

العدد  
الأول

# مجلة المرجع للقانون والقضاء

مجلة قانونية شاملة تعنى بنشر الأبحاث  
والدراسات القانونية والفقهية والاجتماعات  
القضائية، تصدر مرة كل ثلاثة أشهر

رئيس التحرير  
الدكتور إبراهيم العسري

المدير المسؤول  
الدكتور كاس عبد الكريم

2021

# مجلة المرجع للقانون والقضاء - العدد الأول -

الهدير المسؤول:  
الدكتور عبد الكريم ككاس

رئيس التحرير:  
الدكتور إبراهيم العسري

**الكتاب: مجلة المرجع للقانون والقضاء - العدد الأول -**

**الهدير المسؤول: الدكتور عبد الكريم ككاس**

**رئيس التحرير: الدكتور إبراهيم العسري**

**الإدارة والتحرير**

**رقم 330 الطابق الثاني حي الهدى أكادير**

**البريد الإلكتروني: almarjie01@gmail.com**

**فكرة وتصميم الغلاف: ذ. كريم لعفو**

**تصنيف: SO-ME PRINT**

**سلسلة ونشورات مجلة المرجع للقانون والقضاء**

**رقم الإيداع القانوني: NSSI 0076PE2019**

**© جميع الحقوق محفوظة للمؤلف**

**2021**

**المطبعة: SO-ME PRINT Agadir**

**الهاتف: 05 28 22 79 88**

**البريد الإلكتروني: contacsome@gmail.com**

# اللجنة العلمية

- عبلا بن عرامو، أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية أيت ملول.
- عبد الصادق دكير، أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، قلعة السراغنة.
- احمدناه بوكنين، أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية أيت ملول.
- ادريس كركين، أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، أيت ملول.
- حسن الليلي، أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، أيت ملول.
- ادريس البركاوي، أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، أكادير.
- عبد الرحيم أولقاضي، قاض بالمحكمة الابتدائية بأكادير.
- أصوفي البشير، إطار بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، تزنيت
- هشام النوبي، إطار بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، النواصر.

# محتويات العدد

- 11 ..... محددات سلطة القاضي في تقرير الضرر الواقع بين طرفي الزوجية.....  
د. كمال بلحرمة
- 21 ..... انتخابات مندوبي الأجراء: ضوابطها، وكيفية تسوية النزاعات الناشئة عنها.....  
د. إبراهيم العسري / د. عبد الرحمان بيبي
- 45 ..... مسؤولية الدولة عن أخطاء الحكم التحكيمي، "دراسة نظرية".....  
د. ككاس عبد الكريم
- 57 ..... ميراث المرأة بين واقع التحدي المجتمعي ونصوص الشريعة الإسلامية.....  
د. آسيا أيت علي
- 75 ..... الزواج بنية الطلاق.....  
د. فاطمة كمال
- 85 ..... كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي.....  
د. مصطفى سدني
- 127 ..... المسائل المعترضة المرتبطة بإبرام عقد الزواج.....  
د. هشام شجرة
- 137 ..... مظاهر حماية الأملاك الوقفية في ضوء مدونة الأوقاف.....  
د. يوسف فريد الإدريسي
- 153 ..... الأمم العابرة للحدود نموذج المهاجرات الأفريقيات جنوب الصحراء  
بالمغرب.....  
د. صديق عزيز
- 167 ..... تفويت الأنصبه في الشركة ذات المسؤولية المحدودة - المبدأ والاستثناء.....  
د. جمال إدبهي
- 181 ..... الحماية المقررة للدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح مسطرة التسوية  
القضائية.....  
د. خديجة بنعامر

التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد في  
القانون المغربي والفرنسي.....  
195 .....  
د. رشيد بونعيم

1 Le rôle de la région territoriale dans la protection des droits  
des immigrés au Maroc.

*SADNI Mustapha*

26 Le cadre juridique des coopératives au Maroc

*AIT LAHCEN OUALI Abdellatif*

# محددات سلطة القاضي في تقرير الضرر الواقع

## بين كسرفى الزوجية

كمال بلحرقة

أستاذ التعليم العالى - كلية الحقوق أكادير

سعيد العيطونى

أستاذ القانون الخاص - كلية العلوم القانونية آيت ملول

### مقدمة:

لابد لسلطة القاضي في تقدير الضرر من سند مؤسس، فهي ليست إطلاق لهوى القضاة دون حصر وضبط، بل لابد أن تخضع لضوابط حفاظا على قضاء عادل ومنصف لأطراف النزاع، الأمر الذي نحن بصدد دراسته، حيث سنبحث عن تلك المحددات التي تساعد القاضي في تكوين قناعاته؛ وتقدير ما إذا كان الطرف الذي يدعى أن ضررا لحق به محق في دعواه، كما نبحث من خلال العمل القضائي عن هذه المحددات، باستجلاء مدى قصد المضر إلحاق الأذى بزوجه، مع الوقوف عند ذات الضرر بتقديره تقديرا صائبا. ومن أجل فهم دقيق قسمنا هذه المحددات وفق ما نوره أدناه:

- دور القاضي في استنتاج مدى قصد الإضرار عند إصرار أحد طرفي الزوجية على حل الميثاق، سواء تعلق الأمر باستجماع المصير لكل قواه قصد الانفصال، وهي أمور يستشفها القاضي من خلال بثه في النزاع مباشرة، أم من خلال سعيه إلى إصلاح ذات البين، وفق مؤسسة الصلح التي هي محدد رئيس في استخلاص مدى جدية الأطراف في نزع فتيل الضرر، أو تعميق الأزمة وتفاقم الأضرار.

- يعتبر الصلح إجراء جوهريا في المنازعات المرتبطة بتضرر أحد الأطراف أو كليهما في العلاقات الأسرية، ولاسيما طرفا العلاقة الزوجية، وهو اتجاه أكده التشريع المغربي والمقارن وأصله القضاء، الأمر الذي يجعلنا نبحث مدى

قدرة مؤسسة الصلح على احتواء الضرر الأسري، كما نقف بالدرس والتحليل عند انتفاء أهمية إجراء الصلح عند حصول بعض الأضرار، سواء تعلق استثنائها من المشرع، أو لكون وقائع الضرر تشكل نقطة اللاعودة في العلاقة الزوجية، ثم نجيب على سؤال: إلى أي حد يمكن أن نجعل من عدم الرغبة في الصلح مؤشرا على قصد الإضرار؟

### المطلب الأول: الإصرار على إنهاء الزوجية محدد لتقدير الضرر

إن القاضي وهو يُعمل سلطته في تقدير الأضرار بين طرفي الرابطة الزوجية، يمحص الوقائع ويفحصها؛ باحثا عن محدد يستشف منه الضرر، ويبرز مدى قيامه من عدمه، وتعتبر تلك المحددات الموجه المنهجي للقضاء في الفصل في المنازعات ولاسيما منها الأسرية، حيث يقوم القاضي بسبر ادعاءات الأطراف، ودفوعاتهم ليركن إلى من المتسبب في فصل الميثاق، لذا تبين لي وأنا أدرس العمل القضائي أن تلك المحددات يمكن إجمالها في النية التي يضممرها الأطراف، وهم يصرون على فصل عرى الزوجية ومدى تأثيرها على إنهاء عقد الزواج وبالتالي قيام الضرر للطرف الآخر، وفي الآن ذاته نكشف من خلال الصلح إلى أي حد يمكن أن يحتوي الضرر ويرفعه؟ وبالتالي يبسط القاضي يده على عنصر الإضرار قصد إزالته، بينما يحاصر النوايا ويكشفها حيث يتبين من خلال الجلسات مدى رفض الصلح أو عدم قدرته على الحد من الضرر، وهي محددات تقدر الضرر بشكل منهجي في القضاء المغربي والمقارن.

### الفقرة الأولى: الإصرار الكلي أو الجزئي على إنهاء العلاقة الزوجية

بيننا أنفا أن العلاقة الزوجية، بمثابة ميثاق ترابط أساسه الإحسان والعفاف، الذي يجمع طرفيها، كما وقفنا عند فكرة أساسية وهي أن الهدف من ذلك دوام العشرة والألفة على وجه التأييد، إلا أن بعض العراقيل تعكر صفو هذا الترابط الشرعي، وتهدد استقراره. بحيث يسعى أحد الأطراف إلى فصل هذا الميثاق إما لضرر لحق به، أو سعيه إلى الإضرار بالطرف الآخر. الأمر الذي يجعل القاضي يتحرى في الموضوع، ويمحص النزاع باحثا عن محدد يستجلي من خلاله عناصر تقدير الضرر والوقوف على مدى إصرار أحد الأطراف على انفصال كلي أو جزئي.



إن الإصرار الجامح على فك روابط الزوجية يستشف منه القاضي عنصر قصد الإضرار<sup>1</sup> بالطرف الثاني في هذه العلاقة، لاسيما إذا كان الطرف المقابل يدفع بكل الوسائل إلى إعادة الأمور إلى مجاريها ويتمسك بالميثاق<sup>2</sup>، وعليه فإن أعمال السلطة التقديرية الثاقبة هي الفيصل؛ في التمييز بين مرامي الأطراف، بحيث يفصل القاضي من خلال الوقائع المثارة أمامه بين الضرر الذي يود الطالب الانسلاخ منه، جراء قسوة العشرة بين الطرفين، ويسعى إلى إنهاء العلاقة؛ ناشدا الاستقرار النفسي أو الاجتماعي، ومن خلاله يظهر وفق الأدلة مدى الضرر اللاحق به، كما يمكن أن يكون أحد الطرفين عازما على إلحاق الضرر بخصمه من خلال فك عرى الزوجية بدون سبب معقول، والذي بدوره يشكل حجة على عمله إلحاق الضرر بخصمه. وعليه فإن الإصرار على فك الرابطة الزوجية<sup>3</sup> محدد رئيس لتقدير الضرر، يعتمد عليه القاضي في حكمه. غير أن الإشكال المطروح هل يكفي وحده لتحميل المسؤولية للمضر، واعتباره ضرا في حد ذاته، ولاسيما أن الأطراف المتضررة في غالب الأحيان تبحث عن النجاة النفسية والانسلاخ من الميثاق الذي يشكل الرابط بينها وبين المضرور، بكل الطرق، لانسداد أفق الأمل في إصلاح ما يمكن إصلاحه.

هذا وقد قضى القضاء المقارن بأن "إصرار الزوجة على موقفها السلبي بمغادرة بيت الزوجية، ورفضها معايشة زوجها وامتناعها بالرغم من التنبيه عليها عديد المرات

1 - قرار رقم 133 الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة، قضية عدد 636 سنة 2007 بتاريخ 20 فبراير 2008، قرار غير منشور حاء في حيثياته "حيث إن المحكمة وبعد اطلاعها على وثائق الملف ودراستها لعلل الحكم المستأنف وما أثير بشأنه من أسباب تبين لها بان محكمة أول درجة وفي إطار مسطرة الصلح حاولت إصلاح ذات البين غير أنه تعذر عليها ذلك لتمسك الزوجة بالطلاق وإصرارها عليه بل إنها تنازلت عن جميع مستحققاتها راغبة في الانفصال وإنهاء العلاقة الزوجية، وبذلك فإن مسؤولية إنهاء العلاقة الزوجية تعود أساسا إلى رغبة الزوجة وهي تتحمل مسؤولية ذلك"

2 - القرار رقم 571 الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة، قضية عدد 306 سنة 2007 بتاريخ 19 شتنبر 2007، وهو قرار غير منشور وقد جاء في حيثياته "أن تمسك الزوج بزوجه وصدور حكم لفائدته بالرجوع إلى بيت الزوجية يجعل مسؤولية إنهاء العلاقة الزوجية قائمة في حق الزوجة دون الزوج الأمر الذي يشكل سببا يبرر طلب التعويض عن الضرر وان محكمة أول درجة لما لم تراعى ذلك وقضت برفض الطلب تكون قد جانبت الصواب مما توجب إلغاء الحكم المستأنف"

3 - ورد في قرار للمجلس الأعلى سابقا "وأنها هي التي أصرت على التطلاق للشقاق، والمحكمة لما قضت بأدائها لفائدة المطلوب تعويضا عما لحقه من ضرر وحددته في إطار سلطتها التقديرية في مبلغ 50 ألف درهم معتمدة على مسؤوليتها الكاملة، في التطلاق للشقاق، تكون قد بنت سلطتها على الوثائق المدرجة بالملف وعلى البحث الذي أجرته في القضية وطبقت المادة 97 تطبيقا سليما " قرار رقم 427 بتاريخ 10 شتنبر 2008 ملف عدد 2007/1/2/61، المنشور كاملا بمجلة القضاء المدني عدد 3 شتاء / ربيع 2011 ص 177.

ودعوتها للمساكنة والرجوع لبيت الزوجية، يشكل ضررا للزوج ويلحق بها صفة الناشز<sup>4</sup> ومن خلاله، نستنتج أن الإصرار يشكل مرجعا رئيسا في تقدير مدى الإضرار الذي تمارسه الزوجة على حقوق زوجها، وهو الإصرار ذاته الذي يشكل دليلا قويا على وجود الضرر، وهو ما أكدته القضاء عندما قضى أنه "وحيث تبين للمحكمة من خلال الوثائق والبحث المجرى مع الزوجة أن الشقاق مستحكم بين الطرفين خصوصا أن الزوجة مصرة على التطلق وهو الدليل على وجود الشقاق الذي يستحيل معه إقامة وبناء حياة زوجية سليمة ومستقرة"<sup>5</sup>. هذا ونلفت الانتباه إلى أن عنصر الإصرار يبقى محوريا ليس فقط في إصرار أحد الأطراف على إنهاء الرابطة الزوجية، بل ينصرف إلى التأثير على استقرارها واستمرارها بشكل عادي<sup>6</sup>، إذ نجد أسس ذلك في المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة خاصة في تشديدهما على فكرتين أساسيتين تلخصان الإصرار، أولهما أنه إذا ثبت أثناء مناقشة طلب الإذن بالتعدد تعذر استمرار العلاقة الزوجية لتمسك الزوج بطلبه وإصرار الزوجية على التطلق، والثانية تكمن في إصرار الزوجة على عدم الموافقة على قبول التعدد، حيث نقف عند استعمال كلا الطرفين لحقهما سواء تعلق الأمر بالتعدد للزوج ورفض ذلك بالنسبة للزوجة، غير أن المهم في كل ذلك هو مدى توفر الضرر ومكمنه، كما هو الحال بالنسبة لتشطير المسؤولية، غير أنني أرى أن مدى جدية المبرر الاستثنائي الموضوعي للمطالبة بالتعدد هو الكفيل بتحديد مدى قيام عنصر الإضرار من عدمه، فمن خلاله يمكن للقاضي أعمال سلطته التقديرية قصد القضاء بوجود الضرر، رغم أن القضاء تعامل مع ذلك بمنطق لا يواكب الاجتهاد الذي يتطلبه الواقع ويتجلى ذلك في الأذون<sup>7</sup>، الأمر الذي يستدعي مزيدا من التقييد على هذه السلطة.

4 - قرار لمحكمة التعقيب بتونس عدد 51727 بتاريخ 22 أكتوبر 1996، المنشور بنشرية محكمة التعقيب سنة 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية بتونس ص 279.

5 - حكم المحكمة الابتدائية بالناظور ملف عدد 995/21/08، بتاريخ 11 فبراير 2009 غير منشور.

6 - محمد حاتمي، تطبيقات محاكم الموضوع للقواعد القانونية المستجدة في قضايا الأسرة ورقابة محكمة النقض عليها، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق طنجة، الموسم الجامعي 2016/2017، ص 177

7 - تذهب بعض الأحكام إلى قبول بعض المبررات التي لا منطوق فيها، كما هو الحال في قبول مبرر إنجاب الزوجة للبنات فقط في حين يريد أن تنجب الذكور. وهو ما قضى به قرار محكمة النقض عدد 331 في الملف رقم 2015/1/2/276 الصادر بتاريخ 23 يونيو 2015.

الفقرة الثانية: عدم الرغبة في الصلح وإفشال مسعاه

يعد الصلح جوهر الفلسفة التشريعية الذي ورثته مدونة الأسرة عن الفقه الإسلامي، حيث يعتبر من بين المستجدات التي تنص على إلزاميته، قبل الحسم في النزاعات المتعلقة بانحلال ميثاق الزوجية، ويهدف المشرع من وراء ذلك الحفاظ على الاستقرار الأسري<sup>8</sup> وصون قيم الألفة والإخلاص والمودة والاحترام التي ينبني عليها الزواج<sup>9</sup>، الأمر الذي أكدته العمل القضائي من خلال اعتباره الصلح من النظام العام، إذ قرر قضاء النقض في أحد قراراته أن "الإصلاح بين الزوجين إجراء جوهري، تفتتح به دعوى التطلق ويترتب على نجاحه إثبات ذلك في أمر تنتهي به الدعوى، كما يترتب على فشله إصدار أمر بعدم التصالح والإذن بمواصلة الدعوى، ولهذا فإن المحكمة لما رفضت الدفع بعدم احترام هذا الإجراء بعله أنه لا يكون ضروريا إلا عند قيام الحجة عند الضرر، تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"<sup>10</sup> بينما جعله جانب من القضاء المقارن- التونسي- وليد رغبة طرفي العلاقة في "وضع حد نهائي للنزاع، واستئناف المعاشرة على الأسس التي ضببطها الصلح الذي يعتبر ماضيا في حقها"<sup>11</sup> في حين شدد القضاء الجزائري على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي، وحيث إنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا، فحرر محضر عدم الصلح إثباتا لذلك، وحيث إنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده؛ المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء

8 - محمد سلام، أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي والمقارن، مجلة المحاكم المغربية، عدد 93 مارس/أبريل 2002 ص 13.

9 - انظر المادة 4 من مدونة الأسرة على سبيل المثال التي تنص على أن "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة" بينما تنص المادة 4 معدلة من قانون الأسرة الجزائري على أن الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

10- قرار عدد 164 صادر بتاريخ 19 ابريل 1980 ملف عدد 81153، غير منشور أورده عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية الفقه والقانون في مسائل الأحوال الشخصية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، مارس 2007 ص 230.

11 - قرار تعقيبي (استئنافي) عدد 17646 بتاريخ 12 فبراير 1988 أورده دياب عز الدين حسن، الصلح وسيلة لفض النزاعات، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات يومي 6 و7 ماي 2014 الجزائر منشور في مجلة حوليات الجزائر عدد 03، سنة 2014، ص 13.

محاولة الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم دون إحالة<sup>12</sup>.

### المطلب الثاني: الصلح أداة لاحتواء الضرر

إن فلسفة المشرع الأسري في تشريعه لمبدأ الصلح تكمن في السعي الجاد إلى رآب الصدع، ووضع حد للخلاف القائم بين الزوجين، وذلك بالتعرف على أسباب الخلاف الحقيقية، ومعالجتها بكل موضوعية وتجرد<sup>13</sup>، ومن خلاله يمكن نزع فتيل الضرر الكائن بينها والمحتمل الذي يفضي إلى تفكيك عرى الزوجية، إذ يمكن مبدأ الصلح القاضي من الوقوف على الخلافات، وتوجيه الطرفين نحو إعادة هيكلة حياتهما الأسرية، أو معالجة الضرر المحقق بهما قبل تفاقمه<sup>14</sup>. وعموما فإن الضمانة المسطرية التي أوجبها المشرع من خلال إلزامه المحكمة بمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين المتخاصمين قبل البت في ملفهما، يشكل قييدا محوريا في التحكم في التصرفات التعسفية للطرف الساعي إلى حل ميثاق الزوجية<sup>15</sup>، كما هو الشأن لباقي الضمانات المالية التعويضية. ولعل أهم تجليات الهدف الأسمى في سعي القضاء إلى احتواء الضرر بين طرفي العلاقة الزوجية، هو رفضه النيابة عن احد الطرفين أو كليهما في جلسات الصلح، واعتبر المسألة شخصية ولا يقبل فيها التوكيل<sup>16</sup>، بل شدد على ضرورة حضور الطرفين والتفاوض بشكل مباشر<sup>17</sup>، والمغزى من ذلك تقليص دائرة

<sup>12</sup> - قرار رقم 687997 مؤرخ بتاريخ 14 يونيو 2012 والمنشور بالمجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية عدد 5622 بتاريخ 2013/896/12.

<sup>13</sup> - رجاء ناجي مكوي، قضايا الأسرة بين عدالة التشريع، وفرة التأويل، قصور المساطر وتباين التطبيق، سلسلة اعرف حقوقك عدد 3، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط دون سنة النشر، ص 122.

<sup>14</sup> - السعدية مجيدي، الصلح في مسطرة التطلق للشقاق، مقال منشور بكتاب الوسائل الودية لفض المنازعات، مقاربات وتجارب متعددة، أشغال الندوة الدولية التي نظمتها الكلية المتعددة التخصصات بالناظور، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة العدد الرابع، ماي 2012 ص 42

<sup>15</sup> - حسن إبراهيمي، انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي - الطلاق بالإرادة المنفردة نموذجاً - رصد لتطور تعامل القضاء الفرنسي مع قواعد الطلاق بالإرادة المنفردة الصادر بالمغرب، سلسلة دراسات قانونية حول الجالية، العدد الأول، الطبعة الأولى سنة 2009، طبع ونشر وتوزيع مكتبة دار السلام الرباط، ص 82.

<sup>16</sup> - عبد الله روحمات، الوكالة في صلح الزوجين بين النص القانوني والواقع العملي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 27 لسنة 2004، ص 108.

<sup>17</sup> - يقول ابن عاصم " وهل مطلق التوكيل كاف فامضين \*\*\* به نظرا كالذي بتفويض انجلا، ومعناه أنه كلما فعله الوكيل بسبب التفويض إنجلي وهو مقبول إلا في أمور ثلاث، طلاق الزوجة وبيع دار السكن وتزويج بكر لا تجوز إلا بتوكيل خاص، أنظر لامية الزقاق ص 334،

النزاع إلى حدودها الدنيا؛ بشكل يجعل القاضي يسمع الشقاق من مصدره دون تأويل ولا تجن، الأمر الذي ذهب إليه القضاء من خلال تأكيده على أن " الصلح بين الطرفين المتنازعين لا تصح فيه النيابة، ومتى تبين أن هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور، ويعد خطأ في تطبيق القانون"<sup>18</sup>، وفي كل الأحوال يمكن أن ينهي الصلح النزاع، ويحتوي الضرر، ويعود الود إلى بيت الزوجية، مادام الصلح " وليد إرادة الطرفين المشتركة اللذين يسعيان من خلاله إلى قطع دابر الخصومة واستئناف المعاشرة "<sup>19</sup>. لذا يمكن القول إن المشرع الأسري سعى من خلال فلسفة الصلح إلى احتواء الضرر، ووقف توسعه حماية لاستقرار الأسرة<sup>20</sup>، ويظهر ذلك جليا في توسيع اختصاصات قاضي شؤون الأسرة في محاولة الصلح، والمغزى من ذلك تفادي الوصول إلى ما يشتمل الأسرة، ويعمق الضرر.

### الفقرة الأولى: عدم تأثير الصلح على بعض الأضرار

أشرنا سابقا أن أغلب المنازعات الأسرية تستوجب المرور بمسطرة الصلح، تماشيا مع فلسفة المشرع المغربي في سعيه إلى الحفاظ على الاستقرار الأسري، من خلال احتوائه للضرر وإيجاد مساحة متفق عليها تجعل طرفي العلاقة الزوجية يعودان إلى الوجه الصحيح للهدف من الزواج، حيث بينا أن تدخل القضاء من خلال المسطرة تفيد استقرار الأسرة بكل مكوناتها. لكنها غير ملزمة في كل القضايا؛ كما هو الحال بالنسبة للتطليق للعيب، وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي المغربي من خلال قرار للمجلس الأعلى سابقا عندما قضى بأن التطليق للغيبة لا حاجة فيه لإجراء المصالحة<sup>21</sup>، وهو ما سارت عليه مدونة الأسرة عند إعفاء الزوجة من مسطرة الصلح خلال دعوى التطليق للغيبة التي تتضرر من خلالها الزوجة من ممارسة حقوقها الزوجية وفقا للمادة 113 من ذات المدونة، غير أن مرد ذلك ليس هو عدم قدرة

<sup>18</sup> - قرار للمحكمة العليا الجزائرية عدد 417622 الصادر بتاريخ 16 يناير 2008 غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا عدد 1 سنة 2009، ص 302.

<sup>19</sup> - قرار تعقيبي تحت رقم 17646 صادر عن محكمة التعقيب التونسية، بتاريخ 2 فبراير 1988 والمنشور بقاعدة بيانات الأحكام القضائية التعقيبية، وزارة العدل التونسية وفق الرابط :

<http://jurisprudence.e-justice.tn/cgi-bin/wxis>.

<sup>20</sup> - كانع سلمى وزواوي عباس، اختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبق لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 16 مارس 2018، ص 62.

<sup>21</sup> - قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا تحت عدد 881 بتاريخ 21-7-92. منشور بمجلة القصر. العدد 2. ص 18.

الصلح على احتواء ضرر الغيبة، وعودة استمرار الحياة بين الطرفين، بل لكون الطرف الثاني لا يستطيع حضور جلسة الصلح. ويشار أيضا إلى أن تضرر احد طرفي العلاقة الزوجية من العيب الذي يعاني منه الآخر، لا يعفي هو أيضا من إجراء محاولة الصلح، غير أن منطق الأشياء، ومبادئ الإنصاف لا تستقيم مع ذلك، إذ كيف يعقل أن يطلب من متضرر من عيب مستحکم ثابت، صلح ما لا يمكن إصلاحه، كما هو الحال بالنسبة لعيب العقم<sup>22</sup> الطبيعي الذي لا يمكن البرء منه، والذي تضرر من خلاله أحد الأطراف بعد حرمانه من نعمة النسل، وهو متمسك بحقه في الإنجاب. لذا نسجل أن العمل القضائي حسم العديد من محاولات الصلح، وخرج بنتيجة عدم قدرة هذا السبيل في احتواء الضرر<sup>23</sup>، لاسيما عندما يكون الشقاق حادا، ولا أمل في حله بعقد جلسات أخرى وفق ما يتطلبه القانون، كما هو الحال في قرار للمحكمة العليا الجزائرية عندما رأت أن " قاضي الموضوع الذي أجرى محاولة صلح بين الزوجين، وعقد لذلك جلسة بتاريخ 30 نونبر 2009 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما، وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة<sup>24</sup> تم استنفاذه، ويعيب الحكم

<sup>22</sup>- يعد العقم ضررا وفق العمل والاجتهاد القضائي سواء المغربي أم المقارن، غير أن القضاء ميز بين العقم الذي فيه تدخل بشري قصد إلحاق الضرر بالطرف الآخر من العلاقة الزوجية، والعقم الطبيعي الذي لا دخل فيه للعقيم أو العاقر، غير أن ذلك لا ينفي إيقاع الطلاق أو التطلق في كليهما، غير أنه يسقط التعويض عن الضرر في الحالة الأولى ويوجبه في الحالة الثانية، سنتناول الموضوع باستفاضة في موضعه.

<sup>23</sup>- بالنظر إلى إحصائيات وزارة العدل لسنة 2011، المتعلقة بالمجهودات التي تقوم بها المحكمة للقيام بمحاولة الصلح، نلاحظ أن النسب التي تمكنت المحكمة من الإشهاد على تصالحها جد ضئيلة، إذ لا تتجاوز 16.26% من أصل 9679 حالة في التطلق للشقاق، انظر بالتفصيل مساطر القضاء الأسري، نشر وزارة العدل المغربية، بتعاون مع هيئة الأمم المتحدة للمرأة أكتوبر 2012 مطبعة البيضاء، ص 17، لكن بالرجوع إلى إحصائيات سنة 2013 بلغ عدد المحاولات التي تم فيها الإشهاد على الصلح في الطلاق 8702 من مجموع الطلبات المحكومة بنسبة 27,81%، منها 4324 محاولة لأزواج لهم أولاد، و 4378 لأزواج بدون أولاد، أما بالنسبة للتطلق فقد بلغت عدد محاولات الصلح الناجحة 10339 بنسبة 14,67% من مجموع طلبات التطلق البالغ عددها 70833، القضاء الأسري: الواقع والآفاق عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، ص 65 وما بعدها.

<sup>24</sup>- تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 02-05 المؤرخ بتاريخ 27 فبراير 2005 على " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى، مما يجعل الوجه غير سديد، ومستوجب الرفض<sup>25</sup>.

ومرد ضعف مؤسسة الصلح وعدم قدرتها على احتواء الأضرار أمر ثابت من خلال أسباب مرتبطة بالمنطق التشريعي، الذي أسند الأمر إلى قاضي الحكم، ما يجعل الأطراف لا يبوحون بما يمكن القاضي من استجلاء الشقاق المؤدي إلى وقوع الضرر المسبب للخصومة؛ مخافة انعكاس تصريحاتهم على مراكزهم أثناء المحاكمة. كما أن مانعا آخر، يتجلى في ضعف الموارد البشرية، وإجراء التصالح أمام العن بقاءة الجلسات أحيانا<sup>26</sup>. لبعض الأسباب التي تؤكد عدم قدرة المشرع، والعمل القضائي من احتواء الضرر بين طرفي العلاقة الزوجية في غالب الأحيان<sup>27</sup>.

### الفقرة الثانية: عدم الرغبة في الصلح مؤشر على قصد الإضرار

وقفنا سلفا عند خلاصة وهي أن الصلح فلسفة تشريعية تبناها المشرع الأسري، ناشدا استقرار الأسرة والمحافظة على وحدتها، واحترام المساكنة الشرعية. غير أن هذا المبدأ لا يصمد كثيرا عندما تشتد المنازعة وتغلي الخصومة ويبلغ الضرر مداه، الأمر الذي كشفته الإحصائيات التي فككناها، والتي أبانت بجلاء على أن الصلح لم يبلغ هدفه المأمول، ما يدفعنا إلى تعميق الدراسة في مدى تأثير رفض الصلح في تقدير الضرر، وتحميله للطرف الراض للهذا التوجه.

إن إصرار أحد طرفي العلاقة الزوجية على رفض الصلح، لا يمكن فهمه إلا في صور ثلاث، أولها سعي الراض إلى التخلص بشكل لا رجعة فيه من علاقة زوجية كبذته ضررا لا يستطيع تحمله في المستقبل، ويريد فك الارتباط من أصله، ولا يرى بُدًا من إصلاح ذات البين لكون الخلاف وصل عمقه. أو في صورة ثانية تتمثل في تعسف الطرف الراض للصلح في سعيه للانفصال عن الطرف الآخر، فيرى في الصلح إمكانية

<sup>25</sup> - قرار للمحكمة العليا الجزائرية تحت رقم 6284 الصادر بتاريخ 14 ابريل 2011، غرفة شؤون الأسرة والموارث، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول سنة 2012 ص 299.

<sup>26</sup> - هجيرة بن عزي، إكراهات العمل القضائي في إنهاء الرابطة الزوجية، مجلة المنبر القانوني، العدد 6، أبريل 2014، ص 206.

<sup>27</sup> - انظر الإحصائيات المتعلقة بنسب نجاح المحكمة في الصلح بين طرفي العلاقة الزوجية مقارنة مع نسب فشلها، وهي نسب مدعاة لاهتمام خاص في ظل أهمية هذه المؤسسة من رأب الصدع بين الطرفين وقطع دابر الخلاف لانتفاء الضرر وسله من جذره سندرس بشكل دقيق في حينها.

لإقناعه عن التراجع، وبالتالي يتفادى كل ما يمكن لم الشمل ونزع الخلاف، غير أن هناك فئة أخرى ترى في عدم حضور جلسة الصلح نوعاً من الحل من خلال منح الطرف الثاني مزيداً من الوقت قصد التراجع عن حل ميثاق الزوجية، وهي فئة لا تعلم دور الصلح، وتجهل المساطر المعمول بها؛ معتقدة (أقصد هذه الفئة) أن ذلك قد يثني الطرف الآخر عن الإقدام على فك ميثاق الزوجية<sup>28</sup>.

### خاتمة:

تبين لنا أن سلطة القاضي في تقدير الأضرار الواقعة بين طرفي الزوجية؛ ليست بسلطة واسعة بل قيدها العمل والاجتهاد القضائي بالعديد من القيد ومنها المحددات التي أشرنا إليها أعلاه.

---

<sup>28</sup> - رجاء ناجي مكاوي، قضايا الأسرة، مرجع سابق، ص 124.



## انتخابات مندوبي الأجراء:

### ضوابطها، وكيفية تسوية النزاعات الناشئة عنها

إبراهيم العسري

أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية  
والاقتصادية والاجتماعية بأيت ملول

عبد الرحمان ييبي

باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم  
القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

### مقدمة:

يعتبر هاجس ضمان الأمن والسلم الاجتماعيين، وكذا توفير مناخ تسوده العدالة الاجتماعية مسؤولية من بين أهم وأبرز المسؤوليات التي أصبحت أكثر من أي وقت مضى ملقاة على عاتق الدولة وأجهزتها ومؤسساتها السياسية، فلا أحد يستطيع أن ينكر الدور الفعال والمحوري الذي أصبحت تلعبه الدولة في التدخل في جميع جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية<sup>1</sup>، وتتجلى لنا هذه المسؤولية بشكل جلي وواضح في أنواع التشريعات التي تسنها الدولة لتواجه بها عمليات التغيير وتضبط بها العلاقات القائمة بين أفراد المجتمع خاصة التي تتخذ شكل تعاقد، ومن أهم أدوات الضبط الاجتماعي التي تستغلها وتستعملها الدولة نجد القانون، ذلك أن الوظيفة الأساسية لهذا الأخير هي إرساء النظام داخل المجتمع وكفالة التوازن بين حقوق والتزامات الأفراد فيما بينهم وفي علاقتهم مع الدولة.

<sup>1</sup>- نادية أكو، مفتشية الشغل كهيئة متدخلة في علاقات الشغل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2006-2007 ص2.

ومع بداية القرن التاسع عشر عرفت العديد من دول العالم تطورا اقتصاديا ملموسا لم يسبق له مثيل، انعكس بشكل جلي على العلاقات المهنية والاجتماعية، فأحدث تحولا نوعيا فيها. فبعد أن كانت المؤسسة أو المقاوله تعود ملكيتها وسلطة التقرير فيها كلية إلى مالكيها، أصبحت فيما بعد مجرد أداة ووسيلة لتحقيق مصلحة عامة وأداة لضمان نوع من التوازن بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية لأفراد المجتمع<sup>2</sup>.

و قد أدى سن القوانين الاجتماعية وبروز دور الحوار الاجتماعي كركيزة مهمة يقوم عليها تطبيق هذه القوانين على أرض الواقع بالإضافة إلى تدخل الدولة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي إلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة وتدعيم مركز الأجراء سعيا إلى توفير مزيد من الضمانات والحماية للطبقة الشغيلة من بطش أرباب العمل، وفي هذا الصدد نصت العديد من التشريعات الاجتماعية - من بينها مدونة الشغل بالمغرب - على ضرورة تشكيل هيئات تمثيلية داخل المؤسسات الشغيلة رغبة منها في خلق نوع من التوازن في علاقات الشغل والدفاع عن مصالح الأجراء خلال النزاع الفردي<sup>3</sup> أو الجماعي للشغل<sup>4</sup>، ونقل مطالبهم إلى المشغلين.

2 - الحاج الكوري، دور ممثلي العمال في الحوار الاجتماعي، مناظرة الحوار الاجتماعي والتنمية الديمقراطية، ص 171.

3 - بخصوص تعريف نزاع الشغل الفردي نجد أنه على الرغم من كون المشرع المغربي ميز بين نزاعات الشغل الفردية والجماعية ووضع نظاما خاصا لتسوية كل منهما، إلا أنه لم ينص على تعريف نزاع الشغل الفردي عكس نزاعات الشغل الجماعية التي عرفها بموجب المادة 549 من مدونة الشغل. ويعتبر التشريع البريطاني أول من أعطى تعريف للنزاع العمالي بحيث كان على الشكل التالي: " تعني عبارة نزاع عمالي أي نزاع أو خلاف بين عمال وأصحاب أعمال أو بين عمال وعمال يتعلق بالاستخدام أو بعدم الاستخدام أو بشروط لاستخدام أو ظروف العمل لأي شخص كان "

ويذهب أحد الفقهاء إلى القول ان النزاع الفردي في ظل المجتمع المنظم في العصر الحديث يتعلق بالحقوق ومن ثمة يمكن القول بأنه نزاع ذو طبيعة حقوقية لأنه لا يمكن أن ينشأ بصورة قانونية إلا إذا كان هناك حق ثابت مستحق يحميه القانون وهناك زعم أو ادعاء بالاعتداء عليه.

- أورده عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، المطبعة الفنية الحديثة، (دون ذكر مكان الطبع) طبعة 1988، ص 119.

- أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 12 سنة 1980، ص 102.

4 - تتجلى معايير التمييز بين النزاع الفردي والنزاع الجماعي لابد من تحديد معايير التمييز بينهما والتي تتجلى في أطراف النزاع وموضوع النزاع: أولا أطراف النزاع:

فالنزاع الجماعي هو ذلك الذي يجمع بين مشغل واحد أو مجموعة من المشغلين من جهة وبين مجموعة من الأجراء أو منظمة نقابية أو جماعية يكون هدفها الدفاع عن مصالح جماعية مهنية لهؤلاء الأجراء.

يكتسي موضوع المقال أهمية بالغة لكون عملية انتخاب مندوبي الأجراء تعد رافعة أساسية لتعزيز العلاقات المهنية وتطويرها وإرساء السلم والأمن الاجتماعيين في وحدات الإنتاج المختلفة، والواقع أنه من خلال نتائج الانتخابات يتم تحديد النقابات الأكثر تمثيلا، بل هي أيضا محطة أساسية ومهمة لتحديد من بين مندوبي الأجراء أعضاء لجنة السلامة وحفظ الصحة وكذا لجنة المقاوله هذا من جهة ومن جهة أخرى يعد مندوبي الأجراء من أهم الأجهزة التي تمثل الأجراء داخل المقاوله، وتنبو عنهم للدفاع عن مصالحهم، وتسهر على التطبيق السليم لتشريع الشغل بالمقاوله، وهذا الدور الجسيم لمندوبي الأجراء هو الذي تنبه له تشريع الشغل بإقراره لحماية خاصة لهذا الجهاز<sup>5</sup>، هذا الأخير حددت مدونة الشغل الضوابط و الإجراءات القانونية لانتخابه، كما بينت كيفية تسوية النزاعات التي يمكن أن تنشأ بصدد هذه الانتخابات.

وبلاحظ أن المشغل الذي يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، يمثل في حد ذاته وحدة قانونية وقوة اقتصادية يمكن أن يكون طرفا في النزاع الجماعي، فالتعدد المطلوب ليكون النزاع جماعيا هو الجانب العمالي وعليه فإن نزاع الشغل لا يعتبر جماعيا إلا إذا كان أحد أطرافه تجمعا عماليا. وهو ما أكده المجلس الأعلى (سابقا) محكمة النقض (حاليا)، تجدر الإشارة الى أن اسم المجلس الأعلى تم استبداله بمحكمة النقض، بموجب ظهير شريف رقم 1.11.170 صادر في 27 من دي القعدة 1432 الموافق ل 25 أكتوبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.233 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 27 سبتمبر 1957 الجريدة الرسمية عدد 5989 بتاريخ 28 دي القعدة 1432 الموافق ل 26 أكتوبر 2011 ص 5228. حيث جاء في إحدى قراراته ما يلي: يتضح من الفصل الأول من ظهير 19 يناير 1946 المتعلقة بالنزاعات الجماعية، فإن النزاعات الجماعية هي الناتجة عن خلاف جماعي ينصب على شروط الاستخدام والشغل لمجموعة من الأجراء منضوون في إطار نقابة أو جمعية مهنية ولهم مصلحة واحدة في النزاع قرار المجلس الأعلى في الملف الاجتماعي عدد 88/8075 الصادر بتاريخ 17/02/1992 منشور بمجلة الإشعاع عدد 1992/7، ص 75. فالتعريف الذي تبناه المجلس الأعلى لا يخرج عن التعريف الذي تبناه المشرع المغربي الذي اعتمده في المادة 549 من مدونة الشغل، بحيث تم التركيز على عنصرين أساسيين لتحليل مفهوم النزاع الجماعي وتعلق الأمر بأطراف النزاع وموضوع النزاع. للتوسع أكثر يرجى الرجوع إلى:

- موسى عبود، دروس في القانون الاجتماعي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، سنة 1987، ص 225.

- أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 102.

- علي الصقلي، نزاعات الشغل الجماعية وطرق تسويتها السلمية في القانون الاجتماعي في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس، السنة الجامعية 1988 - 1989، ص 101.

<sup>5</sup> - راجع بخصوص هذه الحماية بوعبيد الترابي، حماية مندوب الأجراء والممثل النقابي، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 18 ص 83 وما بعدها.

فهل استطاع المشرع المغربي، إذن، تنظيم انتخابات مندوبي الأجراء بطريقة تضمن لهذه العملية نزاهتها، حتى يتمخض عنها ممثلين حقيقيين للأجراء يسهرون على حماية مصالحهم؟

لدراسة هذا الموضوع ارتأينا تقسيمه إلى مبحثين كالتالي:

**المبحث الأول: الشروط القانونية المتعلقة بانتخاب مندوبي الأجراء.**

**المبحث الثاني: النزاعات المترتبة عن انتخاب مندوبي الأجراء.**

## المبحث الأول: الشروط القانونية المتعلقة بانتخاب مندوبي الأجراء

يحتل مندوبو الأجراء مكانة هامة في تمثيل الأجراء داخل المقابلة، نظرا لقيامهم بالعديد من المهام المرتبطة بمصالح الطبقة الشغيلة<sup>6</sup>، وعلى مستوى صلاحيات مندوب الأجراء بالقطاع الخاص وأعضاء اللجان الثنائية بالقطاع العام، ونضيف في هذا الإطار على أن اختصاص مندوب الأجراء يتجسد بالأساس في مهام المصالحة ومهام الاستشارة التقنية والاقتصادية عبر عضويته في لجان المقابلة<sup>7</sup>، بالإضافة إلى مهام مؤسساتية وقانونية، بينما يظل اختصاص ممثلي الموظفين في اللجان الإدارية متساوية الأعضاء اختصاصا استشاريا ينظر في بعض القضايا الفردية المتعلقة بالمسار المهني للموظف، وانطلاقا من هذا الدور الكبير يحرص العمال على اختيار مندوبين تتوفر فيهم الكفاءة التي تجعلهم قادرين على السهر على احترام القانون والدفاع عن مصالحهم وحقوقهم، ويتم هذا الاختيار عن طريق الانتخابات التي تجري في المقاولات. هذه الانتخابات تحكمها مجموعة من الضوابط والشروط لا من

<sup>6</sup> - حيث يوظفون بمجموعة من المهام المكرسة بموجب القانون، وهذا ما نجده في مقتضيات المادة 432 من مدونة الشغل:

تتمثل مهمة مندوبي الأجراء في:

- تقديم جميع الشكايات الفردية، المتعلقة بظروف الشغل الناتجة عن تطبيق تشريع الشغل أو عقد الشغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية أو النظام الداخلي، إلى المشغل، إذا لم تقع الاستجابة لها مباشرة؛
- إحالة تلك الشكايات إلى العون المكلف بتفتيش الشغل، إذا استمر الخلاف بشأنها.
- <sup>7</sup> - تجدر الإشارة إلى أن عدد مندوبي الأجراء يحدد حسب عدد الأجراء طبقا لما هو منصوص عليه في مدونة الشغل، فالرجوع إلى مقتضيات المادة 433 من المدونة نجدها تنص على أنه:

يحدد عدد مندوبي الأجراء على النحو التالي:

- من عشرة أجراء إلى خمسة وعشرين أجراء:

\* مندوب أصلي ومندوب نائب؛

- من ستة وعشرين أجراء إلى خمسين أجراء:

\* مندوبان أصليين ومندوبان نائبان؛

- من واحد وخمسين أجراء إلى مائة أجراء:

\* ثلاثة مندوبين أصليين وثلاثة مندوبين نواب؛

- من مائة أجراء وأجير واحد إلى مائتين وخمسين أجراء:

\* خمسة مندوبين أصليين وخمسة مندوبين نواب؛

- من مائتين وواحد وخمسين أجراء إلى خمسمائة أجراء:

\* سبعة مندوبين أصليين وسبعة مندوبين نواب؛

- من خمسمائة أجراء وأجير واحد إلى ألف أجراء:

\* تسعة مندوبين أصليين وتسعة مندوبين نواب؛

يضاف مندوب أصلي، ومندوب نائب، عن كل مجموعة إضافية، تتكون من خمسمائة أجراء.

جانب الناخب والمرشح (المطلب الأول) ولا من جانب اللوائح والعمليات الانتخابية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الشروط القانونية المرتبطة بالناخب والمرشح

عملت مدونة الشغل على تقنين عمليات انتخاب مندوبو الأجراء من جميع الجوانب، وسنعمل في هذا المطلب على الوقوف على الشروط التي استلزمت مدونة الشغل توفرها في شخص الناخب (الفقرة الأولى) إلى جانب تلك الواجب توفرها في شخص المرشح (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: شروط الناخب

أخضعت مدونة الشغل المشاركة في انتخابات مندوبو الأجراء لمجموعة من الشروط، بدونها لا يحق للأجير الإدلاء بصوته، هذه الشروط نصت عليها المادة 438 من مدونة الشغل وهي كالتالي:

- شرط صفة الأجير: للمشاركة في اللوائح الانتخابية يجب أن يتمتع الناخب بصفة أجير<sup>8</sup>، والأجير هو كل شخص منتمي للمقاولة بشكل منظم ويستخلص منها أجره سواء كان يعمل داخل المقاولة أو خارجها في إطار من التبعية.

- شرط السن: حسب المادة 438 من مدونة الشغل، فإنه يجب أن يكون الأجير بالغا من العمر 16 سنة - حتى يمكن أن تثبت له صفة ناخب - وذلك عند بداية الانتخابات دون تمييز في ذلك بين الذكر والأنثى وبين المغربي والأجنبي.

ويثبت هذا السن عادة بواسطة بطاقة العمل التي يلتزم المؤجر بمنحها للأجير<sup>9</sup>، وهذه البطاقة تتضمن حسب المرسوم الوزاري رقم 422.04.2 مجموعة من البيانات من بينها الاسم الكامل للمؤجر، اسم المؤسسة الشغلية، اسم ولقب الأجير

<sup>8</sup> - تنص المادة 6 من مدونة الشغل على ما يلي:

" يعد أجيرو كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني، تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين، لقاء أجر، أيا كان نوعه، وطريقة أدائه.

يعد مشغلا كل شخص طبيعي أو اعتباري، خاصا كان أو عاما، يستأجر خدمات شخص ذاتي واحد أو أكثر".

<sup>9</sup> - وهذا ما أكدته المادة 23 من م ش في فقرتها الثالثة حيث جاء فيها: "يجب على المشغل أن يسلم الأجير بطاقة شغل يجب أن تتضمن بطاقة الشغل البيانات التي تحدد بنص نظامي"

وتاريخ ازدياده، وتاريخ دخوله إلى العمل ووظيفته، ومبلغ أجرته، ورقم تسجيله في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي إلى غير ذلك من البيانات<sup>10</sup>.

- **شرط الأقدمية:** لكي يشارك الأجير في الانتخابات يجب أن يكون قد عمل في المؤسسة الشغلية، أو في فرع من فروعها لمدة لا تقل عن ستة أشهر سواء كانت هذه المدة متصلة أو منقطعة، باستثناء المؤسسات ذات طابع موسمي، والتي يكون فيها قضاء 156 يوما من الشغل غير المتواصل خلال المواسم الفارطة بمثابة ستة أشهر من الشغل<sup>11</sup>.

- **شرط عدم صدور حكم:** حتى يحق للأجير الإدلاء بصوته في انتخابات مندوبو الأجراء، يجب ألا يكون قد صدر في حقه حكم نهائي، إما بعقوبة جنائية أو عقوبة حبسية نافذة من أجل جنائية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية، ما لم يرد اعتباره، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 438 من مدونة الشغل.

### الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بالمرشح

يمكن للناخب أن يصبح مرشحا لتقلد منصب مندوب الأجراء إذا توفرت فيه الشروط المحددة بمقتضى المادة 439 من مدونة الشغل<sup>12</sup>، وهي:

<sup>10</sup> - للمزيد حول هذه البيانات أنظر المرسوم الوزاري رقم 422.04.2 الصادر بتاريخ 16 ذي القعدة 1425 الموافق ل 29 ديسمبر 2004. والمعتبر بمثابة نص تنظيمي يحدد البيانات التي يجب أن تضمنها بطاقة الشغل الملزم المؤجر بمنحها للأجير.

<sup>11</sup> - تنص المادة 438 من مدونة الشغل على ما يلي "يدخل في عداد الناخبين، كل أجير، ذكرا كان أو أنثى، إذا أكمل سن السادسة عشرة، وقضى ما لا يقل عن ستة أشهر من الشغل في المؤسسة، ولم يصدر عليه أي حكم نهائي، إما بعقوبة جنائية، أو بعقوبة حبس نافذة، من أجل جنائية أو جنحة، باستثناء الجرائم غير العمدية، ما لم يرد اعتباره.

يعتبر عند تطبيق الفقرة السابقة من هذه المادة، في المؤسسات ذات النشاط الموسمي، قضاء مائة وستة وخمسين يوما من الشغل غير المتواصل خلال المواسم الفارطة بمثابة ستة أشهر من الشغل".

<sup>12</sup> - تنص المادة 439 من مدونة الشغل على أنه: "يؤهل للترشيح للانتخابات، الناخبون ذوو الجنسية المغربية البالغون عشرون سنة كاملة، والذين سبق لهم أن اشتغلوا في المؤسسة لمدة متصلة لا تقل عن سنة، باستثناء أصول المشغل وفروعه وإخوته وأصهاره المباشرين يعتبر تطبيق الفقرة السابقة من هذه المادة في المؤسسات ذات النشاط الموسمي قضاء 104 أيام من الشغل غير المتواصل بها خلال الموسم الفارط بمثابة سنة من الشغل".

### أولاً: شرط السن

حسب المادة 439 من مدونة الشغل، فيجب على الأجير المرشح للانتخابات أن يكون بالغاً من العمر 20 سنة من تاريخ إيداعه لملف الترشيح.

### ثانياً: شرط الجنسية

خلافًا للناخب، فالمرشح تشترط فيه الجنسية المغربية، حيث لا يحق للأجنبي أن يشغل هذا المنصب، والإشكال الذي نود التطرق له في هذا الصدد هو أن مقتضيات المادة 439 من مدونة الشغل المشار إليها آنفاً والتي تشترط من أجل أهلية الترشح للانتخابات المهنية ضرورة أن يكون المرشح ذا جنسية مغربية، هو الشرط الذي يضعه النظام الأساسي للوظيفة العمومية، ونؤكد أن ذلك يشكل خرقاً لمقتضيات الاتفاقية رقم 111 المتعلقة بعدم التمييز بين الأجراء.

### ثالثاً: شرط الأقدمية

إضافة إلى شرطي السن والجنسية يجب كذلك أن يكون المرشح قد عمل لمدة لا تقل عن سنة في المقابلة، أو مدة 104 أيام بالنسبة للمؤسسات الموسمية.

### رابعاً: شرط الحالة العائلية

لشغل منصب مندوب الأجراء، يجب ألا يكون المرشح من أصول المشغل أو فروعه أو أخواته أو أصهاره المباشرين، وربما أن غاية المشرع من هذا الشرط هو توفير حماية أكثر لمصالح الأجراء على اعتبار أن مندوب الأجراء قد يطغى عليه هاجس الروابط العائلية في بعض الأحيان مما سيدفعه إلى التضحية بمصالح الأجراء الذين يمثلهم في سبيل مصلحة المؤاجر الذي تربطه به رابطة عائلية<sup>13</sup>.

و يمكن إضافة شرط عدم خضوع المترشح لأي حكم نهائي إما بعقوبة جنائية أو عقوبة حبس نافذة من أجل جنائية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية ما لم يرد

<sup>13</sup> - راجع في هذا الصدد راشد راشد، المؤسسة وهيئاتها الجماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، جامعة محمد الخامس السنة الجامعية 1973-1974، ص 53 وما بعدها.



اعتباره، وحسب بعض الفقه<sup>14</sup> فإنه شرط يبدو متطلبا في المترشح مع غياب ذكره في المدونة طالما أنه إذا كان متطلبا في الناخب فمن باب أولى وأحرى أن يكون مشترطا بالنسبة للمرشح.

### المطلب الثاني: شروط اللوائح والعمليات الانتخابية

بعدما تم الحديث في المطلب الأول عن شروط كل من الناخب والمرشح سنستكمل دراستنا لانتخاب مندوبي الأجراء بالتطرق إلى تلك الضوابط والشروط التي تحكم اللوائح والعمليات الانتخابية وذلك وفق ما يلي (الفقرة الأولى) الضوابط القانونية للوائح الانتخابية، ثم في (الفقرة الثانية) سنتطرق فيها (لضوابط العمليات الانتخابية).

### الفقرة الأولى: الضوابط القانونية للوائح الانتخابية

تختلف مهمة المشغل بالنسبة للوائح المنتخبين، عن مهمته في لوائح المرشحين، حيث يقوم بتكوين الأولى وتنظيمها، ثم يعرضها على الأجراء ليعرفوا من له حق الانتخاب، ومن لا يحق له ذلك<sup>15</sup>، ويقوم بإعلان الثانية ليختار الأجراء مرشحهم<sup>16</sup>.

غير أن القواعد التي تخضع لها لوائح المنتخبين ليست هي نفسها القواعد التي تخضع لها لوائح المرشحين مما يستدعي التطرق لكل واحدة على حدة:

14 - محمد الشرفاني، علاقات الشغل بين تشريع الشغل ومشروع مدونة الشغل، دار القلم، الرباط، طبعة 2003، ص 283.

15 - في هذا الصدد تنص مقتضيات المادة 440 من مدونة الشغل على ما يلي: "يجب على المشغل أن يقوم بإعداد اللوائح الانتخابية، وأن يقوم بإصاقتها وفق الإجراءات والتواريخ التي تحددها السلطة الحكومية المكلفة بالشغل<sup>15</sup>، على أن تحمل اللوائح المعدة وجوبا، إلى جانب توقيع المشغل، توقيع العون المكلف بتفتيش الشغل".

16 - وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 444 وأيضا المادة 446 من مدونة الشغل.

أولاً: لوائح المنتخبين

عملت مدونة الشغل على إحداث مجموعتين انتخابيتين، مجموعة تمثل العمال والمستخدمين، وأخرى تمثل الأطر وأشباههم، هاتين المجموعتين هي التي تعمل على انتخاب مندوبين للأجراء.<sup>17</sup>

ويمكن أن يقع تغيير في عدد الهيئات الناخبة وذلك إما بموجب اتفاقيات شغل جماعية أو اتفاقيات تبرم بين هيئات المشغلين وهيئات الأجراء.<sup>18</sup>

وحسب الفقرة الأخيرة من المادة 437 من مدونة الشغل فإنه يتفق المشغل والأجراء على توزيع المؤسسات بالمقابلة وعلى توزيع الأجراء الأعضاء بين الهيئات الناخبة وعلى توزيع المقاعد بين الهيئات.

وإلى جانب هذا يجب أن تتضمن اللوائح الانتخابية ألقاب وأسماء الأجراء المتوفرة فيهم شروط ممارسة الحق في الانتخابات، ويبقى من حق كل أجير لم يدرج اسمه في اللوائح الانتخابية أن يطلب تسجيله خلال 08 أيام من تاريخ إصاق اللوائح، وداخل نفس الآجال يمكن لكل أجير سبق أن سجل اسمه أن يطل تسجيل اسم ناخب لم يتم تسجيله، أو بالتشطيب على اسم شخص لا حق له في التسجيل.<sup>19</sup>

كما يبقى من حق كل أجير أن يطعن في اللوائح الانتخابية وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 454 من مدونة الشغل، وداخل أجل 8 أيام الموالية لانصرام المدة المحددة في الفقرة الثانية من المادة 442 من مدونة الشغل.<sup>20</sup>

17 - وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 437 من مدونة الشغل.

18 - الفقرة الثانية من المادة 437 من مدونة الشغل.

19 - عند الرجوع إلى مقتضيات المادة 441 من مدونة الشغل على ما يلي:

"يمكن لكل أجير، لم يدرج اسمه في اللوائح الانتخابية، أن يطلب تسجيله خلال ثمانية أيام من تاريخ إصاق هذه اللوائح.

يمكن لكل أجير، سبق تسجيل اسمه، أن يطالب خلال نفس الأجل، إما بتسجيل اسم ناخب لم يتم تسجيله، وإما بالتشطيب على اسم شخص لا حق له في التسجيل."

20 - تقضي المادة 443 من مدونة الشغل على ما يلي.

"يحق لكل أجير من أجراء المؤسسة، أن يقدم طعنا في اللوائح الانتخابية، وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 454 أدناه، وذلك خلال الثمانية أيام الموالية لانصرام الأجل المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 442 أعلاه."

### ثانياً: لوائح المرشحين

يجب على المرشح لمنصب المندوب الأصلي، والمندوب النائب إيداع ترشيحه، وذلك مقابل وصل إيداع لدى المشغل الذي يوقع على نظير منها، وفي حالة رفض المشغل تسلم لوائح الترشيح، فإنه يتم إرسالها إليه بواسطة البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل، وفي هذه الحالة توجه نسخة منها إلى العون المكلف بتفتيش الشغل<sup>21</sup>. وينبغي ألا تتضمن اللائحة عدداً من المرشحين، لمهام المندوبين الرسميين والمندوبين المساعدين، يفوق عدد المناصب الواجب شغلها كل هيئة انتخابية<sup>22</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن لائحة الترشيح هاته تعد بمثابة ورقة التصويت، مما يستوجب معه إنشاء عدة نسخ منها، وإعطائها لونا خاصا بها بعد إجراء القرعة. وبالإضافة إلى هذا وحسب المادة 445 من مدونة الشغل فإنه تحدث لدى كل مؤسسة لجنة تسمى "لجنة الانتخابات" تكلف بالتحقيق من لوائح الترشيحات وتقوم بتعيين أعضاء مكاتب التصويت وتسليمهم اللوائح الانتخابية.

### الفقرة الثانية: ضوابط العمليات الانتخابية

للحديث عن ضوابط وشروط العمليات الانتخابية سنتطرق (أولاً) لكيفية الاقتراع والتصويت ثم بعد ذلك لكيفية توزيع المقاعد (ثانياً).

### أولاً: كيفية الاقتراع والتصويت

بعد تحديد عدد المندوبين على الطريقة التي حددتها المادة 433 من مدونة الشغل، يتم إجراء الانتخابات وفق التواريخ والإجراءات التي تحددها السلطة الحكومية المكلفة بالشغل<sup>23</sup>، عن طريق التمثيل النسبي، وبناء على قاعدة المعدل الأعلى، وأخذاً بالاقتراع السري<sup>24</sup>، ولكي تكون الانتخابات صحيحة، يجب أن يصوت

21 - الفقرتين الأولى والثانية من المادة 444 من مدونة الشغل.

22 - راشد راشد، مرجع سابق، ص 80.

23 - تقضي المادة 447 من مدونة الشغل بما يلي:

"يجب على المشغل، أن يجري انتخابات مندوبي الأجراء.

تجرى هذه الانتخابات وفق التواريخ، والإجراءات التي تحددها السلطة الحكومية المكلفة بالشغل".

24 - تنص المادة 448 من مدونة الشغل على ما يلي:

" يجب إجراء انتخاب مندوبي الأجراء، طبقاً لطريقة التمثيل النسبي، وبناء على قاعدة المعدل الأعلى، وأخذاً بالاقتراع السري.

على الأقل نصف عدد الناخبين المقيدين في اللوائح الانتخابية، كما أن الورقة لا تعد صحيحة إلا إذا كانت لا تتضمن أي تشطيب أو كتابة فوق السطور، أو أي علامة مميزة يضعها الناخب، بمعنى أنه يجب استثناء الأوراق البيضاء والباطلة.

وفي حالة عدم توفر النصاب القانوني - وهو نادر من الناحية العملية - فإن ذلك يؤدي إلى إجراء دورة ثانية أي اقتراع ثان في أجل أقصاه 10 أيام<sup>25</sup>.

وبعد انتهاء عملية الفرز يتم إعلان نتائج الانتخابات وتلصق في الأماكن المخصصة لذلك، وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 449 من مدونة الشغل<sup>26</sup> حيث جاء فيها: " تعلن نتائج الانتخابات فور انتهاء عملية الفرز وتلصق في الأماكن المنصوص عليها في المادة 445 أدناه".

وتكريسا لمزيدا من الضمانات نصت مدونة الشغل على ضرورة تسليم المشغل فورا نسخة من محضر نتائج الانتخابات، إلى ممثل عن كل لائحة انتخابية كما تسلم نسخة إلى مفتش الشغل في أجل لا يجب أن يتعدى 24 ساعة الموالية لإعلان النتائج<sup>27</sup>، كما أنه وضمانا لنزاهة الانتخابات قررت المدونة المس بحرية الانتخابات بغرامة تتراوح ما بين 10.000 و20.000 درهم<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> - بالرجوع إلى مقتضيات المادة 449 من مدونة الشغل نجدتها تنص على أنه :  
" لا تثبت نتائج الانتخابات ثبوتا صحيحا، في الدورة الأولى من الاقتراع، إلا إذا كان عدد المصوتين يساوي على الأقل نصف عدد الناخبين المسجلين.

إذا لم تتحقق هذه النسبة، أجري اقتراع ثان في أجل أقصاه عشرة أيام. وعندئذ تعد نتائج الانتخابات ثابتة ثبوتا صحيحا في الدورة الثانية من الاقتراع، مهما بلغ عدد المصوتين.

تعلن نتائج الانتخابات فور انتهاء عملية الفرز، وتلصق في الأماكن المنصوص عليها في المادة 455 أدناه. يسلم رئيس المقابلة نسخة من محضر نتائج الانتخابات إلى ممثل كل لائحة انتخابية، ويوجه نسخة منه إلى العون المكلف بتفتيش الشغل في أجل أقصاه الأربع والعشرين ساعة الموالية لإعلان النتائج.

<sup>26</sup> - بخصوص مقتضيات المادة 449 من مدونة الشغل كاملة نجدتها تنص على أنه:  
لا تثبت نتائج الانتخابات ثبوتا صحيحا، في الدورة الأولى من الاقتراع، إلا إذا كان عدد المصوتين يساوي على الأقل نصف عدد الناخبين المسجلين.

إذا لم تتحقق هذه النسبة، أجري اقتراع ثان في أجل أقصاه عشرة أيام. وعندئذ تعد نتائج الانتخابات ثابتة ثبوتا صحيحا في الدورة الثانية من الاقتراع، مهما بلغ عدد المصوتين.

تعلن نتائج الانتخابات فور انتهاء عملية الفرز، وتلصق في الأماكن المنصوص عليها في المادة 455 أدناه. يسلم رئيس المقابلة نسخة من محضر نتائج الانتخابات إلى ممثل كل لائحة انتخابية، ويوجه نسخة منه إلى العون المكلف بتفتيش الشغل في أجل أقصاه الأربع والعشرين ساعة الموالية لإعلان النتائج.

<sup>27</sup> - محمد الشرقاني، مرجع سابق، ص 286.

<sup>28</sup> - تنص المادة 462 من مدونة الشغل على أنه:

ثانياً: توزيع المقاعد

تخصص لكل لائحة مقاعد يعادل عددها، عدد المعدلات الانتخابية التي حصلت عليها اللائحة، يساوي المعدل الانتخاب مجموع عدد الأصوات التي عبر عنها ناخبو الهيئة الانتخابية تعبيراً صحيحاً، مقسوماً على عدد المقاعد التي يتعين شغلها، وإذا تعذر شغل أي مقعد، أو إذا بقيت مقاعد لم تشغل، فإن المقاعد المتبقية، تسند على أساس المعدل الأعلى، وللحصول على هذا المعدل يقسم عدد الأصوات التي أحرزتها كل لائحة على عدد المقاعد المخصص لها ثم تضاف واحدة إلى هذا العدد، ويجب أن ترتب مختلف اللوائح ترتيباً تنازلياً، تبعاً لتناقض المعدلات المحصل عليها، وبعد ذلك يشرع في إسناد أول مقعد غير مشغول، إلى اللائحة الأعلى معدلاً، وتتابع العملية بنفس الطريقة، فيما يخص كل مقعد من المقاعد غير المشغولة حتى آخر مقعد، وفي حالة تساوي لائحتان في المعدل، ولم يبقى من المقاعد إلا مقعد واحد شاغر، أسند ذلك المقعد إلى أكبر المرشحين (بالتثنية) سناً.

- 
- " يعاقب بغرامة من 2000 إلى 5000 درهم، عن الأفعال التالية:
- عدم قيام المشغل بإعداد اللوائح الانتخابية، وعدم إصاقها، أو إعدادها أو إصاقها على نحو يخالف أحكام المادة 440؛
  - عدم وضع سجل التعرضات المنصوص عليه في المادة 442 رهن إشارة الناخبين، أو عدم تسجيل التعرضات المقدمة في شأن اللوائح الانتخابية، أو عدم تضمين السجل خلال الأجل المحدد في نفس المادة، القرار المتخذ في شأن تلك التعرضات؛
  - إغفال المشغل لإصاق لوائح المترشحين لمهام المندوبين الأصليين والنواب، أو إصاقها في غير الأمكنة المخصصة لها، خلافاً لمقتضيات المادة 446؛
  - عدم التقيد بالتواريخ المحددة لإجراء الانتخابات أو بطرق تنظيمها خلافاً للمادة 447؛
  - عدم وضع المكان المخصص للاجتماعات، المنصوص عليه في المادة 455 رهن إشارة المندوبين، أو عدم تخصيص أماكن لإصاق البيانات المنصوص عليها في نفس المادة؛
  - عدم التقيد بأحكام المادة 456 المتعلقة بالوقت اللازم لإتاحته للمندوبين لأداء مهامهم، وبوجوب أداء أجر ذلك الوقت لهم باعتباره وقتاً من أوقات الشغل؛
  - رفض استقبال مندوبي الأجراء وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 460 و461.
- يعاقب بغرامة من 10000 إلى 20000 درهم عما يلي:
- المس أو محاولة المس بحرية انتخاب مندوبي الأجراء، أو بأداء مهامهم بكيفية صحيحة؛
  - عدم إجراء انتخابات جزئية في الحالتين المنصوص عليهما في المادة 451 أو عدم إجرائها داخل الأجل المنصوص عليه في نفس المادة؛
  - عدم التقيد بالمسطرة الواردة في المواد 457 و458 و459 في الحالات المنصوص عليها في نفس المواد؛
  - عدم مسك السجل الخاص وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 461، أو عدم السماح للأجراء بالاطلاع عليه بالكيفية المقررة في نفس المادة".

يعطي المرشحين مقاعدهم باعتبار كل لائحة على حدة حسب الترتيب الذي يسجلوا به تلك اللائحة.<sup>29</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالات معينة حددتها المادة 451 من مدونة الشغل يجب فيها إجراء انتخابات جزئية وهي حالة انخفاض عدد المندوبين الأصليين والمندوبين النواب التابعين لهيئة انتخابية إلى النصف، وحالة تزايد عدد الأجراء إلى حد يستدعي الزيادة في عد المندوبين الأصليين والنواب<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> - بخصوص هذه المقتضيات نرجع إلى مقتضيات المادة 450 من مدونة الشغل والتي تنص على أنه: "تخصص لكل لائحة، مقاعد يعادل عددها، عدد المعدلات الانتخابية التي حصلت عليها اللائحة. يساوي المعدل الانتخابي، مجموع عدد الأصوات التي عبر عنها ناخبو الهيئة الانتخابية تعبيراً صحيحاً، مقسوماً على عدد المقاعد المتعين شغلها. إذا تعذر شغل أي مقعد، أو إذا بقيت مقاعد لم تشغل، فإن المقاعد المتبقية، تسند على أساس المعدل الأعلى. للحصول على المعدل الأعلى، يقسم عدد الأصوات التي أحرزتها كل لائحة، على عدد المقاعد المخصصة لها، ثم تضاف وحدة إلى هذا العدد. ترتب مختلف اللوائح ترتيباً تنازلياً، تبعاً لتناقص المعدلات المحصل عليها، وبعدها، يشرع في إسناد أول مقعد غير مشغول، إلى اللائحة الأعلى معدلاً. تتابع العملية بنفس الطريقة، فيما يخص كل مقعد من المقاعد غير المشغولة، حتى آخر مقعد. إذا تساوت لائحتان في المعدل، ولم يبق من المقاعد، إلا مقعد واحد شاغر، أسند هذا المقعد إلى اللائحة التي أحرزت على أكبر عدد من الأصوات. إذا تساوت لائحتان عدداً من حيث الأصوات المحصل عليها، ولم يبق من المقاعد، إلا مقعد واحد شاغر، أسند ذلك المقعد، إلى أكبر المترشحين (بالتثنية) سناً. يعطى المترشحون مقاعدهم، باعتبار كل لائحة على حدة، حسب الترتيب الذي سجلوا به في تلك اللائحة. عند إعلان النتائج، يعين بجانب كل مندوب أصلي، مندوب نائب، يذكر كل منهما باسمه، وذلك حسب رتبته في لائحة الترشيح. إذا اقتضت الانتخابات، على تعيين مندوب أصلي واحد، ومندوب نائب واحد، لفئة أجراء واحدة أو أكثر، ولم تكن توجد سوى لائحة واحدة انتخب المندوب الأصلي والمندوب النائب، اللذان أحرزا على أكبر عدد من الأصوات. وإذا تعادلت الأصوات، أعلن فوز أكبر المترشحين سناً لمنصب مندوب أصلي مع نائبه، أي كانت سن هذا الأخير".

<sup>30</sup> - راجع بخصوص الانتخابات الجزئية المادة 451 وما بعدها من مدونة الشغل.

## المبحث الثاني: النزاعات المترتبة عن انتخاب مندوبي الأجراء

تشكل انتخابات مندوبي الأجراء<sup>31</sup> موقعا لتنازع العمال حول طريقة تدبير مشاكلهم، إذ غالبا ما يبرز اتجاهين داخل هذه الكتلة، اتجاه يود انتخاب مندوبين يتبنون مواقف سلسلة تجاه المشغل ويفضلون عدم مواجهته، واتجاه آخر يود انتخاب مندوبين ذو توجه صارم في التعامل مع مصالح العمال تجاه المقابلة، ناهيك عن تلك النزاعات التي يمكن أن تنتج عن عرقلة المشغل لهذه الانتخابات كلما تبين له أن نتائجها قد تضر بمصالحه. كل ذلك يجعلنا نتساءل عن طبيعة ونوعية هذه النزاعات؟ والجهة المختصة بالبت فيها؟ وأي دور للوسائل السلمية (التحكيم)<sup>32</sup> و الصلح والوساطة وغيرها) في فض هذه النزاعات؟ وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن الطرق البديلة لتسوية النزاعات أصبحت تكتسي أهمية كبرى في العصر الحديث وذلك بالنظر لما توفره هذه الآليات القانونية من ضمانات ومزايا وأساليب لحسم النزاعات بشكل متميز عن المساطر القضائية<sup>33</sup>.

31 - والملاحظ أن هناك إشكال بخصوص الجهاز المشرف على العملية الانتخابية حيث يشرف على انتخابات مندوب الأجراء بالقطاع الخاص جهاز تفتيش الشغل، الذين لا يتجاوز دورهم فقط مرافقة المقاولات في إجراء الانتخابات وتسلم المحاضر والتأشير عليها في غياب كفاية للقواعد القانونية المنظمة لدور مفتش الشغل في العملية الانتخابية، مضيفا إلى ذلك الضعف على مستوى الإمكانيات الفنية واللوجستية لهذا الجهاز لتتبع العملية الانتخابية، بينما في القطاع العام يشرف على انتخابات اللجان الثنائية متساوية الأعضاء القطاع الحكومي المعني بالانتخابات عبر لجنة مركزية أو لجان للإحصاء، ويشرف على انتخاب المنتدبين الساهرين على سلامة المستخدمين في المقاولات المنجمية مفتشو الطاقة والمعادن التابعون لوزير الطاقة والمعادن

32- إن التحكيم ليس نظاما حديثا ظهر من خلال إقراره في التشريع المغربي والتشريعات المقارنة، بل يعد نظاما قديما ارتبط ظهوره بظهور البشرية بشكل عام، حيث كان الفراعنة يعتمدونه في فض بعض الخلافات التي تنشأ بين الناس، ونفس الأمر لدى اليونانيين القدماء في عهد حكم "صولون"، كما كان للتحكيم حضورا قويا لدى الامبراطورية الرومانية القديمة، كما كان التحكيم نظاما مألوفا عند العرب قبل الإسلام وبعده وهم ما كرسته الشريعة الإسلامية الغراء، حيث كان الفصل في النزاعات يتم وفق نظامين، نظام القضاء، ويوجد حيث وجدت السلطة المركزية، ثم نظام التحكيم الذي كان سائدا في المجتمعات القبلية التي لا تحكمها سلطة مركزية قوية، خاصة عندما يتعلق الأمر بنزاع بين أفراد ينتمون إلى قبائل مختلفة، وكان المحكم فردا عاديا لا يستمد سلطة الحكم من السلطان، وإنما كان يستمدها من اختيار الخصمين.

- للاستزادة في هذا الموضوع المرجو الرجوع إلى: حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مطبعة دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولى، سنة الطبع غير مذكورة، ص 22-23.

33 زهور الحر، الصلح والوساطة الأسرية في القانون المغربي والقانون المقارن، ندوة الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، الندوة الجهوية الحادية عشر قصر المؤتمرات بالعيون 21 نونبر 2007

ارتأينا لمعالجة هذه التساؤلات تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول سنخصه لنوعية نزاعات انتخاب مندوبي الأجراء، فيما سنتحدث في الثاني عن الجهة المختصة بالبت في هذه النزاعات.

### المطلب الأول: أنواع المنازعات الانتخابية لمندوبي الأجراء

تتعدد المنازعات المتعلقة بانتخاب مندوبي الأجراء وفق نوعيتها إذ قد تثار بشأن إعداد الانتخابات أو إجرائها أساسا (الفقرة الأولى) كما قد تتعلق هذه المنازعات بمرحلة أخرى هي مرحلة سريان الانتخابات (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: المنازعات المتعلقة بالإعداد للانتخابات

من خلال المادة 430 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: " يجب أن ينتخب بالشروط المنصوص عليها في هذا القانون، مندوبون عن الأجراء، في جميع المؤسسات التي شغل اعتياديا ما لا يقل عن عشرة دائمين"، يتبين أن انتخاب مندوبين للأجراء مسألة إلزامية، على المشغل القبول بإجرائها متى توفرت الشروط المتطلبة لذلك، وبالتالي فقد يكون محط النزاع هو إجراء هذه الانتخابات أصلا، وذلك متى امتنع المشغل عن الامتثال لإجرائها، وذات الأمر ينطبق على الانتخابات الجزئية التي قد تستدعي ضرورة إجرائها لسبب من الأسباب الواردة في المادة 451 من مدونة الشغل<sup>34</sup>، و عليه فإن تملص المشغل عن إجراء الانتخابات، رغم توفر الشروط السالفة الذكر، فإنه يمكن للعمال أو مندوبو الأجراء وحتى مفتشية الشغل – باعتبارها الجهاز الساهر على تطبيق مقتضيات مدونة الشغل – مساءلة المشغل.<sup>35</sup>

و من هذا المنطلق يتبين لنا أن المشرع، وبإضافته الصفة الإلزامية على إجراء هذه الانتخابات حاول توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للطبقة الشغيلة بواسطة

---

منشورات جمعية التكافل الاجتماعي لقضاة وموظفي المجلس الأعلى، مطبعة الامنية 2007 ص:122-124.

<sup>34</sup> - تنص المادة 451 م.ش على أنه: " يجب إجراء انتخابات جزئية داخل المؤسسة في الحالتين التاليتين: - إذا انخفض عدد المندوبين الأصليين والمندوبين النواب التابعين لهيئة انتخابية إلى النصف، نتيجة شغور حدث لسبب من الأسباب.

- إذا تزايد عدد الأجراء إلى حد يستدعي الزيادة في عدد المندوبين الأصليين والمندوبين النواب...".  
<sup>35</sup> - موسى عبود، دروس في القانون الاجتماعي، المركز الثقافي، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1994 ص 193 وما يليها.



مندوبين يعملون على حماية مصالح هذه الطبقة بشتى أنواعها اجتماعية كانت أم نقابية<sup>36</sup>.

و إذا كان رفض إجراء الانتخابات أصلا سواء منها الرسمية أو الجزئية يشكل أولى النزاعات التي قد تنشأ أثناء الإعداد لانتخابات مندوبي الأجراء، فإنه قد تطرح نزاعات أخرى، حتى بعد قبول المشغل إجراء هذه الانتخابات، والتي غالبا ما يهدف من ورائها عرقلة سيرها وبالتالي الإحالة دون الاستجابة لمطالب ومصالح العمال التي ستفرض عليه من طرف مندوبيهم المنتخبين<sup>37</sup>، ومن بين هذه النزاعات تلك المتعلقة بكيفية توزيع المؤسسات في المقابلة إلى جانب تلك النزاعات المتعلقة بكيفية توزيع الأجراء الأعضاء بين الهيئات الناخبة<sup>38</sup>، إذ من خلال إثارة هذه النزاعات من طرف المشغل، سيسعى هذا الأخير إلى مراجعة حساباته حتى لا تمس مصالحه من جراء مطالب المندوبين الممثلين للعمال.

### الفقرة الثانية: المنازعات المتعلقة بسريان عمليات الانتخابات

إلى جانب المنازعات التي يمكن أن تنشأ أثناء الإعداد لانتخابات مندوبي الأجراء، فإنه قد تثار نزاعات أخرى أثناء سريان عمليات الانتخابات، ومنها على الخصوص تلك المتعلقة ب:

#### أولاً: موعد وتاريخ إجراء الانتخابات

حسب الفقرة الثانية من المادة 447 من مدونة الشغل، التي نص بأنه: "تجرى هذه الانتخابات وفق التواريخ والإجراءات التي تحددها السلطة الحكومية المكلفة

<sup>36</sup> - الزاهر الحسن، محاضرات في القانون الاجتماعي، جامعة القوين، كلية الشريعة، فاس، 1993/1994، ص 41.

<sup>37</sup> - أحمد سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات الشغل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2002، ص 286.

<sup>38</sup> - تنص المادة 437 من مدونة الشغل على ما يلي:

" ينتخب مندوبو الأجراء، من قبل العمال والمستخدمين من جهة، والأطر وأشباههم من جهة أخرى. يمكن تغيير عدد الهيئات الناخبة، وتكوينها، بموجب اتفاقيات شغل جماعية، أو اتفاقيات تبرم بين هيئات المشغلين وهيئات الأجراء.

يتفق المشغل والأجراء على توزيع المؤسسات بالمقابلة، وعلى توزيع الأجراء الأعضاء بين الهيئات الناخبة، وعلى توزيع المقاعد بين هذه الهيئات. وعند عدم حصول الاتفاق، يتولى العون المكلف بتفتيش الشغل، التحكيم بينهما.

بالشغل" فإننا نستنتج أن مسألة موعد وتاريخ الانتخابات تكون محددة من طرف مفتشية الشغل، وبالتالي فالمشغل يجب عليه احترام هذه المواعيد والتواريخ، بيد أنه قد يفصل في بعض الأحيان بين هذه التواريخ لغاية التأثير في الانتخابات مثلا، الأمر الذي قد يتسبب في نشوب نزاع بينه وبين الطبقة العاملة حول هذه التواريخ، والذي قد يضطربهم إلى الوصول إلى القضاء.

### ثانيا:

**إجراءات ومسطرة الانتخابات:** قد تنشأ نزاعات بين المشغل والعمال حول خرق تلك الإجراءات المسطرية التي تترتب منها العمليات الانتخابية، كما هو الشأن بالنسبة لإعداد اللوائح الانتخابية التي على المشغل إلصاقها وفق ما هو منصوص عليه في المادة 440 من مدونة الشغل.

كما قد يكون النزاع حول اللوائح الانتخابية ذاتها والتي قد يطعن فيها العمال أمام لجنة الانتخابات المكلفة بالتحقق من هذه اللوائح وفقا لمقتضيات المادة 445 من م.ش، ناهيك عن تلك النزاعات التي يمكن أن تثار بشأن التلاعب بنتائج الانتخابات.

