

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكداك / 94 غشت 2020

❖ من مواضيع العدد 94 : غشت 2020 :

- خدمة المالكية لمنظومة تحفة الحكام.
- نوازل فقهية في زمن كورونا – المسجد.
- أحكام الحقوق العينية العرفية.
- التأصيل القانوني والتماسك النصي.
- قراءة لأهم تعديلات قانون الجمارك.
- التعويض عن التعسف في إنهاء الزواج.
- خصوصية الطعن في نزاعات التحفيظ.

Rechercher dans ce site

صفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محبوبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتقنين المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام القانوني المرابي (قانون 02/15) : الأستاذ التقني الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	

الصفحة الرئيسية | اللجنة الاستشارية | أهداف المجلة | أخبار المجلة | اتصل بنا | المدير المسؤول | شروط النشر | مقالات قديمة | مقالات قديمة | مقالات قديمة | حوارات علمية | تقارير جامعية | المساهمون بالمجلة | أعداد المجلة | اشترك بالمجلة

العدد الرابع والتسعون : غشت 2020

❖ 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 الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين 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 السويدي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبني : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الرابع والتسعون : لشهر غشت 2020

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 94 لشهر غشت 2020 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. الحقوق العينية العرفية بين أحكام الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية ومدونة الأوقاف : الدكتور عبد المجيد

الكتاني ، أستاذ الشريعة والقانون بكلية الشريعة بفاس ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله - المملكة المغربية.....07

3. خدمة الملكية لمنظومة "تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام" للإمام أبي بكر بن عاصم : (760هـ/829هـ)، جرد

بيبليوغرافي : الدكتور عبد الله أبهام ، أستاذ بكلية الشريعة بآيت ملول بأكادير - المملكة المغربية.....28

4. نوازل فقهية في زمن كورونا- إيقاف الجماعات والجمع في المساجد نموذجا : الدكتور محمد الحراق ، عضو المجلس

العلمي المحلي للعرائش ، أستاذ زائر بكلية متعددة التخصصات بالعرائش - المملكة المغربية.....48

5. التنمية المستدامة - طبيعتها القانونية في ظل القانون الدولي البيئي : الدكتور نبهان سالم مرزق أبو جاموس ،

دكتوراه تخصص القانون الدولي العام ، الأكاديمية العربية في الدنمارك.....61

6. التأسيس القانوني و التماسك النصي : الأستاذ وليد الزواري ، أستاذ عرضي بكلية الحقوق والعلوم السياسية

بسوسة - الجمهورية التونسية.....78

7. قراءة لأهم التعديلات التي جاء بها القانون 04/17 المعدل و المتمم للقانون 07/79 المتضمن قانون الجمارك

الجزائري : الدكتور حيرش نور الدين ، أستاذ محاضر " ب " ، كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة معسكر

الجمهورية الجزائرية.....95

8. التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية بين محدودية الحماية وضرورة المراجعة التشريعية : كوثر هاني

باحثة في سلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس - المملكة المغربية.....108

9. خصوصية الطعن في نزاعات التحفيظ العقاري : خديجة المنير ، طالبة باحثة في سلك الدكتوراه في القانون الخاص

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة ابن زهر بأكادير - المملكة المغربية.....128

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

10. Le partenariat entre la région et l'université : Le cas de la Région de Rabat-Salé-Kénitra :
Karim CHEGGARI , Docteur en Droit Public Université Mohammed V-Rabat , Faculté des
Sciences Juridiques, Economiques et Sociales Souissi-maroc.....149

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الرابع والتسعين لشهر غشت 2020



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدالك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الرابع والتسعين لشهر غشت 2020 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث العامة من عدة هيئات و جامعات وكليات ومراكز ومعاهد بحث عربية عريقة ونخص بالذكر :

- كلية الشريعة جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس - المملكة المغربية.
- كلية الشريعة بآيت ملول، جامعة ابن زهر بأكادير - المملكة المغربية.
- الكلية متعددة التخصصات بالعرائش، جامعة عبد المالح السعدي - المملكة المغربية.
- الأكاديمية العربية في الدنمارك.
- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوسة - الجمهورية التونسية.
- كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة معسكر الجمهورية الجزائرية.
- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس المملكة المغربية.
- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر بأكادير - المملكة المغربية.

- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويدي الرباط - المملكة المغربية.

فشكرا 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 ناقشناها العدد الجديد ما يلي :

- الحقوق العينية العرفية بين أحكام الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية ومدونة الأوقاف.
- خدمة الملكية لمنصومة "نفقة الحكم في نكت العقول والأحكام" للإمام أبي بكر بن عاصم: ﴿760هـ/829هـ﴾، جرد بيبليوغرافي .
- نوازل فقهية في زمن كورونا- إيقاف الجماعات والتجمع في المساجد نموذجا .
- التنمية المستدامة - صبيعتها القانونية في ظل القانون الكولي البيئي .
- التأصيل القانوني والتماسك النصي .
- قراءة لأهم التعديلات التي جاء بها القانون 04/17 المعدل والمتمتم للقانون 07/79 المتضمن قانون الجمارك الجزائري .
- التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية بين محدودية الحماية وضرورة المراجعة التشريعية.
- خصوصية الصنع في نزاعات التحفيظ العقاري .

▪ Le partenariat entre la région et l'université : Le cas de la Région de Rabat-Salé-Kénitra.

ختاما لا ننسوا من دعائكم وتوجيهاتكم، وجعلنا العلي القدير مثل النبيان المرصود يشك بعضه بعضا .

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

الحقوق العينية العرفية بين أحكام الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية ومدونة الأوقاف



من إعداد : الدكتور عبد المجيد الكتاني

أستاذ الشريعة والقانون بكلية الشريعة بفاس

جامعة سيدي محمد بن عبد الله – المملكة المغربية

مقدمة :

إن الغاية من تقييد العقار هو دوام منفعتها واستمرارها في أداء دوره الاجتماعي والاقتصادي والثقافي والحضاري، ومن هذا المنطلق حرص الفقهاء على تدبير عقارات الأحياس بما يلائم طبيعة الحبس وأحكام الشريعة الإسلامية، وقد كان عقد الكراء من أهم الصيغ التي يتم بها استغلال عقارات الأحياس، وقد أدرك الفقهاء منذ وقت مبكر وهم يواكبون التحولات التي يعرفها المجتمع أن كراء عقارات الحبس ينبغي أن تحقق التوازن بين مصالح الحبس ومصالح المكترى، فمصلحة المكترى تقتضي تمكينه من مدة كافية لاستغلال عقار الحبس الذي يكتريه مدة يتاح له فيها جني مردودية ما أنفقه من أموال في تهيئة وإصلاح العين المكتراة، وهذا يقتضي أن تكون المدة التي يكتري إليها العقار الحبسي طويلة، ومن جهة الحبس فإن مدة كراء عقاراته إن طالت فإن ذلك قد يؤدي إلى إبطال الحبس لبقاء المكترى به مدة طويلة قد يظن فيها أنه مالك العقار، فيضيع الحبس بذلك.

وفي إطار الموازنة بين هاتين المصلحتين المختلفتين، اختلفت آراء الفقهاء في المدد التي يجوز كراء عقارات الأحياس إليها، فرأى المالكية أن الأراضي العارية للأحياس تكرر لمدة أربع سنوات، وتكرر الدور والحوانيت لسنة واحدة¹ ورأى الحنفية أن الأراضي تكرر لثلاث سنوات²، فيما ذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز كرائها لمدة طويلة وفق شروط معينة³.

ومع مرور الزمن وتغير الأحوال تعرضت كثير من عقارات الحبس للخراب، فاحتاجت إلى الاعمار والاصلاح لتعود إلى دورة الإنتاج، وذلك يتطلب إنفاق وتوظيف واستثمار المال، ولم يعد الكراء لمدة قصيرة يفي بهذا الغرض، حيث زهد الناس في كراء عقارات الأحياس لمدة قصيرة؛ لأنها لا تمكنهم من استرجاع ما قد ينفقونه عليها كما لا تكفيهم للاستفادة من عائدات الاستثمارات المالية التي قد يوظفونها في تلك العقارات، والحفاظة على أعيان الحبس وضرورة استثماره وتعميره إذا خرب واجبة، فكيف واجه الفقه الإسلامي هذه الإشكالية؟

لم يقف الفقه الإسلامي مكتوف الأيدي أمام هذا التحدي؛ بل قام بوضع الحلول المناسبة من خلال الفتاوى التي صدرت عن الفقهاء والتي تعالج بقاء هذه الأعيان صالحة لأداء دورها الحسبي باستمرار الربيع الذي قرر الحبس التصديق به في وجوه الخير التي حددها، والأسلوب الذي كان ممكنا حينها لتعمير الحبس واستثماره هو الكراء الطويل الأمد أي الكراء مع التبقية، وهذا الأسلوب هو الذي تكفل بتعمير أعيان الحبس والحفاظة عليها، ولكن كان لهذا مقابل وهو حصول المكثري على "حق القرار" في هذه الأعيان، وترتب عن ذلك إنشاء بعض الحقوق العرفية على العقارات الحسبية.

وعلى الرغم من حرص المالكية والحنفية على عدم إطالة مدة الكراء، فإنه أمام هذا الواقع وهذه التحديات لم يجد المالكية والحنفية بدا من تجاوز ما قرروه أولا وإجازة كراء عقارات الأحياس لمدة أطول من شأنها أن ترغب الناس في الكراء عوض أن تظل هذه العقارات عرضة للخراب والبوار، سيما إذا لم يكن لها ربيع تعمر به⁴ وبناء على هذا الاعتبار أفتى الفقهاء بجواز تمكين مستغل - (المكثري) - الحبس من البقاء فيه ما دام مؤديا لثمن الكراء وهو ثمن

¹ يقول البرزلي في نوازل: في وثائق ابن العطار الذي جرى به العمل قبالات أرض الأحياس لأربعة أعوام وهذا الذي شاهدناه بقرطبة. ودور الأحياس والحوانيت إنما تكرر عاما فعاما وشاهدنا ذلك من قضائها بمحضر فقهاءها مرارا (البرزلي، جامع مسائل الأحكام، تحقيق محمد الهيلة، دار الغرب الإسلامي 2002، ج: 5، ص: 365) ويقول الحطاب: أما الحبس على المساجد والمسكين وشبههما فلا يكرهها الناظر لأكثر من أربعة أعوام إن كانت أرضا، أو أكثر من عام إن كانت دارا، وهو عمل الناس ومضى عليه عمل القضاة، فإن أكرى أكثر من ذلك مضى إن كان نظرا على مذهب ابن القاسم وروايته ولا يفسخ (الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج: 6، ص: 47 ومحمد المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، مكتبة النجاح ليبيا، ج: 6، ص: 47).

² جاء في الفتاوى الهندية (فقه حنفي): وإن كان لم يشترط شيئا نقل عن جماعة من مشايخنا أنه لا يجوز أكثر من سنة واحدة، قال الفقيه أبو جعفر أنا أجوز في ثلاث سنين ولا أجوز في ما زاد عن ذلك... وفي غير الضياع يفتى بعدم الجواز في ما زاد على سنة واحدة إلا إذا كانت المصلحة في جوازه، وهذا أمر يختلف باختلاف الزمان والموضع (الفتاوى الهندية تأليف جماعة من علماء الهند، دار التراث العربي بيروت، ج: 4، ص: 514).

³ وقد عبر ابن قدامة عن موقف الحنابلة من إكراء الأرض لمدة طويلة فقال: ما جاز سنة كالبيع والنكاح والمساقاة، جاز لأكثر منها (ابن قدامة، المغني، كتاب الإجراءات، دار الفكر 1984، ج: 6، ص: 11).

⁴ فقد أفتى الشيخ عليش بجواز ذلك فقال: وقد أفتى جماعة من محققي المتأخرين بجواز إجازة الوقف المدة الطويلة لمن يعمره ويختص بزائد غلته إذا لم يكن للوقف ربع يعمره ووقعت الإجازة بأجرة المثل في وقتها وجرى العمل بفتواهم إلى الآن بمصر (محمد الشيخ عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار الفكر، ج: 2، ص: 239).

المثل، ومن هنا نشأت على أعيان الحبس "حقوق عرفية" رتبها عقود الكراء الطويلة، وهي حقوق أشبه بحق الملكية رتبت على عقارات الأحياس، وأهم هذه الحقوق هي "الجلسة" و"الجزء" و"الزينة" وشبهها مما يسمى بـ "المفتاح" و"الغبطة" و"العرق" و"الحلاوة" ونحو ذلك.

إن الحديث عن هذه الحقوق يقتضي بيان مفهومها، وأصل منشئها وجريان العمل بها في الفقه المالكي ونقتصر في هذا المقام على الكلام عن الجلسة والجزء والزينة والمفتاح (مبحث أول) وعن كيفية تنظيم هذه الحقوق في التشريع المغربي من الحماية إلى مدونة الحقوق العينية ومدونة الأوقاف (مبحث ثان).

المبحث الأول: مفهوم الجلسة والجزء والزينة والمفتاح ونشأتها وأحكامها في الفقه المالكي :

يتناول هذا المبحث مفهوم كل حق من هذه الحقوق (مطلب أول) ونشأة وأحكام هذه الحقوق في الفقه المالكي المغربي (مطلب ثان) :

المطلب الأول: مفهوم الجلسة والجزء والزينة والمفتاح وبيان أوجه التشابه والاختلاف بينها :

الحديث في هذا المطلب عن مفهوم الجلسة والجزء والزينة والمفتاح (أولاً) و أوجه التشابه والاختلاف بين هذه الحقوق (ثانياً)

أولاً: مفهوم الجلسة والجزء والزينة والمفتاح :

الكلام في هذه النقطة عن مفهوم الجلسة (أ) ومفهوم الجزء (ب) ومفهوم الزينة (ج) ومفهوم المفتاح (د)

أ- مفهوم حق الجلسة :

حق الجلسة : هو حق قرار مستمر مرتب على عقار معد للاستعمال الصناعي أو الحرفي أو التجاري بكراء على التبقية.

وقد عرفت الجلسة بتعاريف متنوعة حتى إن الشيخ عبد القادر الفاسي قال: إن للناس فيها اصطلاحات وقوانين¹؛ بل إن هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى تخصيص كتاب كامل عن الجلسة سماه: "إزالة الدلسة عن وجه الجلسة"²، وعموماً فإن تعاريف الفقهاء المالكية المغاربة للجلسة لا تخرج في مجملها عن كون الجلسة هي تمليك منفعة بكراء على التبقية³.

¹ - السجلماسي، شرح نظم العمل الفاسي، طبعة حجرية، ج: 1، ملزم 61، ص: 7 وما يليها، وبنظام الصفحات، ج: 1، ص: 483. وما يليها.

² - أنظر محمد التماق الغرناطي، إزالة الدلسة عن وجه الجلسة، مخطوط خاص بخزانة المرحوم محمد المنوني.

³ - أنظر تعاريف الجلسة التي جملها الدكتور محمد الصوفي في كتابه: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، الطبعة الثانية لسنة: 2005م، ص: 442-449.

وحق الجلسة في التعبير المغربي يقابل "حق الخلو" عند المصريين¹، يقول السجلماسي: مسمى "الجلسة" بفاس هو المسمى بـ"الخلو بمصر"، والحكم الذي أفتى به الشيوخ في الخلو موافق لما يذكر في الجلسة²، وقد عرف "الخلو" بأنه: "اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي وقع في مقابلتها الدراهم"³.

وغالبا ما يترتب حق الجلسة على العقارات المبنية المعدة للاستعمال الصناعي أو الحرفي أو التجاري، كالفرن أو الطاحون أو الحمام أو الحانوت.

فحق الجلسة قد يترتب على عقارات الحبس، وقد يترتب على عقارات الدولة الخاصة، وقد يترتب على العقارات المملوكة للخوادم، حسبما يفهم من نصوص الفقهاء⁴.

وبما أننا بصدد الحديث عن حق الجلسة الذي يترتب على عقارات الحبس فإننا نسوق مثالا للجلسة المرتبة على عقار الحبس ذكره المهدي الوزاني ونص الغرض منه بتصريف يسير: الجلسة جرى القضاء فيها من علماء فاس على التبقية وعدم الخروج إلا برضى المكترى، فإذا اكترى شخص حانوتا من ناظر الأحباس لمدة من عشرة أعوام مثلا وانقضت، وطلبه بالخروج لانقضاء المدة فأبى، فليس له أن يلزمه بالخروج منها إلا برضاه؛ لأن العادة أن ذلك على التبقية، ولكن يبقى فيها بكراء المثل الآن لا على ما كانت عليه في المدة الأولى؛ بل على ما يقومها به أرباب المعرفة الآن⁵.

فحق الجلسة إذن هو حق مترتب على عقار مبني معد للاستعمال الصناعي أو الحرفي أو التجاري بناء على كراء على التبقية، الأصل فيه أن صاحب الجلسة لا يخرج من العين التي يكتريها وإن انقضت مدة كرائه إلا برضاه.

وعموما يمكن القول إن حق الجلسة ينشأ بموجب عقد كراء يلتزم المكترى بموجبه أن يجهز المحل الذي اكتراه بما يلزم من معدات يتطلبها تعميره، فإذا فعل ذلك كان للمكترى حق التمتع بالمحل المكترى على وجه دائم في مقابل أن يؤدي عائدات دورية للجهة التي أكرته له⁶.

¹ - أنظر تعاريف الخلو التي جملها محمد الصوفي في مرجعه السابق، ص: 455 وما يليها.

² - السجلماسي، شرح نظم العمل الفاسي، ج: 1، ص: 483 وما يليها.

³ - محمد عليش، مرجع سابق، ج: 2، ص: 249. والسجلماسي، شرح نظم العمل الفاسي، ج: 1، ص: 1، ص: 483. وما يليها.

⁴ - السجلماسي، شرح نظم العمل الفاسي، ج: 1، ص: 483 وما يليها.

⁵ - المهدي الوزاني، شرح نظم العمل الفاسي، طبعة حجرية، ج: 1، ص: 264.

⁶ - د خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، ج: 2، ص: 139، وزهدى يكن، الوقف في الشريعة والقانون، طبعة دار النهضة العربية، بيروت لبنان.

ب- مفهوم حق الجزاء :

حق الجزاء : هو حق قرار مستمر مرتب على أرض فضاء ببراءة على التبقية.

إن حق الجزاء هو في الأصل كراء لمدة معلومة ولكنه جرت العادة أن "الجزاء" على التبقية والاستمرار، وسكنت نفوس الناس لذلك¹.

إن "حق الجزاء" هو كحق الجلسة إلا أنه يقع على الأرض الفضاء البراح الخالية من البناء كالأرض المعدة للزراعة والغرس مثلا، وقد يسمى حق الجزاء أيضا بـ"حق الاستئجار"، وحق الجزاء يقع على منفعة أرض براح سواء كانت أرضا للأحباس أو للدولة أو في ملك الخواص، ولكل منها أحكامه حاصلها : أن الجزاء المقام على الأرض المحبسة على غير معينين كالفقراء والمساكين أو المساجد أو التي للدولة، فإن الدخول في عقد جزائها على التأبید، وعدم أمر الباني أو الغارس أو من دخل من ناحيته بقلع بنائه وشجره، بخلاف "الجزاء" المقام على الأرض المملوكة للخواص أو الأراضي المحبسة على معينين، فإن الدخول فيها على عدم التأبید والتجديد بالمدة المدخول عليها، فإذا انقضت، فلرب الأرض أن يبقى الزينة لأجل آخر يتفقان عليه، أو يأمره بقلع بنائه وشجره، يقول الشيخ ميارة : "ولهذا تجد الناس يتنافسون في "جزاء" المساكين والمساجد ولو بأعلى ثمن، ويزهدون في كراء الأرض المملوكة والحبسة على معينين"².

وبتبعنا لكلام الفقهاء تبين لنا أن حق الجزاء كما يكون على أرض الحبس أو أرض الدولة، يكون على أرض مملوكة للخواص كما جرى العرف بذلك وأقره الفقهاء، و في الواقع العملي غالبا ما كان يقع حق الجزاء على أراضي الأحباس التي لا يجني منها الحبس أي فائدة تذكر، ولهذا يعمد ناظر الحبس إلى تعميمها عن طريق كرائها بترتيب "حق الجزاء" عليها؛ لكي يستثمرها بطريق الزراعة أو البناء. وفي ذلك يقول المهدي الوزاني: "وكذلك من أخذ أرض الحبس من الناظر بأجرة في كل سنة إلى مدة وعمرها ببناء أو غرس وهو "الجزاء" وانقضت المدة، وأبى أن يخرج منها، فلا يلزم بالخروج منها، ولكن يبقى فيها بأجرة المثل الآن"³.

فصاحب الجزاء يصبح له حق عيني ثابت على العين يستطيع التصرف فيه بالبيع وغيره من أنواع التصرفات⁴.

¹ - هذا ما ذهب إليه ابن منظور في جواب له في المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، للونشيري، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، طبعة دار الغرب الإسلامي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1401هـ/1981م، ج: 5، ص: 37-38.

² - المهدي الوزاني، شرح نظم العمل الفاسي، طبعة حجرية، ج: 1، ص: 270.

³ - المهدي الوزاني، مرجع سابق، ج: 1، ص: 264.

⁴ - محمد الصوفي، مرجع سابق، ص: 629.

و"حق الجزاء" في التعبير المغربي يقابله "حق الحكر" عند المصريين¹ و"حق الإنزال" عند التونسيين².

ج- مفهوم حق الزينة :

يقول المهدي الوزاني : " الزينة " المحدثه الشائعة، وهي قديمة بمصر وتسمى بـ"المفتاح" أيضا، مأخوذة من "الجلسة" وناسخة لها؛ لأن الأصل أن ناظر الحبس أو نائب المخزن يبني الحوانيت والأرحية ونحو ذلك ويكرها لرجل إلى مدة معينة، والعرف قاض بعدم خروجه إذا انقضت المدة ؛ بل تجدد له العقدة كلما انقضت المدة، فإذا دخل هذا المكتري للحانوت وللرحى مثلا وضع فيها الموازين والمواعين وسائر ما يحتاج إليه مما يتوقف عليه البيع والشراء من ماله الخاص به، ويسمى هذا الكراء على التبقية "جلسة" كما تسمى تلك الحوائج الموضوعة في الحانوت أو الرحي "جلسة" أيضا، فإذا أراد المكتري الخروج منها، قبض من غيره مالا ومكنه من مفتاحها، وباع له به رفع يد التصرف عنها، وصار هذا المشتري من المكتري هو المتصرف في منفعتها لا غير، فهذه حقيقتها والمبيع إنما هو رفع اليد لا غير³.

وقد عرفت المادة 131 من مدونة الحقوق العينية في فقرتها الأولى حق الزينة الذي يقع على عقارات الخواص بقولها: "الزينة حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء، الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير".

د- مفهوم حق المفتاح :

قال الفقيه سيدي محمد بن أحمد التماق في تأليفه الذي سماه : "إزالة الدلسة عن وجه الجلسة" ما نصه: "ربما سمعنا عن بعض الأسواق المغبوطة في هذه الأزمنة كالقيسارية والقطارين أن من تكون بيده الحانوت يتبغى أن يعطيه الداخل برضاه ما يتفقان عليه فيما بينهما ليرفع يده عنها ويسمون ذلك "شراء المفتاح" من المساكن، ولا مدخل في ذلك لذي الأصل الذي عقده أولا للمساكن أو ذي المنفعة، وانظر هنا هذا الحادث فهو غير "الجلسة" على كل حال، وتأمل هل هو من معنى "الخلو" أيضا عند المشاركة أو "الخلو" قطعاً هو كما تقرر نظير "الجلسة"⁴، وما توقف فيه الفقيه أحمد التماق حسم فيه المهدي الوزاني حيث جزم بأن "الخلو" بمصر هو "شراء المفتاح" بفاس⁵.

¹ يقول الشيخ عليش متحدثاً عن هذا الحق: من استولى عليه يكون عليه لجهة الوقف أجرة للذي يؤول إليه وقف الأرض ويسمى عندنا بمصر حكرًا لثلا يذهب الوقف باطلا (محمد عليش، مرجع سابق، ج: 2، ص: 243). (وقد قال ابن عابدين عن الحكر: إنه حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة تعقد بإذن القاضي يدفع فيها المحتكر لجانب الوقف مبلغا يقارب قيمة الأرض، ويُرتب مبلغ آخر ضئيل ليستوفي سنويا لجهة الوقف من المحتكر أو من ينقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمحتكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع)، (ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرقائق، دار الكتاب الإسلامي ط: 2، ج: 5، ص: 220، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج: 9، ص: 44). ولزيد من التوضيح ينظر محمد الصوفي في مرجعه السابق عند حديثه عن شبه حق الجزاء بحق الحكر، ص: 633 وما يليها.

² الإنزال، جرى به العمل في تونس، وهو "كراء أرض الوقف عند انعدام النفع بها كراء مؤبدا لا يفسخ ولا يزيد وإن تغيرت الأسعار بتداول الأعصار لمن يبني أو يغرس على بقاء نزله لتحصل بذلك عمارة الوقف بشرط أن يكون مقدار الكراء المرتب ليس دون قيمة المثل حين العقد" (محمد الطاهر السنوسي، القانون العقاري، تونس، 1377هـ/1958 م، ج: 1، ص: 193)، ولزيد من التوضيح ينظر محمد الصوفي في مرجعه السابق، عند حديثه عن شبه حق الجزاء بحق الإنزال، ص: 632.

³ المهدي الوزاني، شرح نظم العمل الفاسي، مرجع سابق، ج: 1، ص: 266.

⁴ المهدي الوزاني، شرح نظم العمل الفاسي، مرجع سابق، ج: 1، ص: 266-267.

⁵ المهدي الوزاني، مرجع سابق، ج: 1، ص: 268.

ثانيا: أوجه التشابه والاختلاف بين الجلسة والجزاء والزينة والمفتاح:

قد التبس مفهوم هذه الحقوق العرفية؛ لأنها من واد واحد ونظرا لخطوط التماس بينها، حتى إن الرأي الغالب في المغرب يذهب إلى اعتبار الجلسة والزينة والخلو والمفتاح مصطلحات لشيء واحد هو "حق المنفعة الأبدية"، والحقيقة أنه رغم ما بين حق الجلسة خصوصا وحق الزينة من تشابه إلا أنه مع ذلك لا يمكن استعمالهما كمترادفين؛ لأنه إذا صح أن كل حق جلسة هو حق زينة فالعكس غير صحيح؛ فحق الزينة قد يكون محله حق جلسة، وهذا ما درج عليه عمل أهل فاس الذين كانوا يعتبرون الزينة فرعا من الجلسة ويفرقون بين مالك الرقبة وصاحب الجلسة وصاحب الزينة.

فصاحب الجلسة يستطيع أن ينشئ على حقه حق زينة بحيث يتجزأ حق الجلسة بين صاحبه من جهة وبين من اكتسب حق الزينة من جهة ثانية¹.

وقد حاول الدكتور محمد ابن معجوز رحمه الله التمييز بين هذه المصطلحات فقال بعد أن عرف الجزاء: "وأما "الزينة": فيراد بها التجهيزات التي يقيمها المكثري في الدكان أو الفندق أو الحمام الذي يكتريه على أساس "الجلسة" من تجهيزات ورفوف وواجهات وغير ذلك مما يحتاج إليه في تسييره واستغلاله.

كما يراد بالزينة أيضا البناء والغرس الذي يحدثه المكثري لأرض الجزاء، وعلى الحق الذي اكتسبه المكثري في الجلسة والجزاء.

وغالبا ما تقع هذه الأنواع من الكراء على العقارات المحبسة ولكن لا مانع من أن تقع على العقارات المملوكة لأصحابها².

أما "المفتاح" فهو الحق الذي ينشأ للشخص الذي يكري العقار المبنى كالدكان أو الحمام ليستغله على وجه الدوام.

ولتقريب هذه الحقوق من الأذهان نقول: لو فرضنا أن شخصا (علي) اكرى دكانا من الأحباس كراء مؤبدا بمائة درهم في الشهر، ثم جهزه بما يلزم لتسييره من رفوف وخزائن وأصبح يستغله في تجارة الثياب. ولو فرضنا أنه بمجرد أن اكرى الدكان من الأحباس أكراه بدوره كراء مؤبدا (لخالد) بمائتي درهم، ثم قام خالد بتجهيز هذا الدكان بالرفوف والخزائن وواجهة وغير ذلك مما يلزم لاستغلاله ثم أكراه بدوره (لزيد) بخمسمائة درهم في الشهر.

فإن الأحباس تبقى مالكة للرقبة فقط أما علي فيعتبر في الفرضية الأولى مالكا للجزاء بما يشتمل عليه من حق البقاء، وما جهز به الدكان به وحقه في الاتجار فيه على الدوام. أما في الفرضية الثانية فإننا نجد هذه الحقوق التي كانت

¹ مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، طبعة بدون تاريخ، (c/748)، ص: 621.

² وانظر أيضا مامون الكزبري، مرجع سابق، ص: 617.

لعلي قد تفرقت فأصبح حقه مقتصرًا على حق الجلسة أي الكراء المؤبد بينما يكون خالد مالكا للزينة التي هي التجهيزات وحق الكراء المؤبد أيضا في حين إن زيدا يصبح مالكا للمفتاح الذي يتمثل في الكراء المؤبد.

ونفهم من هذا أن يمكن أن يكون مالك الجلسة والزينة والمفتاح أو الجزاء والزينة شخصا واحدا...، كما يمكن أن تكون الجلسة أو الجزاء مملوكة لشخص والزينة مملوكة لآخر...

وغالبا ما يكون الكراء الذي يؤديه الأول (أي صاحب الجلسة أو الجزاء) أقل مما يؤديه المكثري الثاني (أي مالك الزينة) كما أن كراء المكثري الثالث يكون عادة أعلى من الكراءين، والفرق الذي بين الكراء الأول والثاني يسمى في العرف: الغبطة¹.

المطلب الثاني: نشأة وأحكام الجلسة والجزاء والزينة والمفتاح في الفقه المالكي المغربي:

إن نشأة الجلسة والجزاء والزينة والمفتاح وما يضارعها من الحقوق هو العرف الذي جرى به العمل بفاس، قال ناظم عمل فاس عطفًا على الأمور التي جرى بها العمل بفاس:

وهكذا الجلسة والجزاء***** جرى على التبقية القضاء

وقد شرح الناظم هذا البيت، وأطال النفس فيه، وما قاله: إنه مما جرى به العمل كون الجلسة والجزاء على التبقية، وأن لصاحبها يدا يقدم بها على غيره، وأن العادة بذلك جارية بفاس، وأن الجلسة والجزاء من الأمور غير المنصوصة في الفقه، وغير جارية على المنصوص إلا أنه عرف مصطلح عليه إلى أن قال: هكذا أدركنا لوقتنا وما قرب منه، ووجدنا الحكم به، ثم جلب بعد ذلك العديد من فتاوى شيوخ وكبار علماء فاس المتأخرين، حيث قال القاضي ابن سودة في جواب له بين فيه العرف الجاري، وما وقع عليه العمل قال فيه: الجلسة جارية مجرى الغرس في أراضي الأحباس وهي على التبقية في حوانيت الحبس وقاعات الأرحى، فإذا انقضت المدة التي وقع العقد عليها، ووقع التشاح، ألزم ذو الجلسة بكراء وسط على المعروف وقت التشاح عليها، وألزم ذو الأصل قبوله، وإن اتفقا على تقويم الجلسة، قومت قيمة عدده على أنها تقوم منفصلة عن الأصل، وإن شاء صاحب الجلسة رفع أنقاضه التي لا حق لغيره فيها فله ذلك، ولا مقال لرب الأصل في إلزامه المكث بكراء وسط ولا في تقويم عليه ولا قلع؛ لأنها جارية مجرى الأجزية وعقودها، ولا يخفى حكمها الجاري في الأحباس.

¹ - محمد ابن معجوز الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الثانية، 1419-1999، ص: 405-406.

وقال عبد الواحد ابن عاشر: إن الجلسات لا أصل لها ولكن جرت عادة أهل فاس باعتبارها والاعتماد عليها، وذلك لمصلحة ظهرت لهم فيه لصاحب الأصل، وهي أن صاحب الجلسة يلتزم تعمير الموضوع لما فيه من العدة وإن كان أشرف على الخلاء لفساد أو كساد¹، وقد أفتى الإمام ابن عاشر في مسألة الجلسة وما يشبهها بالبطلان والمنع².

وقد سئل الشيخ ابن ميارة عن الجلسة التي جرى بها عمل الناس في الحوانيت هل تجوز أم لا؟ فأجاب بأنه لم يقف على نص في المسألة، وأن صورتها في العرف الفاسي على وجهين:

أحدهما أن يقع العقد على الجلسة المشتملة على كذا وكذا

وثانيهما أن يقع على الجلسة مجتمعة، ثم قال: فلو لم يكن إلا هذا القدر لجازت الأولى وامتنعت الثانية للجهل بالمبيع، لكن الضمائر منعقدة على أمور أخر، منها أن المقصود الأهم للمشتري بقاء ما سماه مشتري بالحانوت على التأييد لمنفعة صاحب الأصل من اعتمار أصله ومن كرائه، ومنها أنه قد تكون الجلسة المبيعة لا مسمى لها رأسا وكان قصد المتبايعين ما تقدم من ملازمة الموضوع على التأييد والتحجير على صاحب الأصل، إلى غير ذلك من الأمور المخالفة للشريعة مما يقتضي منع بيعها؛ لأن بيعها وسيلة إلى هذه الأمور المنوعة، ووسيلة الحرام حرام، وجري العمل بها لا يبيحها، وكم من محرم جرى العمل به، ثم إنه وقع التماثل والاصطلاح في هذه الأعصار من بعض أصحاب الأصول لاسيما أهل الأحباس أنهم لا يخرجون من عقدوا له في ذلك إلا برضاه؛ لما رأوا من مصلحتهم في ذلك، فهو عندهم على التبقية؛ ولأجل مراعاة التبقية تنافس الناس في شراء هذه العقد وتوليبتها.

وإذا كان الأصل شراء المنفعة بالكراء المؤجل الذي لا نزاع في جوازه، لم يضر اعتبار ملاحظة التبقية معه؛ بل لو تجرد هذا الاعتبار وعرى عن العقدة حيث ينصرم الأجل ما ضر أيضا، وكانت التولية وإعطاء المال على ذلك جائزا؛ لما تقدم أن أصحاب الأصول مصطلحون على عدم إخراج أصحاب العقد، لكن إن شأؤوا زادوا عليهم في الكراء، فإن رضوا وإلا رفعوا نزاعهم، فهذه الأولوية والتقديم على الغير بسبب السبق هي المقصودة، ويبدلون فيها الدراهم ليرفعوا نزاعهم ويتولى الداخل العقد من صاحب الأصل، ولولا رفع اليد الأولى ما وجد هذا الثاني إلى ذلك سبيلا. وإذا كان المقصود رفع اليد لم يضر ما يكتب من خلافه؛ إذ لا يعتبر في العقود اللفظ المخالف للمقصود كما قاله التازغدري، كما أنه لا عبرة بتعبير الموثق عن الجلسة بماعون الحانوت المشتمل على كذا وكذا؛ إذ لو كان الماعون منفردا لما بيع بذلك الثمن ولا ما يقاربه³.

¹ - السجلماسي، شرح نظم العمل الفاسي، مصدر سابق، ص: 483 وما يليها.

² - الدسوقي، حاشية الدسوقي على مختصر خليل، ج 3 ص 433، وانظر أيضا: عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية، 1404 هـ 1984 م. ص: 468 وما بعدها.

³ - السجلماسي، شرح نظم العمل الفاسي، مصدر سابق، ص: 483 وما يليها. وقد جلبنا جواب الشيخ ابن ميارة بتصرف رغم طولها؛ لأنه جامع مانع للجلسة وما يشبهها وأنواع العقود الجارية عليها وحقيقتها وما يجوز منها وما يجوز.

وقد حذر أحمد بن عبد العزيز الهلالي من أمور جرى بها العمل في بعض البلدان ولم يظهر لها مستند فقال ما نصه: "ومنها مسألة الجلسة والجزاء، فهما مخالفتان للشرع، وعولوا فيهما على مجرد العادة، واستأنس بعضهم بظواهر لا تشهد لهم"¹.

وذكر ابن عابدين من الحنفية نقلا عن ابن عبد الرحمن العمادي مفتي دمشق بأن القول بالخلو الذي يقابل الجلسة يفتى به مراعاة للعرف وجريان العمل².

وقد جرت مناظرة بين الفقيهين أبي القاسم التازغدري وأبي محمد عبد الله بن محمد العبدوسي حول موضوع الجزاء، وقد كان القول النهائي للتازغدري أن الجزاء حق ثابت جرى به العرف فلا يجوز لوكيل السلطان الذي باع شيئا من قاعة مشتركة أن يتجاهل حق شريكه في الجزاء³.

وخلاصة أقوال العلماء المغاربة في مسألة الجلسة والجزاء وشبههما، أن كل ذلك لا أصل له في الشرع ولكن جرت عادة أهل فاس باعتبارها والاعتماد عليها لما رأوه من مصلحة فيها وهي عقد كراء على التبقية⁴. وقد نظم بعض الأئمة هذا المعنى فقال:

والجلسة التي جرت بفاس***** لذا الحوانيت بلا التباس

ليس لها في الشرع أصل يعلم***** ولا قياس قاله من يفهم

وعموما فالناس يجرون على أعرافهم وعوائدهم والعادة محكمة وهي إحدى القواعد التي يبنى عليها الفقه⁵. وقد أفتى علماء المغرب بجواز الجزاء، فقال به ابن سراج وابن منظور من علماء الغرب الإسلامي ونصر الدين اللقاني من مصر⁶.

المبحث الثاني: تنظيم الحقوق العينية العرفية في التشريع المغربي:

يتناول هذا المبحث تنظيم هذه الحقوق في تشريعات الحماية (مطلب أول) وتنظيمها في مدونة الحقوق العينية ومدونة الأوقاف (مطلب ثان).

¹ - أحمد بن عبد العزيز الهلالي، نور البصر على خطبة المختصر، طبعة حجرية السنة 1303هـ، ملزم: 12، ص: 4 وبنظام الصفحات، ص: 94.

² - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود دار الكتب العلمية بيروت 1994، ج: 9، ص: 35.

³ - الونشريسي، المعيار المغربي، ج: 6، ص: 207.

⁴ - السجلماسي، شرح نظم العمل الفاسي، مصدر سابق، ج: 1، ص: 483 وما يلها، وانظر نفس المعنى في حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل، طبعة دار الفكر بيروت، ج: 6، ص: 138.

⁵ - المهدي الوزاني، شرح نظم العمل الفاسي، مصدر سابق، ص: 266، وانظر آراء القائلين بشرعية هذه الحقوق وآراء القائلين بعدم شرعيتها مع أدلة ومستند كل فريق من الفريقين، عند محمد الصوفي في مرجعه السابق، ص: 784 إلى 796.

⁶ - الوقف في الفكر الإسلامي محمد عبد العزيز بن عبد الله طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب 2002، ج: 2، ص: 156.

المطلب الأول: تنظيم الحقوق العينية العرفية في تشريعات الحماية:

إن الحقوق العينية العرفية سواء المرتبة على عقارات الدولة أو عقارات الخواص أو عقارات الأقباس، ظلت خاضعة للأعراف والعوائد التي تراعي حفظ مصالح كل الأطراف، وإذا كانت الدولة والخواص يحرصون على حفظ ومراعاة مصالحهم تجاه أصحاب الحقوق العرفية المرتبة على عقاراتهم (الدولة أو الخواص)، فإن مصالح الأقباس ولاسيما الأقباس العامة مع مرور الوقت تعرضت لكثير من الإجحاف والتفريط، وهو ما دفع بالسلطات الوصية على الأقباس أن تنظم الحقوق العرفية المرتبة على عقارات الأقباس بجملة من النصوص القانونية منذ فجر الحماية في محاولة لإعادة التوازن بين أصحاب هذه الحقوق وعقارات الأقباس ورفع الغبن والضميم والإجحاف الذي طال عقارات الأقباس العامة¹، وكان أهم هذه النصوص الظهير الشريف الصادر بتاريخ فاتح ربيع الثاني 1332 الموافق لـ (27 فبراير 1914) المتعلق بالجزء والاستئجار والجلسة والمفتاح.

وقد جاء في ديباجة هذا الظهير ما نصه: "إننا لما رأينا ما عليه الأقباس العامة بمملكتنا الشريفة من الضياع والتفريط في هذه الأعوام المتأخرة، خصوصا فيما يرجع للجزء والاستئجار والجلسة والزينة وشبهها مما يسمى بالمفتاح والغبطة والعرق والحلاوة ونحو ذلك، اقتضى نظرنا الشريف عرض ذلك على لجنة من العلماء تنظر حقيقة أمرها لينتج ما يتعين شرعا وعرفا في شأنها، وتحفظ بذلك حقوق الأقباس، وتراعى مصلحة من بيده من عامة الناس، فاجتمعت اللجنة المذكورة وتفاوضت مع رجال دولتنا السعيدة، فاتضح أن الحق والإنصاف، زيادة واجب الأقباس في الكراء؛ لأنه مغبون بلا نزاع ولا خلاف، كما أن بيع تلك المنافع جائز لأربابها حسبما جرى به العرف في مملكتنا السعيدة، لكن حيث كان الناس تسارعوا لشراء منافع أملاك الأقباس من غير علم منهم في ذلك من الغبن والالتباس، وتهافتوا عليها، متغافلين عما يلزمهم من درك عواقبها، رأينا في المصلحة المتعينة، والرفق والشفقة على الرعية، أن نأمر بما لا يجحف بعامة الناس ولا يبقى فيه غبن مجحف على جانب الأقباس".

وقد أقر الفصل الأول من هذا الظهير هذه الحقوق العرفية وتبثها على ما كانت عليه سابقا لمن بيده شيء منها على وجه مسلم في ذلك، كما سوغ في فصله الثاني لمن بيده هذه الحقوق التصرف فيها بالبيع ونحوه طبق مقتضيات فصول هذا الظهير، وأما الفصل الثالث من هذا الظهير فقد نظم كيفية اقتسام المتحصل من كراء هذه الأملاك التي ترتبت عليها الحقوق العرفية المشار إليها أعلاه فنص على أنه: "يقسم الكراء المتحصل من الأملاك التي فيها الجلسة وما عطف عليها على النسبة الآتية سبعون بالباء الموحدة في المائة (70%) لصاحب المنفعة والثلاثون الباقية (30%) لجانب الحبس...".

1- ظل نظام الأقباس عصيا على السلطات الاستعمارية، وظل التشريع في مجال الأقباس من اختصاص السلطات الوصية على هذا القطاع والمتمثلة في السلطان الذي يستشير في ذلك العلماء.

فيما صرحت الفقرة الأولى من الفصل السادس على أنه: "لا يزداد ولا ينقص في واجب الحبس على النسبة المتقدمة، ويستمر العمل بذلك دائماً بحيث تكون الثلاثون في المائة هي واجب الحبس من الكراء الحقيقي".

بينما نص الفصل الثامن على تقدير قيمة الكراء الحقيقي بواسطة لجنة كل ثلاثة أعوام، فتقوم اللجنة بتقدير الكراء الحقيقي، وذلك فيما يتعلق بالجلسة وما أشبه ذلك من المفتاح والزينة وتقوم بتقدير ثمن رقبة البقعة فيما يتعلق بالجزء.

وفيما يتعلق بما يلزم من الصوائر للبناء والإصلاح في نفس الجلسة والمفتاح وشبهها. بخلاف الجزء والاستئجار، فإنه يكون على الجانبين بحسب النسبة المتقدمة كل في وقته...".

أما الظهير الشريف الصادر بتاريخ 7 رمضان 1334 (8 يوليوز 1916) المتعلق بضبط أمر المعاوضات في أملاك الأحباس التي عليها المنفعة فقد نص في فصله الثاني على كيفية هذه المعاوضة حسب النسبة المشار إليها في ظهير 27 فبراير 1332 في فصله الخامس.

ومن النصوص التي وردت فيها الإشارة إلى الحقوق العينية العرفية ظهير 19 رجب لسنة 1333 الملغى في فقرته العاشرة من الفصل الثامن، وإن كان هذا الظهير لم يتعرض لتعريف هذه الحقوق ولا إلى تنظيمها، فإنه اكتفى في الفصل 197 بالقول: "إن الحقوق العرفية الإسلامية المشار إليها في الفقرة العاشرة من الفصل الثامن من هذا الظهير تبقى خاضعة للعادات والأعراف التي تحكمها".

وقد جعل الفصل العاشر من ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بشأن التحفيظ العقاري من ضمن الأشخاص الذين يحق لهم طلب التحفيظ، المتمتع بحق عيني من الحقوق المتفرعة عن الملكية حسب قواعد الشريعة الإسلامية كالجزء والزينة والهواء.

كما أن القرار الوزيري الصادر بتاريخ 20 رجب 1333 (3 يونيو 1915) في فصله 17 يجعل من بين الذين يحق لهم طلب إقامة رسوم خاصة تكون في اسم المنتفع، أو المتمتع...أو من له حق من الحقوق العرفية الإسلامية كالجزء والاستئجار والجلسة والزينة والهواء.

وذلك بقصد التسجيل القانوني للحقوق العينية أو التكاليف العقارية التي يمكن أن تنشأ على ... الحقوق المشار إليها أعلاه.

تنبيه: الحقوق العرفية العينية إذا كانت واردة على عقار محفظ فلا بد من تسجيلها في رسمه العقاري ليتمكن الاحتجاج بها ضد الجميع بما في ذلك مالك رقبة ذلك العقار نفسه¹.

وهذا ما كان ينص عليه أيضا الفصل الثاني من ظهير 19 رجب 1333 الملغى بقوله: "ان ضمان الحقوق العينية أو التكاليف العقارية ولو بين الأطراف لا يحصل إلا بإعلانها عن طريق تقييدها بصفة موجزة في السجلات العقارية...وكذا تقييد التغييرات الطارئة على هاته الحقوق...".

وقد طبق القضاء هذه المقتضيات على الحقوق العرفية العينية، وبصورة خاصة على حق الزينة، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا): "إن حق الزينة حسب الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 يعتبر حقا عقاريا وأن الفصل 197 من نفس الظهير عندما نص على أن الحقوق العينية التي نص عليها الفقه الواردة في الفصل 8 ومن بينها حق الزينة تبقى خاضعة للقواعد التي تحكمها، لا يحدد إلا القواعد الجوهرية، وعليه فإن المحكمة صادفت الصواب عندما اعتبرت أنه لا يمكن الاحتجاج بحق الزينة الذي لم يقع تسجيله في السجل العقاري"².

وقد كان ظهير 19 رجب الملغى ينص على أنه يمكن أن تكون الحقوق العرفية العينية محلا لانتفاع يترتب عليه كما جاء في الفصل 37.

كما كان من الممكن أن تكون هذه الحقوق محلا لرهن رسمي تتحمل به وفق ما نص عليه الفصل 158 من ظهير 19 رجب الملغى³.

هذه هي أهم النصوص العامة والخاصة التي تناولت موضوع الحقوق العرفية العينية، فماذا عما تضمنته كل من مدونة الحقوق العينية ومدونة الأوقاف والنصوص ذات الصلة بشأن هذه الحقوق، ذلك ما يعرض له المطلب الموالي:

المطلب الثاني: تنظيم الحقوق العينية العرفية في مدونة الحقوق العينية ومدونة الأوقاف:

إن القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية التي ألغت ظهير 19 رجب، قد نصت على الحقوق العرفية الإسلامية في مادتها التاسعة (9) بقولها: "الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه.

¹ - انظر مقتضيات الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري قبل تعديلهما وتميمهما بالقانون رقم 14-07.

² - قرار عدد: 301، صادر بتاريخ 13 أبريل 1966، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد: 9، يونيو 1969، ص: 54، وقد أشار إليه مامون الكزبري في مرجعه السابق، ص: 160-161.

³ - لمزيد من الإيضاح ينظر مامون الكزبري، المرجع السابق، ص: 618.

والحقوق العينية الأصلية هي: حق الملكية؛ حق الارتفاق والتحملات العقارية؛ حق الانتفاع؛ حق العمري؛ حق الاستعمال؛ حق السطحية؛ حق الكراء الطويل الأمد؛ حق الحبس؛ حق الزينة؛ حق الهواء والتعلية؛ الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

كما نظمت مدونة الحقوق العينية بعض الحقوق العرفية العينية التي تترتب على عقارات الخواص كحق الزينة في المواد من 131 إلى 137، وحددت المدة القصوى التي لا يمكن أن يتجاوزها هذا الحق في أربعين سنة كما أشارت إلى ذلك المادة 134، كما تم تنظيم حق الهواء والتعلية في المواد من 138 إلى 141.

أما حق الجلسة وحق الجزاء وما يشبههما من الحقوق العرفية التي يكون محلها العقارات المملوكة للخواص فلم يتم تنظيمها في مدونة الحقوق العينية.

وقد تبنت المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية نفس ما كان يتبناه الفصل الثاني من ظهير 19 رجب الملقى، وهكذا جاء في الفقرة الأولى منها: "إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها".

واستمر الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه في التأكيد على أن: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية".

يضاف إلى ذلك أن الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تعديله وتتميمه بالقانون رقم: 07-14 جاء فيه ما نصه: "إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم"

وبما أن الحقوق العرفية هي من الحقوق العينية، فإنه إذا تعلق الأمر بترتيبها على عقار محفظ فإن الفصل 66 و67 المشار إليهما أعلاه تطبق مقتضياتهما على هذه الحقوق أيضا.

وإذا كانت مدونة الحقوق العينية لم تنص على مكنة ترتيب بعض الحقوق العينية على الحقوق العرفية العينة كالانتفاع والرهن الرسمي كما كان ينص على ذلك ظهير 19 رجب الملقى في الفصلين 37 و158، فإن كل من المادة 133 والمادة 140 من مدونة الحقوق العينية قد نصت على إمكانية ترتيب بعض الحقوق على كل من حق الزينة وحق الهواء والتعلية، وهكذا نصت المادة 133 على أنه: "يمكن لصاحب حق الزينة أن يفوت البناء الذي أحدثه وأن يرهنه ويرتب له أو عليه حقوق ارتفاع في الحدود التي يجوز له فيها مباشرة هذا الحق".

فيما نصت الفقرة الأولى من المادة 140 على أنه: "يجوز لصاحب حق الهواء والتعلية أن يفوته أو يرهنه أو يرتب له أو عليه حقوق ارتفاق بما لا يتعارض مع طبيعته".

وإذا كان الفصل 10 من ظهير التحفيظ العقاري قبل تعديله وتتميمه ينص على أن المتمتع بأحد الحقوق العرفية من ضمن الذين يحق له طلب التحفيظ، فإنه بعد التعديل والتتميم لهذا الفصل بمقتضى القانون رقم: 07-14، اختفت هذه الإشارة، وإن كانت قد تمت الإشارة في الفقرة الثالثة منه إلى أن من ضمن من يحق لهم طلب التحفيظ: المتمتع بأحد الحقوق العينية الآتية: حق الانتفاع، الكراء الطويل الأمد، الزينة، الهواء والتعلية، الحبس.

فقد ألغى التعديل الفقرة الرابعة التي تخول من يتمتع بالحقوق المتفرعة عن الملكية وفقا للفقه الإسلامي تقديم المطلب.

يستفاد من التعديل أن المشرع لم يعد يقرر جميع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية وإنما اقتصر فقط على حق الزينة، وحق الهواء والتعلية، وحق الحبس، أما الحقوق الإسلامية الأخرى كالجلسة والجزاء والمفتاح وأشباهاها، فلا يعتد المشرع بتقديم مطلب التحفيظ بشأنها، ولا مدى قابليتها للتقييد في الرسم العقاري.

إن الحقوق العرفية الإسلامية التي كانت قائمة قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ هي وحدها التي تقبل التقييد¹.

والتساؤل المطروح هو: هل يحق لمن يتمتع بحق من الحقوق العرفية التي كانت قائمة بوجه صحيح قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ، طلب إقامة رسوم خاصة تكون في اسمه؛ وذلك بقصد التسجيل القانوني للحقوق العينية أو التكاليف العقارية التي يمكن أن تنشأ على هذه الحقوق؟².

وإذا كانت مدونة الحقوق العينية لم تنظم الحقوق العرفية المترتبة على عقارات الأقباس ولم تعرفها، فإنها نصت في مادتها الأولى على أن مقتضيات هذا القانون تسري على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار، وأنه تطبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود فيما لم يرد به نص في المدونة، فإن لم يوجد نص فيه يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي، وبما أن المادة 130 من مدونة الحقوق العينية نصت على أنه: "تطبق على حق الحبس الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف"، فإنه وفقا لكل هذه المقتضيات نعود بهذا الشأن إلى القانون الخاص المتعلق بالأقباس والحقوق العرفية المترتبة على عقاراتها إلى

¹ - د. عمر أركاغ، مستجدات ظهير التحفيظ، مقال منشور على الأنترنت يوم الجمعة 30 دسمبر 2011.

² - كما كان ينص على ذلك الفصل 17 من القرار الوزيري الصادر في 10 رجب 1333 الموافق 3 يونيو 1915 بشأن تفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري. ووفق ما كان ينص عليه كل من الفصل 37 والفصل 158 من ظهير 19 رجب الملقى، كما سلفت الإشارة إلى ذلك أعلاه.

مدونة الأوقاف وخصوصا إلى المواد من 103 إلى 107 وإلى أحكام الفقه المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف وذلك عندما لا يوجد نص في مدونة الأوقاف حسبما نصت عليه المادة 169 منها.

ويبدو أن هناك انسجاما تاما بين مدونة الحقوق العينية و مدونة الأوقاف؛ عندما تبنت كل منهما نفس النهج في الحد والتضييق من مجال إنشاء الحقوق العرفية العينية، حيث نصت المادة 103 من مدونة الأوقاف في فقرتها الأولى على أنه: "لا يجوز إنشاء أي حق من الحقوق العرفية من زينة أو جلسة أو جزاء أو مفتاح أو استئجار أو غبطة أو عرف أو حلاوة أو غيرها على أي ملك من أملاك الأوقاف العامة".

فيما نصت الفقرة الحادية عشرة من المادة 9 من مدونة الحقوق العينية على أن من ضمن الحقوق العينية الأصلية: "الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ"، وبمفهوم المخالفة فإن الحقوق العرفية التي قد تنشأ بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ فإنه لا عبرة بها، وهي غير قانونية.

وقد أكدت مدونة الحقوق العينية أن الحقوق العينية العقارية المذكورة في المادة 9 والمادة 10 هي على سبيل الحصر وهكذا نصت المادة 11 منها على أنه: "لا يجوز إنشاء إي حق عيني آخر إلا بقانون".

لكن من خلال المادة 105 من مدونة الأوقاف يبدو أنها فقدت بوصلة الانسجام مع المنظومة الفقهية التي تستند إليها هذه الحقوق العرفية العينية وهي الأحكام والعوائد والأعراف والفتاوى الفقهية لكثير من علماء المالكية التي نصت على أن ترتيب هذه الحقوق العرفية على عقارات الأقباس هي على وجه الدوام، وهو الذي لم يجد معه المشرع في عهد الحماية بدا في إطار الانسجام مع الأعراف والعوائد الإسلامية من النص عليه في ظهير 27 فبراير 1914 في فصله الأول بقوله: "إن منفعة الجزاء وما ذكر أعلاه باقية ثابتة على ما كانت عليه سابقا لمن بيده شيء منها على وجه مسلم في ذلك".

كما أكد على ذلك نفس الظهير في فصله السادس حيث قال بالحرف: "لا يزداد ولا ينقص في واجب الحبس على النسبة المتقدمة ويستمر العمل بذلك دائما بحيث تكون الثلاثون في المائة هي واجب الحبس من الكراء الحقيقي".

وحفاظا على استقرار المعاملات فإن المنطق القانوني يفرض أن القانوني الجديد والمتمثل في مدونة الأوقاف لا ينبغي أن يؤثر على المراكز القانونية التي كانت قائمة قبل وجوده، فما بالك والمادة 105 من مدونة الأوقاف لم تكتف بالتأثير على المراكز القانونية لأصحاب هذه الحقوق؛ بل ذهبت مذهبا بعيدا وحجرت كثيرا على أصحاب هذه الحقوق؛ وذلك بالإجهاز على هذه الحقوق وإلغائها نهائيا وكلها بمرور عشرين سنة من دخول مدونة الأوقاف حيز التنفيذ، إذ جاء في هذه المادة في فقرتها الأخيرة بعد أن نصت على أسباب انقضاء الحقوق العرفية ما نصه: "كما

تنقضي هذه الحقوق في جميع الأحوال بمرور عشرين سنة ابتداء من دخول هذه المدونة حيز التنفيذ¹، وبما أن مدونة الأوقاف قد دخلت حيز التنفيذ سنة 2013 فإن هذه الحقوق ستنتهي سنة 2033.

أما المادة 104 فقد طمت الوادي على القرى فنصت بالحرف على أنه: "لا تشمل الحقوق العرفية المنشأة على أملاك وقفية عامة الحق في الهواء، ويعتبر هذا الأخير حقا خالصا للأوقاف العامة".

فأين نحن من أن العقد شريعة المتعاقدين التي أشار إليها الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي؟ وإذا كان تبرير ذلك بحماية مصلحة الأوقاف، فإن ذلك لا يقتضي الإجحاف على من بيده هذه الحقوق، فكما يجب الحرص على عدم التفريط في الأحباس ينبغي كذلك الحرص على عدم إدخال في الأحباس مما ليس منها، فالمشرع في عهد الحماية - وهو يراعي مصلحة الأحباس - كان أرحم بأصحاب هذه الحقوق من مشرع اليوم، حيث كان من جملة ما نص عليه في ديباجة ظهير 1914 بالحرف: "...رأينا في المصلحة المتعينة والرفق والشفقة على الرعية أن نأمر بما لا يجحف بعامة الناس ولا يبقى فيه غبن مجحف على جانب الأحباس". فكما أن مصلحة الأحباس ينبغي أن تراعى، وأن يرفع عنها الغبن والإجحاف، كذلك ينبغي مراعاة أصحاب هذه الحقوق من أن يلحقهم أي شطط أو إجحاف، فقد وازن المشرع في عهد الحماية بين المصلحتين بلا ضرر ولا ضرار.

