

# 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 / 97 نونبر 2020

❖ من مواضيع العدد 97 : نونبر 2020 :

- إختلالات متعددة في قضية الميراث بتونس.
- تطوير تدريس الفقه الإسلامي بجامعة اليمن.
- مسح الأراضي كآلية للتطهير العقاري الشامل.
- تاريخ ومنهج التحليل الاقتصادي للقانون.
- حماية القضاء للزوج المطرود من بيت الزوجية.
- أطروحة حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدولي.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والبرقيات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	اتصلوا بنا
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	المدير المسؤول
قراءة في النظام الفريقي الموالي ( ققون 02/15 ) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلغوية
	حوارات علمية
	تقارير خاصة
	المساهمون بالمجلة
	إعداد المجلة
	تتبعنا بالمجلة

## العدد السابع والتسعون : نونبر 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 مشتركاً 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 كولفرنسي : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى: أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد السابع والتسعون : لشهر نونبر 2020

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 97 لشهر نونبر 2020 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة في تونس-إخلالات شرعية وقانونية في مسألة الميراث : الدكتور

شكري الدرالي ، دكتوراه في العلوم الإسلامية جامعة الزيتونة- الجمهورية التونسية.....06

3. تطوير تدريس الفقه الإسلامي في الجامعات اليمنية : الدكتور عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء - اليمن.....23

4. عملية مسح الأراضي كآلية للتطهير العقاري الشامل : الدكتورة كعباش عائشة ، جامعة الإخوة منتوري

قسنطينة الجمهورية الجزائرية.....51

5. حماية المستهلك من مخاطر الإشهار : الدكتور مصطفى معتبر ، باحث في القانون الخاص ، كلية الحقوق

بطنجة المملكة المغربية.....66

6. نظرة على التحليل الاقتصادي للقانون : رضوان قويع ، باحث بسلك الدكتوراه ، مخبر الدراسات القانونية

والاجتماعية ، كلية الحقوق ، جامعة محمد الأول بوجدة - المملكة المغربية.....84

7. دور القضاء في حماية الزوج المطرود من بيت الزوجية : الحسين لموجه ، باحث بالدكتوراه ، جامعة سيدي محمد

بن عبد الله ، كلية الحقوق فاس - المملكة المغربية.....106

#### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

8. مناقشة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص للطالبة الباحثة صوفيا بومينة في موضوع : "حقوق

الأجراء في مناخ الأعمال الدولي" ، تحت إشراف الأستاذ الدكتور محمد بنحساين ، كلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية بطنجة ، مركز الدراسات في الدكتوراه القانون، الاقتصاد والتدبير.....117

#### ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

## كلمة العدد السابع والتسعين لشهر نونبر 2020



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكالك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحيم الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وبعد ، ثم الشهور والسنين ومجلة الفقه والقانون الدولية تواصل مسيرتها العلمية تخطى خيثة من أجل لم شمل الباحثين في الشرع والقانون في شتى أنحاء العالم ، وفي نشر الوعي الشرعي والقانوني المجاني ، ونحن جد سعداء للنتائج الباهرة والسمعة الطيبة التي حققتها امجلة عالميا ، فلقد أصبحت مجلة معتمدة في العديد من الأبحاث والدراسات الأكاديمية الرصينة ، ومسجلة في عدة قواعد بيانات وطنية ودولية ، لكننا نطمح إلى المزيد من التوجيهات والتصحيحات والرقى العلمي من طرف باحثين وعلماء أجلاء ساهموا ولا زالوا يساهمون في بناء صرح امجلة العلمي ، سائلين العلي القدير أن يمدنا بالصحة والعافية والإرادة لتكون دائما عند حسن ظن الباحثين الكرام في مختلف أنحاء العالم ، وما ذلك على الله بعزيز.

وحتى لا نطيل عليكم ، نترككم تتصفحون العدد السابع والتسعين لشهر نونبر 2020 من مجلة الفقه والقانون ، وقد ضم بين جنباته العديد من المواضيع الهامة من بينها :

- تقرير لجنة الحربّات الفرديّة واطساواة في تونس-إخلالات شرعيّة وقانونيّة في مسألة المطبات.
  - تطوير تدريس الفقه الإسلامي في الجامعات اليمنيّة.
  - عمليّة مسح الأراضي كآليّة للتطهير العقاريّ الشامل.
  - حماية المستهلك من مخاطر الإشهار.
  - نظرة على التحليل الاقتصاديّ للقانون.
  - دور القضاء في حماية الزوج المطرود من بيت الزوجيّة.
  - حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدوليّ.
- ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العليّ القدير مثل  
البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

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

# ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

## تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة في تونس : إخلالات شرعية وقانونية في مسألة الميراث



دراسة من إعداد : الدكتور شكري الدربالي  
حاصل على الدكتوراه في العلوم الإسلامية  
جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية

مقدمة :

إنّ الصراع بين الحق والباطل أو لنقل بين الإسلام وخصومه بدأ منذ أن جهر النبي صل الله عليه وسلّم بالدعوة إلى دين الله الحق، فكان أصحاب المصالح والهوى في كلّ عصر يصمّون آذانهم عن الهدى، واتّخذت المعارك أشكالاً متنوّعة لعلّ أخطرها وأشدّها " المعارك التي أريد فيها اغتيال الثوابت، والعدوان على الأصول والقواعد، وشن الغارات على التراث الإسلامي، وزلزلة موقف المسلم المعاصر من كتاب ربّه وسنّة نبيّه صل الله عليه وسلّم، وما انبثق عليها من علوم أصيلة وتراث رصين"<sup>1</sup>، وقد أبتلينا بأناس من بني جلدتنا يتكلّمون بألسنتنا، يقودهم فكر علماني حاقد مصاب بحمى المادية والعقلانية الغربية الكاذبة.

فقد وقع في تونس بلد جامع الزيتونة المعمور، والجامعة الزيتونية الغراء، إنشاء لجنة بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 111 لسنة 2017 المؤرخ في 13 أوت 2017 أوكل لها مهمّة إعداد تقرير لإصلاح المنظومة الحقوقية

<sup>1</sup> (الشافعي) منى محمّد بهي الدّين: التيار العلماني الحديث وموقفه من تفسير القرآن الكريم، عرض ونقد، دار اليسر الطبعة الأولى، رجب 1429 هـ، ص 8.

التونسيّة حسب زعمهم، فكانت مقترحاتهم دعوة إلى إلغاء أحكام الإسلام في العديد من المسائل المعلومة من الدين بالضرورة، وقد قدّمت اللّجنة تقريرها النهائي لرئيس الجمهورية في 1 جوان 2018، وتمّ نشره على الشبكة العنكبوتية، فكان محلّ معارضة شديدة من قبل العديد من الجمعيات، وتمّ إحداث تنسيقية للرد على ما ورد في التقرير، كما صدر بيان عن جامعة الزيتونة فيه رفض قاطع لما ورد في التقرير. وقد احتوى هذا التقرير على 235 صفحة، تضمّن مقدّمة احتوت على مقارنة دينية ومقاربة اجتماعية، وانقسم إلى قسمين، قسم أول تعلق بالحريات الفردية، وقسم ثان خصّص للمساواة، وكان بحق تقريراً صامداً، دعا إلى رفع القيود الدينية على حرية التعاقد، وذلك من خلال حذف الشّروط الدينية الواردة بفصول مجلة الالتزامات والعقود<sup>1</sup>، وأجاز بيع الخمور أيام الأعياد الدينية والجمعة وفتح المقاهي في رمضان<sup>2</sup>، ودعا إلى حذف عبارة الموانع الشرعية من شروط الزواج<sup>3</sup>، وغير ذلك كثير... كما تضمّن التقرير دعوة إلى تحقيق المساواة في الميراث بين الذكر والأنثى، واعتبر ذلك من المطالب عاجلة التنفيذ<sup>4</sup>، وهذا المطلب الأخير هو موضوع دراستنا لنحاول من خلالها بيان جملة الاخلالات الشرعية والمغالطات القانونية التي تضمّنتها هذه الدّعوة، وللتذكير فإنّ المطالبة بالمساواة في الميراث بدأت مع الطاهر الحدّاد في كتابه "امراتنا في الشريعة والمجتمع"، الذي رأى أنّ الإسلام " لا يمانع أن يقبل مبدأ المساواة الاجتماعية بينهما عند توفر أسبابها بتطور الزمن، مادام يرمي في جوهره إلى العدالة التامة وروح الحق الأعلى"<sup>5</sup>، وقد حاول الحبيب بورقيبة أن يسنّ ذلك في مجلة الأحوال الشخصية، لكن مسألة الميراث مثلت عقبة أمام ما كان يرنو إلى تحقيقه، فقد كانت مخوفة بصعوبات جمّة منها ما يتعلق بالعقلية التونسية، وبالعقلية العربية الإسلامية عموماً، هذا بالإضافة إلى وجود مشاكل قانونية، وربّما كان ذلك من أقوى الأسباب التي دفعته إلى العدول عن ذلك<sup>6</sup>. وقد ظلّت تلك المسارات مقتصرة على " تمكين المرأة من تخفيف حجابها، والحدّ من ظاهرة تعدّد الزوجات، وتلطيف أحكام الطلاق، أمّا غير المسموح به، فهو إعادة النّظر في الصيغ العلائقية التي تربط بين الفرد والمجموعة، وتربط بين الرّجل والمرأة"<sup>7</sup>. ومن أهمّها الحق في الميراث.

لكن التقرير موضوع الدراسة تجرّأ على ما كان محلّ منع ، فطالب بالمساواة المطلقة في الميراث، وقدّم لذلك جملة من التبريرات القانونية والسوسيولوجية من خلال قراءة مشوبة بنفس علماني للنص الديني، وبناء عليه اقترحت اللّجنة " وضع إستراتيجية لتحويل قانون الموارث"<sup>8</sup>. وعلى هذا الأساس سيتم رصد الإخلالات في هذه الجوانب والرد عليها بناء على استعراض الشبهة وبيان بطلانها، وبالنّظر إلى مجموع الإخلالات الواردة في

<sup>1</sup> أنظر تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، ص 72.

<sup>2</sup> أنظر تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، ص 74.

<sup>3</sup> أنظر تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، ص 75.

<sup>4</sup> أنظر تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، ص 180.

<sup>5</sup> (الحدّاد) الطاهر: امراتنا في الشريعة والمجتمع، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ص 40.

<sup>6</sup> (موسى) آمال: بورقيبة والمسألة الدينية، دار سراس للنشر، تونس، ط2، 2011، ص 129.

<sup>7</sup> (بن سلامة) رجاء: بنان الفحولة، أبحاث في المذكر والمؤنث، دار سراس للنشر، تونس، ص 2، 2011، ص 129.

<sup>8</sup> تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة ص 180.



التقرير حول مسائل الميراث نجد أنها تدور حول فكرة أساسية وهي بشرية نظام الميراث، وعليه اقترحت اللجنة تعديله باعتباره منتجاً بشرياً قابلاً للتغيير بحسب تغير البنية السوسولوجية للمجتمع.

هذا القول يستدعي ردّاً على هذه الشبهة من خلال النصوص القرآنية المنافية لهذا الطرح (المبحث الأول) وبيان الأخطاء والإخلالات القانونية لدعوة المساواة في الميراث (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: الدليل القرآني على بطلان القول ببشرية الميراث:

ورد في تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة أنّ: "مسألة الميراث هي اليوم من بين المسائل التي شوّهت طبيعتها، فمن مسألة اجتماعية خالصة إلى مسألة عقائدية، فالميراث بالأساس مسألة اجتماعية لأنه يهتم أسلوب توزيع الثروة داخل العائلة، ومن البديهي أن يرتبط أسلوب توزيع الثروة بالظروف الاقتصادية والاجتماعية لكل عصر ولكل حقبة تاريخية"<sup>1</sup>.

تقرّر اللجنة من خلال ما صرّحت به، ببشرية الميراث، بمعنى أنها منتج بشري قابل للتغيير حسب تغير البنية المجتمعية، وانطلقت اللجنة من فكرة تاريخية النص القرآني أي أنه ليس وضع إلهي، أو أنه وضع إلهي مؤقت يقبل الإنهاء والإزالة، وهذا مخالف لقداسة القرآن.

هذا القول الذي تبناه أصحابه يقوم على فكرة أساسية تتمثل في أفضلية القوانين الوضعية وتفوقها على أحكام الشريعة الإسلامية، فـ "يدّعي بعض المشكّكين أنّ القوانين الوضعية أكثر تلاؤماً وروح العصر من أحكام الشريعة الإسلامية، فهي أنسب دستور للدولة الحديثة ويبرهنون على ذلك بكون أحكام الشريعة الإسلامية ثابتة لا تتغير، في حين أنّ القوانين الوضعية متغيرة بتغير الزمان والمكان"<sup>2</sup>.

حقيقة الأمر أنّ القول ببشرية علم الميراث هو قول خاطئ، وتتوافر الأدلة القرآنية على دحض هذه الشبهة، وبيان أنّ الميراث مصدره ربّاني من ذلك:

1. قول الله تعالى: ( فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا )<sup>3</sup>، وقد ذكر ابن كثير أنّ "الذي ذكرناه من تفصيل الميراث، وإعطاء بعض الورثة أكثر من بعض هو فرض من الله، حكم به وقضاه، فهو الذي يضع الأشياء في محالها، ويعطي كلا ما يستحق، ولهذا قال ( إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا )"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة ، ص 11.

<sup>2</sup> موسوعة بيان الإسلام في الرد على الافتراءات والشبهات، تأليف نخبة من العلماء، دار نهضة مصر للنشر، المجلد العاشر، ص 18.

<sup>3</sup> النساء: الآية: 11.

<sup>4</sup> ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ابن كثير: تفسري القرآن العظيم، مؤسسة قرطبة للطبع والنشر والتوزيع، ط 1 ، 1421 هـ/ 2000 م. المجلد الثالث ، ص 376.

- أنظر أيضاً (السعدي) عبد الرحمن بن ناصر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، 1422 هـ ، المجلد الثاني، ص 178.



2. قول الله تعالى : (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ)<sup>1</sup>، وبالنظر إلى مادة الوصية الواردة في القرآن نلاحظ أنها تكون مصحوبة دائما بالباء من ذلك في قوله تعالى : (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا)<sup>2</sup>، وقوله تعالى أيضا : ( شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا )<sup>3</sup> وغير ذلك من الآيات، أما الآية التي نحن بصدد دراستها فقد ارتبطت الوصية بحرف ( في ) ولا بد أن يكون في ذلك حكمة وبلاغة، لا سيما أن القائل هو الله... ، واستخدام حرف ( في ) عوض ( بـ ) في الآية، يؤدي إلى معنى التلغغل في أجزاء الموصى له، فالوصية بهذا المعنى تكون داخلة في أجزائه ومن تكوينه<sup>4</sup>، فالله سبحانه وتعالى أراد أن يلفت أنظارنا إلى معنى محدد على المستوى البلاغي، كما في قوله تعالى : ( وَلَاصْلَابَكُمْ فِي جُدُوعِ النَّخْلِ )<sup>5</sup>، فالله سبحانه وتعالى لم يقل لأصلبكم على جدوع النخل، بل قال : ( فِي جُدُوعِ النَّخْلِ ) حيث أراد أن تدخل أجزاءهم بأجزاء النخل ولم يكتف بأن يضعهم على جدوع النخل<sup>6</sup>. وفي هذا إشارة إلى تهديده وعقوبته القاسية لهم، وعليه فإن الحرف ( في ) في قوله الله تعالى : (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ)<sup>7</sup>، فيه تأكيد للوصية، وعلى أنها تحمل على الإلزام، مما يعنى وجوب تطبيقها دون أدنى تغيير، فهي واجبة لا تُحمل على سبيل الندب، لأن مصدرها الله سبحانه وتعالى.

من جانب آخر وفي إطار الآية نفسها، فإن اللام الموجودة في قوله تعالى : ( لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ )<sup>8</sup>، تفيد الملك والاستحقاق، مثل ما ورد في قول الله تعالى : ( لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ )<sup>9</sup>، فالله يخبر " أنه خالق السماوات والأرض ومالكها والمتصرف فيها"<sup>10</sup>، كما ورد في قوله تعالى أيضا : ( وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ )<sup>11</sup>، وفي معرض تفسيره لهذه الآية أكد ابن عاشور في التحرير والتنوير أن : " المال مال الله..... والمتصرف في ذلك هو الله"<sup>12</sup>، وقد وردت آيات الموارث مصدرية باللام التي تفيد معنى التملك<sup>13</sup>، وهذا يدل على اختصاص الوارث المذكور بنصيبه دون زيادة أو

<sup>1</sup> النساء: الآية 11.

<sup>2</sup> العنكبوت: الآية 8.

<sup>3</sup> الشورى: 13.

<sup>4</sup> (برهومي) ماهر خليلي: لغة الموارث في القرآن الكريم والحديث الشريف، دراسة سياقية. بحث أعد لنيل شهادة الماجستير في اللغة العربية، جامعة بيروت، كلية الآداب، قسم اللغة العربية، 2012/2013، ص 28.

<sup>5</sup> طه: الآية 71.

<sup>6</sup> م.ن، ص 29.

<sup>7</sup> النساء: الآية 11.

<sup>8</sup> النساء: الآية 11.

<sup>9</sup> الشورى: الآية 49.

<sup>10</sup> ابن كثير: تفسري القرآن العظيم،. المجلد الثاني عشر، ص 293.

<sup>11</sup> آل عمران: الآية 180.

<sup>12</sup> (ابن عاشور) محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس 1984، الجزء الرابع، ص 183.

<sup>13</sup> قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنِ آبَائِكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنْ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا (11) وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ

نقصان<sup>1</sup>، لأنّ الذي حدّد هذه الأنصبة هو الله سبحانه وتعالى، وهذا يتناغم مع مصدرها الربّاني، عكس ما ذهب إليه تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة من أنّ مسألة الموارث ما هي إلاّ منتج بشري يجوز تغييره بحسب تغيير البنية المجتمعية.

3. قول الله تعالى: ( تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ)<sup>2</sup>. تُؤكّد هذه الآية الكريمة أنّ الميراث هو أمر وحكم من الله سبحانه وتعالى يجب قبوله والتسليم به وبما قضاه الله قولا وعملا، فقد قال تعالى: ( فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا )<sup>3</sup>، والحدود كما عبّر عن ذلك ابن عاشور هي: " جمع حدّ، وهو ظرف المكان الذي يميز عن مكان آخر بحيث يمنع تجاوزه، واستعمل الحدود هنا مجازا في العمل الذي لا تحلّ مخالفته على طريقة التمثيل"<sup>4</sup>، فـ: " هذه الفرائض والمقادير التي جعلها الله للورثة بحسب قربهم من الميّت، واحتياجهم إليه، وفقدهم له من عدمه، هي حدود الله، فلا تعتدوها، ولا تجاوزوها... أي فلم يزد بعض الورثة ولم ينقص بعضها، بحيلة ووسيلة بل تركهم على حكم الله وفريضته وقسمته"<sup>5</sup>. ومن جانب آخر أقرّ فقهاء اللغة العربية من خلال دراسة جمل آيات الموارث دراسة نحوية، غلبة " الجمل الاسمية... على الجمل الفعلية، وهذا أمر مبرر ومنطقي لأنّ أحكام الميراث ما هي إلاّ أحكام وقوانين ثابتة، ولذلك فإنّ خير قالب تستقرّ فيه هذه الأحكام هي الجمل الاسمية"<sup>6</sup>، فبالنظر إلى آيات الميراث نجد أنّ الجمل الاسمية فيها هي التالية:

– ( لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ )<sup>7</sup>.

– ( لِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ )<sup>8</sup>.

= = = كَانَ لَهَا وَلِدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهَا النُّصَبُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ ﴿ النساء: الآية 11 و 12.

– وكذلك قوله تعالى: ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿ النساء: الآية 176.

<sup>1</sup> (برهومي) ماهر خليلي: لغة الموارث في القرآن الكريم والحديث الشريف، دراسة سياقية، ص 30.

<sup>2</sup> النساء: الآية 13 و 14.

<sup>3</sup> النساء: الآية 65.

<sup>4</sup> ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الجزء الرابع، ص 268.

<sup>5</sup> ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، المجلد الثالث، ص 382.

– أنظر أيضا، تيسير الكريم في تفسير كلام المئان لعبد الرحمن السعدي، المجلد الثالث، ص 289.

<sup>6</sup> (برهومي) ماهر خليلي: لغة الموارث في القرآن الكريم والحديث الشريف، دراسة سياقية، ص 42.

<sup>7</sup> النساء: الآية 7.

<sup>8</sup> النساء: الآية 7.

- ( لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ )<sup>1</sup>.
- ( وَلَا بَوَیْهَ لِکُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ کَانَ لَهُ وَوَلَدٌ )<sup>2</sup>.
- ( إِنَّ اللَّهَ کَانَ عَلِيمًا حَکِيمًا )<sup>3</sup>.
- ( وَلَکُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُکُمْ إِنْ لَمْ یَکُنْ لَهُنَّ وَوَلَدٌ )<sup>4</sup>.
- ( وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَکْتُمْ إِنْ لَمْ یَکُنْ لَکُمْ وَوَلَدٌ )<sup>5</sup>.
- ( وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ )<sup>6</sup>.
- ( تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ )<sup>7</sup>.
- ( وَذَٰلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ )<sup>8</sup>.
- ( وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ )<sup>9</sup>.
- ( وَهُوَ یَرِثُهَا إِنْ لَمْ یَکُنْ لَهَا وَوَلَدٌ )<sup>10</sup>.
- ( وَاللَّهُ بِکُلِّ شَیْءٍ عَلِيمٌ )<sup>11</sup>.
- ( وَأُولَئِذَا الْأَرْحَامُ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِی کِتَابِ اللَّهِ )<sup>12</sup>.
- ( إِنَّ اللَّهَ بِکُلِّ شَیْءٍ عَلِيمٌ )<sup>13</sup>.

والملاحظ أنّ الجمل الاسمي وصفته الله سبحانه وتعالى الذي شرّع أحكام الموارث بالسّميع، والحكيم، والعليم الحلیم، وعلى كل شيء شهيد، وهي صفات ثابتة لله، غير مرتبطة بزمان أو مكان، وإذا أُسند إليه تعالى آية صفة في أي زمن، سواء أكان حاضرا، أم مستقبلا، فينبغي أن تكون هذه الصفة ثابتة فيه، فهو يُغيّر ولا يتغيّر<sup>14</sup>. فأحكام الموارث تناغما مع الصفات الإلهية الثابتة هي أيضا أحكام ثابتة لا تتغيّر.

يتضح من خلال ما تمّ عرضه من أدلة قرآنية، ومن خلال دراسة جمل آيات الموارث دراسة نحوية، أنّ مسألة الميراث ربّانية المصدر، بمعنى أنّ الله سبحانه وتعالى هو الذي حدّد الورثة ووزّع المنابات بمقتضى العدل، وعدل

<sup>1</sup> النساء: الآية 11.

<sup>2</sup> النساء: الآية 11.

<sup>3</sup> النساء: الآية 11.

<sup>4</sup> النساء: الآية 12.

<sup>5</sup> النساء: الآية 12.

<sup>6</sup> النساء: الآية 12.

<sup>7</sup> النساء: الآية 13.

<sup>8</sup> النساء: الآية 13.

<sup>9</sup> النساء: الآية 14.

<sup>10</sup> النساء: الآية 176.

<sup>11</sup> النساء: الآية 176.

<sup>12</sup> الأنفال: الآية 75.

<sup>13</sup> الأنفال: الآية 75.

<sup>14</sup> (برهومي) ماهر خليلي: لغة الموارث في القرآن الكريم والحديث الشريف، دراسة سياقية، ص 42، 43.

الله مطلق، وليس في شرعه ظلم للبشر (وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا)<sup>1</sup>، و ( إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ )<sup>2</sup>. لكن يحاول العلمانيون هدم عقائد المسلمين وتشويه ما هو معلوم من الدين بالضرورة " في إطار حمى المادية والعقلانية الغربية الكاذبة"<sup>3</sup>، من خلال القول بشريّة النص القرآني، وهذا ما صدره نصر حامد أبو زيد في كتابه " نقد الخطاب الديني " حيث قال: " وإذا كنّا نتبنى القول بشريّة النصوص الدينيّة، فإنّ هذا الشّيء لا يقوم على أساس نفعي أيديولوجي يواجه الفكر الديني السائد والمسيطر، بل يقوم على أساس موضوعي يستند إلى حقائق التاريخ وإلى حقائق النصوص ذاتها"<sup>4</sup>، هذا هو الفكر الذي حاولت اللجنة التي أعدت تقريرها حول الحريات الفردية والمساواة تسريبه، وهذا هو الأساس الذي اعتمدته للمناداة بتغيير أحكام الميراث في إطار التسوية بين الذكر والأنثى.

كما استندت اللجنة على جملة من النصوص القانونية لتمرير فكرة المساواة في الميراث، إلا أنها وقعت في العديد من الأخطاء القانونية.

### المبحث الثاني : مضمون الأخطاء القانونية والردّ عليها :

#### الفقرة الأولى : خطأ اعتبار الميراث قواعد وضعيّة :

ورد في تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة أنّ " قواعد الميراث قواعد وضعيّة، وضعها المشرع عند إصدار مجلّة الأحوال الشخصية في 13 أوت 1956، فهي بالتالي قواعد مدنيّة قابلة للتطوير بطبيعتها، ويجب تطويرها لضمان انسجامها مع ما يقرره الدستور والمواثيق الدوليّة من ضرورة تحقيق المساواة بين الجنسين"<sup>5</sup>.

حدّدت اللجنة الإطار القانوني الذي تتموضع فيه أحكام الميراث وهو مجلّة الأحوال الشخصية، وتحديدًا الكتاب التاسع من هذه المجلّة الذي ورد تحت عنوان " في الميراث " الذي يمتد من الفصل 85 إلى الفصل 152، وقالت بأنّها قواعد وضعيّة من وضع المشرع عند إصدار مجلّة الأحوال الشخصية، لكن بالنظر إلى هذه المجلّة نجد أنّها فقهية شرعية، وهو ما أقرّ به محمد المنصف بوقرة الأستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، من أنّ مجلّة الأحوال الشخصية التونسية هي فقهية شرعية، ودليله في ذلك أنّ اللجنة التي أنيط بعهدتها إعداد مشروع مجلّة الأحوال الشخصية، هم شيوخ لهم تكوين زيتوني، وقضاة شرعيون، ومفتون رسميون. كما أنّ المراجع التي اعتمدها اللجنة هي لائحة الشيخ جعيط للأحكام الشرعية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الكهف: الآية 49.

<sup>2</sup> النساء: الآية 40.

<sup>3</sup> ( الشافعي ) مني محمّد بهي الدّين الشّافعي: التّيار العلماني الحديث وموقفه من تفسير القرآن الكريم، عرض ونقد، دار اليسر، ط 1، 1439 هـ، ص 223.

<sup>4</sup> ( أبوويد ) نصر حامد: نقد الخطاب الديني، سينا للنشر، الطبعة الأولى، 1992 م، ص 139.

<sup>5</sup> تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، ص 176.

<sup>6</sup> (الجنديلي) حامد: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشرعية الإسلامية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى 2011، ص 68.

وقد صرّح رجل القانون رضا خمّاخم، أنّ أمر التشريع أصبح بعد الاستقلال موكولا للمشرّع الوضعي بدون أن ينقطع هذا المشروع مع القانون الإسلامي أو يتنكّر له، لإيمانه بأنّ الإسلام أحسن تنزيل<sup>1</sup>.

وقد اعتبر محمد بوزغيبية الأستاذ بالمعهد العالي لأصول الدّين، جامعة الزيتونة بتونس، أنّ الأصوب هو ما جاء في البلاغ الصادر عن وزارة العدل يوم صدور المجلّة، أنّ الشّيخ محمد جعيّط هو أوّل من قنّن أحكام الأسرة في مجلّة الأحكام الشرعيّة، ثمّ بعد الاستقلال اعتمد المشرّع التونسي على مجلّة الشّيخ جعيّط في عمليّة تقنين مجلّة الأحوال الشخصيّة، وهو ما أكّده الشّيخ نفسه مع التّخفيف في عدد أبوابها وموادها<sup>2</sup>، هذا وقد أكّد الأستاذ محمد بوزغيبية أنّه تتبّع كلتا المجلّتين فتبيّن له أنّ مجلّة الأحوال الشخصيّة نقلت ما يناهز 130 فصلا من مجلّة الشّيخ جعيّط، علما وأنّ مجلّة الأحوال الشخصيّة تضمّ 169 فصلا يوم صدورها، وضمت مجلّة الأحكام الشرعيّة 1352 مادة فقهية مقنّنة. هذا بالإضافة إلى أنّ الشّيخ جعيّط لما قدّمت له المجلّة اعتبرها مأخوذة من الفقه الإسلامي باستثناء سبعة فصول هي التّالية: 14-18-19-21-30-35-38<sup>3</sup>.

ويعتبر الأستاذ الساسي بن حلّيمة، أنّ مجلّة الأحوال الشخصيّة لم تستلهم أحكامها من القانون الفرنسي، معتمدا في قوله على الفصل 68 م.أ.ش الذي يشترط البيّنة لثبوت النسب، وينصّ هذا الفصل على أنّه " يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب، أو شهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر"، وفي معرض تعليقه على هذا الفصل يقول: " إنّ القانون الفرنسي يجهل إلحاق النسب بالبيّنة ولم يتعرّض إليها البتّة، والواضح في باب النسب أنّ المصادر هي الفقه الإسلامي وهي لائحة الشّيخ جعيّط،"<sup>4</sup>.

وفيما يتعلّق بمسائل الميراث فإنّ " قانون الأحوال الشخصيّة نقل أحكام الفقه الإسلامي نقلا أميناً من خلال المواريث "<sup>5</sup>، و بمقابلة كلّ فصل منها من فصول لائحة مجلّة الأحكام الشرعيّة يتأكّد التناغم التام بينهما<sup>6</sup>، وعليه فإنّ مسائل الميراث الواردة صلب مجلّة الأحوال الشخصيّة هي قواعد شرعيّة مستمّلة من مصدرها القرآني، وهذا خلاف لما ذهب إليه التقرير من أنّ " قواعد المواريث قواعد وضعيّة، وضعها المشرّع... فهي بالتّالي قواعد مدنيّة قابلة للتّطوير بطبيعتها"، فالأمر يتعلّق بعمليّة تقنين مسائل الأحوال الشخصيّة في إطار مجلّة واحدة تحتضن أحكام الفقه الإسلامي من خلال النقل الأمين لهذه الأحكام من باب " البر والوفاء "<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> (خمّاخم) رضا: الإصلاح القضائي، شركة أوريس للطباعة والنشر، تونس، 1993 م، ص 23.

<sup>2</sup> (بوزغيبية) محمد بن إبراهيم: حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965)، مركز النشر الجامعي، 2003 م، ص 420-421.

<sup>3</sup> (بوزغيبية) محمد بن إبراهيم: حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية، ص 390 وما بعدها.

<sup>4</sup> نقلا عن حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية لمحمد بوزغيبية، ص 384.

<sup>5</sup> (الجندي) حامد: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشرعية الإسلامية، ص 227.

<sup>6</sup> (الجندي) حامد: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشرعية الإسلامية، ص 247.

<sup>7</sup> (الجندي) حامد: قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشرعية الإسلامية، ص 107.

## الفقرة الثانية : خطأ الاستدلال بالفصل 21 من الدستور :

اعتمدت لجنة الحريات الفردية والمساواة في الصفحة 177 من التقرير وما بعدها على الفصل 21 من الدستور كدعامة أساسية للقول بأحقية المساواة المطلقة في الميراث.

ينص الفصل 21 المذكور على ما يلي : " المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز". و الاعتماد على هذا الفصل أوقع اللجنة في جملة من الأخطاء منها :

– الخطأ الأول : اللجنة وقعت في خطأ عدم التمييز بين المساواة المطلقة والمساواة النسبية، فالمساواة المعتبرة هي التي تتحقق بتطبيق القاعدة على كل أصحاب المراكز القانونية المتماثلة والمتشابهة. لذا فلا يوجد مساواة مطلقة تماما أمام القانون، بل هناك مساواة نسبية تراعي ظروف المواطنين المختلفة وأحوالهم المتباينة، والإطلاق أي ضرورة أن تكون المساواة عامة مطلقة بحيث تنطبق على جميع من يوجه إليهم الخطاب، مستحيلة على مستوى الواقع العملي لأن القانون قد يضمن شروطا وأحكاما لا تتوافر في جميع الأفراد.

أما المساواة النسبية فهي لا تنكر الاختلافات بين الأفراد في المواهب والقدرات بل أنها تقبل التمايز بين الأفراد، فالوظيفة مثلا متاحة لكل الناس ولكن الشروط التي تتطلبها الوظيفة لا تتوفر في كل أفراد المجتمع<sup>1</sup>، فالمساواة لا تتحقق إلا بالنسبة للمراكز المتماثلة. وفيما يتعلق بالمساواة بين الرجل والمرأة في الميراث لا يمكن أن تتحقق اعتمادا على الفصل 21 من الدستور باعتبار اختلاف المركز القانوني لكل من الرجل والمرأة، في العديد من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، من ذلك مسألة المهر والنفقة...

– الخطأ الثاني : مخالفة الفقرة الثالثة من التوطئة ( توطئة الدستور ) التي تنص على : " تمسك شعبنا بتعاليم الإسلام ومقاصده"، والمقصود بتعاليم الإسلام هي كل الأوامر والنواهي التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية في عقائد المسلم وعباداته ومعاملاته ، ومن الأوامر والتعاليم التي أقرها القرآن الكريم في الميراث، التسليم بالهية مصدره، وكونه حد من حدود الله تعالى وفريضة إلهية لا يجوز تغييرها بالزيادة أو النقصان.

وتوطئة الدستور هي ملزمة، فقد نص الفصل 145 من الدستور على أن " توطئة هذا الدستور جزء لا يتجزأ منه".

<sup>1</sup> أنظر محمّد متولي السيد : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 64 وما بعدها.

– صالح أحمد الفرجاني: مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، مجلة القانون والعلوم الشرعية، العدد السادس يونيو 2015، ص 231 و 232.

– الخطأ الثالث : مخالفة الفصل الأول من الدستور الذي ينصّ على أنّ : " تونس دولة حرّة، مستقلة ذات سيادة، الإسلام دينها"، فقد اعتبرت لجنة الحريات الفردية والمساواة أنّ عبارة الدين الواردة في الفصل " لا تعدو أن تكون سوى مجرد ذكر رمزي ذو دلالة وصفية"<sup>1</sup>، إلا أنّ الواقع القانوني يشير إلى أنّ المشرّع الدستوري لم يقدّم بإقصاء الدين ولم يقطع معه<sup>2</sup>، بل جعل التمسك بالدين الإسلامي من أوكد واجباته، وهذا الأمر يظهر بجلاء كبير في التوطئة، مثلما بينا، ويتأكد هذا المنحى من خلال شرط الإسلام في المترشح لمنصب رئيس الجمهورية الذي نصّ عليه الفصل 40 من دستور 1959 وأعيد تأكيده في الفصل 74 من دستور 2014<sup>3</sup>، ويفهم من هذا التأكيد أنّ الفصل الأول من الدستور هو قاعدة حكمية أصلية وليس مجرد قاعدة وصفية رمزية مثلما أرادت أن تسوّق ذلك لجنة الحريات الفردية والمساواة. ويرى الأستاذ محمد المنصف بوقرة أنّ المرجعية الإسلامية أصبحت أكثر تأكداً وحضوراً صلب دستور 2014 مقارنة بدستور 1959 رغم أنّ ما احتواه الفصل الأول الجديد هو نفسه ما كان يحتويه الفصل الأول القديم، والفارق الذي يمكن ملاحظته هو " ما قد يكون أدرج في الدستور الحديث من معطيات جديدة لاحت ذات قدرة على أن تزيد في تثبيت الشريعة الإسلامية ومكانته فيه"<sup>4</sup>. فعلاوة على ما تضمنته التوطئة والفصل 40 من الدستور الذي نصّ على " ... تأصيل الناشئة في هويتها العربية الإسلامية..."، وهو ما جعل الأستاذ محمد منصف بوقرة يؤكد بأنّ هذه الأحكام مجتمعة لا يسوغ تأويلها إلا في اتجاه تدعيم الموقع الذي يحتله الإسلام في الدستور الجديد، وأحكام الدستور يؤوّل بعضها البعض كوحدة منسجمة حسب منطوق الفصل 146 من الدستور. كل هذه المعطيات تجعل مسألة المساواة في الميراث بين الجنسين مخالفة لمقتضيات الفصل الأول، وعليه فإنّ الفصل 21 من الدستور الذي اعتمدت عليه اللجنة لا يمكن القبول به، وبالتالي لا يمكن تحقيق المساواة في الميراث لمخالفتها لمقتضيات الشريعة الإسلامية، ومخالفة التشريع الدستوري الذي يؤكد على متانة حضور المرجعية الإسلامية صلب بنوده، فعمل اللجنة كان انتقائياً، حيث قامت بعملية انتقاء جملة من الفصول ومن بينهم الفصل 21 خدمة لما ورد في تقريرها، وفي المقابل قامت بإقصاء وعزل كل الفصول التي تحذّر الشعب التونسي في هويته العربية المسلمة، وهذا مخالف لمقتضيات الفصل 146 من الدستور مثلما أكدنا على ذلك.

<sup>1</sup> (الزّعل) نادر، تنازع المرجعيات في مجلّة الأحوال الشخصية، مسألة اختلاف الدين كمانع من موانع الإرث مثلاً، دراسة قدّمت في مؤلّف جماعي بعنوان " كتاب سنيّة مجلّة الأحوال الشخصية، 1956-2016، ص 75.

<sup>2</sup> م.ن، ص 75.

<sup>3</sup> ينص الفصل 74 على أنّ " الترشّح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكلّ ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام".

<sup>4</sup> ( بوقرة ) محمّد المنصف: الضمانات الدستورية لتشريع الأحوال الشخصية، كتاب " مسائل في فقه القانون المدني المعاصر"، تحت إشراف الأستاذ محمّد كمال شرف الدين، وحدة البحث " قانون مدني"، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 895 وما بعدها.



### الفقرة الثالثة : خطأ الاستدلال بالاتفاقيات الدولية :

الاتفاقيات الدولية هي نوع من العقد يُبرم بين دولتين أو أكثر، فهي إما ثنائية أو جماعية، وتسمى أيضا معاهدات، " ويتولى رئيس الجمهورية... المصادقة على المعاهدات والإذن بنشرها"<sup>1</sup>، وعليه فإنها " لا تلزم أصحابها إلا بعد نشر قانون المصادقة بالرائد الرسمي، وعندها تصبح المعاهدة من مكونات النظام القانوني القومي، إذ تصبح قانونا من قوانين الدولة وتصبح بذلك واجبة التطبيق"<sup>2</sup>.

وقد ورد في تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة ما يلي : " ضرورة احترام الموارث لمبدأ المساواة المضمون بالاتفاقيات الدولية... ولئن احترتزت بلادنا، عند انضمامها لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة... إلا أنها سحبت احترازها بموجب مرسوم 24 أكتوبر 2011"<sup>3</sup>، فقد وقعت المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعروفة باتفاقية " سيداو " سنة 1985 إلا أن الجمهورية التونسية تحفظت على بعض النقاط أهمها المساواة في الإرث، إلى حدود شهر أكتوبر 2011 حيث تم إيداعها لدى الأمم المتحدة بما يعني أنها ملتزمة جديا برفع جميع التحفظات<sup>4</sup>.

وقد ورد في الاتفاقية المذكورة في المادة 13 ضرورة القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيق المساواة التامة بين الرجل والمرأة في الاستحقاقات الأسرية، كما أوجبت المادة 16 أن " تتخذ الدول جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية..."، فبقى إذن ترجمة هذا الالتزام في تشريعنا الداخلي ضمانا لمصادقة التزامنا على الصعيد الدولي، وهو ما يؤدي إلى التزام الدولة التونسية باحترام المساواة في الميراث بين الجنسين<sup>5</sup>.

وقد اعتمدت اللجنة في قولها بالمساواة في الميراث بين الذكر والأنثى خصوصا على النقطة " ح " من الفقرة الأولى من الفصل 16 من اتفاقية " سيداو" التي أكدت على الاعتراف بـ " نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحياسة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة "، وقد اعتبرت اللجنة في تقريرها أن موضوع هذه المادة يشمل مباشرة الموارث بوصفها سببا من أسباب الملكية<sup>6</sup>. وهذا من شأنه أن يلغى قواعد الميراث المضمنة صلب مجلة الأحوال الشخصية التي هي في الأصل مأخوذة من نظام الإرث في الإسلام.

<sup>1</sup> أنظر الفصل 77 من دستور جانفي 2014.

<sup>2</sup> (الشرفي) محمد، (المزغني) علي: مدخل لدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي، تونس 1993، ص 345.

<sup>3</sup> تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، ص 179.

<sup>4</sup> (الشبي) محمدك مجلة الأحوال الشخصية ودستور 2014 في ظل رفع التحفظات على اتفاقية " سيداو"، كتاب سبينة مجلة الأحوال الشخصية

1959-2016. مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، نوفمبر 2017، ص 44.

<sup>5</sup> تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، ص 179.

<sup>6</sup> تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، ص 178.

فحسب اللجنة ، فإن أحكام المواريث يجب أن تكون متطابقة مع معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعروفة باتفاقية " سيداو " ، ومن هنا تطرح مسألة مدى إلزامية المعاهدات الدولية في الدستور التونسي ؟

إن القيمة القانونية للمعاهدات الدولية، تختلف بحسب انقسام الدساتير ( من ناحية كيفية تعديلها) إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة، فالنوع الأول يمكن تعديله بنفس الإجراءات والطريقة التي تعدل بها القوانين العادية، وبالتالي فإنه يمكن تعديل الدستور بسهولة وتختفى بذلك التفرقة بين القواعد الدستورية والقوانين العادية<sup>1</sup>، فالقيمة القانونية للمعاهدة هنا تكون مساوية للدستور أو القانون العادي، أما النوع الثاني من الدستور فهو " الدستور الجامد الذي يتطلب في تعديله إجراءات تختلف عن الإجراءات التي يعدل بها القانون العادي"<sup>2</sup>، وتمتاز الدساتير الجامدة بمجملتها من الخصائص لعل أبرزها الثبات والاستقرار لأن الجماد يجعلها بمنأى عن أهواء الأغلبية الحزبية في البرلمان<sup>3</sup>، في هذا النوع من الدساتير، فإن الدول التي تنضوي تحت هذه المنظومة القانونية لم تأخذ موقفاً موحداً في دساتيرها بالنسبة للمعاهدات الدولية، فمنها من أخذ بعلوية دستورها على المعاهدة الدولية، ومنها من أخذ بالمساواة بين القاعدة القانونية الدستورية مع المعاهدة الدولية<sup>4</sup>.

ففي الدستور الفرنسي نصت المادة 55 منه على أن " المعاهدات أو الاتفاقيات التي يتم التصديق عليها قانونياً منذ نشرها تفوق القوانين..."، وقد ذهب المشرع الفرنسي إلى أنه في حالة التعارض بين المعاهدات الدولية والدستور، فإنه يلجأ إلى تعديل الدستور، حيث ورد في المادة 54 أنه " إذا رأى المجلس الدستوري بناء على إشعار من رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أحد المجلسين أو ستين نائبا أو ستين عضواً في مجلس الشيوخ أن التزاماً دولياً ما يتضمن بنداً مخالفاً للدستور، فإنه لا يؤذن بالتصديق على هذا الالتزام الدولي إلا بعد مراجعة الدستور". بمعنى أنه في حالة التعارض بين المعاهدة الدولية والدستور، فإنه يلجأ إلى تعديل الدستور بدل الإقرار بعدم دستورية المعاهدة لتعارضها مع قواعد القانون الدستوري، وهو ما يعبر عبرت عنه الفقرة 14 من مقدمة الدستور بمراجعة قواعد قانون الدولي العام حسب ما<sup>5</sup>، ومعلوم قانوناً أن المعاهدات التي تبرم بين الدول تندرج في إطار القانون الدولي العام.

<sup>1</sup> ( البحري ) حسن مصطفى: القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الأولى، 1430 هـ / 2009 م، وزارة التعليم العالي، الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، ص 186، 187.

<sup>2</sup> (بوديار) حسني: الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، ص 87.

<sup>3</sup> م.ن، ص 89.

<sup>4</sup> ( العكوري) عمر صالح، ( العدوان ) ممدوح حسسن مانع، ( بيضون) ميساء، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد 40 ، العدد 1، 2013، ص 79.

<sup>5</sup> ( العكوري) عمر صالح، ( العدوان ) ممدوح حسسن مانع، ( بيضون) ميساء، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، ص 79.

فيما يتعلّق بدساتير القوانين العربيّة فقد نصّ القانون الدّستوري المصري في مادّته 151 على أنّ " رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلّغها مجلس الشّعب مشفوعة بما يناسب من البيان وتكون لها قوّة القانون بعد إبرامها والتّصديق عليها ونشرها...".

فيما يتعلّق بالقانون التّونسي فقد نصّ الفصل 20 من الدّستور على أنّ " المعاهدات الموافقة عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدّستور"، هذا الفصل يؤكّد على مراتب القواعد القانونيّة التي نجد في أعلاها الدّستور تليها المعاهدات الدوليّة، ثم القوانين (الإستفتائيّة أو العاديّة أو الأساسيّة)، وبعدها المراسيم، والأوامر الترتيبية، والقرارات الترتيبية، وأخيرا المناشير، فهذا التسلسل الهرمي يقتضي أنّ كلّ قاعدة قانونيّة مخالفة للدّستور يجب إلغائها.