### ثالثا:

**المس بحرية الانتخابات:** إذا كان قانون الشغل يوصف بأنه قانون ذو طبيعة حمائية يهدف إلى إعادة التوازن للعلاقة الشغلية بين عنصري الإنتاج رأسمال والعمل - الأجير-، وذلك من خلال ما يمنحه لهذا الأخير من حقوق و ضمانات<sup>39</sup>، فإن انتخاب مندوبين عن الأجراء يشكل أحد أوجه هذه الحماية، وذلك نظرا للدور الذي يقوم به مندوبي الأجراء داخل المقابلة بصفتهم منتخبين لتمثيل زملائهم في الدفاع عن مصالحهم المشتركة المهنية<sup>40</sup>، إلا أن هذه الحماية لن تكتمل دونما ضمان حرية الأجراء في اختيار مندوبيهم عن طريق انتخابات نزيهة، مما يخول للأجراء الطعن في الانتخابات بسبب تضيق المشغل من حريتهم، بل أن المشرع ووعيا بأهمية هذه

39 - عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، الجزء الأول، علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2004، ص 166.

40 - عبد الحكيم صباح، رقابة المجلس الأعلى على مسطرة الفصل التأديبي ومدى إلزاميتها، مقال ضمن أعمال الندوة الجهوية التاسعة المنظمة من طرف المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى 50 لتأسيسه تحت عنوان: "عقود العمل والمنازعات الاجتماعية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى" يونيو 2007 ص 418 وما بعدها.

الانتخابات، فقد ذهب إلى التنصيب على مقتضيات زجرية في حق المشغل متى كان هناك مساس من طرفه بحرية الانتخابات، وهذا ما أكدته المادة 462 من مدونة الشغل حيث جاء في شقها الثاني: "يعاقب بغرامة من 10000 إلى 20000 درهم عما يلي: - "المس أو محاولة المس بحرية انتخاب مندوبي الأجراء...".

### المطلب الثاني: الجهة المختصة للبت في النزاعات

كما سبق وأن بينا، فقد تتخلل العملية الانتخابية مجموعة من المنازعات سواء في المرحلة الأولى لإعداد انتخاب مندوبي الأجراء، أو أثناء سريانها، بل وحتى بعد انتهاء الانتخابات-أي بشأن نتائجها-، الأمر الذي يستوجب إسناد البت في النزاعات المتعلقة بهذه الانتخابات إلى جهة معينة والتي تتمثل بالأساس إما في القضاء (الفقرة الأولى) أو في التحكيم - أو في باقي الوسائل السلمية الأخرى - (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: الجهاز القضائي

إذا كنا قد جزمنا أن انتخاب مندوبي الأجراء يشكل أحد أوجه الحماية المقررة لمصلحة الأجراء، والتي تنشدها مدونة الشغل، فإنه ومهما بلغت تقدمية المدونة، فهذه الأخيرة تبقى حبرا على ورق إذا لم يبسط القضاء رقابته على هذه الانتخابات ليكفل تطبيق ما قرره قواعد مدونة الشغل من إجراءات مسطرية تحمي العملية الانتخابية وتضمن نزاهتها وحرية الناخبين، وبالتالي تحقيق العدالة الاجتماعية المنشودة.

ومن خلال قراءة مجموعة من مواد مدونة الشغل يظهر أن المشرع منح الأجراء حق اللجوء إلى المحكمة للطعن في بعض الخروقات التي قد تطال العملية الانتخابية برمتها سواء عند إعداد اللوائح أو عند إعلان نتائج الانتخابات، وقد أسند المشرع المغربي بموجب المادة 454 من مدونة الشغل، مهمة البت في هذه المنازعات إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها المكان الذي جرت فيه الانتخابات، وهو نفس المسار الذي ذهب إليه المشرع الجزائري وفق المادة 100 من قانون العمل الجزائري لسنة 1982، عكس المشرع الفرنسي الذي أسند الاختصاص بالنظر في هذه النزاعات إلى قاضي الصلح الذي يعمل بصورة مستعجلة.

ويختلف أجل تقديم الطعون بحسب ما إذا كان الطعن في اللوائح أو في نتائج الانتخابات، حيث نصت المادة 443 من مدونة الشغل على أنه: "يحق لكل أجير من إجراء المؤسسة، أن يقدم طعنا في اللوائح الانتخابية وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 454 أدناه، وذلك خلال 8 أيام الموالية لانصرام الأجل المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 442 أعلاه".

وبالتالي فإنه لا يمكن للأجير تقديم الطعن في اللوائح الانتخابية إلا بعد مرور أجل عشرة أيام الموالية لتاريخ إعلان اللوائح والتي يجب على المشغل أن يبين فيها مصير تعرضات الأجراء عليها كما هو منصوص عليه في المادة 442 من مدونة الشغل<sup>41</sup>.

أما بالنسبة للطعن في العملية الانتخابية، فإنه وطبقا للمادة 453 مدونة الشغل لا يمكن تقديمه إلا خلال الأيام الثمانية من إعلان نتيجة الانتخابات. و تقدم هذه الطعون بواسطة مقال يودع ويسجل دون مصاريف لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يوجد في دائرة نفوذها المكان الذي جرت فيه الانتخابات، و تبت المحكمة في الدعوى خلال أجل 15 يوما من تاريخ تقديم المقال إليها، مع ضرورة تبليغ الحكم إلى الأطراف سواء صدر بشكل حضوري أو غيابي<sup>42</sup>.

وما يمكن قوله في هذا الشأن أن المشرع المغربي قد راعى خصوصيات التقاضي في المادة الاجتماعية، حينما جعل إيداع مقال الطعن في انتخابات مندوبي الأجراء معفى من مصاريف التقاضي، كما تظهر هذه المراعاة كذلك من خلال الأجل الذي

<sup>41</sup> - تنص المادة 442 من مدونة الشغل بأنه:

"تسجل التعرضات على اللوائح الانتخابية في سجل يضعه المشغل رهن إشارة الناخبين. يجب على المشغل أن يبين كتابة في السجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة من هذه المادة خلال أجل عشرة أيام الموالية لتاريخ إعلان اللوائح بواسطة الملحقات القرار الذي اتخذه في شأن تلك التعرضات".

<sup>42</sup> - تنص المادة 454 من مدونة الشغل على ما يلي:

"يقدم الطعن المنصوص عليه في المادة 443 أعلاه، والطعن المنصوص عليه في المادة 453 أعلاه، بواسطة مقال يودع ويسجل دون مصاريف، لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية، التي يوجد في دائرة نفوذها، المكان الذي جرت فيه الانتخابات.

تبت المحكمة خلال الخمسة عشر يوما الموالية لتاريخ تقديم المقال إليها. يجب أن تبلغ الأحكام في جميع الأحوال، سواء منها الصادرة حضوريا أم غيابيا. ولا يقبل فيها طعن إلا بالنقض، الذي يقدم، وفق الشروط المنصوص عليها في الفصل 353 وما يليه من قانون المسطرة المدنية".

حدده المشرع المغربي للمحكمة للبت في هذه الدعوى حيث أُلزمها بأجل 15 يوما لإصدار الحكم فيها.

وخلافا للقواعد العامة الجاري بها في التقاضي والتي بموجبها يخول للمتقاضين الحق في الاستئناف أو التعرض على الحكم الابتدائي بحسب ما إذا كان حضوريا أو غيابيا، فإن الفقرة الثالثة من المادة 454، استثنت الأحكام الابتدائية الصادرة بشأن نزاعات انتخاب مندوبي الأجراء من هذه القاعدة، حيث لا تقبل الطعن إلا بالنقض أمام المجلس الأعلى فقط، والذي يقدم وفق الشروط المنصوص عليها في الفصل 353 إلى الفصل 385 من قانون المسطرة المدنية، وهو نفس المسار الذي سلكه المشرع الفرنسي، إذ أن قرارات قاضي الصلح الصادرة بشأن هذه النزاعات لا يمكن الطعن فيها سوى أمام محكمة النقض دون غيره من وسائل الطعن.

وهنا يطرح التساؤل عن المغزى من وراء استثناء الأحكام الابتدائية الصادرة بشأن دعاوي نزاعات انتخاب مندوبي الأجراء من الطعن بالاستئناف والتعرض؟

و نعتقد في هذا الصدد أنه يجب بالمشرع المغربي إعادة النظر في هذا الأمر حتى لا يحرم المتقاضين من درجة من درجات التقاضي، والتي لربما قد تكون السبيل لتقويم الأخطاء الواقعية التي قد تطال الحكم الابتدائي، على اعتبار أن الطعن بالنقض الممنوح للمتقاضين في هذه الحالة يبت فقط في التجاوزات والخروقات القانونية دون الواقعية أيضا إعادة النظر على مستوى النظام القانوني، الذي يسجل اختلافا غير مبرر على مستوى الإطار القانوني المنظم للانتخابات المهنية، في حين تخضع الانتخابات المهنية في القطاع العام للنظام الأساسي للوظيفة العمومية وتخضع الانتخابات في القطاع الخاص لمدونة الشغل، ويطبق على الانتخابات في القطاع المنجمي النظام الأساسي لمستخدمي المقاولات المنجمية.

### الفقرة الثانية: آلية التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات

عرف بعض الفقه<sup>43</sup> التحكيم بأنه وسيلة سلمية يستبعد بمقتضاها أطراف النزاع القضاء الوطني ويختارون أفرادا للفصل في منازعاتهم الآتية أو المستقبلية، كما عرف

<sup>43</sup>- تعريف للأستاذ:

Jean Robert, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, Paris 5eme édition 1983, page 03.

أيضا بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين أو مركز للتحكيم ليفصلوا فيه عوض اللجوء إلى المحكمة المختصة<sup>44</sup>.

ويعتبر التحكيم نظاما اختياريا لأن الأطراف يلجؤون إلى هذا النظام عن طواعية واختيار، وكان هذا التحكيم الاختياري نظاما طبيعيا أصيلا، عرفي النشأة، للفصل بين الناس، والبت في قضاياهم ونزاعاتهم خلال غابر العصور، وقبل أن يهتدي الفكر الإنساني إلى فكرة التنظيم القانوني لمهنة القضاء أو السلطة القضائية، وفصلها عن باقي السلطات مميزة أو ظاهرة حضرية، ودعامة جديدة وضمانة قوية لحماية حقوق الإنسان والمواطن<sup>45</sup>.

وإذا كان التحكيم سمة من السمات التي طبع العلاقات الشغلية في العصر الحاضر، فإنه في سبيل فضه لهذه المنازعات يتجاوب مع خصوصيات المنازعات المثارة بشأن هذه العلاقات، خاصة ما يتعلق منها بانتخاب مندوبي الأجراء، حيث أن تعيين المحكم لا يخضع لإرادة الأطراف كما هو الشأن في المنازعات التجارية مثلا، بل حددت مدونة الشغل العون المكلف بالتفتيش للقيام بهذه المهمة وفقا للفقرة الثالثة من المادة 437 من مدونة الشغل، والتي جاء فيها: " ... يتولى العون المكلف بتفتيش الشغل التحكيم بينهما".

و قد انتقد جانب واسع من الفقه<sup>46</sup> إسناد مهمة التحكيم لمفتش الشغل على اعتبار أن هذه الوسيلة تدخل في إطار المهام التصالحية، مما قد يتناقض مع مهام أعوان التفتيش في مجال المراقبة، الذي يعد عملهم الأصلي والذي يهدف أساسا إلى

وانظر في نفس المعنى:

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1981، ص 19

- محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2011، ص 05.

44 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثالثة 1978، ص 15.

45- أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية - الجزء الأول- مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2001، ص 239.

46 - من بين الفقه عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، الجزء الأول، علاقات الشغل الفردية، مراجع سابقة.

ضمان تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بشروط الشغل، لاسيما أن التشريعات المقارنة - كالمشعر الفرنسي و الجزائري- لم تسند مهمة التحكيم لمفتش الشغل.

ونعتقد أنه رغم وجهة مبررات الفقه الرافض لإسناد مهمة التحكيم لمفتش الشغل، فإن لهذا الأخير من الخبرة والكفاءة والتجربة، ناهيك عن الاحتكاك مع أطراف العلاقات الشغلية ما يؤهله للتحكيم بين أطراف النزاعات المثارة بشأن هذه العلاقات.

وقد حددت الفقرة الثالثة من المادة 437 من مدونة الشغل، مجال أعمال التحكيم في المنازعات بشأن انتخاب مندوبي الأجراء حيث حصرتها هذه الفقرة في الحالات التالية:

- عدم اتفاق المشغل والأجراء على توزيع المؤسسات بالمقابلة.
- عدم الاتفاق على توزيع الأجراء بين الهيئات الناخبة.
- عدم الاتفاق على توزيع المقاعد على الهيئات الناخبة.

وبالتالي فالتحكيم في المنازعات المتعلقة بانتخاب الأجراء يقتصر على الحالات المذكورة في المادة 437 من مدونة الشغل: وهو أمر طبيعي على اعتبار أنه يصعب الحديث عن التحكيم في المنازعات المتعلقة بنزاهة الانتخابات مثلا.

أما بالنسبة للمسطرة التي يتعين على مفتش الشغل إتباعها عند النظر في النزاع بين أطراف الخصومة فإن المشعر المغربي شأنه في ذلك شأن المشعر الفرنسي لم يحدد تلك المسطرة وبالتالي تبقى لمفتش الشغل كامل الصلاحية لسلوك ما يراه مناسبا من الإجراءات حتى يتم الوصول بالحكم التحكيمي إلى بر الأمان، إلا أنه ووعيا منه بجسامة المهمة الملقة على عاتقه، فإنه غالبا ما يستدعي الأطراف لسماع أقوالهم وتحقيق دفاعهم ليصل إلى تكوين قناعته بشأن النزاع المطروح عليه.

بيد أن الإشكال يبقى مطروحا كذلك بشأن تنفيذ قرارات مفتش الشغل، حيث لم يتطرق المشعر المغربي للإجراءات الواجب إتباعها في الحالة التي يرفض فيها أحد المتنازعين قرار مفتش الشغل، وبالتالي، وأمام هذا الفراغ التشريعي في تنظيم التحكيم في نزاعات انتخاب مندوبي الأجراء، يبقى القضاء هو السبيل الوحيد وربما الفعال لفض تلك النزاعات.

## خاتمة:

ومجمل القول ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع الذي له أهميته في المادة الاجتماعية، ظهر لنا جليا أن التشريع الاجتماعي المغربي حقق وما زال يحقق فعلا قفزة نوعية في مجال تمثيلية الأجراء بتأطيره لهذه الانتخابات بشكل مقنن وكذا بوضعه لقواعد تشريعية دقيقة تنظمها، انطلاقا من شروط المترشحين والناخبين مروراً بالإعداد لهذه الانتخابات، وصولاً لإعلان النتائج، مما يبرز حرص المشرع المغربي على إحاطة هذه الانتخابات بكافة الإجراءات اللازمة لضمان انتخابات نزيهة لمدوبي الأجراء نظرا للمركز القانوني لهم داخل المقابلة، تمخض عنها ممثلين حقيقيين لهم يسهرون على تمثيل الأجراء على الوجه الأكمل الذي يحمي مصالحهم، إلا أن هذه الضمانات القانونية قد تكون غير كافية في حالة وقوع نزاعات بشأن هذه الانتخابات مقارنة لبعض التشريعات الاجتماعية المقارنة خاصة في ظل إسناد مهمة التحكيم لمفتشية الشغل دون تنظيم تشريعي لكيفية إجراء التحكيم من الناحية العملية، مما قد أفرغ هذه المسطرة من فحواها وغايتها، وبالتالي لاحظنا أن آلية التحكيم مجرد مرحلة لإطالة النزاع دون فضه.

وبالتالي وجب على المشرع وبشكل سريع إيلاء العناية التامة للتحكيم ولكافة الوسائل السلمية البديلة الأخرى لحل النزاعات، وتنزيلها على أرض الواقع، نظرا لأهميتها الكبيرة حاليا في حل الخلافات بطرق حبية وودية بعيدا عن القضاء وذلك راجع لمجموعة من الاعتبارات لا يسع المقام لذكرها، وذلك عن طريق تقرير مقتضيات شاملة ومنظمة لهذه الوسيلة في ميدان نزاعات انتخاب الأجراء أو على الأقل الإحالة على مقتضيات القانون 05-08 المنظم للتحكيم والوساطة الاتفاقية في قانون المسطرة المدنية حتى يمكن للتحكيم وغيره من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أداء دورها في إيجاد حلول ناجعة لكافة النزاعات خاصة نزاعات انتخاب مندوبي الأجراء.



# مسؤولية الدولة عن أخطاء الحكم

## التحكيمي "دراسة نظرية"

الدكتور ككاس عبد الكريم  
أستاذ زائر بالقطب الجامعي لأيت ملول

### مقدمة:

من المهم القول أن القضاء بصفة عامة و القضاء الفرنسي بصفة خاصة يبدي كراهية لممارسة أي رقابة قضائية على مؤسسات التحكيم، باعتبارها هيئات غير تابعة للسلطة القضائية في الدولة.<sup>1</sup> لكن هذا الوضع يجب أن لا يحول دون تقرير مبدأ مسؤوليتها بصفة مطلقة، كما هو الشأن بالنسبة لمسؤوليتها عن أعمالها القضائية المؤسسة بمقتضى الفصل 122 من الدستور الذي يضمن حق كل متضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة.

وبالتالي فالحديث عن مسؤولية الدولة عن الأخطاء التحكيمية يقتضي الحديث عن قواعد التحكيم المقررة قانونا، خاصة إذا علمنا أن الحكم التحكيمي تكون له القوة التنفيذية، أي قابلية التنفيذ الجبري، و القانون هو مصدر هذه القوة، حيث يحدد وقت وشكل وجودها ومضمونها وحالات وقفها وكيفية انقضائها. كما أن حكم التحكيم تكون له حجية الأمر المقضي به (وبصفة أخص كما يطلق عليها بعض الفقه – بحجية الأمر المحكم فيه)<sup>(2)</sup> منذ صدوره وهو الاتجاه الذي سايره المشرع المغربي في الفصل 237-26<sup>(3)</sup> من قانون المسطرة المدنية.

(1) – نوال زروق، مسؤولية المحكم، مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة سطيف، العدد 18 يونيو 2014، ص9.

(2) – محمد فاضل الليلي، تذييل أحكام التحكيم بالصيغة التنفيذية، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 5 لسنة 2011، ص64.

(3) – جاء في الفصل 26-327 من قانون المسطرة المدنية ما يلي: "يكتسب الحكم التحكيمي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه".

إلى جانب القوة التنفيذية و الحجية فإن الحكم التحكيمي تكون له القوة الرسمية في الإثبات، لأن الحكم التحكيمي له طبيعة رسمية و التي تكون لأي عمل عام.

كما أن بعض القوانين كقانون التحكيم التونسي سمح بمساعدة القضاء سواء تعلق الأمر بسماع البينة بالشهادة، أو بإجراء اختبار، أو بالمطالبة بتقديم وسيلة إثبات أو بالحصول على أدلة مهما كان نوعها. ( الفصلان 28 و32 من مجلة التحكيم التونسي).<sup>(4)</sup>

أما القانون المغربي، فأشار إلى تدخل القضاء من خلال اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم، أو أثناء سيرها لطلب اتخاذ أي إجراء وقي أو تحفظي، والذي من شأنه ضمان فعالية إجرائية وموضوعية لقضاء التحكيم. في حين قوض القانون الفرنسي هذه المساعدة من خلال عدم إجبار الأطراف على تنفيذ الأعمال التمهيدية لهيئة التحكيم بواسطة القضاء.

ومادامت أحكام التحكيم التي تفصل في النزاع تحتاج إلى تدخل قضاء الدولة من خلال توصيفها بالصيغة التنفيذية لتصبح نافذة وقابلة للتنفيذ الجبري، فإنه حري بنا أن نتناول هذا الموضوع في محورين:

- المحور الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم.

- المحور الثاني: حدود مسؤولية الدولة عن الأخطاء التحكيمية.

(4) - الشاذلي فارس، القضاء العدلي في حركية التحكيم، مجلة القضاء والتشريع، تونس، العدد 8- سنة 2000، ص425.

## المحور الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم

تعددت الآراء واختلفت حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم على نحو أدى إلى تغليب الطابع التعاقدية، في حين اتجه البعض إلى ترجيح الطبيعة القضائية، و حاول البعض الآخر التوفيق بين الرأيين من خلال اعتبار التحكيم ذو طبيعة مختلطة مع التركيز على تغليب الطبيعة الذاتية<sup>(5)</sup>.

### الفقرة الأولى: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية كون ميدانه يبقى محصورا حتما فيما انصرفت إرادة طرفي العقد على عرضه على هيئة التحكيم وفق ما هو وارد في شرط أو اتفاق التحكيم، سواء أكان هذا الاتفاق بند من بنود العقد، أو مشاركة مستقلة للتحكيم. فحرية التعاقد تعطي للطرف كامل الحرية في إبرام اتفاق التحكيم أو الإعراض عنه، كما يملك حق اختيار الشخص المتعاقد معه، وفي تحديد مع نظيره مضمون وشروط هذا العقد بكل حرية، كاختيار الهيئة التحكيمية و تحديد محل النزاع ومكان التحكيم واللغة والقانون الواجب التطبيق، وكذا حق تعديل طلبات و أوجه الدفاع، وأجل إصدار الحكم<sup>(6)</sup>، إضافة إلى حجية قرارات التحكيم فيما قضى به بعدم الطعن فيها، أساسها توافقها مع إرادة الأطراف، كما عبروا عنها بالالتجاء إلى التحكيم<sup>(7)</sup>.

كما يبرر أنصار هذا المذهب كون المحكم لا يمارس مهمة القضاء، فلا يعد منكرا للعدالة إذا رفض مهمة التحكيم و إصدار الحكم فيه، ولا تسري عليه قواعد المخاصمة، وقد يكون المحكم أجنبيا، وإذا شاب حكمه عيب فيجوز رفع دعوى

(5) – Jacqueline Rubellin Devichi, L'arbitrage- Nature Juridique droit interne et droit international Privé, Paris 1965. P.9-25.

" يذهب أنصار الطبيعة الذاتية للتحكيم إلى القول بأن التحكيم ليس نظاما تعاقديا ولا نظاما مختلطا، ولا يعد بذلك من القضاء، وإنما هو ذو طبيعة ذاتية ومستقلة يختلف في وظيفته وطبيعته وغاياته وبنائه الداخلي عن القضاء، ويرجع ذلك إلى اختلاف الوضع القانوني للمحكم عن الوضع القانوني للقاضي".  
المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 5 لسنة 2011، الطبعة الأولى، ص 30-31.

(6) – محمد إزم، آثار التحكيم بالنسبة للغير، رسالة لنيل شهادة الماستر، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق المحمدية، السنة الجامعية 2006، ص 23.

(7) – محمد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المرجع السابق، ص 26.

بطلان أصلية لإلغائه، على العكس من ذلك في الحكم الصادر من قضاء الدولة الذي يخضع للطعن فيه بطرق الطعن على الأحكام القضائية، كما أن التحكيم يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم، في حين أن القضاء يهدف إلى تحقيق مصالح عامة<sup>(8)</sup>.

هذا الاتجاه المكرس للطبيعة التعاقدية للتحكيم زكاه قرار محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت أن: "قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتسحب عليها صفتها التعاقدية"<sup>(9)</sup>.

و على غرار توجه القضاء الفرنسي، اعتبر الاجتهاد القضائي المغربي كون التحكيم هو: "الطريق الذي يختاره الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد، عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم دون اللجوء إلى القضاء"<sup>(10)</sup> وأضاف إلى أنه: "لما كان التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات، فإن ميدانه يبقى محصورا حتما فيما انصرفت إرادة طرفي العقد على عرضه على هيئة التحكيم وفق ما هو وارد في شرط أو اتفاق التحكيم اللذين تستقل محكمة الموضوع بتفسيرها وفق ما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين..."<sup>(11)</sup>.

كما تبنت قرارات محكمة النقض المصرية في بعض قراراتها هذه النظرية، فقضت بأن: "التحكيم هو طريق استثنائي سنه المشرع لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، و ما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إليه إرادة المحكمتين على عرضه على هيئة التحكيم"<sup>(12)</sup>.

فالتحكيم إذن من منظور المذهب القائل بالطبيعة التعاقدية، أساسه هو إرادة الأطراف وليس التشريع، الشيء الذي سيجعله محل انتقاد وذلك على سند من القول:

(8) – عاطف عبد الحميد، الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم، منشورات مركز حقوق عين شمس للتحكيم، القاهرة، 2017 ص 17.

(9) – Cass 27-07-1937 Sirey 1938-1-25 ; Dolloz 1938-1-25.

(10) – قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2007/1672 صادر بتاريخ 2007/03/20 رقم الملف 4/06/4356، غير منشور.

(11) – قرار محكمة النقض عدد 129 الصادر بتاريخ 2010/01/28 الملف عدد 2009/3/3/896. غير منشور.

(12) – عاطف عبد الحميد، المرجع السابق، ص 18.

**أولاً:** أن أنصار هذا الاتجاه بالغوا في تكريس مبدأ سلطان الإرادة، فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع يطبق إرادة القانون، وليس الكشف عن إرادة الأطراف.<sup>(13)</sup>

**ثانياً:** أن أنصار هذا الاتجاه ساهموا في تعزيز دور الخصوم واعتبروه الدور الرئيسي، ومركز الثقل في نظام التحكيم في حين أن دورهم يقتصر على مجرد تنظيم خارجي لعملية التحكيم. أما معيار تحديد طبيعته، فيجب أن يرتبط بطبيعة المهمة التي عهد بها الخصوم إلى المحكمين، وهي نظر النزاع والفصل فيه بحكم ملزم لهؤلاء الخصوم وإعمالاً لذلك يملك المحكم أو المحكمين في حالة تعددهم تحديد إجراءات التحكيم التي يرونها مناسبة، واتخاذ كافة ما يلزم من إجراءات لإثبات و تقديم ما يقدم إليهم من أدلة ومستندات حسبما يتراءى لهم<sup>(14)</sup>.

**ثالثاً:** عدم قدرة هذه النظرية على كفالة ضمانات التقاضي فيها لفساد أساسها.<sup>(15)</sup>

**رابعاً:** فشل مناصري هذه النظرية على تحديد طبيعة اتفاق التحكيم، باعتباره مصطلحاً عاماً تندرج تحته مسميات فرعية تختلف بحسب طبيعة المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم، فيسمى التحكيم مدنياً إذا كانت المنازعة التي تم الفصل فيها مدنية، ويسمى التحكيم تجارياً إذا كانت المنازعة ذات طبيعة تجارية، وأخيراً يسمى التحكيم إدارياً إذا كانت المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم ذات طبيعة إدارية<sup>(16)</sup>. وبمعنى آخر هل عقد التحكيم من عقود القانون العام أو من عقود القانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل أو الموضوع؟

### الفقرة الثانية: الطبيعة القضائية للتحكيم

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة قضائية بالنظر إلى المهمة التي تعطى للمحكم، والتي تستمد أساسها من معيار موضوعي يتمثل في فكرة حسم

(13) – فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية سنة 2000، ص51.

(14) – علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996، ص36-37.

(15) – عاطف عبد الحميد، المرجع السابق، ص18.

(16) – عزيز الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996، ص21-22.

النزاع، وهي نفس المهمة التي يضطلع بها القاضي أثناء النظر في الخصومة المعروضة أمامه.

فوجود المحكم مرهون بطرح النزاع الذي هو هدف عمله وأساسه، وإذا تدخل رغم غيبة النزاع فإن الحكم الذي يصدر عنه يكون مجردا من أي دلالة قانونية و من ثم تنتفي معه صفة الحقيقة القانونية.<sup>(17)</sup> فالمحكم بهذا المعنى شأنه شأن القاضي و من ثمة فإن وظيفة المحكم ووظيفة قضائية، وأن ما يصدر عنه من أحكام تعد أعمال قضائية سواء كانت صادرة تطبيقا لقواعد القانون، أم وفقا لقواعد العدالة، و سواء صدر الأمر بتنفيذها أو لم يصدر.

هذا الاتجاه يعزز موقفه من خلال نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الذي أوجب تسبب أحكام التحكيم (المادة 1471)، وتضمينه للبيانات التي يجب أن يشتمل عليها حكم التحكيم و إلا تعرض للبطلان (المادة 1476). كما نصت كذلك على تمتع حكم التحكيم بقوة الأمر المقضي به بمجرد صدوره.

وعلى غرار المشرع الفرنسي أوجب المشرع المصري بمقتضى المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري تعليل الحكم التحكيمي. أما المشرع المغربي فاتخذ موقفا وسطا بأن نص في الفقرة الثانية من الفصل 23-327 على أنه: " يجب أن يكون الحكم التحكيمي معللا ما لم يتم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم، أو كان القانون الواجب التطبيق على مسطرة التحكيم لا يشترط تعليل الحكم".

وانطلاقا مما قضى به المشرع الفرنسي من خلال الفصل السالف الذكر ميز الفقه<sup>(18)</sup> بين الحالة التي يكون فيها التعليل ضروريا، وذلك متى تعلق الأمر بنزاع يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام، و الحالة الثانية تتمثل في إمكانية عدم تعليل الحكم التحكيمي متى اتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم أو إذا كان القانون الواجب التطبيق على مسطرة التحكيم لا يشترط تعليل الحكم.

(17) – للمزيد من الاطلاع، ككاس عبد الكريم، مسؤولية الدولة عن أعمالها القضائية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2018/2017، ص 20 وما بعدها.

(18) – مصطفى بونجة، نضال اللوح، التعليق على قانون التحكيم، منشورات المركز المغربي للتحكيم ومنازعات الأعمال، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، الرباط 2019، ص 186.

وبالرغم من ذلك فإن الاجتهاد التحكيمي استقر على اعتبار أنه على العكس من سلطة قاضي الطعن في مراقبة تعليل الأحكام القضائية، فالقاضي المستدل أمامه بالحكم التحكيمي يتعين عليه أن يقوم بالتحقق من توافر الشروط الخارجية للحكم التحكيمي دون أن يتجاوز ذلك إلى مراجعة الحكم في موضوعه سواء من حيث الواقع أو القانون.

وقد جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 3706 الصادر بتاريخ 2017/6/20 في الملف عدد 2016/8230/2965 ما يلي: "و حيث أنه بخصوص السبب الثاني المعتمد من قبل الطاعنة و المستمد من انعدام التعليل و مدى صحته، فهو أمر محذور على محكمة البطلان و ذلك على اعتبار أن سلطة هذه المحكمة لا تمتد إلى تحقيق القضية الصادر فيها الحكم التحكيمي أو تعيد النظر فيها، وإنما تقتصر سلطتها على التأكد من المشروعية الظاهرة للحكم، أي خلوه من العيوب الإجرائية الظاهرة للحكم، وهو ما يعني أن قاضي البطلان يراقب وجود التعليل في الحكم التحكيمي فقط دون تعديله أو تصحيحه".

إذن، إن إضفاء الطبيعة القضائية على الحكم التحكيمي يترتب عليه كونه يتضمن كأى حكم قضائي حلاً لنزاع قائم بين الخصوم، ويصدر بعد المداولة،<sup>(19)</sup> و تكون له نفس الآثار التي ينتجها الحكم،<sup>(20)</sup> خاصة من حيث أن الحكم يعبر به القاضي عن كلمة القانون في النزاع، و يقضي بموجبه باتخاذ التدابير الكفيلة باحترام الخصوم للقانون، وهي مهمة لا تختلف عن مهام المحكم الذي يحكم في نزاع حقيقي وينتهي دوره بصدور حكم حقيقي يتضمن في طياته المشتملات التي للمحكم القضائي ناهيك عما يكتسبه من حجية بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه.

ولتعميق النقاش أكثر، ارتأينا أن نخرج إلى معيار آخر لا يقل أهمية عن معيار المنازعة كأساس لإضفاء الطبيعة القضائية على آلية التحكيم، ألا وهو معيار الحلول محل الخصوم، فدور المحكم الى جانب القاضي هو تحقيق إرادة الأطراف بناء على

(19) – ينص الفصل 22-327 من ق.م.م على أنه: " يصدر الحكم التحكيمي بأغلبية الأصوات بعد مداولة الهيئة التحكيمية، ويجب على جميع المحكمين التصويت لفائدة مشروع الحكم التحكيمي أو ضده مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من الفصل 16-327".

(20) – ينص الفصل 26-327 من ق.م.م على: " يكتسب الحكم التحكيمي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه...".

القانون عن طريق الحلول محل نشاط الأفراد أو هيئات عامة، وذلك في تأكيد وجود إرادة القانون أو في تنفيذها، ففي الحالة الأولى يحل النشاط الذهني للقاضي أو المحكم محل النشاط الذهني للغير، فالعمل الإداري لا يعتبر قضاء لعدم وجود الحلول الذي يميز العمل القضائي، فالإدارة لا تحل بنشاطها محل نشاط شخص آخر، فهي تعمل وفقا للقانون وتنظر إليه باعتبارها قاعدة لسلوكها، أما في الحالة الثانية أي تنفيذ إرادة القانون،<sup>(21)</sup> يحل النشاط المادي لهيئات الدولة محل النشاط الواجب لتنفيذ إرادة القانون، وأساس ذلك أن قضاء التحكيم يدور وجودا و عدما مع فكرة الحلول، و حيث لا يوجد حلول لا يوجد قضاء ولا تحكيم. و إذا ما مارسنا نوعا من القياس للتقريب بين عمل القاضي وعمل المحكم نجد أن كلا المؤسستين تنبنيان على ثلاث عناصر: ادعاء لمخالفة القانون،<sup>(22)</sup> يكون بمثابة مقدمة حتمية للعمل القضائي، ويكفي أن يكون هذا الادعاء من جانب واحد، كما يتطلب أن يعقب هذا الادعاء تقرير، و الذي بمقتضاه يعالج القاضي أو المحكم المسألة القانونية التي عرضت عليه، أي أنه يحل المسألة القانونية، وهذا المحل يتمتع بقوة الحقيقة القانونية، و بذلك ينبغي أن يكون حل المسألة غاية في ذاته وليس وسيلة. فاقتران الحل الذي يصل إليه القاضي أو المحكم هو معيار التفرقة بين عمله وعمل الموظف الإداري، فقد تكون المسألة المطلوب حلها من القاضي هي نفس المسألة التي يبحثها ويحلها الموظف الإداري، ولكن الحل الذي ينتهي إليه القاضي أو المحكم في قوة الحقيقية القانونية بعكس الحل الذي يقوم به الموظف الإداري.

يتضح إذن أنه وعلى خلاف الوسائل البديلة لحل المنازعات كالوساطة والصلح، فالتحكيم قضاء خاص وبديل عن القضاء الرسمي، فهو عدالة اتفاقية، كما أن عمل المحكم وإن قام على اتفاق التحكيم، إلا أن هذا الاتفاق ليس هو الأساس الوحيد لعمل المحكم، فعمله هو عمل قضائي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية الرسمية، كما أن حكم التحكيم يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم

(21) – تنفيذ إرادة القانون مبنية على إرادة الطرفين التي يضمنها الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

(22) – عرف الفقه التحكيم بالطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم "المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء". فوزي محمد سامي: "التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 1997، ص13.



القضائي. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أن: " التحكيم هو طريق استثنائي من الطريق العادي للتقاضي مما لا يجوز معه التوسع فيه، ما يجعل ولاية المحكمين محصورة فيما انصرفت إليه إرادة الطرفين لعرضه على هيئة التحكيم، ولا تملك بالتالي الفصل في مسألة لم يفوض لها سلطة الفصل فيها". (قرار عدد 467/2010 الصادر بتاريخ 2010/01/29 في ملف عدد 11/2009/3767).

وكخلاصة لما أوردناه، فالتحكيم له صفتان الأولى وهي الصفة التعاقدية، حيث تبدو واضحة لاختيار الخصوم التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم وإحجامهم عن التوجه نحو القضاء، كذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق وعلى الإجراءات وعلى موضوع النزاع، غير أن التحكيم يغير من طبيعته التعاقدية هذه إلى طبيعة قضائية بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية، وبدءاً من أمر التنفيذ يتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي.

كما أن احترام المحكم لمبدأ المواجهة والتزامه بتسبب أحكامه، والبحث عن أدلة الإثبات لا يفسرها إلا التأثير القضائي على طبيعة التحكيم. بالإضافة إلى أن المصادر التي ينهل منها كل من القاضي والمحكم مصدر واحد من مصادر التشريع، إذ يستطيع القاضي في حالة عدم وجود نص الاستناد إلى الأعراف أو إلى قواعد العدالة الطبيعية، وهو نفس الدور الذي يلعبه المحكم، بل إنه يستطيع - حتى في حالة التفويض بالصلح - أن يطبق قواعد القانون تطبيقاً حرفياً إذا رأى أن العدالة تكمن في هذا التطبيق الحرفي، و غالبية الممارسين للتحكيم يفضلون عدم الخروج عن القانون إلا في أضيق نطاق حتى ولو كانوا مفوضين بالصلح ليضمنوا تنفيذ أحكامهم.<sup>(23)</sup>

## المحور الثاني: حدود مسؤولية الدولة عن الأخطاء التحكيمية

الأصل في الحكم التحكيمي أنه ينفذ تلقائياً تأكيداً لاختيار مسطرة التحكيم و الرضا بنتائجه، لكن قد يقع أن يرفض المحكوم عليه التنفيذ التلقائي، و هي فرضية توقعها المشرع و كذا الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الإطار من خلال التنصيص على تذييل الأحكام التحكيمية بالصيغة التنفيذية،<sup>24</sup> حتى يتسنى للمحكوم له مباشرة

<sup>23</sup> - علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 38.

<sup>24</sup> - محمد الملجاوي، موقف القضاء من صعوبات تنفيذ أحكام التحكيم المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 5، السنة 2011 الطبعة الأولى، ص: 160.

إجراءات التنفيذ الجبري بواسطة السلطة القضائية وفق القواعد المقررة لتنفيذ الأحكام بصفة عامة، و هنا في اعتقادنا تتحقق مسؤولية الدولة.

### الفقرة الاولى: المسؤولية عن تصحيح الخطأ التحكيمي

أوكلت المادة 1485 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي- للمحكم مهمة تصحيح الاخطاء الكتابية أو السهو الذي وقع فيه، وفي حالة تعذر اجتماع الهيئة التحكيمية من جديد، أو لم يتفق الأطراف على ذلك، فإن هذه الصلاحية تعود إلى المحكمة التي كانت مختصة أصلاً بنظر النزاع لولا وجود التحكيم، وهو ما يعني أن المشرع الفرنسي اعترف للمحكم بسلطة تصحيح حكمه بدون أي قيد أو شرط.

نفس المنحى سارت عليه العديد من التشريعات، كالمصري في المادة 50/1 من قانون التحكيم، والأردني من خلال المادة 46/أ، وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني من خلال المادة 792 منه، وكذلك منح القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 33 منه هيئة التحكيم صلاحية التصحيح.

وبالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية المغربي، نجد أن المشرع في الفصل 327-28 منح هو الآخر للمحكم امكانية تصحيح كل خطأ مادي، أو خطأ في الحساب، أو الكتابة أو أي خطأ من نفس القبيل وارد في الحكم وربط ذلك بأجل الثلاثين يوماً التالية لتقديم المقال.

فالمحكم بالرغم من انتهاء مهمته، تبقى له على سبيل الاستثناء السلطة في تغيير القرار وتصحيح الأخطاء بسبب إغفال اتخاذ القرار بشأن موضوع كان قد تم طلبه أثناء المرافعة وذلك بصفة تلقائية داخل أجل محدد طبقاً للفصل 327-28 من قانون رقم 08-05 أو بناء على طلب أحد الأطراف. إلا أنه قد يتعذر على هيئة التحكيم اجتماعها مجدداً لتصحيح الخطأ المادي أو أي خطأ من نفس القبيل، فإن المشرع المغربي خول للقضاة هذه السلطة بموجب الفصل 327-29 الذي ينص على انه: "عندما يتعذر على الهيئة التحكيمية الاجتماع من جديد فإن صلاحية البت في طلب التصحيح أو التأويل تخول لرئيس المحكمة الصادر الحكم التحكيمي في دائرتها، والذي يجب عليه أن يبت في الأمر داخل أجل ثلاثين يوماً بأمراً غير قابل للطعن". فتخويل المشرع المغربي للقضاء حق التدخل في تصحيح الخطأ الذي قد

يعترض حكم التحكيم وربطه بأجل أقصاه ثلاثين يوما قد يزيك فرضية إمكانية إغفال المحكمة للأجل المقرر في المادة أعلاه، وهو ما قد يطرح إشكالية مدى إمكانية سيرورة الحكم التحكيمي ونفاذه علما أنه لا يوجد أي مقتضى يعالج مسألة إغفال المحكمة للأجل المقررة بهذا الخصوص، و إنما اكتفى المشرع من خلال الفصل 30.327 من قانون 08.05 بالتنصيص على أن: "طلب التصحيح يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي واجال تقديم الطعون إلى حين تبليغ الحكم التصحيحي". وهو ما قد يفرغ الية التحكيم من محتواها، سواء باعتباره نظام لتسوية المنازعات أساسه إرادة الأطراف، أو لما يتميز به من فعالية وسرعة البث وتناسب تكلفته مع الحفاظ على الروابط التجارية بين أطراف النزاع.