أما تنصيب مدونة الأوقاف على أن هذه الحقوق تنقضي هذه الحقوق في جميع الأحوال بمرور عشرين سنة ابتداء من دخول هذه المدونة حيز التنفيذ- إن لم تكن قد انقضت هذه الحقوق العرفية العينية قبل ذلك بأحد الأسباب التي ذكرتها هذه المادة، أو لم يكن قد تم تصفيتها قبل هذه المدة أيضا بطريقة من الطرق التي نصت عليها مدونة الأوقاف في المادة 2106² - فهو غير سائغ؛ لأن القاعدة في شأن هذه الحقوق حسب العرف وما جرى به العمل هو أن تكون على الدوام ولمدة غير محدودة.

1- تنص الفقرات الأولى من المادة 105 على ما يلي: "يعتبر سببا لانقضاء الحقوق العرفية المنشأة على الأملاك الوقفية العامة :

- هلاك البناءات أو المنشآت أو الأغراس المقامة على هذه الأملاك و العائدة إلى صاحب الحق العرفي: / - عدم أداء صاحب الحق العرفي الوجيبة الكرائية لمدة سنتين متتاليتين. وفي هذه الحالة تسترد الأوقاف المحل بمنافعه، ويمنح صاحب الحق الأسبقية في كرائته. / - تصفية هذه الحقوق بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 106 بعده".

²- تنص المادة 106 على ما يلي: يمكن تصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة وفق إحدى الطرق الثلاث الآتية : - شراء إدارة الأوقاف للحق العرفي المترتب لفائدة الغير؛ / - شراء صاحب الحق العرفي لرقبة الملك الوقفي؛ / - بيع الرقبة و الحق العرفي معا عن طريق المزاد وفق أحكام المواد من 60 إلى 71 من هذه المدونة. ولا يلجأ إلى هذه الطريقة إلا في حالة تعذر التصفية بالطريقتين السابقتين.

وفي هذه الحالة الأخيرة، يحق لإدارة الأوقاف ثم لصاحب الحق العرفي على وجه الترتيب ضم الرقبة و الحق المنشأ عليها شريطة زيادة نسبة عشرة في المائة على الثمن الذي رسا به المزاد.

يجب ممارسة حق الضم المشار إليه أعلاه داخل أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ إجراء المزاد.

ولعل هناك مجموعة من المبررات جعلت مشرع مدونة الأوقاف يلجأ إلى الحد من استمرار هذه الحقوق العرفية إلى ما لا نهاية، نظرا لما تثيره من إشكالات عملية نتيجة لما عرفته الملكية وفروعها والقوانين المنظمة لها من تطورات وتغيرات جذرية قد لا تصمد معها هذه الحقوق العرفية على الطبيعة التي هي عليها الآن.

كما أن الحقوق العرفية العينية المترتبة على عقارات الأحباس العامة هي واردة على المنفعة، وهي قيد خطير يرد على هذه العقارات قد يفرغ مفهوم الأحباس من محتواها؛ بل إن هذه الحقوق العرفية العينية هي ملكية تعلو على الملكية الأصلية، وهي من أثقل القيود التي ترد عقارات الأحباس؛ إذ بانتزاع حق المنفعة عن هذه العقارات أي جدوى اقتصادية تبقى لها؟ وما بقاء رقبة هذه العقارات تابعة للأحباس في الواقع العملي إلا مظهرا قانونيا معنويا بئس، أضحت معه هذه الرقبة تافهة لا تعود على الأحباس إلا بعائدات هزيلة لا تتناسب وحجمها وأهميتها، ولا سيما مع تقاعس إدارة الأوقاف في تفعيل الآليات التي نصت عليها الظواهر الشريفة المنظمة للأحباس، حتى إن بعض عقارات الأحباس ظلت مكراة بمبلغ هزيل وهزيل جدا دريهمات معدودة، مع أن مقتضيات الفصل الثامن من ظهير 1914 كما وقع تغييره بالظهير الشريف الصادر بتاريخ 7 رمضان 1334 (8 يوليوز 1916) كان يوفر آلية ومكنة مهمة لو فُعِّلت لما صارت عقارات الأحباس المثقلة بهذه الحقوق إلى الحالة المزرية التي هي عليها اليوم، فهذا الفصل كان ينص على تكوين لجنة تعينها إدارة الأوقاف عند الاقتضاء تقوم كل ثلاثة أعوام بتقدير الكراء الحقيقي وذلك فيما يتعلق بالجلسة وما أشبه ذلك من المفتاح والزينة وتقوم بتقدير ثمن رقبة البقعة فيما يتعلق بالجزء المعبر عنه أيضا بالاستئجار.

والحالة هذه فإن هذه المبررات وغيرها تسوغ لمشروع مدونة الأوقاف الإقدام على إعادة الاعتبار لعقارات الأحباس المثقلة بهذه الحقوق؛ للحد من غلوائها وفي الوقت نفسه لتزويد مؤسسة الحبس بوسائل قانونية حديثة تضمن الحماية الناجعة لعقاراتها، وينظم تديرية تيسر حسن استغلالها والاستفادة منها، وبطرق استثمارية تمكنها من المساهمة في مشاريع التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتعيد لمؤسسة الحبس دورها الريادي الذي نهضت به عبر التاريخ.

لكن الذي قد لا يستسيغه المنطق القانوني السليم هو اختصار المدونة لأجل انقضاء هذه الحقوق في مدة (20) عشرين سنة¹، فنعتقد أن هذا المسلك غير سليم؛ لأن مدة (20) عشرين سنة تعتبر في عمر هذه الحقوق مدة قصيرة جدا، ونعتقد أن أصحاب هذه الحقوق قد حافظوا لنا على عين الحبس واستمرار عطائه لسنوات طويلة وفي سنوات عجاف زهد الناس فيها عن أملاكهم الخاصة فبالأحرى الأملاك الحبسية، فكان ينبغي مكافأتهم بما يتناسب وما قدموه من خدمة للأحباس، لا أن يكافؤوا بجرمانهم من هذه الحقوق العرفية المترتبة لهم على عقارات الأحباس بعد عشرين سنة من دخول مدونة الأوقاف حيز التنفيذ.

¹ - فلو اعتبرنا أن تحديد هذا الأجل هو التزام من إدارة الأوقاف على أنه بعد عشرين سنة ستكون قد أنهت مسألة هذه الحقوق إن لم تكن قد انقضت أو صفت حسب مقتضيات هذه المدونة قبل ذلك، فإن المنطق التشريعي كان يقتضي ألا يوضع هذا النص في مدونة الأوقاف وإنما كان ينبغي أن يوضع في النصوص التطبيقية لها.

فكان على المشرع المغربي في مدونة الأوقاف أن يسلك على الأقل مسلك بعض التشريعات العربية التي سبقتنا إلى التحديد في هذا المجال مثل التشريع المصري الذي حدد للحكر - وهو يقابل حق الجزاء عندنا - مدة أقصاها (70) سبعين سنة¹، والتشريع الأردني الذي جعل أقصاها (50) خمسين سنة حسب مقتضيات المادة 1251 من القانون المدني الأردني.

فالتشريع المغربي خالف حتى مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي هبط في المادة 1146 بسقف مدة الحكر فجعله (36) ستا وثلاثين سنة؛ بل إن المشرع المغربي في تحديد الأجل الذي تنقضي فيه الحقوق العرفية العينية خالف حتى نفسه، حيث حدد في مدونة الحقوق العينية الأجل الذي ينقضي فيه حق الزينة - وهو من الحقوق العينية العرفية - في (40) أربعين سنة، وهكذا نصت الفقرة الأولى من المادة 134 على أنه: "يجب أن لا تتجاوز مدة حق الزينة أربعين سنة، فإذا نص العقد على مدة أطول أو سكت عن تحديد المدة فإن المدة المعتبرة هي أربعون سنة"؛ بل إن مشرع مدونة الحقوق العينية جعل هذا الأجل - أي 40 سنة - قاصرا على حقوق الزينة التي تنشأ في ظل هذا القانون أما حقوق الزينة التي كانت نشأت قبل هذا القانون، فإن مدونة الحقوق العينية لم تمس أو تزحزح المراكز القانونية لأصحابها أو تقيدها بمدة معينة، مع أن هذه الحقوق مترتبة على عقارات مملوكة للخوادم، وهم أحرص الناس على رفع هذا القيد الخطير عن ملكياتهم، وكل ما جاءت به المدونة بشأن الحقوق القائمة هو أنه ليس لمالك حق الزينة في هذه الحالة أن يبني من جديد ما تلاشى لقدمه أو بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة إلا بإذن مالك الرقبة، وهذا صريح الفقرة الثانية من المادة 134 ونصها: "لا يسري حكم هذه المادة على حقوق الزينة القائمة عند صدور هذا القانون، غير أنه ليس لمالك حق الزينة في هذه الحالة أن يبني من جديد ما تلاشى لقدمه أو بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة إلا بإذن مالك الرقبة".

فلو سلك المشرع المغربي في مدونة الأوقاف على الأقل ما سلكه في مدونة الحقوق العينية لحافظ على نوع من الانسجام في المنظومة القانونية التي تؤطر العقار والحقوق العينية التي تترتب عنه سواء كان عقارا مملوكا للخوادم أو كان عقارا للأحباس.

إن ما جاء في المادة 105 من المدونة فيه إجحاف وتضييق مبالغ فيه على أصحاب هذه الحقوق وأصحاب هذه المراكز القانونية.

¹ - محمد سوار، الحقوق العينية، شرح القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث: 1999، ص: 419-420.

خاتمة :

يبدو من ملاحظتنا الأولية على مدونة الأوقاف أن جل قواعدها القانونية من القواعد الآمرة، وهو ما أصبحت به إدارة الأوقاف تجنح إلى التصرف باعتبارها صاحبة سلطة تفرض شروطها على الأطراف المتعاقدة معها؛ بل ويجعل هذه الأطراف المتعاقدة معها تدعن لشروطها، وهذا يتطلب التفكير مليا في كيفية توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف في علاقته التعاقدية معها.

وتعتبر مدونة الأوقاف في عمومها خطوة في الاتجاه الصحيح، ولبنة هامة وأساسية في درب الإصلاح الشامل لمؤسسة الأحباس، وهي جهد عظيم تم فيها جمع العديد من القواعد الفقهية في قالب تشريعي حديث، إلا أنها في النهاية هي ككل جهد تشريعي لا يعدو أن يكون جهدا بشريا يرد عليه اختلاف وجهات النظر كما يرد عليه التطوير والإضافة، والكمال لله الواحد القهار والعصمة للأنبياء، ويكفي أنها تجربة مغربية خالصة لا يملك المرء إلا التنويه بالجهود الخالصة والمخلصة التي بذلت فيها، وكل ما نتمناه هو أن يكتب لهذه التجربة النجاح والتوفيق والسداد وأن تدلل الصعاب وتنفض الغبار الذي تراكم على مؤسسة الحبس عبر السنين والأعوام بسبب الإهمال والتسيب وسوء التسيير والتدبير في بعض الأحيان، ونرجو من الله أن تنزل أحسن تنزيل وأن تعيد الأمور إلى نصابها السليم، والله من وراء القصد وهو الهادي إلى السبيل والسلام.

❖ لائحة المصادر والمراجع المعتمدة :

- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود دار الكتب العلمية بيروت 1994م .
- ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرقائق، دار الكتاب الإسلامي ط: 2، ج: 5، ص: 220.
- ابن قدامة، المغني، كتاب الإجازات، دار الفكر 1984م .
- أحمد بن عبد العزيز الهلالي، كتاب نور البصر على خطبة المختصر، طبعة حجرية طبعت سنة 1303هـ، ملزم: 12،
- البرزلي، جامع مسائل الأحكام، تحقيق محمد الهيلة، دار الغرب الإسلامي 2002،
- حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل، طبعة دار الفكر بيروت .
- الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مكتبة النجاح لبيبا، طبعة بدون تاريخ.
- د خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، طبعة بدون تاريخ .
- السجل ماسي، شرح نظم العمل الفاسي، طبعة حجرية، ج: 1، ملزم 61،
- عمر أركاغ، مستجدات ظهير التحفيظ، مقال منشور على الأنترنت يوم الجمعة 30 ديسمبر 2011.
- عمر الجليدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية، 1404هـ 1984م .
- الفتاوى الهندية تأليف جماعة من علماء الهند، دار التراث العربي بيروت.
- مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، طبعة بدون تاريخ، (c/748)،

- مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد: 9، يونيو 1969.
- محمد ابن معجوز الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الثانية، 1419-1999.
- محمد التماق الغرناطي، إزالة الدلسة عن وجه الجلسة، مخطوط خاص بجزارة المرحوم محمد المنوني.
- محمد الشيخ عيش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار الفكر.
- محمد الصوفي الحقوق العرفية العينية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، الطبعة الثانية لسنة: 2005م.
- محمد الطاهر السنوسي، القانون العقاري، تونس، 1377هـ/1958 م .
- محمد المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، مكتبة النجاح ليبيا،
- محمد سوار، الحقوق العينية، شرح القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث: 1999.
- المهدي الوزاني، شرح نظم العمل الفاسي، طبعة حجرية.
- زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، طبعة دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1388 .
- الوقف في الفكر الإسلامي محمد عبد العزيز بن عبد الله طبعة وزارة الأوقاف بالمغرب 2002م .
- الونشريسي المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، خرجة جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، طبعة دار الغرب الإسلامي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، 1401هـ/1981م.

القوانين :

- مدونة الحقوق العينية : القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.
- مدونة الاوقاف ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) الجريدة الرسمية عدد 5847 الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010) .

خدمة المالكية لمنظومة تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام

للإمام أبي بكر بن عاصم : (760هـ/829هـ) - (جرد بيبليوغرافي)



إعداد : الدكتور عبد الله أبيهام

أستاذ بكلية الشريعة بايت ملول

مقدمة :

كان التأليف في القضاء والأحكام قديما قدم التصنيف في الفقه؛ إذ هو قسيمه، وفرع منه، ونال هذا اللون حظا من العناية لدى الفقهاء لحاجة الناس إليه في نزاعاتهم، ونوازلهم، وكانت تحمل أسماء مختلفة من مثل: الأحكام، والأقضية، والوثائق، والنوازل، والمسائل، هي عناوين لأسلوب معين من المؤلفات الفقهية، وكان أغلب المؤلفين في هذا الصنف من التأليف من العلماء الذين مارسوا القضاء، أو المشورة، أو الحاذقين فيه.

وتعتبر منظومة "تحفة الحكام في نكت العقود والحكام" للإمام أبي بكر محمد بن عاصم القيسي الغرناطي الأندلسي المالكي⁽¹⁾ واسطة عقدها، وخلاصة التأليف القضائي، مما جعلها تجلب الاهتمام، فنالت منظومة ابن عاصم الرجزية حظوة وقبولا حميدا من لدن العلماء والدارسين والقضاة؛ فأقبلوا عليها لسهولة لفظها ورقة أسلوبها⁽²⁾،

(1) تنظر ترجمته في المصادر التالية: شرح التحفة لولده أبي يحيى (240/1-245)، توشيح الديباج: (108-109)، درة الحجال: (89/3)، لفظ الفرائد: (ضمن موسوعة أعلام المغرب: (740/2)، نيل الابتهاج: (484-483)، كفاية المحتاج: (128-130)، أزهار الرياض: (7-5/3)، نفع الطيب: (19/5-21)، شرح ميارة الفاسي على التحفة: (3/1)، البهجة في شرح التحفة: (9-8/1)، شجرة النور: (356/1)، هدية العارفين: (185/2)، إيضاح المكنون: (127/3)، حلي المعاصم للتاودي: (1/3)، الأعلام للزركلي: (45/7)، معجم المطبوعات المغربية: ص: 225.

(2) الفكر السامي: (585/2).

وحازت نفس اهتمام المختصر الخليلي على قدم المساواة⁽¹⁾، فطار صيتها، وعم نفعها، حتى أصبحت عمدة القضاة التي لا يتجاوزها متجاوز في الغرب الإسلامي.

وقد التأم حولها تحقيقات رجال القضاء، وأنظار أساتذة الفقه، طيلة القرون من لدن تأليفها وإلى يومنا الحاضر⁽²⁾، وقد خدمها العلماء المشاركة، والمغاربة⁽³⁾ بشكل خاص بشروح كثيرة، وحواشي، وطرر، وتقريرات من لدن وضع الناظم لها إلى أزمئة متأخرة؛ وهذا جرد للأعمال الخادمة للتحفة التي وقفت عليها من خلال تتبعي لكتب التراجم والفهارس والطبقات :

أولا : الشروح :

(1) شرح ولد الناظم : أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي (ت857هـ)⁽⁴⁾.

قال في مقدمة شرحه، مبينا دافعه إلى وضع الشرح: «هذا، وإن كانت هذه الأرجوزة لقرب مأخذها، وسهولة أخذ الأحكام منها على أخذها، غنية عن البيان، وغير مفتقرة إلى الشرح، وليس الخبر كالعيان؛ لكنني قصدت في مجاراتها بهذا التقييد أن يكون لي تذكرة لما اشتملت عليه من الأحكام، وتنبه لي على ما وراءها مما يجب التيقظ له على الحكم، لا أني شرحت لغيري وأنا قد غنيت»⁽⁵⁾.

وقال عن هذا الشرح العلامة ميارة : «اعتنى بشرحه من بعده، ونثر اللآلئ المنظومة في عقده، ولده الإمام قاضي الجماعة أبو يحيى محمد بن محمد (خمس مرات) بن عاصم القيسي الأندلسي الغرناطي، ...احتفل فيه بجودة القرية، وأكثر من النقول الصحيحة، فأبدأ وأعاد، وأجاد وأفاد...؛ إلا أنه ﷺ قد أغفل عن حل مقفلاته، ما يعده الحدائق من معضلاته»⁽⁶⁾.

(2) شرح اليزناسي⁽⁷⁾ المسمى : "وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم"⁽⁸⁾.

(1) مباحث في المذهب المالكي ص: 99.

(2) اصطلاح المالكية ص: 466-465.

(3) الفكر السامي: (2/585).

(4) ترجمة مختصرة له كما فعل الباحث بالأعلام الأخرى تنظر ترجمته في نفع الطيب: (6/148)، أزهار الرياض: (1/145)، شجرة النور: (1/358)، معجم المؤلفين: (11/293).

(5) شرح ابن الناظم: (1/240).

(6) الإتيقان لميارة: (3/1).

(7) اليزناسي: هو أبو العباس أحمد بن عبد الله، اليزناسي لقبها واشتهارا، العبد المرادي أصلا ونجارا، التلمساني نشأة ودارا. تنظر ترجمته في: الإتيقان لميارة: (3/1).

(8) حقق الكتاب بكلية الشريعة بفاس لنيل الدكتوراه مرزوق ابن الحاج تحت إشراف الدكتور: مزبان حدو بناصر سنة 2001/2000.

قال ميارة عن هذا الشرح: «اعتنى فيه بتفكيك العبارة، وأغنى بالتصريح عن الإشارة، إلا أنه لم يشف في النقل غليلا، ولا أبرأ من داء الجهل عليلا»⁽¹⁾؛ وكان سبب تأليفه لشرحه هذا، إزالة ما غمض من كلام ابن الناظم في شرحه، واختصار ما أطل في البيان وأغرب؛ كما ذكر ذلك في مقدمة كتابه فقال: «وكان ولد المصنف -رحمه الله- سلك في شرح هذه الأرجوزة مسلك الإغراب، فلم ينه فيه في الغالب على حل الألفاظ والإغراب، فوضعت هذا المختصر ليكون كالتكميل، وليتخير الناظر في الاختصار، والتطويل، وسميته بـ"وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم"»⁽²⁾.

(3) شرح أبي عبد الله السعدي⁽³⁾ المسمى "تحرير الأحكام على تحفة الحكام"⁽⁴⁾.

(4) شرح ابن عرضون⁽⁵⁾ الذي سماه: "ناصر الحكام في شرح تحفة الحكام"⁽⁶⁾.

(5) شرح أبي عبد الله محمد بن قاسم، الشهير بالقصار⁽⁷⁾، الغرناطي الأصل، الفاسي المنشأ، نسبه له صاحب معجم المؤلفين⁽⁸⁾.

(6) شرح علي بن عبد الواحد الأنصاري⁽⁹⁾ ولم يخرج من مسودته⁽¹⁰⁾.

(1) الإتقان لميارة: 3/1.

(2) مخطوط وشي المعاصم الورقة: 1.

(3) هو: أبو عبد الله محمد بن عبد القادر السعدي، توفي رحمه الله سنة 975هـ. تنظر ترجمته في: الاستقصا: (25/3)، الأعلام: (2/2).

(4) توجد نسخة منه في الخزانة الحمزية تحت رقم: 541. انظر: فهرسة الخزانة الحمزية: (372/1).

(5) هو: أبو العباس أحمد بن الحسن بن يوسف الشهير بابن عرضون. ولد بقبيلة غمارة، فقيه موثق، تولى القضاء. أخذ عن المنجور، والجنوي، والحميري، وعنه كثير من فضلاء عصره. من مؤلفاته: اللائق في الوثائق، وتأليف في الأنكحة، توفي سنة 992هـ. تنظر ترجمته في: اليواقيت الثمينة ص: 18، سلوة الأنفاس: (302/2)، شجرة النور: (415/1)، الأعلام: (112/1)، معجم المؤلفين: (199/1).

(6) وجدت نسخة منه بالخزانة العامة بالرباط كما في كتاب: مباحث في المذهب المالكي للجدي ص: 99.

(7) هو: أبو عبد الله محمد بن قاسم القصار الغرناطي الأصل الفاسي المنشأ، والدار. مفتي فاس وخطيب جامع القرويين بها، ومحدث المغرب في وقته. أخذ عن الجنوي وهو عمدته، وعن خروف التونسي وغيرهما. من آثاره بالإضافة إلى شرح التحفة: فهرست جمع فيه رواياته في الفقه والحديث، وثبت اشتمل على جملة من أسانيد. توفي رحمه الله في الطريق إلى مراكش بعد مرض ألم به، فدفن في روضة القاضي عياض رحمه الله وذلك سنة 1012هـ. تنظر ترجمته في: مرآة المحاسن ص: (431)، نشر المثنائي: (68/1)، فهرس الفهارس: (967-965/2)، سلوة الأنفاس: (72/2).

(8) معجم المؤلفين: (141/11).

(9) هو: أبو الحسن علي بن عبد الواحد بن محمد السجلماسي الأنصاري. ولد بتافلات وبها نشأ، ورحل إلى فاس طالبا للعلم، وأدرك بها جلة من العلماء كأبي محمد عفيف الدين، وأبي بكر الدلائي، كما أخذ خلال رحلته المشرقية عن سيدي علي الأجهوري. تولى الإفتاء بالجبل الأخضر، وكان آية باهرة في جميع العلوم، وله مؤلفات منها: نظم التفسير، وشرح التحفة، وتقييد على مختصر خليل، والمنح الإحسانية في الأجوبة التلمسانية وغيرها. توفي سنة 1057هـ. تنظر ترجمته في: خلاصة الأثر: (174/3)، صفوة من انتشر ص: 291، شجرة النور: (446-445/1)، الأعلام: (309/4).

(10) ذكر هذا صاحب خلاصة الدر: (174/3)، والشجرة: (446/1).

7) شرح ميارة⁽¹⁾ المسمى: "الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام".

قال رحمه الله في مقدمته مبينا دوافع وضعه هذا الشرح: «ولما من الله علينا بإقراءه وقراءته، واستعمال الفكر في تفهم عبارته، وقيدنا على هوامش المتن والشرح ما هو كالتتمة للشرحين⁽²⁾، وأبرزنا من نكته وتحريراته ما فيه لطالبه قرة العين، طلب منا بعض من عاين ذلك من الأصحاب، وشاهده من ذوي الألباب؛ أن أشرحه شرحا كفيلا يحصل الشرحين: (شرح ابن الناظم واليزناسي)، حائزا لكلتا الفضيلتين، من إيراد ما يحتاج إليه الناظر، وقواعد يستعين بها المناظر، وتنبهات وتحقيقات تزيل الشبهات...، وسميته "الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام"⁽³⁾.

8) شرح أبي الحسن علي بن منصور الفاسي المالكي (ت1107هـ)⁽⁴⁾.

9) شرح عبد القادر بن محمد بن عبد الملك الحسيني السجلماسي (ت1187هـ)⁽⁵⁾.

10) شرح أبي حفص عمر بن عبد الله الفاسي الفهري (ت1188هـ)، وقد اشتغلت على تحقيقه، مستمدا من الله العون والتوفيق.

11) شرح إبراهيم بن سعيد الرجراجي⁽⁶⁾، توجد نسخة من شرحه للتحفة بالخزانة الملكية تحت أرقام: 1640-

13838-2449.

(1) هو: أبو عبد الله محمد (فتحا) بن أحمد بن محمد الشهير بميارة الفاسي أصلا، ومنشأ، ودارا، من العلماء المحصلين، والفقهاء المبرزين المستحضرين للنصوص الغريبة، أخذ عن جلة علماء عصره ومنهم: الإمام ابن عاشر، وأبو العباس المقرئ وغيرهما، كان سيال القلم كثير التقايد؛ فخلف آثارا نافعة منها: شرحان على المرشد المعين وزبدة الأرباب في اختصار الخطاب وشرح التحفة وآخر على لامية الزقاق. (ت1072هـ). ترجمته في: صفوة من انتشر: ص: 250، نشر المثاني (120/2-121)، سلوة الأنفاس: (178/1-180)، الفكر السامي: (611/2)، شجرة النور: (447/1)، الأعلام: (12-11/6).

(2) يقصد شرحي ابن الناظم واليزناسي.

(3) الإتقان لميارة: (3/1).

(4) نسبه له صاحب معجم المؤلفين: (246/7). وهو: أبو الحسن علي بن منصور الزموري الفاسي، كانت له حلقة بالقرويين، ومن جملة أصحابه سيدي عبد القادر الفاسي، أخذ عنه، وعن ابنه محمد، وعن ميارة الأكبر، واليوسي، توفي رحمه الله بفاس سنة 1107هـ.

تنظر ترجمته في: نشر المثاني: (76-75/3)، سلوة الأنفاس: (116-115/1).

(5) هو: أبو محمد عبد القادر بن محمد بن عبد الملك الحسيني السجلماسي، محدث حافظ فقيه، تولى القضاء بمكناس، وإمامة جامعها الأعظم فيها. من آثاره: شرح على الهمزية في أربع مجلدات، وشرح على العاصمية. تنظر ترجمته في: إتحاف أعلام الناس: (396/5)، الأعلام: (44/4)، معجم المؤلفين: (300/5) إتحاف المطالع: (35/1).

(6) هو: إبراهيم بن سعيد بن علي بن محمد الرجراجي الحوضي، وبه عرف، المراكشي، علامة فقيه. من مؤلفاته: شرح على التحفة، وآخر على الزقاقية، توفي قريبا من 1189هـ تنظر ترجمته في: إتحاف المطالع: (42/1).

12) شرح أبي عبد الله محمد التاودي (ت1209هـ)⁽¹⁾ الذي سماه: "حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم". قال رحمه الله في مقدمة كتابه موضحاً مقصوده في شرح العاصمية: «قصدت فيه حل ما يحتاج من ألفاظه إلى الحل، والاقتصار على ما لا مندوحة عنه من النقل، متوخياً في ذلك أسعد النقول بعبارته، وأقربها إلى رمزه وإشارته، متجافياً عن طريق التطويل الممل والإيجاز المخل»⁽²⁾. قال الكتاني عن هذا الشرح: «وقد أقبل عليه الناس، واعتمدوه، واستحسنوه لاختصاره»⁽³⁾، واعتمده القضاء مرجعاً في التدريس بالمغرب⁽⁴⁾ وقد لخصه مؤلفه من شرح ميارة وغيره⁽⁵⁾.

13) شرح عبد الله بن أحمد الغلاوي⁽⁶⁾ (ت1209هـ) نسبه له صاحب فتح الشكور⁽⁷⁾.

14) شرح عبد السلام بن عبد الله حركات (ت1230هـ)⁽⁸⁾.

15) شرح أبي الحسن علي التسولي⁽⁹⁾، المسمى: "البهجة في شرح التحفة".

(1) هو أبو عبد الله محمد التاودي بن محمد الطالب المعروف بابن سودة الأندلسي أصلاً، الفاسي داراً، جمع بين جلاله العلم والدين، فكان شيخ الجماعة في عصره، أخذ عن جماعة منهم: أحمد بن علي الوجاري، وأحمد بن مبارك السجلماصي اللمطي، ومحمد بن قاسم جسوس، وعنه كثيرون من العلماء البارزين. من مؤلفاته: حاشيته على شرح الزرقاني على مختصر خليل، وشرحه على التحفة العاصمية، وشرحه على لامية الزقاق، وفهرسة لأشياخه وغيرها (ت1209هـ)، وقد وهم صاحب إيضاح المكنون: (419/3) فذكر أن وفاته سنة 1207هـ. تنظر ترجمته في: ثمره أنسي ص: 89-90، سلوك الطريق الوارية ص: 254، حاشية الرهوني على الزرقاني: (13-14)، سلوة الأنفاس: (118-120/1)، فهرس الفهارس: (256-260/1)، شجرة النور: (533-534/1)، إيضاح المكنون: (419/3).

(2) حلي المعاصم بهامش البهجة للتسولي: (2/1).

(3) سلوة الأنفاس: (120/1).

(4) أعلام الفكر الإسلامي، للطاهر بن عاشور ص: 90-91.

(5) الفكر السامي: (624/2).

(6) هو: عبد الله بن الطالب أحمد بن المصطفى الغلاوي الأحمدي الشنقيطي، فقيه أصولي أديب. أخذ عن عبد الله بن الفاضل اليعقوبي، والمختار بن بون، وغيرهم، من مؤلفاته: نظم الأخصري وشرحه، ونظم الرسالة وشرحها، وشرح العاصمية، وتأليف في الزكاة، واختصار مختصر خليل، وغيرها كثير (ت1209هـ). تنظر ترجمته في: فتح الشكور ص: 170-173.

(7) فتح الشكور ص: 170.

(8) هو: عبد السلام بن أبي يعزى حركات السلاوي، من العلماء المحصلين والفقهاء المدققين. تولى قضاء مكناس والصويرة، وكان مفتي العدوتين. أخذ العلم بفاس وغيرها. من مؤلفاته: شرح على التحفة، وشرح نظم ابن الأبار في طرق الجامعة، ورسالة في البدع والمحدثات وغيرها. توفي بسلا سنة 1230هـ.

تنظر ترجمته في إتحاف المطالع (98/1).

(9) التسولي هو: أبو الحسن علي بن عبد السلام بن علي مديش التسولي، نسبة لمنطقة قرب فاس، فقيه مشارك، له اليد الطولى في علم النوازل والأحكام. ولي قضاء فاس وتطوان، فحمد الناس سيرته. من أشياخه سيدي حمدون بن الحاج، وأبو عبد الله محمد بن إبراهيم الدكالي وغيرهم، وخلف مؤلفات مفيدة منها: شرحه على التحفة، وشرح الشامل، وكتاب النوازل في سفرين، وفتاوى مختلفة، وغيرها. (ت1258هـ). تنظر ترجمته في سلوة الأنفاس: (266/1)، الأعلام: (299/4)، شجرة النور: (567-568/1)، إتحاف المطالع: (172/1)، معجم المؤلفين: (122/7).

قال رحمه الله في مقدمته موضحاً أسباب وضعه هذا الشرح: «لما كانت تحفة الحكام من أجل ما ألف في علم الوثائق والإبرام؛ لسلامة نظمها، ووجازة لفظها، ولكونها قد اجتمع فيها ما افترق في غيرها، ومن الله علينا بتدريسها، وإقراءها، وإبراز خفي معانيها، وذكر فروع تناسبها، ونكت تقيد شواردها، وتحل مقفلها، طلب مني الكثير من طلبة الوقت أن أضع لهم شرحاً عليها يشفي الغليل، ويكمل المرام، ويكشف من خفي معانيها ما وراء اللثام، ويحتوي على إعراب ألفاظها،... وعلى بيان منطوقها، ومفهوم الكلام، وعلى إبراز فرائد الفوائد، وفروع تناسب المقام، مبينا ما به العمل عند المتأخرين من قضاة العدل، والأئمة الكرام، ومصالحاً ما فيه ما يحتاج إلى الإصلاح من ألفاظه المخلة بالنظام، شارحاً فيه غالب وثنائق الأبواب، وإن أدى ذلك إلى الإطناب...»⁽¹⁾.

ويعد كتاب البهجة معتمد أهل التدريس، والقضاء، وارتكز عليها التكوين الفقهي في عامة أقطار المغرب العربي⁽²⁾.

16) شرح أبي حامد محمد العربي الزرهوني⁽³⁾ (ت1260هـ)، وقد نسب له هذا الشرح غير واحد، وذكر عبد السلام ابن سودة في إتحاف المطالع أنه لم يتمه.

17) شرح العلامة باب بن أحمد الشنقيطي العلوي⁽⁴⁾، نسبه له كل من ترجمه.

18) شرح التوزري⁽⁵⁾ المسمى: "وضيح الأحكام على تحفة الحكام"، فرغ من تأليفه سنة 1338هـ⁽⁶⁾، وهو في أربع مجلدات. لخصه من كتب السابقين؛ توخياً لتبسيط المعاني، وتقريبها للمتعلمين.

قال رحمه الله في مقدمته: «هذا شرح لطيف المباني، سهل المعاني على تحفة الحكام، حملني عليه تسهيل طرق العلم للمتعلمين، وإحياء صناعة التأليف للمعاصرين؛ رجاء لتحصيل الأجر والثواب من رب العالمين، لا لحظوظ النفس، واتباع الهوى،... وسميته "توضيح الأحكام على تحفة الحكام"، لخصته من شروحه، وغيرها من الكتب المعتمدة، بتتبع

(1) البهجة في شرح التحفة: (2/1).

(2) إتحاف المطالع: (176/1).

(3) هو: أبو حامد العربي بن محمد الهاشمي العزوزي، العلامة المطلع المفتي النوازلي. ولي قضاء صفرو، وفاس. من مؤلفاته: شرح على المرشد المعين، وشرح تحفة ابن عاصم، وشرح على لامية الزقاق، وغيرها. (ت1260هـ). تنظر ترجمته في: فهرس الفهارس: (782/2)، والإعلام بمن حل مراکش: (253/5)، شجرة النور: (568/1)، إتحاف المطالع: (176/1)، ومعجم المؤلفين: (278/6).

(4) هو: باب بن أحمد بيب بن عثمان بن محمد بن الطالب الشنقيطي العلوي. من علماء شنقيط وأدبائها المفلقين. نشأ في بيت علم، وصلاح، ونسك. من مؤلفاته شرح العاصمية، وتكملة التكملة للديباج. (ت1260هـ). تنظر ترجمته في: اليواقيت الثمينة للأزهري: (117/1-118)، الوسيط ص: 34 و37، معجم المؤلفين: (33/3).

(5) هو: عثمان بن بلقاسم (هكذا كتب المؤلف اسم والده وكتب التراجم ترسمه عبد القاسم) بن المكي التوزري الزبيدي المالكي التونسي، الفقيه المدرس المفتي. من مؤلفاته: شرح التحفة المذكور، وكتاب الهداية لأهل البيان في الفقه (ت1338هـ) ترجمته في مقدمة توضيح الأحكام: (2/1)، الأعلام: (212/4).

(6) خاتمة توضيح الأحكام: (172/4).

مسائل كل باب من الأبواب، متحريرا في ذلك بقدر جهدي، ومعبرا عن معانيها بعبارات واضحة أشهى من لب الألباب عند ذوي الألباب⁽¹⁾.

- 19) شرح محمد بن يوسف الكافي⁽²⁾ الذي وسمه ب: "إحكام الأحكام على تحفة الحكام على منظومة محمد الغرناطي فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب مالك بن أنس" وهو مطبوع في جزء متوسط الحجم.
- 20) شرح أحمد أسعد المغنيساوي⁽³⁾، ذكر صاحب هدية العارفين أن له شرحا على التحفة إلى نصفها.
- 21) شرح عبد الله الدرعي الرباطي⁽⁴⁾ نسبه له صاحب الاغتباط⁽⁵⁾.
- 22) شرح علي بن سليمان الدمناتي⁽⁶⁾ (ت1306هـ).
- 23) شرح محمد بن أحمد العمراني⁽⁷⁾، وصفه تلميذه محمد بن الفاطمي في آخر فهرسته بأنه شرح صغير⁽⁸⁾.

(1) توضيح الأحكام: (2/1).

(2) هو محمد بن يوسف بن محمد بن سعد الحيدري التونسي الشهير بالكافي. من فقهاء المالكية بتونس. رحل إلى الشام وتوفي بدمشق. له مؤلفات منها: الحصن والجنة على عقيدة أهل السنة، والأجوبة الكافية على الأسئلة الشامية (ت1380هـ). تنظر ترجمته في الأعلام: (159/7).

(3) هو: أحمد إسعد (بكسر الهمزة، هكذا ضبطه صاحب هدية العارفين شكلا) المغنيساوي. تولى قضاء القدس، من مؤلفاته: شرح على التحفة لم يكتمل، ونصيحة الملوك (ت1272هـ). ترجمته في: هدية العارفين: (188/1).

(4) هو أبو محمد عبد الله الدرعي الرباطي، من خواص الشيخ العكاري والملازمين له، من مؤلفاته شرح العاصمية، وفهرسة. تنظر ترجمته في الاغتباط: (546/2).

(5) الاغتباط بتراجم أعلام الرباط: (546/2).

(6) هو: علي بن سليمان الدمناتي البوجمعاوي المراكشي، أعجوبة الزمان في التصانيف والانكباب على تدريس العلوم، محيطا بمنقولها ومعقولها. من شيوخه: أحمد بن محمد السوسي الأقصوي الإخبائي، وأحمد بن محمد التاودي، وغيرهم. وللدمناتي مؤلفات كثيرة منها: شرح على التحفة، وآخر على مختصر خليل، وشروح عدة على ألفية بن مالك، وله فهرسة جمع فيها أسانيده. توفي رحمه الله بمراكش (1306هـ). ترجمته في فهرسته "أجلى مسانيد العلي الرحمان في أسانيد علي بن سليمان"، والإعلام بمن حل مراكش، وأغمات من الأعلام للسملالي: (260-255/9)، وسل النصال ص: 10.

(7) هو: محمد بن أحمد بن الخضير بن الفضيل الحسني الجوطي العمراني، العلامة المدرس المحرر. أخذ عن التهامي بن المدني كنون، وقاسم القادري عبد الله الكامل الأمراني وغيرهم. من مؤلفاته الكثيرة: شرح التحفة، وحاشيته على الزرقاني للمختصر، وكتاب رفع الأوهام النفسية في إباحة استعمال العطور الرومية، وغيرها. توفي بفاس (1370هـ). ترجمته في: سل النصال (ضمن موسوعة أعلام المغرب ص: 3263)، إتحاف المطالع: (527/2)، إتحاف ذوي العلم ص: 173-178.

(8) انظر: إتحاف ذوي العلم والرسوخ بتراجم من أخذت عنه من الشيوخ، لمحمد بن الفاطمي ابن الحاج السلمي ص: 177.

24) شرح محمد المرير التطواني⁽¹⁾: "الروض الباسم في غيث نظم ابن عاصم"⁽²⁾.
يقول الشارح في مقدمة كتابه مبينا دواعي إقدامه على وضع الشرح: «فهذا تقييد على نظم التحفة يكون - إن شاء الله - شرحا وسطا، ليس بمختصر مخل، ولا بمطول ممل، مبسوط العبارة طلق الحيا لمن استشاره، آخذا من خلاصة الشروح، معتمدا على راجح الأقوال، معرضا عن المرجوح، آتيا بما وقع عنه من المتأخرين الانفصال، مبينا لما به العمل من مختلف الأقوال»⁽³⁾.

ثانيا: الحواشي :

- (1) "حاشية ابن رحال المعداني"⁽⁴⁾ على شرح ميارة"، وقد طبعت بهامش شرح ميارة. ولم يقدم لها بمقدمة بعد البسمة والتصلية⁽⁵⁾.
- (2) حاشية أبي البقاء الشاوي⁽⁶⁾ على شرح ميارة سماها: "الكواكب السيارة"⁽⁷⁾.

(1) هو: أبو عبد الله محمد بن محمد المرير التطواني، الفقيه القاضي. أخذ عن محمد بن الأبار، ومحمد البقالي، وأحمد بن الخياط الفاسي وغيرهم. تقلد القضاء بمدن عدة، له مؤلفات منها: الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية، وفهرسته الواسعة: التعميم المقيم في ذكر مدارس العلم ومجالس التعليم، مطبوع في ثمان مجلدات، والروض الباسم في غيث نظم ابن عاصم وغيرها(ت1398هـ). ترجمته في: فهرسته التعميم المقيم، وفهرس المطبوعات المغربية لابن الماحي ص:323.

(2) يوجد شرحه عند أسرته كما ذكر الجيدي في مباحث المذهب المالكي ص:99.

(3) مقدمة كتاب الروض الباسم، مخطوط اللوح ص:2.

(4) هو: أبو علي الحسن بن رحال بن أحمد بن علي المعداني التدلاوي. تلقى تعليمه بالزاوية الدلانية، وفاس، ومكناس عن ثلة من العلماء، منهم: أبو المحاسن الفاسي، وعلي بن مسعود اليوسي، ومحمد بن أحمد المسناوي، وسعيد بن أبي القاسم العميري وغيرهم. وعنه ثلة من العلماء الأتباع كأبي العباس أحمد بن مبارك اللمطي، وأمثاله. تولى القضاء بفاس، وألف في مختلف الفنون مؤلفات حسنة دالة على رسوخ قدمه منها: شرحه لمختصر خليل الذي سماه فتح الفتاح، في خمسة عشر جزء، وكتاب الاتفاق في مسائل الاستحقاق، وكشف القناع عن تضمين الصناع، وغيرها(ت1140هـ). تنظر ترجمته في: نشر المثنائي: (3/294-295)، طبقات الحضيبي: (1/212)، إتحاف أعلام الناس: (3/15-17)، شجرة النور الزكية: (3/284)، الأعلام (2/190).

(5) هامش إتقان ميارة: (9/1)

(6) هو: أبو البقاء محمد يعيش الشاوي الرغاي، فقيه بارع في الفقه والأحكام والنوازل. أخذ عن الشيخ القسنطيني، وابن رحال، ومحمد المسناوي، وعنه كثير منهم: ميارة، من ميارة هذا الذي أخذ عنه؟ وميارة المعروف توفي(1072هـ)؟؟؟ وأحمد الحرندي. تولى القضاء بتازة وفاس. من مؤلفاته: حاشية على شرح ميارة على العاصمية. توفي بفاس سنة 1150. تنظر ترجمته في: شجرة النور: (1/505)، ومعجم المؤلفين: (12/120).

(7) شجرة النور: (1/505).

- (3) "حاشية محمد بن الحسن البناني"⁽¹⁾.
- (4) "حاشية محمد بن الحسن الجنوي"⁽²⁾ (ت1200ه) على شرح ميارة للتحفة.
- (5) "حاشية حسن عبد الكبير"⁽³⁾ على شرح ميارة".
- (6) "حاشية أحمد الطاهر اللطيف"⁽⁴⁾ على شرح التاودي" في جزأين، أتم تحريرهما سنة 1256ه، في نحو خمسمائة ورقة، وتوجد منه نسخ عدة في دار الكتب الوطنية بتونس⁽⁵⁾.
- (7) "حاشية عبد القادر العراقي"⁽⁶⁾ (ت1288ه)، على شرح ابن سودة، سماها: "المنحة المودودة على تحفة ابن عاصم وشرح ابن سودة"، وهو مطبوع.

(1) هو: أبو عبد الله محمد بن الحسن البناني، إمام عصره في العلوم، المحقق، الواسع الاطلاع، المدقق بلا نزاع. أخذ عن محمد جوسوس، ومحمد ابن السلام البناني وغيرهما. وعنه جلة من علماء عصره ومنهم: الشيخ الرهوني، والطيب بن كيران، وسليمان الحوات وغيرهم. من مؤلفاته المحررة المفيدة: حاشية على شرح الزرقاني للمختصر، رزق فيها القبول، وسارت بها الركبان، وحاشية على مختصر السنوسي في المنطق وغيرها(ت1194ه). ترجمته في: حاشية الرهوني على الزرقاني: (15/1)، شجرة النور الزكية: (514/1)، الأعلام: (91/6)، إتحاف المطالع: (48/1)، معجم المؤلفين: (222/9).

(2) هو: أبو عبد الله محمد بن الحسن الجنوي، فقيه مشارك في جميع الفنون، مستحضر لأقوال العلماء، حافظ لها. أخذ عن أحمد الوزاني، وعمر الفاسي والتاودي. شهد له شيوخه بالتفوق والنبوغ، لدرجة أنهم يكون إليه الفتوى في محضرهم. من مؤلفاته الفقهية: حاشية على شارح ميارة للتحفة وحاشية على مختصر خليل وغيرها. توفي سنة 1200ه.

تنظر ترجمته في: حاشية الرهوني على الزرقاني: (17-16/1)، سلوك الطريقة ص: 256، شجرة النور الزكية: (537/1)، الأعلام (109-94/6)، إتحاف المطالع: (60/1)، معجم المؤلفين: (187/9).

(3) هو: أبو محمد حسن بن عبد الكبير التونسي، الشهير بالشريف. أخذ عن أعلام عصره كالشيخ الشحي، والغرياني. تولى الإمامة والخطابة بجامع الزيتونة، وقدم لخطبة للإفتاء، وقد انتفع به جمع كبير من الطلبة، وخلف مؤلفات منها: حاشية على شرح ميارة للامية الزقاق، وكتاب معين المفتي، وحاشية على شرح ميارة على التحفة وغيرها. توفي سنة 1234ه.

تنظر ترجمته في: العمر: (859-258/2)، الأعلام: (195/2).

(4) هو أحمد بن الطاهر اللطيف - بالتصغير -، أصله من إحدى قرى الساحل بتونس. درس بتونس، واشتغل بالتوثيق، وولي قضاء المحلة، وبعد تأخره عنه، تفرغ للتأليف في مجال الفقه، فكان من مؤلفاته الفقهية: حاشية على شرح التاودي على العاصمية، حاشية على شرح الزرقاني على المختصر، مجموع فتاوى المالكية. توفي سنة 1273ه. تنظر ترجمته في: العمر: (875/2).

(5) العمر: (876/2).

(6) هو عبد القادر بن أبي القاسم بن عبد الله العراقي، علامة محدث مدرس، من مؤلفاته: المنحة المودودة على شرح ابن عاصم وشرح ابن سودة، وحاشية على شرح المكودي على الألفية. توفي بالإسكندرية حاجا سنة 1288ه.

تنظر ترجمته في: الأعلام: (42/4)، إتحاف المطالع (247/1).

- 8) "حاشية إبراهيم بن محمد التادلي"⁽¹⁾ (ت1311هـ)، على شرح التاودي للتحفة.
- 9) "حاشية المهدي الوزاني"⁽²⁾ (ت1342هـ) على شرح التاودي، وهي مطبوعة.
- 10) "حاشية عبد الصمد بن التهامي كنون الفاسي"⁽³⁾ على شرح التاودي على التحفة".
- 11) "حاشية أحمد سكيرج"⁽⁴⁾ على "حلي المعاصم" للتاودي ابن سودة، سماها "الثغر الباسم من حلي المعاصم"؛ يقول في مقدمة الحاشية: «وبعد، فهذه حواش لطيفة، وفوائد منيفة، وفرائد شريفة، ترتاح بها النفوس، وتتحلى بها الطروس، وتزين بها الدروس، جعلتها على شرح العلامة المحقق الدراكة المدقق، أبي عبد الله سيدي محمد التاودي بن سودة على منظومة الإمام ابن عاصم... وسميتها: "الثغر الباسم من حلي المعاصم"⁽⁵⁾.
- 12) "حصول الألفة لطلاب التحفة"، وهي حاشية على شرح التسولي⁽⁶⁾ لأحمد بن محمد بن الحسن الرهوني التطواني⁽⁷⁾.

(1) هو: أبو إسحاق إبراهيم بن عبد القادر التادلي الرباطي، العلامة المدرس المفتي الكثير التأليف الثرة الفوائد. أخذ العلوم عن شيوخ فاس في عصره ومكناس، ومراكش كالشيخ البناني، والوليد العراقي، ومحمد بن الحاج، والشيخ عليش المالكي، وعنه كثير. ومن مؤلفاته التي تنيف عن المائة: حاشية على الخرخشي، وحواش على الرسالة القيروانية وحواش على ملتقى الأبحر في فقه الحنفية، وشرح على الفرائض وغيرها. توفي سنة 1311هـ.

تنظر ترجمته في الأعلام: (71-72/1)، الاغتباط: (418-435/2)، إتحاف المطالع: (323/1).

(2) هو: أبو عيسى محمد المهدي بن محمد بن محمد العمراني الوزاني الفاسي، مفتي فاس وفقهها المدرس، ومقصد طلبية العلم. له مؤلفات عديدة تدل على سعة اطلاعه ومقدرته، منها: النوازل الكبرى، والنوازل الصغرى، وحاشية على شرح المكودي على الألفية وشرح العمل الفاسي، وغيرها من التأليف المفيدة. توفي رحمه الله بفاس سنة (1342هـ). ترجمته في: شجرة النور الزكية: (618/1)، الأعلام (114/7)، إتحاف المطالع: (435/2)، معجم المؤلفين: (60/12).

(3) هو: أبو الفضل عبد الصمد بن التهامي بن المدني كنون الحسيني الفاسي. أخذ العلم عن جلة علماء بلده فاس، ومنهم: والده سيدي التهامي كنون، ومحمد التهامي الوزاني، ومحمد بن قاسم القادري، وغيرهم ممن ترجم لهم في فهرسته. تولى إمامة الصلاة وعمدة الفتوى بفاس بترسيم من السلطان المولى عبد الحفيظ. له مؤلفات كثيرة منها: مورد الشارحين في قراءة المرشد المعين ومزاهر الأساس في شرح نظم عمل فاس وحاشية على الشيخ التاودي على التحفة، والإفصاح بمضمون ملخص تلخيص المفتاح وغيرها (ت1352هـ). ترجمته في: الأعلام الشرقية: (332-333/1)، إتحاف المطالع: (466/2)، سل النصال بالأشياخ وأهل الكمال لابن سودة ص: 70.

(4) هو أبو العباس أحمد بن الحاج العياشي سكيرج الأنصاري، علامة مدرس، قاضي مدينة سطات ووجدة والجديدة. درس على يد علماء القرويين، وفيها تخرج عليه العشرات. من مؤلفاته العديدة: الرحلة الحبيبة الوهرانية ورياض السلوان في تراجم من اجتمعت بهم من الأعيان وغيرها (ت1363هـ). تنظر ترجمته في: كتابه حديقة أنسي في التعريف بنفسه، المعسول: (137/7)، الأعلام: (190-191/1)، إتحاف المطالع (498/2)، معجم المؤلفين: (37/2).

(5) الثغر الباسم ص: 1.

(6) وهو سبعة أجزاء، توجد نسخة منه بالمكتبة الوطنية؛ تحت رقم: د - 2157.

(7) هو أبو العباس أحمد بن محمد بن الحسن الرهوني التطواني، شيخ الجماعة في عصره، فقيه وأديب ومؤرخ. نشأ في تطوان، وبها تعلم، ثم بفاس. تولى عدة مناصب، وخلف عدة مؤلفات في مجالات مختلفة منها كتابه الموسوعة عمدة الراوين في تاريخ تطاون والرحلة المكية والتحرير والتدقيق في مسألة من باب الرجوع عن الشهادة وحادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق (ت1373هـ). تنظر ترجمته في: عمدة الراوين في تاريخ تطاون: (50/1)، الأعلام: (253/1)، إتحاف المطالع: (540/2).

(13) "حاشية أبي الشتاء الصنهاجي⁽¹⁾ على شرح التاودي على التحفة".

(14) "حاشية أحمد بن الطاهر⁽²⁾ على شرح التاودي للتحفة⁽³⁾".

(15) "حاشية محمد بن سلامة⁽⁴⁾ على شرح التاودي للتحفة⁽⁵⁾؛ وقد وهم الأستاذ مصطفى المسلوتي فنسب إلى

الفقيه السوسي محمد بن عبد الله الإلغي⁽⁶⁾ (ت1303هـ) حاشية على البهجة⁽⁷⁾ اغترارا بقول المختار السوسي: «إن

الإلغي افتتح حاشية على البهجة واسعة، ولكن أعجل عنها ولم يتمش فيها كثيرا»⁽⁸⁾، فتوهم الأستاذ المسلوتي أن

الحاشية على البهجة للتسولي، والصحيح أن المراد بالبهجة شرح السيوطي على ألفية ابن مالك المسمى "البهجة

المرضية"، وهو المختار لتدريس الألفية لدى السوسيين، وكان الشيخ من المدرسين به.

ثالثا: التقييد والأبحاث والتقارير:

(1) "تقييد على التحفة" لأبي العباس أحمد بن محمد الشدادي (ت1146هـ)⁽⁹⁾.

(1) هو أبو الشتاء بن الحسن الصنهاجي الغازي، علامة فقيه. أخذ عن عبد الله الفضيلي الحسني ومحمد العلمي والفاطمي. تولى التدريس، واشتغل بالتأليف، فخلف إرثا قيما ومنه الحاشية المذكورة. وحاشية على شرح لامية الزقاق ومؤلف في الفرائض (ت1365هـ). ترجمته في: سل النصال ص: 119، إتحاف المطالع: (509/2).

(2) لم أقف له على ترجمة.

(3) نسبه له الشيخ جعيط في مقدمة كتابه الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، بدون ترقيم.

(4) لم أقف له على ترجمة.

(5) نسبه له الشيخ جعيط في مقدمة كتابه: الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، بدون ترقيم.

(6) هو محمد بن عبد الله بن صالح بن عبد الله الإلغي. أخذ العلم في بلدته إلغ وأرجاء سوس. أسس المدرسة الإلغية الشهيرة، ذات الإسهام الكبير في نشر العلم والدين بالصقع السوسي. تخرج عليه كثير. من مؤلفاته: حاشية على البهجة للسيوطي وأنظمة مختلفة لقواعد عربية وفقهية وغيرها، وفتاوى فقهية ذكر بعضها المختار السوسي في كتابه المجموعة الفقهية (ت1303هـ). ترجمته في: المعسول: (184-160/2).

(7) كتاب جوانب من عناية علماء سوس بالفقه المالكي. دراسة بيبليوغرافية، تأليف د/مصطفى بن عمر المسلوتي ص: 29.

(8) المعسول: (186/1)، و"معلمة المغرب" - قاموس مرتب على حروف الهجاء من إنتاج الجمعية المغربية للتأليف والترجمة والنشر: (647/2).

(9) هو: أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد الشدادي الإدريسي الحسني، المفتي القاضي، المتبحر في النحو، والفقه والحديث، والتفسير. أخذ عن جماعة من الشيوخ منهم: أبو علي اليوسي، وأبو عبد الله المستناوي، وأبو عبد الله محمد العربي بردله وغيرهم. وعنه كثير منهم: أبو القاسم العميري، وأبو عبد الله محمد التاودي وغيرهم. تولى قضاء الجماعة بفاس مع الإمامة والخطابة بالقرويين. من مؤلفاته تقييد على ابن عاصم وشرح على الزرقانية وتقييد على العمليات الفاسية. توفي رحمه الله بفاس (1146هـ). ترجمته في: سلوة الأنفاس (3/242-244)، اليواقيت الثمينة ص: 46، شجرة النور الزكية: (485/1)، إتحاف أعلام الناس: (398-396/1)، الأعلام: (94-93/1)، إتحاف المطالع: (544/2)، معجم المؤلفين: (154/1).

(2) "أبحاث على التحفة" لأبي عبد الله محمد بن أحمد التماق (ت1151هـ)⁽¹⁾؛ قال عنه في "نشر المثاني": «ومن مطالعة تلك البحوث - أي بجهته على العمل الفاسي، ولامية الزقاق، وتحفة ابن عاصم - تنبه أهل عصرنا فشرحوا الأنظام الثلاثة»⁽²⁾.

(3) تقارير على شرح التاودي لتحفة ابن عاصم مؤلفها أحمد بن حسين القمار (ت1285هـ)⁽³⁾.

(4) تعليق على شرح التاودي على التحفة للقاضي عبد الله بن خضراء⁽⁴⁾.

رابعا: التأصيل والاستدلال:

العلامة محمد بن مبارك أوشن، الأخصاصي⁽⁵⁾، له شرح على التحفة بالحديث⁽⁶⁾.

(1) هو: أبو عبد الله محمد بن أحمد التماق الأندلسي أصلا، الفاسي منشأ، علامة فهامة، متقد الذكاء، بحائة في كل فن. أخذ عن أبي عبد الله محمد العربي القادري، وأبي عبد الله القسطميني الحسني، وأبي عبد الله بردله وغيرهم. ولي قضاء فاس، والخطابة بالقرويين. من مؤلفاته: إزالة الدلسة عن أحكام الجلسة، وأبحاث على التحفة واللامية والعمليات (ت1151هـ). ترجمته في: نشر المثاني: (213/4)، سلوة الأنفاس: (140/2-141).

(2) نشر المثاني: (213/4).

(3) هو: أحمد بن حسين القمار الكافي القلانسي. درس بالزيتونة، وتلقى العلم عن علماءها كالشيخ محمد بن الطاهر بن مسعود، وإبراهيم الرياحي، وأحمد الأبي. تولى القضاء بمدينة الكاف وذلك سنة 1248هـ، ورئاسة الفتوى بتونس. من مؤلفاته: تقارير على شرح الدردير على مختصر خليل وتقارير على شرح التاودي على التحفة وفتاوى (ت1285هـ). ترجمته في: شجرة النور الزكية: (561-560/1)، تراجم المؤلفين التونسيين: (4/115-117).

