو استعمال أي معطيات من شأنها أن تمكن من التعرف عليه، أو تسجيل صور أو حوارات ذات طابع جنسي أو غير ذلك، أو نشر محتوى إلكتروني يتضمن عنفا او اعتداء جسديا، بحيث تصل العقوبات الحبسية إلى خمس سنوات والغرامات التهديدية قد تصل إلى 50000,00 درهم.

كما أن المشروع جاء بفصل خاص بالجرائم الواقعة على القاصرين، خاصة أن هذه الفئة غير قادرة على حماية أنفسها من شبكات التواصل الاجتماعي، بحيث إنه يعاقب كل من ارتكب جرائم في حق قاصرين عبر شبكات التواصل الاجتماعي وغيرها وذلك بنشر أي محتوى الكتروني ذي طابع عنيف أو إباحي أو يمس بالسلامة الجسدية والنفسية للقاصرين أو التحريض على ذلك، ويعاقب المشرع على هذه الجرائم بعقوبات قد تصل إلى خمس سنوات حبسا وغرامات تهديدية قدرها إلى 15000 درهم.

والملاحظ على مسودة هذا المشروع أنه على خلاف باقي المشاريع أثارت ضجة واسعة بين جميع رواد وسائل التواصل الاجتماعي، إن لم نقل بين جميع فئات المجتمع، كما استنكرته مجموعة من الهيئات الحقوقية نظرا لكونه يحمل بين مواده مجموعة من البنود التي تضرب دستورية القوانين عرض الحائط.

وفي ظل تنامي السخط والرفض على ما أثاره مشروع قانون 22.20، سنحاول دراسته من خلال المحورين التاليين :

المحور الأول : دواعي تنزيل مشروع قانون 22.20.

يمكن إرجاع الرغبة في توليد مثل هكذا مشاريع قوانين إلى كون المنظومة القانونية الحالية غير كافية لردع كافة السلوكيات المرتكبة في مواقع التواصل الاجتماعي والشبكات المماثلة، وذلك لوجود فراغ تشريعي في ظل تنامي بعض الجرائم الخطيرة المرتكبة عبر الشبكات المذكورة، كما يمكن أن يكون الهدف من هذا القانون المرتقب ملاءمة القانون المغربي مع المعايير الدولية المعتمدة في مجال محاربة الجريمة الإلكترونية، خاصة بعد المصادقة على اتفاقية بودابيست بتاريخ 29 يونيو 2018.

وبالعودة إلى هذه الاتفاقية، نلاحظ أنه لا توجد أي إشارة لما يخص التعبير على مواقع التواصل الاجتماعي، الشيئ الذي يزيد من غموض أسباب تنزيل هذا المشروع.

كما يمكن أن يكمن الهدف من إقراره تقوية آليات مكافحة الجرائم المتعلقة بترويج الأخبار الزائفة وضبط بعض الممارسات اللاقانونية واللاأخلاقية التي أصبحنا نعيشها في مواقع التواصل الاجتماعي أو شبكات البث

المفتوح، حيث أصبحت بعض المحتويات الرقمية تكسر حاجز الآداب والأخلاق العامة بهدف خلق أكبر نسب مشاهدة فقط.

غير أن بعض مواد هذا المشروع، ارتكز مضمونها على عدم نشر محتويات رقمية بداعي مقاطعة بعض المنتوجات أو الخدمات أو البضائع والتي خصصت عقوبات ثقيلة لكل من قام بهذه الأفعال.

فالمادة 14 من المشروع، تدين كل من قام بنشر محتوى إلكتروني بالدعوة إلى مقاطعة بعض المنتوجات والبضائع والخدمات أو القيام بالتحريض على ذلك.

كما تدين المادة 15 من قام بنشر محتوى إلكتروني يحمل العموم أو تحريضهم على سحب الأموال من مؤسسات الائتمان أو الهيئات المعتبرة في حكمها.

أما المادة 18، فتدين من قام عبر شبكات التواصل الاجتماعي أو عبر شبكات البث المفتوح أو عبر الشبكات المماثلة بنشر أو ترويج لمحتوى الكتروني تضمن خبرا زائفا من شأنه التشكيك في جودة وسلامة بعض المنتوجات والبضائع، وتقديمها على أنها تشكل تهديدا وخطرا على الصحة والآمن البيئي.

وما يمكن أن نستشفه من خلال هذه المواد، أنه يمكن ربطها بالمقاطعة التي طالت وسائل التواصل الاجتماعي سنة 2018 والتي استهدفت ثلاث شركات كبرى في المغرب.

فالمواد 14 و15 و18 لم تقم في صياغتها على المنطق التجاري بالأساس، فبالرجوع إلى ما تعتمد عليه الشركات التجارية والخدماتية في الترويج لمنتجاتها وخدماتها من وسائط إلكترونية نجده على شكل إشعارات وإعلانات من أجل الترويج للمنتوج وتسويقه، فأي منطق يجيز للشركات استعمال وسائل التواصل الاجتماعي ويمنع المستهلك من حقه في الرد والتعبير عن رأيه عبر استعمال نفس الوسائل، لاسيما إذا تولد لديه موقف سلبي من منتوج ما لأسباب معقولة ومنطقية في زمن التحول الرقمي والتطور التكنولوجي.

وبالتالي يمكن اعتبار هذا القانون تمرير لعقوبات زجرية لكل من حرض على مقاطعة أي شكل من المنتوجات أو الخدمات، ومن هذا المنطلق يصعب القول بأن هذا المشروع يريد تنظيم حقل التواصل الاجتماعي ولا يمكن اعتباره إلا قيدا لحرية التعبير التي نص عليها أسمى قانون في البلاد.

المحور الثاني : مدى دستورية مشروع القانون 22.20.

لا ننكر بكون المشروع يتضمن بنودا جيدة تساعد على ضمان الحياة الخاصة للأفراد، كما تضمن حماية قانونية للقاصرين وذوي العاهات العقلية، عند المساس بسلامتهم النفسية أو الجسدية عبر شبكات التواصل الاجتماعي أو عبر شبكات البث المفتوح أو عبر الشبكات المماثلة. غير أن بعض مواده جاءت بعيدة عن المنطق وهي التي أثارت موجة غضب بين فئات المجتمع، فصحيح أنه لا يجوز الترويج لمحتويات إلكترونية تتضمن أخبارا زائفة بغرض إلحاق ضرر بشخص ذاتي أو اعتباري، لكن مثل هذه المشاريع والمقترحات لا يجب صياغتها لكونها تضرب في صميم الحريات العامة وتعتبر انتكاسة واضحة للإنجازات التي عرفها المغرب في مجال الحريات العامة وحقوق الإنسان، وذلك من خلال انتهاك لما يتعلق بحرية الرأي والتعبير المضمونة صراحة في دستور المملكة 2011.

فقد أورد الفصل 25 من الدستور صراحة على "أن حرية الفكر والرأي والتعبير مضمونة للجميع بكل أشكالها"، وهذا اللفظ الأخير جاء بصيغة العموم ولم يقيد شكل التعبير عن الرأي، ومعناه أن الدعامة المستعملة يمكن أن تتخذ شكل الوسائط الإلكترونية باعتبارها مجالا لنقل الأفكار والتعبير دون المساس بالآخرين، هذا الفصل الذي أولى للجميع الحق في نشر الأخبار بكل حرية ما عدى ما نص عليه القانون، وما نص عليه القانون هنا هو ما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 218 من القانون الجنائي، الذي يعاقب من سنتين إلى 6 سنوات وبغرامة جزافية لكل من أشاد بالإرهاب عن طريق الوسائل الإلكترونية، كما أن هذا الحق تضمنه جميع المواثيق الدولية والتي صادق عليها المغرب.

وفي ظل ما تمت الإشارة إليه، يبقى السؤال المطروح لماذا صاغت الحكومة مقترح قانون يتعارض مع مقتضيات دستورية؟ مع العلم أن هذا الأمر سيؤدي لا محال إلى جدل كبير في المجتمع بكل أطيافه، في زمن نحن أحوج إلى إشراك المواطن في الاستشارات العمومية والتعرف على توجهات الرأي العام حول قضية من القضايا، بل إن الاستخدام والتفاعل عبر شبكات التواصل الاجتماعي ومنصات أخرى تساعد على انفتاح المجتمع وترسيخ الممارسة الديموقراطية.

الدلالة في النص القانوني بين الصياغة والتفسير والتأويل

إعداد : عبد الكريم عجم، باحث 1

بسلك الدكتوراه ،جامعة محمد الخامس

كلية الآداب والعلوم الإنسانية - الرباط

- **ملخص :**

شكل النص القانوني مجالا لتداخل العديد من النظريات والتصورات التي عملت على وضع نماذج للآليات المتحكمة في صياغته وتفسيره وتأويله؛ عملا بمبدأ تحقيق العدالة، وهو ما يستدعي الأخذ بمجموعة من العلوم المساعدة كعلوم الاجتماع والنفس والاقتصاد مثلا، بالإضافة للعلوم الشرعية كأصول الفقه والحديث، على أن الأساس في بناء النص القانوني يبقى هو علم اللغة الذي يهتم بدراسة الأسس التي يقوم عليها تماسك النص؛ والتي بدونها لا يمكن تفسيره أو تأويله بشكل كامل ودقيق، حيث تتوزع مستويات الصياغة والتفسير والتأويل بين مكونات المعجم والتركيب والدلالة والتداول، إضافة إلى ما تمثله البلاغة والحجاج القانوني من مجال لتفاوت تأويل القاعدة القانونية.

- **الكلمات المفتاح :**

النص القانوني ـ الصياغة ـ التفسير ـ التأويل ـ علم اللغة.

[1]- تخصص : سيميائيات تحليل الخطاب.

مقدمة :

يقتضي تماسك النص القانوني صياغته بلغة تحقق الفهم السليم والواضح؛ وتقطع دابر كل إساءة فهم أو انحراف عن القصد الذي قامت عليه مقاصد المشرع، كما يقتضي بناء النص العمل وفق ما يتطلبه انتقاء اللفظ المناسب لفهم تلك المقاصد، ذلك أن الحديث عن تفسير القاعدة القانونية يضعنا أمام استجلاء حدود الدلالة التي يشملها النص بغاية بناء التكييف المناسب للفعل الذي يُجرمه القانون؛ بالتالي تعود مشكلة فهم النص لعيب في صيغته أو لنقصان وعدم تمام دلالته أو غموض أو عيب أو تعارض بينه وبين باقي النصوص الأخرى؛ مما يترتب عنه ضرورة إعمال الاجتهاد بالتفسير والتأويل؛ وهو ما يفرض ضبط أنواع التفسير وقواعده وطرقه.

تتوزع أنواع التفسير بين :

- التفسير التشريعي؛ وهو الذي تقدمه السلطة التشريعية للنص القانوني،
- التفسير القضائي؛ يعبر عن فهم القضاء للنص القانوني في تكييفه مع الدعوى،
- التفسير الفقهي؛ يمثل آراء المهتمين بدراسة وشرح القانون.

فيما تتدرج قواعد التفسير من الوقوف على الدلالة الواضحة للنص؛ التي تمثل إرادة الشارع بحيث لا يطرح معناه أي إشكال أو إبهام أو غموض، إلى ما يطرحه إشكال فهم الدلالة من الاحتمال والتأرجح بين تعدد المعاني التي قد تنحو بعيدا عما قصده المشرع، وهو ما يجعلنا نقف عند نقطة مهمة؛ وهي التمييز في التفسير بين المعنى الذي أراده المشرع وتفسير القاعدة القانونية منفصلة عن هذه الإرادة بعد إصدارها، والواقع أن القول بانفصال دلالة القاعدة القانونية عن الإدارة التي وضعتها يجعل النص ينفتح على تعدد التفسيرات والتأويلات مقابل الرجوع إلى إرادة الشارع التي تبقى الأساس الموجه للتفسير والتأويل والمعبر عن إرادة السلطة التشريعية الضامنة لاستقرار المجتمع، لذا فإن أي عيب أو قصور يلحق بالقاعدة يجعل من الرجوع إلى إرادة تلك السلطة الملاذ الآمن للتوضيح والتعديل ضمانا للتكيف مع المستجدات الطارئة في تطور وتحول المجتمع، وفي هذا المقام لابد من توضيح طرق التفسير المعتمدة في شرح قواعد النص القانوني.

تتباين طرق التفسير بين:

- الأسلوب المنطقي؛ يعتمد البحث في روح القاعدة القانونية بما يتجاوز المدلول الظاهر للمعنى اللغوي؛
- الأسلوب التاريخي؛ يتتبع أصول القاعدة القانونية وتطورها في مراحل زمنية محددة؛
- الأسلوب اللغوي؛ يعتمد البحث في دلالة الألفاظ والمفاهيم القانونية في النص القانوني.

بالتالي فإن الإطار العام للموضوع هو الدلالة في النص القانوني والذي نقدم له في هذه المقالة الموجزة ببسط ما تقتضيه شروط الصياغة اللغوية والتفسير والتأويل من مبادئ التماسك النصي من جهة، ومن جهة أخرى ما تمثله لغة النص القانوني من مجال لتطور أساليب البلاغة القانونية في إخضاع القاعدة القاعدة القانونية للأسلوب

البرهاني الحجاجي المنطقي، كما طورت نظريات اللغة المعاصرة مجموعة من المفاهيم التي ساهمت في ضبط التأويل الدلالي للنص القانوني.

- **الإطار العام :**

توزع موضوع الدلالة، في مختلف الثقافات والحضارات،[1] بين مجالات الأديان والأساطير والفلسفة والسياسة والتشريع، باعتبار الدلالة في اللغة هي الجوهر الذي قام عليه اختلاف الفهم في عمليات التفكير والتواصل، وقد استأثر موضوع الدلالة والتأويل في الثقافة الإسلامية باهتمام علماء النحو والبلاغة والكلام والحديث والأصول والتفسير وغيرها من مجالات المعرفة، وارتبط بتأويل دلالات النص القرآني والسنة الشريفة باعتبارهما مصدري تشريع، يقول سبحانه وتعالى : {هُوَ الَّذِي أَنزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُّحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ ۖ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ ۗ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ ۗ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِندِ رَبِّنَا ۗ وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ}[2]، فالآيات المحكمات هن أم الكتاب، بما يُفهم منه بيانها ووضوح دلالتها وخلوها من الالتباس بخلاف آيات أخر لم يحددها النص القرآني بصريح التمييز وأشار إليها بعنصر الاشتباه في الدلالة، كما ورد لفظ الـتأويل في القرآن الكريم أكثر من لفظ التفسير، حيث ورد لفظ التأويل سبع عشرة مرة في حين ورد لفظ التفسير مرة واحدة.

وقد خلق عنصر الاشتباه في تأويل الدلالة وتحصيل الفهم المناسب إشكالية تحكمت في التفكير العربي الإسلامي وهو ما تجلى في الأهمية الكبيرة التي تم إيلاؤها لتقعيد اللغة العربية بهدف الحفاظ على لغة النص التشريعي الأساس وهو القرآن والسنة؛ من خلال المحافظة على لغة العرب من ذيوع مشكلة اللحن، إذ "نشأت دراسة اللغة العربية الفصحى علاجا لظاهرة كان يُخشى منها على اللغة وعلى القرآن وهي التي سموها ذيوع اللحن"[3] فاهتم علماء اللغة بتقعيد النحو وفروعه التي توزعت بين دراسة الصوت والكلم المفرد إلى دراسة الجملة باعتبارها لبنة لدراسة بناء النص، فكان أساس النحو هو البحث عما يصيب الدلالة ويحقق الإفهام المقصود في الكلام المفيد، وتجسد اللحن في عدة مظاهر؛ على مستوى الأصوات التي ليست من العربية أو الدخيل من العبارات، وضبط الإعراب، وتحريف بنية الصيغة في الإلحاق أو الزيادة، كما تجسد في البنية النحوية؛ حيث تجاوز الخطأ

---

[1] قد يلتبس الأمر في استعمال مفهوم الدلالة مقابل مفهوم المعنى، وقد وقفنا في المعاجم على صعوبة وتضارب تعريف المفهومين واعتمدنا ما قدمته نظريات تحليل الخطاب الحديثة في السيميائيات مع ألجيرداس جوليان غريماس؛ الذي يرى أن مفهوم المعنى هو من المفاهيم التي يصعب تحديدها بشكل شامل، وبشكل حدسي يعتمد غريماس مقاربتين مختلفتين لتحديد تصوره للمعنى؛ تقوم المقاربة الأولى على اعتبار المعنى هو ما يُمكّن من إعادة الصياغة أو فك التشفير لمحتوى العلامة، في حين تَعتبر المقاربة الثانية المعنى هو ما يقوم على فعل قصدي سابق عن التجلي في شكل الدلالة لدى الفاعل في إنتاج المعنى، من جهة أخرى يشكل مفهوم الدلالة الموضوع الأساس الذي تقوم عليه النظرية السيميائية، ويتحدد مفهوم الدلالة باعتباره تمفصلا للمعنى بين مقولة الفعل؛ التي تحدد الدلالة كإجراء، ومقولة الحالة التي تحدد الدلالة كمفهوم أو ما يحدث على مستوى الفهم لدى المتلقي، ويتأرجح هذا الوضع بين الشكل الدينامي والشكل الثابت في بناء الدلالة.
أنظر:

A.J.GREIMAS et J.OURTES, Sémiotique, dictionnaire raisonné de la théorie du langage, Editions Classique Hachette, 1979, Paris – France, Tome I P p 348

[2] سورة آل عمران، آية 7

[3] تمام حسان، اللغة العربية، معناها ومبناها، دار الثقافة، الدار البيضاء، المغرب، 1994، ص 11.

العلامة الإعرابية إلى مجالات الرتبة والمطابقة وغيرها، إضافة إلى دخول الكلام الأجنبي في اللغة العربية؛ وتأثر المعجم العربي بذلك، وهو ما جعل من صيانة الدلالة العنصر الأساس لبناء الجهاز المفاهيمي الصوري للنحو العربي؛ فاستأثر بنصيب وافر من اهتمام العلماء المسلمين، كما هو واضح في مصنفات التراث الإسلامي؛ في مؤلفات الكندي والفارابي، وابن رشد، وابن حزم والغزالي مثلا[1]، فارتبط النحو في جزء كبير منه بعلوم المنطق والحكمة والكلام، وصولا إلى علم الأصول الذي اهتم بالدلالة من منطلق ضبط اللغة لضبط فهم الأصول الشرعية وتأصيل المقاصد؛ فكان علم الأصول علما لتفصيل واستنباطِ الأحكام الشرعية من خلال دلالتها، قامت على ثنائية الدلالة والحكم والتي تحكمت في ضبط المعنى من أجل ضبط القاعدة الفقهية وتماسكها.

واستمر الاهتمام بدراسة التماسك النصي من خلال ما قدمته الدراسات اللغوية والفلسفية والمنطقية؛ واتخذت أبعادا متنوعة في استثمار علوم النحو والبلاغة والمنطق في بناء تأويلية قانونية ساهمت في تطوير النظرية الجنائية سواء في الأنظمة القانونية الغربية أو العربية الإسلامية، كما تطورت الدراسات التي أصبحت تهتم بالهندسة القانونية للنصوص التشريعية، لضمان دستورية القواعد القانونية وتراتبيتها، وبما يكفل التزام السلطات بمبادئ دولة الحق والقانون والحد من أي تعسف قد يطال حقوق المواطن، والمساهمة أيضا في مواكبة منظومة العدالة للتحولات التي عرفها تطور المجتمعات الإنسانية في العصر الحديث.

ضمن هذا التصور العام الذي تحكم في إشكالية الدلالة في النص القانوني، بين الصياغة والتفسير والتأويل، نتطرق لقراءة هذه العناصر ضمن ثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول : الدلالة بين اللغة والفقه.

المبحث الثاني : التماسك اللغوي في النص القانوني.

المبحث الثالث : الحجاج وتأويلية القانون.

المبحث الأول : الدلالة بين اللغة والفقه.

1. في التعريفات :

يمثل النص الإطار الذي تتحقق فيه الصياغة والتفسير وتأويل الدلالة، والنص لغة رفع الشيء، من نص الحديث ينصه نصا: رفعه وأسنده إلى المحدث عنه، وكل ما أظهِر فقد نص[2] والنص ما أفاد التعيين على شيء ما،

---

[1] ينظر في هذا الإطار أمهات الكتب لدى هؤلاء العلماء:

- الكِنْدِي تاج الدِّين (520-613 ه)، اهتم بالنحو وعلم المعاني وقام بشرح كتاب الإيضاح لأبي علي الفارسي،

- الفارابي أبو نصر، (259 - 339ه) الملقب بفيلسوف اللغة، في كتابه إحصاء العلوم،

- ابن رشد أبوالوليد، (520- 595 ه) وكتابه فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من اتصال،

- ابن حزم الأندلسي (384- 456 ه) في كتابه الإحكام في أصول الأحكام،

- الإمام الغزالي (450- 505 ه) في كتابيه المنخول في الأصول و المستصفى من علم الأصول.

[2] ابن منظور، لسان العرب، نسخة إلكترونية، الجزء 14، مادة ن ص ص.

والمنصوص عليه هو المُبين والمُعيـَّن، والنص صيغة الكلام الأصلية التي وردت من المؤلف، وما لا يحتمل إلا معنى واحدا أو لا يحتمل التأويل، والنص عند الأصوليين هو "اللفظ الدال على الحكم دلالة ظاهرة جلية، فما لا يكون كذلك لا يكون نصا"[1]

ويورد السيوطي[2] شروطا بدونها لا يتحقق مفهوم النص، وهي :

ـ اللفظ المفيد المرتفع عن قبول التأويل؛

ـ ما لا يحتمل إلا تأويلا واحدا، أي وحدة الدلالة؛

ـ ما يستوي ظاهره وباطنه؛

ـ ما تعرى لفظه عن الشبهة ومعناه عن الشركة؛

ـ ما وقع في بيانه إلى أقصى غايته.

فلا تتحقق هذه الشروط من دون قوانين صياغة الدلالة وتفسيرها وتأويلها، وهو ما فصلته معاجم اللغة كما يلي :

جاء في معنى الصياغة، الصَّوغ، مصدر صاغ الشيء يصوغه صوغا وصياغة، والصوغُ ما صيغ على هيأة معلومة، ورجل صواغٌ يصوغ الكلام، فهو صائِغ، والمفعول مصوغ،[3] ومنه صاغ الكَلمة بمعنى أخرجها على وزن مُعين وصاغ الشّيءَ أي صنعه على مثال معيّن وصاغ المعدن أي سبكه بعد أن أذابه وصبه في قالب.

وجاء في مقاييس اللغة لابن فارس؛ الدال واللام أصلان، أحدهما إبانة الشيء بأمارةٍ تتعلمها، والآخَر اضطراب في الشيء، فالأوَّل قولهم؛ دلَلْتُ فلانًا على الطريق والدليل الأمارة في الشيء، وهو بيِّن الدَّلالة والدِّلالة[4]، وذكر الجوهري أن الدلالة في اللغة مصدر دلّه على الطريق دلالة ودِلالة بمعنى أرشده[5]، وعند ابن منظور؛ دلّه على الشيء يدلُّه دلاًّ ودَلالة فانـدَلَّ سدَّده إليه، والدليل ما يُستدل به، وقد دَلَّه على الطريق يَدُلُّه دَلالة ودِلالة ودُلولة والفتح أَعلى، والدَّليل والدِّلِّيلي الذي يَدُلُّك.

وأما ما تعلق بالتأويل فنجد تفصيله كما يلي :

جاء في لسان العرب في مادة أَوَلَ: الأَوْلُ الرجوع، آل الشيء يؤول أولا ومآلا أي رجع، وأول إليه الشيء أرجعه، وألت عن الشيء ارتددت، وأوَّلَ الكلام وتأوله دبره وقدره، وأوله وتأوله أي فسره؛ قال ابن الأثير : هو من آل الشيء يؤول إلى كذا أي رجع وصار إليه والمراد بالتأويل نقل ظاهر اللفظ عن وضعه الأصلي إلى ما يحتاج إلى

---

[1] الرازي محمد بن عمر بن الحسين، (توفي سنة 606 ه) المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1400 ه الجزء الخامس، ص 103.

[2] السيوطي، أبو الفضل، معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، تحقيق محمد إبراهيم عبادة، مكتبة القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص 63

[3] ابن منظور، لسان العرب، نسخة إلكترونية، الجزء 8، مادة ص و غ.

[4] ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، 1979، الجزء 2، ص 259.

[5] الجوهري إسماعيل بن حماد ، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، لبنان، 1990 الجزء 4، ص 1968.

دليل لولاه ما ترك ظاهر اللفظ؛ وأما التأويل فهو تفعيل من أوَّل يؤول تأويلا، وثلاثيه آل يؤول أي رجع وعاد، التأول والتأويل تفسير الكلام الذي تختلف معانيه ولا يصح إلا ببيان غير لفظه.[1]

أما التأويل لغة فهو من الأوْل، وتأويل الكلام أي البحث في الغاية من المراد به، يقول الإمام الزركشي "وأصله من المآل، وهو العاقبة والمصير، وقد أوَّلته فآل، أي صرفته فانصرف، فكأن التأويل صرف الآية إلى ما تحتمله من المعاني"، ثم يضيف في نفس السياق بأن التفسير أعم من التأويل، وأكثر استعماله في الألفاظ، وأكثر استعمال التأويل في المعاني فيقول "واعلم أن التفسير في عرف العلماء كشف معاني القرآن، وبيان المراد، أعم من أن يكون بحسب اللفظ المشكل وغيره، وبحسب المعنى الظاهر وغيره، والتفسير أكثره في الجمل"[2]

وإن كان هذا التفريق الذي قدمه الإمام الزركشي يكتنفه بعض الغموض في البداية فإنه فصَّل التأويل في الاصطلاح بأن جعله علما يهتم بالنص القرآني، فينظر في نزول الآية وسورتها مكية أم مدنية وما تضمنته من إشارات ومحكم ومتشابه وناسخ ومنسوخ، وخاص وعام ومطلق ومقيد ومجمل ومفسر، ثم زيادة النظر في ما تضمنته من حلال أوحرام، ووعد أو وعيد، أو أمر ونهي وعبر، كما طَرح موضوع التمييز بين مفاهيم التفسير والتأويل والمعنى إشكالا في رسم الحدود الفاصلة بين هذه المفاهيم، دفعت الإمام الزركشي لأن يعتبر "معاني العبارات التي يعبر بها عن الأشياء، ترجع إلى ثلاثة: المعنى والتفسير والتأويل؛ وهي وإن اختلفت فالمقاصد بها متقاربة، فدل مفهوم المعنى على القصد والمراد؛ يقال: عنيت بهذا الكلام كذا، أي قصدت وعمدت"[3]؛ ثم وقف كذلك عند مفهوم التفسير لغة وهو الإظهار والكشف؛ واصطلاحا ما جاء في أصل التفسرة، "وهي القليل من الماء الذي ينظر فيه الأطباء، فكما أن الطبيب بالنظر فيه يكشف عن علة المريض، فكذلك المفسر، يكشف عن شأن الآية وقصصها ومعناها، والسبب الذي أنزلت فيه، وكأنه تسمية بالمصدر، لأن مصدر "فعَّـل" جاء أيضا على "تفعلة"."[4]

2. تأصيل الدلالة بين النحو وأصول الفقه.

هكذا نلاحظ العناية التي تم إيلاؤها لتفصيل المفاهيم التي يقوم عليها بناء دلالة النص، حيث مثلت علوم التفسير والنحو وأصول الفقه مرحلة التأسيس لخطاب الفهم، باعتبار أن اللغة تمثل موضوعا للفهم؛ الذي به يكون رفع الإبهام والغموض بين مقال النص ومقام السياق؛ فكل ما يقبل الفهم لا يقبل التناقض، بالتالي فإن الآلية اللغوية التي اعتمدها الأصولي في بناء نظرية فهم النص وتوجيه دلالته إنما كانت لخدمة المقاصد؛ كما أن البناء الصوري لقوانين النحو العربي لم تتم في معزل عن أسئلة الفقهاء وعلماء القراءات والحديث والتفسير وعلم الكلام، ولم يكن البلاغيون في تأصيلهم لعلوم البيان والمعاني كذلك في معزل عن التواصل مع مستجدات علوم أصول الفقه واللغة والنحو.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، نسخة إلكترونية، الجزء 1، مادة أول.

[2] الإمام الزركشي بدر الدين، البرهان في علوم القرآن؛ تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، مكتبة دار التراث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ج 2، ص 149

[3] الإمام الزركشي، م.س، ص 146

[4] الإمام الزركشي، م.س، ص 147

لقد مثل علم الأصول ميدانا قدم إسهامات مهمة في بناء رؤية متكاملة لدلالة النص من زاوية مصدر التشريع، رؤية مازال أثرها واضحا في بناء التماسك النصي والترابط بين اللفظ والدلالة والسياق، بحيث يصدر الأصوليون في تعريفهم للنص "عن رؤية شاملة ورصد للنص بوصفه كلا متماسكا عبر آليات وعلاقات غايتها ربط أجزاء النص للوصول إلى المقصد من سوقه، واستنباط الحكم منه"[1] باعتبار أن اللفظة عند الأصوليين تمثل وحدة عضوية وأساسية في الجملة، والجملة جزء من العبارة التي تمثل في الصياغة الحديثة عنصر الفقرة، والعبارة هي المكون الذي يتآلف بها بناء النص، والنص يصبح بدوره جزء من الدليل الشرعي العام الذي يقوم على الدلالة الكبرى لمقاصد النص القرآني كله والحديث النبوي الشريف وما يليه من اجتهاد وقياس.

توضح علاقة التلازم هذه؛ الأهمية البالغة في الربط بين تقعيد اللغة العربية وتأصيل علم الأصول في الفقه؛ فمثلا نجد أن الإمام الغزالي قد جعل من اللغة والنحو المقدمة الثانية التي يقوم عليها علم الأصول، وبيَّن الحد الواجب على الأصولي العلم به، يقول: "أما المقدمة الثانية فعلم اللغة والنحو؛ أعني القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال إلى حد يميز بين صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته ومجازه وعامه وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطلقه ومقيده ونصه وفحواه ولحنه ومفهومه، والتخفيف فيه انه لا يشترط أن يبلغ درجة الخليل والمبرد وأن يعرف جميع اللغة ويتعمق في النحو، بل القدر الذي يتعلق بالكتاب والسنة ويستولي به على مواقع الخطاب ودرك حقائق المقاصد منه" [2]

لقد سعى النحوي إلى ضبط المعنى بتأصيل قواعد الكلام وتأصيل دلالة العبارة في حين اتجه الأصولي مباشرة إلى المعنى؛ مع أن الأصولي كان ملزما بالإلمام بقواعد اللغة كي يحيط بمقاصد النص الذي لا يتم إلا بالاجتهاد والاستنباط أو التأويل، وكما الغزالي نجد الزمخشري يعتبر اللغة أساس علم أصول الفقه بقوله؛ "إن الكلام في معظم أبواب أصول الفقه ومسائلها مبين على علم الإعراب، والتفاسير مشحونة بالروايات عن سيبويه والأخفش والكسائي والفراء وغيرهم من النحويين الكوفيين والبصريين والاستظهار في مآخذ النصوص بأقوالهم والتشبث بأهداب فسرهم وتأويلهم، وبهذا اللسان مناقلتهم في العلم ومحاورتهم وتدريسهم، ومناظرتهم فهم متلبسون بالعربية أية سلكوا، غير منفكين منها أينما وجهوا، كلٌّ عليها حيثما سيروا"[3]

هكذا نرى أن علم الأصول قد بحث في تماسك دلالة النص عبر آلية اللغة، وهو نفس النهج الذي حكم العديد من التصورات والنظريات المعاصرة التي اهتمت بتحليل النصوص والخطابات بما فيها الخطاب القانوني؛ بحيث تحتاج صياغة النص القانوني إلى تظافر الجهود بين علماء اللغة وعلماء فقه القانون، بالإضافة إلى ضرورة الاستعانة بما تقدمه العلوم المساعدة لبناء النظرية الجنائية، كعلوم الاجتماع والنفس والاقتصاد والتقنيات المعلوماتية... وغيرها؛ لتأصيل ما أصبح يعرف بعلم اللغة القانوني الذي يضع من أولوياته بناء التماسك الدلالي في النص.

---

[1] سعيد أحمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص، دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى 2010، ص 25

[2] الغزالي أبو حامد، المستصفى في علم الأصول تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت 1413 هـ، ص 344

[3] الزمخشري، المفصل في صنعه الإعراب، تحقيق علي أبو ملحم، الطبعة الأولى، دار الهلال، بيروت 1993 ص 18.

المبحث الثاني : التماسك اللغوي في النص القانوني.

1. التماسك النحوي :

يمثل الفعل التواصلي آلية تفعيل النشاط التداولي للخطابات والنصوص، حيث اهتمت النظريات اللسانية الحديثة [1] بدراسة الأنساق الصورية لأنحاء اللغات الطبيعية إلى جانب التطور الذي عرفه مجال التداوليات التي اهتمت بأشكال تداول الدلالة في الخطابات الشفوية والمكتوبة، مثال ذلك نظرية الأفعال الكلامية[2]، التي تقوم على مبدأ عام يجعل كل ملفوظ يشكل نظاما دلاليا إنجازيا يعمل على التأثير في السامع، وهو كذلك نظام صوري نحوي يعتمد أفعالا قولية لتحقيق أغراض إنجازية مختلفة كالطلب والأمر والوعد والوعيد ، وله غايات تاثيرية تمثل ردود الفعل التي تتمايز بين الرفض والقبول، وبذلك فإن هذا التأثير قد يتحقق ضمن علاقات اجتماعية للتواصل الإنساني أو علاقة الفرد بالمؤسسات التي تمثلها السلطة والثقافة والدين والأخلاق.

من هذا المنظور فإن النص القانوني يشكل آلية تواصلية لنسق اجتماعي عام؛ فهو "وحدة ذات مدلول" تتآلف فيه العناصر الدلالية والتداولية والسياقية والحجاجية المنطقية، إذ تقوم دلالة القاعدة القانونية على البنية الصورية للقاعدة النحوية، وقد سبق القول بأن تأويلية النص في الفقه الإسلامي يجد ملامحه الأولى في اهتمام علماء المسلمين بلغتهم مع بروز الحاجة إلى الحفاظ على النص القرآني من اللحن الذي يؤدي إلى اللـُّبس، وتأصيل قواعد الحكم والتشريع، وفق هذا المبدأ فإن القاعدة النحوية والقاعدة القانونية تصبحان وجهان لعملة واحدة، وهي عملة بناء الدلالة القانونية، وعليه فإن بناء اللغة يقوم على نسق من الأنظمة الصوتية والصرفية والنحوية والظواهر السياقية والمعجمية والدلالية، تتآلف فق ثلاثة مستويات لإنتاج المعنى وهي :

ـ المعنى الوظيفي : وظيفة الوحَدة اللغوية في السياق التركيبي بمكوناتها الصوتية والصرفية والنحوية؛

ـ المعنى المعجمي : يحدد المدخل المعجمي مجموع المعانى التي توفرها الوحدة خارج السياق التركيبي الذي ينتقي معنى واحدا؛

ـ المعنى الاجتماعي: وهو معنى المقام، أشمل من سابقيه و يحتويهما.