### الفقرة الثانية: المسؤولية عن تنفيذ الحكم التحكيمي

لا يكون الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ بمجرد صدوره عن الهيئة التحكيمية، بل لابد من تقديم طلب للقضاء المختص قصد الحصول على الصيغة التنفيذية، وهذا الطلب يتقدم به الطرف المحكوم لصالحه، و المشرع المغربي شأنه شأن باقي التشريعات أورد في الفقرة الأولى من الفصل 32-327 من القانون رقم 08.05 على أنه: "توضع الصيغة التنفيذية على أصل الحكم التحكيمي"، و أضاف من خلال الفصل 327-33 على أنه: "يجب أن يكون الأمر الذي يرفض الصيغة التنفيذية معللا و يكون قابلا للطعن بالاستئناف وفق القواعد العادية داخل 15 يوما من تاريخ تبليغه، و تنظر محكمة الاستئناف في هذه الحالة بناء على طلب الأطراف في الأسباب التي كان بإمكانهم التمسك بها ضد الحكم التحكيمي عن طريق الطعن بالبطلان.

تبت محكمة الاستئناف في هذا الاستئناف طبقا لمسطرة الاستعجال."

فمن خلال نص الفصل 33-327، سمح المشرع المغربي بالطعن بالاستئناف ضد القرار القضائي المانح للاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم الداخلي، في حين استبعد هذا الطعن بالنسبة للقرار القضائي المانح للاعتراف والتنفيذ طبقا لما نص عليه الفصل 32-327 من هذا القانون.

و طبقا للفقرة الأولى من هذا الفصل نجد أن المشرع المغربي قد اشترط ضرورة تعليل الأمر القاضي برفض منح الصيغة التنفيذية.

و على العكس مما يوحي به هذا الفصل بخصوص التعليل و اشتراطه في حالة رفض منح الصيغة التنفيذية فقط دون الأمر القاضي بمنح الصيغة التنفيذية، فشرط التعليل هو شرط لازم لكل الأحكام و القرارات و الأوامر القضائية، سواء قضت بالرفض أو بالقبول، و العلة من التنصيص على وجوب تعليل الأمر الذي يرفض الصيغة التنفيذية دون الأمر القاضي بمنح الصيغة التنفيذية، تكمن في أن هذا الأخير يكون غير قابل للطعن في حد ذاته، و أن الرقابة على تعليله تكون متاحة عند النظر في دعوى بطلان الحكم التحكيمي، مادام أن الطعن بالبطلان يتضمن بقوة القانون طعنا في الأمر بتحويل الصيغة التنفيذية.<sup>25</sup>

والمقتضيات التي جاء بها الفصلان 32-327 و 33-327 تطابق الى حد كبير مقتضيات القانون الفرنسي المتعلق بالتحكيم، حيث نص هذا الأخير على أن القرار الصادر بإعطاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم الداخلي لا يقبل أي طعن، غير أن استئناف القرار التحكيمي أو الطعن بطريق إبطاله يفيد حكما في حدود الخصومة المنعقدة أمام المحكمة طعنا في قرار الصيغة التنفيذية أو رفعا ليد القاضي الذي أصدره على خلاف القرار الصادر برفض الصيغة التنفيذية، فيكون قابلا للاستئناف طبقا للمادة 1500 من هذا المرسوم.

## خاتمة:

إن موضوع التحكيم يبقى من المواضيع التي بصمت راهنيتها وأثبتت جدواها، خاصة إذا علمنا أن أغلب العقود تلجأ الى التحكيم لفض المنازعات، و ما طرحنا لهذا الموضوع إلا مناسبة لفتح النقاش حول دور الدولة في هذا الإطار من خلال تبيان مدى مسؤوليتها، وما حدود رقابتها، على أمل تعميق البحث على شكل أطاريح دكتوراه، أو رسائل بحثية.

<sup>25</sup> - مصطفى بونجة ونضال اللواح، التعليق على قانون التحكيم، المرجع السابق ص 220.

# ميراث المرأة بين واقع التحدي المجتمعي

## ونصوص الشريعة الإسلامية

أسيا أيت علي  
دكتورة في الحقوق  
أستاذة زائرة بكلية الحقوق سطات

### مقدمة:

تعتبر قضية ميراث المرأة قضية دينية، وطنية، ومجتمعية بامتياز، اختلفت على طريقتها الحضارات والديانات، فما يقال بعدم مساواة المرأة بالرجل اعتمادا على ما جاء في القرآن الكريم من الجهر بأن "للذكر مثل حظ الأنثيين"، ليس مطلقا وإنما يجري فقط في بعض الحالات.

ولهذا وجب القول بأن الإسلام عندما جاء انتقد كثيرا من الأوضاع والأحوال التي كانت تمارس داخل المجتمع المكي وما يحيط به من جزيرة العرب.

وكان مما دخل في ذلك الانتقاد، زجره عن الممارسات التعسفية التي يمارسها أهل الجاهلية على المرأة و انتقاده الشديد للفكر المشين الذي كان وراء تلك الممارسات، ومن ذلك حرمانها من الإرث، فلم تكن المرأة ترث لكونها تورث في جملة التركة، و الذي يورث لا يرث، بل لا يرث له و لا ملك، و معلوم أن العرب في جاهليتهم قبل الإسلام كانوا لا يرون المرأة أهلا للإرث من أقاربها، لأنها لا تحمل سيفاً، و لا تدافع عن قبيلة، و لا تغزو، و لا تحوز الغنائم، و خشوا على المال أن ينتقل إلى الغريب إن هي تزوجته، فحرموها الإرث و المهر و الوصية، و أكلوا مالها ظلماً و عدواناً حتى أشرفت شمس الإسلام لتزيل غياهب ظلام الجاهلية و تثبت حق المرأة في الإرث أمّا كانت أو زوجةً أو أختاً أو بنتاً، فأنزل الله تعالى قوله الكريم "لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ

نَصِيْبًا مَفْرُوضًا<sup>26</sup>، ولم تزل القوانين الحديثة إلى الآن في الدول العظمى قاصرة كل القصور عن تنظيم أحوال الميراث فيها كما نظمها الدين الإسلامي الحكيم، وكثيرا ما يلجأ أهل الأديان الأخرى إلى تطبيق نظم الميراث الإسلامي و الأخذ بها تنظيما لحياتهم، و في هذا الإطار كان لابد من عقد مقارنة بين وضعية الأنثى المسلمة و وضعية غيرها من الإناث عند غير المسلمين، ففي الديانات السابقة على الإسلام و منها اليهودية لا تجعل للأنثى شيئا إطلاقا، أو تحجبها عن الإرث إذا كان لها إخوة ذكور، ففي الثوراة، الإصحاح: 21 من سفر التكوين: "إذا كان للمتوفى ورثة من الذكور فلا ميراث للبنات"، وفي أكثر البلاد المسيحية تحرم البنات من الميراث إلا إذا أوصى لها أبوها بشيء قبل وفاته<sup>27</sup>.

و يكتسي هذا الموضوع أهمية خاصة و عناية متميزة، وذلك نظرا لما أثير حوله من شبهات كان القصد منها تشويه صورة الإسلام و دفع الحق الذي جاء به، و ادعائهم في هضم حقها حين فرض لها نصف ما فرض للذكر و ينم ذلك عن جهل بأحكام الشريعة الإسلامية لا غير، مع العلم أن هنالك حالات تتساوى فيها الأنثى مع الذكر، بل وحالات ترث فيها أكثر من الذكر، و أخرى ترث فيها دون الذكر، كما أن آية

1 - سورة النساء، الآية: 7.

2 - بالنسبة للميراث في القانون الفرنسي، فقد حددت المادة 731 من القانون الفرنسي أنواع الورثة بأربع فئات: فيأتي في الدرجة الأولى أولاد المتوفى ذكورا وإناثا، فنصت المادة 745 من القانون الفرنسي على ما يلي: يرث الأولاد وأبناؤهم والدتهم ووالدته، جدهم وجداتهم دون أي تمييز بين الوارث الذكر والوارث الأنثى أي أن للذكر مثل حظ الأنثى في الميراث.

ويأتي في الدرجة الثانية والد الميت ووالدته، إخوته وأخواته إلى قسمة التركة عند عدم وجود أولاد له ذكورا أو إناثا، فإذا توفي المورث تاركا أبا أو أختا، إخوة أو أخوات ورثوا التركة بكاملها، أما إذا توفي المورث تاركا أبا أو أختا، إخوة أو أخوات أو أبا وأما فالتركة تقسم إلى قسمين، في أخذ الإخوة والأخوات أو هما معا النصف ويأخذ الأب الربع وتأخذ الأم الربع الباقي.

ثم يأتي في الدرجة الثالثة الأعمام والخالات وأبناء العمومة، إذ نصت المادة 754 على توريث الأعمام والخالات وأبناء العمومة في حال عدم وجود وارث شرعي غيرهم. ثم يأتي أخيرا وفي الدرجة الرابعة بقية الأقارب إن القانون الفرنسي لم يورث الزوج أو الزوجة إلا في حالة عدم وجود الورثة المذكورين أعلاه على أن يعطي حق استثمار قسم من التركة عند وجود الورثة الشرعيين بنسبة تسمح له بالمحافظة على وضعه الاجتماعي الذي سبق وفاة المورث، أما الدولة فإنها لا ترث مال المتوفى إلا عند عدم وجود ورثة شرعيين وزوج المتوفى. أنظر: مكانة المرأة بين الإسلام والقوانين العالمية لسالم البهنساوي. الكويت، دار القلم، ط 2: 1406هـ، ص: 168.

أما بخصوص القانون التونسي: فقد صادق المجلس الوزاري التونسي بإشراف رئيس الجمهورية الباجي قايد السبسي يومه الجمعة 23 نونبر 2018 على مشروع قانون الأحوال الشخصية، والذي يتضمن المساواة في الإرث بين الرجل والمرأة، فهل سينجح التونسيون بإقرار المساواة في الميراث لإكمال "مشروع" السبسي؟

المواريث قد نزلت بسبب سؤال أنثى عن حظ ابنتها من ميراث و الدهما بعدما استحوز عمهما على التركة كلها حسبما يخوله له التقليد الجاهلي، فضلا عن ذلك فقد تولى المولى عز وجل قسمة أموال التركات بنفسه، و لم يكل قسمة الأموال إلى اختيار الناس أو اجتهاداتهم التي قد تتأثر بعوامل شتى تجعل كل مجتهد ينظر إلى هذا الأمر من زاوية معينة أو من أخرى.

فما هي إذن الشبهات المثارة حول نصيب المرأة من الميراث؟ وكيف تم الرد عليها؟ وهل حقاً أنصف الدين الإسلامي المرأة في الميراث؟ وما هو الدليل على ذلك؟ ولدراسة هذه التساؤلات التي تتداخل فيما بينها لإعطاء رؤية واضحة لإشكالية الموضوع، سنقسم هذا الأخير إلى مبحثين:

**المبحث الأول: ميراث المرأة في الكتاب والسنة**

**المبحث الثاني: شبهة حول ميراث المرأة والرد عليها**

## المبحث الأول: ميراث المرأة في الكتاب والسنة

قبل الشروع في سرد الشبهات المثارة حول نقصان حظ المرأة من تركة موروثها و دحضها، كان لابد من تحديد الأدلة على وجوب توريث النساء، ومن ذلك ما أقرته آيات القرآن الكريم (المطلب الأول)، وكذا الأحاديث النبوية الشريفة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: أدلة ميراث المرأة من الكتاب

1/ قال تعالى "لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا"<sup>28</sup>.

وقد أثبت الله حق النساء في الميراث، وأكدته من عدة نواح:

أ. أفرد سبحانه وتعالى ذكر النساء بعد ذكر الرجال، ولم يقل للرجال والنساء نصيب، لئلا يستهان بأصالتهن في هذا الحكم، ودفع ما كانت عليه الجاهلية من عدم التوريث.

ب. قوله تعالى: "مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا" فليس أدل من ذلك على أن حق المرأة في الإرث ثابت، ولو من القليل التافه الذي يخلفه الميت، مما لا يدفع مجالا للشك أو الريب أو التهرب من إعطاء المرأة ما تستحقه بعطاء الله لها.

ج. قوله: "نَصِيبًا مَّفْرُوضًا" فبالرغم من أن ذكر نصيب المرأة جاء في أول الآية

و للنساء نصيب، إلا أن الله تعالى كرر ذكر هذا النصيب مع توكيده بكلمة "مفروضاً" لإزالة أي لبس، ولإثبات هذا الحق ثبوتاً قطعياً<sup>29</sup>.

2/ أثبت القرآن حق الأم في الإرث فقال عز من قائل سبحانه: "فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ

28 - سورة النساء، الآية: 7.

29 - ينظر كل من: تفسير أبي السعود العمادي: إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، الجزء الثاني، دار التراث العربي . بيروت، ص: 146، شبهات في طريق المرأة المسلمة لعبد الله الجلاي، دار ابن كثير: 1409هـ، ص: 43. 44.



مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ  
فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ<sup>30</sup>

3/ وأثبت حق الزوجة، فقال سبحانه: "وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ  
وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ"<sup>31</sup>.

4/ وأثبت حق البنت، فقال سبحانه: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ  
الْأُنثَى فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ  
وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ"<sup>32</sup>.

5/ وأثبت حق الأخت، فقال سبحانه: "وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ  
أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي  
الْثُلُثِ"<sup>33</sup>، وقال: "يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ  
وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهِيَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا  
الْثُلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ  
أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"<sup>34</sup>.

### المطلب الثاني: أدلة ميراث المرأة من السنة

1/ أخرج البخاري<sup>35</sup> من طريق عطاء، عن ابن عباس قال: كان المال للولد، و  
كانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ  
الأنثيين،

وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن و الربع، و للزوج  
الشر والربع.

30 - سورة النساء، الآية: 11

31 - سورة النساء، الآية: 12

32 - سورة النساء، الآية: 11

33 - سورة النساء، الآية: 12

34 - سورة النساء، الآية: 176.

35 - صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري: كتاب الوصايا / باب: لا وصية لوارث (ج 2 / الحديث  
رقم: 2747)، تحقيق: مصطفى أديب، بيروت. دار ابن كثير. ط3: 1407هـ / 1987م، ص: 188.

2/ أخرج البخاري في صحيحه في كتاب الفرائض/ باب: ميراث البنات<sup>36</sup> و مسلم<sup>37</sup> من حديث سعد بن أبي وقاص قال: مرضت بمكة مرضاً أشفيت منه على الموت، فأتاني النبي صلى الله عليه وسلم يعودني، فقلت: يا رسول الله إن لي مالا كثيراً، وليست ترثني إلا ابنتي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قال فالشطر؟ قال: "لا" قلت: الثلث؟ قال: "الثلث كثير، إنك إن تركت ولدك أغنياء خير من أن تتركهم عائلة يتكففون الناس، وإنك لن تنفق نفقة إلا أجرت عليها حتى اللقمة ترفعها إلى امرأتك" الحديث واللفظ للبخاري.

- وأخرج البخاري . أيضاً. في ميراث البنات<sup>38</sup> من طريق الأسود بن يزيد قال: أتانا معاذ بن جبل باليمن معلماً وأميراً، فسألناه عن رجل توفي، و ترك ابنته و أخته، فأعطى الابنة النصف، والأخت النصف.

3/ أخرج البخاري في صحيحه في كتاب الفرائض، باب: ميراث ابنة ابن مع ابنة،<sup>39</sup> وباب: ميراث الأخوات مع البنات عصبية<sup>40</sup> من طريق هزيل بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى عن بنت و ابنة ابن و أخت، فقال: [للبنات النصف، وللأخت النصف، وائت ابن مسعود فسيتابعني]، فسئل ابن مسعود، وأخبر بقول أبي موسى فقال: [لقد ضللت إذأ وما أنا من المهتدين، أقضي فيها بما قضى النبي صلى الله عليه وسلم: للابنة النصف، و لابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي فللأخت]، فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: [لا تسألوني ما دام هذا الخبر فيكم]. واللفظ في الموضوع الأول من البخاري.

11 - صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري: كتاب الفرائض/ باب: ميراث البنات (ج 6/ الحديث رقم: 2476)، تحقيق: مصطفى أديب، بيروت . دار ابن كثير . ط3: 1407هـ / 1987م، ص: 302.

12 - صحيح مسلم لأبي الحسين بن الحجاج النيسابوري: كتاب الوصية/ باب الوصية بالثلث (ج 3/ الحديث رقم: 1250)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت . دار إحياء التراث العربي، ص: 128.

13 - صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري: كتاب الفرائض/ باب: ميراث البنات (ج 6/ الحديث رقم: 6353)، تحقيق: مصطفى أديب، بيروت . دار ابن كثير . ط3: 1407هـ / 1987م، ص: 420.

39- صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري: كتاب الفرائض/ باب: ميراث ابنة ابن مع ابنة (ج 6/ الحديث رقم: 2477)، تحقيق: مصطفى أديب، بيروت . دار ابن كثير . ط3: 1407هـ / 1987م، ص: 305.

40- صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري: كتاب الفرائض/ باب: ميراث الأخوات مع البنات عصبية (ج 6/ الحديث رقم: 2479)، تحقيق: مصطفى أديب، بيروت . دار ابن كثير . ط3: 1407هـ / 1987م، ص: 306.

4/ أخرج البخاري في صحيحه في كتاب الفرائض/ باب: ميراث الأخوات والإخوة<sup>41</sup> و مسلم في صحيحه في كتاب الفرائض/ باب: ميراث الكلاله<sup>42</sup> من طريق محمد بن المنكدر قال: سمعت جابراً قال: دخل عليّ النبي صلى الله عليه وسلم، وأنا مريض، فدعا بوضوء فتوضأ، ثم نضح عليّ من وضوئه، قال فأفقت، فقلت: يا رسول الله، إنّما لي أخوات، فنزلت آية الفرائض. ولفظ مسلم: حتى نزلت آية الميراث "يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ".

5/ أخرج أبو داود في السنن،<sup>43</sup> و ابن ماجة في السنن<sup>44</sup>، و الترمذي في السنن<sup>45</sup>، والدارقطني في السنن<sup>46</sup>، والحاكم في المستدرک<sup>47</sup>، والبيهقي في الكبرى<sup>48</sup>، من طرق عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن جابر بن عبد الله قال: جاءت امرأة سعد ابن الربيع بابنتيها من سعد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد شهيداً، وإن عمهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالاً، و لا تنكحان إلا و لهما مال. قال: "يقضي الله في ذلك" فنزلت آية الميراث، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما، فقال: "اعط ابنتي سعد الثلثين، وأعط أمهما الثمن، وما بقي فهو لك".

قال الترمذي: هذا حديث صحيح، لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن محمد ابن عقيل. وقال الحكيم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي. و إسناده حسن، و فيه عبد

<sup>41</sup> - صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري: كتاب الفرائض/ باب: ميراث الأخوات والإخوة (ج 3/ الحديث رقم: 121)، ص: 220.

<sup>42</sup> - صحيح مسلم لأبي الحسين بن الحجاج النيسابوري: كتاب الفرائض/ باب: ميراث الكلاله (ج 3/ الحديث رقم: 1234)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت. دار إحياء التراث العربي، ص: 166.

<sup>43</sup> - انظر: السنن للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد المجيد. دار الفكر، ج 3، ص: 121.

<sup>44</sup> - انظر: السنن للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي. المكتبة العلمية، ج: 2، ص: 908.

<sup>45</sup> - انظر: السنن لمحمد بن عيسى أبي عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون. بيروت. دار إحياء التراث العربي، ج 4، ص: 414.

<sup>46</sup> - انظر: السنن للإمام علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: عبد الله هاشم يماني مدني. بيروت. دار المعرفة. 1386هـ / 1966م، ج 4، ص: 79.

<sup>47</sup> - انظر: المستدرک على الصحيحين لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. بيروت. دار الكتب العلمية، ط 1: 1411 هـ / 1990م، ج 4، ص: 370، 380.

<sup>48</sup> - انظر: السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة. دار الباز: 1414هـ/1994م، ج 6، ص: 229.

الله بن محمد بن عقيل مختلف فيه، و الراجح أنه حسن الحديث إذا لم يخالف<sup>49</sup> ولم يخالف هنا. و حسنه الألباني في الإرواء<sup>50</sup>.

6/ أخرج عبد الرزاق في مصنفه<sup>51</sup> و ابن أبي شيبة في مصنفه<sup>52</sup> وأحمد في المسند<sup>53</sup> و أبو داود في السنن<sup>54</sup>، و ابن ماجة في السنن<sup>55</sup>، و الترمذي في السنن<sup>56</sup>،

و ابن الجارود في المنتقى<sup>57</sup>، و الطبراني في الكبير<sup>58</sup>، و البيهقي في الكبرى<sup>59</sup>، و المقدسي في المختارة<sup>60</sup> من طرق عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: مَا أَرَى الدِّيَةَ إِلَّا لِلْعُصْبَةِ؛ لِأَنَّهُمْ يَعْقِلُونَ عَنْهُ، فَهَلْ سَمِعَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ذَلِكَ شَيْئًا؟ فَقَالَ الصَّحَّاحُ بْنُ سُفْيَانَ الْكِلَابِيُّ، وَ كَانَ اسْتَعْمَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى الْأَعْرَابِ: كَتَبَ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ أَوْرَثَ امْرَأَةٍ أَشِيمَ الضَّبَائِيَّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا، فَأَخَذَ بِذَلِكَ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ. و اللفظ لأحمد، و إسناده صحيح على شرط الشيخين.

49 - انظر كلا من: شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: تهذيب التهذيب، بيروت . دار إحياء التراث العربي، ط 2: 1413هـ، ج 6، ص: 19. وكذا تقريب التهذيب لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، حققه وعلق عليه و صححه وأضاف إليه: أبو الأشبال صغير أحمد شاغف الباكستاني، تقدين: بكر بن عبد الله أبو زيد. دار العاصمة. 1416هـ، ص: 542.

50- انظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل لمحمد بن ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي . الطبعة الأولى: 1499هـ، ص: 225.

51 - انظر: المصنف لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي . بيروت . دار المعرفة، ج 9، ص: 397.

52 - مصنف ابن أبي شيبة لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي . تحقيق: كمال يوسف الحوت . الرياض . مكتبة الرشد . ط 1: 1409هـ، ج 5، ص: 416.

53 - انظر: مسند الإمام أحمد حنبل، مرجع سابق، ج 25، ص: 22.

54 - انظر: السنن للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، مرجع سابق، ج 3، ص: 129.

55 - انظر: السنن للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، مرجع سابق، ج: 2، ص: 883.

56 - انظر: السنن لمحمد بن عيسى أبي عيسى الترمذي، مرجع سابق، ج 4، ص: 27.

57 - انظر: المنتقى لعبد الله بن علي بن الجارود أبي محمد النيسبوري، تحقيق: عبد الله عمر البارودي . بيروت . مؤسسة الكتاب الثقافية . ط 1: 1407هـ / 1988م، ص: 243.

58 - انظر: المعجم الكبير لسليمان بن أحمد بن أيوب أبي القاسم الطبراني، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي . الموصل، مكتبة العلوم والحكم . ط 2: 1404هـ / 1983م، ج 8، ص: 299.

59 - انظر: السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مرجع سابق، ج 8، ص: 134.

60 - انظر: الأحاديث المختارة لضياء الدين المقدسي، تحقيق: عبد الملك بن دهيش، دار خضر للطباعة والنشر، ط 2: 2001م، ج 8، ص: 85.

قال الترمذي: حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم.

وقال المقدسي في المختارة: إسناده صحيح.

وبوّب عليه أبو داود: باب المرأة ترث من دية زوجها.

7/ أخرج البخاري في صحيحه في كتاب التفسير/ باب: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ"<sup>61</sup> من طريق عكرمة، عن ابن عباس قال: كانوا إذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بإمرأته إن شاء بعضهم تزوجها، وإن شأؤوا زوجها، وإن شأؤوا لم يزوجوها، فهم أحق بها من أهلها فنزلت الآية.

وقد أوردت نزرًا يسيراً من الأحاديث النبوية التي تثبت حق المرأة في الإرث، وإلا فكتب السنة ملأى بأقوال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحكامه في إثبات حقها.

<sup>61</sup> - سورة النساء، الآية: 19

## المبحث الثاني: شبهة حول ميراث المرأة والرد عليها

إن من أبرز ما أثير حول الإسلام من شبهات هو ما يتعلق بقضايا المرأة المسلمة من أحكام وتشريعات، فكانت هنالك محاولات للتشكيك في عدالة هذه التشريعات، و أنها ليست سوى ضحية من ضحاياها، و ذلك بسبب ما حل بها من حيف و ظلم وغبن في نصيبها من متروك موروثها، و هذا ما سنتناوله في (المطلب الأول)، على أن نترك دحض شبهة نقصان حضها من التركة في (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: شبهة حول نصيب المرأة من الميراث

لقد جاء في تقرير المؤتمر العالمي لعقد الأمم المتحدة للمرأة: المساواة والتنمية والسلام/ كوبنهاجن سنة 1980: "ينبغي دراسة كل ما تبقى من أحكام تشريعية تمييزية في المجالات الاجتماعية والاقتصادية، والسياسية، و في قانون العقوبات، و القانون المدني، بغية إبطال جميع القوانين و الأنظمة التي تميز ضد المرأة، فيما يتصل بالحقوق المتعلقة بالجنسية، و الإرث، و حيازة الأملاك و التحكم فيها..." إلخ<sup>62</sup>.

كما أن المطلع على توصيات المؤتمرات العالمية للمرأة يقف على المطالبة بمساواة المرأة بالرجل في حق الميراث، و يعتبر عدم المساواة من باب التمييز ضدها، مما جعل بعضا من الدول الإسلامية المشاركة في هذه المؤتمرات و غير المشاركة تعترض على هذه الإجراءات والتوصيات، و تبين أن هذا من الأحكام الشرعية القطعية التي لا تقبل الأخذ و الرد، و من الدول المعترضة: ليبيا، و مصر، و إيران، و موريتانيا، و المغرب، و تونس في كل من المؤتمر الدولي للسكان والتنمية في القاهرة: 1994م، و المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة ببكين: 1995م.

خصوصا و أن مثيري هذه الشبهة، اتهموا الشريعة الإسلامية بأنها ظلمت المرأة حين لم تسو بينها وبين الرجل في حقها في الإرث و منشأ ضلالهم كونهم جعلوا آية "لِلذَّكَرِ مِثْلُ مَثَلِ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ"،<sup>63</sup> "مبدأ عاماً و قاعدة مستمرة في كل توارث فيه ذكور وإناث، في حين أن الآية إنما رسمت هذا الحكم في التركة التي يجتمع فيها كل من الأبناء مع البنات و ذلك بقوله تعالى "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ

<sup>62</sup> - حمّاد القَبَّاج المراكشي: منزلة المرأة في الإسلام وكشف الشبهات، دار المجد للنشر والتوزيع، ط 1:

1429هـ / 2008م، ص: 334.

<sup>63</sup> - سورة النساء، الآية: 11.

الأنثيين"، و الإخوة مع الأخوات<sup>64</sup> بقوله عز وجل "وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ"<sup>65</sup>، دون غيرهم و للورثة الآخرين ذكورا و إناثاً أحكامهم الواضحة الخاصة بهم، و نصيب الذكور والإناث واحد في أكثر هذه الأحكام.

وهناك من يرجع الحكمة من جعل نصيب المرأة على النصف من نصيب الرجل، في كونه المكلف بالإنفاق على زوجته و أولاده و هو الملتزم بأعباء الأسرة من الناحية المالية بينما تتزوج البنت فتأخذ مهرها ويلتزم زوجها بسكناها و نفقتها و نفقة أولادها من غير أن يكلفها إنفاق فلس واحد، فقد قال الإمام النووي رحمه الله في بيان الحكمة من تفضيل الرجال على النساء في الإرث: "حكمته أن الرجال تلحقهم مؤن كثيرة في القيام على العيال و الضيفان و الأرقاء و القاصدين و مواساة السائلين و تحمل الغرامات و غير ذلك والله أعلم"<sup>66</sup>.

وقال الشنقيطي: "الحكمة في تفضيل الذكر عن الأنثى في هذه الآية أي قوله تعالى: "لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ" و هي ما أشار إليه في آية أخرى، بقوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"<sup>67</sup> لأن القائم على غيره، المنفق ماله عليه مترقب للنقص دائماً، و المقوم عليه المنفق عليه المال مترقب للزيادة دائماً، و الحكمة في إثارة مترقب النقص على مترقب الزيادة جبراً لنقصه المترقب ظاهرة جداً"<sup>68</sup>.

**ولكن المرأة اليوم** أصبحت تعمل كما يعمل الرجل، و تنفق كما ينفق، و وجه إعطاء المرأة ما تعطى من الميراث هو أن يكون لها مال تنفق منه على نفسها إذا لم يتح لها الزواج أو العمل أو مات زوجها و لم يترك لها ما يقوم بأودها.

فكون نصيب المرأة نصف نصيب الرجل ليس مطلقاً في جميع الحالات و إنما في حالات محدودة (كحالة الابن مع البنت والأخ الشقيق أو لأب مع الأخت الشقيقة أو

64 - محاضرات في علم الموارث، للأستاذ الحسن الأمrani زنتار: محاضرة يوم 20 ماي 2014م، بجامعة الحسن الأول، كلية الحقوق . سطات.

65 - سورة النساء، الآية: 176.

66 - انظر: شرح النووي على صحيح مسلم لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي . بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط 2: 1392هـ، ص: 11 . 35.

67 - سورة النساء، الآية: 34

68 - انظر: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي . بيروت . عالم الكتب، ج 1، ص: 308.

لأب)، بل وقد يكون أحيانا حظ الأنثى من الإرث في ظل الإسلام أو فر من حظ الذكر، وأن الفرص التي تتاح لها أكثر من التي تتاح لكثير من أقاربها الذكور، فدرجة القرابة بين الوارث . ذكرا أم أنثى . و بين المورث . المتوفى . تلعب دورا مهما في هذه المسألة فكما اقتربت الصلة زاد النصيب في الميراث، و كلما بعدت الصلة قل النصيب في الميراث دون ما اعتبار لجنس الوارثين.

### المطلب الثاني: دحض شبهة نقصان حظ المرأة من التركة

لا بد من الاستناد إلى عدة أدلة، واستحضار عدة حقائق لدحض شبهة نقصان حظ الأنثى المسلمة من تركة موروثها، و رد زعم ظلمها في ميراثها، و من أبرز هذه الحقائق وأجلاها:

**الحقيقة الأولى:** أن هنالك فرقا بين الإرث بالفرض والإرث بالتعصيب، فالميراث بالفرض هو أخذ الوارث قدرا محددًا ونصيبا مفروضا له في تركة موروثه من غير انتظار لأحد، ولما عسى أن يفضل عنه.

أما الإرث بالتعصيب فهو انتظار أصحاب الفروض حتى يأخذ كل منهم ما فرضه له الشارع الحكيم، فالعاصب إما أن يرث الكل إذا انعدم أصحاب الفروض، وإما أن يأخذ ما فضل عنهم بعد أخذ كل منهم فرضه، وإما أن يحرم من التركة كلها إذا لم يفضل عن أصحاب الفروض شيء فالعاصب مهدد بأصحاب الفروض و ليس صاحب الفرض مههدا بأحد قد يضعف نصيبه أو يحرمه بالكلية من الإرث.

**الحقيقة الثانية:** أن الشارع حافظ على ميراث الإناث أيما محافظة، حيث جعل لهن نصيبا مفروضا، و لم يكن لانتظار ما قد يفضل عن ميراث ذوي الفروض، و إذا كان عدد الوارثات من النساء عشرة فالوارثات منهن بالفرض تسعة وهو ما يمثل نسبة 90% منهن.

**الحقيقة الثالثة:** أن عدد الوارثين من الذكور خمسة عشر،<sup>69</sup> الوارثون منهم بالفرض فقط إثنان وهو ما يمثل نسبة 13,33% فقط، ومن خلال المقارنة بين

<sup>69</sup> - يمكن عد الذكور الوارثين عشرة فقط، وعلى ذلك مشى الرسموي في نظمه حيث جعل العم واحدا شقيقا أو لأب، وكذا ابن العم، وكذا الأخ وابن الأخ وفي ذلك يقول: (في إيضاح الأسرار، ص: 24)  
ذكور من كان لهم ميراث  
عشرة وسبع الإناث



الطريقتين لإرث الإناث وإرث الذكور يتبين وفور حظ الإناث في الميراث، و أن الفرص التي تتاح لهن أكثر.

**الحقيقة الرابعة:** أن المرأة ترث نصف ما يرث الرجل في بعض أحوال إرثها، تمثل عند إحصائها نسبة 16,33% فقط، أما في باقي أحوالها فهي إما أن ترث مثل ما يرث الذكر، أو ترث أكثر مما يرث، هذا فضلا عن كونه في أغلب أحوال إرثه عاصبا منتظرا، وهي في أغلب أحوال إرثها تأخذ نصيبها فرضا من غير انتظار لما قد يفضل عن أصحاب الفروض كما سلفت الإشارة إليه.

**الحقيقة الخامسة:** أن الأنثى ترث أحيانا مثل ما يرث الذكر كما في حالة ميراث الأب والأم من فرع ذكر، وكذا الجد و الجدة من فرع ذكر، وكذا الإخوة لأم، وقد يحسب معهم الأشقاء بمنزلة الإخوة لأم في مسألة المشتركة، فتطبق عليهم جميعا قاعدة التسوية بين الذكر والأنثى.

قال الله تعالى: "و لأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد"70، وقال عز وجل: "وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ"71.

ولا فرق بين الذكر والأنثى وهو مستفاد من قوله تعالى: " فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ".

**الحقيقة السادسة:** أن الأنثى ترث أحيانا أضعاف ما يرث الرجل، فلو اجتمعت أخت شقيقة ومائة من الإخوة لأب، فإن الأنثى ترث مثل حظ مائة ذكر حيث تصح المسألة من مائتين تأخذ الأخت الشقيقة مائة، ويأخذ كل أخ لأب سهما واحدا فقط.

وكذا البنت مع الإخوة الأشقاء أو مع الإخوة لأب، أو الأعمام أو أبناء الأعمام، أو أبناء الإخوة، أو أبناء الأبناء الذين ماتوا قبل والدهم، فإن الأنثى في هذه الحالة ترث نصف التركة فرضا إذا انفردت، وترث الثلثين من مجموع التركة فرضا إذا تعددت، ويقسم النصف أو الثلث الباقي بين سائر الذكور ولو كانوا خمسين أو مائة، فقد ترث الأنثى مثل حظ خمسين أو مائة من الذكور، فريضة من الله.

70 - سورة النساء، الآية: 11.

71 - سورة النساء، الآية: 20.

أمثلة للحالات التي قد يكون فيها حظ الأنثى أوفر من حظ الذكر: قد تكون الأنثى أوفر حظاً وأسعد بالميراث من الذكر، وقد تراث هي ويحرم أخوها لو كان مكانها، وهما في مرتبة واحدة في الإرث لحكمة لا يعلمها إلا الله سبحانه وتعالى:

هلكت هالكة وتركت زوجاً وأماً وأباً وبناتاً، فتصبح المسألة من إثني عشر سهماً وتعول إلى ثلاث عشر، يأخذ الزوج الربع وهو ثلاثة، وللأم السدس وهو اثنان، وللأب مثلها، وتأخذ البنت ستة أسهم من ثلاثة عشر سهماً، فلو كان مكان البنت أخوها لورث بالتعصيب فإنه سيأخذ خمسة من اثني عشر سهماً، وبعد توحيد المخارج في الفريضتين يكون نصيب  $6/13 = 72/156$  ونصيب أخيها إذا جعل مكانها  $5/12 = 65/156$  فقط، وقد تراث الأنثى ويحرم أخوها لو كان محلها كما في المثال الآتي:

زوجاً، أختاً شقيقة، أختاً لأب، فتصبح المسألة من ستة وتعول إلى سبعة، يأخذ الزوج ثلاثة، وتأخذ الشقيقة ثلاثة، والأخت لأب تأخذ واحداً، فلو كان مكان الأخت لأب لم يرث شيئاً، وتصح المسألة من اثنين فقط، يأخذ الزوج النصف وهو واحد، وتأخذ الشقيقة النصف وهو واحد، فلا يبقى شيء للأخ لأب، والسبب في كون الأخت للأب ورثت، والأخ للأب لم يرث شيئاً، أن الأولى ورثت بالفرض، وأن الثاني ورث بالتعصيب فلم يفضل له عن أصحاب الفروض شيء محرم.

ومن هنا يتجلى الفرق بين الإرث بالفرض والإرث بالتعصيب.

والأمثلة من هذا النوع كثيرة جداً يرجع من رام الوقوف على تفصيلها إلى كتب أهل الاختصاص، الأمر الذي يستيقن معه بأن حظ الأنثى في الإرث إجمالاً أوفر من حظ قريبها الذكر في كثير من الحالات.

ونظراً للحقوق المالية التي كفلها الإسلام للمرأة في ظله، جعلت من نصفي الغرب يروونه نموذجاً حرياً أن يقتدي به، ولا غرو فإن مشرعه هو الله: "أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ"<sup>72</sup> ومن أقوالهم في ذلك:

قالت آني بيزنت مؤلفة كتاب "الأديان المنتشرة في الهند": "ما أكبر خطأ العالم في تقدير نظريات النبي صلى الله عليه وسلم فيما يتعلق بالنساء" وبعد أن سردت كثيراً من الآيات التي تحث على رعاية المرأة وإكرامها قالت: "ولا تقف تعاليم النبي

<sup>72</sup> - سورة الملك، الآية: 14.

صلى الله عليه وسلم عند حدود العموميات، فقد وضع قانونا لوراثة النساء، وهو قانون أكثر عدلا، وأوسع حرية من ناحية الاستقلال الذي يمنحها إياه القانون المسيحي الإنكليزي الذي كان معمولا به إلى ما قبل نحو عشرين سنة، فما وضعه الإسلام للمرأة يعتبر قانونا نموذجياً فقد تكفل لحمايتهن في كل ما يملكه من أقاربهن وإخوانهن وأزواجهن.<sup>73</sup>

و قال مؤلف كتاب "حضارة الغرب" غوستاف لوبون: "...فالقرآن قد منح المرأة حقوقا إرثية أحسن مما في قوانيننا الأوروبية، و مبادئ الموارث التي نص عليها القرآن على جانب عظيم من العدل والإنصاف، ويمكن للقارئ أن يدرك ذلك من الآيات التي أنقلها منه، و أن أشير فيه بدرجة الكفاية إلى أحكامها العامة، و يظهر من مقابلي بينها وبين الحقوق الفرنسية و الإنكليزية أن الشريعة الإسلامية منحت الزوجات اللاتي يزعمن أن المسلمين لا يعاشرونهن بالمعروف حقوقا في الموارث لا نجد مثلها في قوانيننا".<sup>74</sup>

و لكن للأسف لا زالت بعض المناطق و خصوصا منها البوادي تُحرم النساء من حقهن في الإرث، و نسوا بأن الذي قسم الموارث هو الله سبحانه وتعالى، و لم يتركها لأحد سواه، و إذا أمعنا النظر في آيات الموارث و أحاديث الإرث، نجدها في غالبها تركز على استحقاق النساء، لأن الله جلّ في علاه قد علم بأن الظلم في تقسيم التركة إنما يقع عليهن "في الغالب"، فالمرأة في كثير من الأماكن تحلم أن تطول الشمس، و لا تحلم أن يصلها مثقال ذرة من مال قريبها المتوفى و هذا قمة الظلم و الجور، بل هي صفات الجاهلية الأولى التي كانت تعتبر المرأة جزءا من المتاع، فكيف تطالب بشيء هي جزء منه؟

و هذا إن دلّ على شيء فإنه يدل على الجهل بأحكام الشريعة في الإرث، حيث يظن و يعتقد البعض أن هذه المسألة من الأمور اليسيرة، أو من الأمور التي توارثها الأبناء على الآباء والأجداد، و أن هذه العادات و التقاليد هي الشرع الذي لا يجوز تعديله و لا تبديله، و تناسوا قوله عز وجل الذي ختم بها آيات الموارث "تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَ

<sup>73</sup> - مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للنشر والتوزيع . بيروت . ط 7، سنة 1999م، ص: 214.