وقد انطلقت اللّجنة في تقريرها من مبدأ احترام التسلسل الهرمي للقواعد القانونيّة من خلال تأكيدها على أنّ " احترام دولة القانون التي أقرّها الفصل الثّاني من دستور 27 جانفي 2014 يقتضي أولا احترام التسلسل الهرمي للقواعد القانونيّة وإخلائها من كلّ ما يتعارض مع الدّستور التّونسي ... ويقتضي ثانيا احترام الالتزامات الدوليّة التي قبلتها الدولة التّونسيّة والتزمت بترجمتها داخل القانون الدّولي"<sup>1</sup>، فكلّ قاعدة قانونيّة مخالفة للدّستور والمعاهدات الدوليّة يجب إلغائها، وهذا يُعطى كنتيجة، أنّ القاعدة القانونيّة التي مصدرها المجلّة الجزائيّة، أو مجلّة الالتزامات والعقود، أو مجلّة الأحوال الشّخصيّة عند مخالفتها للدّستور والمعاهدات الدوليّة تكون واجبة الإلغاء، وتطبيقا لهذا المنطق القانوني، فإنّ أحكام الموارث الواردة صلب مجلّة الأحوال الشّخصيّة وتحديدًا بالكتاب التّاسع الوارد تحت عنوان " في الميراث " والممتد من الفصل 85 إلى الفصل 152 تندرج في إطار القوانين، معنى ذلك أنّها أقلّ درجة من المعاهدات الدوليّة حسب منطوق الفصل 20 من الدّستور، وبالرجوع إلى أحكام الموارث كما هي واردة صلب مجلّة الأحوال الشّخصيّة نجد أنّها تقيم تفضلا بين الرّجل والمرأة<sup>2</sup>، وتقسّم التركة بما يخالف مواد اتّفاقيّة " سيداو" ، في إقرارها بالمساواة التّامة بين الرّجل والمرأة خاصّة في المواد 13 و16 في النقطة " ح " المشار إليهما، وعليه وبمقتضى التسلسل الهرمي للقواعد القانونيّة الذي يقتضي احترام القاعدة القانونيّة السفلى للقاعدة القانونيّة الأعلى منها درجة، فإنّ الأحكام الإرثيّة الواردة صلب مجلّة الأحوال الشّخصيّة يجب صياغتها بما يتوافق ومبدأ المساواة التّامة الذي أقرّته اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة، وتغيير كل الفصول القانونيّة التي تقيم تفضلا بين الرّجل والمرأة في تركة المورث. وهذا هو الذي قصده تقرير لجنة الحريّات الفرديّة والمساواة عندما أقرّ — " ضرورة احترام الموارث لمبدأ المساواة المضمون بالاتّفاقيات الدوليّة". فهل يستقيم هذا التّحليل القانوني والمستند الذي اعتمده اللّجنة ؟

<sup>1</sup> تقرير لجنة الحريّات الفرديّة والمساواة، ص 100.

<sup>2</sup> أنظر الفصول 94 و101 و102 و103 و104 و105 و106 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة.

إنّ المتأمل في كلام اللجنة سيجد خطأ خفياً، فقد ذهب عبد المجيد الزروقي أستاذ القانون بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس في محاضرة بعنوان " قراءة نقدية قانونية لتقرير اللجنة المحدث من رئيس الجمهورية بمقتضى أمر 13 أوت 2017 " <sup>1</sup>، أنّ القول الصحيح هو أنّ كلّ قاعدة قانونية معارضة للمعاهدات الدولية التي لا تتعارض مع الدستور، ينبغي إلغائها، وهذا الكلام له أهمية كبرى باعتبار أنّ المعاهدة قد تخالف الدستور، و القانون الذي يخالف معاهدة ليس بالضرورة قانونا مخالفا للدستور، وهنا يمكن الإقرار بأنّ القانون المخالف للمعاهدة الدولية والغير مخالف للدستور لا يمكن إلغائه باعتبار تناغم القواعد التي جاء بها مع قواعد القانون الدستوري التي تعتبر مقياس الشرعية القانونية.

هذا من ناحية، أمّا من ناحية أخرى، فإنّه في حالة الاقتصار على مخالفة القانون (سواء كان عادي أو استثنائي أو استثنائي) للمعاهدة الدولية دون النظر إلى مخالفته ( أي القانون ) لقواعد القانون الدستوري من عدمها في مرحلة أولى، فإنّه واجب الإلغاء لمخالفته للمعاهدة، ذلك أنّ المعاهدات الموافقة عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، هي أعلى من القوانين، وإلى هذا المستوى من الفصل يكون المنحى الذي ذهبت إليه اللجنة في تقريرها صحيح وقانوني، لكن في مرحلة ثانية وبعد الإقرار بالإلغاء، فإنّ المعاهدة الدولية سينظر إليها من جهة وجود المخالفة للدستور من عدمها، فالفصل 20 المذكور بعد إقراره بعلوية المعاهدات على القوانين نص على ما يلي: " وأدنى من الدستور " ، أي أنّ المعاهدات الدولية المصادق عليها وإن كانت أعلى درجة من القوانين فهي أدنى من الدستور، بمعنى أنّ أحكامها يجب أن تتوافق مع الأحكام الدستورية ولا تخالفها.

وبالرجوع إلى أحكام القانون الدستوري، نجد أولاً أنّ التوطئة في فقرتها الثالثة تنصّ على " تمسك شعبنا بتعاليم الإسلام ومقاصده"، وتعاليم الإسلام في مسائل الموارث تقرّ بأهمية هذه الأحكام ومصدرها الربّاني مثلما بيّنا، ممّا يفيد عدم المساس بها و تغييرها، فهي من الثوابت التي لا يطاقها التغيير، فالله سبحانه هو الذي تكفل بتعيين الورثة وتحديد نصيب كل وارث في تركة مورثه، وما ذهبت إليه اللجنة من ضرورة تغيير أحكام الموارث نحو تحقيق المساواة التامة بين الجنسين، استنادا إلى معاهدة " سيداو "، هو استدلال خاطئ لتعارض القاعدة القانونية التي أوردتها المعاهدة المذكورة مع أحكام التوطئة، ومع أحكام الفصل 20 من الدستور الذي يُوجب كما رأينا احترام القاعدة الدنيا للقاعدة الأعلى منها درجة، والمعاهدة هنا هي أدنى مرتبة من القانون الدستوري.

كذلك ما ورد في اتفاقية " سيداو " مخالف لمنطوق الفصل الأوّل من الدستور الذي ينصّ على أنّ " تونس دولة حرة، مستقلة ذات سيادة، الإسلام دينها "، هذا الفصل سبق أن بيّنا بأنّه قاعدة حكمية أصلية وليس مجرد قاعدة وصفية رمزية، ممّا يجعل التمسك بالدين الإسلامي من أوكد واجباته، وهذا يفرض عدم شرعية المعاهدة التي اعتمدت عليها اللجنة من أجل تمرير المساواة في الميراث، ويتوجب إلغائها.

<sup>1</sup> محاضرة ألقاها الدكتور عبد المجيد الزروقي في إطار ندوة علمية بعنوان " الحريات الفردية والمساواة " نظّمها المركز العالمي للبحوث والدراسات في تونس، 15 جويلية 2018.

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ اللّجنة انطلقت في قولها بضرورة تحقيق المساواة التّامة في الميراث بين الذكر والأنثى من التّأكيد على عدم صلوحية الشريعة الإسلامية، والذي يصرّح بهذا الأمر، إمّا أنّه لم يدرس الشريعة ولا القانون، أو أنّه درس القانون دون الشريعة، وكلا الفريقين ليس أهلا للحكم على الشريعة لأنّهما مجهلان أحكامها جهلا مطبقا، ومن جهل شيئا لا يصلح للحكم عليه<sup>1</sup>. وهذا هو حال أعضاء اللّجنة، تلحّفت عقولهم بجهل مركّب بأحكام الشريعة الإسلامية وبأحكام القانون الوضعي، مع لوثة فكرية وحمى المادية والعقلانية الغربية، فأنتجوا إلينا تقريرا هجينا يسعون من خلاله إلى هدم أركان الشريعة وتقويض أسس الأسرة.

#### الخاتمة :

تبين لنا في الختام مدى فداحة الاخلاطات الشرعية والقانونية التي وقع فيها التقرير الذي أعدته لجنة الحريات الفردية والمساواة، من خلال الدّعوة إلى المساواة في الميراث بين الذكر والأنثى، وهذا ما حاولنا بيانه من خلال هذه الدّراسة، وقد توصلنا إلى جملة من النتائج نخصّلها في النقاط التالية :

- يحاول العلمانيون هدم عقائد المسلمين وتشويه ما هو معلوم من الدين بالضرورة، من خلال القول بشريّة النص القرآني.
- إنّ الله سبحانه وتعالى هو الذي حدّد الورثة ووزّع المنابات بمقتضى العدل ، وعدل الله مطلق، وليس في شرعه ظلم للبشر، وذلك من خلال الآيات القرآنية الصريحة، وأيضا من خلال دراسة آيات الموارث دراسة نحوية، فأحكام الموارث، أحكام ثابتة لا تتغيّر.
- مسائل الموارث الواردة صلب مجلّة الأحوال الشخصية هي قواعد شرعية مستمدة من مصدرها القرآني، وهذا خلاف لما ذهب إليه التقرير من أنّ قواعد الموارث قواعد وضعيّة، وضعها المشرّع... فهي بالتالي قواعد مدنيّة قابلة للتطوير بطبيعتها.
- اللّجنة في اعتمادها على الفصل 21 من الدّستور كسند قانوني للمساواة في الميراث، وقعت في خطأ عدم التمييز بين المساواة المطلقة والمساواة النسبية، فالمساواة المعتبرة هي التي تتحقّق بتطبيق القاعدة على كلّ أصحاب المراكز القانونية المتماثلة والمتشابهة. لذا فلا يوجد مساواة مطلقة تماما أمام القانون.
- إنّ المعاهدات الدوليّة المصادق عليها وإن كانت أعلى درجة من القوانين فهي أدنى من الدّستور، بمعنى أنّ أحكامها يجب أن تتوافق مع الأحكام الدّستورية ولا تخالفها، وإلاّ تكون محلّ إلغاء، وعليه فاللجنة وقعت في خطأ الاستدلال باتّفاقيّة سيداوا التي وإن كانت أعلى من القوانين (الإستفتائية أو العادية أو الأساسية)، إلاّ أنّها خالفت الدّستور، وعليه فلا يمكن الاعتماد عليها لإقرار المساواة في الميراث.

<sup>1</sup> موسوعة بيان الإسلام في الرد على الافتراءات والشبهات، ص 19.

• قائمة المصادر والمراجع :

- ( الحدّاد) الطاهر: امرأتنا في الشريعة والمجتمع، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت.
- ( موسى) آمال : بورقيبة والمسألة الدينيّة، دار سراس للنشر، تونس، ط2، 2011،
- ( بن سلامة) رجاء : بنیان الفحولة، أبحاث في المذکر والمؤنث، دار سراس للنشر، تونس.
- تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة.
- موسوعة بيان الإسلام في الرد على الافتراءات والشبهات، تأليف نخبة من العلماء، دار نهضة مصر للنشر
- (السعدي) عبد الرحمن بن ناصر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، 1422 هـ.
- ابن كثير : تفسير القرآن العظيم، ابن كثير: تفسري القرآن العظيم، مؤسسة قرطبة للطبع والنشر والتوزيع، ط 1 ، 1421 هـ/ 2000 م.
- ( برهومي) ماهر خليلي : لغة الموايرث في القرآن الكريم والحديث الشريف، دراسة سياقية، بحث أعدّ لنيل شهادة الماجستير في اللغة العربيّة، جامعة بيروت، كلية الآداب، قسم اللغة العربيّة، 2012/2013.
- (ابن عاشور) محمّد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسيّة للنشر، تونس 1984،
- ( الشافعي ) منى محمّد بهي الدين الشافعي: التيار العلماني الحديث وموقفه من تفسير القرآن الكريم، عرض ونقد، دار اليسر، ط 1، 1439 هـ
- ( أبو ويد ) نصر حامد : نقد الخطاب الديني، سينا للنشر، الطبعة الأولى، 1992 م.
- (الجندي) حامد : قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية ، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى 2011.
- (خناخم) رضا : الإصلاح القضائي، شركة أوريس للطباعة والنشر، تونس، 1993م.
- (بوغيبية) محمد بن إبراهيم: حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857 - 1965)، مركز النشر الجامعي، 2003م.
- (السيد) محمّد متولي : مبدأ المساواة أمام المرافق العامّة بالتطبيق على الخدمات الصحيّة في مصر، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر.
- (الفرجاني) صالح أحمد : مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، مجلة القانون والعلوم الشرعيّة، العدد السادس يونيو 2015.

- (الزّعل) نادر، تنازع المرجعيات في مجلّة الأحوال الشّخصيّة، مسألة اختلاف الدّين كمانع من موانع الإرث مثالا، دراسة قدّمت في مؤلّف جماعي بعنوان " كتاب ستّينية مجلّة الأحوال الشّخصيّة، 1956-2016، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2017.
- ( بوقرة ) محمّد المنصف: الضمانات الدّستوريّة لتشريع الأحوال الشّخصيّة، كتاب " مسائل في فقه القانون المدني المعاصر"، تحت إشراف الأستاذ محمّد كمال شرف الدّين، وحدة البحث " قانون مدني"، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014.
- (الشّرفي) محمّد، ( المزغني) علي: مدخل لدراسة القانون، المركز القومي البيداغوجي، تونس 1993.
- (الشّيحي) محمّدك مجلّة الأحوال الشّخصيّة ودستور 2014 في ظل رفع التحفظات على اتّفاقيّة " سيداو"، كتاب ستّينية مجلّة الأحوال الشّخصيّة 1959-2016. مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الاولى، نوفمبر 2017.
- ( البحري ) حسن مصطفى: القانون الدّستوري، النظرية العامّة، الطبعة الأولى، 1430 هـ / 2009 م، وزارة التّعليم العالي، الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربيّة السوريّة.
- (بوديار) حسني: الوجيز في القانون الدّستوري، دار العلوم للنشر والتّوزيع.
- (العكوري) عمر صالح، ( العدوان ) ممدوح حسسن مانع، ( بيضون) ميساء، مرتبة المعاهدة الدوليّة في التّشريعات الوطنيّة والدّستور الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنيّة.
- محاضرة ألقاها الدكتور عبد المجيد الزروقي في إطار ندوة علميّة بعنوان " الحريّات الفرديّة والمساواة " نظّمها المركز العالمي للبحوث والدراسات في تونس، 15 جويلية 2018.
- ( الشافعي) منى محمّد بهي الدّين: التيار العلماني الحديث وموقفه من تفسير القرآن الكريم، عرض ونقد، دار اليسر الطبعة الأولى، رجب 1429 هـ.



## تطوير تدريس الفقه الإسلامي في الجامعات اليمنية



**د. عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين**  
**أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية**  
**الشريعة والقانون جامعة صنعاء - اليمن**

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد وعلى آله وصحبه اجمعين: اما بعد فإن هذه المقدمة تتضمن مشكلة البحث وتساؤلاته ومناهجه ونطاقه وتقسيماته، وذلك على النحو الاتي:

اولاً: مشكلة البحث :

تتلخص هذه المشكلة في أن تدريس الفقه الإسلامي في الجامعات اليمنية لا يعالج مشكلات الواقع المعاصر ولا يتناول الاحتياجات التي افرزها العصر ولا يلبى احتياجات سوق العمل كما انه لا يلبى التوسع والتطور في المقررات القانونية التي تدرس في الجامعات، كما ان تدريس الفقه الإسلامي لا يعالج اغلب النوازل والمستجدات المعاصرة التي يعاني منها المجتمع مثل الغلو والتطرف والكراهية والعنف، كما ان تدريس الفقه الإسلامي يتبع وسائل عتيقة ولا يستفد من الوسائل الحديثة في التدريس، ولذلك تراجع اقبال الطلبة على دراسة مقررات الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup>، وتثير هذه المشكلة التساؤلات الاتية :

(1) يظهر الامر جلياً عند الدراسة التخصصية العليا في دبلوم الشريعة الإسلامية حيث تراجع اقبال الطلبة عن الالتحاق به الى مستويات متدنية جداً قياساً بدبلومي القانون العام والقانون الخاص.

- 1- هل تستوعب مقررات الفقه الإسلامي المتغيرات والاحتياجات المعاصرة؟
  - 2- هل هناك اهداف لمقررات الفقه الإسلامي - وهل هذه الأهداف تحقق اهداف الجامعة والمجتمع؟ وهل تم توصيف هذه المقررات؟
  - 3- هل تلتزم مقررات الفقه الإسلامي بأساسيات علم المناهج؟
  - 4- هل هناك تناسب بين مقررات الفقه الإسلامي والمقررات القانونية؟ وهل تتكامل المقررات الفقهية مع المقررات القانونية؟
  - 5- ما هي طرائق تدريس الفقه الإسلامي ووسائله المتبعة؟ وما مدى وملاءمتها؟
  - 6- ما هي المهارات التي ينبغي على أستاذ الفقه الإسلامي في الجامعة التمتع بها حتى يتم تطوير تدريسه للفقه؟
- ثانياً: مناهج البحث :

بحسب مقتضيات البحث اتبع الباحث المناهج الآتية :

- 1- المنهج الاستقرائي : الذي يعتمد على استقراء مقررات ومفردات تدريس الفقه الإسلامي ووسائل تدريسه المتبعة في الجامعات واستنباط النتائج منها والتعليق عليها.
  - 2- المنهج التحليلي : الذي يعتمد على تحليل مقررات التدريس ومهاراته ووسائله وتحليلها وبيان مدى مناسبتها في العصر الحاضر.
- ثالثاً: نطاق البحث :

- 1- نطاق البحث الزمني: يتحدد نطاق البحث في بيان مناسبة مقررات الفقه الإسلامي التي يتم تدريسها في الجامعات اليمنية في الوقت الحاضر ووسائل التدريس ومهاراته ولن يتناول البحث تدريس الفقه الإسلامي ومفرداته في العصور السابقة.
- 2- نطاق البحث المكاني: يتحدد نطاق البحث على تطوير تدريس الفقه الإسلامي في الجامعات باليمن، فلن يتعرض الى الوضع في الجامعات خارج اليمن.
- 3- نطاق البحث الموضوعي: يتحدد نطاق البحث في تطوير تدريس الفقه الإسلامي، ولذلك لن يتوسع البحث في تناول طرائق التدريس واساليبه ومهارات التدريس الا بالقدر اللازم لتطوير تدريس الفقه الإسلامي.

رابعاً: تقسيمات البحث :

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، وبيان ذلك على الوجه الآتي :

- 1- مقدمة البحث : تتضمن مشكلة البحث وتساؤلاته ومناهجه ونطاقه وتقسيماته.

2- المبحث الاول : تطوير مقررات الفقه الإسلامي.

3- المبحث الثاني : تطوير طرق تدريس الفقه الإسلامي.

4- المبحث الثالث : تطوير مهارات أستاذ الفقه الإسلامي.

5- خاتمة البحث : تتضمن اهم نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الأول : تطوير مقررات الفقه الإسلامي :

يشهد العصر الحاضر حركةً علميةً نشطةً في مجال تطوير المقررات الجامعية، نتيجةً التطورات العلمية والتغيرات المتسارعة التي يشهدها هذا العصر<sup>(1)</sup>، مما جعل جميع دول العالم تعمل على تطوير المقررات الجامعية بما يتلاءم مع هذه التطورات، وبدأت الجامعات بتغيير أهداف التعليم وأغراضه من خلال الكشف عن اتجاهاتٍ جديدة تتصل بميول الطلبة واتجاهاتهم واحتياجات المجتمع وسوق العمل ، إضافة إلى معالجة المشاكل والاختلالات التي يعاني منها المجتمع<sup>(2)</sup>.

ونتيجةً لذلك قامت جامعات العالم قاطبة بتطوير المقررات الجامعية وإصلاحها لتناسب التطور العلمي والتقني والمعرفي فضلاً عن المتغيرات والاحتياجات المجتمعية، وقد اعتمد تطوير المقررات الجامعية على الأسس الآتية :

الأساس الأول : التخطيط لتطوير المقررات الجامعية :

يحتاج هذا التطوير إلى خطة سليمة شاملة حتى يُحقق أهدافه، بحيث تتكون هذه الخطة من مراحل يتم تحديد أهداف كل مرحلة وطرقها والأساليب اللازمة لتحقيقها والزمن المخصص لتنفيذه، وإجراء تقويم في نهاية كل مرحلة حتى يتم تلافي الأخطاء أولاً بأول، فمثلاً ينبغي في المرحلة الأولى تطوير أهداف الجامعة فيما يتعلق بالجوانب الشرعية والفقهية وفي ضوء ذلك يتم تطوير أهداف كليات الشريعة والقانون وبعد ذلك تبدأ المرحلة الثانية وذلك بتحديد المقررات الفقهية التي يجب تدريسها بحسب احتياجات سوق العمل واشكاليات المجتمع ومتغيراته وبما ينسجم مع مفردات المقررات القانونية التي تدرس في الكليات، وبما يحقق أهداف الكلية ورؤية الجامعة وحاجة المجتمع، وبعد ذلك تبدأ المرحلة الثالثة وهي تحديد أهداف كل مقرر فقهي بما يحقق أهداف الجامعة والكليات شريطة ان تكون أهداف المقرر واضحة وقابلة للتحقق ومرتبة بحسب أهميتها وأولوياتها وبعد ذلك تبدأ المرحلة الرابعة وهي تحديد مفردات كل مقرر فقهي بما يحقق أهداف المقرر عامة وأهداف كل وحدة من وحداته او مفرداته وينبغي ان تكون هذه المفردات مرتبة في المقرر حتى يسهل للطلاب تذكرها وفهمها والاستفادة منها<sup>(3)</sup>.

(1) أساس تطوير المناهج الدراسية، حصة بنت نغميش، شبكة الالوكة ص2 [www.alukh.net](http://www.alukh.net)

(2) طرائق التدريس المعاصرة، محمود داوود سليمان الربيعي، الاردن: عالم الكتب الحديث، ص 360.

(3) أساس تطوير المناهج، حصة بنت نغميش ص4

## الأساس الثاني : مراعاة المقرر الفقهي خصائص المتعلم وحاجاته :

هدف التعليم الفقهية في المقام الأول مساعدة المتعلم على التدرج في معرفة وأدراك مضمون الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup>، فلكل متعلم طبيعته وظروفه الخاصة ومراحل نمو، لكل مرحلة منها خصائص تختلف هذه المراحل بين المتعلمين كما تختلف بالنسبة للمتعلم نفسه من مرحلة لأخرى<sup>(2)</sup>، ولذلك ينبغي على المقرر الفقهي ان يراعي هذه الخصائص.

## الأساس الثالث : مراعاة حاجات المجتمع ومتطلبات سوق العمل :

يتعرض أي مجتمع لعدة تغيرات من وقت لآخر، تؤثر على أسلوب حياته ومتطلباته واحتياجاته مما يتطلب مراعاة المقرر الفقهي لهذه التغيرات، مهما اختلفت درجتها أو مصدرها أو قوة اتجاهها<sup>(3)</sup>، فالمقرر الفقهي يجب ان يلامس هموم المجتمع المعاصر الذي يعاني من الحروب واثارها من لجوء ونزوح، إضافة الى التطرف والغلو والعنف والكراهية، فمن اللازم بيان الحكم الفقهي إزاء هذه المسائل، كما ان طلبة كليات الشريعة والقانون من المتوقع ان يعملون في سلك القضاء والمحاماة والإدارات القانونية لذلك ينبغي ان يلي المقرر الفقهي هذه احتياجات هذه الوظائف.

وهذه التغيرات متى ما تم مراعاتها أثناء تطوير المقرر، فإن ذلك يؤدي إلى التنمية الاجتماعية الشاملة المستمرة في المجتمع التي تحدث من خلال نشاط الإنسان وتدخله لتحقيق أهداف معينة وإحداث تطوير كمي وكيفي في جوانب الحياة في المجتمع وزيادة قدرته الذاتية على إشباع حاجاته الدينية والمادية والمعنوية لمواجهة مشكلاته وحلها ذاتياً خلال خطة زمنية معينة<sup>(4)</sup>.

وفي هذا السياق ينبغي دراسة المجتمع والعوامل المؤثرة فيه التي تؤثر بشكل أو بآخر على تكيف وانسجام الطالب مع البيئة المجتمعية المحيطة به<sup>(5)</sup>.

ومن جهة ثانية فإن هناك نوازل واحتياجات معاصرة سواء لطالب العلم او المجتمع ينبغي مراعاتها عند اعداد المقرر الجامعي وتوصيفه وتحديد أهدافه ومقرراته، ونكتفي بالإشارة فقط الى بعض المتغيرات، فمن القواعد المستقرة في الفقه الإسلامي ان (النصوص متناهية وان حاجات الناس غير متناهية)<sup>(6)</sup> فالنصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية جامعة وصالحة لكل زمان ومكان تحتاج في كل زمان ومكان الى اجتهاد لبيان

(1) أصول المنهج التربوي الحديث، حسام الدين محمد عبد المطلب مازن، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية للطباعة والنشر 2007م، ص53.

(2) تطوير المناهج الدراسية، محمود أحمد شوق، الرياض: دار عالم الكتب 1995م ص137.

(3) المنهج المدرسي المعاصر، جودت أحمد سعادة وإبراهيم عبد الله محمد، ط5. 2008م، عمان: دار الفكر، ص102.

(4) تطوير مناهج التعليم لتلبية متطلبات التنمية ومواجهة تحديات العولمة، عبد السلام مصطفى عبد السلام، مؤتمر التعليم النوعي ودوره في التنمية البشرية في عصر العولمة، جامعة المنصورة 12-13 ابريل 2006م ص276.

(5) المناهج تخطيطها وتطويرها وتنفيذها حامد عبد الله الطافحة، عمان: الرضوان للنشر والتوزيع.

(6) 2013م، ص331.

(6) دلائل الاعجاز في التشريع الإسلامي، محمد شفيق ياسين، منشور في الموقع الإلكتروني alqudslana.com

الحكم الفقهي في احتياجات الناس المتطورة والمتغيرة بحسب الأزمنة والامكنة، ولذلك تنتصب امام رجال الفقه الإسلامي مهمة دراسة المستجدات والاحتياجات ومعرفة اغراضها والمصالح التي تحققها والمفاسد التي تترتب عليها في ضوء النصوص الشرعية، وفي ضوء ذلك يتم بيان الحكم الفقهي بشأن هذه المستجدات والاحتياجات المعاصرة وتدریس هذه الاحكام الفقهية على طلبة الجامعات للاستفادة منها تحقيقاً لمبدأ صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، وحتى تكون دراسة وتدریس الفقه أكثر جدوى وأكثر جدية، وحتى تكون الدراسة لفقه وشريعة تعيش بين اظهر الناس، وحتى لا يكون التناول الفقهي لمسائل فقهية لا وجود لها او يندر الاحتياج لها كالعبء الابق وعسب الفحل والمكاتبه وغيرها.

فنصوص الشريعة وان كانت متناهية وثابتة الا انها قادرة على استيعاب وتلبية كل الاحتياجات والمتغيرات العصرية، لان هذه النصوص جوامع كلم وقواعد عامة تنتظم ضمنها كل الوقائع التي حصلت في الماضي والتي تحصل في الحاضر والتي سوف تحصل في المستقبل<sup>(1)</sup>.

ومن الصعب للغاية حصر المتغيرات والاحتياجات المعاصرة التي ينبغي بيان موقف الفقه الإسلامي منها في المقررات الجامعية، لان الواقع يفرزها باستمرار دون توقف، وهذه الاحتياجات المعاصرة تتعلق بفروع الفقه الإسلامي كلها حتى في بعض مسائل العبادات مثل احتساب بداية رمضان ونهايته فلكياً ومفطرات الصيام المعاصرة المختلفة كالحقن، وكذا عمليات البنوك التقليدية والإسلامية وكذا مسائل المعاملات المعاصرة كالتعاقد بواسطة البريد الالكتروني، وكذا زكاة الشركات والمؤسسات وزكاة الايجار وغير ذلك، ولذلك فأن من مقتضيات تطوير المقررات الفقهية ان تتضمن هذه المقررات الأمثلة والتطبيقات المعاصرة التي يعايشها المجتمع المعاصر وليس الأمثلة والتطبيقات الواردة في كتابات الفقهاء المتقدمين الذين كانوا يعبرون عن الواقع والمجتمع في عصرهم.

#### الأساس الرابع : مراعاة خصوصية العلوم الفقهية :

تشارك العلوم الشرعية مع بعضها ومع غيرها من العلوم وتتقاطع معها في جوانب عدة، إلا أنها تتميز بقدر من الخصوصية له أثره في مقررات الفقه الجامعية وتدریسها، ومن أهم جوانب الخصوصية :

1- العلوم الشرعية تتكون من نصوص شرعية ينبغي احترامها لأنها غير خاضعة للتطوير، كما تتكون العلوم الشرعية من علوم اجتهادية محل خلاف بين فقهاء الأمة ومجتهديها، وهذه العلوم هي التي يتجه إليها التطوير<sup>(2)</sup>.

2- التبعد بتعلم العلوم الشرعية وتعليمها، ولذلك فهي مقصودة لذاتها أما غيرها من العلوم فهي مقصودة لغيرها، ولهذا الخاصية تأثير بالغ في جلب اهتمام الطلبة، إلا أنه ينبغي أيضاً جلب إهتمام الطلبة عن طريق إيجاد العلاقة بين المقرر الفقهي وإحتياجات المجتمع وسوق العمل.

(1) تجديد الفقه الإسلامي، د. جمال عطية ود. وهبة الزحيل، دار الفكر المعاصر دمشق 2004 م ص 27

(2) تطوير التعليم الشرعي، د. محمد عبد الله الدويش، كتاب الأمة العدد 158 ذو القعد 1434 هـ ص 136.

3- إرتباط العلوم الشرعية بالسلوك والجانب الوجداني، وهذه الخاصية ينبغي التركيز عليها عند تأليف المقرر الفقهي وفي أثناء المحاضرة لتهديب سلوك ونفوس الطلبة ومعالجة الإختلالات والإشكاليات التي تعاني منها المجتمعات المعاصرة كالغلو والتطرف والعنف وشيوع الكراهية والحقد.

الأساس الخامس : مواكبة الاتجاهات الحديثة في تأليف المقرر الجامعي :

الغرض من الدراسة الجامعية هو خدمة المجتمع ومعالجة مشاكله والمساهمة في تحقيق أهدافه وطموحاته في الرقي والتقدم وحسن الخلافة في الأرض، والعمل أيضاً على نمو الفرد النمو الشامل المتكامل، فلا يمكن أن يتحقق هذا التغيير للمجتمع والفرد والمقرر الجامعي راكد<sup>(1)</sup>.

ويمكن الإشارة الى أهم التوجهات العالمية المعاصرة التي يجب على مطوري المقررات الفقهية الجامعية مراعاتها على النحو الآتي :

- 1- ربط المقررات بالمجتمع والبيئة والحياة.
- 2- دمج التقنية في محتوى المقرر.
- 3- تنظيم المقررات الجامعية وفقاً للمنهج التكاملي مثل ان يكون المقرر الشرعي مكماً للمقرر القانوني والعكس صحيح.
- 4- التركيز على تنمية مهارات الطلبة في التفكير والتخطيط وحل المشكلات.
- 5- مناسبة المقررات الجامعية لجميع الطلبة بمستوياتهم المختلفة من حيث الادراك الذهني والاحتياج العلمي والعملية.
- 6- عدم تضخم المقررات الجامعية وزيادتها إضافة الى عدم تضخم كل مقرر على حدة.
- 7- تشجيع الطلبة على الحوار والمناقشة والتواصل مع زملائهم والتعليم المستمر.
- 8- التنوع في أساليب تقويم الطلبة<sup>(2)</sup>، وعدم الاعتماد على طريقة قياس وتقويم واحدة، مثل الاعتماد على الاختبار التحريري للطلبة، كما ينبغي ان تكون أسئلة الامتحان متنوعة (أسئلة تذكر، أسئلة فهم، أسئلة تحليل، أسئلة تحليل، أسئلة تطبيق، أسئلة تركيب)، وأن تكون متوازنة وشاملة للمقرر كاملاً.

الأساس السادس : المحافظة على القيم والهوية الثقافية للمجتمع :

هوية المجتمع هي مجموعة الخصائص والصفات والسمات التي يتمسك بها المجتمع وتميزه عن غيره من المجتمعات<sup>(3)</sup>، ومن المؤكد ان الدين الإسلامي والفقه الإسلامي هما اهم قيم المجتمع الإسلامي وأهم مكونات الهوية الثقافية في المجتمعات الإسلامية، ولذلك ينبغي النظر الى الفقه الإسلامي والتعامل معه على هذا

(1) اسس بناء المناهج وتنظيماتها، حلبي أحمد الوكيل ومحمد أمين المفتي، ط4عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2011م، ص 331.

(2) المناهج المدرسية بين النظرية والتطبيق، حسن شحاته، ط3. القاهرة: مكتبة الدار العربية للكتاب، 2003م، ص 259-260.

(3) تطوير مناهج التعليم لتلبية متطلبات التنمية، عبد السلام مصطفى، ص272.

الأساس، ولذلك فإن أي محاولات لتهميش الفقه الإسلامي او اقصائه من المقررات الجامعية هو مسخ لهوية المجتمع.

وثقافة كل مجتمع تسهم في تشكيل هويته الوطنية، لذا فإن تبيان جوانب الثقافة ومكوناتها وصفاتها، والمحافظة عليها، وانتقائها، وعصرنتها بما يتلاءم مع روح العصر، وكيفية الاسهام في تحقيقه التوازن بين الجانب الديني والديني مسؤولية مهمة من مسؤوليات المقرر الجامعي الحديث<sup>(1)</sup>.

#### الأساس السابع : تيسير المقررات الفقهية :

من المسلم به أن مستوى طلاب الجامعات ضعيف تبعاً لضعف مستوى التعليم العام، كما أن هؤلاء الطلاب القادمين من المدارس الحديثة قد اعتادوا طريقة معينة ومبسطة في الكتب الدراسية الحديثة، كما ان أسلوب صياغة عبارات الفقهاء المتقدمين عصية على فهم غالبية الطلبة في العصر الحاضر إضافة الى ان هؤلاء الطلبة قد اعتادوا أسلوب الصياغة والتبويب المتبع في المقررات القانونية، ولذلك ينبغي مراعاة هذه الاعتبارات عند تأليف المقررات الفقهية الجامعية ويجذب أن يكون تأليف المقررات الفقهية على غرار المقررات القانونية من حيث تبويبها ومسمياتها حتى يستطيع الطلبة الإمام بها والإستفادة منها في أعمالهم المستقبلية وحتى تكون مزايا الفقه الإسلامي وتفوقه على القوانين ظاهراً<sup>(2)</sup>

#### الأساس الثامن : استشراف المستقبل عند تطوير المقرر الجامعي :

ينبغي ألا تقتصر عملية تطوير المقررات الجامعية على تلبية حاجات الفرد في الحاضر بل تتعداه إلى التنبؤ بلامح المستقبل، وتعدُّ الدراسات المستقبلية المستندة على واقع الأمة هدفاً رئيساً في الحياة المعاصرة بالنسبة لجميع المجتمعات وهي أساس التطوير الجامعي عموماً وتطوير المقررات الجامعية خاصة، فلم يعد المعنيون بالمقررات الجامعية يتساءلون عن حاجات الفرد اليوم ولكنهم يتساءلون عن حاجات الفرد والمجتمع في المستقبل القريب والبعيد، ومن هنا ينطلقون إلى اختيار المفردات المناسبة للمقررات الجامعية<sup>(3)</sup>، وقد كان هذا الأساس حاضراً في اجتهادات الفقه الإسلامي في مختلف مراحل تطوره، حيث كان الفقهاء منذ بزوغ الفقه الإسلامي حتى الماضي القريب يضعون في مؤلفاتهم المعالجات والاحكام للمسائل والوقائع المتوقعة حدوثها في المستقبل القريب والبعيد التي لم تظهر بعد، وهذا ما يسمى بالفقه الافتراضي.

ومن أهم الأمور التي ينبغي مراعاتها عند تطوير المقررات الجامعية الاتي :

1- إستيعاب الوسائل التقنية الحديثة مثل المقرر الجامعي الالكتروني الذي يسهل للطالب الرجوع عليه ضمن دائرة معينة تحفظ الحق الفكري للإستاذ الجامعي بالإضافة إلى تكميل بعض مفردات المقرر

(1) المنهج المدرسي المعاصر، جودت سعادة وإبراهيم عبدالله، ص56.

(2) تطوير التعليم الشرعي، د.محمد عبد الله الدويش، ص123.

(3) تطوير المناهج الدراسية، محمود أحمد شوق، ص132، ولذلك نجد مسميات للمفردات الفقهية الجامعية مثل عقد النقل في الفقه الإسلامي والتأمين في الفقه الإسلامي وغير ذلك.



الجامعي عن طريق هذه الدائرة، ويمكن الإستعاضة عن هذه الدائرة الإلكترونية بوسائل حديثة أخرى كمجموعات الواتس الهاتفية الخاصة بالطلبة وغيرها وتكميل الإستاذ لبعض المفردات والمعلومات الفقهية بواسطتها وإضافة بعض الزيادات عن طريق هذه الوسائط الإلكترونية.

2- التأكيد على بعض القيم الاصلية التي تتعرض للاهتزاز والضياع، لذلك ينبغي على المقررات الفقهية أن تعالج آثار الحروب والصراعات التي يعاني منها المجتمع المسلم المعاصر، حيث ظهرت دعوات في غالبية الدول الإسلامية للإخذ بالنظام العلماني، كما ظهرت أصوات تنادي بالإلحاد مستغلة اثار الصراعات المسلحة باسم الدين التي أحدثت نفوراً لدى بعض الافراد من الاحتكام للشريعة الإسلامية.

3- إشاعة روح التعاون بين الطلبة والمجتمع والبعد عن الفردية المطلقة في العمل والأناية التي تدمر المجتمعات، وفي هذا المجال على المقررات الفقهية أن تتضمن ثقافة التسامح والتعاون والإيثار وتهذيب النفس البشرية حتى تكون هذه الثقافة علاجاً ناجعاً لنزعات الكراهية والحقد والتكفير والتبديع والتفسيق التي فرقت الأمة الواحدة وشتت صفها.

4- إكساب الطلاب مهارة الاختيار المهني وفق معايير مقبولة منطقياً، فطلاب الشريعة والقانون يضعون نصب أعينهم العمل في سلك القضاء أو المحاماة أو الإدارات القانونية وغير ذلك، وتطبيق القوانين وتفسيرها متعذر إلا بفهم الكتب الفقهية، حسبما ورد في المادة (18) من القانون المدني، ولذلك ينبغي أن تتجه المقررات الفقهية إلى بيان وجهات نظر الفقه الإسلامي إزاء النصوص القانونية كافة التي تدرس في كليات الشريعة والقانون حتى تثار الدافعية لدى الطلاب لدراسة المقررات الفقهية.

5- التأكيد على فكرة التعلم الذاتي من أجل ضمان تحقيق مبدأ استمرارية التعلم، ولذلك ينبغي على المقرر الفقهية أن يتضمن إرشادات وتوجيهات للطلاب إلى كيفية البحث والرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي وكيفية تبويبها ومصطلحات الفقهاء وقواعد الفقه والتأكيد في المقررات الفقهية على عمق الفقه الإسلامي وتوسعه وأن المقرر الفقهية الجامعي لم يتناول المسائل الفقهية كاملة، كما انه لم يتوسع في المسائل التي تضمنها، وأنه ينبغي على الطالب الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي، وفي هذا الشأن ينبغي العناية عند إعداد المقرر الفقهية بذكر المراجع الفقهية في نهاية كل صفحة وفي نهاية الكتاب حتى يستطيع الطالب الرجوع إليها وضمان إستمرارية تعلمه.

6- إكساب الطلاب مهارات التفكير والابداع في حل المشكلات واتخاذ القرارات المناسبة.

7- العمل على تحقيق كل من البعد المحلي والبعد القومي والعالمي لمفهوم المواطنة<sup>(1)</sup>، لذلك ينبغي على المقرر الفقهية أن يتضمن مظاهر الولاء الوطني وحب الوطن والإعتزاز به دون أن يفتقر ذلك بإحتقار الأوطان الأخرى وإزدرائها، علماً بأن المقررات الفقهية التي تدرس في الجامعة لا تتناول مفهوم المواطنة

(1) المنهج المدرسي المعاصر، جودت سعادة وإبراهيم عبدالله، ص 60.

مما جعل الافراد يتساهلون كثيراً في هذا المفهوم ويفرطون في الثوابت والثقافة الوطنية، كما يسود في المجتمع المعاصر مفهوم مغلوط مفاده ان مفهوم المواطنة والوطنية لا ينسجم مع الانتماء الى الاسلام.

### الأساس التاسع : الشمول والتكامل والتوازن عند تطوير المقرر الجامعي :

المقصود بالشمول والتكامل مراعاة أن تكون عملية تطوير المقرر شاملة لجميع الجوانب متضمنة لجميع العوامل والعناصر التي لها دور في عملية التدريس، وذلك يستدعي دراسة العلاقات بين الجوانب المتعددة ومعرفة تأثير كل جانب على الجوانب الاخرى سلبياً وإيجابياً، بحيث تتضافر كل الجوانب لتحقيق أكبر قدر ممكن من الأهداف بطريقة اقتصادية وفعالة، وهذا لا يتم إلا في ظل نوع من التكامل تتضافر فيه الجهود وتستثمر فيه الإمكانيات كافة وفقاً لما يستطيع أن يقدمه كل جانب حسب دوره وطاقته<sup>(1)</sup>.

ويحدد المختصون جوانب الشمول للإتزانفي المقرر الجامعي على النحو الآتي :

- 1- أهداف الجامعة عامة واهداف الكلية خاصة ونوع التنظيم المنهجي والمقررات الجامعية الاخرى التي تدرس مثل المقررات القانونية والسلم التعليمي وطرق التدريس، والوسائل التعليمية، والأنشطة المختلفة التي يقوم بها الطالب والكتب الجامعية والتقييم<sup>(2)</sup>.
- 2- إعداد الاستاذ وتدريبه وفقاً للاتجاهات التعليمية الحديثة.
- 3- نظم الإدارة الجامعية.
- 4- العلاقة بين الكلية الجامعية والبيئة والمجتمع، وكيف تساهم الكلية في خدمة البيئة والمجتمع وتلبية احتياجاتهما ومعالجة اشكالياتهما.
- 5- طريقة تعاون الكلية مع أجهزة التوعية الشرعية مثل: وسائل الاعلام المختلفة ووزارة الأوقاف والارشاد<sup>(3)</sup>.

بينما يقصد بالتوازن تحديد الوزن النسبي لكل عامل أو جانب وفقاً لقدراته ومساهمته في تحقيق الهدف وفقاً للدور الذي يمكن القيام به<sup>(4)</sup>.

(1) اسس بناء المناهج وتنظيماتها، حلبي أحمد الوكيل ومحمد أمين المفتي، ص281

(2) أساسيات المناهج، رالف تايلور ترجمة د.أحمد خيرى، دار النهضة العربية مصر 1983م ص33.

(3) المناهج التربوية الحديثة مفاهيمها وعناصرها وأسسها وعملياتها، توفيق أحمد مرعي ومحمد محمود الحيلة، ط9. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة 2011م ص122.

(4) اسس بناء المناهج وتنظيماتها، حلبي أحمد الوكيل ومحمد أمين المفتي، ص340.

### الأساس العاشر : تعاون الأطراف المعنية بتطوير المقرر الجامعي:

عملية التطوير ينبغي أن تتم بتعاون جميع من له علاقة بالمقرر ويتأثر به مباشرة أو غير مباشرة مثل الاستاذ والطالب والجهات المتوقعة ان يعمل بها الطالب مستقبلاً<sup>(1)</sup>.

ولا يعني اشتراك الأطراف المعنية بعملية التطوير تساوي دور كلاً منها مع الاخر وإنما المقصود إعطاء الفرصة لكل فرد لكي يعبر عن رأيه ويبين وجهة نظره بكل وضوح، حتى تستوعب عملية التطوير وتستفيد من كل الآراء<sup>(2)</sup>، كما أن هذا التعاون يكون في تحديد أهداف المقرر ومفرداته وليس في صياغته وتأليفه، إذ أن ذلك اختصاص أصيل للإستاذ الجامعي وحده.

### الأساس الحادي عشر: استمرارية تطوير المنهج الجامعي:

ينبغي أن يكون التطوير مستمراً حتى تواكب المقررات الجامعية التغيرات المتجددة، فارتباط المنهج بالمجتمع وحركته التنموية المستمرة، يُحتم أن تتم عملية التطوير باستمرار؛ حيث أن جودة المقرر تقاس بما يعكسه من تغيرات تحدث في المجتمع، ونظراً لأن المجتمع مستمر في التغيير، ومن هنا فإن المقررات الجامعية مهما بُذل من جهد في تطويرها فإنها لن تصل إلى درجة الكمال، ولذلك يجب أن يكون التطوير عملية مستمرة وعلى فترات غير متباعدة<sup>(3)</sup>.

إن اجراءات اعداد المقرر الجامعي يجب أن يصاحبها تقييم مستمر، ثم يتلو ذلك تعديل المقرر أو تطويره في ضوء نتائج التقييم، مما يساعد على تحقيق أهداف هذا المقرر، ويقتضي ذلك مراجعة أو مراعاة الإمكانيات المادية والبشرية المتاحة، والعوامل، والظروف المختلفة، وبذلك تصبح عملية التطوير مستمرة لا تتوقف عند طرح المقرر المتطور في أرض الواقع ولكن المقرر المطور يحتاج إلى عملية متابعة وتقييم، فطالما أن هناك عملية متابعة وعملية تقييم فهناك بالضرورة عملية تطوير وهكذا تصبح عملية التطوير مستمرة باستمرار عملية التدريس بالكلية الجامعية<sup>(4)</sup>، وينبغي ان يكون الفاصل الزمني بين عملية التطوير وعملية التطوير التي تليها مدة لا تقل عن خمس سنوات، وذلك لعدة اسباب منها :

- 1- إعطاء فرصة للمقرر المطور أن يستقر، إذ أن السنوات الاولى لتنفيذ المقرر المطور تواجه عقبات ومشكلات، ثم بعدها يبدأ الاستقرار.
- 2- الحكم على المقرر بطريقة موضوعية.