من جهة أخرى يمثل التكامل بين المعجم والتركيب إطارا لبناء معاني نحوية عامة، تمثل أساسا صوريا للدلالة في النص تقوم عليها صياغة النص وتأويله؛ كالخبر والإنشاء والنفي والطلب والأمر والنهي والاستفهام مثلا، أو معاني نحوية خاصة، كالفاعلية والمفعولية والحالية مثلا، إضافة إلى أهمية القيم الخلافية النحوية كالتقديم والتأخير واللزوم والتعدي في توليد المعنى؛ وما يقابلها من قيم خلافية دلالية، إذ من خلال فهم علاقة التناقض بين السرقة واللاسرقة أو القتل واللا قتل أو بين الخيانة والأمانة والمسؤولية والإهمال؛ يتم رسم الحدود التي تحدد مناطق الفصل بين الفعل ونقيضه، كما يحمل السياق من القرائن اللفظية والمعنوية والحالية ما يعين على فهم الزمن والحدث في اللفظ وفي الجملة.

---

[1] تطور مجال اللسانيات مع العالم اللغوي السويسري فردناند دوسوسير(1853- 1913 م) مع ظهور كتابه محاضرات في علم اللسان العام، وما تلاه من تفرع هذا العلم إلى عدة مدارس، بنيوية ووظيفية وتوزيعية وتوليدية... وغيرها، في أوروبا وأمريكا والعالم العربي.

[2] نظرية الأفعال الكلامية التي وضعها فيلسوف اللغة البريطاني جون أوستين (1911- 1960 م).

من هذا المنظور فإن ما يميز اللغة القانونية هو أنها لغة متخصصة بسيطة تسمو عن السمات البلاغية الإنشائية، لها خصائص فريدة؛ باعتبارها لغة معيارية وإنجازية وذات طبيعة تقنية وتقريرية، وهي في المحصلة العامة الآلية التي بها يتم التعبير عن المحتوى القانوني الذي أراده المشرع بكل وضوح، فهذه الخصائص من الكثرة التي تحتاج إلى الكثير من التفصيل مما لا يسمح به المقام، ونورد في هذا السياق نموذج أسلوب التكرار باعتباره خاصية مميزة للغة القانونية.

2. التكرار، نموذج للتماسك النصي :

تشمل القاعدة القانونية عنصرين هامين هما الفرض والحكم، بحيث يمثل الفرض التصرف أو الواقعة، في حين يمثل الحكم ما يترتب عن ذلك من نتيجة، "يرتبها القانون على التصرف أو الواقعة المنصوص عليها في هذا الفرض"[1]، بالتالي تفرض لغة النص بناء رابط انسجام بين الفرض والحكم الذي تحكمه قواعد بناء الدلالة في اللغة، ونستأنس هنا بسرد أمثلة لبعض الآليات على المستويين المعجمي والتركيبي، حيث تبرز مثلا أهمية اعتماد آلية التكرار لصيغ الأمر والجواز والحظر والإبطال في صياغة النص القانوني، كما هو الأمر في فصول مجموعة القانون الجنائي المغربي، من قبيل صيغ: يتعين، يؤاخذ، الاعتداء، إذا تبين، إذا كانت، في حالة، من سبق ...إلخ، والتي تتكرر على مدار غالبية فصول القانون الجنائي، وقد يمتد التكرار إلى جملة بأكملها كما هو الحال في عبارة "دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد" التي تكررت ما بين الفقرات من الفصل 308 (308-1 و308-12) من القانون الجنائي، فهذا الأسلوب في التكرار قصد منه المشرع تقرير الحكم القانوني وشموله للحالات الممكنة للجريمة، وخلق أثر الفهم بصيغ مألوفة تميز لغة القانون.

3. الدلالة وفهم النص القانوني :

من جانب آخر، فإنه مهما بلغ التماسك النصي من إحكام في أساليب الصياغة، فإن فهم دلالته يعتريها بعض الصعوبات، من ذلك مثلا ملاحظة حول الفصل الثاني من مجموعة القانون الجنائي المغربي الذي يحدد أنه "لا يسوغ لأحد أن يعتذر بجهل التشريع الجنائي"، حيث يبقى السؤال حول طبيعة جهل التشريع الجنائي، هل هو جهل المعنى الحرفي أم جهل التفسير والتأويل؛ وهل يستوجب ذلك أن يكون فهم المواطن بمستوى القصد الذي يقدمه المشرع أو القاضي، بالتالي كيف يمكن الحديث عن الاعتذار بجهل التشريع الجنائي؛ هل بجهل دلالة المعجم أم بجهل بناء التركيب أم بجهل مقاصد النص وما يتضمنه من قواعد قانونية، كما نجد في الفصل الثالث أنه :

"لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون"

إن لفظ " *بصريح القانون*" يضع بالضرورة أن تكون كل نصوص القانون ذات دلالة صريحة واضحة، وهو ما يفرض الإلمام بمعاني اللغة العربية، ومنه الإلمام بلغة القانون، وهي إشكالية تضعنا أمام حالات من لا يتكلمون ويفهمون اللغة التي كُـتب بها التشريع الجنائي مقابل الحقوق التي أرساها الدستور المغربي لسنة 2011 والذي كرس مفهوم التعدد اللغوي؛ ثم إن اللجوء إلى الترجمة باعتبارها تمثل قناة تفسير وتأويل ونقل معرفة قانونية يقوم بها

[1] سعيد أحمد بيومي، م. س، ص 28

كل من توفر فيه إتقان أو إلمام بلغة المترجم له، يمكن ألا تتوفر فيها مقومات النقل التام والكامل للدلالة في النص القانوني وفهم وتَـمثُّـل مضمونه الزجري.

المبحث الثالث : الحجاج وتأويلية القانون.

ارتبطت فكرة تأويل النص القانوني في الغرب بتطور أنظمة الحكم والقوانين، ضمن الإطار الفلسفي والديني الذي تحكم في الحياة الاجتماعية منذ العهدين الإغريقي والروماني، إلى مرحلة سيطرة التأويل الديني للكنيسة الكاثوليكية والهرمينوطيقا القانونية[1] ثم ما تلا ذلك من تحولات في عصر الثورة الصناعية للقرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وما تلاها من تطور للمدارس القانونية الحديثة وظهور القوانين الوضعية، حيث نود التركيز هنا على نقطة أساسية وهي أثر البلاغة والخطاب الحِجاجي في توجيه التفسير والتأويل المنطقي للقوانين؛ وهو توجه يسعى للتوفيق بين القاعدة القانونية والحياة الاجتماعية، بما يضمن حالة القبول والانصياع لها، بحيث يكون الحكم صحيحا إذا كان "منطقيا"، أي "أن القواعد القانونية تنتظم في إطار نسق ونظام قانوني يكون عربون أمان لاستقرار المعاملات"[2] وهو ما عبرت عنه الأستاذة ماري آن فريسون روش Marie-Anne Frison Roche حين اعتبرت أن خلق القاعدة القانونية يرتبط في نفس الآن بسلطة المشرع والحالة أو الواقعة المجردة التي تربط بين الضرر والمفعول القانوني الذي يحدده المشرع لجبر الضرر، كما يتم الحصول على انسجام القواعد القانونية حسب مبدأ هرمية القواعد القانونية التي تمثل في الحقيقة تكريس الانسجام والتوافق حول الدلالة التي تدعمها البنية الثقافية للمجتمع؛ ما دام محتواها يخدم الأخلاق والدين ويضمن الحفاظ على العادات والأعراف.

في هذا الإطار نقدم نموذجين للتصور الحجاجي المنطقي في تناول موضوع تأويل دلالة النص القانوني في النموذج القضائي الغربي، لكل من هوكز رابولت Haugues Rabault و شاييم برلمان Chaïm Perelman.

---

[1] الهرمينوطيقا القانونية : تعود الأصول الأولى لكلمة هرمينوطيقا *Hermeneutics* إلى الأصل اليوناني *Hermeneus* هرمس التي تعني المفسر أو الشارح، وتتحدث الأسطورة اليونانية أن هرمس هو رسول الآلهة الذي كان ينقل إلى الناس في الأرض رسائل وأسرار آلهة أوليمبوس *Olympus* ويشرحها لهم، وبالعودة إلى تطور هذا العلم عبر العصور فقد عرف القرن الثامن عشر تحولا جذريا في تطور نظريات التأويل مع المفكرين والمفسرين البروتستانت والنهضة القانونية التي اهتمت بإحياء تفسير القوانين القديمة الإغريقية والرومانية؛ وهو ما عُرف بعلم الهرمينوطيقا القانونية إلى جانب هرمينوطيقا النصوص المقدسة والأدبية، إضافة إلى أن العامل الأساسي في تطور الهرمينوطيقا هو ما قدمه علم الفيلولوجيا في دراسة تاريخ وأصول اللغات الطبيعية من فوائد كثيرة لنظريات التأويل، ومن أهم رواد الهرمينوطيقا المعاصرين، نجد شلاير ماخر Schleiermacher وفلهيلم دلتاي Willhelm Dilthey ومارتن هايدغر Martin Heidegger.

وقد أصبح مفهوم الهرمينوطيقا سائدا في الدراسات التي تتناول موضوع الدلالة للتعبير عن علم التفسير والتأويل، ونفضل في هذا الإطار استعمال مصطلح التأويل والتأويلية لأصالته اللغوية ورفعا للإبهام واللبس.

[2] أنظر:

LA RHETORIQUE JURIDIQUE HERMES 16, 1995 : Le professeur Marie-Anne Frison Roche, Université de Paris IX-Dauphine/Traduction de Fouzi RHERROUSSE Docteur en droit privé de l'université de Paris XIII et d'Aïda BENNINI

تم نشر ترجمة هذا المقال بمجلة الفقه والقانون، العدد الثاني، دجنبر2012، ص 181

1. الحجاج المنطقي عند هوكز رابولت :

يقوم الحجاج المنطقي على بناء صيغة الإقناع لدى هيأة الحكم باعتماد التأويل الذي يتوخى حماية مصالح أطراف النزاع، بالتالي يبقى السؤال هو: هل يتضمن فعل التأويل، سواء بين هيأة الحكم أو هيأة الدفاع شيئا من ذاتية المؤول؟ ثم كيف يمكن الحد من هذه الذاتية؟

الواقع أن كل تأويل لابد وأن يتضمن شيئا من ذاتية المؤول بالشكل الذي ينحو بالذات نحو التقريرية استنادا إلى معايير التأويل المنطقي أو الـتأويل الحرفي للنص؛ حيث يمثل مفهوم المعيار "إطارا للممكن" ويفترض اختيارا يشكل "فعل الإرادة" لدى المؤول، حيث يرى الأستاذ هوكز رابولت أن تأويلية القانون تتميز بسماتها التداولية والوظيفية، ذلك أن القانون في العصر الحديث أصبح يمثل مجموعة من التقنيات والإجراءات التي تنظم تفاصيل الحياة الاجتماعية على عدة مستويات؛ قضائية وإدارية واقتصادية ... وغيرها،[1]؛ وأنه على المستوى المنهجي لتصور الحق ترتبط التأويلية بصعوبات تطبيق النص، لكون القانون هو منتوج تظافرت في صياغته مجموعة من العوامل؛ أبرزها تعدد مصادر التشريع، الذي كتبه أشخاص متعددون وفي أزمنة مختلفة ومتباعدة، بالتالي على المؤول أن يضع أمامه سلك منهج منسجم يراعي هذه العناصر، من بين ما يمكن أن يساعده في مهمته اعتماد منهجية نحوية لغوية تصلح لغالبية الـتأويليات النصية، وذلك باعتماد الدراسة المعجمية والبحث في أصول المفردات والمداخل، للكشف عن أي صعوبة تتعلق بلغة القانون.

من جانب آخر يؤكد هوكز رابولت في مقالته على تعلق النص القانوني بقواعد المنطق، إذ يرتبط المنطق القانوني بالقياس المنطقي Syllogistique والذي يقوم بدوره على مبدأ تطبيق المعايير les normes ما دام أن كل جريمة اكتملت أركانها؛ بتوفر مجموعة من الخصائص أو السمات المنطقية، تحيل مباشرة إلى المحاكمة، وهو ما نستنتج منه أنه بإعمال تقنيات المنطق نستطيع قراءة معايير القانون، غير أن التكييف المنطقي قد يضع النص أمام تعدد التأويلات واختلافها وهو ما قدم له صاحب المقالة بمثال لنازلة سرقة الكهرباء[2] حيث تم تكييفها وفق ثلاثة حجج للقياس، وبيَّـن أنه بإعمال القياس المنطقي الذي يجعل التكييف بالقياس على نازلة سابقة والذي يعتمد على منطق المماثلة والتشابه بين القضية وقضية سابقة؛ وأعطى مثال قياس سرقة الكهرباء على سرقة الماء، أو التكييف بالحجة الأكبر؛ الذي يجعل متابعة من سرق مبلغا صغيرا من المال يستلزم بالحجة الأكبر متابعة من سرق كمية كبيرة من الكهرباء، أو تكييف الحجة بالنقيض، الذي يقوم على مبدأ المخالفة ويستوجب منطوق النص فيه أن السرقة هي "كل من سرق شيئا" والكهرباء ليس شيئا بالتالي فإن سرقة الكهرباء ليس بسرقة.

ففي هذه النازلة نحن أمام نموذجين تأويليين : التأويل الموسع الذي يبحث في تشابه النوازل وإعمال مبدأ القياس؛ حماية لمصالح المجتمع من السرقة، ثم تأويل ضيق يؤكد على التناقض ويحد من تطبيق المعيار القانوني مادام أن مبدأ الحرية يقوم على أن ما ليس ممنوعا بنص فهو مباح.

---

[1] **Haugues Rabault**, Le problème de l'interprétation de la loi: la spécificité de l'herméneutique juridique, in Le Portique, Revue de philosophie et de sciences humaines, n° 15/2005 § 4

[2] **Haugues Rabault**, Ibid § 13

2. الحجاج المنطقي عند شاييم برلمان :

ارتبط المنطق القانوني عند شاييم برلمان بمفاهيم الحجاج والجدال والإقناع التي تعتمد آليات الإقناع والاقتناع واعتماد الحجاج الخطابي الذي يواكب الدعاوي بين الخصوم والدفاع، ذلك أن الحجاج قبل أن يعرض مقدماته وبراهينه إنما يتوسل لذلك إعادة صياغة مضمون القاعدة القانونية عبر أساليب بلاغية تعتمد التأثير في المستمع، بحيث تعمل خطابة الحجاج على توجيه دلالة القاعدة القانونية نحو مبررات البراءة؛ من خلال التأكيد على ضرورة استحضار عنصر التباعد بين التوصيف الذي يحدده النص القانوني وبين الفعل الجرمي المرتكب، وعليه "لا يكون الخطاب فعالا إلا إذا تم تكييفه مع السامعة سواء أتعلق الأمر بالإقناع أو بالإفحام"[1] وأنه في أي نزال قانوني هناك دائما خطاب إقناعي يعتمد أساليب منطقية وحجاجية يستثمر ما توفره آلية اللغة من أشكال بلاغية تساهم في دعم التأويل المناسب للنص القانوني، فالخطابة الجديدة حسب برلمان، "هي دراسة التقنيات الخطابية التي تروم التحريض على الإذعان للدعاوي المقدمة لسامعة ما أو الزيادة فيه"[2] لأن قرارات العدالة بدورها يجب أن تضمن توازنا محددا، يقوم ضمنيا على مبدأ الاقتناع والإقناع، بين ثلاثة أطراف تمثل سامعة شديدة التباين وهي طرفا النزاع، وأهل الاختصاص في القانون ثم الرأي العام، كما يشكل الاستدلال القانوني مجالا لطرح النتائج مسبقا، يجعل غاية الحجاج المنطقي البحث عن مسارات التبرير التي تعتمد صيغا تداولية تعتمد أساليب لغوية بلاغية مرنة أو ملتوية لنماذج الجدل والجدال وتوجه مسار الاختيار المناسب للحكم، وفي هذا الإطار يقول شاييم برلمان: "يتطور القانون من خلال خلق توازن بين مطلبين إثنين، أولهما ذو طبيعة نسقية يقوم على إنشاء نظام قانوني منسجم، وثانيهما ذو طبيعة تداولية تقوم على البحث عن الحلول التي يقبلها الوسط، لأنها تتوافق مع ما يبدو لهذا الوسط حقا ومعقولا"[3] وأنه إذا كان"المنطق" يستهدف إقامة خطاب علمي يكشف عن صيغة مقبولة لدى الجميع تقوم على التراضي حول دلالة معينة، فإن الخطابة، بالمقابل، تروم تأويل الدلالة في البحث عما يناسب المصلحة دون الإخلال بالحدود التي رسمها المنطق.

خاتمة :

نستنتج، من خلال هذا العرض السريع لموضوع تفسير وتأويل الدلالة في النصوص القانونية، أن مجال اللغة القانونية هو من الأهمية التي تتطلب تخصص الباحث واطلاعه على العديد من المجالات المعرفية في التشريع والفقه واللغة والبلاغة القانونية، باعتبار القانون نشاطا فكريا يتطلب التقيد الشديد بالدلالة التي بها تتحقق عدالة التقاضي، ذلك أن بعض الأخطاء اللغوية في أحكام القانون تكون لها نتائج سلبية على الفرد والدولة والمجتمع.

---

[1] بول دوبوشي، التداوليات والقانون، الحجاج القانوني، ترجمة حافظ إسماعيلي علوي ونبيل موميد، مجلة علامات عدد 31 (2009)، ص 123

[2] بول دوبوشي، م.س، ص 123

[3] بول دوبوشي، م.س، ص 125

- **المصادر والمراجع :**

- ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، 1979.

- الرازي محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1400 هـ .

- الإمام الزركشي بدر الدين، البرهان في علوم القرآن؛ تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، مكتبة دار التراث، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

- الجوهري إسماعيل بن حماد، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، لبنان، 1990

- السيوطي، أبو الفضل، معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، تحقيق محمد إبراهيم عبادة، مكتبة القاهرة، الطبعة الأولى، 2004.

- الغزالي أبو حامد، المستصفى في علم الأصول تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت 1413 هـ

- الزمخشري، المفصل في صنعه الإعراب، تحقيق علي أبو ملحم، الطبعة الأولى، دار الهلال، بيروت 1993

- تمام حسان، اللغة العربية، معناها ومبناها، دار الثقافة، الدار البيضاء، المغرب، 1994.

- سعيد أحمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص، دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى 2010

- بول دوبوشي، التداوليات والقانون، الحجاج القانوني، ترجمة حافظ إسماعيلي علوي ونبيل موميد، مجلة علامات عدد 31 ، 2009.

- ابن منظور، لسان العرب، نسخة إلكترونية، على الرابط : http://wiki.dorar-aliraq.net/lisan-alarab

- A.J.GREIMAS et J.OURTES, Sémiotique, dictionnaire raisonné de la théorie du langage, Editions Classique Hachette, 1979, Paris – France, Tome I

- Haugues Rabault, Le problème de l'interprétation de la loi: la spécificité de l'herméneutique juridique, in Le Portique, Revue de philosophie et de sciences humaines, n° 15/2005

- LA RHETORIQUE JURIDIQUE HERMES 16, 1995 : Le professeur Marie-Anne Frison Roche, Université de Paris IX-Dauphine/Traduction de Fouzi RHERROUSSE Docteur en droit privé de l'université de Paris XIII et d'Aïda BENNINI .

اهتمام الملوك المغاربة بتنظيم البيوع العقارية

رضوان الريشي : طالب باحث بماستر

العقار و التعمير، كلية الحقوق عين الشق

جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء- المغرب

مقدمة :

تعتبر البيوع العقارية من المعاملات العقارية السائدة بين الناس، حيث كان يلجأ إليها الملاك لتداول الأملاك بينهم، و تلبية حاجياتهم السكنية و الفلاحية منها. فانقسم الناس في هذه البيوع العقارية إلى شطرين : شطر يتعاملون وفقا لأعرافهم، و تقضي هذه الأعراف أن لا يتم بيع الدور و الأراضي إلا بحضور أهل المعمور (أي الجماعة)، بحيث لا يصح بيع العقار إلا بعد أن تثبت الجماعة أن البائع هو المالك الأصلي للعقار[1]. في حين أن الشطر الثاني من الملاك يوثقون بيوعهم عن طريق شهادات عدلية[2]، وفقا لما جرى به العمل وفق أحكام الفقه المالكي.

لكن عدم وجود ضابط قانوني ينظم بيع العقارات، جعل كثيرا من الناس يستغلون ثغرات التوثيق العدلي في نهب أملاك الناس، كما أن المنازعات الثائرة بخصوص هذه العقود و كثرة الشكاوى المثارة بشأنها،دفعت ملوكنا إلى إصدار أوامرهم الشريفة بتنظيم هذه العقود و إحكام طريق توثيقها، لتكون ملاذا لذوي الحقوق و الملاك لإثبات أملاكهم و التزاماتهم التعاقدية، و حماية أملاكهم العقارية و الدفاع عنها.

---

[1] روبير أسبينيون : أعراف قبائل زايان، ترجمة محمد أوراغ، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2007، ص 130.

[2] عبد العزيز بنعبد الله : " تطوان عاصمة الشمال و منبع إشعاعه "، طبعة 2005 (دون ذكر المطبعة) ، ص 125.

و قد اخترنا دراسة هذا الموضوع لما له من أهمية قانونية تاريخية، نبتغي من وراءها استخلاص القواعد التي وضعها ملوكنا العلويين في مجال توثيق البيوع العقارية و تنظيمها، و التي تعتبر دعامة أساسية و منطلقا رئيسا لضمان انتقال الأملاك العقارية بين الناس، و حماية الملاك الحقيقيين من الاستيلاء على أملاكهم ببيعها من لدن من لا يملكها.

و قد ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين اثنين : أتكلم في أوله على مدى اهتمام ملوك ما قبل عهد الحماية بتنظيم البيوع العقارية، و التي بدأت فيها من عهد السلطان محمد الثالث باعتباره أول من نظم المعاملات المدنية و العقارية بين الناس بمقتضى ظهير يحمل الصبغة القانونية الآمرة، لأمر على عهد حفيده السلطان عبد الرحمان بن هشام، و السلطان الحسن الأول، و ابنه المولى عبد العزيز رحمهم الله و قدس أرواحهم.

و في المبحث الثاني الذي خصصته لاهتمام ملوك ما بعد الحماية بتنظيم البيوع العقارية، فتكلمت عن التدابير المولوية لمولاي يوسف و خليفته في الشمال في تنظيم البيوع العقارية و إجراءات توثيقها، في حين تكلمت في محور أخير عن الاهتمامات الملكية للبيوع العقاريةلدى الملكين الجليلين الحسن الثاني قدس الله روحه، و الملك محمد السادس حفظه الله و أدام عزه و نصره.

المبحث الأول : اهتمام ملوك ما قبل عهد الحماية بتنظيم البيوع العقارية :

توالى على العرش العلوي المغربي المجيد عدد من الملوك الشرفاء، الذين تميزوا بأعمالهم و آثارهم الرامية إلى إصلاح كافة القطاعات الاجتماعية و الاقتصادية للمغرب، و من الأعمال التي قاموا بها تنظيم المعاملات العقارية بين الناس، و تجديد قطاع التوثيق العقاري و إصلاحه. و يعتبر السلطان محمد الثالث من أوائل الملوك المبادرين إلى تنظيم هذا القطاع العقاري، تلاه في ذلك حفيده السلطان عبد الرحمان ابن هشام (المطلب الأول)، كما أدخل السلطان الحسن الأول و ابنه المولى عبد العزيز عدة تنظيمات على نظام البيوع العقارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تنظيم البيوع العقارية في عهد السلطانين محمد الثالث و ابن هشام :

أصدر السلطان محمد الثالث قدس الله روحه أول ظهير شريف ينظم مجموعة من المعاملات من بينها المعاملات العقارية، و خص فيها البيوع العقارية باهتمام و عناية لما لها من أهمية لدى الناس : (الفقرة الأولى)، و نهج على طريقه حفيده السلطان عبد الرحمان بن هشام الذي أرسل عدة رسائل و ظهائر منظمة لبيع العقارات : (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الإجراءات التنظيمية للبيوع العقارية في عهد السلطان محمد الثالث :

السلطان محمد الثالث هو السلطان محمد بن عبد الله بن المولى إسماعيل، أحد الملوك العظماء الذين حكموا المغرب، و من الفقهاء النبهاء الذي اهتم بالعلم دراسة و تأليفا[1]، و يعتبر أول من نظم الإجراءات المدنية القضائية و

[1] عبد الرحمان بن زيدان : إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، ج3، مطبعة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2008، ص 182.

أصل قواعدها، كما أنه نظم عقود بيع العقار و كيفية تلقي الإشهاد عليها، و ذلك عندماأصدر أول ظهير شريف ينظم مجموعة من المعاملات، من بينها توثيق عقود بيع العقارات وفق ضوابط حددها في الفصل السابع من هذا الظهير، و الذي جاء فيه ما يلي :

" إذا أراد الرجل شراء ملك أو دار أو جنان أو أرض حرث أو غيرها فلا بد أن يأتي إلى قاضي البلدة و يعلمه أنه أراد شراء دار في الحومة الفلانية أو جنان بالموضوع الفلاني ، و يقول الذي أراد الشراء : إني أشاورك في هذه الدار مثلا أو غيرها ، فإن أنت وافقتني اشتريت ذلك ، و إن لم توافقني تركت ذلك ، فيتعين على القاضي حينئذ أن من أشد البحث في ذلك ، و يأمر بإحضار رب الدار بين يديه ، و يسأله بأي وجه دخل بيده هذا الملك الذي أراد بيعه ؟ هل بإرث ؟ أم بشراء ؟ أم بهبة ؟ أم بغير ذلك ؟ و يأمره بإحضار الرسوم و يتأملها حق تأملها ، فإن وجدها موافقة للشرع و لا نزاع لأحد في الملك المذكور لا من جهة شفعة و لا استحقاق و لا ملك غير ، فحينئذ يوافق مشتريه على الشراء، و إن وجد غير ذلك أخره عن الشراء، و يقول له : هذا فيه شبهة لا يحل لي أن أوافقك على شراءه . و هذا الأمر المذكور لا يباشره إلا القاضي بنفسه ، و لا مدخل العدول في ذلك لا بكتابة و لا بغيرها.

و إن أشكل على القاضي الأمر في صحة ملكية ذلك البائع و توقف ، فليناد أهل الحومة العارفين بذلك الملك و يسألهم عن سبب ملكية البائع لذلك الملك الذي أراد بيعه، فإن كان جنانا فليناد على جيرانه في الجنان، و إن كانت دارا فليناد على حيرانه من الدار، و ما شهد به الجيران المذكورين يثبته القاضي و لا يبقى في ذلك كلام، فعند ذلك ينادي القاضي على الرجل المذكور الذي أراد الشراء، فليحضر المال بين يدي القاضي و يدفعه للبائع، ويشهد عليه بالبيع العدول، و يثبت له القاضي رسمه، فحينئذ يكون القاضي هو الذي تولى البيع بنفسه، يبقى ذلك الرسم صحيحا مخلدا لذريته و لعقبه، و لا يجد من ينازعه فيه أبدا، و إن وقع بعد ذلك قيام غائب أو وارث فدرك ذلك على القاضي لأنه هو الذي تولى البيع بنفسه، وعلى هذا يكون عمل القضاة في سائر بلدان المغرب"[1].

و قد حمل هذا الفصل من الظهير عدة ضوابط توثيقية تساهم في التعريف بالمالك الحقيقي للعقار، و يعتبر أول ضابط وضعههو إلزام القضاة بالبحث بنفسهم على الملك المراد شراءه، و تسليمهم لملكيته، و سلامته من كل نزاع في أداء الثمن بمحضره[2].كما ألزم الظهيرتحرير القاضي وثيقة الشراء بنفسه، و ذلك استثناء عن تحرير العدول الذي كان رائجا في ذلك الوقت، و لعل السبب في ذلك كثرة تساهل العدول في توثيق المعاملات العقارية[3].

و من هذه الضوابط التي ركز عليها الظهير الشريف هو ضرورة التثبت من ملكية البائع، و ذلك لئلا يبيع البائع ما لا يملك، حيث يعتبر التثبت من أصل ملكية البائع شرطا ضروريا لتفويت الملكية العقارية.

---

[1] العباس بن ابراهيم السملالي : "الإعلام بمن حل بمراكش و أغمات من الأعلام "، الجزء السادس ، المطبعة الملكية الرباط ،الطبعة الثانية 1993 ص 125

[2] يوسف الكتاني : سيدي محمد بن عبد الله العالم المجدد، مقال منشور بمجلة دعوة الحق، العدد 292، غشت 1992، موقع وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية المغربية.

[3] عبد الله كنون : ذكريات مشاهير رجال المغرب في العلم و الأدب و السياسة، ج1، دار ابن حزم ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010، ص 1536.

و لمزيد من التحقق من ملكية البائع، فإن الظهير الشريف أشار إلى إجراء يقوم على بعث البراح في حومة البائع، ينادي فيهم عن سبب ملكية البائع للملك الذي أراد بيعه، و ذلك لدرء كافة الشبهات عن صحة ملكية البائع.

و يتبين أن الهدف من ذلك، هو التحقق من أن بائع الأرض أو الدار، هو المالك الحقيقي، و أنه لم يبع ملك غيره عن طريق الاستيلاء عليها دون موجب حق، و هذا ما كان يفتي به فقهاء المالكية.و قد جعل القضاة هم المكلفين بتحرير عقود بيع العقارات، نظرا لما كان من تساهل عدول البادية و إخلالهم بشروط التوثيق كما يقول المؤرخ عبد الرحمان ابن زيدان.

الفقرة الثانية : الإجراءات التنظيمية للبيوع العقارية في عهد السلطان عبد الرحمان بن هشام :

السلطان عبد الرحمان بن هشام هو حفيد السلطان محمد الثالث، فهو عبد الرحمان بن هشام بن محمد بن عبد الله[1]. و قد اهتم هذا السلطان الجليل اهتماما عظيما بتنظيم عقود بيع العقارات و كتابتها، حيث أرسل مجموعة من الظهائر التي تأمر إبرام عقود البيع الواقعة على العقارات، من ذلك ما جاء في ظهير أرسله إلى أحد عماله جاء فيه :

« وصيفنا الأرضى بريك الحبشي، وفقك الله و سلام عليك و رحمة الله تعالى و بركاته، و بعد فيصلك على يد الطالب علي الدمناتي سبعمئة مثقال واحد، و أربعون مثقالا ثمن أصل تغزوت الذي كان لابن عمنا مولاي الحسن رحمه الله على حسب ما في رسومه التي وردت علينا سابقا، لأن أحد الرسمين فيه شراء سيدي حسن نيابة عن والده مولاي الحسن بستمئة مثقال، و الرسم الثاني فيه شراء سيدي حسن المذكور حظا من الأصل المذكور من غير ذكر نيابة عن والده بمئة مثقال واحد و أربعين مثقال، صار الجميع هو العدد المذكور أولا، فاحضر أنت و القائد الحنفي عند القاضي مولاي الصادق، و يحضر سيدي حسن و من معه من الورثة، و يقع الإشهاد عليهم بالبيع، و يدفع لهم الثمن، مع أن رسومه ليست بتامة، لأن رسم الشراء من غير عدول، و ليس فيها تمليك عمنا رحمه الله إياها لولده مولاي محمد، و القاضي ينظر في ذلك بما يجبر نقصه، و السلام »[2].

إن هذا الظهير يحمل مجموعة من المقتضيات التنظيمية لعقود البيع العقارية من ذلك :

- ضرورة الإشهاد ببيع العقار لدى القاضي.
- رسم شراء العقار يجب أن يكون محررا من طرف العدول.
- رسم شراء صاحب الأصل الذي لم يحرره عدول يعتبر ناقصا، و يجب على محرر العقد أن يجبر هذا النقص.

[1] عبد الرحمان بن زيدان : إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، ج5، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 2008، ص 7

[2] ظهير صادر بتاريخ 25 محرم عام 1273، ذكره عبد الرحمن بن زيدان في كتابه :« العز و الصولة في معالم نظم الدولة »، ج2، مطبعة القصر الملكي الرباط، طبعة 1962، ص 26.

و يظهر أن السلطان عبد الرحمان ابن هشام كان شديد الحرص على أن تكون رسوم ملكية البائع كاملة غير ناقصة، لأن ذلك قد يورد الشبهة حول صحة ملكية البائع، و هو ما نص عليه في ظهير آخر إلى بريك الحبشي جاء ضمنه :

« .... فإن اشتريتم شيئا فليكن أمره صافيا من كل وجه، و أما شيء يدفع بتافيلالت و الشيء المشترى متعدد و لم يوجد إلا شراء واحد فهذا تخليط يوقع في الخلل، فاشتروا على الوجه المستقيم أو اتركوا. و اعلم أن هذا يحتاط له لعواقب الأمور، ألا ترى لو قام أحد عليه في وقت آخر و نادى بالشرع و تفقد رسومه فألفاها ناقصة فماذا يفعل ؟ فلا ينبغي إلا البناء على الجد، و المناسب هو دفع الثمن بموضع الشراء، و أما وقوع البيع في بلد و الثمن يدفع في بلد فلا يومن معه الخلل، و السلام »[1].

و قد نص هذا الظهير فضلا عن ضرورة اكتمال رسوم تملك البائع، أن يكون دفع ثمن الشراء بموضع البيع، و تحديدا عند الإشهاد على البيع لدى العدول. كما أمر في عدة ظهائر شريفة بكتابة عقود الشراء الواردة على العقارات، و التحقق من وكالات المتعاقدين بشأنها[2].