<sup>74</sup> - مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص: 216.

ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ وَمَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ<sup>75</sup>، وقد أورد بن كثير رحمه الله في تفسيره لهذه الآيتين قوله: "أي هذه الفرائض و المقادير التي جعلها الله للورثة بحسب قربهم من الميت واحتياجهم إليه و فقدهم له عند عدمه، هي حدود الله فلا تعتدوها و لا تتجاوزوها. ولهذا قال تعالى: "وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ" \_ أي في هذه القسمة و المقادير \_ فلم يزد بعض الورثة و لم ينقص بعضهم بأي حيلة

و وسيلة بل تركهم على حكم الله و فريضته و قسمته \_ كان الجزاء "و مَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَ ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ وَ مَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ". لكونه غير ما حكم الله به و ضادَّ الله في حكمه \_ و قسمته \_ و هذا لا يصدر إلا من عدم الرضا بما قسم الله و حكم به، لهذا لا يجازيه بالإهانة في العذاب الأليم المقيم، ثم أورد رحمه الله حديثاً لأحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - "إن الرجل ليعمل بعمل أهل الخير سبعين سنة فإذا أوصى وحاف \_ أي جار \_ في وصيته ختم له بشرِّ عمله فيدخل النار، و إن الرجل ليعمل بعمل أهل الشر سبعين سنة، فيعدل في وصيته فيختم له بخير عمله فيدخل الجنة".<sup>76</sup>

<sup>75</sup> - سورة النساء، الآيتان: 13 / 14.

<sup>76</sup> - انظر: تفسير القرآن العظيم لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي . بيروت، دار الفكر: 1401هـ، ج1، ص: 462.

خاتمة:

لقد اتخذ العلمانيون الوضعية السيئة لكثير من النساء في الدول الإسلامية، ذريعة للدعوى إلى إقصاء أحكام شرعية و استبدالها بأخرى غريبة، و جعلوا هذه الوضعية ستاراً يحجبون به أهدافهم الحقيقية و على رأسها خدمة العولمة الغربية في المجتمع و تحقيق مصالحهم، و محاولة تشكيك العامة من المسلمين في قيمة و أهمية ما لديهم من كنوز تشريعية عظيمة تتعلق بأحكام الدين و الدنيا، ذلك أن الجهل بأحكام الشريعة الإسلامية له النصيب الأكبر في هذه المسألة، و لهذا رغب النبي صلى الله عليه وسلم في تعلمه و تعليمه فقال: "تعلموا القرآن و علموه الناس، و تعلموا الفرائض و علموها الناس، فإن العلم سيقبض و تظهر الفتن، حتى يختلف الاثنان في الفريضة فلا يجدا من يفصل بينهما"، فأحسن الله عزاءنا في مثقفينا الذين يرون في حكم الإسلام تخلفاً و رجعية، بينما هو من أهم عوامل الإصلاح و التنمية.

و أختتم بقول الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "كنا في الجاهلية لا نعتد بالنساء، و لا ندخلهن في شيء من أمورنا، فلما جاء الله عز وجل بالإسلام، أنزلهن الله تعالى حيث أنزلهن، و جعل لهن حقا".<sup>77</sup>

<sup>77</sup> - رواه أبو داود الطيالسي في مسنده (23) بسند صحيح، وأصله في الصحيح. انظر كلا من: صحيح البخاري (4912) وصحيح مسلم (1479).



# الزواج بنية الطلاق

فاطمة كمال  
دكتورة في الحقوق

## مقدمة:

شرع الإسلام الزواج وندب إليه ورغب فيه، ووسمه أصالة بطابع التأييد، تحقيقاً للمقاصد المتوخاة من اقتران الرجل بالمرأة، واستجابة لنداء الفطرة، وطلباً لإيجاد السكن النفسي وسعياً للإحصان وتهذيب الغريزة، وطلباً للنسل، من خلال اقتران شرعي يكفل اتصالاً كريماً بين الرجل بالمرأة، ويضمن تكوين أسرة سليمة، لبناء المجتمع الإسلامي الذي تنشده الشريعة، والكفيل بتحقيق عمارة الأرض والتوفيق في وظيفة الاستخلاف.

وإذا كان الأصل في الزواج أن ينعقد على التأييد، ضماناً لتحقيق المقاصد المذكورة، فإن من الناس من يُقبل على الزواج دون نية التأييد. وهذا الزواج له أحد صورتين:

- زواج المتعة: ونسخ جوازه يوم خير وتأبيد تحريمه معلوم في كتب الفقه.
  - الزواج بنية الطلاق: وهو الذي نُعنى بدراسته في هذا البحث.
- فما حقيقة الزواج بنية الطلاق؟ وهل ثمت فروق بينه وبين زواج المتعة؟ وما هو موقف الفقهاء من هذا النوع من الأنكحة؟

## المبحث الأول: الزواج بنية الطلاق وزواج المتعة

## المطلب الأول: تعريف الزواج بنية الطلاق

الزواج بنية الطلاق هو "أن يتزوج الرجل المرأة وفي نيته طلاقها بعد انتهاء دراسته أو إقامته أو حاجته"<sup>1</sup> فالخاطب يضم نية الطلاق دون علم الطرف الآخر. فهذا الزواج يقوم على نية التوقيت من طرف واحد. و تتناول بعض كتب الفقه تحت عنوان "نكاح الأجل"<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني: الفرق بين الزواج بنية الطلاق وزواج المتعة

▪ زواج المتعة هو الزواج "إلى أجل من الآجال، قُرب أو بُعد، وذلك أن يقول الرجل للمرأة: نكحتك يوماً أو عشرة أو شهراً، أو: نكحتك حتى أخرج من هذا البلد"، فزواج المتعة يقوم على التصريح بالتمتع لمدة معينة في حين أن الزواج بينة الطلاق يقتصر على نية أحد الزوجين.

▪ لا تترتب في زواج المتعة أحكام الزواج من التوارث ولحوق النسب ووجود العدة، لاتفاق أهل السنة على تحريمه. بينما يترتب الزواج بينة الطلاق آثار أحكام الزواج من التوارث ولحوق النسب ووجود العدة.

▪ أجمع جمهور فقهاء أهل السنة على حرمة زواج المتعة، و ذهب الشيعة الإمامية إلى إباحته، خلافاً لجمهور الشيعة من الفرق الأخرى المقرّين بتراجع عبد الله بن عباس رضي الله عنه في القول به وعن الإفتاء بصحته<sup>3</sup>، وأما الزواج بينة الطلاق فقد اختلف العلماء في حكمه.

<sup>1</sup> - الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة الإسلامية لإبراهيم آل منصور: ص 43.

<sup>2</sup> - الأمام للشافعي، طبعة دار المعرفة 80/5.

<sup>3</sup> - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، تحقيق أحمد الشرقاوي، ط دار الغرب الإسلامي 94/2. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني، طبعة دار القلم 136/2.



## المبحث الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم الزواج بنية الطلاق

اختلف الفقهاء المتقدمون والمعاصرون في حكم الزواج بنية الطلاق على أقوال، نُجملها فيما يلي:

## المطلب الأول: مذهب المجيزين للزواج بنية الطلاق:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، إضافة لابن قدامة الحنبلي، إلى القول بجواز الزواج بنية الطلاق، وأسست هذا المبحث بذكر نصوص من كل مذهب تنص على حكم هذا الزواج، ثم بعد ذلك سأذكر دليلهم في المسألة.

➤ **الحنفية:** يقولون "لو تزوج المرأة و في نيته أن يعقد معها مدة نواها صح، لأن التوقيت إنما يكون باللفظ"،<sup>4</sup> و في شرح المجلة<sup>5</sup>: "من تزوج امرأة بنية أن يطلقها إذا مضى سنة لا يكون متعة".

➤ **المالكية:** قال أبو الوليد الباجي: "و من تزوج امرأة لا يريد إمساكها، إلا أنه يستمتع بها مدة ثم يفارقها، فقد روى محمد عن مالك أن ذلك جائز، وليس من الجميل ولا من أخلاق الناس".<sup>6</sup> و معنى ذلك ما قاله ابن حبيب: "إن النكاح وقع على وجهه، ولم يشترط شيئا، وإنما نكاح المتعة ما شرطت فيه الفُرْقَةُ بعد انقضاء مدة". قال مالك: "وقد يتزوج الرجل المرأة على غير إمساك، فيسره أمرها، فيمسكها، وقد يتزوجها ويريد إمساكها، ثم يرى منها ضد الموافقة فيفارقها"، مرد أن هذا لا ينافي النكاح، فإن للرجل الإمساك والمفارقة، وإنما ينافي النكاح التوقيت<sup>7</sup>.

وجاء في الشرح الصغير للدردير: "و أما لو أضمر الزوج في نفسه أن يتزوجها ما دام في هذه البلدة أو مدة سنة ثم يفارقها فلا يضر و لو فهمت المرأة عن حاله ذلك"<sup>8</sup>، قال المحشّي: "قال بعضهم: وهي فائدة تنفع المغترب"، وفي تعليقه على قول الدردير: "ولو فهمت المرأة" قال: "أي على الراجح كما يفهم من اختصار الأجهوري عليه، و أما إن أضمره في نفسه ولا تفهمه المرأة و لا وليها فجائز اتفاقا"<sup>9</sup>.

4 - فتح القدير لابن الهمام، ط مصطفى الباي الحلبي وأولاده بمصر، 249/3.

5 - شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي 415/2.

6 - المنتقى شرح موطأ مالك للباقي، ط السعادة 335/3.

7 - المصدر نفسه.

8 - الشرح الصغير للدردير على أقرب المسالك مطبعة مصطفى الباي وأولاده 387/1.

9 - بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك للصاوي 393/1.

وفي حاشية الدسوقي: "وإن كان بهرام قد صرّح في شرحه وفي شامله بالفساد إذا صدر منه ذلك الأمر الذي قصده في نفسه، فإن لم يصرّح للمرأة و لا لوليها بذلك و لم تفهم المرأة ما قصده في نفسه، فليس نكاح متعة اتفاقاً"<sup>10</sup>.

➤ **الشافعية:** قال الشافعي: "وإن قدم رجل بلداً وأحب أن ينكح امرأة ونيتها ونيتها أن لا يمسكها إلا بمقامه بالبلد أو يوماً أو اثنين أو ثلاثة كانت على هذا نيته دون نيتها أو نيتها دون نيتها أو نيتها معاً ونية الولي؛ غير أنهما إذا عقدا النكاح مطلقاً لا شرط فيه، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً، لأن النية حديث نفس، و قد وُضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم. و قد ينوي الشيء ولا يفعله، وينويه ويفعله، فيكون الفعل حادثاً غير النية"<sup>11</sup>. وقال النووي: "قال القاضي و أجمعوا على أن من نكح نكاحاً مطلقاً و نيته أن لا يمكث معها إلا مدة نواها؛ فنكاحه صحيح حلال و ليس نكاح متعة، وإنما نكاح المتعة ما وقع بالشرط المذكور."<sup>12</sup>

➤ **الحنابلة:** لم يجزه من الحنابلة سوى ابن قدامة و ابن مفلح<sup>13</sup>، قال ابن قدامة:

"وإن تزوجها بغير شرط إلا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو انقضت حاجته في هذا البلد، فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم، إلا الأوزاعي قال: هو نكاح متعة، و الصحيح أنه لا بأس به، و لا تضر نيته، و ليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته، و حسبه و إن وافقته، و إلا طلقها."<sup>14</sup> قال ابن تيمية: "و الصحيح أن هذا ليس بنكاح متعة و لا يحرم، و ذلك أنه قاصد للنكاح و راغب فيه، بخلاف المحلل، لكن لا يريد دوام المرأة معه، و هذا ليس بشرط"<sup>15</sup>.

### المطلب الثاني: القول بتحريم الزواج بنية الطلاق

➤ **الحنابلة خلافاً لابن قدامة:** قال المرادوي: "لو نوى بقلبه فهو كما لو شرطه على الصحيح من المذهب نص عليه (أي الإمام أحمد) و عليه الأصحاب"<sup>16</sup>. وقال

10 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار إحياء الكتاب العربية بمصر 239/2

11 - الأم للشافعي دار المعرفة 80/5.

12 - شرح صحيح مسلم 182/9، وانظر نهاية المحتاج للرملي 277/6.

13 - قال ابن مفلح في المبدع شرح المقنع: "وظاهره أنه إذا تزوجها بغير شرط وفي نيته طلاقها فالنكاح صحيح في قول عامتهم خلافاً للأوزاعي" 88/7.

14 - المغني مع الشرح الكبير دار الفكر 573/7.

15 - مجموع الفتاوى لابن تيمية طبعة مجمع همد لطباعة المصحف الشريف في المدينة المنورة 147/32.

16 - الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير 416/20.

البهوتي: "نكاح المتعة و هو أن يتزوجها، أي المرأة إلى مدة أو يشرط طلاقها فيه أي النكاح بوقت كزوجتك ابنتي شهرا أو سنة أو انقضاء الموسم أو إلى قدوم الحاج ونحوه فيبطل أو ينويه أي ينوي الزوج طلاقها بوقت بقلبه أو يتزوج الغريب بنية طلاقها إذا خرج ليعود إلى وطنه لأنه شبيه بالمتعة"<sup>17</sup>. و المعتمد عند الحنابلة خلافا لابن قدامة أن نية الطلاق تُبطل العقد كالتصريح بذلك.<sup>18</sup>

➤ **موقف الشيخ محمد رشيد رضا:** قال في تفسيره: "هذا، و إن تشديد علماء السلف و الخلف في منع المتعة يقتضي منع النكاح بنية الطلاق، و إن كان الفقهاء يقولون إن عقد النكاح يكون صحيحا إذا نوى الزوج التوقيت ولم يشترطه في صيغة العقد، و لكن كتمانها إياه يعد خداعا وغشا، و هو أجدر بالبطلان من العقد الذي يشترط فيه التوقيت، و يكون بالتراضي بين الزوج والمرأة ووليها..."<sup>19</sup>.

و أفتى مجمع كل من مجمع الفقح الاسلامي في جدة، و مجمع الفقح الإسلامي برابطة العالم الإسلامي،<sup>20</sup> وفتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء<sup>21</sup> في المملكة السعودية بتحريم الزواج بنية الطلاق باعتباره زواجا مؤقتا، والزواج المؤقت زواج باطل لأنه متعة، و المتعة محرمة.

### المطلب الثالث: القول بصحة العقد مع إثم العاقد

و صاحب هذا القول هو ابن عثيمين، قال في الشرح الممتع: "و الذي يظهر لي أنه ليس من نكاح المتعة، لكنه محرم من جهة أخرى، و هي خيانة الزوجة و وليها، فإن هذا خيانة؛ لأن الزوجة ووليها لو علما بذلك ما رضيا ولا زواجه، و لو شرطه عليهم صار نكاح متعة، فنقول: إنه محرم لا من أجل أن العقد اعتراه خلل يعود إليه، و لكن من أجل أنه من باب الخيانة و الخدعة"<sup>22</sup>.

17 - شرح منتهى الإرادات 668/2-669.

18 - الفقح الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي 600/9، طبعة دار الفكر.

19 - تفسير المنار لمحمد رشيد رضا دار المنار 17/5.

20 - المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10 - 14 / 3 / 1427هـ

21 - فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء 446 / 18

22 - الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط دار ابن الجوزي 185/12.

## المبحث الثالث: أدلة المذاهب

## المطلب الأول: أدلة القائلين بصحة الزواج بنية الطلاق

اعتمد الجمهور على جملة من الأدلة أذكر منها:

✓ حديث امرأة رفاة القرظي، وفيه أنها تزوجت عبد الرحمن بن الزبير وفي نيتها أن تتطلق منه، و ترجع إلى زوجها رفاة بعد التحليل، حيث جاءت امرأة رفاة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: كنت عند رفاة القرظي فطلقني فبت طلاق. فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير و إنما معه مثل هدبة الثوب، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: "أتريدين أن ترجعي إلى رفاة؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك"، فصححه النبي ولم يقل إنه باطل<sup>23</sup>.

✓ الاستدلال بالحديث الذي رواه الشافعي عن ابن سيرين: " أَنَّ امْرَأَةً طَلَّقَهَا رَوْجُهَا ثَلَاثًا وَكَانَ مَسْكِينٌ أَعْرَابِيٌّ يَتَّعِدُ بَبَابِ الْمَسْجِدِ، فَجَاءَتْهُ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ: هَلْ لَكَ فِي امْرَأَةٍ تَنْكِحُهَا فَتَبِيتَ مَعَهَا اللَّيْلَةَ وَتُصْبِحُ فَتُفَارِقُهَا؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَكَانَ ذَلِكَ، فَقَالَتْ لَهُ امْرَأَتُهُ: إِنَّكَ إِذَا أَصْبَحْتَ فَإِنَّهُمْ سَيَقُولُونَ لَكَ: فَارِقِهَا، فَلَا تَفْعَلْ ذَلِكَ فَإِنِّي مُقِيمَةٌ لَكَ مَا تَرَى، وَادْهَبْ إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَلَمَّا أَصْبَحَتْ أَتَوْهُ وَأَتَوْهَا، فَقَالَتْ: كَلِمُوهُ فَأَنْتُمْ جِئْتُمْ بِهِ، فَكَلَّمُوهُ فَأَبَى، فَانْطَلَقَ إِلَى عُمَرَ فَقَالَ: الزِّمِ امْرَأَتَكَ فَإِنْ رَابُوكَ بِرَيْبٍ فَأْتِنِي، وَأَرْسَلِ إِلَى الْمَرْأَةِ الَّتِي مَشَتْ لِدَيْكَ فَانْكَلْ بِهَا، ثُمَّ كَانَ يَغْدُو عَلَى عُمَرَ وَيَرُوحُ فِي حُلَّةٍ فَيَقُولُ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي كَسَاكَ يَا ذَا الرُّفْعَتَيْنِ حُلَّةً تَغْدُو فِيهَا وَتَرُوحُ." قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "وَسَمِعْتُ هَذَا الْحَدِيثَ مُسْنَدًا إِسْنَادًا مُتَّصِلًا عَنِ ابْنِ سِيرِينَ يُوصِلُهُ عَنِ عُمَرَ بِمِثْلِ هَذَا الْمَعْنَى."

ووجه الاستدلال: أن عمر لم يبطل العقد، مع أن العاقد: الزوج، كانت نيته تتجه لليلة واحدة، كما اتفق مع تلك المرأة الوسيطة بينهم، فدل ذلك على أن الزواج بنية الطلاق ينعقد صحيحاً ولا شيء فيه.

✓ العقد مستجمع لكافة أركانه وشروطه، فينعقد صحيحاً، ولا تضر النية على الطلاق مستقبلاً، فهي احتمالية فربما يتغير رأيه، وتتغير نيته فيبقى على زوجته إذا

<sup>23</sup> صحيح البخاري باب من انتظر حتى تذوق رقم الحديث 2639 تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر.

رأى منها ما يجب.<sup>24</sup> قال الإمام الشاطبي: " و نية الفراق بعد ذلك أمر خارج إلى ما بعده من الطلاق الذي جعله الشارع له، وقد يبدو فلا يفارق، وهذا هو الفرق بينه وبين نكاح المتعة".<sup>25</sup>

✓ النية حديث نفس، وقد وضع عن الناس ما حدثت به أنفسها، والله وحده يتولى السرائر، لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تجاوز عن أمي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم".

✓ النكاح وقع على وجهه، وليس فيه شروط كشرط المدة، كما هو الشأن في نكاح المتعة.

✓ الطلاق من حقوق الزوج، لا يلزمه إمساك الزوجة على وجه التأييد.<sup>26</sup>

✓ دوام المرأة مع الزوج ليس بشرط. قال ابن تيمية: "و ذلك أنه -المتزوج بنية الطلاق- قاصد النكاح و راغب فيه، بخلاف المحلل، لكن لا يريد دوام المرأة معه، وهذا ليس بشرط، فإن دوام المرأة معه ليس بواجب؛ بل له أن يطلقها بعدة مدة، فقد قصد أمرا جائزا".<sup>27</sup>

✓ الزواج ضرورة تدعو إليه الحاجة، ومن القواعد الشرعية أن الضرورات تبيح المحظورات.

✓ إن الزواج بنية الطلاق قد تدعو إليه ضرورة وحاجة بعض الناس كمن ابتعث لدراسة أو مهمة، أو تمثيل لبلاده أو تجارة في بعض البلدان التي قد يتعرض فيها الإنسان للفتنة. فهو بين أمرين، إما أن يقع في الزنا وإما أن يتزوج بنية الطلاق. فتعين عليه ارتكاب أدنى المفسدتين دفعا لأعلاهما.

✓ هذا النكاح قد توفرت فيه أركان النكاح و شروطه، و خلا من الشروط الفاسدة، و هو يحقق مصالح قد تضيع لو قيل بعدم جوازه للمغتربين، و منها طلب الحصانة، و وجوب العفة، و الخوف من إشباع الغريزة بغير الطرق الشرعية.

24 - مجلة المذهب المالكي العدد السادس عشر " الزواج بنية الطلاق بين المنع والإباحة ص 119.

25 - الموافقات للشاطبي تحقيق آل سلمان، 397/1.

26 - مجلة إسلامية المعرفة، العدد الرابع و الستون، المتعلقة الأخلاقية للحكم الشرعي: نموذج الزواج بنية الطلاق لماهر حصوة.

27 - فتاوى ابن تيمية 147/32.

## المطلب الثاني: أدلة القائلين بحرمة الزواج بنية الطلاق

من جملة الأدلة التي اعتمد عليها القائلين بحرمة الزواج بنية الطلاق:

✓ اعتبار النكاح بنية الطلاق شكلا من أشكال المتعة، ومن ثم هو زواج متعة، و زواج المتعة باطل، فلذلك الزواج بنية الطلاق باطل حكما. يقول محمد رشيد رضا: و هو-أي الزواج بنية الطلاق- أجدر بالبطلان من العقد الذي يشترط فيه التوقيت الذي يكون بالتراضي بين الزوج و المرأة و وليها، و لا يكون فيه من المفسدة إلا العبث بهذه الرابطة العظيمة التي هي من أعظم الروابط البشرية".<sup>28</sup>

✓ الأصل في الزواج التأييد، والزواج بينة الطلاق مخالف لهذا الأصل ولقصد الشارع منه والزواج الصحيح أن يتزوج بنية بقاء الزوجية والاستمرار فيها فإن صلحت له الزوجة و ناسبت له و إلا طلقها، قال الله تعالى: "فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان".

✓ قياس الزواج بنية الطلاق على نكاح التحليل، إذ العاقد في كل منهما لا يريد استمرار العقد وقصده الطلاق بعد الزواج.

✓ الزواج بنية الطلاق غش و خداع و تغرير بالمرأة و ذويها، و كل ذلك من المحرمات، و من شأنه إفشاء التباغض و فقدان الثقة بين الناس، فضلا عن كونه مدعاة للفساد.

✓ كل شرط يفسد العقد إذا ذكر فيه فإنه يفسده أيضا إذا نوى، يعني أن النية تقوم مقام النطق، ودليل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات، و إنما لكل امرئ ما نوى".<sup>29</sup>

<sup>28</sup>- فتاوى اللجنة الدائمة رقم الفتوى 211140 ج 449/188.

<sup>29</sup> - مجلة المذهب المالكي العدد السادس عشر، مقال "الزواج بنية الطلاق بين المنع والإباحة" لعبد البشير عدي.

### المطلب الثالث: أدلة العقد الصحيح مع الحرمة والإثم على العاقد

استند ابن عثيمين في قوله إلى دليلين هما:

✓ أن العقد مكتمل الأركان والشروط، وبالتالي هو صحيح، والحرمة هي لأمر خارج عن العقد وهو الغش والتدليس.

✓ قياس الزواج بنية الطلاق على الغش في البيع أو الصلاة بأرض مغصوبة، فإنه لا يقال ببطلان البيع و لا الصلاة لكن بحرمتها. قال: " أن النكاح صحيح، لكنه آثم بذلك من أجل الغش، مثل ما لو باع الإنسان سلعة بيعاً صحيحاً بالشروط المعتبرة شرعاً، لكنه غشٌ فيها، فالبيع صحيح و الغش محرم".<sup>30</sup>

<sup>30</sup> - الشرح الممتع على زاد المستقنع "ابن العثيمين دار ابن الجوزي الطبعة الأولى.

## خلاصة:

يعتبر الزواج بنية الطلاق من المسائل الفقهية المختلف فيها على ثلاثة أقوال:

✓ القول الأول: جواز الزواج بنية الطلاق وهو قول الجمهور وابن قدامة من الحنابلة.

✓ القول الثاني: تحريم الزواج بنية الطلاق قول الحنابلة خلافا لابن قدامة.

✓ القول الثالث: العقد صحيح مع الحرمة والإثم على العاقد قول ابن عثيمين.

وقد احتج كل مذهب بجملة من الأدلة، واختلفت زوايا اعتبار كل مذهب للزواج بنية الطلاق، بين معتبر إياه زواج متعة فقاسه عليه، وأن الأصل في الزواج التأييد، والطلاق هو حل لمشكل قد يقع، ومنهم من رأى خلاف ذلك، إذ الزوج يكون قاصدا الزواج راغبا فيه، وأن دوام المرأة مع الزوج ليس بشرط. وبين قائل بانفكك الجهة، فالزواج المكتمل لشروطه وأركانه، فهو عقد صحيح، لكن مع الحرمة والإثم على العاقد.



# كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي

مصطفى سديني

دكتور في الحقوق

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي

جامعة محمد الخامس - الرباط

## مقدمة

إذا كان الأصل أن ينشأ الأطفال في أسرهم الأصلية، التي توفر لهم الرعاية الاجتماعية والتربية على السلوك القويم وتضمن لهم التنشئة السليمة والنمو النفسي والوجداني والعاطفي، فقد تجد شريحة كبيرة من الأطفال أنفسهم محرومين من حنان أسرهم، كما هو الشأن بالنسبة للأطفال المهملين. وهكذا أصبحت ظاهرة الأطفال المُتخلى عنهم من الظواهر التي تثير قلق المجتمع المغربي، خصوصا أمام تنامي وازدياد أعداد الأطفال في وضعية صعبة نتيجة مجموعة من الأسباب والظروف والوقائع.

وبالرغم من المجهود المبذول من طرف مجموعة من المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بالمصلحة العامة، إلا أنها لا تقوم مقام أسرة الطفل، ولا تؤدي دورها في التنشئة الاجتماعية والتربية الأسرية، خاصة أمام ما تعانيه هذه المؤسسات من نقص في الإمكانيات المادية والبشرية والتدبيرية. وبهذا تكون للأسرة، الحاضنة الطبيعية للطفل، دور رئيس في حماية حق الطفل في الرعاية، كما يعتبر الطفل النواة الصلبة واللبنة الأساسية في تكوين الأسرة التي تجسد كينونة المجتمع، ومن ثم فإن الاهتمام

به والعناية بحقوقه أصبح يشكل هاجس كل المجتمعات، إلى درجة أصبح معها تقدم الأمم والشعوب يقاس بمدى الاهتمام والرعاية الذي توليه لأطفالها<sup>1</sup>.

وقد اهتم المنتظم الدولي بهذه الفئة من الأطفال وأفرد لهم عناية خاصة ظهرت بوادرها من منذ إعلان جنيف العالمي لحقوق الطفل سنة 1924، مروراً بالعديد من المحطات الهامة في تكريس حقوق الطفل والتي توجت بالاتفاقية الأممية لحقوق الطفل كبداية لعهد جديد. وبدوره، عمل المشرع المغربي على تطوير ترسانته القانونية في مجال حماية الطفولة، حيث صدر أول قانون سنة 1993 سمي بقانون الأطفال المهملين، ثم تلاه قانون كفالة الأطفال المهملين لسنة 2002، والذي أتى بمقتضيات حمائية أكثر لفائدة الأطفال المهملين، وبالتالي العمل على تجاوز بعض الثغرات التي عرفها القانون القديم.

وهكذا، نظم القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين مختلف المقتضيات القانونية الخاصة بمسطرة كفالة طفل مهمل، فحدد مفهوم الطفل المهمل وبين حالات إهماله، وما يتعين القيام به بمناسبة العثور عليه، سواء من طرف النيابة العامة أو من طرف الأغيار، بالإضافة إلى تحديد شروط إسناد كفالة الطفل المهمل، وكذا المسطرة المتبعة المتعلقة بالكفالة وأسباب انقضائها.

وبناء عليه، فالأهمية العملية لموضوع كفالة الأطفال المهملين تتجلى في تنامي ظاهرة الأطفال المهملين وانعكاساتها السلبية على حقوق الطفل وكذا بكيان المجتمع واستقراره، وهذا ما يفرض إجراء المزيد من الدراسات والأبحاث في الموضوع خصوصاً تلك المتعلقة بالنظام القانوني المتعلق بالكفالة من خلال تفكيك المتن القانوني وإبراز مختلف الإشكالات العملية التي تظهر على مستوى الممارسة العملية، وكذا تحديد موقف القضاء من هذه الإشكاليات والحلول التي طرحها من أجل معالجتها.

فإذا ثبتت أهمية مقارنة موضوع كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي على العملي، فإن أهمية الموضوع على المستوى النظري لا تخلو من أهمية وذلك من خلال:

<sup>1</sup> - مجلة الفقه والقانون، فاتحة الغلاي، حق الطفل في الهوية بين الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني، العدد 47، شتنبر 2016، ص 70.

- الخصوصية التي يتميز بها هذا الموضوع على مستوى قانون كفالة الأطفال المهملين، وفي علاقتها مع بعض القوانين الأخرى كمدونة الأسرة، وقانون الحالة المدنية وقانون الجنسية.
- مقارنة الموضوع يمكن من تحديد المركز القانوني لكل من الكافل والمكفول في التشريع المغربي ضمنا لحقوق الطرفين.
- دراسة الموضوع يتيح تقييم مدى ملاءمة المشرع المغربي للقوانين الداخلية مع الاتفاقيات الدولية وخاصة تلك المتعلقة بحقوق الطفل.

إن الذي يقتضيه تناول موضوع كفالة الأطفال المهملين، هو أن هناك نص تشريعي يسمح بإسناد الكفالة ويحدد شروطها ومسطرة إعمالها، وأن البحث في هذا الموضوع يكشف ما وراء المتن القانوني من إشكاليات عديدة لعل أبرزها تتمثل في ما يلي: ماهي أهم خصوصيات النظام القانوني المرتبط بإسناد الكفالة؟ وعن هذه الإشكالية المركزية، تتفرع مجموعة من التساؤلات التي يتعين الإجابة عنها وهي:

- ما هو مفهوم مؤسسة الكفالة؟ وماهي أوجه التشابه والاختلاف مع مؤسسة التبني؟
- ما هو موقف الشرع الإسلامي والتشريع المغربي من مؤسستي الكفالة والتبني؟
- إلى أي مدى وفر قانون الكفالة حماية خاصة للطفل المهمل؟ وهل صحح هذا القانون مظاهر اللاتوازن بين الكافل والمكفول؟
- ما هي الشروط الشكلية والجوهرية اللازمة لكفالة طفل مهمل؟
- كيف عالج العمل القضائي مختلف الإشكاليات التي يثيرها تطبيق قانون كفالة الأطفال المهملين؟

من أجل مقارنة هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها، تم صياغة فرضية للبحث تُعد منطلقا للإجابة عن مختلف الالتباسات التي يثيرها هذا الموضوع. وعليه، نفترض أن مجموعة من الاعتبارات الدينية والاجتماعية والاتفاقية دفعت المشرع المغربي إلى تعديل قانون كفالة الأطفال المهملين في اتجاه توسيع حالات الإهمال، ووضع إطار قانوني ينظم مختلف الشروط الشكلية والجوهرية الخاصة بمسطرة إسناد الكفالة.

ومن أجل فحص مدى صلاحية فرضية البحث والإحاطة بتركيز بأهم الإشكاليات التي تثيرها هذه الدراسة، تم اعتماد منهج تحليلي مقارن. من خلال تفكيك النظام القانوني المؤطر لمسألة إسناد الكفالة إلى أجزاء وعناصر قصد تبسيطه وتحديد أهم خصوصياته. وهكذا سنحاول الانطلاق من قانون كفالة الأطفال المهملين لسنة 1993 كما تم تعديله وتتميمه سنة 2002 للخروج بإجابات واضحة عن الإشكالية المطروحة، مع التعرّيج على بعض القوانين ذات الصلة بالموضوع خصوصا مدونة الأسرة لسنة 2004، وقانون الحالة المدنية لسنة 2002، وقانون الجنسية المغربي لسنة 1958 كما تم تعديله وتتميمه سنة 2006 في حدود الارتباط بينهما في الموضوع، مع الاستئناس ببعض الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المرتبطة بحقوق الطفل، دون إغفال العمل القضائي.

كل ذلك سيتم بناء على خطة منهجية تقوم على تفكيك عناصر الموضوع إلى طلبين، نستعرض في الأول الإطار الفقهي والقانوني لمؤسسة الكفالة في التشريع المغربي، في حين نخصص الثاني لمسطرة إسناد الكفالة والآثار القانونية الناتجة عنها.

### المطلب الأول: الإطار الفقهي والقانوني لمؤسسة الكفالة في التشريع المغربي

أصبحت ظاهرة الأطفال في وضعية صعبة من الظواهر التي تثير قلق المجتمع المغربي خصوصا أمام تنامي ضحاياها من الأطفال، وهو ما دفع المشرع المغربي إلى إصدار مجموعة من القوانين التي ترمي إلى حماية الطفولة والارتقاء بوضعيتها القانونية، وفي مقدمتها قانون كفالة الأطفال المهملين الذي يُعتبر الإطار القانوني الناظم لمختلف الإجراءات القانونية المسطرية والموضوعية المتعلقة بمؤسسة الكفالة.

وقبل أن يسرد المشرع المغربي خصوصيات النظام القانوني المنظم لمؤسسة الكفالة، قام بتحديد مفهوم الطفل المهمل في المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين (الفقرة الأولى)، ثم التطرق بعد ذلك إلى مفهوم الكفالة في المادة الثانية من نفس القانون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الطفل المهمل

يشير مفهوم الإهمال إلى الحرمان من الرعاية الأسرية التي تتطلبها مرحلة نمو الطفل لإشباع حاجاته الفطرية التي يستعين بها على إنجاح توافقه النفسي والاجتماعي. وعلى مستوى الفقه، فهو الطفل الذي لأي سبب من الأسباب كاعتلال الصحة، موت أو انفصال الأبوين، أو عدم الشرعية، يكون غير قادر على الحياة في أسرته الطبيعية، أو هو الطفل الذي يعيش مع أسرته، ولكنه لا ينال الرعاية الكافية ولا العطف والحنان اللازمين<sup>1</sup>. وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأن الطفل هو كل من يُرفض أو يُهمل من قبل أبويه أو أحدهما، أو من قبل الذين يقومون برعايته، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين، أو هو ذلك الطفل الذي لا يحصل على إشراف وتوجيه أسري مناسب، ولا تتوافر الرعاية التي تتطلبها مرحلة نموه، أو الذي يتعرض لإساءة معاملة في مظاهرها الجسيمة والنفسية والاجتماعية<sup>2</sup>.

وعلى المستوى الدولي، فقد حظيت مسألة رعاية الأطفال في وضعية صعبة باهتمام كبير ودائم فمنذ 1924، تاريخ إصدار أول تصريح يتعلق بحماية الأطفال حتى تاريخ إصدار الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، والتي صادق عليها المغرب<sup>3</sup> بتاريخ 21 يونيو 1993. هذه الاتفاقية التي تنص في مادتها العشرين على أن:

"1- للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

2- تضمن الدولة الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

<sup>1</sup>- الحوات علي، الدويبي عبد السلام، محسن أحمد، "رعاية الطفل المحروم- الأسس الاجتماعية والنفسية للرعاية البديلة للطفولة"، معهد الإنماء العربي للدراسات الاجتماعية، مصر، 1989، ص 15.

<sup>2</sup>- مجلة القانون المغربي، وداد العيدوني، كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي، العدد 15، يناير 2010، ص 121.

<sup>3</sup>- المملكة المغربية، ظهير شريف رقم 1.93.363 صادر بتاريخ 21 نونبر 1996 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نونبر 1989، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4440، بتاريخ 19 دجنبر 1996، ص 2847.

3- يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الاثنية والدينية والثقافية واللغوية".

أما على مستوى التشريع المغربي، فالقانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين<sup>4</sup> يُعرف الطفل المهمل في المادة الأولى منه على أنه: "يعتبر مهملا الطفل الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

- إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنها بمحض إرادتها؛
- إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش؛
- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حلة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفا ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه".

وباستقراء مقتضيات هذه المادة، يلاحظ أن المشرع المغربي ساير مضمون المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1996 عندما حدد سن الطفولة ببلوغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة. بالإضافة إلى ذلك، حدد مختلف الحالات التي يمكن للطفل أن يكون فيها مهملا وهي:

الحالة الأولى: إذا ولد من أبوين مجهولين معا، أو ولد من أب مجهول وأم معروفة لكنها تخلت عنه بمحض إرادتها. هذه الحالة تضم الوضعية التي يكون فيها الولد مجهول الأبوين. والمقصود بهذه الوضعية كون الولد غير معروف الأبوين، ويدخل ضمنها "اللقيط"، وهو الطفل الضائع المنبوذ الذي لا يُعرف أهله، سواء عُلِمَ بأنه منبوذ من أهله الذين تعمدوا تركه ولكنهم غير معروفين، أم عُلِمَ أنه قد ضاع عن أهله أو سُرِقَ منهم ثم نُبذ، أم عُلِمَ بأن أهله قد هلكوا بسبب كوارث طبيعية أو حروب من

<sup>4</sup> المملكة المغربية، القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172، بتاريخ 13 يونيو 2002، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 غشت 2002، ص 2362.

غير أن يكونوا معروفين<sup>5</sup>. كما يدخل ضمن هذه الوضعية الولد المولود من امرأة غير متزوجة تخلت عنه فور وضعه دون بيان هويتها قصد التخلص من وليدها نهائيا.

كما تضم هذه الحالة الوضعية التي يكون فيها الطفل مجهول الأب ومعلوم الأم تخلت عنه بمحض إرادتها. فعبارة "مجهول الأب" تحتل أمرين: الأول أن له أب شرعي وهو الأصل المفترض، ولكنه غير معروف، والثاني ليس له أب شرعي لكن لا يفترض أن أباه المجهول غير شرعي ما لم يثبت ما يخالف ذلك. وعلى العموم، فوضعية الطفل مجهول الأب تتحقق غالبا عمليا فيما إذا كانت الأم معلومة ولا تتوفر على ما يثبت أنها متزوجة لينسب الولد لصاحب الفراش الذي هو الزوج، أو كون الولد ناتج عن الشبهة، أو ناتج عن علاقة جنسية غير مشروعة، وهو ما يسمى بولد السفاح. إلا أنه لا ينبغي أن يفهم أن المولود من أم معلومة وأب مجهول هو ولد سفاح، لأنه قد يولد من زواج مكتوم أو زواج غير موثق.

الحالة الثانية: كون الولد يتيما أو عجز أبواه عن رعايته. هذه الحالة تضم الوضعية التي يكون فيها الطفل يتيما، ومعنى اليتيم<sup>6</sup> هو فقد الأب. أي أن للطفل أبا ثم فقد بسبب ما، ويتحقق ذلك إما بوفاته فعليا أو بافتراض وفاته قانونيا وفي حكم المفقودين. إلا أنه يُستفاد من سياق هذه الوضعية أن المقصود من عبارة "اليتيم" في إطار المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين، الطفل الذي فقد أبويه معا وذلك للاعتبارين التاليين:

- أن الأم تمارس الولاية على أبنائها القاصرين في حالة عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان الأهلية أو بغير ذلك (المادة 238 من مدونة الأسرة)؛
- التعبير بالعطف على عبارة "اليتيم" بجملة "أو عجز أبواه". فاشتراط عجز الأبوين معا لتحقيق وضعية الإهمال يفيد أن المقصود باليتيم هو فقدان الأبوين معا.

كما تضم هذه الحالة الوضعية التي يكون فيها الأبوين عاجزين عن رعاية الطفل. وتتحقق هذه الوضعية في الحالة التي يكون فيها الطفل معلوم الأبوين وموجودان

5 - مجلة محكمة، محمد أكديد، كفالة الأطفال في التشريع المغربي، العدد الثاني، 2003، ص 137.