(4) نسبه له محقق كتابه: الإنحاف بما يتعلق بالقاف لعبد الله بن خضراء السلوي ص: 30، وصاحب التعليق هو أبو محمد عبد الله بن الهاشي بن خضراء السلوي، أخذ عن التهامي كنون، وأحمد بن الخياط، وأبي بكر محمد عواد، وبمكة عن الشيخ دحلان، وغيرهم من علماء المشرق في رحلته إلى الحج. تقلب في وظائف عدة كالتدريس، والقضاء، ومنصب المستشار للسلطان مولاي عبد العزيز. له مؤلفات عدة منها: حاشية على شرح بنيس على فرائض المختصر، وتعليق على شرح لامية الزقاق، وغيرها (ت1324هـ). ترجمته في: الإعلام بمن حل مراكز وأغمات من الأعلام: (8/346)، معجم المطبوعات المغربية لابن الماحي ص: 113-114، إنحاف المطالع: (368/1)، معلمة المغرب: (11/3746).

(5) هو محمد بن مبارك أوشن الأخصاصي، فقيه مستحضر، وقاد الذكاء والقريحة. أخذ عن أحمد أقاريض، والجشتيبي، وببيس وغيرهم. تلقى العلم بسوس ومصر. توفي بالقاهرة بعد سنة 1356هـ بقليل. تنظر ترجمته في: خلال جزولة: (3/196-197)، المعسول: (18/121)، سوس العاملة ص: 208.

(6) سوس العاملة ص: 208، خلال جزولة: (3/197).

خامسا : الأنظام المرتبطة بالتحفة :

ألف العلامة محمد بن الطاهر الهواري⁽¹⁾ (ت1220هـ) أرجوزة في القضايا التي انفرد بها ابن عاصم في "تحفة الحكام" مما لم يذكره الشيخ خليل في مختصره، لا منطوقا ولا مفهوما⁽²⁾.

سادسا : الأختام :

(1) "تنوير الأفهام بختم تحفة الحكام" للعلامة أحمد سكيرج⁽³⁾، مطبوع؛ قال في مقدمته: «قد أنعم الله علينا بما لولا عنايته لم نكن له أهلا، كرما منه وفضلا، وذلك بختم "تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام" بمجلس إقرائنا مع الطلبة بالقرويين، عمرها الله بذكره المين، وقد دعاني داعي محبة نشر العلم الشريف، الذي لا يجيب من استظل بظله الوريث إلى أن نكتب ما أمليناه فيه بين الطلبة، فإن المجلس إنما ينتفع من حضره، والكتابة يدوم نفعها في العلم لمن طلبه»⁽⁴⁾.

(2) "ختم التحفة" للعلامة أحمد بن القاضي محمد بن إبراهيم⁽⁵⁾ (ت1334هـ).

سابعا : المختصرات :

(3) اختصار محمد بن حمدون بن الحاج⁽⁶⁾ (ت1274هـ)، وقد نسب له هذا الاختصار جعفر بن إدريس الكتاني في فهرسته⁽⁷⁾.

(1) هو أبو عبد الله محمد -فتحاً- بن طاهر الهواري، العلامة البحاثة الأديب، وصف بالإتقان والتحقيق والاستظهار. أخذ عن أشياخ منهم: العلامة أحمد الزبدي، وعبد الرحمن المنجرة، وأبي حفص الفاسي. وأخذ عنه كثيرون منهم السلطان مولاي سليمان. من مؤلفاته العديدة: حاشية على شرح سيدي سعيد قدورة وأرجوزة في علم الكلام وأخرى في المنطق، وأرجوزة فيما انفرد به ابن عاصم من الصور عن مختصر خليل، وأنظام كثيرة (ت1220هـ). تنظر ترجمته في: سلوة الأنفاس: (349/1)، شجرة النور الزكية: (573/1)، إتحاف المطالع: (100/1).

(2) سلوة الأنفاس: (349/1)، شجرة النور الزكية: (537/2)، وإتحاف المطالع: (100/1).

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تنوير الأفهام ص: 2.

(5) هو أبو العباس أحمد بن القاضي محمد بن إبراهيم، العلامة الفرضي الحيسوبي النوازي القاضي الرباطي. أخذ عن علماء فاس والرباط من أمثال أبي حامد البطاوي، وهو عمدته. من مؤلفاته: تلخيص الحذاق على لامية الزقاق وتأليف في المسالة الأكدرية، وختم على التحفة وأخر على المختصر وغيرها (ت1334هـ). تنظر ترجمته في: جواهر الكمال في تراجم الرجال، لمحمد بن أحمد الكانوني، ص: 72، الاغتباط بتراجم أعلام الرباط، لأبي عبد الله محمد بوجندار الرباطي: (264/1).

(6) هو: أبو عبد الله محمد بن حمدون بن الحاج، السلمي النجار الفاسي الدار. أخذ عن علماء عصره من أمثال والده أبي الفيض حمدون ومحمد الطيب بن كيران وأبي عبد الله الزروالي، وعنه كثيرون. له قلم سيالة في الكتابة والتأليف سود عشرات الصحائف منها: شرح فريدة والده في المنطق، ونظم مختصر خليل، وتوضيح ابن هشام، واختصر نظم ابن عاصم (ت1274هـ). ترجمته في: سلوة الأنفاس (168/1-169)، شجرة النور الزكية: (573/1)، معجم المؤلفين: (76/4).

(7) فهرسة الكتاني ص: 175.

1) اختصار العلامة إبراهيم بن محمد التوزري⁽¹⁾ (ت1317هـ) لتحفة الحكام في ثلاثمائة بيت.
ثامنا: ترجمة التحفة :

ترجمت التحفة العاصمية إلى اللغة الفرنسية باعتناء هوداس⁽²⁾ ومارتل⁽³⁾، مع شروح لغوية وفقهية⁽⁴⁾، وطبعت تحت عنوان: « traité de droit musulmane la tohfat d'ebn acem »⁽⁵⁾

وهي ترجمة غير دقيقة، لعدم اطلاع المترجمين اطلاع تحقيق على المفاهيم الفقهية واللغة العربية⁽⁶⁾.

تاسعا: تكملات العاصمية :

1) "كتاب المسائل المزينة على تحفة ابن عاصم" للعلامة أحمد بن محمد بن الحاج السلمي⁽⁷⁾.
2) نظم أبي زيد الجشتيمي⁽⁸⁾ لما لم يذكره الشيخان عاصم وخليل. هذا غير صحيح، وهو خطأ وقع فيه أكثر الباحثين الذين تناولوا هذه المنظومة؛ بل ذكر فيه مسائل ذكرها عاصم وخليل، وإنما نظمه كما قال لتوضيح "ما لم

(1) هو: إبراهيم بن محمد النحوي التوزري، فقيه مشارك في عدة علوم. أخذ العلم بتونس عن شيوخها، والتحق بعد ربه منهم بجامع الأزهر، وأخذ عن أعلامه كالشيخ الدسوقي وآخرين. انتصب للتدريس ببلدته، وعين قاضيا بها. له مؤلفات مفيدة منها: اختصار تحفة الحكام في نحو ثلاثمائة بيت، واختصار نظم الرحبية في الفرائض، وشرح على السمرقندية في الاستعارات وغيرها(ت1317هـ). تنظر ترجمته في: معجم المؤلفين التونسيين: (83/1).

(2) هو "أوكتاف هوداس" Octave Houdas، مستشرق فرنسي، عين مفتشا لمدارس الجزائر، له كتب بالعربية منها: طرف مغربية ومجموعة مكاتيب مخطوطة، وترجم أربعين وستين من سور القرآن الكريم، وحقق مجموعة من الكتب منها: نزهة الحادي لمحمد الإفرائي(ت1334هـ/1916م). ترجمته في: الأعلام: (32/2)، معجم المؤلفين: (27/3)، معجم المطبوعات العربية لسركيس: (1901/2).

(3) لم أقف له على ترجمة.

(4) معجم المطبوعات العربية والمعربة: (156/1)، اكتفاء القنوع بما هو مطبوع، أشهر التأليف العربية في المطابع الشرقية والغربية، لادوارد كرنيليوس فاندليك: (153/1).

(5) طبعت الترجمة في الجزائر 1882م.

(6) انظر مقال "الإمام أبو بكر بن عاصم، حياته ومؤلفاته التحفة" لفيليب كريمةالدي، تعريب: ريجيس بلاشير، مجلة المحاكم المغربية، عدد 67 ص: 277.

(7) تقدمت ترجمته، انظر: الفهرسة الكبرى والصغرى لابن الخياط ص: 105.

(8) هو أبو زيد عبد الرحمن بن عبد الله بن محمد الجشتيمي السوسي. أخذ عن علماء كثر منهم: أحمد بن محمد الإيبوركي السملالي، وعبد الله ابن محمد الكرسيقي، وأحمد بن عبد الله الهوزيوي، ومحمد بن عبد الرحمن الفاسي. ولما امتلأ وطابه علما، تراحم الطلبة على بابه، فكان مورد الواردين والصادرين. من مؤلفاته الحضيكيون، ومختصر طبقات الحضيكي، ونظمه الفقهي الشهير. توفي رحمه الله بقريته إمي اكشتيم سنة 1269هـ.

تنظر ترجمته في: روضة الأفنان في وفيات الأعيان وأخبار العين وتخطيط ما فيها من عجيب البنيان، لمحمد بن أحمد الإكراري ص: 237، المعسول: (21/6)، الأعلام: (124-123/8)، دليل مؤرخ المغرب الأقصى لابن سودة: (223/1)، شعر الجشتيمييين تأليف د/ اليزيد الراضي ص: 129.

يضح في المختصر وتحفة ابن عاصم" ويمكن في هذا مراجعة كتاب "شعر الجشتيمييين" لليزيد الراضي (ص: 151 و152) فقد وضح فيه الأمر وأزال الإلباس قال الجشتيمي في بداية نظمه (الرجز):

وبعد فالقصد بذا الكلام	ذكر مهمات من الأحكام
فأستخير ربنا بجمع	مسائل نظما رجاء النفع
نظمي على ما لم يضح في	وتحفة ابن عاصم قد اقتصر ⁽¹⁾

وقد اعتنى السوسيون بهذا النظم، فشرحوه ودرسوه، ووسمه الفقيه محمد بن أحمد المانوزي بسمه نظم العمل السوسي⁽²⁾.

هذا ما وقفت عليه من شروح لتحفة الحكام من خلال تتبعي لكتب التراجم. والجرد دال على تعلق العلماء الشديد بالمنظومة العاصمية ووقوفهم عندها لا يتجاوزونها إلى غيرها. كيف "لا يجاوزونها إلى غيرها"؟ هذه مبالغة في غير محلها؛ بل جمعوا معها غيرها.

• المصادر والمراجع:

- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، تأليف محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، (ت 1376هـ-1957م)، اعتنى به هيثم خليفة طعيمي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006م.
- شرح ابن الناظم لتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، دراسة وتحقيق مع المقارنة مع المذاهب الإسلامية الأخرى: إبراهيم عبد سعود الجنابي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى: 1434هـ-2013م.
- توشيح الديباج وحلية الإبتهاج تأليف بدر الدين محمد بن يحيى بن عمر القرافي (ت 1008هـ). تحقيق د/ علي عمر. مكتبة الثقافة الدينية. الطبعة الأولى 1425هـ-2004م.
- درة الحجال في أسماء الرجال تأليف أبي العباس أحمد بن محمد المكناسي الشهير بابن القاضي (ت 960هـ-1025م). مكتبة دار التراث القاهرة.
- لقط الفرائد لأحمد بن القاضي: (ضمن موسوعة أعلام المغرب) تنسيق وتحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية: 2008م.

(1) المنهل العذب السلسبيل شرح نظم أبي زيد الجشتيمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم و خليل، تأليف محمد بن أبي بكر الأزاريفي الشابي البيضاوي: (1/14-15).

(2) المعسول: (3/326).

- نيل الابتهاج بتطريز الديباج. تأليف: أبي العباس أحمد بابا بن أحمد بن الفقيه الحاج أحمد بن عمر بن محمد التكروري التنبكي السوداني، (المتوفى: 1036 هـ). عناية وتقديم: الدكتور عبد الحميد عبد الله الهرامة. الناشر: دار الكاتب، طرابلس - ليبيا.
- كفاية المحتاج لمعرفة ما ليس في الديباج تأليف أحمد بابا التنبكي، دراسة وتحقيق د/محمد مطيع، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة - المحمدية، سنة: 1421هـ - 2000م.
- البهجة في شرح التحفة البهجة في شرح التحفة. تأليف: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسولي (المتوفى: 1258هـ). تحقيق محمد عبد القادر شاهين. الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان.
- أزهار الرياض في أخبار القاضي عياض. تأليف شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يحيى، أبي العباس المقري التلمساني (المتوفى: 1041هـ). تحقيق: مصطفى السقا، وإبراهيم الإبياري، وعبد العظيم شلي. مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - القاهرة تاريخ الطبع: 1358 هـ - 1939 م.
- نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، وذكر وزيرها لسان الدين بن الخطيب لشهاب الدين أحمد بن محمد المقري التلمساني (المتوفى: 1041هـ)، تحقيق إحسان عباس، دار صادر - بيروت - لبنان .
- مباحث في المذهب المالكي، تأليف د/ عمر الجيدي، مطبعة المعارف الجديدة، سنة 1993م.
- اصطلاح المذهب عند المالكية، بقلم: د/ محمد إبراهيم علي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دولة الإمارات العربية المتحدة - حكومة دبي، الطبعة الأولى: 1411هـ - 2000م.
- نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، وذكر وزيرها لسان الدين بن الخطيب، لشهاب الدين أحمد بن محمد المقري التلمساني (ت 1041هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت - لبنان. د.ت.
- أزهار الرياض في أخبار القاضي عياض، تأليف: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يحيى أبي العباس المقري التلمساني، (ت 1041هـ)، تحقيق: مصطفى السقا، وإبراهيم الإبياري، وعبد العظيم شلي، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة: 1358هـ - 1939م.
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تأليف: محمد بن محمد بن عمر بن علي بن سالم مخلوف (ت 1360هـ)، تعليق: عبد المجيد خيالي، الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003م.
- معجم المؤلفين، المؤلف: عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي (ت 1408هـ)، الناشر: مكتبة المثني، بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت. د.ت.
- شرح ابن الناظم لتحفة الحكام، لابن عاصم الأندلسي، دراسة وتحقيق مع المقارنة مع المذاهب الإسلامية الأخرى: إبراهيم عبد سعود الجنابي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى: 1434هـ - 2013م.
- توشيح الديباج وحلية الابتهاج، تأليف: بدر الدين محمد بن يحيى بن عمر القرافي، (ت 1008هـ). تحقيق د/علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م.
- درة الحجال في أسماء الرجال، تأليف: أبي العباس أحمد بن محمد المكناسي الشهير بابن القاضي، (ت 960هـ - 1025م)، مكتبة دار التراث، القاهرة، د.ت.

- الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، المؤلف: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (ت1072هـ)، الناشر: دار المعرفة.
- الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، المؤلف: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن خالد بن محمد الناصري الدرعي الجعفري السلاوي (ت1315هـ)، المحقق: جعفر الناصري ومحمد الناصري، الناشر: دار الكتاب، الدار البيضاء، سنة النشر: 1418هـ-1979م.
- الأعلام. تأليف: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي (ت1396هـ)، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر، أيار/مايو 2002م.
- الفهرس الوصفي لمخطوطات خزانة الزاوية الحمزية العياشية بإقليم الراشيدية، إشراف وتنسيق ومراجعة: د/ حميد حممر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، دون تاريخ.
- اليواقيت الثمينة في أعيان مذهب عالم المدينة، تأليف: البشير ظافر الأزهرري، مطبعة الملاجئ العباسية التابعة لجمعية العروة الوثقى، 1324هـ.
- مرآة المحاسن من أخبار الشيخ أبي المحاسن، تأليف أبي حامد محمد العربي بن يوسف الفاسي الفهري (ت1052هـ)، دراسة وتحقيق: محمد حمزة بن علي الكتاني، منشورات رابطة أبي المحاسن ابن الجدة، دار ابن حزم، 1429هـ-2008م.
- نشر المثاني لأهل القرن الحادي عشر والثاني، تأليف محمد بن الطيب القادري، تحقيق محمد حجي وأحمد التوفيق، مطبوعات دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، سنة 1397هـ-1977م.
- فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيوخ والمسلسلات، المؤلف: محمد عبد الحّي بن عبد الكبير ابن محمد الحسيني الإدريسي، المعروف بعبد الحّي الكتاني (ت1382هـ). المحقق: إحسان عباس، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت. الطبعة: 2، 1982م.
- سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بفاس، تأليف شيخ الإسلام أبي عبد الله محمد بن جعفر بن إدريس الكتاني، حققها ووضع فهارسها حفيد المؤلف: الدكتور الشريف محمد حمزة بن علي الكتاني.
- خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، المؤلف: محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحي الحموي الأصل، الدمشقي (ت1111هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت. دون تاريخ.
- صفوة من انتشر في صلحاء القرن الحادي عشر، تأليف: محمد بن الحاج بن محمد بن عبد الله الصغير الإفرائي، تقديم وتحقيق: د/ عبد المجيد الخيالي، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء- المغرب، الطبعة الأولى: 1425هـ-2004م.
- إتخاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، تأليف عبد الرحمن بن محمد بن زيدان السلجماسي، تحقيق: د/ علي عمر، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية، 1429هـ-2008م.
- إتخاف المطالع بوفيات أعلام القرن الثالث عشر والرابع، المؤلف: عبد السلام بن عبد القادر بن محمد بن عبد القادر بن الطالب بن محمد -فتحاح- ابن سودة، (ت1400هـ)، المحقق: محمد حجي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1417هـ - 1997م.

- ثمرة أنسي في التعريف بنفسي، لأبي الربيع سليمان الحوات الشفشاوني (ت1231هـ - 1816م)، تحقيق: عبد الحق الحمير، قرأه د/ محمد مفتاح، مطبعة الحداد يوسف إخوان، 1996م
- فتح الشكور في معرفة أعيان علماء التكرور، تأليف: أبي عبد الله الطالب محمد بن أبي بكر الصديق البرتلي الولاتي، تحقيق محمد إبراهيم الكتاني ومحمد حجي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى: 1401هـ - 1981م.
- إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، تأليف: إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي، (ت1399هـ)، اعتنى بتصحيحه: محمد شرف الدين بالتقيا، رئيس أمور الدين، والمعلم رفعت بيلكه الكليسي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان. د.ت.
- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، وبهامشه حاشية المدني على كنون، دار الفكر، بيروت، 1398هـ - 1978م.
- حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم، تأليف: أبي عبد الله محمد التاودي، بهامش البهجة في شرح التحفة للتسولي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية: 1370هـ - 1951م.
- أعلام الفكر الإسلامي في تاريخ المغرب العربي، تأليف محمد الفاضل بن محمد الطاهر بن عاشور، (ت1390هـ - 1970م)، طبعة ونشر وتوزيع مكتبة النجاح - تونس، بدون تاريخ.
- سلوك الطريق الوارية في الشيخ والمريد والزاوية، لأبي عبد الله محمد المنالي الزبدي الفاسي (ت1209هـ)، تقديم وتحقيق: د/ عبد الحي اليملاحي، منشورات جمعية تطاون أسمى، مطبعة الخليج العربي، 1433هـ - 2012م.
- البهجة في شرح التحفة، تأليف: علي بن عبد السلام بن علي أبو الحسن التُّسُولي، (ت1258هـ)، تحقيق محمد عبد القادر شاهين. الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان. د.ت.
- الوسيط في تراجم أديب شنقيط والكلام على تلك البلاد تحديدا وتخطيطا وعاداتهم وأخلاقهم وما يتعلق بذلك، المؤلف: أحمد بن الأمين الشنقيطي، (ت1331هـ)، الناشر: الشركة الدولية للطباعة، مصر، الطبعة: الخامسة، 1422هـ - 2002م.
- توضيح الأحكام على تحفة الحكام، لعثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المطبعة التونسية، تونس، الطبعة الأولى: 1339هـ.
- هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، تأليف: إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي، (ت1399هـ)، الناشر: طبع بعناية وكالة المعارف الجليلة في مطبعتها البهية، استانبول، 1951م، أعادت طبعه بالأوفست دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان. د.ت.
- الاغبتاب بتراجم أعلام الرباط، تأليف: أبي عبد الله محمد بن الحاج مصطفى بوجندار الرباطي، (ت1345هـ)، تحقيق: د/ أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات، دار نجيبويه للبرمجة والدراسات والطباعة والنشر، 2008م.
- فهرست أجلى مسانيد العلي الرحمان في أسانيد علي بن سليمان، الشهير بالدمنتي البجمعوي، من دون ذكر الطبعة ولا تاريخ الطبع.

- الإعلام بمن حل مراكش وأغمات من الأعلام، تأليف: العباس بن إبراهيم السملالي، راجعه عبد الوهاب بن منصور، المطبعة الملكية- الرباط، الطبعة الثانية: 1413هـ- 1993م.
- سل النصل للنضال بالأشياخ وأهل الكتاب، فهرس الشيوخ، تأليف: عبد السلام بن عبد القادر ابن سوذة، تنسيق وتحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: 1417هـ- 1997م.
- إتحاف ذوي العلم والرسوخ بتراجم من أخذت عنه من الشيوخ، تأليف: محمد بن الفاطمي ابن الحاج السلمي، (ت1413هـ)، تحقيق: محمد حمزة بن علي الكتاني، منشورات دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى: 2004م-1425هـ.
- إتحاف ذوي العلم والرسوخ بتراجم من أخذت عنه من الشيوخ، تأليف: محمد بن الفاطمي ابن الحاج السلمي، (ت1413هـ)، تحقيق: محمد حمزة بن علي الكتاني، منشورات دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى: 2004م-1425هـ.
- النعيم المقيم في ذكرى مدارس العلم ومجالس التعليم، تأليف: محمد بن محمد المرير، تخريج: ذ/ أحمد بن محمد المرير، مراجعة: د/ جعفر بن الحاج السلمي، منشورات جمعية تطاون أسير سلسلة تراث، مطبعة الخليج العربي، 1429هـ- 2008م.
- طبقات الحضيكي، تأليف: محمد بن أحمد الحضيكي، (ت 1189هـ-1775م)، تقديم وتحقيق: أحمد بومزكو، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى: 1427هـ-2006م.
- معجم المطبوعات المغربية، تأليف إدريس بن الماحي الإدريسي القيطوني الحسني، سهر على ترتيبه وطبعه نيابة عن الأسرة: ولده عبد الوهاب، مطابع سلا، الحي الصناعي لتابريكت، د.ت.
- الروض الباسم في غيث نظم ابن عاصم، لابي عبد الله محمد المرير التطواني، مخطوط خاص.
- كتاب العمر في المصنفات والمؤلفين التونسيين، تأليف: حسن حسني عبد الوهاب، مراجعة وإكمال: محمد العروسي المطوي وبشير البكوش، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: 1990م.
- الأعلام الشرقية في المائة الرابعة عشرة الهجرية، تأليف زكي محمد مجاهد، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية: 1994م.
- حديقة أنسي في التعريف بنفسي، تأليف أبو العباس أحمد بن الحاج العياشي سكيرج الأنصاري، (ت1363هـ)، بدون طبعة ولا تاريخ الطبع.
- المعسول، تأليف: محمد المختار السوسي، طبعة دار النجاح، الدار البيضاء: 1381هـ - 1962م.
- عمدة الراوين في تاريخ تطواين، تأليف أبي العباس أحمد الرهوني، تحقيق: د/ جعفر ابن الحاج السلمي، الناشر: جمعية تطاون أسير، مطبعة الخليج العربي - تطوان، 1424هـ-2003م.
- الطريقة المرصية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، تأليف محمد العزيز جعيط، مكتبة الاستقامة، الطبعة الثانية: من دون تاريخ الطبع.

- جوانب من عناية علماء سوس بالفقه المالكي، دراسة ببليوغرافية، تأليف د/ مصطفى بن عمر المسلوتي، منشورات المجلس العلمي المحلي بتارودانت، المطبعة السوسية، 2007م.
- اكتفاء القنوع بما هو مطبوع، أشهر التأليف العربية في المطابع الشرقية والغربية، المؤلف: ادوارد كرنيليوس فانديك، (ت1313هـ)، صححه وزاد عليه: السيد محمد علي الببلاوي، الناشر: مطبعة التأليف (الهلال)، مصر، عام النشر: 1313هـ - 1896م.
- جواهر الكمال في تراجم الرجال، تأليف محمد بن أحمد الكانوني العبدى، تحقيق: علال ركوك والرحالي الرضواني ومحمد السعيدى، تقديم: محمد بنشريفة، الناشر: جمعية البحث والتوثيق والنشر، الطبعة الأولى: 2004م.
- معلمة المغرب قاموس مرتب على حروف الهجاء، من إنتاج الجمعية المغربية للتأليف والترجمة والنشر، نشر مطابع سلا، 1410هـ - 1989م.
- خلال جزولة، لمحمد المختار السوسى، تطوان - المغرب. من دون تاريخ.
- اكتفاء القنوع بما هو مطبوع، أشهر التأليف العربية في المطابع الشرقية والغربية، المؤلف: ادوارد كرنيليوس فانديك، (ت1313هـ)، صححه وزاد عليه: السيد محمد علي الببلاوي، الناشر: مطبعة التأليف (الهلال)، مصر، عام النشر: 1313هـ - 1896م.
- تنوير الأفهام بجمجمة تحفة الحكام، للعلامة أحمد بن الحاج سكيرج، (ت1363هـ)، تحقيق: د/ محمد الراضى كنون الحسنى الإدريسي، بدون الطبعة ولا تاريخ الطبع.
- مجلة المحاكم المغربية، منشورات هيئة المحامين بالدار البيضاء، عدد: 67، 1993م.
- الفهرسة الكبرى والصغرى تأليف أحمد بن محمد ابن الخياط الزكاري الحسنى، (ت1343هـ)، تحقيق وتعليق: د/ محمد بن عزوز، مركز التراث الثقافى المغربى الدار البيضاء، دار ابن حزم، الطبعة الأولى: 1426هـ-2005م.
- روضة الأفنان في وفيات الأعيان وأخبار العين وتخطيط ما فيها من عجيب البنيان، تأليف محمد بن أحمد الإكراري، تحقيق: حمدي أنوش، نشر كلية الآداب والعلوم الإنسانية - جامعة ابن زهر - أكادير، الطبعة الأولى: 1998م.
- دليل مؤرخ المغرب الأقصى تأليف عبد السلام بن عبد القادر بن سودة المري، ويليه ذيل دليل مؤرخ المغرب الأقصى، ضبط واستدراك: مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى: 1418هـ-1997م.
- شعر الجشتيميين، تأليف د/ اليزيد الراضى، مطبعة: المعارف الجديدة، نشر مركز ابن تومرت للدراسات والنشر والتوثيق - أكادير، جامعة ابن زهر كلية الآداب والعلوم الإنسانية، أكادير، الطبعة الأولى: 1427هـ-2007م.
- المنهل العذب السلسبيل شرح نظم أبي زيد الجشتيمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم وخلييل، تأليف محمد بن أبي بكر الأزاريقي الشابي البيضاوي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى: 1399هـ-1979م.

نوازل فقهية في زمن كورونا (إيقاف الجماعات والجمع في المساجد نموذجا)



إعداد : الدكتور محمد الحراق

عضو المجلس العلمي المحلي للعرانش

أستاذ زائر (بالكلية متعددة التخصصات بالعرانش)

مقدمة :

لقد شهد العالم في هذا الربع الأول من الألفية الثالثة جملة من المتغيرات والمستجدات، وأملت به مجموعة من الوقائع والأحداث، من أبرز ذلك ما ابتلي بهفي أوائل هذه السنة 2020م، من جائحة عظيمة، ووباء مستطير، عُرف في الأوساط العالمية بكورونا (كوفيد 19)، وهي حادثة من حوادث الزمان التي ملأت السمع والبصر، وأفرزت وضعا لم تكن البشرية مهيأة لمثله من قبل.

ولا شك في أنه كان لهذه الجائحة الأثر البالغ في المجتمعات كافة، وطال ضررها المجالات جميعها؛ الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، بحيث أقعد الناس في بيوتهم، وشلّ حركتهم، وعطلّ مصالحهم، وتسابق الناس جراء ذلك تسابقا نحو المحلات التجارية، وتسرب الفزع إلى نفوسهم جراء فرض نظام الحجر الصحي، وتطبيق حالة الطوارئ الصحية.

ولم يسلم من تأثيراتها المجال الشرعي والحقل الديني، ففي المملكة المغربية مثلا كانت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية يقظة في التعامل مع الوباء، وباشرت مجموعة من الإجراءات الاستباقية.

وبناءً على ذلك، أصدرت في هذا الشأن مذكرات عدة؛ منها المذكرة رقم 6 بتاريخ 16 مارس 2020م، القاضية بضرورة إغلاق أبواب المساجد سواء بالنسبة للصلوات الخمس أو صلاة الجمعة مع وجوب استمرار رفع الأذان، استناداً إلى فتوى الهيئة العلمية بالمجلس العلمي الأعلى، بطلب من الرئيس الأعلى للمجلس أمير المؤمنين

محمد السادس حفظه الله، بغرض حماية الأنفس التي تعد مقصداً أولياً من مقاصد الشريعة وضرورة من ضروراتها، وتماشياً مع التوجُّهات الجادة للمملكة المغربية في مواجهة الوباء.

لقد مثلت هذه النازلة تحدياً كبيراً لصفوة العلماء، وما كان يُجدي في مثلها إسقاط الفتاوى المستحدثة لوقائع وأوضاع سابقة، بل ولا الفتاوى المستحدثة لوقائع وأوضاع راهنة، بل تستحدث كل ظاهرة متميزة أحكامها الخاصة بها، بناء على تميزها، وذلك لأن الواقع كل صورة من صوره النازلة نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم لها في الأمر نفسه فلم يتقدم لنا، فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد لاستحداث الحكم الشرعي الذي يناسبها⁽¹⁾. وكلما تعقد واقع الحياة، وتشعبت علاقات الناس ببعضهم، وعلاقاتهم ببيئاتهم، كلما تكاثرت النوازل المستأنفة، والصور الجديدة، إما تولداً من ذات المجتمع، أو تأثراً بمجتمعات أخرى، وهو ما يكون مدعلاً لتتابع النظر الاجتهادي بقصد تغطية كل صورة مستجدة بما يلائمها من حكم شرعي.

من هنا ندرك أن استيعاب الأحكام الشرعية على وجهها التام؛ لا يعدو أن يكون نصف المهمة ومنتصف الطريق؛ ولا تتحقق الفائدة ويتحصل الغرض إلا باكتمال النسق الكلي المكون من مرحلة الفهم ومرحلة التطبيق. ولا مندوحة من القول إن الخطأ في مرحلة الفهم خطأ في التلقي، أما الخطأ في التطبيق خطأ منهجي، والمقصر في هذين الأمرين أو أحدهما ينبئ لسان حاله عن أنه لا يهدف إلى معالجة الواقع؛ وإنما يتغنى إقناع ذاته بكونه قد امتثل ما أمر به وطبق ما عرفه من أحكام وفهمه من تكاليف؛ وخطأ مثل هذا لا يصح نسبته إلى ذات الحكم؛ وإنما يحسب على من عثرت به الضحالة في أذيالها، وجللته الغفلة بأسماها⁽²⁾.

ومن ثم فإن تنزيل الأحكام الفقهية، حتى وإن كانت من أدلتها من النصوص الشرعية دون اطلاع على الوقائع التي هي من اختصاص أهل الشأن والمعرفة، خرق فاضح لفلسفة الشريعة التي هي علاقة وطيدة للوحي بالواقع.

ورغم ما لهذا النازلة من آثار سلبية وأضرار وخيمة على المجتمع بكل تجلياته، إلا أننا نستطيع القول إنه كانت لها أياد بيضاء على الفقه الإسلامي، من ذلك :

1- أن فقهاء الأمة المعاصرين لم ينشطوا في نازلة مثلما نشطوا في هذه النازلة، ففتشوا في بطون الكتب، واستلهموا روح الأدلة، ونظروا بتفحص في الأعدار المبيحة التي ترفع الإثم عن المسلمين، وأنها ليست محل غضب الرب، ثم سعوا سعياً مشكوراً إلى نشر الفتاوى بكل وسيلة ممكنة، وأبان ذلك عن جهد محمود في الاجتهاد، مما يعد ظاهرة صحية من جانب الفقهاء، عملت على إخراج تلك الروح الحضارية، باتساعها في الآراء والأفكار، مع توافق تام بين ما تصدره المؤسسات الدينية والمؤسسات السياسية من قرارات.

2- أنها كشفت مراتب العلماء التي كان يتناولها الأصوليون بالبيان النظري، وأن ذلك لم يكن منهم ترفاً علمياً، أو مسائل ثانوية يزينون بها كتبهم، ولكنها الفطنة العلمية التي أهتمهم ذكر هذه المراتب، وظهر جلياً أنه ليس كل من كان فقيهاً في الدليل يصلح أن يكون فقيهاً في التنزيل.

(1) المدخل الفقهي العام، الزرقا، 922/2.

(2) اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، عبد الرحمن السنوسي، ص: 8.

3- تبينت فيها كثير من أدوار العلماء ومسؤولياتهم وضرورة وجودهم في صميم المجتمع، باعتبارهم صمام أمان الأمة ضد كل ما يمكن أن يهددها من التشويشات، فهم الخلف العدول من حملة الإرث النبويالذين ينفون عنه تحريف الغالين وانتحال المبطلين وتأويل الجاهلين، وتحققت بذلك رسالتهم في حل ما انغلق على الناس، وما أشكل عليهم من القضايا، وما أعضل عليهم من المستجدات.

4- ظهر فيها التزام أغلب المسلمين بفتاوى العلماء والهيئات العلمية الدينية الرسمية وغير الرسمية، حيث أدركوا أن من أصدر تلك الفتاوى ما أرادوا بالمسلمين إلا خيراً، وهذا من شأنه أن يرأب الصدع بين الفقهاء وعموم المواطنين، ويوطد الوشائج بينهم، ويزيل الأوهام حولهم، وينأى بهم عن اتهامات السوء.

وتعد هذه النازلة من الأهمية بمكان لما حفها من خلاف بين فريقين من الفقهاء، وانبرى فيها العوام للفتوى بناء على ما اعتراهم من عواطف، وذلك لتعلقها بالمساجد التي هي بيوت الله، وصار الناس إلى جعلها فيصلاً في المزايلة على بعضهم في التدين والتعبد.

والحق أن الناس كلهم حزانى على إغلاق بيوت الله للجماعة والجمعة، ولكن هذا الحزن لا يمنح أحدا الحق في المغامرة باتهام الناس والتفتيش في نياتهم كما فعل بعض من لا خلاق لهم، ولا يرخص في إنشاء فتوى متوازنة في ظل وقائع خطيرة، ولا يساعد على صنع فتوى في ظل واقع خطير لتطور الفيروس وفتكه بالناس، إذ العاطفة لا تؤسس أحكاماً شرعية بل تبعث في النفس انفعالات ووجدانات فقط، من شأنها تهيج مشاعر الناس وتحريك عواطفهم الدينية دون استناد إلى أدلة شرعية من نصوص الوحيين.

والحال أن أغلب الاتجاهات الفقهية المعاصرة المؤسساتية وجمهور الفقهاء المعاصرين جنحوا إلى القول بإيقاف الجماعات والجمع، منهم غالب الجامعات الفقهية، وهيئات الفتوى الكبرى: مثل المجلس العلمي الأعلى بالمغرب، وهيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف، وهيئة كبار العلماء بالسعودية، والاتحاد العلمي لعلماء المسلمين، والمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، واللجنة الوزارية للإفتاء بالجزائر، وهيئة الفتوى بدولة الكويت، ومجلس الإفتاء بالإمارات، ودائرة الإفتاء بالأردن، والمجلس الإسلامي للإفتاء في الداخل الفلسطيني، وفتوى أساتذة كلية الشريعة بجامعة قطر، وغير ذلك⁽¹⁾.

وقد كانت هذه الفتاوى التي أصدرتها هذه الهيئات والمجالس مختصرةً في مضمونها، مجملّةً في بيان أوجه الاستدلالات الفقهية، خاليةً من ذكر المسالك المعتمدة في التأصيل الشرعي للقرار؛ لأجل ذلك انبريت للكتابة في الموضوع، من خلال هذا البحث الذي جاء ليحجب عن سؤال محوري، وهو: أي مسالك النظر الاجتهادي اعتمدت في تأصيل نازلة إيقاف الجماعات والجمع بالمساجد؟

وقد جعلته في مبحثين: الأول أسرد فيه مسالك النظر الاجتهادي في إيقاف الجمع والجماعات في المساجد، والثاني لتبيان مثرات غلط من خالف حكم تعليق الصلاة في المساجد، مع إظهار فساد البناء الأصولي، والخلل الذي اعترى التكييف الفقهي في قياس المساجد على سائر المرافق العمومية.

(1) فتاوى العلماء حول فيروس كورونا، مسعود صبري، ص:7.

المبحث الأول: مسالك النظر الاجتهادي في إيقاف الجمع والجماعات:

حكم إيقاف الجمع والجماعات لم يكن عريا عن الاستدلال أو خلوا من أي دليل، ولم يكن مستنده الهوى أو مرجعه التشهي، ولكن الناظر فيه والمدرک لأصول الشريعة ومقاصدها، يدرك متانة البناء الأصولي الذي شيد عليه، حيث بني على أصول أثيلة وقواعد أصيلة تراعي الفقه في بنائه والواقع في حيويته، ويمكنني أن أفصل ذلك على النحو الآتي:

1- فقه الأعذار الشرعية:

وهو مسلك بارز في الشريعة، ظاهر في كل قضاياها، وأكثر ما يطلق عليه المتقدمون لفظ الرخص الشرعية، وهو الذي يأتي استعماله غالبا في الشرع في مقابل العزائم، وقد عرفت الرخصة بتعريفات اختلفت ألفاظها، وتنوعت عباراتها، من أجودها ما ذكره الإمام الشاطبي أنها: ما شرع لعذر شاق، استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه⁽¹⁾.

ووجه هذا المسلك الفقهي راجع إلى اعتبار الرخصة والاستدلال بها لا يتحقق إلا بوجود عناصر ثلاثة نراها متحققة في إغلاق المساجد بسبب عدوى كورونا:

الأول: أن مرجع الرخصة إلى الشرع لا الهوى والتشهي وما تقتضيه طبائع الناس وميولاتهم، فهي لا تثبت إلا بدليل يدل عليها من نصوص الشرع.

الثاني: أنها استثناء من الأصل لوجود مانع وهو العذر؛ ومن ثم فإنه لا يُعدل عن الحكم الأصلي "العزيمة" إلى الحكم المستثنى «الرخصة» ما لم يتحقق العذر في المكلف.

الثالث: أن الرخصة ليست من الأحكام الأصلية التي تدوم، بل هي أحكام وضعها الشارع، للتخفيف عن المكلفين ورفع الحرج، تمنع استمرار الإلزام في الحكم الأصلي لعذر اقتضى ذلك.

واعتبار هذا المسلك ليس من باب القياس على الرخص، وهو الأمر المختلف عليه بين محققي علماء الأصول والنظار، ولكن يستند على هذا المسلك من أوجه:

أ- نهي النبي الأكرم صلى الله عليه وسلم من أكل ثوما عن حضور صلاة الجماعة في المسجد، وذلك في حديث عبد الله بن عمر قال: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ فِي غَزْوَةِ خَيْبَرَ: (مَنْ أَكَلَ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ - يَعْنِي الثُّومَ - فَلَا يَقْرَبَنَّ مَسْجِدَنَا)⁽²⁾، وذلك أن الرائحة المُنْتِنَةَ تَحْرِقُ الْخَيْاشِيمَ وَتَصِلُ إِلَى الْمِعَى وَتُؤْذِي الْإِنْسَانَ⁽³⁾.

والاستدلال بهذا الدليل من ناحيتين:

الأولى: أن العلماء متفقون على قياس غير الثوم عليه بجماع إلحاق الإذابة جاء في الذخيرة: (وَكَذَلِكَ الْبَصَلُ وَالْكَرَّاتُ إِنْ كَانَ يُؤْذِي مِثْلَهُ قِيَاسًا عَلَيْهِ)⁽⁴⁾.

(1) الموافقات، للشاطبي، 466/1.

(2) البخاري، كتاب الأذان، باب ما جاء في الثوم الني والبصل والكرات، برقم: 853، ومسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوما أو بصلا أو كراتا أو نحوها، برقم: 561.

(3) التاج والإكليل، للمواق، 134/7.

(4) الذخيرة، القرافي، 259/13.

وفي هذا القياس حرمة إبداء المصلين وتنغيص صلاتهم بكل الوسائل الأخرى، ففيه القياس المساوي كروائح الثياب، وفيه الأولى كالعدوى بمرض، فإذا كان هذا وارد في خبث الرائحة ففي العدوى المرضية أولى، ثم إن ما ورد في الحديث ضرر محدود، سرعان ما يزول بالفراغ من الصلاة، فما بالنابوءاء يسهل انتشاره، ويتسبب في حدوث كارثة قد تخرج عن حد السيطرة عليها.

الثانية: أن تضرر المصلين به متوقع، والضرر المتوقع ينزل منزلة المتحقق، وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم وجود رائحة الثوم من أكلها مانعاً من قربان المسجد وشهود الجماعة، إلى أن تزول العلة المانعة، وهي وجود الرائحة -، فإذا زالت جاز له أن يحضر المسجد⁽¹⁾.

والحاصل أن النبي صلى الله عليه وسلم أسقط حَقَّه مِنَ الْمَسْجِدِ لما علم منه من الرائحة، وفي هذا دليل على أن من علم منه أمر العدوى أخرج من المسجد لتحقق الضرر، وإذا لم يعلم من أحد العدوى أغلق المسجد لتعلق الضرر حينذاك بعموم الناس واستحالة معرفة المعدي.

ب- إباحة التخلف عن صلاة الجماعة لأعذار المرض والمطر وهي أقل بكثير من خطر انتشار عدوى كورونا، ذلكم أنه في ضوء ما أسفرت عنه التقارير الصحية المتتابعة من سرعة انتشار (فيروس كورونا- كوفيد 19) وتحوله إلى وباء عالمي، ومع تواتر المعلومات الطبية من أن الخطر الحقيقي للفيروس هو في سهولة وسرعة انتشاره، وأن المصاب به قد لا تظهر عليه أعراضه، ولا يعلم أنه مصاب به، وهو بذلك ينشر العدوى في كل مكان ينتقل إليه.

ومما يستدل به في هذا المقام ما رواه إمامنا مالك في الموطأ عَبْدُ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بن حزم عن بن أَبِي مُلَيْكَةَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مَرَّ بِامْرَأَةٍ مَجْدُومَةٍ وَهِيَ تَطُوفُ بِالْبَيْتِ فَقَالَ لَهَا: ((يَا أُمَّةَ اللَّهِ لَا تُؤْذِي النَّاسَ لَوْ جَلَسْتَ فِي بَيْتِكَ فَجَلَسْتَ...))⁽²⁾.

قال أبو عمر: وفي هذا الحديث من الفقه الحكم بأن يحال بين المجذومين وبين اختلاطهم بالناس لما في ذلك من الأذى لهم، وأذى المؤمن والجار لا يحل، وإذا كان أكل الثوم يؤمر بالاجتناب المسجد، وكان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ربما أخرج إلى البقيع، فما ظنك بالجدام، وهو عند بعض الناس يعدي، وعند جميعهم يؤذي⁽³⁾.

وقد جاء في جواب ابن رشد عن إمامة المجذوم إذا كان يؤذي الناس بمخالطتهم أنه يتأخر عن ذلك فإن أبي ذلك رفع أمره إلى الإمام ليقضي عليه بالتأخر، قال: وإمامة المجذوم جائزة، لا اختلاف في ذلك بين أحد من أهل العلم؛ لأن العيوب التي تقدر في صحة الإمامة، إنما هي في الأديان لا في الأبدان، إلا أنه إذا تفاحش جذامه، وقبحت منظرته، وعلم من جيرانه أنهم يكرهون إمامته لتأذيتهم بها في مخالطته لهم، بشق صفوفهم، في الدخول إلى الخراب والخروج عنه، فينبغي له أن يتأخر عن الإمامة بهم. فان أبي من ذلك ورافعوه إلى الإمام، قضى عليه بالتأخر عن إمامتهم، إذا تبين له ما ذكره من تأذيتهم به؛ لأن المنع من إيذاء المسلمين واجب وقد قال رسول الله، صلى الله عليه وسلم، في

(1) التمهيد، ابن عبد البر، 423/6.

(2) الموطأ، كتاب الحج، باب جامع الحج، برقم: 1603.

(3) الاستذكار، ابن عبد البر، 407/4.

حلول الممرض على المصح: " أنه أذى " وقال صلى الله عليه وسلم: " من أكل من هذه الشجرة، فلا يقرب مساجدنا، يؤذينا بريح الثوم " وهو أخف أذى⁽¹⁾.

ومما يقوي ما قررناه ما روي في الصحيحين: «أن عبد الله بن عباس قال لِمُؤَدِّبِهِ فِي يَوْمٍ مَطِيرٍ: إِذَا قُلْتَ أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، فَلَا تَقُلْ حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ، قُلْ: «صَلُّوا فِي بُيُوتِكُمْ»، فَكَانَ النَّاسَ اسْتَنْكَرُوا، قَالَ: فَعَلَهُ مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنِّي، إِنَّ الْجُمُعَةَ عَزْمَةٌ وَإِنِّي كَرِهْتُ أَنْ أُحْرَجَكُمْ فَتَمَشُونَ فِي الطَّيْنِ وَالذَّحْضِ»⁽²⁾، حيث دل الحديث على الأمر بترك الجماعات تفاديا للمشقة الحاصلة بسبب المطر، ولا شك أن خطر الفيروس أعظم من مشقة الذهاب للصلاة مع المطر، فالترخص بترك صلاة الجمعة في المساجد عند حلول الوباء، ووقوعه أمر شرعي ومسلم به عقلا وفقها، والبدليل الشرعي عنها أربع ركعات ظهرا في البيوت، أو في أي مكان غير مزدحم.

ولقد انتهى الفقهاء إلى أن الخوف على النفس أو المال أو الأهل أعذار تبيح ترك الجمعة أو الجماعة؛ لما رواه أبو داود عن ابن عباس من قول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ سَمِعَ الْمُنَادِيَ فَلَمْ يَمْنَعْهُ مِنْ اتِّبَاعِهِ، عُدْرًا، قَالُوا: وَمَا الْعُدْرَةُ؟ قَالَ: «خَوْفٌ أَوْ مَرَضٌ، لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ الصَّلَاةُ الَّتِي صَلَّى». قال في بذل المجهود: (خوف) أي هو خوف على نفسه أو عرضه أو ماله، ومن الأعذار: المطر، والبرد الشديد، وحضور الطعام، ومدافعة الأخبثين⁽³⁾، فمن باب أولي إذا غلب الظن بوقوع الضرر ونشر المرض.

ت- إيراد القاعدة الكبرى (المشقة تجلب التيسير)، وما تفرع عنها مما قعده العلماء، ككون المشقة سبب الرخصة، وأن الأمر إذا ضاق اتسع، تمثلا بالقرآن الكريم الذي جاء فيه: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) [البقرة:285].

وإذا كان الفقهاء قد انفقت كلمتهم على أنه لا واجب مع العجز، فلأن يكون الأمر المندوب إليه من باب أولى.

2- فقه اعتبار المآلات:

اعتبار المآل هو أحد العمليات الشرعية التي تشهد على أن الشريعة لا تراعي فقط ما كان من الأحكام، ولكنها تراعي أيضا نتائج التصرفات، ذلكم أن هذه العملية تستهدف تحقيق متطلبات الاجتهاد الصحيح، وكفالة المصالح المشروعة من الاحكام والتكاليف، ورفع الحرج عن الخلق بدفع المفسد عنهم؛ كما أنها ترمي إلى استكنانه مسالك الاجتهاد التطبيقي وتأصيل ضوابطه⁽⁴⁾.

واعتماد المآل على وفق هذا هو: تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعية الذي يكون عليه عند تنزيله؛ من حيث حصول مقصده، والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء⁽⁵⁾.

(1) البخاري، كتاب الجمعة، باب من أين تؤتى الجمعة، وعلى من تجب، برقم: 901، ومسلم، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب الصلاة في الرحال في المطر، برقم: 966.

(2) مسائل أبي الوليد ابن رشد، 792/2.

(3) بذل المجهود في حل سنن أبي داود، السهارةنفوري، 385/8.

(4) اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، عبد الرحمن السنوسي، ص: 10.

(5) اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، عبد الرحمن السنوسي، ص: 19.

وإذا كان المالك المحقق والمتيقن أمر متفق عليه تشهد له نصوص الوحيين، فإنه قد علم من قواعد الشريعة اعتبارها للمالك غالب التحقق أيضاً، وهو ما كانت الوسائل المؤدية إليه يغلب على الظن إفضاؤها إلى المالك الممنوع والمفسدة المحرمة.

وبذلك يلحق هذا النوع في الحكم بقطعي التحقق، وترتب عليه أحكامه؛ وذلك لأمرين :

أحدهما : أن الظن في أبواب العمليات جار مجرى العلم.

وثانيهما : أن المنصوص عليه من سد الذرائع المفضية إلى المآلات الممنوعة داخل في هذا القسم كقوله تعالى: (وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدْوًا يَغْيِرُ عِلْمًا) [الأنعام : 108] ⁽¹⁾.

وهذا القسم معتبر بإطلاق عند السادة المالكية، وبناءً عليه منعوا بيع السلاح في الفتنة، وبيع العصير من الخمار، وغيرها من المسائل؛ لأن الظن في باب جلب النفع ودفع الضرر قائم مقام العلم، فلا يحتاج معه إلى اليقين.

وعلى هذا فإن نازلة إيقاف الجماعات والجمع بالمسجد يستدل لها بهذه القاعد أيضاً، فقد شهد أهل الاختصاص الذين أحالتنا عليهم الشريعة، وهم الهيئات الصحية والجهات المعنية من علماء الأوبئة وخبراء الفيروسات والأطباء، حيث تواترت المعلومات عنهم التي تفيد أن الخطر الحقيقي للفيروس في سهولة وسرعة انتشاره، حيث إن المصاب به قد لا تظهر عليه أعراض المرض، ولا يعلم أنه مصاب، وهو بذلك ينقل العدوى في كل مكان ينتقل إليه، لذلك ركزت هذه الهيئات على إيصائها بضرورة تجنب التجمعات والتكتلات البشرية.

ومن ثم فإنه لا أحد يمكنه أن يتحمل وزر أرواح أو مرضى أو انتشار العدوى في المجتمع وخروج الأمر عن السيطرة، وهلاك كثير من الناس، وحصول كارثة بشرية من جراء حماس عاطفي، وإلقاء الفتاوى دون معرفة مآلاتها واستتبعاتها على الواقع، مما يشكل استهتارا بالدين والدنيا معا.

3- فقه غلق الذرائع :

وهذا الأصل مشهود له بالصحة في الشريعة ونصوصها، ومعناه أن الوسيلة الموضوعية في الأصل للإفضاء إلى أمر جائز أو مستحب وصارت تؤدي إلى مفسدة أكبر من المصلحة المرجوة منها، بقصد أو بغير قصد فإنها تسد وتعلق.

فالمعلوم أن من سد الذرائع اعتبر المقاصد، وكلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة، لذلك فإن كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة كما قال الشاطبي، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل. أما أن العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح، ودرء المفسدات، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة، ولا درء مفسدة ⁽²⁾، وقال في موضع آخر: الذرائع قد ثبت سدّها في خصوصيات كثيرة بحيث أعطت في الشريعة معنى السدّ مطلقاً عاماً ⁽³⁾.

(1) الموافقات، الشاطبي، 75/3.

(2) الموافقات، الشاطبي، 28-27/3.

(3) الموافقات، الشاطبي، 67/4.

والجماعة أمر ندب إليه الشارع وجعله وسيلة لتحقيق غايات كبرى منها؛ أنها تضيء على القلب الطمأنينة فتغشى الناس السكينة وتنزل عليهم الرحمة ويشعرون بالراحة والهدوء، وشرعت أيضا لاجتلاب مقاصد عظيمة على رأسها تحقيق حفظ التماسك الاجتماعي ووحدته، وكل ذلك لا يتحقق ووجود الوباء سريع الانتشار، وفق ما أكدته الدراسات العلمية الجادة للمختصين في هذا المجال، فلا الطمأنينة ستتحقق في ظل الخوف الذي سيعيشه المصلون، ولا التماسك الاجتماعي سيظهر مع الفرع الذي يعترهم.

فنحن الآن أمام تكليف شرعي نبتغيه في الشريعة يناقض غير ما شرعت له، على اعتبار أن الحكم الشرعي لا بد أن يراعي نتائج تطبيقه، ومعرفة النتائج تكون بمشاورة أهل الخبرة والاختصاص، على أنه بحسب عظم المفسدة يكون الاتساع والتشدد في سد ذريعتها، وفي ذلك أجاز الفقهاء غلق المساجد خشية إلحاق الضرر بجدرانها، وَقَدْ سُئِلَ ابْنُ عَرَفَةَ فِي دَرَسِ التَّفْسِيرِ عَنْ هَذَا فَقَالَ: غَلَقُ بَابِ الْمَسْجِدِ فِي غَيْرِ أَوْقَاتِ الصَّلَاةِ حِفْظٌ وَصِيَانَةٌ أَهْـ وَكَذَلِكَ مَنَعُ غَيْرِ الْمُتَأَهِّلِ لِذُخُولِهِ وَقَدْ مَنَعَ رَسُولُ اللَّهِ الْمُشْرِكِينَ الطَّوَافَ وَالْحَجَّ وَمَنَعَ مَالِكُ الْكَافِرَ مِنْ دُخُولِ الْمَسْجِدِ وَمَعْلُومٌ مَنَعُ الْجَنْبِ وَالْحَائِضِ (1).

4- فقه الترجيح المقاصدي :

وهو ما يعبر عنه بفقه الموازنات، ذلكم أن إجراء غلق المساجد وإيقاف الجماعات والجمع بها في ظل فيروس كورونا، مؤسس على كلية عظيمة في الإسلام وهي حفظ النفس لأنها تنطوي تحت مقاصد شرعية كبرى. ذلكم أن روح الإنسان في الشرع الحنيف أعظم شأنًا من الجدران والبنيان، وحفظ العمار مقدم على حفظ العمران، ففي الحديث الشريف عن ابن عمر قال: رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَطُوفُ بِالْكَعْبَةِ، وَيَقُولُ: (مَا أَطْيَبَ رِيحِكِ، مَا أَعْظَمَكَ وَأَعْظَمَ حُرْمَتَكَ، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ، لِحُرْمَةِ الْمُؤْمِنِ أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ حُرْمَةً مِنْكَ، مَالِهِ، وَدَمِهِ، وَأَنْ نَظُنَّ بِهِ إِلَّا خَيْرًا) (2).

ووجه ذلك أنه إذا تساوت المصالح في الحكم والرتبة قدم أعظمها نوعا، ولا شك أن مصلحة النفس أقوى من مصلحة الدين؛ لأن ما يفضي إلى حفظ مقصود النفس أولى وأرجح؛ وذلك لأن مقصود الدين حق الله تعالى، ومقصود غيره حق للآدمي، وحق الآدمي مرجح على حقوق الله تعالى؛ لأنه مبني على الشح والمضايقة، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة، ولهذا رجحنا حقوق الآدمي على حق الله تعالى، بدليل أنه لو ازدحم حق الله تعالى وحق الآدمي في محل واحد، وضاق عن استيفائهما بأن يكون قد كفر وقتل عمداً عدواناً، فإننا نقتله قصاصاً لا بكفره، ومن ثم رجحت مصلحة النفس على مصلحة الدين، حيث خفف عن المسافر بإسقاط الركعتين، وأداء الصوم، وعن المريض بترك الصلاة قائماً وترك أداء الصوم، وقدمت مصلحة النفس على مصلحة الصلاة في صورة إنحاء الغريق.

وهذا القدر يكاد يحصل الاتفاق عليه بين الفقهاء، وفي حديث الأعرابي الذي بال في المسجد إمام لهذا، فعن أبي هريرة قال: دخل أعرابي المسجد، والنبي صلى الله عليه وسلم جالس، فصلّى، فلما فرغ قال: اللهم ارحمني ومحمداً، ولأترحم معنا أحداً، فالتفت إليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال: لقد تحجرت واسعاً، فلم يلبث أن بال في

(1) التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، 680/1.

(2) ابن ماجه، كتاب الفتن، باب حرمة دم المؤمن وماله، برقم: 3932.

المسجد، فأسرع إليه الناس، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أَهْرَيْقُوا عَلَيْهِ سَجْلًا مِنْ مَاءٍ، أَوْ دَلْوًا مِنْ مَاءٍ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّمَا بُعِثْتُمْ مُيسِّرِينَ وَلَمْ تُبْعَثُوا مُعَسِّرِينَ⁽¹⁾.

ففي الحديث دفع أعظم المفسدين بإحتمال أيسرهما، وتخصيل أعظم المصلحتين بترك أيسرهما، فإن البول فيه مفسدة، وقطعه على البائل مفسدة أعظم منها، فدفع أعظمها بأيسر المفسدين، وتنزيه المسجد عنه مصلحة وترك البائل إلى الفراغ مصلحة أعظم منها، فحصل أعظم المصلحتين بترك أيسرهما⁽²⁾.