المطلب الثاني : تنظيم البيوع العقارية في عهد السلطانين الحسن الأولوالمولى عبد العزيز :

أعار السلطانين الجليلين مولاي الحسن الأول و ابنه المولى عبد العزيز اهتماما كبيرا بالمعاملات العقارية، و على طليعتها البيوع العقارية، حيث أصدر السلطان الحسن الأول أوامره الشريفة إلى قضاة المملكة باتباع الضوابط العدلية التي وضعها لتنظيم عقود البيع العقارية (الفقرة الأولى)، كما سار على نهجه المولى عبد العزيز بتأسيس ضابط للمعاملات بين المغاربة و الأجانب، و التي شملت المعاملات العقارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الإجراءات التنظيمية للبيوع العقارية في عهد السلطان الحسن الأول :

السلطان الحسن الأول هو حفيد السلطان عبد الرحمان بن هشام الذي سبق ذكره ، فقد نشأ في حجر جده الذي اعتنى بتربيتهمنذ حداثته[3]، حيث سار على نهجه في رعاية الجوانب الاجتماعية للرعية. فقداهتم بشكل كبير بالمبيعات العقارية ، و وضعها في طليعة المسائل المهمة التي يجب تنظيمها و ضبطها، و أسس بذلك ضابطا عدليا وجهه إلى جميع القضاة ليطبقوه في جميع دوائرهم القضائية سنة 1299، و قد ذكر في مطلع هذا الضابط عبارة تبدي اهتمامه بهذا الجانب، و هو قوله : « إن التثبت في الأصول و المبيعات العقارية من الأهم الأكيد المثاب عليه، و من المصالح العامة الحاجية و المضطر إليه»، و علل ذلك بأن « العقارات مما يتنافس الناس في اقتناءها و تملكها و الاستيلاء

[1] ظهير صادر بتاريخ 19 جمادى الاولى 1273، ذكره عبد الرحمان بن زيدان في كتابه « العز و الصولة في معالم نظم الدولة »، مرجع سابق، ص 27.

[2] ظهير 20 حجة عام 1273، و ظهير 27 ربيع النبوي 1273، ذكره عبد الرحمان بن زيدان في كتابه « العز و الصولة في معالم نظم الدولة »، مرجع سابق، ص 26 و ص 28.

[3] محمد العربي معريش : المغرب الأقصى في عهد السلطان الحسن الأول، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في التاريخ الحديث و المعاصر، جامعة الجزائر، معهد التاريخ، ص 60.

عليها بما يمكن و لو بأنواع الحيل، لذلك أوصى القضاة، بأن لا يقبلوا الشهادة بتفويت عقار إلا من عدول المدينة، و أن يحضر البائع للمشتري الملكية المستجمعة لشروطها، من وضع اليد و طول المدة و عدم المنازع، و أن يتثبتوا من كون البائع ذا صفة في البيع، و إلا أدلى بما يفيد نيابته في البيع»[1].

و قد نظم كذلك بيع الأملاك المخزنية، حيث منع بيع بعض الأملاك التي تعود ملكيتها للمخزن، و أصدر أمره الشريف بتاريخ 8 محرم عام 1293، بأن من ادعى من الناس ملكية بقعة أو بيت على أرض مخزنية، و استظهر برسم شراءها و أراد بناءها، فلا يمكنه أمناء الأملاك بذلك. لأن بيع ذلك لا يثبت إلا بإذن مالكه و هو المخزن، و إذا بيعت دار و ما أشبهها فلا ينبرم البيع فيها إلا إذا حضر الأمين المكلف بأملاك المخزن و القاضي و العامل و سلموا أن مشتريها ليس من أهل الحماية، فحينئذ يشهد العدول ببيع الزينة « أي ملكية الدار »لا غير، و أما الأرض فلا مدخل لها في البيع، لأنها ملك للمخزن الشريف[2].كما أنه قد منع بيع الأملاك العقارية للأجانب رغم اتفاقية مدريد 1880 م[3].

الفقرة الثانية : الإجراءات التنظيمية للبيوع العقارية في عهد المولى عبد العزيز :

أصدر السلطان المولى عبد العزيز أمره الشريف سنة 1895 م إلى سائر قضاة المملكة، بتأسيس ضابط لعقد المعاملات التي تكون بين التجار الأجانب و المشترين منهم بالطلب من غير تسبيق ثمن (كانت تسمى هذه الطريقة بالوردن)، حيث أمر بأن لا يبيعوا شيئا بالوردن إلا بشهادة عدول ثقاتيعينهم القاضي لذلك بكل بلد، حيث لا يشهدون إلا بإذنه مع إذن العامل، و من لم تكن بيده هذه الشهادة العدلية باذنه أو بإذن العامل و بهذين الشرطين و ادعى على أحد بشيء فلا تقبل دعواه و لا شيء له[4].و قد تم تعميم هذا الضابط على سائر المعاملات بما فيها البيوع العقارية.

المبحث الثاني : اهتمام ملوك ما بعد الحماية بتنظيم البيوع العقارية :

توافد على العرش العلوي المجيد بعد عهد الحماية سنة 1912 عدد من ملوكنا العلويين الأمجاد، و كان أول من اعتلى العرش بعد عهد الحماية مولانا يوسف قدس الله روحه، ثم تلاه مولانا محمد الخامس و الحسن الثانيملكي العروبة و الإسلام، ليكون جلالة الملك محمد السادس هو الملك الحالي للمغرب.

---

[1] ظهير شريف صادر بتاريخ 3 جمادى الأولى عام 1299 هجرية، ذكره عبد الرحمان بن ويدان في كتابه « العز و الصولة في معالم نظم الدولة »ج2، مرجع سابق، ص 47.

[2] ظهير شريف صادر في 8 مخرم 1293 هجرية، أورده هاشم المعروفي في كتابه : « عبير الزهور في تاريخ الدار البيضاء و ما أضيف إليها من أخبار آنفا و الشاوية عبر العصور »، ج1، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 1987، ص 254.

[3] عبد العزيز بنعبد الله : تطوان عاصمة الشمال و منبع إشعاعه، 2005، ص 126.

[4] مولاي عبد الرحمان بن زيدان : العز و الصولة في معالم نظم الدولة، ج2، مرجع سابق، ص 52.

و قد اهتم ملوكنا في هذه الحقبة من التاريخ بشؤون المعاملات العقارية، و وضعوها ضمن أوائل اهتماماتهم، لذلك سنقوم بالحديث عن الاهتمام الملكي بالبيوع العقارية قبل الاستقلال (المطلب الأول) و بعد الاستقلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الاهتمام الملكي قبل الاستقلال :

اهتم السلطان الجليل مولاي يوسف و خليفته بالشمال بتنظيم المعاملات العقارية بين الرعية، و تنظيم توثيقه لحسم المنازعات في المستقبل، و لحماية بعض الأنظمة العقارية الخاصة نظرا لطبيعتها و خصوصياتها.

الفقرة الأولى : الإجراءات التنظيمية للبيوع العقارية في عهد مولاي يوسف :

عند اعتلاء مولاي يوسف على العرش، أصدر مجموعة من الظهائر الشريفة المنظمة لمجموعة من المعاملات، و من بينها المعاملات العقارية.فقد أصدر أمره الشريف بتاريخ 11 يوليو 1914 ظهيرا شريفا ينظم العدلية و تفويت الملكية العقارية[1]، و قد خص الجزء الأول من هذا الظهير للعقار، و قد حدد في الباب الأول منه العقارات التي لا يجوز تفويتها ببيع أو غيره، و ذكر منها الأملاك العامة للدولة و أملاك الوقف و الأراضي المشتركة بين القبائل و أراضي الكيش و أملاك المفقودين.

أما الباب الثاني فخصه بتنظيم الأملاك القابلة للتفويت، و قد خصه بإجراءات صارمة لحسم المنازعات العقارية في المستقبل، و للاطمئنان على صحة انتقال الملكية، فألزم كل من أراد بيع عقاره أن يقدم طلبه للقاضي و إحضار رسوم تملكه الموجودة لديه، و أوجب على القاضي أن يمعن النظر في الرسوم التي أدلى بها البائع إمعانا كافيا للتحقق من الشروط المطلوبة قانونا، و أنه غير داخل في نطاق الأملاك غير القابلة للتفويت، و أن يراسلوا عامل المدينة أو قائد البادية إن كان العقار يندرج ضمن الأملاك غير القابلة للتفويت، فإن كان العقار ملكا خالصا للبائع و لا يندرج ضمن الأنظمة العقارية الخاصة، أذن للعدول بتحرير رسم الشراء.

الفقرة الثانية : تنظيم البيوع العقارية في المنطقة الشمالية :

أما فيما يخص المنطقة الشمالية التي كانت خاضعة للحماية الإسبانية، فقد كان للسلطان مولاي يوسف عند اعتلاءه على العرش في عهد الحماية خليفة في منطقة الشمال، حيث جعلت الحماية الإسبانية في هذه المنطقة حكومة يرأسها خليفة السلطان[2]. و قد كان يترأسها حين ذاكالأمير مولاي المهدي، فأصدر بتاريخ 30 مارس 1921 ضابطا عدليا يأمر فيه بأن بيع الأملاك التي بمنطقة الحماية الإسبانية لا يكون إلا على يد عدولها و قضاتها دون غيرهم، و نص هذا الظهير جاء في ما يلي :

[1] ظهير شريف بشأن تنظيم العدلية الأهلية و تفويت الملكية العقارية، صادر بتاريخ 11 يوليو 2014، الجريدة الرسمية عدد 53، بتاريخ 17 يوليو 1914، ص 289.

[2] عبد المجيد بن جلون : هذه مراكش، مطبعة الرسالة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 1949، ص 87.

« يعلم من كتابنا هذا، رفع الله قدره و مقداره، و أجرى على منهج الرشاد قراره، أننا بحول الله و قوته، و شامل يمنه و منته، لما رأى جنابنا العالي بالله، ما ينشأ عن عقود الأملاك بيعا و شراء بحسب الإطلاق من التشويش، أصدرنا هذا الأمر المحتم من الآن فصاعدا، بمنع عقود بيوع الأملاك و شراءها، التي هي داخل منطقة رعايتنا المحروسة، الواقعة ضمن حماية الدولة الإسبانية المعتبرة، إلا بعدول المنطقة المذكورة و قضاتها الرسميين، الصادرة لهم الظهائر الشريفة بتوليتهم من جنابنا العالي بالله. و مهما وقع أي عقد من ذلك بعدول غير هذه المنطقة المذكورة و قضاتها، فإنه يلغى و لا يقبل مطلقا، و لا يعتد به، و يكون مخالفا لصريح هذا الأمر الشريف، و السلام»[1].

المطلب الثاني : الاهتمام الملكي بعد الاستقلال :

اهتم الملك الحسن الثاني قدس الله روحه بالعقارات الفلاحية المسترجعة من جالية المستعمر، و لإدماجها في مسلسل الإصلاح الزراعي، قام بتنظيم بيعها للفلاحين المغاربة (الفقرة الأولى)، كما اهتم الملك محمد السادس بتبسيط مساطر بيع العقارات السكنية للموطنين، و بيع الأملاك الخاصة للدولة للمستثمرين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تنظيم الملك الحسن الثاني لبيوع العقارات المخزنية :

تعتبر العقارات المخزنية أملاكا خاصة للدولة، حيث تشرف على إدارتها و تسييرها وزارة الاقتصاد و المالية، و تديرها على مستوى الأقاليم مديريات أملاك الدولة، و تتعدد مصادر هذه الأملاك بين طرق اعتيادية كالاقتناء و الإرث و الهبات المخصصة إليها، و طرق غير اعتيادية لجأ إليها المغرب في الستينات من القرن الماضي، و هي استرجاع العقارات الفلاحية التي كانت بيد المعمرين و الأجانب.

و هكذا أصدر الملك الحسن الثاني في 4 يوليو 1965 بصفته المشرع الرئيسي آنذاك نظرا لغياب المؤسسة التشريعية (البرلمان) بسبب إعلان حالة الاستثناء، مرسوما ملكيا ينظم بيع العقارات الفلاحية المخزنية المسترجعة من المعمرين إلى بعض الفلاحين[2]، و حدد شروطا للفلاحين المرشحين لاقتناء هذه الأراضي، و حدد طبيعة هذا البيع في الفصل السابع، معتبرا إياه بيع معلق على شرط فاسخ، و هذا الشرط الفاسخ هو عند عدم الوفاء بالالتزامات التي يتحملها الشخص المسلمة له الأرض أو التي تعهد بها لأجل استثمار القطعة أو استغلالها.

كما حدد الطريقة التي تبرم من خلالها عقود البيع، و الجهات الحكومية المتدخلة في إبرام هذه العقود مع الفلاحين (و هم وزير الفلاحة و الداخلية و المالية).و بين في الفصل العاشر من هذا المرسوم كيفية أداء الثمن، حيث أحال تحديد الثمن إلى القرار المشترك الذي سيصدره وزير الداخلية و الفلاحة و المالية .

[1] ظهير مؤرخ في 19 رجب عام 1339 موافق 30 مارس سنة 1921، دكره محمد داود : « تاريخ تطوان »، ج11، مطبعة الخليج العربي -، تطوان، 2009، ص 372.

[2] مرسوم ملكي رقم 267.66 بتاريخ (4 يوليوز 1966) بمثابة قانون يتعلق بمنح بعض الفلاحين أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص، الجريدة الرسمية عدد 2801 مكرر، بتاريخ 9 يوليوز 1966، ص 1356.

الفقرة الثانية : اهتمام الملك محمد السادس بتنظيم بيوع العقارات السكنية و الاستثمارية :

أولا : الاهتمام الملكي بالبيوع العقارية السكنية :

أبدى جلالة الملك محمد السادس في كثير من الأحيان عن اهتمامه بقطاع العقار و السكن المتعلق به، و ذلك عندما أرسل رسالته الملكية بتاريخ 5 دجنبر 2015 إلى المشاركين في المناظرة الوطنية بالصخيرات، التي تمت عنونتها ب« السياسة العقارية للدولة و دورها في التنمية الاقتصادية و الاجتماعية »، و التي حدد من خلالها مجموعة من القضايا العقارية التي ينبغي الاهتمام بها تشريعيا و إداريا.

و من بين القضايا التي أعارها جلالته اهتماما ملكيا ساميا، هو مجال السكن، فقد أمر بضرورة اتخاذ الإجراءات الضرورية لضبط السوق العقارية، و اعتماد الشفافية في اقتناء العقارات السكنية، و تسهيل ولوج المواطنين لاقتناء سكن لائق بهم، و هذا ما جاء نصه في الرسالة الملكية :

« .... أما بخصوص دور العقار في مجال السكن، الذي نخصه بكامل **اهتمامنا**، فإننا نلح على ضرورة إرساء آليات عملية و إجرائية، لضبط السوق العقارية، قصد تفادي المضاربة و انعكاساتها على الأثمان، و كذا إيجاد حلول مبتكرة لتمويل العقار الموجه للسكن، و اعتماد الشفافية في مساطر تعبئته، و ذلك بهدف تسهيل ولوج المواطنين. لسكن لائق و كريم ».

و من خلال ما تضمنته هذه الرسالة في مجال السكن، فإن جلالة الملك حث على ما يلي :

- العمل على تفادي المضاربات العقارية، كي لا تنعكس على أثمان البيع.
- تمويل العقار السكني.
- اعتماد الشفافيةلاقتناء المواطنين العقارات السكنية.

و تعتبر هذه الدعامات من أهم الضروريات في البيوع العقارية السكنية، فتفادي المضاربات العقاريةمن الأهمية بمكان، فقد أدت إلى ارتفاع مهول في أثمان العقار، و تجاوزت القيمة الحقيقية لها، مما عجز كثير من المواطنين على تأديتها، و وجدوا أنفسهم أمام تقلبات مفاجئة للأسعار.

ثانيا : الاهتمام الملكي بالبيوع العقارية الاستثمارية :

أرسل جلالة الملك محمد السادس بتاريخ 09 يناير 2002 رسالة ملكية سامية وجهها إلى الوزير الأول في موضوع التدبير اللا متمركز للاستثمار، و حث من خلالها على ضرورة تبسيط إجراءات انتقال العقارات إلى المستثمرين، و تسهيل إبرام عقود البيع بين الدولة و المستثمرين،و ذلك بإحداث مراكز جهوية للاستثمار تحت وصاية ولاة الجهات، تتولى نوعين من المهام : أحدها مكلف بالمساعدة على إنشاء المقاولات، و الآخر لمساعدة المستثمرين.

فهذا الشباك الأخير، يتكلف بمهام تسهيل إبرام عقود بيع و كراء العقارات المخزنية لصالح المستثمرين، حيث يقوم بتحضير جميع الوثائق الإدارية الضرورية لإنجاز مشاريع الاستثمار في قطاعات الصناعة و التصنيع الفلاحي و المعادن و السياحة و الصناعة التقليدية و السكن، و المشاريع المقدرة بما دون مائتي مليون درهم و ذلك لتمكين ولاة الجهات من تسليم التراخيص أو توقيع القرارات الإدارية المتعلقة بهذا الاستثمار.

كما يعمل هذا الشباك على دراسة مشاريع العقود و الاتفاقيات التي ستبرم مع الدولة من أجل منح المستثمرين امتيازات خاصة، بالنسبة للاستثمارات المتعلقة بالقطاعات المذكورة سلفا التي تساوي أو تفوق مبلغ مائتي مليون درهم، و القيام بتوجيهها إلى السلطة الحكومية المختصة من أجل المصادقة و التوقيع عليها من لدن الأطراف المتعاقدة، و يقوم الوالي في حدود اختصاصاته، بإعداد و تنفيذ التراخيص و الوثائق و العقود الضرورية لإنجاز الاستثمار موضوع الاتفاقية التي يتكفل بتنفيذها.

و لأجل بلوغ هذه الأهداف، فقد حث جلالته في البند 3.6.1 من الرسالة الملكية، أعضاء الحكومة و الموظفين السامين في الإدارة المركزية، أن يفوضوا لولاة الجهات الصلاحيات اللازمة ليبرموا عقود البيع أو الكراء المتعلقة بعقارات من ملك الدولة الخاص.

خاتمة :

يظهر من خلال هذه السيرورة التاريخية، اهتمام العرش المغربي منذ القدم، بحماية الأملاك العقارية بشتى أصنافها من أنواع الاستيلاء، و التي يعتبر فيها عقود البيع و ما كانت تحمله من ثغرات، مدخلا رئيسيا لهذا الاستيلاء.لذلك قام المشرع المغربي في عصرنا الحالي، بتنظيم هذه العقود العقارية المتعلقة بالبيع، و ضبطها و إحكامها، سواء في الشريعة العامة لقانون الالتزامات و العقود، أو قوانين التوثيق العدلي و العصري، و مدونة الحقوق العينية.سواء تعلق الأمر بالعقارات المحفظة أو غير المحفظة، و ذلك لصيانتها من الترامي و الاستيلاء عليها، و التخفيف من النزاعات حولها.

- **لائحة المراجع :**

- روبير أسبينيون : أعراف قبائل زايان، ترجمة محمد أوراغ، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2007.
- العباس بن ابراهيم السملالي : "الإعلام بمن حل بمراكش و أغمات من الأعلام "، الجزء السادس ، المطبعة الملكية الرباط ،الطبعة الثانية 1993 .
- العباس بن ابراهيم السملالي : الإعلام بمن حل بمراكش و أغمات من الأعلام ، ج6 ، المطبعة الملكية الرباط ،الطبعة الثانية 1993 ص 125
- عبد الرحمان بن زيدان : إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، ج3، مطبعة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2008.

- عبد الرحمان بن زيدان : إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، ج5، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 2008.
- عبد الرحمان بن زيدان : إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، ج3، مطبعة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2008، ص 182.
- عبد الرحمن بن زيدان: العز و الصولة في معالم نظم الدولة ، ج2، مطبعة القصر الملكي الرباط، طبعة 1962.
- عبد العزيز بنعبد الله : " تطوان عاصمة الشمال و منبع إشعاعه " ،طبعة 2005 (دون ذكر المطبعة) .
- عبد الله كنون : ذكريات مشاهير رجال المغرب في العلم و الأدب و السياسة، ج1، دار ابن حزم ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010.
- عبد المجيد بن جلون : هذه مراكش، مطبعة الرسالة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 1949، ص 87.
- محمد العربي معريش : المغرب الأقصى في عهد السلطان الحسن الأول، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في التاريخ الحديث و المعاصر، جامعة الجزائر، معهد التاريخ.
- محمد داود : تاريخ تطوان ، ج11، مطبعة الخليج العربي –، تطوان، 2009.
- هاشم المعروفي : عبير الزهور في تاريخ الدار البيضاء و ما أضيف إليها من أخبار آنفا و الشاوية عبر العصور، ج1، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 1987.
- يوسف الكتاني : سيدي محمد بن عبد الله العالم المجدد، مقال منشور بمجلة دعوة الحق، العدد 292، غشت 1992، موقع وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية المغربية.

توثيق الهبة والصدقة بالرسم العدلي

(الإشكالات العملية و الحلول القانونية)

إعداد : عبد المغيث جراز، باحث بسلك الدكتوراه ، جامعة الحسن الأول بسطات - المملكة المغربية

مقدمة :

لقد بدأ العمل بالوثيقة العدلية بالمغرب منذ دخول الإسلام إلى هذا البلد، ووثق المغاربة جل معاملاتهم المالية و الأسرية بها، وذلك لما لها من قيمة علمية، اجتماعية وقانونية.

فالوثيقة العدلية بالمغرب تظل بدون شك أكثر الأشكال التوثيقية استيعابا لحاجات الناس المختلفة، حيث أنها تواكب الإنسان في مختلف مراحل حياته، منذ ولادته حتى وفاته، بل إن الوثيقة العدلية تخدم الانسان وهو لا يزال جنينا في بطن أمه. وذلك من خلال ما قد يوصى له من الوصايا قبل ولادته.

كما أن الوثيقة العدلية تحفظ للإنسان حقوقا اجتماعية كمسألة التنزيل، و تحفظ له حقوقه من هبات و صدقات ووصايا حينما يكون ناقص الأهلية. كما أنها تواكبه حينما يصبح راشدا و يقبل على الدنيا من أبوابها الواسعة، فتوثق له زواجه و طلاقه حين تتعذر المعاشرة، و تقعد له بيوعاته و أشريته ومختلف معاملاته المالية. و بعد وفاته تقوم بعدّ ورثته و إحصاء متروكه و قسمته بين الورثة حسب أحكام الشريعة الاسلامية. كما توثق ما يوصي به من الوصايا أو الودائع التي يجب أن ترد لأصحابها، كل ذلك توثقه الوثيقة العدلية[1].

[1]) الحسن المسؤل، الوثيقة لعدلية بين الاستمرارية و الزوال، التوثيق المغربي: واقع وآفاق ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مسلك القانون الخاص بالكلية متعددة التخصصات بتازة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله يومي 24 و 25 أبريل 2008، الطبعة الأولى 2010، مكتبة دار السلام-الرباط، ، ص :91.

كما تتجلى أهمية التوثيق العدلي في الضمانات القوية التي يقدمها للمتعاقدين، و الحماية اللازمة التي يوفرها للمتقاضين، و الدور الفعال الذي يقوم به في حفظ الحقوق و الأعراض و الأموال و الأنساب، و الخدمات الجليلة التي يقدمها للقضاء، حيث يمهد الطريق أمام القاضي ليحكم بين الناس بالحق اثناء بتهفي النزاعات التي تقوم بينهم[1].

و إذا كانت الوثيقة العدلية ثمرة للفقه والقانون، فهي كذلك ثمرة المزاوجة بين الصناعة والفن. وبهذا فكلما كانت الوثيقة العدلية صلبة و متماسكة إلا وكانت حجة قاطعة لأي خصام أو نزاع، لذلك فإن الأمانة التي حمل بها الموثق العدليهي أمانة عظيمة، ووضع الكلمات في الوثيقة أشد عظمة، لأن كلمة واحدة تحدد العلاقة وترتب الحقوق والواجبات بين المتعاقدين في العقد، فإذا تم العقد وحصل بعدها نزاع بين المتعاقدين – بائع ومشتري أو واهب و موهوب له–...، فإن المتعاقدين يجهدان النفس في قراءتها عسى أن يبلغا المرام أو يعثرا على منفذ الخلاص، ونفس الشيء بالنسبة للقاضي عندما يعرض عليه النزاع. وبذلك يجب على الموثق العدلي أن يجنب الوثيقة الشك و الخلاف، و يتفادى أوجه النقصان و الزلل[2].

فالمتعاقد أو الملتزم حين يقصد العدل، يقصده وقد نسج اتفاقا أو التزاما معينا في ذهنه أو في تصرفه، فالعدل في هذه الحالة عليه أن يمازج بين تصور طالبي الشهادة وبين النصوص التشريعية المحددة لهذه العملية، وبالتالي صياغة وثيقة عدلية لا تصادم القواعد القانونية و لا يتسرب إليها الشك و عدم الاطمئنان[3].

وبما أن العدول –إلى جانب الموثقين– هم المؤهلون قانونيا وحصريا لتوثيق كل من عقد الهبةو عقد الصدقة طبقا لمقتضيات المادة 274 من مدونة الحقوق العينية[4] ، فإن تحرير هذا النوع من العقود يتطلب دراية عالية، وكفاءة علمية رفيعة، وبلاغة فنية للإلمام الشامل بكيفية ادائها، و إيضاح أركانها و شروطها،و إتقان سرد وقائعها،

1) عبد السلام الزياني، شروط الموثق وضوابط تحرير الوثيقة العدلية، "توثيق التصرفات العقارية" ، الندوة العلمية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية ، العدد 23، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، ص : 291 .

2) عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الأولى 1993، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء ، ص: 297.

3) أحمد خرطة، الوثيقة العدلية وحتمية تجديدها شكلا ومضمونا،"توثيق التصرفات العقارية" الندوة العلمية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005،سلسلة الندوات والأيام الدراسية،العدد 23،المطبعةوالوراقةالوطنية-مراكش،ص : 311،312.

4) جاء في المادة 274 من مدونة الحقوق العينية :

" تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول.

يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي..."

وجاء في المادة 291 من نفس المدونة :

" تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي: لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا؛ لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث."

وذكر ما تعتمده في الأحكام الشرعية و القوانين المرعية.و التمسك بالمنهاج المتبع عند الفقهاء و قدماء الموثقين يقتضي فهم غامض الألفاظ، و إدراك الشكل في متن الوثائق، وبيان ما يذكر في طالعتها أو في وسطها على سبيل الحكاية، و بيان ما هو من قبيل تلفيفات الموثق أو المستند الخاص لشهادة شهود الوثيقة الاسترعائية، علاوة على تثبيت الأركان الشرعية لكل عقد أو شروط الصحة فيه إلى غير ذلك من المناحي التي تتطلب البراعة في الأداء، و الفهم الصحيح في بناء الوثائق لاستخراجها للوجود تامة الشروط محكمة الربوط[1].

و قد تعرض الفقهاء على مختلف مذاهبهم ومشاربهم لعقدي الهبة والصدقة، بتحليل أركانهما و شرح شروطهما و ما يفرزانه من إشكالات، لذلك كان من الطبيعي أن تختلف الآراء وتتضارب الحلول بخصوصهما. و إذا كان المغرب يحتكم في تنظيم عقدي الهبة و الصدقة إلى مدونة الحقوق العينية[2] أساساثم قانون الالتزامات والعقود و أحكام الفقه المالكي- على سبيل الاحتياط-، بحيث تعتبرهما المدونة المذكورة من أسباب كسب الملكية، فإن هذه الأنماط التشريعية على أهميتها غذت في بعض الأحيان تعرقل تداول المال الموهوب أو المتصدق به، و ينعكس ذلك مباشرة على التنمية الاقتصادية و الاجتماعية وخاصة الاستثمار، كما أظهرت الاجتهادات القضائية في الملفات المتصلة بعقدي الهبة و الصدقة اختلافا يمكن وصفه أحيانا بالحاد سواء على مستوى قضاء الموضوع-المحاكم الابتدائية و محاكم الاستئناف- أو على مستوى قضاء القانون- محكمة النقض- [3].

و إذا كان من المتفق عليه أن التبرع بوجه عام يطلق على تمليك مال أو منقول بغير عوض، و إذا علمنا أن خاصية انعدام العوض تشمل جميع التبرعات، فإنه مع ذلك يظل كل نوع من هذه التبرعات[4] يتميز بخاصية أو أكثر تميزه عن باقي الأنواع الأخرى، وهذه الخاصيات المميزة مثلا تكون باعتبار المتبرع به ذاتا أو منفعة، حيث تتميز العارية و الحبس عن هبة الذات –العين- و الصدقة بها مثلا، و قد يكون باعتبار القصد و الباعث حيث تتميز الهبة عن الصدقة بكون الباعث في الأولى صلة و مودة الموهوب له، ويكون الباعث في الثانية وجه الله تعالى و رجاء ثوابه[5].

---

1) الحسنالمسؤل،الوثيقةلعدليةبينالاستمراريةوالزوال، مرجع سابق، ص:240،239.

2) القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 موافق 22 نوفمبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 موافق 24 نوفمبر 2011، ص:5587.

3) عبد الواحد بن مسعود، تدوين عقد الهبة، "نحو تشريع عقاري جديد" أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية و العقارية لتكريم الأستاذ الدكتور محمد خيري، يومي 29 و 30 أبريل، الطبعة الأولى 2011، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، ص : 361.

4) التبرعات أنواع مختلفة ومتعددة نذكر من أشهرها و أكثرها شيوعا : الهبة ، الصدقة، الوقف، الوصية، الإعارة...

5) إدريس بلمحجوب ،من أهم توجهات المجلس الأعلى ورقابته في مجال شروط وتقنيات تحرير الوثيقة العدلية وصحتها، "توثيق التصرفات العقارية" الندوة العلمية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005،سلسلة الندوات والأيام الدراسية،العدد 23،المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش،ص : 244.

بناءً على ما تقدم ووفقا للمراد من هذه الدراسة سنحاول من خلال هذه المقالة رصد أبرز الإشكالات القانونية والعملية التي تثار لدى السادة العدول عند مباشرتهم لتوثيق التبرعات بالعقود العدلية، وسنكتفي في هذا الإطار بنموذجين، وهما عقد الهبة و عقد الصدقة باعتبارهما أكثر أنماط عقود التبرع تداولا و شيوعا في التعامل بين الناس، كما سنعرج فيما بعد على موقف الاجتهاد القضائي من الاشكالات التي تثار بشأن توثيق عقدي الهبة و الصدقة بالرسم العدلي، وسيتم ذلك من خلال تقسيم الموضوع منهجيا إلى مطلبين وفق التصميم الآتي بيانه :

المطلب الأول : الإشكالاتالعملية المتعلقة بتوثيق الهبة والصدقة بالرسم العدلي.

المطلب الثاني : الإشكالات الفقهية المرتبطة بتوثيق الهبة والصدقة و موقف الاجتهاد القضائي منها.

المطلب الأول : الإشكالاتالعملية المتعلقة بتوثيق الهبة والصدقة بالرسم العدلي :

تواجه السادة العدول عند تحريرهم لرسوم الهبة و الصدقة مجموعة من الإشكالات ، منها ما هو ذو طبيعة إجرائية مرتبط بمسطرة تحرير الرسم العدلي (الفقرة الأولى)، ومنا ما هو ذو طبيعة موضوعية مرتبط بجوهر الوثيقة العدلية و مضمونها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الإشكالات المسطريةالمرتبطة بتوثيق الهبة والصدقة :

أولا : تأسيس عقود الهبة والصدقة مجردة من أصل أومدخل التملك :

يلاحظ في الواقع العملي أن بعض عقود التبرع خاصة تلك المتعلقة بالعقار غير المحفظ يتم تلقيها معززة بوثائق و مستندات مجردة من أصل التملك أو ما يعرف بمدخل الملكية –قد يتخذ شكل بيع أو إرث أو صدقة...–و بالتالي لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير.

و في هذا الإطار جاء قرار للمجلس الأعلى مؤكدا ضرورة التنصيص على مدخل الملكية في رسم الصدقة و إلا اعتبر هذا الأخير غير ذي حجية، حيث جاء في حيثيات القرار : " إن مجرد رسم الصدقة لا يعتبر حجة على ملكية المتصدق عليهم للعقار المتصدق به، و يجب للقول بمدخل الصدقة للمتصدق عليهما للمدعى فيه وجوب الملك لهما، ثبوت وثيقة ملك لهما أو لسلفهما مستوفية للشروط المقررة فقها وهي : اليد و النسبة و طول المدة و التصرف وعدم المنازع، وعدم علم خروج الشيء المشهود به من ملك المشهود له الميت صحة، و الحي كمالا"[1].

و بالتالي فإن غالبية التصرفات العقارية الناقلة للملكية تحتاج الى المستندات التي تشهد بصحة الملك ومشروعيته، ومن ثم تمكن صاحبها من التصرف فيه و به بشكل قانوني لا لبس فيه، فإذا أثبتت هذه المستندات

1) القرار عدد 4713 الصادر بتاريخ 9 نونبر 2010، في الملف المدني عدد 1414/1/4/2008، منشور في مجلة ملفات عقارية، العدد الأول 2012، منشورات محكمة النقض. ص : 190 ومايليها.

ملكية المالك لما يملك إما بشراء أو هبة أو ميراث أو نحوها، جاز آنذاك للعدل تحرير الوثيقة بناء على معطيات تلك المستندات، أما إذا ادعى المالك ضياع المستندات نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة أو سرقة فله أن يستخرج نظائر الأصول عند السادة النساخ و في حالة تعذر ذلك لعدم تضمين الوثيقة الأصلية فلا يكتب له حتى يأتي بما يثبت ملكية العقار غير المحفظ، وله أن يأتيبشهود معتبرين يشهدون له بالملك في إطار شهادة لفيف مستوفية الأركان و الشروط الخاصة بالحيازة كسبب من أسباب الملكية، أما إذا كان العقار محفظا فلابد من الإدلاء برسم الملكية المستخرج من المحافظة العقارية.

علاوة على ذلك فإنه يتعين على السادة العدول الحرص أثناء تحرير الشهادات المتعلقة بالعقارات غير المحفظة –خاصة تلك التي لا يتوفر المعني بالأمر فيها على ما يفيد تملكه لها–، على الحصول على شواهد إدارية صادرة عن الإدارات المختصة[1]، تؤكد أنالعقار موضوع طلب التوثيق ليس ملكا جماعيا، أو ملك حبوسي أو عام أو وقف أو ملك خاص للدولة و لا أرض سلالية، وذلك حماية للأملاك الجماعية و الحبسية و أملاك الدولة العامة و الخاصة من الترامي و التصرفات غير المشروعة. وقد ورد هذا الالتزام الملقى على عاتق السادة العدول في صلب المادة 18 من المرسوم رقم 2.08.378الصادرفي 28 منشوال 1429 (28 أكتوبر 2008)[2]بتطبيقأحكامالقانونرقم 16.03 المتعلقبخطةالعدالة التي نصت على ما يلي :

" يتعين على العدل عند تلقي الشهادات مراعاة الشروط المقررة وكذا استحضار المستندات اللازمة.
إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ وجب على العدل التأكد بواسطة شهادة صادرة عن السلطة المحلية من كونه ليس ملكا جماعيا أو حبسيا وليس من أملاك الدولة وغيرها"[3].

ثانيا : تأسيس عقود الهبة والصدقة على رسوم لا تعتبر حجة في الاثبات :

قد يرد في الواقع العملي أن يتم تأسيسبعض من عقود التبرع – خاصة الهبة والصدقة– استنادا على رسوم لا تعتبر حجة في الإثبات نذكر منها بالخصوص : رسم الإراثة، رسم الاحصاء، رسم الاستمرار عندما يكون غير مستوفيا لشروط الحيازة القانونية و الشرعية المتعارف عليها.