6 - اليتيم هو من فقد أباه قبل البلوغ، فإن ماتت الأم فقط فهو عجز، فإن ماتا معا فهو لقيم.

على قيد الحياة لكنهما عاجزين عن رعايته، ولا يتوفر هو في هذه الحالة على إمكانيات مادية مشروعة للعيش.

الحالة الثالثة: كون أبوي الولد منحرفين أو أحدهما بعد فقد الآخر أو عجزه. فهذه الحالة تستدعي توافر شرطين: الأول انحراف الأبوين، وهذا العنصر يفترض وجودهما معا على قيد الحياة. فإذا انحرف أحدهما دون الآخر وكان هذا الأخير يقوم بما يتوجب عليه من رعاية وتربية للطفل فلا يتحقق هذا الشرط. والمقصود هنا بالعجز عن الرعاية هو تعذر القيام بالرعاية الاجتماعية والتنشئة الأخلاقية والتربوية، وليس هو مجرد من عجز مادي وعدم القدرة على الإنفاق. أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم قيام الأبوين بواجبهما في الرعاية والتربية، أما إذا كانا قائمين بهذا الواجب إزاء الولد رغم سلوكهما فلا يتحقق شرط ممارسة الكفالة. إذن انحراف الأبوين وحده لا يكفي لنزع ولايتهما على الطفل، بل لابد من توافر عنصر الإخلال بواجب الرعاية والتربية<sup>7</sup>.

فانحراف الأبوين أو أحدهما في حالة عجز الآخر يثبت بمقتضى حكم، وفي حالة عدم وجوده وعدم تخلي الأبوين عن رعاية الطفل فلا يمكن تصنيف هذا الأخير في خانة الأطفال المهملين حسب المادة الأولى من الظهير، برغم أن الطفل يوجد في حالة صعبة وفي بعض الحالات خطيرة مهدد في سلامته وصحته وتربيته وتنشئته<sup>8</sup>. وفي هذا الإطار، نورد ما جاء في تصدير قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة، حيث صرحت: "كفالة - طفل مهمل - مفهومه - تسليم طفل غير مهمل - توفر شروط ذلك (نعم). إن مجال تطبيق الفصل الأول من قانون كفالة الأطفال المهملين ينطبق على الأطفال المهملين، والتي يشترط لذلك كون الأبوين منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعاية وتوجيه الطفل، أما في حالة انعدام ما ذكر، وأمام عدم قدرة الأبوين المادية على رعاية ابنهما، فإن تسليم الطفل للتكفل به ينطبق عليه وصف غير مهمل"<sup>9</sup>.

وإذا كان هذا القانون قد استفاد كثيرا من الانتقادات التي وجهت إلى ظهير 10 أكتوبر 1993 المتعلق بالأطفال المهملين، فيما يتعلق بتعريف الطفل المهمل،

7 - محمد أكديد، المرجع السابق، ص 141.

8 - سلسلة دفاتر محكمة النقض، نادية امزاوير، معيقات إسناد الكفالة، عدد 22 لسنة 2015، ص 77.

9 - قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة (المملكة المغربية) عدد 646، ملف عدد 474-7/2010، الصادر بتاريخ 24 غشت 2010، القرار أورده: حسن إبراهيمي، "قضايا الأحوال الشخصية والميراث"، الجزء الثاني، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، العدد 62، لسنة 2018، ص 263.



وحاول بالتالي التوسيع من مجال الحماية إلى أكبر فئة من الأطفال المهملين مركزا بالأساس على الإهمال الناتج عن حالات الطفل مجهول الأبوين أو مجهول الأب، الطفل اليتيم أو الذي عجز أبواه عن رعايته، الطفل ضحية سلوك الأبوين، فإن هناك بالمقابل أنماط أخرى من الإهمال لا تقل خطورتها عن سابقتها، ولكن الظهير لم يتطرق إليها، وتتضمن بالأساس في الأنماط التالية:

- الإهمال الجسمي: مثل سوء التغذية، عدم العناية الصحية، عدم توفير الملابس المناسبة...
- الإهمال النفسي: مثل عدم توفير الدعم النفسي، غياب الحب والحنان، والتشجيع...
- الإهمال الصحي: مثل عدم المعالجة، أو المعالجة الخاطئة، عدم الاهتمام بنظافة الطفل<sup>10</sup>.

بعد الانتهاء من تحديد مختلف حالات الإهمال وكذا تحليل الأسباب التي تؤدي إلى اعتبار الطفل مهملا، وبالتالي وضعه في كفالة شخص ذاتي أو اعتباري، نتساءل ما هو مفهوم الكفالة المقررة في قانون كفالة الأطفال المهملين؟

### الفقرة الثانية: مفهوم الكفالة

الكفالة لغة، الضم، وكفله بمعنى ضمه، وتكفل بالشيء ألزم نفسه به<sup>11</sup>. وشرعا، إنه الطفل المهمل الذي جعل الناس يسارعون ويتسابقون بل ويختصمون ويقترعون من أجل التكفل به. وقد جاء في كتاب الله عز وجل قوله تعالى: "وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم"<sup>12</sup>، فكانت النتيجة: "وكفَّلَهَا زكريا، كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا"<sup>13</sup>. ومعناه حسب تفسير الطبري، ضمها زكريا إليه، وفي قراءة بالتشديد "وكفَّلَهَا زكريا"، بتشديد حرف الفاء، ومعناه كفَّلَهَا الله زكريا. وفي تفسير ابن كثير، نصب زكريا على المفعولية، أي جعله كافلا لها. وهذا هو الطفل

<sup>10</sup> - سلسلة "دراسات وأبحاث"، عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين: دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 01-15، العدد 06، منشورات مجلة القضاء المدني، لسنة 2015، ص 112.

<sup>11</sup> - ابن منظور، "لسان العرب"، ص 186.

<sup>12</sup> - سورة آل عمران، الآية 44.

<sup>13</sup> - سورة آل عمران، الآية 37.

المهمل الذي دلت أخت سيدنا موسى عليه السلام على البيت الذي يكفله، فقالت: "هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون"<sup>14</sup>.

وعلى مستوى الفقه، فالكفالة هي بمثابة ولاية عن النفس، إذ هي السهر على العناية بالولد في تهيء غذائه وتنظيف لباسه وفراشه وحفظه مما قد يتعرض له من خطر في جسمه وسلوكه وصحته<sup>15</sup>. فهو ذلك العمل الإنساني المنحصر من جهة في ضمان حياة اجتماعية سليمة للطفل وتقرير كل الضمانات والامتيازات التي تخولها له الشريعة الإسلامية، ومن جهة أخرى إرضاء رغبة المتكفل الذي لا ينبج أطفالا في أغلب الأحيان<sup>16</sup>.

ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث، فالكفالة غير التبني، وهذا الأخير يعتبر باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية. ويُعرف التبني بأنه علاقة أبوية مجازية بين المتبني والمتبني، ويترتب عنها نقل ولاية أب القاصر إلى المتبني، وهو باطل في ظل مدونة الأسرة المغربية بمقتضى المادة 149 منها التي تنص على: يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية"، وهو حرام كذلك في الإسلام لقوله تعالى: "ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم"<sup>17</sup>.

وعلى المستوى الاتفاقي، نصت المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، على أن: "1- 2.... - 3.... يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانه، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الاثنية والدينية والثقافية واللغوية".

14 - سورة القصص، الآية 12.

15 - مجلة محكمة، مصطفى قرواش، كفالة الأطفال المهملين، العدد الثاني، 2003، ص 208.

16 - سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، سميرة برادة، كفالة الأطفال المتخلى عنهم بين النظرية والتطبيق، العدد 05، المعهد العالي للقضاء، شتنبر 2004، ص 191. أنظر كذلك في نفس المعنى:

Émilie BARRAUD, "Kafala et migrations : l'adoption entre la France et le Maghreb", Edition universitaires européennes, Paris 2013, p 207.

17 - سورة الأحزاب، الآية 5.

أما على المستوى القانوني، فالكفالة هي التزام قانوني يشمل الجوانب المادية والمعنوية المتعلقة بالطفل موضوع الكفالة<sup>18</sup>، وسببا من أسباب وجوب النفقة على الغير طبقا للمادة 187 من مدونة الأسرة التي تنص على: "نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثني بمقتضى القانون. أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام". إلا أنه إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من ماله، فيكون ذلك عن طريق هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة لضمان حياة كريمة للمكفول في حالة وفاة كافله.

أما المشرع المغربي، فقد عرف الكفالة في المادة الثانية من القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بأنها: "الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث". أما المشرع التونسي فقد عرف الكفالة بأنها العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة البر بكفالة طفل قاصر<sup>19</sup>. كما عرفها المشرع الجزائري بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي<sup>20</sup>.

وبهذا يكون المشرع المغربي حدد مفهوم الكفالة بشكل دقيق وواضح من كلا التشريعين التونسي والجزائري، بحيث تنصب على كل شؤون الطفل، سواء ما يتعلق بالجوانب المعنوية المتمثلة في التربية والحماية والرعاية بما يحمله ذلك من معاني الحضارة والصيانة؛ سواء في الجانب الصحي أو الجانب الأخلاقي، وحفظه مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بالعناية بشؤونه في التهذيب والتوجيه والدراسة؛ أو ما يتعلق بالجوانب المادية المتمثلة في النفقة ومشتملاتها، من السكنى والطعام والكسوة والتمريض بالقدر المعروف وما تعتبر من الضروريات في العرف والعادة<sup>21</sup>. وهكذا يمكن القول أن نطاق التكفل بطفل مهمل واسع جدا، بحيث إذا استثنينا حق

<sup>18</sup> - مجلة القبس، الطاهر كركري، كفالة الأطفال المهملين وإمكانية السفر بهم للإقامة، العدد الأول، يونيو 2011، ص 196.

<sup>19</sup> - تونس، القانون رقم 27 لسنة 1958، المؤرخ بتاريخ 04/03/1958، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، منشور بالرائد الرسمي (الجريدة الرسمية) عدد 19 بتاريخ 07/03/1958، ص 306.

<sup>20</sup> - الجزائر، القانون رقم 84-11 المؤرخ بتاريخ 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة المادة 116.

<sup>21</sup> - مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مليكة العراسي، كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج، العدد 07 لسنة 2014، ص 171.

النسب المفضي إلى الحق في الإرث، وجدناه يضاهاى نفس ما يقوم به الأب تجاه ابنه من الواجبات المنصوص عليها في المادة 54 من مدونة الأسرة، وهذا ما رسخه بعض العمل القضائي من خلال تصدير الأمر الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط حيث جاء فيه: "كفالة طفل مهمل لا يترتب عنها الحق لا في النسب ولا في الإرث، لأن الكفالة ليست بالتبني، بل هي التزام برعاية الطفل المهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ابنه دون الحق في المساس في هويته التي تعتبر حقا له فقط"<sup>22</sup>.

وعلى العموم، فالكفالة مؤسسة اجتماعية بديلة لرعاية الطفل المهمل، وهي نظام بديل لمؤسسة التبني وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد اللقطاء، وكذا مجهولي النسب وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية واجتماعية.

### الفقرة الثالثة: موقف التشريعات المقارنة من الكفالة.

إذا كانت الخلية الأسرية هي المكان الرئيسي والطبيعي لرعاية وتنشئة الأطفال وحمايتهم، فإن الواقع المعيش، ونتيجة لتداخل عدة عوامل، يشهد على تنامي حالات الأطفال المهملين، الأمر الذي حدا بجل التشريعات بسن عدة مقتضيات قانونية في محاولة لإيجاد بديل عن الأسرة الطبيعية<sup>23</sup>. ومن جانبها، فقد تضمنت العديد من تشريعات الدول الإسلامية عدة قواعد تهدف إلى حماية الطفل المهمل، وقد اتخذت هذه الحماية عدة أوجه كالرعاية الاجتماعية والكفالة والحق في الهوية وفي الجنسية... وفي المقابل، لجأت معظم الدول الإسلامية إلى تحريم التبني واعتبرته مخالفا لنظامها العام مستندة في ذلك على علة منعه في الشريعة الإسلامية (ب).

وخلافا للوضع السابق، وتأثرا منها بالتفسير المعطى لمفهوم المصلحة الفضلى للطفل، واستجابة كذلك لتصورها لضرورة المساواة في المعاملة بين الأطفال، فقد عملت معظم التشريعات الغربية على تنظيم التبني وجعلته من صميم نظامها

<sup>22</sup> - أمر المحكمة الابتدائية بالرباط (المملكة المغربية) - قسم قضاء الأسرة - عدد 87، ملف رقم 2011/61، الصادر بتاريخ 20 يونيو 2013، أمر غير منشور.

<sup>23</sup> - حسن إبراهيمي، "الطفل المغربي بين الكفالة والتبني في العمل القضائي"، بحث نهاية التمرين، المعهد العالي للقضاء بالرباط، الفوج 34، المدة التدريبية 2007/2009، ص 3.

الأسري. وإذا كانت مؤسسة التبني التي تتم بين رعايا تلك الدول لا تثير أية مشاكل قانونية أو مسطرية، فإن الأمر يختلف بكامل ينتمي إلى إحدى الدول الإسلامية والذي يرغب بكفالة طفل مهمل بمعزل عن القانون الوطني لهذا الطفل، خصوصا إذا كان هذا الأخير ينتمي إلى إحدى الدول الغربية التي تقصي مؤسسة الكفالة في تشريعها (أ).

### أ- إقصاء التشريعات الغربية لمؤسسة الكفالة

يبدو لأول وهلة، أن اكتساب الجنسية بناء على الكفالة قد لا تطرح أي مشكل، فهذه المؤسسة الإسلامية التي تحمي الطفل، أصبحت مقبولة دوليا، بعد أن أدمجت في منظومة الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الطفل<sup>24</sup>، كاتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل واتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال مسؤولية الأبوين وإجراءات حماية الطفولة<sup>25</sup> التي انضم إليها المغرب بتاريخ 19 أكتوبر 1996.

وإذا كان إسناد الكفالة للأشخاص المستوفين للشروط المطلوبة لن يثير مشاكل في حالة إقامتهم رفقة الطفل المكفول بالمغرب لكون القانون المغربي هو الوحيد المطبق في هذه الحالة، فإن الوضع يختلف حينما يتعلق الأمر بمغاربة مسلمين يقطنون بالخارج ويرغبون في إقامة الطفل المكفول معهم بإحدى الدول الغربية التي لا تعترف بمؤسسة الكفالة، مما قد يحول دون التحاقه بهم بسبب القيود الواردة بالمقتضيات القانونية والعملية المنظمة للتجمع العائلي ببلدان الإقامة أو المقننة للكفالة ببلد المنشأ<sup>26</sup>.

إن مسألة ارتباط مدونة الأسرة المغربية بالمجال الديني جعلها تتضمن مؤسسات لا وجود لها في القوانين الغربية كمؤسسة الكفالة التي تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى ذلك، وجود مصطلحات فقهية محضة وردت في متن مدونة

<sup>24</sup> - المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عبد المنعم الفلوس، القانون رقم 06-62 القاضي بتغيير وتتميم قانون الجنسية، وجهة نظر بعد أربع سنوات من التطبيق، عدد 99-100، يوليو/أكتوبر 2011، ص 195.

<sup>25</sup> - المملكة المغربية، ظهير شريف رقم 1-02-136 الصادر بتاريخ 22 يناير 2003، بنشر الاتفاقية المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال مسؤولية الأبوين وإجراءات حماية الطفولة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5108 بتاريخ 15 ماي 2003، ص 1691.

<sup>26</sup> - المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، محمد بنحساين، صراع المغاربة المقيمين بالخارج مع نظام كفالة الأطفال المهملين، عدد 56، ماي-يونيو 2004، ص 190.

الأسرة يصعب على القضاء الأوروبي الإمام بمعناها ما لم يرجع إلى الفقه الإسلامي مثل تبني الجزاء أو التنزيل، فمثل هذه المقتضيات تجعل من الصعب تطبيقها أمام القضاء الأوروبي<sup>27</sup>.

لذلك فإن التطبيق السليم لمدونة الأسرة أمام القضاء الأوروبي لن يتأتى فقط بالكشف عن أحكامها وإثبات مضمونها، بل يتعين على القاضي عند تفسيره القانون المغربي الاستعانة بالحلول القضائية الصادرة عن القضاء المغربي، وكذا بالمصادر والمبادئ العامة السائدة في المغرب والمتمثلة في الشريعة الإسلامية والمذهب المالكي<sup>28</sup>.

وأمام تنامي تدفقات المهاجرين الأجانب على الدول الأوروبية، واستحالة إمام القاضي الأوروبي بجميع التشريعات الوطنية للمهاجرين، وتتبع العمل القضائي الصادرة فيها، لجأت دول الاستقبال في توظيف الأليات الواردة في القانون الدولي لمواجهة إمكانية تطبيق القانون الأجنبي وإقصاء القانون الوطني للمهاجر الأجنبي، مستندة في ذلك إلى عدة اعتبارات، منها على الخصوص ترجيح مصلحة الطفل الفضلى واعتبار الروابط الأسرية متعلقة بالنظام العام، الشيء الذي يؤثر على مسألة تلقي تشريعات دول الاستقبال الأوروبية لمؤسسة الكفالة.

ومن هذا المنطلق، جعل القضاء الأوروبي من المصلحة الفضلى للطفل، ضابطا يقفز على مختلف الاعتبارات القانونية الوطنية، إذ أنه عندما يتعلق الأمر بنزاع يهم الطفل، فإن الاختصاص يمكن أن يسحب من قانونه الوطني لقانون القاضي، إذا كان هذا القانون هو القانون الأصلح للطفل<sup>29</sup>. وضابط المصلحة الفضلى للطفل يجد سنده في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 والتي نصت في الفقرة الأولى من فصلها الثالث على أنه: "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

<sup>27</sup> مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، محمد زريويل، نظام الكفالة في ظل تطور ضوابط الإسناد، العدد السادس، نونبر-دجنبر 2015، ص 114.

<sup>28</sup> عبد السلام المرابط، "رقابة محكمة النقض الفرنسية على تطبيق مدونة الأسرة على الجالية المغربية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، الموسم الجامعي 2007/2008، ص 75-77.

<sup>29</sup> أمال ناجي، المرجع السابق، ص 251.

فهذه المادة وجد فيها القضاء الأوروبي الأساس المعتمد عليه لمصادرة القانون الوطني للطفل، خصوصا عندما يتعلق الأمر بمؤسسات أسرية مجهولة في القانون الوطني الأوروبي. ومن هذا المنطلق، تعتبر مؤسسة الكفالة من بين المؤسسات الأسرية التي تم استبعادها من طرف التشريع والقضاء الأوروبي بذريعة معارضتها للنظام العام. وهكذا، ما إن بدأت المشاكل المترتبة عن الكفالة تطرح على السلطات التشريعية والقضائية لدى دول الاستقبال بأوروبا، حتى أثرت مسألة تكييفها، إذ حاولت تلك السلطات على اعتبار الكفالة تبنيا (أ)، فيما رأى فيها البعض الآخر تفويضا للسلطة الأبوية (ب)، واعتبرها البعض الآخر نوعا من الولاية (ج)، ورأى فيها البعض الآخر تارة واقعة وتارة اتفاقا (د).

### - الكفالة والتبني:

يُعد التبني مؤسسة هدفها الرئيسي إنشاء رابطة البنوة، ويقصد بالتبني التصرف القانوني الذي تنشأ بواسطته آصرة القرابة بين شخصين على نحو يؤدي إلى نشوء علاقة مطابقة أو شبيهة جدا لتلك التي تنشأ قانونيا عن الأبوة<sup>30</sup>. وإذا ما قورن التبني بالكفالة، فهذه الأخيرة تبدو كمؤسسة حمائية ذات طابع رسمي هدفها توفير الاحتضان بالمعنى الإنساني وجعل الطفل المهمل ينعم بحماية اجتماعية سليمة، دون اعتباره أبدا ابنا شرعيا.

وقد حاولت بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية العادية الدنيا اعتبار الكفالة نوعا من التبني، كما أن بعض الفقه في فرنسا يرى أنه يمكن تكييف الكفالة على أنها تبني بسيط<sup>31</sup> (adoption simple)، وحلا وسطا شريطة إبلاغ الطفل بأن كافليه ليسا والديه الحقيقيين، ويمكن بذلك ضمان مصلحة الطفل، وفي ذلك أعمال لقاعدة "أقل الضررين"<sup>32</sup>.

<sup>30</sup>- هدى زكي، جميلة أوحيدة، أنه كينيونيس إسكاميث، أندريس رودريغيث بينوت، "الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية الإسبانية"، FIIAPP، مدريد، 2009، ص 10.

<sup>31</sup>- التبني نوعان في القوانين الأجنبية، تام وعادي. فالتبني العادي لا يؤدي إلى قطع رابطة النسب بين المتبني وعائلته الأصلية، بل يبقى محافظا على كل حقوقه باستثناء ممارسة السلطة الأبوية التي تمارس من قبل المتبني، ومن مميزاته أنه يمكن الرجوع فيه لأسباب خطيرة، وأدى التقارب بين التبني العادي والكفالة إلى طلب المغاربة المهاجرين تحويل الكفالة إلى تبني عادي.

<sup>32</sup> - Tareq OUBROU, "La Kafala et la sharia", Dr famille, Paris, 2009, n° 01, p 10.

وقد تم نقض الأحكام الصادرة عن تلك المحاكم التي قضت بالتبني، باعتبار أن القانون الشخصي للطفل يمنع ذلك، ولأن الكفالة في طبيعتها، لا تعتبر تبنيًا. ويمكن إجمال المنطق الذي يحكم محكمة النقض الفرنسية بخصوص موقفها من الكفالة في النقط التالية:

- لا يسمح بالحكم بالتبني إذا كان قانون الطفل المكفول لا يسمح بالتبني كالقانونين المغربي والجزائري.
- أن الكفالة تختلف عن التبني، ولا يمكن تصور أي تشابه مطلقًا بينهما، ولا تماثل ما بين المؤسستين، لا من حيث أساسها ولا في آثارها، وإن من شأن محاولة التماثل فيما بينهما أن تؤدي إلى تشويه المؤسستين. فالكفالة قد سنت للحلول محل التبني، وتمكين الطفل من وضعية حيال الحالة المدنية، ويمكن للكافل أن يوصى له، ولكن يغيب الأهم وهو أنه لا تنجم عنها أي رابطة بنوة<sup>33</sup>.

وبخصوص القضاء الإداري الفرنسي، فإنه اعتبر أن الكفالة تختلف عن التبني ولا تنجم عنها أي علاقة بنوة، ولا تخول أي حق للطفل للدخول إلى إقليم دولة فرنسا<sup>34</sup>. وهكذا تدخل التشريع الفرنسي لمنع التحول من الكفالة إلى التبني، وذلك بالقانون المؤرخ في 06 فبراير 2001، المغير للقانون المدني الفرنسي، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 370-3 من هذا القانون ما يلي: "لا يمكن الحكم بتبني طفل قاصر أجنبي يمنع قانونه الشخصي ذلك، ما لم يكن هذا القاصر قد ولد في فرنسا، ويسكن فيها بشكل اعتيادي"<sup>35</sup>.

وبهذا يكون التشريع الفرنسي من بين الدول الوحيدة التي لا تزال تمنع تبني الأطفال الذي يحرم قانونها الوطني ذلك. في حين لا يزال القانون البلجيكي يعطي

<sup>33</sup>- مجلة المرافعة، الحسين بلوش، تلقي القانون الفرنسي لمؤسسة الكفالة المغربية، العدد 23، دجنبر 2015، ص 21.

<sup>34</sup>- "L'acte de kafala, qui à la différence de l'adoption, ne crée aucun lien de filiation, n'emporte aucun droit particulier à l'accès de l'enfant sur le territoire français", CE, 27 juin 2008: AJF 2008, p 342.

<sup>35</sup>- Article 370-3 du code civil français: "L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France".



الأولوية في التطبيق في هذه المسألة للقانون البلجيكي<sup>36</sup>، الذي يسمح بالنطق بالتبني بالنسبة للأطفال اليتامى المتخلى عنهم، والذين تم وضعهم تحت وصاية السلطات العمومية، ويمكن نتيجة ذلك التحول من الكفالة إلى التبني. ومن هذا المنطلق، استبعد القضاء البلجيكي مؤسسة الكفالة واعتبرها مخالفة للنظام العام، لأنها لا تنشأ رابطة البنوة ولا تشبه التبني والوصاية الرسمية المنصوص عليها في القانون البلجيكي ل 21 مارس 1969 المعدل للمادة 45 من القانون المدني والمتعلق بالتبني<sup>37</sup>.

وإجمالاً، يمكن تلخيص الأسباب التي يتم من أجلها استبعاد أحكام القانون المغربي المتعلق بالكفالة في قضاء الدول الأجنبية في:

- مخالفتها للقواعد المتعلقة بالتبني ذات الطابع الآمر في الدول الأجنبية؛
- عدم ملاءمتها للمصلحة الفضلى للطفل، إذ قد يرى القاضي الأجنبي أن أحكام التبني في بلده أنسب للطفل المكفول والكافل من أحكام الكفالة؛
- مخالفة أحكام الكفالة للنظام العام في البلد الأجنبي لمساسها بحقوق الإنسان المنصوص عليها في كل من الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كالحق في الاسم والنسب والإرث، فالكفالة لا ترتب هذه الحقوق؛

<sup>36</sup>- Article 67 du code de droit international privé Belge: "Sans préjudice de l'application de l'article 357 du Code civil, l'établissement de la filiation adoptive est régi par le droit de l'Etat dont l'adoptant ou l'un et l'autre adoptants ont la nationalité à ce moment.

Lorsque les adoptants n'ont pas la nationalité d'un même Etat, l'établissement de la filiation adoptive est régi par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre ont leur résidence habituelle à ce moment ou, à défaut de résidence habituelle dans le même Etat, par le droit belge.

Toutefois, si le juge considère que l'application du droit étranger nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adoptant ou les adoptants ont des liens manifestement étroits avec la Belgique, il applique le droit belge".

<sup>37</sup>- جمال الخمار، "نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية ببلجيكا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة (المملكة المغربية)، الموسم الدراسي الجامعي 2007/2008، ص 71.

■ المساس بمبدأ المساواة بين الأطفال، فمؤسسة الكفالة تميز بين الطفل المكفول والطفل الشرعي، في حين أن الدول الأجنبية سوت حتى بين الأطفال الطبيعيين والأطفال الشرعيين<sup>38</sup>.

إن مؤسسة الكفالة، باجتماعها مع هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة، يمكن أن تعوض الوظيفة القانونية والاجتماعية التي تقوم بها مؤسسة التبني. فإذا كانت الضمانات المالية التي يخولها نظام التبني للطفل المتبني من بين الأشياء التي تجعله يتميز عن الكفالة، فإن من شأن اقتران الكفالة بالضمانات المالية المنصوص عليها في المادة 23 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي أن يؤهلها بشكل قوي على المستوى الكوني لحقوق الإنسان، وبالأخص حقوق الطفل بعدما تم الاعتراف بها كنظام بديل لرعاية الطفل المحروم من الأسرة<sup>39</sup>.

#### - الكفالة وتفويض السلطة الأبوية

تتحقق وضعية تفويض السلطة عندما يكون الطفل فاقدا للأب أو الأم، فإنه طبقا للمادة 5-375 من القانون المدني الفرنسي، يمكن تفويض السلطة الأبوية على هذا الطفل للغير، وقد شرعت هذه المؤسسة من طرف المشرع الفرنسي بمقتضى قانون رقم 305 الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 المتعلق بالسلطة الأبوية، والذي بمقتضاه تم تعديل المادة 373 من القانون المدني الفرنسي<sup>40</sup>.

وعلى مستوى العمل القضائي، فقد اعتمد القضاء الفرنسي العادي والإداري في العديد من أحكامه وقراراته على تفويض السلطة الأبوية للتمكن من معالجة العديد من الإشكالات المترتبة عن الكفالة. ومن شأن تحويل هذا التفويض للكافل، أن يمارس هذا الأخير جميع الأعمال المرتبطة بتربية الطفل المكفول ورعايته بما فيها إسناد الجنسية الوطنية له.

<sup>38</sup>- بشرى براء، "كفالة الأطفال المهملين في القانون الدولي الخاص"، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2018، الطبعة الأولى، ص 34.

<sup>39</sup>- عبد القادر قرموش، المرجع السابق، ص 119.

<sup>40</sup>- L'article 373 du code civil français: "Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause".

وبالرغم من أهمية مؤسسة تفويض السلطة الأبوية في معالجة العديد من الصعوبات القانونية المرتبطة بمؤسسة الكفالة، إلا أن هذه الأخيرة تعاني من عدة سلبيات، ذلك أن هذا التفويض هو مجرد إجراء مؤقت يمكن أن تنتهي آثاره القانونية إما بحكم قضائي، أو بإرادة المفوض، أو بوفاته، أو ببلوغ الطفل سن الرشد. بالإضافة إلى أنها لا تترتب عنه آثار النسب كما يريد ذلك الكافلون الفرنسيون<sup>41</sup>. فضلا عن ذلك، تستعمل مؤسسة تفويض السلطة الأبوية كمحطة أولية في انتظار حصول الطفل المكفول على الجنسية الفرنسية، بعد مرور خمس سنوات من تفويض السلطة الأبوية، وذلك لإعمال القانون الفرنسي عليه<sup>42</sup>.

### - الكفالة والولاية

وتتحقق هذه الوضعية عندما يتعلق الأمر بكفالة أطفال متخلى عنهم، أو أطفال ليس لهم نسب معروف أو يتامى<sup>43</sup>. وبالفعل يوجد تشابه كبير بين مؤسسة الكفالة ومؤسسة الولاية، إذ يهدف كلا النظامين إلى حماية الطفل المهمل وتربيته والاعتناء به إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني. وفي هذا الصدد، أجاب وزير العدل الفرنسي عن سؤال تقدم به النائب السيد Bernard Piras في شأن الإجراءات المتخذة من أجل الاعتراف بالكفالة، وكان رده على السؤال البرلماني أنه: "يمكن أن تماثل الكفالة في فرنسا الولاية"<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> - الحسين بلوش، المرجع السابق، ص 27.

<sup>42</sup>- La troisième paragraphe de l'article 21-12 du code civil français: "Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française:

- L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et délivré par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance;
- L'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins une formation française, soit par un organisme public, soit par un organisme privé présentant les caractères déterminés par un décret en Conseil d'Etat".

<sup>43</sup>- L'article 390 du code civil français: "La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Elle s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie".

<sup>44</sup>- "...La Kafala ne crée pas de lien de filiation, elle ne peut en aucun cas assimiler à une adoption en France... La Kafala peut être assimilée en France à une

ولا تتصور أعمال الولاية، في فرنسا، دون أخذ رأي مجلس العائلة ورقابة القضاء بالنسبة للأعمال الهامة، وفي هذا تختلف عن الكفالة، التي يكون فيها للكافل حرية تدبير شخص المكفول<sup>45</sup>.

#### - الكفالة واقع واتفاق

يرى بعض الفقه الفرنسي على أن الكفالة واقعة لا تتنافى مع القانون الفرنسي، حيث جاء في الفقرة الثالثة من الفصل 3-373 من القانون المدني الفرنسي، أن السلطة الأبوية يمكن أن ينقلها القاضي للغير بشكل مؤقت إذا تعذرت ممارستها من قبل أحد الأبوين<sup>46</sup>. ولا تتنافى الكفالة بشكل خاص مع الفصل 4-373 من نفس القانون، التي تنص على أن الطفل عندما يعهد للغير، فإن الأب والأم يستمران في ممارسة سلطتهما الأبوية عليه، ويمارس هذا الغير الأعمال المرتبطة بحراسة الطفل وتربيته<sup>47</sup>.

ينصب هذا الاتفاق على مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق الكافل وتتلخص في تربية المكفول والاعتناء به. ويجد الفقه تبرير البحث عن الكفالة في الاتفاقات، أن الكافل يكون في وضعية تعاقدية عندما يتعلق الأمر بالتكفل بطفل غير متخلى عنه، وفي وضعية الإرادة المنفردة في حالة التكفل بطفل متخلى عنه.

---

tutelle". Réponse du Ministère de la Justice publié dans le JO Sénat du 21/08/2008, page 1698.

<sup>45</sup>- La deuxième paragraphe de l'article 391 du code civil français: " Si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de la famille, qui peut soit nommer comme tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur".

<sup>46</sup>- La troisième paragraphe de l'article 373-3 du code civil français: "Dans des circonstances exceptionnelles, le juge aux affaires familiales qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié".

<sup>47</sup> - L'article 373-4 du code civil français: "Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère .Toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation.

Le juge aux affaires familiales, en confiant l'enfant à titre provisoire à un tiers, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle".

وعلى سبيل الختم، نختم بما ختم به العديد من الفقهاء في فرنسا بمناسبة معالجتهم للكفالة، إذ منهم من يرى أن هذه المؤسسة هي عبارة عن تيه قانوني، يتيه فيه القضاء والمتقاضون، بينما يعتبره البعض الآخر حفرة قانونية عميقة. وقد نجم عن غموض هذه المؤسسة بالنسبة للعديد من التشريعات الغربية، ضياع حقوق طرفي العلاقة التكافلية.

ولكن في المقابل، ألا يُشكل اعتراف بعض التشريعات ذات المرجعية الإسلامية بمؤسسة التبني، وخصوصاً جمهورية تونس ودولة تركيا وإندونيسيا، حرجاً بالنسبة لباقي التشريعات الإسلامية التي لا تعترف بنظام التبني<sup>48</sup> وذلك في مواجهة التشريعات الغربية التي لا تعترف بمؤسسة الكفالة؟

### ب- قبول التشريعات الإسلامية لمؤسسة الكفالة

لقد عرف العرب قبل الإسلام نظام التبني، فكان الرجل إذا ما أعجبه فتى لوسامته أو لرفعته أو لانتسابه لأصل ذي عزة وجاه، تبناه وألحقه بنسبه ومنحه كافة الحقوق أسوة بأولاده من صلبه، كما أنه يرث منه. وتماشياً مع هذه الظاهرة، تبني محمد بن عبد الله، قبل تكليفه بالرسالة الإلهية، شاباً من سبايا بلاد الشام، بعد أن وهبته له زوجته خديجة بن خويلد، وهو زيد بن الحارثة الذي آثر البقاء مع النبي صلى الله عليه وسلم على العودة إلى أهله وعشيرته؛ وحينما تبناه النبي صلى الله عليه وسلم قال: "يا معشر قريش اشهدوا أنه ابني أرثه ويرثني"<sup>49</sup>، وكان حينئذ يُدعى يزيد بن محمد.

وفي السنة الخامسة من الهجرة، أبطل الله عزت وجلت حكمته التبني، وأنزل الآية الكريمة: "بسم الله الرحمن الرحيم، أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به، ولكن ما تعمدت قلوبكم، وكان الله غفوراً رحيماً. صدق الله العظيم"<sup>50</sup>. فهذا أمر ناسخ لما كان في ابتداء الإسلام من جواز ادعاء الأبناء الأجانب، وهم الأديعاء، فأمر

<sup>48</sup> - للمزيد من التوسع أنظر تعليق "Annie BOTTIAU"، على قرار الغرفة الأولى لمحكمة الاستئناف بدواي "Douai" بفرنسا الصادر بتاريخ 10 مارس 1997، أورده نور الدين الشراوي الغزواني، "قانون كفالة الأطفال المهملين"، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، 2003، الطبعة الأولى، ص 90.

<sup>49</sup> - عبد الحميد كشك، "في رحاب التفسير"، الجزء 28، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1987، ص 6227.

<sup>50</sup> - سورة الأحزاب، الآية 5.

الله تعالى برد نسبهم إلى آباءهم في الحقيقة، وأن هذا هو العدل والقسط<sup>51</sup>. وفي المقابل، حب الرسول صلى الله عليه وسلم في الكفالة، وقال: "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى وفرّج بينهما شيئاً". رواه البخاري في صحيحه (الحديث رقم 5304).

وتتجلى الحكمة من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية في منع اغتصاب واختلاط الأنساب وتجريد الطفل من نسبه الأصلي، إذ أن رابطة المودة والرحمة تنبع من صلة الرحم الأصلية، أي النسب، ولا تتجسد في القرابة عن طريق البنوة مهما بلغت درجة الإنسانية<sup>52</sup>. كما أن التبني من شأنه منع توريث من لا حق له من الإرث، وحماية حقوق الغير المادية في التركة. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"، رواه الإمام البخاري في صحيحه (حديث رقم 638).

وعلى هذا الأساس، قام معظم الدول الإسلامية بتحريم التبني، باستثناء تركيا وإندونيسيا وتونس<sup>53</sup>، واعتبرته مخالفا لنظامها العام مستندة في ذلك على الآيات القرآنية القطعية ونصوص الأحاديث الصحيحة المتواترة عن الرسول محمد صلى الله عليه وسلم. وهكذا نصت الفقرة الأولى من المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية<sup>54</sup> على أنه: "يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية". فانطلاقا من مضمون هذه المادة، يتضح أن التبني لا قيمة له في القانون المغربي ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

وعلى نهج التشريع المغربي، تبنت العديد من التشريعات الإسلامية المقارنة لنظام الكفالة كمؤسسة بديلة لمؤسسة التبني. وفي هذا الصدد، تنص المادة 72 من القانون رقم 52-2001 المتعلق بمدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه: "التبني باطل ولا يترتب عليه أثر من آثار البنوة". وتنص المادة 46 من القانون رقم

51 - تفسير ابن كثير لسورة الأحزاب، ص 418.

52 - طلبة مالك، "التبني والكفالة"، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 14، الموسم التكويني 2006/2003، ص 08.

53 - تونس، القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، الفصل الثامن: "يجوز التبني حسب الشروط المبينة بالفصول الآتية".

54 - المملكة المغربية، القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 22-04-1 بتاريخ 03 فبراير 2004، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004، ص 418.

11-84 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري على أنه: "يمنع التبني شرعا وقانونا"، بينما خصص نفس القانون الفصل السابع للكفالة حيث ضم هذا الفصل 10 مواد، من المادة 116 إلى المادة 125.

أما بالنسبة للتشريع التونسي، فهذا الأخير يتميز بتعايش ثلاث مؤسسات للرعاية الاجتماعية البديلة للطفل المهمل، يتعلق الأمر بالإضافة إلى مؤسسة الكفالة، التبني والولاية العمومية، حيث أفرد المشرع مقتضيات خاصة بكل مؤسسة على حدة، (الولاية العمومية في الفصول من 1 إلى 6، الكفالة في الفصول من 3 إلى 7، والتبني في الفصول من 8 إلى 16).

أما التشريع الليبي، فقد نص القانون رقم 10 لسنة 1984 في شأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم في المادة 60 من الفصل الرابع على الكفالة، وأفرد مقتضى خاص بعدم إمكانية إثبات النسب بالكفالة، حيث نصت الفقرة (ج) من هذا الفصل على أنه: "لا يثبت بالكفالة النسب ولا تترتب عليها آثاره".

أما تشريع السوري، فتتضمن المادة 271 من قانون الأحوال الشخصية الصادر بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 2437 بتاريخ 2007/06/07 على أنه: "لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبني مجهول النسب". كما ينص الفصل الثاني من نفس القانون على المقتضيات الخاصة بكفالة الصغير القاصر ومجهولي النسب والمهملين (من المادة 273 إلى المادة 280). نفس الصيغة تبناها المشرع اليمني في المادة 135 من القانون رقم 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية، التي تنص على أنه: "لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبني مجهول النسب". كما نص في الفصل الرابع من نفس القانون على الكفالة بعد انتهاء الحضانه وآثارها (المادة 148).

وعلى مستوى تشريعات بعض دول الخليج، نجد المشرع البحريني قد نص في المادة 70 من القانون رقم 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة على أنه: "لا يجوز إثبات البنوة بالتبني ولا تترتب عليه آثار شرعية". أما التشريع الكويتي فتتضمن المادة 167 من القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية على أنه: "لا يثبت النسب بالتبني ولو كان المتبني مجهول النسب".

فإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أغلقت باب التبني، بمقتضى آيات قرآنية قطعية وأحاديث نبوية صحيحة، فإنها فتحت أبواباً أخرى بديلة تتضمن حماية أكثر للأطفال مجهولين النسب واللقطاء والمهملين، منها على الوجه الخصوص الحضانة والولاية والجزاء والتنزيل والكفالة. ومن هذا المنطلق، تضمنت العديد من تشريعات الدول الإسلامية عدة قواعد تهدف إلى حماية الطفل المهمل، وقد اتخذت هذه الحماية عدة أوجه منها وفي مقدمتها مؤسسة الكفالة.