ويستدل لذلك أيضا في هذا المسلك، بأن الثواب في ترك المنهي عنه أكثر منه في إتيان المأمور به، إذ إن الأصل المقرر شرعا ألا تزاحم بين المأمورات والمنهيات، بيد أن ثمة أحوالا لا يكون في وسع المكلف إلا فعل أحد الأمرين؛ إما أن يأتي بالواجب المأمور به فيقع في منهي عنه، وإما أن لا يقع في المنهي عنه لكن مع تركه لمأمور به، والذي تقرره فقها أن المسامحة في ترك المأمور به أهون من المسامحة في فعل المنهي عنه؛ وعليه فإن المأمور به فتح المساجد لإقامة الجمع والجماعة، والمنهي عنه إتيانها.

المبحث الثاني: مثار غلط من خالف حكم تعليق الصلاة في المساجد:

لقد أعطى كثير من الناس الحق لأنفسهم بإصدار الفتاوى التي تسوغ إبقاء المساجد على ما كانت عليه، وارتفعت الأصوات المعلنة بضرورة استثناء المساجد من قرارات الإغلاق، وأخذ الناس في الكلام في ذلك بحق وباطل، وبحسن نية وبفساد طوية، وجنح كثير منهم إلى التجريح والظعن بحق المخالف المجتهد والتراشق بالتهم، وبالغ بعضهم فأطلق التكفير في حق من أمر بإغلاق المساجد، وانساقوا وراء الانشغال بنظرية المؤامرة ومحاربة الدين، مستدلين في كل ذلك بقوله تعالى: (وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذَكَّرَ فِيهَا اسْمُهُ) [البقرة: 114]، وعملوا على استغلال الآية استغلالا بشعا، حدث معه تباين في انطباعات الناس بين مؤيد ومعارض.

وأيا ما يكون الأمر فإنني ملزم بتبيين مثار غلط من خالف حكم تعليق الصلاة بالمساجد، تظهر بجلاء خلل ما جنحوا إليه وضعف ما استندوا عليه؛ أولها: الجهة المخولة بأمر إيقاف الجمع والجماعات بالمساجد، وثانيها: مسائل الخلاف حكم الحاكم فيها يرفع الاجتهاد، وثالثها: فساد قياس المساجد على سائر المرافق.

1- الجهة المخولة بأمر الإيقاف:

لا شك في أن قرار إيقاف الجمع والجماعات بالمساجد مما يتعلق بعموم المواطنين وجمهور الناس، وما كان كذلك فإن مرجع الأمر فيه والنهي إلى الحاكم، فهو ولي أمر المسلمين، وقد صرح القرآن الكريم بذلك في قول الله تعالى: (وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعَوْا بِهِ وَكَوَّ رُدُّهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ) [النساء: 33]، فيؤخذ منها أن ما تعلق بأمر الناس من الأمن والخوف مرده إلى أولي الأمر، وهم أهل العلم وأهل الحكم، مما يجعل المجتمع أكثر تماسكا، وبعيدا عن التشويش والتشغيب بكثرة الأقوال والإيرادات.

(1) الترمذي، كتاب الطهارة، باب ما جاء في البول يصيب الأرض، برقم: 147.

(2) عمدة القاري، البدر العيني، 127/3.

وعليه فإن جهة الاختصاص حينما قررت إجراءات الحجر الصحي، وما تبع ذلك من قرار إغلاق المساجد وإيقاف الجمع والجماعات بها مع استمرار رفع الأذان لزم الجميع التقيد بهذه التعليمات والتوجيهات، وصارت في حقهم واجبة الاتباع فوراً.

ثم إن كانت إقامة الشعائر الدينية والمصالح الحيوية أمراً مطلوباً شرعاً من حيث المبدأ، وهو حق لأصحابه ومقوم لوجودهم ومعاشهم، بيد أنه مع ذلك فهو أمر يُقَدَّرُ بقدره، وتجري فيه قواعد الدين ومقتضيات الواقع ومصالح الناس، وتَرَدُّ عليه من الاستثناءات الضرورية ما يؤجله أو يخففه، وليس ذلك لأحد إلا أهل العلم والحكم.

فلا غرو إذن أن يقتضي النظر الصحيح احترام جهات الفتوى المعتمدة، وتقدير اجتهاداتها وأنظارها في هذه الفتوى التي تتعلق بنازلة من أعظم النوازل وأشدها تعقيداً في الوقت الحاضر، أما ما عدا ذلك فإنها تبقى وجهات نظر مختلفة وآراء متنوعة قد تكون لها وجهتها لكن ليست لها قوة الإلزام الجماعي.

2- مسائل الخلاف حكم الحاكم فيها يرفع الاجتهاد:

لا شك أن ما ذكرته آنفاً يدل على أن هذه النازلة من مسائل الخلاف التي اختلفت حولها أنظار الفقهاء، وما اختلف فيه انعقد قول الفقهاء على أن حكم الحاكم فيه يرفع الخلاف، وأكدوا ذلك بضابطهم المشتهر: (حكم الحاكم في المجتهد فيه يرفع الخلاف).

وعليه فإن حكم الحاكم بمختلف فيه بين العلماء ماضٍ غير مردود؛ لأنه يصير عملياً كالجمع عليه، قال القرافي: أعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء⁽¹⁾.

والمقصود هنا هو الحكم في واقعة معينة، يقع الحكم عليها ولا يتعداها فيما يشبهها، حتى لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده لم ينقض الأول، وإن كان الثاني أقوى، غير أنه في واقعة جديدة لا يحكم إلا بالثاني بخلاف ما لو تيقن الخطأ⁽²⁾.

ولا شك أن هذه المسألة - كما هو معلوم - ليست من المسائل الأربع التي لا يستقر فيها حكم الحاكم وينقض، وهي: إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس⁽³⁾، وقد نظمها بعضهم، فقال⁽⁴⁾:

إذا قضى حاكم يوماً بأربعة *** فالحكم منتقض من بعد إبرام

خلاف نص وإجماع وقاعدة *** ثم قياس جلي بدون إبهام

وليست أيضاً مما قعده السادة المالكية بقولهم: "حكم الحاكم لا يدخل العبادات استقلالاً بل تبعاً"⁽⁵⁾، فليس هذا من الحكم على العبادات باللزوم وعدمه، وبالإجزاء وعدمه، وبالصححة والبطلان، وغير ذلك، إذ كله يدخل في النطاق الدياني الأخرى، وهذا ليس من شأن الحكام، ولكن شأنهم - كما في مسألتنا - ما يقع فيه التنازع والخصام

(1) الفروق، القرافي، الفرق السابع والسبعون، 103/2.

(2) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص: 102.

(3) تبصرة الحكام، ابن فرحون، 78/1.

(4) إيضاح المسالك، الونشريسي، ص: 67.

(5) منح الجليل، عليش، 427/1.

والاشتجار، فيكون تدخلهم فيه إنما هو بالقصد الأول لمنع الفتنة وفض النزاع أو تلافيه، ولذلك نجدهم يرفعون الخلاف الحاصل في ثبوت الهلال وما يترتب على ذلك من فطر وصيام وأعياد، وتحديد أوقات الصلوات، وكل ذلك من التبعيدات.

3- قياس المساجد على سائر المرافق :

إن مما اتكأ عليه من قال بمنع غلق المساجد وإيقاف الجماعات والجمع، قياسها على سائر المرافق العمومية وغير العمومية، والنشاطات التجارية والأسواق وحركة النقل وغير ذلك، بجامع حصول الاتصال والتماس بين المواطنين.

ولا نشط إن قلنا إن هذا القياس فيه تعسف ظاهر؛ وأصل الخلل فيه مبني على وجود أوجه افتراق جوهرية، يمكن إجمالها في الآتي :

الوجه الأول : من حيث النظر الشرعي :

ذلكم أن المساجد بيوت الله وفيها حقوقه، وحقوق الله قائمة على المساحة، ومن ثم فإن حقوق الله تعالى إذا جمعت مع حقوق العباد في محلٍّ قدمت حقوق العباد على حقوق الله تعالى؛ لما علم من أن حقوق الله تعالى مبناها على المساحة، فلا يلزم للتوبة من التفريط فيها ما يلزم في حقوق العباد؛ لأنه تعالى غني عن العالمين، فلا يتضرر بفوات حقوق هو لا ينتفع بحصولها. أما حق الآدمي فمبناه على التضييق لأنه ينتفع بحصوله ويتضرر بفواته، ولا يخفى أن حقوق العباد كلها فيها حق لله تعالى لأنه تعالى هو الذي أمر بالحفاظ عليها وأدائها، فلوقدم حق الشرع بطلت حقوق العباد.

الوجه الثاني : من حيث الطبيعة :

المساجد والمصليات أماكن مغلقة تتعذر معها عملية الحماية الكاملة، ومنها ما لا يتوفر على التهوية المناسبة، وهي مظنة بقاء الفيروسات على أسطح وأرضيات وسجاد المسجد مدة طويلة يتحقق معها نقل العدوى، ولا يتوقف عند المصلين بل قد تؤدي إصابتهم إلى انتقال الفيروس لعائلاتهم وللمجتمع.

الوجه الثالث : من حيث الأدوار :

المساجد تؤدي دوراً روحياً دينياً لا تهلك الأنفس من دونه، بينما المرافق الأخرى كالأسواق تؤدي دوراً حيوياً دينياً من شأنه أن تهلك الأنفس من دونه، ثم إن إقامة الجماعة في البيوت من غير حاجة للخروج إلى المساجد ممكنة، ولكن تأمين الطعام والماء غير ممكن بغير الخروج.

لأجل ذلك فإن بعض المرافق الأخرى التي لا تؤدي دوراً مهماً في حياة الناس لا زالت مغلقة مثل الملاعب وأماكن الأنشطة الرياضية.

الوجه الرابع : من حيث التباعد :

فالصلاة بالمساجد مع وجود التراص مَظَنَّة حصول التماس الطويل، عن طريق المكث القريب، وكذا الجلوس أثناء انتظار الصلاة بالقرب من أشخاص كثر لفترة زمنية تربو عن 10 دقائق، وأيضا لا نغفل التناوب على أماكن السجود بين النافلة والفريضة وبين الفريضة والفريضة.

وهذا ما يتحقق في المساجد، وأيضا في المدارس والجامعات، وهو ما يختلف عن التجمعات الأخرى كالأسواق وأماكن التبضع.

الوجه الخامس : من حيث صعوبة الالتزام بالإجراءات الوقائية :

في المساجد يصعب ضمان التزام المصلين بالإجراءات الوقائية الضرورية، من لبس الكمادات والقفازات والتعقيم، وهذه الصعوبة تجد مسوغها في وجود صلوات خمس في اليوم واللييلة، ناهيك عن صعوبة تعقيم سجاد المسجد بعد كل صلاة.

خاتمة :

وقد شارفت على الانتهاء من هذا البحث، وجب عليّ ألا أغفل التأكيد على أنه ليس من باب الردود والتعقيبات العلمية، وليس الغرض منه مقارعة الحجة بالحجة، ولكنه دراسة لقضية من القضايا الحادثة ونازلة مستجلة، استفرغت وسعي في تبيان ما ظهر لي في حكمها الشرعي، والمسالك الشرعية الممكن اعتمادها في التدليل عليه، دون إغفال اتساع الأصول الشرعية النازمة لكثير من القضايا المستجلة والنوازل المعاصرة، وقدرة الفقه الإسلامي على إيجاد الحلول لها.

وفي الجملة فإن بحوث النوازل المعاصرة من شأنها أن تكون معوانا على رصد حركة الاجتهاد الفقهي، وأداة جديدة بالاهتمام لعملية التوثيق التاريخي لاجتهاد الفقهاء.

• لائحة المصادر والمراجع :

- الاستذكار، أبو عمر ابن عبد البر القرطبي (ت 463هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ - 2000م.
- الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي (ت 911هـ)، نشر دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ - 1990م.
- اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، عبد الرحمن السنوسي، نشر دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1424هـ.
- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، أحمد بن يحيى الونشريسي (ت 914هـ)، تحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، نشر دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1427هـ - 2006م.
- التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله المواق المالكي (ت 897هـ)، نشر دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن ابن فرحون (ت 799هـ)، نشر مكتبة الكليات الأزهرية

- تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، محمد الطاهر بن عاشور (ت 1393هـ)، نشر الدار التونسية للنشر، تونس، ط1، 1984م.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد (ت 463هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، 1387 هـ.
- الذخيرة، شهاب الدين القرافي (ت 684هـ) الجزء 13، تحقيق: محمد حجي، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
- بذل الجهود في حل سنن أبي داود، خليل أحمد السهارنفوري (ت 1346 هـ)، تحقيق تقي الدين الندوي، نشر مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية، الهند، ط1، 1427 هـ - 2006 م.
- ط1، 1406هـ - 1986م.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين العيني (ت 855هـ)، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط.ت).
- فتاوى العلماء حول فيروس كورونا، مسعود صبري، نشر دار البشير، ط1، 1441هـ/2020م.
- الفروق، شهاب الدين القرافي (ت 684هـ)، نشر عالم الكتب، (د.ط.ت).
- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا (ت 1420هـ)، نشر دار القلم، دمشق، ط2، 1425 هـ - 2004م.
- مسائل أبي الوليد ابن رشد، أبو الوليد ابن رشد القرطبي (الجد) (ت 520هـ)، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، نشر دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط2، 1414 هـ - 1993 م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد أبو عبد الله عيش المالكي (ت 1299هـ)، نشر دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م.
- الموافقات، إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت 790هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، نشر دار ابن عفان، ط1، 1417هـ/1997م.

التنمية المستدامة : طبيعتها القانونية في ظل القانون الدولي البيئي



د. نبهان سالم مرزق أبو جاموس

دكتوراه تخصص / القانون الدولي العام

مكان العمل / الأكاديمية العربية في الدنمارك

Email : nabhan20091@hotmail.com

الملخص :

إن البعد الدولي للتنمية المستدامة لا يمكن تجاهله لأنه يمس جميع الدول، لذا عقدت المؤتمرات والندوات من أجل تكريس التنمية المستدامة دولياً ومحلياً، لقد تناولت الدراسة بالبحث والتحليل الطبيعة القانونية للتنمية المستدامة في ظل القانون الدولي البيئي من خلال تسليط الضوء على ماهية المبدأ القانوني والتنمية المستدامة، والتكريس القانوني لمبدأ التنمية المستدامة وانعكاساتها القانونية وبناء على ذلك قسمت الدراسة إلى مبحثين مفهوم التنمية المستدامة والمبدأ القانوني و انعكاسه القانوني وقد خلصت في النهاية بخاتمة بأهم النتائج والتوصيات.

الكلمات الافتتاحية :

التنمية المستدامة - البيئة - المبدأ القانوني - القانون الدولي البيئي.

Summary :

The international dimension of sustainable development cannot be ignored because it affects all countries, so conferences and seminars were held in order to dedicate sustainable

development internationally and locally. The study examined and analyzed the legal nature of sustainable development under international environmental law by highlighting what is the legal principle and sustainable development, The legal devotion to the principle of sustainable development and its legal repercussions. Accordingly, the study was divided into two topics: the concept of sustainable development, the legal principle and its legal reflection. It was finally concluded with the conclusion of the most important results and recommendations.

Opening words :

Sustainable development - environment - legal principle - international environmental law.

المقدمة :

ظهر مفهوم التنمية المستدامة في العديد من الاتفاقيات الملزمة والإعلانات غير الملزمة من الناحية القانونية، وتبنته مختلف القوانين البيئية في العالم، وإن اختلفت المكانة التي حظيت بها في الأنظمة القانونية، وغير أن ذلك لم يساهم في الكشف عن طبيعتها القانونية التي هي محل نقاش لدى فقهاء القانون الدولي.

وكما لم تتوقف الإشارة إلى التنمية المستدامة على أحكام الاتفاقيات الدولية، بل جاءت العديد من الاتفاقيات الإقليمية متضمنة لمفهوم التنمية المستدامة وفق مقاربات مختلفة تتخذ تارة طابع هدف أو مبدأ وثارة أخرى تعتبر بمثابة أساس توجيهي لسياسات الدول في مجال حماية البيئة، وفي هذا السياق أقرت أحكام بعض الاتفاقيات صراحة ورغبة في تحقيق تنمية مستدامة، بموجب إلزامها بتكييف طرق الانتاج وأنماط الاستهلاك وعقلنة النمو الاقتصادي ومقتضيات المحافظة على المواد الطبيعية غير المتجددة.

• هدف الدراسة :

الوقوف على الطبيعة القانونية للتنمية المستدامة من خلال الاتفاقيات الدولية لحماية التنمية من التهديدات الكبرى والمحافظة على عدم اختلال التوازن الطبيعي.

• مشكلة الدراسة :

تتمثل المشكلة الأساسية في مدى القيمة القانونية للتنمية المستدامة باعتبارها مبدأ قانوني؟

تتفرع عنها إشكاليات فرعية منها :

- هل مفهوم التنمية المستدامة ترقى لدرجة مبدأ قانوني ملزم في ظل غياب الصيغة الأمر وقوة الإكراه لتنفيذ المبدأ وإقرار جزاء لمخالفته؟

- هل في ظل إنكار القيمة المعيارية وقوتها الالزامية يمنعها من شغل حيزاً هاماً في المجال القانوني ورسم مسارة باتجاه الاعتراف به قانوناً كضرورة اجتماعية تفرض وضع حدود للتطور الاقتصادي والتكنولوجي؟

• منهج الدراسة :

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي في قراءة أحكام القوانين البيئية على المستوى الدولي بغية استخلاص القيمة القانونية للتنمية المستدامة باعتبارها مبدأ قانوني التي في ضوئها يتم صياغة القوانين الحالية التي تعني بحماية البيئة من أجل تحقيق التنمية المستدامة.

• خطة الدراسة :

فمن أجل دراسة هذا الموضوع فإنني أقسم هذه الدراسة إلى مبحثين النحو التالي :

المبحث الأول : مفهوم المبدأ القانوني والتنمية المستدامة.

المبحث الثاني : التكريس القانوني لمبدأ التنمية المستدامة وانعكاساته القانونية.

و ثم ينتهي البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج.

المبحث الأول : مفهوم المبدأ القانوني والتنمية المستدامة :

إن إدراج مفهوم التنمية المستدامة ضمن قوانين البيئة يحمل في طياته صعوبتين شائكتين تحولان دون تحديد قيمته ومحتواه¹ لأنه امتداد لتطور اجتماعي واقتصادي عميق بالرغم من إدراجه ضمن نصوص قانونية مختلفة ونتج عنه عدم اكتسابه القيمة المعيارية ، بما أن مفهوم التنمية المستدامة تبدو كهدف تسعى السياسات البيئية لتحقيقه أكثر منه مبدأ قانوني من جهة، ومن جهة أخرى يحاول اكتساب قيمة معيارية من خلال الإحالة إليه ضمن أحكام النظم القانونية المختلفة.²

ولكن مع مرور الوقت اكتسب مفهوم التنمية المستدامة قيمة لا مثيل لها ونفذ إلى العديد من المجالات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بمعنى أن مفهوم التنمية المستدامة مفتقر للمحتوى القانوني وهذا لا يعني عدم اكتسابه مشروعية متزايدة³، من خلال الإحالة للمعايير القانونية لذلك سنتطرق لمفهوم المبدأ القانوني مطلب أول وقيمة مفهوم التنمية المستدامة مطلب ثاني.

¹ بونيف محمد البدر، الأسس القانونية للتنمية المستدامة، ماجستير، جامعة الدكتور مولاي الطاهر لولاية سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية- تخصص النظام القانوني لحماية البيئة، 2015-2016، ص18.

² علال عبد اللطيف، تأثير الحماية القانونية للبيئة الجزائرية بالتنمية المستدامة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر- كلية الحقوق، 2010-2011م، ص29.

³ بونيف محمد البدر، الأسس القانونية للتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص18.

المطلب الأول : مفهوم المبدأ القانوني :

إنَّ المبدأ عبارة عن مجال أولي مداه واسعاً وشاملاً هو اقتراح أولى حول ما هو كائن وماذا يجب أن يكون، بمعنى هو القاعدة الأولية لكل تفسير أو قانون أو معيار فهو مبدأ نظري وعملي.¹

أولاً: تعريف المبدأ القانوني :

فالمبدأ هو الأساس الذي تقوم عليه أفكارنا أو القاعدة التي يجب القيام بها، أو عادة هي التي ينبغي على الجميع إتباعها²، بمعنى أن المبدأ بمفهومه العام يعتبر بمثابة قاعدة قانونية عامة تمت صياغتها ضمن نص قانوني أو قاعدة عامة غير قانونية نجم عنها مجموعة من الأحكام القانونية الأخرى، فمن هذا المنطلق ليست كل المبادئ الواردة في القوانين لها طابع قانوني، وهذا بدوره يعكس محتوى مبادئ النظام القانوني والعلاقات السائدة بين الأفراد في مرحلة تاريخية معينة، أي هي مجموعة من القيم العليا التي استقر عليها المجتمع ولاقى قبولاً من جانبه، ولنظراً لتطور المجتمع باستمرار، فإن ذلك يصاحبه تغير على مستوى منظومة القيم لتتوافق مع التحولات الحاصلة.³

ويطرح تساؤل مهم عن مدى اعتبار المبادئ معايير قانونية ؟

وبناءً عليه فإن جميع الأنظمة القانونية تحتوي على مبادئ وقواعد قانونية تشترك في كونها عبارة عن معايير تشير إلى قرار خاص حول التزام قانوني، ولكنها تختلف في هيكلها، فبينما تكون القاعدة القانونية متخصصة في شروطها ونتائجها فإن المبدأ لا ينطبق عليه ذلك، فإن تحقيق شروط القاعدة القانونية يترتب عليها نتائج قانونية، بالمقابل أن المبادئ لا تنص على النتائج القانونية بل يترتب عليها تلقائياً عند توفر الشروط المنصوص عليها، وإنَّ المبادئ تصف بصفة عامة القيم فقط لا السلوك لأن السلوك أثر من آثار القيم، وهي قواعد استلهم أكثر منها قواعد التزام والمبدأ العام مجرد في حين القاعدة ملموسة.⁴

وعليه فإن المبدأ القانوني هو حقيقة أساسية قاعدة شاملة أو مذهب يقدم الأساس أو الأصل للآخرين، أو قاعدة عمل أو إجراء مستقر، أو حقيقة أو اقتراح وواضح بشكل لا يمكن إثباته أو معارضته إلا بموجب اقتراح أكثر وضوحاً⁵، فالمبادئ لها مميزات تسمح بتقييم التأسيس الجيد للقانون، وتسهل تفسير القواعد الأخرى وتعطي إمكانية سد الفراغات التشريعية، ويمكن أن يكون للمبدأ القانوني معاني مختلفة في النظام القانوني، ولهذا مهما كان النظام

1 علال عبد اللطيف، تأثير الحماية القانونية للبيئة الجزائرية بالتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص 22.

2 الموسوعة الحرة، ويكيبيديا تاريخ الاطلاع 2019/12/29 ك <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%A8%D8%AF%D8%A3>

3 علال عبد اللطيف، تأثير الحماية القانونية للبيئة الجزائرية بالتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص 22.

4 صونيا بيزات، آليات تطبيق مبدأ الحيطة والحذر في القانون الدولي البيئي، رسالة ماجستير، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 الجزائر، كلية القانون والعلوم السياسية - تخصص قانون عام، 2016-2017، ص 172.

5 المرجع سابق نفسه.

فإن المبادئ هي أفكار أساسية تبين المعنى المنطقي المتناسق وتؤثر في كل القواعد الأخرى للنظام في طريقة وضعها في التطبيق.¹

وهذا ما أكد عليه الفقيه De Chazournes أنه عبارة عن قاعدة قانونية تمت صياغتها بكلمات عامة تهدف إلى استلهاهم أي تطبيق ممكن، لديه قوة اسمي من القواعد، فإن اصطلاح المبدأ له دلالات في اللغة القانونية ناتجة عن حقيقة أن المبادئ القانونية مصدر القانون هذا يعني أنه ملزم.²

ومن خلال الدراسة آنفة الذكر للمعايير القانونية في تصنيف المبادئ والقواعد، فإن معايير التمييز بينهما ترتكز على معايير عدة أهمها معيار العمومية بموجبه تكون المبادئ أكثر عمومية في محتواها من القواعد؛ لعدم كفاية معيار العمومية في التمييز بين المبادئ والقواعد ظهر المعيار التدريجي النوعي المستند على النوعية، وطبقاً لهذا المعيار فإن المبادئ تتضمن متطلبات تحسينية للارتقاء إلى درجات مختلفة حسب الشروط القانونية والواقعية باعتبارها معايير توجب تحقيقها ضمن تصرفات معينة،³ فإن نفاذ القواعد القانونية يتوقف على وجوب تطبيقها مباشرة عند توفر الوقائع والشروط الخاصة بها؛ لإحداث أثر قانوني، بخلاف تنفيذ المبادئ فإنها لا تنفذ بطريقة آلية كما الحال بالنسبة للقواعد.

لذلك يجب معرفة وفهم الفوارق الأساسية بين المبادئ والقواعد حسب ما ذكر من آراء الفقهاء⁴، من حيث الاعتراف بالقواعد وذلك بالنظر مصدرها المباشرة في الاحكام المقررة في القانون، أما المبادئ فالاعتراف بها يرجع إلى مجموعة القيم التي تتضمنها تلك المبادئ، وفي حال التنازع يحدث أن تتعارض القواعد فيما بينها لحل الاشكال يطبق المعيار الشكلي بموجبه نستبعد إحدى القاعدتين أي إلغائها لضمان انسجامها وتطبيقها، أما في حالة المبادئ عند التنازع تحل عن طريق الموازنة بين المبادئ المتعارضة لإيجاد تصور مشترك بينهما دون إلغاء أي منهما نهائياً، وفيما يخص مجال التطبيق فإن القواعد تطبق بصورة كاملة على الوقائع والأوضاع المحددة؛ لأنها تشكل جواباً مباشرة لاستنتاج القواعد، وعلى عكس من ذلك يكون تنفيذ المبادئ أمراً لتوضيح الإطار العام لاتخاذ القرارات والسياسات.⁵

واستكمالاً لما سبق فنشير إلى الاختلاف بين المبادئ والسياسات، فدائماً الهدف من وضع السياسات في مجال معين هو تحديد الهدف الجماعي الذي ينبغي الوصول إليه، أما المبادئ تستهدف تكريس حق من الحقوق للفرد أو الجماعة.⁶

1 المرجع سابق، ص 173.

2 المرجع سابق نفسه.

3 بونيف محمد البدر، الأسس القانونية للتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص 23.

4 غلال عبد اللطيف، تأثير الحماية القانونية للبيئة الجزائرية بالتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص 34.

5 المرجع السابق نفسه، ص 35.

6 المرجع السابق نفسه.

وعليه فإن القانون الدولي العام جسد النظام الرضائي الذي يحكم العلاقات الدولية بين الدول، وهذه الطبيعة الرضائية في قواعد القانون الدولي العام لازمتها منذ نشأته على يد الفقيه الهولندي "جروسيسوس" الملقب بأبي القانون الدولي، وتجسد ذلك من خلال المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وهذا التطور في القانون الدولي¹، واتجهت الدول القبول بقواعده طواعية ورضائية نتج عن هذا التطور تكريس مبادئ جديدة مجردة في مقابل القانون القابل للتطبيق، فظهرت هذه المبادئ في القانون الدولي كضرورة اجتماعية وقانونية لمعالجة تعقيدات الوضع الدولي.²

وأن نفاذ المعيار يشكل الصفة الأساسية لقبوله، لأنه لا يكفي فقط تجميع النصوص القانونية وإنما يجب ضمان تنفيذها لإحداث أثراً قانونياً، وهذا لا ينفي الاعتراف بوجود معايير قانونية، رغم غياب قوة قانونية إلزامية توجب تنفيذها، ويُستشهد بذلك بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فإنه يمكن للمتضرر الذي اعتدى على أحد حقوقه أن يثيرها أمام الجهات القضائية.³

وعليه ما ذكره الفقهاء من آراء في التفرقة بين المبادئ والقواعد فإنني أرى أن المبادئ بخصائصها منسجمة مع مفهوم التنمية المستدامة فلا نستطيع إلغاء أي مبدأ من المبادئ المتعارف عليها، وإنما يجب التوفيق بينهما لبلورة فهم مشترك متوازن.

ثانياً: المبادئ العامة للقانون الدولي للتنمية المستدامة :

يستند القانون الدولي البيئي والتنموي على مجموعة من القواعد القانونية مصدرها الرئيسي الاتفاقيات الدولية، والمبادئ العامة للقانون، وقرارات القضاء الدولي في مجال صيانة البيئة، ومجال تحديد المسؤولية عن الأضرار البيئية، فقواعد القانون الدولي في البيئة والتنمية (التنمية المستدامة) جاءت كلها لحماية البيئة بصفة عامة والحفاظ عليها وجعلها نقية سليمة⁴، وهي مبادئ قانونية متعارف عليها في معظم النظم القانونية، وأكد ذلك الاستاذ Beuries بوجود مبادئ تتعلق بالبيئة ويعود سبب ذلك إلى تضاعف عدد النصوص التشريعية في مختلف دول العالم، بدراسة تلك النصوص يستخرج منها مبادئ تم اعتمادها اليوم، كمبدأ الوقاية من الأضرار، مبدأ منع إلحاق الضرر، مبدأ تقديم التعويضات عن الضرب البيئي، مبدأ التنمية المستدامة⁵، ولازال القانون البيئي والتنموي حديثي النشأة لم ترسخ مبادئه وقواعده لأنها فمرحلة التطور وقواعد متميزة عن قواعد القانون الدولي العام⁶، وهذا ما كرسته

¹ أحمد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، مصر - القاهرة، ط1، 2002، ص17.

² بونيف محمد البدر، الأسس القانونية للتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص23.

³ غلال عبد اللطيف، تأثير الحماية القانونية للبيئة الجزائرية بالتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص35.

⁴ عثمان وليد، العلاقة بين البيئة والتنمية المستدامة في ضوء قواعد القانون الدولي العام، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران - الجزائر، 2011-2012، ص23.

⁵ زرقان وليد، القانن الدولي للبيئة، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا ماستر مهني، تخصص قانون البيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين - سطيف 2، 2017، ص32.

⁶ المرجع السابق نفسه، ص29.

محكمة العدل الدولية الدائمة في نظامها الأساسي المبادئ العامة للقانون الدولي العام، إلا أن هذه المبادئ لم تظهر بصورة واضحة وجلية إلا في النصف الأول من القرن العشرين، وظهرت حديثاً في مجال قانون البيئة، ومن مميزات هذه المحكمة ساهمت بشكل كبير في تفسير قواعد القانون الدولي على الرغم من افتقارها إلى الممارسات المادية، واعتبر فقهاء القانون الدولي المبادئ العامة للقانون مرحلة مؤقتة تتشكل فيها الأعراف الدولية، وبالدراسة المتأنية للنصوص المختلفة للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان تستخرج منها المبادئ العامة للقانون الدولي لحقوق الإنسان.¹

وقد نصت المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية أن المبادئ العامة قد أقرتها الأمم المتحدة كالعادلة، وحسن الجوار، والتوفيق بين المصلحة الخاصة لكل دولة ومصلحة المجتمع الدولي، وتعد مصدر من مصادر القانون الدولي التي تطبقها محكمة العدل الدولية للفصل في المنازعات الدولية التي تعرض عليه، وظهرت مبادئ جديدة في مجال حماية البيئة من التلوث لدى المجتمع الدولي نتيجة تلوث البيئة كمبدأ الاستخدام غير الضار للإقليم، هذا المبدأ يصلح أن يكون أساساً للمسؤولية الدولية عن الأضرار الناجمة عن التلوث، وهذا ما نص عليه إعلان ستوكهولم وأكدته إعلان ريو، ومبدأ الحق السيادي للدول في استغلال مواردها الطبيعية، واحترامها للصالح الجماعي الدولي في الحفاظ على البيئة وحمايتها.²

ونظراً للارتباط الوثيق بين التنمية المستدامة والبيئة وعدم انفكاكهما عن بعضهما البعض، تعتبر التنمية المستدامة مبدأ من المبادئ التي تشكل مرتكزاً من مرتكزات الأحكام القانونية للبيئة، كمبدأ الوقائي، ومبدأ مسؤولية الملوث (الملوث يدفع)، ومبدأ تقييم الأثر البيئي، ومبدأ المسؤولية المشتركة والمتباينة للدول والقطاعات في مجال البيئة، ومبدأ المشاركة الشعبية.³

يكتنف المبادئ العامة للقانون الغموض؛ لصعوبة معرفة الحد الفاصل بينها وبين القواعد العرفية، وأن العرف يعني به تطبيق سلوك معين يصبح مع التكرار قاعدة إلزامية، بخلاف المبادئ العامة للقانون هي أكثر تجديداً في الغالب، وانطباقها على أوضاع مختلفة جداً، مع أن بعضها ينطبق على سلوك معين ولا تحتاج إلى لعنصر التكرار كما القاعدة العرفية، وأن المهم واقعياً أسهمت المبادئ العامة للقانون إلى حد كبير في بلورة وتطوير قواعد القانون البيئي والتنموي ومبادئهما.⁴

المطلب الثاني : مفهوم التنمية المستدامة :

إنّ مفهوم التنمية المستدامة مفهوم متطور باستمرار، نظراً للمشكلات المتجددة التي تواجه المجتمعات، وهذا يستدعي البحث في مضمون التنمية المستدامة، وذلك بالاطلاع على القمم العالمية والمؤتمرات والوثائق الدولية

¹ غسان هشام الجندي، الراحة والرياح في القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2012، ص91-92.

² سهير إبراهيم حاتم الهيتي، الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2014، ص185-187.

³ انظر هشام عيسى الشحي، حق التنمية المستدامة في قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2017، ص66-69.

⁴ سهير إبراهيم حاتم الهيتي، الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق، ص187.

والتقارير المختلفة التي تعالج هذا الموضوع المتجدد، فوجود المشكلات البيئية التي تهدد حياة الانسان، تكون معالجتها بتحسين نوعية حياة الانسان من خلال الاستغلال الأمثل للموارد الطبيعية، وترشيد استخدام الموارد المتجددة، وإيجاد البدائل للموارد بطريقة لا تفضي إلى إنتاج نفايات تعجز البيئة عن امتصاصها، فمستقبل الإنسان مرتبط بمدى صحة البيئة، سأتناول تعريف التنمية المستدامة ومحتواها القانوني.

أولاً: تعريف التنمية المستدامة :

استخدمت الدراسات العربية المتخصصة مصطلحي التنمية المستدامة والتنمية المستدامة بصورة مترادفة كترجمة للمصطلح الإنجليزي sustainable Development، ويعود أصل مصطلح الاستدامة إلى علم الأيكولوجي للتعبير عن تشكيل وتطوير النظم الديناميكية التي تكون عرضة للمتغيرات الهيكلية المؤدية إلى حدود تغير في خصائصها وعناصر وعلاقة هذه العناصر ببعضها.¹

وقد ورد مفهوم التنمية المستدامة في تقرير اللجنة العالمية للبيئة والتنمية عام 1987، عرفتها بأنها "تلك التنمية التي تلي حاجات الحاضر دون المساومة على قدرة الأجيال المقبلة في تلبية حاجياتهم".²

وقد عالج تقرير حدود النمو الصادر عن نادي روما عام 1972م معدلات النمو السكاني في العالم، والانتاج الزراعي والغذائي، والتلوث البيئي، واستنزاف الموارد الطبيعية، وتوصل إلى أن الاستمرار في نمو الانتاج والاستهلاكي على هذا الحال سينتج عنه اخفاق الطبيعة في امداد الإنسان بحاجاته الأساسية أواخر القرن العشرين.³

أما اللجنة العالمية للبيئة والتنمية (لجنة برونتلاند) الصادر عن الأمم المتحدة عام 1983م، عرفها بأنه "التنمية التي تلي احتياجات الحاضر دون الانتقاص من قدرات الأجيال القادمة على الوفاء باحتياجاتها" ويعتبر هذا التعريف أكثر قبولاً وانتشاراً لدى المؤسسات والمعاهد والحكومات.⁴

وقد أورد فقهاء وشراح القانون الدولي تعريفات للتنمية، فلا تقل هذه التعريفات، كتعريف وليم رولكز هاوس مدير حماية البيئة الأمريكية على أنها: "تلك العملية التي تقرر بضرورة تحقيق نمو اقتصادي يتلائم مع قدرات البيئة، وذلك من منطلق أن التنمية الاقتصادية والحفاظة علي البيئة هما عمليات متكاملة وليست متناقضة"⁵، وعرفت بأنها "السعي الدائم لتطوير نوعية الحياة الإنسانية مع الوضع في الاعتبار قدرات النظام البيئي".⁶

1 نوزاد عبد الرحمن الهيبي، التنمية المستدامة (الإطار العام والتطبيقات دولة الإمارات نموذجاً، مركز الإمارات والبحوث الاستراتيجية، 2009، ط1، ص15-17.

2 عثمان غنيم، ماجد أبو زنت، التنمية المستدامة فلسفتها واساليبها وتخطيطها وأدوات قياسها، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ط1، ص25.

3 محمد ربيع، التنمية المستدامة (نظرية في التنمية الاقتصادية والتنمية المستدامة)، دار البيزوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2015، 219.

4 نوزاد عبد الرحمن، التنمية المستدامة الإطار العام والتطبيقات دولة الإمارات، مرجع سابق، ص14.

5 عثمان غنيم، ماجد أبو زنت، التنمية المستدامة فلسفتها واساليبها وتخطيطها وأدوات قياسها، مرجع سابق، ص25.

6 نوزاد عبد الرحمن، التنمية المستدامة الإطار العام والتطبيقات دولة الإمارات، مرجع سابق، ص14.

وعرف البنك الدولي التنمية المستدامة بأنها "تلك العملية التي تهتم بتحقيق التكافؤ المتصل الذي يضمن إتاحة الفرص التنموية الحالية للأجيال القادمة، وذلك بضمان ثبات رأس المال الشامل، أو زيادته المستمرة عبر الزمن، إذ أن رأس المال الشامل يتضمن رأس مال صناعياً (معدات وطرق...)"، وبشراً (معرفة ومهارات)، واجتماعياً (علاقات ومؤسسات)، وبيئياً، غابات ومرجانيات"¹.

وعرفت اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا) التعريف الأشمل لمفهوم التنمية المستدامة بأنها "عبارة عن تعزيز التنمية الاقتصادية مع الحفاظ على الموارد الطبيعية، وضمان مواصلة التنمية الاجتماعية، والبيئية، والسياسية، والاقتصادية، والمؤسسية على أساس المساواة"².

بالنظر في التعريفات السابقة للتنمية المستدامة فإنها تعكس سمة الاستقرار، لأنها تسعى للنهوض بالموارد الطبيعية والبشرية، وتلبية الحاجات الانسانية للسكان، ويؤدي ذلك إلى تحسين مستوى المعيشة وانتشالهم من الفقر، وجميع المجتمعات تعتبر الفقر عقبه حقيقية وسبب من أسباب الأزمات البيئية والاجتماعية والاقتصادية، وضرورة تفعيل الشريعات والقوانين البيئية لضمان الآارة السليمة للبيئة واستمرار الاستفادة من المواد الطبيعية والبشرية المهدورة، وتنمية تراعي حق الاجيال القادمة في الثروات الطبيعية للمجال الحيوي لكوكب الأرض، وكما أنها تضع الاحتياجات الأساسية للإنسان في المقام الأول، فأولوياتها هي تلبية احتياجات المرء من الغذاء والسكن والملي وحق العمل والتعليم والحصول على الخدمات الصحية وكل ما يتصل بتحسين نوعية حياته المادية والاجتماعية، وهي تنمية تشترط ألا نأخذ من الأرض أكثر مما نعطي"³.

ثانياً : المحتوى القانوني لمبدأ التنمية المستدامة :

إنَّ اعتبار مبدأ التنمية المستدامة مبدأ عاماً، بدورة يتضمن هذا المبدأ مجموعة من المبادئ المتعلقة بحماية البيئة، وقسمت إلى مبادئ أساسية ومبادئ فرعية، وهذه ما سنوضحه في هذا المطلب.

1- المبادئ الأساسية :

تتمثل المبادئ الأساسية في مبدئين وهما :

أ. المبدأ الأول : مبدأ التوفيق بين البيئة والتنمية :

يعتبر هذا المبدأ طريق من طرق الحلول للخلافات التي تنشأ بين الدول بشأن البيئة، فلا يمكن تحقيق التنمية المستدامة دون الاخذ بعين الاعتبار البيئة، وهذا ما أكدته ديباجية اتفاقية تغير المناخ لعام 1992م في الفقرة (21)، حيث أكدت على وجوب التنسيق المتكامل بين الاستجابات لتغير المناخ والتنمية الاجتماعية والاقتصادي لتفادي

1 سهر ابراهيم الهبيتي، الأليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق، ص112-113.

2 فيانا، ميلوفينا، التنمية المتواصلة، قراءة في السكان والاستهلاك والبيئة، الجمعية المصرية للنشر والمعرفة - القاهرة 1993، ص

3 سعاد عبد الله العوضي، البيئة والتنمية المستدامة، الجمعية الكويتية لحماية البيئة، الكويت، 2003، ص

إلحاق ضرر بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية¹، وكما أكد إعلان ريو عام 1992م في المبدأ (4) على أنه من "أجل تحقيق تنمية مستدامة تكون البيئة جزء لا يتحقق من عملية التنمية ولا يمكن النظر فيها بمعزل عنها"²، وكما جاء في إقرار معهد الدولي بستر اسبورغ في 1997/12/4م في المادة (3) بشأن البيئة "يجب إدماج التحقيق الفعلي لحق العيش في بيئة صحية في أهداف التنمية المستدامة"³، وعليه فإن مبدأ التوافق بين البيئة والتنمية تهدف إلى التوفيق بين وجهات نظر الدول المصنعة المهتمة بالمستقبل الإيكولوجي للإرض ووجهات نظر الدول النامية التي تصبوا إلى تنمية اقتصادياتها.⁴

ب. المبدأ الثاني : مبدأ العدالة بين الأجيال :

يقصد به العدالة في توزيع الموارد من حيث الأشخاص والزمان، وعليه يتعهد الجيل الحاضر بالمحافظة على النظم الإيكولوجية والموارد الطبيعية لفائدة الأجيال القادمة، وهذا بدورة يضع على عاتق الجيل الحاضر اعطاء مرونة للأجيال القادمة لتحقيق أهدافها حسب القيم الخاصة بها، ويجب على كل جيل أن يقدم لأعضائه حقوقاً عادلة من استغلال تراث الأجيال السابقة⁵، وأن يحافظ على هذه الحق للأجيال المقبلة، ولا يكون ذلك إلا من خلال السبل القانونية باعتبار العدالة بين الأجيال مجموعة من الحقوق والواجبات بين الأجيال التي يجب أن تضاف إلى حقوق الإنسان الدولية القادمة حالياً، فالمسؤولية القانونية عن الضرر البيئي بسبب التنمية يتجه نحو الجيل الحاضر وينتقل إلى الاجيال المقبلة على المدى الطويل ، وقد ورد هذا المعنى في إعلان ستوكهولم 1972م في المبدأ (1) ينص على "للإنسان حق أساسي في الحرية والمساواة وفي ظروف عيش مناسبة في بيئة تسمح نوعيتها بالحياة في ظل الكرامة ويحقق الرفاه، وهو يتحمل مسؤولية التنمية تتمثل في حماية البيئة والنهوض بها من أجل الجيل الحاضر والأجيال المقبلة" وكذلك ينص المبدأ(2) على "الحفاظ لصالح الجيل الحاضر والأجيال المقبلة على الموارد الطبيعة للأرض"⁶، وكذلك في إعلان ريو عام 1992م، في المبدأ (3) "يتوجب أعمال الحق في التنمية حتى يفي بشكل منصف بالاجتياحات الإنمائية والبيئية للأجيال الحالية والمقبلة"⁷، وكذلك إقرار معهد القانون الدولي لعام 1997م بشأن البيئة في المادة (6) بأنه "يتوجب على كل دولة العمل على أن الأنشطة الممارسة في حدود ولايتها الوطنية أو تحت إشرافها لا تسبب أضراراً يمكن أن تمس بحياة الأجيال الحالية والمقبلة"⁸.

1 اتفاقية الأمم المتحدة بشأن تغير المناخ صادر عام 1992 عن الامم المتحدة ، <https://unfccc.int/sites/default/files/convarabic.pdf> تاريخ الاطلاع 2020/2/22م.

2 تقرير الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 حزيران/يونيو 1992، المجلد الأول القرارات التي اتخذها المؤتمر ، الامم المتحدة ، نيويورك، 1993م، [https://www.hlrn.org/img/documents/Rio_1992_A_CONF.151_26_\(Vol.%20I\)-AR.pdf](https://www.hlrn.org/img/documents/Rio_1992_A_CONF.151_26_(Vol.%20I)-AR.pdf)، تاريخ الاطلاع 2020/2/22م.

3 Kamto Maurice: « Les nouveaux principes du droit international del'environnement », RJE,N°1 ,1993,pp17-18.

4-Nguyen Quoc Dinh, Daillier Patrick, Pellet Alain: «droit international public », 6 e ed,Paris,L.G.D.J,1999,1253.

5. kamto: op.cit, pp16-27..

6 علواني امبارك، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خضير- بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية تخصص العلاقات الدولية، الجزائر، 2017، ص60.

7 تقرير الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 حزيران/يونيو 1992، مرجع سابق.

8-Nguyen Quoc Dinh, Daillier Patrick, Pellet Alain:op.cit, p 1254..

أما المبادئ الفرعية المضافة إلى المبادئ الأساسية للتنمية المستدامة كمبدأ الاحتياط الذي يعمل على ضمان الحماية من أية آثار ضارة في المستقبل حصولها، فهو مبدأ ذو طابع توقعي موجه للمستقبل ومرتبط بالبيئة المستدامة، وكرس هذه المبدأ على الصعيد الدولي في إعلان ريو عام 1192 في المبدأ (15)¹ "من أجل حماية البيئة تأخذ الدول على نطاق واسع بالنهج الوقائي حسب قدراتها، وفي حال ظهور خطر حدوث ضرر جسيم أو لا سبيل إلى عكس اتجاهه، لا يستخدم الافتقار إلى التيقن العلمي الكامل سبباً لتأجيل اتخاذ تدابير فعالة من حيث التكلفة لمنع تدهور البيئة"¹، وذكر كذل في إطار اتفاقية التنوع البيولوجي لعام 1992، واتفاقية تغير المناخ عام 1192 في المادة (3) فقرو (3)، ومبدأ الإنشغال المشترك للإنسانية الذي يعتبر صدى لمفهوم التراث المشترك للإنسانية، وأساس في المقابل لمثل هذا التراث تجسيداً للمصلحة المشتركة للإنسانية سواء الحاضرة أو القادمة، والمبادئ القابلة للإندماج في مبدأ التنمية المستدامة نص عليه إعلان ريو عام 1192 في المبدأ (20).

المبحث الثاني: التكريس القانوني لمبدأ التنمية المستدامة وانعكاساته القانونية:

على رغم من الأهمية البالغة التي أصبح يكتسبها مفهوم التنمية المستدامة لدى الفقه القانوني الدولي، وصار محل اهتمام منذ ندوة ريو دي جاني رو في عام 1992م، واعتبروه حق من حقوق الإنسان، وكما تناول القضاء الدولي الجوانب القانونية للتنمية المستدامة، واعتبارها من أهم المبادئ التي جاء بها القانون الدولي للبيئة، وبهذا نكون أمام قانون دولي للبيئة، وهذا ما أكدته ندوة ريو دي جاني رو في عام 1992م وكرست مفهومه، وأقرته ضمن المبادئ السبعة والعشرين التي تضمنتها خاصة في المبدأ (3، 4) التي تنص على: المبدأ (3): لكل إنسان الحق في بيئة سليمة، ومن واجب كل مواطن السهر على حماية البيئة وتأمين حاجات الأجيال الحالية من دون المساس بالأجيال المقبلة، والمبدأ (4) لتحقيق تنمية مستدامة، يجب أن تشكل حماية البيئة جزءاً لا يتجزأ من عملية التنمية ولا يمكن النظر فيها بمعزل عنها²، ولفهم أكثر نتعرض للتكريس القانوني لمبدأ التنمية المستدامة في مطلب أول، وانعكاساته وتكريسه القانوني لمبدأ التنمية المستدامة في مطلب ثاني.

المطلب الأول: التكريس القانوني لمبدأ التنمية المستدامة:

إنّ التكريس القانوني لمبدأ التنمية المستدامة باعتباره إطاراً تصورياً يحدد التوجه العام لتطبيق مبادئ التسيير الجيد لعناصر البيئة، ويستخلص منه الطابع الإلزامي للمفهوم، إلا إنه يجد صعوبة لا ترقى إلى درجة المبدأ القانوني لغيابه صيغة الأمر وقوة الإكراه لتنفيذ المبدأ وإقرار جزاء لمخالفته³، وهذا ما دعى غالبية الفقهاء التوجه إلى إنكار قيمتها

1 تقرير الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 حزيران/يونيو 1992، مرجع سابق.

2 محمد فايز مشدوب، التنمية المستدامة في ضوء القانون الدولي للبيئة، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص 107-138.

3 بونيف محمد البدر، الأسس القانونية للتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص 24.

المعيارية وقوتها الإلزامية، ومع ذلك فلا يمنع من شغله حيزاً هاماً في المجال القانوني ورسم مساره باتجاه الاعتراف به قانوناً كضرورة اجتماعية تفرض وضع حدود للتطور الاقتصادي والتكنولوجي.¹

فقد اتجه العالم منذ أوائل القرن العشرين؛ لوضع العديد من الإتفاقيات والمعاهدات والبروتوكولات، البالغ عددها نحو (152) خلال الفترة من 1921 إلى 1991، هدفها حماية البيئة والحفاظة عليها نظيفة وملائمة لحياة الإنسان، مما انعكس على صياغة القواعد القانونية المنظمة لحماية البيئة، ومما فرض أن جعل التنمية المستدامة مبدأ أساسياً من مبادئ القانون الدولي البيئي مكرساً في في القوانين والتشريعات الوطنية.²

منذ إعلان ندوة ريو 1992م شرعت النصوص الدولية تدرج مفهوم التنمية المستدامة بصورة مطلقة ضمن المعاهدات والاتفاقيات، حيث اعتبرت المبادئ السابعة والعشرين لإعلان ريو، والفصول الأربعين لجدول أعمال القرن (21) مرجعية فسجت المجال للسياسات الدولية الخاصة بالتنمية المستدامة، وكرست الندوة الريو المبادئ المعلنة في ستوكهولم وحوّلتها إلى قوانين عرفية، دون أن تكون إلزامية، ويمكن للفاعلين المختلفين أن يعتمدوا على هذه المبادئ لإجبار الحكومات الموقعة عليها على احترامها عند اتخاذ القرارات، ويعتبر القانون الدولي هذه المبادئ خطوطاً توجيهية يتم تقويتها مع مر الزمن بالممارسة، وهذا ما يعرف بالقانون اللين.

ويتبين لنا أن إعلان ريو 1992م، عكس الإنشغالات الأساسية للبلدان النامي، والمتمثلة في التأكيد على أولوية المتطلبات الإنمائية على المقتضيات الإيكولوجية، من خلال تعاون الدول عن طريق تبادل المعارف، والتكنولوجيات لتحقيق ذلك بطريق التعاون والتضامن بحسن نية في الوفاء بمبادئ ريو³، وهذا ما أكدته من نص المبدأ (6) من إعلان ريو على أنه "ينبغي أن تتناول أيضاً الإجراءات الدولية في ميدان التنمية مصالح واحتياجات جميع البلدان" وكذلك ينص على المبدأ (7) المسؤوليات المشتركة وإن كانت متباينة"⁴، وفيه زيادة تطوير القانون الدولي في ميدان التنمية المستدامة، وهذا ما ورد في المبدأ (27) من إعلان ريو الذي ينص "تتعاون الدول والشعوب، بحسن نية وبروح المشاركة في تحقيق المبادئ الواردة في هذا الإعلان وفي زيادة تطوير القانون الدولي في ميدان التنمية المستدامة"⁵.

وكما تعرض الإعلان في المبدأين (24، 25) إلى الحرب والسلام وعلاقتها بالبيئة والتنمية المستدامة؛ ينص المبدأ (24) "إن الحرب بحكم طبيعتها تدمر التنمية المستدامة، ولذلك يجب أن تحترم الدول القانون الدولي الذي يوفر الحماية للبيئة وقت النزاع المسلح وأن تتعاون في زيادة تطويره عند اللزوم" والمبدأ (25) "السلم والتنمية وحماية البيئة أمور مترابطة لا تتجزأ"⁶؛ لذلك وجب على الدول احترام القانون الدولي الذي يوفر الحماية للبيئة وقت

1 المرجع السابق نفسه، ص25.

2 محمد بلفضل، القانون الدولي لحماية البيئة والتنمية المستدامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة السانبا وهران، الجزائر، 2007، ص81-82.

3 محمد بلفضل، القانون الدولي لحماية البيئة والتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص85.

4 تقرير الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 حزيران/يونيو 1992، مرجع سابق، ص3.

5 تقرير الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 حزيران/يونيو 1992، مرجع سابق، ص5، 6.

6 تقرير الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 حزيران/يونيو 1992، مرجع سابق، ص6.

النزاع المسلح، وذلك من خلال الموازنة بين الحماية البيئية والضرورات العسكرية التي تقتضيها ظروف القتال مراعاة التناسب بينهما، واحترام قواعد القانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي للبيئة، وقواعد المسؤولية، والقانون الدولي العام المعينة بحماية البيئة.¹

المطلب الثاني : الانعكاس القانوني لمبدأ التنمية المستدامة :

برز مبدأ التنمية المستدامة بصورة جلية في كل القطاعات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية²، وجدول أعمال القرن (21) الوثيقة الأساسية لمؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية، وهذا البرنامج يحتوي على (40) فصلاً، وتناول الفصل الأول الجانب القانوني في جدول أعمال القرن (21) على وجوب تعزيز وتقنين القانون الدولي المتعلق بالتنمية المستدامة، وتوضيح العلاقات بين الإتفاقيات والمواثيق الدولية، مما أوجب على كل مشرع تقني أن يأخذ بعين الاعتبار الأعمال الجارية في لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة، وضرورة المشاركة والإسهام كافة الدول النامية والمتقدمة في إعداد الإتفاقيات المتعلقة بالتنمية المستدامة³؛ لكي تعكس اهتمامات الدول النامية، إلا أن هذا البرنامج عجزت الدول عن تنفيذه؛ لأن هناك فجوة بين طموحات البرنامج والواقع، وأسباب تنفيذه يرجع إلى عموميته وتوسعه، باعتبار التنمية المستدامة فكرة وظيفية، بسبب المظاهر القانونية الحتمية التي تفرضها العاية الأساسية للنصوص المتبناة في مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية، المتمثلة في النهوض بالتنمية المستدامة. حسب ما ورد في المبدأ الأول من إعلان ريو 1992، أنها "تنمية صحية ومنتجة في إنسجام مع الطبيعة"⁴؛ لتحقيق هذه الغاية، يجب احترام المبادئ القانونية كالحق السيادي للدول في استغلال مواردها الطبيعية الوطنية وفقاً لسياساتها البيئية والإئمانية، ويعتبر هذا الحق حقاً مركزاً رئيسياً ضمن بقية الحقوق، وهو مسعى لإرساء شراكة علمية بين الدول وجميع قطاعات المجتمع المدني كمنظمات الحكومية والشعوب⁵، ويجد هذا القانون أساسه القانوني في الاعتراف الدولي في الحق الأساسي في البيئة، وهذا ما أكدته إعلان ستوكهولم 1972، وإعلان ريو 1992م، ومن جهة أخرى تيسير تحديد قانون التنمية المستدامة المعروض في مختلف فصول جدول أعمال القرن (21)، الذي يجب أن يدعم بأدوات للتنفيذ ذات طابع مؤسستاتي قانوني ومالي، والواقع لم تكن مسألة تقنين القانون الدولي للتنمية المستدامة الأولوية في مؤتمر ريو 1992⁶، على عكس ذلك قامت لجنة قانون البيئة التابعة للإتحاد الدولي للمحافظة على الطبيعة ومواردها بإعداد مشروع اتفاقية شاملة بشأن المحافظة على الطبيعية، والإستعمال المستديم للمواد الطبيعية، يرجع تاريخ صياغته إلى ديسمبر 1992م متضمن مبادئ أساسية والتزامات عامة حول المسائل المتعلقة بالتكامل بين البيئة والتنمية⁷، وينتج

1 رشاد السيد، حماية البيئة في المنازعات المسلحة، المجلة القانون والاقتصاد العدد (62)، 1992، ص 47-76.

2 المرجع السابق نفسه، ص 25.

3 تقرير الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 حزيران/يونيو 1992، مرجع سابق، ص 11، 12.

4 تقرير الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 حزيران/يونيو 1992، مرجع سابق، ص 2.

5 محمد بلفضل، القانون الدولي لحماية البيئة والتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص 87.

⁶ Kiss,et Bojic: « aspects institutionnels et financiers de la protection des forêts en droit international » in droit des forêts et développement durable op. cit, p 841.

⁷ Ibid:pp842.