و يقصد برسم الإحصاء عند الإطلاق الوثيقة الرسمية التي تحصى فيها ممتلكات الهالك وفقا لقواعد الإحصاء الجاري بها العمل.

---

1) تستخرج شهادة اثبات كون الملك ليس جماعيا من الجماعة الحضرية أو القروية، و شهادة كون الملك ليس ملكا خاصا من إدارة أملاك الدولة التابعة لوزارة المالية، و شهادة عدم اعتبار الملك سلاليا من السلطة المحلية، وشهادة كون الملك ليس موقوفا من مصالح وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية.

2) منشور بالجريدةالرسميةعدد 5687 صادرةبتاريخ 2 ذوالحجة 1429 (فاتحديسمبر 2008).

3) انظر أيضا منشور مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل عدد 40 س20 بتاريخ 13 يوليو 2009 موجه إلى السادة القضاة المكلفين بالتوثيق حول موضوع تطبيق مقتضيات المادة 18 من المرسوم التطبيقي للقانون المتعلق بخطة العدالة.

و توجد تسميات عديدة لرسم إحصاء التركة ، كإثبات متخلف أو زمام التركة أو ثبوت متروك، أو غيرها من العبارات المستعملة عادة في مجال التوثيق العدلي، و هي اصطلاحات توثيقية تطلق في أوساط العدول والمهتمين بالشأن التوثيقي ويراد بها شيء واحد، هو إثبات ملكية الموروث لما خلفه لورثته من بعد وفاته، ونقله إليهم عن طريق الإرث، وذلك بغض النظر عن وسيلة إثبات ذلك، أي سواء كانت الوسيلة في ذلك مجرد تصريحات جميع الورثة إذا كان من بينهم وارث قاصر أو غائب، أو تصريح أحدهم إذا كانوا – جميعا – رشداء وكان بحوزتهم رسوم ملك الموروث عندما يراد إحصاؤه، أو كان ذلك بواسطة شهادة العدول العلمية، أو شهادة اللفيف عند الاقتضاء. و رسم الإحصاء يكشف عن الأموال التي خلفها الميت، و لا بد من تحديدها بدقة، سواء تعلق الأمر بعقار أو بمنقول، بما فيها متاع البيت إن كان ذو قيمة كبيرة، ورسم الإحصاء حسب توجه محكمة النقض– المجلس الأعلى سابقا– [1] لا يعتبر حجة في الاثباتكقاعدة إلا إذا تعزز بمدخل ملكية كل متروك خاصة في العقار. إذ جاء في قرار لهذه المحكمة سنة 2013 ما يلي: "ردا على الوسيلتين معا لتداخلهما فإنه بمقتضى الفصلين 37 و45 من قانون التحفيظ العقاري فإن المتعرض هو المدعي وعليه يقع إثبات ما يدعيه من حقوق اتجاه طالب التحفيظ، وأنه لا يستفاد من مستندات الملف أن الطاعنين أدلوا بحجة مقبولة شرعا لإثبات تملكهم لعقار المطلوب، ولا أثبتوا أن العقار بحيازتهم، وأن رسم الإحصاء المدلى به من طرفهم لتعزيز التعرض هو مجرد زمام للتركة ولا يثبت به الملك، وأن حجيته تبقى منحصرة بين عاقديه والمقرين به، ولا يمكن أن يواجه به الأجنبي..."[2].

1) تم إحلال عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، ومن جملتها قانون المسطرة المدنية، وذلك بموجب القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.170 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص: 5228.

ارتئينا في هذا البحث أن نميز بين تسمية المجلس الأعلى و محكمة النقض حسب تاريخ صدور القرار، فإن كان القرار صادرا قبل تاريخ دخول القانون 58.11 حيز التنفيذ نسبناه للمجلس الأعلى، و إذا كان قد صدر بعد هذا التاريخ نسبناه لمحكمة النقض.

2) قرار الغرفة المدنية عدد 38/8 الصادر بتاريخ 24/12/2013 في الملف رقم 3724/1/8/2013، غير منشور.

أما بخصوص رسم الاستمرار[1] فهو لا يعتبر حجة لإثبات الملك المتبرع بهإلا إذا كان مستوفيا لجميع شروط الملك المقررة قانونا وفقها و كانت الحيازة مكتملة الأركان و الشروط خالية من أي منازعة قضائية أو واقعية، ومحكمة النقض بدورها لا تعترف لرسم الاستمرار بالحجية في إثبات الملكإلا إذا كان شاملا لجميع شروط الملك كما ينص عليها القانون و الفقهوهذا ما وجدناه في عديد من قراراتها ، والتي نذكر منها قرار صدر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى سنة 2006 حيث جاء في حيثيات هذا القرار : " لكن حيث إن الطاعنة تدعي الملك و التصرف في الملك المدعو " الأبوار" الذي آل إليها عن طريق الإرث وتطلب التخلي عن الجزء المستولى عليه منها وهو ما يعني أن الدعوى ترمي إلى الاستحقاق، و أن الثابت من وثائق الملف أن نسختي رسمي الاستمرار عدد 42 وعدد 1664 المستدل بهما من الطاعنة لا يتوفر أي واحد منهما على شروط الملك المنصوص عليه في الفقه، و المحكمة لما عللت قرارها بأن ما أدلى به المستأنف هو عبارة عن عقد الصلح ووكالة وعقد شراء والده من أخيه ونسختي رسمي الاستمرار و الإراثة كلها وثائق تفتقر إلى شروط الملك شرعا و قضت تصديا بإلغاء الدعوى، تكون فحصت وثائق الملف فثبت لها منها عن صواب كونها غير عاملة في ميدان الاستحقاق فركزت قضائها على أساس، وعللت قرارها تعليلا صحيحا وما بالوسيلة على غير أساس"[2].

ثالثا : تحرير عقود الهبة والصدقة لأملاك قروية موجهة لأجنبي وضرورة الحصول على إذن وزارة الداخلية :

بالرغم من تنصيص الدستور المغربي في الفصل 35[3]منه على ضمان القانون لحق الملكية للجميع،فإن هذا الحق لا يؤخذ به على إطلاقه و إنما ترد عليه مجموعة من الاستثناءات التي تقيد من حق الملكية و التي تجد مصدرها

---

1) رسم الإستمرار أو الملكية : هي شهادة عدلية لفيفية خاصة بالعقار غير المحفظ تقام لفائدة طالبها قصد إثبات الملك والتملك . وهذه البينة اللفيفية تقام متى لايتوفر طالبها على حجة قاطعة تفيد تملكه للعقار الموجود في حيازته الفعلية والقانونية.خصوصا في الأملاك التي كانت أرض خلاء وتم استصلاحها وتهيئتها قصد الاستعمال الفلاحي والزراعي، وفي الأملاك والعقارات التي وقعت قسمتها بين الورثة ولم يتم تحرير مستند بذلك في حينه لعدة أسباب ويكون كل واحد من المتقاسمين قد حاز وتصرف في الملك الذي آل إليه بدون منازع حسب المدة المعتبرة شرعا وهي طبقا لمقتضيات مدونة الحقوق العينية 10 سنوات بين الأجانب، و40 سنة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة و10 سنوات إذا كانت بينهم عداوة، وتقام أيضا في العقارات غير المحفظة التي تم تفويتها ولسبب من الأسباب ضاع مستند التفويت من المشتري أو المستفيد من الهبة او الصدقة وتعذر على صاحبها استخراج نسخه من أصل عقد التفويت.

وباستفسارنا لبعض قضاة التوثيق حول موقفهم من هذا الرسم صرح لنا بعضهم أنهم يرفضون الخطاب على رسوم الاستمرار العدلية نظرا للمشاكل والمنازعات القضائية الكثيرة التي تثار بشأنهالأسباب ومبررات مختلفة على رأسها المنازعات القضائية العديدة التي تثار بشأنها في المحاكم، خاصة عندما تجد الاستمراريتعارض مع رسوم أشرية أو إراثات أو غيرها من العقود الأخرى التي تنصب على نفس الملك، وبالمقابل أقر لنا قضاة توثيق الآخرون أنهم يخاطبون على رسوم الاستمرار إذا كانت منجزة وفق القانون و لا يعتريها أي خلل شكلي أو موضوعي يقدح فيها.

2) قرار الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى عدد 3200 المؤرخ في 01/11/2006 ملف مدني عدد 1113/1/3/2005، غير منشور .

3) جاء في الفقرة الأولى من الفصل 35 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011:

"يضمن القانون حق الملكية. ويمكن الحد من نطاقها و ممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون".

إما من القانون ، أو القضاء، أو الاتفاقات.وبالتاليفحرية تملك العقارات بالمغرب يخضع لمجموعة من الضوابط و الشروط، التي تختلف حسب ما إذا كان الشخص الراغب في التملك مواطنا مغربيا أو أجنبيا.

وقد نص الفصل الأول[1] من ظهير 27 نونبر 1959 المتعلق بإجراء مراقبة على بعض العملياتالعقارية المباشرة من طرف بعض الأشخاص والمتعلقة ببعض الأملاك القروية، على أن جميع الاقتناءات العقارية التي تتم من طرف الأجانب بعوض أو بدون عوض في الأملاك الفلاحية أو القابلة للفلاحة تتوقف على إذن إداري.

كما أشار الفصل الرابع من نفس الظهير على أنه يجب على العدول والموثقين وجميع الضباط العموميين والمحافظين على الأملاك العقارية والرهون وقباض التسجيل، أن يرفضوا تحرير أو تلقي أو تسجيل جميع الرسوم المثبتة للعمليات المبينة في الفصل الأول أعلاه غير المصحوبة بالإذن المذكور المنصوص عليه في ظهير 27 نونبر 1959.

وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه ظهير 26 شتنبر 1963 بشأن مراقبة العمليات العقارية الواجبإنجازها من طرف بعض الأشخاص والمتعلقة بالأملاك الفلاحية القروية، الذي أوجب في الفصل الأول منه الحصول على رخصة إدارية كل ما تعلق الأمر بعمليات عقارية تهم الأملاك الفلاحية المعدة للفلاحة الواقعة خارج الدوائر الحضرية.

---

1) الفصل 1 من ظهير 27 نونبر 1959 المتعلق بإجراء مراقبة على بعض العملياتالعقارية المباشرة من طرف بعض الأشخاص والمتعلقة ببعض الأملاك القروية :

"تتوقف على إذن إداري:

جميع الاقتناءات العقارية من طرف الغير المغاربة المباشرة بعوض او بدون عوض في الأملاك الفلاحية أو القابلة للفلاحة ولاسيما عن طريق السمسرة.

- تأسيس التحملات أو الحقوق العينية والأكرية المبرمة لمدة تتجاوز ثلاث سنوات لفائدة غير المغاربة وكذا تأسيس ارتفاقات لفائدة أملاك غير المغاربة تتناول الأملاك المشار إليها أعلاه.

- الانتفاع من طرف أحد غير مغربي بحق الشفعة أو الضم الناتج عن بيع حقوق مشاعة أو بيع صفقة بتناول الأملاك المشار إليها أعلاه في نطاق الأعراف والأنظمة الجاري بها العمل.

-جميع العمليات العقارية التي يباشرها الغير مغاربة والمتعلقة بقطع الاستعمار المتكونة من الملك الخاص للدولة.

- العمليات المشار إليها أعلاه تنجزها الشركات أو الجمعيات الأجنبية أو الخاضعة لمراقبة أجنبية ولاسيما التي يكون مدبرها أو مسيرها المفوضون أو رؤساء مجلسها الإداري أو أغلبية أعضاء مجلسها الإداري من الأجانب أو التي يكون أكثر من نصف رأس مالها بيد الأجانب.

-كل ما يقدم لهذه الشركات أو الجمعيات كمساهمة من أملاك فلاحية أو قابلة للفلاحة أو حقوق تشمل هذه العقارات".

بل الأكثر من ذلك ذهب الفصل العاشر[1] من نفس الظهير إلى اعتبار جميع العمليات المنجزة خلافا لمقتضيات الظهير المذكور باطلة وعديمة المفعول .

غير أن مقتضيات الظهائر السالف ذكرها لا تسري استثناء على الرعايا التونسيين و السنغاليين بالمغرب، الذين يتمتعون بنفس الحقوق المقررة للمواطنين المغاربة فيما يخص اقتناء العقارات خارج المدارات الحضرية سواء كانت فلاحية أو قابلة للفلاحة وذلك بمقتضى اتفاقيتين أبرمهما المغرب مع كل من تونس و السنغال، و يتعلق الأمر بالاتفاقية المؤرخة ب 27 مارس 1964 المبرمة مع دولة السنغال[2]، و اتفاقية الاستيطان المبرمة بين المغرب وتونس بتاريخ 09 دجنبر 1964[3].

وبالتالي طبقا للمقتضيات القانونية أعلاه يتعين على السادة العدول و الموثقينالامتناع عن تأسيس عقود تبرع بين الأجانب، أو بين مغربي و أجنبي بدون الحصول على إذن خاص يسلم للأجنبي المعني من طرف وزير الداخلية[4] في أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ إيداع الطلب وذلك بعد استشارة وزير الاقتصاد الوطني والمالية ووزير الفلاحة.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن موقف المشرع المغربي واضح و صارمإزاء العمليات العقارية المنجزة على عقارات فلاحية أو معدة للفلاحة التي يكون أحد طرفيها أجنبيا، و يمكن إيجاز أهم التوجهات التشريعية في هذا الإطار كالآتي :

- جميع المعاملات العقارية التي يكون أحد أطرافها أجنبيا، و المنصبة على أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة خارجة عن الدوائر الحضرية تعد باطلة وعديمة الأثر ما لم تكن معززة بإذن أو ترخيص من وزارة الداخلية المغربية.

---

1) الفصل 10 من ظهير 26 شتنبر 1963 :

" تعتبر باطلة وعديمة المفعول جميع العمليات المنجزة خلافا لمقتضيات ظهيرنا الشريف هذا وترفع الدعاوى بالبطلان إلى المحاكم المختصة عادة في القضايا العقارية".

2) انظر بالضبط الفصل الثاني من هذه الاتفاقية الذي يسمح لرعايا إحدى الدولتين بتأسيس استغلاليات فلاحية بالدولة الأخرى.

3) الفصل الخامس من هذه الاتفاقية يسمح لرعايا كل دولة بتملك عقارات في تراب الدولة الأخرى.

4) يقدم طلب الإذن باقتناء أو كرا ء أو ضم العقارات الفلاحية إلى ممثل السلطة الإدارية بالإقليم الذي يتواجد به العقار ويسلم إلى عامل الإقليم أو والي الإقليم مركز الجهة.

– إن حيازة الأجانب للعقارات بالمغرب مهما كانت طبيعتها ومدتها، لا تكسب الملكية و لا تنتج أية آثار قانونية[1].

– يجب على العدول و الموثقين رفض تحرير أي عقد أحد أطرافه أجنبي عندما يتعلق ببيع أو هبة أو صدقة أو كراء لمدة تتجاوز ثلاث سنوات لأحد الأملاك القروية الفلاحية أو المعدة للفلاحة دون حصولهم من الطالب على إذن صادر من وزارة الداخلية يجيز للأجنبي تملك ذلك العقار، كما يجب على المحافظ على الأملاك العقارية الامتناع عن قبول أي مطلب تحفيظ بشأن أملاك قروية بإسم أجنبي دون الإدلاء بالإذن المذكور. أو إجراء أي تقييد بالرسم العقاري لملك قروي محفظ إذا كان طالبه أجنبيا– تحت طائلة إمكانية تحريك المسؤولية المدنية للعدل أو الموثق أو المحافظ على الأملاك العقارية الذي باشر التوثيق أو التسجيل أو التحفيظ–.

ومن هذا المنبر فالسادة العدول مدعوون إلى التقيد بمقتضيات الظهائر السالف ذكرها، وعدم الاستجابة لطلب الأجانب – عدا الرعايا التونسيين و السنغاليين – بتحرير أي عقد عدلي متعلق بهبة أو صدقة أو بيع عقار متواجد بالمناطق القروية إلا بعد إدلاء المعني بالأمر بإذن من وزارة الداخلية يجيز له ذلك.

الفقرة الثانية : إشكالات موضوعية مرتبطة بمضمون عقدي الهبة و الصدقة :

أولا : عبارة "هبة باتة بتلة لا رجعة فيها" وخرق حق الاعتصار في الهبة :

عند الإطلاع على مجموعة كبيرة منالرسوم العدلية الموثقة لعقود الهبةقد تجد إحداها تتضمن عبارة "هبة لارجعة فيها"، وهي عبارة توثيقية قديمة لا تتماشى و حيثيات التوثيق العدلي المعاصر، فهذه العبارة من شأنها خرق حق الاعتصار في الهبة،لكون من مستجدات مدونة الحقوق العينية أنهاأجازت الاعتصار في الهبة في ثلاث حالات نذكرها كالآتي :

- الاعتصار فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا[2].
- اعتصار الواهب الذي يصبح عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته[3].

---

1) تم التأكيد على هذا التوجه بمقتضى المادة 239 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها ما يلي : "تقوم الحيازة الاستحقاقية على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه.ولا تقوم هذه الحيازة لغير المغاربة مهما طال أمدها."

[2] الفقرة الأولى من المادة 283 من مدونة الحقوق العينية .

[3] الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه.

- حالة الاتفاق بين الواهب والموهوب له على جواز الاعتصار في الهبة و تم تضمين ذلك في المحرر الرسمي[1].

و بذلك يتعين على السادة العدول مراعاة عدم تضمين هذه العبارة في الوثيقة العدلية عند تحريرهم لعقود الهبات، ما عدا إذا اتجهت إرادة الواهب والموهوب له صراحة إلى تضمين الوثيقة العدلية حق الاعتصار و الرجوع في الهبة من طرف المتبرع.

وسنفصل في موضوع الاعتصار في الهبة في الفقرة الثانية من المطلب الثاني من خلال رصد موقف الاجتهاد القضائي المغربي بخصوص الاعتصار في الهبة خاصة عندما يراد ممارسته من طرف الأم أوالأب أو الجد أوالجدة.

أما بالنسبة للصدقة فمن المتفق عليه فقها وقضاء عدم جواز الاعتصار فيها وذلك ما أكدتهالمادة 291 منمدونة الحقوق العينية التي نصتعلى عدم جواز الاعتصار في الصدقة مطلقا بقولها :

" تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي :

- لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا؛
- لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث".

ثانيا : أهمية تحديد العقار موضوع الهبة أو الصدقة تحديدا دقيقا نافيا للجهالة :

تعتبر مسألة تحديد العقار غير المحفظ موضوع الهبة أو الصدقة من المسائل المهمة والحاسمة في اكتساب الوثيقة العدلية لشرعيتها القانونية و الاتفاقية، ذلك أن تحديد العقار الموهوب أو المتصدق به بشكل دقيق يرفع عنه الجهالة و يساهم بنسبة كبيرة فيحسم أي نزاع قد يثار بخصوص الحدود مستقبلا، و قد يقع في الواقع العملي أن لا يتم تحديد إحداثيات العقار غير المحفظ و حدوده و أوصافه ومشتملاته بدقة، وإذا كان الملك مشهورا باسم معين قد يتم التنصيص على اسمه فقط و يتم اضافة عبارة " شهرته أغنى عن تعريفه" وهي عبارة قديمة متجاوزة في التوثيق العدلي المعاصر.

وذكر حدود العقار مهم، لأن معلوميته إنما تكون بذكر حدوده إذا كان غير محفظ أو في طور التحفيظ، وقال بعض الموثقين : لو وقع التبرع بأمتار أو هكتارات معينة فالعبرة بالأمتار والهكتارات، لأنها مقصودة في التبرع ، و أما الأرض المتبرع بها بتعيين الحدود فالعبرة بحدودها فقط، كما لو وهب الشخص عارية عين حدودها وذكر أنها عشرون مترا مثلا، لكنها في الحقيقة قد تكون أقل وقد تكون أكثر، فلا عبرة لم زاد أو نقص من الأمتار، لأنها في هذه

---

[1]) المادة 284 من مدونة الحقوق العينية .

" لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصاروتم التنصيص عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له".

الصورة تعتبر وصفا غير مقصود بالإشهاد.ويذكر العدل الموثق أيضا صفات العقار الموهوب ومكوناته و الحقوق الواقعة عليه أو لصالحه وذلك بشكل تفصيلي حتى ولو كرر بعض الكلمات في الوثيقة لزيادة التوضيح والتأكيد، و إذا كانت أرضا فلاحية يطلب بيان نوعها هل هي بور أو سقوية و هل مغروسة أم لا؟ و إذا ذكر العدل الحدود فالأحسن أن يقول : أحد حدودها ينتهي إلى كذا، لأنه لو كتب أحد حدودها دار فلان، ثم كتب " وهبها بحدودها" دخلت العقارات المحادية في الهبة[1].

وعلى العدل أن يقول "جميع الدار الكاملة أرضا وبناء" ولا يدخل الواو على أرضها، كأن يقول : "جميع الدار الكاملة و أرضها" لأن الدار هي الأرض و البناء، فإذا كتب "و أرضها" صارت الدار و الأرض شيئين متغايرين، و الواقع أن المعقود عليه شيء واحد فينازع الواهب أو المتصدق فيقول تبرعت بالدار فقط أما الأرض فلا. و كذلك يجب أن يذكر في الدار" سفلها و علوها" احترازا من أن يكون تحت الدار سرداب مملوك لغير المتبرع، فإذا لم يذكر السفل و العلو في الرسم ثم ظهر بعد خطاب قاضي التوثيق عليه أنها ملك لغير الواهب أو المتصدق أدى هذا إلى وقوع نزاع بين المتبرع عليه و مالك السفل أو العلو [2].

ثالثا : مسؤولية العدل في التحقق من أتمية المتبرع وحدود التزامه بالتأكد منها :

من الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق العدل عند الإشهاد ضبط الشهود الحاضرين في مجلس العقد ومعاينة وقائع مجلس العقد من تراضي و شروط و ثمن و قبض و أجل، بالإضافة إلى سماع الايجاب و القبول من المتعاقدينو التأكد من أهليتهم القانونية و أتميتهم لإجراء التصرف[3].

لكن يضل أبرز ركن من أركان الوثيقة العدلية –في نظرنا– هو ركن التراضي بين المتعاقدين و الذي يتحقق بتأكد العدل من توفرأطراف العقد على عنصرين :

1- **الأهلية** : الأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء و ليست أهلية الوجوب[4]. و يقصد بأهلية الأداء حسب مدونة الأسرة صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها. وتكتمل أهلية أداء الشخص ببلوغه 18 سنة شمسية كاملة شريطة أن يكون

---

1) عبد السلام العسري، بيانات وثيقة المعاملات العقارية والتعابير الاحترازية المطلوبة، "توثيق التصرفات العقارية" الندوة العلمية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية ، العدد 23، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، ص : 267.

2) عبد السلام العسري، نفس المرجع، ص: 268.

3) المادة 31 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة :

" يتعين أن تشتمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه، وحقه في التصرف في المشهود فيه، وكونه يتمتع بالأهلية القانونية لهذا التصرف.

يتعين أن تشتمل الشهادة أيضا على تعيين المشهود فيه تعيينا كافيا."

4) عرفت المادة 207 من مدونة الأسرة أهلية الوجوب بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها. وهي أهلية تثبت حتى للمجنون و للجنين في بطن أمه إلى أن يحكم بولادته.

متمتعا بكامل قواه العقلية و الجسدية غير مصاب بسفه أو جنون أو عته أو محجور عليه ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها.

وقد نصت المادة 275 من مدونة الحقوق العينية على أنه يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية مالكا للعقار الموهوب وقت الهبة.

2- **خلو إرادة المتعاقدين من عيوب الرضا**[1] : سواء تعلق الأمر بالإكراه، أو التدليس، أو الغلط، أو الغبن بنوعية التدليسي و الاستغلالي.

ويطلق على الأهلية في اصطلاح الوثيقة العدلية بالأتمية- وهو مصطلح يجد أصوله التاريخية من مراجع عمل أهل الاندلس و الفقه المالكي-، و الأتمية و الأهلية مصطلحان لمعنى واحد، وما يميزهما أن الأول ذو مرجعية شرعية إسلامية، والثاني ذو مرجعية قانونية مدنية. و نجد أن العدل يعبر عنهما فيآخرالشهادة بعبارة " يشهد به عليهم و هم بأتمه أو بأكمله، أو في حالة صحة و طوع وجواز أمر".

و إذا كان المتبرع مريضا جسميا مرضا مخوفا[2]، ويجيز له القانون أن يجري بعض التصرفات في حالة المرض الجسمي كما في الوصية في حالة المرض، يجب أن يقول العدل : " شهد به عليه بحال مرض ألزمه الفراش هو فيه ومعه صحيح العقل ثابت الذهن تام التمييز و الإدراك". أما المريض عقليا و الذي لا يفيق من مرضه فلا أهلية له مطلقا"[3].

ويبقى السؤال المطروح هل كتابة العدول الشاهدين لعبارة أتمية المتعاقدين دليل قاطع على أهلية المتعاقدين لا تقبل إثبات العكس؟

نلاحظ في هذا الإطار تضارب قرارات محكمة النقض ونميز بين الاتجاه القديم الذي كان يعتبر ذكر الأتمية في الوثيقة دليل قاطع على ثبوت الأهلية، و لا يقبل إثبات العكس. و الاتجاه الحديث الذي يعتبر الإشهاد العدلي بالأتمية ما هو إلا رصد ظاهري للحالة الصحية والعقلية للمتعاقد أثناء التعاقد يقبل إثبات العكس بالشواهد الطبية و القرائن الملتئمة القوية. و سنرصد أبرز هذه الاجتهادات القضائية في الفقرة الثانية من المطلب الثاني لهذا البحث.

ونقول في هذا الإطار أنه يتعين على العدل إن أراد تضمين الوثيقة العدلية رشد و طواعية المشهود عليه أن يقول : " وعرف رشدهما وطواعيتهما في هذا العقد بحسب علم المخالطة و الاختبار و الاطلاعالعادي أو الاطلاع التام"[4].

---

1) يرجى مراجعة الفصول من 39 إلى 56 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

2) نظم المشرع المغربي تصرفات المريض مرض الموت في المواد 344 و 345 و 479 من قانون الالتزامات والعقود.

3) عبد السلام العسري، مرجع سابق، ص:261 ، 262.

4) عبد السلام العسري، مرجع سابق، ص:264.

و الخلاصة من كل ما سبق أنه لا يجب على العدول تضمين الأتمية هكذا بصيغة مطلقة في الوثيقة العدلية بدون ذكر مستند علمهم، و إلا أضحت الوثيقة فاقدة لأبرز ركن من أركان العقود، الأمر الذي قد يجعلها قابلة للنفي و الإبطال بإثبات العكس.

المطلب الثاني : الإشكالات الفقهية المرتبطة بتوثيق الهبة والصدقة بالرسم العدلي و موقف الاجتهاد القضائي منها

يعتبر موضوع الحوز في التبرعات من المواضيع الشائكة التي أثارت العديد من الإشكالات و النقاشات في أوساط الفقه و القضاء طيلة عقود من الزمن ، كما أن مسألة صحة أو عدم صحة تبرع الشخص الذي يحيط الدين بماله لم تبتعد بدورها عن دائرة النقاش و التضارب الفقهي و القضائي بالمغرب، و لم يتم الحسم تقريبا في هاذين الموضوعين بشكل نهائي إلا بصدور مدونة الحقوق العينية سنة 2012 (الفقرة الأولى)، وقبل أن تحسم المدونة المذكورة في هذه الإشكالات القانونية و غيرها فإن اجتهادات المجلس الأعلى كانت هي السباقة إلى معالجة هذه المواضيع ووضع حلول قضائية لها طبقا لقواعد قانون الالتزامات و العقود و الفقه الإسلامي خاصة المالكي منه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إشكالات فقهية مثارة بشأن توثيق عقود الهبة والصدقة :

أولا : شرط الحوز لتمام صحة عقدي الهبة والصدقة :

كلمة الحوز في اللغة لها عدة تعاريف ومفاهيم[1]، و في الاصطلاح لها مفهومان، أحدهما عام والآخر خاص، فالحوز في مدلوله العام هو ما يعبر عنه بالحيازة في القانون الوضعي، أما في الفقه الإسلامي فتارة يستعمل كلمة الحوز وتارة الحيازة و يقصد بهما نفس المعنى. و الحوز أو الحيازة في التعريف العام تعني وضع اليد على الشيء المحوز، وهذه الحيازة من شأنها أن تحدث أثرا قانونيا إذا توفرت فيها الشروط المتطلبة شرعا وقانونا[2].

أما المدلول الخاص للحوز –هو الذي يعنينا– فيقصد به شرط صحة التبرعات الذي يتحقق بالقبض و التسليم، و الحيازة من طرف المتبرع إليه للشيء المتبرع به قبل حدوث المانع.

والقصد من الهبة و الصدقة كما هو معلوم إما أن يكون جلب المودة وتوطيد العلاقة مع الموهوب له، أو التقرب إلى الله ونيل الأجر و الثواب[3].

ومعروف أنه متى كان أصل الهبة و الصدقة الاستحبابو المودة، أونيل الأجر والثواب فهي مرغوب فيها، وتلزم بمجرد الصيغة الدالة عليها، وشرطها الأساسي الحوز قبل حصول المانع للمتصدق أو الواهب إذا وقعت في

1) انظر:ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، طبعة 1981، دار المعارف– القاهرة، ، ص : 1045 وما يليها...مادة حوز.

2) عمر الأبيض، شرط الحوز في التبرعات، الطبعة الأولى 2011، مطبعة الأمنية –الرباط، ، ص:12

3) عمر الأبيض، نفس المرجع، ص: 15.

صحته ولم تكن على محجوره و كان الحوز ممكنا تحقيقه، و إن علق تنفيذها على وفاة المتبرع فهي وصية تجري على حكمها أحكام الوصية[1] ولو عبر عنها بلفظ الهبة أو الصدقة.لذلك وجب أثناء تحرير عقد الصدقة أو الهبة المتعلقة بعقار غير محفظ إشهادالعدلين على معاينة الحوز و لا يكفي فيها الاعتراف بالحوز دون معاينة، وهو المأثور عن الفقهاء و الموثقين[2].

أما إذا كان العقار موضوع الصدقة أو الهبة محفظا أو في طور مسطرة التحفيظ، فإن تقييد الهبة أو الصدقة بالسجلات العقاريةيغني عن حيازة المتبرع إليه للملك و عن إخلائه من طرف الواهب أو المتصدق، وهذا بالضبط ما نصت عليه المادة 274[3] من مدونة الحقوق العينية لتتماشى مع اجتهادات المجلس الأعلى الكثيرة التي صدرت في هذا الإطار، بحيث أتيح للمجلس الأعلى بجميع غرفه فرصة للحسم في نقطة فقهية وقانونية لطالما اختلفت بشأنها الآراء الفقهية و الاجتهادات القضائية لمحاكم الموضوع في فترة ما قبل صدور مدونة الحقوق العينية، وهي مسألة مدى كفاية تقييد الصدقة أو الهبة بالرسم العقاري و هل يغني ذلك التقييد عن معاينة العدول للحيازة المادية من طرف المتبرع إليه للملك المتبرع به و إخلائه من شواغل المتبرع، جاء جواب المجلس الأعلى بالقرار الشهير رقم 555 لسنة 2003عن هذا الإشكال بالإيجاب و برر موقفه هذا كالآتي : " لما كانت غاية الفقه من اشتراط الحيازة في عقود التبرعات هو خروج العين المتصدق بها من يد المتصدق إلى يد المتصدق عليه، فإن تسجيل عقد الصدقة في الرسم العقاري يحقق الغاية المذكورة ويوثقها بشكل أضمن لحقوق المتصدق عليه لأنه بمجرد تسجيل الصدقة في الرسم العقاري و إشهارها للعموم يصبح المتصدقعليه دون منازع، ويضمن لنفسه الاحتفاظ به والتصرف فيه بجميع أنواع التصرف، و القرار المطعون فيه لما اعتبر تسجيل الصدقة في الصك العقاري قبل حدوث المانع حيازة قانونية تغني عن الحيازة الفعلية فإنه يكون قد طبق القانون"[4].

ثانيا : هبة أو صدقة الشخص الذي يحيط الدين بماله :

من أبرز الاشكالات القانونية التي أصبحت تثار مؤخرا بخصوص توثيق عقدي الهبة والصدقة ، هي مسألة مدى مشروعية صدقة أو هبة من يحيط الدين بماله، الملاحظ أن المشرع المغربي فطن لهذا الإشكال الذي كان يثار من حين لآخر أمام ردهات المحاكم قبل ماي2012-تاريخ دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ-بحيث كان موفقا في

---

1) نظم المشرع المغربي أحكام الوصية شروطها و إجراءات تنفيذها في القانون 70.03 بمثابة مدونة الأسرة من خلال المواد من 277 إلى 320 .

2) إدريس بلمحجوب، من أهم توجهات المجلس الأعلى و رقابته في مجال شروط وتقنيات تحرير الوثيقة العدلية و صحتها، مرجع سابق، ص : 245.

3) المادة 274 من مدونة الحقوق العينية :

" تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول.

يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي.

يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظا أو في طور التحفيظ.

فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه."

4) قرار رقم 555 صادر عن جميع الغرف بالمجلس الأعلى، مؤرخ في 8/12/2003 ملف عقاري عدد 596/95 منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 149، ص: 258.

- ذكره عمر الأبيض، شرط الحوز في التبرعات ، مرجع سابق، ص : 22.

تنظيمه لأحكام عقد الهبة في مدونة الحقوق العينية إلى حد بعيد ونص صراحة من خلال المادة 278 منها على أن "الهبة لا تصح ممن كان الدين محيطا بماله."

غير أن المشرع المغربي و إن كان قد حسم في مسألة عدم جواز تبرع الشخص الذي تكون ذمته المالية مثقلة بالديون من خلال المادة 278 أعلاه، فإن السؤال الحقيقي و الجوهري الذي يطرح نفسه بقوة هو: هل يمكن للدائن المتضرر من هذا التصرف أن يرفع دعوى قضائية يطالب من خلالها بإبطال تصرف المدين التدليسي الذي يمس بضمانه العام؟

الواقع أن الجواب على هذا التساؤل متعذر في ظل القانون المغربي الحالي لكون المشرع لم يشر إلى هذه الدعوى بصفة صريحة في أي قانون موضوعي أو إجرائي.لكن رغم ذلك نجد أغلبية المحاكم تقبل بهذا النوع من الدعاوى و إن اختلفت كثيرا في طريقة تعاملها معها من حيث الحكم و التعليل القانوني. بحيث تعتمد أغلبية المحاكم على مقتضيات الفصل 1241[1] من قانون الالتزامات و إن كان عاما، كما تستند أيضا لقبولها مثل هذه الدعاوى على الفصل 22[2] من نفس القانون و المتعلق بالصورية في الاتفاقات و العقود.