وبدوره عمل المشرع المغربي على إصدار أول قانون متعلق بكفالة الأطفال المهملين<sup>55</sup> بتاريخ 10 شتنبر 1993، حيث تم خلاله سد الفراغ التشريعي الذي عرفه هذا الميدان من قبل، وقد تضمن القانون السالف الذكر عدة تدابير هدفت في مجملها إلى إيجاد حلول للإشكالات التي تهم هذه الشريحة من الأطفال، وذلك بتنظيمه لمسألة التصريح بالإهمال، وتحديد الشروط اللازمة في الكافل، ثم تنظيم مسطرة إسناد الكفالة والآثار الناتجة عنها.

بيد أن الثغرات التي شابت القانون السالف الذكر، سواء تلك المتعلقة منها بالضمانات الممنوحة للأطفال المهملين، أو تلك المرتبطة بمسطرة الإسناد، ساهمت في التعجيل بتعديله بصفة جذرية بواسطة القانون<sup>56</sup> 01-15، الذي منح حماية كبرى للأطفال المهملين، وذلك بتناوله لأصناف هامة وشريحة عريضة تحتاج إلى الرعاية والإنقاذ، خاصة وأن المغرب صادق على اتفاقية حقوق الطفل<sup>57</sup> لسنة 1989.

وفي هذا الإطار، تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة من هذه الاتفاقية على أنه: "1- يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما". كما تنص المادة الثامنة منها على: "1- تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك الجنسية، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي

<sup>55</sup> - المملكة المغربية، ظهير شريف بميثاق قانون رقم 1-93-165 صادر بتاريخ 10 شتنبر 1993 يتعلق بالأطفال المهملين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4220 بتاريخ 15 شتنبر 1993، ص 1622.

<sup>56</sup> - المملكة المغربية، القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة المهملين، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-02-172 بتاريخ 13 يونيو 2002، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 غشت 2002، ص 2362.

<sup>57</sup> - المملكة المغربية، ظهير شريف رقم 1.93.363 صادر بتاريخ 21 نونبر 1996 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نونبر 1989، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4440، بتاريخ 19 دجنبر 1996، ص 2847.



يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي. 2- إذا حُرِم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته".

ومنذ ذلك الحين، عمل المغرب على تكييف منظومته القانونية مع ما هو متعارف عليه في هذا المجال، وأصدر ترسانة قانونية تجسد وتكرس المبادئ والمعايير الدولية المتعارف عليها في مجال حقوق الإنسان. ولعل تعديل قانون الجنسية المغربي من قبل المشرع يُعد ترجمة فعلية للالتزام المغرب بمنظومة حقوق الإنسان من خلال إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية من الأصول إلى الفروع، وكذا إضافة مصدر جديد لاكتساب الصفة الوطنية عن طريق مؤسسة الكفالة.

إن دراسة مدى تلقي بعض التشريعات الغربية والإسلامية لمؤسسة الكفالة ليس هدفا في حد ذاته، وإنما سيشكل مدخلا لدراسة إمكانية نقل جنسية الكافل المغربي إلى الطفل المكفول الأجنبي، خصوصا في الأنظمة القانونية التي تتبنى نظام الكفالة في تشريعاتها الوطنية، والتي لا تثير أية صعوبات قانونية أو إجرائية في مسطرة إسناد الكفالة، ومن تم إسناد الجنسية عن طريق الكفالة.

### المطلب الثاني: مسطرة إسناد الكفالة والآثار القانونية الناتجة عنها

من المؤكد أن حماية حقوق الطفل المعنوية بترسانة قانونية تُعد مسألة ضرورية للتنشئة الاجتماعية السليمة للطفل، ولكن تبقى بالرغم من ذلك غير كافية، إذ يستلزم تدخل السلطة القضائية التي تعتبر ضامن حماية حقوق الأفراد والجماعات، والمجسد لها والساهر على مدى احترامها وممارستها على أرض الواقع. وحسنا فعل المشرع المغربي بجعله للأمر الصادر بإسناد الكفالة ذو طبيعة قضائية، فالمشرع لم يحصر الرقابة داخل المغرب فقط، بل استحدث آليات تمكنه من مراقبة أحوال الطفل المكفول ببلد المهجر، وتتجلى أساسا في الإنابة القضائية<sup>58</sup>، وعن طريق القنصليات. وفي هذا الإطار، نورد ما جاء في تصدير قرار محكمة الاستئناف بأكادير:

58 - مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، أمال ناجي، ضابط المصلحة الفضلى للطفل في قانون الكفالة بين القانون الوطني والأجنبي، العدد الخامس، لسنة 2015، ص 249.

"أن مهمة تتبع وضعية المكفول خارج المغرب موكولة للقنصليات المغربية بالخارج التي تزود القاضي بتقارير حول أحوال المكفول"<sup>59</sup>.

وهكذا فمعرفة دور السلطة القضائية في حماية حق الطفل في الكفالة، يكون من خلال تحديد نطاق تدخل كل من مؤسستي النيابة العامة ومؤسسة القاضي المكلف بشؤون القاصرين في رعاية الأطفال المهملين (الفقرة الأولى)، وكذا من خلال تحديد مختلف الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: دور مؤسسة النيابة العامة

إن القاضي باعتباره حامي الحقوق، له دور فعال في مسطرة إسناد كفالة الأطفال المهملين، إلا أن دوره يتحدد بالنصوص القانونية التي تعطي لمختلف المؤسسات القضائية صلاحية التدخل. وهكذا فبيان وظيفة السلطة القضائية في تدير ملفات إسناد الكفالة، يقتضي توضيح نطاق تدخل مؤسسة النيابة العامة (أ) في مسطرة الإسناد، دون إغفال مختلف الإجراءات التي تباشرها مؤسسة القاضي المكلف بشؤون القاصرين في هذه المسطرة (ب).

#### أ- تدخل مؤسسة النيابة العامة

بمجرد أن يصل إلى علم مؤسسة النيابة العامة، من لدن أي شخص أو من لدن الشرطة القضائية أو أي سلطة معينة، بأن هناك طفلا مهملًا بالمعنى المبين سلفًا، فإن قانون كفالة الأطفال المهملين خول لوكيل الملك اتخاذ بعض التدابير الرامية إلى حماية الطفل الوليد الذي تم العثور عليه. ومن هذا المنطلق، يلعب السيد وكيل الملك دور عند العثور على الطفل المهمل، ودور مسطري بعد إيداع الطفل بإحدى المؤسسات المكلفة برعاية الأطفال وحضانتهم أو لدى بعض العائلات المرشحة لكفالة الطفل، ودور في المراقبة والاطلاع على المساطر الرائجة لإتمام إجراءات الكفالة، ودور عند تنفيذ الأمر بالكفالة وتسليم الطفل للكفيل وتتبع الكفالة<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> - قرار محكمة الاستئناف بأكادير (المملكة المغربية) -قسم قضاء الأسرة-، عدد 150، صادر بتاريخ 14 فبراير 2006، قرار غير منشور.

<sup>60</sup> - مجلة الملف، محمد المتوكل، كفالة الأطفال المهملين وكيفية تنفيذ الأوامر الصادر بشأنها، العدد التاسع، نونبر 2006، ص 189.

وهكذا يأمر السيد وكيل الملك:

- بإيداع الطفل المهمل بإحدى المؤسسات أو المراكز المكلفة برعاية الأطفال أو لدى بعض العائلات التي ترغب في كفالة هذا الطفل. وفي هذا الإطار تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون كفالة الأطفال المهملين على أنه: "يقوم وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل، أو مكان العثور عليه، بإيداع الطفل مؤقتا بإحدى المؤسسات أو المراكز المذكورة في المادة 8 أدناه، إما تلقائيا أو بناء على إشعار من طرف الغير، ويقوم وكيل الملك بإجراء بحث في شأن الطفل".
- بإجراء بحث حوله. وفي هذا الإطار تنص الفقرة الأولى من المادة السادسة من نفس القانون على أنه: "تقوم المحكمة عند الاقتضاء بعد الاطلاع على نتائج البحث الذي قدمه وكيل الملك بإجراء كل بحث أو خبرة تكميلية تراها ضرورية".
- يقوم بالإجراءات اللازمة لتسجيله في سجلات الحالة المدنية. هذه الإجراءات منصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون التي تنص على أنه: "يقوم وكيل الملك عند الاقتضاء بكل الإجراءات الرامية إلى تسجيل الطفل بالحالة المدنية قبل تقديمه طلب التصريح بالإهمال، ومن بينها إقامة الدعاوى وكل ذلك مع مراعاة أحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية". وفي هذا الإطار نورد ما جاء في تصدير محكمة الاستئناف بالناضور: "طفلة مهملة- تسجيل بالحالة المدنية من طرف النيابة العامة- قبل التصريح بالإهمال- وجوب (لا)- عند الاقتضاء (نعم). إن مقتضيات الفصل الخامس من القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الذي نص على مبادرة النيابة العامة إلى تسجيل طفل بكناش الحالة المدنية قبل المطالبة بالتصريح بكونه مهملا، لم يوردها المشرع على سبيل الوجوب، وإنما على سبيل الاقتضاء فقط، ومتى رأى وكيل الملك ضرورة وفق سلطته التقديرية وملائمته لظروف الوقائع المكونة لعنصر الاستعجال المطلوب في الطفل المهمل"<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> - قرار محكمة الاستئناف بالناضور (المملكة المغربية) عدد 435، ملف رقم 11-1620-306، الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 2011، حسن إبراهيمي، المرجع السابق، ص 272.

- يقدم على الفور طلبا إلى المحكمة المختصة للتصريح بإهماله. وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون على أنه: "يقدم وكيل الملك على الفور طلب التصريح بأن الطفل مهمل، إلى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذ مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه أو مقر المركز الاجتماعي المودع به".
- يقدم عناصر البحث الذي أجرته المحكمة وفق منطوق الفقرة الثانية من المادة الخامسة التي تنص على أنه: "يقدم وكيل الملك للمحكمة عناصر البحث الذي أجره من أجل إثبات كون الطفل مهملا".
- يأمر بتعليق الحكم التمهيدي الذي تصدره المحكمة ليتمكن والدا الطفل المهمل من التعريف بنفسيهما للمطالبة باسترداده؛
- يوجه نسخة من الحكم الصادر المتعلق بإهمال الطفل إلى السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين. وفي هذا الإطار تنص المادة السابعة من القانون على أنه: "توجه نسخة من الحكم المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 6 أعلاه، بطلب من وكيل الملك أو من الشخص الذي يطلب كفالة الطفل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لدى المحكمة المختصة"؛
- تنفيذ مقرر إسناد الكفالة بحضور ممثل النيابة العامة وباقي الجهات المحددة في المادة 18 من القانون المذكور؛
- إمكانية تنفيذ الأمر بإلغاء الكفالة الذي يتخذه القاضي المكلف بشؤون القاصرين عن طريق النيابة العامة بواسطة القوة العمومية (المادة 20).

فإذا ثبت دور مؤسسة النيابة العامة في مسطرة كفالة الأطفال المهملين، فإن التساؤل الذي يطرح متعلق بتكييف طبيعة تدخلها في هذه المسطرة وخاصة في دعوى التصريح بالإهمال، بمعنى آخر هل تتدخل كطرف أصلي أو كطرف منضم؟ فبالرجوع إلى مقتضيات قانون المسطرة المدنية، خاصة الفصول 6 و8، نجد المشرع لم يحدد حالات التدخل الرئيسي للنيابة العامة، وإنما اقتصر على إيراد بعض المقتضيات العامة، وهذا ما يفرض الرجوع إلى فصول أخرى من قانون المسطرة المدنية، وبعض القوانين الخاصة لتكييف دور النيابة العامة.

وعليه، فبالرجوع إلى الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية، يتضح أن من ضمن دعاوى التي تبلغ إلى النيابة العامة بصفتها طرفا منضمًا في قضايا الأسرة، وضمن

قضايا الأسرة هذه نجد النيابة الشرعية، فهذه الأخيرة وكما هو معلوم إما ولاية أو وصاية أو تقديم، نجدها مضمنة في قانون كفالة الأطفال المهملين، حيث نص البند الثاني من المادة 17 منه على أنه: "ينص الأمر على تعيين الكافل مقدما عن المكفول". ومادام الكافل حسب هذه المادة مقدما على المكفول، أي يمارس نيابة قانونية عليه فهو ينضوي ضمن الاطار المخول للنيابة العامة أن تمارس مهامها فيه، أي يتضمن دعاوى التصريح بالإهمال<sup>62</sup>.

غير أن المركز القانوني للنيابة العامة في مسطرة كفالة الأطفال المهملين لا يقتصر فقط في الصفة الانضمامية، بل يتعداه إلى الصفة الأصلية، إذ نصت المادة 3 من مدونة الأسرة على: "تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة". ولما كانت النيابة الشرعية من ضمن أحكام مدونة الأسرة، فإن النص الخاص مقدم هنا على النص العام الوارد في قانون المسطرة المدنية. وعليه، فالنيابة العامة تشكل طرفا أصليا في دعاوى التصريح بالإهمال، وأن ما يسند هذا الطرح هو أن التصريح بالإهمال ينتج عنه إسقاط الولاية الشرعية للأبوين، ولأن أحكام الولاية تتعلق بالنظام العام، فكان تدخل النيابة العامة في دعوى التصريح بالإهمال له ما يبرره.

وكيفما كانت صفة تدخل مؤسسة النيابة العامة في مسطرة إسناد كفالة الأطفال المهملين، فإن نشاطها القضائي والولائي يمتد من بداية المسطرة إلى نهايتها، ويبرز الجدول الآتي معطيات إحصائية تهم تدخل هذه المؤسسة في مادة كفالة الأطفال المهملين خلال سنة 2018.

<sup>62</sup> - عبد المالك صبري، "كفالة الأطفال المهملين"، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، فترة التكوين 2015/2017، الفوج 41، ص 60.

الجدول رقم 01: نشاط النيابة العامة في تطبيق أحكام القانون المتعلق بكفالة  
الأطفال المهملين خلال سنة 2018<sup>63</sup>

العدد	المادة
189	الأطفال حديثي الولادة الذين تم العثور عليهم - ذكور
171	الأطفال حديثي الولادة الذين تم العثور عليهم - إناث
860	الأطفال المتخلى عنهم - ذكور
789	الأطفال المتخلى عنهم - إناث
602	حالات الإيداع المؤقت لدى المؤسسات
503	حالات الإيداع المؤقت لدى الأشخاص
9415	طلبات التسجيل في الحالة المدنية
2174	طلبات التصريح بالإهمال
1422	الأحكام الصادرة بالتصريح بالإهمال الموجهة إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين
1986	الأبحاث القبلية المجرة حول الظروف التي ستتم فيها الكفالة
85	الأوامر بإسناد الكفالة المستأنفة
1656	الكفالات المنفذة
1105	الأبحاث المجرة لتتبع تنفيذ الكفالة
4	حالات إلغاء الكفالة لإخلال الكافل بالتزاماته
46	حالات إلغاء الكفالة لتنازل الكافل عن الكفالة
25	حالات إلغاء الكفالة للمصلحة الفضلى للطفل المكفول
1	تنفيذ الأوامر الصادرة بإلغاء الكفالة بواسطة القوة العمومية
26	تنفيذ الأوامر الصادرة بإلغاء الكفالة
<b>21059</b>	<b>المجموع</b>

المصدر: رئاسة النيابة العامة المغربية 2018

<sup>63</sup> - مؤسسة النيابة العامة المغربية، تقرير حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018، الرباط، 2019، ص 104-105.

### الفقرة الثانية: دور مؤسسة القاضي المكلف بشؤون القاصرين

عهد المشرع المغربي إلى السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة، وذلك بعد قيامه بجمع المعلومات والمعطيات حول الظروف التي تتسم فيها كفالة الطفل المهمل عن طريق بحث يجريه بواسطة لجنة خاصة مكونة كما يلي:

- ممثل للنيابة العامة؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية؛
- ممثل للسلطة المحلية؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة؛
- فضلا عن المساعدة الاجتماعية والكفيل.

وحتى يتأتى تفعيل هذه المقتضيات وفق ما توخاه المشرع، وتتحقق الغاية المرجوة من نظام كفالة الأطفال المهملين، أصدر وزير العدل منشور<sup>64</sup> موجه إلى رؤساء المحاكم ووكلاء الملك والقضاة المكلفين بشؤون القاصرين وذلك:

- بإنجاز الأبحاث وجمع المعلومات المتعلقة بالظروف التي ستم فيها كفالة الطفل المهمل بكل دقة وعناية، مع تفعيل الدور الذي تقوم به اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 من القانون 01-15؛
- تعميق الأبحاث المنجزة من طرف الضابطة القضائية حول أهلية طالب الكفالة ومدى مؤهلاته للتكفل بالطفل وخاصة إذا كان أجنبيا؛
- التأكد من كون الأجانب الذين يرغبون في كفالة الأطفال المهملين يتوفرون على مؤهلات الكفالة، ولهم الضمانات ما يجعل الرقابة القضائية تمتد لتتبع أحوال الطفل المكفول؛
- الحرص على أن يتم تسليم الطفل المهمل بحضور ممثل السلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية.

ويمكن للقاضي إذا اقتضت ذلك طبيعة البحث، أن يستعين بأي شخص أو جهة يراها مفيدة لهذه الغاية.

<sup>64</sup> - المملكة المغربية، منشور السيد وزير العدل رقم 16 س/2 ك بتاريخ 28 مارس 2005، في شأن كفالة الأطفال المهملين.

إن الهدف من البحث الذي يقوم به القاضي المكلف بشؤون القاصرين هو التأكد مما إذا كان الشخص الراغب في الكفالة مستوفيا للشروط المتطلبة قانونا. وفي حالة ما إذا كان البحث إيجابيا، أي في الحالة التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة في طالب الكفالة، فإن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يصدر أمرا بإسناد كفالة الطفل المهمل إلى الشخص أو الجهة التي تقدمت بالطلب. ويكون هذا الأمر مشمولا بالتنفيذ المعجل بقوة القانون.

وعلى مستوى العمل القضائي، نور ما جاء في تصدير قرار محكمة الاستئناف بورزازات: "إرفاق الكافلين طلبهما بجميع الوثائق المنصوص عليها قانونا، كما أن إنجاز البحوث الاجتماعية طبقا للمادة 16 من قانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين يجعل طلبهما مطابقا للقانون"<sup>65</sup>. وعلى نفس النهج سارت المحكمة الابتدائية بالرباط -قسم قضاء الأسرة- حيث جاء في تصدير الحكم: "استجابة طلب الكفالة للشروط المنصوص عليها قانونا سواء من خلال الوثائق المدلى بها أو من خلال البحوث الاجتماعية المنجزة، يجعل إسناد كفالة الطفلة إليها موافق للقانون"<sup>66</sup>.

ولما كانت الغاية من فلسفة المشرع من دور هذه اللجنة حسبما جاء بالمادة المذكورة، بيان ما إذا كان الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة متوفرا على الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المذكور أم لا، وذلك من شرط الإسلام والرشد والخلو من الأمراض وانعدام السوابق والتوفر على الموارد الكافية لسد احتياجات المكفول، فإنه إذا وُجد من الوثائق والأبحاث ما يُفيد ذلك، فإنه يُرتب عليه أثره حتى ولو لم تُجب بعض الجهات من اللجنة الرباعية المذكورة بعد استدعائها<sup>67</sup>، وهذا ما يبدو من توجه محكمة النقض المغربية من خلال عدة قرارات أهمها:

<sup>65</sup>- قرار محكمة الاستئناف بورزازات (المملكة المغربية) عدد 289، ملف أحوال شخصية عدد 2012/148، المؤرخ في 07 نونبر 2012، قرار غير منشور.

<sup>66</sup> - حكم المحكمة الابتدائية بالرباط (المملكة المغربية) عدد 124، ملف رقم 2010/88، الصادر بتاريخ 23 غشت 2010، حكم غير منشور.

<sup>67</sup> - سلسلة دفاتر محكمة النقض المغربية، عمر لمين، كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، عدد 22، لسنة 2015، ص 62.



- قرار محكمة النقض عدد 427 الصادر بتاريخ 21 يناير 2012 في الملف عدد 159-2-1-2012، إذ اعتبرت ما أدلي به من وثائق من طرف الأجنبية ذات الجنسية الإسبانية، وما أجراه القاضي المكلف بشؤون القاصرين من بحث، مبينا توفر الشروط المطلوبة في الراغب في الكفالة المنصوص عليها في المادة 9 من القانون الموماً إليه، في غياب إجابة بعض الجهات المنصوص عليها في المادة 16 رغم الإهمال والتذكير.
- قرار محكمة النقض عدد 429 الصادر بتاريخ 21 ماي 2013، إذ اعتبرت ما أدلي به من وثائق وتقارير وأبحاث تفيد توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون 01-15 المتعلقة بالراغبة في الكفالة من اعتناق الإسلام والقدرة على الكفالة والخلو من الأمراض المعدية، بالرغم من عدم إنجاز بعض الجهات المنصوص عليها في المادة 16 لأبحاثها رغم الإهمال لوقت كاف.

وبالإضافة إلى ما سبق، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 17 من قانون كفالة الأطفال المهملين على أنه: "يكون أمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين مشمولاً بالنفذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن". كما ينص الأمر على تعيين الكافل مقدماً عن المكفول، وفي حالة استئناف أمر القاضي فإن المحكمة تبت في هذا الاستئناف في غرفة المشورة لمحكمة الاستئناف والتي تتسم بمميزات منها سرية الجلسة وسرعة البت. وينفذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة داخل خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره.

وبعد التثبت من هوية الكفيل، يُسلم له الطفل موضوع التقرير ليتولى شؤونه ويتعهد بأن لا يسلمه لغيره إلا بموافقة قاضي شؤون القاصرين، وألا يسافر به إلا بعد أخذ إذن من القاضي المذكور، وإخبار القاضي بكل هبة أو صدقة أو تنزيل ارتأى الكفيل جعلها للطفل. وإذا امتنع كافل الطفل المهمل عن تنفيذ مقتضيات الأمر القضائي الصادر بالكفالة، يشعر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بذلك، ويتعين حينئذ على القاضي أن يُحيل الملف على النيابة العامة لتسهر على تنفيذه بواسطة القوة العمومية، أو بما تراه ملائماً من الوسائل، ويجب في جميع الأحوال اتخاذ الإجراءات المناسبة لمصلحة الطفل الفضلى.

ويتم إسناد الكفالة عن طريق تسليم الطفل المهمل إلى الكفيل في المركز أو الحضانة الموجود بها الطفل الذي سبق وأن صرحت المحكمة بأنه طفل مهمل، حيث تتم معاينة الطفل وتوصف حالته ولباسه والتلقيحات التي أجريت له. بعد ذلك يقوم كاتب الضبط التابع لمحكمة نفس القاضي بتحرير ذلك في محضر في ثلاثة نظائر يحتفظ به في ملف خاص لدى مكتب القاضي المكلف بشؤون القاصرين، ويسلم الثاني إلى الكافل ويحتفظ بالثالث في ملف التنفيذ بالمحكمة.

فضلا عن ذلك، يشار بـطرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقا للتشريع الجاري به العمل<sup>68</sup>. ولكي يتمكن الكافل القاطن بالخارج من السفر بالمكفول للإقامة الدائمة معه خارج التراب الوطني، يتعين عليه الحصول على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، باعتباره الولي الشرعي على الطفل المهمل. ومنح هذا الإذن يكون قاصرا فقط على الطفل مجهول الأبوين، فمتى كانت أسرته معروفة لا يمكن الإذن للكافل للإقامة به خارج المغرب حفاظا على صلاته بعائلته، وعدم فصله عن والديه عملا بمقتضيات المادتان 8 و9 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

وسعيا من المشرع المغربي لحماية المصلحة الفضلى للطفل المكفول، أعطى في هذا الإطار دورا فعالا للقضاء، من أجل مراقبة توافر الشروط القانونية، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة لمراقبة الشروط الأخلاقية والمادية لطالب الكفالة، وبالتالي التأكد من أنه قادر على رعاية الطفل المراد التكفل به، خاصة وأن المواثيق الدولية أصبحت تهتم كثيرا بالإنسان وحقوقه بصفة عامة وبالطفل بصفة خاصة، وبكفالة الطفل المهمل بصفة أخص، وركزت على جملة واحدة: "مراعاة المصلحة الفضلى للطفل"<sup>69</sup>.

وعلى مستوى العمل القضائي، نورد ما جاء في تصدير قرارين صادرين عن محكمة الاستئناف بأكادير: "مادام المشرع خول للقنصليات المغربية خارج المغرب القيام بمهمة تتبع وضعية المكفول، ومادام أن مصلحة هذا الأخير تقتضي تواجده مع

<sup>68</sup> - المملكة المغربية، قانون الحالة المدنية رقم 99-37، الصادر بسنة 2002.

<sup>69</sup> - عمر لمين، المرجع السابق، ص 60.

كافليه، ولهذا فإن سكنه خارج المغرب ليس فيه ضرر بمصلحته"<sup>70</sup>. أما القرار الثاني، فقد جاء فيه: "المطالبة بإلغاء حكم الإهمال بعد صدور أمر بإسناد الكفالة لفائدة المكفولين والإذن لهما بالسفر بالمكفول، يبقى غير ذي جدوى، مادام أنه يتعارض مع مصلحة المكفول"<sup>71</sup>. كما جاء في تصدير الأمر الصادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير ما يلي: "السفر بالمكفول حق من حقوق الكافلين حتى يقوموا بمهمتهما طبقا للقانون"<sup>72</sup>.

فالمشرع ومن أجل حماية المصلحة الفضلى للطفل المكفول من طرف كفيل أجنبي، يقبل إسناد الكفالة فقط للشخص المتوفر على شروطها المنصوص عليها في المادة التاسعة من القانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين. إلا أن موقف المغرب من مسألة إمكانية السفر بالمكفول إلى خارج المغرب عرف اضطرابا.

وهكذا، فبعد اكتشاف المشرع المغربي لموقف بعض الدول الأجنبية، وخاصة الغربية وسلوكها في التعامل مع مؤسسة النيابة العامة، أصدر السيد وزير العدل منشورا<sup>73</sup> موجه إلى السادة رؤساء المحاكم الابتدائية وإلى القضاة المكلفين بشؤون القاصرين جاء فيه: "وبعد، فقد تبين من خلال الاطلاع على بعض المقررات القضائية الصادرة عن محاكم أجنبية، أن سلطات بعض الدول حينما تلاحظ أن بعض الأشخاص أخذوا معهم طفلا مهملا، أذنت السلطات القضائية بكفالته ورخصت لكافله بأخذه خارج التراب الوطني، تفتح في حقهم مساطر قضائية، وتقرر سحب الطفل من هذه العائلة وتسلمه إلى أخرى أو مؤسسة مؤهلة، معتمدة في ذلك على أن المعنيين بالكفالة لم يحترموا المقتضيات القانونية التي تنظم التبني في بلد الاستقبال.

<sup>70</sup> - قرار محكمة الاستئناف بأكادير (المملكة المغربية) رقم 445، ملف عدد 11/274، صادر بتاريخ 14 يونيو 2011، قرار غير منشور.

<sup>71</sup> - قرار محكمة الاستئناف بأكادير (المملكة المغربية) رقم 383، ملف عدد 2011/394، صادر بتاريخ 15 ماي 2012، قرار غير منشور.

<sup>72</sup> - أمر المحكمة الابتدائية بأكادير (المملكة المغربية) -قسم قضاء الأسرة- عدد 55، ملف عدد 2012/68، صادر بتاريخ 28 يونيو 2012، أمر غير منشور.

<sup>73</sup> - المملكة المغربية، منشور السيد وزير العدل رقم 50 س 2 بتاريخ فاتح يونيو 2003، حول الإذن بالسفر بالطفل المكفول للإقامة خارج أرض الوطن.

ويتجلى من ذلك أن العناية التي توخاها المشرع من نظام الكفالة لا تتحقق، رغم الاحتياطات التي يتخذها القاضي المكلف بالتوثيق وشؤون القاصرين.

ولتفادي الوقوع في مثل هذه الوضعيات، يتعين استقبالا وقبل الترخيص بمغادرة الطفل للتراب الوطني في اتجاه الدولة التي يريد الكافل أخذه إليها، التأكد من وجود اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة، أو أدلاء الكافل بإشهاد من سلطات ذلك البلد يثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها المكفول إثر انتقاله إليه".

يتضح من المنشور أعلاه أن إمكانية السفر بالمكفول خارج المغرب أصبحت مقيدة بتوافر أحد الشرطين:

- وجود اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة بين المملكة المغربية والدولة المراد الإقامة بها؛
- إدلاء الكافل بإشهاد من سلطات البلد الذي ينوي الإقامة به يثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها المكفول إثر انتقاله إليه.

فإذا ثبت دور مؤسسة النيابة العامة لدى المحاكم الابتدائية أو الاستئنافية في مسطرة إسناد كفالة الأطفال المهملين مع كل ما يرتبط بها من إجراءات قانونية، فإن نشاط هذه المؤسسة يمتد ليشمل باقي صور الحماية الاجتماعية والنيابة الشرعية، كما هو مبين في الجدول التالي:

### الجدول رقم 02: نشاط النيابة العامة في بعض قضايا الأسرة بالمحاكم خلال

سنة 2018<sup>74</sup>

المادة	محاكم الاستئناف	المحاكم الابتدائية	المجموع
كفالة الأطفال المهملين	53	2493	2546
الحضانة	367	2053	2420
التحجير والتقديم	52	1369	1421
المجموع	472	5915	6387

المصدر: رئاسة النيابة العامة المغربية 2018.

<sup>74</sup> - مؤسسة النيابة العامة المغربية، تقرير حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018، الرباط، 2019، ص 98.

الفقرة الثالثة: آثار إسناد الكفالة

ترتب الكفالة - باعتبارها تصرفاً قانونياً - مجموعة من الحقوق للطفل المكفول في مواجهة الكافل، وهي حقوق موضوعة تحت الوصاية يباشرها النائب القانوني تحت سلطان القانون ورقابة القضاء، ولا تقابلها واجبات على المكفول ولا يجوز التنازل عنها، وتنقسم هذه الحقوق إلى قسمين، قسم يرتبط بحماية حق المكفول في الرعاية الاجتماعية (أ)، وقسم مرتبط بحماية حق الطفل في الهوية (ب).

أ- الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي على مستوى الرعاية

الاجتماعية: عملاً بمقتضيات المادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين، فإن الأمر الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإسناد الكفالة تترتب عنه عدة النتائج منها على وجه الخصوص:

- تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية المعنية بتنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضائته ورعايته وضمأن تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني طبقاً للمقتضيات القانونية المتعلقة بالحضانة والنفقة المنصوص عليها في مدونة الأسرة؛
- إذا كان الولد المكفول أنثى، فإن النفقة يجب أن تستمر إلى أن تتزوج طبقاً لمقتضيات المادة 198 من مدونة الأسرة؛
- إذا كان المكفول مصاباً بإعاقة أو عاجزاً عن الكسب، فإن النفقة يجب أن تستمر إلى أن تتزوج طبقاً لمقتضيات المادة 198 من مدونة الأسرة؛
- استفادة الكافل من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين عن أولادهم من طرف الدولة، أو المؤسسات العمومية أو الخصوصية أو الجماعات الترابية أو هيئاتها؛
- إمكانية استفادة المكفول من هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة صادرة عن الكافل، إذ يتولى القاضي المكلف بشؤون القاصرين على إعداد العقد اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول.

وعلى مستوى العمل القضائي المغربي، نورد ما جاء في تصدير الأمر الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش في شأن إسناد كفالة قاصر مهمل متخلى عنه: "من

مصلحة المكفول أن يتواجد في وسط أسري، ومادام أن الكافلين تتوفر فيهما الشروط اللازمة لتحقيق ذلك، فإن الاستجابة لطلبهما جاء طبقاً للقانون". كما جاء في تصدير الأمر الصادر عن ابتدائية أكادير: "من مصلحة المكفول أن يعيش في وسط أسري يوفر له العطف والحنان حتى ينمو نمواً سليماً، ولهذا فإن إسناد كفالة الطفلة للكافلة كان مطابقاً للقانون". أما ابتدائية إنزكان فقد صرحت في تصدير أمر صادر عنها: "من مصلحة المكفول أن يعيش في أسرة تتكفل به وترعاه".

### ب- الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي على مستوى حماية حق الهوية

#### أولاً- على مستوى حماية حق التسجيل بالحالة المدنية

إن الاهتمام بحق الطفل في الهوية أضحى من بين الحقوق المعترف بها دولياً باعتبارها أصل كل الحقوق ومصدرها الأول. فعلى أساس الوجود القانوني للطفل، يكون له الحق في الحياة والحماية من أي خطر يهدد سلامته الجسدية وشخصيته القانونية وذلك من خلال حماية حقه في التسجيل في الحالة المدنية.

ومن هذا المنطلق، تعد مؤسسة الحالة المدنية الوسيلة المثلى للتعريف بالشخص والكشف عن هويته، فبدون وثائق الحالة المدنية لا يمكن للإنسان إنجاز أية وثيقة أوولوج أي مهنة<sup>75</sup>. وتستمد سجلات الحالة المدنية قيمتها من الطبيعة الإلزامية لتسجيل بعض الوقائع المهمة في حياة الأشخاص، مثل الولادة والزواج والكفالة والطلاق والوفاة وغيرها<sup>76</sup>، بالإضافة إلى ذلك، يُعتبر قانون الحالة المدنية من النظام العام، لما له من أهمية وآثار على حياة الفرد وهويته والتعريف بالأسر وتنظيم المجتمع<sup>77</sup>. لأجل ذلك، أضفى المشرع المغربي على رسوم الحالة المدنية نفس الحجية الإثباتية التي للوثائق الرسمية<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> - فاتحة الغلالي، المرجع السابق، ص 74.

<sup>76</sup> - عبد العالي الدليمي، "الحماية القانونية للطفل"، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، 2007، الطبعة الأولى، ص 166.

<sup>77</sup> - مجلة العرائض، محمد يعقوبي، دور النيابة العامة في قضايا الجنسية والحالة المدنية، العدد الخامس، يوليو-ديجنبر 2015، ص 89.

<sup>78</sup> - مجلة القانون والأعمال، مصطفى سدي، إثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الحالة المدنية، العدد 20 بتاريخ 20 نونبر 2018، ص 61.

وبالرجوع إلى قانون كفالة الأطفال المهملين، فإن مقتضيات المادة 21 منه تنص على أن الأمر الذي يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين، سواء في إطار إسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها، يوجهه إلى ضابط الحالة المدنية المسجل لديه رسم ولادة الطفل المكفول، وذلك داخل أجل شهر ابتداء من تاريخ صدوره. ويتعين على ضابط الحالة المدنية المحال عليه الأمر المذكور سابقا، سواء بإسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها، أن يُشير فيه بطرة رسم ولادة الطفل المكفول طبقا لمقتضيات المادة 16 من قانون الحالة المدنية، وكذا تقديم طلب لنقل تسجيل ولادته إلى المحكمة الابتدائية بالرباط الذي تصدر بناء على ذلك أمرا يقضي بهذا التسجيل وفق مقتضيات المادة 18 من نفس القانون.

### ثانيا- على مستوى حق اكتساب الجنسية المغربية

أما على مستوى الحق في الجنسية، فنظرا لاختلاف المركز القانوني للطفل المغربي عن نظيره الأجنبي في التشريع الوطني، وخاصة ما تعلق بقانون الجنسية، فإنه يتعين تمييز الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي مهل عن تلك المترتبة عن كفالة طفل أجنبي. فالطفل تُسند إليه الجنسية المغربية عن طريق النسب من جهة أبيه المغربي أو عن طريق البنوة من جهة أمه المغربية. كما يُعتبر مغربا الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين بناء على الرابطة التربوية. وهكذا فإسناد الجنسية المغربية لا تطرح أية إشكالات قانونية أو عملية بالنسبة للأطفال المولودين في المغرب سواء كانوا معلومي أو مجهولي الأبوين. إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للأطفال المهملين الأجانب، حيث ابتكر المشرع المغربي مصدرا جديدا لإسناد الجنسية المغربية إليهم بحكم القانون عن طريق مؤسسة الكفالة.

وهكذا يُعد اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة من ابتكارات المشرع المغربي التي لحقت بقانون الجنسية المغربي القديم<sup>79</sup> بمقتضى القانون رقم 62-06 المتعلق بالجنسية المغربية<sup>80</sup>، إذ تم إدماجها لأول في صلب القانون المذكور بموجب

<sup>79</sup> - المملكة المغربية، ظهير شريف رقم 1-58-250 بسن قانون الجنسية المغربية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2395 بتاريخ 19 شتنبر 1958، ص 2190.

<sup>80</sup> - المملكة المغربية، القانون رقم 62-06 في شأن الجنسية المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-80 بتاريخ 23 مارس 2007، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 02 أبريل 2007، ص 1116.

الفقرة الثانية من الفصل التاسع منه الذي ينص على أنه: "يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات، أن يقدم تصريحاً لمنح المكفول الجنسية المغربية، ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقاً للفصلين 26 و 27 من هذا القانون.

غير أنه يمكن للمكفول الذي توافرت فيه الشروط المذكورة أعلاه، والذي لم يتقدم كافله بتصريح بعد مرور خمس سنوات على الكفالة، أن يقدم بصفة شخصية تصريحاً للحصول على الجنسية المغربية خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد، وذلك مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقاً للفصلين المذكورين أعلاه".

والواقع أن مضمون هذه الفقرة يحتاج إلى بعض التوضيح، فهي تتحدث عن حالة المغربي الذي يتولى كفالة طفل ولد خارج التراب المغربي من أبوين مجهولين، وبذلك فهي توحى بأن المشرع قد تجاوز اختصاصاته، لأن حالة الطفل المزداد بالخارج ستخضع حتماً لقوانين بلد الولادة والإقامة، فهي التي ستحدد ما إذا كان الطفل مجهول الأبوين أو لا؟ وما إذا كان في وضعية إهمال أم لا؟ وهي التي ستحدد له نوعية الحماية التي ستوفرها له<sup>81</sup>.

<sup>81</sup> - عبد المنعم الفلوس، "وضعية الأجنبي بالمغرب منذ الاستقلال"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس بالرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الموسم الجامعي 2006/2007، ص 373.



**خاتمة:**

إن إهمال الأطفال واقع اجتماعي قائم يصعب تغييره، واستمرار هذا الواقع مرهون في جزء كبير منه بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والقانونية السائدة في بلدنا حالياً، ولهذا الغرض أقر المشرع المغربي مؤسسة الكفالة، واعتبرها بمثابة مؤسسة اجتماعية توفر الرعاية البديلة للأطفال المحرومين من الوسط الأسري.

غير أن المشرع المغربي لم يقتصر فقط على الجانب الاجتماعي والاقتصادي للأطفال المهملين، بل امتدت هذه الحماية لتشمل كذلك الجانب المتعلق بهوية الأطفال المهملين من خلال إرساء نظام قانوني يضمن حق هذه الفئة الهشة من المجتمع في التسجيل في سجلات الحالة المدنية وفي اكتساب الجنسية المغربية بالنسبة للأطفال الأجانب.

ولكن في المقابل، ثمة مَوَاطِنُ قُصُورٍ تعترى النظام القانوني لكفالة الأطفال المهملين يُستحسن تداركها من أجل ضمان حق كل من الكافل والمكفول في الكفالة، ومواصلة مسلسل ملاءمة التشريع الوطني مع مختلف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال حقوق الإنسان عامة، وذات الصلة بالأطفال خاصة.

وفي هذه المناسبة، أودُّ طرح بعض المقترحات بخصوص الموضوع، والتي صيغت بناء على نتائج البحث، وما أفرزته من قُصُورٍ قانوني، ونقص مسطري في كفالة الأطفال المهملين.

- إعادة النظر في نطاق تطبيق القانون رقم 01-15 ليضم كفالة الأطفال غير المهملين داخل المغرب وخارجه؛
- تفعيل وظيفة اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 من القانون المذكور قصد التنسيق مع كافة المتدخلين في مسطرة الكفالة؛
- إجراء آليات التتبع ومواكبة الأطفال المتكفل بهم داخل المغرب وخارجه مع إجبارية إعداد تقارير في الموضوع سعياً إلى تحقيق المصلحة الفضلى للطفل المكفول؛

■ الانفتاح على مؤسسة التبني البسيط في قانون الجنسية المغربي على اعتبار أن هذا النوع من التبني يقترب كثيرا من مؤسسة الكفالة، إذ يحفظ النسب الأصلي للطفل ولا يهدره؛

وصدق الله العظيم إذ قال: "وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا"، الآية 9 من سورة النساء.