(1) المرجع السابق ص135.

(2) أسس بناء المناهج وتنظيماتها، حلمي أحمد الوكيل ومحمد أمين المفتي، ص281

(3) المناهج الدراسية: الواقع والمستقبل، أحمد إبراهيم قنديل، القاهرة: مصر العربية للنشر والتوزيع، ص312. حسام الدين محمد عبد المطلب مازنوأصول المنهج التربوي الحديث والتكنولوجي 2007م، ص177.

(4) المناهج (الأسس-المكونات-التنظيمات-التطوير)، فتحي يونس وآخرون، عمان: دار الفكر 2004م ص180 واساسيات المناهج، رالف تايلور ص45.

3- حتى يكون اقتصادياً<sup>(1)</sup>.

الأساس الثاني عشر: مواكبة تطوير المقرر الجامعي للتطور المعرفي والبحث التقني :

ثورة المعلومات والاتصالات التي يشهدها الواقع المعاصر تقتضي أن تستجيب المقررات الجامعية لهذه المعطيات عن طريق الاتي :

- 1- الاستفادة الكاملة من معطيات التقنية الحديثة واستثمارها لصالح العملية التعليمية في اعداد المقررات الجامعية في مراحلها المختلفة التخطيط والتنفيذ والتقييم والقيم الخاصة لبناء الفرد القادر على التعامل بكفاءة مع هذه المعطيات.
- 2- التركيز على تنمية عمليات التفكير العليا من خلال المقررات الجامعية لدى المتعلمين والتي تمكنهم من التعامل المستنير مع المضامين المعرفية.
- 3- انفتاح المقررات الجامعية على المستجدات المعرفية وطلبها، والبحث عنها والاستفادة منها بحيث تصبح مطلباً وهدفاً لهذه المقررات<sup>(2)</sup>.

الأساس الثالث عشر : تجريب المقرر الجامعي المطور:

يعد تجريب المقرر قبل تعميم تدريسه من الأمور المهمة لعملية التطوير وذلك لتلافي الاخطاء التي قد تقع في فترة التجريب، لأن تجريب المنهج المطور هو الضمان الأكيد للتحقق من بلوغه الأهداف المحددة له، وهو في الوقت ذاته منصة انطلاق لتطوير جديدة بناء على نتائج تقييم التجربة<sup>(3)</sup>.

وتتحدد أهداف التجريب على النحو الاتي :

- 1- إثبات صحة أو خطأ الموضوعات التي تضمنها المقرر المطور الذي يخضع للتجريب ومدى تحقيقها لأهداف المقرر والكلية الجامعية.
- 2- معرفة نقاط القوة والضعف في المقرر المطور.
- 3- التعرف على بعض المشكلات التي تظهر عند التنفيذ والتجريب، ومن ثم إيجاد الحلول العلمية المناسبة لها.
- 4- التعرف على مدى تأثير أحد جوانب المقرر في الجوانب الاخرى، ومن ثم التعديل في هذه الجوانب<sup>(4)</sup>.

(1) اسس بناء المناهج وتنظيماتها، حلبي أحمد الوكيل ومحمد أمين المفتي، ص341.

(2) تقويم التدريس الجامعي، عبد محمد حسن، مجلة العلوم الإنسانية، البحرين2001م، ص 173

(3) تطوير المناهج الدراسية، محمود أحمد شوق، ص140.

(4) اسس بناء المناهج وتنظيماتها، حلبي أحمد الوكيل ومحمد أمين المفتي، ص341.

ومن الأعراف الاكاديمية المستقرة ان تكون مدة التجريب للمقرر الجامعي ما بين ثلاث وخمس سنوات وتناط هذه المهمة بأستاذ المقرر نفسه، كما انه من الأعراف المستقرة انه لا يسمح للأستاذ الجامعي ان يقوم بالتأليف في المقرر الذي يدرسه إلا بعد ان تمضي مدة لا تقل عن ثلاث سنوات على قيامه بالفعل بتدريس المقرر. وعند إمعان النظر في المقررات الجامعية في مجال الفقه الإسلامي ومفردات هذه المقررات، نجد ان مقررات الفقه الإسلامي في كليات الشريعة والقانون هي: مدخل الفقه الإسلامي واصول الفقه، ومصطلح الحديث وفقه العبادات والاقتصاد الإسلامي ضمن مقررات السنة الأولى واحكام الاسرة واصول الفقه وفقه المعاملات ضمن مقررات السنة الثانية وفقه المعاملات الجزء الثاني والتشريع الجنائي الإسلامي واصول الفقه وفقه الموارث وفقه السيرة في السنة الثالثة وتفسير آيات الاحكام واصول الفقه والقضاء والاثبات والوصية والوقف ضمن مقررات السنة الرابعة<sup>(1)</sup>، وتمثل هذه المقررات ثلث المقررات في كلية الشريعة والقانون بجامعة صنعاء، وهذه المقررات لا تتضمن فقه السياسة الشرعية على أهميته وكثرة الاحتياج له، ومن خلال استقراء مقررات الفقه ومفرداته المشار اليها نلاحظ الاتي :

اولاً : مقررات الفقه الإسلامي التي يتم تدريسها في الجامعات اليمنية تجاهلت فرعاً من اهم فروع الفقه الإسلامي وهو السياسة الشرعية مع أهميته وكثرة الاحتياج الى مسائله في الوقت الحاضر، فالتنظيمات والإجراءات الإدارية والسياسية والاقتصادية والتجارية والاجتماعية وغيرها التي تتبعها الدولة المعاصرة تندرج ضمن أبواب السياسة الشرعية.

ثانياً : نتيجة لقلّة المقررات الفقهية في كليات الشريعة والقانون بالجامعات اليمنية وتجاهل فقه السياسة الشرعية فقد تقلصت اقسام الفقه الإسلامي واصوله الى قسمين هما قسم الفقه المقارن وقسم أصول الفقه وهما يشكلان اقل من 20% من الأقسام العلمية التي تتكون منها كلية الشريعة والقانون، كما ان الدراسة الفقهية في الدراسات العليا تشكل 30% فقط، فهناك دبلوم للشريعة فقط مقابل دبلومين للقانون هما دبلوم القانون العام ودبلوم القانون الخاص، كما ان نسبة الاقبال على الالتحاق في دبلوم الشريعة الإسلامية تقل عن 10% مقارنة بدبلوم القانون العام والقانون الخاص، ولا ريب ان تقليص المقررات والتخصصات الفقهية في الجامعات اليمنية إضافة الى تقليص مفردات المقررات الفقهية سوف يؤدي الى ضعف او انعدام مخرجات الجامعات الحكومية في الجانب الفقهي وانتزاع الريادة الفقهية من الجامعات الحكومية التي ستكون عاجزة عن تخريج فقهاء بالمعنى الدقيق، حيث اتجه طلاب الفقه الإسلامي الى الجامعات الخاصة او حلقات المشائخ لطلب علم الفقه بدلاً عن الجامعات الحكومية، وهذا الامر يوجد إشكاليات اجتماعية كثيرة ليست خافية على احد<sup>(2)</sup>.

ثالثاً : محتويات اغلب مقررات الفقه في كليات الشريعة والقانون تقدم مادة معرفية تقليدية لا تعالج إشكاليات واحتياجات العصر الحاضر، فالدول الإسلامية تعاني ويلات الغلو والتطرف، كما ان الدعوات

(1) دليل كلية الشريعة والقانون للعام الجامعي 2016/2017م، د.ت، د.ط، ص 18,19,20.

(2) الصحوة الإسلامية بين الجمود والتطرف، د.يوسف القرضاوي، كتاب الأمة ص 46.

العلمانية وموجات الاحاد بدأت تطل برؤوسها مستغلة الحروب والصراعات باسم الدين التي تعاني منها كثير من الدول الإسلامية، وكان الواجب أن تعالج المقررات الفقهية هذه الظواهر بالدراسة والبحث بالإضافة الى غياب المسائل التنظيمية الإدارية والاقتصادية والاجتماعية والتجارية... الخ عن هذه المقررات وعدم تناولها للمستجدات المعاصرة فمثلاً فقه المعاملات لا يدرس المعاملات والتعاقدات العصرية وتأصيلها في الفقه الإسلامي، كما ان فقه العبادات لا يتناول المستجدات المعاصرة مثل توحيد الاذان والحساب الفلكيلبدائية رمضان وعيد الفطر ومفطرات الصيام الحديثة والتميم بغير التراب من الأشياء الحديثة كالمفروشات ومدى نجاسة بعض الأشياء الحديثة المشتقة من مواد نجسة اصلاً وحكم اختلاط المواد المحرمة والنجسة بغيرها وتحري وجهة القبلة بالوسائل المعاصرة وغير ذلك كثير.

كما ان مادة مدخل الفقه الإسلامي لا تتناول علاقة الفقه الإسلامي بالقانون الروماني والقوانين المعاصرة وكيفية استفادة هذه القوانين من احكام الفقه الإسلامي وقواعده، وكذا لا يشير هذا المقرر الى أهمية الفقه الإسلامي في شرح النصوص القانونية المستفادة من احكام الفقه الإسلامي، كما ان مادة الاقتصاد الإسلامي تقتصر في مفرداتها على دراسة النظم الاقتصادية المعاصرة كالنظام الرأسمالي والاشتراكي ومقارنتها بالنظام الاقتصادي الإسلامي، فهذه المادة لا تدرس عمليات البنوك والتأمين المعاصر وتبين مدى موافقتها للشريعة الإسلامية، كما انها لا تدرس عمليات المصارف الإسلامية المعاصرة كشهادات الاستثمار والأسهم وبيع المراجعة والبيع للأمر بالشراء والصكوك الإسلامية وغير ذلك، كما ان فقه الموارث وان تناول مسائل الميراث كاملة الا انه لم يتضمن طرق قسمة الميراث كأحكام القسمة الرضائية والجبرية التي نظمها القانون المدني مع ان احكام القسمة ملحقة اصلاً بعلم الموارث، علماً بأن أحكام القسمة واجراءاتها من اهم المسائل التي يحتاج لها في الوقت الحاضر مثل كيفية حصر التركات وتثمينها وتصميم جداول القسمة المبينة لمكونات التركة واثانها ونصيب كل وارث وغير ذلك.

وكذا مقرر التشريع الجنائي الإسلامي الذي تضمن تلخيص الاحكام العامة والخاصة للجرائم والعقوبات في كتيب واحد، في حين انه كان الأولى ان تكون الاحكام العامة منه في كتاب يدرس على طلبة السنة الثانية في حين تكون الاحكام الخاصة منه في كتاب اخر يقرر على طلبة السنة الثالثة، اما مقرر فقه المعاملات فإنه قد جاء خالياً من المعاملات والتعاقدات العصرية السائدة في العصر الحاضر، وكذا مقرر الوصية والوقف الذي لم يتضمن الاحتياجات العصرية مثل الوظائف العصرية للوقف كوسيلة من اهم وسائل التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الإسلام، في حين ان مقرر القضاء والاثبات قد تم اختصاره في مقرر واحد في حين انه تماثله في المقررات القانونية ثلاثة مقررات (قانون المرافعات + التنفيذ الجبري + قانون الإجراءات الجزائية)، إضافة الى ان مقرر القضاء والاثبات لم يتعرض للتحكيم مع انه ملحق بالقضاء الاسلامي اما مقرر تفسير آيات الاحكام فقد تم اختصاره الى مقرر واحد يدرس على طلبة السنة الرابعة فقط في حين انه كان يدرس في اربعة مقررات في كلية الشريعة والقانون حتى عام 1990م بواقع مقرر في كل مستوى دراسي بمسمى ( فقه الكتاب والسنة).

رابعاً: كثرة المقررات القانونية وتقليص المقررات الفقهية: مع ان الكلية تحمل اسم (الشرعية والقانون) فإن ذلك يقتضي ان يكون هناك توازن بين المقررات الشرعية والمقررات القانونية الا انه يلاحظ ان المقررات الشرعية تتقلص باستمرار من حيث عددها ومن حيث مفرداتها ومن حيث صلتها بالواقع المعاصر، ويرجع ذلك من وجهة نظر الباحث الى الأسباب الآتية:

1- تطور المقررات القانونية وركود المقررات الفقهية: حيث استجابت المقررات القانونية للتغيرات والاحتياجات الواقعية، فقد ارتدات المقررات القانونية مجالات وافاقاً ومفردات جديدة فتوسعت هذه المقررات من حيث عددها ومفرداتها، في حين ظلت المقررات والمفردات الفقهية تراوح مكانها بل انها تقلصت، فمثلاً القانون الدولي الخاص كان مقرراً واحداً فصار الان أكثر من ثلاثة مقررات وكذا القانون التجاري وغيره من المقررات القانونية.

2- ظهور اتجاه لدى مدرسي المقررات القانونية بعدم جدوى تدريس المقررات الفقهية الى جانب المقررات القانونية متذرعين بذريعة ان القوانين اليمينية مستفادة من احكام الفقه الإسلامي، فدراسة المقررات الفقهية التي تتناول في مفرداتها نصوص القوانين المستفادة من الفقه ما هو الا نوعاً من العبث والتكرار، فينبغي الاكتفاء بالمقررات القانونية التي تشرح هذه النصوص، بل وصل الامر لدى بعض مدرسي المقررات القانونية الى الاعتراض على تسجيل اية بحوث في الفقه واصوله اذا كانت بمسميات ومصطلحات معاصرة بذريعة ان هذه المسميات تندرج ضمن تخصص الأقسام العلمية القانونية، ونرد على هذا الاتجاه بأن يفترض ان يكون هناك تكامل في اليمن بين المقررات الشرعية والمقررات القانونية وان تكون متوافقة ومتساوية من حيث عددها ومفرداتها، فالمقرر القانوني والمقرر الشرعي يتفقان من حيث المفردات لكنهما يختلفان من حيث تناول، فالمقرر القانوني يتناول النظريات والمدارس القانونية بشأن مفردة او مسألة ما، في حين يتناول المقرر الشرعي اقوال الفقهاء بشأن هذه المسألة او المفردة وبيان القول الذي أخذ به القانون وعندئذ تكتمل الرؤية الشرعية والقانونية لدى الطالب في كليات الشريعة والقانون فذلك هو الهدف الأصلي لإنشاء كليات الشريعة والقانون، كما انه بالإمكان البحث في اي موضوع في رسائل الدكتوراه والمجستير ولو كان مسمى هذا الموضوع ضمن أي من فروع القانون فالبحث الفقهي يكون تناول الفقهي فيه هو الغالب حيث يعرض اقوال الفقهاء في الموضوع وادلتهم ويناقشها ثم يختار ما يراه راجحاً ويشير الى حكم الموضوع في القانون بإيجاز اما البحث القانوني فإنه يتوسع في ذكر النظريات والمدارس القانونية واتجاهات القوانين المختلفة ويكتفي بالإشارة الى الحكم الفقهي بإيجاز.

وطبقاً لأساس التكامل بين المقررات فلا بد ان تكون لكل مقرر قانوني او مفردة قانونية نظير لها او مثيل في الفقه الاسلامي، لان القانون المدني نص في المادة (18) على ان (المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الايضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة) ومن المؤكد عدم وجود المذكرات الايضاحية والكتب الشارحة الصادرة من السلطة التشريعية فلم يبق الا الفقه الإسلامي الذي له رجاله المتخصصون وكتبه التي تفسر النصوص القانونية في ضوء الاحكام الفقهية، علماً بأن اغلب



كتب المقررات القانونية صارت تتناول بالبحث والدراسة في اقوال الفقهاء وادلتهم إزاء المسائل القانونية مستغلة ركود المقررات الفقهية وعدم تناولها لأغلب المستجدات المعاصرة وعدم مواكبتها للنصوص القانونية النافذة، علماً بأن دراسة اقوال الفقهاء وادلتهم يجب ان تكون صادرة من اهل الاختصاص وهم الفقهاء وأساتذة الفقه وليس رجال القانون وشراحه<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني: طرائق تدريس الفقه الإسلامي :

طريقة التدريس تطلق على مجموعة خطوات يتبعها الاستاذ لتحقيق غايات معينة، ووجود طرق متعددة شائعة للتدريس لا يعدّ ناشئاً إلّا عن أفكار الاساتذة المتكوّنة عن الطبيعة البشرية وطبيعة المعرفة على مرّ العصور<sup>(2)</sup>، ومن هذه الطرق المحاضرة ومناقشة بعض المسائل الفقهية من قبل مجموعات الطلبة التي يقسمها الأستاذ، وطريقة العصف الذهني للإجابة على مسائل واسئلة يثيرها الأستاذ ويطلب من الطلبة إيجاد حلول لها او إجابات عليها، وكذا طريقة تكليف الطلبة بإعداد مطالعات او واجبات او بحوث موجزة عن بعض المسائل ومناقشتها مع الطلبة، وطريقة توجيه أسئلة للطلبة وتكليفهم بالإجابات عليها وغير ذلك من طرق التدريس، ومن الجدير بالذكر عدم إمكانية المفاضلة بين طرق التدريس المختلفة، فاختيار إحداها يرجع إلى موضوع المحاضرة، ونشاط الطلبة، والإمكانيات والموارد المتوفرة وغيرها من الظروف التعليمية، فلكل ذلك أثر فعّال في تعزيز جودة التعليم والتعلم، ولاريب ان الطرق التقليدية أصبحت عاجزة عن تلبية حاجيات التعليم في عصرنا الحاليّ، على خلاف طرق التدريس الحديثة التي مكّنت الطالب من الوصول إلى المعلومة وفهمها وتطبيقها بشكل أكثر سرعة ودقّة بصورة مختصرة، لأنها وثيقة الصلة بالواقع الاجتماعي والاقتصاديّ داخل قاعات المحاضرات وخارجها، ومراعاتها المجتمع الذي يعيشه الطالب، وتدريبه على طريقة التعامل الصحيحة مع المواقف الحالية والاستعداد للمواقف المستقبلية ثمّ تطوير الواقع نحو الأفضل<sup>(3)</sup>.

وطرائق التدريس المتبعة في الجامعات اليمنية واحدة بالنسبة للمقررات الشرعية والمقررات القانونية، فطريقة التدريس لهذه المقررات هي طريقة وحيدة وهي طريق المحاضرة حيث يقوم الأستاذ بإلقاء المحاضرات على اعداد هائلة تزيد على مائة طالب وطالبة، وهذه الطريقة هي اقل الطرق في التحصيل العلمي والمعرفة حسبما ورد في هرم (بيلوم) للمعرفة، حيث اظهر الهرم ان نسبة التحصيل بواسطة طريقة المحاضرة لا تتعدى نسبة 5%<sup>(4)</sup>.

ويرجع سبب اتباع طريقة المحاضرة كطريقة وحيدة لتدريس الفقه الإسلامي وغيره، الى أسباب كثيرة أهمها :

1- كثرة طلبة كليات الشريعة والقانون، فمتوسط عدد هؤلاء الطلبة في كل سنة دراسية يتراوح ما بين 2000 و3000 طالباً طالبة، ولذلك يتعذر اتباع طرق التدريس الأخرى التي تستلزم ان يكون عدد الطلبة ما بين 30-40 طالباً وطالبة على الأكثر، وتحاول كليات الشريعة والقانون التغلب على هذه الصعوبة بتقسيم

(1) تطوير التعليم الشرعي حاجة ام ضرورة، د. محمد بن عبد الله الدويش، كتاب الامة قطر العدد (158) ص37.

(2) أساليب التدريس الجامعي، د. عايش محمود زيتون، دار الشروق الأردن 1995م ص22.

(3) المرجع السابق ص25.

(4) أساسيات التدريس الفعال في العالم العربي، د. حسن شحاته، الدار المصرية اللبنانية القاهرة 1992م ص88.

- طلاب كل مستوى دراسي على مجموعات يصل عدد طلبة كل مجموعة الى أكثر من 150 طالباً، ولذلك فإن هذه المعالجة تظل قاصرة وعاجزة، اذ ان عدد الطلاب يظل كثيراً في كل مجموعة من هذه المجموعات.
- 2- قلة عدد أعضاء هيئة التدريس العاملين بالتدريس فعلاً قياساً بالعدد الهائل للطلاب، فمثلاً يقوم بالتدريس الفعلي للمقررات الشرعية في كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء عشرة أساتذة فقط<sup>(1)</sup>.
- 3- قلة او انعدام هيئة التدريس المساعدة العاملة في مجال تدريس الفقه الإسلامي وغيره، ولذلك فأعضاء التدريس القلة اصلاً يتحملوا وحدهم كافة الأعباء الأكاديمية وغيرها، في حين انه ينبغي ان تسند كثير من طرائق التدريس التطبيقية والأنشطة العلمية الى هيئة التدريس المساعدة كالمعيدين والمدرسين المساعدين<sup>(2)</sup>.
- 4- انعدام الاعتمادات المالية والمستلزمات الأخرى اللازمة لتنفيذ طرائق التدريس الأخرى.
- 5- عدم تدريب الأساتذة العاملين بالتدريس في كليات الشريعة والقانون على طرائق ووسائل التدريس وإدارة المحاضرات وطرق الالقاء والتأثير وتوصيل المعلومات ومواجهة المشاكل التي تحدث في اثناء المحاضرة والتعامل معها، فلا ريب ان هؤلاء الأساتذة فقهاء علماء في مجال الفقه الإسلامي والقانون واكتسبوا مهارات وخبرات تدريسية خلال فترة عملهم الطويلة في مجال تدريس الفقه الإسلامي والقانون، ولكن للتدريس تخصصه وله فنونه ومهاراته التي تدرس في الكليات المتخصصة مثل كلية التربية التي تدرس كل طرائق التدريس والالقاء والإدارة الصفية والتقويم للطلبة وغيرها، ولا شك ان الأستاذ في مجال الفقه الإسلامي وغيره يحتاج الى دورات وحلقات قصيرة لتلقي هذه الفنون والعلوم التدريبية للاستفادة منها وصقل خبراته، ومن المؤكد ان ذلك سوف يسهم حتماً في تطوير تدريس الفقه الإسلامي والارتقاء به<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثالث : تطوير مهارات التدريس والأستاذ الجامعي :

لا شك انالتدريس الجامعي يتأثر بعوامل عدة منها ما يتصل بالأستاذ الجامعي من حيث إعداده العلمي وتعمقه في تخصصه وثقافته الواسعة إضافة الى المامه بأساليب التدريس ولباسه وشخصيته وهندامه وعلاقاته مع الطلاب وتواضعه وصبره، وهناك عوامل تتصل بالطالب الجامعي من حيث خصائصه الشخصية وقدراته وميوله ومستواه الاجتماعي والاقتصادي ورغبته واستعداده للتعلم الجامعي، ومن هذه العوامل ما يتصل بالمقررات الجامعية من حيث طبيعتها وأهدافها ومحتواها وتقويمها ومدى انسجامها مع اهتمام الطالب من جهة ومتطلبات سوق العمل من جهة ثانية، ومن العوامل ما يتعلق بالإدارة الجامعية الرشيدة التي تهيبئ مناخاً جامعياً تعليمياً وتعليمياً وبحثياً مناسباً، وهذه العوامل السابقة تتداخل وتتعاون معاً لتطوير التدريس الفعال في مجال الفقه الإسلامي وغيره<sup>(4)</sup>.

وهناك أسس وقواعد لابد من الاخذ بها في تطوير مهارات التدريس منها على سبيل المثال :

(1) دليل كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء ص14

(2) هناك معيد واحد تعين حديثاً في قسم أصول الفقه.

(3) المرجع في تدريس علوم الشريعة - القسم الثاني، د. عبد الرحمن صالح عبدالله، جامعة السلطان قابوس عُمان 1997م ص383.

(4) أساليب التدريس الجامعي، د. عايش محمود زيتون ص35.

1- التدريس في الجامعة ليس مجرد نقل المعارف الإنسانية والعلمية من الأستاذ الجامعي الى الطالب، فالمعلومات والبيانات والمعارف تزداد قنوات ووسائل نقلها وتنساب بيسر وسهولة حيث يصعب على أي أستاذ جامعي مهما كانت قدراته ان يلم بها او يستوعبها، هذا بالإضافة الى تكنولوجيا العصر وتقنياته ووسائله المتطورة والمتسارعة، من هنا لم يعد دور الأستاذ الجامعي مخزناً للمعلومات والمعارف او مجيباً عن الأسئلة او أنبوب توصيل يوصل المعلومات من مصادرها كالكتب والمراجع والمقررات الجامعية والدوريات والمجلات الى عقول الطلبة، فالأستاذ الجامعي ما هو الا مرشد وموجه ومثير للتفكير وتعليمه وملهم للطلبة وقادر على الاثارة الفكرية العقلية والاستفسار والتساؤل المتواصل والاستقصاء والبحث العلمي المستمر الذي يولد أسئلة وافكاراً جديدة جديرة بالتنقيب والبحث العلمي على حدّ سواء<sup>(1)</sup>.

2- التدريس بالجامعة عملية اتصال وتواصل اجتماعي وصلات شخصية بينية بين الأستاذ الجامعي والطلبة لذا يصبح دور الأستاذ الجامعي ليس التلقين والنقل انما هو قائد للمناقشة وموجه للنشاط الفكري وميسر للتعليم ومرشد للبحث والتقصي والاكتشاف، وفي هذا يصبح التفاعل بين عناصر الموقف الاتصالي (الأستاذ والطلبة والمادة) شرطاً أساسياً لحدوث التعلم والبحث واكتساب المعارف الإنسانية والعلمية والخبرات سواء بسواء<sup>(2)</sup>.

3- الأستاذ الجامعي يؤثر في طلابه ويتأثر بهم لأنه عنصر أساسي في عملية الاتصال الاجتماعي، ولكي يكون هذا التأثير والتأثر تربوياً سليماً ينبغي ان يقوم على أساس الثقة والاحترام المتبادل بين الأستاذ وطلابه، ولهذا يؤكد المهتمون بالتعليم الجامعي على الجوانب الإنسانية في التدريس الجامعي وتصبح عندئذ مهارات التدريس الجامعي في درجة أهمية مادة التدريس ذاتها<sup>(3)</sup>.

4- عملية التدريس الجامعي يمكن تحليلها تحليلاً منظماً وتقويم النشاطات والفعاليات التدريسية والتحكم بها، وفي ضوء نتائج ذلك ينبغي تدريب أساتذة الجامعة على ذلك، ولعل هذا الامر قد يلغي ما هو شائع بين عامة الناس من ان التدريس مجرد هواية او موهبة او حرفة تنمو بالخبرة، وان الأستاذ الجامعي يولد ولا يعد او يدرّب او يصنع، ولذلك فقد ساهمت عملية تحليل عملية التدريس في تطوير برامج اعداد الأستاذ الجامعي اعداداً علمياً متخصصاً ومهنيّاً تربوياً مسلكياً في المؤسسات التعليمية الجامعية<sup>(4)</sup>.

5- مهارات التدريس تختلف عن المهارات البحثية (مهارات البحث) فبينما نجد ان عملية التدريس في الجامعة في جوهرها هي تعامل مع الافراد والنفس الإنسانية نجد ان مهارات البحث مبدئياً تتعامل مع الأشياء والمواد بوجه عام، وعليه فإن مفهومي التدريس والبحث يختلفان في اساسهما ومفهومهما وبالتالي لا يجوز استعمالهما تبادلياً كما ان امتلاك او اتقان مهارات احدهما قد لا يعني بالضرورة امتلاك مهارات المفهوم

(1) تطوير التعليم الشرعي، د.محمد الدرويش ص42.

(2) إدارة القسم الاكاديمي، جون بينيت، تعريب د. جابر عبد الحميد، دار النهضة العربية القاهرة ص52.

(3) أساليب التدريس الجامعي، د.عايش زيتون ص27.

(4) المرجع السابق ص32.

الأخرى او اتفاقها، فالجامعات التي تعد باحثين ليس بالضرورة ان يؤدي ذلك تلقائياً الى اعدادهم كمدرسين في الجامعة والعكس صحيح بوجه عام. من هنا ينبغي ان يحدث نوع من التوازن الحقيقي بينالتدريس والبحث او البحث والتدريس حسب توجه الجامعة وأهدافها لاسيما إذا كان البحث والتدريس معا من اهداف الجامعة ووظائفها<sup>(1)</sup>.

6- ينبغي ان يكون الطلبة في وضع سليم ورغبة في التعلم، فمن اهم العوامل لتطوير مهارات التدريس الجامعي وبالتالي التعلم الجامعي الجيد هو قدرة الأستاذ الجامعي على خلق الاهتمام عند الطلبة والمحافظة عليه ليتقبل ويقبل الطلبة على التعلم وليس التعليم الجامعي<sup>(2)</sup>، فالاهتمام والميول أساسي للانتبه والانتباه أساسي للتعلم داخل قاعة المحاضرة وخارجها، وذلك انطلاقاً من ان الدافعية للتعلم الجامعي تعد احد العوامل المهمة في التعلم والتعليم الجامعي، لأنها الدافعية التي تحرك أنشطة الطالب الفكرية في عملية التعلم الجامعي وتنشطها وتصونها، لذا فان أساليب التدريس الجامعي بخبراتها ونشاطاتها والتي يقترحها الأستاذ الجامعي ينبغي ان تعمل على اثاره الدافعية وايضاها للتعلم عند الطلبة من جهة واستمرار احتفاظهم بها من جهة أخرى للتفاعل والاندماج في المواقف التعليمية التعلمية في قاعة المحاضرات وخارجها<sup>(3)</sup>.

كما ان عملية تطوير تدريس الفقه الإسلامي تحتاج إلى مدرس جامعي قادر وفاعل وبلحث،ومن خلال النظم واللوائح وكتابات المتخصصين فان عمل المدرس الجامعي يتلخص في الآتي :

- 1- إيصال المعلومات لطلبته والتأثير في شخصياتهم.
- 2- تقويم الطلبة من خلال الأنشطة داخل قاعة المحاضرات وخارجها.
- 3- خدمة القسم الذي يعمل فيه
- 4- إجراء البحوث العلمية كل حسب اختصاصه في خدمة الجامعة.
- 5- خدمة المجتمع من خلال المحيط الذي يعيش فيه.
- 6- الاشراف على رسائل الماجستير والدكتوراة.
- 7- المشاركة في المؤتمرات والندوات واللقاءات.
- 8- تقديم الرأي والمشورة للجهات التي تطلب ذلك<sup>(4)</sup>.

وكي يقوم الأستاذ الجامعي بالواجبات المناطة به على الوجه الأفضل فأن ذلك يتطلب منه في ظل المتغيرات والاحتياجات المعاصرة ما يأتي:

- 1- الفهم العميق للأطر المعرفية في موضوع المادة التي يقوم بتدريسها.

(1) التعليم العالي واعداد هيئة التدريس، محمد عزت عبد الموجود، مجلة دراسات تربوية السنة الثالثة العدد (3) 1988م، ص32.

(2) تطوير التعليم الجامعي العربي، د. عبد الرحمن عيسوي، منشأة المعارف الإسكندرية 2002م ص112.

(3) أساليب التدريس الجامعي، عايش محمود زيتون، دار الشروق عمان /الأردن 1995م، ص22

(4) حقوق وواجبات الأستاذ الجامعي، د. عبد الوهاب الوشلي، دار الفكر المعاصر صنعاء 2007م ص55.

- 2- إدراك سمات وخصائص الطلبة الذي يقوم بتدريسهم ومعرفة قدراتهم ودوافعهم.
  - 3- معرفة طرائق وأساليب التدريس الحديثة التي تؤدي حتما الى تطوير تدريس الفقه الإسلامي
  - 4- إعداد المحاضرات اليومية والاسئلة المزمع ان يثيرها في قاعة المحاضرات لاثارة الدافعية لدى الطلبة لفهم المحاضرات.
  - 5- معرفة طرائق وأساليب التعامل مع الطلبة من خلال إفراح المجال للمناقشة والحوار وبناء العلاقات الطيبة مع الطلبة.
  - 6- القدرة على استخدام التقنيات الحديثة او تكنولوجيا التعليم في التدريس والتدريب والبحث.
  - 7- المحافظة على الاتزان الانفعالي للمدرس نفسه في حالة التدريس والقاء المحاضرات<sup>(1)</sup>.
  - 8- القدرة على تحقيق التواصل بين المادة التي يدرسها واحتياجات المجتمع.
  - 9- تطوير قدراته المهنية من خلال المتابعة للمستجدات الحديثة في مجال اختصاصه<sup>(2)</sup>.
  - 10- إجادة أداء الأدوار والمهام الجديدة للأستاذ الجامعي وهي صانع القرار، ومصمم ومخطط ومرشد وموجه وخبره في توجيه اهتمامات الطلبة وتهذيب دوافعهم، وخدمة المجتمع وحل مشكلاته.
  - 11- القدرة على تصميم محاور وافق المحاضرات والمواد والاسئلة التي يقدمها للطلبة والقدرة على تقييمها وتطويرها.
  - 12- الموازنة بين متطلبات الاعتماد الأكاديمي واستقلالية الأستاذ الجامعي، فقد حددت الجامعات معايير الجودة العالمية للنهوض بالتعليم الجامعي للمصاف الدولية، فننتج عن هذا التوجه خطاباً جديداً في تاريخ الجامعات اليمنية مثل سيادة ما يسمى بالاعتماد الأكاديمي، وتحقيق معايير الجودة، وتحفيز الأكاديميين للتنافس وانتاج المعرفة بنشر البحوث الأكاديمية. هذا التحول في التوجهات (إدارة المهنية) يشكل تحدياً على الجامعات اليمنية والأكاديمي اليمني لتغيير المفاهيم السائدة والمبادئ المهنية المتجذرة في مفهوم المهنية الأكاديمية<sup>(3)</sup>.
- هذا النقاش المحتدم بين أهمية المهنية الأكاديمية وإدارة المهنية على الصعيدين العالمي والمحلي ولد تساؤلات عدة عن هو الأستاذ الجامعي إذن؟ هل هو الشخص الذي يتم إعداده في مرحلة البكالوريوس والمجستير والدكتوراه ليصبح أستاذاً، واستمرار تدريبه عبر البرامج التطويرية التي تعدها المؤسسة الأكاديمية عبر وحدات التطوير التربوي؟ أم أنه شخص يستطيع اكتشاف حاجاته المهنية ويقوم بوضع خططاً تدريبية وتطوير مستمر ذاتي ليساعد المؤسسة الأكاديمية في تحقيق سياستها التطويرية في تحقيق الجودة الأكاديمية؟ كيف نوفق بين القوتين المؤثرتين في تشكيل مفهوم الأستاذ الجامعي : المهنية الأكاديمية وإدارة المهنية؟ يبرز من بين هذه الأسئلة السؤال

(1) مهارات التدريس، د. جابر عبد الحميد جابر واخرين، دار النهضة العربية القاهرة مصر، الطبعة الأولى 1985م ص212.

(2) المرجع السابق ص225.

(3) الإدارة التعليمية أصولها وتطبيقاتها، د. محمد منير مرسي، عالم الكتب مصر 1984م، ص126.

الأخلاقي الذي يدور في وسط صناعة القرار في الجهات المعنية بالتعليم العالي كيف نجذب الأستاذ الجامعي لتطوير قدراته وامكانياته المهنية<sup>(1)</sup>

إجابة هذا السؤال ليست بسيطة بل هي بحاجة لدراسة مستفيضة ومتعمقة لفهم العوامل التي تساعد الجامعات على المواءمة بين متطلبات التطوير وحاجات الأستاذ الجامعي المهنية ومدى استفادة الأستاذ الجامعي من نظام الحوافز والتفرغ الأكاديمي في تمكينه من التطوير المهني المستمر تذهب الدراسات الى أن نجاح سياسات التطوير مرهون بتوفير البنى المهنية الأكاديمية التي تساعد الأستاذ الجامعي لتطوير قدراته وامكانياته ومن أهم البنى اللازم توفرها هو الوقت المناسب ليقوم فيه الأستاذ الجامعي بعرض ما يواجهه من أمور مهنية تعيق تعلم طلابهم والعمل الأكاديمي بشكل عام والعمل على حلها عن طريق البحث العلمي والندوات وورش العمل. كذلك يبرز من بين هذه الاهتمامات تعزيز مفهوم الأكاديمية المهنية وفتح قنوات التطوير المهني الذاتي والجماعي وخلق الجمعيات المهنية ودعم المؤتمرات التخصصية ان ما يعاني منه الأساتذة الجامعيون على المستوى العالمي هو قلة الدعم المادي مقارنة بالجهد المبذول.

وفي كل الأحوال ينبغي دمج مفهومي المهنية الأكاديمية وإدارة المهنة لتكوين مفهوم الأستاذ الأكاديمي. وحتى تتم عملية تطوير تدريس الفقه الإسلامي في مجال الأستاذ الجامعي وتطوير مهاراته وتنميتها فمن اللازم الإشارة بإيجاز الى صفات الأستاذ الجامعي وأثرها في تطوير التدريس، حيث ينبغي ان يتصف الأستاذ الجامعي بالصفات الآتية :

أولاً : الإخلاص في العمل وإتقانه :

يقول صلى الله عليه وسلم : " إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه"<sup>(2)</sup> ومن إتقان أستاذ الجامعة لعمله أن يحرص على التحضير، والإعداد الجيد لمحاضراته، والتمكن من عناصرها، وعليه أن يعلم جيداً أن طالب المرحلة الجامعية ليس كغيره من طلاب المراحل الدراسية السابقة، وأن لديه القدرة على معرفة الاستاذ المتمكن من مادته من غير المتمكن، ولديه القدرة على معرفة فيما إذا كان الأستاذ قد أعد لهذه المحاضرة جيداً أم لا ولديه القدرة أيضاً على معرفة الأساليب التي قد يلجأ إليها بعض الأساتذة لتضييع وقت المحاضرة، وتغطية نقصه وستر عيوبه<sup>(3)</sup>.

ومن مظاهر الإخلاص التي يتوجب على أستاذ الجامعة ان يتصف بها، أن يعود نفسه على الانضباط؛ بأن يحرص على عدم الغياب عن محاضراته إلا في الظروف القاهرة، وأن يكون موجوداً في المحاضرة من أولها.

(1) المهنية الأكاديمية، حسين موسى الصلاحي، جامعة عبد العزيز جدة، كلية الآداب، منشور في مدونته في قوقل ص2.

(2) مجمع الزوائد 98/4

(3) أستاذ الجامعة صفاته واخلاقه، موقع د. امين المغامسي ص4 [almghamsi.blogstop.com](http://almghamsi.blogstop.com)

وعلى الأستاذ أيضاً أن لا يزيد على الوقت المحدد للمحاضرة بالاستقطاع من وقت الطلاب، أو من المحاضرة التي تليها؛ فإنهاء المحاضرة قبل وقتها تعدّ على حق الجامعة، والاستمرار فيها بعد انتهاء وقتها تعدّ على حق الطالب، وعلى حق الأستاذ الآخر في حال وجود محاضرة بعدها<sup>(1)</sup>.

وينبغي له أن يحرص على عدم إضاعة وقت المحاضرة في أمور جانبية، وقضايا خارجية، وموضوعات لا علاقة لها بالمحاضرة، ومقرر المادة.

وينبغي لأستاذ الجامعة أن يكون دقيقاً في قراءة ما يطلبه من الطلاب من بحوث، أو واجبات، وإلا فلا داعي لتكليف الطلاب بهذه البحوث، أو الواجبات إذا كان لن يطلع عليها، ولن يتمكن من قراءتها؛ فليس الهدف من المطالبة بهذه الأشياء منحصراً في معرفة من قدّم ومن لم يقدم؟ وإنما يتحقق الهدف بمعرفة مدى فهم الطالب لما درس، ومدى استفادته مما سمع وقرأ فيما كتب.

وعلى الاستاذ أيضاً أن يكون دقيقاً في تصحيح ما يجربه للطلاب من اختبارات سواء كانت لأعمال الفصل أم اختبارات نهائية، وأن يعلم أن قراءة إجابات الطلاب، وإعطاء كل ذي حق حقه أمر ليس بالسهل، وأنه أمانة كبيرة وحمل ثقيل لا ينبغي التساهل فيه أو التعامل معه بتوزيع الدرجات عشوائياً أو حسب المزاج، أو الهوى أو بإسناد التصحيح إلى أشخاص آخرين.

وعلى أستاذ الجامعة أن يعطي عمله الأصلي حقه من الاهتمام، وأن لا يسمح للأشغال الخارجية والأعمال الخاصة بالتأثير في عمله الأصلي؛ فكثيراً ما تؤدي هذه الأمور إلى غياب الأستاذ عن محاضراته وساعاته المكتبية أو تساهله في التحضير للمواد التي يُدرّسها أو عدم قراءته للبحوث أو الواجبات التي يطالب الطلاب بإعدادها أو عدم دقته في تصحيح ما يجربه للطلاب من اختبارات<sup>(2)</sup>.

ثانياً: قوة الشخصية والقدرة على ضبط الطلاب :

من الصفات المهمة التي يفترض أن تكون موجودة في أستاذ الجامعة؛ أن يكون قوي الشخصية قادراً على ضبط الطلاب في أثناء المحاضرات، وبصفة خاصة في القاعات الكبيرة التي تستوعب أعداداً كبيرة، فطلاب المرحلة الجامعية أكبر سناً من طلاب المراحل السابقة<sup>(3)</sup>، وإذا لم يتمتع الأستاذ بشخصية قوية، وقدرة على ضبطهم، فإن هيئته عندهم تزول، وإذا زالت هيبة الأستاذ، وشعر الطلاب أن شخصيته ضعيفة أساؤوا الأدب معه، وقلّ احترامهم له، وتجرؤوا على دروسه، ومحاضراته بالتشويش، والمقاطعة، ورفع الصوت، والنوم، والحديث مع زملائهم، وقراءة الصحف والمجلات، أو الكتب التي لا علاقة لها بالمادة، والحديث بأجهزة الجوال.

(1) المرجع السابق ص7.

(2) المرجع السابق ص8.

(3) أساليب التدريس الجامعي، د. عايش محمود زيتون ص51.

وعلى الأستاذ أيضاً أن يكون منتبهاً للأساليب التي يلجأ إليها بعض الطلاب لإضاعة وقت المحاضرة عن طريق إثارة بعض الموضوعات، وطرح الأسئلة التي تخص أموراً لا علاقة لها بالمادة ومنهجها، ولا مانع من الاستفادة من الدقائق الأخيرة في المحاضرة في حال الانتهاء من موضوعاتها. في الحديث عن بعض القضايا، والموضوعات التي تهم الطلاب وتفيدهم أو التي يحتاجون فيها إلى التوجيه والنصيحة<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: التحلي بالأخلاق الفاضلة :

ينبغي على أستاذ الجامعة أن يكون قدوة لطلابه في التحلي بالأخلاق الفاضلة والسلوكيات الحميدة بصفة عامة، وأن يبتعد عن كل خلق ذميم أو فعل شائن قبيح؛ فهو عرضة للملاحظة والانتقاد أكثر من غيره والأنظار متجهة إليه دائماً ترصد وتتابع تصرفاته وسلوكياته داخل الجامعة، وخارجها<sup>(2)</sup>.

ومن الأخلاق الفاضلة التي يفترض أن تكون موجودة في أستاذ الجامعة: الصدق والحلم والصفح ولين الجانب والوفاء بالوعد والعهد وإفشاء السلام وطلاقة الوجه والتبسم وتحمل أخطاء الطلاب وزلاتهم في حدود المسموح به تربوياً، وعدم استخدام الألفاظ الفاحشة والبذيئة أو ازدراء الطلاب وتحقيرهم أو سبهم وشتمهم<sup>(3)</sup>.

### رابعاً: التواضع لزملائه وطلابه :

من الصفات الحميدة، والأخلاق الفاضلة التي ينبغي على أستاذ الجامعة أن يتحلى بها؛ صفة التواضع في تعامله مع زملائه وطلابه.

فينبغي على الأستاذ الجامعي ألا يأنف من استيقاف الطلاب له، أو مراجعته في مكتبه؛ لسؤاله عن بعض الأمور، أو لمناقشته في بعض القضايا، أو لمراجعته في بعض الدرجات التي حصلوا عليها في اختباراتهم أو بحوثهم ولا يعتبر نفسه فوق الخطأ، وفوق المراجعة وينبغي عليه عدم الإصرار على القرارات التي اتخذها والتصريح بعدم الغائها أو التراجع عنها أو التصريح بأن الدرجات التي رصدها غير قابلة للمراجعة أو التعديل

فمن غير المقبول تكبر أستاذ الجامعة بسبب العلم الذي حصل عليه، فإن العلم الحقيقي، والازدياد منه، والتعمق فيه، يقود إلى التواضع، ويوصل إليه، وفي العبارات المأثورة "العلم ثلاثة أشبار: من دخل في الشبر الأول تكبر، ومن دخل في الشبر الثاني تواضع، ومن دخل في الشبر الثالث عليم أنه لم يعلم شيئاً"<sup>(4)</sup>، وما أجمل أن يردد أستاذ الجامعة قول الشاعر:

(1) أستاذ الجامعة صفاته وأخلاقه ص8

(2) مهارات التدريس، د. جابر عبد الحميد، ص205

(3) أستاذ الجامعة صفاته وأخلاقه، د. امين المغماسي، ص9

(4) تذكرة السامع في آداب العالم والمتعلم، ابن جماعة، دار الكتب بيروت ص190.



## أدبني الدهر فأراني نقص عقلي \*\*\* كلما زادني علماً زادني علماً بجهلي

وقول الشاعر :

ملائي السنابل تنحني تواضعا \*\*\* والفرغات رؤوسهن شوامخ

خامساً : الأمانة العلمية في النقل والاقتباس :

من الأمور ذات الصلة الوثيقة بخلق الأمانة؛ ما يتعلق بالأمانة العلمية في النقل، والاقتباس، فالكتابة، والبحث العلمي أمران لا ينفكان عن أستاذ الجامعة، ولا يمكن له أن يظل بعيداً عنهما، وهذان الأمران يعتمدان على الاطلاع على أفكار الآخرين، وقراءة كتاباتهم، والنقل، والاقتباس منها، ولذلك فلا بد أن يكون أستاذ الجامعة أميناً بما ينقل، ويقتبس، وأن يسند الأفكار إلى أصحابها، ويوثق ما ينقله من أقوال الآخرين؛ بذكر المصادر التي رجع إليها، ونقل منها<sup>(1)</sup>.