و يطلق على هذا النوع من الدعاوى ب"الدعوى البوليصية" أو" دعوى عدم نفاذ تصرف المدين" و هي وسيلة قانونية أقرتها بعض التقنينات المدنية الحديثة للدائن لتمكينه من الطعن في التصرفات الضارة الصادرة عن مدينه، يطالب بمقتضاها الدائن الحكم بعدم نفاذ هذه التصرفات الضارة في حقهو إبطالها، ذلك أن المدين لما تسوء حالته المالية قد يعمد إلى تفويت بعض أمواله كلها أو جزئها سواء بعوض أو بدون عوضلإخفاء ثمنها عن دائنيه، أو أن يحابي بعض أقاربه بأن يبيعهم ماله بثمن بخس، أو أن يلجأ إلى مجاملة أحد دائنيه بأن يوفيه دينه كاملا حتى يخرجه من قسمة الغرماء نكاية بالدائنين الآخرين[3].

وبإلقاء نظرة على موقف محكمة النقض بخصوص هذه المسألة، نجدأن القرارات الصادرة عنهالا تفرق بين دعوى الصورية و دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في العديد من قراراتها. مع العلم بوجود فروق كثيرة بينهما لا من حيث شروط تحقق كل حالة و أيضا من حيث الآثارالقانونية ، وربما يرجع هذا الأمر لعدم وجود نص قانوني صريح ينظم دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في التشريع المغربي.

---

1) الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود : "أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية".

2) الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود :

"الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل".

3) عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزام – المصادر – الأحكام - الإثبات، القسم الأول مصادر الإلتزام، طبعة 1994، دار النهضة العربية –القاهرة، ص: 455 و 456.

وفي هذا السياق جاء قرار المجلس الأعلى الشهير لسنة 2010 صريحا بخصوص عدم شرعية صدقة الشخص الذي يحيط الدين بماله بحيث جاء في متنه : " المقرر فقها وقضاء أن الهبة تتعارض مع إحاطة الدين بالواهب، لما تؤدي إليه من إضعاف الضمان العام المقرر لدائني الواهب.و لما ثبت للمحكمة أن الواهب عمد إلى عقد هبة العقار لابنته بعد أن تقدم المطلوب بشكاية ضده من أجل إصدار شيكات بدون مؤونة، والتي انتهت بإدانة الواهب ابتدائيا و استئنافيا من أجل ذلك، و قضت تبعا لذلك ببطلان الهبة المذكورة لعقدها والدين محيط بالواهب، تكون قد أصابت صحيح القانون"[1].

الفقرة الثانية : موقف الاجتهاد القضائي من المنازعات المتعلقة بتوثيق الهبة و الصدقة بالرسم العدلي :

من المعلوم قانونا أن الطعن بالنقض لا يعني طرح القضية أمام محكمة النقض للفصل فيها،و إنما يعني مخاصمة الأحكام والقرارات، ببيان ما إذا كانت موافقة أو مخالفة للقانون فيما يكون قد عرض على محكمة الموضوع من طلبات وأدلة، ومن تم فلا يحق للخصوم إبداء دفوع وطلبات جديدة أمام محكمة النقض لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع. لذلك فإن الدور المنوط بمحكمة النقض يتمثل في السهر على التأويل السليم و التفسير الصحيح الموحد للقانون، وتوحيد الاجتهاد القضائي وتعميمه على سائر محاكم المملكة وتفعيل العمل القضائي وتطويره وفق ما يتطلبه الواقع الاقتصادي و الاجتماعي و الثقافي[2].

وتجدر الإشارة أن القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن محكمة النقض بغرفتين أو بمجموع الغرف أصبحت ملزمة مبدئيا لجميع الغرف و لمحاكم الموضوع بصفة خاصة، طالما أن من مهام محكمة النقض بصريح المادة 518 من قانون المسطرة الجنائية، وبصفة غير مباشرة بمقتضى الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية[3] العمل على توحيد الاجتهاد القضائي وحسم الاختلاف، وذلك استقرارا للمعاملات و حفاظا على قدسية القضاء وهيبته[4].

ويظل السؤال المطروح إلى أي حد استطاعت محكمة النقض توحيد العمل القضائي المغربي في موضوع شائك ومعقد كتوثيق التبرعات –الهبة والصدقة– بالعقود العدلية؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذه الفقرة من

---

1) قرارالمجلس الأعلى رقم 48 الصادر في 03 فبراير 2010الغرفة المدنية الأولى، في الملف عدد 6/2008/399 ، غير منشور.

2) إدريس بلمحجوب، مرجع سابق، ص : 235.

3) الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية :

" إذا قضت محكمة النقض بنقض حكم أحالت الدعوى إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التي نقض حكمها أو بصفة استثنائية على نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم المنقوض ويتعين إذ ذاك أن تتكون هذه المحكمة من قضاة لم يشاركوا بوجه من الوجوه أو بحكم وظيف ما في الحكم الذي هو موضوع النقض.

إذا بتت محكمة النقض في قرارها في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار محكمة النقض في هذه النقطة.

إذا رأت محكمة النقض بعد نقض الحكم المحال عليها أنه لم يبق هناك شيء يستوجب الحكم قررت النقض بدون إحالة."

4) إدريس بلمحجوب، مرجع سابق، ص : 238.

خلال رصد أبرز القرارات الصادرة عن محكمة النقض بخصوص الاشكالات التي تثار بكثرة بخصوص توثيق عقدي الهبة والصدقة بالرسوم العدلية.

أولا : الاجتهاد القضائي بشأن شرط الحوز في التبرعات ومسألة الاعتصار في الهبة :

1- الاجتهاد القضائي بشأن شرط الحوز في التبرعات :

- فيمسألة مدى كفاية اعتراف الموهوب له بتحقق شرط الحوز و لزوم معاينة العدلين لشرط الحوز صدر قرار للمجلس الأعلى سنة 1991 جاء فيه "من المبادئ الفقهية والقضائية المعتمدة أنه لا يكفي لصحة الهبة بالنسبة لشرط الحيازة مجرد اعتراف الموهوب له بتسلم الدار فارغة من شواغل الواهب و أمتعته، بل الأكثر من ذلك لا بد من معاينة الإفراغ و الحيازة من طرف العدلين طالما أن من شروط الهبة حيازتها من طرف الموهوب له في حياة الواهب "[1].

- بشأن حيازة الملك المتصدق به قبل وفاة المتصدق جاء في قرار للمجلس الأعلى : " لما تمسك الطاعن بكون الاراثة المدلى بها لا تتضمن تاريخ وفاة المتصدق لمعرفة ما إذا كان المتصدق عليه قد تحوز بالمتصدق به قبل وفاته أو بعده، و أن المحكمة عندما لم تبحث و تجيب على الدفع المذكور على الرغم مما له من تأثير على الفصل في النازلة جعلت قرارها ناقص التعليل وموجبا للنقض"[2].

- في قرار آخر[3] بخصوص مدى وجوب معاينة العدول للحوز في هبة الأب لأبنائه القاصرين و مدى حق هذا الأب في حيازة العقار الموهوب ، جاء قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 2/1/2008 للحسم في هذا الإشكال و أجاز للأب أن يحوز شخصيا لما وهب لأبنائه القاصرين وذلك بحكم ولايته عليهم وجاء في قاعدة القرار :

" يحق للأب الواهب لأبنائه القاصرين أن يحوز شخصيا لما وهبه عليهم وذلك بحكم ولايته.

لا تبطل الهبة إن لم يقع تضمين العدول معاينة الحوز.

يقول ابن عاصم : و للأب القبض لما وهب، ولده الصغير شرعا وجب

إن تصرف الأب فيما تحت يده للقاصر و الذي أعطي له على وجه الهبة لا يبطل الهبة و لا يشكل اعتصارا و غنما. ويحق فقط للموهوب له إبطال هذه التصرفات دون غيره باعتباره مالكا."

1) قرار المجلس الأعلى رقم 4831 بتاريخ 20/10/1991، الملف المدني عدد 347/99، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 55 ،منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى.ص: 74.

2) قرار المجلس الأعلى رقم 3821 صادر بتاريخ 13 شتنبر 2011 ، الملف المدني عدد 588/1/1/2010، منشور بمجلة ملفات عقارية، العدد 1 سنة 2011. ص: 188.

3) قرار المجلس الأعلى، رقم 4، المؤرخ في 2/1/2008، ملف شرعي عدد 324/2/1/2007، غير منشور.

- بخصوص وجوب معاينة شرط الحيازة من طرف العدول إذا كان المتصدق به عقار للسكنى فقد صدر عن المجلس الأعلى قرار فريد وجريء فصل شيئا ما في هذه الإشكالية، وجاء في قاعدة القرار ما يلي:

" إن كان محل الصدقة دار لسكنى المتصدق، فإنه يشترط لصحة الصدقة إخلاء المتصدق للمتصدق به، ومعاينة الشاهدين بإفراغه، و أن لا يعود إليه قبل عام ولو على وجه الكراء.

وتبطل هبة دار السكنى التي بقي بها المتصدق متواجدا إلى أن توفي، لقول صاحب التحفة: و إن يكن موضع سكناه وهب، فإن الإخلاء له حكم وجب[1]."

- فيما يتعلق بحدود التزام العدلين بمعاينة الحيازة في صدقة العقارات غير المحفظة، وهل يعتبر العدل مسؤولا في حالة كانت الحيازة المشهود بها صورية، صدر سنة 2006 قرارلنفس المجلس مفصلا في الموضوع، وجاء في حيثياته:" يتبين أن المستأنف عليهما حازتا العمارة المتصدق بها عليهما بمعاينة العدلين. و أن هذه المعاينة كافية لثبوت الحيازة و أن ادعاء صورية الحيازة لا يوجد بالملف ما يثبته. و لأن الثابت من وثائق الملف أن المتصدق لم يكن يشغل هذا العقار بل كان يقيم بعنوان آخر وهو ما جعل محكمة الاستئناف تأخذ بصحة عقد الصدقة وترجحه على باقي الوثائق المدلى بها من طرف المستأنفين..."[2].

- بشأن مدى ضرورة تقييد عقد الصدقة بالرسم العقاري في حياة المتصدق فقد صدر عن المجلس الأعلى قرار مهم سنة 2006 جاء في قاعدته أن عدم تسجيل عقد الصدقة في الرسم العقاري قيد حياة المتصدق لا يكفي وحده للقول بافتقار هذه الصدقة إلى الحوز.ونورد مقتطفا من حيثيات القرار كالآتي :

" حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أن عدم تسجيل الصدقة في الرسم العقاري قيد حياة المتصدق لا يكفي وحده للقول بافتقار هذه الصدقة إلى الحوز والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت عقد الصدقة موضوع النزاع مفتقرا إلى الحوز مادام لم يسجل بالرسم العقاري قيد حياة المتصدق دون بحث ومناقشة ما أثاره الطاعنون من قيامهم بالتصرف في المدعى فيه منذ عقد الصدقة الواقع بتاريخ 1990/02/26 وأدلوا بمحضر معاينة مؤرخ في 2003/06/05 الملف التنفيذي عدد 03/610 وقيامهم برهنه لفائدة القرض الفلاحي ضمانا للقرض المدينين به لفائدة هذه المؤسسة حسبما هو مضمن بشهادة المحافظة العقارية موضوع الرسم العقاري عدد 6345 ز واعتبروا ذلك قرائن تدل على حيازتهم للعقارين المتصدق بهما...".

2-: الاجتهاد القضائي في مسألة الاعتصار في الهبة :

في مسألة حق الأب أو الأم في الرجوع عن الهبة المعطاة للأبناء وشروط هذا الاعتصار، نورد مجموعة من قرارات المجلس الأعلى ذات الصلة بالموضوع :

1) قرار المجلس الأعلى، رقم 517، مؤرخ في 5/11/2008 ، ملف شرعي عدد 333/2/1/2006، غير منشور.

2) قرار المجلس الأعلى رقم 184 مؤرخ في 28/3/2007، ملف شرعي عدد 488/2/1/2006، غير منشور.

- جاء في قرار للمجلس الأعلى سنة 2005 أنه: " ليس للأب اعتصار الهبة إذا اشترط عدم الرجوع فيها، و المحكمة لما اعتبرت تضمين المتبرع عقد الهبة عدم الرجوع فيها في حكم الصدقة من حيث عدم جواز اعتصارها، فإنه ليس بقرارها أي خرق للقواعد الفقهية المنظمة لأحكام الهبة"[1].
- قرارآخر صدر بتاريخ 2007/11/28 عن نفس المجلس جاء ليؤكد نفس القاعدة : " إن اشتراط الأب عدم الرجوع في الهبة في الوثيقة العدلية يجعل طلبه بالاعتصار غير قائم على أساس."[2].
- قرار آخر لنفس المؤسسة القضائية و في ذات السياق جاء في قاعدته " لقد استقر قضاء المجلس الأعلى أن ليس للأب اعتصار الهبة إذا اشترط عدم الرجوعفيها"[3].
- بخصوص مدى حق الجد و الجدة في الاعتصار في الهبة الممنوحة لأحد أحفادهما قياسا على حق اعتصار الأب و الأب فيما وهبا لأولادهم، صدر قراربهذا الشأن سنة 2007 أكد على أنه لا يحق للجد أو الجدة الاعتصار في الهبة التي عقدها أو عقدتها لأن الجدة لا تنزل منزلة الأم.و جاء في حيثيات القرار :

" لكن حيث إن القرار المطعون فيه لما أيد الحكم الابتدائي المستأنف يكون قد تبنى علله و أسبابه، و أنه يكفي في صحة قضاء المحكمة الابتدائية ما عللت به من أن اعتصار الهبة حق للأب و الأم فقط و لا اعتصار لغيرهما ولو كان قريبا، لقول الشيخ خليل في مختصره (و للأب اعتصارها من ولده كأم فقط...) وكما حققه التسولي في الجزء الثاني من شرح التحفة ص 247، الذي ورد فيه أنه لا يجوز الاعتصار للجد و لا للجدة. وذلك مادام طلب الطاعنة الافتتاحي ينحصر موضوعه في الحكم بحقها في اعتصار الهبة التي عقدتها للمطلوبين في الطعن... لهذه الأسباب قضى المجلس الأعلى برفض الطلب وعلى الطاعنة المصاريف[4]."

- في نفس الإطار أكد القرار عدد240، المؤرخ في 25/4/2007، في الملف العقاري عدد 304/2/1/2006 (غير منشور) على أن الهبة التي يبرمها العم لفائدة أبناء أخيه نافذة، و لا يمكن الاعتصار بشأنها، لأن الاعتصار مقرر لفائدة الأب و الأم فقط لا لغيرهما.

ثانيا : الاجتهادالقضائي في شرط أتمية المتبرع ومسألة تبرع الشخص الذي يحيط الدين بماله :

1- الاجتهاد القضائي في شرط أتمية المتبرع وحدود التزام العدول بالتأكد منها :

نلاحظ بالنسبة لهذا الموضوع تضارب قرارات محكمة النقض ونميز بين الاتجاه القديم الذي كان يعتبر ذكر العدول لتوفر شرط الأتمية في الوثيقة دليل قاطع على ثبوت الأهلية،و لا يقبل إثبات العكس. و الاتجاه الحديث الذي

1) قرار المجلس الأعلى رقم 151 تاريخ 16/3/2005 ، الملف الشرعي عدد 675/2/1/2003.

- أشار إليه، عبد الواحد بن مسعود، مرجع سابق، ص : 364.

2) قرار المجلس الأعلى رقم 599، المؤرخ في 28/11/2007، ملف شرعي عدد 423/2/1/2006، غير منشور.

3) قرار المجلس الأعلى، رقم 348، المؤرخ في 18/6/2008، ملف شرعي عدد 539/2/1/2007، غير منشور.

4) قرار المجلس الأعلى رقم 74 ، المؤرخ في 31/1/2007 ، ملف شرعي عدد 62/2/1/2005، غير منشور.

يعتبر الإشهاد العدلي بالأتمية ما هو إلا رصد ظاهري للحالة الصحية والعقلية للمريض المتعاقد يقبل إثبات العكس بالشواهد الطبية و القرائن الملتئمة القوية.

ونذكر من بين قرارات المجلس الأعلى التي اعتبرت ذكر العدول لتوفر شرط الأتمية في الوثيقة دليل قاطع على ثبوت الأهلية :

- القرارعدد 809 المؤرخ في 25/12/1982 والذي جاء فيه " يعتبر الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلان بأتمية المشهود عليه حجة رسمية على أنه لم يكن وقت الإشهاد مريضا مرض الموت"[1].
- القرار عدد 664 الصادر بتاريخ في 28/3/1995 و الذي نص في قاعدته على أن " تقييم الحجج و تقديرها موكول لسلطة قضاة الموضوع، و أن الإشهاد العدليعلى المتصرف بالأتمية كاف لصحة الصدقة"[2].
- جاء في أحد قرارات الغرفة المدنيةبالمجلس الأعلى سنة 2002 " مادام الهالك كان صحيحا أثناء التعاقد كامل الإدراك فإن الشهادة الطبية المتعلقة بفترات خارجة عن إطار التعاقد لا تأثير لها[3]."

و بالمقابل نورد بعض قرارات محكمة النقض الحديثة التي تعتبر الإشهاد العدلي بالأتمية ما هو إلا رصد ظاهري للحالة الصحية والعقلية للمريض المتعاقد يقبل إثبات العكس بالشواهد و القرائن الطبية الملتئمة:

- أكد المجلس الأعلى في أحد قراراتهأنأتمية الواهب تثبت للمريض ولو كان مريضا بمرض عضال كالسرطان لكون هذا المرض لا يؤثر على الارادة مادام أن الشواهد الطبية و اللفيف العدلي تفيد أن المريض كان بكامل قواه العقلية، و جاء في حيثيات هذا القرار : " ذلك أن القرار المطعون فيه لم يناقش الوثائق الرسمية و اللفيف العدلي و الشواهد الطبية التي تفيد أن الهالك كان في كامل قواه العقلية، و أن المرض لم يفقده إدراكه وتمييزه، كما أن العدل لما حرر العقد شهد بالأتمية، و أن ما أشار إليه قرار محكمة الاستئناف من أن إرادة المتصدق معيبة، لا يمكن تحديده إلا من طرف أهل الاختصاص، و بالتالي فإن القرار لما اعتبر أنه يكفي أن تكون إرادة المتصدق معيبة بسبب مرض السرطان، فإنه يكون قد خالف القانون و الفقه و القضاء، وجاء ناقص التعليل، وهو بمثابة انعدامه، ومعرضا للنقض[4]."
- و في قرار آخر للمجلس الأعلى تم التأكيد على أنعدم اعتماد المحكمة على ماشهد به العدلان من أتميةللمتصدق دون مناقشتها للشواهد الطبية و التقرير الطبي يجعل قرارها ناقص التعليل ومعرضا للنقض، و جاء في حيثيات هذا القرار : " إن اعتماد المحكمة على ما شهد به العدلان في رسم الصدقة من

1) منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد31، منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى. ص: 45.

2) منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 47، منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى،ص : 127.

3) قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 574 تاريخ 24/07/2002 ، ملف عقاري عدد 90/2/1/2002، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج 59-60 ، السنة 24،منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى.

4) قرار المجلس الأعلى رقم184، المؤرخ في 28/3/2007، ملف شرعي عدد 488/2/1/2006، غير منشور.

أتمية المشهود عليه المتصدق ، للقول بصحة هذه الصدقة دون مناقشة الشواهد الطبية و التقرير الطبي الذي يصف الحالة الصحية للمتصدق وقت إبرامه للصدقة محل النزاع بإصابته باضطرابات لها تأثيرات سلوكية على قدرته العقلية وقوة إدراكه و تصرفاته، بعلة أن الحكم السابق القاضي بالتحجير على المتصدق استند على تلك الشواهد تم إلغاؤه لوفاة المتصدق يجعل القرار ناقص التعليل..."[1].

- وفي قرار آخر يتعلق بأحد الملفات الشرعية صدر سنة 2005 تشبت المجلسبنفس التوجه القاضي بكون الأتمية التي يشهد بها العدلان على الشخص المتعاقدإنما تثبت الأتمية الظاهرية فقط دون غيرها من الأمراض و العوارض التي تشوب الإرادة، وجاء في أحد مقتطفات القرار: "الأتمية التي يضمنها العدلان في الرسم إنما تتعلق بصحة المتعاقد ظاهريا، و لا تثبت عدم إصابة المتصدق بمرض الموت الذي يمكن الاستعانة بالأطباء المختصين لإثباته"[2].و عننفس الغرفة التوجه جاء في قاعدته أن الصدقة لا تجوز أثناء مرض الموت، ويتعين على محكمة الموضوع عدم الاكتفاء بشهادة الأتمية المتضمنة في الوثيقة العدلية بل يجب عليها إجراء بحث حول الملف الطبي للمتصدق[3].

- في نفس السياق أكد القرار عدد 279 الصادر سنة 2008 عن نفس المجلس هذا التوجه و قضا بأن الأصل في الإنسان يبقى هو كمال الأهلية عند إبرام التصرفات طالما لم يثبت خلاف ذلك وقت إنجازها، وبالتالي يبقى الإنسان في أتميته وصحيح العقل و البدن إلى حين بيان خلافه[4].

- نفس القاعدة الحديثة كرسها القرارعدد 283 المؤرخ في 21/5/2008 في الملف الشرعي عدد 343/2/1/2007، حيث جاء في قاعدته : " الأتمية التي يشهد بها العدلان أتمية ظاهرة و هي قاصرة على ظاهر حال المشهود عليه الذي يمكن إثبات خلافهعبر الشواهد الطبية[5].

2-التوجه القضائي في مسألة تبرع الشخص الذي يحيط الدين بماله :

في موضوع مدى صحة التبرعات التي يبرمها الشخص الذي يحيط الدين بماله نجد هناك تضاربا قويا في اتجاهات محكمة النقض بخصوص هذه المسألة، فبعض القرارات تعتبر تبرع الشخص الذي يحيط الدين بماله باطلا من أصله وتستند في الغالب على مقتضيات الفصلين 22 و 1241 من قانون الالتزامات و العقود. وبعض القرارات الأخرى نجدها ترفض قبول دعوى الدائن المتضرر بإبطال تصرف مدينه – المتبرع – بسوء نية وهي ما يعرف بدعوى عدم نفاذ التصرفات.

---

1) القرار رقم 539 بتاريخ 3/12/2003 ملف مدني عدد333/2/1/1998، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61،منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى،ص: 139.

2) قرار رقم 165 بتاريخ 16/3/2005 ، ملف شرعي عدد 389/01/2003، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 64-65،منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى، ص: 155.

3) قرار المجلس الأعلى رقم 607، مؤرخ في 31/12/2008، ملف شرعي عدد 736/2/1/2007، غير منشور.

4) قرار المجلس الأعلى رقم 279، مؤرخ في 21/5/2008، ملف شرعي عدد262/2/1/2007، غير منشور.

5) غير منشور.

و نذكر من بين القرارات التي أيدت حق الدائن في رفع دعوى عدم نفاذ تصرف المتبرع :

- قرار للمجلس الأعلى سنة 2008 جاء في حيثياته : " يعتبر المتصدق له خلفا خاصا للمتصدق وبالتالي يحتج في مواجهته بالأحكام الصادرة في مواجهة من تلقى منه الحق في وقت سابق عن قيام عقد التبرع.لا يملك الخلف (المتصدق له)، دفوعا أكثر مما كان لسلفه بشأن الحق الذي تلقاه منه."[1]

- قرار لنفس المحكمة سنة 2008 جاء في حيثياته : " لكن حيث إنه تطبيقا للفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود أجاز الفقه والقضاء للدائن أن يطعن في التصرفات التي يجريها مدينه إذا كان من شأنها أن تتسبب في إعساره وتنقص من الضمان العام المقرر على أمواله، ولا يشترط لقبول الدعوى بهذا الشأن علم المتصرف إليه بالدين إذا كان التصرف بغير عوض، والمحكمة لما استخلصت من محضر عدم وجود ما يحجز المستدل به اعسار المطلوب في النقض بنفرج العربي واعتبرت التصرف بالهبة الصادر منه لفائدة زوجته الطالبة إهدارا للضمان العام المقرر لفائدة الدائن المطلوب في النقض علال العيادي وخرقا لقواعد الفقه التي تنص على أنه لا تصح صدقة لمن أحاط الدين بماله كما نص على ذلك الشيخ ابن عاصم في تحفته : صدقة تجوز إلا مع مرض موت و بالدين تعترض. وهذه القاعدة بمثابة قانون ولم تلتفت المحكمة اعتبارا لذلك إلى ما تمسكت به الطالبة من عدم علمهابالدين المترتب في ذمة زوجها المذكور تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما ولم تخرق الفصول المحتج بها مما يجعل الوسيلة بدون أساس..."[2].

- قرار آخر صدر في نفس السنة عن الغرفة التجارية بالمجلس الأعلى جاء فيه:" لكن حيث أنه بمقتضى الفصل 1241 من ق ل ع فإن اموال المدين ضمان عام لدائنيه وأن عرض المدين لا يدل على أنه كاف لأداء الدين المكفول. والثابت من أوراق الملف أن الطاعن ...لفائدة المطلوبة كفالات شخصية في حدود مبلغ ... درهم وذلك بمقتضى عقود الكفالات المؤرخة في ...في حين قام بإبرام عقد هبة مال من أمواله لفائدة إبنيه الطاعنين ... بتاريخ ... والمحكمة قضت بعدم نفاذ عقد الهبة موضوع نازلة الحال معللة قرارها بأن الطاعن السيد ...لما قبل البنك المطلوب كفالة شخصية مع التنازل الصريح عن مزية التجزئة أو التجريد فقد وضع جميع أمواله لتصبح ضمانا عاما لفائدة الدائن عملا بالفصل المذكور وأن إقدامه على هبة حقوقه على العقار موضوع الرسم العقاري عدد ... لولديه الطاعنين ... عقب تحرير الكفالة من شأنه الإضرار بحقوق الدائن لأن انتقال حقوق الكفيل الى الغير يؤدي الى الانتقاص من الضمان العام للدائن، تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما و عللت قرارها تعليلا كافيا ، ويبقى ما أثير بدون اساس. لهذهالأسباب: قضى المجلس الأعلى برفض الطلب وتحميل الطاعنين المصاريف[3]."

- في سنة 2008 صدر قرار مميز بالمجلس الأعلى تطرقت من خلاله الغرفة المدنية لآثار الصورية على عقدالهبة، ونورد من أهم حيثياته ما يلي : " لكن، ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها فإن الطاعنين

---

1) قرار المجلس الأعلى، رقم 339، المؤرخ في 18/6/2008، ملف شرعي عدد 418/2/1/2007، غير منشور.

2) قرار المجلس الأعلى رقم 215، مؤرخ في 2008/04/23، ملف عدد 2007/1/2/161، غير منشور.

3) قرار المجلس الأعلى الغرفة التجارية رقم 358، مؤرخ في 2008/06/25، ملف عدد 07/1/2/464، غير منشور.

لم ينفيا أمام محكمة الاستئناف الهبة المطلوب إبطالها حتى تكون المحكمة ملزمة بتكليف المدعي بالإدلاء بأصل العقد لإثبات وجودها وأن الطلب الرامي إلى إبطال الهبة لم يقتصر على كونها صورية فحسب، وإنما أيضا على معارضة المدعي لوقوعها لكونها تمس بالضمان العام التي تكونه أموال الكفيل له وذلك يتجلى في تأسيس المدعي مقاله على الفصل 1241 المذكور، وأن الطاعن بلمعاشي مراد وإن كان كفيل للمدين الأصلي فإنه مدين بالتبعية للدائن وأمواله ضمان له كذلك، ولذلك يبقى الحق للمستفيد من الضمان في التصدي لمنع كل ما من شأنه أن يحل بهذا الضمان أو ينقص وأن القرار لم يقض ببطلان الهبة وإنما قضى بعدم نفادها اتجاه المطلوب في النقض وليس في ذلك تناقض، وأن المحكمة غير ملزمة بتتبع الأطراف في جميع مناحي أقوالهم التي لا تأثير لها على قضائها ولذلك فإن القرار حين علل بأن "دعوى المستأنف ترمي إلى بطلان عقد الهبة المبرم بين المستأنف عليهما المشار إليه أعلاه استنادا كذلك إلى مقتضيات الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود وأن الثابت من أوراق الملف أن المستأنف عليه بلمعاشي جواد قد التزم لفائدة الصندوق المستأنف بضمان أداء الديون المترتبة أو التي تستوجب على شركة دونطابيل في حدود مبلغ 25.000.000,00 درهم وبذلك فإن أمواله أصبحت تشكل ضمانا عاما لفائدة الدائن عملا بالفصل 1241 المذكور الذي ينص على أن أموال المدين ضمان عام لدائنه وتبعا لذلك فإن إقدامه على هبة حقوقه المشاعة إلى زوجته. وذلك بتحريره لعقد الهبة من شأنه الإضرار بحقوق الدائن لأن انتقال حقوق الكفيل إلى الغير يؤدي إلى الإنقاص من الضمان العام أو إلى انعدامه في ذلك قرار المجلس الأعلى عدد 1401الصادر بتاريخ 2002/11/20 في الملف التجاري عدد 01/1/3/1237 وأنه بناء على ذلك وبالنظر إلى أن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين وأنه ليس للغير إلا طلب عدم نفاذ العقد في حقه "أنظر في ذلك كتاب الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري الجزء الثاني ص 977 " فإنه يتعين إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بعدم نفاد عقد الهبة المبرم بين المستأنف عليهما المصادق على توقيعه بتاريخ 27/11/2002 في حق الصندوق المستأنف مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية لفائدة هذا الأخير بشأن العقارات موضوع عقد الهبة وكأنها لم تخرج يوما من الضمان العام وعدم قبول باقي الطلبات. ونتيجة لما ذكر كله يكون القرار مرتكزا على أساس قانوني ومعللا تعليلا كافيا وغير خارق للفصول المدعى خرقها والوسائل جميعا بالتالي غير جدير بالاعتبار .لهذه الأسباب: قضى المجلس الأعلى برفض الطلب وبتحميل أصحابه الصائر"[1].

1) قرار الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى رقم 940، بتاريخ 12/3/2008، ملف عدد 2006/1/1/3493، غير منشور.

خاتمة :

نخلص في نهاية هذه الدراسة أن أحكام الفقه الإسلامي عامة والفقه المالكي خاصة ينسجمان إلى حد بعيد مع مقتضيات مدونة الحقوق العينية التي نظمت الهبة والصدقة باعتبارهما أسبابا لكسب الملكية، غير أن التوثيق العدلي بالمغرب لا بد له أن ينهض بفضل جهود السادة العدول، ويواكب المستجدات العلميةو القانونية الطارئة في مجال التوثيق وكذا التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي تميز طبيعة المعاملات القانونية الحديثة خاصة الجانب الإلكتروني و التكنولوجي منها، و أن يقوموا بتحديث أساليب عملهم بكل ما أوتوا من علم ومعرفة و بحث و اجتهاد، ونأمل أن تحظى مسيرة تعديل القوانين المتعلقة بالتوثيق في المغرب بالنجاح المنشود في إطار الإصلاح الشامل لمنظومة العدالة ببلادنا، خاصة و أن مرفق التوثيق يعتبر في أي منظومة قانونية الطريق الأساسي و الجوهري لتحقيق الأمن التعاقدي و استقرار المعاملات.

وعموما فإن تحرير عقودالهبة والصدقة من طرف الجهات المخولة قانونا سواء كان موثقا عدليا أو موثقا عصريا،يتطلب من محرره تقصى كل المعلومات التي تثبت مشروعية الهبة أو الصدقة، و البحث عن طبيعة العقار موضوع التبرع هل هو سكني، مهني، فلاحي أم تجاري، و أن يتأكد من كونه ليس عقار حبوسيا أو ملكا جماعيا أو عاما أو خاصا للدولة... و أن يطالب الأطراف بالسندات والوثائق القانونيةالمثبتة لمدخل تملك الواهب أو المتصدق، و هل العقار الموهوب أو المتصدق به عقار مستقل أم جزء من عقار شائع، مع تنبيه المتبرع بأن تبرعه قد يتعرض للحكم بعدم النفاذ قضائيا إذا كان هدف تبرعه بالمحل تهريب هذا الأخير من الضمان العام للدائنين،إلى غير ذلك من التفاصيل الدقيقة التي لا غنى عنها.ويبقى هدف هذا كلههو جعل الوثيقة العدليةفي المستوى التي يليق بها، وكذا من أجل حفظ حقوق المتبرع و المتبرع إليه من جهة ، و حقوق الأغيار-دائني المتبرع و خلفه العام و الخاص-و الخزينة العامة للمملكة من جهة ثانية.

- **لائحة بأهم المراجع المعتمدة :**

- أحمد خرطة ، الوثيقة العدلية وحتمية تجديدها شكلا ومضمونا ، "توثيق التصرفات العقارية" الندوة العلمية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005،سلسلة الندوات والأيام الدراسية ،العدد 23،المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش.
- الحسن المسؤل، الوثيقة لعدلية بين الاستمرارية و الزوال، التوثيق المغربي: واقع وآفاق ، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مسلك القانون الخاص بالكلية متعددة التخصصات بتازة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله يومي 24 و 25 أبريل 2008، الطبعة الأولى 2010، مكتبة دار السلام-الرباط.
- إدريس بلمحجوب ،من أهم توجهات المجلس الأعلى ورقابته في مجال شروط وتقنيات تحريرالوثيقة العدلية وصحتها، "توثيق التصرفات العقارية" الندوة العلمية التي نظمها مركزالدراسات القانونية المدنية

والعقاريةبكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005،سلسلة الندوات والأيام الدراسية ،العدد 23،المطبعة والوراقة الوطنية– مراكش.

- عبد السلام الزياني، شروط الموثق وضوابط تحرير الوثيقة العدلية، "توثيق التصرفات العقارية" ، الندوة العلمية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية ، العدد 23، المطبعة والوراقة الوطنية–مراكش.
- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الأولى 1993، مطبعة النجاح الجديدة– الدار البيضاء.
- عبد الواحد بن مسعود، تدوين عقد الهبة، "نحو تشريع عقاري جديد" أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية و العقارية لتكريم الأستاذ الدكتور محمد خيري، يومي 29 و 30 أبريل، الطبعة الأولى 2011، المطبعة والوراقة الوطنية– مراكش.
- عبد السلام العسري، بيانات وثيقة المعاملات العقارية والتعابير الاحترازية المطلوبة، "توثيق التصرفات العقارية" الندوة العلمية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية ، العدد 23، المطبعة والوراقة الوطنية– مراكش.
- عمر الأبيض، شرط الحوز في التبرعات، الطبعة الأولى 2011، مطبعة الأمنية –الرباط.
- عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزام – المصادر – الأحكام – الإثبات، القسم الأول مصادر الإلتزام، طبعة 1994، دار النهضة العربية – القاهرة.
- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، طبعة 1981، دار المعارف– القاهرة.
- مجلة ملفات عقارية، العدد الأول 2011،منشوراتقسم التوثيق والدراسات بمحكمة النقض.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد31، منشوراتمركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 47منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى.
- مجلة قضاء المجلس الأعلىالعدد 55، منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 59–60 ،منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61، منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 64–65،منشورات مركز النشر و التوثيق القضائي بالمجلس الأعلى.