عن مبدأ التنمية المستدامة إمكانية النظر في الطرح القانوني التقليدي من خلال إزالة الحدود التقليدية بين النظم القانونية المعينة لا سيما بين قانوني البيئة والتنمية، فرغم خصوصية كل منهما وصعوبة توحيدهما جاءت التنمية المستدامة لتربط بينهما¹، وإن التزايد في كمية النصوص المتعلقة بالبيئة لا يعني بالضرورة التطور التدريجي للقانون الدولي البيئي من الناحية النوعية، وحيث لم ترد عبارة "القانون الدولي البيئي" في إعلان ريو 1992، بالمقابل يدعو المبدأ (27) منه، الدول إلى التعاون في زيادة تطوير قانون التنمية المستدامة كبديل للقانون الدولي البيئي، وبالنظر إلى نصوص جدول أعمال القرن (21) في الفصل (39) المخصص للأدوات والآليات القانونية الدولية، تهدف إلى سيطرة المجتمع الدولي من خلال متابعة تطور القانون الدولي للتنمية المستدامة، ومنح اهتمام خاص للتوازن الدقيق بين المسائل المتعلقة بالبيئة، وتلك التي تخص التنمية، وذلك عن طريق تحديد وتدعيم الروابط بين مختلف المواثيق والاتفاقيات الدولية السارية المفعول في ميدان البيئة والمواثيق والاتفاقيات الدولية ذات الصلة الوثيقة بالميدانين الاقتصادي والاجتماعي، بمعنى على القانون الدولي البيئي أن يعطي الأولوية للتنمية الاقتصادية على حماية البيئة مع وضع الاعتبار مصالح وانشغالات البلدان النامية.²

أثارت التوصيات الواردة في الفصل (39) من جدول أعمال القرن (21) جدلاً فقهيًا حاداً، بين من يعتبره بداية تجديد جذري للقانون الدولي للبيئة، ومنهم من اعتبره ضمان للتأطير القانوني للتنمية المستدامة مع احتفاظ القانون الدولي البيئي بقيمته الكاملة³، والملاحظ بأن العديد من النصوص المتبناة في مؤتمر ريو ليس لها مضمون قانوني ملموس، وذلك بالرجوع للمناقشات التي دارت في اللجنة التحضيرية للمؤتمر بشأن الفصل (39) لجدول الأعمال القرن (21) يتجلى الرفض الضمني من طرف بعض الحكومات لترتب الجزاء في حالة الإخلال بها، وما يبرر ذلك الرفض استعمال مصطلح "احترام الالتزامات الدولية واستبداله بمصطلح "التطبيق الفعلي الكامل ودون أجل في مجمل نص الفصل (39)، ومن مميزات القانون الدولي البيئي التآرجح الدائم، بين سيادة الدول ومسؤولياتها المشتركة في حماية البيئة من جهة أخرى، وبين متطلبات اقتصادية وطنية ومقتضيات الأيكولوجية العالمية من جهة أخرى، وعلى الأساس قام مؤتمر ريو 1992 باخضاع القانون الدولي البيئي لغاية اقتصادية بغية تحويله إلى قانون دولي للتنمية المستدامة.⁴

¹ Kiss, et Doumbe- bille: op. cit p841.

² Pallemarts Marc: la conférence de Rio, grandeur ou décadence du droit international de l'environnement?.RBDI 1995, p:222..

³ Ibid: p.222.

⁴ محمد بلفضل، القانون الدولي لحماية البيئة والتنمية المستدامة، مرجع سابق، ص 89.

الخاتمة :

يتضح من خلال هذه الدراسة أن الطبيعة القانونية لمفهوم التنمية المستدامة مفهوماً حديثاً لم يعالج إلا في السنوات القليلة الأخيرة ويبقى بزوغ القانون الدولي البيئي كاختصاص قائم بذاته بمثابة تحول حقيقي في تفعيل حماية البيئة على مستوى العالم خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات تناولها على النحو التالي:

أولاً : النتائج :

- على الرغم من الأهمية البالغة التي اكتسبها المفهوم التنمية المستدامة في المجال القانوني إلا أنه لم يجعل منه مبدأ قانوني لعدم تضمينه أي إكراه أو إلزام يفرض تجسيده، وهذا يؤكد الطابع التصريحي للمفهوم وافتقاره إلى نظام قانوني واضح.
- إدراج مبدأ التنمية المستدامة كهدف لقانون حماية البيئة، هي مبادئ عامة تبلورت في ظل القانون الدولي البيئي، وترسخت في قمة ريو دي جاني رو باعتباره أساس تحقيق التنمية المستدامة.
- نتج عن الاتفاقيات الدولية آليات للدول منفردة أو مجتمعة الاستفادة منها في تعظيم مكاسبها من تلك الاتفاقيات في مجال صياغة خطة عمل للتصدي للمشاكل البيئية.
- منذ إعلان ريو 1992 شرعت النصوص الدولية في ادراج مفهوم التنمية المستدامة بصورة شبة مطلقة في تلك الاتفاقيات، وتعتبر المبادئ (27) لإعلان ريو، والفصول الأربعين لجدول أعمال القرن الحادي والعشرين نصوصاً مرجعية فسحت مجال للسياسات الدولية الخاصة بالتنمية المستدامة.
- كرست ندوة ريو المبادئ المعلنة بستوكهولم تجولت لقوانين عرفية، ويمكن إلزام الفاعلين المختلفين أن يعتمدوا على هذه المبادئ لإجبار الحكومات الموافقة على احترامها عند اتخاذ القرارات رغم عدم ادراجها مباشرة في القانون الدولي.
- تعتبر هذه المبادئ خطوطاً توجيهية يتم تقويتها مع الزمن بالممارسة، وبرزت أهمية التنمية المستدامة في تحديد قيمتها القانونية لادراجها ضمن أحكام القانون الدولي البيئي.
- المبادئ التنمية المستدامة بلورت مفهوم تنموي جديد يستهدف تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية دون اهمال البعد البيئي بعد إعلان ريو، وأصبح من الصعب فصله عن قواعد القانون الدولي البيئي.
- ظهرت من الدراسة الأهمية البالغة المفهوم التنمية المستدامة يكسبها في المجال القانوني إلا أنه لم يسمح بإقراره كمبدأ أساسي لقانون البيئة فهو مجرد هدف تسعى لتحقيقه لأنه لا يتضمن عنصر الإكراه ولا يترتب على مخالفته جزاء قانوني وهو غير ملزم لعدم وجود تعريف واضح ودقيق لمفهوم التنمية المستدامة.

ثانياً : التوصيات :

- ضرورة تفعيل وتكثيف الجهود الدولية لوضع استراتيجية لتنفيذ كافة التوصيات التي تخرج بها المؤتمرات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتنمية المستدامة.

- تفعيل التشريعات والقوانين التي تعزز تحقيق التنمية المستدامة مع الأخذ بما جاء في الاتفاقيات الدولية والبروتوكولات الدولية، والنص على قيام المسؤولية الدولية وتوقيع الجزاءات والعقوبات حال مخالفتها.
- اعتبار التنمية المستدامة حق من حقوق الإنسان يستلزم اسهام المجتمع الدولي لدعمه لتحقيق الأمن والسلم الدوليين.

❖ قائمة المراجع :

أولاً : الكتب :

- أحمد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، مصر - القاهرة، ط1، 2002.
- زرقان وليد، القانن الدولي للبيئة، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا ماستر مهني، تخصص قانون البيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين - سطيف 2، 2017.
- سهير ابراهيم حاجم الهيتي، الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2014.
- عثمان غنيم ، ماجد أبو زنت، التنمية المستدامة فلسفتها واساليبها وتخطيطها وأدوات قياسها، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان ، ط1، 2007.
- غسان هشام الجندي، الراحة والرياحان في القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2012.
- محمد ربيع، التنمية المستدامة(نظرية في التنمية الاقتصادية والتنمية المستدامة)، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2015.
- نوزاد عبد الرحمن الهيتي، التنمية المستدامة(الإطار العام والتطبيقات دولة الإمارات نموذجاً، مركز الإمارات والبحوث الاستراتيجية ، ط2009، 1.

ثانياً : رسائل علمية :

- بونيف محمد البدر، الأسس القانونية للتنمية المستدامة، ماجستير، جامعة الدكتور مولاي الطاهر لولاية سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية- تخصص النظام القانوني لحماية البيئة، 2015-2016.
- صونيا بيزات، آليات تطبيق مبدأ الحيطة والحذر في القانون الدولي البيئي، رسالة ماجستير، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 الجزائر، كلية القانون والعلوم السياسية - تخصص قانون عام ، 2016- 2017.
- عثمانى وليد، العلاقة بين البيئة والتنمية المستدامة في ضوء قواعد القانون الدولي العام، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران - الجزائر، 2011-2012.
- علال عبد اللطيف، تأثر الحماية القانونية للبيئة الجزائرية بالتنمية المستدامة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، 2010-2011م.

- علواني امبارك، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خضير - بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية تخصص العلاقات الدولية، الجزائر، 2017.
 - محمد بلفضل، القانون الدولي لحماية البيئة والتنمية المستدامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة السانبا وهران، الجزائر، 2007.
 - محمد فايز مشدوب، التنمية المستدامة في ضوء القانون الدولي للبيئة، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص 107-138.
 - هشام عيسى الشحي، حق التنمية المستدامة في قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2017.
- ثالثاً: الاتفاقيات والوثائق :

- تقرير الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 حزيران/يونيو 1992.
 - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن تغير المناخ صادر عام 1992 عن الامم المتحدة.
- رابعاً: المجالات :

- رشاد السيد، حماية البيئة في المنازعات المسلحة، المجلة القانون والاقتصاد العدد (62)، 1992.
 - سعاد عبد الله العوضي، البيئة والتنمية المستدامة، الجمعية الكويتية لحماية البيئة، الكويت، 2003.
 - فيانا ميلو فينا، التنمية المتواصلة، قراءة في السكان والاستهلاك والبيئة، الجمعية المصرية للنشر والمعرفة - القاهرة 1993.
- خامساً: الانترنت :

- الموسوعة الحرة، ويكيبيديا <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%A8%D8%AF%D8%A3>
 - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن تغير المناخ صادر عام 1992 عن الأمم المتحدة :
 - <https://unfccc.int/sites/default/files/convarabic.pdf>
 - حزيران/يونيو 1992، المجلد الأول القرارات التي اتخذها المؤتمر، الامم المتحدة، نيويورك، 1993م [https://www.hlrn.org/img/documents/Rio_1992_A_CONF.151_26_\(Vol.%20I\)-AR.pdf](https://www.hlrn.org/img/documents/Rio_1992_A_CONF.151_26_(Vol.%20I)-AR.pdf)
- سادساً: المراجع الاجنبية :

- Kamto Maurice: « Les nouveaux principes du droit international del'environnement », RJE,N°1, 1993.
- Nguyen Quoc Dinh, Daillier Patrick, Pellet Alain: «droit international public », 6 ed, Paris, L.G.D.J, 1999.
- Kiss, et Bojic: « aspects institutionnels et financiers de la protection des forets en droit international » in droit des forets et développement durable op. cit.,

التأصيل القانوني والتماسك النصي



الأستاذ : وليد الزواري

أستاذ عرضي بكلية الحقوق

والعلوم السياسية بسوسة - تونس

مقدمة :

الصياغة القانونية هي: الأداة التي يجرى بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي، فهي ببساطة أداة للتعبير عن فكرة كامنة لتصبح هكذا حقيقة اجتماعية يجرى التعامل على أساسها¹. أو هي بعبارة أخرى "مجموع الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية إلى الوجود العملي إخراجا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها"².

والنص، كما يقول الدكتور أحمد فتحي سرور، قد يحتوي على قاعدة قانونية أو أكثر، وقد نستخلص القاعدة من أكثر من نص، والقاعدة هي المضمون المعني من النص، أو بعبارة أخرى، فإن النص هو الشيء أما القاعدة المستخلصة منه فهي المعنى. ومن ثم فإن استظهار القاعدة القانونية لا يتم إلا من خلال عملية فكرية قوامها التفسير القائم على ضوابط معينة³.

ويفرق المستشار طارق البشري بين نوعين للنص، هما :

النص التشريعي : وهو يتعلق بمبادئ و قواعد عامة، أن تصاغ القاعدة العامة أو المبدأ العام في نص هو ما نسميه التشريع أو القاعدة القانونية، وهذا النص (التشريعي) يتشكل في صورة نموذج قابل للتكرار لموجب طبيعته وبمقتضى أصل وظيفته المؤداة أو المقصود تأديتها، وهو أمر بشيء، أو ناه عن شيء، أو مرتب لأثر ونتيجة على فعل أو مقدمة.

¹ الدكتور حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف ، الطبعة الرابعة ، ص.26.

² أنظر عليوة مصطفى فتح الباب ، أصول سنن وصياغة وتفسير التشريعات ، مكتبة كوميت، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2007 ، المجلد الثاني، ص.929.

³ الدكتور أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، الطبعة الأولى، 1999 ، ص.217.

النص الإخباري: وهو يتعلق بذكر واقعة أو حادث، ويقوم به دليل على ثبوتها أو نفيها، فهو إذا يتشكل في صورة إخبار عن وقائع الزمان الماضي أو الحاضر، أو يمثل قولاً عنها، أو تعليقا عليها فهو مثبت لوجود ممارسة وهو ذكر نازلة أو بيان موقف عيني أو فعل لبشر أو قول لبشر.

والنص القانوني هو نص معد لكي يحكم تصرفات الناس بعد صدوره، وهو بأصل وجوده، كما يصفه المستشار طارق البشري، نص "متعد" وليس مجرد نص "لازم" بالمعنى اللغوي لهذين المفهومين.

أي أن دلالة لا تقتصر في شأن من أصدره ولا تنحصر في محتوى عيني له. إنما هو دائما يتعدى إلى الغير، بل إن المقصود من إصداره هو أن يتعدى إلى الغير ويحكم أنشطتهم¹.

تعمل النصوص القانونية في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً فكل نص منها مضمون محدد مستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها بعضها عن بعض، وإنما يقيم منها مجموعها بنياناً واحداً.

وخاصية تماسك النص هي خاصية تؤكد الدلالة اللغوية لكلمة (Text)، فأصلها اللاتيني معناه: النسيج، ومنه تطلق كلمة (Textil) على ماله علاقة بإنتاج النسيج بدءاً بمرحلة تحضير المواد وانتهاء بمرحلة النسيج النهائي وبيع النسيج، ومن هنا كان النص عبارة عن نسيج من الكلمات يترابط بعضها ببعض².

وفي هذا الإطار يقول الدكتور سعيد أحمد بيومي في كتابه الرائع لغة القانون في ضوء علم لغة النص (دراسة في التكامل النصي) بأن النص القانوني يشبه حين يكون متماسكاً - بشبكة العنكبوت، تمتد خيوطها وتتابع وفق آلية منتظمة على نحو متصل، كما تتوالى الجمل والعبارات التي تحمل كل منها مضمون الحكم في بنية تنظيمية على امتداد نسيج النص القانوني³.

والتماسك إما أن يكون لفظياً أو معنوياً، فالتماسك اللفظي يعني بالروابط الشكلية بين عناصر النص، وهي الوسائل والأدوات التي تتحقق بها استمرارية المعنى على سطح النص، ومنها: التكرار والإحالة، والربط بالأداة، وغيرها⁴.

وأما التماسك المعنوي، فيعنى بالروابط الدلالية والعلاقات المنطقية بين منظومة المفاهيم التي يتضمنها النص، "كالسببية والتفصيل بعد الإجمال، والنتيجة، والتفسير، والتقابل الدلالي، وغيرها. ولذا فهذا النوع من التماسك يتجاوز الأبنية السطحية للنصوص و يجسد الاستمرارية الدلالية"⁵.

1 المستشار طارق البشري، النص بين التشريع والإخبار، دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، 2007، ص.301.

2 أنظر الدكتور جمال عبد المجيد، البديع بين البلاغة العربية واللسانيات النصية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2006، ص.69-70.

3 الدكتور سعيد أحمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص (دراسة في التماسك النصي)، دار الكتب القانونية، مصر الطبعة الأولى، 2010، ص.32.

4 الدكتور سعيد أحمد بيومي، نفس المرجع، ص.36.

5 نفس المرجع، ص.37.

مع الإشارة وأن تقسيم التماسك إلى لفظي ومعنوي لا يعني النظر على مستوى النص إلى واديين كل منهما منفصل عن الآخر، إذ لا توجد وسائل لفظية تخلو من علاقات دلالية و كله يدخل في إطار تماسك الجمل والترابط بينهما. ولزيد الإلمام بهذا الموضوع، سوف نتعرض إلى معايير التماسك النصي (جزء أول) ونموذج تطبيقي (جزء ثاني) يوضح المسألة.

الجزء الأول : معايير التماسك النصي :

أن عملية التماسك النصي تتطلب عديد المعايير، لخصها روبرت دي بوجراند في سبعة معايير وذلك في كتابه (النص و الخطاب والإجراء)، وهي :

1- التماسك اللفظي : وهو ترابط ظاهر على سطح النص بين العناصر المعجمية المكونة له من خلال وسائل لغوية شكلية كأدوات الربط و التكرار والإحالة وغيرها .

2- التماسك المعنوي : و هو ربط دلالي قائم على إدراك العلاقات التي لا تظهر على سطح النص، أو هو الاستمرارية الدلالية التي تتجلى في منظومة المفاهيم و العلاقات الرابطة بين هذه المفاهيم ، كالسببية و العموم و الخصوص وغيرها .

3- القصد : القصد هو تعبير عن هدف النص باعتباره وسيلة من وسائل متابعة خطة معينة للوصول إلى غاية بعينها .

4- القبول : و هو موقف مستقبل النص إزاء كون صورة ما من صور اللغة ينبغي لها أن تكون مقبولة من حيث هي نص متماسك .

5- رعاية الموقف : أي مناسبة النص للموقف وهي تتضمن العوامل التي تجعل النص مرتبطا بواقعة ما يمكن استرجاعها. وترتبط رعاية الموقف بسياقات النص المتعددة زمنا و مناسبة و هدفا.

6- الإخبارية : أي مدى توقع المعلومات أو الوقائع الواردة في النص أو عدم توقعها، وفي بعض الأحيان يؤدي ضعف الإخبارية - أو الإعلامية عند آخرين - إلى الملل الذي قد يفضي إلى رفض النص.

7- التناص: ويتضمن العلاقة بين نص ما ونصوص أخرى مرتبطة به وقعت في حدود تجربة سابقة¹.

وتتوزع هذه المعايير، "بين ما يتصل بالنص ذاته، وهما معيارا: التمسك اللفظي والتمسك المعنوي، وما يتصل بمستعملي النص إنتاجا وتلقيا، وهما معيارا: القصد والقبول. أما المعايير الثلاثة الأخرى وهي: رعاية الموقف، والإخبارية والتناص، فتتصل بالسياق المادي والثقافي المحيط بالنص"².

ولا يقتصر التماسك النصي على التشريعية فقط بل يشمل كذلك مجالات أخرى تهتم بالإبداع القانوني، موضوع هذه المقالة فأحسن المحاضرات التي تقدم من مدرس القانون إلى طلبية الحقوق تلك المعروفة بالأسلوب السهل و عمق المعلومات و تكامل الدروس من أولها إلى آخرها و كأنها عمل فني أو بناء مترابط متناسق مع تكامل المنهجية القانونية وقد بلغ بعض رجال القانون درجة من الإبداع إلى درجة الحديث عن فلسفة القانون والنظريات القانونية.

و أحسن الأحكام القضائية تلك المعللة جيدا و التي تربط بين نصوص القانون مع تنزيل الإطار القانوني وإعطاء التعاريف القانونية والاجتهادات الفقهية.

وفي درجة أعلى يجمع الفقه على أن الوظيفة القانونية للقضاء تتجاوز النفاذ العادي للقانون إلى إزالة عوارض النظام القانوني و حماية القانون من كل العقبات التي تحول دون نفاذه و فاعليته و التي يعبر عنها " بأزمة القانون " أو "مشكلة عدم فاعليته" وهي حالة مرضية في النظام القانوني موجبة لتدخل القضاء الذي يعد " الأداة القضائية لليقين القانوني " .

وبالتالي حماية الحقوق و المراكز القانونية عن طريق تحقيق اليقين القانوني اعتبارا لما يحيط بالعمل القضائي من ضمانات وما يتمتع به من حجية الأمر المقضي التي تحول دون المنازعة في وجود الحق.³

وقد أبدع في مجال التماسك النصي والربط بين الكليات والجزئيات علماء كبار لاقى كتاباتهم قبول كبير أمثال العلامة مصطفى الزرقا والمستشار طارق البشري .

يعتبر كتاب " المدخل الفقهي العام " للعلامة مصطفى الزرقا من أروع ما ألفه ضمن سلسلته الفقهية الرائعة " الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد " حيث جاء الكتاب مرتبا ترتيبا منطقيًا، فالقسم الأول منه بدأ فيه بتعريف الفقه الإسلامي، ثم ذكر مصادره الأساسية الأولى : الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ثم مصادره التبعية: الاستحسان، والاستصلاح، والعرف، ثم بحث في تطور الفقه الإسلامي والأدوار التي مر بها ومميزاته في كل دور فجعلها ثمانية أولها

1 روبرت دي بوجراند ، النص و الخطاب و الاجراء ، ص.103- 105 (منقول من كتاب الدكتور سعيد أحمد بيومي ، لغة القانون في ضوء علم لغة النص ، مرجع سابق ، ص.35.36).

² حول مزيد تفصيل هذه المعايير ، انظر الدكتور سعيد أحمد بيومي، نفس المرجع ، ص.33-38.

³ في هذا الإطار ، أنظر وجدي راغب فهي ، مبادئ القضاء المدني ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، 1986 ، ص.32.

عصر النبوة وأخرها عصرنا الحالي. ثم توقف عند موضوع استمداد التقنين المعاصر من الفقه الإسلامي في القسم الثاني دخل في صميم موضوعه، وهو النظريات الفقهية الأساسية ثم ختم الكتاب بالقواعد الكلية.¹

وتميزت هذه السلسلة بالمقارنات المهمة بالقانون، وتبرز بوضوح مزايا الفقه الإسلامي وشموله ومنطقيته، واتسمت بكتاباتها بأسلوب منسق يفهمه الطالب الفقيه والقانوني على حد سواء.

وقد تميز موضوع كتاب " المدخل الفقهي العام " بحسن الصياغة والأسلوب.

في هذا الإطار، يقول الشيخ : " هذا النهج الجديد في تقديم الفقه الإسلامي للطلاب غير ذوي الخلفية الشرعية، لقي قبولا واسعا حتى صار هو الطريقة الشائعة، ويقوم هذا النهج على صوغ الأحكام الفقهية صياغة الفقه القانوني الحديث ، ليلبس الفقه الإسلامي بذلك ثوبا جديدا يتفق مع الأذواق القانونية المعاصرة في صياغته ومظهره ، ويحافظ في الأحكام والأنظار الفقهية على أصله وجوهره وهذا ما تقتضيه الدراسة الجامعية وحاجة العصر. "²

استطاع المؤلف في سهولة ويسر أن يعرض النظريات الإسلامية العامة كما تعرض النظريات القانونية، حيث تؤصل المسائل، وتعرض الكليات، وتبسط النظريات، وتشرح المصطلحات، ثم نستخرج الفروع من أصولها، أو ترد الجزئيات إلى كلياتها، وتطبق النظريات على موضوعاتها فيخرج الدارس من دراسته، وقد ألم بالكليات والنظريات، وتماسكت في ذهنه المسائل، وارتبطت الفروع بالأصول، واستفاد القدرة على حل المشاكل و التمييز بين المتشابه.³

فمن قرأ كتابه خرج منه بفائدتين : النظريات الفقهية الجديدة، وله فضل إخراجها، وكذا آراء الفقهاء التي لخصت للقارئ فأغنته عن قراءة عشرات من كتب الفقه.⁴

كما حرص المؤلف على تقريب الكتاب من الواقع وقضاياه المعاصرة وكان كثير الاهتمام والاستدلال بالقواعد فهو يقول : " فان دراسة هذه القواعد الكلية وإيضاحها مما يعطي للدارس ملكة فقهية عاجلة ويلقى نورا كاشفا على أفاق الفقه الإسلامي، ومبانيه، فيمشي الطالب بخطوات ثابتة مكينة، وبصيرة مدركة"⁵، ولذلك خصص لها القسم الثالث من هذا الكتاب ذكر فيه قواعد المجلة 99، ورتبها ترتيبا جديدا مخالفا لترتيب المجلة، وقسمها بحسب موضوعاتها إلى أربعين قاعدة أساسية، وإلى تسع وخمسين متفرعة عنها، من ذلك القواعد المتعلقة بالولاية، وحقوق

¹ أنظر الأستاذ حمودين بكير، العلامة مصطفى الزرقا مجددا كتاب " المدخل الفقهي العام" نموذجا، عن موقع الحوار :

www.al7ewar.net

² مصطفى الزرقا ، مقدمة المدخل الفقهي العام ، ج.1 ، ص.16.

³ عبد القادر عودة ، مقدمة المدخل الفقهي العام ، ج.1 ، ص.6.

⁴ منير العجلاني، مقدمة المدخل الفقهي العام ، ج.1، ص.13.

⁵ مصطفى الزرقا ، مقدمة المدخل الفقهي العام ، ج.2 ، ص.978.

الإدارة العامة، والمتعلقة بالإثبات، مع بيانها و التمثيل لها بأمثلة فقهية تطبيقية، وفي الأخير سرد قواعد أخرى جلية النفع مع بيان يسير مفيد لها، ولمطائنها في كتب الفقه والقانون أحيانا.

كما تميز بالتأصيل و رد الفروع القانونية إلى أصول واحدة المستشار طارق البشري الذي كان خلال عمله القانوني " قاضيا بدرجة فقيه " وتحفل تقاريره القضائية بثمرات هذا التلاقي بين القضاء و الفقه في ثقافته¹.

ففي تقرير قدم إلى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة يقول : " إن هدف التفسير هو معرفة معاني الألفاظ المفردة، والجمع بين أحكامها في نسق قانوني واحد بما يقتضيه ذلك من مقارنة جزئيات المادة القانونية بعضها ببعض، لرفع ما عسى أن يظهر من تعارض بينها، ولإدراك المعنى الأصيل المقصود من أعمالها معا. وهو يرى أن لكل عبارة معنى مستفادا من ألفاظها وحدها. لكن معنى كل عبارة يكتسب تحديدا خاصا وجديدا عند إعمالها مع سائر أحكام القانون، كعضو متكامل في تركيب قانوني واحد متماسك. هذا التركيب هو المعنى العام المستفاد من القانون بجملته. وهو الذي يبرر أدق المعاني للأحكام الجزئية ولمفاهيم عباراتها المفردة. وهو الروح العام الذي يخضع له تفسير كل عبارة من النص القانوني باعتبارها جزءا من كل و هو قصد المشرع الذي يذكره المفسرون و القضاة، فهذا القصد ليس مفهوما خارجا عن النصوص يقحمه التفسير عليها، لكنه المفهوم العام المستفاد من أحكام القانون كلها و عباراته المفردة جميعا. و إذا كان لكل لفظ معناه المعجمي، فإن هذا المعنى يكتسب من السياق الذي يرد فيه ضلالا خاصة. و بالجمع بين الأمرين يظهر معنى نص القانون "².

وتفسر قضية التفسير نقطة تلاق مثالية يمكن من خلالها رصد التلاقي والتفاعل بين طارق البشري (القاضي، و الفقيه، والمؤرخ) وهو ما يعبر عنه بقوله :

" ونحن في عملنا القانوني التطبيقي نزل حكما واردا بنص تشريعي على واقعة أو تصرف وارد بنص إخباري "

فرجل القانون يتعامل دائما مع نصوص، سواء بالنسبة إلى عمله النظري و التفسيري، أما بالنسبة إلى ممارسته التطبيقية في القضاء و الإفتاء، لأنه دائما يتعامل مع مبادئ و قواعد مصوغة في عبارات عامة كما أنه يتعامل مع وقائع يتلقاها في صياغات خبرية، فهو في الأغلب الأعم لا يتعامل مع الحدث إبان حدوثه بل عند الإخبار عنه بعد تمامه³.

وفي عمله التطبيقي يكون التحقق من صواب الإخبار جزءا من عمله.

1 أنظر بمزيد التفصيل ، ممدوح الشيخ ، طارق البشري القاضي ...المؤرخ...المفكر...و داعية الإصلاح ، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2011 ، ص.46 وما يليها .

2 طارق البشري فقيها : لمحات من منهجه في التفسير ، دراسة منشورة في كتاب طارق البشري القاضي المفكر، ص.234-235.

³ ممدوح الشيخ ، المرجع السابق ، ص.48.

و تكون غاية عمله التطبيقي إنزال الأحكام المصوغة في مبادئ عامة على أحداث، وذلك لتقرير المركز القانوني الشرعي لمن تلحقهم اثار الحدث بعد تمامه¹.

وفي براعة فكرية و فقهية بينة يقول طارق البشري عن مشكلة الوجود القانوني المفارق للواقع العملي، إن المنطق القانوني يستقيم في تداعيه وفقا لمناهج الاستدلال الصارمة المعترف بها، شريطة أن يصدر هذا المنطق عن المسلمات العامة التي ستبقى له صلته بالواقع الفعلي، بأن يكون للشخصية قوامها، وللمال تميزه، وللقرار وجوده الفعلي بوصفه تصرفا قانونيا.

فاضطراب أي من تلك المسلمات بطرء الصورية على الواقعة القانونية، أو بصيرورة الواقع غير الواقع، والحاصل غير حادث، يدعو إلى التوقف لتدبر الحال قبل أن يضل الفكر القانوني في توهيمات الخواء.

وتجنبنا لهذا الضلال المحتمل، " صاغ البشري رؤيته لصنيع الفكر القانوني في التوفيق بين الحقيقة القانونية و الحقيقة الواقعية .

وهي صياغة تدل على التحرر من سلطان التقليد، والتوجه - الذي يكاد يكون متفردا - نحو الاجتهاد الذي يحقق المصلحة ويدرك المفسدة، و تقديمه على ما قد يبدو، في القراءة الأولى، انه ظاهر أو النص نفسه².

وصفوة القول أن التأصيل القانون و تماسك النص هو نتيجة الرؤية الشاملة و الأصولية لرجل القانون.

ولنا في العلامة مصطفى الزرقا والمستشار طارق البشري خير دليل.

الجزء الثاني : نموذج تطبيقي :

يجدر بنا أن نبين - في ضوء ما تقدم - إلى أي مدى تتحقق معايير النصية التي أوردها دي بوجراندي، في النص القانوني بالنظر إلى طبيعة هذا النص والوظيفة التي يؤديها باعتباره وحدة لغوية تواصلية، و من أجل ذلك نسوق النص التالي الوارد في مجلة الالتزامات و العقود التونسية في الفرع المتعلق ببعض قواعد

عامة تتعلق بالقانون وهو الفصل 532 " نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة و عرف الاستعمال و مراد واضع القانون " .

1 طارق البشري، النص بين التشريع والإخبار، دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، 23 ديسمبر 2007.

² ممدوح الشيخ، طارق البشري القاضي، المؤرخ و المفكر...، مرجع سابق، ص.56-57.

يعتبر الفصل 532 م.إ.ع المرجع والأساس في تأويل النص القانوني الغامض و هو بذلك يتضمن قاعدة أصولية تعد منطلق كل عملية تأويلية للغموض تستتبع لاحقا بما أقره المشرع من قواعد تأويلية إضافية تساعد على بيان معنى النص ورفع الغموض اللاحق به.¹

حسب الفصل 532 م.إ.ع، نلاحظ أن المشرع قد حدد بكل دقة المعايير التأويلية المعتمدة في استخلاص المعنى الذي يدل عليه النص الغامض. وهي معيار "وضع اللغة" ومعيار "عرف الاستعمال" ومعيار "مراد واضح القانون".

بالإضافة إلى التماسك النحوي، هناك تماسك دلالي عبر استمرارية المعنى، وهذه الدلالة تستخرج من عبارات النص و ألفاظه بحسب ما يؤدي إليه "وضع اللغة" و "عرف الاستعمال" في إطار تحليلي متناسق يحافظ على التماسك السياقي للنص، و يضمن ترابطه المنطقي و تلاحم أجزائه، " و من ثم كان من الضروري لاستخدام منهج الشرح اللفظي من معرفة مقتضى الأساليب في اللغة العربية و طرق الدلالة فيها و ما تعنيه ألفاظها و تركيباتها، باعتبارها اللغة الرسمية المعتمدة في نشر القوانين"²

و من هذا المنطلق يستوجب فك غموض النص انطلاقا من "وضع اللغة" استعمال القواعد الأصولية اللغوية باعتبار أن هذه القواعد تتعلق بألفاظ النصوص من جهة إفادتها للمعاني والإحاطة بهذه القواعد نستلزم الوقوف على أقسام اللفظ بالنسبة للمعنى و معرفة ما يندرج تحت كل قسم من فروع و تقسيمات.³

في هذا الإطار، بين الأستاذ أحمد بن طالب في مقاله الهام: القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب، بأن تطبيق محكمة التعقيب للشرح اللفظي بواسطة الفصل 532 م.إ.ع قد أفرز وجود خمسة توجهات تأويلية مستنتجة منه وهي:

- التوجه الأول: النص الواضح لا يؤول بل يطبق.
- التوجه الثاني: لا يمكن تحميل النص أكثر مما تقتضيه عبارته .
- التوجه الثالث: يؤخذ معنى النص من تركيبته النحوية و بنائه اللغوي .
- التوجه الرابع: يؤخذ المعنى اللفظي للنص من عرف الاستعمال.
- التوجه الخامس: يجوز الاستئناس بالترجمة الأجنبية (الفرنسية خصوصا)⁴

1 حول تحليل الفصل 532 م.إ.ع، انظر بمزيد التفصيل الدكتور عبد المنعم العبيدي و الرئيس الحبيب الصياحي، شرح القواعد العامة للقانون (دراسة تحليلية تأصيلية للقواعد العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود)، دار الكتاب، الطبعة الثانية، تونس 2017، ص.25-35.

² الدكتور عبد المنعم العبيدي و الرئيس الحبيب الصياحي، نفس المرجع، ص.27.

³ المصدر نفسه، ص.27-28.

4 أحمد بن طالب، القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب، مقال منشور "خمسون عاما من فقه القضاء المدني" 1959-2009، مركز النشر الجامعي، تونس 2010، ص.153-154-155.

كما أن التفسير الداخلي للنص القانوني يستوجب بالإضافة إلى إعمال معيار "وضع اللغة" إعمال معيار "عرف الاستعمال"، وهذا المعيار يحتل في الحقيقة معنيين:

-الأول أن يكون المقصد منه "عرف الاستعمال اللغوي" مما يتطلب ضرورة استبعاد الشواذ اللغوية في عملية التأويل وضرورة الأخذ بعين الاعتبار "الاستعمال الجاري" لمعنى اللفظ.

-الثاني أن يكون المقصد من عبارة "عرف الاستعمال" هو عرف الاستعمال القانوني للدلالات اللغوية.¹

أما بخصوص التفسير الخارجي للنص فإن غايته استجلاء "مراد واضع القانون"، وهذا التفسير الخارجي يعتمد على طرق واليات مختلفة تمكن من رفع الغموض الذي يلحق بالنص وأهمها حكمة التشريع وتقريب النصوص والأعمال التحضيرية والمصادر المادية².

كما يجب أن تكون قراءة النصوص قراءة سياقية شاملة للمقاصد التشريعية في الزمان "تؤسس إلى فهم سليم للنصوص في سيرورتها التطبيقية بحيث نتحول من القراءة المقاصدية للنص في ذاته إلى قراءة المقاصد التشريعية العامة ككل، مع الأخذ بعين الاعتبار في إجراء هذه القراءة مدى انفتاح وضع اللغة و عرف الاستعمال و قدرتهما على استيعاب الغايات المقاصدية التشريعية المتطورة..."³.

و بعد تحليل هذا النص الهام نخلص أنه من الناحية الدلالية جاءت هذه القاعدة: واضحة (خالية تماما من الابهام و الغموض) و موجزة (دون وجود عناصر لغوية زائدة أو غير ضرورية) و مترابطة (في هيكل متجانس) ثابتة و متسقة (مع الأحكام الأخرى في القانون المدني و أحكام غيره من القوانين) و كاملة و مفهومة (يمكن فهمها بسهولة من قبل المخاطبين بها) و هكذا تحققت في هذا النموذج

معايير النصية التي تحدث عنها دي بوجراند و هي: التماسك اللفظي، التماسك المعنوي، القصد، القبول، رعاية الموقف، الإخبارية، التناص.

يتبين مما سبق أن المبدع القانوني هو من يحيط كذلك بعلم الأصول و خير لمن يريد فهم هذا العلم على وجهه و يرسخ فيه أن يرجع في قرائته إلى كتب الأوائل و من أحسن من أبدع في هذا المجال و أعطى صورة إجمالية لعلم

¹ الدكتور عبد المنعم العبيدي والرئيس الحبيب الصياحي، شرح القواعد العامة للقانون، مرجع سابق، ص.30.

² حول هذه الطرق والآليات، أنظر: محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة، الأشخاص، إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، طبعة أولى، 2002، ص.156 وما يليها. / توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية بيروت لبنان، ص.437 وما يليها.

³ عبد المنعم العبيدي والحبيب الصياحي، شرح القواعد العامة للقانون، مرجع سابق، ص.34.

الأصول مادة و ترتيبا للإمام الغزالي و هنا نورد نصا من كتابه " المستصفي من علم الأصول " و هو نص جليل جدا¹ لسببين اثنين :

أحدهما : أن هذا النص قد تضمن ترتيبا بديعا و قد أحس الغزالي بقيمة هذا الترتيب فقال في مطلع كتابه : " و أتيت فيه بترتيب لطيف عجيب ، يطلع الناظر في أول وهلة على جميع مقاصد هذا العلم و يفيد الاحتواء على جميع مسارح النظر فيه "2 .

و الثاني : أن تصور العلم بصفة إجمالية من أكبر الأسباب التي تعين على فهمه، ليكون الدارس على بصيرة بمعالم العلم الذي يدرسه، مستحضرا لهيئته الكلية، عارفا بحدوده و أبعاده و موقع كل مبحث في مباحثه.³

و لهذا يقول الغزالي عقب كلامه السابق : " فكل علم لا يستولي الطالب في ابتداء نظره على مجامعه و لا مبانيه فلا مطمع له في الظفر بأسراره و مباغيه "4.

و يضيف الغزالي ما يلي :

" اعلم أنك إذا فهمت أن نظر الأصولي في وجوه دلالة الأدلة السمعية على الأحكام الشرعية لم يخف عليك أن المقصود معرفة كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة ، فوجب النظر في الأحكام ، ثم في الأدلة و أقسامها، ثم في كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة ، ثم في صفات المقتبس الذي له أن يقتبس الأحكام .

فان الأحكام ثمرات، و كل ثمرة فلها صفة و حقيقة في نفسها، و لها مثمر و مستثمر و طريق في الاستثمار :

و الثمرة : هي الأحكام، أعني الوجوب، والحظر، والندب، والكرهية، والإباحة، والحسن والقبح، والقضاء، والأداء، والصحة، والفساد، وغيرها .

و المثمر⁵ : وهي الأدلة، و هي ثلاثة : الكتاب، والسنة، والاجماع ، فقط .

و طرق الاستثمار : وهي وجود دلالة الأدلة، و هي أربعة ، ان الأقوال اما أن تدل على الشيء بصيغتها ومنضمومها أو بفحواها و مفهومها، و باقتضائها و ضرورتها، أو بمعقولها و معناها المستنبط منها .

و المستثمر : هو المجتهد ، ولا بد من معرفة صفاته، و شروطه و أحكامه .

1 حول قيمة هذا النص ، أنظر مقدمة كتاب المرتقى الذلول الى نفائس علم الأصول للعلامة عبد الرحمان بن ناصر السعدي ، المكتبة الاسلامية ، الطبعة الثالثة ، 2010، ص.19 (تقديم أبي الفضل عبد السلام بن محمد بن عبد الكريم) .

2 الامام الغزالي ، المستصفي ، 8/1 .

3 أبي الفضل عبد السلام بن محمد بن عبد الكريم ، تقديم كتاب المرتقى الذلول النفايس علم الأصول للعلامة السعدي ، المرجع السابق ، ص.19.

4 المستصفي ، 8/1 .

5 المثمر اسم مفعول من الفعل ثمر بمعنى استثمر ، و يقصد بالمثمر : الشجرة التي تحمل الثمرة لأن المجتهد في عملية اقتباس الأحكام من الأدلة كأنه يستثمر الأدلة أو يثمرها .

*فاذا جملة الأصول تدور على أربعة :

- القطب الأول : في الأحكام، والبداية بها أولى، لأنها الثمرة المطلوبة .
- القطب الثاني : في الأدلة، وهي الكتاب و السنة والإجماع، و بها التثنية، إذ بعد الفراغ من معرفة الثمرة لا أهم من معرفة المثمر .
- القطب الثالث : في طريق الاستثمار، وهو وجود دلالة الأدلة هي أربعة : دلالة بالمنظوم ، ودلالة بالمفهوم ، ودلالة بالضرورة والاختضاء ، ودلالة بالمعنى المعقول .
- القطب الرابع : في المستثمر ، وهو المجتهد الذي يحكم بظنه ، ويقابله المقلد الذي يلزمه إتباعه ، فيجب ذكر شروط المقلد و المجتهد و صفاتها¹.

و بعد هذا الإيجاز الرائع لعلم الأصول ، يتجه القول بأنه أولى برجل القانون أن يعني بهذا العلم و يأخذ نفسه بدراسة قواعده استدلالا عليها و تطبيقا لها على نهج من تقدمه من الأئمة وهي مادة هامة يجدر أن تدرس بكليات الحقوق لأهميتها في تنمية الملكة القانونية لطالب الحقوق و هذا ما دعا إليه أساتذة أجلاء في تونس أمثال الأستاذ أحمد بن طالب في مقاله الرائع " فقه القانون المدني اليوم " الذي أكد أن منهج مجلة الالتزامات و العقود هو منهج مميز يقوم من مزاجية بين منهج الشرح على المتون و أصول الفقه و القواعد الفقهية الكلية ، " فهو يعتمد أدوات الشرح على المتون من تفريق بين غموض النص و سكوته و شرح لفظي و قصدي و بحث عن مراد واضع القانون (الفصل 532 م.إ.ع) و حكمة التشريع (الفصول 536 ، 537 ، 538 م.إ.ع) و استعمال القياس (الفصل 535 م.إ.ع) و تمييز المبدأ عن الاستثناء (الفصل 540 م.إ.ع) و تمحيص التشريع النافذ من التشريع المنسوخ (الفصل 542 م.إ.ع) ...

ويكرس بجانب ذلك و في الآن ذاته قواعد أصولية تستوعب جانبا من المفردات المنهجية المذكورة كالشرح اللغوي والقياس ودوران الحكم مع علته (حكمة التشريع) والنسخ، ويضيف إليها العموم والخصوص (الفصلين 533 و 534 م.إ.ع) والتيسير والترجيح بالاستحسان (الفصل 541 م.إ.ع) وبطلان المنهي عنه (الفصل 539 م.إ.ع) واعتبار العرف والعادة (الفصلين 543 و 544 م.إ.ع) والاستصلاح (الفصل 557 م.إ.ع) والاستصحاب (الفصل 562 م.إ.ع) ... و قائمة طويلة ذكرية من القواعد الكلية للفقه الإسلامي تحت تسمية القواعد العامة للقانون " ².

¹ المستصفي للغزالي 12/1.

² أحمد بن طالب ، فقه القانون المدني اليوم ، مقال منشور بكتاب المسائل في فقه القانون المدني المعاصر ، أعمال ملتقى نظمتها وحدة البحث "قانون مدني" بكلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس 2014 ، ص.19-20.

وعليه دعا الأستاذ أحمد بن طالب إلى ضرورة إدراج مادة أصول الفقه و شرح القواعد الأصولية في برنامج التدريس في كليات الحقوق والمعهد الأعلى للقضاء¹.

كما أكد الأستاذ أحمد بن طالب تواتر القواعد العامة للقانون في فقه القضاء واعتماد الكثير من غير المكتوب منها بالرجوع إلى أصول الفقه ومجلة الأحكام العدلية خصوصا².

كما أكد الأستاذ عبد المنعم العبيدي على ضرورة تدريس علم الأصول لأنه يساهم في تنمية الملكة القانونية، " لأن قواعد هذا العلم موازين لفهم العبارة العربية وصحة تفسيرها ومعرفة المراد منها وما دام القانون ينشر باللغة العربية فهو، بالضرورة، يخضع في تفسيره لهذه القواعد أو للعديد منها على الأقل³."

وأهمية هذه القواعد هو الذي جعل الأستاذ محمد صالح العياري في كتابه "مجلة الالتزامات والعقود في ضوء متغيرات العصر ومستجداته الحضارية" يقترح إدراج العديد منها، حيث يقول أنه " كان مفيدا لو اشتملت الفصول المتعلقة بالقواعد الكلية على القواعد الكلية التالية:

- تطلق عبارة النص على بنيته اللفضية المكونة من تركيب مفرداته وجمله .

- إذا كان لبعض مفردات النص معنى لغوي و معنى إصلاحي يحمل اللفظ على معناه الاصطلاحي ما لم يدل سياق النص على استعمال المشرع للفظ في معناه اللغوي دون معناه الاصطلاحي.

- تطلق كلمة منطوق النص أو حرفية النص على المعنى المتبادر فهمه من عباراته و يكون هو المقصود في مجال سياقه.

- تطلق كلمة دلالة النص على المعنى المستفاد من روحه بطريقة معقولة سواء أكانت استفادة المعنى من طريق مفهوم الموافقة أو من طريق مفهوم المخالفة أو من طريق إشارة النص أو من طريق إيماؤه.

- إذا لم يوجد نص قانوني صريح اعتبر القياس وإلا جرى الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد العدل والإنصاف على الترتيب:

- لا قياس في موضع النص.

- لا قياس مع قيام الفارق إلا إذا كان الفارق غير مزيل للتماثل بين الأصل والفرع.

- يجمع في الحكم بين التماثلين لاتحاد العلة فيهما .

¹ أحمد بن طالب ، نفس المرجع ، هامش 22 ، ص.20 .

² أنظر أحمد بن طالب ، القواعد العامة للقانون في فقه القضاء محكمة التعقيب ، في خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959-2009 ، مركز النشر الجامعي ، ص.145 .

³ عبد المنعم العبيدي والحييب الصياحي ، شرح القواعد العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص.29 .

- و يفرق بين المختلفين لتعكس العلة فيهما ...
- تخصيص أمر بالذكر ليس نفيًا لما عداه فيما أريد من ذلك التخصيص ما لم يصرح القانون بخلاف ذلك.
- التابع تابع لا يفرد بحكم .
- يجمع بين المختلفين في الحكم لاشتراكهما في سببه .
- العمد و الخطأ في أموال الناس سواء.
- أعمال الكلام أولى من اهماله .
- الأصل حمل الكلام على معناه الحقيقي و لا يسار إلى المجاز إلا إذا كان الحمل على المعنى الحقيقي متعذرا .
- إذا احتمل النص معنيين يؤثر ما يجعل النص ذا أثر على ما يتركه عديم الأثر .
- المعروف عرفا كالمشروط شرطا.
- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.
- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.
- الأصل في الأمور العارضة العديم.
- المعدوم حكما كالمعدوم حسا.
- المشقة تجلب التيسير .
- الضرر يزال مهما تقادم حدوثه.
- الاضطرار لا يبطل حق الغير.
- درء المضار أولى من جلب المنافع.
- لا ضرر ولا ضرار.
- الجواز الشرعي ينافي الضمان.
- المطلق من النصوص يحمل على المقيّد عند اتحاد الحكم فيهما.

- يرجع في مفهوم النصوص وتفسيرها وتأويلها ودلالاتها إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي¹.

كما خصص الأستاذ عبد المجيد الزروقي كتابا كاملا لأصول الفقه أسماه "أصول الفقه - مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته" بين فيه أهمية مادة أصول الفقه².

يساهم أصول الفقه في التأسيس المنهجي للعقلية العلمية لطالب الحقوق التي تبنى على الدليل والبرهان، ولذلك فهو "علم لا يستغنى عنه رجال الفقه والقانون، والقضاة ممن يرومون تحاشي السطحية في فهم وتفسير النصوص وتكييف الوقائع واستنباط الأحكام"³.

رجل القانون يحتاج إلى هذا العلم، لأن القواعد والأصول التي قررها علم أصول الفقه، مثل مباحث الكتاب والسنة، والإجماع والقياس، وبقية المصادر المختلف فيها، كالاستحسان، وسد الذرائع، والمصالح المرسله، والعرف، بالإضافة إلى القواعد الأصولية لتفسير النصوص، وطرق دلالة الألفاظ والعبارات على معانيها، ووجود هذه الدلالة، وقواعد الترجيح بين الأدلة، كل ذلك وغيره تلزم الإحاطة به من قبل طلبة الحقوق من أجل الوصول إلى تفسير القوانين ومعرفة ما انطوت عليه من أحكام وطرق استنباط، فهي تكسبه ملكة النقد والتقويم، والمقارنة بين الأدلة والموازنة بينها، كما تعلمه أدوات الترجيح بدليله وشروطه⁴.

فمن الصعب على شراح القانون الوصول إلى عمق النصوص للحصول على قصد المشرع لبيان هذا القصد وإيصاله إلى ذهنية الطالب القانوني، أو تقديم

تسهيلات إيضاحية للقضاء قصد تطبيق القانون، ما لم يكن هؤلاء الشراح مسلحين بسلاح قواعد أصول الفقه، وكذلك من الصعب على طلبة القانون في الدراسات العليا التخلص من ظاهرة السطحية المتفشية في معالجة الأمور المتعلقة بموضوع البحث ما لم يستعينوا بقواعد وقوانين أصول الفقه⁵.

لأهمية علم أصول الفقه قامت بعض الدول غير الإسلامية بترجمته وتدرسه في كليات القانون، وهو حاليا يدرس في جامعة هارفرد في أمريكا، وقد تمت قبل زمن ترجمة رسالة الإمام الشافعي في أصول الفقه إلى اللغة الإنجليزية لتدريسها في كليات القانون⁶.

1 محمد صالح العياري، مجلة الالتزامات والعقود في ضوء متغيرات العصر ومستجداته الحضارية، طبعة أولى سنة 1997، ص.70 وما بعدها.

2 عبد المجيد الزروقي (مدرس بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس)، أصول الفقه - مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) وفلسفته، مجمع الأطرش للكتاب المختص، طبعة 2017.

3 أنظر مصطفى إبراهيم الزلي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، العراق، طبعة 9، ص.4.

4 أنظر جمال الديب، أهمية تدريس علمي الفقه وأصول الفقه في كليات الحقوق، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الأول، مارس 2019، ص.466 وما يليها.

⁵ المصدر نفسه، ص.474.

⁶ مصطفى إبراهيم الزلي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مرجع سابق، ص.13-14.

و إذا كان أصول الفقه يبين مناهج الوصول و طرق الاستنباط ، فان الفقه يستنبط الأحكام على ضوء المناهج التي يبينها علم الأصول، و يطبق القواعد التي قررها و كلاهما يساهمان في تكوين المجتهدين ، و شحذ ملكات الفهم، و التحليل، و التركيب، و القياس، و النقد و المقارنة و الترجيح و تقوية ملكة الاستدلال ، و الاحتجاج و الاستنتاج.¹

كما يساعدان رجال القانون على فهم الوثائق والنصوص القانونية بطرق سليمة، وتفسيرها تفسيراً دقيقاً، فيعرفون منطوقها ومفهومها، وعمومها وخصوصها، ومطلقها ومقيدها.

وصفة القول أنه لا يمكن الحديث عن الإبداع القانوني والتماسك النصي دون الحديث عن أصول الفقه و الفقه و ضرورة تمكن رجال القانون من هذه المواد الهامة جداً.

كما أن جهابذة القانون و مدرس القانون الرائع و الباحث الجيد هو من له القدرة على تنظيم المعلومات التي يريد نقلها إلى الطالب أو القارئ، تنظيمًا منطقيًا له معناه و مدلوله ، مرتبًا أفكاره ترتيبًا متسلسلاً² في أسلوب علمي رصين، بعيد عن الغموض و الإطالة، " فالعلم بالشيء وحده لا يكون باحثًا بالمعنى الحديث... ذلك أن المقدرة على التنظيم أمر لا يستهان به ولا يستغنى عنه، وما كل امرئ يستطيع تبويب المادة، وتوحيد أجزائها ووضع كل منها في مكانه اللائق به بقدره المناسب، بعد طرد ما هو تافه وخارج عن الموضوع.

وانك الآن تبني، وتكون من موادك الخام عمارة، ولا بد أن تكون مهندساً بارعاً ليحى عملك متناسقاً، مترابطاً، متكاملًا من دون زيادة هنا، أو نقص من هناك و من دون اضطراب، أو تفكك..."³.

ليس من المبالغة في شيء أن يقال: إن التخطيط لبحث عملية هندسية لتنسيق مباحثه، والتلاؤم بين أجزائه، وإظهار ما يستحق منها الإبراز، والتركيز، فالباحث كمهندس معماري، يهتم بالتركيبات، والقطاعات فيما بينها، كما يهتم بالشكل الخارجي، وإنما يتميز مهندس عن آخر كما يتميز باحث عن آخر بلمساته الفنية، والتلاؤم بين الأجزاء، في صورة متناسبة، وعرض أخذ...⁴.

البحث عن التناسق و التلاؤم بين الأفكار هي عنوان كل نص جيد يستطيع إيصال الفكرة بسهولة.⁵

هذا بصفة عامة، أما النص القانوني بصفة خاصة فيتطلب أكثر اتساق و تلاؤم لأن دلالاته لا يقتصر في شأن من أصدره وإنما هو دائماً يتعدى إلى الغير.

1 جمال الديب ، أهمية تدريس علمي الفقه و أصول الفقه في كليات الحقوق ، مقال سابق ، ص.480 .

2 أنظر الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، كتابة البحث العلمي صياغة جديدة ، مكتبة الرشد ، بيروت ، الطبعة التاسعة ، 2005 ، ص.37-38 .

3 الطاهر علي جواد ، منهج البحث الأساسي الأدبي المؤسسة العربية للدراسات و النشر ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1979 ، ص.42 إلى ص.48 .

4 عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، كتابة البحث العلمي صياغة جديدة ، المرجع السابق ، ص.55 .

5 - Produire un texte écrit est défini par Jean-Paul Bronckart comme la capacité à « réaliser une unité de production véhiculant un message linguistiquement organisé et tendant à produire sur son destinataire un effet de cohérence ».

❖ المصادر و المراجع :

أولاً : الكتب :

- الدكتور حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة .
 - عليوة مصطفى فتح الباب، أصول سنن و صياغة و تفسير التشريعات، مكتبة كوميت، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007 .
 - الدكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999 .
 - الدكتور جمال عبد المجيد، البديع بين البلاغة العربية و اللسانيات النصية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2006.
 - الدكتور سعيد أحمد بيومي، لغة القانون في ضوء علم لغة النص (دراسة في التماسك النصي) دار الكتب القانونية، مصر الطبعة الأولى، 2010.
 - وجددي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1986 .
 - ممدوح الشيخ، طارق البشري القاضي... المؤرخ... المفكر... وداعية الاصلاح، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي الطبعة الأولى بيروت 2011 .
 - الدكتور عبد المنعم العبيدي و الرئيس الحبيب الصياحي، شرح القواعد العامة للقانون (دراسة تحليلية تأصيلية للقواعد العامة الواردة بمجلة الالتزامات و العقود)، دار الكتاب، الطبعة الثانية، تونس 2017 .
 - عبد المجيد الزروقي، أصول الفقه - مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه) و فلسفته، مجمع الأطرش للكتاب المختص، طبعة 9. 2017 .
 - مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، العراق .
 - الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، كتابة البحث العلمي صياغة جديدة، مكتبة الرشد، بيروت، الطبعة التاسعة، 2005 .
- ثانياً : البحوث و المقالات :
- المستشار طارق البشري، النص بين التشريع و الإخبار، دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، 2007.
 - أحمد بن طالب، القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب، مقال منشور " خمسون عاما من فقه القضاء المدني " 1959 - 2009، مركز النشر الجامعي، تونس 2010 .

- أحمد بن طالب، فقه القانون المدني اليوم، مقال منشور بكتاب المسائل في فقه القانون المدني المعاصر، أعمال ملتقى نظمته وحدة البحث "قانون مدني" بكلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014 .

- جمال الديب، أهمية تدريس علمي الفقه و أصول الفقه في كليات الحقوق، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33 الجزء الأول، مارس 2019 .

قراءة لأهم التعديلات التي جاء بها القانون 04/17 المعدل والمتمم للقانون 07/79 المتضمن قانون الجمارك الجزائري



د. حيرش نورالدين أستاذ محاضر - ب

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة معسكر

Email : hairechnou@univ-mascara.dz

ملخص :

يهدف هذا البحث إلى توضيح و بيان أهم التعديلات التي مست قانون الجمارك الجزائرية سنة 2017 بموجب القانون 04/17، و هذا من خلال استقراء و تحليل تلك التعديلات و مقارنتها مع ما كان موجود قبلها، و ما التغيرات التي ستطرأ على عمل جهاز الجمارك بعد تطبيقها على ارض الواقع، و هل ستغير هذه التعديلات من مهام هذا الجهاز على ارض الواقع و تجعله يتماشى مع التطورات الحاصلة على الصعيدين الوطني و الدولي، و ذلك بعد تحليل أحكام قانون الجمارك 07/79 و أحكام القانون 04/17 المعدل و المتمم له .

و في الأخير و بعد التحليل و الاستقراء لهذين النصين القانونيين لاحظنا إصابة المشرع في تعديله هذا لأنه سيجعل هذا الجهاز يتماشى حتما مع الأحداث و يواكبها على صعيد حماية الاقتصاد الوطني.

كلمات مفتاحية : الجمارك، الجريمة، المنظمة، الاقتصاد، الحماية .

Abstract :

The aim of this research is to illustrate the most important changes that were made to the Algerian Customs Law in 2017, by virtue of Act 17/04 , by comparing it with what was before it, and what changes have occurred in the work of the Customs Service after its application on the ground. . Will these amendments bring them into line with developments at the national and international levels.

We have recently noted the injury of the legislator in this amendment because it will make this body inevitably in line with events and in keeping with them in the area of protecting the national economy.

Keywords: Customs; crime; organization; economy; protection.