سادساً : توثيق العلاقة بزملائه وإحسان الظن بهم :

ينبغي على أستاذ الجامعة أن يحرص على إشاعة الألفة والمودة والعلاقة الأخوية الحميمة مع زملائه، وأن يحسن الظن بهم وبما يصدر منهم من أقوال أو أفعال، وعليه أن يبتعد عن كل ما يسيء إلى هذه العلاقة أو يفسدها أو يوترها أو يكدرها كالغيبة والنميمة والسعي بالوقية بينهم أو الدس والكيد لبعضهم والوشاية بهم أو استخدام الطلاب وسيلة لاختبار زملائه عن طريق إلقاء بعض الأسئلة عليهم في أثناء المحاضرات؛ بهدف التعرف على أفكارهم، أو مواقفهم من قضايا معينة، وإن بلغه عن أحد زملائه أنه يتكلم فيه، أو يذكره بسوء فعله أن يتأكد مما بلغه، ويتثبت منه قبل الحكم على زميله، أو أخذ موقف منه؛ فكثيراً ما يعمد ناقلو الكلام والوشاة إلى الكذب والاختلاق والتضخيم و التشويه رغبة في الإفساد، والقطيعة، وقد يكون من المناسب في بعض الحالات مصارحة الزميل بما نُقل عنه، أو مواجهته بالناقل ليظهر الصادق منهما من الكاذب. وأسلوب المواجهة من أنجع الأساليب في لجم الوشاة وناقلي الكلام، وإيقافهم عند حدهم؛ لأنهم إذا علموا أنك ستواجههم بالطرف الآخر، فإنهم سيترددون كثيراً في المستقبل قبل أن يقدموا على نقل كلام، أو الوشاية بشخص.

وعلى أستاذ الجامعة أيضاً أن لا يعطي الطلاب فرصة للإيقاع بينه وزملائه بإثارة الموضوعات التي تتعدد فيها وجهات النظر، وله فيها رأي مخالف لأرائهم، وفي حال إثارتها فعليه أن يراعي آداب الاختلاف، وأن يكون

(1) أستاذ الجامعة، ص 9

تركيزه على عرض وجهة نظره وأدلته وموقفه من الآراء الأخرى، ومآخذه عليها دون التعرض لشخص زميله المخالف، أو تسفيهه رأيه، أو نعتته بصفات، أو ألفاظ غير لائقة<sup>(1)</sup>.

### سابعاً : عزة النفس والاستغناء عن الطلاب وخدماتهم :

ينبغي ان يكون أستاذ الجامعة عزيز النفس، وأن يربأ بنفسه عن استغلال طلابه لخدمته ، أو لقضاء مصالحه الشخصية في الإدارات الحكومية أو المستشفيات، أو المطارات أو البنوك أو غيرها من الجهات التي يكون له حاجة فيها، أو تكليفهم بجمع معلومات أو إعداد بحوث صغيرة؛ ليستفيد منها بعد ذلك في أبحاثه وكتبه، أو تكليفهم بملء استبانات تخص الأبحاث الميدانية التي يقوم بإعدادها، وعليه أن يعتذر عن قبول الهدايا التي تقدم له من طلابه، ويرفض عروض الخدمات التي تنهال عليه منهم، وإذا كان قبول الهدايا مرفوضاً فيكون من باب أولى الامتناع عن أخذ الرشوة أو طلبها.

ومن الخيانة للأمانة أن يعمد الأستاذ إلى مكافأة طلابه على ما قدموه له من خدمات شخصية؛ بإعفائهم من حضور المحاضرات، أو بمنحهم درجات لا يستحقونها، أو بضمنان النجاح لهم في نهاية السنة<sup>(2)</sup>.

وإذا كان من غير اللائق إجبار الأستاذ طلابه على شراء أحد كتبه بعد أن جعله مرجعاً وحيداً للمادة مع كون هذا الكتاب ذا صلة وثيقة بالمادة، ومنهجها، فكيف يكون الأمر؟ وكم تكون درجة القبح عندما يجبرهم على شراء كتبه التي لا علاقة لها بالمادة التي يدرسونها معه لا من قريب ولا من بعيد والتي تباع في مكتبات محددة، وبأسعار مرتفعة؟<sup>(3)</sup>

### ثامناً : البقاء على صلة وثيقة بالتخصص والتعمق فيه :

يتوقف بعض أساتذة الجامعة بعد حصوله على الدرجات العلمية - عن القراءة في تخصصاتهم، وزيادة التبحر، والتعمق فيه، ويزهد في اقتناء ما يصدر من كتب جديدة ذات صلة بتخصصه، أو حتى في الاطلاع عليها، والأصل في أستاذ الجامعة أن يبقى على صلة وثيقة بتخصصه، وأن يزداد فيه بمضي الأيام تعمقاً وتبحراً، وقد روي عن سعيد بن جبير رحمه الله قوله: لا يزال الرجل عالماً ما تعلم، فإذا ترك التعلم، وظن أنه قد استغنى واكتفى بما عنده فهو أجهل ما يكون<sup>(4)</sup>، فمن الواجب على أستاذ الجامعة أن يكون متابعاً لما يستجد في تخصصه، وما يصدر فيه من كتب جديدة، وما ينشر في الدوريات العلمية من بحوث وملخصات، وما يُعقد حوله من ندوات ومؤتمرات<sup>(5)</sup>.

(1) أستاذ الجامعة صفاته و اخلاقه ص12

(2) المرجع السابق، ص10

(3) المرجع السابق،

(4) تذكرة السامع، ابن جماعة، ص48

(5) أستاذ الجامعة، ص11

وعلى أستاذ الجامعة أيضاً أن يحرص على تنوع المواد التي يقوم بتدريسها؛ بحيث لا يبقى سنوات طويلة يُدرّس مواد محددة، وإنما يسعى بين فترة وأخرى إلى تدريس مواد لم يُدرّسها في السابق ليستفيد من ذلك في التوسع في القراءة، وزيادة الاطلاع<sup>(1)</sup>.

وعلى الأقسام العلمية أن تسعى لتحقيق هذا الأمر أثناء توزيع المواد الدراسية بين أساتذة القسم، وأن تحرص على عدم إبقاء المادة مع الأستاذ نفسه فترة طويلة، وإنما تنقلها إلى أستاذ آخر، كما ينبغي على الأستاذ الجامعي ان يكون ذا ثقافة واسعة في تخصصه وفي التخصصات ذات الصلة بتخصصه حتى لا يقع في الحرج والاضطراب عندما يباغته سؤال طالب او غيره عن مسألة ما.

تاسعاً : الإلمام بقواعد اللغة العربية الأساسية :

ينبغي على أستاذ الجامعة أن يكون عارفاً بالقواعد الأساسية للغة العربية فيما يتعلق بالنحو والصرف والإملاء، فعمل أستاذ الجامعة يقوم على التحدث والكتابة؛ وليس من المناسب، ولا من المقبول أن يقع في الأخطاء النحوية الفاحشة فيما يتكلم به في محاضراته ودروسه، أو فيما يكتبه في مؤلفاته ومقالاته، أو يستخدم أساليب ركيكة، أو عبارات غير مفهومة، أو يقع في أخطاء إملائية فادحة. وإذا كان من السهل على أستاذ الجامعة تدارك الأخطاء فيما يكتبه؛ بعرضه على من يصححه له لغوياً، فإن الأمر يصبح مكشوفاً، ولا يمكن تداركه، عندما يتعلق الأمر بالحديث الشفهي في أثناء تدريسه لطلابه، أو في المحاضرات العامة التي يلقيها، أو الندوات التي يشارك فيها، أو الرسائل العلمية التي يناقشها أمام الجمهور، أو البرامج الإذاعية، أو التلفازية التي يقدمها، أو يُدعى للمشاركة فيها<sup>(2)</sup>.

عاشراً : الإلمام بالمقررات القانونية المشابهة للمقرر الفقهي الذي يدرسه :

فالأستاذ للمقرر الفقهي في كليات الشريعة ولقانون ينبغي عليه أن يكون ملماً بالمقرر القانوني ذي الصلة بالمقرر الفقهي الذي يدرسه حتى يستطيع المقارنة فيما بين الفقه والقانون والقول الفقهي الذي أخذ به القانون وحتى يستطيع الرجوع الى كتب الفقه الإسلامي لشرح النصوص القانونية وبيان وجهة نظر الفقه الإسلامي بشأنها، فمثلاً من يقوم بتدريس مقرر التشريع الجنائي الإسلامي عليه ان يكون ملماً بقانون الجرائم والعقوبات وقانون الإجراءات الجزائية ومن يقوم بتدريس المعاملات الشرعية ينبغي ان يكون ملماً بالقانون المدني وهكذا.

(1) أستاذ الجامعة صفاته و اخلاقه ص11

(2) أستاذ الجامعة صفاته و اخلاقه ص8

## حادي عشر: الاستفادة من التقنيات الحديثة :

من المهم لأستاذ الجامعة أن تكون لديه القدرة على الاستفادة من الإمكانيات غير المحدودة التي تقدمها التقنيات الحديثة، فمن غير المقبول في هذا العصر أن لا يجيد أستاذ الجامعة التعامل مع الحاسب الآلي، والاستفادة من إمكانياته الضخمة وبرامجه المتنوعة، كما يفترض بأستاذ الجامعة أن يكون قادراً على الاستفادة من شبكة الإنترنت، وما تفتحه لمستخدمها من آفاق واسعة لا حدود لها، بالإضافة إلى استعانتة في محاضراته ودروسه بالوسائل والتقنيات المستخدمة في العرض والإيضاح وإيصال المعلومة.

## ثاني عشر: العمل على تدارك جوانب النقص والقصور التي يعاني منها :

يجدر بأستاذ الجامعة أن يعمل على تدارك ومعالجة جوانب النقص والقصور التي يعاني منها، والتي يعرفها في نفسه أكثر من أي شخص آخر، ويدخل ضمن هذه الجوانب ما ذكرناه سابقاً من الأمور المتعلقة بالجانب القانوني، وقواعد اللغة العربية، واستخدامات الحاسب الآلي، وكذا الجوانب المتعلقة بطرق التدريس وفن اللقاء، والامام بالمقررات والتخصصات ذات الصلة بتخصصه.

## خاتمة البحث :

ونعرض فيها أهم نتائج البحث وتوصياته على الوجه الآتي:

## أولاً : نتائج البحث :

- 1- تطوير تدريس الفقه الإسلامي في الجامعات اليمنية هو مجموعة من الخطط والبرامج والإجراءات والأنشطة التي تستهدف الإرتقاء بالمقرر الفقهي وطرق تدريسه وتنمية مهارات أستاذ الفقه.
- 2- عدد مقررات الفقه الإسلامي التي تدرس في الجامعات اليمنية أقل من نظيراتها في القانون فليس هناك تناسب بينهما، ومقتضيات تطوير المقررات الفقهية أن تواكب المقررات الفقهية نظيراتها في القانون من حيث عددها ومفرداتها وتناولاتها.
- 3- مقررات الفقه الإسلامي راکدة من حيث عددها ومفرداتها، فهي لا تلبي سوق العمل وإحتياجات المجتمع الإسلامي المعاصر، كما أنها لا تدرس النوازل والمستجدات المعاصرة إضافة إلى أنها لا تتناول الإشكاليات التي يعاني منها المجتمع كالغلو والتطرف والتكفير والعنف وغيرها.
- 4- لم يتم توصيف المقررات الفقهية بحيث تظهر أهدافها وأسسها ومدى كفايتها ومناسبتها بالإضافة إلى بيان الوحدات التي يتكون منها كل مقرر وبيان أهداف كل وحدة من الوحدات التي يتكون منها المقرر.
- 5- الأستاذ الذي يدرس الفقه الإسلامي متخصص في الفقه، ولذلك ينبغي عليه أن يتمتع بمهارات التدريس وأساليبه المعاصرة وأن يتم تدريسه على ذلك وتنمية قدراته في هذا المجال.

## ثانياً: توصيات البحث :

من خلال إستقراء ما ورد في البحث فإن الباحث يوصي بالآتي :

- 1- إعادة صياغة الأهداف الفقهية لكليات الشريعة والقانون لإستيعاب المتغيرات والمستجدات المعاصرة وتلبية إحتياجات المجتمع.
  - 2- توصيف المقررات الفقهية وتحديد أهداف كل مقرر على حدة وبيان أهمية علاقة هذه المقررات بالواقع المعاصر وكيفية استفادة الطالب من المقررات الفقهية في حياته العملية مستقبلاً.
  - 3- إستيعاب مقررات الفقه الإسلامي في كليات الشريعة والقانون لإحتياجات المجتمع المعاصر وسوق العمل، وتضمن هذه المقررات المعالجات الفقهية للمشكلات الاجتماعية التي يعاني منها المجتمع المعاصر مثل الغلو والتطرف والتكفير والكرهية والحقن.
  - 4- تدريب أساتذة الفقه الإسلامي في الجامعات اليمنية على طرق التدريس ومهارات التدريس.
  - 5- تضمين المقررات الفقهية المفردات المقابلة والمناسبة لمفردات المقررات القانونية لإيجاد نوع من التكامل والتناسب بين الشريعة والقانون.
  - 6- تضمين المقررات الفقهية ثقافة التسامح والقبول بالآخر ونبذ الغلو والتطرف.
- والحمد لله في البدء والختم والصلاة والسلام على بدر التمام محمد وعلى آله الكرام

## • قائمة المراجع :

- الإدارة التعليمية أصولها وتطبيقاتها، د. محمد منير مرسي، عالم الكتب مصر 1984م.
- إدارة القسم الأكاديمي، جون بينيت، تعريب د. جابر عبد الحميد، دار النهضة العربية القاهرة.
- أساس تطوير المناهج الدراسية، حصة بنت نعيمش، شبكة الالوكة [www.alukh.net](http://www.alukh.net)
- أستاذ الجامعة صفاته و اخلاقه، موقع د. امين المغامسي ص 4 [almghamsi.blogstop.com](http://almghamsi.blogstop.com)
- اسس بناء المناهج وتنظيماتها، حلمي أحمد الوكيل ومحمد أمين المفتي، ط 4 عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2011م.
- أساسيات المناهج، رالف تايلور ترجمة د. أحمد خيري، دار النهضة العربية مصر 1983م.
- أساليب التدريس الجامعي، د. عايش محمود زيتون، دار الشروق الأردن 1995م.
- أساسيات التدريس الفعال في العالم العربي، د. حسن شحاته، الدار المصرية اللبنانية القاهرة 1992م.
- أصول المنهج التربوي الحديث، حسام الدين محمد عبد المطلب مازن، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية للطباعة والنشر 2007م.
- تجديد الفقه الإسلامي، د. جمال عطية ود. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر دمشق 2004م.
- تذكرة السامع في آداب العالم والمتعلم، ابن جماعة، دار الكتب بيروت ص 190.

- تطوير المناهج الدراسية، محمود أحمد شوق، الرياض: دار عالم الكتب 1995م.
- تطوير مناهج التعليم لتلبية متطلبات التنمية ومواجهة تحديات العولمة، عبد السلام مصطفى عبد السلام، مؤتمر التعليم النوعي ودوره في التنمية البشرية في عصر العولمة، جامعة المنصورة 12-13 ابريل 2006م.
- تطوير التعليم الشرعي، د.محمد عبد الله الدويش، كتاب الأمة العدد 158 ذو العقد 1434هـ.
- تطوير التعليم الشرعي حاجة ام ضرورة، د. محمد بن عبد الله الدويش، كتاب الامة قطر العدد (158).
- تطوير التعليم الجامعي العربي، د. عبد الرحمن عيسوي، منشأة المعارف الإسكندرية 2002م.
- تقويم التدريس الجامعي، عبد محمد حسن، مجلة العلوم الإنسانية، البحرين 2001م.
- التعليم العالي واعداد هيئة التدريس، محمد عزت عبد الموجود، مجلة دراسات تربوية السنة الثالثة العدد (3) 1988م.
- حقوق وواجبات الأستاذ الجامعي، د. عبد الوهاب الوشلي، دار الفكر المعاصر صنعاء 2007م.
- دلائل الاعجاز في التشريع الإسلامي، محمد شفيق ياسين، مشور في الموقع الالكتروني [alqudslana.com](http://alqudslana.com)
- دليل كلية الشريعة والقانون للعام الجامعي 2016/2017م، د.ت، د.ط.
- الصحوة الإسلامية بين الجمود والتطرف، د.يوسف القرضاوي، كتاب الامة.
- طرائق التدريس المعاصرة، محمود داوود سليمان الربيعي، الاردن: عالم الكتب الحديث 2006م.
- مهارات التدريس، د. جابر عبد الحميد جابر واخرين، دار النهضة العربية القاهرة مصر، الطبعة الأولى 1985م.
- المنهج المدرسي المعاصر، جودت أحمد سعادة وإبراهيم عبد الله محمد، ط5، عمان: دار الفكر 2008م.
- المناهج تخطيطها وتطويرها وتنفيذها، حامد عبد الله الطافحة، عمان: الرضوان للنشر والتوزيع 2013م
- المناهج المدرسية بين النظرية والتطبيق، حسن شحاته، ط3. القاهرة: مكتبة الدار العربية للكتاب، 2003م.
- المناهج التربوية الحديثة مفاهيمها وعناصرها وأسسها وعملياتها، توفيق أحمد مرعي ومحمد محمود الحيلة، ط9. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة 2011م.
- المناهج الدراسية: الواقع والمستقبل، أحمد إبراهيم قنديل، القاهرة: مصر العربية للنشر والتوزيع.
- المناهج (الأسس-المكونات-التنظيمات-التطوير)، فتحي يونس وآخرون، عمان: دار الفكر 2004م.
- المرجع في تدريس علوم الشريعة - القسم الثاني، د. عبد الرحمن صالح عبدالله، جامعة السلطان قابوس عُمان 1997م.
- المهنية الاكاديمية، حسين موسى الصلاحي، جامعة عبد العزيز جدة، كلية الآداب، منشور في مدونته في قوقل.

## عملية مسح الأراضي كآلية للتطهير العقاري الشامل



**الدكتورة : كعباش عائشة ، جامعة**

**الإخوة منتوري قسنطينة- الجزائر**

ملخص :

اعتمد المشرع الجزائري على مجموعة من الآليات القانونية بغية تطهير شامل للوضعية العقارية، فبنى نظام الشهر العيني، و من أجل تطبيقه عمل على صياغة نظام المسح الأراضي الذي يتكفل بوصف الحالة المادية والقانونية للعقار من أجل إعطاء أرضية قانونية صلبة للملكية العقارية و لباقي الحقوق العينية المترتبة عنها، على اعتبار أن عملية مسح الأراضي و ما يرافقها من إجراءات متمثلة في تحديد حدود البلديات ، و الملكيات داخل كل بلدية ، و إجراء التحقيق العقاري في الميدان لإبراز الملاك و أصحاب الحقوق و إعداد وثائق المسح من مخططات و سجلات مع تسجيل جميع الاعتراضات المقدمة من طرف الملاكين وطرحها على اللجنة البلدية لمسح الأراضي لدراستها والبت فيها، و بذلك تنتهي عملية مسح الأراضي إلى إنشاء السجل العقاري الأمر الذي يظهر بصفة نهائية الملكية العقارية.

الكلمات المفتاحية :

تطهير الملكية العقارية، مسح الأراضي، الشهر العيني، السجل العقاري.

**Abstract :**

The Algerian legislation relied on some legal mechanisms for the sake of real estate regulation. For this, he adopted the month kind system, based on the process of scanning land which is charged to describe the physical and legal state (situation) of property so as to give it a strong and legal background. Real estate survey process is accompanied with other measures like determining each municipality borders and the property inside it, carrying out real estate

investigations. All this, allow to identify the real owners and help in the preparation of legal texts such land registry along with recording complaints presented by property owners to be discussed by the comity land survey and decide upon any property disputes . Therefore, this operation will help each municipality to have a land registry which will clear the owner ship of real estate definitively.

مقدمة :

تعتبر عملية مسح الأراضي عملية تقنية فنية بالدرجة الأولى، فهي تمثل الأساس المادي لتأسيس السجل العقاري تهدف إلى تحديد المساحة المادية و الموقع الطبوغرافي لكل الأملاك العقارية و كذا تحديد أوصافها و حدودها إضافة إلى تحديد الملاك الظاهرين و أصحاب الحقوق العينية و ربط الملكية العقارية بأصحابها، و أخذ صورة واقعية عن واقع العقار على ضوء خرائط مساحية وتصاميم المسح مع منح كل عقار رقما مساحيا معيناً خاصاً به يعبر تعبيراً حقيقياً عن وضعيته الواقعية، و ذلك من أجل إنشاء البطاقات العقارية التي تنتهي حتماً بالتسجيل والقيود النهائي في السجل العقاري لدى المحافظة العقارية المختصة للمنطقة التي خضعت لإجراء المسح، وتسليم الدفتر العقاري الذي يعد السند الرسمي والقانوني الموثب للملكية العقارية، فيكون المرجع الأول لجميع التصرفات المنصبة على العقار.

و التساؤل الذي يطرح هو: ما مدى نجاعة عملية مسح الأراضي في بتطهير الملكية العقارية؟، و كيف تتم هذه العملية؟ وماهي المراحل التي تمر بها؟.

و عليه يسعى هذا البحث إلى استعراض و استجلاء الغموض حول عملية مسح الأراضي و ما يرافقها من إجراءات ، و عليه تم تقسيم الموضوع إلى المحاور التالية: مفهوم عملية مسح الأراضي، أنواع مسح الأراضي، الجهات المؤهلة لإجراء عملية المسح، إجراءات إعداد مسح الأراضي.

أولاً : مفهوم عملية مسح الأراضي :

سنتعرض فيما يلي لتعريف عملية المسح لغة ثم اصطلاحاً.

1- تعريف المسح لغة :

المسح هو مصدر الفعل الثلاثي مسح، ويقال مسح الشيء المتلطح أو المبتل، مسحاً أي أمر يده عليه لإذهاب ما عليه من أثر ماء<sup>(1)</sup>، كقوله تعالى: (وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين) المائدة الآية 6.

و يقال مسح في الأرض مسح مسوحاً أي قاسها ليعلم مساحتها بالأمتار المربعة ونحوها وقسمها، حدّد أبعادها، و مسح المكان أي فحصه وتتبع تفاصيله و مسحت الإبل الأرض دأبا أي سارت فيها سيرا شديداً. و

(1) أبي الفضل جمال الدين ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج 02، د ت، ص 593.



لأمسح من الأرض المستوي و الجمع الأماسح، يقال يمَسَح ، مِسَاحَةً وَمَسْحًا ، فهو ماسح ، والمفعول مَمْسُوح و مسح الأرض مساحة أي درعها<sup>(1)</sup>.

## 2- تعريف المسح اصطلاحا :

لم يعرف المشرع الجزائري عملية مسح الأراضي تعريفا مباشرا ، و إنما أورد الهدف منها في الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري<sup>(2)</sup> وكذا المراسيم التطبيقية له<sup>(3)</sup>، حيث نصت المادة 02 من الأمر المذكور الآتي : " إن مسح الأراضي العام يحدد و يعرف النطاق الطبيعي للعقارات و يكون أساسا ماديا للسجل العقاري ."

كما نصت المادة 04 من الأمر 74-75 ما يلي: " يتم على مجموع التراب الوطني تحديد الملكيات قصد إعداد مخطط منظم و تأسيس مسح أراضي."

و بالرجوع إلى المادة 04 من المرسوم 400-84 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 المعدل و المتمم بالمرسوم 76-62 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 نلاحظ أنها جاءت ببعض التفصيل حيث نصت على الآتي: " تشمل عمليات إعداد المسح العام لجميع العقارات على تحديد ما يأتي :

- القوام المادي و طبيعة الأراضي إن اقتضى الأمر أنماط المزروعات الفلاحية التي تنجز فيما يخص العقارات الريفية .
- القوام المادي و طبيعة شغل أو تخصيصها و نمط استغلال النباتات المقامة عليها أو استغلالها و وصفها حسب كل طابق فيما يخص العقارات الحضرية.
- الملاك الظاهرون و أصحاب الحقوق العينية الظاهرون و كذلك كيفية الاستغلال و يجب أن تكون هذه العمليات مصحوبة بتحديد الملكيات العمومية و الخاصة.

و يجب أن تكون الحدود على اختلاف أنواعها و حسب الحاجة مجسمة بكيفية دائمة، إما بواسطة معالم من جحر و إما بواسطة علامات أخرى، و ذلك طبقا لتعليمات المصلحة المكلفة بمسح الأراضي."

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، دارالمعرفة، بيروت، ط 2، 2007، ص 1222.

(1) أمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، معدل بالقانون رقم 09-79 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1979 المتضمن قانون المالية لسنة 1980.

(2) مرسوم رقم 76-62 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، معدل و متمم بالمرسوم رقم 400-84 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 و المرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 7 ابريل سنة 1992، ج ر 30 1992 و مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، معدل و متمم بالمرسوم رقم 210-80 المؤرخ في 13 سبتمبر سنة 1980 و المرسوم التنفيذي رقم 123-93 المؤرخ في 19 مايو سنة 1993 .

يتضح من خلال هذه النصوص القانونية أنها اعتبرت عملية مسح الأراضي عملية تقنية فنية بالدرجة الأولى تهدف إلى إحصاء شامل للملكيات العقارية و تحديد مواقعها و أوصافها و حدودها بشكل دقيق جداً إضافة إلى تحديد الملاك الظاهرين و أصحاب الحقوق العينية و كذا تحديد القوام المادي للعقارات على ضوء خرائط مساحية وتصاميم المسح إضافة إلى الأوراق الثبوتية المقدمة من أصحاب الحقوق التي يتم وضعها أثناء عملية المسح.

و بالرجوع إلى الفقه نجد أن الدكتور ادوار عيد أورد تعريفا لعملية المسح في كتابه الأنظمة العقارية ( التحديد و التحرير - السجل العقاري ) بقوله : " هي عملية تهدف إلى تحديد موقع كل عقار و مساحته ضمن منطقة عقارية معينة - جرى كيلها و وضعت خريطة عقارية لها - و إلى تعيين مالك هذا العقار و تعيين الحقوق المترتبة له أو عليه إزاء العقارات المجاورة . و في حال ورود اعتراضات أو دعاوى على عمليات التحديد و التحرير و على تعيين أصحاب الحقوق على العقار، يتضمن هذا النظام أصولاً ترمي إلى فصلها في مهل وجيزة و إلى تحديد المالك الحقيقي و تثبيت الحقوق المتعلقة بالعقار على وجه نهائي".<sup>(1)</sup>

و على ضوء ما تقدم يمكننا تحديد معنى المسح بأنه: مجموعة من الإجراءات المزدوجة (التقنية و القانونية) التي تقضي بأن يوضع لكل منطقة عقارية<sup>(2)</sup> مخططات و وثائق مساحية<sup>(3)</sup> بهدف ضبط الحالة المادية و القانونية للعقار و إبراز أهم المعلومات الخاصة به بصورة منظمة ، حيث تدرج فيها جميع البيانات التي تتطلبها المعرفة الكاملة لهوية العقار من خلال موقعه ، قوامه ، نوعه ، مساحته ، مشتملاته ، اسم مالكه ، أسباب تملكه و الحقوق العينية الأصلية و التبعية المترتبة عليه قصد تأسيس السجل العقاري .

### ثانياً : أنواع مسح الأراضي :

بالرجوع إلى مختلف التشريعات التي تنظم عملية مسح الأراضي نجد منها التي اعتبرت عملية المسح إجبارية و منها من اعتبرتها اختيارية.

#### 1- المسح الإجباري :

المسح الإجباري مفاده أن تعتمد الدولة بمبادرة منها و من دون أي طلب من أصحاب الحقوق إلى تقرير إحصاء و وضع حدود الأراضي الواقعة في منطقة معينة بالإضافة إلى بيان الحقوق الجارية عليها بهدف إخضاعها

(1) إدوار عيد ، الأنظمة العقارية - التحديد و التحرير، السجل العقاري - مطبعة المتني، بيروت، ط 2، 1996، ص 34 .

(2) عملية مسح الأراضي تتم على مستوى كل بلدية حيث نصت المادة 8 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري الآتي : " إن تصميم مسح الأراضي يكون موضوع إعداد في كل بلدية ..."

(3) circulation N° 3997, du 23/06/1976 , Relative a l'établissement du cadastre général, Ministre des finances , Direction des affaires domaniales et foncière , B -3 -1-

لنظام السجل العقاري<sup>(1)</sup>، حيث تسهر على القيام بالعملية السلطات المكلفة بذلك، و من دون أن يعترض على ذلك أحد و لأنه يتم في نطاق أوسع من الأول، فإن القيام به يحتاج إلى جهد أكبر و وقت أطول<sup>(2)</sup>.

إن الأخذ بنظام المسح الإجمالي يتطلب مراعاة وضعية البلاد من الناحية الاقتصادية بحيث تسمح ميزانيتها بتغطية نفقات المسح لذلك قد يشمل الإجمالي كل إقليم الدولة، كما قد يشمل مناطق محددة فقط بحيث يكون المسح فيها إجباريا دون أن يمنع المسح اختياريًا في باقي المناطق.

و المسح الإجمالي لا يختلف عن المسح الاختياري من حيث النتيجة إلا أنه يمتاز عنه بمجانبة الإجراءات و بساطتها و سرعة وسائله الفنية، فليس على المواطن في ظل المسح الإجمالي أن يتكبد المصاريف الباهظة بل الدولة هي التي تتحمل كامل المصاريف.

### المسح الاختياري :

المسح الاختياري هو نظام يمكن أصحاب العقارات التي لم تصلها أعمال المسح الإجمالي من مسح عقاراتهم. و بهذا يحاول المشرع أن يوفق بين العمل في حدود إمكانيات الدولة بشريا و ماليا و حماية المتعامل الحريص الذي يريد صون حقوقه في غير الأماكن الخاضعة للمسح الإجمالي هذا من جهة، و من جهة أخرى فضلت بعض الدول التخلي عن مبدأ اختيارية المسح و ذلك نظرا لضعف النتائج المسجلة حيث لم يشمل إلا قليل من المساحة فالعقار لا يتم مسحه إلا إذا أراد صاحبه مما يؤدي إلى تضييع الوقت، لذلك اتجهت إرادة تلك الدول إلى تعميمه و جعله إجباريا.

إن المسح الاختياري يتم بناء على طلب صاحب حق معين سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا و هذا الطلب هو الذي يعطي الانطلاقة الأولى في الشروع في أعمال المسح في المناطق التي لم تشملها عملية المسح الإجمالي وعندئذ تطل العقار موضوع الحق المذكور فقط، حيث يمكن لأصحاب العقارات التي لم تصلها أعمال المسح الإجمالي مسح عقاراتهم على نفقتهم الخاصة و بذلك يستفيدون من المزايا التي يوفرها لهم نظام السجل العقاري .

### ثالثا: الجهات المؤهلة لإجراء عملية مسح الأراضي

سنسلط الضوء على الهيئة المكلفة بعملية المسح و المتمثلة في الوكالة الوطنية لمسح الأراضي ثم للجنة مسح الأراضي لما لها من دور فعال في عملية المسح.

#### 1- الوكالة الوطنية لمسح الأراضي :

تعتبر الوكالة الوطنية لمسح الأراضي الهيئة المكلفة بعملية المسح، وهي مؤسسة ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهي مكلفة بإنجاز العملية التقنية الرامية إلى إعداد مسح الأراضي العام في جميع أنحاء التراب الوطني، و تزود الدولة الوكالة لتحقيق أهدافها في إطار الأعمال المسندة إليها بمجموعة من الوسائل البشرية والمادية والهيكلية اللازمة لأداء مهمتها، حيث جاء في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 89-

(1) جورج ن. شدرابي، الوجيز في التحديد والتحرير والسجل العقاري، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 3، 2010، ص 27.

(2) أسعد دياب والقاضي طارق زيادة، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1994، ط 2، ص 23

234 مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1989 المعدل و المتمم بالمرسوم 01-110 المؤرخ في 5 مايو 2001 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي<sup>(1)</sup> على أنه: " تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المدنية وبالاستقلال المالي تسمى الوكالة الوطنية لمسح الأراضي وتكتب باختصار ( و.و.م.أ) و تدعى في صلب النص " الوكالة " تخضع هذه المؤسسة العمومية للقوانين و التنظيمات المعمول بها و لأحكام هذا المرسوم. "، كما حددت المادة 03 من المرسوم السابق الذكر مقر الوكالة الوطنية لمسح الأراضي في مدينة الجزائر و يمكن نقله إلى أي مكان آخر في التراب الوطني.

يقوم التنظيم الإداري للوكالة الوطنية لمسح الأراضي على أساس قانوني يتمثل في فكرة الشخصية المعنوية التي تتمتع بها، و الشخص المعنوي هو مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال ترصد لتحقيق غرض و هدف مشروع بموجب اكتساب الشخصية القانونية بحيث تكون قادرة على اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات<sup>(2)</sup>.

تمثل هيئات التسيير و الإدارة للوكالة الوطنية لمسح الأراضي في مجلس إدارة و المدير، حيث نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-110 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي على أنه: " يشرف على الوكالة مجلس إدارة و يديرها مدير " وقد نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-110 على تنظيم مجلس الإدارة، و يكون هذا المجلس برئاسة ممثل وزير المالية، و هو يضم ممثلين عن عدد من الإدارات المركزية و يتكون حسب نص المادة 13 من سبعة أعضاء و هم على التوالي: ( ممثل لوزير المالية، رئيسا، ممثل لوزير الدفاع الوطني، ممثل لوزير الدولة، وزير الداخلية و الجماعات المحلية، ممثل عن وزير الأشغال العمومية، ممثل لوزير الفلاحة، ممثل عن وزير السكن و العمران، ممثل عن وزير الدولة و وزير العدل ).

تتولى الوكالة الوطنية لمسح الأراضي القيام بمجموعة من المهام فهي مكلفة بإنجاز العمليات التقنية الرامية إلى إعداد مسح الأراضي مجموع التراب الوطني، و تزود الدولة الوكالة لتحقيق أهدافها في إطار الأعمال المسندة إليها مجموعة من الوسائل البشرية و المادية و الهيكلية اللازمة لأداء مهمتها<sup>(3)</sup> و المتمثلة فيما يلي:

– تنفيذ أعمال التحقيق العقاري الخاصة برسم الحدود و الطبوغرافيا بأساليب أرضية أو بتصوير المسامي الضوئي، اللازمة لوضع مسح عام للأراضي، و ترقيم العقارات المسوحة في السجل العقاري .

<sup>(1)</sup> المرسوم التنفيذي رقم 234-89 مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1989 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-63 مؤرخ في 8 شعبان عام 1412 الموافق 12 فبراير سنة 1992، ج ر، العدد 54، بتاريخ 1989/12/20 و المرسوم التنفيذي رقم 01-110 مؤرخ في 05 مايو 2001، ج ر، العدد 26 بتاريخ 2001/05/90.

<sup>(2)</sup> محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري و النشاط الإداري، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 33.

<sup>(3)</sup> المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المعدل بالمرسوم التنفيذي 01-110 السابق الذكر.

- تحضير العقود و الملفات المتعلقة بأشغال لجان مسح الأراضي و رسم الحدود المنصوص عليها في إطار التنظيم الذي يخضع له إجراء إعداد مسح الأراضي العام و تتولى الكتابة لها .
- تقوم بتحضير مخططات المسح العام للأراضي و الوثائق الملحق بها و تضبطها باستمرار.
- تنشئ البطاقات العقارية التي تسمح بتكوين السجل العقاري.
- تطبق عمليات تطابق مسح الأراضي مع السجل العقاري الذي تمسكه إدارات الحفظ العقاري.
- تنظم الأرشفة و الاستشارة و نشر الوثائق المتعلقة بمسح الأراضي بوسائل الإعلام الآلي و تسهر على ضبطها بانتظام.
- تراقب الأشغال التي ينجزها المسحون و مكاتب الدراسات الطبوغرافية التابعة للخواص لحساب الإدارات العمومية<sup>(1)</sup>.
- تنجز التصاميم العامة التي تستخدم وسائل التصوير المسامي الضوئي طبقا لاحتياجات المسح<sup>(2)</sup>.
- يمكن للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أن تعهد للمهندسين الخبراء العقاريين المعتمدين في إطار عقود التعامل الثانوي ، بتنفيذ العمليات الضرورية لإعداد مسح الأراضي العام<sup>(3)</sup>.
- كما تكلف الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بعمليات التقنية في مجال الجرد العام لعقارات الأملاك الوطنية<sup>(4)</sup>، وذلك بتكليف وزير المالية و على حسابه<sup>(5)</sup> فيما يأتي :
- تنظيم مصنف المعطيات التي تسمح بتكوين جرد عام لعقارات الأملاك الوطنية و معالجتها
- إعداد الأساليب و المنظومات الحديثة لتسيير هذا الجرد و ضبطه بانتظام
- إنتاج بيانات إحصائية حسب دورية ملائمة، تعكس مشتملات الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الوطنية و تطورها<sup>(6)</sup>.
- تكلف الوكالة بتطوير وسائل التصميم و الدراسة للتحكم في التقنيات المتصلة بهدفها، و يمكنها أن تجري أية دراسة أو بحث لها صلة بميدان نشاطها .
- إبرام الصفقات أو الاتفاقيات المتعلقة ببرنامج نشاطها مع الهيئات الوطنية أو الأجنبية<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> انظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المعدل بالمرسوم التنفيذي 110-01 السابق الذكر

<sup>(2)</sup> انظر المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المعدل بالمرسوم التنفيذي 110-01 السابق الذكر

<sup>(3)</sup> انظر المادة الأولى من القرار المؤرخ في 31 مارس سنة 1999 يتعلق بتنفيذ المهندسين الخبراء العقاريين للعمليات الضرورية لإعداد مسح الأراضي العام لحساب الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.

<sup>(4)</sup> انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-455 المتضمن جرد الأملاك الوطنية ، ج رعدد 60 بتاريخ 1991/11/24 .

<sup>(5)</sup> انظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 234-89 المعدل بالمرسوم التنفيذي 110-01 السابق الذكر.

<sup>(6)</sup> انظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 234-89 المعدل بالمرسوم التنفيذي 110-01 السابق الذكر.

<sup>(7)</sup> انظر المادة 09 و المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 234-89 المعدل بالمرسوم التنفيذي 110-01 السابق الذكر.

## 2- لجنة مسح الأراضي :

يتم إنشاء لجنة ترعى عمليات المسح مند انطلاقها إلى غاية اختتامها<sup>(1)</sup>، عملا بنص المادة 9 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري التي نصت على انه تؤسس لجنة بلدية لمسح الأراضي و يحدد تشكيل هذه اللجنة و اختصاصاتها و سيرها بموجب النصوص التطبيقية لهذا الأمر<sup>(2)</sup>. و ذلك بموجب قرار صادر عن الوالي بناء على اقتراح المدير المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي .

تتكون لجنة المسح من أعضاء دائمين و غير دائمين كما هو مبين في المادة 7 من المرسوم رقم 62-76 المؤرخ في 25 مارس سنة 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدل و المتمم بالرسوم التنفيذي رقم 92-134.

- قاض تابع للمحكمة التي توجد البلدية من ضمن دائرة اختصاصها رئيسا ويعين هذا القاضي رئيس المجلس القضائي و يتولى هذا القاضي رئاسة اللجنة و غالبا ما يكون رئيس اللجنة من قضاة رؤوساء الأقسام العقارية وذلك راجع إلى الخبرة الواسعة التي يكتسبونها في المنازعات العقارية .
- رئيس المجلس الشعبي أو ممثله نائب للرئيس ، انطلاقا من كون البلدية شخصا معنويا عاما ، فإن وجود شخص يمثلها هو من الآثار التي تترتب عنها كونها كذلك ، ولذا فقد عهد القانون لرئيس المجلس الشعبي البلدي مهمة تمثيلها و التعبير عن إرادتها ، حيث إنه يعد وسيلة الشعب في التعبير عن إرادته و المساهمة في تسيير الشؤون العامة.
- ممثل المصالح المحلية لأملاك الدولة الوطنية يعينه مدير أملاك الدولة ليساهم في تعيين الأملاك التابعة للدولة.
- ممثل المصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة لإعطاء معلومات عندما يتعلق الأمر ببعض الوثائق المسجلة لدى مصلحته و تم إشهارها كون عملية مسح الأراضي تكتسي طابعا جبائيا و تهدف على المدى البعيد إلى تحقيق أهداف مالية عن طريق فرض الضرائب العقارية و ذلك بفضل وثائق المسح المطابقة للوضعية الحالية للملكيات العقارية .
- ممثل لمصلحة التعمير للولاية وذلك لإبداء الآراء التقنية الضرورية حول مختلف المستندات المتعلقة بأدوات التهيئة و التعمير، ومراقبتها ومتابعتها، بالتنسيق مع الهيئات المعنية و السهر على احترام القواعد في مجال التعمير.

(1) فيروز براني مسح الأراضي، مذكرة ماجستير، غير منشور، 2001-2002، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون، الجزائر، ص 50.

(2) يعتبر المرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 7 أفريل سنة 1992 المنشئ للجنة مسح الأراضي و الذي تضمن تنظيمها و حدد تشكيلها و مهامها. عملا بنص المادة 9 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

- موثق لإعطاء رأيه فيما يخص الأمور القانونية ، باعتباره ضابطا عموميا خوله القانون الصلاحيات اللازمة لتلقي العقود و إعطاءها الطابع الرسمي بعد استكمال الإشكاليات المتطلبة قانونا فهو رجل قانون يمارس مهامه بصفة مستقلة في إطار مهنة حرة<sup>(1)</sup> .
- مهندس خبير عقاري للإدلاء برأيه في الأمور التقنية الفنية .
- ممثل لوزارة الدفاع الوطني "ممثل القطاع العسكري".
- المحافظ العقاري المختص إقليميا أو ممثله ، باعتبار أن المحافظ العقاري المسؤول الأول على المحافظة العقارية<sup>(2)</sup> و قد خوله المشرع مجموعة من السلطات والاختصاصات الواسعة<sup>(3)</sup> من أجل حماية الملكية العقارية و المعاملات الواردة عليها.
- المسؤول المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أو ممثله.
- أما بالنسبة للمناطق التي تشمل مساحات و مواقع محمية:ممثل عن مديرية الثقافة بالولاية.
- بالنسبة للعمليات التي تتم في المحيط الحضري للبلدية:ممثل للمصالح المحلية للتعمير و ممثل ديوان الترقية والتسيير العقاري.
- بالنسبة للعمليات التي تتم خارج المحيط الحضري للبلدية: ممثل المصالح المحلية للفلاحة. ممثل المصالح المحلية للري.

تقوم لجنة المسح بمجموعة من المهام، حددتها المادة 9 و المادة 12 من مرسوم 62-76 المعدل و المتمم و المتمثلة فيما يلي<sup>(4)</sup>:

- جمع كل الوثائق والبيانات من أجل تسهيل إعداد الوثائق المساحية<sup>(5)</sup> .
- التثبت عند الاقتضاء من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم، وفي حالة عدم وجود اتفاق، التوفيق فيما بينهم إذا أمكن ذلك.
- البت بالاستناد إلى جميع الوثائق العقارية ولاسيما السندات وشهادات الملكية المسلمة على اثر عمليات المعاينة لحق الملكية المتممة في نطاق الثورة الزراعية في جميع المنازعات التي لم يمكن تسويتها بالتراضي.

تجتمع اللجنة بناء على طلب مسئول الولاية لمسح الأراضي وبناء على دعوة من رئيسها ، يجرى محضر مفصل عن المداولات، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات ويجب أن يكون على الأقل ثلثا أعضائها حاضرين

(1) سبأغ محمد ، " التوثيق و العقود الرسمية " ، مقال منشور في مجلة الموثق ، العدد 05 ، ديسمبر 1998 ، ص 21 .

(2) يعد المحافظ العقاري موظف عام يباشر مهامه تحت وصاية وزير المالية ويخضع في علاقته التنظيمية إلى قانون الوظيفة العمومي .

(3) انظر المادة 03 من المرسوم 63/76 المعدل و المتمم.

(4) circulation N°3997, Relative a l'établissement du cadastre général , B-3- 1 -

(5) تشمل هذه الوثائق عقود و سندات الملكية وكذا المخططات و الخرائط المتعلقة بالأماكن التابعة لكل من الدولة و الجماعات المحلية و الهيئات و المؤسسات العمومية و الخواص من أجل دراستها و تحديد الأماكن العقارية التابعة لها بغية تسهيل عمل فرق المسح .

وفى حالة تساوى الأصوات يرجح صوت الرئيس و هذا دليل على إعلاء سلطة القضاء داخل هذه اللجنة. وتنفذ قرارات اللجنة بموجب مقرر من الوالي<sup>(1)</sup>. وينعقد اجتماع لجنة مسح الأراضي بمقر المديرية الولائية لمسح الأراضي، و بعد افتتاح الجلسة من طرف رئيس اللجنة الذي يذكر الأعضاء بالمادة 09 من المرسوم 76-62 المعدل و المتمم بالمرسوم 92-134 .

إن كثرة الأخطاء التي شهدتها عملية مسح الأراضي، وعدم تجاوب لجنة المسح مع هذه الأخطاء، وإبقاء الوضعية على حالها، أدى ذلك إلى ظهور احتجاجات في العديد من البلديات تنديدا بطريقة عمل لجنة مسح الأراضي التي لم تراعى خصوصيات العملية. فمن خلال اطلعنا على محضر اجتماع لجنة المسح لاحظنا أن معظم قرارات اللجنة جاءت سلبية، حيث أبت وثائق المسح على حالها، كما أبت الحدود والترقيم على حاله، وذلك بسبب عدم اختصاص اللجنة للنظر في معظم الشكاوى المعروضة عليها التي قد يكون الهدف منها إما التعويض، أو أن الشاكي ليس له اعتراض على عملية المسح، وإنما لديه نزاع مع شخص ما قام بالتعدي على حدود ملكيته، مما يدفعها إحالة المعني إلى مديرية أملاك الدولة لتسوية وضعيته، أو اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة لإثبات حقه.