الهجرة غير المشروعة وفق القانون الليبي

(المفهوم - الأسباب - التدابير والآليات)

د.عمر عبدالله عمر أمبارك

كلية القانون – جامعة سرت

مقدمة :

ظاهرة الهجرة بشكل عام ليست حديثة، وإنما ارتبط ظهورها بوجود المجتمعات البشرية وحركة البشر عبر حقب التاريخ المختلفة، وكانت تتم بالانتقال من مكانٍ لآخر ومن منطقةٍ لأخرى بحثاً عن مصادر العيش والرزق، وهرباً من الحروب والفتن، ومع تنامي وازدياد حجمها في الوقت الحاضر أصبحت الدول أكثر حرصاً على سن تشريعات خاصة للتعامل مع ظاهرة الهجرة غير المشروعة والحد منها؛ نتيجة للآثار السيئة المترتبة عنها، وتعمل على توحيد جهودها من خلال الاتفاقيات الدولية من أجل القضاء عليها.

لقد أضحت ظاهرة الهجرة غير المشروعة تحتل مكاناً بارزاً، وأهميةً كبيرةً في مجال العلاقة بين البلدان المتقدمة والنامية، لارتباطها بالجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية؛ فالظروف الأمنية والسياسية والاقتصادية السيئة تدفع الأفراد لطرق باب الهجرة، والانتقال من الدول النامية إلى الدول المتقدمة.

وأصبحت تحتل صدارة الاهتمامات الدولية والوطنية لاسيما في ظل التوجه العالمي نحو العولمة الاقتصادية، وتطورت تداعياتها لاسيما مع التغيرات والتحولات التي بات يشهدها العالم اليوم، وأصبح موضوعها خلال السنوات الأخيرة من المسائل الرئيسة والمهمة التي تدعو إلى القلق في العديد من الدول؛ نتيجة انعكاس أثارها وتسارع وتيرتها بشكل مخيف يستدعي إيجاد استراتيجيات تعاون بين الدول لتطويقها والحد من توسعها وانتشارها. باعتبارها من أخطر القضايا الاجتماعية، التي لا تزال تؤرق المجتمع الدولي، وهي مشكلة شديدة الحساسية لكونها تمس جميع شرائح المجتمع، فهي لم تعد تقتصر على الشباب الذكور فقط، بل حتى فئة الإناث والأطفال.

لقد أخذت ظاهرة الهجرة غير المشروعة في التزايد بشكل كبير في السنوات الأخيرة، فارتفاع نسبة عدد الشباب في العالم الثالث، وتناقص فرص العمل، وتدهور الأوضاع الاقتصادية، بالإضافة إلى زيادة حدة الفوارق بين الدول الغنية والفقيرة يعتبر أحد أهم أسباب ودوافع الهجرة غير المشروعة بحسب ما تشير إليه تقارير منظمة الأمم المتحدة في هذا الخصوص.[1]

إن الدول الغنية بما تمتلكه من مقوماتٍ اقتصاديةٍ أصبحت مناطق جذبٍ، ومحط أنظار الراغبين في الهروب من قسوة الظروف المعيشية في أوطانهم بهدف تحسين ظروفهم الاقتصادية والمعيشية أو الهاربين من الأوضاع السياسية والأمنية غير المستقرة في بلدانهم الأصلية، وخاصة تلك التي تعاني من ويلات الحروب والنزاعات الأهلية أو الذين يتعرضون للقمع وسوء المعاملة في أوطانهم لأسباب دينية أو عرقية أو أيديولوجية.

ومع تنامي هذه الظاهرة في عالم اليوم، وما ينجم عنها من إفرازاتٍ سلبيةٍ على المجتمعات والدول المستقبلة للمهاجرين غير الشرعيين فقد نالت اهتماماً واسعاً على المستوى العالمي، واتجهت الدول المستهدفة لاتخاذ خطواتٍ كبيرةٍ للحد منها، ومن تداعياتها السلبية على النواحي الاقتصادية والاجتماعية والأمنية والصحية والسياسية لتلك الدول. فأبرمت المعاهدات والاتفاقيات بين الدول المتعلقة بهذا الجانب بغية مساعدة الدول الفقيرة على تحسين أوضاعها الاقتصادية، وتطوير وسائل المراقبة على حدودها، وتشديد قوانين التجنيس والهجرة والتوظيف، وهي تمثل نماذج من بعض الإجراءات الوقائية التي اتخذتها الدول المستهدفة بالهجرة غير المشروعة للحد من تناميها. كما نالت الجوانب الإنسانية المرتبطة بهذه الظاهرة اهتمام منظمة الأمم المتحدة ومنظمات حقوق الإنسان للحفاظ على حقوق المهاجرين غير الشرعيين واحترام كرامتهم وآدميتهم وتقديم الدعم المطلوب لهم ومراقبة سلوك الدول المستهدفة تجاههم عند وصولهم إلى أراضيها. وتشهد ليبيا كغيرها من البلدان ظاهرة الهجرة غير المشروعة، حيث جعل منها موقعها الجغرافي، باعتبارها بوابة إفريقيا، بلد عبور وممر لأفواج الهجرة غير المشروعة، كما أسهم اتساع شريطها الحدودي البري في أن تكون قبلة للمهاجرين السريين نحو الشمال، وقد ساعد في ذلك أيضاً في الوقت الحاضر الأوضاع الأمنية الهشة التي تعيشها البلاد، مما أدى إلى تزايدٍ كبيرٍ في أعداد المهاجرين غير الشرعيين من الجاليات الأجنبية، وخاصة الإفريقية منها، وتواجدها على الأراضي الليبية، وهو الأمر الذي أدى إلى استفحال الجريمة المنظمة والإرهاب، فضلاً عن انتشار الكثير من الأوبئة والأمراض الخطيرة. وفي ظل تنامي هذه الظاهرة الخطيرة ظهرت العديد من الجماعات المنظمة اختصت في تهريب المهاجرين، واتخذت من هذا العمل الإجرامي مصدرًا للدخل، وهي تقوم بنقل المهاجرين غير الشرعيين إلى دول جنوب المتوسط خصوصاً إيطاليا.

وللحد من أثار هذه الظاهرة الخطيرة تدخل المشرع الليبي، من خلال اتخاذ جملة من الإجراءات والتدابير القانونية التي تهدف إلى الحد من الهجرة غير المشروعة، ومواجهتها بالتجريم، وإنزال أشد العقوبات بمرتكبيها.

([1]) د.أسامة بدير، "ظاهرة الهجرة غير الشرعية، التعريف والحجم – المواثيق الدولية – الدوافع والأسباب"، مقال منشور في 24 أبريل 2013 على الرابط التالي: www.Aidiwan.org/News-Action-show-id-357.htm

ومن هنا تأتي أهمية الدراسة كمحاولةٍ لتسليط الضوء على هذه الظاهرة المعقدة من خلال بيان مفهوم الهجرة غير المشروعة، وتوضيح أسبابها ودوافعها، وأيضاً دراسة المواجهة القانونية لها؛ من خلال إبراز المعالجات القانونية التي أوردها المشرع الليبي في قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة رقم 19 لسنة 2010 من أجل محاربتها والقضاء عليها، وآليات تنظيم دخول الأجانب وإقامتهم في البلاد وفقاً للقانون رقم 6 لسنة 1987.

أما إشكالية الدراسة فهي تتمحور حول كيفية معالجة المشرع الليبي لظاهرة الهجرة غير المشروعة، ومحاربتها ومحاصرتها، والتدابير والإجراءات اللازمة للقضاء عليها وفق ما ورد في القانون رقم 19 لسنة 2010 المشار إليه.

واعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي في وصف ظاهرة الهجرة غير المشروعة، وكذلك المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص التشريعية المتعلقة بهذه الظاهرة.

وتتركز هذه الورقة حول دراسة ثلاث نقاطٍ رئيسية تشمل مفهوم الهجرة غير المشروعة (المبحث الأول)، والأسباب والدوافع الكامنة ورائها (المبحث الثاني)، والتدابير والآليات التشريعية والتنظيمية لمعالجتها والقضاء عليها (المبحث الثالث)، وتنتهي الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول : ماهية الهجرة غير المشروعة :

إن دراسة أي ظاهرة يتطلب تحديد مفهومها، وبيان ما يتشابه معها من مفاهيم أخرى، لذلك فإن دراسة هذا المبحث تتطلب تقسيمه إلى مطلبين؛ نتناول في المطلب الأول مفهوم الهجرة غير المشروعة، ونخصص المطلب الثاني لبيان بعض المفاهيم المشابهة لها.

المطلب الأول : مفهوم الهجرة غير المشروعة :

إن معنى كلمة الهجرة بشكلٍ عامٍ من حيث اللغة تعني الهجر، وهو ضد الوصل، و(المهاجرة من أرضٍ إلى أرضٍ ترك الأولى للثانية).[1]

وورد مصطلح (الهجرة) في القرآن الكريم في مواضع عدة، منها قوله تعالى " ومن يهاجر في سبيل الله يجد في الأرض مراغماً كثيراً وسَعَةً، ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله، وكان الله غفوراً رحيماً "،[2] وقوله أيضاً " إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرًا ".[3]

([1]) مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ) المحقق يوسف الشيخ محمد، دار النشر المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ / 1999.

([2]) الآية (100) من سورة النساء.

([3]) الآية (97) من سورة النساء.

كما ورد ذكرها في الأحاديث النبوية الشريفة، فعن أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل أمريء ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه ".[1] ويقابل كلمة الهجرة في اللغة العربية مصطلح (Migration) في اللغة الإنجليزية، ومصطلح (émigration) في اللغة الفرنسية، ومصطلح (иммиграция) في اللغة الروسية، وهي تشير جميعها إلى معنى (الترك والمغادرة والتجوال والانتقال).

ووفق ما تقدم فإن مفهوم الهجرة يشير إلى عملية انتقال الأفراد من مكان إلى آخر للاستقرار والإقامة فيه بصفة دائمة أو مؤقتة.

أما مفهوم الهجرة غير المشروعة فله خصوصية تختلف عن الهجرة المشروعة، وهو يعني خروج الفرد من إقليم دولته أو دولة أخرى من غير المنافذ المخصصة للخروج باستخدام وثائق سفرٍ مزورةٍ، أو التسلل عبرها بدون وثائق، سواء بقصد الإقامة المؤقتة أو الدائمة.

فالهجرة غير المشروعة تتم سراً دون علم السلطات الرسمية المختصة في الدولة، وخارج إطار القانون.

وقد تكون الهجرة في أساسها قانونية، وتتحول فيما بعد إلى هجرةٍ غير مشروعةٍ، وأصبح لهذه الظاهرة أبعاد عالمية بسبب ما تشكله من خطورةٍ إجراميةٍ تأتي في المرتبة الثالثة بعد تجارة المخدرات والأسلحة.[2]

وتتعدد التسميات التي تطلق على هذه الظاهرة، فمنهم من يطلق عليها الهجرة غير الشرعية، والهجرة غير المشروعة، والهجرة السرية، والهجرة غير النظامية، والهجرة غير القانونية، والهجرة بدون وثائق، وقد اعتمدنا في هذه الدراسة المصطلح الذي استخدمه المشرع الليبي في القانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة.

ونتناول فيما يلي تعريفات الفقه، ثم تعريف المشرع للهجرة غير المشروعة، وذلك على النحو التالي :

أولاً- تعريف الفقه :

لم يتفق الفقه على تعريفٍ واحدٍ للهجرة غير المشروعة، وإنما تعددت تعريفاته لها بحسب رؤية كل دولةٍ لهذه الظاهرة والنابعة من المصلحة الوطنية، فقد عرفها البعض بأنها "عملية الدخول والخروج غير القانوني من وإلى إقليم أية دولة من قبل أفراد أو جماعات من غير الأماكن المحددة لذلك دون التقيد بالضوابط والشروط القانونية التي تفرضها كل دولة في مجال تنقل الأفراد".

([1]) رواه البخاري ومسلم في صحيحهما .

([2]) غربي محمد، بحث بعنوان التحديات الأمنية للهجرة غير الشرعية في منطقة البحر الأبيض المتوسط، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد الثامن، جامعة حسيبة بو علي، الشلف الجزائر، 212، مشار إليه عند التعريفات د.آسية بو عزيز، السياسة الجنائية في مكافحة الهجرة غير الشرعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة (1)، 2018/2017، ص19.

وعرفها آخر بأنها "الانتقال من الوطن الأم إلى الوطن المهاجر إليه للإقامة بصفةٍ مستمرةٍ مخالفاً للقواعد المنظمة للهجرة بين الدول طبقاً لأحكام القانون الدولي والداخلي".

بينما عرفها ثالث بأنها "خروج المواطن من إقليم الدولة من غير المنافذ القانونية المخصصة لذلك، أو من منفذٍ قانوني باستخدام وثيقة سفرٍ مزورةٍ.[1]

وطبقاً لهذه التعريفات فإن الهجرة غير المشروعة تكون بانتقال الأفراد من دولة إلى أخرى ودخولهم من غير المنافذ أو المعابر الرسمية، أو دخولهم بوثائق مزورةٍ، أو دون الحصول على التصاريح اللازمة للدخول.

ووفقاً لذلك فإن مفهوم الفقه للهجرة غير المشروعة يتم النظر إليه من منظورين؛ الأول من وجهة نظر الدولة المهاجر منها، حيث تعرف بأنها خروج الأفراد من إقليم دولةٍ ما بطريقةٍ غير مشروعةٍ من المنافذ المحددة للخروج باستعمال طرقٍ غير مشروعةٍ، أو الخروج من غير هذه المنافذ. أما الثاني فهو من وجهة نظر الدولة المهاجر إليها، حيث تعتبر الهجرة غير مشروعةٍ متى وصل الأفراد إلى حدود إقليمها بأيٍ طريقٍ مشروعٍ أو غير مشروعٍ، ومهما كان غرضهم طالما كان هذا الأمر بغير موافقةٍ من تلك الدولة.[2]

ثانياً- تعريف المشرع :

يختلف تعريف الهجرة غير المشروعة من تشريعٍ لآخر، فنجد أن المشرع المصري قد عرفها بأنها " تدبير انتقال شخصٍ أو أشخاصٍ بطريقةٍ غير مشروعةٍ من دولةٍ إلى أخرى من أجل الحصول بصورةٍ مباشرةٍ أو غير مباشرةٍ على منفعةٍ ماديةٍ أو معنويةٍ، أو لأيٍ غرضٍ آخر ".[3]

ويلاحظ أن تعريف المشرع المصري جاء عاماً وشاملاً ليشمل كل عملية نقل للأشخاص تتم بطريقةٍ غير مشروعةٍ، يكون الهدف منها تحقيق منفعةٍ ماديةٍ أو معنويةٍ، أو أي هدفٍ آخر، سواءٌ تم ذلك بصورةٍ مباشرةٍ أو غير مباشرةٍ. دون تحديدٍ للوسائل والطرق المستعملة في ذلك، وهو تعريفٌ ينقصه الوضوح والدقة.

وعرفها المشرع المغربي في المادة 50 من القانون رقم (02-03) المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة الصادر بظهير شريف رقم 196-03-2003/1 بأنها " كل شخصٍ غادر التراب المغربي، بصفةٍ سريةٍ، وذلك باستعماله أثناء اجتياز أحد مراكز الحدود البرية أو البحرية أو الجوية، وسيلة احتيالية للتملص

([1]) أشارت إلى هذه التعريفات د.آسية بوعزيز، السياسة الجنائية في مكافحة الهجرة غير الشرعية، مرجع سابق ص 21،22.

([2]) د.عبدالحليم بن مشري، بحث منشور بعنوان " ماهية الهجرة غير الشرعية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة - الجزائر، العدد السابع 2011، ص100.

([3]) ورد هذا التعريف في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم 82 لسنة 2016 بإصدار قانون الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين، وذلك في معرض تحديد المشرع المصري بالمقصود بلفظ المهاجرين الوارد في القانون.

= - تبنى كل تشريعٍ تسميةٍ خاصةٍ بالهجرة غير المشروعة، فتعددت التسميات والمصطلحات من تشريعٍ لآخر، وقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المصطلح الذي استعمله المشرع الليبي في القانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة.

من تقديم الوثائق الرسمية اللازمة، أو من القيام بالإجراءات التي توجبها القوانين والأنظمة المعمول بها، أو باستعماله وثائق مزورةٍ، أو بانتحاله اسماً، وكذا كل شخصٍ تسلل إلى التراب المغربي، أو غادره من منافذ أو عبر أماكن غير مراكز الحدود المعدة خصيصاً لذلك ".

لقد توسع المشرع المغربي في تعريفه للهجرة غير المشروعة من خلال إبرازه لأهم العناصر والمتمثلة في كل خروجٍ من طرف أي شخصٍ سواء كان مواطناً، أو أجنبياً بإحدى الطرق براً أو بحراً أو جواً مستعملاً وسائل احتيالية كالتملص من تقديم وثائقه الرسمية، أو استعماله لوثائق مزورة بغية العبور، وكذلك يعد من الهجرة غير المشروعة كل تسللٍ من وإلى التراب المغربي عبر منافذ غير معدةٍ للدخول والخروج.[1]

أما المشرع الليبي فقد عرف المهاجر غير الشرعي في المادة الأولى من القانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة بقوله " في تطبيق أحكام هذا القانون يعد مهاجراً غير شرعي كل من دخل الأراضي الليبية، أو أقام بها بدون إذنٍ أو تصريحٍ من الجهات المختصة بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولةٍ أخرى ".

إن تعريف المشرع الليبي جاء بصفةٍ عامةٍ، حيث يعتبر مهاجراً غير شرعي كل من دخل البلاد دون أن يكون حاصلاً على إذنٍ أو تصريحٍ من الجهات المختصة سواء كان الدخول بقصد الاستقرار أو العبور إلى دولةٍ أخرى، وهو تعريف ينقصه التحديد والضبط.

بينما بينت المادة الثانية من القانون الحالات التي تعد من أعمال الهجرة غير المشروعة بقولها : " يعتبر من أعمال الهجرة غير المشروعة ما يلي :

أ- إدخال المهاجرين غير الشرعيين داخل البلاد أو إخراجهم منها بأية وسيلة.

ب- نقل وتسهيل نقل المهاجرين غير الشرعيين داخل البلاد مع العلم بعدم شرعية وجودهم بها.

ج- إيواء المهاجرين غير الشرعيين أو إخراجهم أو إخفائهم بأية طريقة عن تتبع الجهات المختصة أو إخفاء معلومات عنهم لتمكينهم من الإقامة في البلاد أو الخروج منها.

د- إعداد وثائق سفرٍ أو هوية مزورة للمهاجرين، أو توفيرها، أو حيازتها لهم.

ه- تنظيم أو مساعدة أو توجيه أشخاص آخرين للقيام بأي فعلٍ من الأفعال المنصوص عليها في الفقرات السابقة.

إن تعداد المشرع الليبي لهذه الأعمال هو على سبيل الحصر، ويكون ما عداها من أعمال أخرى هي مشروعة، وبالتالي هجرة مشروعة ولا تخضع لأحكام هذا القانون.

([1]) د.آسية بو عزيز، السياسة الجنائية في مكافحة الهجرة غير الشرعية، مرجع سابق، ص 26.

ويمكن القول أن دخول أو خروج الأشخاص من ليبيا لا يكون عبر الأماكن (المنافذ) المحددة لذلك، والمنصوص عليها في المادة الأولى من القانون رقم (6) لسنة 1987 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها؛ يعتبر هجرةً غير مشروعةٍ.[1]

المطلب الثاني : التمييز بين الهجرة غير المشروعة وبعض المفاهيم الأخرى :

يختلط مفهوم الهجرة ببعض المفاهيم التي تتشابه معه مثل؛ اللجوء، النزوح، التهجير القسري، وغيرها، ونعرض لبعضها وفقاً للآتي :

أولاً- اللجوء :

يعرف اللجوء بأنه مغادرة الأفراد لوطنهم دون إرادةٍ شخصيةٍ منهم، بل بإجبارهم على ذلك من خلال وجود عوامل مؤثرةٍ على حياتهم، وسلامتهم الشخصية كاندلاع الحروب، كما يعرف أيضاً بأنه خروج مجموعةٍ من الأشخاص خارج دولتهم؛ بسبب تعرض حياتهم للخطر، أو لمعاناتهم من أزماتٍ سياسية، أو حربٍ أهلية تؤدي إلى تهديدهم تهديداً مباشراً مما يرغمهم على مغادرة وطنهم حتى انتهاء الأسباب المؤدية إلى اللجوء.

وهنا يصعب التمييز بين اللجوء والهجرة، لأن انتقال اللاجئ والمهاجر يكون بذات الطرق والوسائل التي يتبعها كل منهما، فالفرد يترك موطنه لأسباب تختلف من شخصٍ لآخر، وهنا تبرز صعوبة التمييز بينهما، فقد يترك الفرد موطنه بسبب الصراعات المسلحة والحروب، أو بسبب انتهاكات حقوق الإنسان، أو بسبب الاضطهاد والظلم، ومنهم من يترك وطنه بسبب الظروف المعيشية، وهناك أسباب كثيرةٍ وراء ترك الإنسان لموطنه الأصلي، وهؤلاء منهم من يطلب اللجوء، وهناك من يكتفي بترك وطنه والعيش في البلد المهاجر إليه دون أن يطلب اللجوء، لذا يحصل تداخل بين المفهومين، فاللاجئ هو كل شخصٍ يكون متواجداً خارج دولته التي يحمل جنسيتها بسبب الخوف من الاضطهاد، أو لأسبابٍ تتعلق بالأصل، أو العرق، أو الدين، أو بسبب الانتماء السياسي، وهو في الغالب يكون غير قادرٍ أو راغبٍ في العودة إلى موطنه ودولته بسبب ذلك الخوف. وقد عرفت اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951 في مادتها الأولى اللاجئ بأنه " شخصٌ يوجد خارج بلد جنسيته أو بلد إقامته المعتادة، بسبب خوفٍ له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب العنصر، أو الدين، أو القومية، أو الانتماء إلى طائفةٍ اجتماعيةٍ معينةٍ، أو إلى رأيٍ سياسي، ولا يستطيع بسبب ذلك الخوف أو لا يريد أن يستظل بحماية ذلك البلد أو العودة إليه خشية التعرض للاضطهاد "، ووفقاً لقواعد القانون الدولي فإنه يجب على الدولة المستقبلة للاجئ الذي يعاني من قهرٍ أو اضطهادٍ أن تقوم بمنحه الحماية، ويحظر عليها إعادته أو إبعاده عن أراضيها، ويبرز الفرق بين اللاجئ والمهاجر في عامل الرغبة

([1]) نصت المادة الأولى من القانون رقم (6) لسنة 1987 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها على أنه "يكون الدخول إلى الأراضي الليبية والخروج منها من الأماكن المحددة للدخول أو الخروج، وبإذنٍ من الجهات المختصة، ويكون ذلك بالتأشير علي جواز السفر أو الوثيقة التي تقوم مقامه ".

والإرادة،[1] فاللاجئ يكون مكرهاً على مغادرة بلده، واللجوء إلى بلدٍ آخر يضمن له الحماية دون أن يكون راغباً، بل مجبراً ومكرهاً على ذلك. أما بالنسبة للمهاجر فهو يترك وطنه برغبته وبإرادته دون جبرٍ أو أكراهٍ.

ويتم التمييز بين نوعين من اللجوء؛ الأول يطلق عليه اللجوء السياسي وهو حقٌ يعطى للأشخاص الذين يتعرضون للاضطهاد والظلم في بلادهم بسبب آرائهم أو مواقفهم من بعض القضايا، كالآراء المتعلقة بالسياسة، أو المرتبطة بالمعتقدات الدينية، والتي تكون محفوظةً ومحميةً في دول أجنبية فيلجأ إليها طالباً الحماية، ومنحهم الفرصة للتعبير عن آرائهم من دون خوفٍ أو ترددٍ. والثاني اللجوء الإنساني وهو الأكثر حدوثاً، ولا يقتصر على فئةٍ معينةٍ من الأشخاص كما هو الحال في اللجوء السياسي، ويحدث اللجوء الإنساني بسبب الحروب أو العدوان على دولةٍ معينةٍ، أو بسبب النزاعات المسلحة، أو الصراعات العرقية.

وتقوم معظم الدول الديمقراطية بمنح اللجوء شريطة أن يقنع الأفراد طالبي اللجوء سلطات الدولة المضيفة بأنهم يتعرضون لاضطهادٍ سياسي أو عنصري، وبمجرد حصول الشخص على حق اللجوء السياسي لا يجوز تسليمه لحكومة بلده بحجة ارتكابه مخالفة سياسية.[2]

وقد تضمن مشروع الدستور الليبي النص على اللجوء السياسي في المادة 14 منه، والتي نصت على أنه " تنظم أوضاع وشروط اللجوء السياسي بقانون، ويحظر تسليم اللاجئين السياسيين لغير القضاء الدولي ".

ثانياً- النزوح :

النزوح هو ترك الشخص مكان إقامته ليستقر في مكانٍ آخر، وهو على نوعين؛ الأول يسمى نزوحاً خارجياً يتم عبر الحدود الدولية من بلدٍ إلى آخر بسبب الحروب أو الكوارث الطبيعية أو لأسبابٍ اقتصاديةٍ أو معيشية، وفي هذه الحالة يسمى النازح باللاجئ، أما النوع الثاني يتمثل في النزوح الداخلي، ويسمى أيضاً التهجير القسري، ويكون ضمن إقليم الدولة الواحدة، ويسمى في هذه الحالة نازحاً أو مهجراً أو مشرداً داخلياً.

وقد ظهر مصطلح النزوح في السنوات الأخيرة، خاصة في مناطق الصراعات والنزاعات المسلحة، حيث يعرف النزوح بصفةٍ عامةٍ بأنه حركة فردٍ أو مجموعةٍ من مكانٍ لآخر داخل أو خارج حدود الدولة، ويتم النزوح رغماً عن إرادة النازح بسبب الحروب أو المجاعة والتوجه إلى مكانٍ آخر داخل أو خارج حدود دولته.

([1]) د. زهراء قدوري منهي السهلاني، الحماية القانونية للمهاجرين بموجب القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة النهرين، 2015، ص 4.

([2]) جيرهارد فان غلان، القانون بين الأمم، ترجمة عباس العمر، الجزء الأول، دار الآفاق بيروت، 1970، ص 280. مشار إليه عند فايزة بركان، آليات التصدي للهجرة غير الشرعية، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر-باتنة- الجزائر، 2011-2012، ص 21.

إن النازح هو الشخص الذي يفر ويترك مكان إقامته وسكنه جبرًا وقسراً للبحث عن مكانٍ آمنٍ، وذلك بسبب الظروف القاسية التي يتعرض لها، والآثار السلبية الناتجة عن الحروب والنزاعات المسلحة وما يترتب عليها من انتهاكات للحقوق، أو بسبب الكوارث الطبيعية.[1]

وورد تعريف النازحين في دليل المبادئ الخاص بالنزوح الداخلي الصادر عن الأمم المتحدة بأنهم " مجموعةٌ من الأشخاص يرغمون على مغادرة منازلهم في مناطقهم الأصلية لغرض تفادي تأثيرات نزاعٍ مسلح، أو نتيجة الكوارث الطبيعية كل ذلك بشرط عدم عبورهم الحدود الدولية إلى دولة أخرى ".

إن اللاجئ والنازح داخلياً كلاهما خرج من دياره مجبراً ولأسبابٍ قد تكون واحدةً، ولكن الفرق بينهما كبيرٌ من حيث المركز القانوني، فاللاجئون تسري عليهم القوانين الدولية التي تحمي حقوقهم أينما حلوا، وتوفر لهم من حين وصولهم المأوى الآمن والغذاء، حيث تعمل المفوضية العليا لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الخاصة بالعمل الإنساني لمساعدتهم في بدء حياة جديدة في الدولة المهاجر إليها، أما النازحون داخلياً لا يحصلون على مركزٍ قانونيٍ جديدٍ داخل دولهم، ولا توجد لهم أية حماية يوفرها لهم القانون الدولي باتفاقيات أو معاهدات دولية خاصة بهم، إلا أنهم من حيث المبدأ يخضعون لحماية قوانينهم الوطنية في حالة السلم كمدنيين، وفي حالة النزاع المسلح يكونون تحت حماية قانون حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني بصفتهم مدنيين أيضاً مع مراعاة حالة النزوح، وفقاً لما قررته اتفاقية جنيف لعام 1949م، وقد أصبحت مشكلة النازحين اليوم تشكل خطراً على مستوى العالمي بسبب أثارها السلبية على النازحين وخصوصاً عندما يطول أمد النزع وتطول معه مدة النزوح.

فالنازح داخلياً هو مواطنٌ عادي من رعايا دولته التي تتكفل برعاية جميع حقوقه وحرياته من حق المشاركة بالحياة السياسية إلى حق التعليم والصحة، مروراً بحقه في حرية التعبير عن رأيه، والحق في العدالة والمساواة أمام القضاء، وغيرها من الحقوق المكفولة بموجب الدستور، فهو يتمتع بالحماية الكاملة التي ينص عليها القانون الداخلي دون أي تمييزٍ يكون ناتجاً بسبب نزوحه، وإن كانت تضاف على عاتق حكومته حقوق إضافية ناتجة عن حالة النزوح القسري، تشمل توفير المأوى والغذاء، والخدمات الصحية والعمل، والسماح له بالمشاركة في الانتخابات التي قد تحصل في البلد أثناء النزوح، وتجهيز مراكز خاصة للمشاركة في الحياة السياسية، والعمل على تأمين مناطقهم وفض النزاعات المسلحة فيها، وتنظيفها من مخلفات الحروب أو الكوارث التي حلت بها، وإعادتهم إلى حياتهم الطبيعية التي كانوا عليها قبل النزوح، وهي حقوق تؤكد عليها قوانين حقوق الإنسان إلى جانب القوانين الداخلية (الوطنية).

([1]) إبراهيم دراجي، اللجوء والنزوح والهجرة، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد السادس، ص 424. منشور على الموقع الالكتروني التالي:
www.arab-engy.com

كما أن القانون الدولي الإنساني الذي يسري في حالات النزاع المسلح الدولي أو غير الدولي يحمل بين ثناياه هو الآخر حقوق النازحين داخلياً، ويحظر القانون الدولي الإنساني إجبار المدنيين على ترك محل إقامتهم ما لم يكن ذلك ضرورياً لسلامتهم أو لضرورةٍ تقتضيها العمليات العسكرية.

ثالثاً- التهجير أو الإبعاد القسري :

يعرف التهجير القسرى بأنه "ممارسةٌ ممنهجة تنفذها حكومات أو قوى شبه عسكرية أو مجموعات متعصبة تجاه مجموعاتٍ عرقية أو دينية أو مذهبية بهدف إخلاء أراضٍ معينةٍ، وإحلال مجاميع سكانية أخرى بدلا عنها "، ويكون التهجير القسري إما مباشراً أي ترحيل السكان من مناطق سكناهم بالقوة، أو غير مباشر عن طريق دفع الناس إلى الرحيل والهجرة، باستخدام وسائل الضغط والترهيب والاضطهاد.

وهو يختلف عن الإبعاد أو النزوح الاضطراري أو الإرادي، باعتبار أن التهجير يكون عادة داخل حدود الإقليم، بهدف تغيير التركيبة السكانية لإقليم أو مدينة معينة.

ووفق ما ورد في المواد (2، 7، 8) من نظام روما الأساسي، التهجير القسرى جريمة حربٍ، فإبعاد السكان أو النقل القسري لهم، متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق، أو بشكلٍ ممنهجٍ ضد أية مجموعةٍ من السكان المدنيين يشكل جريمةً ضد الإنسانية.

كما أن المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 حظرت النقل القسري الجماعي أو الفردي للأشخاص، أو نفيهم من مناطق سكناهم إلى أراضٍ أخرى، إلا في حال أن يكون هذا في صالحهم بهدف تجنيبهم مخاطر النزاعات المسلحة.

ويعتبر الإبعاد القسري من الجرائم الدولية الناجمة عن الصراعات الدولية، وهو نتيجة للممارسات التي تقوم بها الحكومات الاستبدادية ضد شعوبها لأسباب انتقامية تقوم على نزعةٍ عرقيةٍ أو طائفيةٍ، وهو يقع عادةً على السكان المدنيين حيث يتم إبعادهم إلى مناطق أخرى بعيدةً عن مناطق سكناهم، والهدف من ذلك هو تجريد هؤلاء السكان من كل ما يملكونه، والتهجير القسري أو الإبعاد يراد به إخراج الفرد من موطنه الأصلي، وترحيله بشكلٍ فرديٍ أو جماعيٍ إلى مكان آخر. وتقوم بممارسة هذا الفعل الحكومات أو قوى شبه عسكرية أو مجموعات متعصبة تجاه مجموعات عرقية أو دينية أو مذهبية بهدف إبعادها وإحلال مجموعات سكانية أخرى محلها. ويعد الإبعاد القسري انتهاكاً لحقوق الإنسان فإخلاء الأراضي والمساكن بالقوة والإكراه من ساكنيها يرتبط عادة بالعنف، وقد عرف نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998م الإبعاد أو النقل القسري للسكان في المادة السابعة فقرة (2) البند (د) بأنه " نقل الأشخاص المعنيين قسراً من المنطقة التي يوجدون فيها بصفةٍ مشروعةٍ، بالطرد أو بأي فعلٍ قسريٍ آخر، دون مبررات يسمح بها القانون الدولي".