مقدمة :

إن موقع الجزائر الاستراتيجي و شساعت مساحتها يجعلها مركزا لعبور كل بضائع و سلع العصابات التي تحترف الجريمة المنظمة و الجريمة العابرة للحدود ، كما أنها تعتبر مركزا استراتيجيا لكل عمليات الغش و التهريب ، و هذا الموقع و هذه المساحة تجعل من الصعب مراقبة كامل الإقليم الوطني ، و مراقبة كامل حركة البضائع و الأشخاص منه و إليه ، كما أنها تعتبر مهمة صعبة جدا مهما جندت لها الدولة من الوسائل المادية و البشرية و القانونية.

و عليه و بناء على كل المعلومات و الإحصائيات الصادرة عن إدارة الجمارك حول النشاط الهائل الذي يعرفه الإقليم الجزائري و كذا الإحصائيات الصادرة من مختلف الجهات الأمنية ، ارتأى المشرع الجزائري إلى إحداث تعديلات كبيرة و هامة في قانون الجمارك القانون 07/79 المؤرخ في 1979/07/21 ، سنة 2017 ، حيث مست تعديلاته الصادرة بموجب القانون 04/17 المؤرخ في 2017/02/16 معظم و اغلب مواد القانون 07/79 ، محاولا من خلالها المشرع دمج جهاز الجمارك في محاربة كل أنواع و أشكال الجريمة المنظمة و العابرة للحدود ، و تهريب و تبييض الأموال ، و تهريب الغش في السلع و البضائع ، لذلك حاولت في هذا البحث التعرض بالقراءة لبعض المواد المعدلة ضمن القانون 07/79 بموجب تعديل 2017 ، حيث حاولت التعرض إلى مهام إدارة الجمارك بعد هذا التعديل ، و كذا مجال تطبيق قانون الجمارك ضمن نفس التعديل ، تم التطرق إلى المنازعات الجمركية من خلال تناول محاضر الحجز و المعاينة ، تم مسؤولية إدارة الجمارك وفقا لهذا التعديل .

المبحث الأول : مهام إدارة الجمارك و مجال تطبيق قانونها ضمن تعديل 2017 :

سأطرق في هذا المبحث إلى التعديلات التي مست مهام إدارة الجمارك ، و كذا التعديلات التي مست مجال تطبيق قانون الجمارك ضمن التعديل الذي جاء به المشرع سنة 2017 بموجب القانون 104/17¹.

المطلب الأول : مهام إدارة الجمارك وفقا لتعديل 2017 :

عدل المشرع الجزائري سنة 2017 بمناسبة إصداره للقانون 04/17 من مهام إدارة الجمارك ، حيث عدل من صياغة المادة 3 من القانون 07/79 بموجب المادة 2 من القانون 04/17 ، كما أضاف بعض المهام الجديدة لها ، فبعدها كانت مهامها تتمثل في تطبيق قانون التعريف و التشريع الجمركيين ، و السهر عند الاستيراد و التصدير على تطبيق التشريع الخاص بالتجارة الخارجية ، و التشريع الذي يضبط العلاقات المالية مع الخارج و مراقبة ذلك ، و السهر على مراقبة الحدود و أنواع النشاط البحري و نشاط الموانئ في المجال الجمركي ، و إعداد إحصائيات التجارة الخارجية ، و السهر طبقا للتشريع على حماية الحيوان و النبات و التراث الفني و الثقافي².

و أصبحت إدارة الجمارك بموجب تعديل 2017 تنفذ جميع الإجراءات القانونية و التنظيمية التي تسمح بتطبيق موحد للتشريع و التنظيم الجمركيين ، و كأن المشرع في هذه المهام وسع لإدارة الجمارك مجال القوانين التي تطبقها و التي تساعدها في تطبيق التشريع و التنظيم الجمركيين ، بعدما كانت في الماضي تواجه عراقيل و صعوبات بموجب تعارض مهامها مع بعض القوانين التي تمنعها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من تطبيق مهامها³.

إضافة إلى ذلك تُحَصِّلُ إدارة الجمارك بموجب هذا التعديل الحقوق و الرسوم والضرائب المستحقة عند استيراد و تصدير البضائع ، و العمل على مكافحة العش و التهرب الجبائين ، و هنا قام المشرع بتوضيح و تحديد عمل و مسؤولية إدارة الجمارك في مجال الاستيراد و التصدير للبضائع ، من خلال تكليفها بتحصيل كل الحقوق و الرسوم و الضرائب المتعلقة بهما ، بالإضافة إلى تكليفها بمهمة محاربة الغش و التهرب الجبائي الذي لم يكن ينص عليه في صراحة في القانون 07/79 قبل تعديل 2017⁴.

كما أصبح من مهام إدارة الجمارك بعد سنة 2017 مهمة مكافحة المساس بحقوق الملكية الفكرية كالية و الاستيراد و التصدير غير المشروعين للممتلكات الثقافية ، بعدما كانت مكلفة بحماية التراث الفني و الثقافي فقط.

¹ القانون 04/17 المؤرخ في 16/02/2017 المعدل و المتمم للقانون 07/79 المؤرخ في 21/07/1979 المتضمن قانون الجمارك ، ج ر ، عدد 11 ، لسنة 2017 .

² المادة 3 من القانون 07/79 قبل تعديل 2017

³ المادة 3/3 من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

⁴ المادة 4/3 من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

وأشركت إدارة الجمارك بشكل واضح و صريح في حماية الاقتصاد الوطني و ضمان مناخ سليم للمنافسة بعيدا عن كل ممارسة غير مشروعة ، و هي المهمة التي كانت تقوم بها في الواقع ، لكن المشرع لم يكن ينص عليها صراحة في قانون الجمارك¹ .

كما قام المشرع بتوسيع مهام إدارة الجمارك ضمن هذا التعديل ، المتعلقة بضمان إعداد إحصائيات التجارة الخارجية و تحليلها و نشرها ، بعدما كانت في السابق مكلفة بإعداد إحصائيات التجارة الخارجية فقط و إرسالها لوزارة المالية التي تتكفل هي بتحليلها و نشرها².

و قد كلف المشرع كذلك إدارة الجمارك بالسهر طبقا للتشريع و التنظيم ساري المفعول على حماية الحيوان و النبات و هي مهمة كانت موجودة ضمن القانون 07/79 ، لكنه أضاف إليها سنة 2017 مهمة المحافظة على المحيط و القيام بالتنسيق مع المصالح المختصة بمكافحة تهريب و تبييض الأموال و الجريمة العابرة للحدود ، و مكافحة الاستيراد و التصدير غير المشروعين للبضائع التي تمس بالأمن و النظام العموميين ، و التأكد من ان البضائع المستوردة أو الموجهة للتصدير قد خضعت لإجراءات المراقبة المطابقة ، طبقا لما ينص عليه التشريع و التنظيم الخاضعين لها³ ، و هي مهام لم تكن موجودة من قبل ضمن القانون 07/97 ، أضافها المشرع بموجب القانون 04/17 سنة 2017 ، و كأنه يرغب في إدراج إدارة الجمارك في عملية مكافحة الفساد و الجريمة العابرة للحدود ، و ذلك بمنحها صلاحيات واسعة في هذا المجال ، خاصة في مجال الاستيراد و التصدير الذي يعد أهم مجال لتهريب و تبييض الأموال و الفساد و تهريب العملة الصعبة .

المطلب الثاني : مجال تطبيق قانون الجمارك بعد تعديل 2017 :

طبقا للمادة 4 من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 ، فان التشريع و التنظيم الجمركيين يطبقان على جميع البضائع المستوردة أو المصدرة ، بالإضافة إلى جميع البضائع الموضوعة تحت نظام جمركي اقتصادي مرخص به⁴ ، بعدما كان يطبق على جميع البضائع دون تحديد صريح لها ، التي تعبر الحدود سواء الدخول أو الخروج من الإقليم الجمركي⁵ ، حيث نص المشرع هنا على الإقليم الجمركي و ليس الإقليم الوطني ، و بالتالي هناك فرق واضح بينهما .

و عليه سأتطرق في هذا المطلب إلى مجال تطبيق قانون الجمارك و ذلك من خلال التعرض إلى المصطلحات التي جاء بها القانون بعد تعديل 2017 ، و كذا التعريف الجمركية ، و من ثم سأتناول الشروط الخاصة بتطبيق القوانين و التنظيمات الجمركية حسب تعديل 2017 .

¹ المادة 5/3 من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

² المادة 6/3 من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

³ المادة 7/3 و ما بعدها من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

⁴ المادة 4 من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

⁵ المادة 4 من القانون 07/79 قبل تعديل 2017 .

الفرع الأول: تحديد المصطلحات و التعريف الجمركية وفقا لتعديل 2017 :

سأعرض في هذا الفرع إلى تحديد المصطلحات الجمركية التي كانت موجودة في القانون 07/79 و التي جاء بها المشروع ضمن القانون 04/17 ، بالإضافة إلى التطرق إلى التعريف الجمركية وفقا لتعديل 2017 .

أولا : تحديد المصطلحات الجمركية :

من اجل تطبيق أحسن لإحكام القانون 07/79 المعدل و المتمم بالقانون 04/17 ، قام المشروع بتوضيح مفهوم بعض المصطلحات التي تضمنها تعديل 2017 ، حتى لا يكون هناك لبس و غموض في فهمي معناها و تفسيرها و تعريفها ، بالرغم من انه كان ينص على بعضها ضمن القانون 07/79 ، إلا انه في سنة 2017 قام بتغيير تعريفها و حذف بعضها التي لم يعد يعمل بها منذ سنة 2017 ، و عليه أصبحت المصطلحات التي تضمنها هذا التعديل لها تعريف و تفسير غير الذي كان في ظل القانون 07/79 ، و هذا تماشيا مع التطورات التي عرفها العالم بأسره و الجزائر بالخصوص .

1 – المسافر : عرفه المشروع بموجب تعديله للمادة 5 من القانون 07/79 سنة 2017 على انه كل شخص يدخل للإقليم الجمركي أو يخرج منه ، و بالتالي حذف المشروع الحالات التي كان يتضمنها تعريف سنة 1979 للمسافر ، و ضمها كلها في الدخول إلى الإقليم الجمركي و الخروج منه¹.

2 – الأشياء و الأمتعة الشخصية : عرفت على أنها كل الإغراض الجديدة أو المستعملة التي يمكن أن يحتاجها المسافر في حدود المعقول ، لاستعماله الشخصي خلال سفره بسبب ظروف السفر ، باستثناء البضائع التي تستورد أو تصدر لأغراض تجارية²، حيث قام المشروع خلال تعديله لهذا التعريف بتغيير كلمة " الموارد " بكلمة " الإغراض " ، و بذلك يكون قد وسع من دائرة الأمور التي يمكن للمسافر أخذها أو جلبها معه ، لان كلمة " غرض " تبقى اقرب للمسافر من كلمة " مادة " لأنه هذه الأخيرة يمكن أن يدخل تحتها أشياء خاصة بالمسافر و أشياء خاصة بالتجارة .

3 – البضائع : عرفت على أنها كل المنتجات و الأشياء التجارية و غير التجارية ، و بصفة عامة جميع الأشياء القابلة للتداول و التملك ، أعاد المشروع صياغتها ضمن تعديل 2017 ، و ذلك بجذف عبارة " المعدلة لعبور الحدود الجمركية " .

4 – المراقبة : عرفت على أنها جميع التدابير المتخذة لضمان مراعاة القوانين و الأنظمة سارية المفعول التي تكلف إدارة الجمارك بتطبيقها ، حيث لم يمسه تعديل 2017 .

¹ المادة 5 من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

² المادة 5/ب من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

5 - الفحص : عرف بأنه التدابير القانونية و التنظيمية التي تتخذها إدارة الجمارك للتأكد من صحة التصريح الجمركي و صحة وثائق إثبات و مطابقة البضائع للبيانات الواردة في التصريح و الوثائق¹، أعاد المشرع صياغتها و تسميتها في تعديل 2017، بحيث سميت الفحص فقط بعدما كانت تسمى قبل 2017 " بفحص البضائع " ، و غيرت صياغتها لتصبح عباراتها شاملة لكل ما يجب فحصه و التأكد من صحته .

6- الحقوق و الرسوم : هي الحقوق الجمركية و جميع الحقوق و الرسوم و الأتاوى أو مختلف الإخضاعات الأخرى المحصلة من طرف إدارة الجمارك ، باستثناء الأتاوى و الإخضاعات التي يحدد مبلغها حسب التكلفة التقريبية للخدمات المؤداة ، بحيث أعاد المشرع صياغتها في تعديل 2017 من خلال إضافة الإخضاعات الأخرى المحصلة ، كما وضع الأتاوى و الإخضاعات المستثناة حسب تكلفتها التقريبية² .

و تجدر الإشارة إلى انه المشرع خلال تعديله للقانون 07/79 بموجب القانون 04/17 قام بحذف بعض المصطلحات التي كانت موجودة سابقا مثل البضائع المستعملة لتمويل التهريب ، و وسائل النقل³ ، و أضاف مصطلحات جديدة مثل البضائع المرتفعة الرسم ، المصرح لدى الجمارك ، البضائع التي تخفي الغش ، و وسائل النقل الخاصة بالبضائع محل الغش ، القوانين و التنظيمات الجمركية ، الوثيقة ، الحقوق و الرسوم المتملص منها أو المتغاضي عنها ، الإجراءات الجمركية⁴ ، هذه المصطلحات الجديدة أضافها المشرع لقانون الجمارك خلال تعديل 2017 ، و أعطى لكل واحدة منها تعريفها التشريعي ، حتى لا يترك للفقه و القضاء إمكانية تعريفها كل من وجهة نظره .

ثانيا : التعريف الجمركية بعد تعديل 2017 :

بعد تعديله للقانون 07/79 المتضمن قانون الجمارك سنة 2017 بموجب القانون 04/17 ، قام المشرع الجزائري و تماشيا مع التطورات الحاصلة على المستوى الدولي في مجال التعريف الجمركية ، بإعادة صياغة المادة 6 من القانون 07/79 المذكور أنفا ، صياغة كلية بحيث أصبحت تشمل التعريف الجمركية على مايلي : المدونة الملحقة بالاتفاقية الدولية للنظام المنسق لتعيين و ترميز البضائع ، البنود الفرعية الوطنية ، وحدات كميات التقييس ، نسب الحقوق الجمركية المتعلقة بالتعريف الجمركية⁵ ، بعدما كانت تشمل في السابق القانون العام المطبق على البضائع التي يكون منشأها بلد من البلدان التي يمنح الجزائر شرط امتياز الدولة الأكثر رعاية ، التعريف الجمركية المطبقة على البضائع التي يكون منشأها بلد أو مجموعة من البلدان مقابل منافع متناسبة ، إمكانية تطبيق تعريف أعلى من تعريف القانون العام على البلدان التي لا تمنح الجزائر شرط امتياز الدولة الأكثر رعاية⁶ .

¹ المادة 5/هـ من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

² المادة 5/و من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 2 من القانون 04/17 .

³ المادة 5 من القانون 07/79 قبل تعديل 2017 .

⁴ المادة 5 من القانون 07/79 بعد تعديل 2017 .

⁵ المادة 6 من القانون 07/79 بعد تعديل 2017 .

⁶ المادة 6 من القانون 07/79 قبل تعديل 2017 .

و عليه عدل المشرع و تم المواد 7 و 10 و 11 و 14 من القانون 07/79 بموجب القانون 04/17، بحيث أصبح يطبق التشريع و التنظيم الجمركيان اللذان تؤسس او تعدل بموجبهما الإجراءات التي تتولى إدارة الجمارك تنفيذها من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية¹، غير أن المشرع و بموجب الفقرة 2 من المادة 7 من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 4 من القانون 04/17 استثنى البضائع التي ثبت أنها قد أرسلت مباشرة اتجاه الإقليم الجمركي قبل نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، و التي يصرح بها للوضع للاستهلاك دون أن تكون موضوعة تحت نظام المستودع أو رهن الإيداع من قبل، فأنها تمنح الوضع السابق الأكثر أفضلية، بموجب القانون 07/79 قبل تعديل 2017².

و قد اشترط المشرع لاستفادة البضائع من ذلك الوضع تقديم إثبات عن آخر سندات النقل صادر قبل نشر القانون في الجريدة الرسمية، أو تقديم إثبات عن فتح اعتماد مستندي غير قابل للإلغاء و مؤكد لفائدة المون الأجنبي³.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بتطبيق القوانين و التنظيمات الجمركية :

كانت في السابق قبل 2017 تسمى ضمن القسم الثالث من الفصل الأول من قانون الجمارك 07/79 ب " شروط تطبيق قانون التعريفة " ، لكن بعد تعديل سنة 2017 بموجب القانون 04/17 أعاد المشرع تسميتها ب " شروط خاصة بتطبيق القوانين و التنظيمات الجمركية " ⁴، بالتالي لم ينحصر الأمر في التعريفة الجمركية فقط، و إنما توسع الأمر إلى كل القوانين و التنظيمات المرتبطة بقانون الجمارك .

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع غير التسمية فقط و ترك المواد المنظمة لها كما كانت عليه ضمن القانون 07/79 قبل تعديل 2017، و لم يمسه أي تعديل بموجب القانون 04/17.

المبحث الثاني: المنازعات الجمركية و مسؤولية إدارة الجمارك :

سأحاول في هذا المبحث التطرق إلى المنازعات الجمركية باعتبار إن محاضر إدارة الجمارك تشكل حجة قوية في تحريك الدعوى العمومية ضد المخالفين، بالإضافة التعرض إلى مسؤولية إدارة الجمارك .

المطلب الأول: المنازعات الجمركية :

في إطار تعديله لقانون الجمارك سنة 2017 و بموجب القانون 04/17، عدل و تم المشرع الفصل الخامس عشر من القانون 07/79 المعنون بالمنازعات الجمركية، خاصة عنصرها الأول المتمثل في إثبات المخالفات، حيث ابقى

¹ المواد 7 و 10 و 11 و 14 من القانون 07/79 بعد تعديل 2017 .

² المادة 2/7 من القانون 07/79 بعد تعديل 2017 .

³ المادة 3/7 من القانون 07/79 بعد تعديل 2017 .

⁴ المادة 3 من القانون 04/17 المعدل و المتمم للقانون 07/79 .

على مضمون و محتوى المادة 241 من القانون 07/79 كما هي¹، بحيث منحت هذه الأخير صلاحية إثبات المخالفات للقوانين و الأنظمة الجمركية و ضبطها لعون الجمارك، و لكل عون من الأعوان المعينين بموجب أحكام المادة 14 من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بمشتملات الضبط القضائي، من ضباط الشرطة القضائية، و أعوان الشرطة القضائية، و الموظفين و الأعوان المنوطة بهم قانونا بعض مهام الضبط القضائي²، و من بينهم أعوان الجمارك.

كما خولت المادة 241 المذكورة أعلاه لأعوان الجمارك الحق في تحرير محضر لإثبات المخالفة يتعلق بما يلي :

- حجز الأشياء التي تطبق عليها المصادرة.

- حجز كل وثيقة ترافق هذه الأشياء كسند إثبات.

- الاحتفاظ مقابل سند إبراء إلزامي بكل شيء آخر يضمن الدين المستحق للخرينة و المترتبة على المخالفة .

كما منحت هذه المادة - 241 - لأعوان الجمارك صلاحية توقيف المتهمين في حالة ضبطهم متلبسين بجنحة وفقا لقانون الجمارك³.

إلا أن المشرع مس من خلال تعديله للقانون 07/79 المذكور أعلاه بالقسم الثاني من الفصل الخامس عشر من هذا القانون و المتعلق بمحضر الحجز، حيث وسع من صلاحيات أعوان الجمارك و من اختصاصهم، بحيث عدل و تم المواد 242 إلى 245 من القانون 07/79، بحيث نص في المادة 242 من القانون 07/79 المعدلة و المتممة بالمادة 106 من القانون 04/17 على انه بعد معاينة الجريمة الجمركية، يجب على أعوان الجمارك توجيه البضائع بما فيها وسائل النقل و الوثائق المحجوزة إلى اقرب مكتب أو مركز جمركي من مكان الحجز وإيداعه فيها، و يحرر فيه محضر الحجز⁴، على عكس ما كانت عليه قبل التعديل، بحيث تنص على وجوب توجيه فوراً إثبات المخالفة الأشياء و الوثائق و وسائل النقل المحجوزة إلى اقرب مكتب أو مركز للجمارك من مكان الحجز و تودع فيه⁵، و من خلال استقراء كلتا المادتين نلاحظ أن المشرع قد وضح بعد تعديل 2017 أن الأمر يتعلق بجريمة جمركية عكس ما كان عليه الأمر قبل 2017، بحيث لم يكن يوضح ذلك صراحة .

ضف إلى ذلك فإن المشرع منح أعوان الجمارك إمكانية تحرير محضر الحجز في مكان حددها في الفقرة 2 من المادة 242 بعد تعديل 2017، و يعتبر المحضر صحيحا في حالة عدم تمكنهم من القيام بذلك في مكان حجز البضائع، بحيث عدد هذه الأماكن على سبيل الحصر كما يلي :

¹ المادة 241 من القانون 07/79 المتضمن قانون الجمارك .

² المادة 14 من الامر 156/66 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية، المعدل و المتمم .

³ المادة 241 من القانون 07/79 المتضمن قانون الجمارك .

⁴ المادة 242 من القانون 07/79 المعدلة و المتمم بالمادة 106 من القانون 04/17 .

⁵ المادة 242 من القانون 07/79 قبل تعديل 2017 .

- مكاتب ضبط الشرطة القضائية و أعوانها بكل أصنافهم حسب ما ينص عليه قانون الإجراءات الجزائية .
 - مكاتب أعوان مصالح الضرائب .
 - مكاتب أعوان المصلحة الوطنية لحرس السواحل .
 - مكاتب الأعوان المكلفين بالتحريرات الاقتصادية و المنافسة و الأسعار و الجودة و قمع الغش ، مكتب موظف في المصالح التابعة لوزارة المالية ، مكاتب مقر المجلس الشعبي البلدي لمكان الحجز¹ .
- و الملاحظ إن هذا التوسع في الاختصاص الإقليمي لم يكن موجودا من قبل ضمن قانون الجمارك ، و إنما كان محصورا في أي مكتب أو مركز جمركي يوجد في نفس الناحية التي يوجد فيها مكان الحجز ، أو بمقر فرقة الدرك الوطني أو مكتب موظف تابع لإدارة المالية أو بمقر المجلس العبي البلدي لمكان الحجز² ، و كان المشرع في ذلك الوقت كان مضيق للاختصاص الإقليمي لأعوان الجمارك فيما يخص إعداد محاضر حجز صحيحة مع حالة توجيه البضائع المحجوزة لمكان آخر في مكان الحجز .

كما قام المشرع في نفس الإطار وهو تعديل القانون 07/79 بحذف محتوى المادة 243 من نفس القانون وتعويضه بالفقرة الأخيرة من المادة 242 من نفس القانون ، مع تغيير بعض المصطلحات فيها من أجل توسيع مجال حركة أعوان الجمارك وجاء نص هذه المادة باستثناء عن القاعدة العامة المتمثلة في توجيه البضائع المحجوزة لأقرب مكتب أو مركز الجمارك، بحيث يتمثل هذا الاستثناء في حالة استحالة التوجيه الفوري للبضائع المحجوزة لأقرب مكتب أو مركز جمركي، فإنه يمكن لأعوان الجمارك وضعها تحت حراسة المخالف للقانون الجمارك ، بعدما كان يسمى قبل تعديل 2017 بالمتهم ، أو تحت حراسة الغير، ويكون ذلك إما في أماكن الحجز نفسها أو جهة أخرى يختارها أعوان الجمارك للمحافظة على تلك البضائع المحجوزة³ .

و من خلال الإطلاع على التعديلات التي جاء بها القانون 04/17، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد قام بإلغاء المادة 244 ضمينا، وتحويل مضمونها إلى المادة 245 من القانون 07/79، مع تغيير صياغتها وتغيير بعض المصطلحات فيها من ضمنها حذف مصطلح المتهم وتعويضه بمصطلح المخالف.

وعليه فإنه وفقا المادة 245 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 106 من القانون 04/17 ، يجب أن يبين محضر الحجز المعلومات التي تمكن من التعرف على المخلفين والبضائع وإثبات مادية الجريمة، كما يجب أن يبين المحضر كذلك وعلى الخصوص تاريخ وساعة ومكان الحجز، الألقاب والأسماء والصفات والإقامة الإدارية للعون أو الأعوان الحاجزين والقباض المكلف بالمتابعة الألقاب والأسماء والهوية الكاملة للمخالف أو المخالفين وإقامتهم، حسب الحجز، الوقائع والظروف المؤدية إلى اكتشاف الجريمة، تعداد النصوص التي تنص على الجريمة وتلك النصوص المتعلقة

¹ المادة 2/242 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 106 من القانون 04/17 .

² المادة 2/242 من القانون 07/79 قبل تعديل 2017

³ المادة 243 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 106 من القانون 04/17

بالصعوبات المقررة لها، التصريح بالحجز للمخالف، وصف البضائع أو الطلب الموجه لهم لحضور هذا الوصف والتحرير المحضر، مكان تحرير المحضر وساعة ختمه.

وعند الاقتضاء لقب وأسم وصفة حارس البضائع المجوزة، تخفيضات المخالف، عرض رفع اليد إذا كان ذلك ممكناً، ختم المحضر.

ويمنع منعاً باتاً الحشو أو الإضافات المكتوبة بين الأسطر، وذلك تحت طائلة بطلان الكلمات المحشوة بين الأسطر أو المكتوبة بين الأسطر أو المضافة .

كما تخضع التشطيبات والإحالات للمصادقة من طرف جميع الموقعين على المحضر ، كما يوقع ويؤشر على الإحالات على الهامش وعدم التشطيبات من طرف كل الموقعين على المحضر.

أما بالنسبة للإحالات المسجلة في آخر المحضر، فإنه يجب التوقيع والتأثير والمصادقة عليها¹.

كما تمّ المشروع القانون 07/79 بالمادة 245 و 245 مكرر التي نصت على أنه في حالة حجز وثائق مزورة أو محرفة فإنه يبين في المحضر نوع التزوير وتوصف التعريفات والكتابات الإضافية، على أن توقع الوثائق المزورة أو المحرفة وتمضى بعبارة "لا تغير" من قبل الأعوان الحاجزين والمخالفين وتلحق بالمحضر الذي يشير إلى الإنذار الموجه للمخالف للتوقيع عليها وتدوين رده²، وهي في الواقع الفقرة الأخير من المادة 244 من القانون بموجب تعديل سنة 2017.

كما أوجب المشروع بموجب تعديل سنة 2017 على أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحراس السواحل الذين يقيمون بالحجز قبل ختم المحضر، عرض على المخالف رفع اليد عن وسائل النقل القابلة للمصادرة تحت كفالة قابلة للدفع أو إيداع قيمتها. حسب المادة 246 من القانون 07/79 المعدلة والمتمم بموجب المادة 108 من القانون 04/17 التي في الحقيقة هي نص المادة 245 من القانون 07/79 قبل التعديل³.

إلا أن المشروع منع أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحرس السواحل عرض رفع اليد على المخالفين عندما تكون وسائل النقل بشكل محل الجريمة أو قد صنعت أو هيئت أو كيفت أو جهزت من أجل إخفاء البضائع، أو قد استعملت لنقل البضائع المحصورة حسب مفهوم المادة 1/21 من القانون 07/79 غير أنه أجاز لهم عرض رفع اليد على المخالف قبل ختم المحضر عن وسائل النقل الموقوفة كضمان لدفع العقوبات المقررة تحت كفالة قابلة للدفع أو إيداع⁴.

¹ المادة 245 من القانون 07/79 المعدل والمتمم بالقانون 04/17.

² المادة 245 من القانون 07/79 المتمم بالمادة 107 من القانون 04/17.

³ المادة 246 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 108 من القانون 04/17

⁴ المادة 246 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 108 من القانون 04/17

كما ألزم المشرع أعوان الجمارك وأعوان المصلحة الوطنية لحرس السواحل الإشارة إلى اقتراح عرض رفع اليد والرد عليه في محضر الحجز¹.

كما قام المشرع بتعديل نص المادة 252 من القانون 07/79 بموجب المادة 108 من القانون 04/17، بحيث وضح فيها موضوع محضر المعاينة الذي يخص الجرائم الجمركية التي تتم معاينتها من طرف أعوان الجمارك على إثر مراقبة السجلات²، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 48 و 92 مكررا 1 من هذا القانون 07/79، وبصفة عامة على إثر نتائج التحريات التي يقوم بها أعوان الجمارك³.

كما يجب أن يبين محضر المعاينة البيانات التالية :

- ألقاب الأعوان المحورين وأسمائهم وصفاتهم وإقامتهم الإدارية.
- تاريخ ومكان التحريات التي تم القيام بها.
- لألقاب والأسماء والهوية الكاملة ومكان المخالف أو المخالفين.
- طبيعة المعاينات التي تمت والمعلومات المحصلة إما بعد مراقبة الوثائق أو إما بعد سماع الأشخاص.
- الحجز المحتمل للوثائق مع وصفها.
- الأحكام التشريعية والتنظيمية التي تم خرقها والنصوص التي تقمعهما كما يجب أن يبين المحضر الخاص بالمعاينة أن الأشخاص الذين أجريت عندهم عمليات المراقبة والتحري، قد أطلعوا على تاريخ ومكان تحرير المحضر وأنه تلي وعرض عليهم التوقيع⁴.

كما يجب أن يذكر في المحضر الذي يعلق على الباب الخارجي لمكتب أو مركز الجمارك المختص حالة عدم حضور الأشخاص المستعدون قانونيا لدى مصالح الجمارك المختصة⁵.

وتجدر الإشارة إلى أن المحاضر الجمركية ذات قوة ثبوتية قاطعة ما لم يتم الطعن فيها بالتزوير، كما أنها تثبت صحة المعاينات المادية الناتجة عن استعمال حواسهم أو بوسائل مادية من شأنها المادي بالتحقق من صحتها، وهي المحاضر التي حررها عونين⁶، مخلفين من بين الضباط وأعوان الجمارك على الأقل، المذكورين في المادة 241 من القانون

¹ المادة 246 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 108 من القانون 04/17

² المادة 252 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 108 من القانون 06/17، أحسن بوسقيعة، جريمة التهريب في القانون الجزائري على ضوء الممارسة القضائية ومستجدات قانون الجمارك، منشورات ات ك س، عين البنيان، الجزائر، 2017.

³ المادة 48 من القانون 07/79 تتعلق بحق الإطلاع الخاص بإدارة الجمارك، المادة 92 مكررا 1 تتعلق بالتحقق من صحة التصريحات.

⁴ المادة 2/252 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 108 من القانون 04/17.

⁵ الفقرة الأخيرة من المادة 252 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 108 من القانون 04/17.

⁶ المادة 245 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 108 من القانون 07/17.

07/79 ، كما ثبتت هذه المحاضر صحة الاعترافات والتصريحات المسجلة فيها ، ما لم تثبت عكسها وذلك بمراجعة المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية¹ ، كما أنها محاضر صحيحة ما لم يثبت عكسها.

المطلب الثاني : مسؤولية إدارة الجمارك :

بناء على ما جاء في القانون 07/79 المعدل والمتمم بموجب القانون 04/17 فإن إدارة الجمارك تعتبر مسؤولية مدنية عن الأعمال التي يقوم بها أعوانها ، حيث وجب ما نصت عليه المادة 33 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بموجب المادة 126 من القانون 04/17 ، فإنه في حالة ما إذا كان الحجز المطبق من طرف أعوان الجمارك بمقتضى المادة 141 من القانون 07/79 لا يستند إلى أي أساس قانوني ، فإنه يحق لمالك البضائع طلب حسة فائدة تعويضية قدرها نصف بالمائة (2/1) عن كل شهر حجز من قيمة المواد المحجوزة وبذلك ابتداء من تاريخ الحجز إلى غاية تاريخ التسليم أو العرض المقدم إليه بذلك التسليم² .

كما أنه في حالة ما إذا تبين أنه لم يوجد سبب للحجز أثر تفتيش منزلي ، طبقاً لأحكام المادة 97 من القانون 07/79 ، فإنه يجوز للشخص الذي جرى التفتيش بمنزله أ يطالب بتعويضات مدنية يحتمل أن تترتب على ظروف التفتيش³ .

خاتمة :

من خلال ما تم عرضه في هذا البحث نلاحظ أن المشرع الجزائري بموجب هذا التعديل قام بثورة في قانون الجمارك من خلال محاولته دمج جهاز الجمارك في محاربة الفساد والجريمة المنظمة والجريمة العابرة للحدود وكذا تهريب وتبييض الأموال وذلك من خلال توسيع صلاحياته في هذا المجال و توسيع اختصاصه الإقليمي لتسهيل عمله ، كما أنه لم يغفل منح القوة الثبوتية المطلقة لمحاضر أعوان الجمارك التي لا يمكن دحضها لا بالدفع بالتزوير ، لكنه لم يغفل كذلك وضع حدود لإدارة الجمارك من أجل عدم استغلالها لتلك الصلاحيات الجديدة و الواسعة بأن جعلها مسؤولة مسؤولية مدنية عن تصرفات أعوانها المخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به.

¹ المادة 213 من الأمر 156/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

² المادة 313 من القانون 07/79 المعدلة والمتممة بالمادة 126 من القانون 04/17.

³ المادة 314 من القانون 07/79.

❖ قائمة المراجع :

▪ المؤلفات :

- أحسن بوسقيعة ، جريمة التهريب في القانون الجزائري على ضوء الممارسة القضائية ومستجدات قانون الجمارك ، منشورات ات ك س ، عين البنيان ، الجزائر ، 2017 .

▪ النصوص القانونية :

- الأمر 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، المعدل و المتمم .

- القانون 07/79 المؤرخ في 21 جويلية 1979 المتضمن قانون الجمارك .

- القانون 04/17 المؤرخ في 16 فيفري 2017 المعدل و المتمم للقانون 07/79 المتضمن قانون الجمارك .

التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية بين محدودية الحماية وضرورة المراجعة التشريعية



إعداد : كوثر هاني باحثة في سلك
الدكتوراه بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية - فاس

مقدمة :

كما هو معلوم أن المسؤولية المدنية تستهدف حماية مصلحة خاصة هي مصلحة الطرف المضروب الذي يستطيع التنازل عن حقه في التعويض كلاً أو بعضاً، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر ناشئاً عن الإخلال بالتزام عقدي أو تقصيري، لذلك فهي لا تنطوي على مفهوم الردع الذي يميز المسؤولية الجنائية، وإنما تعني جبر الضرر الذي تسبب فيه الشخص المسؤول¹، لكن بالرغم من أهمية المسؤولية المدنية فإنها بقيت إلى عهد قريب بعيدة عن مجال العلاقات الأسرية، والفقه الإسلامي لم يعرف مفهوم المسؤولية المدنية كما هي معروفة في القوانين الوضعية، بل ظهرت بعض الكتابات الفقهية الحديثة على شكل اجتهاد فقهي، والتي عملت على جمع أحكام المسؤولية المدنية في شكل نظريات فقهية مثل نظرية الضمان² ونظرية التعسف في استعمال الحق.

¹ - عبد الحق صافي، "الوجيز في القانون المدني"، المصادر غير الإرادية لالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب)، دراسة في ق ل ع وفي القوانين الأخرى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الجزء الثاني، طبعة 2015، ص 13.

² . يعتبر الضمان عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة هو الكفالة، على أن ذلك لا ينفي على أن اصطلاح الضمان يحمل معنى آخر وهو معنى التعويض. والضمان حسب الفقه المعاصر، ينصرف إلى المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي، حيث تم تعريفه بأنه هو: "الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.

وهبة الزحيلي نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة.، مطبعة دار الفكر المعاصر بيروت لبنان، 1988 ص 15.

والتعسف لغة : مأخوذ من الفعل الثلاثي عسف، العسف هو السير على غير هدى وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد، و العسف ركوب الأمر بغير تدبير، يقال عسف السلطان إذا ظلم¹، و في الإصطلاح : فإن مصطلح التعسف يعد من المصطلحات الجديدة التي لم يذكرها الفقهاء القدامى في مصنفاتهم ولو أن معناها ذكر عند بعضهم فقد ورد في كتاب إحياء علوم الدين للغزالي مصطلح "اجتناب الظلم في المعاملة"، وقد عرفها بعض الفقهاء المحدثين بكونه " إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير²، وفي القانون يمكن تعريفه بأنه : "انحراف بالحق عن غايته"، أو هو استعمال الحق على وجه غير مشروع³.

أما التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية يقصد به الطلاق أو التطلق الذي يقع سواء من طرف الزوج أو الزوجة ويكون بدون سبب أو مبرر أو مجرد الإضرار بالطرف الآخر.

ونظرية التعسف في استعمال الحق ليست وليدة اليوم بل هي قديمة، فأصول هذه النظرية وما يتصل بها من أحكام كانت موجودة في الشريعة الإسلامية أولاً، وطبقها المسلمون في القضايا والمسائل التي كانت تحدث لهم في شتى نواحي علاقاتهم ببعضهم ومنها إنهاء العلاقة الزوجية، إلا أنه لم يعبر عنها بهذا المصطلح بل عبر عنها بألفاظ أخرى كلفظ : "استعمال المذموم"، وكلمة "المضارة في الحقوق"⁴، تعبيراً منهم عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق، وعليه فإذا أساء الزوج أو الزوجة استعمال حقه في إنهاء العلاقة الزوجية بما يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر وقع تحت طائلة المسؤولية المدنية ويحكم عليه بالتعويض لفائدة الطرف المتضرر، فالشريعة الإسلامية تمنع الضرر ابتداءً وتحمم برفعه عند وقوعه استناداً للأصل الكلي "لا ضرر ولا ضرار"⁵ و الذي فرع عنه الفقهاء قاعدة "الضرر يزال"، وبذلك فالمسؤولية المدنية وجدت تأصيلها في الفقه الإسلامي و اعتبر هذا الفقه سباقاً إلى تبنيتها قبل الفقه الغربي، وهذا ما مهد لإعمالها في قضايا الأسرة .

ومدونة الأحوال الشخصية الملغاة لسنة 1957 لم تنص صراحة على عدم التعسف في استعمال الحق في الطلاق، وهكذا فقد أرست التعديلات التي عرفتها مدونة الأحوال الشخصية سنة 1993 حجر الأساس لنظام المسؤولية عن التعسف في الطلاق، حيث نص الفصل 52 مكرر منها على أنه : "إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر معقول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار".

¹. الفيروز آبادي ، القاموس المحيط 754 ، ابن منظور لسان العرب 245/9 .

². مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مطبعة الزين للطباعة والنشر والتوزيع . دمشق . الطبعة التاسعة 2001، ص 272 .

³. فتحي الدبري ، "نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي"، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1988 ، ص 46 .

⁴. فتحي الدبري ، المرجع نفسه ، ص 45 و 46 .

⁵. الحديث أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين حديث حسن رواه ابن ماجه ، والدارقطني وغيرهما مسنداً، رواه مالك ان الموطأ مراسلاً عن عمر بن يعى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم فأسقط أبو سعيد ، ولهم طرق يقوى بعضهم بعضاً .

والحديث ورد سنده في كتاب جوامع العلوم والحكم للإمام زين الدين أبو الفرج عبدالرحمان بن شهاب الدين الشهير بإبن رجب . أخرجه إمام مالك رضوان الله عليه في كتاب الموطأ ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، طبعة الثانية 1990 م ، حديث رقم 1416، ص 489.

إلا أنه بدخول مدونة الأسرة حيز التطبيق¹ فقد تم الإستغناء عن التصورات و الأسس التي كانت تقوم عليها الأسرة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وحلت محلها مفاهيم و مرتكزات أخرى مختلفة في مقدمتها، مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق و الإلتزامات الناشئة عن الرابطة الزوجية، فقد أصبحت الأسرة تقوم على عاتق الزوجين معا، و تحت مسؤوليتهما معا، كما نصت مدونة الأسرة في المادة 70 على أنه: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزواج بالطلاق أو التطلق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين لما في ذلك من تفكيك الأسرة و الإضرار بالأطفال"، فاللجوء إلى حل ميثاق الزوجية من طرف الزوج أو الزوجة من دون مبرر معقول يعتبر تعسفا في استعمال هذا الحق يوقع صاحبه تحت طائلة المسؤولية، لذلك يتعين الحكم عليه بالتعويض جبرا للضرر الذي لحق الطرف الآخر من جراء هذا التعسف.

و للموضوع أهمية تبرز من ناحيتين، الأولى تحديد موقف المشرع المغربي من إمكانية التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق و التطلق، فالقانون المغربي لم ينص صراحة على التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية ولم يخصص لها بابا مستقلا يعالج أساسه و يبين شروطه و أحكامه، بل خصه بإشارات تفهم من مضمون بعض نصوص قانون مدونة الأسرة، و الثانية تسليط الضوء على توجه القضاء، فالتطبيقات القضائية هي التي تنفخ الروح في النصوص القانونية، لذلك فإن النصوص التشريعية مهما أحكمت صياغتها شكلا و موضوعا، فإن التنزيل الواقعي هو الذي يوضح الغايات منها، ولا شك أن التنفيذ هو الذي يدب الحياة في الحكم و إلا بقي حبيس ردهات المحاكم .

فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي من خلال ترسانته القانونية المتعلقة التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية تحقيق الحماية الكافية للمضروب؟ كيف تعامل القضاء المغربي مع دعاوى الطلاق و التطلق المتسمة بالتعسف في استعمال الحق؟

ولا شك في أن الإجابة عن الإشكالية السابقة طرحها تمر عبر الحديث عن تمثل القضاء لموقف المشرع المغربي بخصوص التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية (المبحث الأول)، ليتم بعد ذلك إبراز حدود حماية المضروب من التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية بعد صدور الحكم في التعويض (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تمثل القضاء لموقف المشرع المغربي بخصوص التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية :

ينطلق القضاء عند تعامله مع التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية من فكرة أساسية تكاد تكون بديهية، وهي تنظيم المشرع للتعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية (المطلب الأول)، وهذه النصوص التشريعية مهما أحكمت صياغتها موضوعا و شكلا فإن التنزيل الواقعي هو الذي يوضح الغايات و المرامي منها (المطلب الثاني).

¹. ظهير شريف رقم 22_04_1 من ذي الحجة (3 فبراير 2004) بتنفيذ مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

المطلب الأول: موقف المشرع المغربي من التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية:

ألزمت مدونة الأسرة القضاء بمراعاة التعسف عند الحكم للزوجة المطلقة بالمستحقات، فتقدير المتعة يأخذ فيه القاضي بعين الاعتبار مدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق¹، كما نصت المادة 97 من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة، ذلك في محضر وتحكم بالتطبيق والمستحقات طبقاً للمواد 83 و 84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج آخر".

وبما أنها أقرت مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق والالتزامات الناشئة عن الرابطة الزوجية، فإننا نتساءل حول موقف المشرع المغربي من مدى إمكانية المطالبة الزوج والزوجة بالتعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق والتطبيق؟

الفقرة الأولى: مدى إمكانية التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق:

إذا كان المشرع المغربي قد راعى في المادة 84 من المدونة مدى تعسف الزوج في طلب الإذن بالطلاق عند تقدير المتعة المستحقة للزوجة، فإنه لم يذهب إلى حد التنصيص على المسؤولية والتعويض على الطلاق التعسفي للمتضرر من الزوجين²، وإنما جعل التعسف معياراً من المعايير التي على أساسها يتم تقدير مبلغ المتعة فقط، مقراً في ذلك بنوع خاص من أحكام المسؤولية التي تجد سندها في القواعد الشرعية لا المدنية، فأساس المسؤولية هنا قائم على التعسف في استعمال الحق وفق الضوابط المقررة شرعاً لا على قواعد المسؤولية المدنية كما نظمها قانون الالتزامات والعقود، وخير دليل على ذلك الاختلاف الجلي بين أحكام المسؤولية المنصوص عليها في إطار مدونة الأسرة بالنسبة للتعسف في استعمال الحق في الطلاق، وأحكام المسؤولية المنصوص عليها في إطار قانون الالتزامات والعقود، فإذا كانت المسؤولية المدنية وفق ما هو مقرر في إطار المادة 77 من ظهير الالتزامات والعقود تجعل من الخطأ المعيار المحدد لتقدير التعويض³، ففي إطار مدونة الأسرة يحدد مقدار المتعة استناداً على معيار درجة خطأ الزوج بالإضافة إلى معايير أخرى، وبذلك فالمتعة لا تتوقف على توفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية، فالمتعة حق للزوجة ولا ضرورة لإثبات تعسف الزوج بل تستحقها حتى لو كانت هي المتسببة في الطلاق والزوج المبادر كان مكرهاً إلى طلبه بفعل سلوكاتها

¹ تنص المادة 84 من مدونة الأسرة: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة".

² مصطفى الخطيب، "المسؤولية عن التعسف في الطلاق والتطبيق"، منشورات مجلة محاكمة، العدد 13، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2017، ص

وتصرفاتها المتسمة بالمبالغة والتعسف، كما أن عناصر تقديرها لا تتوقف على عنصر الضرر بمفهومه المدني الذي يلحق الزوجة وإنما يشمل الوضعية المالية للزوج، وفترة الزواج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

ومن تم يظهر أن مدونة الأسرة حافظت على الأحكام الفقهية للمتعة¹، إلا أن البعض قد يفهم من اعتبار المشرع، "مدى تعسف الزوج في توقيعه" - كعنصر من عناصر المتعة للمطلقة الواردة في المادة 84 من مدونة الأسرة - بأن عناصر المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر متوفرة، ذلك أن إقدام الزوج على إنهاء الرابطة الزوجية من غير بأس يشكل خطأ فادحاً، كما أن هذا النوع من الطلاق لا بد أن يؤدي إلى إلحاق أضرار مادية ومعنوية بالزوجة تستحق عنها تعويضات مادية عادلة²، إلا أن ذلك يبدو من باب تحميل النص مالا يتحمل، لأن المتعة واجبة بقوة القانون سواء كان هناك خطأ نتج عنه ضرر أم لم يكن هناك أي خطأ فتعسف الزوج في إيقاع الطلاق ليس إلا عنصر للحكم بالمتعة، بل إن أثره يقصر فقط على الرفع من مقدارها في حالة ثبوت التعسف من طرف الزوج³ والعكس صحيح.

وبذلك لا مجال للمطالبة بالتعويض في حالة إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق سواء للزوج أو الزوجة فالمشرع لم ينص على هذه الإمكانية، على خلاف ما سارت عليه بعض التشريعات العربية المقارنة التي أخذت بقواعد المسؤولية المدنية عند تنظيمها لموضوع التعسف في استعمال الحق في الطلاق وأقرت بحق الزوجة في التعويض دون الزوج، كما هو الشأن بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الذي نص في المادة 52 منه على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁴، وكذا ما نص عليه التشريع الأسري السوري في مادته 117 التي جاء فيها ما يلي: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول، وإن الزوجة سيصيبها كذلك بؤس وفاته أجاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال"⁵، فمن خلال هاتين المادتين نجد أن كلا من التشريع السوري والجزائري نص بشكل صريح على أحقية المطلقة في التعويض عن الضرر كلما ثبت تعسف الزوج في إيقاعه.

¹ - عبد القادر قرموش، "الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي"، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2013، ص 126.

² - مونية لكبري، "إكراهات العمل القضائي بمناسبة إنهاء الرابطة الزوجية"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل مكناس - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2015/2016، ص 78.

³ - محمد الشافعي، "الطلاق والتطويق في مدونة الأسرة"، طبعة الوراثة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2010، ص 67.

⁴ قانون الأسرة الجزائري 84_11 رقم مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل09/ يونيو/ 1984 المتضمن لقانون الأسرة المعدل والمتمم بالمرسوم 02_05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁵ قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7 كما تم تعديله.

الفقرة الثانية: مدى إمكانية التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية بالتطليق:

إن السند التشريعي للتعويض يوجد في المادة 97 من مدونة الأسرة التي نصت على ما يلي: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة، ذلك في محضر وتحكم بالتطليق والمستحقات طبقاً للمواد 83 و 84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج آخر"، ويستفاد من هذه المادة أن المسؤولية إما أن تقع على عاتق الزوج أو زوجة أو هما معاً، فصيغة المادة 97 من مدونة الأسرة جاءت بشكل عام وشامل ليؤسس لقواعد المسؤولية عن التعسف في التطليق للشقاق على نحو يخول الحكم بالتعويض لكل من الزوجين متى تحققت شروط المسؤولية¹.

ومصطلح المسؤولية الوارد عليه النص في المادة 97 من مدونة الأسرة يستغرق جميع الأخطاء والأفعال التي يستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية سواء كان لهذا الخطأ طابع جرمي كالاغتداء بالضرب، أو الخيانة الزوجية، أو كان سلوك موجب للتعويض تمثل في خرق للحقوق والواجبات بين الزوجين والمنصوص عليها في المادة 51 من مدونة الأسرة² من عدم احترام المساكنة الشرعية، وعدم المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة، وعدم تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال، وكذا عدم التشاور في اتخاذ القرارات، وعدم احترام أبوي الآخر ومحارمه تشكل في حد ذاتها أخطاء تقصيرية، لأن الشخص المخطئ عندما ارتكب أحد الأفعال أدخل بالتزام قانوني وبالتالي يترتب عن هذا الإخلال مسؤولية تقصيرية³، ومن ثمة فإن الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض عن الضرر يتمثل في الخطأ التقصيري الناتج عن الإخلال بالتزامات مفروضة قانوناً على الزوجين معاً من أجل الحفاظ على دوام الاستمرار العلاقة بينهما، واستقرار كيان الأسرة ووحدتها في المجتمع، مما يستنتج معه أن المشرع منح للمتضرر من إنهاء العلاقة الزوجية طبقاً للمادة 97 من مدونة الأسرة الحق في المطالبة بالتعويض في إطار

¹ - مصطفى الخطيب، "المسؤولية عن التعسف في الطلاق والتطليق"، م س، ص 107.

² - ابتسام علي، "انحلال ميثاق الزوجية بين الإدارة والرقابة القضائية في قانون الأسرة المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس، السنة الجامعية 2016/2017، ص 263.

³ - لبنى الغمراتي، "الإنهاء التعسفي للرابطة الزوجية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبدالمالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية واجتباب طنجة، السنة الجامعية 2007/2008، ص 90.

قواعد المسؤولية التقصيرية¹ بل قد يكون التعويض مؤسسا على نظرية التعسف في استعمال الحق التي هي إحدى صور الخطأ التقصيري كما في حالة سلوك أحد الزوجين مسطرة الشقاق دون مبرر قانوني².

المطلب الثاني: تعامل القضاء مع الحق في التعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية:

بناء على المادة 97 من مدونة الأسرة، فإن المحكمة ملزمة قبل أن تقرر تعويض الزوج أو الزوجة مدى مسؤوليتهما عن الفراق، وهي مسألة ذات أهمية بالغة لأنها تنعكس مباشرة على مجموع التبعات المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية، وتعتمد المحكمة في تحديد المسؤول على نظرية الإثبات، حيث يتبارى كل خصم في الدعوى بتقديم الأدلة التي تبرهن على صدق دعواه و أحقيته فيما يدعيه، بالإضافة إلى ذلك فقد أعطى المشرع للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في هذا الإطار.

فكيف تعامل القضاء المغربي مع دعاوى الطلاق و التطلق المتسمة بالتعسف في استعمال الحق؟

الفقرة الأولى: تعامل القضاء مع حق الزوج في التعويض:

إن الحكم بالتعويض لفائدة الزوج عن الضرر الذي لحقه من جراء التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية الذي تسببت فيه زوجته يشكل مظهرا بارزا من مظاهر الموازنة بين حقوق الزوجين بعد انحلال علاقتهما الزوجية، كما يجسد توجهها قانونيا جديدا يرمي من خلاله المشرع إلى تجاوز التصور التقليدي الذي يحصر مسؤولية تفكك الأسرة في الزوج وحده دون الزوجة، فالزوجان في ظل مدونة الأسرة أصبحا متساويان في تحمل المسؤولية المدنية عن انحلال ميثاق الزوجية، و بات من حق الزوج المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء إنهاء الرابطة الزوجية بناء على المادة 97 من مدونة الأسرة المتعلقة بالتطبيق للشقاق، أما بالنسبة للطلاق فلا مجال للمطالبة بالتعويض عن إنهاء العلاقة الزوجية بدون مبرر، ذلك أن المشرع لم ينص على هذه الإمكانية، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط ما يلي: ".... طلب التعويض عن الضرر الناتج عنه لا تطبق عن الحالة المعروضة على أنظار المحكمة إذ أن الأمر في النازلة يتعلق بالطلاق وفق مقتضيات المواد من 73 إلى 93 من مدونة الأسرة، وليس بالتطبيق كما هو محدد صوره وإجراءاته في المادة 94 وما يليها من مدونة الأسرة"³.

¹ - الفصلان 77 و 78 من ق ل ع م - الإطار العام للمسؤولية التقصيرية:

ينص الفصل 77 على أنه: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا ألزم بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

أما الفصل 78 من نفس القانون فإنه ينص على أنه: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه لا بفعله فقط، ولكن بخطئه أيضا وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر".

² - محكمة الاستئناف بالجديدة بتاريخ 2006/12/12 ملف عدد 2006/101/34 ، أوردته ابتسام علي ، انحلال ميثاق الزوجية بين الإرادة و الرقابة ، م س ، ص 262.

³ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، رقم 347 في ملف عدد 11/06/890 بتاريخ 2007/05/16 ((غير منشور)).

أوردته الحسنية لعديري، "المسؤولية المدنية للزوجين في ظل مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص جامعة مولاي إسماعيل مكناس، السنة الجامعية 2012/2013، ص 92.

ويبقى التساؤل بخصوص التطبيق للشقاق حول كيف تعامل القضاء مع حق الزوج في التعويض في الحالة التي تتقدم فيها الزوجة بطلب التطبيق للشقاق ولا تثبت الضرر و يتقدم الزوج بطلب معارض يرمي إلى التعويض عما لحقه من ضرر من جراء طلبها التطبيق، و أيضا الحالة التي يتقدم فيها الزوج بطلب التطبيق للشقاق و تثبت مسؤولية زوجته و يتقدم بطلب يرمي إلى التعويض عن الضرر؟

- الحالة التي تتقدم فيها الزوجة بطلب التطبيق للشقاق ولا تثبت الضرر، و يتقدم الزوج بطلب يرمي إلى التعويض :

في هذا الصدد قضت محكمة النقض في إحدى قراراتها بأن: "الحكمة لما ثبت لها من أوراق الملف ومن البحث الذي أجرته في القضية في المرحلة الابتدائية أن الطاعنة هي المسؤولة عن الفراق وأن حقها في طلب التطبيق للشقاق اتصف بالتعسف في استعمال الحق، وأنها لم تثبت بأن المطلوب قد ساهم بدوره في هذا الفراق وقضت تبعا لذلك بأدائها له تعويضا حسب منطوق القرار في إطار سلطتها التقديرية تكون قد طبقت مقتضيات المادة المذكورة أعلاه التطبيق السليم ويبقى ما أثير بدون أساس"¹.

ومن المحاكم من أوجبت على الزوج إثبات الخطأ الموجب لمسؤوليته التقصيرية للحكم بالتعويض، من بينها المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة التي جاء في أحد أحكامها: "طلب التعويض ليس له ما يبرره لكون المدعي لم يثبت للمحكمة رغبته الجدية في استمرار العلاقة الزوجية مع المدعى عليها إذ لم يستصدر أي حكم بإرجاعها إلى بيت الزوجية لذلك يتعين رفضه"².

وعلى خلاف ذلك ذهبت الابتدائية بميدلت في إحدى قراراتها أن المدعى عليه معفى من إثبات الخطأ الموجب لمسؤوليته التقصيرية للحكم بالتعويض ذلك أن عدم إثبات الزوجة ما يبرر تطلب تطبيق للشقاق يعتبر قرينة يستفيد منها المدعي دون حاجة إلى إثباته الخطأ، فقد جاء فيه أن ".... الزوج المدعي فرعيا علاوة على إثباته امتناع

¹ - قرار محكمة النقض عدد 49 الصادر بتاريخ 2012/01/17 في ملف عدد 2010/01/02/502 ، منشور بمجلة القضاء محكمة النقض، العدد76، ص74 وما يليها.

وفي بعض الحالات فإن الزوج المدعى عليه قد يدلي ببعض الوثائق يمكن أن تعتمد المحكمة للتصريح بكون اللجوء إلى مسطرة التطبيق للشقاق من طرف الزوجة كان تعسفا في استعمال الحق ، وهنا يكون الإعتماد ليس فقط على عدم الإثبات الإدعاءات من طرف الزوجة، ولكن بناء على وسائل الإثبات التي يدلي بها الزوج ، وهو الإتجاه الذي ذهب فيه محكمة النقض في إحدى قراراته حيث جاء فيه : "...حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة فإنه عند الحكم بالتطبيق للشقاق وبالمستحقات يجب مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن الحكم به على المسؤول لفائدة الزوج والمحكمة مصدرة القرار لما اعتبرت المطلوبة متحملة للقسط الأوفر من المسؤولية لكونها هي التي باشرت الدعوة ورغم ذلك قضت لها المحكمة بالتعويض عن الفراق دون الطاعن التي يعتبر بمفهوم المخالفة متحملا للقسط الأقل من المسؤولية ، خاصة أنه أستصدر عليها برجوع إلى بيت الزوجية وامتنعت عن ذلك حسب ما هو ثابت بمحضر التنفيذ عدد 55 وتاريخ 2012.2.15 فإنما خرقت بذلك مقتضيات المادة المذكورة وعرضت قررها للنقض

. قرار صادر عن محكمة النقض عدد 1/181 ، بتاريخ 2015/04/14 ، ملف شرعي عدد 2014/2/2/262 (غير منشور).

² حكم المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة عدد 08/2091 ، بتاريخ 2008/02/19، ملف شرعي عدد 2008/07/321 (غير منشور)، أورده خالد بنمومن ، "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، مطبعة المعارف الجديدة. الرباط. ، الطبعة 2016، ص196.

الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية، فإنه معفى في هذه الحالة من إثبات الخطأ الموجب لمسؤوليته التقصيرية عن إنهاء العلاقة الزوجية لكونه مفترض بالنسبة للمدعي فرعياً ويستفيد من هذه القرينة .

وحيث أن الضرر الثابت أيضاً لزوج من إنهاء العلاقة الزوجية بسبب الزوجة ويتمثل في إنهاء الزوجية معه بدون إرادته علاوة على الأضرار النفسية والمعنوية .

وحيث أن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية لتقدير التعويض عن الضرر وأخذاً بعين الاعتبار وجسامة الضرر ستحدد مبلغ التعويض فيما سيرد بمنطوق الحكم¹ .

والملاحظ بهذا الخصوص أن هناك خلاف بين الأحكام و القرارات حول إقرار الحق في التعويض للزوج، هل يستلزم منه ذلك إثبات الخطأ الموجب للتعويض عن التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية، أم هو مفترض لا يكلف المتضرر بإثباته² فيكفي ثبوت التعسف في تقديم دعوى الطلاق أو التطلق للقول بتضرر الزوج المدعى عليه³ والذي يعفى من إثبات الضرر الذي لحقه جراء ذلك⁴ الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع لحسم هذا الخلاف .

- الحالة التي يتقدم فيها الزوج بطلب التطلق للشقاق ويثبت مسؤولية زوجته، و يتقدم بطلب يرمي إلى التعويض عن الضرر :

في هذه الحالة يقبل طلب الزوج الرامي إلى التعويض في حالة واحدة فقط تتمثل في ارتكاب الزوجة لجريمة الخيانة الزوجية، بحيث إذا ثبت هذا النوع من الضرر تقضي المحكمة بأداء المطلقة لفائدة مطلقها تعويضاً عن الضرر، و في غير هذه الحالة فإن قسم قضاء الأسرة بفاس يقضي برفض طلب التعويض، وبتخفيض المتعة إلى الحد الذي يستغرق التعويض عن الضرر الذي لحق الزوج .

¹ حكم المحكمة الابتدائية بميدلت بتاريخ 2016/03/07 ملف عدد 2015/1626/314 ، (غير منشور).

2- محمد التريكي، "الضرر في دعوى الطلاق"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 5 ، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، الجمهورية التونسية ، ماي 1998 . ص 162.

³ في نفس الإتجاه ذهبت محكمة النقض في لإحدى قراراتها: "المحكمة لما ثبت لها من أوراق الملف ومن البحث الذي أجرته في القضية في المرحلة الابتدائية أن الطاعنة هي المسؤولة عن الفراق وأن حقها في طلب التطلق للشقاق اتصف بالتعسف في استعمال الحق، وأنها لم تثبت بأن المطلوب قد ساهم بدوره في هذا الفراق وقضت تبعاً لذلك بأدائها له تعويضاً حسب منطوق القرار في إطار سلطاتها التقديرية تكون قد طبقت مقتضيات المادة المذكورة أعلاه التطبيق السليم ويبقى ما أثير بدون أساس".

قرار محكمة النقض عدد 49 الصادر بتاريخ 2012/01/17 في ملف عدد 2010/01/02/502 ، منشور بمجلة القضاء محكمة النقض، العدد 76، ص 74 وما يليها.
⁴ في هذا الصدد جاء في قرار محكمة النقض: "... حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت برفض طلب التعويض الذي تقدم به الطاعن بعلته عدم إثباته الضرر رغم أن التطلق في ذاته ضرر ودون أن تبرز مدى مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق وترتب عن ذلك ما يكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر تكون قد عللت قرارها تعليلاً ناقصاً وهو بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض"

قرار محكمة النقض عدد 315 الصادر بتاريخ 2012/04/24 في ملف عدد 2010/01/02/472 ، منشور بمجلة القضاء محكمة النقض، العدد 16 ، ص 76 وما يليها.

في هذا الصدد جاء في حكم لقسم قضاء الأسرة بفاس: ".... وحيث إن الخيانة الزوجية التي اعتمد عليها الزوج سبب في المطالبة بالتطليق ثابتة بمقتضى الحكم القاضي بالإدانة، مما اقتنعت معه بمسؤولية الزوجة عن الفراق وقد تسببت لزوجها بذلك في ضرر يستحق التعويض عنه، و بالتالي يبقى طلب التعويض مبررا و يتعين الإستجابة له، و المحكمة بما لها من سلطة تقديرية في الموضوع ارتأت تحديد التعويض في المبلغ الوارد بمنطوق الحكم¹".

وفي هذه الحالة يطرح تساؤل بخصوص الحالة التي يتنازل فيها الزوج عن متابعة الزوجة ثم بعد ذلك يقوم بتقديم طلب إنهاء العلاقة الزوجية، فهل يمكن اعتباره متعسفا في إنهاء العلاقة الزوجية؟

جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بفاس أن: "الزوج أكد الطلب موضحا أن لهما بنت و أنه يرغب في إنهاء العلاقة الزوجية لكونه ضبط زوجته تخونه مع شخص آخر وأنه تنازل عن الدعوى قصد إنهاء العلاقة الزوجية في حين عارضت الزوجة في الطلب موضحة أن كل ما صرح به الزوج هو غير صحيح و أن الشكاية كيدية و من صنع زوجها....

وحسب المستفاد من محضر الضابطة القضائية المدلى به في طي الملف، فإن المحكمة ارتأت عدم تمتيعها لبشاعة السبب الدافع لطلب مفارقتها²".

و تأسيسا على ذلك فالمحكمة لم تعتبر الزوج متعسفا في طلب التطليق لثبوت مسؤولية الزوجة عن الفراق وقضت بعدم تمتيعها، وعلى خلاف ذلك ذهبت محكمة النقض في إحدى قراراتها إلى أن التنازل عن دعوى جنحية لا يعتبر حجة على قيام الزوج بالإضرار، وأن التنازل عن الدعوى الجنحية ليس هو الحكم فيها....³".

والرأي فيما أعتمد أن المحكمة الابتدائية بفاس كانت على صواب ذلك أن الزوجة ضبطت متلبسة بالخيانة الزوجية، فبالرغم من عدم صدور حكم في الدعوى يقضي بالإدانة، إلا أن ضبطها يعتبر قرينة على ارتكابها لأفعال مشينة وماسة بعرض الزوج، هذا بالإضافة إلى أن تنازل الزوج قد يكون لعدة اعتبارات قد ترجع إلى أن اعتقال الأم سيأثر سلبا على أبنائها.

الفقرة الثانية: تعامل القضاء مع حق الزوجة في التعويض:

إن تعويض الزوجة في مسطرة الشقاق إلى جانب حقها في المتعة يشكل قيمة مضافة لتعزيز وتدعيم حقوقها عند إنتهاء العلاقة الزوجية، فكيف تعامل القضاء مع حق الزوجة في التعويض؟

إذا كانت الزوجة هي طالبة التطليق فهي تستحق التعويض إذا أثبتت مسؤولية الزوج، وإذا لم تستطع إثبات الادعاءات التي اعتمدت عليها في تأسيس دعواها تعتبر متعسفة في إنهاء العلاقة الزوجية و من تم لا تستحق

¹ حكم المحكمة الابتدائية بفاس ، رقم 2154 ، الصادر بتاريخ 2011/03/26 ، ملف عدد 2011/1607/1272 (غير منشور).

² حكم المحكمة الابتدائية بفاس عدد 9153 ، بتاريخ 2014/12/16 ، في ملف عدد 2014/1607/1168 ، (غير منشور).

³ قرار محكمة النقض عدد 101 صادر بتاريخ 2016/01/26 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/98 ، (غير منشور) .

التعويض، وهذا هو التوجه الذي قرره العديد من الأحكام والقرارات من بينها قرار صادر عن محكمة حيث جاء فيه: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه طبقاً للمادة 97 من مدونة الأسرة فإنه عند الحكم بالتطليق للشقاق وبمستحقات يجب مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن الحكم به على المسؤول الآخر والمحكمة مصدرة القرار لما اعتبرت كلا من الزوجين غير مثبت لادعائه وإعتبرت المطلوبة متحملة للقسط الأوفر من المسؤولية لكونها هي من باشرت دعوة التطليق ورغم ذلك قضت لها المحكمة بالتعويض عن الفراق دون الطاعن الذي يعتبر بمفهوم المخالفة متحملاً للقسط الأقل للمسؤولية خاصة أنه استصدر حكماً عليها برجوع إلى بيت الزوجية و امتنعت عن ذلك فإنها بذلك خرقت مقتضيات المادة المذكورة وعرضت قررها لنقض"¹.

فالقضاء يصرح بوجود تعسف في استعمال الحق في التطليق من خلال عدم إثبات المدعي لدعواه، فبالرغم من عدم وجوب إثبات السبب الذي حدا بالزوجة أو الزوج لطلب إنهاء العلاقة الزوجية، فإن عدم تأسيس الطلب على أسباب وجيهة يضيف على صاحبه طابع المتعسف في استعمال الحق في التطليق² ويحول للطرف الآخر حق المطالبة بالتعويض.

أما إذا كان الزوج هو طالب التطليق فإن المحكمة لا تحكم لها بالتعويض بعلّة أن المتعة تفرض على الزوج الذي يكون الفراق من جانبه جبراً لخاطر زوجته وتعويضاً لها عما يمكن أن يلحقها من ضرر ويراعى فيها مدى تعسفه في إيقاع الطلاق، فالمتعة إذن في هذه الحالة تتحول إلى تعويض عن الضرر في التطليق للشقاق، و يكون مآل طلب التعويض الرافض لأنه لا يمكن التعويض عن نفس الضرر مرتين.

و من الأحكام الصادرة في هذا الصدد محكمة الاستئناف بوجدة والذي جاء فيه: "إلغاء الحكم الابتدائي الذي قضى بالاستجابة لطلب التعويض الذي تقدمت به الزوجة وذلك بعلّة أنه تم الحكم لها بمتعة قدرها 23200 درهم لجبر الأضرار اللاحقة بها جراء التطليق وبالتالي فإن هذه الأضرار لا تجبر مرتين"³.

و على خلاف ذلك ذهب اتجاه آخر من القضاء إلى أن هناك فرق بين المتعة والتعويض المدني بعلّة أن المشرع ميز بينهما وسمى لكل واحد منهما باسمه وأن الحكم بالمتعة لا يستغرق التعويض المدني حيث جاء في قرار محكمة

¹ قرار صادر عن محكمة النقض عدد 1/181، بتاريخ 2015/04/14، ملف شرعي عدد 2014/2/262 غير منشور.

² وهكذا فقد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالناظور أنه: "..... وحيث تبين للمحكمة من خلال جلسة الصلح أن المدعي عليها فرعياً استندت في طلبها التطليق من زوجها على وجود مشاكل بينها وأنها رغم سؤال المحكمة لها لم تبين نوع هذه المشاكل ولا حجمها، وأنها بقيت متشبثة بشدة بطلبها التطليق، في حين أن الزوج تمسك بزوجته في جميع مراحل الدعوى، بل إنه أقام دعوى ضدها قصد إلزامها بالرجوع لبيت الزوجية، مما تبين معه للمحكمة بأنها مسؤولة بشكل كامل عن فشل الصلح وفك الرابطة الزوجية وحيث إن ممارسة الحقوق ينبغي أن تكون بحسن نية، وألا يتعسف أصحابها في استعمالها.....".

. حكم المحكمة الابتدائية بالناظور: بتاريخ 2012/04/18 ملف عدد 11/21/1338 أورده إدريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، منشورات مجلة الحقوق "دلائل الأعمال القضائية"، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2013، الجزء الأول، ص 181.

³ - قرار محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2011/12/14 في ملف عدد 11/1622/25 أورده إدريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، المرجع نفسه، ص 167 وما يليها.

الاستئناف بتازة : "... وحيث إن قضت المحكمة الابتدائية عن الضرر الذي لحقها من تعسف المدعي المستأنف عليه في إيقاع الطلاق عليها، بعلّة أنها قضت لها بتمتعها جبراً للضرر الذي لحق بها من جراء تطليقها من زوجها، وبالتالي لا يمكن جبر الضرر مرتين، كما جاء في حيثيات حكمها فإنها بذلك تكون قد جانبت الصواب لحرقها القانون باعتبار أن الزوجة تستحق المتعة استناداً إلى مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة وكذا استناداً للمادة 97 من نفس المدونة التي تحيل على المادة 84 المذكورة، في حين أن التعويض تنظمه المادة 97 في الشرط الأخير منها، وإنه لا اجتهاد مع وجود نص، فالمرجع أعطى الحق في طلب التعويض لمن تضرر من أحد الزوجين في التطليق للشقاق الذي أوقعه أحدهما، والمحكمة لها صلاحية الاستجابة لذلك الطلب أو رفضه حسب ما إذا ثبت لها مسؤولية الموجه منهما بطلب التعويض عن سبب الفراق أم لم يثبت لها ذلك فهو حق له ارتباطاً بالحكم للزوجة بالمتعة بل بمدى ثبوت مسؤولية الزوج عن سبب الفراق من عدم ثبوتها.

وبذلك فلحكم الابتدائي حاد عن الصواب حين قضى برفض طلب التعويض الذي تقدمت به المستأنفة عن الضرر الذي لحقها من إيقاع الطلاق عليها، مما يتعين معه إلغائه في هذا الجانب وتصديا الحكم لها بالتعويض تقدره المحكمة استناداً إلى سلطتها التقديرية وفق ما يرد بمنطق القرار¹.

أما محكمة النقض فقد استقرت على اعتبار المتعة تشكل تعويضاً عن الضرر للمطلقة وبالتالي الحكم بالمتعة يغني عن الحكم بالتعويض المدني، ومن نماذج القرارات الصادرة في هذا الشأن والتي تؤكد الطابع التعويضي للمتعة القرار الصادر عن محكمة النقض الذي جاء فيه: "... لما كانت المتعة تفرض على الزوج الذي يكون الفرق من جانبه جبراً لخاطر زوجته وتعويضاً لها عما يمكن أن يلحقها من ضرر ويراعي فيها مدى تعسفه في الفراق وقد حددتها المحكمة في المحكوم به بقرارها وكان الضرر في هذا الإطار لا يعوض مرتين فإن المحكمة كانت على صواب لما ردت الدعوى المضادة في شقها المتعلق بالتعويض وتبقى الوسيلتان على غير أساس².

و الملاحظ هنا أنه بالرغم من وجود السند القانوني المخول لإمكانية الحكم بالتعويض للزوجة، فإنها لا تستفيد منه بحجة أن تعويضها يجعلها تستفيد مرتين من التعويض، مما يعني أن هذا التوجه يفرغ النص القانوني من محتواه، و يعطل عملياً أحد مقتضياته التي شرعها المشرع و ابتغاها، وهو الذي أجاز إمكانية الجمع بين المتعة و التعويض، فلو أراد الإكتفاء بالمتعة فقط لنص على ذلك بمقتضى صريح، و من ثم بات الموقف القضائي الذي يجرم الزوجة من حقها في التعويض إلى جانب المتعة لا يتماشى و المقتضى الواضح لمنطوق المادة 97 من جهة أولى، بل إنه يجتهد مع وجود النص من جهة ثانية .

¹ - قرار محكمة الاستئناف بتازة عدد 194 صادر بتاريخ 2014/06/25 في الملف الشخصي عدد 14/32، العرائض مجلة دورية تهتم بالمعرفة القانونية والمهنية يصدرها مجلس هيئة المحامين بتازة، العدد 4، مكتبة دار السلام الرباط، يناير/يونيو 2015، ص 206 وما يليها.

² قرار محكمة النقض عدد 1/615 بتاريخ 2015/12/29 ملف عدد 2015/1/2/327، (غير منشور).

المبحث الثاني: حدود حماية المضرور من التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية بعد صدور الحكم في التعويض:

في حالة الحكم بالتعويض سواء للزوج أو الزوجة فإن المشرع في المادة 97 من مدونة الأسرة اكتفى فقط بالإحالة على المادة 83 من المدونة و لم يرتب أي جزاء على عدم إيداع المبلغ التعويضي المحدد في حالة تعسف أحد الزوجين، مما يطرح تساؤل حول حدود حماية المضرور بعد صدور الحكم في التعويض و صيرورته نهائيا؟

المطلب الأول: آليات حماية التعويض في التنفيذ جنائيا:

بعد أن يصدر الحكم بالتعويض عن الضرر في الطلاق أو التطليق، ويستنفذ جميع طرق الطعن العادية منها، يأخذ مساره إلى التنفيذ، ومباشرة التنفيذ ليس دائما بالسهولة بمكان، حيث أنه قد يعترض المضرور امتناع المنفذ عليه عن تنفيذ الحكم بالتعويض ومن هنا نتساءل هل هناك آليات جنائية¹ يستطيع المنفذ له سلوكها قصد ضمان حسن التنفيذ؟

فالمضرور طالب التنفيذ يسلك في الغالب مسلكين، فإما أن يطلب الحماية الجنائية عن طريق التجريم، وإما أن يطلب الحماية الجنائية عن طريق سلوك مسطرة الإكراه البدني.

الفقرة الأولى: حماية التعويض في التنفيذ عن طريق مسطرة الإكراه البدني:

إن مرحلة التنفيذ تعد مرحلة هامة وحاسمة في حياة الحكم القضائي، لأنها تعد تنويجا لمجموعة من المراحل وهي التي تعطي القيمة الحقيقية للأحكام، والأصل أن يتم تنفيذ الحكم الصادر ضد المدين اختيارا وطوعا عن طرق الوفاء، ولكن قد يمتنع هذا الأخير عن التنفيذ وفي هذه الحالة يتم التنفيذ عن طريق الإكراه، والتنفيذ الجبري قد يكون عينيا وقد يكون بواسطة الإكراه البدني عن طريق الزج بالمنفذ عليه في السجن.

وإذا كانت الزوجية تشكل مانعا من تحديد وتطبيق مسطرة الإكراه البدني، فإن انتهاء العلاقة الزوجية بالتطليق يسمح باللجوء إلى هذه المسطرة من أجل إجبار المحكوم عليه على التنفيذ استنادا إلى المادة 638 من قانون المسطرة الجنائية² والتي حددت مدد الإكراه البدني قياسا إلى المبالغ المحكوم بها للطرف المتضرر وأهميتها والحالة هاته.

¹ المقصود بالآليات الجنائية وجود بعض المساطر القانونية على مستوى القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية تحمي التعويض عن ضرر التطليق، فمدونة الأسرة تضمنت عدة إحالات على القانون الجنائي في عدة مواضع منها المادة 43 من مدونة الأسرة بشأن مسطرة التعدد أحالت على الفصل 216 من القانون الجنائي، والمادة 66 من مدونة الأسرة بشأن التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة أحالت على مقتضيات الفصل 366 من القانون الجنائي، والمادة 81=بشأن مسطرة الطلاق الرجعي التي يتحايل فيها الزوج في عنوان الزوجة أحالت على الفصل 61 من ق.ج. فهذه الإحالات تنم على فعالية الجزاء الجنائي في القوانين المدنية عموما ووظائفه الأساسية.

² تحدد مدة الإكراه البدني من بين المدد المبينة بعد، ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك " : من ستة أيام (06) إلى عشرين يوما إذا كان مبلغ الغرامة أما ما عداها من العقوبات المالية يقل عن ثمانية آلاف درهم؛ / من خمسة عشر يوما (15) إلى واحد وعشرين يوما (21) إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق ثمانية آلاف درهم ويقل عن عشرين ألف درهم / من شهر واحد إلى شهرين إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق عشرين ألف درهم ويقل عن خمسين ألف درهم؛ / من ثلاثة أشهر إلى خمسة أشهر إذا كان يعادل أو يفوق خمسين ألف درهم ويقل عن مائتي ألف درهم. / من ستة أشهر إلى تسعة أشهر إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق مائتي ألف درهم ويقل عن مليون درهم؛ / من عشرة أشهر (10) إلى خمسة عشر شهرا إذا كان المبلغ يعادل أو يفوق مليون درهم.

إلا أن حق الدائن في المطالبة بتطبيق مسطرة الإكراه البدني ليس مطلقا بل أورد عليه المشرع المغربي بعض القيود¹، من بينها أنه لا يمكن تطبق الإكراه البدني في حق المحكوم عليه الذي يقل عمره عن 18 السنة يوم ارتكابه الجريمة، و أيضا في حق المحكوم عليه الذي بلغ عمره 60 عاما .

وهكذا فقد يكون المتعسف من الزوجين يبلغ من العمر 60 سنة أو أكثر كما ورد في بعد الأحكام الصادرة عن محاكم المملكة من بينها حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس والذي جاء فيه أن: "...الزوج أصر على الطلب فيما أوضحت أنها لا ترغب في ذلك خاصة وأن مدة زواجها 50 سنة..."²، وهذا الأمر لا يطرح إشكال إذا كان الزوج هو طالب الطلاق أو التطلق لأن القضاء لا يأذن له بذلك إلا إذا بعد إيداع مبلغ المتعة الذي يعتبره القضاء في حد ذاته تعويض للزوجة، غير أن الإشكال يطرح عندما تكون الزوجة هي طالبة التطلق و تثبت أن الزوج أتى فعلا مشينا دفعها للمبادرة إلى طلب التطلق ويحكم لها بالتعويض، فالجزء المترتب عن عدم إيداع التعويض غير رادع للزوج، لأن توجه القضاء رتب كجزاء اعتبار الزوج متراجعا عن طلب الطلاق أو التطلق، والحال أنه لم يتقدم بالطلب وبذلك لا يكون ملزم بأداء التعويض قبل الحكم بالتطلق، فإذا امتنع عن تنفيذ بعد صدور هو استحال التنفيذ العيني لا يمكن إجباره على ذلك عن طريق مسطرة الإكراه البدني إذا كان يبلغ من العمر 60 سنة أو أكثر، وبالتالي فإن أي حكم يصدر ضده بالتعويض يكون غير ذي قيمة.

ونفس الشيء بالنسبة للحالة التي تكون الزوجة هي متعسفة في إنهاء العلاقة الزوجية وذلك بعدم إثباتها للسبب الذي دفعها إلى طلب التطلق، وأثبت الزوج تعسفها في استعمال حقها و قضت المحكمة له بالتعويض، فإنها لا تكون ملزمة بأداء التعويض قبل الحكم بالتطلق، وبعد صدور الحكم لا يمكن إجبارها عن طريق الإكراه البدني حالة امتناعها إذا كانت تبلغ 60 سنة أو أكثر، وأيضا إذا كانت المرأة حامل أو كانت مرضعة في حدود سنتين من تاريخ الولادة³، ومن تم فإذا تزوجت مرة أخرى خلال هذه الفترة وأنجبت مرات متتالية بمجرد إنتهاء فترة الرضاع كم سينتظر الزوج لإستيفاء حقه في التعويض ؟ الأمر الذي يبقى معه الحق معلقا ودون فائدة، بالتالي تبقى الحماية الجنائية غير ذات أثر في بعض الحالات مما يحتم البحث عن وسيلة أخرى لإجبار المدين على التنفيذ .

الفقرة الثانية : الحماية الجنائية للتعويض عن طريق التجريم :

يعتبر التعويض عن الضرر من الآثار المهمة التي تترتب عن إنهاء العلاقة الزوجية على نحو تعسفي، وإذا كان المشرع في مدونة الأسرة قد أقر الحق في التعويض فإننا نتساءل في هذه النقطة عن حدود حماية هذا الحق بعد صدور الحكم بالتعويض و صيرورته نهائيا عن طريق التجريم؟

¹ المادة 636 من قانون المسطرة الجنائية .

² حكم المحكمة الابتدائية بفاس ، عدد 7085 ، الصادر بتاريخ 2017/08/31 ، ملف عدد 2017/1618/92 (غير منشور).

³ المادة 637 من قانون المسطرة الجنائية .

بالرجوع إلى مقتضيات القانون الجنائي نجد أن حق النفقة وحده المشمول بالحماية الزجرية المقررة في الفصل 480 من القانون الجنائي¹، بعدما أشار المشرع المغربي في الفصل 479 من القانون الجنائي إلى الأحكام الخاصة بجريمة إهمال الأسرة والعقوبات المخصصة، وبذلك فإن حق التعويض سواء تمثل في متعة المطلقة أو التعويض المستقل عن المتعة يبقى بعيدا عن مفهوم النفقة المشمول بالحماية الجنائية.

ووفقا لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"² يحظر على القاضي أن ينشأ جرائم وعقوبات من نفسه حيث تنحصر مهمته في تطبيق النص القانوني المحدد من قبل المشرع على الواقعة المطروحة أمامه، فالنصوص التشريعية هي المصدر الوحيد لوصف سلوك ما بأنه جريمة وتقرير العقوبة المستحقة عنه، حتى وإن كانت صياغة النص الجنائي غامضة فالقاضي يمنع عليه تفسير النص الجنائي لأنه محكوم بمبدأ عدم التوسع في تفسير النص الجنائي.

وانطلاقا من ذلك فإن اعتبار مقتضيات الفصل 480 من القانون الجنائي تحمي حق المطلقة في النفقة وحققها أيضا في المتعة - الذي يعتبره القضاء بمثابة تعويض للزوجة - وغيرها من الحقوق يكون بمثابة تفسير واسع للفصل المذكور، وبالتالي خرق واضح لمبدأ شرعية التجريم والعقاب الذي سيؤدي لا محالة إلى ملاحقة المتعسف من الزوجين من أجل أفعال أو امتناع لا يعد جريمة بصريح القانون.

و انطلاقا من ذلك وفي غياب نص واضح في القانون الجنائي المغربي يضمن تنفيذ التعويضات المحكوم بها، أتساءل عن توجه القضاء بهذا الشأن؟

في هذا الإطار ذهبت محكمة النقض في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 2017/04/13 إلى أن: "... الفصل 480 من القانون الجنائي يعاقب على الإمتناع عن أداء النفقة بصفة عامة و التي يدخل في مفهومها مستحقات الزوجة عن الطلاق من واجب المتعة و نفقة خلال العدة و كآلي الصداق و واجب السكنى خلال العدة و غيرها حسب الفصل 83 من مدونة الأسرة، و أن القرار المطعون فيه تبعا لذلك و لعدم مناقشته ما أثير في المذكرة الاستئنافية للنيابة العامة يكون قد خرق القانون و مشوبا بعيب الفساد في التعليل مما يتعين معه نقضه و إبطاله .

¹. أوضح في الفصل 480 من نفس القانون إلى أنه : يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد؛

وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتما؛

والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك.

²تنص القانون الجنائي المغربي على مبدأ شرعية التجريم والعقاب في الفصل الثالث منه الذي جاء فيه "لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقرها القانون"

وقد نص دستور المملكة المغربية لسنة 2011 على هذا المبدأ في الفصل 23 منه حيث ورد فيه : "الا يجوز إلقاء القبض على اي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون"

... و أن المحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي ببراءة طالب النقص من جنحة الإمساك عمدا عن أداء النفقة المحكوم بها، معللة ذلك بكون مستحقات الزوجة المتجلية في كالى الصداق و أجره الحضانة و توسيع الأعياد و المتعة لا تصنف ضمن مشملات النفقة المنصوص عليها في الفصل 480 من القانون الجنائي، يكون قرارها مشوبا بعيب فساد التعليل و عرضه للنقض و الإبطال.¹

وانطلاقا من ذلك فإذا كانت محكمة النقص قد اعتبرت أن المتعة باعتبارها من مستحقات المطلقة في التطبيق أو الطلاق تستفيد من الحماية الجنائية المقررة في الفصل 480 من القانون الجنائي حسب الحيثيات الواردة في قرار محكمة النقص، فإن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو: هل التعويض المدني يستفيد هو الآخر من الحماية الجنائية المقررة بالفصل المذكور؟

الملاحظ بهذا الخصوص أن الاتجاه الذي سلكته محكمة النقص من خلال القرار المذكور فيه نظر، فتأسيسا على ما سبق، وأخذا بعين الحسبان مبدأ الشرعية الجنائية " لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص"، أعتقد أن نص الفصل 480 من القانون الجنائي، إنما يشمل بالحماية الجنائية فقط حق النفقة، ولا يمتد إلى حماية حق المتعة و التعويض المدني.

المطلب الثاني: دور مؤسسة التأمين في تعزيز حقوق المتضرر من التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية :

أسهم التأمين في ميلاد مسؤولية موضوعية تهدف إلى التعويض المالي وجبر الضرر ورفع عبئه عن المضرور، ولم يظهر التأمين كبديل للمسؤولية بل أصبح يتدخل في كثير من مجالاتها² والتأمين من شأنه أن يخدم بشكل كبير المتضرر من إنهاء العلاقة الزوجية إذا أثبت المطلق إعساره عن دفع مبلغ التعويض، أو يتوارى عن الأنظار في اتجاه مجهول، وخصوصا وأنا نلاحظ أن الأضرار الناتجة عن إنهاء العلاقة الزوجية غالبا ما تمس فئة عريضة من المجتمع، مما يستدعي إيجاد سبل أكثر قدرة على مجابتهها، وهذا ما يتجسد حقيقة في التأمين.

الفقرة الأولى: إشكالية تأمين أداء مبلغ التعويض من صندوق التكافل العائلي :

لم يعد هناك شك في أن صندوق التكافل العائلي له أهمية كبيرة في تعويض المضرور من إنهاء العلاقة الزوجية بشكل تعسفي، لكن رغم الاعتبارات السالفة ذكرها لا يوجد في القانون المغربي نص يفرض أداء مبلغ المتعة للمطلق والتعويض المدني عن الضرر من صندوق التكافل العائلي، الأمر الذي يؤدي إلى تناقض وتراجع ضمانات تعويض المضرور من الإنهاء التعسفي للعلاقة الزوجية.

وما يثير الاستغراب حقيقة أن هذا الصندوق سمي بصندوق التكافل العائلي لكنه يشمل فقط النفقة ، فلماذا سمي بالعائلي مادام لا يشكل ضمانا لجميع أفراد العائلة؟

¹. قرار محكمة النقص عدد 11/327 ، الصادر بتاريخ 2017/04/13 ، ملف جنحي عدد 2016/11/6/11507 ، (غير منشور).

². أحمد بابا عبي، الجمع بين تعويض المسؤولية المدنية وتعويض التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. لبنان، الطبعة الأولى 2014، ص31.

فباستقراء المقتضيات التي جاء بها القانون رقم 83.17¹ نجدتها تعكس إرادة المشرع من وراء إحداث هذا الصندوق والمتمثلة في إقرار وتكريس مبدأ التكافل والتضامن العائلي بين أفراد المجتمع إذ يظل الاسم الذي أطلق على هذا الصندوق - صندوق التكافل العائلي - اسما شكليا طالما أنه يقصي فئات واسعة تدخل تحت مسمى "العائلة".

حيث نجد أن نطاق تدخله جد محصور سواء من حيث الأشخاص المستفيدين منه أو من حيث المستحقات المالية التي يتولى تأمين أدائها، حيث جاء في الفصل الثاني منه ما يلي: "يستفيد من المخصصات المالية للصندوق، إذ تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة، أو تعذر لعسر المحكوم عليه، أو غيابه، أو عدم العثور عليه، وبعد ثبوت حالة عوز الأم:

- الأم المعوزة المطلقة؛

- مستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية"

وهكذا، يتبين أن المشرع المغربي قد استثنى مبلغ التعويض المحكوم به لفائدة المضرور من التعسف في إنهاء العلاقة الزوجية - سواء تمثل في حق المتعة أو في حق التعويض المستقل عن المتعة - من نطاق التأمين الذي يغطيه صندوق التكافل العائلي، فالمشرع كان عليه أن يراعي أوضاع المضرر خاصة وأن هذا الصندوق يحمل اسم "التكافل العائلي" وليس مقصورا على النفقة.

الفقرة الثانية: فعالية تأمين أداء مبلغ التعويض من صندوق التكافل العائلي رغم ما يشوبه من انتقادات:

لقد تعرض صندوق التكافل العائلي لانتقادات لاذعة ذلك أن تأمين أداء مبلغ التعويض عبر صندوق التكافل العائلي من شأنه أن يفتح المجال للمسؤول عن الضرر للإختفاء وراءه، ويصبح المسؤول الحقيقي لا يسأل عن الضرر الذي سببه، ويفتح أيضا باب التحايل أمام بعض الأزواج للاستفادة من موارد الصندوق، وقد ينتج عن هذا إفراغ نظام المسؤولية من معناها الحقيقي، حيث أن المتسبب في الضرر أصبح محصنا من جبره، فلم يعد هو الذي يدفع ثمن سلوكه المعيب.

بالرغم من الإنتقادات التي تعرض لها صندوق التكافل العائلي، فإنه في بعض الحالات قد تكون الحاجة للاستفادة منه ملحة نظرا للوضعية التي تعيشها بعض الأسر، بالإضافة إلى أنه لا يمكن إنكار أهميته وخاصة في مجال إنهاء العلاقة الزوجية حيث إن الرقابة المفروضة على صندوق التكافل العائلي تبدد بعض هذه المخاوف المتعلقة بالتحايل للاستفادة من موارده مما يستدعي الالتزام بالحيطه والحذر.

¹ ظهير شريف رقم 1.10.191 صادر في 5 جمادى الثانية 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 83.17 بتغيير القانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط و مساطر الإستفادة من صندوق التكافل العائلي المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6655 ، 23 جمادى الثانية 1439 (12 مارس 2018).

وزيادة على ذلك فإن تأمين أداء التعويض عبر صندوق التكافل العائلي يشكل دعامة قوية لنظام المسؤولية المهدة بالانهيار بسبب الإفلاس المطلق للمسؤول عن إنهاء العلاقة الزوجية، فهو وسيلة مهمة لجبر الضرر بعد أن تبين قصور الوسائل القانونية المتاحة عن إيجاد حلول كفيلة بتحقيق نوع من الضمان للمضرور من مظنة إعسار أو عدم ملاءة المسؤول.

وتأتي ضرورة إلزامية أداء مبلغ التعويض عن ضرر إنهاء العلاقة الزوجية من صندوق التكافل العائلي من ناحيتين أساسيتين: الأولى تتمثل في خدمة مصالح المضرور من الإنهاء التعسفي للعلاقة الزوجية، والثانية تأتي من ضرورة بث روح جديدة في نظام صندوق التكافل العائلي لمواكبة تطور المسؤولية المدنية والأضرار المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية.

خاتمة:

إن المشرع خطا خطوة نوعية في اتجاه حماية الطرف المتضرر من التطليق للشقاق كلما تبين أن إنهاء العلاقة الزوجية كان بدون مبرر أو لسبب غير معقول، وأقر له الحق في التعويض، إلا أن ما يلاحظ على مستوى القضاء - خاصة محكمة النقض - من خلال تطبيقاته أنه ما زال بعيدا عن القيام بدوره المتوخى منه و يسير عكس ما ذهب إليه المشرع في إقرار الحق في التعويض، ولذلك فإن تدخل المشرع بات ضروريا لتعزيز تلك الحماية، وهذه النتائج تقودنا إلى تقديم بعض المقترحات من أجل وضع حد للتناقض و التداخل الموجود حاليا، وعليه أقترح ما يلي:

- الإستغناء عن عبارة "... مراعية مسؤولية الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الطرف الآخر" الواردة في المادة 97 لأنها في نظري سبب الخلط القضائي بين المتعة و التعويض في التطليق للشقاق، والتنصيص صراحة على أحقية المطلقة تعسفا في الإستفادة من التعويض عن الضرر بغض النظر عن استحقاقها للمتعة من عدمه بحيث يخصص لكل مفهوم مادة مستقلة، لإزالة كل غموض أو تداخل بينهما وتفايدي التضارب الحاصل بين محاكم الموضوع بشأن متعة طالبة التطليق وبالتالي الحسم في التوجه الجديد لمحكمة النقض، القاضي بعدم استحقاق طالبة التطليق للمتعة.

- الإستغناء عن عبارة " مدى تعسف الزوج في توقيعه" الواردة في المادة 84 من مدونة الأسرة، و توسيع نطاق التعويض المدني حتى يشمل الطلاق التعسفي بالنص صراحة على تعويض الزوجة في حالة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق يقدر وفقا لمعايير محددة، وأيضا النص على تعويض الزوج حالة تعسف الزوجة في إيقاع الطلاق من خلال تعديل المادة 84 من مدونة الأسرة.

- إعادة صياغة المادة 97 من مدونة الأسرة، للفرقة بين الحالة التي تتقدم فيها الزوجة بطلب التطليق للشقاق، والحالة التي يكون الزوج هو المبادر إلى سلوك هذه المسطرة، حيث ينبغي في هذه الحالة الأخيرة الإحالة على المواد المتعلقة بمسطرة الطلاق في كل ما يتعلق بضرورة إيداع الزوج لمستحقات مطلقة قبل الفصل في دعوى التطليق من

أجل ضمان حقها في المتعة، وكذلك جعل مبلغ التعويض من ضمن المبالغ التي يلزم المتعسف بإيداعها داخل الأجل القانوني حتى يتم الإستجابة لطلبه الرامي إلى الإذن بالطلاق أو التطلق .

- إقرار حماية زجرية لحق الزوجة في المتعة، و التعويض بالنسبة للزوجين، كالتفقة التي جعل لها المشرع حماية جنائية من خلال الفصل 480 من القانون الجنائي.

- توسيع نطاق تدخل صندوق التكافل العائلي ليشمل تأمين أداء مبلغ المتعة والتعويض المحكوم به .

- تعميق البحث خلال عقد جلسات الصلح حتى يتسنى تحديد المسؤول المباشر عن الشقاق القائم بين الزوجين، وعدم ربط المسؤولية عن الفراق والحكم بالتعويض برفع دعوى التطلق ورفض الصلح، لأن هذا الرفع قد يكون الدافع إليه تصرفات الزوج الآخر، فمجرد تقديم طلب التطلق لا يعد تعسفا، كما أن التمسك بالعلاقة الزوجية قد يتم نكايه بالزوج الآخر لتحميله مسؤولية حدوث الشقاق .

❖ لائحة المراجع :

▪ الكتب :

- أحمد بابا عمي، الجمع بين تعويض المسؤولية المدنية وتعويض التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان - ، الطبعة الأولى 2014.

- الإمام مالك ، "الموطأ" ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، طبعة الثانية 1990 .

- خالد بنمومن ، "المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة" ، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط - ، الطبعة 2016.

- عبد الحق صافي، "الوجيز في القانون المدني"، ج الثاني - المصادر غير الإرادية لالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب)، دراسة في ق ل ع وفي القوانين الأخرى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2015.

- عبد القادر قرموش، "الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي"، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2013 .

- فتحي الدريني ، " نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي" ، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الرابعة ، 1988.

- محمد الشافعي، "الطلاق والتطلق في مدونة الأسرة"، طبعة الوراق الوطنية مراكش ، الطبعة الأولى 2010 .

- مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مطبعة النربين للطباعة والنشر والتوزيع - دمشق - الطبعة التاسعة 2001، ص 272 .

- وهبة الزحيلي نظرية الضمان و أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - ، مطبعة دار الفكر المعاصر بيروت لبنان ، 1988.

▪ الأطاريح و الرسائل الجامعية :

- ابتسام علمي، "انحلال ميثاق الزوجية بين الإدارة والرقابة القضائية في قانون الأسرة المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس، السنة الجامعية 2016/2017، ص 263.

- الحسنية لعديري، "المسؤولية المدنية للزوجين في ظل مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص جامعة مولاي إسماعيل مكناس، السنة الجامعية 2012/2013، ص 92.

- لبنى الغمراتي، "الإنهاء التعسفي للرابطة الزوجية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبدالمالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية واجتتاب طنجة، السنة الجامعية 2007/2008

- مونية لكبيري، "إكراهات العمل القضائي بمناسبة إنهاء الرابطة الزوجية"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل مكناس - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2015/2016.

▪ المقالات :

- إدريس الفخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، منشورات مجلة الحقوق "دلائل الأعمال القضائية" مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2013، الجزء الأول، ص 181.

- العرائض مجلة دورية تهتم بالمعرفة القانونية والمهنية يصدرها مجلس هيئة المحامين بتازة، العدد 4، مكتبة دار السلام الرباط، يناير/يونيو 2015، ص 206 وما يليها.

- محمد التريكي، "الضرر في دعوى الطلاق"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 5، مركز الدراسات القانونية و القضائية، وزارة العدل، الجمهورية التونسية، ماي 1998.

- مصطفى الخطيب، "المسؤولية عن التعسف في الطلاق والتطليق"، منشورات مجلة محاكمة، العدد 13، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2017.

خصوصية الطعن في نزاعات التحفيظ العقاري



خديجة المنير : طالبة باحثة

في سلك الدكتوراه في القانون الخاص

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية - جامعة ابن زهر - أكادير

مقدمة :

يعد ظهور التحفيظ العقاري¹ قانون موضوع وقانون شكل - كما استقر عليه الفقه² والقضاء³، حيث نظم جميع الاجراءات التي تتخذها وتسير على نهجها محكمة التحفيظ منذ إحالة ملف النزاع عليها من طرف المحافظ على الأملاك العقارية إلى غاية صدور الحكم، وتبليغه للأطراف، واستنفاذ طرق الطعن المخولة قانونا ضده، مروراً بعد ذلك إلى مرحلة تطبيقه من لدن المحافظ على الأملاك العقارية.

وبهذا يعتبر قانون التحفيظ العقاري إحدى الركائز الأساسية لتثبيت الملكية العقارية، لذلك تسعى كل الدول إلى خلق نظام عقاري متكامل، وذلك بواسطة تطوير قوانينها⁴.

¹ تم تغيير وتتميم هذا الظهير بموجب القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص: 5575.

² عبد العزيز حضري: "تطبيق قواعد المسطرة المدنية أمام قضاء التحفيظ العقاري"، رسالة الدفاع العدد الثاني، نونبر 2011.

³ قرار محكمة النقض عدد 887 الصادر بتاريخ 5 أبريل 198، ملف مدني رقم 85/182 قضاء المجلس الأعلى في مادة التحفيظ، أشار له عبد العزيز توفيق: "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي" طبعة 1999، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص: 187.

⁴ ادريس الفاخوري "نظام التحفيظ العقاري، وفق مستجدات القانون 14.07" سلسلة المعارف القانونية والقضائية، دار النشر المعرفة طبعة 2013، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص: 3.

وتطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين¹، لقد حول المشرع المغربي للمتضرر من الحكم الصادر في دعوى التحفيظ العقاري، صلاحية الطعن في هذا الأخير، مع إفراجه لبعض الخصوصيات التي تتماشى مع طبيعة هذه الدعوى، والتي تختلف من حيث مسطرتها - أحياناً - مع القواعد العامة للطعن المنصوص عليها في قانون مسطرة المدنية². فهذا المبدأ يعني أن أغلب الدعوى ترفع أول الأمر إلى المحكمة الابتدائية عن طرق الإحالة من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، ثم تعرض من قبل الفريق الخاسر على محكمة الاستئناف عن طريق الطعن في الحكم الابتدائي بالاستئناف من أجل إمكانية إصلاح الخطأ الذي ارتكبه محكمة البت في التعرض ابتدائياً، والجدير بالملاحظة أن جميع الأحكام الصادرة في شأن صحة التعرض أو رفضه قابلة للاستئناف مهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه³. الشيء الذي يفيد أن الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى يوصف دائماً بالحكم الابتدائي، والعبارة في هذه القاعدة المسطرية الواردة في الفصل 41 من ظهير التحفيظ العقاري، وليس الوصف الذي تصبغه المحكمة على ذلك الحكم، كذلك من المبادئ العامة المقررة في الطعن بالاستئناف أنه لا يجوز الطعن في الأوامر التمهيديّة بالاستئناف إلا مع الأحكام الفاصلة في الجوهر حتى ولو نفذ الفريق الخاسر وبدون تحفظ⁴.

ولقد سبق القول إن قانون التحفيظ العقاري هو قانون الشكل والموضوع، ولا تتم الإحالة على قانون المسطرة المدنية، باعتباره قانون إجراءات التقاضي إلا إذا وجد نص صريح أو تعلق الأمر بالنظام العام، وإذا كان الأمر كذلك فإن في قانون التحفيظ العقاري لم يرد ما يفيد وجود أكثر من طعنين، وهما: الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض. إذ جاء في الفصل 109 من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي: " لا تقبل الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري الطعن إلا بالاستئناف والنقض".

فهذا التعداد الحصري يفيد أن جميع طرق الطعن الأخرى سواء منها العادية أو غير العادية مستبعدة من نطاق قضاء التحفيظ العقاري رغم ورودها بأحكامها في قانون المسطرة المدنية، وذلك لأن قانون التحفيظ هو الذي قام باستبعادها.

• أهمية الموضوع :

إن الأحكام الابتدائية الصادرة في نزاعات العقار في طور التحفيظ، شأنها شأن الأحكام القضائية الأخرى تقبل الطعن، إلا أنه نظراً لطبيعة هذه المنازعات فقد خصها المشرع ببعض الخصوصيات التي تميزها عن القضايا العادية، فقانون 14.07 خص طرق الطعن ببعض المميزات ذات الأهمية البالغة، لذلك ارتأيت إلى دراسة هذه الخصوصية والإشكالات التي تطرحها.

¹ نص الفصل 120 من الدستور لسنة 2011 على ما يلي: " لكل شخص الحق في المحاكمة العادلة وفي حكم يصدر داخل أجل معقول. حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم".

² ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974)، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص: 2741.

³ ينص الفصل 41 منظ.ت.ع على ما يلي: " يقبل الاستئناف في موضوع التحفيظ مهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه".

⁴ كثر غنام: " مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، بجامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مراكش، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 333.

• إشكال الموضوع :

لقد نص المشرع على طريقتين للطعن في الأحكام والقرارات الصادرة في المادة العقارية، وهما: الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض، متجاوزا بذلك النقاشات الفقهية والقضائية بخصوص طرق الطعن الأخرى، لكن بالرغم من ذلك، فالتنظيم التشريعي الذي جاء به المشرع في إطار ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07، لم يقدم حلوًا ناجعًا لكل الإشكالات التي كانت تعانيها قضايا التحفيظ العقاري الأمر الذي أثار التساؤل حول مدى إمكانية الاستعانة بمقتضيات قانون المسطرة المدنية باعتبارها الشريعة العامة لسد ذلك النقص والثغرات.

• خطة البحث :

المطلب الأول : طرق الطعن المسموح بها في المادة العقارية.

المطلب الثاني : طرق الطعن المستبعدة في المادة العقارية.

المطلب الأول : طرق الطعن المسموح بها في المادة العقارية :

يعتبر الحق في ممارسة الطعن أمر اختياري بالنسبة للمحكوم له أو ضده، غير أنه عند رغبته في ممارسة هذا الحق يتعين عليه القيام بذلك في أجل محددة تبتدئ من تاريخ التبليغ، لكن في المادة العقارية هناك عدة خصوصيات، فالعودة للفصل 109 من ظهير التحفيظ العقاري المغير والمتمم بالقانون رقم 14.07، نجد أنه سمح فقط بالطعن بالاستئناف والطعن بالنقض في المادة العقارية، دون غيرهما من طرق الطعن الأخرى.

الفقرة الأولى : الطعن بالاستئناف في المادة العقارية :

ففيما يخص الطعن بالاستئناف كطريق عادي للطعن يمارس لمرة واحدة¹، تجسيدا لمبدأ التقاضي على درجتين، بمقتضاه يلتزم الطاعن من محكمة أعلى درجة من المحكمة المصدرة للحكم الابتدائي موضوع الطعن، بإبطال هذا الحكم كلاً أو جزءاً، والفصل في الدعوى للتدقيق في النزاع والحكم من جديد على نحو يصحح معه الخطأ الذي تضرر منه الفريق الطاعن، والأصل أن جميع الأحكام تقبل الطعن بالاستئناف، ما عدا إذا قرر القانون خلاف ذلك².

¹ جاء في قرار المجلس الأعلى ما يلي: "إن طرق الطعن لا تمارس إلا مرة واحدة، وإن الشخص الذي خسر الطعن بالاستئناف ظفي حكم بسبب عدم احترام شروط القبول-معدم بيان أسباب الاستئناف- لا يجوز له أن يعود إلى استئناف نفس الحكم بمقال مستوفي للشروط، والمحكمة عندما تقبل الاستئناف حكم سبق التصريح بعدم قبول استئنافه، تكون قد خرقت قاعدة جوهرية تتعلق بممارسة طرق الطعن في الأحكام". قرار المجلس الأعلى عدد 141 بتاريخ 1977/02/23 في الملف عدد 54433، أشار له أستاذنا إبراهيم أحطاب: "مسطرة تصحيح الثمن في العقود- ضريبة التسجيل نموذجاً-". الطبعة الأولى 1435-2014، مكتبة الرشاد - سطات-، ص:229.

² خديجة المنير: "الضريبة المستحقة على الريح العقاري في القانون المغربي"، رسالتى لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني العمق، جامعة ابن زهر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2018/2019، ص:127.

وتجدر الإشارة إلى أنه ينص الفصل 41 من ظ.ت.ع المغير والمتمم بالقانون رقم 14.07 على: " يقبل الاستئناف في موضوع التحفيظ مهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه.

يمكن رفع طلب الاستئناف على الكيفية المذكورة في الفصل 141 من قانون المسطرة المدنية، يوجه الملف بدون مصاريف مع نسخة الحكم المطعون فيه إلى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف".

يتضح من خلال هذا الفصل أن طلب الاستئناف يقدم بدون مصاريف على الكيفية المنصوص عليها في الفصل 141 من ق.م.م¹. كما أنه لا يمكن الاعتداد بالقيمة المالية لتحديد مناط التعرض، لأن أساسه ينصرف إلى المطالبة بالحق العيني، وليس الحق الشخصي المحدد في مبلغ معين².

ويمكننا إجمالاً تحديد خصوصيات الطعن بالاستئناف في النقاط التالية:

■ عدم خضوع الطعن بالاستئناف لقاعدة النصاب المنصوص عليها في الفصل 19 من قانون المسطرة المدنية³، الذي ينص على ما يلي: " تختص المحاكم الابتدائية بالنظر: -ابتدائياً مع حفظ الاستئناف أمام غرفة الاستئناف بالمحاكم الابتدائية إلى غاية عشرين ألف درهم (20000 درهم).

-وابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية في جميع الطلبات التي تتجاوز عشرين ألف درهم (20000 درهم)..."

لكن بالرجوع للفصل 41 من ظهير التحفيظ العقاري نجد أنه ينص على ما يلي " يقبل الاستئناف في موضوع التحفيظ مهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه".

■ أن طالب التحفيظ لا مصلحة له في الطعن بالاستئناف إذا قضى الحكم بعدم صحة التعرض. فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض: " لكن، حيث يتجلى من منطوق الحكم الابتدائي أنه اقتصر فقط على التصريح بعدم صحة تعرض كل من _____ و _____ على المطلب عدد 10402/ف وبذلك فهو لم يقض لفائدة طالبة المطلب المذكور بأي شيء يمس مصلحة الطاعن مما تبقى معه مصلحته في تقديم الطعن بالاستئناف ضد الحكم الابتدائي غير قائمة، وتحل هذه العلة القانونية المستمدة من الوقائع الثابتة لقضاء الموضوع محل العلة المنتقدة، مما تبقى معه الوسيلة على غير أساس"⁴.

¹ محمد رضوان: " تنفيذ المقررات القضائية الصادرة في مادة التحفيظ العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر الدراسات العقارية، كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء- سنة 2010/2009 ص135.

² هروال ياسين: " القواعد الإجرائية لدعوى التحفيظ العقاري وتضارب العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 41، السنة 2017/2015، ص: 58.

³ عبد الرحيم الطهيري: " الاجتهاد القضائي في مسطرة التحفيظ"، بحث نهاية تكوين المحققين القضائيين، الفوج 41، السنة: 2015-2017، ص: 105.

⁴ قرار عدد 1107 مؤرخ في 2010/03/09، ملف مدني عدد 2008/1/1/2052، أشار له رشيد بن اسماعيل: " خصوصيات المسطرة في نزاعات التحفيظ العقاري"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء -الرباط-، الفوج 39، فترة التدريب 2013-2015، ص: 63.

■ يقبل الحكم الابتدائي في نزاعات التحفيظ الطعن بالاستئناف داخل أجل ثلاثون يوما تبتدئ من تاريخ التوصل بالحكم، إما للشخص نفسه أو في موطنه الحقيقي¹، وذلك بموجب الاحالة الصريحة للفصل 40 من ظ.ت.ع على مقتضيات قانون المسطرة المدنية².

من خلال هذا الفصل يتضح أنه ليس هناك أي خصوصية في اجل الطعن بالاستئناف في الأحكام الابتدائية في دعوى التعرضات، طالما أن الفصل 40 من ظ.ت.ع قد أحال على قانون المسطرة المدنية، وبالتحديد الفصل 134 منها، الذي يحدد أجل الطعن بالاستئناف في ثلاثين يوما³.

هنا نتساءل هل يقبل هذا الأجل الامتداد والانقطاع للأسباب المذكورة في الفصول 135 و137 من قانون المسطرة المدنية؟

فبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 40 من ظ.ت.ع المغير والمتمم بالقانون رقم 14.07 حيث نص على ما يلي: " ... يمكن استئناف هذا الحكم داخل الأجل المحدد في نفس القانون"، فالمرجع هنا يحيل على أجل استئناف الأحكام الابتدائية ولم يورد عبارة "مابعده" التي كانت واردة في إطار الفصل 40 من ظ.ت.ع القديم الذي كان ينص على ما يلي: "... وينص هذا التبليغ على أنه في الإمكان طلب الاستئناف داخل الأجل المقررة في الفصل 226 وما بعده من ظهير المسطرة المدنية".

هنا يرى أحد الفقهاء المغاربة⁴ بأن الفصل 40 من ظ.ت.ع القديم لا يحيل على الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية وحده، وإنما أيضا على ما بعده في الفصول الأخرى المتعلقة بالأجل وهي الفصول 135 و136 و137 من ق.م.م .

لذلك نتساءل مرة أخرى هل يمكن الرجوع إلى قانون المسطرة المدنية باعتبارها قانونا إجرائيا عاما بهذا الخصوص؟

من المستقر عليه فقها وقضاء أن ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07، يعتبر قانون موضوع وقانون شكل، وأنه يتضمن كافة الإجراءات التي تتخذها المحكمة وهي تبت في التعرضات والتي يتطلبها إصدار الأحكام وتبليغها وطرق الطعن فيها⁵، غير أنه في حالة سكوت هذا الأخير عن بعض المسائل المسطرية التي عالجها قانون المسطرة المدنية، فإن الأمر لا يفيد الرجوع إليها، وهذا ما أكدته محكمة

¹ محمد خير: "حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب"، طبعة 2001، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط - المغرب، ص: 264.

² تنص الفقرة الثانية من الفصل 134 منق.م.م على أنه: "يجب أن يقدم استئناف أحكام المحاكم الابتدائية خلال ثلاثين يوما...".

³ سفيان بنجار: "خصوصيات مسطرة التعرض في قضايا التحفيظ العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني المعمق، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، السنة الجامعية: 2018/2019، ص: 82.

⁴ عبد العزيز حذريك "تطبيق قواعد المسطرة المدنية أمام قضاء التحفيظ العقاري"، رسالة الدفاع العدد الثاني نونبر 2011، ص: 22.

⁵ حسن منصف: "إشكالات تطبيق قانون التحفيظ العقاري، القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقاري"، الجزء الرابع، منشورات مجلة الحقوق المغربية سنة 2012، ص: 51.

النقض في قرار صادر عنها جاء فيه " تقبل وحدها التطبيق أمام محكمة التحفيظ مقتضيات المسطرة المدنية التي يرجع إليها ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ وتلك التي يفرض النظام العام تطبيقها..."¹.
أعتقد أنه ليس هناك ما يمنع من الرجوع إلى مقتضيات الفصل 136 من قانون المسطرة المدنية الذي يقتضي بمضاعفة أجل الاستئناف ثلاث مرات لصالح الأطراف الذين ليس لهم موطن ولا محل إقامة بالمغرب.
وبالرغم من ذلك فإنها لا تطبق من الناحية القانونية على قضايا التحفيظ العقاري لتعارضه مع مقتضيات الفصل 26 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915، المتعلق بضبط التفاصيل المتعلقة بتطبيق الضابط العقاري الراجع للتحفيظ باعتباره نص خاص أولى بالتطبيق، والذي نص على إلزام جميع أطراف نزاع التحفيظ بضرورة تعيين محل للمخابرة معهم بدائرة نفوذ المحافظة المتواجد بها العقار إذا لم يكن لهم موطن بها، وذلك تحت طائلة توجيه جميع التبليغات إلى النيابة العامة.²

- يقدم الطعن بالاستئناف لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية مصدرة الحكم، حسب مقتضيات الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية³، بموجب الاحالة الصريحة للفصل 41 من ظ.ت.ع.
- أن لا يشترط في المقال الاستئنافي للتحفيظ أن يتضمن مجموع البيانات المنصوص عليها في الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية لعدم وجود إحالة صريحة من ظهير التحفيظ العقاري على مقتضيات هذا الفصل. لذلك جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ما يلي: "... وحيث تبين أن القرار المطعون فيه قد تنحى عن الصواب حينما قضى بعدم قبول الاستئناف شكلا استنادا على مقتضيات الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية الذي يوجب أن يتضمن المقال الأسماء الشخصية والعائلية لكل من المستأنف والمستأنف عليه مع أن موضوع النزاع يتعلق بطلب تحفيظ عقار مما يحتم تطبيق مقتضيات الفصل 42 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري والذي تعتبر تنقيصاته امرة..."⁴.
- وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من عدم تنقيص المشرع على بيان التوقيع في ظهير التحفيظ العقاري، وكذا عدم إحالته بخصوص هذا البيان على قانون المسطرة المدنية، إلا أنه يبقى بيان جوهريا يترتب عنه الحكم بعدم القبول⁵.