رابعا: إجراءات إعداد مسح الأراضي :

إن إجراءات مسح الأراضي تتم عبر عدة مراحل ، و ذلك نظرا للطابع التقني الدقيق الذي تتسم به، ويقوم بها موظفون اختصاصيون وفق أصول فنية وقانونية محددة، تكفل سلامة العمليات و نزاهتها<sup>(2)</sup> وذلك بدءا بالمرحلة التحضيرية و هي المرحلة الإدارية و الفنية البحتة مرورا إلى مرحلة التحقيق العقاري التي تعتبر من أهم المراحل التي تمر بها عملية مسح الأراضي، و أخيرا المرحلة النهائية المتمثلة في مرحلة الإيداع و تلقي الاعتراضات.

#### 1- المرحلة الإدارية و الفنية :

بمقتضى المادة 02 من المرسوم 76-62 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام تفتتح عمليات مسح الأراضي في كل بلدية و تبدأ إجراءات مسح الأراضي بالإعلان عن افتتاح العملية بقرار من الوالي المختص إقليميا ، بناء على اقتراح فيه المدير المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي، يبين على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات ، وينشر القرار فى الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وفى مجموعة القرارات الإدارية للولاية المعنية وكذلك فى الجرائد اليومية الوطنية

(1) المادة 08 من المرسوم 76-62 المعدل و المتمم .

(2) حسين عبد لطيف حمدان ، نظام السجل العقاري ، منشورات حلي الحقوقية، بيروت ، ط 1 ، 2005 ، ص 63 .



نصت التعليمية رقم 16 الصادرة بتاريخ 24 ماي 1998 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي على مجموعة من الوثائق المزمع استعمالها أثناء عملية المسح المتعلقة بالبلدية<sup>(1)</sup> والتي من شأنها تسهيل عملية حصر و ضبط الأملاك العقارية و تحديد الملاك و أصحاب الحقوق، هذه الوثائق هي عبارة عن مجموعة من الصور و المخططات و الخرائط الطوبوغرافية التي تهدف إلى وضع تمثيل رياضي محدد لجزء من سطح الأرض تظهر فيه الظواهر الطبيعية و البشرية بأسلوب يعتمد على الرموز النقطية و الخطية و المساحية و الألوان .

بعد عملية جمع الوثائق و المخططات الموجودة على مستوى المصالح و الهيئات العمومية تأتي الخطوة الموالية و المتمثلة في عملية وضع حدود الإقليم البلدي، حيث أوجبت المادة 05 من المرسوم 76-62 المعدل و المتمم على البلديات أن تحدد محيط أقاليمها على أساس وثائق رسمية، و يعتبر محتوى هذه الوثائق من العناصر الأساسية المعتمد عليها في تعيين الحدود<sup>(2)</sup>، و يتعلق الأمر بالوثائق المعدة تطبيقاً لقانون رقم 84-09 المؤرخ في 1984/02/04، المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد، و كذا مخططات الوحدات إدارية القديمة ، و تعتبر هاتان الوثيقتان ضروريتين لمعرفة محيط الإقليم البلدي<sup>(3)</sup>.

و سندا للمادة 04 من المرسوم 76-62 تشتمل عمليات التحديد جميع العقارات، فيجب أن تكون هذه العمليات مصحوبة بتحديد الملكيات العمومية و الخاصة، حيث يتم وضع حدود الأملاك الوطنية بعد توجيه رسالة إلى المصالح العمومية المعنية بتذكيرها بالزامية تحديد حدود أملاكها و دعوتها لتعين ممثل يتولى ذلك<sup>(4)</sup> ، سواء بحضور و بإدلاء ممثلي المصالح التقنية أو طبقاً للمخططات المرسله هذه المصالح.

## 2- مرحلة التحقيق العقاري :

يقوم بعملية التحقيق العقاري الأعوان المحققون، و هم عون من المحافظة العقارية و آخر من مديرية أملاك الدولة ، إضافة إلى حضور عون من البلدية عند عمليات التحقيق فيما يخص الأملاك العقارية البلدية و يتم تحت إشراف مديرية الفرع المحلي لمسح الأراضي و التي تكون في كل بلدية فرق عمل يؤدون مهامهم تحت قيادة رئيس فرقة المسح، فهؤلاء الأعوان خولت لهم مهمة مشتركة بأهداف مختلفة و للقيام بهذه العملية على أحسن ما يرام يجب عليهم الإحاطة بمجموعة النصوص التشريعية و التنظيمية التي صدرت غداة الاستقلال لأنهم مكلفون بفحص السندات و الوثائق المقدمة لهم.

لقد حدد التشريع المنظم لإثبات حق الملكية العقارية الخاصة و كذا التعليمية رقم 16 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية الوسائل التي يتم بواسطتها إثبات حق

(<sup>1</sup>) انظر الفقرة 1/1/1 من التعليمية رقم 16 الصادرة بتاريخ 24 ماي 1998 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي .

(<sup>2</sup>) circulation N°3997, Relative a l'établissement du cadastre général, p.3

(<sup>3</sup>) انظر الفقرة 2/1/1/1 من التعليمية رقم 16 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي.

(<sup>4</sup>) نصت المذكرة مؤرخة في 17 جويلية 1999 المتعلقة بدور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المدرجة في إطار مسح الأراضي العام على أنه يتولى العون المحقق التابع لمصلحة أملاك الدولة تمثيل الدولة في تعيين حدود عقاراتها و لهذا يجب أن يعمل مستعينا عند الضرورة بالوثائق المجمعة و المتعلقة بنقل حقوق الملكية لصالح الدولة و أن يحضر تدخله في الميدان على أساس المعلومات المبينة في هذه الوثائق .

الملكية ، و قد يكون إثبات الملكية إما بواسطة سند و في حالة غياب السند فإن التحقيق يتم عن طريق التحري .

ينجم عن عملية التحقيق العقاري في المناطق الحضرية إعداد مجموعة من البطاقات الخاصة بالعقار المحقق فيه منها ما يبقى على مستوى مديرية مسح الأراضي و منها ما يسلم مع وثائق المسح التي يتم إيداعها في نهاية العملية<sup>(1)</sup>. و تتمثل هذه البطاقات في بطاقة المالك أو الشريك في الملكية (T5)، بطاقة الوحدة الملكية المشتركة أو الشائعة (T7)، بطاقة جزء الملكية (T4) ، بطاقة وصف العقار المبنى (T8)، بطاقة حصص الملكية المشتركة (T9)، يجب على جميع البطاقات أن ترقم ، و تؤرخ و تمضي من طرف المالك أو وكيله ، المحقق و رئيس المجلس الشعبي البلدي .

أما في المناطق الريفية فينتج عن التحقيق العقاري إعداد بطاقة عقارية لكل مجموعة ملكية ، تسمى بطاقة التحقيق العقاري (T7) ، تحتوي البيانات المتعلقة بالطبيعة القانونية للعقار و أصل الملكية، الحقوق و الأعباء للمالكين في الشيوخ، كفيات التملك أو الحيازة و الملاحظات ، الإمضاءات .

إن عملية التحقيق العقاري تواجه تعقيدات وصعوبات جمّة، منها وضعية الأراضي الجهولة والنتيجة أساسا عن غياب مالكي الأراضي والحائزين وأصحاب الحقوق العينية، في الوقت الذي تكون فيه فرق المسح بالأراضي المعنية، وهذا بسبب عزوف بعض الملاك عن التقرب من فرق المسح للتصريح بممتلكاتهم، وعدم حضور عمليات تحديد معالم وحدود عقاراتهم وعدم تسجيل ملاحظاتهم، هذا ما يجعل من عملية التعرف على المالك أو الملاك المحتملين صعبة، وبل مستحيلة في أحيان أخرى.

### 3- المرحلة النهائية :

بالرجوع للمادة المادّة 8 من الأمر 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري<sup>(2)</sup> و كذا المادة الأولى من للمرسوم 76-62 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، معدل و المتمم، و التعليمات رقم 16 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي فان مختلف وثائق المسح تحتوي على ما يلي :

- جدول للأقسام Etats de section

- سجل مسح الأراضي La matrice cadastrale

- مخطط المسح Plan cadastral

(<sup>1</sup>) إلهام بخوش ، مسح المناطق الحضرية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير، غير منشور ، 2007-2008 ، جامعة سوق هراس، الجزائر، ص 67 .  
(<sup>2</sup>) نصت المادة 8 من الأمر 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي: "إن تصميم مسح الأراضي يكون موضوع إعداد في كل بلدية ما يلي: جدول للأقسام و سجل لقطع الأرض التي ترتب عليها العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي، دفتر مسح الأراضي الذي تسجل فيه العقارات المتجمعة من قبل كل مالك أو مستغل، حسب الترتيب الأبجدي لهؤلاء الاخيرين، مخططات مسح الأراضي، و ستحدد شروط إعداد الوثائق المذكورة أعلاه، بموجب نصوص تطبيقية المذكورة أعلاه، بموجب نصوص تطبيقية لهذا الأمر".

- جدول الحسابات La table des comptes

- بطاقات التحقيق العقاري و بطاقات عقارية fiches d'enquête foncière et fiches d'immeuble

- مصفوفة المسح "Matrice cadastrale"

ترسل ثلاث صور رسمية ونسخ لهذه الوثائق إلى كل من مقر البلدية لتمكين كل ذي مصلحة من الاطلاع عليها و تقديم الاحتجاج في حال المساس بحقوقه، كما توجه أيضا للمحافظة العقارية من أجل تأسيس السجل العقاري<sup>(1)</sup>. و ترسل إلى مصالح مسح الأراضي من أجل فحص واستخراج مجموعة من المستخرجات ووثائق المسح من طرف المصالح و الهيئات العامة و كذلك الخواص .

نصت المادة 14 من المرسوم 62-76 المعدل و المتمم الآتي: " يعطى أجل قدره ثلاثة (3) أشهر فيما يخص الأجزاء المتنازع فيها إلى المالكين من أجل الاتفاق على حدودهم أو من أجل رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا وعند انقضاء هذا الأجل فإن الحدود المحددة بصفة مؤقتة تصير نهائية ماعدا الغلط المادي المعترف به و ماعدا حقوق المالك الحقيقي الذي يأتي ويكشف عن نفسه والذي لا تكون لشكواه أي أثر إلا بينه وبين جيرانه المباشرين. وفي جميع الحالات فإن التعديلات المدخلة على الوثائق المساحية، تتم بمناسبة أشغال محافظة مسح الأراضي".

#### الخلاصة :

لقد حاولنا من خلال هاته الدراسة الإجابة على مجموعة من التساؤلات القانونية والتي ما فتئت تحتلح خاطرنا وتسيطر على تفكيرنا أثناء بحثنا في هذا الموضوع . فتبين لنا أن لعملية مسح الأراضي أهمية كبيرة في تسوية الوضعية القانونية للملكية العقارية، حيث تعتبر من الأسس التي يقوم عليها نظام السجل العيني، وهي من أهم مراحل تأسيسه وأخطرها أحيانا، على اعتبار أن هذا النظام يتوقف على إجراءات المسح العام للأراضي، و عليه، وجب على المشرع تعديل الأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الذي مضي على صدوره أكثر من 43 سنة، وإدراج مواد قانونية واضحة وأكثر دقة تبين الإجراءات سير عملية المسح وكيفية حل النزاعات الناجمة عن العملية على غرار ما هو معمول به في أغلب الدول العالم. بالإضافة إلى توسيع سلطات لجنة البلدية لمسح الأراضي، فلا يكون دورها شكليا، وجعل قراراتها تتمتع بالإلزامية تجاه الأطراف، ولا يقتصر دورها على فحص ودراسة الشكاوي المسجلة أثناء عملية المسح، وإعطاء رأيها فيها بعد دراسة الوثائق التي يقدمها المعنيون، ومحاولة الصلح بينهم فقط دون أن يكون قرارها إلزاميا وكذا الاعتماد على التقنيات الرقمية المتطورة والاستعانة بالأجهزة الحديثة التي تسمح بتسريع المسح عبر التضاريس الصعبة بدقة متناهية.

(1) Ali Brahiti, Le régime foncier et domanial en Algérie : Evolution et dispositif actuel, ITCIS éditions, Algérie, 2013, p. 112

## ❖ قائمة المصادر والمراجع :

- أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، معدل بالقانون رقم 09-79 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1979 المتضمن قانون المالية لسنة 1980.
- مرسوم رقم 76-62 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، معدل و متمم بالرسوم رقم 400-84 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 والرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 7 ابريل سنة 1992، ج ر 30 سنة 1992
- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، معدل و متمم بالرسوم رقم 210-80 المؤرخ في 13 سبتمبر سنة 1980 و المرسوم التنفيذي رقم 123-93 المؤرخ في 19 مايو سنة 1993 .
- المرسوم التنفيذي رقم 89-234 مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1989 المعدل والمتمم بالرسوم تنفيذي رقم 92-63 مؤرخ في 8 شعبان عام 1412 الموافق 12 فبراير سنة 1992، ج ر ، العدد 54 ، بتاريخ 1989/12/20 و المرسوم التنفيذي رقم 01-110 مؤرخ في 05 مايو 2001، ج ر ، العدد 26 بتاريخ 2001/05/90 .
- المرسوم التنفيذي رقم 91-455 المتضمن جرد الأملاك الوطنية ، ج ر عدد 60 بتاريخ 1991/11/24.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 7 أفريل سنة 1992 المنشيء للجنة مسح الأراضي و الذي تضمن تنظيمها و حدد تشكيلها و مهامها . عملا بنص المادة 9 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .
- القرار المؤرخ في 31 مارس سنة 1999 يتعلق بتنفيذ المهندسين الخبراء العقاريين للعمليات الضرورية لإعداد مسح الأراضي العام لحساب الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.
- circulation N° 3997, du 23/06/1976 , Relative a l'établissement du cadastre général, Ministre des finances , Direction des affaires domaniales et foncière
- circulation N°3997, Relative a l'établissement du cadastre général , B-3- 1 -
- أبي الفضل جمال الدين ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج 02، د ت.
- إدوار عيد، الأنظمة العقارية - التحديد و التحرير، السجل العقاري - مطبعة المتني، بيروت، ط 2، 1996.
- أسعد دياب و القاضي طارق زيادة ، أبحاث في التحديد و التحرير و السجل العقاري ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ط 2، 1994 .
- جورج ن .شدرابي، الوجيز في التحديد و التحرير و السجل العقاري، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 3، 2010.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، ط 2، 2007.
- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري و النشاط الإداري، دار العلوم، الجزائر، 2004.
- سباع محمد، " التوثيق و العقود الرسمية " ، مقال منشور في مجلة الموثق ، العدد 05 ، ديسمبر 98 .
- حسين عبد لطيف حمدان ، نظام السجل العقاري ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 1 ، 2005.

- فيروز براني ، مسح الأراضي، مذكرة ماجستير، ، 2001-2002. غير منشور، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون، الجزائر
- إلهام بخوش ، مسح المناطق الحضرية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون عقاري ، 2007-2008. غير منشور، جامعة سوق هراس، الجزائر
- Ali Brahiti, Le régime foncier et domanial en Algérie :Evolution et dispositif actuel, ITCIS éditions, Algérie,2013.

## حماية المستهلك من مخاطر الإشهار



**الدكتور مصطفى معتبر**

**باحث في القانون الخاص**

**كلية الحقوق بطنجة - المغرب**

مقدمة :

إن تطور الاقتصاد الحديث يعتمد على مجموعة من التقنيات التي توظف للتأثير على رغبات المستهلكين، الذين يتم التركيز عليهم بشكل خاص، لأنهم يمثلون كما سبق العلم بذلك، الغاية النهائية للإنتاج، ولقد ظهر الاتصال communication على رأس قائمة هذه التقنيات، وهو حسب تعريف النظرية الاقتصادية: "الأداة التي تربط الصلة ما بين فئتين أو أكثر من الأفراد عن طريق نقل الخبر أو المعلومات"<sup>1</sup> ولقد لعب الاتصال، عبر التاريخ دورا أساسيا في الرفع من قيمة السلع أو الخدمات، وذلك من خلال التعريف بمؤسسة الإنتاج والدعاية لتصريف منتجاتها في الأسواق، إلا أن تطورات آليات السوق ساهمت في تغيير مفهوم الاتصال، ليصبح فيما بعد بمثابة سياسة أو خطة اقتصادية يجب الإعداد لها بشكل محكم، من أجل تحديد الرؤية الإستراتيجية لنجاح العلامة التجارية في التفوق على منافسيها، عن طريق تمكين المستهلك من اتخاذ القرار لاختيار السلع أو الخدمات حسب نوعيتها وجودتها.

ولقد أصبحت الشركات والمقاولات بشتى أنواعها، تستثمر بشكل كبير في الوسائل والتقنيات التي من شأنها ممارسة التأثير على المستهلكين، وذلك لإجبارهم على تغيير سلوكهم الاقتصادي، أو لإقناعهم بإعادة النظر في مواقفهم، تجاه منتج أو خدمة معينة. وتغيير سلوك الفرد<sup>2</sup> هو ظاهرة مادية تدفع الناس إلى طلب المعلومات بأية وسيلة كانت، للتعرف على المنتج بصورة أوضح، بل وقد يؤدي ذلك إلى تشجيع المستهلكين على الشراء من محلات دون أخرى. أما تغيير الموافق فهو ظاهرة نفسية، يكون الغرض منه هو التعريف بشيء

<sup>1</sup>-لمزيد من التفصيل أنظر: د.أحمد عادل راشد "مبادئ التسويق وإدارة المبيعات"، نشر دار النهضة العربية بيروت 1980.

<sup>2</sup>- إن سلوك الفرد في علم النفس هو جملة من الاستجابات التي تصدر من الشخص للتعامل مع الظروف التي تحيط به.

مجهول لبعض الأفراد، أو التأثير على البعض الآخر، الذي لا يكثر لوجود تنوع في السلع أو الخدمات التي تعرضها الأسواق، وهو التأثير الذي لا يتم إلا بواسطة الاتصال، الذي أصبح يعد بمثابة الدعامة الأساسية لتحقيق الشهرة للمنتوج، وذلك لأن الاتصال يقوم بإعداد المستهلك لاتخاذ القرار بضرورة الشراء ثم يدفعه بعد ذلك إلى تحقيق هذه النتيجة بواسطة الإقناع.

والإعلان التجاري، أو ما يسمى بالإشهار يعد من أهم الوسائل التي أصبحت تستخدم في تطوير الأنشطة الاقتصادية للشركات، ولفظ الإشهار المتداول في المغرب، مأخوذ من كلمة الشهرة، التي تعني وضوح الأمر. وقد أصبح الإشهار أهم الوسائل للتعريف بالبضائع والترويج لها، من أجل استقطاب أكبر عدد من المستهلكين<sup>1</sup>. ولكن الملاحظ أيضا أن التركيز يتم أكثر على الوجه القبيح لهذه التقنية، حيث تستهدف غزو عقول المستهلكين والسيطرة على سلوكياتهم، وممارسة التوجيه على اختياراتهم، وصولا إلى تحقيق أكبر قدر من الطلب الكلي على المنتج أو الخدمة بأية وسيلة، حتى إن بعضهم يعتبره الطعم الذي يستعمله المهنيون لاصطياد المستهلكين<sup>2</sup>. وهو ما حدا بالتشريعات المتعلقة بحماية المستهلك إلى أن تولى الإشهار أهمية خاصة، ومنها المشرع المغربي في القانون رقم 31.08، حيث عمد المشرع إلى سن قواعد تنظيم الإشهار، ومنع كل ما من شأنه أن يوقع المستهلك في غلط وذلك لتحسين رضاه<sup>3</sup>، فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي تحقيق الحماية للمستهلك من مخاطر الإشهار؟.

للإجابة على هذا التساؤل ارتأينا اعتماد التصميم التالي :

المبحث الأول : الأساس التشريعي لحماية المستهلك من الإشهار

المطلب الأول : الإشهار في التشريع الدولي.

الفقرة الأولى : القواعد التوجيهية الأوروبية.

الفقرة الثانية: التشريعات الوطنية لبعض دول الاتحاد الأوروبي.

المطلب الثاني : الإشهار في التشريع الوطني.

الفقرة الأولى : الإطار المؤسسي.

الفقرة الثانية : الإطار القانوني.

<sup>1</sup> - جواد الغماري، جرائم الغش في البضائع، المجموعة المغربية للصحافة والنشر، الطبعة الأولى، 1988، ص:134

<sup>2</sup> - الحسين بلحساني، أساس الالتزام بتبصير المستهلك ومظاهره، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد4، سنة2001، ص 23.

<sup>3</sup> - عزيز فيدة: الحماية الجنائية للمستهلك على ضوء قانون 31.08 السنة الجامعية 2012/2013 ص 10.

المبحث الثاني : مظاهر حماية المستهلك من مخاطر الإشهار.

المطلب الأول : الضوابط القانونية للإشهار في القانون 31.08.

الفقرة الأولى: الإشهار كممارسة تجارية.

الفقرة الثانية: الإشهار في عقود الإستدانة.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية كجزء لحماية المستهلك من الإشهار.

الفقرة الأولى : جريمة الإشهار الكاذب.

الفقرة الثانية : العقوبات الجزرية.

المبحث الأول : الأساس التشريعي لحماية المستهلك من الإشهار :

المطلب الأول : الإشهار في التشريع الدولي :

الفقرة الأولى : القواعد التوجيهية الأوربية :

ظهر تعريف الإشهار في قوانين المجموعة الأوروبية سنة 1984، بعد صدور التوجيهات الخاصة بالإشهار الكاذب والإشهار المقارن، حيث تضمنت الفقرة الأولى من المادة الثانية، من نص هذه التوجيهات بيانا يشير إلى أهم الخصائص التي تميز الإشهار، واعتبرت بأنه: "يعد إشهارا كل وسيلة تستخدم في نشاط تجاري أو صناعي، أو حرفي، أو حر، يكون الهدف منها هو زيادة التسوق بالسلع والخدمات، بما في ذلك الأموال المنقولة، والحقوق والالتزامات"، وفي نفس السياق تعرف المفوضية الأوروبية الإشهار، فيالكتاب الأخضر الصادر سنة 1994، الذي جاء فيه أن: "الإشهار هو كل وسيلة تستعمل للدعاية، أو التسويق المباشر، أو لتشجيع المبيعات والعلاقات العامة، وتوجه هذه الوسيلة للرفع من قيمة المنتج أو الخدمات".

وقد منعت التوجيهات الصادرة سنة 1984 الإشهار الكاذب، وهو نفس المنع الذي نصت عليه المادة الخامسة من المدونة الدولية للممارسات المشروعة في الإشهار الصادرة عن غرفة التجارة الدولية التي جاء فيها: "في الإشهار يجب إلغاء كل تصريح أو عرض مرئي من طبيعته أن يوقع المستهلك في غلط بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق استعمال الإفراط، المبالغة أو الغموض".



## الفقرة الثانية : التشريعات الوطنية لبعض دول الاتحاد الأوربي :

**القانون البلجيكي :** يعرف القانون البلجيكي الإشهار فيالمادة الثانية والعشرون من قانون الممارسات التجارية وحماية المستهلك والإعلام، التي تنص على أن: "الإشهار هو كل اتصال يهدف بشكل مباشر أو غير مباشر إلى الرفع من مبيعات المنتجات أو الخدمات، بما في ذلك الأموال العقارية والحقوق والالتزامات كيفما كانت الوسائل المستعملة، وفي أي مكان".

**القانون الفرنسي :** التزم المشرع الفرنسي بالصمت، بخصوص تعريف الإشهار، غير أنه أشار إلى مفهومه، بطريقة غير مباشرة في بعض النصوص القانونية، من بينها المادة 1-121 L من مدونة قانون الاستهلاك التي تمنع كل إشهار يتضمن تحت أي شكل كان، ادعاءات أو إشارات أو بيانات خاطئة من شأنها أن توقع المستهلك في الغلط بخصوص العناصر التالية: "...الماهية، أو الطبيعة أو المكونات، أو الجودة الضرورية أو الخصائص، أو النوعية، أو الأصل، أو الكمية، أو الكيفية، أو تاريخ الصنع، أو الملكية، أو الثمن أو الشروط التي تقدم بها السلع أو الخدمات، أو محل الإشهار، أو شروط الاستعمال، أو النتائج التي من المحتمل أن تترتب عن هذا الاستعمال أو أسباب وطرق البيع، أو عرض الخدمات أو التزامات المعلن أو الهوية، أو كفاءات ومؤهلات الصانع أو البائع أو التجار أو مقدمى الخدمات". وفينفس السياق تشير المادة الثانية من المرسوم الصادر بتاريخ 27 مارس 1992، إلى أنه يقصد بالإشهار: "كل شكل رسالة تبث على شاشات التلفزيون مقابل أجر أو أي عوض آخر، سواء من أجل الزيادة في حجم التزود بالسلع أو الخدمات، بما فيها تلك التي تم تقديمها بمسمياتها النوعية، في إطار نشاط تجاري أو حر أو صناعي أو مهنة حرة، أو لضمان الزيادة فيالقيمة التجارية لمقاولة عمومية أو خصوصية، وهذا التعريف لا يشمل العروض المباشرة التي تقدم للجمهور من أجل البيع أو الشراء أو الإيجار، أو بهدف التزود بالخدمات مقابل أجر".

فكل إشهار إذن يقع تحت طائلة المنع المنصوص عليه في المادة 1-121 L أعلاه، إذا ثبت أن مضمونه يحمل صفة الكذب.

ونظرا لخطورة الإشهار الكاذب وتأثيراته على الاقتصاد الوطني لم يكن المشرع الفرنسي متساهلا مع المتسبب في مثل هذه الممارسات التي لا تليق بأدبيات التعامل الاقتصادي النزيه، إذ تنص المادة 1-213 L على عقوبة تصل إلى السجن لمدة سنتين وغرامة مالية قدرها 37500 أورو، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، شريطة أن يقع الفعل فوق التراب الفرنسي.

## المطلب الثاني: الإشهار في التشريع الوطني :

### الفقرة الأولى : الإطار المؤسساتي :

وعيا من المشرع المغربي بالدور الذي تلعبه وسائل الإعلام في نقل المعلومة وبالتالي التأثير على المتلقي، عمد إلى إحداث هيئة الاتصال السمعي البصري وذلك بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.02.212 الصادر بتاريخ 31 أغسطس 2002، وقد تمت إعادة تنظيم هذه الهيئة بالقانون رقم 11.15 المنفذ بالظهير الشريف رقم 1.16.123 الصادر بتاريخ 25 أغسطس 2016. ويعد إحداث هيئة الاتصال السمعي البصري قرارا تاريخيا يعكس الرغبة في خلق مؤسسة توفر جميع ضمانات التجرد والنزاهة والحياد لإدارة القطاع السمعي البصري الخاص والعام.

وتعتبر الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري مؤسسة دستورية مستقلة لتقنين وضبط مجال الاتصال السمعي البصري، وتتولى السهر على ضمان حرية ممارسة الاتصال السمعي البصري كمبدأ أساسي. ومن بين المهام التي تقوم بها والتي تهمنا في موضوعنا هذا نذكر: المصادقة على دفاتر التحملات الخاصة بالشركات الوطنية للاتصال السمعي البصري، والسهر على تقييد أجهزة ومتعهدى الاتصال السمعي البصري بالنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في ميدان الإشهار، ومراقبة كيفية برمجة الفقرات الإشهارية التي تتولى بثها هيئات الاتصال السمعي البصري، بالإضافة إلى إصدار العقوبات على المخالفات المرتكبة من لدن متعهدي الاتصال السمعي البصري أو تقديم اقتراحات في شأن العقوبات المترتبة عليها إلى السلطات المختصة وفقا للتشريع الجاري به العمل ولدفاتر تحملات المتعهدين.

وفي هذا الصدد، وعلى سبيل المثال، ورد في دفتر تحملات شركات صورياد-القناة الثانية، مجموعة من المقتضيات التي تتعلق بالإشهار منها:

1- التزام الشركة بعدم بث الإشهار الممنوع أو الإشهار غير المعلن عنه كما ورد تعريفهما في

المواد 2 و66 و67 و68 من القانون رقم 77.03؛

2- امتناع الشركة عن بث الخطابات الإشهارية التي تهدف إلى:

- الحث المباشر للأطفال على شراء منتج أو خدمة باستغلال عدم خبرتهم وسذاجهم؛
- حث القاصرين، بشكل صريح أو ضمني، على شراء واستهلاك منتجات أو خدمة من شأنها أن تضر بصحتهم؛

ولذلك عندما يكون إشهار معين موجها إلى الأطفال، ينبغي أن يكون التعرف على خصائصه سهلا وسريعا.

3- امتناع الشركة عن بث أي إشهار سمعي بصري كاذب أو مضلل يتضمن ادعاءات أو إشارات

أو تقديرات خاطئة من شأنها أن توقع الجمهور في الخطأ؛

4-امتناع الشركة عن بث أي خطاب إشهاري لمنتوج أو خدمة مضرّة بصحة الأشخاص،  
كالأسلحة النارية، المشروبات الكحولية، السجائر، أو التي يكون استهلاكها مشروطا بالحصول  
على إرشادات مهني مختص مثل الأدوية.

وقد أصدرت الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري مجموعة من القرارات<sup>1</sup> عاقبت من خلالها شركة  
صورياد-القناة الثانية على عدم احترامها لمقتضيات القانون رقم 77.03<sup>2</sup> ولبنود دفتر التحملات بخصوص  
الإشهار، نورد منها القرارين التاليين:

قرار "م.أ.ت.س.ب" رقم 14-12  
الصادر في 24 رمضان 1435 (22 يوليوز 2014)  
بشأن شروط إدراج الإشهار  
من طرف شركة "صورياد-القناة الثانية"

المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري؛  
بناء على الظهير الشريف رقم 1.02.212 الصادر في 22 من جمادى الآخرة 1423 (31 أغسطس 2002)  
القاضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، خصوصا المادة 3 (المقاطع 8 و 11 و 15 و 16) منه ؛  
وبناء على القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير  
الشريف رقم 1.04.257 بتاريخ 25 من ذي القعدة 1425 (7 يناير 2005)، خصوصا ديباجته والمواد 2  
(المقطعين 1 و 5)، و 46 (الفقرة الأخيرة)، و 48، و 49 و 53 منه ؛  
وبناء على دفتر تحملات شركة "صورياد-القناة الثانية" وخصوصا المادتين 3.49 و 72 منه ؛  
وبناء على طلب التوضيحات الموجه من طرف الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري إلى شركة "صورياد-  
القناة الثانية" بتاريخ 10 يوليوز 2014 قصد الإدلاء بملاحظاتهما بخصوص ما تم تسجيله من عدم احترام  
شروط إدراج الإشهار ؛  
وبناء على جواب شركة "صورياد-القناة الثانية" المتوصل به بتاريخ 16 يوليوز 2014 ؛

<sup>1</sup> من بين هذه القرارات نذكر:

- قرار "م.أ.ت.س.ب" رقم 10-48، الصادر في فاتح رمضان 1431 (12 غشت 2010) الذي يأمر بإيقاف بث وصلة إشهارية لتسويق منتج التنظيف "أومو  
ماتيك" تبثها شركة "صورياد-القناة الثانية"؛

- قرار "م.أ.ت.س.ب" رقم 11-40 الصادر في 17 رمضان 1432 (18 غشت 2011) الذي يأمر بإيقاف بث وصلة إشهارية لتسويق كريم تفتيح البشرة "شيرلي"  
الذي تبثه القناة الثانية؛

- قرار "م.أ.ت.س.ب" رقم 08-16 الصادر في 20 جمادى الأولى 1429 (26 أكتوبر 2008) بالقاضي بوقف بث الوصلة الإشهارية المروجة لخدمات "ميديتيل" من  
طرف الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة وشركة "صورياد-القناة الثانية".

<sup>2</sup> تم تميمه بالقانون رقم 83.13 المنفذ بالظهير الشريف رقم 1.15.120 الصادر بتاريخ 4 أغسطس 2015، ج ر عدد 6389 الصادرة بتاريخ 24 أغسطس  
2015.

وبعد الإطلاع على المستندات المتعلقة بالتحقيق الذي أنجزته المديرية العامة للاتصال السمعي البصري؛  
وبعد المداولة :

حيث إنه، في إطار مهمة تتبع البرامج التي تبثها الخدمات السمعية البصرية، سجلت المديرية العامة للاتصال السمعي البصري مجموعة من التجاوزات المهمة والمتكررة، على الخدمة التلفزيونية "القناة الثانية" للأسقف والحدود المسموح بها لإدراج الإشهار حسب مقتضيات دفتر تحملات شركة "صورباد-القناة الثانية"، وخاصة تلك المتعلقة بالحد الأقصى للمدة الزمنية الإجمالية للوصلات الإشهارية خلال ساعة مسترسلة والحد الأدنى للمدة الفاصلة بين وصلتين إشاريتين، وكذا الحد الأقصى لكل وصلة إشارية، وذلك خلال الفترة الممتدة بين 29 يونيو و05 يوليوز 2014 الموافق لفتح إلى 07 رمضان 1435 ؛

وحيث إن المتعهد بث، على سبيل المثال، يوم 05 يوليوز 2014، وصلتين إشاريتين فصلت بينهما مدة لم تتجاوز 27 ثانية ووصلتين، يوم 02 يوليوز 2014، لم تتجاوز مدة الفاصل بينهما 47 ثانية؛  
وحيث إن المتعهد بث يوم فاتح يوليوز 2014 أكثر من 26 دقيقة كملة إجمالية للإشهار خلال ساعة مسترسلة واحدة دون احتساب ما اعتبره إعلانات غير تجارية، والتي بلغت باحتساب هذه الأخيرة ما يفوق 28 دقيقة وذلك بين 19:33 و20:33 مما يجعل الحجم الزمني للوصلات الإشهارية يتجاوز المدة المسموح بها بأكثر من ثمان دقائق، بالغا بذلك ما يناهز نصف الساعة خلال ساعة واحدة ؛

وحيث إن المتعهد بث وصلات إشارية تجاوزت، على سبيل المثال، يوم 04 يوليوز 2014، السقف الزمني المسموح به بأكثر من دقيقتين بحجم زمني يقدر بـ 08 دقائق و26 ثانية دون انقطاع ودون احتساب ما اعتبره إعلانات غير تجارية والتي بلغ مع احتسابها 08 دقائق و57 ثانية، دون انقطاع بالنسبة للمشاهد ؛  
وحيث تنص المادة 3.49 من دفتر تحملات شركة "صورباد-القناة الثانية" على أنه : "... في التلفزة، يتوجب أن تفصل فترة لا تقل عن (20) عشرين دقيقة بين وصلتين إشاريتين متتاليتين (...) لا يمكن أن تتجاوز مدة الوصلة الإشهارية ست (6) دقائق في التلفزة ؛

بالنسبة لساعة مسترسلة من الزمن (heure glissante)، لا يمكن أن تتجاوز المدة الإجمالية للوصلات الإشهارية 16 دقيقة في التلفزة، إلا أنه يمكن تجاوز هذا السقف خلال شهر رمضان في حدود 18 دقيقة (...)" ؛  
وحيث وجّهت الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري طلبا لشركة "صورباد-القناة الثانية"، بتاريخ 10 يوليوز 2014، قصد الإدلاء بتوضيحاتها بخصوص ما تم تسجيله من تجاوزات متكررة، وذلك وفق جرد مفصّل للإخلال بالمقتضيات المتعلقة بالمادة الإشهارية تم إبلاغها به ؛

وحيث إن شركة "صورباد-القناة الثانية" أفادت أنه بخصوص (...) بيان التجاوزات المسجلة فيما يهم المدة الإجمالية للإشهار خلال ساعة مسترسلة، تجدر الإشارة إلى وجود اختلاف واضح في طريقة احتساب الوصلات الإشهارية بين المصالح التقنية بهذه القناة والمصالح المختصة لدى الهيئة العليا مما أفضى لتفاوت في المدد المرصودة (...)"، كما أفادت كذلك أن : "غالبية التجاوزات كما تم تسجيلها من طرف الهيئة العليا ضمن الجدول المتعلق

بمدة الإشهار في ساعة مسترسلة، تنتفي باستخلاص الحيز الزمني الإجمالي الذي غطته الإعلانات غير التجارية من المدة الإجمالية للإشهار عموماً. " ؛

وحيث إن المادة 3.49 من دفتر تحملات الشركة، تنص على أنه "تبث البلاغات ذات المنفعة العامة المستجيبة لمقاييس الإشهار غير التجاري كما هو معرف في الفقرة 5 من المادة 2 من القانون 77.03 المذكور أعلاه، وكذلك الخطابات غير الإشهارية المروجة لإنتاجات ولتظاهرات ثقافية مغربية، خارج الوصلات الإشهارية ولا تحتسب مدتها ضمن مجموع الحصص الإشهارية المرخص لها بالنسبة لكل خدمة من الخدمات التي تقدمها الشركة" ؛

وحيث إن المقطع 5 من المادة 2 من القانون 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري يعرف الإشهار غير التجاري على أنه "كل خطاب يبث بمقابل مالي أو غيره والذي تتوفر فيه الشروط التالية :

أ) أن يبث بهدف خدمة الصالح العام؛

ب) أن يطلبه شخص عمومي كيفما كان شكله أو هيئة غير تجارية موضوعة تحت مراقبة أو وصاية السلطات العمومية أو تكون تابعة لها أو من طرف هيئة دولية خاضعة للقانون العام أو الخاص أو منظمة أو جمعية مهنية أو اجتماعية أو ثقافية أو علمية أو رياضية ؛

ج) ألا يتضمن أي إشارة إلى علامة منتج أو خدمات أو أي تلميح إلى تلك العلامة سواء من خلال شكل الخطاب أو مطابقته مع خطاب مماثل ولكن يتضمن ذلك التلميح. ولا يمكن أن تقدم المنتوجات أو الخدمات إلا تحت اسم الفئة التي تنتمي إليها ؛

د) ألا يذكر اسم أي مقولة أو أي شخص معنوي غير تلك المشار إليها في ب) أعلاه وألا يتضمن تلميحا إليها سواء من خلال شكل الخطاب أو مطابقته مع خطاب مماثل ولكن يتضمن ذلك التلميح. " ؛

وحيث إنه سبق للهيئة العليا للاتصال السمعي البصري أن توصلت برسالة بتاريخ 12 يوليوز 2013 من شركة "صورباد-القناة الثانية" تخبر من خلالها بتوصلها، عن طريق وزير الاتصال، بطلب من وزارة السكنى والتعمير وسياسة المدينة قصد الاستفادة من تخفيض 50% من تكاليف الإعلانات الإشهارية الخاصة بتسويق عروض السكن الاجتماعي، كما تطلع الهيئة العليا على التزامها، عدم احتساب هذا الصنف من الإعلانات ضمن الإشهار التجاري ؛

وحيث أبلغت الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري الشركة بتاريخ 13 غشت 2013، بأنه بناء على التعريف القانوني للإشهار غير التجاري في المادة 2.5 من قانون الاتصال السمعي البصري، فالوصلات موضوع الطلب تندرج ضمن فئة الخطابات الإشهارية التجارية، وتحتسب ضمن إجمالي المدد المحددة للإشهار التجاري ؛

وحيث تبين من خلال جواب المتعهد أنه لا زال يستمر في اعتبار بعض الإعلانات غير تجارية على الرغم من كون بعضها يكتسي صبغة تجارية واضحة، ويدرجها مع ذلك داخل الوصلات الإشهارية؛

وحيث إن الإعلانات الإشهارية المذكورة تهدف إلى اجتذاب اهتمام الجمهور لمنتجات السكن الاجتماعي، لشركات خاصة، وبالتالي تندرج ضمن الخطابات الموظفة لاسم مقاوله أو علامة منتج أو خدمات، وتستجمع بذلك عناصر الإشهار التجاري كما حددتها الفقرة 1 من المادة 2 من القانون 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري؛

وحيث إن الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري سجلت خلال الفترة الممتدة بين 29 يونيو و05 يوليو 2014، حالات متعددة لتجاوز الحد الأقصى للمدة الزمنية الإجمالية للوصلات الإشهارية خلال ساعة مسترسلة وعدم احترام الحد الأدنى للمدة الفاصلة بين وصلتين إشهاريتين وكذا عدم الالتزام بالحد الأقصى لكل وصلة إشهارية مما يجعل المتعهد قد أحل بالتزاماته المتعلقة بشروط إدراج الخطابات الإشهارية؛

وحيث إن بث إعلانات، لهيئات عمومية بهدف مصلحة عامة، تستوفي عناصر الإشهار غير التجاري، كما عرفته المادة 5.2 من القانون 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، ويجب أن يكون خارج الوصلات الإشهارية المميزة عن غيرها من المواد بواسطة مقدمة إشهارية أو شعار صوتي مخصصين لتلك الغاية طبقا لمقتضيات المادة 3.49 من دفتر التحملات؛

وحيث إن بث الإعلانات غير التجارية داخل الوصلات الإشهارية يشكل خرقا لمقتضيات المادة 3.49 من دفتر التحملات؛

وحيث إن المادة 72 من دفتر تحملات شركة "صورياد-القناة الثانية" تنص على أنه "دون الإخلال بالعقوبات الأخرى المنصوص عليها في القانون والنصوص التنظيمية، يمكن للهيئة العليا أن تقرر عقوبة مالية يتعين تحديد مبلغها حسب جسامه الإخلال المقترف، دون أن يتجاوز نسبة 0,5% من رقم المعاملات الإشهارية خارج الرسوم و المحقق خلال آخر سنة مالية من طرف الشركة.

إلا أنه وعندما ينجم عن الإخلال تحقيق ربح غير مشروع من طرف الشركة، يمكن للهيئة العليا أن تحدد عقوبة مالية تساوي، على أقصى تقدير، ضعف الربح المحقق بطريقة غير مشروعة. ولهذا الغرض يتعين على الشركة أن تضع رهن إشارة الهيئة العليا جميع الوثائق والمعلومات الضرورية حول الربح الناجم عن الإخلال. وفي حالة العود، يمكن أن يبلغ قدر العقوبة المالية ثلاثة أضعاف الربح غير المشروع الناجم عن الإخلال". وحيث إنه يتعين، تبعا لذلك، واعتبارا لعدد التجاوزات وحجمها، اتخاذ ما يلزم في حق المتعهد؛ لهذه الأسباب:

يصرح بأن شركة "صورياد-القناة الثانية" خرقت مقتضيات دفتر التحملات فيما يخص الالتزامات المتعلقة بشروط إدراج الإشهار التالية:

الحد الأقصى للمدة الزمنية الإجمالية للوصلات الإشهارية خلال ساعة مسترسلة؛

الحد الأدنى للمدة الفاصلة بين وصلتين إشهاريتين؛

الحد الأقصى لكل وصلة إشهارية؛

إدراج الإعلانات التي تستوفي شروط الإشهار غير التجاري ضمن الوصلات الإشهارية.

يقرر تطبيق عقوبة مالية على شركة "صورياد-القناة الثانية" قدرها مليون وخمسمائة ألف (1.500.000,00) درهم، تؤدي داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ هذا القرار للشركة ؛  
يأمر بتبليغ قراره هذا إلى شركة "صورياد-القناة الثانية" وينشره في الجريدة الرسمية.  
تم تداول هذا القرار من طرف المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري خلال جلسته المنعقدة بتاريخ 24 رمضان 1435 الموافق لـ (22 يوليوز 2014) بمقر الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري بالرباط، بحضور السيدة أمينة لمريني الوهابي، رئيسة، والسيدة والسادة راجحة زدكي، محمد عبد الرحيم، محمد أوجار، بوشعيب أوعبي، خديجة الكور وطالع سعود الأطلسي ، أعضاء.