وقد اعتبر نظام روما الإبعاد القسري من ضمن الجرائم ضد الإنسانية، ولم يشترط في هذه الجريمة وجوب كون القسر قد تم باستعمال القوة المادية، بل يمكن أن يشمل التهديد باستخدامها، والقسر في نقل السكان هو عملٌ محظورٌ سواء أكان ذلك من داخل الدولة إلى خارجها، أو من مكانٍ إلى آخر على نفس إقليم الدولة، طالما تم رغماً عن إرادة هؤلاء السكان.[1]

المبحث الثاني : الهجرة غير المشروعة -الأسباب والدوافع :

تكمن أسباب ودوافع الهجرة غير المشروعة في حزمةٍ من العوامل الاقتصادية والسياسية والأمنية، بالإضافة إلى التغير في منظومة القيم الثقافية والاجتماعية بشكلٍ سمح بتفشي هذه الظاهرة، وربما تكون مرشحةً للزيادة خلال الفترة القادمة، حيث تتضافر مجموعة من الأسباب والدوافع تجعل المهاجر يترك وطنه ويهاجر إلى دولةٍ أخرى، نتيجة ضائقة حلت به أو ببلده جعلت الحياة صعبةً وعسيرةً، فقد تمر البلاد بحالة عدم استقرارٍ سياسيٍ تنتج عنه مخاطر أمنيةٍ تهدد حياة الأفراد، وفي بعض الأحيان يكون الدافع اقتصادي حيث يبحث المهاجر عن مصدر رزقٍ بغية تحسين وضعه الاقتصادي والمالي، وبالتالي يمكن تقسيم الأسباب الدافعة للهجرة غير المشروعة إلى أسبابٍ داخليةٍ وأخرى خارجية، نتناولها على النحو التالي:-

المطلب الأول : الأسباب الداخلية :

ويمكن تحديد أهم الأسباب الداخلية التي تدفع المهاجر إلى الهجرة غير المشروعة إلى أسبابٍ اقتصاديةٍ، وسياسيةٍ وأمنيةٍ، واجتماعيةٍ.

أولاً- الأسباب الاقتصادية :

تعد الأسباب الاقتصادية من أهم أسباب ودوافع الهجرة غير القانونية، وتعتبر دافعاً قوياً يؤدي بالشباب إلى الإقدام عليها، ويعود ذلك إلى التباين في المستوى الاقتصادي بصورةٍ واضحةٍ بين الدول الطاردة والدول المستقبلة.[2]

ويشير تقريرٌ صادرٌ عن الأمم المتحدة أن أسباب الهجرة غير المشروعة يعود إلى ازدياد أعداد الشباب في الدول النامية، وتناقص فرص العمل، وانخفاض قيمة الأجور، في المقابل ارتفاع مستوى المعيشة، وحاجة الدول الصناعية المتقدمة المستقبلة للمهاجرين إلى الأيدي العاملة وهو ما يدفع الشباب إلى الهجرة.[3]

ويشير البعض إلى أن هناك ثمة ارتباط وثيق بين الأزمة المالية العالمية وقضية الهجرة الدولية، سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة سوف تظهر آثاره تباعًا في الفترة القادمة، حيث تدفع الأزمة بالملايين من الشباب إلى قوائم العاطلين ليزداد العدد العالمي لهم خاصة من الدول النامية ولا شك أن هؤلاء سوف يبحثون عن أي مخرجٍ لهم، ومن ثم تأتي

([1]) لندة معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدائمة واختصاصاتها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص 200.

(2) فاروق الشهاوي، الهجرة غير الشرعية رؤيا مستقبلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 24.

(3) فايزة بركان، آليات التصدي للهجرة غير الشرعية، مرجع سابق، ص 50.

الهجرة كأحد الحلول أمام اليائسين الذين يبحثون عن فرصة عملٍ في أي مكانٍ وبأي ثمنٍ يدفعونه حتى ولو كلفهم الأمر حياتهم.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن هناك ارتباط وثيق بين الهجرة والتنمية الاقتصادية، كما أن الافتقار إلى التنمية والديمقراطية في أنحاء من منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، وكذلك في بلدان جنوب الصحراء وسجلها الاقتصادي الهزيل، والطابع الشمولي الذي تتسم به بعض أنظمة الحكم، وانتهاك الحقوق السياسية وعدم احترام حقوق الإنسان؛ هي كلها ظواهر تم تحديدها على نطاقٍ واسعٍ بأنها مصادر لانعدام الاستقرار السياسي والعنف والتطرف، فضلاً على أن بعض البلدان في هذا الجزء من العالم تعاني الفساد البنيوي على المستويات الاقتصادية والسياسية،[2] وفي الوقت الحالي تقدر الأمم المتحدة بأن ما نسبته 23٪ من سكان منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا يعيشون على أقل من دولارين في اليوم،[3] وهو ما يفسر تزايد أعداد مواطني هذه الدول كمهاجرين غير شرعيين إلى دول جنوب البحر المتوسط.

ويشير تقرير برنامج الأمم المتحدة الإنمائي للعام 2018م بأن البلدان التي تعرضت لنكسات بفعل ما طرأ عليها من تحديات ونزاعات إلى تراجع مؤشر التنمية البشرية فيها، فبين عامي 2012 و2017 ،خسرت سورية وليبيا واليمن، نتيجة للنزاعات العنيفة، من قيمة دليل التنمية البشرية وتراجع ترتيبها، وهذا أدى إلى ارتفاع أعداد المهاجرين، فبسبب النزاعات العنيفة الدائرة في الجمهورية العربية السورية، استضافت لبنان وحدها أكثر من مليون لاجئٍ ومهاجرٍ سوريٍ في عام 2012م.[4]

ثانياً- الأسباب السياسية والأمنية :

تمر بعض الدول بحالة عدم استقرارٍ بسبب الصراعات والحروب، ينتج عن ذلك انتهاكات لحقوق الإنسان بالنسبة لبعض الأشخاص بسبب انتماءاتهم العرقية أو الدينية أو السياسية، تجبرهم على الهجرة والبحث عن مناطق أخرى أكثر أمنًا، والمثال على ذلك الاضطرابات والصراعات المسلحة التي تشهدها بعض البلدان العربية كالعراق، وسوريا، وليبيا، واليمن مما أدى إلى تزايد ظاهرة الهجرة غير المشروعة من مواطني هذه الدول. كما أن الدول التي يكثر فيها الاضطهاد السياسي، ويتم فيها التضييق على الحريات العامة هذه الأسباب تدفع بالكثيرين من أصحاب الكفاءات العلمية والمثقفين إلى ترك بلدانهم والبحث عن متنفس آخر للتعبير عن آرائهم بحرية، ولا يفوتنا أيضًا هنا التأكيد على الانعكاسات المترتبة على الاضطرابات السياسية وعدم الاستقرار الداخلي على الأوضاع الاقتصادية للبلاد، ما

(1) د. أسامة بدير، دراسة حول "ظاهرة الهجرة غير الشرعية، التعريف والحجم – المواثيق الدولية، الدوافع والأسباب"، منشور على الرابط التالي: www.aldiwan.org/News-Actions-Show-id-357.htm.

(2) تقرير البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة (UNDP)، تقرير التنمية الإنسانية العربية، نحو الحرية في الوطن العربي، 2004.

(3) تقرير منظمة الأمم المتحدة لعام 2005:

(4) أدلة التنمية البشرية ومؤشراتها، التحديث الإحصائي لعام 2018م لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، منشور على الرابط التالي: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update_ar.pdf

يؤدي إلى الخلل في العلميات الإنتاجية تزداد معها أوضاع المجتمع سوءاً، ولعل أبرز مثال على ذلك هجرة أكثر من مليون من الصينيين الذين فروا عندما تحولت الصين القديمة إلى اعتناق المذهب الشيوعي، وكذلك تدفق آلاف اللاجئين السياسيين إلى أوروبا الغربية وأمريكا وأستراليا، بعد أن بدأت دول شرق أوروبا في تطبيق مبادئ النظام الشيوعي.(1)

ونتيجة لتعرض بعض الأقليات للاضطهاد العرقي في البلدان التي يعيشون فيها، يدفعهم للهجرة إلى بلدان أكثر أمناً واستقراراً فراراً من القتل والتعذيب الذي يمارس على الهوية، فتعرض أقلية الروهينقا المسلمة في ميانمار للاضطهاد العرقي دفعهم للهرب إلى تايلاند ومنها إلى البلدان المجاورة نتيجة الأعمال البشعة والوحشية التي ترتكب بحقهم.(2)

كما أن الاستعمار أحد أسباب هجرة سكان بعض المستعمرات، فالاستعمار الأوروبي احتل القارة الأفريقية وقام بنهب خيراتها من الموارد طبيعية والبشرية، ووضع الحدود بين البلدان الأفريقية دون مراعاة الوضع والواقع الاجتماعي الأفريقي، مما أدى إلى نشوب العديد من الصراعات بين شعوب القارة، كما قام الاستعمار الأوروبي بعقد العديد من الاتفاقيات الظالمة غير المتكافئة بغية الإبقاء على بلدان أفريقيا في وضعية تابعة، ولتأكيد وفرض سيطرته وهيمنته على القارة الأفريقية.

إن الحروب الأهلية عادة ما تكون سبباً في حالة التدهور التي تشهدها العديد من الدول الأفريقية، منها على سبيل المثال دولة الكونغو، حيث تشير التقارير أن أعداد المشردين بسبب الحروب الأهلية قد بلغ حوالي مليوني مواطن، لا يحصلون منهم على مساعدات إنسانية سوى أقل من النصف، كما أن هناك أعداداً أخرى بالقارة مازالوا بحاجة ماسة للأغذية يقدرون بستة عشر مليون شخصٍ.(3)

إن الحروب والصراعات الداخلية والاضطهاد والعنف تدفع آلاف الأشخاص للهروب من بلدانهم بحثاً عن الأمن والحماية والاستقرار، حتى ولو دفعهم ذلك لإتباع طرق غير مشروعة، واستخدام وسائل غير آمنة للوصول، وتعرضهم للجريمة والابتزاز من قبل المهربين. كما أن تفشي الفساد والمحسوبية، وغياب الديمقراطية، وفرض قوانين الطوارئ، وقمع الحريات وانتهاك حقوق الإنسان كلها عوامل تؤدي بالأشخاص إلى الهجرة نحو ملاذٍ آمنٍ.

(1) مرقس وفاء، أثر انتقال القوى العاملة إلى الخارج على التنمية الصناعية، رسالة ماجستير، كلية الآداب، جامعة القاهرة 1985، ص 57. مشار إليه لدى أحمد عبدالله ماضي، ناظر أحمد قنديل، الهجرة الدولية، مجلة جامعة تكريت، السنة 1، المجلد 1، العدد 3، الجزء 1، 2017، ص 189.

(2) تشير الإحصائيات إلى أنه بين الحين والآخر يغامر عشرات الآلاف من أفراد أقلية الروهينغا المسلمة، التي تعود جذورها إلى بنغلادش وميانمار (بورما سابقا)، باجتياز البحر من أجل الوصول إلى جنوب تايلاند، ومن هناك يواصلون رحلتهم قاصدين ماليزيا، هرباً من العنف والعنصرية التي تمارس عليهم من البوذيين.

(3) محمد حسين صادق حسن، الهجرة الخارجية وآثارها على البناء الطبقي، دراسة ميدانية على قريتي خزام والعيايشا بمحافظة قنا، رسالة ماجستير، كلية الآداب، جامعة جنوب الوادي، 1998، ص 40.

ثالثاً- الأسباب الاجتماعية :

إن الهجرة غير المشروعة هي في الأساس ظاهرة اجتماعية، ورغم إعطاء الأسباب الاقتصادية أهمية كبيرة كأحد العوامل المحفزة للهجرة غير المشروعة، إلا أن العوامل الاجتماعية هي الأخرى تلعب دوراً بارزاً ومحفزاً للهجرة غير المشروعة، فانخفاض مستوى المعيشة والفقر والبطالة تعد من أهم الأسباب الكامنة وراء الهجرة غير المشروعة، فالدول التي تشهد زيادةً سكانيةً كبيرةً يكون هناك عجزٌ في توفير فرص العمل، والحصول على السكن والخدمات، بينما تشهد دول أخرى انخفاضاً في عدد السكان خاصة فئة الشباب، فتصبح مناطق جذبٍ للمهاجرين، وهذا يظهر بوضوحٍ بالنسبة لدول شرق وجنوب المتوسط، إن النمو السكاني لهذه الدول حسب تقديرات منظمة الأمم المتحدة مرشح للارتفاع على مدى السنوات العشرين القادمة، ففي سنة 1997م قدر عدد سكان الدول المطلة على ضفة المتوسط إلى أكثر من ثلاثمائة مليون نسمة، وسيزيد العدد إلى ما يقارب من خمسمائة مليون نسمة بحلول عام 2025م، ومن نتائج الانفجار السكاني تظهر مشكلة البطالة التي تعتبر أحد الأسباب الرئيسية للهجرة إلى الخارج طلباً للعمل، وتزداد حدة البطالة في دول العالم الثالث ومنها دول جنوب المتوسط، وتعتبر الدول الإفريقية من أكثر دول العالم ارتفاعاً في معدلات البطالة، ثم يليها دول الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، في المقابل ينخفض معدل البطالة في دول شمال المتوسط، ويعزى ذلك إلى زيادة درجة النمو الاقتصادي في هذه الدول وتوفر فرص العمل. إن التهميش الذي يعيشه الشباب خاصة من حملة الشهادات العليا الذين لم تتح لهم فرص العمل التي كانوا يطمحون إليها، ولا ننسى صورة النجاح الاجتماعي التي تبدو على المهاجر عند عودته إلى بلده إثناء الإجازة وهو يحاول إظهار علامات الغنى والتحسن الذي طرأ عليه خلال السنوات الأخيرة، كما تلعب وسائل الإعلام وشبكات التواصل الاجتماعي دوراً كبيراً في تغذيتها،[1]

وهو الأمر الذي يحفز الشباب على السفر إلى هذه الدول، وباستعمال كافة الوسائل والطرق الممكنة في سبيل تحقيق هذا الهدف.

وإلى جانب البطالة فإن الفقر والمرض وضعف الروابط الاجتماعية والتفكك الأسري في دولة المنشأ عوامل تقود الفرد إلى التفكير في السفر إلى الدول المتقدمة بكافة الوسائل المتاحة (هجرة غير مشروعة، إقامة غير مشروعة، الزواج بأجنبية، تزوير وثائق السفر ...إلخ) من أجل التخلص من هذه الأوضاع السيئة، والبحث عن مكانٍ آخر للعيش والإقامة.

المطلب الثاني : الأسباب الخارجية :

وهي ما يمكن تسميتها بعوامل الجذب، فالتطورات التي حدثت في أوروبا بعد الحرب العالمية الأولى على كافة الأصعدة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، وإطلاق مشروع إعادة أعمار أوروبا الذي صاحبه نقص في

(1) يراجع آسية بن بوعزيز، السياسة الجنائية في مكافحة الهجرة غير الشرعية، مرجع سابق، ص 52.

الأيدي العاملة، وهذا أدى بدوره إلى تشجيع الهجرة، وتزايد أعداد المهاجرين بشكلٍ كبيرٍ، مما دفع الدول الأوروبية إلى سن تشريعاتٍ للحد من ظاهرة الهجرة، وهو ما نتج عنه قيام المهاجرين إلى إتباع أسلوب الهجرة غير المشروعة. ثم أن الثورة الصناعية والمعلوماتية التي شهدتها أوروبا بعد ذلك كلها كانت عوامل جذبٍ للمهاجرين، وتبرز أهم الأسباب أو العوامل الخارجية في أسبابٍ تاريخيةٍ، وجغرافيةٍ، ومعلوماتيةٍ.

أولاً- الأسباب التاريخية :

لعبت العوامل التاريخية دورًا بارزًا في الهجرة، فالهجرة ليست ظاهرة حديثة وإنما قديمة موغلة في التاريخ، وإن كانت قد تطورت وسائلها وآلياتها في الوقت الحاضر، حيث يوجد حوالي (12) مليون مهاجر من الجيل الأول والثاني يعيشون في فرنسا غالبيتهم تعود أصولهم إلى دول أفريقية كانت مستعمرات فرنسية في السابق، كانوا قد جاءوا إليها في فترة الاستعمار الأوروبي للدول الأفريقية خلال القرنين التاسع عشر والعشرين، حيث أن العديد من المهاجرين الجدد لديهم أقارب يعيشون بشكلٍ قانوني في بعض الدول الأوروبية كان قد تم تجنيد العديد منهم كعمالٍ في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية في أوروبا التي كانت تعاني من نقصٍ في الأيدي العاملة في فترة الخمسينات والستينات، ويعتمد المهاجرون الجدد اليوم على أقاربهم في الأيام الأولى بعد وصولهم إلى أوروبا لتوفير أماكن للسكن وللبحث عن وظائف، وهذا ما يعني أن بعض الدول الأوروبية تتحمل شيء من المسؤولية لاستقبالها هؤلاء المهاجرين.

ثانياً- الأسباب الجغرافية والبيئية :

تلعب العوامل الجغرافية والبيئية دورًا واضحًا في زيادة معدلات الهجرة إلى الخارج حيث أن البيئة القاسية من جهةٍ، وتهديد الكوارث الطبيعة كالفيضانات والبراكين والزلازل والجفاف من جهةٍ ثانيةٍ تشكل مناطق طردٍ للسكان وتدفعهم للهجرة. فعندما تتعرض بعض المناطق للقحط والجفاف ينتج عن ذلك اختلالٌ كبيرٌ في حياة الناس، فالكوارث الطبيعية التي تتسبب في تدهور وأضرار للممتلكات والمشاريع مما يضطر أصحابها للانتقال والهجرة إلى دول أخرى من أجل البحث عن مكانٍ آخر تتوفر فيه ظروف العمل والاستقرار. وبذلك تلعب العوامل الجغرافية دورًا رئيسًا في هجرة العديد من الأفرادٍ من أوطانهم هربًا من الأوضاع القاسية التي يعانون منها، وهو ما يضاعف وتيرة الهجرة غير المشروعة كما هو الحال في بعض الدول الأفريقية.[1] فالتغيرات المناخية التي تشهدها بعض مناطق العالم لها دورٌ بارزٌ في عملية الهجرة بشكلٍ عامٍ، فحسب تقارير منظمة الهجرة الدولية والبنك الدولي فإن عدد المهاجرين بسبب التغييرات المناخية سيصل في عام 2050م إلى ما يقارب (143) مليون مهاجر.[2]

(1) ساعد رشيد، واقع الهجرة غير الشرعية من منظور الأمن الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيذر بسكرة، 2012، ص66.

(2) د.محمد علي البوري، ظلال الهجرة غير الشرعية علي الأزمة الليبية، مقال منشور بوابة أفريقيا الإخبارية الإلكترونية تاريخ النشر2018/10/15م. الموقع الالكتروني : https://www.afrigatenews.net

من جانب آخر تعتبر العوامل الديموغرافية كذلك من العوامل المحفزة على هجرة السكان، فارتفاع عدد السكان وانخفاض مستوى المعيشة سبب رئيسي يدفع إلى الهجرة، إن النمو السكاني المتزايد يؤدي إلى تغير التوازن الديموغرافي في العالم بشكلٍ سريعٍ، حيث من المتوقع أن يرتفع عدد سكان الجنوب إلى (84٪) من سكان العالم بحلول عام 2025م، وبالتالي ارتفاع نسبة عدد الشباب وهو عامل مهم في الهجرة التي تعتبر تعويضاً عن انخفاض المعدل السكاني في مجتمع الجذب الشمال تحديداً. فالتقارير والإحصاءات السكانية تؤكد انخفاض معدل المواليد في الدول الأوروبية، وارتفاعها في دول العالم الثالث، وتعاني إيطاليا وألمانيا من تناقصٍ في عدد السكان على مستوى القارة الأوروبية، وهذا ما يؤكد حاجتهما إلى مزيدٍ من المهاجرين، ويعاني سكان الدول الأوروبية بصفةٍ عامةٍ من ارتفاع نسبة الشيخوخة.

كما أن قرب دول شمال أفريقيا من دول جنوب أوروبا، وسياسات التنقل المريحة لمعظم الدول الأوروبية، تعتبر عوامل مشجعة على الهجرة إلى أوروبا. حيث تستغرق الرحلة من الساحل الليبي إلى جزيرتي لامبيدوزا وصقلية الإيطاليتين مثلاً أقل من يومٍ واحدٍ، ويسلك العديد ممن ينجحون في الوصول إلى إيطاليا طرق تهريبٍ أخرى للانتقال إلى غيرها من الدول الأوروبية. لقد أصبحت ليبيا الطريق الأمثل للهجرة غير المشروعة، وخلال عام 2016 وصل عدد المهاجرين الواصلين من السواحل الليبية إلى جزيرة مالطا حوالي ثلاثمائة ألف مهاجرٍ معظمهم من دول أفريقية وشرق أوسطية والقليل منهم من الليبيين.[1] وتعد المملكة المغربية نقطة عبورٍ رئيسية نحو إسبانيا عبر مضيق جبل طارق، كما أن تونس والجزائر هي الأخرى مناطق عبورٍ للمهاجرين القادمين من أفريقيا, وأصبحت هذه الدول أماكن تجمع للمهاجرين الأفارقة بسبب قربها من السواحل الأوروبية.

ثالثاً- الأسباب المعلوماتية (شبكة الانترنت) :

أصبح لشبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، ومواقع التواصل الاجتماعي دورٌ كبيرٌ في الترويج للهجرة غير المشروعة، وباتت تكتسب شبكة الإنترنت وشبكات التواصل الاجتماعي أهميةً كبيرةً، باعتبارها مصدراً مهماً للمعلومات في الوقت الحاضر بالنسبة للكثيرين من الأشخاص لاسيما الشباب، الذين يرغبون في الهجرة، أو الباحثين عن طريقة للوصول إلى أوروبا بطريقةٍ غير قانونيةٍ عبر البحر. وتكثر المواقع الإلكترونية وصفحات التواصل الاجتماعي وغرف الدردشة المتخصصة والتي تحرض وتشجع على الهجرة، فضلاً عن الهواتف التي يستخدمها المهربون للإعلان عن خدماتهم على شبكة الإنترنت واستخدامهم لوسائل التصوير الحديثة، ونشر ذلك عبر مواقع التواصل الاجتماعي، واستحداثهم لصفحات خاصة على مواقع الفيس بوك وتويتر يتم فيها نشر عشرات الفيديوهات التي تظهر هؤلاء المهاجرين في عرض البحر الأبيض المتوسط، أو هم يقتربون من السواحل الأوروبية مما يشجع الشباب على الهجرة غير المشروعة.

(1) تشير التقديرات إلى عبور نحو 600 ألف مهاجر من ليبيا إلى إيطاليا خلال الفترة من العام 2014 وحتى العام 2018. أكثر تفصيلاً يراجع خالد بشير الهجرة غير الشرعية، جغرافيا سماسرة الموت تحقيق منشور على صحيفة ميديا حفريات بتاريخ 2018/7/2 على الموقع الالكتروني: https://www.hafryat.com/ar/blog

وإضافة إلى ما سبق فإن القيود الصارمة التي تفرضها الدول الأوروبية على الهجرة المشروعة أو القانونية واللجوء هي أحد أسباب لجوء الأفراد إلى إتباع أسلوب الهجرة غير المشروعة، فالقوانين التي سنتها الدول الأوروبية للحد من الهجرة المشروعة، وتعقيد إجراءاتها، جعلت بعض الشباب يسلكوا ا الطريق السري في سبيل الوصول إلى أرض أوروبا بأي شكلٍ من الأشكال. كما أن بعض الأوروبيين من أرباب الأعمال باتوا يفضلون المهاجرين غير الشرعيين، فأجورهم زهيدة وأعمالهم مؤقتة لا تتطلب ضمانات ولا تأمينات ولا تفرض عقود العمل أي التزامات على صاحب العمل، وقد ساعد وجود شبكات متكاملة ترتب للهجرة غير المشروعة، وهى تقوم بالدعاية لها والترغيب فيها، وتستثمر فيها الكثير، معولةً على أن العائد منها بات كبيراً، والطلب عليها لا ينقطع.[1]

المبحث الثالث : التدابير والآليات التشريعية والتنظيمية :

بسبب توافد المهاجرين بطريقة غير نظامية أصبحت الدول مقصد الهجرة غير المشروعة تعاني من مشاكل حقيقية، لذلك تبذل هذه الدول جهوداً كبيرة لمواجهتها، ووقف تدفق المهاجرين إليها، وتسير هذه الجهود في مسارين، أحدهما تشريعي، والآخر تنظيمي للحد من تدفق المهاجرين غير الشرعيين، ومكافحة ظاهرة الهجرة غير المشروعة. وتقتصر الدراسة هنا على بحث التدابير والآليات التشريعية والتنظيمية التي تبنتها ليبيا لمعالجة هذه الظاهرة، باعتبارها مصباً ومقصداً للهجرة غير النظامية من أفواج المهاجرين غير النظاميين من عابري الصحراء القاصدين لدول حوض البحر الأبيض المتوسط، كونها دولة عبور لا وصول، وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول التدابير والآليات التشريعية، ثم في المطلب الثاني التدابير والآليات التنظيمية.

المطلب الأول : التدابير والآليات التشريعية :

شهدت ليبيا في السنوات الأخيرة تنامي ظاهرة الهجرة غير المشروعة، وجعل منها موقعها الجغرافي، باعتبارها بوابة إفريقيا، بلد عبورٍ ومرورٍ لموجات الهجرة غير المشروعة القادمة من الجنوب والمتجهة نحو الشمال إلى بلدان الساحل الأوروبي، ولمعالجةً هذه الظاهرة استحدثت ليبيا جملة من الآليات التشريعية لمواجهتها والحد منها، يأتي في مقدمتها القانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة عير المشروعة والذي يبدو أنه جاء استجابةً للاتفاقيات الدولية التي وقعتها ليبيا ومنها اتفاقية التعاون والصداقة بين ليبيا وايطاليا الموقعة في أغسطس 2008م في مدينة بنغازي التي نظمت كيفية معالجة مشكلة التعامل مع المهاجرين غير شرعيين أثناء عبورهم المتوسط تجاه ايطاليا، بالإضافة إلى القانون رقم 6 لسنة 1986 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها، الذي حدد شروط وإجراءات وضوابط دخول الأجانب إلى ليبيا وإقامتهم بها وتنقلهم فيها وخروجهم منها. ونشير إلى هذين القانونين فيما يلي وفقاً لأسبقية صدورهما :-

(1)- أحمد عارف أرحيل الكفارنة، الهجرة غير المشروعة من دول العالم الثالث وأثارها السلبية على المجتمع الأوروبي ، دراسة علمية ، جامعة البلقاء، المملكة العربية الأردنية، 2012، ص10.

أولاً- القانون رقم 6 لسنة 1986 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها.

يحدد هذا القانون شروط دخول الأجانب إلى ليبيا وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ووضعية الأجانب في ليبيا، من حيث ضبط إجراءات دخولهم وإقامتهم وتنقلاتهم، وجاء هذا القانون لمواجهة تنامي ظاهرة الهجرة غير المشروعة، ويعتبر أجنبي كل فرد لا يحمل الجنسية الليبية وفقاً لأحكام القانون رقم 24 لسنة 2010م بشأن أحكام الجنسية الليبية، فالأجنبي هو الشخص الذي لا تربطه بالدولة الليبية أية رابطة قانونية أو سياسية، وقد كفل المشرع الليبي للأجانب حرية الدخول إلى الإقليم الليبي والخروج منه، وفقاً للأماكن المحددة وبالإجراءات القانونية،[1] مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، وما تنص عليه الاتفاقيات والمعاهدات التي تكون الدولة الليبية طرفاً فيها، وقد حددت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لهذا القانون منافذ الدخول إلى الأراضي الليبية والخروج منها، وشملت المنافذ البرية، والمطارات الجوية المدنية، والموانئ البحرية، والموانئ النفطية. ولا يجوز الدخول إلى الأراضي الليبية أو الخروج منها إلا عبر هذه الأماكن وبإذن من الجهات المختصة.[2]

ويمنح كل أجنبيٍ حاصلٍ على تأشيرة إقامة بطاقة إقامة بناء على طلب يقدمه وفقاً للنموذج الخاص بذلك، وتعد هذه الوثيقة الشرط الأول لتثبيت إقامة الأجنبي، وفي الوقت نفسه؛ فهي تُضفي الطابع القانوني لإقامة الأجنبي، كما يمكن اعتبارها آلية قانونية تمكن السلطات المختصة في الدولة من مراقبة تواجد الأجانب على أراضيها، كما تسمح لها بحجز وثائق سفر الأجنبي عندما يقيم على الأراضي الليبية بطريقة غير مشروعة.

وبطاقة الإقامة التي تمنح للأجنبي المتواجد على الأراضي الليبية هي عبارة عن وثيقة هوية وإقامة تسمح لصاحبها بالإقامة في ليبيا أثناء الفترة المحددة وفقا للقوانين والاتفاقات الثنائية ما بين الدول، وتحتوي البطاقة على البيانات الشخصية لحاملها وتشمل (الاسم، اللقب، تاريخ الميلاد، الحالة المدنية، الجنسية، صورة صاحبها، تاريخ منح الإقامة وتاريخ انتهاء صلاحيتها)، وتكون بطاقة الإقامة سارية المفعول وفقاً لمدة الإقامة المحددة بها.[3]

ولم يتعرض القانون رقم 6 لسنة 1987م المشار إليه وتعديلاته لمعالجة ظاهرة الهجرة غير المشروعة، باستثناء المادة 19 مكرر منه المعدلة بموجب القانون رقم 2 لسنة 2004م والتي نصت على عقوبة تهريب المهاجرين.[4]

---

(1) المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 1986 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها.

(2)- صدرت اللائحة التنفيذية للقانون بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة – سابقاً – رقم 125 لسنة 2005 بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم 6 لسنة 1986 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها.

(3)- المادتان (34،35) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 6 لسنة 1986 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها. المشار إليها.

(4)- نصت المادة 19 مكرر من القانون رقم 6 لسنة 1986 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها، المعدل بموجب القانون رقم 2 لسنة 2004م على أنه " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب عليها أي قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار كل من قام بقصد الحصول لنفسه أو لغيره على منفعة مادية أو غير مادية بصورة مباشرة بأحد الأفعال الآتية :-

أ-تهريب المهاجرين بأية وسيلة.

ب- ..... ".

وهناك من يرى بأن أن القانون رقم 6 لسنة 1987 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها يُعتبر مكملًا للقانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة في حالة عدم وجود تعارض بينهما[1] ونعرض فيما يلي لهذا القانون.

ثانياً- القانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة عير المشروعة :

حددت المادة الأولى من هذا القانون المقصود بالمهاجر غير الشرعي بقولها : " في تطبيق أحكام هذا القانون يعد مهاجراً غير شرعي كل من دخل أرضي ليبيا، أو أقام بها بدون أذنٍ أو تصريحٍ من الجهات المختصة بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولةٍ أخرى".

ويعتبر في نظر المشرع الليبي كل شخصٍ أجنبي دخل الأراضي الليبية سواء بقصد الاستقرار والإقامة أو العبور بالمخالفة للإجراءات والشروط المنصوص عليها في القانون رقم 6 لسنة 1987م بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها، ولائحته التنفيذية؛ مهاجر غير شرعي يخضع لأحكام هذا القانون. ويكون بذلك قد ساوى بين الأجنبي الذي دخل الأراضي الليبية بدون إجراءات رسمية بقصد المكوث والاستقرار فيها، وبين الأجنبي الذي دخل بقصد العبور إلى دولة أخرى، وهو بهذا الشكل يكون قد عالج مسألة دخول الأجانب إلى البلاد وبقائهم فيها بدون إذنٍ من الجهات المختصة وحصولهم على بطاقة إقامة، حيث اعتبرهم من المهاجرين غير الشرعيين وخضوعهم لهذا القانون.

وبينت المادة الثانية من القانون الأعمال التي تعتبر من أعمال الهجرة غير المشروعة، حيث نصت على أنه " يعتبر من أعمال الهجرة غير المشروعة ما يلي : -

أ- إدخال المهاجرين غير الشرعيين إلى البلاد أو إخراجهم منها بأية وسيلة.

ب- نقل أو تسهيل نقل المهاجرين غير الشرعيين داخل البلاد مع العلم بعدم شرعية وجودهم بها.

ج- إيواء المهاجرين غير الشرعيين أو إخراجهم أو إخفاؤهم بأية طريقة عن تتبع الجهات المختصة أو إخفاء معلومات عنهم لتمكينهم من الإقامة في البلاد أو الخروج منها.

د- إعداد وثائق سفر أو هوية مزورة للمهاجرين، أو توفيرها، أو حيازتها لهم.

هـ- تنظيم أو مساعدة أو توجيه أشخاص آخرين للقيام بأي فعل من الأفعال المنصوص عليها في الفقرات السابقة".

(1)- د.أمهيدي محمد أمهيدي، التشريع الليبي وحدود الأنظمة القضائية لمكافحة الهجرة غير النظامية، مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية

وتعتبر هذه الأعمال هي صور جريمة الهجرة غير المشروعة، وقد حددت المادة الرابعة من القانون العقوبة واجبة التطبيق على كل من يرتكب أي عمل من الأعمال المشار إليها في المادة الثانية من القانون.[1]

بينما أقرت المادة الثالثة من القانون عقوبة خاصة لجريمة تشغيل المهاجر غير الشرعي حيث نصت على أنه " يعاقب بغرامةٍ لا تقل عن ألف دينارٍ ولا تزيد على ثلاثة آلاف دينارٍ كل من شغل مهاجراً غير شرعي ".

وفي إطار محاربة هذه الظاهرة خصت المادة الرابعة العصابات المنظمة لتهريب المهاجرين بعقوبة خاصة أكثر شدةٍ من عقوبة ارتكاب أي عملٍ من أعمال الهجرة غير المشروعة، وذلك بقولها : " ..... وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنواتٍ وغرامةٍ لا تقل عن خمسة عشر ألف دينارٍ ولا تزيد عن ثلاثين ألف دينارٍ إذا ثبت أن الجاني عند ارتكاب الجريمة ينتمي إلى عصابةٍ منظمةٍ لتهريب المهاجرين ".

أما عقوبة المهاجر غير الشرعي الذي دخل إلى الأراضي الليبية، وتم إلقاء القبض عليه فإنه يعاقب وفقاً للمادة السادسة من القانون بعقوبة الحبس أو الغرامة والإبعاد.[2]

ويلاحظ أن المشرع الليبي لم يحدد من خلال هذه المادة مدة العقوبة السالبة للحرية للمهاجر غير الشرعي، حيث اكتفت بعبارة عقوبة الحبس مع الشغل، وذكرت الحد الأقصى للغرامة بحيث لا تزيد على ألف دينار، وغفل عن تحديد الحد الأدنى لها، وهو خطأ وقع فيه المشرع.[3]

وقد تبنى المشرع الليبي سياسة جنائية تهدف إلى إقرار عقوبات صارمة مع الأخذ بظروف التشديد ومعاقبة مرتكب جريمة الهجرة غير المشروعة إذا ترتب على نقل المهاجرين غير الشرعيين عاهة مستديمة أو حدوث وفاة، وهو ما أخذت به معظم القوانين المقارنة.[4]

---

(1) نصت المادة الرابعة على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار كل من قام بقصد الحصول لنفسه أو لغيره على منفعة مادية أو غير مادية مباشرة أو غير مباشرة بارتكاب أحد الأفعال المعتبرة هجرة غير مشروعة ....".

(2)- نصت المادة السادسة على أنه " يعاقب الأجنبي المهاجر غي الشرعي بعقوبة الحبس مع الشغل أو بغرامة لا تزيد عن ألف دينار وفي جميع الأحوال يجب إبعاد الأجنبي المحكوم عليه في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون من أراضي ليبيا بمجرد تنفيذه للعقوبة المحكوم بها ".