¹ قرار محكمة النقض بتاريخ 59/04/29 تحت عدد 182 في الملف المدني عدد 1796، مجموعات قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية 1958-1996، ص:13 وما يليها.

² مصطفى الكيلة: " خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري- بحث في النزاعات المثارة بسبب التعرض على مطلب التحفيظ"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2009-2010، ص:260-261

³ ينص الفصل 141 منق.م.م على: " يقدم الاستئناف أمام كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

يثبت وضع المقال بكتابة الضبط في سجل خاص ويوجه مع المستندات المرفقة به دون مصاريف إلى كتابة ضبط محكمة الاستئناف المختصة.
يسلم كاب الضبط وصلا للأطراف الذين يطلبونه. ويعتبر النسخة الحاملة لطابع كتابة الضبط بمثابة وصل".

⁴ قرار المجلس الأعلى رقم 827 ملف مدني رقم 98/745 بتاريخ 1985/04/03، أشار له عبد العزيز توفيق " قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1999، ص:153

⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 432 صادر بتاريخ 2005/2/9، في الملف المدني عدد 2004/1/1/1005، أشار له رشيد بن اسماعيل: " خصوصيات المسطرة في نزاعات التحفيظ العقاري"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء - الرباط، - الفوج 39، فترة التدريب 2013-2015، ص:64

- أن خصوصيات المسطرة القضائية للتحفيظ لا توجب تصحيح المسطرة أثناء سريان الدعوى أمام محكمة التحفيظ سواء خلال المرحلة الابتدائية أو الاستئنافية.
- لا ضرورة لتوجيه الاستئناف في نزاعات التحفيظ ضد الورثة عوض مورثهم الهالك. فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش: " حيث دفع المستأنف عليهم بكون الاستئناف المعيب لخرقه مقتضى الفصل 142 من ق.م.م، لعدم تفصيل أطراف الدعوى ولتقديمه من ——— ، وهي ميتة وبالتالي غير ذات أهمية ولكون المذكرة التوضيحية المتعلقة به قدمت خارج الأجل.
- لكن حيث إن لا مجال للتقيد بالبيانات المتعلقة بالتعريف بأطراف النزاع التي يوجب الفصل 142 من ق.م.م. متوفرها في المقال الاستئناف وإن ظهر 12 غشت 1913 المعتبر بمثابة قانون للتحفيظ من قواعد خاصة للطعن بالاستئناف تضمنها الفصل 42 منه، ومع هذه القواعد الخاصة لا يمكن تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في الفصل 142 من ق.م.م. وأن عدم ذكر أسماء كل الطرفين في ميدان التحفيظ مقبول لا يؤثر على المقال الاستئنافي ما دام أن التعريف باسم الشخص الأول من كل فريق مع إضافة ومن معه كاف في ميدان التحفيظ للتعرف على هوية الأطراف لتوفر ذلك هوية وعناوين بملف التحفيظ"¹.
- أنه يمكن تقديم مقال استئنافي واحد لمجموع طالبي التحفيظ لوجود مصلحة مشتركة، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض: " لكن ردا على الوسيلة فإن الاستئناف قدم من طرف طالبي التحفيظ الذين لهم مصلحة مشتركة ولهم أن يقدموا مقالا استئنافيا واحدا ويؤدوا عنه أداء واحد، ولذلك فإن القرار حين علل أن المستأنف ——— ومن معه قاموا بأداء الرسوم القضائية بنفس التاريخ حسب الوصل عدد 177195 وليس بالملف ما يفيد تبليغ الحكم الابتدائي إليهم، مما يتعين جعله تقدم على الشكل والصفة والمصلحة داخل الأجل القانوني فهو مقبول شكلا، مما يكون معه القرار معللا ومرتكز على أساس قانوني والوسيلة بالتالي غير جدية بالاعتبار"².
- وتجدر الإشارة إلى أن الاستئناف أحد طلاب التحفيظ للحكم الابتدائي القاضي بصحة التعرض دون الآخرين لا يستفيد منه إلا المستأنفون دون غيرهم ولو وجدت مصلحة مشتركة فيما بينهم.

الفقرة الثانية: الطعن بالنقض في المادة العقارية:

محكمة النقض ليست درجة من درجات التقاضي، فهي لا تعيد طرح النزاع من جديد، فمهمتها تكمن في التطبيق والتأويل الموحد للنصوص القانونية، دون النظر في وقائع النزاع³.

¹قرارات المجلس الأعلى عدد 827 و76-399، أشار لهم رشيد بن اسماعيل: " خصوصيات المسطرة في نزاعات التحفيظ العقاري"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء - الرباط، الفوج 39، فترة التدريب 2013-2015، ص:64

²قرار عدد 3774 مؤرخ في 2006/12/13، ملف مدني عدد 2006/1/1/2542، أشار له رشيد بن اسماعيل: " خصوصيات المسطرة في نزاعات التحفيظ العقاري"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء - الرباط، الفوج 39، فترة التدريب 2013-2015، ص:65.

³محمد الكشور: " رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2002، ص:92

والطعن بالنقض تطرقت له الفصول من 353 إلى 385 من قانون المسطرة المدنية، أما في ظهير التحفيظ العقاري فهي لا تختلف كثيرا عن تلك الواردة في القواعد العامة، مع انفرادها ببعض الخصوصيات المتعلقة أساسا بأجل ممارسة هذا الطعن، ثم إمكانية وقف التنفيذ في هذه القضايا.

أولا: أجل الطعن بالنقض في دعوى التحفيظ العقاري :

بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 47 من منظمت.ع كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07 نجده ينص على ما يلي:" يبلغ القرار الاستثنائي وفق الكيفية المقررة في قانون المسطرة المدنية ويمكن الطعن فيه بالنقض داخل الأجل المحدد في نفس القانون".

يتبين إذن من خلال هذا الفصل أن أجل الطعن بالنقض في مادة التحفيظ العقاري لم يعد يختلف عن نظيره في القواعد العامة والمحدد حسب الفصل 358 من ق.م.مفي ثلاثين يوما من يوم التوصل بالحكم، على خلاف ما كان عليه الأمر في السابق إذ كان يحدد في شهرين من تاريخ التبليغ بنسخة الحكم، وهو تعديل صائب طالما أن لا يوجد أي مبرر للتمييز بين الدعويين في هذا الإطار.

غير أنه إذا ان المشرع قد حاول وضع حد للانتقادات التي كانت موجهة للفصل 47 قبل التعديل أو أحال بشكل صريح على القواعد العامة للمسطرة المدنية، فإنه بالرغم من ذلك فإن اجراءات الطعن بالنقض تثير العديد من الاشكالات خصوصا في الحالات التي لا يحيل فيها المشرع بشكل صريح على قواعد ق.م.م¹.

ثانيا: مدى إيقاف الطعن بالنقض للتنفيذ في دعوى التحفيظ العقاري :

ينص الفصل 361 منق.م.م، على أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ إلا في حالات معينة من بينها دعاوى التحفيظ العقاري.

وبهذا فالطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري يوقف التنفيذ، وعلى غير العادة فهذه الخصوصية لم تأتي من ظهير التحفيظ العقاري، إنما من المقتضيات العامة نفسها².

ولقد وضع المشرع هذه الحالات الاستثنائية، لما يترتب إلى تنفيذ القرارات الاستثنائية المتعلقة بها من أضرار في حالة نقضها، قد تكون أحيانا غير قابلة لإصلاح.

¹ يوسف مسرور: " خصوصيات المرحلة القضائية لمسطرة التحفيظ العقاري وتأثيرها على العمل القضائي"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، ماستر التوثيق والمنازعات العقارية، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، السنة الجامعية: 2018-2019، ص: 73

² سفيان بنجار: " خصوصيات مسطرة التعرض في قضايا التحفيظ العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني المعمق، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، السنة الجامعية: 2018/2019، ص: 86

وهي نفس التوجه الذي استهدفه المشرع من إيقاف القرارات الاستثنائية الصادرة في نزاع التحفيظ العقاري، والتي تهمنا بهذا الصدد، ذلك أن نقض هذه القرارات الاستثنائية من طرف محكمة النقض، بعد صدور قرار التحفيظ، الذي يتسم بالنهائية وعدم القابلية للطعن، سيؤدي لا محالة إلى صعوبة إرجاع الوضع إلى ما كان عليه، مما سيفقد الناس ثقتهم في العدالة.

فمثلا تنفيذ القرار الاستثنائي القاضي بعدم صحة التعرض، يعني تأسيس الرسم العقاري باسم طالب التحفيظ، هذا الرسم تكون له صفة نهائية، ومن ثمة يتعذر إرجاع الوضع إلى ما كان عليه في حالة نقض القرار الاستثنائي القاضي بعدم صحة التعرض، ومن هنا تظهر فلسفة المشرع من التنصيص على وقف تنفيذ القرارات الاستثنائية الصادرة في مادة التحفيظ، لظهور بعض الأوضاع التي يصعب تجاوزها.

وإذا كان الفصل 361 منق.م.م، قد نص على وقف القرارات الاستثنائية الصادرة في قضايا التحفيظ، فإن هذا الفصل لم يثر إشكالا على مستوى المرحلة السابقة لتأسيس الرسم العقاري¹، وهو ما كرسه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في أحد قراراته إذ جاء فيه: " حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار ذلك أنه استند في قضائه على الحكم الاستثنائي الصادر في الملف عدد 2003/676/4 بتاريخ 2004/05/17 القاضي برفض طلب إبطال اجراءات تبليغ الحكم المستأنف، حيث إن الحكم المستأنف الذي قضى برفض طلب إبطال تبليغه بمقتضى الحكم الاستثنائي المشار إليه يتعلق بالتعرض على مطلب التحفيظ، وبمقتضى الفصل 361 من قانون لمسطرة المدنية فإن الطعن بالنقض يوقف تنفيذ القرارات الاستثنائية المتعلقة بقضايا التحفيظ العقاري لذلك كان على المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أن لا تعتمد الحكم المستدل به إلا بعد صيرورته باتا..."².

لكن الإشكال أثير على مستوى المرحلة البعدية لتأسيس الرسم العقاري، وأساس المشكل طرح حول مفهوم مصطلح "التحفيظ العقاري"، الذي استعمله المشرع في الفصل 361 من ق.م.م، وما إذا كان يشمل فقط مسطرة التحفيظ التي تنتهي بصدور الرسم العقاري، أم يشمل كذلك التصرفات الواردة على العقار المحفظ، هذا الإشكال كان محل خلاف قضائي وفقهي قبل أن يتم حسمه تشريعا، استنادا إلى الفصل لأول من ظت.ع الذي نص على أنه: " يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفظ خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه :

¹ لا خلاف في كون المرحلة السابقة على تأسيس الرسم العقاري يتم فيها وقف تنفيذ القرارات الاستثنائية الصادرة في قضايا التحفيظ، وإن كان المشرع استعمل الفصل 37 من ظ.ت.ع كما تم نسخه وتعويضه في فقرته الثانية مصطلح قوة الشيء المقضي به، وهو مصطلح غير دقيق بالنظر إلى كونه ينطبق فقط على الأحكام غير القابلة للطعن العادي دون الطعن بالاستثنائي لذلك ينبغي تدارك هذا الخطأ.

² قرار المجلس الأعلى عدد 1702 ملف مدني عدد 2004/6/1/3232 بتاريخ 2006/05/24 أشارت له سمرة محدوب: "الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري-على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 14.07-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص:238

- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به.

- تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك في الرسم العقاري المؤسس له".

وبذلك يكون مفهوم قضايا التحفيظ شاملا المرحلة السابقة واللاحقة على تأسيس الرسم العقاري، أي أن هذا الفصل لم يساير ما دأب عليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) الذي أعطى عبارة "التحفيظ العقاري"، مفهوما ضيقا، أي أنها تقتصر على مسطرة التحفيظ، أي العقار في طور التحفيظ، دون العقار المحفظ، حيث جاء في قرار له " وحيث إنه بالنسبة للفصل 361 من قانون المسطرة المدنية فإنه وكما استقر عليه اجتهاد المجلس الأعلى الغرفة الإدارية في عدة قرارات فإن المقصود بعبارة التحفيظ العقاري مجموع الإجراءات المتعلقة بإنشاء رسم عقاري لا يزال في طور التحفيظ العقاري أما العقارات المحفظة فلها نظام خاص بها يتبع من الرسوم العقارية ولذلك فإنه لا تدخل ضمن مقتضيات المصطلح المذكور مما يكون معه قرار المحافظ العقاري القاضي برفض تقييد الحكم النهائي الحائز لقوة الشيء المقضي به المستدل به متسما بالشطط في استعمال السلطة وبالتالي فإن الحكم المستأنف يعتبر واجب التأيد"¹.

لكن في المقابل هناك اتجاه آخر فسر المصطلح تفسيراً واسعاً، على أساس أن الصياغة التي جاء بها الفصل 361 من ق.م.م عامة، وأن المشرع كان هدفه حصر وقف التنفيذ في مرحلة مسطرة التحفيظ، وأكد ذلك بعبارة "في القضايا الخاصة بمسطرة التحفيظ"، كما استدلت هذا الاتجاه على كون الاقتصار على المفهوم الضيق لمصطلح التحفيظ، سينتج عنه مشاكل في التنفيذ و استحالات مادية وقانونية على الأطراف حسني النية، ناهيك على اثره في التأثير على استقرار المعاملات، كما أنه من المبررات التي ساقها هذا الاتجاه، للقول بالتفسير الواسع لمصطلح التحفيظ، هو صعوبة تحديد الخانة التي سيدرج فيها الفصل 84 من ظ.ت.ع، فالأمر يتعلق بتقييد للمستقبل، تطبق عليه جميع القواعد المطبقة على التقييد والتشطيب، ولكنه قدم في مرحلة مازال فيها العقار في طور التحفيظ، فهل يا ترى سيعتبر هذا الفصل متعلقاً بمرحلة سابقة لمرحلة التحفيظ، وبالتالي يطبق الفصل 361 من ق.م.م، أم سيعتبر متعلقاً بمرحلة لاحقة لمرحلة التحفيظ وبالتالي لا يطبق عليه الفصل المذكور؟

إن هذا التفسير الواسع لمقتضيات الفصل 361 من ق.م.م تأكيداً من خلال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمكناس، إذ جاء فيه: "... ذلك أن المحافظ في نازلة الحال قام بتنفيذ قرار استثنائي قضى برفع الحجز بالرغم من أن هذا القرار

1 قرار عدد 8974 صادر بتاريخ 2001/06/28. في الملف الإداري عدد 2001/1/4/722، أشارت له كاتزة غنام: " مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، بجامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مراكش،- السنة الجامعية 2015-2016.ص:354

قد تم نقضه من طرف المجلس الأعلى... في حين أن مصير ما يأمر به من تشطيب على الحجز من الصك العقاري متوقف على ما سيقدره المجلس الأعلى في شأنه، وقد تمت هذه الاجراءات حيادا على مقتضى الفصل 361 من ق.م.م التي تقضي إيقاف الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ بصفة تلقائية بمجرد الطعن فيها بالنقض...¹.

وبهذا يكون الفصل الأول من منظمت.ع حسم الخلاف الفقهي والقضائي حول مفهوم "التحفيظ العقاري" الوارد في الفصل 361 من ق.م.م حيث أصبح يشمل العقار في طور التحفيظ والعقار المحفظ، غير أنه ما يؤخذ على ظ.ت.ع أنه استعمل في الفصلين 37 و91 منه مصطلح "قوة الشيء المقضي به"، مما يعني أن الحكم الصادر في قضايا التحفيظ يكفي أن يكون حائزا لقوة الأمر المقضي به لتنفيذه، على أساس أن قوة الأمر المقضي به تثبت للحكم الذي لم يعد قابلا للطعن بالطرق العادية دون طرق الطعن الاستثنائية، لذلك لا بد من خلق انسجام بين مقتضيات الفصلين المذكورين والفصل الأول من ظ.ت.ع.².

انطلاقا مما سبق، فإن الطعن بالنقض في المادة العقارية ينفرد بعدة خصوصيات منها، لا موجب أن يوجه الطعن بالنقض المرغوب من طرف طالب التحفيظ ضد جميع المتعرضين من جهة، ولا مصلحة للمتعرض المطلوب في النقض أن يثير الدفع بعدم إدخال جميع المتعرضين، وفي حالة تعدد المتعرضين، تعين على كل متعرض أن يتقدم بالطعن بالنقض خاص به، تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض، ويمكن ممارسة النقض بمقال واحد يضم جميع المتعرضين إذا اتحدت المصلحة المشتركة بينهما.³

المطلب الثاني : طرق الطعن المستبعدة في المادة العقارية :

إن عدم قابلية الأحكام في المادة العقارية لكل طرق الطعن يعد أهم الخصوصيات المميزة لها، حيث جعل الفصل 109 من ظ.ت.ع هذه الأحكام لا تقبل إلا الطعن بالاستئناف والنقض فقط.

ونظرا لاختلاف الأحكام القانونية المتعلقة بهذا النوع من الطعون والغاية التي شرعت من أجلها، فسأطرق للخصوصيات المميزة لطرق الطعن غير المسموح بها في مادة التحفيظ العقاري من خلال استحضار العمل القضائي ومواقف الفقه بشأنها، واكتشاف السبب من وراء استبعادها، وذلك بالتطرق في (الفقرة الأولى) للطعن بالتعرض، و لتعرض الغير لخارج عن الخصومة (الفقرة الثانية)، والطعن بإعادة النظر (الفقرة الثالثة).

¹ حكم المحكمة الإدارية بمكناس ملف رقم 3/2002/70 غ رقم 3/2003/24 غ بتاريخ 2003/02/06، أشارت له سمرة محدوب: "الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري- على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 14.07-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص:243.

² سمرة محدوب: "الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري- على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 14.07-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص:244.

³ عمر أزوكاغ: "التحفيظ العقاري في ضوء التشريع العقاري وقضاء محكمة النقض"، منشورات دار القضاء بالمغرب، طبعة 2011، ص:244-245.

من ظهير 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بقانون 14.07، والتي جاء فيه: " يقبل دائما الاستئناف في موضوع التحفيظ مهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه".

وهو الأمر الذي ذهبت إليه محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: " حيث إن ظهير 12 غشت 1913 هو قانون الموضوع وقانون الشكل كذلك، فقد تضمن الاجراءات التي تتخذها محكمة التعرض على التحفيظ، وكذا الأحكام التي تصدرها وكيفية تبليغها، وطرق الطعن التي ترد في الأحكام، فنص على أن هذه الأحكام يطعن فيها دائما بالاستئناف كطعن عادي وحيد دون التعرض و مهما كانت قيمة العقار..."¹.

وهو ما أكدته محمة النقض في قرار اخر جاء فيه: " يقرر ظهير مسطرة التحفيظ العقاري مبدأ التقاضي على درجتين مهما كانت قيمة العقار، ولم يستثن من هذه القاعدة اية حالة"².

ثانيا: دواعي منع الطعن بالتعرض :

يتضح من خلال الفصل والقرارين المشار إليهم سابقا أن الطعن بالتعرض غير مسموح به في مسطرة التحفيظ العقاري، وذلك نظرا لكون المشرع يشترط لقبول الطعن بالتعرض أن يكون الحكم غير قابل للاستئناف، وهو الأمر الذي ذهبت إليه استئنافية الدار البيضاء في قرار لها جاء فيه: " إن التعرض على مطلب التحفيظ لا يقبل لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لأن من شأن قبوله خرق نظام التقاضي على درجتين"³.

وبالتالي فإن التصريح بان الحكم غيابيا في قضايا التحفيظ العقاري، ليس ذا فائدة لأن الحكم يعتبر حضوريا أو بمثابة حضوري سواء حضر الأطراف او لم يحضروا، وسواء قدموا مذكراتهم أو لم يقدموها، فحتى لو وصف الحكم خطأ من طرف المحكمة بأنه انتهائي فهو دوما ابتدائي⁴.

إذ العبرة في معرفة ما إذا كان الحكم صدر بصورة غير انتهائية بالقواعد المقررة، وليس بالوصف الذي وصف به من قبل المحكمة المصدرة الحكم، وهذا ما حدى بالمشرع أن يؤكد بصفة صريحة قابلية الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري للاستئناف.

أما القرارات الاستئنافية الصادرة في نزاعات التحفيظ، فإن المشرع نص صراحة على عدم قبولها الطعن بالتعرض، وهو ما نص عليه الفصل 45 من ظ.ت.ع المغير والمتمم بالقانون رقم 14.07، حيث جاء فيه: " تبت محكمة

¹ قرار محكمة النقض عدد 887 بتاريخ 5 أبريل 1989 أشار له الكبير اسماعيني " خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب للملحقين القضائيين الفوج 39 بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2015/2013. ص: 65

² قرار محكمة النقض عدد 137 صادر بتاريخ 13 فبراير 1985، أشار له الكبير اسماعيني " خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب للملحقين القضائيين الفوج 39 بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2015/2013. ص: 65.

³ قرار استئنافية الدار البيضاء، صادر بتاريخ 22 ماي 1985، أشار له الكبير اسماعيني " خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب للملحقين القضائيين الفوج 39 بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2015/2013. ص: 65

⁴ عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية"، المجلد التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 361 وما بعدها.

الاستئناف في القضية إما في الحين أو بعد المداولة سواء حضر الأطراف أو تخلفوا دون أن يقبل أي تعرض ضد الحكم الصادر..."، وهذا خلافا للقرار الصادر في القضايا العادية التي تسري عليها القواعد المطبقة على الأحكام الابتدائية بشأن التعرض.

إن استبعاد الطعن بالتعرض في قضايا التحفيظ يثير بعض الاشكالات والتي من شأنها أن تؤدي إلى عدم الانسجام بين مقتضيات بعض الفصول المتواجدة في ظ.ت.ع مثلا كالفصل 40 كما تم تعديله وتتميمه والفصل 47 من نفس الظهير، اللذين نصا على أن التبليغ يتم وفق قواعد المسطرة المدنية، هذه القواعد التي تجيز التبليغ إلى القيم مما يقضي ضرورة وصف الحكم كونه غيابه، وهو ما يتعارض مع مقتضيات الفصل 45 و109 من ظ.ت.ع كما تم تعديلها وتتميمهما¹.

أعتقد أن استبعاد الطعن بالتعرض ضد الحكم الصادر في نزاع التحفيظ العقاري، يرجع إلى عمليات الاشهار الواسعة التي تحاط بها عملية التحفيظ تحقيا لمبدأ العلنية، ثم إلى الخصوصيات التي تطبع قضايا التحفيظ العقاري، لذلك فإن جميع الأحكام الصادرة في نزاع التحفيظ تصدر بصفة حضورية وبالتالي لا مجال فيها للتعرض.

الفقرة الثانية: عدم جواز الطعن بإعادة النظر في المادة العقارية :

نظم المشرع المغربي أحكام الطعن بإعادة النظر في الفصول من 402 إلى 410 من قانون المسطرة المدنية، لكن في المقابل لم ينص على هذا الطعن في ظهير التحفيظ العقاري، لكن استقر قضاء محكمة النقض على عدم قابلية القرار الاستئنافي الصادر في مادة التحفيظ للطعن بإعادة النظر. فقد جاء في إحدى قراراتها: " لكن ردا على الوسيطتين، فإن طرق الطعن تتعلق بالنظام العام. وأنه ليس بمقتضيات ظهير 1913/08/12 بشأن التحفيظ العقاري مما يسمح بالطعن بإعادة النظر ضد القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف في مسطرة التحفيظ، مما تبقى معه الوسيطتين غير جديرتين بالاعتبار"².

كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض: " لكن، حيث إن المحكمة التي حددت تشكيلتها واختصاصها بمقتضى الظهير التنظيمي المؤرخ في 12 غشت 1913 التعلق بالتحفيظ العقاري في فصليه 36 و37 فيما يخص الدرجة الأولى، وفي فصليه 45 و46 فيما يخص الدرجة الثانية هي محكمة استثنائية قواعدها المسطرية الخاصة محددة بنفس الظهير، مما لا

¹الكبير اسماعيني " خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب للملحقين القضائيين الفوج 39 بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2013/2015، ص: 67.

²قرار عدد 396 مؤرخ في 2007/01/31 ملف مدني عدد 2005/1/1/2999، رشيد بن اسماعيل: " خصوصيات المسطرة في نزاعات التحفيظ العقاري-محكمة التدريب نموذجاً"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 39، فترة التدريب 2013-2015، ص: 69.

يمكن معه تطبيق مقتضيات ظهير المسطرة المدنية أمامها إلا إذا استلزم ذلك النظام العام، أو إذا أحال عليها ظهير التحفيظ، وأن هذه الحالة لا تنطبق على إعادة النظر"¹.

وجاء في قرار اخر للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا): "إن سكوت المشرع عن إعادة النظر يفيد استبعاده و لا يجوز الرجوع إلى قانون المسطرة المدنية بشأن طعن لم تتناوله مسطرة التحفيظ للقول لم تعرفه ولم تحل على قانون المسطرة المدنية بشأنه.

ولا وجه للقول بهذا الطعن بمجرد أن المشرع لم يستبعده صراحة كما فعل بالنسبة للتعرض كان يكفي السكوت عنه لاستبعاده و أن التنصيص على هذا الاستبعاد صراحة مجرد تأكيد كما لا وجه لاستدلال مما ورد في الفصل 3 من ظهير المصادقة على قانون المسطرة المدنية لأنه لا يهم القوانين التي لا تنظم موضوعا معيناً بكامله وقانون مسطرة التحفيظ كما سبق القول نظم طرق الطعن في الأحكام"².

كما جاء في قرار اخر " لكن، ردا على الوسيطتين معا لتداخلهما، فإنه في جميع الأحوال مادامت دعوى النازلة إنما تتعلق بالتحفيظ العقاري، فإن الطعن بإعادة النظر في قرارات محاكم الاستئناف غير منصوص عليه بمقتضى قانون خاص، الصادر بتاريخ 1913/08/12 والواجب التطبيق في النازلة، وبالتالي يكون الطعن المذكور غير مقبول. وبهذه العلة القانونية المحضة المستقاة من الواقع الثابت لقضاة الحكم تعوض العلل المنتقدة من طرف الطاعنة، الأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه حين قضى برفض الطلب معللا وغير خارق للمقتضيات القانونية المحتج بها والسببان وبالتالي جديرين بالاعتبار"³.

وتجدر الإشارة إلى أن مقتضيات الفصل 109 من ظ.ت.ع المغير والمتمم بالقانون رقم 14.07 حسم الأمر سواء بخصوص طرق الطعن العادية أو طرق الطعن غير العادية الممكنة في نزاعات التحفيظ العقاري، حيث جاء في الفصل المذكور: " لا تقبل الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري الطعن إلا بالاستئناف والنقض". وبذلك يكون الطعن بإعادة النظر غير مقبول في قضايا التحفيظ العقاري، لعدم النص عليه بشكل صريح في ظهير التحفيظ العقاري، بالإضافة إلى أن بعض أسباب الطعن بإعادة النظر ستطرح إشكالا في حالة الاستناد عليها، مما سيؤدي حتما إلى خلل وتعقيد في سير هذه المسطرة خاصة إذا تم اكتشاف وقوع تدليس أثناء سير الدعوى إلا بعد انتهاء مسطرة التحفيظ واتخاذ المحافظ قرار بشأن الطلب، أو صدور القرار القضائي الفاصل في الطعن بإعادة النظر إلا بعد انتهاء مسطرة التحفيظ، باعتبار أن هذا الطعن لا يوقف التنفيذ، الشيء الذي يجعله يتعارض مع خصوصيات هذه المسطرة.

¹ قرار صدر عن المجلس الأعلى رقم 182 بتاريخ 1959/04/29 ملف مدني عدد 1796، أشار له محمد رضوان: "تنفيذ المقررات القضائية الصادرة في مادة التحفيظ العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر الدراسات العقارية، كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء- سنة 2010/2009 ص:140

² قرار المجلس الأعلى عدد 887 بتاريخ 5 أبريل 1989 ملف مدني 85/2182، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 42/43 السنة 1989، ص:33.

³ قرار عدد 2062 مؤرخ في 2010/05/04 ملف مدني عدد 2008/1/1/3061، أشار له رشيد بن اسماعيل: "خصوصيات المسطرة في نزاعات التحفيظ العقاري- محكمة التدريب نموذجاً"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 39، فترة التدريب 2013-2015، ص:69

الفقرة الثالثة: طعن الغير الخارج عن الخصومة:

نص الفصل 303 منق.م.م. على أنه: "يمكن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا كان لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى".

من خلال هذا النص يتضح أنه لممارسة تعرض الغير الخارج عن الخصومة كطريق غير عادي للطعن في الأحكام ينبغي توفر الشروط التالية:

- 1- يجب أن يكون الحكم المطعون فيه قد مس بحقوق الغير المتعرض، تطبيقاً لمبدأ "لا دعوى حيث لا مصلحة".
 - 2- ألا يكون الغير المتعرض قد استدعى شخصياً أو بواسطة نائبه، وبالتالي من كان طرفاً في الدعوى ليس له أن يتقدم بمثل هذا الطعن.¹
- ويقدم هذا الطعن طبقاً للقواعد المقررة للمقالات الافتتاحية للدعوى²، كما أنه وعلى خلاف باقي طرق الطعن، فإن هذا الطعن غير مقيد بأجل محدد³.

لكن إذا كان ق.م.م. قد نظم تعرض الغير الخارج عن الخصومة، في الفصول من 303 إلى 305، فإن ظهير التحفيظ العقاري منعه صراحة في الفصل 109 منه كما تم نسخه وتعويضه، وقد سبق للمجلس لأعلى (محكمة النقض حالياً) أن رفض تعرض الغير الخارج عن الخصومة، إذ جاء في أحد قراراته أنه: "حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أنه لا وجود لنص قانوني في مقتضيات ظهير 12 غشت 1913 يسمح بالتعرض الخارج على الخصومة، والقرار المطعون فيه لما قبل طلب المطلوب في النقض المذكور رغم ما ذكر يكون خرق الظهير المشار إليه أعلاه، فتعرض بذلك للنقض"⁴.

وترى إحدى الباحثات⁵ والتي أشاطرها الرأي أن استبعاد المشرع لتعرض الغير الخارج عن الخصومة، إن كان له ما يبرره على أساس أن المشرع سن مسطرة التعرض في إطار الفصل 24 من ظ.ت.ع. كما تم تعديله وتتميمه، واستثناء في إطار الفصل 29 من ظ.ت.ع. كما تم نسخه وتعويضه، وبالتالي فأطراف النزاع عليهم سلوك إحدى هاتين المسطرتين، فإن الأمر قد يدق في بعض الأحيان كما هو الشأن بالنسبة للشفيع الذي ألزمته المادة 305 من القانون

¹ عبد الكريم الطالب: "التنظيم القضائي المغربي"، مطبعة الوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، الطبعة الرابعة، مارس 2012، ص: 311-312.

² الفقرة الأولى من الفصل 304 منق.م.م.

³ وعليه فإن هذا الأجل يخضع للقواعد العامة لتقادم الالتزامات المنصوص عليه في الفصول من 371 إلى 391 من ق.ل.ع.

⁴ قرار المجلس الأعلى عدد 4218 ملف مدني عدد 99/1/1/1748 بتاريخ 08/11/2000 أشارت له سمرة محدوب: "الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري- على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 14.07-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 251.

⁵ سمرة محدوب: "الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري- على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 14.07-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 253.

رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية بتقديم تعرضه، علما أن أجل التعرض قد ينتهي قبل انتهاء أجل الشفعة، وكذلك الأمر بالنسبة للمتعرض على الحقوق المعلن عنها طبقا للفصل 84 من ظ.ت.ع كما تم تعديله وتتميمه، الذي أعطاه الفصل 24 من ظ.ت.ع كما تم تعديله وتتميمه هذه الإمكانية، دون أن يأخذ بعين الاعتبار كون الحق المعلن عنه طبقا للفصل 84 من ظ.ت.ع قد ينشأ بعد انتهاء أجل التعرض، ومادام الفصل 29 من ظ.ت.ع كما تم نسخه وتعويضه قد سحب الاختصاص من وكيل الملك بفتح أجل استثنائي للتعرض، والذي يعني أنه لا مجال للتدخل الهجومي أمام قضاء التحفيظ، فكان لا بد أن تعطي الإمكانية لتعرض الغير الخارج عن الخصومة لحماية الشفيع والمتعرض على الحقوق المعلن عنها طبقا للفصل 84 من ظ.ت.ع ما لم يتم اتخاذ قرار التحفيظ.

خاتمة :

إن الأحكام الابتدائية الصادرة في نزاعات العقار في طور التحفيظ، شأنها شأن الأحكام القضائية الأخرى تقبل الطعن، إلا أنه نظرا لطبيعة هذه المنازعات فقد خصها المشرع ببعض الخصوصيات التي تميزها عن القضايا العادية، فقانون 14.07 نص على طريقتين للطعن في الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري، وهما؛ الاستئناف باعتباره طعنا عاديا، والنقض باعتباره طعنا غير عادي، وخصهما بقواعد خاصة، مستبعدا بذلك باقي طرق الطعن الأخرى، وواضعا بذلك حدا للجدل الذي كان قائما بخصوصها.

يلاحظ أن النصوص المنظمة لإجراءات التقاضي في مسطرة التحفيظ العقاري ما زالت مهمشة وغير واضحة، كالفصل 34 من ظ.ت.ع كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07 الذي يفهم منه عدم إلزامية المسطرة الكتابية في قضايا التحفيظ العقاري، وهو أمر غير ممكن أمام صراحة الفصل 45 من نفس الظهير.

وكذلك الفصل 40 من ظ.ت.ع كما تم تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07، الذي أحال على قواعد المسطرة المدنية بخصوص شكلية تبليغ الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء في نزاعات مسطرة التحفيظ، التي تجيز التبليغ بالجلسة، وهو مقتضى لا وجود له من الناحية العملية، لذلك يجب على المشرع أن يعيد النظر في هذين الفصلين وغيرهما، لإزالة حالة الغموض والتناقض التي تلف القواعد الإجرائية لمسطرة التقاضي في نزاعات مسطرة التحفيظ العقاري، ثم إضفاء شيء من الحسم والوضوح والشمولية لها.

❖ لائحة المراجع :

- ابراهيم أحطاب : " مسطرة تصحيح الثمن في العقود- ضريبة التسجيل نموذجاً-"، الطبعة الأولى 1435-2014، مكتبة الرشاد - سطات -.
- ادريس الفاخوري " نظام التحفيظ العقاري، وفق مستجدات القانون 14.07" سلسلة المعارف القانونية والقضائية، دار النشر المعرفة طبعة 2013، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- أستاذتنا نورة غزلان الشنيوي " التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة المسطرة المدنية، في ظل مشروع قانون فرعي صيغة 12 يناير 2016" الطبعة الأولى 1437-2016، مطبعة الأمنية - الرباط -.
- جيلالي بوحبص : " دور القضاء في مسطرة التحفيظ العقاري من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، مجلة الحامي، عدد 43.
- حسن منصف : " إشكالات تطبيق قانون التحفيظ العقاري، القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقاري"، الجزء الرابع، منشورات مجلة الحقوق المغربية سنة 2012.
- خديجة المنير : " الضريبة المستحقة على الربح العقاري في القانون المغربي"، رسالتي لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني المعمق، جامعة ابن زهر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2019/2018.
- رشيد بن اسماعيل : " خصوصيات المسطرة في نزاعات التحفيظ العقاري-محكمة التدريب نموذجاً-"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 39، فترة التدريب 2013-2015.
- سفيان بنجار : " خصوصيات مسطرة التعرض في قضايا التحفيظ العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني المعمق، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، السنة الجامعية: 2019/2018
- سمرة محدوب : " الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري-على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 14.07-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2012-2013.
- عبد الرحيم الطهيري : " الاجتهاد القضائي في مسطرة التحفيظ"، بحث نهاية تكوين الملحقين القضائيين، الفوج 41، السنة: 2015-2017.
- عبد الرزاق السنهوري : " الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية"، المجلد التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة.

- عبد العزيز توفيق: "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي" طبعة 1999، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- عبد العزيز توفيق "قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1999
- عبد العزيز حضري: "قواعد نزاعات التحفيظ العقاري"، مجلة الحقوق المغربية، القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، الجزء الثاني، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى، 2011.
- عبد العزيز حضري: "تطبيق قواعد المسطرة المدنية أمام قضاء التحفيظ العقاري"، رسالة الدفاع العدد الثاني، نونبر 2011.
- عبد الكريم الطالب: "التنظيم القضائي المغربي"، مطبعة الوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، الطبعة الرابعة، مارس 2012.
- عمر أزوكاغ: "التحفيظ العقاري في ضوء التشريع العقاري وقضاء محكمة النقض"، منشورات دار القضاء بالمغرب، طبعة 2011.
- الكبير اسماعيني "خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب للملحقين القضائيين الفوج 39 بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2013/2015 .
- كنزة غنام: "مسطرة التعرض في ضوء القانون العقاري والمساطر الخاصة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، بجامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مراكش، السنة الجامعية 2015-2016.
- محمد الكشور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2002.
- محمد خيري: "حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب"، طبعة 2001، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط - المغرب.
- محمد رضوان: "تنفيذ المقررات القضائية الصادرة في مادة التحفيظ العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر الدراسات العقارية، كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء - سنة 2009/2010 .
- مصطفى الكيلة: "خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري - بحث في النزاعات المثارة بسبب التعرض على مطلب التحفيظ"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2009-2010.

- هروال ياسين : " القواعد الإجرائية لدعوى التحفيظ العقاري وتضارب العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 41، السنة 2017/2015.
- يوسف مسرور : " خصوصيات المرحلة القضائية لمسطرة التحفيظ العقاري وتأثيرها على العمل القضائي"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، ماستر التوثيق والمنازعات العقارية، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، السنة الجامعية: 2018-2019.

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

Le partenariat entre la région et l'université

(Le cas de la Région de Rabat-Salé-Kénitra)



Dr -Karim CHEGGARI
Docteur en Droit Public
Université Mohammed V-Rabat
Faculté des Sciences Juridiques,
Economiques et Sociales Souissi-maroc

Le partenariat entre la région et l'université s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre du chantier de la régionalisation avancée d'essence démocratique et vouée au développement intégré et durable sur les plans économique, social, culturel et environnemental¹.

Cette vocation a été incarnée par la constitution du Royaume de 2011² qui prévoit que : « L'organisation territoriale du Royaume est décentralisée. Elle est fondée sur une régionalisation avancée »³ et par la loi organique n° 111.14 relative aux régions⁴ qui a cité la

¹ Rapport sur la régionalisation avancée soumis à la Haute Attention de Sa Majesté le Roi Mohammed VI, Royaume du Maroc, Commission consultative de la régionalisation, p.5.

² Texte de la constitution promulgué par dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011), B.O n° 5964 bis du 28 chaabane 1432 (30 juillet 2011), p.1902.

³ Article premier dernier alinéa de la constitution de 2011.

⁴ Loi organique n° 111.14 relative aux régions promulguée par le dahir n° 1-15-83 du 20 ramadan 1436 (7 juillet 2015), B.O n° 6440 du 9 joumada I 1437 (18 février 2016), p.197.

formation professionnelle et la formation continue parmi les compétences propres de la région¹.

C'est dans ce sens que la région de Rabat Salé Kénitra a signé une convention de partenariat avec le ministère de l'enseignement supérieur, de la recherche scientifique et de la formation des cadres et les trois universités relevant de la région.

La question générale qui mérite d'être posée dans ce sens est de savoir quels sont les axes du partenariat entre la région de Rabat Salé Kénitra et l'université et quels sont les moyens d'incarnation de ceux-ci ?

A cet égard, les sous questions-suivantes peuvent être avancées :

- Comment le partenariat entre la région de Rabat Salé Kénitra et l'université contribuera-t-il à la mise en œuvre de la politique de régionalisation avancée ;
- Comment les élus locaux vont tirer profit du partenariat entre la région de Rabat Salé Kénitra et l'université ?
- Quels sont les moyens d'incarnation du partenariat entre la région de Rabat Salé Kénitra et l'université ?

Pour répondre à ces questions, nous allons traiter le partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université comme suit :

- I. Les axes du partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université ;
- II. Les moyens d'incarnation

¹ Article 82 de la loi organique n° 111.14 relative aux régions.

I. Les axes du partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université :

La région de Rabat-Salé-Kénitra est un pôle universitaire du Royaume, après la région de Casablanca-Settat. La région comprend trois universités à savoir : l'Université Mohammed V-Rabat, l'Université Ibn Tofail de Kénitra et l'Université Internationale de Rabat¹.

Le partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université a porté la création des formations professionnelles configurées dans les domaines du "prototypage" et de la transformation et de la formation de matières plastiques (plasturgie) et la Métallurgie (A), le soutien des projets de recherche scientifique appliquée dans les domaines de l'aviation et de l'automobile (B), les projets de recherche scientifique en matière de traitement des eaux et des énergies renouvelables et la protection de l'environnement (C).

A. La création des formations professionnelles configurées dans les domaines du "prototypage" et de la transformation et de la formation de matières plastiques (plasturgie) et la Métallurgie :

Dans le cadre de l'incarnation du rôle des régions dans le soutien de la recherche scientifique appliquée et la formation, le conseil de la région de Rabat Salé Kénitra a consacré un montant de 20 millions de Dirhams pour soutenir la création des formations professionnelles qui touchent les domaines du prototypage et la de la formation de matières plastiques (plasturgie) et la Métallurgie².

Le soutien de ce domaine va permettre d'embaucher les jeunes qui ont reçu une formation dans ce sens afin de contribuer au développement régional dans un secteur qui connaît un fort développement et a enregistré une croissance de 50 % ces cinq dernières années.

Le partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université a également porté sur les domaines de l'aviation et de l'automobile.

¹ <https://www.rabatinvest.ma/articles/enseignement>, page consultée le 3 juillet 2020.

² <http://akherkhabar.ma/news5978.html>, page consultée le 4 juillet 2020.

B. Le soutien des projets de recherche scientifique appliquée dans les domaines de l'aviation et de l'automobile :

Le Royaume ambitionne de mettre en place dans toutes les régions des universités intégrées dans leur milieu économique et social, insistant sur l'importance accordée à la formation et à la recherche scientifique, dans les domaines de l'aviation et de l'automobile.

En se positionnant désormais comme hub mondial de l'industrie aéronautique et automobile, le Maroc aspire à faire de ce secteur un véritable vecteur de développement, capitalisé sur les résultats ambitieux réalisés et à pérenniser la dynamique enclenchée¹.

Toutefois, l'importance de ce secteur dans le développement économique et social dans notre pays a incité la région de Rabat-Salé-Kénitra à participer au soutien des projets de recherche scientifique appliquée dans les domaines de l'aviation et de l'automobile avec un montant de 3.000.000,00 Dirhams.

Le traitement des eaux et des énergies renouvelables et la protection de l'environnement ont été au cœur du partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université.

C. Les projets de recherche scientifique en matière de traitement des eaux et des énergies renouvelables et la protection de l'environnement :

Au Maroc, tout comme à l'échelle globale, le secteur de l'énergie est l'un des principaux facteurs du changement climatique. De plus le Maroc est fortement dépendant des importations de combustibles fossiles, ce qui met sérieusement en péril sa sécurité énergétique présente et future².

Pour assurer la transition vers un développement plus durable, plus responsable de l'environnement et surtout vers une planète plus vivable, nous devons modifier radicalement

¹<https://www.menara.ma/fr/article/industrie-automobile-au-maroc-une-%C3%A9volution-des-plus-prometteuses>, page consultée le 5 juillet 2020.

² 100% énergies renouvelables : renforcer le développement au Maroc, World Future Council, 100% renewables, voix des générations futures, mars 2015, p.2.

notre secteur énergétique et poser les bons échelons pour un avenir plus propre et plus juste, alimenté par 100% d'énergies renouvelables.

L'intégration énergétique du Maroc dans son espace euro-méditerranéen et africain constitue un vecteur essentiel de sa nouvelle stratégie énergétique, de par sa position géostratégique à la croisée des continents européen et africain¹.

La stratégie énergétique du Maroc s'inscrit dans le cadre de la nouvelle dynamique de développement global que connaît le pays depuis l'avènement de Sa Majesté le Roi Mohammed VI.

L'importance de la stratégie énergétique a amené la région de Rabat-Salé-Kénitra à consacrer un montant de 3.000.000,00 dirhams pour incarner les projets de recherche scientifique en matière de traitement des eaux et des énergies renouvelables et la protection de l'environnement dans le cadre du partenariat avec l'université.

Les axes fixés dans le cadre du partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université nécessitent des moyens d'incarnation.

II. Les moyens d'incarnation :

Afin d'incarner les projets prévus dans le cadre du partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université, il est impératif de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles relatives à la bonne gouvernance territoriale (A), d'introduire les nouveaux modes de management public local (B).

A. La mise en œuvre des dispositions constitutionnelles relatives à la bonne gouvernance territoriale :

Le concept de gouvernance territoriale constitue l'un des piliers et des bases de l'intervention économique des collectivités territoriales dans la mesure où il contient des

¹ Rachid IDRISSE KAITOUNI () : « Le Maroc, hub énergétique euro-méditerranéen et africain », le magazine de la Fédération de l'Énergie, n° 46, 1^{er} trimestre 2017, p.5.

principes, des mécanismes et des moyens susceptibles de promouvoir la gestion publique locale¹.

Apparu dans la langue française au XIII^e siècle, ce vocable qui renvoie à la métaphore d'un « gouvernail d'un navire ». il s'agit de piloter quelques choses. C'est la manière et l'art de gouverner d'où d'ailleurs le mot gouvernement²...

En effet, le terme de gouvernance est défini et entendu aujourd'hui de manière très diverse et parfois contradictoire. Cependant et malgré la multiplicité des applications du mot, il existe une dynamique commune dans l'usage de ce terme. Chez la plupart de ceux qui, au sein du secteur public comme au sein du secteur privé, emploient le terme de gouvernance, celui-ci désigne avant tout un mouvement de « décentrement » de la prise de décision, avec une multiplication des lieux et des acteurs impliqués dans cette décision. Il renvoie à la mise en place de nouveaux modes de régulation plus souples, fondés sur le partenariat entre différents acteurs³.

La gouvernance territoriale, en tant que levier au service de la régionalisation avancée, doit être rafferme, car elle est prise en considération à différents niveaux : représentativité, responsabilité, concertation, participation, solidarité et gestion des ressources humaines. Dans son discours du 3 janvier 2010, le Roi rappelle : « *Nous ne voulons pas que les régions du Maroc de la bonne gouvernance territoriale soient des entités purement formelles ou bureaucratiques, mais plutôt des institutions représentatives d'élites qualifiées et aptes à gérer au mieux les affaires de leurs régions respectives* »⁴.

¹ أحمد بوسيدي : « التدخلات الاقتصادية للجماعات المحلية », أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة : القانون العام، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة، السنة الجامعية : 2008-2009، ص.247.

² Sebhallah EL RHAZI : « Bonne gouvernance et constitution : Quelle corrélation ? », REMALD, numéro double 134-135, mai-août, 2017, p.9.

³ Lamiaâ EL HIJRI : « Gouvernance et stratégies territoriales : Le rôle des acteurs dans la gestion de leur territoire », Thèse de Doctorat ès Nouveau Régime Sciences de Gestion, École Doctorale SJPEG, Université Paul Verlaine-Metz, Institut d'administration des entreprises, 14/12/2009, p.24.

⁴ خطاب جلالة الملك بمناسبة ترؤسه مراسم تنصيب اللجنة الاستشارية للجهوية (الأحد 3 يناير 2010 م- 17 محرم 1431 هـ)، محمد السادس- ملك المغرب، مطبوعات القصر الملكي، انبعاث أمة، الجزء الخامس والخمسون، القسم الأول، المطبعة الملكية- الرباط، 1431 هـ- 2010 م، ص.7.

La gouvernance, référentiel sans aucune valeur normative, est consacrée par la nouvelle Constitution de 2011, notamment dans son titre XII. La doctrine la définit comme étant un ensemble de règles, de processus et de pratiques de gestion qui influent considérablement sur l'exercice du pouvoir. La science administrative anglo-saxonne l'assimile au nouveau management public¹.

A partir de ces données, on va traiter l'adoption de la charte des services publics (1), l'incarnation de la règle de reddition des comptes (2).

1. L'adoption de la charte des services publics :

La constitution de 2011 précise, dans son article 157, que l'engagement des services publics pour le respect des citoyens et usagers devra être concrétisé dans une charte des services publics².

Cette charte consacrera les principes universels qui doivent régir les relations du citoyen avec les services publics, tels que définis dans les articles 154, 155 et 156 de la Constitution. Elle devra promouvoir la bonne gouvernance et le développement durable, et constituera un instrument permanent pour l'amélioration et la modernisation de l'administration, afin de procurer à l'utilisateur un service adapté à ses besoins, dans le respect de ses droits, de sa dignité et de sa spécificité.

La gouvernance territoriale nécessitera également l'incarnation de la règle constitutionnelle de la règle de reddition des comptes.

¹ Karim CHEGGARI (2018-2019) : « Coopération décentralisée et Partenariat des collectivités territoriales au Maroc (étude de cas de la Région de Rabat-Salé-Kénitra et des expériences étrangères », Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, université Mohammed V-Rabat, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales-Souissi, Année Universitaire : 2018-2019, p.272.

² La gouvernance des services publics (AS n° 13/2013), Avis du CESE, p.8.

2. L'incarnation de la règle de la reddition des comptes :

La reddition des comptes présume l'existence d'au moins deux parties : la première délègue le pouvoir, confie une responsabilité. La deuxième accepte la charge de la responsabilité confiée et s'engage à présenter et à répondre par un compte rendu¹.

A côté de la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles relatives à la bonne gouvernance territoriale, le partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université nécessite l'introduction des nouveaux modes de management public local.

B. L'introduction des nouveaux modes de management public local :

Le management public est défini comme « l'ensemble des processus de finalisation, d'organisation, d'animation et de contrôle des organisations publiques visant à développer leurs performances générales et à piloter leur évolution dans le respect de leur vocation »².

Le terme « management » est dérivé d'un vieux mot français « ménagement » qui jusqu'au XVIII^{ème} signifiait « avoir la responsabilité de quelque chose dont on n'est pas propriétaire ». Le terme moderne management est actuellement défini dans la langue française comme **conduite, direction d'une entreprise**³.

Au vu de ces éléments, le fonctionnement de l'administration locale exige l'innovation et la conduite du changement (1), le marketing territorial (2).

¹ Rachid BAITA : « Gouvernance territoriale et reddition des comptes », in Al Khazina, Revue de la TGR du Royaume, numéro spécial « collectivités territoriales », n° 11, août 2014, p.18.

² Annie BARTOLI : « Le management des organisations publiques », Dunod, Paris, 1997, p.98.

³ Karim CHEGGARI: « Coopération décentralisée et Partenariat des collectivités territoriales au Maroc (étude de cas de la Région de Rabat-Salé-Kénitra et des expériences étrangères », *op.cit*, p.280.

1. L'innovation et la conduite du changement :

Toute organisation est confrontée de nos jours au changement, le changement est une donnée permanente de la vie d'une organisation¹.

Il constitue une constante du management permettant à l'organisation de s'adapter à son environnement.

Ceci est d'autant plus vrai pour les collectivités territoriales qui sont confrontées à des changements importants. Le changement est un processus complexe, qu'il convient de connaître, dès lors il s'agit non plus de le subir mais de le programmer.

A côté de l'innovation et la conduite du changement, le management public local nécessite également l'adoption du marketing territorial.

2. Le marketing territorial :

Le marketing est né dans l'entreprise et s'est développé en son sein. Sa pratique est restée longtemps associée à la recherche du profit. Les méthodes et les outils du marketing ont été initialement institués pour le compte d'entreprises vendant des biens de grande consommation².

Il existe sans doute des différences d'application à l'intérieur même de ce marché (d'un secteur à l'autre), mais ces différences ne sont pas suffisamment fondamentales pour développer des méthodes spécifiques.

En s'inspirant du Mercator, on peut définir le marketing territorial comme *«l'effort d'attractivité des territoires à des marchés concurrentiels pour influencer, en leur faveur, le*

¹ Abdellatif EL CHEDDADI : « La gouvernance territoriale à la lumière de la nouvelle charte communale », Publications de la REMALD, Collection « Thèmes actuels », n° 84, 2013, p.282.

² Mohamed Kébir TABET-AOUL : « Le marketing territorial, un outil de développement local : Cas des communes du Grand Tlemcen (Tlemcen, Mansourah, Caetouane) », Mémoire de Magister, option : Marketing, République Algérienne Démocratique et Populaire, Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique, Université Abou Bekir Belkaid-Tlemcen, Faculté des Sciences Économiques et de Gestion, Année Universitaire : 2008- 2009, p.11.

comportement de leurs publics par une offre dont la valeur perçue est durablement supérieure à celles des concurrents »¹.

Conclusion :

En guise de conclusion, on constate que le partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université a favorisé la recherche scientifique dans les domaines suivants :

- Le "prototypage" et de la transformation et de la formation de matières plastiques (plasturgie) et la Métallurgie ;
- L'aviation et de l'automobile ;
- Le traitement des eaux et des énergies renouvelables et la protection de l'environnement.

Ces projets programmés dans le cadre du partenariat entre la région de Rabat-Salé-Kénitra et l'université nécessitent la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles relatives à la bonne gouvernance territoriale et l'introduction des nouveaux modes de management public local pour incarner ceux-ci sur le terrain afin de répondre aux objectifs escomptés dans le cadre de la régionalisation avancée.

¹ Abdelhay BENABDELLHADI et Sanaa MOUSSALIM : « Le Marketing territorial : Cas de la région de l'Oriental », Publications de la REMALD, Collection « Manuels et Travaux universitaires », n° 93, 2012, p.41.

BIBLIOGRAPHIE :

Ouvrages :

- Annie BARTOLI : « Le management des organisations publiques », Dunod, Paris ;
- Abdelhay BENABDELLHADI et Sanaa MOUSSALIM : « Le Marketing territorial : Cas de la région de l’Oriental », Publications de la REMALD, Collection « Manuels et Travaux universitaires », n° 93, 2012.
- Abdellatif EL CHEDDADI : « La gouvernance territoriale à la lumière de la nouvelle charte communale », Publications de la REMALD, Collection « Thèmes actuels», n° 84, 2013.

Thèses et mémoires :

- Karim CHEGGARI : « Coopération décentralisée et Partenariat des collectivités territoriales au Maroc (étude de cas de la Région de Rabat-Salé-Kénitra et des expériences étrangères », Thèse pour l’obtention du doctorat en droit public, université Mohammed V-Rabat, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales-Souissi, Année Universitaire : 2018-2019.
- Lamiâa EL HIJRI : « Gouvernance et stratégie territoriales : Le rôle des acteurs dans la gestion de leur territoire », Thèse de Doctorat ès Nouveau Régime Sciences de Gestion, École Doctorale SJPEG, Université Paul Verlaine-Metz, Institut d’administration des entreprises, 14/12/2009.
- Mohamed Kébir TABET-AOUL : « Le marketing territorial, un outil de développement local : Cas des communes du Grand Tlemcen (Tlemcen, Mansourah, Caetouane) », Mémoire de Magister, option : Marketing, République Algérienne Démocratique et Populaire, Ministère de l’enseignement supérieur et de la recherche scientifique, Université Abou Bekir Belkaid-Tlemcen, Faculté des Sciences Économiques et de Gestion, Année Universitaire : 2008-2009.

Articles :

- Rachid BAITA : « Gouvernance territoriale et reddition des comptes », in Al Khazina, Revue de la TGR du Royaume, numéro spécial « collectivités territoriales », n° 11, août 2014.
- Sebhallah EL RHAZI : « Bonne gouvernance et constitution : Quelle corrélation ? », REMALD, numéro double 134-135, mai-août, 2017.
- Rachid IDRISSE KAITOUNI : « Le Maroc, hub énergétique euro-méditerranéen et africain », le magazine de la Fédération de l'Énergie, n° 46, 1^{er} trimestre 2017.

Textes juridiques :

- Texte de la constitution promulgué par dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011), B.O n° 5964 bis du 28 chaabane 1432 (30 juillet 2011) ;
- Loi organique n° 111.14 relative aux régions promulguée par le dahir n° 1-15-83 du 20 ramadan 1436 (7 juillet 2015), B.O n° 6440 du 9 jourmada I 1437 (18 février 2016).

Documents :

- La gouvernance des services publics (AS n° 13/2013), Avis du CESE ;
- Rapport sur la régionalisation avancée soumis à la Haute Attention de Sa Majesté le Roi Mohammed VI, Royaume du Maroc, Commission consultative de la régionalisation ;
- 100% énergies renouvelables : renforcer le développement au Maroc, World Future Council, 100% renewables, voix des générations futures mars 2015, .

Sites :

- <https://www.rabatinvest.ma/articles/enseignement>, page consultée le 3 juillet 2020.
- <http://akherkhabar.ma/news5978.html>, page consultée le 4 juillet 2020.
- <https://www.menara.ma/fr/article/industrie-automobile-au-maroc-une-%C3%A9volution-des-plus-prometteuses>, page consultée le 5 juillet 2020.

المراجع باللغة العربية :

■ الأطروحات والرسائل :

- أحمد بوسيدي : « التدخلات الاقتصادية للجماعات المحلية »، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة : القانون العام، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة، السنة الجامعية : 2008-2009.

■ وثائق :

- خطاب جلالة الملك بمناسبة ترؤسه مراسم تنصيب اللجنة الاستشارية للجهوية (الأحد 3 يناير 2010 م - 17 محرم 1431 هـ)، محمد السادس - ملك المغرب، مطبوعات القصر الملكي، انبعاث أمة، الجزء الخامس والخمسون، القسم الأول، المطبعة الملكية- الرباط، 1431 هـ - 2010 م.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.be.ma

المملكة المغربية

ردمد : 2336-0615