قرار "م.أ.ت.س.ب" رقم 15-59  
الصادر في 13 محرم 1437 (27 أكتوبر 2015)  
بشأن شروط إدراج الإشهار  
من طرف شركة "صورياد-القناة الثانية"

المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري؛  
بناء على الظهير الشريف رقم 1.02.212 الصادر في 22 من جمادى الآخرة 1423 (31 أغسطس 2002) القاضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، كما تم تغييره وتتميمه، خصوصا المادة 3 (المقاطع 8 و11 و15 و16) منه ؛  
وبناء على القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.04.257 بتاريخ 25 من ذي القعدة 1425 (7 يناير 2005)، كما تم تغييره وتتميمه، خصوصا ديباجته والمواد 2 (المقطعين 1 و5)، و46 (الفقرة الأخيرة)، و48، و49 و53 منه ؛  
وبناء على دفتر تحملات شركة "صورياد-القناة الثانية" وخصوصا المادتين 3.49 و72 منه ؛  
وبناء على طلب التوضيحات الموجه من طرف الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري إلى شركة "صورياد-القناة الثانية" بتاريخ 06 غشت 2015 قصد الإدلاء بملاحظات بخصوص ما تم تسجيله من عدم احترام شروط إدراج الإشهار ؛  
وبناء على جواب شركة "صورياد-القناة الثانية" المتوصل به بتاريخ 02 شتنبر 2015 ؛  
وبعد الإطلاع على المستندات المتعلقة بالتحقيق الذي أنجزته المديرية العامة للاتصال السمعي البصري ؛  
وبعد المداولة :

حيث إنه، في إطار مهمة تتبع البرامج التي تبثها الخدمات السمعية البصرية، سجلت الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري مجموعة من التجاوزات المهمة والمتكررة، على الخدمة التلفزيونية "القناة الثانية" للأسقف والحدود المسموح بها لإدراج الإشهار حسب مقتضيات دفتر تحملات شركة "صورياد-القناة الثانية"، وخاصة تلك المتعلقة بالحد الأقصى للمدة الزمنية الإجمالية للوصلات الإشهارية خلال ساعة مسترسلة والحد الأدنى

للمدة الفاصلة بين وصلتين إشهائيتين، وكذا الحد الأقصى لكل وصلة إشهائية، وذلك خاصة خلال الفترة الممتدة بين 18 يونيو و09 يوليوز 2015 الموافق لفتح إلى 22 رمضان 1436 ؛

وحيث إن المتعهد بث، على سبيل المثال، يوم 18 يونيو 2015، وصلتين إشهائيتين فصلت بينهما مدة لم تتجاوز 11 ثانية ووصلتين، يوم 24 يونيو 2015، لم تتجاوز مدة الفاصل بينهما 26 ثانية ؛

وحيث إن المتعهد بث يوم 18 يونيو 2015 أكثر من 24 دقيقة كملة إجمالية للإشهار خلال ساعة مسترسلة واحدة، كما بث يوم 24 يونيو 2015 أكثر من 25 دقيقة كملة إجمالية للإشهار خلال ساعة مسترسلة واحدة؛

وحيث إن المتعهد بث خلال الفترة الممتدة بين 18 يونيو وفتح يوليوز 2015، 6 وصلات إشهائية تجاوزت السقف الزمني المسموح به للوصلات الإشهائية؛

وحيث تنص المادة 3.49 من دفتر تحملات شركة "صورياد-القناة الثانية" على أنه: " (...). في التلفزة، يتوجب أن تفصل فترة لا تقل عن (20) عشرين دقيقة بين وصلتين إشهائيتين متتاليتين (...). لا يمكن أن تتجاوز مدة الوصلة الإشهائية ست (6) دقائق في التلفزة.؛

بالنسبة لساعة مسترسلة من الزمن (*heure glissante*)، لا يمكن أن تتجاوز المدة الإجمالية للوصلات الإشهائية 16 دقيقة في التلفزة، إلا أنه يمكن تجاوز هذا السقف خلال شهر رمضان في حدود 18 دقيقة (...)" ؛

وحيث وجّهت الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري طلبا لشركة "صورياد-القناة الثانية"، بتاريخ 06 غشت 2015، قصد الإدلاء بتوضيحاتها بخصوص ما تم تسجيله من تجاوزات متكررة، وذلك وفق جرد مفصل للإخلال بالمقتضيات المتعلقة بالمادة الإشهائية تم إبلاغها به ؛

وحيث إن الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري توصلت بتاريخ 02 شتنبر 2015 برسالة شركة "صورياد القناة الثانية" تعرض من خلالها مجموعة من المعطيات حول الملاحظات المسجلة سلفا؛

وحيث إن المادة 72 من دفتر تحملات شركة "صورياد-القناة الثانية" تنص على أنه: "دون الإخلال بالعقوبات الأخرى المنصوص عليها في القانون والنصوص التنظيمية، يمكن للهيئة العليا أن تقر عقوبة مالية يتعين تحديد مبلغها حسب جسامة الإخلال المقترف، دون أن يتجاوز نسبة 0,5% من رقم المعاملات الإشهائية خارج الرسوم والمحقق خلال آخر سنة مالية من طرف الشركة.

إلا أنه وعندما ينجم عن الإخلال تحقيق ربح غير مشروع من طرف الشركة، يمكن للهيئة العليا أن تحدد عقوبة مالية تساوي، على أقصى تقدير، ضعف الربح المحقق بطريقة غير مشروعة. ولهذا الغرض يتعين على الشركة أن تضع رهن إشارة الهيئة العليا جميع الوثائق والمعلومات الضرورية حول الربح الناجم عن الإخلال. وفي حالة العود، يمكن أن يبلغ قدر العقوبة المالية ثلاثة أضعاف الربح غير المشروع الناجم عن الإخلال."

وحيث إنه يتعين، تبعا لذلك، واعتبارا لعدد التجاوزات وحجمها، اتخاذ ما يلزم في حق المتعهد ؛  
لهذه الأسباب :

1- يصرح بأن شركة "صورياد-القناة الثانية" خرقت مقتضيات دفتر التحملات في ما يخص الالتزامات المتعلقة بشروط إدراج الإشهار التالية :



- الحد الأقصى للمدة الزمنية الإجمالية للوصلات الإشهارية خلال ساعة مسترسلة ؛
- الحد الأدنى للمدة الفاصلة بين وصلتين إشهاريتين ؛
- الحد الأقصى لكل وصلة إشهارية.

2- يقرر تطبيق عقوبة مالية على شركة "صورياد-القناة الثانية" قدرها مليونين وتسعة مائة وتسعة وثمانون ألفا وخمس مائة وواحد درهم وخمسة وعشرون سنتيما (2.989.501,25 درهم) ، تؤدي داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ هذا القرار للشركة ؛

3- يأمر بتبليغ قراره هذا إلى شركة "صورياد-القناة الثانية" وينشره في الجريدة الرسمية.

تم تداول هذا القرار من طرف المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري خلال جلسته المنعقدة يوم 15 من محرم 1437 الموافق لـ (27 أكتوبر 2015)، بمقر الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري بالرباط، بحضور السيدة أمينة لمريني الوهابي، رئيسة، والسيدتين والسادة راجحة زدكي وفوزي صقلي ومحمد كلاوي ومحمد عبد الرحيم وبوشعيب أوعبي وخديجة الكور، أعضاء.

الفقرة الثانية : الإطار القانوني :

تناول المشرع المغربي الإشهار في مجموعة من النصوص القانونية نذكر منها :

1) القانون رقم 77.03 المتتم بالقانون رقم 83.13، والذي عرف الإشهار بأنه "أي شكل من أشكال الخطابات المذاعة أو المتلفزة ولاسيما بواسطة صور أو رسوم أو أشكال من الخطابات المكتوبة أو الصوتية التي يتم بثها بمقابل مالي أو بغيره، الموجهة لإخبار الجمهور أو لاجتذاب اهتمامه إما بهدف الترويج للتزويد بسلع أو خدمات، بما فيها تلك المقدمة بتسمية فنتها في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو تقليدي أو فلاحي أو مهنة حرة وإما للقيام بالترويج التجاري لمقولة عامة أو خاصة".

واشترط أن تبث البرامج الإشهارية بالعربية أو بالأمازيغية أو باللغات المغربية إذا كانت موجهة للجمهور المغربي. وفي هذا الإطار يمكن القول أن فرض اللغة الرسمية على مضمون الإعلانات الإشهارية في البلد الذي يتم فيها نشرها أو إصدارها، يعد حماية قانونية للمستهلك بالمعنى الحقيقي، لاسيما وأن الأفراد ليسوا على مستوى واحد من التعليم والثقيف، فليس كل مستهلك يحسن فهم لغات أخرى غير لغة بلده الأصلي، وبما أن المبدأ نفسه يطبق من الناحية العملية على العلاقة التي تربط ما بين الإدارة والمواطن، فإن ذلك لا يمنع من تطبيقه على كافة الممارسات الاقتصادية الداخلية لأي دولة، خاصة في دول العالم الثالث، ما دام أن نسب الأمية تتفاوت بشكل خطير من منطقة إلى أخرى.

كما عرف الإشهار غير المعلن عنه والإشهار الممنوع وذلك في المادة الثانية منه، واعتبر إشهارا ممنوعا الإشهار الذي يتضمن إساءة للمرأة أو ينطوي على رسالة من طبيعتها بث صور نمطية سلبية أو تكرر دونيتها أو تدعو للتمييز بسبب جنسها، وكذلك الوصلات الإشهارية التي تعرض السلامة الذهنية والجسمية

والأخلاقية للأطفال والمراهقين للخطر، بالإضافة إلى صور أخرى من الإشهار الممنوع والتي لا يتسع المجال هنا لذكرها كلها.

ولمراقبة مدى احترام مقتضياته، أوجب هذا القانون على متعهدي الاتصال السمعي البصري أن يضعوا رهن إشارة الهيئة العليا للمعلومات أو الوثائق الضرورية للتأكد من احترامهم للالتزامات المفروضة عليهم بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية وكذا بموجب دفاتر تحملاتهم.

ومنع في مادته 67 الخطابات الإشهارية التي تحتوي بطريقة صريحة أو بأي إحاء ضمني، سواء بواسطة صور أو أقوال، على مظاهر العنف أو مظاهر منافية للأخلاق الحميدة وللنظام العام أو على عناصر يمكن أن تشجع على التجاوزات أو التهور أو الإهمال أو على عناصر يمكنها أن تمس بالاعتقادات الدينية أو السياسية للعموم أو على عناصر تستغل قلة خبرة وسذاجة الأطفال والمراهقين.

كما منع في المادة 68 كل إشهار سمعي بصري كاذب أو مضلل يحتوي على ادعاءات أو بيانات أو تقديمات مغلوطة من شأنها أن توقع الغير في الخطأ.

(2) القانون رقم 84.12 المتعلق بالمستلزمات الطبية الذي خصص الفرع الثالث منه للإشهار المتعلق بالمستلزمات الطبية، والذي نص على أن الإشهار يجب ألا يكون خادعا وألا يمس بحماية صحة الأشخاص، وأن تكون كل المعلومات المضمنة في الإشهار صحيحة ومحينة ومطابقة للقوانين الجاري بها العمل في مجال الإشهار.

(3) القانون رقم 15.91 المتعلق بمنع التدخين والإشهار والدعاية للتبغ في بعض الأماكن، حيث منع في الباب الثالث منه إشهار التبغ في البرامج الإذاعية والتلفزية وكذا في الصحف، كما منع إظهار أي اسم أو نوع أو علامة إشهار للتبغ داخل الملاعب الرياضية.

لقد حاول المشرع المغربي من خلال القوانين المذكورة أعلاه وغيرها تنظيم الإشهار ووضع ضوابطه بغية تحقيق التوازن في العلاقات الاستهلاكية، إلا أن أهم قانون تناول الإشهار هو القانون رقم 31.08 الذي يعد في واقع الأمر بمثابة المظهر الحقيقي لحماية المستهلك، وهو ما سنتطرق له في المبحث الموالي.

**المبحث الثاني : مظاهر حماية المستهلك من مخاطر الإشهار :**

**المطلب الأول : الضوابط القانونية للإشهار في القانون 31.08 :**

**الفقرة الأولى : الإشهار كممارسة تجارية :**

لم يعرف المشرع المغربي الإشهار أو الإعلان في القانون رقم 31.08 الصادر سنة 2011، وإنما اكتفى بالتنصيص في المادة 21 من الباب الأول من القسم الرابع على ما يلي: "دون المساس بمقتضيات المادتين 2 و7

من القانون المتعلق بالإشهار السمعي البصري يمنع كل إشهار يتضمن بأي شكل من الأشكال ادعاء أو بيانا أو عرضا كاذبا".

وقد تدخل الفقه وأعطى تعريفات مختلفة للإشهار، ولعل أهم تعريف يمكن إيرادها في هذا الصدد هو: " الإشهار جهد غير مباشر عن طريق إحدى وسائل الاتصال العامة بمقابل لعرض وترويج الأفكار أو السلع أو الخدمات ويفصح فيها عن شخص المعلن".

والإشهار يعتبر إحدى وسائل إعلام المستهلكين لهذا منع المشرع أن يكون إعلاننا مضللا أو كاذبا تجنبنا للإخلال بمبدأ شرعية المنافسة. ولا أحد يشك بأنه في مجال الإعلان التجاري يصعب أن يكون الإشهار صادقا لعله أنه وإن كانت الأوصاف التي ينعت بها المهني السلعة أو الخدمة التي يرغب في تقديمها للمستهلكين صادقة في ذاتها فهي لا تقدم خصائص السلعة أو الخدمة بإيجابياتها وسلبياتها، لذلك لا بد من طرح السؤال التالي: ما هي الحماية التي وفرها المشرع المغربي للمستهلك من الإشهار الكاذب أو المضلل؟

فالرجوع إلى المواد المنظمة للإشهار خاصة المادتين 21 و 23 من القانون رقم 31.08، نجد أن المادة 21 بمثابة أحكام عامة، تؤكد على ضرورة الصدق الكافي والبيان الشافي في كل إشهار خاص بخدمة أو منتج وذلك بتجنب كل ادعاء من شأنه أن يوقع متلقي الرسالة الإشهارية في الغلط، كما منعت المادة 23 استعمال البريد الإلكتروني الخاص بالمستهلك المقترض سواء أكان القرض استهلاكيا أو عقاريا دون إخباره، وقيدت ذلك بالحصول على موافقته المسبقة الحرة والصريحة.

ويعرف البعض الإشهار الكاذب بكونه: "الإشهار الذي ينشر معلومات خاطئة ويؤدي إلى تغييب المستهلك سواء باستعمال الكذب أو غيره من الوسائل التي ذكرها المشرع في المادة 21، وهي الادعاءات أو البيانات أو العروض غير الحقيقية".

فيما يعرفه البعض الآخر بأنه: "الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك".

وباختصار الإشهار الكاذب هو الإشهار الذي يتضمن بيانات أو ادعاءات بإمكانها أن تؤدي إلى إظهار منتج أو خدمة على عكس حقيقتها، سواء بحسن نية أو بدون ذلك، من أجل إيهام المستهلك ودفعه إلى التعاقد.

### الفقرة الثانية : الإشهار في عقود الاستدانة :

أولى القانون رقم 31.08 أهمية خاصة لتقنين الإشهار الخاص بالقروض سواء العقارية أو الاستهلاكية بصفة مستقلة عن باقي المواد التي تعالج الإشهار بصفة عامة، فقد أشارت المادة 76 أن أي إشهار يتعلق بالقروض الاستهلاكية يجب أن يكون نزيها وإخباريا، وأن يتضمن مجموعة من البيانات بما فيها التكلفة الإجمالية للقرض والسعر الفعلي الإجمالي، كما أكدت نفس المادة المذكورة على ضرورة أن يشير كل إشهار

مكتوب بالطابع الثابت أو القابل للمراجعة للسعر الفعلي الإجمالي، ومجموع المبالغ المسددة عن أي استحقاق، وأن تكون هذه المعلومات مكتوبة بحروف لا يقل حجمها عن الحجم المستعمل للإشارة إلى كل معلومة أخرى تتعلق بميزات التمويل ومدرجة في صلب النص الإشهاري.

هذه المادة تقابلها المادة 115 التي نصت على أن الإشهار المخصص للقرض العقاري يجب أن يؤدي وظيفته الإخبارية وأن يتحلى بالنزاهة، وأن يكون أداة لإعلام المستهلك لا الاحتيال عليه.

وقد أوجب البند الأول من نفس المادة المذكورة ضرورة تحديد هوية المقرض وعنوانه، أو مقره الاجتماعي بصورة واضحة ومفهومة بالنسبة إلى المقترض، كما نص أيضا البند الثالث على ضرورة تحديد مدة العملية المقترحة وكذا التكلفة الإجمالية للقرض وسعره الفعلي الإجمالي وهي معلومات إجبارية لا بد من توافرها في الرسالة الإشهارية.

### المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية كجزء لحماية المستهلك من الإشهار :

#### الفقرة الأولى : جريمة الإشهار الكاذب :

الإشهار الكاذب هو الإخبار عن الشيء بخلاف ما هو عليه في الواقع، فهو ادعاء وزعم مخالف للحقيقة، الهدف منه هو تضليل المتلقي عن طريق تزيف الحقيقة أو إصدار تأكيدات غير صحيحة أو غير مطابقة للحقيقة أو ناقصة<sup>1</sup>.

ويؤدي الإشهار الكاذب إلى تضليل المستهلك وإيقاعه في غلط قد يدفعه إلى التعاقد<sup>2</sup>، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في أحد أحكامه حيث اعتبر أن قيام إحدى الشركات ببيع عصير يحمل تسمية « Tang » مع وضع صورة برتقالة على العبوات وفي الإعلانات مما يوحي أنه طبيعي في حين أنه مصنوع بمواد كيميائية بالإضافة إلى السكر، يعتبر نوعا من التضليل ما دامت مكونات العصير كلها اصطناعية، ولا يغير من ذلك قيام الشركة بكتابة المكونات الحقيقية<sup>3</sup>.

كما تظهر الأهمية التي حظي بها الإشهار الكاذب بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك في المادة 21 حيث نجدها تمنع " كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه إذا كان ذلك يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية: حقيقة وجود السلع أو المنتجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيباتها ومميزاتها الأساسية ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأها وكميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وسعرها أو تعريفها وشروط بيعها وكذا شروط أو نتائج استخدامها وأسباب أو أساليب البيع أو تقديم

<sup>1</sup> - أحمد أبران، حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة والخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، وجدة، سنة 2000، ص44

<sup>2</sup> - Didier Ferrié, la protection des consommations, Dalloz 1996, p:41

<sup>3</sup> - Gérard cas, la défense du consommateur, presse universitaire de France, 2<sup>ème</sup> édition, 1980, p:44

الخدمات ونطاق التزامات المعلن وهوية الصناع والباعة والمنعشين ومقدمي الخدمات أو صفتهم أو مؤهلاتهم".

غير أن هذا يبقى غير كاف أمام التطور السريع الذي يشهده عالم التجارة والصناعة، بظهور أشكال متعدد من الإعلانات التجارية أحدثها الإشهار عن طريق المقارنة<sup>1</sup>، وفي نفس السياق جاء في حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء<sup>2</sup> "وحيث أن المحكمة بعد اطلاعها على الشريط المدلى به ومعاينتها لما تضمنه الإشهار موضوعه تبين لها أن هذا الإشهار تضمن فعلا مقارنة بين منتوجين من زيت الذرة، وأنه لئن كانت القنينة موضوع المقارنة مغطاة بستار إلكتروني، إلا أن شكلها المميز واللون الأصفر للغطاء الذي تضمنته وكذا التلميح إلى رسم الذرة الواردة بها والتي تنفرد بها الشركتان طرفا النزاع دون غيرها عن باقي المنافسين في السوق المغربية كلها معطيات لا تدع مجالا للشك في كون المقصود في الإشهار هو قنينة زيت عافية.

وحيث إنه إذا كان الإشهار حقا معترفا به قانونا لكل منافس بهدف التعريف بمنتجاته ومميزاتها وخصائصها، عن غيرها من المنتجات المماثلة المعروفة في السوق، فإن ذلك يجب ألا يخرج عن نطاق أخلاقيات التجارة.

وحيث إن الإشهار موضوع الدعوى تضمن تلميحا صريحا لمنتوج المدعية، بهدف ترسيخ انطباع سيئ عن هذا المنتوج والتشهير به أنه منتوج يشتمل على بيانات كاذبة وأن من شأن ذلك المس بمصداقية الشركة المدعية في السوق والإساءة إلى سمعتها وتحويل الزبناء عن منتوجاتها وانصرافهم عنها كنتيجة حتمية للإشهار المذكور، وهو ما يجعله يدخل في نطاق الإشهار الممنوع... ولهذا الأسباب حكمت المحكمة... الأمر بإيقاف بث الإشهار موضوع الدعوى... ونشر الحكم بعد صيرورته نهائيا في جريدتين من اختيار المدعية وعلى نفقة المدعى عليها...".

ويقوم الركن المادي لجريمة الإشهار الكاذب عندما يقع على عنصر واحد أو أكثر من العناصر الواردة في المادة 21 من القانون رقم 31.08 المذكورة أعلا.

أما العنصر المعنوي المتمثل في توافر القصد الجنائي، فيتحقق في جريمة الإشهار الكاذب من خلال إيهام وتضليل المستهلك بأنواع وأصناف البضائع والخدمات أنها ذات مواصفات ومميزات معينة وهي ليست كذلك.

### الفقرة الثانية: العقوبات الجزائية

نشير بداية إلى أن ضبط المخالفات يكلف به، إلى جانب ضبط الشرطة القضائية، الباحثون الحلفون المنتدبون خصيصا لهذا الغرض من قبل الإدارة المختصة، ويترتب على إثبات المخالفات تحرير محاضر توجه إلى

<sup>1</sup> - Didier Fériér , op.cit, p : 40

<sup>2</sup> - المحكمة التجارية بالدار البيضاء، حكم عدد 2006/72، بتاريخ 2006/1/2 في ملف تجاري رقم 2005/16/2879، بين شركة صافولا وشركة لوسيبور كريستال.

وكيل الملك المختص داخل أجل لا يتعدى 15 يوما من تاريخ إتمام البحث، مع ما يترتب عن عدم التقيد بهذا الأجل من متابعات تأديبية.

والجدير بالذكر أن مقتضيات القانونية التي وضعها المشرع المغربي في مختلف المجالات على العموم وفي قانون حماية المستهلك لن تكون أكثر تطبيقا إلا بإعمال مقتضيات زجرية لكل إخلال بها.

وفي هذا السياق تضمن القانون رقم 31.08 مقتضيات زجرية تطبق على مخالف للنصوص المتعلقة بالإشهار وهي كالتالي :

- بالنسبة للمادتين 21 و 22 اللتان تعالجان بصفة عامة الإشهار الكاذب والإشهار المقارن، فالعقوبة على مخالفتها محددة في المادة 174 في غرامة من 50000 إلى 250000 درهم، ويمكن رفع المبلغ الأقصى للغرامة إلى نصف نفقات الإشهار المكون للجنة. وإذا كان المخالف شخصا معنويا فيعاقب بغرامة تتراوح بين 50000 و 1000000 درهم.
- وبالنسبة للمادتين 23 و 24 المتعلقتين بالإشهار عن طريق خدمة الاتصالات والبريد الإلكتروني، فمخالفة أحكامهما نصت عليها المادة 176 بحيث حددت العقوبة في غرامة تتراوح بين 10000 و 50000 درهم، مع إمكانية الأمر من المحكمة بنشر وتعليق الحكم الصادر بالإدانة.
- أما فيما يخص الإشهار المتعلق بعقود الاستدانة، فقد عاقبت المادة 187 بغرامة تتراوح بين 6000 و 20000 درهم المعلن الذي يبيث لحسابه إشهار غير مطابق لأحكام المادتين 76 و 101، مع إمكانية أن تأمر المحكمة بنشر أو تصحيح الإشهار أو بهما معا على نفقة المحكوم عليه.
- كما عاقبت المادة 189 المعلن الذي يبيث لحسابه إشهار بموافقه غير مطابق لأحكام المواد 115 و 116 و 136 بغرامة من 30000 إلى 200000 درهم، مع إمكانية أن تأمر المحكمة بتعليق حكمها أو نشره على نفقة المحكوم عليه بالكيفية التي تقررها.

#### خاتمة :

وعيا منه بأهمية حماية المستهلك وحقوقه، يحاول المغرب السير في ركب الدول التي أحرزت السبق في هذا المجال، ولعل الاهتمام المتزايد بإصلاح وتتميم القوانين في هذا المجال، وإخراج قانون استهلاكي مغربي على غرار فروع القانون الأخرى دليل على ذلك.

غير أن هذه الحماية لاتزال قاصرة وتعاني من الضعف نتيجة الشتات الذي تعرفه في النصوص القانونية، وكذا عدم مواكبتها لما يشهده العالم من تطور في الإنتاج ومرافقه من تزايد هائل للسلع والخدمات المعروضة للاستهلاك بمختلف أصنافها، بالإضافة إلى تزايد المخاطر المرتبطة بالصناعات الاستهلاكية، كالمواد المعدلة وراثيا، والإشهار عن طريق شبكة الأنترنت.

من هذا المنطلق كانت نرى ضرورة تفعيل دور جمعيات حماية المستهلك من خلال التعاون بينها وبين المصالح المختصة للإبلاغ عن أي محاولة لترويج بضائع غير سليمة أو سلع مغشوشة.

❖ لائحة المراجع :

- جواد الغماري : جرائم الغش في البضائع، المجموعة المغربية للصحافة والنشر، الطبعة الأولى، 1988.
- الحسين بلحساني : أساس الالتزام بتبصير المستهلك ومظاهره، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 4 سنة 2001.
- عزيز فيدة : الحماية الجنائية للمستهلك على ضوء قانون 31.08 السنة الجامعية 2012/2013.
- أحمد أبران: حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة والخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، وجدة، سنة 2000.
- مهدي منير : المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، 2004\_2005.
- Didier Ferrié, la protection des consommations, Dalloz 1996.
- Gérard cas, la défense du consommateur, presse universitaire de France, 2<sup>ème</sup> édition, 1980 .

## نظرة على التحليل الاقتصادي للقانون



رضوان قويح : باحث بسلك الدكتوراه

مخبر الدراسات القانونية والاجتماعية

كلية الحقوق ، جامعة محمد الأول - وجدة

الملخص :

إذا كانت مساهمة الاقتصاديين في القانون محصورة في نطاق ما يسمى بالقانون الاقتصادي (كقانون المنافسة؛ القانون الضريبي؛ القانون البنكي...) وهو المتعارف عليه اليوم في دول الأنظمة المدنية، فإن مقارنة التحليل الاقتصادي للقانون في النظام لأنجلو-ساكسوني تعتبر أكثر طموحاً؛ حيث تنطلق من فرضية أن الأدوات التحليلية المستخدمة لفهم القانون الاقتصادي يمكن تطبيقها على فروع القانون الأخرى.

### Résumé :

Si la contribution des économistes au droit se limite au champ d'application du droit dit économique (comme le droit de la concurrence; le droit fiscal; le droit bancaire ...) qui est monnaie courante aujourd'hui dans les pays du système civil, alors l'approche de l'analyse économique du droit dans le système anglo-saxon est jugée plus ambitieuse. Il part du principe que les outils d'analyse utilisés pour comprendre le droit économique peuvent être appliqués à d'autres branches du droit.



## مقدمة :

«[...] على رقعة الشطرنج الكبرى التي تضم المجتمع الإنساني، لكل قطعة مفردة قانوناً حركياً خاصاً بها يحكمها، مُختلف تماماً عن القانون الذي ترتبي الجهة التشريعية أن تفرضه عليها. فإن توافق كلا القانونين وعملاً في نفس الاتجاه، فإن لعبة المجتمع الإنساني ستستمر بسلاسة وتناغم، وأغلب الظن أن اللعبة ستكون ناجحة وسعيدة. أما إن كانا متعارضين أو مختلفين، فستسير اللعبة على نحو بائس، وستجد المجتمع في كل الأوقات في أشدّ درجات الاضطراب»<sup>1</sup>.

يُحيل مضمون هذه السطور على طبيعة العلاقة بين الممارسة الاقتصادية للأفراد التي تنزع نحو التحرر ومختلف القوانين المؤطرة لهذه الممارسات والميالة إلى تقييدها. قد يبدو الاتصال والانفصال<sup>2</sup> بين القانون والاقتصاد تارة؛ والتعايش الثنائي بينهما تارة أخرى، حقيقة لا خلاف فيها، ولا ينفي وجودها المراحل التي مرت بها بين السكينة والشدّة، أو الخفاء والوضوح. حقيقة يمكن أن تُختصر في مفهومي الحق والحرية، وفق معادلة بسيطة قوامها: تعامل اقتصادي بين الأفراد كظاهرة اجتماعية: «الحق»؛ ومن ثم تنظيم تشريعي لهذه الممارسة الاقتصادية ضمن ضوابط واضحة مؤطرة لها: «الحرية»؛ رغبة من القانون في الوصول إلى اقتصاد منضبط يحافظ على حقوق الأفراد وحرّياتهم<sup>3</sup>، الأمر الذي يشكل الهم الرئيسي للقانون، دون أن يمثل ذلك بالضرورة ذات الأمر بالنسبة للاقتصاد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> [...] in the greatness-board of human society, every single piece has a principle of motion of its own, altogether different from that which the legislature might choose to impress upon it. If those two principles coincide and act in the same direction, the game of human society will go on easily and harmoniously, and is very likely to be happy and successful. If they are opposite or different, the game will go on miserably, and the society must beat all times in the highest degree of disorder.»، Adam Smith، «The theory of moral sentiments»، Vol. 1. J. Richardson، 1822، pp. 272-273.

<sup>2</sup> في هذا الاتصال والانفصال يُراجع: محمد شيلح، «القانون والاقتصاد بين الانفصال والاتصال»، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد الثاني، 2009، ص. 19.7.

<sup>3</sup> محمد عرفان الخطيب، «التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعد": دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية»، مجلة كلية القانون الكويتية، السنة 7، العدد 1، مارس 2019، ص. 123.

<sup>4</sup> يلاحظ في المغرب منذ توقيعه على اتفاقية التجارة الحرة اعتماده على خطاب قانوني مغلف بلغة اقتصادية، وهو أمر مستجد في قواعد صياغة النصوص في ظل نظام قانوني محافظ، ويظهر غلو المفاهيم الاقتصادية في مجموعة من النصوص القانونية، فمثلاً قانون صعوبات المقاول (ملاحظة ذ. عبد الرحيم شميعة، «إجراءا الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاول طبقاً للقانون رقم 81.14»، مطبعة وراقعة سجلماسة، ص. 14) انطلاقاً من عنوانه يتحدث عن المقاول وهو مفهوم غريب عن الأنساق القانونية في أحكام القانون التجاري المغربي وتم التطرق فيه للعديد من المفاهيم المرتبطة به من قبيل الصعوبات والأصول والخصوم والموازنة الاقتصادية ومخطط التفويت وأحسن العروض وغيرها من المصطلحات ذات الدلالة الاقتصادية. بالإضافة إلى قوانين أخرى من قبيل قانون حماية المستهلك (ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص. 1072)؛ قانون حرية الأسعار والمنافسة (ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014) بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 6276 الصادرة بتاريخ 26 رمضان 1435 (24 يوليو 2014)، ص. 6077).

حتى وقت قريب كانت مساهمة الاقتصاديين في القانون محصورة في مجالات ذات دلالات اقتصادية واضحة<sup>1</sup>: قانون المنافسة، القانون الضريبي، القانون البنكي... إلخ. لقد شهدنا بالتالي ظهور فرع جديد من القانون وهو القانون الاقتصادي<sup>2</sup>، حيث يجمع بين دفتيه قوانين التدخلات المختلفة للدولة في الاقتصاد بالإضافة إلى قوانين الشركات<sup>3</sup>. ففي فرع القانون هذا يكتسي تحديد النتائج الاقتصادية لقواعد القانون أهمية قصوى؛ فقانون الضرائب غير الفعال مثلاً سيكون مدمراً للدولة.

في هذه الصفحات، محاولة إلقاء نظرة على قراءة للقانون مستوحاة من المفاهيم الاقتصادية، في الولايات المتحدة هي موضوع تيار فكري يسمى بـ«التحليل الاقتصادي للقانون» أو «القانون والاقتصاد»<sup>4</sup>. ويعتبر التحليل الاقتصادي للقانون أكثر طموحاً (Plus ambitieuse)<sup>5</sup> حيث ينطلق من فرضية أن الأدوات التحليلية المستخدمة لفهم القانون الاقتصادي<sup>6</sup> يمكن تطبيقها أيضاً على فروع القانون الأخرى<sup>7</sup>.

على الرغم من أنه يُكفي في المرحلة الراهنة كعلم تقريبي («Science approximative»)، إلا أن التحليل الاقتصادي للقانون، الذي نادراً ما يطلق عليه بـ«اقتصاد القانون» يجب مقارنته بالبرغماتية القانونية. بالفعل، فكلاهما يعتبر أن القانون ليس مجرد غاية في حد ذاته وإنما وسيلة<sup>8</sup>، وبمفهوم أكثر دقة هو وسيلة لـ«الهندسة الاجتماعية»<sup>9</sup> بتعبير روسكو (Roscoe Pound)<sup>10</sup>. في هذا الجانب يلتقي التحليل الاقتصادي للقانون مع فكر ماركس (Karl Marx)<sup>11</sup>؛ كونه لا يكتفي بوصف وشرح وتأويل الواقع بل يتعداه إلى محاولة

<sup>1</sup>EjanMaakay, «La règle juridique observée par le prisme de l'économiste: une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit», Revue internationale de droit économique, 1986, p. 3. (pp. 43-88)

<sup>2</sup>هو وليد نظرة أكثر معاصرة لجانب من الفقه، يعتبر أنه أصبح من المستحيل دراسة القانون التجاري دون الاهتمام بالحقائق التي يثرها علم الاقتصاد. لأن هناك جوانب أساسية توجد في مجالي القانون التجاري وعلم الاقتصاد: مثل الشركات، التركيز الاقتصادي، المنافسة، الائتمان، الأوراق التجارية، التأمين وصعوبات المقاول... وهو ما يعني أن الأمر يتعلق إذن بقانون اقتصادي تتواجد فيه بعض مسائل القانون التجاري التقليدي ومواد اقتصادية مجاورة.

Mohammed Drissi Alami Machichi, «Droit commercial fondamental au Maroc», Imprimerie de Fédala - Rabat, 2006, p. 18.

<sup>3</sup>بشأن تسرب المعطى الاقتصادي إلى التنظيم القانوني لشركة المساهمة يُنظر: عزيز إطوبان، «التحليل الاقتصادي لمصلحة شركة المساهمة»، مجلة المحاكم المغربية، العدد المزدوج 134.133، يناير. مارس 2012، ص. 8549.

<sup>4</sup>ليس القانون الاقتصادي بالمعنى الذي أشرنا إليه أعلاه.

<sup>5</sup>في هذا يرى ذ. محمد شيلح (مرجع سابق، ص. 14) بأن القانون الاقتصادي ما هو إلا مقترح منهجي يصطلح عليه أيضاً بالتحليل الاقتصادي للقانون!

<sup>6</sup>مختلف الآراء حول القانون الاقتصادي تعتبر أنه يهتم على الأقل بالتوزيع والمنافسة والاستهلاك. وبالنسبة للمغرب فإن المنافسة والاستهلاك وحدهما محل تنظيم، ولذلك لا يمكن أن نتحدث فيه سوى عن قانون اقتصادي فقيّ أو في مراحله الأولى.

<sup>7</sup>EjanMaakay, «L'analyse économique du droit», Vol. 1, Fondements, Les éditions Thémis et Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 8.

<sup>8</sup>Boris Barraud, «Le pragmatisme juridique», L'Harmattan, 2017, pp. 67-68.

<sup>9</sup>Un moyen d'«ingénierie sociale».

<sup>10</sup>Prune Decoux, «Le droit des livres et le droit en pratique», Clio@Thémis (Revue électronique d'histoire du droit), N°11, 2016, p. 2, <https://www.cliothemis.com/Le-droit-des-livres-et-le-droit-en>

<sup>11</sup>يقول ماركس: «كل ما قام به الفلاسفة في السابق هو تفسير العالم بطرق مختلفة، بيد أن المطلوب تغييره»؛ موضوعات عن فورباخ، رقم 11، نشرها أنجلس لأول مرة في عام 1888 في ملحق لطبعة منفردة لكتابه «لودفيغ فورباخ ونهاية الفلسفة الكلاسيكية الألمانية».

تغييره وتقويمه؛ ومن هنا تنبع أهمية هذه المقاربة بالنسبة للفقه والقضاء والتشريع. فهل نستطيع إذن، انطلاقاً من جذوره وفروعه، فهم شيء من التحليل الاقتصادي للقانون؟ وهل سيجد - أمام عولة القاعدة القانونية- طريقه إلى العمل القضائي وتشريعاتنا الوطنية، ومناهجنا الأكاديمية يوماً؟

بعيدا عن الأسئلة التي قد لا نجد لها جواباً مُقنعاً، سنحاول تناول موضوع التحليل الاقتصادي للقانون بنظرة مُقتضبة<sup>1</sup> على تاريخه ومنهجه وفق ما يلي :

المطلب الأول : تاريخ التحليل الاقتصادي للقانون.

المطلب الثاني : منهج التحليل الاقتصادي للقانون.

المطلب الأول : تاريخ التحليل الاقتصادي للقانون.

إن فكرة الاستعانة بالمفاهيم الاقتصادية لفهم الظواهر القانونية بشكل أفضل ليست وليدة اليوم<sup>2</sup>. وهو الأمر الذي يبدو واضحاً لدى مفكري عصر التنوير الاسكتلندي في نهاية القرن الثامن عشر، ونذكر هنا على سبيل المثال ديفيد هيوم (David Hume)<sup>3</sup>، آدم فيرجسون (Adam Ferguson)<sup>4</sup>، آدم سميث (Adam Smith)<sup>5</sup>. فبالنسبة لهم، لا وجود للانفصال ولا يظهر الاقتصاد إلا كمنهج علمي، وأنه من الممكن الحديث عن الاستخدام الحقيقي للأدوات الاقتصادية<sup>6</sup> لمقاربة القانون.

وعليه سيتم التطرق في هذا الشق من الموضوع إلى نشأة التحليل الاقتصادي للقانون في منبته وهو النظام الأنجلوساكسوني (الفقرة الأولى). ثم تتبع نموه خارج هذا النظام فيما يسمى بالأنظمة المدنية (الفقرة الثانية)؛ وبالأخص في فرنسا نظراً للامتداد التاريخي الكائن بين تشريعها وفقها وقضاءها وبين تشريعنا وفقها وقضاءنا الوطني.

<sup>1</sup> وذلك رغم تشعب الموضوع وتعقيده بالنسبة للباحث في العلوم القانونية؛ وكذا غياب أبحاث باللغة العربية بشأنه.

<sup>2</sup> يرجع أحدهم التفسير الاقتصادي للظواهر القانونية إلى نوع من الجدلية بين مُيولين بشريين عميقين: الرغبة في الانتاج «Le désir de produire» والرغبة في الهيمنة «Le désir de dominer»، إذ يمكن لكل فرد تنمية مصالحه إما باستخدام وسائله الخاصة (موابه، قدرته على العمل، وسائل مكتسبة بشكل سلمي) من أجل انتاج الأشياء والخدمات التي تبذره له قادرة على تلبية احتياجاته؛ أو في الاستيلاء على الوسائل والأشياء التي ينتجها الآخرون. ولقد استمر كلا الاتجاهين في تاريخ الجنس البشري وقد يستمران في الوجود من أجل مستقبل هذا الأخير، وقد يلتقيان بشكل ما بهدف الوضع والتغيير المستمر للقواعد والمؤسسات القانونية. يُنظر في هذا الجانب:

Bouckaert B, « L'analyse économique du droit : vers un renouveau de la science juridique ? », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1987/1 (Vol. 18), pp. 52-53 (pp. 47-61), DOI (Digital Object Identifier): 10.3917/riej.018.0047.

<sup>3</sup> من خلال مقارنته لمفاهيم العدالة والملكية.

<sup>4</sup> يراجع كتابه المعنون بـ«مقالة في تاريخ المجتمع المدني»، ترجمة حيدر حاج اسماعيل، المنظمة العربية للترجمة، 2014. أو في نسخته الأصلية على Google ل books بعنوان : Adam Ferguson, «An Essay on the History of Civil Society», 1767, Transaction Publishers, 1 jan. 1980.

<sup>5</sup> الذي درّس الفقه القانوني ضمن محاضراته في فلسفة الأخلاق بجامعة غلاسكو الأمريكية.

<sup>6</sup> لتحليل الفائدة والتكلفة «Analyse coût-avantage» والاقتصاد القياسي «Econométrie».

## الفقرة الأولى : نشأة التحليل الاقتصادي للقانون في النظام الأنجلوساكسوني :

تعود جذور التحليل الاقتصادي للقانون إلى الولايات المتحدة الأمريكية<sup>1</sup>، حيث يرجع الفضل لمدرسة شيكاغو (نسبة لقسم القانون في جامعة شيكاغو الأمريكية) في تطوير النهج الحديث للتحليل الاقتصادي للقانون بداية من سنة 1960 عبر إصدارها لمجلة القانون والاقتصاد<sup>2</sup>، لتكون بذلك من أبرز وأشهر المدارس في هذا المجال<sup>3</sup>.

قام الأستاذان (Ronald Coase) و (Guido Calabresi) بالأعمال التحضيرية الأساسية للتحليل الاقتصادي للقانون. ففي مقالته المعنونة بـ «بعض الأفكار حول توزيع المخاطر وقانون المسؤولية المدنية»<sup>4</sup> (1961)<sup>5</sup>، يتناقض تحليل (Calabresi) بشأن توزيع المخاطر في قانون المسؤولية المدنية مع المبدأ القانوني للخطأ، ويتم تحليل المسؤولية المدنية من وجهة نظره كأداة وقائية من حيث إدارة المخاطر<sup>6</sup>. في «مشكلة التكلفة الاجتماعية» (1960)<sup>7</sup>؛ طور (Coase) نظرية تسمى الآن باسمه، والتي أصبحت واحدة من المبادئ الأساسية للتحليل الاقتصادي للقانون. تتلخص نظرية (Coase) في أنه ينبغي تحليل عالم القانون من حيث

<sup>1</sup>Rafael Encinas de Munagorri. «L'analyse économique est-elle une source du droit?», RTD Civ.: Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, 2006, pp.505 (pp.505-510). [halshs-02247933](https://halshs-02247933)

<sup>2</sup>«The Journal of Law and Economic»؛ للمزيد من التفصيل حول هذه المجلة يُراجع موقعها الرسمي:

<https://www.journals.uchicago.edu/>

<sup>3</sup>بلخير محمد آيت عودية، «التحليل الاقتصادي للقانون»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 5، مارس 2015، ص. 337 (ص.343.328)  
<sup>4</sup>يشير مصطلح The Law of Torts الإنجليزي إلى قانون الأضرار؛ اخترنا مصطلح المسؤولية المدنية لتقريب المفاهيم مع الأنظمة القانونية السائدة بالمغرب وسائر الأقطار العربية.

<sup>5</sup>CALABRES Guido, «Some thoughts on risk distribution and the law of torts», The Yale Law Journal, 1961, Vol. 70, N° 4, p. 499-553. (HeinOnline -- 70 Yale L.J. 499 1960-1961)

<sup>6</sup>Gabuthy Yannick, «Analyse économique du droit: présentation générale», Économie & prévision, 2013/1 (N° 202-203), p. 2 (pp. I-VIII), DOI: 10.3917/ecop.202.0001.

<sup>7</sup>تقول النظرية المعبر عنها في المقال: أنه في عالم يتسم بمنافسة مثالية، ومعلومات مثالية، وتكلفة المعاملات صفر "Zero transaction costs"، سيكون تخصيص الموارد في الاقتصاد فعالاً وبمناى عن القواعد القانونية المتعلقة بالتأثير المبدئي للتكاليف الناتجة عن العوامل الخارجية. ولهذه النظرية مرتكزين هما: مرتكز الكفاءة "Efficiency" ومرتكز الثبات "Invariance". يراجع في هذا الصدد:

- COASE Ronald Harry, «The problem of social cost», Classicpapers in naturalresourceeconomics. Palgrave Macmillan, London, 1960. p. 87-137, DOI: [https://doi.org/10.1057/9780230523210\\_6](https://doi.org/10.1057/9780230523210_6)

- REGAN Donald H., «The problem of social cost revisited», The Journal of Law and Economics, 1972, vol. 15, N° 2, p. 427-437.

تأثيراتها الاقتصادية<sup>1</sup>، وذلك لغرس بُعد/جانِب من الفعالية الاقتصادية في المؤسسات القانونية. ولم يبرز اسم (Coase) مع هذه النظرية فقط؛ بل أيضا بمقالته الشهيرة حول «طبيعة الشركة (1937)»<sup>2</sup>.

في المقالين المشار إليهما، يتمثل المفهوم الرئيسي في تكاليف/نفقات المعاملات « Transaction Costs»، بمعنى آخر أن لكل تصرف أو واقعة قانونية سواء كانت تجارية، مدنية، إدارية... تكلفة مادية اقتصادية. وقد قدمت مساهمة أخرى هامة من قبل الاقتصادي الأمريكي (Gary S. Becker) الذي حاول تطبيق النهج الاقتصادي على المجالات غير المرتبطة بالاقتصاد أو التجارة أو ما يعرف لدى الاقتصاديين بالمناطق غير المرتبطة بالسوق «Non-market areas». في مقالته حول «الجريمة والعقاب (1968)»<sup>3</sup> قدم مساهمة أخرى أساسية في التحليل الاقتصادي للجريمة؛ من خلال تناوله للتكاليف المختلفة المرتبطة بالجريمة، كتكاليف الأضرار الإجرامية وتكاليف القبض على المجرمين وإدانتهم والتكاليف الاجتماعية المرتبطة بالعقاب. وأخيرا أَلَّف أستاذ القانون (Richard A. Posner)<sup>4</sup> كتاب «التحليل الاقتصادي للقانون (1972)»<sup>5</sup>؛ قدم فيه تحليل منهجي للقانون من حيث آثاره على الفعالية الاقتصادية.

ابتداء من سنوات 1980؛ و نظرا لتطور مواضيع الدراسة وتنوع أدواته وإشكالاته تفرع عن التحليل الاقتصادي للقانون توجّهين: الأول هو اقتصاد القانون المستوحى من الاقتصاد التجريبي «Experimental Law and Economics» والثاني اقتصاد القانون السلوكي «Behavioral Law and Economics»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> يضرب لنا (Coase) مثالا بسيطا حول التأثيرات الخارجية حيث يرى بأن هذه الظاهرة تحدث حينما يُسبب شخص لشخص آخر ضرراً دون أن يدفع الثمن: فمثلا عندما يرعى مزارع ماشيته ويدمر جزءا من محصول المزارع المجاور له. في هذا السياق يُشدد (Coase) على المقارنة بين الثروة التي ينتجها النشاط المولد للعوامل الخارجية والثروة التي لم تُنتج نتيجة لنفس النشاط. فالمزارع الأول "يُسبب" العوامل الخارجية للمزارع الثاني من خلال تدميره المحاصيل، في مقابل المزارع الثاني الذي "يُسبب" العوامل الخارجية للمزارع لأول من خلال منعه من الإنتاج.

Samuel Ferey, «Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine», Deffains, B. & Langlais, E.(éds.), Analyse économique du droit. Principes, 2009, p. 17.

<sup>2</sup>Ronald Harr, «The nature of the firm», *Economica*, New Series, Vol. 4, N<sup>o</sup>. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405, DOI: 10.2307/2626876, <https://www.jstor.org/stable/2626876>

<sup>3</sup>BECKER, Gary S., «Crime and punishment: An economic approach», *The economic dimensions of crime*, Palgrave Macmillan, London, 1968. p. 13-68.