(3)- د.آسية بو عزيز، السياسة الجنائية في مكافحة الهجرة غير الشرعية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص219.

(4)- نصت المادة الخامسة على أنه " يعاقب بالسجن وغرامة لا تقل عن عشرين ألف دينار ولا تزيد على خمسين إذا نتج عن نقل الأشخاص المهاجرين غير الشرعيين إلى الداخل أو الخارج عاهة مستديمة وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا ترتب على الفعل حدوث الوفاة ".

ونصت الفقرة (2) من المادة 622 من القانون الفرنسي على تشديد العقوبة في حالة تعريض حياة وأمن وسلامة المهاجر غير الشرعي للخطر، وتصل العقوبة إلى السجن لمدة عشر سنوات والغرامة المالية إلى سبعين ألف دولار.

وأقر المشرع الليبي مبدأ الإعفاء من العقوبة لفائدة بعض الأشخاص، في حالة قيامهم بإبلاغ الجهات المختصة (الإدارية أو القضائية) عن جريمة الهجرة غير المشروعة، وفقاً للمادة الثامنة

من القانون رقم 19 لسنة 2010م المشار إليه.[1]

والمقصود من الإعفاء هنا هو الإعفاء التام من العقوبة، بشرط أن يبادر المعني بالتبليغ قبل البدء في تنفيذ الجريمة، أو يؤدي الإبلاغ إلى الحد من آثار الجريمة، أو يساعد على اكتشاف مرتكبيها أو القبض عليهم.

ويهدف المشرع الليبي من تقرير الإعفاء من العقوبة إلى تشجيع المقبلين على الهجرة غير المشروعة على العدول عن ارتكاب الجريمة، وتبليغ الجهات المختصة لإفشال وقوع الجريمة، وهو يُشكل في نفس الوقت آلية قانونية وقائية لمكافحة نشاط عصابات تهريب المهاجرين غير الشرعيين والاتجار بالبشر، ومحاصرة الجريمة، وإنزال العقاب بمرتكبيها وبالمتعاونين معهم.

كما نجد أن القانون يؤكد على أن العلم بارتكاب الجريمة دون التبليغ عنها فوراً يجعل الشخص تحت طائلة العقاب، ولا يمكن الاحتجاج بالسر المهني في ذلك، بل ألزم القانون كل شخص يعلم بالجريمة ولو بحكم وظيفته أو مهنته بالتبليغ عنها. وقد نصت المادة السابعة من القانون على عقوبة جريمة عدم الإبلاغ عن أعمال وصور الهجرة غير المشروعة بقولها : " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار كل من يمتنع عمداً عن اتخاذ إجراء مما يجب عليه قانوناً في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون فور إبلاغه أو اطلاعه عليها بحكم وظيفته، فإذا وقع الفعل نتيجة الإهمال كانت العقوبة الغرامة التي لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف دينار ".

واعتقد أن النص يتعلق فقط بالجاني في حالة كونه موظفاً عاماً، ولا يتعلق بغيره من الأشخاص الآخرين الذين قد يكون لهم علم بارتكاب أحد الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، كما أن النص لم يعالج حالة الشروع في ارتكاب هذه الجرائم ويبلغ الجهات المختصة بذلك. وهو ما نص عليه المشرع المصري في القانون رقم 82 لسنة 2016 بإصدار قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين.[2] وكان المشرع المصري في ذلك أكثر توفيقاً من المشرع الليبي، مع ملاحظة أن المشرع المصري دائماً ما ينص على الحد الأدنى والأعلى سواء أكانت العقوبة الحبس أو الغرامة المالية، بعكس المشرع الليبي الذي يكتفي بالحد الأدنى والأعلى للعقوبة في الغرامة المالية فقط.

---

(1)- نصت المادة الثامنة على أنه " يعفى من العقوبات كل من بادر بإبلاغ الجهات المختصة بمعلومات مكنت من اكتشاف الجريمة قبل تنفيذها أو أدت إلى الحد من آثارها أو اكتشاف مرتكبيها أو القبض عليهم ".

(2)- نصت المادة 15 من قانون الهجرة غير الشرعية المصري على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرة لآلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من علم بارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو بالشروع فيها ولم يبلغ السلطات المختصة بذلك.

= فإذا كان الجاني موظفاً عاماً ووقعت الجريمة بسبب إخلاله بواجبات وظيفته تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات.

ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقاب إذا وقعت الجريمة من زوج الجاني أو من أحد أصوله أو فروعه أو إخوته أو أخواته ".

وبالنظر إلى خطورة حجم ظاهرة الهجرة غير المشروعة على الدولة الليبية والآثار السلبية المترتبة عليها نلاحظ أن المشرع الليبي اتسم بالقصور والإيجاز الشديد في معالجته لهذه الظاهرة الخطيرة، حيث جاء القانون في أربعة عشر مادةٍ، غاب فيها عن المشرع الليبي إفراد نصٍ خاصٍ يتعلق بحماية حقوق المهجرين غير الشرعيين، كالحق في الحياة والمعاملة الإنسانية، والرعاية الصحية والسلامة الجسدية والمعنوية والنفسية، والحفاظ على حرمتهم الشخصية، وأن تتولى الجهات المختصة تبصيرهم بحقوقهم في المساعدة القانونية، والاهتمام بشكلٍ خاصٍ بالنساء والأطفال، وفقاً لما نصت عليه المعاهدات والاتفاقيات المنظمة لها ليبيا.

كما فاته النص على حق المهاجر غير الشرعي في الاتصال بالممثل الدبلوماسي أو القنصلي لبلاده، وإخطاره بوضعه، حتى يتلقى المساعدات اللازمة من سفارة أو قنصلية دولته، والتنسيق مع السلطات المعنية في الدول التي يتبعها المهاجرون غير الشرعيين لتسهيل نقلهم وإعادتهم الآمنة إلى بلدانهم، بعد التأكد من عدم ارتكابهم جرائم يعاقب عليها القانون الليبي، وهي من المسائل الضرورية التي نصت عليها معظم قوانين الهجرة الحديثة، وتضمنتها المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

كما نلاحظ أن المشرع الليبي لم يأخذ بمبدأ تشديد العقوبة التي أخذت به القوانين المقارنة وإنما ساوى في العقوبة، في حالة كون المهاجر غير شرعي شخص قاصر أو امرأة أو عديم الأهلية أو من ذوي الإعاقة، أو في حالة تعريض حياة وسلامة المهاجرين غير الشرعيين للخطر، أو

معاملتهم معاملة لا إنسانية أو مهينة كما فعل المشرع الفرنسي والجزائري والموريتاني،[1]

وهو ما أخذ به القانون المصري الحديث.[2]

---

(1) يراجع زناتي نبيلة، وكركور عمارة، جريمة تهريب المهاجرين في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة بجاية، الجزائر، 2014-2015م، ص 83 وما بعدها.

(2)- نصت المادة السادسة من القانون المصري رقم 82 لسنة 2016 بإصدار قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين على أنه " يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائتي ألف جنيه أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر، كل من ارتكب جريمة تهريب المهاجرين أو الشروع فيها أو تورط في ذلك، وتكون العقوبة السجن وغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه أو غرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر في أي من الحالات الآتية :

- إذا كان الجاني قد أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين أو تولى قيادة فيها أو كان أحد أعضائها أو منضمًا إليها.
- إذا كانت الجريمة ذات طابع غير وطني.
- إذا ارتكب الجريمة شخص يحمل سلاحا.
- إذا كان الجاني موظفا عاما أو ملفا بخدمة عامة وارتكب الجريمة باستغلال الوظيفة أو الخدمة العامة.
- إذا كان من شأن الجريمة تهديد حياة أو تعريض صحة من يجري تهريبهم من المهاجرين للخطر أو تمثل معاملة غير إنسانية أو مهنية.
- إذا كان المهاجر المهرب امرأة أو طفلا أو من عديمي الأهلية أو من ذوي الإعاقة.
- إذا استخدم في ارتكاب الجريمة وثيقة سفر أو هوية مزورة أو إذا استخدمت وثيقة سفر أو هوية من غير صاحبها الشرعي.
- إذا استخدم في ارتكاب الجريمة سفينة بالمخالفة للغرض المخصص لها أو لخطوط السير المقررة.
- إذا عاد الجاني لارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة ".

وإدراكاً من المشرع الليبي بمدى أهمية ودقة وخطورة جرائم الهجرة غير المشروعة بالنظر إلى الآثار المترتبة عليها، تم استحداث محاكم ونيابات جزئية لمكافحة الهجرة غير المشروعة، حيث صدر قرار المجلس الأعلى للهيئات القضائية رقم (10) لسنة 2006 بإنشاء محاكم ونيابات لمكافحة الهجرة غير المشروعة، حيث نصت المادة الأولى منه على أن تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمةٍ ابتدائية محكمة جزئية لمكافحة الهجرة غير المشروعة تختص بالنظر في الدعاوى الجنائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في القانون رقم (6) لسنة 1987 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها، في حين نصت المادة الثانية من ذات القرار على إنشاء نيابة جزئية لمكافحة الهجرة غير المشروعة بدائرة اختصاص كل نيابة كلية تختص بالتحقيق ورفع الدعاوى الجنائية ومباشرتها في الجرائم التي ترتكب بالمخالفة لأحكام القانون رقم (6) لسنة 1987 المشار إليه، كما صدر عن المجلس الأعلى للهيئات القضائية القرار رقم (62) لسنة 2010 بإنشاء محكمة ونيابتين جزئيتين متخصصتين، وقد نصت المادة الثالثة من هذا القرار على " تنشأ بدائرة محكمة شمال طرابلس الابتدائية محكمة جزئية تسمى (محكمة مكافحة الهجرة غير المشروعَة) تختص بالنظر والفصل في الدعاوى المرفوعة عن الجنح المنصوص عليها في القانون رقم (19) لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة، وتتحدد دائرة اختصاصها بنطاق محاكم السواني وشمال وجنوب وشرق طرابلس الابتدائية "، في حين نصت المادة الرابعة من ذات القرار على إنشاء نيابة جزئية لمكافحة الهجرة غير المشروعة بدائرة اختصاص محكمة مكافحة الهجرة غير المشروعة المشار إليها تختص بالتحقيق ورفع ومباشرة الدعوى في الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم (19) لسنة 2010 المشار إليه، إلا أن تلك المحاكم المتخصصة لم تفعل على أرض الواقع.[1]

المطلب الثاني : التدابير والآليات التنظيمية والمؤسساتية :

رأينا فيما سبق التدابير والآليات التي تبناها المشرع الليبي على الصعيد التشريعي لمكافحة الهجرة غير المشروعة، ونتناول في هذا المطلب التدابير والآليات التي اتخذها على الصعيد التنظيمي والمؤسساتي، ونشير هنا إلى أهم جهازين لهما علاقة بالتصدي للهجرة غير المشروعة، وهما جهاز مكافحة الهجرة غير المشروعة، وجهاز حرس السواحل.

أولا – جهاز مكافحة الهجرة غير المشروعة ، يعد أهم جهاز يعنى بمكافحة ظاهرة الهجرة غير المشروعة، والتعامل مع المهاجرين غير الشرعيين والمهربين، وتم استحداثه بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 386 لسنة 2014م الذي أطلق

(1)- د.أمهيدي محمد أمهيدي، التشريع الليبي وحدود الأنظمة القضائية لمكافحة الهجرة غير النظامية، مرجع سابق.

عليه تسمية جهاز مكافحة الهجرة غير الشرعية،[1] ووفقاً للمادة (1) من القرار المشار إليه فإن الجهاز يتمتع بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة، ونصت المادة (2) على أن مقره مدينة طرابلس، ويجوز بقرار من وزير الداخلية إنشاء فروع ومكاتب له بالمناطق بناء على عرض من رئيس الجهاز.

وحددت المادة (3) من القرار رقم 386 لسنة 2014م المشار إليه اختصاصات الجهاز في الآتي :-

1- المشاركة في إعداد وتنفيذ الخطط المشتركة بما يكفل حفظ الأمن والنظام العام في البلاد.

2- دراسة ووضع الخطط الإستراتيجية التي من شأنها الحد من ظاهرة الهجرة غير المشروعة بدولة ليبيا.

3- إعداد وتنفيذ الخطط الأمنية لمكافحة جرائم تهريب الأشخاص والتسلل.

4- ضبط المهاجرين غير الشرعيين بليبيا، ووضعهم بمراكز الإيواء ومتابعتهم واستكمال الإجراءات الخاصة بترحيلهم إلى بلدانهم الأصلية بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة.

5- توثيق القيودات الخاصة بالمتسللين والمهربين الذين يتم ضبطهم وإعداد قاعدة بيانات بشأنهم.

6- جمع المعلومات والتحري عن قضايا الاتجار بالبشر والجريمة المنظمة وقضايا تهريب الأشخاص والتسلل وتصنيفها والتنسيق مع الأجهزة الأمنية ذات العلاقة لملاحقة الجناة والمتهمين.

7- إعداد الدراسات والبحوث المتعلقة بأسباب ظاهرة الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر والحد منها واقتراح تطوير أساليب العلم وإدخال التقنية العلمية الحديثة للحد من هذه الظواهر الإجرامية.

8- حصر وتحديد التمركزات الأمنية ودراسة ما تعانيه من مشاكل وصعوبات ووضع الحلول الكفيلة بمعالجتها.

9- الإشراف المباشر على جميع الفروع والمكاتب ومراكز الإيواء والأقسام والتمركزات التابعة له وتنسيق جهود وتوجيهها إلى تحقيق الأهداف والواجبات المسندة للجهاز.

10- متابعة الأقسام والتمركزات الصحراوية بشأن تسيير دوريات راكبة لمكافحة الهجرة غير الشرعية والتهريب بصفة عامة على امتداد الطوق الثاني.

11- القيام بمباشرة الأعمال الإدارية اليومية للجهاز بكافة مكوناته والتفتيش على التابعين له ومتابعتهم، للتأكد من قيامهم بواجباتهم والتزاماتهم بما تفرضه القوانين واللوائح والقرارات والنظم المعمول بها.

---

(1) يلاحظ أن القرار سمى الجهاز المستحدث باسم (جهاز مكافحة الهجرة غير الشرعية)، في حين أن المشرع الليبي في القانون رقم 19 لسنة 2010م والذي صدر القرار استناداً له، تبنى مصطلح الهجرة غير المشروعة، وليس الهجرة غير الشرعية، وتكرر بعد ذلك استخدام هذا المصطلح في نصوص القرار، وكان ينبغي على مجلس الوزراء التقيد بالمصطلح الوارد في القانون.

12- العمل على توفير كافة الوسائل والوسائط الفنية والحديثة التي يحتاجها الجهاز في سبيل تنفيذ مهامه المكلف بها.

13- إعداد خطة سنوية لتدريب العناصر التابعين له والرفع من مستوى الأداء الأمني والوظيفي لديهم في دورات محلية وخارجية.

14- حضور الملتقيات والندوات والاجتماعات المحلية والعربية والدولية المتعلقة بمكافحة ظاهرة الهجرة غير المشروعة وتهريب الأشخاص وأمن الحدود.

15- التنسيق مع الأجهزة الأمنية الإقليمية ذات العلاقة مع الجهات العربية المناظرة، بما في ذلك المنظمات العربية والدولية من أجل الاستفادة من خبراتهم وإمكانياتهم في مجال التصدي والحد من الظاهرة الإجرامية المذكورة.

16- أية مهام تسند إليه أو يختص بها وفقاً للتشريعات النافذة.

وعلى الجهاز عند تنفيذه لهذه الاختصاصات أن يراعي فيها جانب حقوق الإنسان، ومراعاة ما تنص عليه المعاهدات التي وقعت وصادقت عليها ليبيا.

ووفقاً للمادة الخامسة من القرار المذكور يكون للجهاز رئيس يصدر بتكليفه قرار من وزير الداخلية، يقوم بمهمة تسيير العمل والإشراف المباشر على مكونات الهيكل التنظيمي للجهاز، ويمارس على وجه الخصوص الاختصاصات التالية :-

1- اقتراح اللوائح الإدارية والمالية والفنية للجهاز وإحالتها إلى وزارة الداخلية لاتخاذ الإجراءات بشأنها وفقاً للتشريعات النافذة.

2- إصدار القرارات المتعلقة بالشؤون الوظيفية للعاملين بالجهاز في حدود الصلاحيات المقررة والمنصوص عليها في التشريعات النافذة.

3- اقتراح القرارات المتعلقة بالمهام الرسمية والدورات التدريبية في الداخل والخارج المتعلقة بعمل الجهاز وفقاً لأحكام التشريعات النافذة ذات العلاقة.

4- إعداد مشروع الميزانية والحساب الختامي للجهاز.

5- تمثيل الجهاز أمام القضاء وفي صلاته مع الغير.

ووفقاً للمادة العاشرة من القانون رقم 19 لسنة 2010م المشار إليه فإن الجهاز هو المختص بضبط الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وله ضبط الأموال المحصلة من الجريمة ووسائل النقل المستخدمة في التهريب، وهو المختص أيضاً بإحالة المتهمين والمقبوض عليهم على ذمة الجرائم المحددة في هذا القانون إلى الجهات القضائية.

ثانياً- جهاز حرس السواحل تم إنشائه بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة – سابقاً – رقم 229 لسنة 2005م، ويتمتع بالشخصية الاعتبارية والذمة المستقلة، وألحق تبعيته بوزارة الداخلية وفقاً للمادة الثانية من القرار، ومهمة الجهاز الأساسية هي الحفاظ على أمن وسلامة البلاد من الاتجاه البحري، ومن ضمن مهامه أيضاً مكافحة الهجرة غير المشروعة في الإقليم البحري الليبي وفقاً للفقرة (د) من المادة الرابعة والتي نصت على " استطلاع ومراقبة المنافذ البحرية والسواحل والمياه الإقليمية ومكافحة أعمال التخريب والتهريب والصيد البحري الجائر والتسلل البحري والأنشطة الهدامة والهجرة غير المشروعة ".

كما أن جهاز حرس السواحل مكلف بتقديم أعمال البحث والإنقاذ للأرواح البشرية والوحدات البحرية في المجال البحري الليبي والمحدد بـــــــــ (12) ميلاً من اليابسة.

ويقوم جهاز حرس السواحل الليبي بأعمال إنقاذ وانتشال آلاف المهاجرين غير الشرعيين من عرض البحر على متن قوارب مطاطية أو خشبية متهالكة، ويعاني الجهاز من نقصٍ شديدٍ في الإمكانيات، خاصة تلك المتعلقة بالكشف والإنقاذ الليلي كالمناظير ووسائل الكشف الليلي لقوارب الهجرة غير المشروعة، والوسائل المساعدة في أعمال الإنقاذ، وعدم وجود ملابس وواقيات خاصة تحمي أفراد الدوريات عند قيامهم بأعمال الإنقاذ وانتشال الجثث، فضلاً عن عدم وجود تأمين صحي لهم عند تعرضهم لإصابات عمل.

ورغم الجهود التي تبذلها ليبيا على الصعيد التنظيمي والمؤسسي لمكافحة الهجرة غير المشروعة، ومحاربة عصابات تهريب المهاجرين، إلا أنها تظل عاجزةً في ظل الأوضاع السائدة حالياً عن تحقيق نتائج فعالة للتخفيف من حدة هذه الظاهرة، وهو الأمر الذي يتطلب مساعدة دولية كبيرة خاصةً من قبل الدول الأوروبية المجاورة لليبيا شمالاً، وعليها أن تنتهج نهج المملكة المغربية وتطلب مساعدات مالية كبيرة لتأمين حدودها وتزويدها بأجهزةٍ عالية الدقة والتكنولوجيا لضبط هؤلاء المهاجرين، وعلى هذه الدول أن تعمل على مساعدة ليبيا في عودة الأمن والاستقرار، ودعم الأجهزة المختصة والأجهزة الأمنية بشكل عام،[1] لقد أصبحت هذه الظاهرة والجرائم المرتبطة بها تشكل خطراً ليس على ليبيا فقط وإنما حتى على دول الجوار العربية والأوروبية، إن مساعدة ليبيا أصبحت أمراً ضرورياً تفرضه تطورات الأوضاع في هذا البلد وما آلت إليه من انفلات أمني، وانتشار للسلاح ساعد على انتشار الجريمة، وظهور عصابات الجريمة المنظمة، وتنامي نشاط المجموعات الإرهابية.

وفي هذا الإطار فقد تعهدت دول الاتحاد الأوروبي بتقديم الدعم لجهاز حرس السواحل الليبي من خلال توسيع نطاق تدريبه، وتزويده بقوارب وعربات نقلٍ حتى يتمكن من محاربة ومكافحة الهجرة غير المشروعة، والحد من وصول المهاجرين غير الشرعيين إلى أوروبا، وبحسب ما أشارت إليه صحيفة (فيلت آم زونتاغ) الألمانية أن المفوضية الأوروبية ستخصص مبدئياً (30 مليون يورو) لتمويل هذه الخطوة، كما ستوفر إيطاليا (16 مليون يورو) لهذا

(1)- د.آسية بو عزيز، السياسة الجنائية في مكافحة الهجرة غير الشرعية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص223.

الغرض. وستتولى بنفسها تدريب منتسبي جهاز حرس السواحل الليبية خارج إطار ما يعرف بعملية (صوفيا) البحرية.[1]

ولازال الدعم الأوروبي والإيطالي دون المستوى المطلوب بالمقارنة بحجم أعداد المهاجرين غير الشرعيين وضعف إمكانيات الأجهزة الليبية المختصة بمكافحة الهجرة غير المشروعة.[2]

إن مكافحة الهجرة غير المشروعة يتطلب تكاتف جهود جميع الأطراف من أجل معالجتها والقضاء عليها، وتعتبر ليبيا دولة عبور وليست مصدراً للهجرة، ومن ثم فإن حل المشكلة يتطلب إنشاء صندوق لمكافحتها وحماية المهاجرين كما فعلت بعض الدول،[3] كما يتطلب من الدول المتضررة من الهجرة غير المشروعة أن تقوم بإنشاء وتوطين مشاريع تنموية في الدول التي تشكل مصدرًا رئيسيًا للهجرة غير المشروعة للحد منها والقضاء عليها.

الخاتمة :

من كل ما تقدم نستخلص بأن الهجرة غير المشروعة بمختلف مسمياتها تتمثل في تواجد الأشخاص على أراضي دولة من الدول بالمخالفة لقوانين وأنظمة الدخول والخروج والإقامة فيها، وأن هذه الظاهرة أصبحت عالمية تعاني منها معظم الدول، وإن كانت بشكلٍ متفاوتٍ، أدى إلى ظهورها وانتشارها مجموعة من الأسباب (داخلية وخارجية)، حيث ساعدت مجموعة من العوامل والظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية إلى بروز هذه الظاهرة، وتفشيها بشكلٍ كبيرٍ، حتى تحولت إلى جريمة خطيرة ارتبطت بها مجموعة من الجرائم الأخرى، التي باتت تشغل الرأي العام المحلي والدولي.

لقد حاولت من خلال هذه الدراسة المتواضعة الوقوف على مفهوم الهجرة غير المشروعة، وتمييزها عن غيرها من المفاهيم والمصطلحات الأخرى التي تتشابه معها، وبيان أهم الأسباب المؤدية إليها وشرحها وتحليلها وربطها بالواقع المحلي، باعتبار أن ليبيا من أكثر الدول تضرراً منها، وهي بلد عبور وليست مصدراً لها، ثم تعرضنا للإطار التشريعي والتنظيمي الذي انتهجته بلادنا من أجل مكافحتها والحد منها، ومنع تسلل المهاجرين غير الشرعيين للأراضي الليبية والعبور منها إلى ضفة المتوسط الأخرى، وفي الإطار التشريعي بينا الآليات والتدابير التشريعية التي تعكس مدى حرص المشرع الليبي والاهتمام الذي أولاه لمعالجة هذه الظاهرة، وذلك من خلال دراسة القانون رقم 6 لسنة 1987م بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها، والقانون رقم 19 لسنة 2010م بشأن مكافحة

(2) نقلاً عن صحيفة دي فيلت الألمانية بتاريخ 2017/11/12م https://www.dw.com

(3) تشير تقارير منظمة الهجرة الدولية وصول قرابة (181.436) ألف مهاجراً غير شرعي إلى سواحل إيطاليا عام 2016، وفي عام 2017 وصل قرابة (114) ألف مهاجرٍ إلى جنوب أوروبا، منهم حوالي (82%) وصل إلى السواحل الإيطالية معظمهم قادمين من ليبيا.

(1) من تلك الدول مصر حيث نصت المادة (32) من القانون رقم 82 لسنة 2016م بإصدار قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين على إنشاء صندوق مكافحة الهجرة غير المشروعة وحماية المهاجرين والشهود، يتبع رئيس مجلس الوزراء، وحددت المادة (33) موارد الصندوق بما يخصص له في الموازنة العامة، وما يعقده من قروض وما يقبله من تبرعات ومنح من الجهات الوطنية والأجنبية بما يتفق مع أغراضه.

الهجرة غير المشروعة، وركزنا الحديث عن هذا القانون الأخير وحددنا النقص الذي يعتريه من خلال مقارنته بالقوانين الحديثة المناظرة له، ثم انتهينا إلى دراسة الإطار التنظيمي من خلال الحديث عن جهاز مكافحة الهجرة غير المشروعة، وجهاز حرس السواحل كأحد أهم جهازين يختصان بمكافحة هذه الظاهرة في الوقت الحالي في ظل أوضاعٍ أمنيةٍ صعبةٍ تعيشها البلاد، ونقصٍ في الإمكانيات، وعدم جدية الدول المجاورة لا سيما دول الشمال في تقديم مساعدة حقيقية لليبيا بالنظر إلى الإمكانيات الكبيرة التي تتطلبها آلية مكافحة هذه الظاهرة والجرائم المرتبطة بها.

وانتهينا في نهاية الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نوردها فيما يلي :-

أولاً- النتائج :

1- أصبحت ظاهرة الهجرة غير المشروعة في الوقت الحاضر من الظواهر الخطيرة التي تهدد أمن واستقرار دول العبور والاستقبال على حد السواء.

2- تعددت التسميات التي أطلقت على هذه الظاهرة، وتباينت تشريعات الدول في ذلك، بين الهجرة غير الشرعية، والهجرة غير المشروعة، والهجرة السرية، والهجرة غير النظامية، والهجرة غير القانونية، والهجرة بدون وثائق.

3- إن الأسباب الحقيقية الكامنة وراء الهجرة غير المشروعة والدافعة إليها؛ ترجع إلى تدني المستوى الاقتصادي والمعيشي، وإلى عدم الاستقرار السياسي، ونشوب الحروب الأهلية والنزاعات المسلحة في الدول المصدرة.

4- إن اتخاذ التدابير والإجراءات الأمنية المشددة، وسن التشريعات العقابية لمواجهة الهجرة غير المشروعة لا تكفي وحدها للقضاء عليها، وإنما لا بد من معالجة أسبابها معالجة جذرية وشاملة.

5- تعرض المهاجرين غير الشرعيين لعمليات استغلالٍ ونصبٍ واحتيالٍ، وانتهاكاتٍ واعتداءاتٍ خطيرةٍ ضد حقوق الإنسان في دول العبور والاستقبال.

6- الأوضاع الأمنية السيئة التي تعيشها ليبيا، وضعف الأجهزة المختصة أدت إلى إفلات عددٍ كبيرٍ من المهربين وتجار البشر والجماعات المسلحة والعصابات المنظمة من العقاب، كما أن أفراداً ومسئولين محليين وموظفين متواطئون في عمليات تهريب المهاجرين غير الشرعيين.

7- إن مكافحة الهجرة غير المشروعة عمليةٌ صعبةٌ ومعقدةٌ، لا يمكن أن تنجح بآلياتٍ فرديةٍ، لذلك فإن تقديم المساعدة لليبيا أصبح أمراً ضرورياً تفرضه تطورات الأوضاع، وما آلت إليه الأمور فيها من انفلاتٍ أمني، وانتشارٍ للسلاح مما ساعد على انتشارها، وظهور عصابات الجريمة المنظمة، وتنامي نشاط المجموعات الإرهابية بسببها.

8- لم يأخذ المشرع الليبي بمبدأ تشديد العقوبة التي أخذت به القوانين المقارنة وإنما ساوى في العقوبة، في حالة كون المهاجر غير الشرعي شخصًا قاصرًا أو امرأة أو عديم الأهلية أو من ذوي الإعاقة، أو في حالة تعريض حياة وسلامة المهاجرين غير الشرعيين للخطر، أو معاملتهم معاملة لا إنسانية أو مهينة.

ثانياً- التوصيات :

1-يجب معالجة أسباب ودوافع تنامي ظاهرة الهجرة غير المشروعة، وتزايدها بشكلٍ كبيرٍ، من خلال قيام الدول المتضررة منها بإقامة مشاريع تنموية في البلدان المصدرة، لمنع الإقبال على هذه الظاهرة.

2- ضرورة التعاون والتنسيق المتبادل بين الحكومة الليبية وحكومات دول جنوب المتوسط من أجل مساعدة ليبيا، ودعمها بالإمكانيات، وتبادل الخبرات والمعلومات في المجال الأمني، وتفعيل المعاهدات والاتفاقيات الموقعة معها، بما يسهم بصورةٍ مباشرةٍ في الحد من الهجرة غير المشروعة.

3- إعادة النظر في القانون رقم 19 لسنة 2010م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة، من خلال تشديد العقوبات وفرض غراماتٍ ماليةٍ كبيرةٍ على عصابات تهريب المهاجرين، والتنظيمات التي تمتهن الهجرة غير المشروعة وتروج لها، ومعاقبة كل من ساعد أو سهل أو استغل وظيفته في عملية تهريب المهاجرين غير الشرعيين.

4- أن تلتزم الأجهزة المختصة في الدولة باحترام حقوق الإنسان فيما يخص التعامل مع المهاجرين غير الشرعيين، خصوصاً مع النساء والأطفال وأن توفر لهم التدابير المناسبة لحماية حقوقهم، وتقديم المساعدة القانونية والقضائية اللازمة لهم.

5- إنشاء صندوق مكافحة الهجرة غير المشروعة وحماية المهاجرين، تكون موارده مما تخصصه له الدولة في الموازنة العامة، والمساعدات والتبرعات والهبات التي تقدمها الجهات الوطنية والأجنبية.

6- الاهتمام بالدور الإعلامي والتوعوي للتعريف بالأخطار التي تهدد الأمن الوطني من جراء انتشار هذه الظاهرة.

7- العمل على تفعيل دور المحاكم والنيابات الجزئية التي تم إنشائها لمكافحة الهجرة غير المشروعة، وسرعة الفصل في الدعاوي الجنائية المتعلقة بها.

- **المصادر والمراجع :**

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- الكتب والرسائل الجامعية :

1- الكفارنة، أحمد عارف أرحيل، الهجرة غير المشروعة من دول العالم الثالث وأثارها السلبية على المجتمع الأوروبي ، دراسة علمية ، جامعة البلقاء، المملكة العربية الأردنية، .2012

2- د. بو عزيز، آسية، السياسة الجنائية في مكافحة الهجرة غير الشرعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة (1)، 2017/2018.

3- د. السهلاني، زهراء قدوري منهي، الحماية القانونية للمهاجرين بموجب القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة النهرين، .2015

4- زناتي نبيلة، وكركور عمارة، جريمة تهريب المهاجرين في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة بجاية، الجزائر، 2014-2015م.

5-ساعد رشيد، واقع الهجرة غير الشرعية من منظور الأمن الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيذر بسكرة، 2012.

6- الشهاوي، فاروق، الهجرة غير الشرعية رؤيا مستقبلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، .2009

7- بركان، فايزة، آليات التصدي للهجرة غير الشرعية، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر-باتنة- الجزائر، 2011-2012.

8- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ) المحقق يوسف الشيخ محمد، دار النشر المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ / 1999م.

9- حسن، محمد حسين صادق، الهجرة الخارجية وآثارها على البناء الطبقي، دراسة ميدانية على قريتي خزام والعيايشا بمحافظة قنا، رسالة ماجستير، كلية الآداب، جامعة جنوب الوادي، 1998.

10- يشوي، لندة معمر، المحكمة الجنائية الدائمة واختصاصاتها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008.

ثالثاً- البحوث والمقالات :

1- دراجي، إبراهيم، اللجوء والنزوح والهجرة، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد السادس، منشور على شبكة المعلومات الدولية.

2- ماضي،أحمد عبدالله، قنديل، ناظر أحمد، الهجرة الدولية، مجلة جامعة تكريت، السنة 1، المجلد 1، العدد 3، الجزء 1، 2017.

3- د.بدير، أسامة، "ظاهرة الهجرة غير الشرعية، التعريف والحجم – المواثيق الدولية – الدوافع والأسباب"، مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية.

4 د.أمهيدي محمد أمهيدي، التشريع الليبي وحدود الأنظمة القضائية لمكافحة الهجرة غير النظامية، مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية.

5- د.بن مشري، عبدالحليم، بحث منشور بعنوان " ماهية الهجرة غير الشرعية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة – الجزائر، العدد السابع 2011.

6- د.البوري، محمد علي، ظلال الهجرة غير الشرعية علي الأزمة الليبية، مقال منشور بوابة أفريقيا الإخبارية الإلكترونية تاريخ النشر2018/10/15م.

رابعاً- التقارير :

1-تقرير البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة (UNDP)، تقرير التنمية الإنسانية العربية، نحو الحرية في الوطن العربي، 2004.

2-تقرير منظمة الأمم المتحدة لعام 2005:

3-أدلة التنمية البشرية ومؤشراتها، التحديث الإحصائي لعام 2018م لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي.

خامساً- التشريعات :

1- القانون رقم 6 لسنة 1986 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها، وتعديلاته.

2- القانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة.

3- القانون المصري رقم 82 لسنة 2016 بإصدار قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين

4- قرار اللجنة الشعبية العامة – سابقاً – رقم 125 لسنة 2005 بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم 6 لسنة 1986 بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها.

5- قرار اللجنة الشعبية العامة – سابقاً – رقم 229 لسنة 2005م بإعادة تنظيم جهاز حرس السواحل وأمن الموانئ.

6- قرار مجلس الوزراء رقم 386 لسنة 2014م بإنشاء جهاز مكافحة الهجرة غير الشرعية.

سادساً- المواقع الالكترونية :

-https://www.dw.com

-www.Aidiwan.org/News-Action-show-id-357.htm

-www.arab-engy.com

-www.aldiwan.org/News-Actions-Show-id-357.htm.

http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update_ar.pdf-

-https://www.afrigatenews.net :

-https://www.hafryat.com/ar/blog

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

المملكة المغربية

ردمد : 2336-0615