<sup>4</sup>أشارت إليه مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن جامعة شيكاغو بأنه أكثر عالم قانون اقتبس عنه في الأبحاث في القرن العشرين. Fred R. Shapiro, «The Most-Cited Legal Scholars», *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. S1 (January 2000): pp.409-426. <https://doi.org/10.1086/468080>

<sup>5</sup>POSNER Richard A., «Economic Analysis of Law», New York: Aspen, 1972.

<sup>6</sup>Samuel Ferey, op. cit., p. 13.

## الفقرة الثانية : التحليل الاقتصادي للقانون في النظام اللاتيني - فرنسا -

خارج النظام الأنجلوساكسوني<sup>1</sup> وفي أوروبا، شهدت حركة التحليل الاقتصادي للقانون أول ظهور لها في أوائل الثمانينيات في البلدان الناطقة بالألمانية وفي تلك الناطقة بالهولندية<sup>2</sup>. من هناك، وبفضل عمل الجمعية الأوروبية للقانون والاقتصاد<sup>3</sup>، انتشر هذا الاهتمام إلى العديد من البلدان الأوروبية الأخرى. وبالنسبة لفرنسا، فهي مقارنة بجيرانها لا تعرف إلا القليل<sup>4</sup> من المتخصصين في هذا النوع من التحليل على الرغم من الاستعداد الذي أبداه بعض المحامين وبعض السلطات القضائية مثل محكمة النقض لرؤية مثل هذه التحليلات مطبقة<sup>5</sup>.

وقد نظمت محكمة النقض الفرنسية سنة 2004 بالشراكة مع معهد الدراسات السياسية في باريس حلقة محاضرات تحت عنوان «وَجَاهَةٌ التحليل الاقتصادي وفائدته بالنسبة إلى القانون والاقتصاد والعدالة». ودعا فيها رئيسها<sup>6</sup> قضاة محكمة النقض إلى أن يكونوا «قادرين على إدماج التحليل الاقتصادي في الاستدلال

<sup>1</sup> تجدر الإشارة في البداية أن بنية القانون الأنجلوساكسوني تختلف عن بنية القوانين ذات الأصول الأخرى، ذلك أن النظام الأمريكي أو الإنجليزي لا يعترف بتقسيم القانون إلى عام وخاص، وإنما يقسمه إلى «كومن لو» و«عدالة». وفضلا عن اختلاف مفاهيمه ومصطلحاته، فإن مفهوم القاعدة القانونية يدل على غير ما يدل عليه مفهومها في الأنظمة الأخرى، فهي تصدر عن القضاء وهي أقل عمومية وتجريدا، كما أنها خالية من التمييز بين الأمر منها والمتمم، خلافا للقاعدة القانونية في النظام اللاتيني التي تصدر عن المشرع، وهي عامة ومجردة، وهي أمرة أو متممة.

Harlow Carol, «La distinction public-privé dans le système juridique anglais», Politiques et management public, vol. 5, n° 1, 1987, pp. 199-215, DOI: <https://doi.org/10.3406/pomap.1987.1937>

<sup>2</sup> Voir Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, «Analyse économique du droit», Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2<sup>e</sup> éd.), pp. 14-17.

<sup>3</sup> الرابطة الأوروبية للقانون والاقتصاد (EALE) هي أقدم جمعية علمية في مجال التحليل الاقتصادي للقانون. تأسست في جامعة لوند (السويد) في عام 1984 بمبادرة من الأستاذ الراحل (Groan Skogh). عززت (EALE) العلاقات بين الباحثين في القانون والاقتصاد في أوروبا من خلال إنشاء منتدى للمناقشات العلمية وتعزيز نشر القانون والاقتصاد في الأوساط الأكاديمية والدوائر السياسية. للمزيد من التفصيل يُراجع موقعها الرسمي: [/https://eale.org](https://eale.org)

<sup>4</sup> لدرجة أن الأعمال الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون المكتوبة باللغة الفرنسية هي عمل باحثين من الكيبك أمثال Ejan Mackaay و Stéphane Rousseau.

<sup>5</sup> Amin Mohammad and Haidar Jamal Ibrahim, «The Cost of Registering Property: Does Legal Origin Matter?», Empirical Economics, Vol. 42, N° 3 (2012), 1035-1050, <https://ssrn.com/abstract=1287217>

<sup>6</sup> يعتبر (Guy Canivet) أن النهج الاقتصادي إزاء القانون ليس غريباً عن مقاصد الاجتهاد القضائي. فلا يوجد شيء مُستجد جوهرياً في هذا. أولاً، إن تفسير قواعد القانون يتضمن دائماً، بدرجات متفاوتة، البيانات الاقتصادية بنفس الطريقة التي تتضمنها القيم الأخلاقية أو الاجتماعية أو التقنية أو الثقافية. ثانياً، كثيراً ما تستخدم مختلف فروع القانون، بل والقانون المدني، معايير لتقييم السلوكيات الفردية المتواترة، وهي معايير تصنف وفقاً لنتائجها: ومن الواضح أن المرء يفكر في المفهوم الشهير رب الأسرة الصالح «Le bon père de famille» في القانون المدني.

Guy Canivet, «La Pertinence de L'analyse économique du droit: Le Point de vue de Juge», Petites affiches, 19 Mai 2005, No 99, p. 27

القانوني»<sup>1</sup>. وبدعوته إلى أن يتحول إلى قانون أو مصدر له بإدماجه في تعليل الأحكام القضائية، يجد التحليل الاقتصادي بعده المعياري مُكرساً من أعلى قاض في فرنسا<sup>2</sup>.

ورغم ذلك فإن التحليل الاقتصادي للقانون في فرنسا قد تأخر كثيراً، لأن المذهب البراغماتي فيها أقل تطوراً. هذا الوضع يفسر بعوامل ترجع أسبابها إلى الدغمائية<sup>3</sup>؛ أو لأسباب مؤسسية، فالوسط الأكاديمي يهتم أكثر فأكثر بمقاومة التحليل الاقتصادي للقانون، وهو ما يتم تبريره بأن هذا المنهج سيكون ناقلاً للثقافة الإمبريالية الأمريكية، أو وسيلة "لأمركة القانون"<sup>4</sup> لدى الممارسين والفقه. كما أن الفقه الفرنسي يُعرّف نفسه قبل كل شيء بأنه أدبي وله بعض النفور من المعادلات الرياضية، حتى أنه في بعض الأحيان يتم وسم الحساب أو الرياضيات كرمز للإمبريالية الاقتصادية؛ عندما لا تتهم بحمل بذور الفردانية المدمرة للقانون<sup>5</sup>!

ويذهب أحدهم<sup>6</sup> إلى أبعد من ذلك ليعتبر أنه سيكون من المستحيل قريباً، في كليات القانون، الهروب من التحليل الاقتصادي للقانون، وهو أمر بعيد عن اليقين لأن هذا يبقى في الوقت الحالي علماً تقريبياً، سواء من وجهة نظر غاياته، أو من وجهة نظر وسائله.

### المطلب الثاني: منهج التحليل الاقتصادي للقانون :

يسعى أنصار التحليل الاقتصادي للقانون إلى فهم حقيقة القانون وتفسيره، ليس بموجب القانون نفسه أو عن طريق بعض الظواهر الاجتماعية أو السياسية، لكن بفضل تقنيات ومفاهيم العلوم الاقتصادية<sup>7</sup>. وفي

<sup>1</sup> Guy Canivet, «La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique pertinente», *Les Échos*, 1<sup>er</sup> mars 2004.

<sup>2</sup> آلان سوبيو، «الإنسان القانوني: بحث في وظيفة القانون الأنثروبولوجية»، ترجمة عادل بن نصر، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، الطبعة الأولى، 2012، ص. 37.34.

<sup>3</sup> نظراً لهيمنة المنهج المتوني في دراسة القانون، وقد عرف باسم مدرسة "الشرح على المتون" (Ecole de l'exégèse) أو مدرسة التزام النص، لأن فقهاءها يشرحون نصوص التشريع متناً متناً كما يفعل المفسرون في الكتب المقدسة. وهؤلاء الفقهاء يصرون جميعاً عن فكرة واحدة، هي أن النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ولم تفرط فيها من شيء. فليس أمام الفقيه إلا أن يستعرض هذه النصوص، ويفسرهما نصاً نصاً، فإذا أعجزه استخلاص قاعدة منها فليس الذنب في هذا على التشريع، فإنه حتماً يتضمن كل القواعد القانونية، وإنما العيب عيب الفقيه الذي يوفق إلى استخلاص القاعدة من النصوص. عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت باشا، «أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون»، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص. 41.37.

<sup>4</sup> E. Allan FARNSWORTH, «L'américanisation du droit: Mythes ou réalités», *Archives de philosophie du droit*, 2001, pp. 21-28.

<sup>5</sup> « [...] le juriste français se définit surtout comme un littéraire et cultive une certaine aversion pour les équations. Parfois même, le calcul est stigmatisé comme symbole de l'impérialisme économique, lorsqu'il n'est pas accusé de porter les germes d'un individualisme destructeur du Droit [...] ». Rafael Encinas de Munagorri. op. cit., p. 506

<sup>6</sup> Boris Barraud, «L'analyse économique du droit», *La recherche juridique (les branches de la recherche juridique)*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 141.

<sup>7</sup> Ejan Mackaay, «La règle juridique observée par le prisme de l'économiste: une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit», op. cit., p. 43. (pp. 43-88)

هذا الصدد فالمقاربة الاقتصادية هي قبل كل شيء منهج؛ منهج يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالبرغماتية لأنها تؤدي إلى التركيز على تأثيرات معينة ونتائج معينة وعواقب معينة لقواعد القانون.<sup>1</sup>

إنّ أدبيات التحليل الاقتصادي للقانون المنشورة باللغة الإنجليزية لا تكاد تخلو من أيّ تقديم منهجي له<sup>2</sup>، وكذلك تلك المنشورة بالفرنسية. ويظهر أن الأطروحات الكلاسيكية مثل تلك التي كتبها (Posner) تستند إلى فرضية أن المرء يمكن له إدراك هذا المنهج من خلال تحليل مختلف المؤسسات التي تتضمنها النصوص القانونية. وفي هذا السياق عمد الاستاذ (Ejan Mackaay) إلى توضيح أسس منهج التحليل الاقتصادي للقانون من خلال محورين، الأول يتعلق بمستويات التحليل والثاني يتعلق بمراحله وهو ما سيتم تناوله تباعاً.

### الفقرة الأولى : مستويات التحليل الاقتصادي للقانون :

إن أنواع المقاربات التي يقدمها التحليل الاقتصادي للقانون، يلخصها «Friedman»<sup>3</sup> في ثلاث نقاط: فهو أولاً يجعل من الممكن التنبؤ بالآثار التي ستتبعها قواعد قانونية معينة (المستوى الأول)؛ أنه يوضح سبب وجود قواعد قانونية خاصة (المستوى الثاني)؛ ثم يسمح بتحديد القواعد القانونية التي يجب أن توجد (المستوى الثالث). ومن المؤكد أن هذه المستويات الثلاث من التحليل الاقتصادي مرتبطة ببعضها البعض بشكل وطيد.

### أ) المستوى الأول : تحليل تأثير القاعدة القانونية :

على هذا المستوى يساعد التحليل الاقتصادي رجال القانون على تحديد الآثار الرئيسية لتغيير القاعدة القانونية، وهو ما يؤدي أيضاً إلى تحديد آثار القواعد التي لم يطلها التعديل. وفي هذا الصدد أعطى الأستاذ (Ejan Mackaay) مثالين على ذلك<sup>4</sup>، من الضروري ذكرهما، للإقتراب أكثر من فهم هذا المستوى :

المثال الأول؛ أفادت صحيفة «La Presse de Montréal» في عددها الصادر في 2 يونيو 2005 أن سعر الخام يقترب من 55 دولاراً أمريكياً نظراً للاستنزاف السريع لمخزونات النفط المعروفة، ودعا آنذاك البعض إلى تدخل الدولة في الاقتصاد للحد من استهلاك المنتجات البترولية عن طريق سلسلة من القوانين؛ مع أنّ الاقتصاديين شككوا في جدوى هذه السياسات. إن تأثير النفاذ المتوقع للنفط الخام هو ارتفاع سعره بظهور التهديد، ومن الممكن أن يؤدي السعر المرتفع إلى تطوير مصادر أخرى للنفط، مثل رمال النفط الضخمة في «Alberta»، كما أنه يزيد من الاهتمام بالبحث عن أشكال الطاقة الأخرى. يتبع النفط، مثل الموارد الطبيعية

<sup>1</sup>Boris Barraud, «Le pragmatisme juridique», op. cit., pp. 69.

<sup>2</sup>Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, «Introduction à l'analyse économique du droit», Paru dans: Introduction au droit des affaires, Guy Lefebvre et Stéphane Rousseau (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2006, pp. 29-65.

<sup>3</sup>Friedman David D., «Law's Order - What Economics Has to Do with Law and Why It Matters», Princeton, Princeton University Press, 2000, p.15.

<sup>4</sup>Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, «Introduction à l'analyse économique du droit», op. cit., p. 49.



الأخرى التي يستخدمها البشر، المنطق الذي يقضي بالبدء باستغلال المصادر الأكثر وصولاً أو الأسهل في الإنتاج والانتقال إلى مصادر أكثر صعوبة بعد استنفاد ما سبق؛ وكذا تطوير الأساليب الأخرى للاستغلال.

المثال الثاني يتعلق بقضية الإجهاض الذي تم حظره لفترة طويلة، لكن بالنسبة للأثرياء كان الإجهاض متلحاً دائماً، ويتم إجراءه في ظل ظروف طبيّة آمنة مقابل دفع مبالغ كبيرة واعتماد خطاب تضليلي يخفي أعداده الحقيقية ضمن عداد الحالات الاستثنائية المقبولة للضرورة الطبية<sup>1</sup>. أما بالنسبة للطبقات الفقيرة كان الخيار الوحيد هو اللجوء إلى «صانعة الملائكة»<sup>2</sup>، ويتم إجراء العملية في ظل ظروف خطيرة طبيّاً، مع حالات فشل متكررة، وكانت أيضاً عرضة للمتابعة الجنائية. وبالتالي لم يكن تأثير الحظر هو غياب عمليات الإجهاض، بل كان تأثيره هو الوصول لولوج محدود ومكلف من قبل الأفراد لهذه الظاهرة؛ مع تأثير تمييزي ضد الأفراد الأقل حظاً.

وفي هذا المستوى أيضاً يمكن أن نقدم تحليلاً من التشريع الوطني عن تأثير القاعدة القانونية، فالقانون رقم 73.17<sup>3</sup> المتعلق بالإجراءات الجماعية كان له تأثير مباشر<sup>4</sup> على تقدم المغرب في مؤشر سهولة ممارسة الأعمال (Ease of doing business score)<sup>5</sup>، على الرغم من أن هذا القانون لم يقطع أشواطاً مهمة في ميدان الممارسة العملية ليفرز لنا قاعدة بيانات أو إحصائيات دقيقة عن الوضعية الاقتصادية للمقاولات والتجار بعد صدوره، وكذلك لم يحتك بعد بالاجتهاد القضائي؛ وهو ما يمكن أن نطلق عليه بالتأثير الاقتصادي "الشكلي" أو الأولي!

<sup>1</sup> تنبغي الإشارة في هذا السياق أن المشرع المغربي لا يسمح بالإجهاض إلا إذا استوجبه ضرورة المحافظة على صحة الأم طبقاً للفصل 453 من مجموعة القانون الجنائي (ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 الموافق لـ 26 نونبر 1962؛ الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص. 1253، كما تم تعديله)؛ وقد أضافت مسودة مشروع القانون الجنائي حالات أخرى؛ وهي الحمل الناتج عن الاغتصاب وزنا المحارم، وحالة وجود تشوهات خلقية خطيرة وأمراض صعبة تهدد الجنين. مما من شأنه أن يزيد من فرضيات الإجهاض غير القانوني المستترة تحت هذه الحالات القانونية حينما ترتقي هذه المسودة إلى قانون ساري المفعول.

<sup>2</sup> صانعة الملائكة «faiseuse d'anges» أو قاتلة الأجنة، جاء المصطلح من فكرة أن هؤلاء الأطفال الأبرياء سيصبحون ملائكة بعد موتهم. وتقوم بهذه المهمة في الغالب امرأة لإنهاء حمل امرأة أخرى غير مرغوب فيه.

<sup>3</sup> الظهير الشريف رقم 1.18.26، الصادر في 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018) بتنفيذ القانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة فيما يخص مساطر صعوبات المقاول، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص. 2345.

<sup>4</sup> فبعد أن تراجع من الرتبة 67 عالمياً سنة 2012 إلى الرتبة 134 سنة 2018، عاد ليحتل المرتبة 60 سنة 2019. للاطلاع على التقرير يُنظر: Doing Business 2019، «Training for Reform, a World Bank Group flagship publication»، 16<sup>th</sup> Edition, Published: October 31, 2018, p. 5, <https://www.doingbusiness.org>

<sup>5</sup> المعتمد من قبل البنك الدولي؛ وقد تم تغيير اسم المؤشر من ممارسة الأعمال «Doing Business» إلى سهولة ممارسة الأعمال «Ease of doing business score» انطلاقاً من التقرير الأخير لسنة 2019. وذلك ليعكس بشكل أفضل الفكرة الرئيسية لهذا الإجراء، وهي تحديد فعالية التشريعات والاقتصاديات المتعلقة بكل دولة. ومع ذلك فإن عملية تحديد رتبة كل دولة في هذا المقياس بقيت هي نفسها (10 مؤشرات)، مثل مدى سهولة خلق المقاول، والتصدي لصعوباتها من خلال تقييم الوقت والمدة الكافيتين لحل هذه الصعوبات، ومدى سهولة الولوج لمساطر صعوبات المقاول، وتقييم مدى الحماية المقررة للدائنين.

يظهر من خلال الأمثلة السابقة أن التحليل الاقتصادي يقتصر على تحديد بعض النتائج المهمة والامتناع عن إصدار أي حكم أخلاقي؛ على الرغم من أن المعارف عليه كون القاعدة القانونية ذات بعد أخلاقي. ومع ذلك، فإن إبراز هذه التأثيرات يسمح للباحث بتجاوز مستوى التحليل نفسه لإصدار حكم متبصر على أخلاق القاعدة القانونية المعنية.

### ب) المستوى الثاني : تحليل أساس القاعدة القانونية :

في المستوى الثاني، يهدف التحليل الاقتصادي للقانون إلى تسليط الضوء على أساس القواعد التي تتم ملاحظتها في الأنظمة القانونية السائدة. في أي تحليل يسعى إلى نتائج مضبوطة نسبياً؛ يتم الحكم على القواعد من خلال تأثيرها، وبالتالي يمكن للمرء أن يفترض أن التحليل يشير هنا إلى الحصيلة الإيجابية للتأثيرات التي تم الحصول عليها وفقاً للنوع الأول من التحليل. تكمن الصعوبة في وضع قاسم مشترك للتأثيرات ذات الطبيعة المتغيرة جداً والتي يمكن من خلالها إخضاع أفعالها اقتصادياً بما لقيم متغيرة ذاتية. إن المشكلة معروفة في علم الاقتصاد نفسه؛ حينما يتعلق الأمر بتقييم الرفاهية العامة للمجتمع كتركيبة تجمع رفاهية كل فرد على حدى<sup>1</sup>.

أدت الصعوبة إلى نقاش مستمر بين الاقتصاديين، ويمكن اعتباره مكسباً مجتمعياً ذلك التغيير الذي يعطي فائزين دون خاسرين<sup>2</sup> أي تحقيق الرفاهية المثلى دون الإضرار بالآخرين (وهو ما يسمى بمبدأ Pareto). من حيث المضمون، يثير هذا المعيار القليل من الجدل، ما لم يُقل أن الرفاهية الشخصية للأفراد تعتمد على موقعها النسبي بين أقرانها. لكن هذه الفكرة تكاد تستبعد أي تغيير محتمل. إذا كان معيار (Pareto)<sup>3</sup> آثار بعض الجدل من ناحية، فهو ليس قوياً كفاية من ناحية أخرى، لأنه غير قادر على أن يقودنا إلى تقييم حينما يخاطر التغيير بإحداث خاسرين، وهو الحال دائماً. ومن أجل الوصول إلى استنتاجات سياسية عملية، تم اقتراح معيار أقل صعوبة، وعادةً ما يرتبط بأسماء الاقتصاديين البريطانيين (Nicolas Kaldor) و(John Hicks)، والذي بموجبه يشكل التغيير مكسباً لرفاهية المجتمع إذا كان الفائزين يعوضون المتضررين.

<sup>1</sup> يُعتبر «اقتصاد الرفاهية» نظرية اقتصادية تهدف إلى تقييم تطور الأوضاع الاجتماعية وكذا تطور السياسة العمومية. تركز دراسته على الوسائل والمعايير التي يمكن من خلالها الحكم على جودة الأوضاع الاجتماعية ومقارنتها، منهجه غائي بشكل أساسي لأنه يقيّم عواقب السلوك الفردي وعواقب القرارات العمومية على الوضع الاجتماعي.

«L'économie du bien-être est une théorie économique au service de l'évaluation des situations sociales et de la décision publique. Son étude porte sur les moyens et les critères qui permettent de juger et de comparer la qualité des situations sociales. Son approche est essentiellement téléologique en ce qu'elle évalue les conséquences des actions individuelles et des décisions publiques sur les états sociaux». Baujard Antoinette, «L'économie du bien-être est morte. Vive l'économie du bien-être!», Economics Working Paper, Université de Rennes 1, 2011.

<sup>2</sup> فيما معناه أنه عند تغيير أو تعديل قواعد قانونية معينة هناك أفراد يستفيدون منها يمكن اعتبارهم «فائزين» من هذا، في مقابل هناك أفراد يحافظون على مصالحهم كما هي يمكن اعتبارهم «لا خاسرين».

<sup>3</sup> نسبة إلى عالم الاقتصاد الإيطالي فيلريدو باريتو (Vilfredo Pareto)، وتسمى القاعدة القانونية «pareto-optimal» عندما لا يمكن تغييرها دون حتى وضع الفرد في وضع أقل ربحية أو رفاهية مقارنة بذلك التغيير السابق.

وهذا ما فعلته الفقرة الثانية من المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية<sup>1</sup>، حيث فضلت مصلحة الغير المقيد عن حسن نية في الرسم العقاري على مصلحة المالك الأصلي؛ إذ جاء في هذه الفقرة: «إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعمال شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقة داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه». هذا التفضيل، في سياق ما سبق بيانه أعلاه، في نظرنا المتواضع، يعزى إلى الأثر الاقتصادي لهذه القاعدة، فالمقيد عن حسن نية بتقييده يكون قد ساهم في تداول الملكية العقارية وتميئتها عكس المالك الأصلي، كما يُفترض أن له مكنة تعويض هذا الأخير وفق الإجراءات القانونية في حالة عدم ثبوت ملكيته للعقار أو الحق العيني.

هذا المعيار أيضاً ليس واقعياً بما فيه الكفاية<sup>2</sup>؛ لأن التعويض الذي يقدمه مكلف إلى حد ما ولأن تحقيق هذا التعويض يبقى غير مشروع في حالات عدة<sup>3</sup>. وبالتالي، فإن التعديل الإضافي المقترح هو الاحتفاظ برحاجتماعي عندما يتمكن المستفيدين من تعويض المتضررين، واعتبار أنه في المجتمع، يجب أن يمنح التقدم الاقتصادي نفس فرص الكسب للجميع ويجعل غياب التعويض مقبولاً كتبسيط للنظرية (المثير للاستغراب هو أن التحليل الاقتصادي مهتم فقط بزيادة حجم الثروة ويترك مسألة توزيعها خارج مجال تحليلها عموماً). ولكن كيف يمكن بعد ذلك تقييم المكاسب والخسائر في غياب الاتفاقات التي من شأنها تحديد هذه القيم؟ سيتعين بعد ذلك الاعتماد على المعدل أو القيم السوقية وعلى عقلانية الأفراد استناداً للنظرية التفضيالات المعلنة<sup>4</sup>. هذا الإشكال أيضاً مطروح على القاضي أثناء المنازعة، حيث يجب عليه تحديد الأضرار التي لحقت، على سبيل المثال، بحيوان أليف قتل في حادث نتيجة خطأ ما!

ومع ذلك، فقد تم استخدام معيار (Kaldor) و(Hicks) بشكل واسع في الخطاب الاقتصادي القائم على النموذج النيوكلاسيكي كمعيار للحكم على السياسات العمومية. وفي هذا يُقال أن الضوابط الاقتصادية تكون فعالة عندما يتم تحقيق جميع المكاسب حسب مفهوم (Kaldor-Hicks). يسعى الاقتصاديون

<sup>1</sup> القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق لـ 22 نوفمبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 الموافق لـ 24 نوفمبر 2011، ص. 5587، كما تم تميمه.

<sup>2</sup> في النقد الموجه لهذه النظرية يُراجع:

Stringham, Edward Peter, «Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning», (2001). Quarterly Journal of Austrian Economics, Vol. 4, No. 2, pp. 41-50. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1676256>

<sup>3</sup> كما في المثال الذي أوردناه؛ وذلك في حالة إذا كان الغير المقيد سيء النية، فحتى وإن تحققت له وللمجتمع رفاهية من الناحية الاقتصادية فهو يبقى من الناحية الأخلاقية والقانونية تصرف غير مستساغ وبالتالي لا يمكنه تقديم تعويض للمالك الأصلي عنه.

<sup>4</sup> نظرية طرحها الاقتصادي الأمريكي «Paul A. Samuelson» عام 1938، تنص على أن سلوك المستهلك، إذا ظل دخله وثمان السلعة ثابتين، هو أفضل مؤشر على تفضيلاته. يراجع في هذه الفكرة:

Mongin Philippe, «Les préférences révélées et la formation de la théorie du consommateur», Revue économique, volume 51, N°5, 2000. pp.

1125-1152, doi: 10.2307/3503084

عموماً لإثبات أن اتفاقاً ما فعال؛ أو أن أي التغيير يمكن أن يؤدي إلى الفعالية. تم التأكيد على أهمية هذا الطرح من قبل «Posner» الذي أيد، إلى حد ما، في أطروحته حول التحليل الاقتصادي للقانون فعالية قواعد القانون المشترك التقليدي «la common law classique» بالمقارنة مع القانون الخاص الكلاسيكي<sup>1</sup>. ومن وجهة نظر معيارية، يرى (Ejan Mackaay) أنه كان من المستحسن الاعتماد على صياغة قواعد قانونية تكون فعالة لا الانتقال بين نظام قانوني وآخر وهو ما يمكن أن يفسر حسبه بالانحياز لنظام القانون المشترك عبر إثبات فعاليته لا غير<sup>2</sup> !.

### ت) المستوى الثالث : الوصول إلى القاعدة القانونية المرغوبة :

وأخيراً، هناك مستوى ثالث من التحليل، وهو مستوى معياري يسعى إلى وضع مقترحات بشأن القواعد القانونية المعمول بها أو التي يمكن اعتمادها، وهي المهمة التي يضطلع بها الفقه عادة في دول الأنظمة المدنية. وفي إطار التحليل الاقتصادي، يتمثل الأمر فيوضع آثار للقاعدة القانونية وإعطاء تقييم بشأنها. وبطريقة أكثر تحديداً، إنها مسألة تحديد القاعدة القانونية الفعالة<sup>3</sup> وتقييمها لمقارنتها مع القاعدة الحالية السارية المفعول أو القاعدة المخطط لها<sup>4</sup> والتي يمكن أن تكون مجرد مشروع أو مقترح قانون.

### الفقرة الثانية : مراحل التحليل الاقتصادي للقانون :

ينطلق التحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية من وجود بنية محفزة ثم تسطير للأهداف الأساسية ثم زيادة للواقعية وصولاً للدراسة التجريبية.

<sup>1</sup> يشرح «Posner» أنه "بموجب تعريف Kaldor-Hicks للفعالية... إعادة تخصيص الموارد تكون فعالة إذا كانت تمكن الرابحين من تعويض المتضررين، سواء فعلوا ذلك أم لا. وهذا يعادل زيادة الثروة". في هذه المسألة من المهم التأكيد على أن المتضررين ليسوا بحاجة للتعويض. والمعيار هو ببساطة ما إذا كانت مكاسب الفائزين تتجاوز خسائر المتضررين كما تم قياسها بالدولار، على سبيل المثال، إذا كان الذين لا يحتسون الكحول على استعداد لدفع مليار دولار لحظر الكحول؛ وكان استعداد المحتسين للدفع من أجل السماح لهم بالشرب أقل من مليار، فإن السياسة الفعالة ستكون هي الحظر.

«Posner explains, "Under the Kaldor-Hicks definition of efficiency . . . are allocation of resources efficient if it enables the gainers to compensate the losers, whether or not they actually do so. This is equivalent to wealth maximization." It is important to emphasize that the losers do not need to be compensated; the criterion is simply whether the winners' gains exceed the losers' losses as measured in dollars. For example, if teetotalers are willing to pay a billion dollars to have alcohol outlawed and the willingness of drinkers to pay in order to be allowed to drink is less than a billion, then the efficient policy would be prohibition. [...]», Stringham Edward Peter, «Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning», Quarterly Journal of Austrian Economics, Vol. 4, N<sup>o</sup>. 2, 2001, p. 44 (pp.41-50), Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1676256>

<sup>2</sup> Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, «Introduction à l'analyse économique du droit», op. cit, pp. 51-53.

<sup>3</sup> إن مفهوم الفعالية ذو قيمة تقنية إلى حد ما؛ فهو يُشير إلى العلاقة بين أهداف ووسائل الوحدات الإنتاجية والمستهلكة (مثلاً الأفراد، الأسر، المقاولات، الدولة).

«L'efficacité est une valeur plutôt technique. Elle réfère à la relation entre les buts et les moyens des unités productives et consommatrices (par ex. Individus, familles, entreprises, Etat), Bouckaert B, op. cité, p. 58.

<sup>4</sup> Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, «Introduction à l'analyse économique du droit», op. cit, p. 52

## أ) المرحلة الأولى : البنية المحفزة :

إن الخطوة الأولى هي تسليط الضوء على البنية المحفزة للقاعدة القانونية «la structure incitative de la règle». فالقواعد القانونية المختلفة تنطوي على تكاليف مختلفة للمتقاضين. فعلاوة على التحليل المتعلق بارتفاع أسعار النفط وبخطر الإجهاد فوق ما رأينا سابقا. لنأخذ مثالا يقترب أكثر من القانون المدني، قد يتساءل المرء عن تأثير قاعدة إسناد المخاطر في المبيعات، اعتماداً على ما إذا كانت القاعدة القانونية تُنسب خطر الخسارة أثناء البيع إلى البائع أو إلى المشتري<sup>1</sup>، فستختلف الاحتمالات التي سيتخذها كل شخص، وستختلف كذلك التأمينات التي سيعتمدها. وفي هذا تنص فرضية الاختيار العقلاني<sup>2</sup> على أنهم سيتصرفون بطرق تقلل من الأعباء التي يفرضها القانون.

لتتبع هذه التأثيرات، من المفيد مقارنة القاعدة مع نقيضها، كما هو الحال في المثال أعلاه، توزيع عبء المخاطر على البائع، ثم على المشتري. من بين الحالات الأكثر تعقيداً فيتعويضات الأضرار حسب ذ. Ejan (Mackaay)<sup>3</sup>، تلك التي وجدت مكاناً ضمن المادة 1621 من القانون المدني الكيبيكي<sup>4</sup>، إذ بمقارنة ما يسمى بالتعويض العقابي<sup>5</sup> والضرر<sup>5</sup> ومنافع التعويض<sup>5</sup> حدد ما سيفعله الأفراد في كل نظام وتتم مقارنة

<sup>1</sup> يُنظر مثلاً في التشريع المغربي تحمل تبعة الهلاك في عقد البيع الفصول من 493 إلى 497 من قانون الالتزامات والعقود (ظهير 9 رمضان 1331 12) أغسطس 1913) والتعديلات اللاحقة عليه.

<sup>2</sup> تعتبر نظرية الاختيار العقلاني «La théorie du choix rationnel» بديلاً لنظرية الفردية المنهجية «L'individualisme méthodologique»: فهي تحدد براديفم، أي مفهومًا يجمع العلوم الاجتماعية، ويتم تعيينها من خلال ثلاث منطلقات، يفترض الأول أن أي ظاهرة اجتماعية ناتجة عن مزيج من الأفعال أو الاعتقادات أو المواقف الفردية (منطلق الفردية). ووفقاً للمنطلق الثاني، فإن «فهم» أفعال واعتقادات ومواقف الفرد هو إعادة بناء معنى هذه العناصر بالنسبة له، والذي - من حيث المبدأ على الأقل - ممكن دائماً (منطلق الفهم). أما بالنسبة للفرضية الثالثة، فإنها تفترض أن الفرد يلتزم باعتقاد أو يتخذ إجراء لأنه يبدو منطقياً بالنسبة له، وبعبارة أخرى، أن السبب الرئيسي للأفعال والاعتقادات، وما إلى ذلك، يكمن في المعنى الذي يعطيه لهم، بشكل أكثر دقة في أسباب تبنيهم (منطلق العقلانية). يراجع:

Boudon Raymond, «Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique?», Revue du MAUSS, vol. 24, N<sup>o</sup>. 2, 2004, p. 281 (pp. 281-309), <https://doi.org/10.3917/rdm.024.0281>

<sup>3</sup> Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, «Introduction à l'analyse économique du droit», op. cit, p. 52

<sup>4</sup> يتعلق الأمر هنا بحالة الوفاء بمقابل؛ إذ جاء في مضمون هذه المادة أنه عندما ينص القانون على منح تعويض عقابي لجبر الضرر؛ فإن قيمته لا يمكن أن تتعدى ما يكفي لضمان وظيفته الوقائية. ويتم تقييمه من خلال مراعاة جميع الظروف الملائمة. ولا سيما خطورة خطأ المدين أو وضعه المالي أو مدى الجبر الذي يكون مسؤولاً عنه تجاه الدائن، وكذلك، إمكانية تحمل طرف ثالث للتعويض بشكل كلي أو جزئي.

Art. 1621: «Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers», Code civil du Québec CCQ-1991.

<sup>5</sup> بقدر ما "ليس لديها وظيفة تعويضية"، بل تهدف إلى تحقيق هدف ثلاثي وهو العقاب والردع والادانة، فإن التعويضات العقابية ليست جزءاً من المنطق المعتاد في القانون المدني. ربما هذا هو السبب في أن المشرع الكيبيكي كان متردداً في إدخالها ضمن القانون المشترك، كما أن تطبيقها من قبل المحاكم يتوقف على وجود نص خاص.

Mélanie SAMSON, «Les dommages punitifs en droit québécois: tradition, évolution et... révolution?», Revue R.D.U.S., Vol. 42, N<sup>o</sup>. 1-2, 2012, pp. 163-164. (pp. 159-201)

النتائج. يمكن أن يلقي تغيير القاعدة بظلاله على العلاقة بين الطرفين في المفاوضات أو في علاقة طويلة الأمد. يمكن تغيير علاقة كل طرف مع الأغير لتكون أقل أو أكثر فائدة، ويجب أن تؤخذ جميع هذه الآثار في الاعتبار.

### ب) المرحلة الثانية : الأهداف الأساسية :

إنمقارنة النتائج التي تم الحصول عليها انطلاقا من القواعد القانونية المتناقضة وفق المرحلة الأولى تسمح بطرح السؤال حول القاعدة التي تنطوي على أقل التكاليف في مجملها، المشكلة في هذه الصياغة أنها قد توحي بأن القاعدة لها دائما تكلفة، وهذا لا ينطبق إلا إذا افترضنا أن السوق المثالية<sup>1</sup> ممكنة، وهكذا يتم الوصول إلى المستوى الثاني أو الثالث من التحليل الاقتصادي للقانون ( أساس القاعدة؛ القاعدة المرغوب فيها).

وإذا افترضنا أن المشرع حريص على تجنب الهدر، فإن القاعدة التي تنطوي على الحد الأدنى من التكاليف ستكون هي القاعدة الملائمة. وبتحليل العديد من قواعد القانون المدني الكلاسيكيين أن المشرع قد اختار هذه القاعدة في كثير من الحالات. ومن خلال إجراء هذا التحليل للقانون المشترك الكلاسيكي «La common law classique» يتم الوصول إلى هذه الملاحظة في جميع المجالات. يصوغ «Posner» نظرية فعالية القانون الخاص الكلاسيكي بشكل وصفي، ويصف حقيقة القانون بشكل جيد إلى حد ما، وإن لم يكن بشكل كامل حسب ذ. «Ejan Mackaay»<sup>2</sup>. ويمكن قراءة قانون المسؤولية من هذا المنظور على أنه يسعى إلى التقليل إلى أدنى حد من التكاليف المرتبطة بالحوادث: مجموع تكلفة الحادث في حالة وقوعه، وتكلفة التدابير الاحترازية التي تسعى إلى تجنبه، وأخيرا التكاليف المرتبطة بإدارة هذا النظام.

ولتجنب "إعادة اختراع العجلة" في هذه التحليلات، من المفيد الأخذ بعين الاعتبار القراءة المقبولة عموما لمختلف المؤسسات في كتب التحليل الاقتصادي للقانون. ومن المسلم به أن هذه القراءة تمت صياغتها في ظل مؤسسات أنظمة القانون المشترك «la common law» خاصة في الولايات المتحدة. لكن منطق مفاهيم القانون المدني المقابلة ليس بالضرورة مختلفا جوهريا، وبالتالي فمن المناسب أن تؤخذ القراءة التي طورها مؤلفو القانون المشترك كنقطة انطلاق، حتى إذا كان من الضروري تنقيحها أثناء التحليل.

<sup>1</sup> إن نموذج السوق المثالية لدى الاقتصاديين يفترض أربعة شروط:

(1) يتصرف كل فاعل اقتصادي كما لو كانت الأسعار بيانات، وبعبارة أخرى لا أحد من الباعين أو المشترين قوي بما يكفي ليكون قادرا على ممارسة تأثير ملحوظ على الأسعار؛

(2) المنتج متجانس، أي أن له نفس الاستخدام الاجتماعي ويمكن تحديده بشكل مستقل عن بائعه؛

(3) السوق مرنة أو سلسلة: أي حرية دخول وخروج التجار منه وإليه؛

(4) السوق يتسم بالشفافية: لدى الفاعلين الاقتصاديين معرفة كاملة بكميات وخصائص وأسعار المنتجات المعروضة.

Garcia Marie-France, « La construction sociale d'un marché parfait », Actes de la recherche en sciences sociales, Vol. 65, November 1986, La construction sociale de l'économie, p. 4 (pp. 2-13), DOI: <https://doi.org/10.3406/arss.1986.2347>

<sup>2</sup>Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, « Introduction à l'analyse économique du droit », op. cit, p. 53.

### المرحلة الثالثة : الزيادة في الواقعية من خلال مراعاة تكاليف المعاملات :

إن النهج المقترحة حتى الآن تؤدي إلى صورة واضحة ولكنها مبسطة، مثل العالم الخالي من الاحتكاك في علم الفيزياء. مثل أي نموذج، يمكن أن يكون لهذه الصورة قيمة تربوية محددة من خلال تسليط الضوء على بنية المؤسسات التي نسعى إلى فهمها. ولكن لأغراض تحليل السياسات التشريعية أو القضائية، لا بد من إضافة الواقعية. وبالنسبة للتحليل الاقتصادي للقانون، فإن هذا يعني إدخال تكاليف المعاملات، التي تتوافق مع الاحتكاك في نموذج الفيزياء. وتكاليف المعاملات هي جميع التكاليف التي تمنع التبادل المثمر على ما يبدو (بالمعنى الاقتصادي). وهي تشمل تكاليف التنظيم، والبحث، والتفاوض، والرصد، وعدم اليقين، والاحتياطات ضد الانتهازية المحتملة للشريك المتعاقد (في شكل الانتفاع المجاني، والمخاطر الأخلاقية، ...)<sup>1</sup>.

السؤال الأساسي في هذه المرحلة هو تحديد ما إذا كانت القاعدة التي تهدف إلى التحكم في شكل من أشكال تكلفة المعاملة تنجح بشكل عام في تقليل التكاليف، مع مراعاة التكلفة التي تولدها هي نفسها. يمكن للقاعدة التقويمية، على سبيل المثال، أن تتسبب في آثار جانبية كبيرة غير مرغوب فيها. منطوق المسؤولية التقصيرية يفترض مسبقاً أن مسبب الضرر يوضع أمام التكلفة التي يولدها سلوكه بالنسبة للغير، ومع ذلك فإن تكلفة الوصول إلى العدالة يمكن أن تمنع المتضررين من تقديم الدعاوى، كما هو الحال مع العديد من قضايا الاستهلاك؛ وينطبق الشيء نفسه على صعوبة تقديم الأدلة، على سبيل المثال العيوب في الأشياء المعقدة تكنولوجياً. لتصحيح هذا الانحراف، يتم التفكير في التدابير التي تجعل العدالة<sup>2</sup> متاحة بتكاليف معقولة، مثل محكمة للدعاوى ذات القيمة المنخفضة أو اللجوء إلى الدعوى الجماعية. تؤدي هذه الإصلاحات بدورها إلى آثار ثانوية غير مرغوب فيها<sup>3</sup>؛ ولذلك يجب أن تكون هناك مسطرة اختبار لتجنب سوء استعمال أي مؤسسة قانونية.

### ث) المرحلة الرابعة : الدراسات التجريبية :

وهكذا ينتهي التحليل المفاهيمي الذي أجري في المراحل الثلاث الأولى حسب ذ. (Ejan Mackaay)، وللمضي قدماً يجب أن يُفصّل التحليل في شكل فرضيات دقيقة تصلح للدراسات التجريبية، وتتيح المراقبة المنهجية للواقع أن تقرير مزايا التحليلات. من المهم التذكير بأن التحليل الاقتصادي لا يقتصر على ما يمكن

<sup>1</sup>Sur ces notions, voir dans Mackaay/Rousseau, Analyse économique du droit, Montréal, Éd. Thémis, (à paraître), le chapitre traitant du théorème de Coase.

<sup>2</sup>إن التحليل الاقتصادي للنظام القضائي لا يزال في مهده، للتوسع في هذا الجانب يراجع :

Ludivine Rousseau, «Enjeux théoriques et opérationnels de l'analyse économique du système judiciaire», *Économie et institutions* [En ligne], 24 | 2016, mis en ligne le 30 juin 2016, consulté le 01 mai 2019.

URL : <http://journals.openedition.org/ei/5692>; DOI: 10.4000/ei.5692

<sup>3</sup>إذ قد يتم استغلال مجانية المحاكم المتخصصة في القضايا المتدنية القيمة لرفع دعاوى بدون أساس، وفي الدعوى الجماعية. لما لها من خطورة. قد يُساء استعمالها ضد الغير.

تقييمه بالنقود، على العكس من ذلك؛ أظهر الاقتصاديون مثل (Becker)<sup>1</sup> و(Tullock)<sup>2</sup> أنهم قادرون على إظهار كيفية تطبيقه على الظواهر غير المرتبطة بالسوق وأحياناً على السلوك غير العقلاني على ما يبدو.

يعتبر التحليل التجريبي أكثر صعوبة واستهلاكاً للوقت من التحليل المفاهيمي. كما يتطلب إتقان مجموعة من الأدوات المتخصصة (صياغة النماذج، تقنيات تحليل البيانات... إلخ). إن التكوين للأنواع في الوقت الراهن للمحامي والقاضي والفقه، في الأنظمة المدنية بالخصوص، لا يؤهلهم بالفعل لهذا النوع من العمل، وبالتالي سيتعين عليهما الاستعانة بأهل بالاقتصاد<sup>3</sup>.

وعلى الرغم من أن التحليل المفاهيمي باستطاعته الكشف عن وحدة القانون بصفة عامة، والقانون الخاص بصفة خاصة؛ وبالتالي يشكل أداة لها مكانتها المهمة ضمن مناهج عمل فقهاء القانون، إلا أن التحليل الاقتصادي للقانون يجب أن يتم تقييمه في نهاية المطاف من خلال تطابق النماذج التي يقدمها للواقع. يتم تأسيس هذا التطابق على وجه التحديد من خلال الدراسات التجريبية، وهذه الخطوة مفيدة في جميع المستويات الثلاثة للتحليل الاقتصادي للقانون<sup>4</sup>.

#### خلاصة :

في الختام؛ يظهر أن التحليل الاقتصادي للقانون منهج علمي ومقاربة جديدة/قديمة للقاعدة القانونية في ظل الأنظمة الرأسمالية القائمة على اقتصاد وقانون السوق<sup>5</sup>، فهو أداة للتفكير القانوني ذو البعد الاقتصادي. ويمكن اختزال فائدته المعيارية في ادعاءين: الادعاء الأول يتعلق بقدرته على إزالة الغموض؛ والثاني بقدرته على الإصلاح أو التصحيح، استناداً على قيمة الفعالية.

<sup>1</sup> Par exemple, Becker, Gary S., «The Economics of Discrimination», Chicago, University of Chicago Press (1957), 1971, (2<sup>e</sup> éd.); Becker, Gary S., «A Treatise on the Family», Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981; Becker, Gary S. et Guity Nashat Becker, «The Economics of Life», New York, McGraw-Hill, 1997.

<sup>2</sup> Par exemple, Tullock, Gordon, «The Logic of the Law», New York, Basic Books, 1971; McKenzie, Richard B. et Gordon Tullock, «The New World of Economics - Explorations into the human experience», Homewood, IL, Richard D. Irwin, 1981, (3<sup>e</sup> éd.); Tullock, Gordon, «The Economics of Wealth and Poverty», New York, New York University Press, 1986.

<sup>3</sup> وقد قيل قديماً بالنسبة للدراسة العقلانية للقانون، أنه قد يكون رجل الأدب هو رجل الحاضر، لكن رجل المستقبل هو الإحصائي والاقتصادي. [...] فيجب على كل رجل قانون أن يسعى لفهم الاقتصاد.

«Pour l'étude rationnelle du droit, l'homme de lettres est peut-être l'homme du présent, mais l'homme du futur est le statisticien et l'économiste. [...] tout juriste doit chercher à comprendre la science économique», Olivier W. Holmes Jr., «The Path of Law», 1897.

<sup>4</sup> Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, «Introduction à l'analyse économique du droit», op. cit, p. 55.

<sup>5</sup> (Mireille Delmas Marty) في كتابها بعنوان (Trois défis pour un droit mondial, 1998) تتناول الحجة القائلة بأن "هناك سوقاً للقانون يأتي استجابة لقانون السوق". ويظهر هذا بشكل خاص في الطريقة التي يتم بها تصدير النظم القانونية للدول المهيمنة إلى تلك البلدان الواقعة تحت السيطرة (يمكن لهذه الاستراتيجية أن تمكن من تحديد شكل الثقافات والاقتصادات دون الحاجة إلى الاستثمار في تلك البلدان المعنية). علاوة على ذلك، فإن أحد أهداف تصدير القانون هذا هو تسهيل تكييف قواعد القانون مع متطلبات الأعمال التجارية الدولية المعرضة لخطر أن يصبح القانون "خدمة سوقية". يشير هذا التفسير إلى أن الفاعلين في السوق أصبحوا "تجار قانون"، يمكن أن يكون هذا هو الحال بشكل خاص في القطاع المالي. تنتقد المؤلفة بشدة هذه الخصوصية للقاعدة القانونية التي قد تؤدي إلى التخلي عن السيادة في الأمور القانونية وتولي المصالح الخاصة أهمية أكبر من المصلحة العامة.



ويمكن القول كذلك أن التحليل الاقتصادي للقانون لم يحظى بالمكانة التي يستحقها في الأوساط الأكاديمية الفرنسية نظرا لسيطرة الدوغمائية على الساحة القانونية من ناحية، ومنبتها الأنجلوساكسونية من ناحية أخرى، على الرغم من بعض الاتجاهات الفقهية التي تسعى جاهدة للدفاع عن هذه المقاربة، وهو ما انعكس أيضا على التشريعات العربية التي تنهل من المشرع الفرنسي في قوانينها. وعليه، وأمام الاتجاه المتسارع نحو عوامة القاعدة القانونية وتنافسية<sup>1</sup> الأنظمة القانونية حول العالم فلا بأس بأن يتجه الطالب والباحث المغربي عموماً - رغم الصعوبات المطروحة - لفهم هذا النهج والأخذ بمزاياه التي تخدم العملية التشريعية والفقهية والممارسة القضائية في بلادنا.

#### ❖ فهرس المراجع :

##### بالعربية :

##### الكتب :

آلانوسبيو، «الإنسان القانوني: بحث في وظيفة القانون الأنثروبولوجية»، ترجمة عادل بن نصر، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، الطبعة الأولى، 2012.

عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت باشا، «أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون»، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950.

##### المقالات :

بلخير محمد آيتعودية، «التحليل الاقتصادي للقانون»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 5، مارس 2015، ص.328\_343.

عزيز إطوبان، «التحليل الاقتصادي لمصلحة شركة المساهمة»، مجلة المحاكم المغربية، العدد المزدوج 133\_134، يناير - مارس 2012، ص.49\_85.

محمد شيلح، «القانون والاقتصاد بين الانفصال والاتصال»، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد الثاني، 2009.

<sup>1</sup> يستخدم الفقهاء والاقتصاديون بشكل متزايد التحليلات الاقتصادية للمنافسة القانونية «La concurrence juridique» لدراسة قانون الاتحاد الأوروبي، ولا سيما ظهوره وتطورات. ويشير مفهوم المنافسة القانونية أيضاً إلى المنافسة التنظيمية الأنجلوساكسونية، ويشير إلى حالة المنافسة بين قواعد القانون وبين مُنتجي القانون (مهما كانت طبيعة المنتجين المعنيين: القضاة، المشرعين، الحكومات...). يُنظر:

Harnay Sophie, Bergé Jean-Sylvestre, «Les analyses économiques de la concurrence juridique: un outil pour la modélisation du droit européen?», Revue internationale de droit économique, 2011/2 (t. XXV), p.166 (pp. 165-192), DOI: 10.3917/ride.252.0165.

محمد عرفان الخطيب، «التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعد": دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية»، مجلة كلية القانون الكويتية، السنة 7، العدد 1، مارس 2019.

بالفرنسية :

الكتب :

Baujard Antoinette, «**L'économie du bien-être est morte. Vive l'économie du bien-être!**», EconomicsWorkingPaper, Université de Rennes 1, 2011.

Boris Barraud, «**L'analyse économique du droit**», La recherche juridique(les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiquesjuridiques, 2016.

Boris Barraud, «**Le pragmatisme juridique**», L'Harmattan, 2017.

E. Allan FARNSWORTH, «**L'américanisation du droit: Mythes ou réalités**», Archives de philosophie du droit, 2001.

EjanMaakay, «**L'analyse économique du droit**», Vol. 1, Fondements, Les éditions Thémis et Bruylant, Bruxelles, 2000.

EjanMackaay et Stéphane Rousseau, «**Analyse économique du droit**», Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2<sup>e</sup> éd.), pp. 14-17.

EjanMackaay et Stéphane Rousseau, «**Introduction à l'analyse économique du droit**»,Paru dans: Introduction au droit des affaires, Guy Lefebvre et Stéphane Rousseau (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2006, pp. 29-65.

Mohammed Drissi Alami Machichi, «**Droit commercial fondamental au Maroc**», Imprimerie de Fédala - Rabat, 2006.

Samuel Ferey, «**Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine**», Deffains, B. & Langlais, E.(éds.), Analyse économique du droit. Principes, 2009.

Bouckaert B, « **L'analyse économique du droit : vers un renouveau de la science juridique ?** », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1987/1 (Vol. 18), pp. 47-61, DOI (Digital Object Identifier): 10.3917/riej.018.0047.

Boudon Raymond, « **Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique ?** », Revue du MAUSS, vol. 24, N° 2, 2004, pp. 281-309, <https://doi.org/10.3917/rdm.024.0281>

EjanMaakay, « **La règle juridique observée par le prisme de l'économiste: une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit** », Revue internationale de droit économique, 1986, pp. 43-88.

Gabuthy Yannick, « **Analyse économique du droit: présentation générale** », Économie & prévision, 2013/1 (N° 202-203), pp. I-VIII, DOI: 10.3917/ecop.202.0001.

Garcia Marie-France, « **La construction sociale d'un marché parfait** », Actes de la recherche en sciences sociales, Vol. 65, November 1986, La construction sociale de l'économie, pp. 2-13, DOI: <https://doi.org/10.3406/arss.1986.2347>

Guy Canivet, « **La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique pertinente** », *Les Échos*, 1<sup>er</sup> mars 2004.

Guy Canivet, « **La Pertinence de L'analyse économique du droit: Le Point de vue de Juge** », Petites affiches, 19 Mai 2005, No 99.

Harlow Carol, « **La distinction public-privé dans le système juridique anglais** », Politiques et management public, vol. 5, n° 1, 1987, pp. 199-215, DOI: <https://doi.org/10.3406/pomap.1987.1937>

Harnay Sophie, Bergé Jean-Sylvestre, « **Les analyses économiques de la concurrence juridique: un outil pour la modélisation du droit européen?** »,

Revue internationale de droit économique, 2011/2 (t. XXV), pp. 165-192, DOI: 10.3917/ride.252.0165.

Ludivine Roussey, «**Enjeux théoriques et opérationnels de l'analyse économique du système judiciaire**», *Économie et institutions* [En ligne], 24 | 2016, mis en ligne le 30 juin 2016, consulté le 01 mai 2019. URL:<http://journals.openedition.org/ei/5692>; DOI:10.4000/ei.5692

Mélanie SAMSON, «**Les dommages punitifs en droit québécois: tradition, évolution et... révolution?**», *Revue R.D.U.S*, Vol. 42, N° 1-2, 2012, pp. 163-164.

Mongin Philippe, «**Les préférences révélées et la formation de la théorie du consommateur**», *Revue économique*, volume 51, N° 5, 2000. pp. 1125-1152, doi: 10.2307/3503084

Prune Decoux, «**Le droit des livres et le droit en pratique**», *Clio@Thémis* (Revue électronique d'histoire du droit), N°11, 2016, p. 2, <https://www.cliothemis.com/Le-droit-des-livres-et-le-droit-en>

Rafael Encinas de Munagorri. «**L'analyse économique est-elle une source du droit?**», *RTD Civ.: Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2006, pp.505-510. {halshs-02247933}

بالانجليزية :

الكتب :

Adam Smith, «**The theory of moral sentiments**», Vol. 1. J. Richardson, 1822.

Friedman David D., «**Law's Order - What Economics Has to Do with Law and Why It Matters**», Princeton, Princeton University Press, 2000.

POSNER Richard A., «**Economic Analysis of Law**», New York: Aspen, 1972.

Amin Mohammad and Haidar Jamal Ibrahim, «**The Cost of Registering Property: Does Legal Origin Matter?**», Empirical Economics, Vol. 42, N° 3 (2012), P. 1035-1050, <https://ssrn.com/abstract=1287217>

BECKER, Gary S., «**Crime and punishment: An economic approach**», The economic dimensions of crime, Palgrave Macmillan, London, 1968. p. 13-68.

CALABRES Guido, «**Some thoughts on risk distribution and the law of torts**», The Yale Law Journal, 1961, Vol. 70, N° 4, p. 499-553. (HeinOnline -- 70 Yale L.J. 499 1960-1961)

COASE Ronald Harry, «**The problem of social cost**», Classic papers in natural resource economics. Palgrave Macmillan, London, 1960. p. 87-137, DOI: [https://doi.org/10.1057/9780230523210\\_6](https://doi.org/10.1057/9780230523210_6)

Fred R. Shapiro, «**The Most-Cited Legal Scholars**», The Journal of Legal Studies, Vol. 29, No. S1 (January 2000): pp.409-426. <https://doi.org/10.1086/468080>

REGAN Donald H., «**The problem of social cost revisited**», The Journal of Law and Economics, 1972, vol. 15, N° 2, p. 427-437.

Ronald Harr, «**The nature of the firm**», Economica, New Series, Vol. 4, N° 16. (Nov., 1937), pp. 386-405, DOI: 10.2307/2626876, <https://www.jstor.org/stable/2626876>

Stringham Edward Peter, «**Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning**», Quarterly Journal of Austrian Economics, Vol. 4, N° 2, 2001, p. 44 (pp.41-50), Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1676256>

Stringham, Edward Peter, «**Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning**», (2001). Quarterly Journal of Austrian Economics, Vol. 4, No. 2, pp. 41-50. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1676256>

## دور القضاء في حماية الزوج المطرود من بيت الزوجية



الحسين لوجه باحث بالدركتوراه

جامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية الحقوق فاس- المملكة المغربية

مقدمة :

كان القضاء ولا زال من أبرز مظاهر السلطة، فهو مرتبط بالدولة وجودا وهما رغم كل التحولات التي قد تعرض لها، وعلى اختلاف أشكالها والأنظمة السياسية التي تعتمدها، فالقضاء له وظيفة أساسية في المجتمع يجمع عليها الكل، إذ يسهر على تكريس السلم والأمن الاجتماعيين من خلال المحافظة على الاستقرار والتوازن بين كافة مكونات المجتمع وذلك بتطبيق القانون المنبثق عن الإرادة الجماعية، فهو بذلك يعتبر الحارس الطبيعي لحقوق الأفراد وحررياتهم، حاملا بذلك لواء الحق والعدل وحاميا للديمقراطية وسيادة القانون باعتباره إحدى الركائز الأساسية التي تقوم عليها دولة الحق والقانون<sup>1</sup>.

فالقضاء بصفة عامة (قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة باعتبارهم هيئة واحدة)<sup>2</sup> يستمد استقلاله من مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقضي بضرورة استقلال كل سلطة من السلطات الثلاث في الدولة باختصاصاتها،

<sup>1</sup> - محمد النجاري، القضاء المستقل القوي قاطرة للتنمية، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 44، سنة 2011، ص:3.

<sup>2</sup> - تنص المادة 297 من قانون المسطرة الجنائية على أنه "يشترط لصحة انعقاد الجلسات أن تشكل هيئة قضائية طبقا للقانون المؤسس لها، يجب تحت

طائلة البطلان أن تصدر مقرراتها عن قضاة شاركوا في جميع المناقشات، إذا تعذر حضور قاض أو أكثر أثناء النظر في القضية تعاد المناقشة من جديد..."

فالنيابة العامة هي جزء من السلطة القضائية، وأن التكوين الذي يتلقوه، هو نفسه التكوين بالنسبة لقضاة الأحكام.

فالسطة التشريعية يجب أن تستقل بأمر التشريع، فيما يجب أن تستقل السلطة التنفيذية بأمر التنفيذ، والسلطة القضائية بأمر القضاء، غير أن هذا الفصل العضوي والشكلي بين السلط، لا ينفي إمكانية التعاون مستقبلا في جميع الحالات حفاظا على وحدة الدولة ومبدأ العدالة<sup>1</sup>.

وفي هذا الإطار فمؤسسة النيابة العامة باعتبارها جزءا من السلطة القضائية، تعد من بين المؤسسات التي تسهر على حماية المصالح العامة للأفراد والمجتمع<sup>2</sup>، بما في ذلك الأسرة التي تعد الخلية الأولى للمجتمع، صلاحه من صلاحها وفساده من فسادها، وما دامت الرابطة بين الأسرة والمجتمع جدلية على هذا النحو<sup>3</sup>، وأن النيابة العامة هي الساهرة على حماية المجتمع والأسرة، فقد تم تحويلها أدورا مهمة في جميع القضايا المتعلقة بالأسرة، لتساهم بشكل فعال في الحفاظ على كيانها واستقرارها، نظرا للخصوصية التي ينفرد بها قضاء الأسرة عن القضاء المدني رغم أنه فرع من فروع<sup>4</sup>.

إن النيابة العامة بالإضافة إلى دورها التقليدي، والمتمثل في تحريك الدعوى العمومية ومراقبة سيرها إلى غاية صدور الحكم فيها ثم تنفيذه، فقد أسند لها المشرع مهام جديدة وهامة في قضايا مدونة الأسرة، لكونها طرف

<sup>1</sup> - أحمد مفيد، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة أنفوبرانت فاس، الطبعة الأولى، 2007، ص: 70.

<sup>2</sup> - يطلق مصطلح النيابة العامة في النظام القضائي المغربي على فئة من رجال القضاء، الذي يوحدتهم السلك القضائي، وشملهم النظام الأساسي لرجال القضاء.

والجديد الذي عرفته مؤسسة النيابة العامة في دستور 2011 هو دسترة طريقة عملها، بحيث أشار الدستور لأول مرة إلى قضاة النيابة العامة من خلال الفصل 110 الذي ينص على أنه " يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعونها" وكذا من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 116 من الدستور التي تنص على أنه يراعي المجلس الأعلى للسلطة القضائية في القضايا التي تهم قضاة النيابة العامة، تقارير التقييم المقدمة من قبل السلطة التي يتبعون لها".

والملاحظ أن هذين الفصلين لم يحسموا الأمر في السلطة التي يتبعون لها قضاة النيابة العامة، ليأتي القانون رقم 33.17 (الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.17.45 الصادر في 30 غشت 2017، الجريدة الرسمية عدد 6605 بتاريخ 18 شتنبر 2017). المتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة وبسن قواعد لتنظيم رئاسة النيابة العامة، ليحسم لنا الجهة التي يتبعون لها.

<sup>3</sup> - ادريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة الثالثة، 2001، ص: 1.

<sup>4</sup> - الشرقاوي الغزواني نور الدين، تدخل النيابة العامة في دعاوى المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 1990/1989، ص: 69.

رئيسي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام المدونة، عملا بالمادة الثالثة منها<sup>1</sup>، وذلك بغية الحرص على حسن تطبيق القانون، والمحافظة على التوازن بين حقوق الأفراد والمجتمع، والمساهمة بفعالية في مساطر الصلح الأسري.

وبالرجوع لمدونة الأسرة المغربية، نجد أن للنيابة العامة لها دور بارز ومهم في التدخل من أجل إرجاع الزوج المطرود لبيت الزوجية، وذلك انطلاقا من المادة 53 من مدونة الأسرة، التي نصت على أنه: " إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته".

وفي هذا الإطار وبالتمعن في المادة 53 من مدونة الأسرة ومدى تطبيقها على أمر الواقع، نجد أنها شبه معطلة وذلك لوجود عدة عراقيل، وفي ظل البحث عن الحل الأنسب للخروج من هذا العطل، أدخل المشرع المغربي تعديلات وتميمات على مجموعة القانون الجنائي بمقتضى القانون 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء<sup>2</sup>، الذي جاء بمقتضيات مهمة تهدف إلى حماية الزوج المطرود من بيت الزوجية حيث جاء في الفصل 1/480 من مجموعة القانون الجنائي " يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر وغرامة من 2000 إلى 5000 درهم، عن الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية، وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 53 من مدونة الأسرة، وتضاعف العقوبة في حالة العود".

ويكتسي موضوع دور القضاء في حماية الزوج المطرود من بيت الزوجية أهمية بالغة بالنظر لمكانة الأسرة داخل المجتمع، وذلك من خلال الاطلاع على دور النيابة العامة في إرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية حفاظا على تماسك الأسرة، رغم العديد من الإشكالات التي تعرق عملها.

وتأسيا على ما ذكر يمكن التساؤل عن : مدى التداخل الموجود بين المادة 53 من مدونة الأسرة والفصل 1/480 من القانون الجنائي؟ وما هي الإشكالات العملية التي تعيق عمل النيابة العامة لإرجاع المطرود من بيت الزوجية؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه على النحو الآتي :

<sup>1</sup> جاء في المادة 3 من مدونة الأسرة، " تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة" صدرت هذه المدونة بمقتضى ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ص: 418.

<sup>2</sup> ظهير شريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص: 1449.



المبحث الأول : تدخل النيابة العامة لإرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية بين مدونة الأسرة والقانون الجنائي.

المبحث الثاني : المسطرة المتبعة للنيابة العامة لإرجاع الزوج المطرود وإشكالية تفعيلها.

المبحث الأول : تدخل النيابة العامة لإرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية بين مدونة الأسرة والقانون الجنائي :

إن المشرع المغربي أسند للنيابة العامة دورا مهما في إرجاء الزوج المطرود من بيت الزوجية سواء من خلال المادة 53 من مدونة الأسرة أو الفصل 1/480 من م القانون الجنائي (المطلب الأول)، لكن رغم ما جاء به هذه النصوص من مقتضيات مهمة، فإن التداخل الموجود بينها أثر بشكل سلبي على عمل النيابة العامة في القيام بالدور المنوط بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الطرد والارجاع إلى بيت الزوجية بين مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة والفصل 1/480 من القانون الجنائي :

نصت المادة 53 من مدونة الأسرة على مقتضى جديد لم يكن منصوص عليه في مدونة الأحوال الشخصية، وهو تدخل النيابة العامة في حالة ما إذا قام أحد الزوجين بإخراج أحدهما من بيت الزوجية دون مبرر، وذلك بسهرها على إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته.

إن تفعيل هذه المادة من شأنه المساهمة في ضمان الاستقرار الأسري، ومعالجة بعض المشاكل والحالات الواقعية الكثيرة التي ما فتئت تعاني منها الأسرة المغربية، بالنظر إلى ما تتوفر عليه النيابة العامة من سلطات تمكنها من تسخير القوة واللجوء إلى وسائل الإكراه<sup>1</sup>، وكل ذلك طبعا من أجل تجاوز المشاكل والحالات الواقعية التي كثيرا ما أظهرت معاناة الزوجة أو الزوج من تداعيات الطرد من بيت الزوجية دون مبرر<sup>2</sup>.

وبالرجوع للمادة المذكورة يتبين أن المشرع تحدث عن وجود المبرر علما أنه لم يبين طبيعة هذا المبرر أو على الأقل بعض حالاته، لذلك يصعب على النيابة العامة عمليا التأكد مما إذا كان الإخراج من بيت الزوجية كان بناء على مبرر مشروع، وبالتالي عدم التدخل بإرجاع المطرود إلى بيت الزوجية، وكون المبرر غير مشروع وبالتالي التدخل من أجل اتخاذ التدبير المذكور، ولذلك فمن الناحية العملية غالبا ما لا يتم الوقوف على هذا المبرر الذي يتطلب استدعاء الشخص الذي قام بالطرد والاستماع إليه، الشيء الذي يتطلب وقتا يتجاوز يوم أو يومين مما يعرض المطرود للضرر، لذلك يتم التدخل بإرجاع المطرود بناء على تصريحه أنه تعرض للطرد،

<sup>1</sup> - يوسف وهابي، اختصاصات النيابة العامة في مدونة الأسرة الجديدة، مقال منشور بمجلة الملف، العدد الثالث أبريل 2004، ص: 84.

<sup>2</sup> - عزيز هنداز، دور النيابة العامة في مدونة الأسرة، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 8، 2006، ص: 167.

كما أنه يتعذر على النيابة العامة التأكد ما إذا كان الخروج من بيت الزوجية كان فعل إرادي، ولذلك إن ربط الإخراج من بيت الزوجية بالإرجاع دون التأكد من سوء نية المعني لم يرتب عليه القانون أي جزاء، كما أن هذا الخروج الإرادي مرتبط بارتكاب فعل إجرامي كالخيانة الزوجية مثلا، فنكون أمام خروج إرادي، وبالمقابل الامتناع عن الإرجاع مبرر، لذلك يمكننا أن نتحدث عن طرد مبرر وعن امتناع مبرر حسب الحالات.

فالنيابة العامة يجب أن تكون لها نظرة شمولية لمختلف الظروف الواقعية المرتبطة بالحالة المعروضة عليها<sup>1</sup>، وأن تتفهم وبشكل واضح الأسباب والدوافع التي أدت إلى الطرد، حتى تقرر مدى توافر المبرر الشرعي من عدمه، آخذة في الاعتبار دورها الاجتماعي والإنساني لحماية الزوج المطرود والحفاظ على سلامته<sup>2</sup>.

و في هذا الإطار تدخل المشرع بمقتضى القانون 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء حيث جرم بمقتضى الفصل 1/480 من القانون الجنائي فعل الطرد من بيت الزوجية وفعل الامتناع عن الإرجاع المطرود إلى بيت الزوجية، ومن خلال قراءة هذا الفصل فهو جرم فعليين مرتبطين أو بالأحرى أن الفعل الثاني هو نتيجة للفعل الأول، والغاية من تجريم هذا الفعل تعود في الحقيقة إلى معالجة إشكالية طرد الزوج من بيت الزوجية، غير أنه إذا كان الفعل لا نقاش حول خطورته، فإن الذي كان يجب أن يجرم هي الخطورة نفسها، والمتمثلة في الامتناع غير المبرر.

فالذي يهمننا في هذا الفصل هو الإحالة على المادة 53 من مدونة الأسرة، وبالتالي ضرورة أن يكون الطرد غير مبرر، بمعنى آخر هل إذا كان الطرد مبررا لا يشكل جريمة طبقا للفصل 1/480 من القانون الجنائي؟، فيما يخص الامتناع فسبق وأن أوضحنا بأنه أحيانا يكون الامتناع مبررا، فهل هذا يعني ذلك أن هذا الفعل غير قائم إذا كان الامتناع مبررا؟، كما إذا كان الامتناع يرتبط بظروف واقعية، وهنا نتحدث عن استحالة تنفيذ الإرجاع بسبب ظروف واقعية<sup>3</sup>، فهاته الظروف الواقعية إذا كان للجاني دخل فيها يعتبر في حكم الممتنع، لذلك تبدوا أن الصياغة التي اعتمدها هذا الفصل والإحالة على المادة 53 زادت غموضا وأصبح الفعل غير محدد، كما أن الإحالة على قوانين أخرى في تحديد المفاهيم فيه ضرب للاستقلالية القانون الجنائي.

**المطلب الثاني: سلبيات التداخل بين مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة والفصل 1/480 من القانون الجنائي:**

بالرجوع للفصل 1/480 لم يميز المشرع فعلي الطرد والامتناع عن الإرجاع، علما أن فعل الطرد هو فعل مستقل، وفعل الامتناع فعل مستقل، ويترتب على ذلك أنه كما أو ضحنا سابقا أنه يمكن أن يكون الطرد مبررا

<sup>1</sup> - سفيان أدريوش، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 9، شتنبر 2004، ص: 153.

<sup>2</sup> - الرافة وتاب، النيابة العامة على ضوء قانون الأسرة، مقال منشور بمجلة الملف، العدد السادس، ماي 2006، ص: 204.

<sup>3</sup> - وهو ما سوف نتطرق له بشيء من التفصيل عند الحديث عن الإشكاليات التي تعيق عمل النيابة العامة عند إرجاع الزوج المطرود في المطلب الثاني من

والامتناع مبررا، فهل المشرع جرم هذين الفعلين بغض النظر عن المبرر أم ضروري من توفر المبرر طبقا للمادة 53 من مدونة الأسرة؟

إذا كان فعل الطرد مجرما وفعل الامتناع مجرما، هل هذا يعني أن القبول بإرجاع المعني ببيت الزوجية يجعل فعل الطرد في ذاته فعلا مجرما؟، بغض النظر عن هذا الموقف، وبالمقابل إذا لم يكن هناك طرد وكان هناك امتناع عن الارجاع، فهل الامتناع مرتبط دائما بالطرد أو هو فعل مستقل عليه؟، يظهر أن المشرع بتجريمه للمقتضيات المذكورة كان هناك نوع من التسرع حول الفعل المراد تجريمه بالضبط، ونقول بأن الفعل الذي يحدث اضطراب اجتماعي والذي يستحق تدخل المشرع الجنائي هو الطرد الغير مبرر المتبوع بالامتناع غير مبرر.

وفي هذا الإطار أيضا يمكن القول أن النيابة العامة غلبت الفصل 1/480 من القانون الجنائي على المادة 53 من مدونة الأسرة، وأصبحت تتعامل مع هذه المقتضيات باستعمال الجزء الجزري أكثر من التدبير الذي جاءت به المادة من مدونة الأسرة 53، ونعتقد أن هذا النزاع ما دام غير مرتبط بجرائم أخرى، فهو نزاع مدني أسري وكان على النيابة العامة أن تسلك المقتضيات المنصوص عليها في المادة 53 وهي مقتضيات غير مكلفة ومختصرة وسريعة، بينما ربط المقتضيات الجزرية بالمادة 53 ترتب عنه تدخل الضابطة القضائية بإنجاز محاضر والتأكد من ارتكاب الفعل من دونه، ولذلك فالغاية التي توخاها المشرع في المادة 53 التي هي الفورية (الارجاع حالا) لم تعد قائمة، ونعتقد أن صدور منشور توضيحي في هذه النقطة في إطار الحفاظ على الدور الإيجابي للنيابة العامة بخصوص قضايا الأسرة يلح على ضرورة اتباع مقتضيات الفصل 53 وفي حالة الاستحالة يمكن اللجوء إلى تطبيق الفصل 1/480 كاستثناء.

### المبحث الثاني : المسطرة المتبعة للنيابة العامة لإرجاع الزوج المطرود وإشكالية تفعيلها :

إن تحقيق الأهداف المرسومة والمسطرة لمدونة الأسرة في بعدها الشمولي، رهين بالتطبيق السليم والفاعل لأحكامها الموضوعية واستيعاب إجراءاتها المسطرية بالشكل الذي يضمن تفاعلا منسجما بين روح النص والغاية من إقراره. وهو التصور الذي وسع من مجال تدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة انطلاقا من مدونة الأسرة والقانون الجنائي.

ولذلك فلنيابة العامة ومن خلال تدخلها لإرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية، لها مسطرة خاصة لمواكبة وتتبع الزوج المطرود من بيت الزوجية (المطلب الأول)، لكن رغم ما تقوم به في هذه المسألة، فإن عملها يصطدم بالعديد من الإشكاليات على أرض الواقع (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : المسطرة المتبعة للنيابة العامة لإرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية :

إن السند القانوني للنيابة العامة في إرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية، يكمن في المادة 53 من مدونة الأسرة والفصل 1/480 من القانون الجنائي، وعلى هذا الأساس فإنها غالبا ما تتبع المسطرة التالية:

## أولا : عندما يتم طرد الزوج من بيت الزوجية :

يقوم الزوج المطرود من بيت الزوجية بتقديم شكاية<sup>1</sup> مكتوبة مباشرة إلى السيد وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الموجود بدائرة نفوذها بيت الزوجية، وذلك بمكتب خلية العنف ضد النساء والأطفال والتي أحدثت بجميع المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، حيث يقوم بالاطلاع عليها. وهنا حالتين الحالة الأولى وهي الاستماع إلى الزوج المطرود من بيت الزوجية ومعرفة الوقائع وخاصة إذا كان هذا الطرد مصحوبا بعنف، الحالة الثانية وهي ألا يستمع إليه عندما يكون الطرد بدون عنف، وفي كلا الحالتين فإنه يتم إعطاء أمر إلى الضابطة القضائية والتي يوجد بدارة نفوذها بيت الزوجية للبحث في الشكاية. بعد تسجيلها من طرف الموظف المكلف بتسجيل الشكايات في سجل رسمي مخصص للشكايات والمحاضر، ويعطيه رقم خاص لتتبعها، هذا الرقم يتكون من السنة التي تم وضع فيها الشكاية، ثم إلى الرمز وهو رمز خاص بالمحكمة، ثم إلى عدد الشكاية.

ثانيا : عندما تصبح الشكاية جاهزة، بعدما أعطى السيد وكيل الملك تعليماته للضابطة القضائية بالبحث في وقائع النزلة، وتم تسجيلها في سجل رسمي مخصص للشكايات والمحاضر، هنا إما أن يعطي السيد وكيل الملك تعليماته لضباط الشرطة القضائية التي يوجد في دائرة نفوذها بيت الزوجية بالانتقال مع صاحب الشكاية (الزوج المطرود) إلى منزل الزوجية قصد إرجاعه، وإما أن تعطى نسخة من الشكاية لصاحبها (الزوج المطرود) على وجه الاستعجال من أجل إعطائها للضابطة القضائية الموجود بدائرة نفوذها بيت الزوجية قصد الاستماع إليه وربط الاتصال بالسيد وكيل الملك. وإما تتم مهاتفة الضابطة القضائية من طرف السيد وكيل الملك من أجل الحضور فورا وأخذ الشكاية والاستماع إلى الزوج المطرود أولا، ثم يتم استدعاء الزوج الثاني للاستماع إليه حول واقعة ما قام به. والاستماع للشهود الذين حضروا واقعة الطرد إن وجدوا.

ثالثا : عند وقوع الصلح بين الزوجين أمام الضابطة القضائية، يتم إخبار السيد وكيل الملك بذلك، حيث يتم تقديم ذلك المحضر والذي يكون عبارة عن معلومات قضائية، وبذلك يتم حفظ الشكاية.

رابعا : إذا لم يتم هناك صلح وامتنع الزوج من إرجاع الزوج المطرود، فيتم إخبار السيد وكيل الملك بذلك، والذي يعطي أمره بتقديم الزوج الممتنع في حالة سراح أو في حالة اعتقال إذا كان الطرد مصحوبا بعنف.

خامسا : عند تقديم الزوج الممتنع من إرجاع الزوج المطرود أمام السيد وكيل الملك، فهنا نكون أمام أربع حالات :

<sup>1</sup> - الشكاية تنقسم إلى قسمين: شكاية عادية وشكاية مباشرة.

- الشكاية العادية: هي التي تقدم إلى السيد وكيل الملك أو نوابه، ولا يؤدي عليها رسوم قضائية، وهي المقصود بها هنا في هذا الموضوع.

- الشكاية المباشرة: هي التي تقدم إلى السيد قاضي التحقيق أو إلى المحكمة أمام المحكمة الابتدائية، أو إلى السيد قاضي التحقيق فقط أمام محكمة

الاستئناف، حيث يجب أن تراعي فيها شكليات معينة يتطلبها القانون لجعلها مقبولة، بالإضافة إلى وجوب أداء الرسوم القضائية عليها.

- الحالة الأولى : هو أنه إذا كان هذا الطرد مصحوبا بعنف وامتنع الزوج أمام السيد وكيل الملك من إرجاع الزوج المطرود يتم إحالته على الجلسة في حالة اعتقال لتبث المحكمة في أمره.

- الحالة الثانية : وهو إذا كان هذا الطرد غير مصحوب بعنف، وامتنع الزوج من إرجاع الزوج المطرود يتم إحالته على الجلسة في حالة سراح لتنظر المحكمة في أمره.

- الحالة الثالثة: هو عند موافقة الزوج الذي قام بالطرد، بإرجاع زوجه المطرود وتنازل هذا الأخير عن شكايته، هنا تسقط الدعوى العمومية ويتم حفظها.

- الحالة الرابعة : هو إذا كانت هناك دعوى أمام القضاء الأسري تتعلق بالتطليق، وأن الطرد لا يكون مصحوبا بعنف، فالنيابة العامة تحفظ الشكاية وتترك القضاء الأسري يبت في الدعوى.

رغم ما تقوم به النيابة العامة من دور رائد في أعمال مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة والفصل 1/480 من القانون الجنائي، فإنها تصطدم بالعديد من العراقيل والإشكاليات التي تقوض عملها، وهو ما سوف نبرزه في المطلب الثاني.

### المطلب الثاني : الإشكاليات التي تعيق عمل النيابة العامة عند إرجاع الزوج المطرود :

إذا كان يبدو أن إرجاع الزوج المطرود إلى بيت الزوجية أنه متيسر بحكم أن من حق النيابة العامة تسخير القوة العمومية من أجل تنفيذ ذلك، فإن هناك حالات واقعية ترتبط إما بالشخص الذي قام بالطرد، أو بالشخص المطرود، أو بيت الزوجية، يجعل تنفيذ هذا الأمر يعرف صعوبات واقعية يصعب معها تنفيذها.

بخصوص الشخص الذي قام بالطرد، لا يمكن للنيابة العامة أن تأتمن جانبه دائما، ورغم أن النص يلح على اتخاذ الإجراءات الكفيلة بحماية المطرود، فإنه من الناحية الواقعية يصعب تخصيص دورية أمنية بكل منزل تعرض أحد طرفيه للطرد، كما أن الشخص الذي قام بالطرد يمكن أن يكون من ذوي السوابق العدلية، أو أنه معروف بتعاطيه للحبوب المهلوسة، أو المخدرات وبمختلف أنواع الخمور، لذلك فحماية الشخص المطرود لا تقتضي بالضرورة إرجاعه لبيت الزوجية، بل أمنه وصحته تفترض تسليمه لأحد أفراد عائلته، أو أقربائه، وحتى أقرباء الزوج.

وما يقال على الشخص الذي قام بعملية الطرد ينطبق كذلك على الشخص المطرود، فيما يخص بيت الزوجية، فإنه يمكن عند عملية الإرجاع أن تتفاجأ بأن المنزل تم إغلاقه، ففي هذه الحالة لا توجد مقتضيات قانونية تسمح للنيابة العامة الأمر بفتح البيت المغلق (حيث أن فتح محل يتطلب إجراءات أمام رئيس المحكمة، أو يتطلب وجود فعل إجرامي يقتضي تفتيش المنزل).

كما أن المشرع لم يلتفت لدخول أحد الطرفين في مسطرة الطلاق، لذلك ففي هذه الحالة أن الجهة المؤهلة للقول بالإرجاع بيت الزوجية، أو إعداد مسكن مستقل، أو تعيين مسكن مع عائلة أحد الطرفين يعود طبقا للمادة 121 من مدونة الأسرة لهيئة المحكمة التي ثبت في الطلاق<sup>1</sup>.

كذلك عندما يكون بيت الزوجية عند أبوي أحد الزوجين، أي بمعنى أن الزوجان ليس لهم بيت الزوجية مستقل، فهنا عند قيام مالك الشقة وهو إما أحد أبوي الزوجة أو الزوج، بطرد أحد الزوجان ورفض رجوعه إلى مسكنهم، فهنا النيابة العامة تقف عاجزة أمام هذا الأمر، وذلك لعدم وجود سند قانوني يتم من خلاله متابعة أحد أبوي الزوجة أو الزوج، لأن ذلك المسكن ليس في الملك الزوجان أو أحدهما، فهما يعتبران مجرد ضيوف.

خاتمة :

إن إرجاع الزوج المطرود لبيت الزوجية ليس رهين بكثرة النصوص القانونية الفضفاضة، ومدى تطبيقها من طرف النيابة العامة، بل الأمر يرجع إلى ضرورة وضوح هذه النصوص، من أجل تفعيلها بالشكل السليم، وإحداث آليات كفيلة بتطبيقها.

لذلك قمنا بتقديم بعض المقترحات في هذا الجانب، لتفادي الصعوبات التي تعرقل عمل النيابة العامة، ومن أهمها :

- بخصوص ما جاء في الفصل 1/480 " يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر وغرامة من 2000 إلى 5000 درهم، عن الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية، وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 53 من مدونة الأسرة، وتضاعف العقوبة في حالة العود"

إنه يتعين صياغة هذا الفصل وفق الشكل التالي: "يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر وغرامة من 2000 إلى 5000 درهم كل زوج امتنع عن إرجاع زوجه المطرود من بيت الزوجية بناء على أمر من النيابة العامة بدون مبرر مقبول، أو باستعمال وسائل احتيالية من قبيل قفل بيت الزوجية لحرمان الزوج المطرود من الرجوع لبيت الزوجية، وتضاعف العقوبة في حالة العود.

إذا كان من شأن الإرجاع أن يشكل خطرا على أحد الطرفين في شخصه أو ماله، تنجز النيابة العامة محضرا بذلك وتحيله على قضاء الأسرة من أجل سلوك إحدى مساطر التطبيق."

<sup>1</sup> - جاء في المادة 121 من مدونة الأسرة على أنه " في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة والأطفال تلقائيا أو بناء على طلب، وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها، أو أقارب الزوج، وتنفذ تلك التدابير فوراً على الأصل عن طريق النيابة العامة".

نعتقد بهذه الصياغة أننا حاولنا الوقوف على علة التجريم وكذلك حافظنا على استمرار الأسرة وتماسكها، أما الصياغة الحالية فهي مفككة للأسرة، حيث يجب على النيابة العامة أن تراعي في مبادرتها مصلحة الأسرة أولاً وقبل كل شيء، وألا يتم التسرع في اتخاذ إجراءات قد تزيد في توتر الرابطة الزوجية، الأمر الذي قد تكوف له انعكاسات سلبية.

- إن حماية الشخص المطرود لا تقتضي بالضرورة إرجاعه لبيت الزوجية، بل أمنه وصحته، وذلك بتخصيص دورية أمنية بكل منزل تعرض أحد طرفيه للطرد.

- على الدولة أن تخصص مراكز لإيواء الأزواج المطرودين من بيت الزوجية، إلى حين البت في قضيتهم.

- باعتبار أن النيابة العامة تعطي أمرها لضباط الشرطة القضائية بالبحث في شكاية الطرد من بيت الزوجية، فإنه يتعين تلقين هؤلاء تكوين خاص في قضايا الأسرة.

#### ❖ لائحة المراجع :

#### المراجع العامة :

- أحمد مفيد، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة أنفوبرانت فاس، الطبعة الأولى، 2007.
- ادريس الفخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة الثالثة، 2001.

#### الرسائل :

- الشرقاوي الغزواني نور الدين، تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 1990/1989.

#### المجلات :

- الرافة وتاب، النيابة العامة على ضوء قانون الأسرة، مقال منشور بمجلة الملف، العدد السادس، ماي 2006.
- سفيان أدريوش، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 9، شتنبر 2004.
- عزيز هنداز، دور النيابة العامة في مدونة الأسرة، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 8، 2006.
- محمد النجاري، القضاء المستقل القوي قاطرة للتنمية، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 44، سنة 2011.
- يوسف وهابي، اختصاصات النيابة العامة في مدونة الأسرة الجديدة، مقال منشور بمجلة الملف، العدد الثالث أبريل 2004.

## ✓ نَقَارِير جَامِعِيَّة :



## مناقشة أطروحة لنيل الدكتوراه<sup>1</sup> في القانون الخاص في موضوع : حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدولي تحت إشراف الأستاذ الدكتور محمد بنحساين



ناقشت الطالبة الباحثة صوفيا بومنيمة حضوريا يوم الجمعة 23 أكتوبر 2020 على الساعة الرابعة مساء بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، مركز الدراسات في الدكتوراه القانون، الاقتصاد والتدبير أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص تحت عنوان : "حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدولي" وتكونت لجنة المناقشة من السادة الأساتذة :

– الدكتور المختار اعمره أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بسلا رئيسا؛

<sup>1</sup>- تقرير من إعداد الأستاذ محمد الرماش : باحث في القانون الدولي الخاص ، محام بهيئة المحامين بطنجة.

- الدكتور محمد بنحساين أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بتطوان عضوا ومشرفا؛
- الدكتور مصطفى حسيني أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بتطوان عضوا؛
- الدكتور نور الدين الفقيهي أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بتطوان عضوا.

وبعد العرض والمناقشة قررت اللجنة العلمية قبول الأطروحة ومنح الطالبة الباحثة لقب دكتورة في القانون الخاص بميزة مشرف جدا، مع التوصية بالنشر.



وفيما يتعلق بموضوع الأطروحة، أبرزت الدراسة أن تحديد العلاقة بين القانون الدولي والقوانين الداخلية يعتمد على طبيعة الأساس الذي يقوم عليه القانون الدولي، فالمفهوم الإرادي الذي يجعل القانون الدولي يرتكز على رضا الدول يقود إلى الثنائية التي تعني وجود نظامين قانونيين مستقلين، ومنفصلين، داخلي ودولي يتميز أحدهما عن الآخر. في حين أن المفهوم الموضوعي الذي يضع أساس القانون الدولي خارج الإرادة البشرية يقود إلى الأحادية.

ولكي تكون القاعدة القانونية الدولية سارية المفعول يجب أن تتحول إلى قاعدة في القانون الداخلي، ولا قيمة لها بغير ذلك، وبهذه الصفة يمكنها أن تبقى سارية المفعول، أو معدلة، أو ملغاة من قبل تشريع داخلي لاحق، مع إمكانية تحميل الدولة المسؤولية الدولية، على اعتبار أن المحاكم الوطنية لا تعتمد في أحكامها إلا على القانون الداخلي.

وتبعا لذلك، فإن طبيعة الالتزامات القانونية الناشئة عن الحقوق والحريات الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا تعدو أن تكون مجرد مناشدة للدول الموقعة عليه للعمل ما في وسعها لتضمين هذه الحقوق والحريات في دساتيرها حتى يتسنى لمواطنيها أن يتمتعوا بمستوى معيشي لائق، وبالتالي فإن التزام الدول لا يعنى بحال من الأحوال أن مواطنيها سوف يتمتعون فعلا بهذه الحقوق، إذ أن ذلك رهين بتمتع هذه الدول ذاتها بقدرات وإمكانات تسمح لها بالوفاء بالحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا العهد.

ومن هذا المنطلق، فإنه لا يكفي النص على الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية في دساتير الدول، بل لابد من قيام هاته الأخيرة بعمل إيجابي بغية الوفاء بها. بعبارة أخرى، تفرض هاته الحقوق على الدول القيام بأعمال من شأنها تقديم العون للمواطنين في حياتهم على مختلف الأصعدة.

وتبعا لذلك، فإنه لا تزال هناك صعوبات عملية في مكافحة انتهاكات المبادئ والحقوق الأساسية، وخاصة في مجال الشغل والتشغيل يتعذر تداركها، إذ غالبا ما تحول هشاشة الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للأجراء ضحايا الانتهاكات دون إثبات حقوقهم .

هذا علاوة على أن بعض الأنشطة الاقتصادية أضحت شديدة التعقيد، ويتعذر رصدتها، مما ساهم في ارتفاع عدد الأجراء في قطاعات غير منظمة، وكرس لممارسات مخجلة تنهجها بصفة خاصة بعض وكالات التشغيل لدرجة أصبح معها من الصعب تحديد وجود علاقة تشغيل من عدمها، وتحديد المشغل الفعلي .

ولقد ساهم في تكريس هذا الوضع التحول الذي عرفه الربع الأخير من القرن العشرين، وبشكل أكثر تحديدا عقد التسعينات الذي تميز بالعديد من التغيرات العالمية السريعة، والمتلاحقة، والعميقة في آثارها وتوجهاتها المستقبلية، إذ أضحت الاقتصاد العالمي عبارة عن قرية صغيرة متنافسة الأطراف بفعل الثورة التكنولوجية والمعلوماتية.

ولقد تم تقسيم الأطروحة إلى بابين، خصص الأول للبحث حول الأعمال الدولية والشركات دولية النشاط بما في ذلك مناطق الأعمال الدولية، والتحول المسترسل الذي يعرفه النظام الاقتصادي العالمي الحالي في عصر التخصص المرن، وسلاسل الإنتاج الرقمية والتكنولوجيات الجديدة.

في حين تناول الباب الثاني عقد الشغل الدولي ونزاعاته وطبيعته الخاصة، والقانون الأكثر ملاءمة لأحكامه من خلال إعمال قواعد القانون الدولي الخاص قصد تحديد دوليته، هذا مع تحديد المميزات التي أكسبته خصوصية انفراد بها عن باقي العقود الدولية.

أما القسم الثاني فتطرق لحقوق الأجراء الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية، وقد قسم بدوره إلى بابين، خصص الأول منهما لدراسة الحماية الدولية للشغل ولحقوق الأجراء وفقا للالتزامات الدولية، مع التركيز على التشريعات القارية والإقليمية في هذا المجال، ودور الهيئات الدولية في حماية هاته الحقوق من خلال آليات الرقابة المتاحة.

في حين تعرض الباب الثاني لحقوق الأجراء وفقا للالتزامات الدولية من خلال دراسة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية، ومدى فعالية القانون الدولي للشغل على المستوى المغربي، ودرجة تجاوب مدونة الشغل المغربية مع المواثيق الدولية، فيما يتعلق بحماية المصالح الاقتصادية للمشغل، مقابل حماية المصالح الاجتماعية للطبقة الشغيلة.

مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.be.ma](http://www.majalah.be.ma)

ردمد : 2336-0615