## المسائل المعترضة المرتبطة بإبرام عقد الزواج

هشام شجرة  
دكتور في الحقوق - كلية الحقوق بسطات  
مختبر الأسرة والطفل

### مقدمة:

من المتعارف عليه في الفقه القانوني على العموم مبدأ " الجنائي يعقل المدني " أي أن القاضي الجنائي يكون مقيدا بالحكم الجنائي و لا يجوز له مخالفته،<sup>1</sup> وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى سابقا بأنه : « يتعرض للنقض قرار المحكمة التي رفضت إيقاف النظر في الدعوى المدنية إلى حين البث في الطعن بالنقض في القرار الجنائي الذي بنت عليه قضاءها »<sup>2</sup>

ومعلوم أن الحكم الجنائي المقيد للقضاء المدني يجب أن يكون باتا ونهائيا وفي هذا الإطار صدر قرار عن المجلس الأعلى سابقا بغرفته يقضي بأنه : « لئن كانت مقتضيات المادة 10 من قانون المسطرة الجنائية توجب إيقاف البث في الدعوى إلى حين البث النهائي في الدعوى العمومية، فإن حجية الأحكام الجنحية التي تلزم القضاء المدني لا تكون إلا للأحكام النهائية »<sup>3</sup>

وإذا كان الأمر كذلك فإنه في بعض الحالات قد تثار أمام محكمة زجرية وهي بصدد الفصل في دعوى عمومية تدخل في صميم اختصاصاتها بحسب الأصل بعض

1 - لقد تطرق المشرع المغربي إلى هذه القاعدة في الفقرة الثانية من المادة 10 من ق م ج بقوله: «غير انه يجب أن توقف المحكمة المدنية البث في هذه الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي في الدعوى العمومية إذا كانت قد تمت إقامتها »

2 - قرار المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 1985/10/30 تحت عدد 2605 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية، الجزء الثاني ص 319 وما يليها

3 - قرار صادر عن غرفتين بالمجلس الأعلى سابقا بتاريخ 2006-12-13 تحت عدد 38/3 في الملف عدد 05/1455 منشور بقرارات المجلس الأعلى بغرفته أو بجميع الغرف لإدريس بالمحجوب الجزء الخامس ص 189 وما يليها

المسائل يتوقف عليها الفصل في الدعوى العمومية<sup>4</sup>. ومع ذلك فإن المشرع قد يرى أن بعض الدفوع يحتاج الفصل فيها إلى تحقيق خاص أو دقة معينة قد لا يتوافر للقاضي الجنائي الوقت أو التخصص الكافي للفصل فيها، بل قد تكون أحد هذه القضايا منظورة فعلاً أمام جهة الاختصاص، مما يتطلب الأمر في هذه الحالة ضرورة وقف سير الدعوى العمومية إلى حين الفصل في مثل هذه القضايا من الجهة صاحبة الاختصاص وهو ما يسمى في الفقه القانوني بالمسائل المعارضة أو الفرعية،<sup>5</sup> ولأن الأمر متعلق باستثناء على مبدأ اختصاص القاضي الجنائي بالقضايا المعارضة، وللدفع بالمسائل المعارضة، فإنه يتعين التطرق لشروط وقف الدعوى العمومية للفصل في المسائل المعارضة (الفقرة الأولى) ثم نتطرق إلى القضايا المعارضة المرتبطة بإبرام عقد الزواج (الفقرة الثانية)

### الفقرة الأولى: شروط وقف الدعوى العمومية للفصل في القضايا المعارضة

يشترط لقبول إحدى المسائل المعارضة وبالتالي وقف الدعوى الفصل فيها من الجهة المختصة توفر الشروط التالية:

#### أولاً- أن تكون المسألة المعارضة يتوقف عليها الفصل في الدعوى العمومية

وهي تكون كذلك إذا كانت تتصل بركن من أركان الجريمة المرفوعة بها هذه الدعوى أو بشرط لا يتحقق وجود الجريمة إلا بوجوده، بمعنى آخر فإنه يجب أن يكون الدفع المعارض من شأنه أن يحرر الفعل المرتكز عليه المتابعة من طابع المخالفة للقانون الجنائي<sup>6</sup>.

وفي هذا الإطار قضى المجلس الأعلى سابقاً بأنه: « لا يقبل أي دفع أولي إلا إذا كان معتمداً على وقائع أو رسوم تبرر مزاعم الشخص للمتهم»<sup>7</sup>.

<sup>4</sup>- ذ/ أحمد الخمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الثانية 1986، ص 131

<sup>5</sup>- ذ/ عبد الواحد العلمي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، ص: 156

<sup>6</sup>- الفقرة الثالثة من المادة 258 من ق م ج

<sup>7</sup>- قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقاً بتاريخ 1970/02/05 تحت عدد 330 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية الجزء الأول ص 134 وما يليها أورده ذ/ محمد بفقير، قانون المسطرة الجنائية والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الرابعة 2017، ص 183.

وهكذا يشترط لقبول الدفع أن يجرد الفعل المؤسس عليه المتابعة من دائرة المخالفة للقانون الجنائي أما إذا كان الفعل المنسوب إلى المتهم مجرماً في كل الأحوال سواء بالصفة التي حركت بها المتابعة، أو بعد إعادة تكييفه من طرف هيئة المحكمة فإن الدفع يكون مردوداً، بينما يرى جانب من الفقه المصري<sup>8</sup> عدم وقف الدعوى الجنائية الأصلية إذا كانت الدعوى الأخرى مازالت أمام سلطات التحقيق ولم تطرح فعلاً أمام المحكمة .

ولكن الاتجاه الراجع في الفقه المصري<sup>9</sup> يسلم بضرورة وقف الدعوى الجنائية الأصلية متى كانت الدعوى الأخرى تحركت فعلاً أمام سلطات التحقيق أو رفعت إلى المحكمة.

ويختلف الوضع في فرنسا، إذ لا توقف المحاكم الجنائية الفرنسية، وبصفة خاصة محكمة الجنايات، الدعوى العمومية إذا ما أثبتت أمامها مسألة معترضة إلا في حالات محددة تعترض الدعوى أمام محاكم الجرح فقط، فالأصل أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع حتى ولو كانت المسألة المعترضة موضوع الدعوى حركت أمام سلطات التحقيق أو رفعت أمام المحكمة المختصة ويستثنى من ذلك ثلاث من حالات حالة الطعن بتزوير ورقة من الأوراق المقدمة في الدعوى (المادة 464 من قانون الإجراءات الفرنسي)، وحالة دعوى البلاغ الكاذب إذا كان موضوع البلاغ معاقب عليه جنائياً أو تأديبياً (المادة 373 من قانون العقوبات الفرنسي)، وحالة دعوى القذف ضد شخص (المادة 35 من القانون الصادر في 29 يوليوز 1881 والخاص بالنشر)<sup>10</sup>. في هذه الحالات يوقف القاضي الجنائي الفرنسي حتى تفصل المحكمة المختصة في تزوير أو عدم تزوير الورقة المقدمة في الدعوى، أو في صحة أو عدم صحة الواقعة محل البلاغ الكاذب أو جريمة القذف، ربطة أن تكون المسألة المعترضة في الحالات السابقة قد تحركت بها الدعوى أمام قاضي التحقيق أو رفعت بها الدعوى أمام المحكمة المختصة بالفصل فيه.

8 - ذ/ عمر السعيد رمضان، مبادئ الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1967-1968، ص 348.

9 - ذ/ احمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة 1961، ص 830

10 - ذ/ نور الدين الفلاق، المسائل المعترضة في المسطرة الجنائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في ص 71 القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 71.

ثانياً- أن يكون الدفع بالمسألة المعترضة جدياً وأن يدفع به صاحب المصلحة.

يشترط في الدفع بالمسألة المعترضة أن يكون جدياً ولم يقصد به عرقلة سير الدعوى وتأخير الفصل فيها، وتقدير جدية الدفع أمر يدخل في سلطة محكمة الموضوع التي يرجع لها وحدها سلطة التقدير.

وهذا ويجب أن يدفع صاحب المصلحة بالمسألة المعترضة صراحة ولكن ليس من الضروري أن يطلب إيقاف الدعوى وإحالة هذه المسألة على الجهة بل يكفي أن يثيرها - كأن تقول المتهممة بالخيانة الزوجية أنها طلقت طلاقاً بائناً وأنها ليست زوجة- حتى يوقف القاضي الجنائي الدعوى إذا توافرت الشروط الأخرى.

ويعتبر الدفع بالمسألة المعترضة من الدفع الموضوعية<sup>11</sup> التي تنصرف إلى موضوع المتابعة الجنائية وجوهر الدعوى العمومية كانتقاء ركن أساسي للجريمة، حيث يمكن إثارته في جميع مراحل الدعوى، إلا أنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

ولكن الإشكال المطروح حول إمكانية إثارة القاضي الجنائي للمسائل المعترضة من تلقاء نفسه؟

يتجه رأي في الفقه<sup>12</sup> إلى تخويل المحكمة الجنائية إمكانية إثارة المسألة المعترضة من تلقاء نفسها وأن تكلف من له مصلحة فيها بإقامة الدعوى أمام المحكمة المختصة لأنها ممنوعة من الفصل فيها.

وهناك اتجاه آخر يرى عدم السماح للمحكمة الجنائية بإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها، حيث في حالة توقف فيها الدعوى الجنائية تحدد المحكمة أجلاً لصاحب المصلحة قصد رفع المسألة المعترضة إلى المحكمة المختصة.

<sup>11</sup>- ويرى جانب من الفقه أن هذا النوع من الدفع يأتي ضمن قواعد الاختصاص النوعي الذي يؤثر على مسار الدعوى العمومية ومصير الأطراف، فلقد كان الضروري النص على ضرورة تقديمه قبل الشروع في مناقشة الجوهر.

للمزيد انظر مرجع: د/ محمد الإدريسي العلمي المشيشي، دراسة حول ملاءمة قانون المسطرة الجنائية مع مبادئ حقوق الإنسان، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان سلسلة الدراسات - الرباط، ص 190 و 1991

<sup>12</sup> - د/ احمد فتحي سرور، أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 196

وبالرجوع إلى التشريع الجنائي المغربي نجده أخذ الاتجاه الثاني من خلال عدم السماح للمحكمة بإثارة الدفع المعارض تلقائياً وذلك من خلال المادة 258 من ق م ج التي تعتبر الأساس القانوني للمسائل المعارضة حيث تنص على ما يلي: «تختص المحكمة المحالة عليها الدعوى العمومية بالبث في كل دفع يثيره المتهم للدفاع عن نفسه، غير أن المحكمة المذكورة لا تكون مختصة بالبث في الدفع الذي يثيره المتهم للدفاع عن نفسه، إذا قرر القانون خلاف ذلك أو إذا تعلق الأمر بحق عيني عقاري.

لا يقبل أي دفع في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة الثانية من هذه المادة إلا إذا كان مبرراً بوقائع أو بمستندات تدعم إدعاءات المتهم، وكان الدفع المثار من شأنه أن يجرّد الفعل المرتكز عليه في المتابعة من طابع المخالفة للقانون الجنائي، وفي حالة قبول الدفع، تحدد المحكمة أجلاً قصيراً يتعين على المتهم أثناءه أن يرفع دعواه إلى المحكمة المختصة.

إذا لم ترفع الدعوى في الأجل المحدد، ولم يدل المتهم بما يثبت مباشرته للإجراءات المتعلقة بها، تعرض المحكمة عن دفعه وتواصل النظر في القضية».

وانطلاقاً من هذه المادة فإن المحكمة لا تثير الدفع تلقائياً وإنما من طرف المتهم نفسه، كما أنها تخص الدفع بمجموعة من الشروط لقبول الدفع أمام المحكمة الجزرية في مسألة تخرج عن اختصاصها<sup>13</sup>، لكنها سكتت عن موضوعين مهمين تاريخ تقديم الدفع والقوة القانونية للدفع، وبالتالي فسكوت المشرع عن هذه النقطة من شأنه أن يفرز تضارباً في قبول هذا الدفع.

### ثالثاً-عدم جواز الدفع المعارض أمام قاضي التحقيق

يرى جانب من الفقه<sup>14</sup> بأنه لا يجوز الدفع بالمسألة المعارضة أمام سلطات التحقيق لأنها من الدفوع التي تشمل محكمة الموضوع بتقديرها والبث فيها وقد أيدت هذا الاتجاه محكمة الاستئناف بباريس حيث قضت بأن: «قانون الإجراءات الجنائية ( الفرنسية ) لا يوجد به نص صريح يبيح لقاضي التحقيق وقف التحقيق إذا

<sup>13</sup> - ذ/ محمد الإدريسي العلمي المشيشي، مرجع سابق ص 190

<sup>14</sup> - ذ/ عبد الوهاب حومد، أصول المحاكمات الجزائرية، دمشق الطبعة الثالثة، 1975، ص 156

دفع أمامه بإحدى المسائل المعترضة، وأن هذه السلطة قاصرة فقط على قضاء الحكم»<sup>15</sup>.

وأعطى جانب آخر من الفقه سلطات التحقيق إمكانية وقف التحقيق إذا دفع أمامها بمسألة معترضة يتوقف عليها الفصل في التحقيق<sup>16</sup> لأن سلطات التحقيق لا تحيل الدعوى إلى محكمة الموضوع إلا إذا توافرت عناصر المسؤولية الجنائية كما يمكن لصاحب المصلحة إذا ما رفض دفعه أمام قاضي التحقيق أن يبديه أمام محكمة الموضوع سواء كانت درجة أولى أو محكمة الدرجة الثانية.

### الفقرة الثانية: القضايا المعترضة المرتبطة بإبرام عقد الزواج

ولأهمية عقد الزواج في إنشاء العلاقة الزوجية نجد المشرع المغربي جعل القضايا المرتبطة بإبرام عقد الزواج مشكلة بقضايا معترضة وهو ما سنعالجه من خلال نقطتين:

#### أولاً: القضايا المعترضة في القانون المغربي

كانت الدفوع المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية لا تعتبر في القانون المغربي مشكلة بقضايا معترضة بحيث كان يسري عليها قاضي الدعوى وهو قاضي الدفع ولا تحال إلى أي جهة أخرى للنظر فيها، فالمحكمة الزجرية هي التي تمحص هذا الدفع ولا تحيله على القضاء المدني،<sup>17</sup> إلا أنه وبالموازاة مع صدور مدونة الأسرة وفي نفس التاريخ تم تعديل في الفصل الثاني من قانون التنظيم القضائي بموجب قانون 03-73 حيث ينص هذا الفصل في فقرته الأخيرة انه: « يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بأقسام قضاء الأسرة»

ويظهر جلياً من خلال هذا الفصل أن الغرف الأخرى للمحكمة الابتدائية يمنح عليها البث في القضايا التي أسندها المشرع لأقسام قضاء الأسرة طبقاً للمادة الثالثة

<sup>15</sup> - Cour d'appel de paris, 3 mai 1969. d 196 j.p et note 1 G

<sup>16</sup> - JEAN PARDEL, PROCEDURE PENALE CAJUS. PARIS 1976. T2. P 87 .N°8816

-أشار إليه ذ/ نور الدين الفلاق، مرجع سابق، ص: 74

<sup>17</sup> - ذ/ عبد الواحد العلمي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 198



من مدونة الأسرة ومنها الغرفة الزجرية<sup>18</sup>. كما أن أقسام قضاء الأسرة على الرغم من تواجد النيابة العامة بها، واعتبارها طرفاً أصلياً في قضايا الأسرة طبقاً للمادة الثالثة من مدونة الأسرة فإنها تستبعد بثها في القضايا الجنائية وإنما يبقى الاختصاص ممنوحاً للغرفة الجنحية بالمحكمة الابتدائية<sup>19</sup>.

إذا كانت القاعدة المقررة هي أن الجنائي يعقل المدني<sup>20</sup> فإنه في حالة الإكراه على الزواج والتدليس في إبرام عقد الزواج تنقلب هذه القاعدة ليصبح المدني يعقل الجنائي على اعتبار أن المتابعة الجنائية في هذين التصرفين غير القانونيين طبق أحكام الفصل 366 من ق ج تكون مرتبطة بإثبات الإكراه أو التدليس في حق أحد الزوجين في إطار مفهومهما المدني ما لم يثبت في حقه فعل الإكراه أو التدليس بكل شروطها المنصوص عليها في الفصلين 47 و 52 من ق ل ع<sup>21</sup> ولا مجال لتدخل القانون الجنائي، فالقاضي في هذه الحالة يكون مقيداً بإثبات فعل الإكراه أو التدليس<sup>22</sup> على عكس أحكام المادة 63 من مدونة الأسرة التي قيدت حق المتضرر من الإكراه أو التدليس في الزواج في المطالبة بفسخ الزواج خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم

18- تنص الفقرة الثانية من الفصل الثاني من ظهير التنظيم القضائي على ما يلي: «يمكن تقسيم هذه المحاكم بحسب نوعية القضايا التي تختص بالنظر فيها إلى أقسام قضاء الأسرة، وأقسام قضاء القرب وغرفة مدنية وتجارية وعقارية واجتماعية وزجرية»

19- ذ/عبد الكريم الطالب، التنظيم القضائي المغربي دراسة عملية، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2018، ص: 53

20- الفقرة الثانية من المادة 10 من ق م ج

21- بالرجوع إلى المادتين 52 و 53 من ق ل ع التي خصهما المشرع للتدليس يمكن القول أن التدليس يتوقف تحققه على الشروط التالية:

- استعمال المدلسين وسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه
- كون هذه الوسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه
- كون هذه الوسائل الاحتيالية هي التي، دفعت المدلس عليه إلى التعاقد.
- صدور الوسائل الاحتيالية عن المتعاقد الآخر أو كون المتعاقد على علم بها.
- أما بالنسبة للإكراه بالرجوع إلى المادة 47 من ق ل ع نجد المشرع حدد شروطه في:
- استعمال وسيلة للضغط على شخص
- كون هذه الوسيلة بعثت رهبة في نفس المكره
- أن تكون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد
- كون المقصود من الرهبة يحقق غرض غير مشروع

للمزيد من الإيضاح انظر مرجع د/ مأمون الكز بري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات المغربي الجزء الأول، مصادر التزامات مطبعة بيروت، الطبعة الثانية 1972 ص: 97 وما يليها

22- عبد القادر فرموش، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، طبعة 2013، ص 138

زوال الإكراه أو تاريخ العلم بالتدليس فإنه بالنسبة للمتابعة الجنائية على الإكراه أو التدليس في الزواج لم يتم تقييدها بأجل ويبقى خاضعا لأحكام التقادم التي تسري على أحكام الفصل 366 من ق ج والفصل 1-2-503 من قانون العنف ضد النساء المتمم للقانون الجنائي باعتبارهما الإطار الخاص لتجريم هذين التصرفين غير القانونيين.<sup>23</sup>

ومن أمثلة العمل القضائي الصادرة في هذا الإطار نجد قضية تتلخص وقائعها في إخفاء الزوجة واقعة زواجها وطلاقها وإن كان قبل البناء من خلال الإدلاء بمعلومات كاذبة، مما يجعل إرادة زوجها الثاني مشوبة بعيب التدليس، ومعه قررت المحكمة مؤاخذة الظنينة من أجل اصطناع وثيقة إدارية تتضمن وقائع غير صحيحة واستعمالها طبقا للفصل 366 من ق ج.<sup>24</sup>

واستنادا للفصل الثاني من ظهير التنظيم القضائي الذي واكب تعديل مدونة الأسرة يتبين لنا أن الدفوع المتعلقة بالمتابعات الجنائية المرتبطة بإبرام عقد الزواج أصبحت مشكلة بقضايا معترضة خلافا للمبدأ العام القاضي باختصاص القاضي الجنائي بالمسائل المعترضة، ولأن الأمر يتعلق باستثناء نجد المشرع المغربي لا يأخذ به إلا بنص صريح، عملا بقاعدة الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، كما قيد المشرع الدفع بمجموعة من الشروط لقبوله أمام المحكمة الجزرية في المسائل التي تخرج عن اختصاصها طبقا للفقرة الثالثة من المادة 258 من ق م ج.<sup>25</sup>

فإذا رفعت مثلا دعوى تزوير زواج أثبت فيه الطرفان خلوهما من الموانع الشرعية، فإنه إذا دفع أحدهم بوجود أحد هذه الموانع فإن القاضي الجنائي يوقف البث في دعوى التزوير إلى حين الفصل في مسألة الموانع الشرعية من الجهة القضائية المختصة.

### ثانيا: القضايا المعترضة في القوانين المقارنة

ينعقد الاختصاص في القضايا المعترضة بحسب الأصل للقاضي الجنائي وهو ما يعبر عنه بمبدأ "قاضي الموضوع هو قاضي الدفع".

<sup>23</sup> - المادة 5 من ق ج المعدلة والمتممة بالقانون رقم 11-35

<sup>24</sup> - حكم غير منشور أورده عبد القادر قرموش، مرجع سابق، ص 138

<sup>25</sup> - محمد الإدريسي العلمي المشيشي، مرجع سابق، ص 190

ولكن هذا المبدأ ليس مطلقاً فقد يرى المشرع لاعتبارات معينة الخروج عليه وسلب القاضي الجنائي الاختصاص بالفصل ف بعض المسائل التي تعترض الدعوى العمومية وجعلها من اختصاص القاضي المدني، فتكون تلك القضايا بمثابة استثناءات ترد على المبدأ-محددة بالنص-.

وفي هذا السياق نص المشرع المصري بشكل صريح في المادة 223 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: « إذا كان الحكم في الدعوى الجنائية يتوقف على الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية جاز للمحكمة الجنائية أن توقف الدعوى وتحدد للمتهم أو للمدعي بالحقوق المدنية أو المجني عليه حسب الأحوال أجلاً لرفع المسألة المذكورة إلى الجهة ذات الاختصاص ولا يمنع وقف الدعوى من اتخاذ الإجراءات أو التحفظات الضرورية والمستعجلة»<sup>26</sup>.

ومثال ذلك الدعوى العمومية المترتبة عن جريمة الخيانة الزوجية، وكان هناك شك حول مدى توافر علاقة زوجية بين المتهم والمجني عليه. فالعلاقة الزوجية، وكيفية إثباتها تعد مسألة عارضة يتوقف عليه الفصل في الدعوى العمومية إذا دفع بها أحد أطراف الدعوى العمومية وكانت الدفوع جديدة.

كما ذهب المشرع الأردني في نفس الاتجاه من خلال المادة 334 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاء فيها أنه: "تكون للأحكام الصادرة عن محاكم الأحوال الشخصية في حدود اختصاصها قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم الجزائية في المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية".

وانطلاق من هذا النص تعد قضايا الأحوال الشخصية قضايا معترضة تبث فيها المحكمة الشرعية المختصة، فالبث في الدوى الجزائية متوقف على حسم مسألة الأحوال الشخصية التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجزائية من قبل المحكمة الشرعية.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> - عملت الفقرة الأولى من المادة 223 إجراءات جنائية يطرحها القانون 107 لسنة 1962 بحيث أصبح إيقاف في الدعوى الجنائية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية جوازيًا وليس وجوبيًا كما كان في النص القديم.

<sup>27</sup> - كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص706.

أما بخصوص القانون الفرنسي لا يوجد نص صريح يقرر وقف الدعوى العمومية لحين الفصل في القضايا المعارضة من قضايا الأسرة على عكس التشريعات السالفة.

ولهذا اتجه رأي في الفقه الفرنسي إلى القول باختصاص المحاكم الجنائية بالفصل في مسائل الأحوال الشخصية التي تثار أمامها وان كانت تدخل في اختصاص المحاكم المدنية، تطبيقاً لمبدأ اختصاص القاضي الجنائي بالقضايا المعارضة.

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي يأخذ برأي مخالف ويقضي بوقف الدعوى العمومية إلا حين البث في المسألة المعارضة.

أما المشرع الإيطالي يلزم القاضي الجنائي بوقف الدعوى العمومية إذا كانت المسألة المعارضة تتعلق بصحة الزواج، أما في غيرها من القضايا فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي.<sup>28</sup>

### خاتمة:

انطلاقاً من دراستنا لموضوع "المسائل المعارضة المرتبطة بإبرام عقد الزواج" يتبين لنا أنها بصدور مدونة الأسرة أصبحت مشكلة بقضايا معارضة بخلاف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، كما إن العمل القضائي لم يرق إلى مستوى المبادئ التي قررها المشرع في التعامل مع القضايا المعارضة وذلك لغياب نص قانوني صريح وخاص يؤطرها لذا نقترح:

- وضع نص قانوني خاص يعنى بمعالجة القضايا المعارضة في الأسرة على غرار التشريعات المقارنة.
- ضرورة تحديد تاريخ تقديم الدفع وقوته القانونية باعتباره من الدفع الموضوعية.

<sup>28</sup> - نور الدين الفلاق، مرجع سابق، ص 79.

# مظاهر حماية الأملاك الوقفية في ضوء مدونة

## الأوقاف

يوسف فريد الإدريسي

طالب باحث بسلك الدكتوراه

مختبر الدراسات القانونية المدنية وفقه المعاملات

بجامعة الحسن الثاني الدار البيضاء

### مقدمة:

يعتبر الوقف<sup>1</sup> من المؤسسات المهمة التي ساهمت بقسط كبير في أماكن وأزمنة مختلفة في إرساء التضامن والتكافل الاجتماعيين<sup>2</sup>، فهناك من يعتبره نظاما عريقا يعبر عن ثقافة التضامن بين أفراد المجتمع، ويعكس أواصر التقارب بين الميسور والمحتاج<sup>3</sup>، وبالتالي أصبح من المستحيل الاستغناء عنه، ليس فقط بالنسبة للمجتمع، بل أيضا بالنسبة للدولة التي وجدت فيه تعويضا لقصورها أو تقصيرها، وركيزة أساسية تستند عليها لمعالجة الأزمات الاقتصادية والاجتماعية أو على الأقل الحد من تفاقمها<sup>4</sup>.

ووعيا من المشرع بأهمية الوقف باعتباره ثروة وطنية وعنصرًا فاعلا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، عمل على إصلاح وتحديث ترسانته القانونية وذلك

1 - عرفته المادة الأولى من مدونة الأوقاف بأنه كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعه لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة.

2 - رشيد الحسين، "التشريع الحسبي المغربي وضرورات تحديثه"، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 27، أبريل، يونيو 1999، ص 83.

3 - مجيدة الزياني، "مدونة الأوقاف المغربية: دراسة منهجية في الأسس والأبعاد"، منشورات دار الأمان، مطبعة الكرامة بالرباط، الطبعة الأولى 2014، ص 5.

4 - عبد الرزاق اصبيحي، "خصوصية المادة الوقفية في ميدان التحفيظ العقاري بين الواقع والمأمول"، مساهمة ضمن أشغال ندوة "سياسة التحفيظ العقاري بالمغرب" المنظمة من طرف مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بمراكش يومي 18 و19 أبريل 2008، منشورات المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 50، السنة 2008، ص 308.

بإصداره مدونة الأوقاف التي يمكن اعتبارها خطوة مهمة في مجال الأوقاف، لكونها جمعت الأحكام الفقهية المتناثرة للوقف، وحسنت التضارب في كثير من أموره المختلفة، وأعدت تنظيم أحكامه القانونية شكلا ومضمونا، بما يضمن تقيدها بأحكام الفقه الإسلامي، وتزويد الوقف بوسائل قانونية حديثة تضمن له الحماية الناجعة.

فإلى أي حد استطاعت النصوص التي جاءت بها مدونة الأوقاف في توفير الحماية الكافية للثروة الوقفية بالمغرب؟

### المبحث الأول: الحماية الموضوعية للملك الوقفي

تعتبر مدونة الأوقاف خطوة في مجال التشريع الوقفي لكونها تجاوزت جوانب القصور للأحكام التي كان يخضع لها الوقف في ظل الضوابط الحبسية، وحسنت النقاش في كثير من النقط التي كانت محل تضارب فقهي قضائي، أهمها تلك المتعلقة حول مدى خضوع الأوقاف لقاعدة التطهير الناجمة عن التحفيظ العقاري.

كما أن المقتضيات الجديدة لمدونة الأوقاف الهادفة إلى حماية الوقف لم تتوقف عند حدود عدم خضوعه لقاعدة التطهير، بل شملت أيضا استثناء الأوقاف من قاعدة التملك بالحيازة أو التقادم وعدم قابليتها للتصرف، والأكثر من ذلك عدم جوازية اسقاط الحجز عليها ولا نزع ملكيتها دون موافقة السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

### المطلب الأول: استثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير الناجمة عن التحفيظ العقاري

يعتبر التحفيظ العقاري إحدى الوسائل التي تهدف إلى تثبيت الملكية العقارية، إذ يضمن للمالك حقوقه على ملكيته بصفة قارة و مستمرة دون أن يتعرض هذا الحق للضياع أو الترامي<sup>5</sup>، وذلك عن طريق تأسيس رسم عقاري في اسم صاحب الحق غير قابل للطعن وخالي من جميع الحقوق غير المضمنة فيه بفعل قاعدة التطهير،

<sup>5</sup> محمد خيري، "العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي"، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، طبعة 2014، ص 103

التي تستمد وجودها من الفصلين 1 و62 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري<sup>6</sup>.

لكن على الرغم من اكتساب الرسم العقاري للصفة النهائية التي يكتسبها بفعل قاعدة التطهير، والتي تجعل العقار يقطع كل صلة بماضيه، ويؤسس لحالة مدنية جديدة منظمة ومطهرة للعقار من كل الشوائب<sup>7</sup>، فإنها تتلشى عندما يتعلق الأمر بالأموال الوقفية نظرا للطبيعة الخاصة لهذه الأملاك.

وكما هو معلوم أنه قبل صدور مدونة الأوقاف ثار جدل فقهي قضائي حول ما إذا كانت الأوقاف مستثناة من قاعدة نهائية الرسم العقاري وتطهير العقار.

في هذا الإطار ظهر اتجاهان، الأول تمسك بعمومية الفصلين 1 و62 من ظهير التحفيظ العقاري، والقول بأن استثناء الوقف من الأثر التطهيري للرسم للعقاري أو أي استثناء آخر يعد خرقا للقانون، وأن قرار المحافظ بتحفيظ العقار يشكل الإعلان عن دخول العقار في نظام قانوني جديد من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد<sup>8</sup>.

في هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف بطنجة بأن "رسم التحسيس لا يمكن أن يقف أمام الرسم العقاري، وبذلك فإن تحفيظ عقار محبس لا يمكن المطالبة بحبسيته ويمكن للمتضرر اللجوء إلى دعوى التعويض"<sup>9</sup>.

وهو ما سارت عليه أيضا المحكمة الابتدائية بطنجة بأنه "لا وجود لأي استثناء على قاعدة التطهير سواء أشخاص ذاتيين أو اعتباريين ولو كانت وزارة الأوقاف

<sup>6</sup> - تم تغيير وتتميم هذا الظهير بموجب القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، ص 5575.

<sup>7</sup> - عبد اللطيف العبودي، "نظام التحفيظ العقاري"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة 2008، ص 84.

<sup>8</sup> - محمد أمغار، "حجية وثيقة التحسيس في مواجهة الرسم العقاري"، مساهمة ضمن أعمال ندوة 'الأملاك الحبسية' المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية و المدنية والعقارية بكلية الحقوق مراكش، يومي 10 و 11 فبراير 2006، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص 351.

<sup>9</sup> - قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 27 بتاريخ 27 /01/ 2000، ملف رقم 87/96/08، أورده بوشعيب الإدريسي، "التطهير في نظام التحفيظ العقاري وفق القانون رقم 14.07، منشورات مجلة المنارة، العدد الثاني، 2014، ص 62.

والشؤون الإسلامية، ذلك أن قوة التحفيظ المطلقة تخول للمدعية (الأوقاف) التي أدعت التدليس خلال عملية لتحفيظ صياغة دعواها في إطار الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري والمطالبة بالتعويض فقط عند ثبوت التدليس<sup>10</sup>.

بالمقابل من ذلك ذهب اتجاه آخر إلى ضرورة استثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير، ومن بين القائلين بذلك نجد الفقيه "بول ديكرود"، الذي اعتبر أن الأملاك الوقفية مستثناة من قاعدة التطهير مؤسسا رأيه بهذا الخصوص على قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 فبراير 1934 نقضت بموجبه قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط قضى بمواجهة التطهير الناجمة عن التحفيظ العقاري، وذلك بناء على طعن لفائدة القانون تقدمت به إدارة الأوقاف<sup>11</sup>.

نفس التوجه سار عليه الفقيه مأمون الكزبري الذي يرى بأن "الأملاك الحبسية تحبسا عموميا تتميز بأنها كالأملاك العامة لا يجوز التصرف فيها ولا يمكن اكتساب ملكيتها عن طريق التقادم وعليه لا يمكن أن ينال منها التحفيظ، فلو أن عقارا محبسا قد جرى تحفيظه في اسم شخص ما، فإن قاعدة التطهير واكتساب رسم الملك صفة نهائية لا تحول دون تمكين إدارة الأوقاف من المطالبة بالعقار الموقوف"<sup>12</sup>.

وهو نفس التوجه تبناه الفقيه محمد ابن معجوز<sup>13</sup>، الذي نادى بضرورة استبعاد الوقف من الخضوع لقاعدة التطهير، معتبرا في ذلك أن تحفيظ عقار وقفي لا يطهر العقار، لأن الأملاك الوقفية لا تنفع فيها الحيازة ولا يكتسب حائزها حق ملكيتها مهما طال أمدها.

<sup>10</sup> - حكم المحكمة الابتدائية بطنجة رقم 1038 بتاريخ 2008/4/3، ملف رقم 13/2007/716، أورده عبد الرزاق اصبيحي، "قاعدة التطهير وحدود سريانها في مواجهة الأعباس"، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، العدد الأول، فبراير 2010، ص 106.

<sup>11</sup> - زكرياء العماري، "حدود انفتاح مدونة الأوقاف على الاجتهادات والاختيارات الفقهية في مجال الوقف بالمغرب"، مساهمة ضمن أعمال ندوة "نحو تشريع عقاري جديد"، المنظمة من طرف مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 29 و30 أبريل 2011 سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 38، السنة 2011، ص 224.

<sup>12</sup> - مأمون الكزبري، "التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي"، نشر شركة الهلال والعربية مطبعة والنشر، الطبعة الثانية، الرباط 1987، ص 90.

<sup>13</sup> - محمد ابن معجوز، "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1999، ص 36.



كما يرى الأستاذ محمد الكشور أن الأملاك الوقفية مستثناة من قاعدة التطهير والتملك النهائي المنصوص عليها ضمن مقتضيات الفصلين 1 و62 من ظهير التحفيظ العقاري، نظرا لاعتبارات قانونية تتصل بالمصلحة العامة وبخصائص الوقف<sup>14</sup>.

هذه الآراء الفقهية سايرتها مجموعة من الاجتهادات القضائية، التي أكدت هي الأخرى عدم مواجهة الأوقاف بقاعدة التطهير، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى -محكمة النقض حاليا-<sup>15</sup> "... أن الحبس لا يطهر بالتحفيظ، فيمكن للجهة المحبس عليها، وفي نازلة الحال وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أن ترفع دعوى بشأن الحبس ولو كان في طور التحفيظ بل حتى ولو حصل تحفيظه لأن ثبوت حبسيته يبطل تحفيظه..."<sup>16</sup>.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة جاء فيه<sup>17</sup>: "... أن قاعدة التطهير بالتحفيظ لا تسري على الملك الحبسي. الأمر الذي يجعل رسم شراء منفعة ملك حبسي لا يخوله حق التعرض على مطلب تحفيظ ملك جماعي".

هذا الاتجاه انتصرت له مدونة الأوقاف ونصت بشكل صريح على مبدأ عدم مواجهة الأوقاف العامة بقاعدة التطهير الناجمة عن التحفيظ العقاري، وذلك بمقتضى المادة 54 منها، لكن بالرجوع الى مقتضيات هذه المادة في صيغتها القديمة يلاحظ أنها حصرت نطاق استثناء الأوقاف من قاعدة التطهير الناجمة عن تأسيس الرسم العقاري على الأوقاف العامة فقط مما يجعل السؤال مشروعا حول ما إذا كانت الأوقاف المعقبة تخضع لقاعدة التطهير أم أنه مادام الأمر يتعلق بوقف فإنه يتم قياسها على الأوقاف العامة وبالتالي الاستثناء من قاعدة التطهير؟

14 - محمد الكشور، "التطهير الناتج عن تحفيظ العقار -تطور القضاء المغربي- قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 8، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2005، ص 36 وما بعدها.

15 - المجلس الأعلى أصبح يسمى بمحكمة النقض بمقتضى القانون رقم 58.11 المغير للظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 27 سبتمبر 1957 بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 25 أكتوبر 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 26 أكتوبر 2011

16 - قرار المجلس الأعلى عدد 688 بتاريخ 20/2/2008، ملف مدني عدد 2006/3/1/2162، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 70، 2009، ص 75.

17 - قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 237، بتاريخ 23/02/2012، ملف مدني عدد 8/07-204، (غير منشور).

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من الإشارة بأن القضاء قبل صدور مدونة الأوقاف كان يستثني كل أنواع الوقف من الخضوع لقاعدة التطهير الناجمة عن تأسيس الرسم العقاري، وقد صدرت مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية تؤكد هذا الطرح نذكر منها:

قرار محكمة الاستئناف بطنجة<sup>18</sup> الذي جاء فيه: "لا يمكن الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار تجاه حقوق محبسة، لأن العقارات الحبسية المعقبة مثلها في ذلك مثل العقارات الحبسية العامة غير قابلة للتصرف إلا بإذن جلاله الملك، عملاً بمقتضيات الفصل الثامن من ظهير 13 يناير 1913 المتعلق بضبط مراقبة الأحياس المعقبة، مما يجعل تحفيظ العقار محل النزاع -وهو عقار حبسي- معقب- في اسم الغير باطلاً".

نفس الموقف عبرت عنه محكمة الاستئناف بسطات التي أكدت على "عدم سريان قاعدة التطهير في مواجهة الأحياس سواء كانت عامة أو أحياساً خاصة..."<sup>19</sup>.

غير أن مقتضيات المادة 54 من مدونة الأوقاف في صيغتها القديمة استثنت فقط الأوقاف العامة من الخضوع لقاعدة التطهير، وبمفهوم المخالفة فإن الأوقاف المعقبة تسري عليها قاعدة التطهير الناجمة عن تأسيس الرسم العقاري، وبالتالي فإن المشرع المغربي ضيق من نطاق الحماية التي كان من المفروض أن يتمتع بها حتى الوقف المعقب، غير أن المشرع سرعان ما تراجع عن موقفه هذا وعمل على تعديل المادة 54<sup>20</sup> لتشمل حتى الوقف المعقب، إذ نصت المادة المذكورة على أنه "لا تمنع

<sup>18</sup> - قرار رقم 363، بتاريخ 13/10/1983، ملف شرعي عدد 2/82/358، منشور ب "المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية"- ج 1، منشورات دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2011، ص 166.

<sup>19</sup> - قرار 337 إلى 3/94/346 بتاريخ 27 يوليوز 1994 في الملفات المضمونة من 3/94/237 إلى 3/94/324 ثم 3/94/889، أورده زكرياء العماري، "نهائية الرسم العقاري بين الإطلاق والتقيد-دراسة مركزة في الاستثناءات الواردة على قاعدة التطهير- مساهمة ضمن أشغال المتلقى الدولي حول موضوع "مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء القانون 14.07"، المنظم من طرف مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية وماستر التوثيق والعقار بكلية الحقوق، بمراكش يومي 23 و24 مارس 2012، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2013، ص 237.

<sup>20</sup> - ظهير شريف رقم 1.19.46 الصادر بتاريخ 23 جمادى الثانية الموافق ل فاتح مارس 2019 بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الاول الموافق 23 فبراير 2010 المتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 6759 بتاريخ 4 رجب 1440 الموافق 11 مارس 2019، ص 1377

الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف لعقار محفظ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين.

وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوف، بناء على الحكم القضائي الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيّد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في اسم الوقف المعني"، وبهذا أصبحت الأوقاف المعقبة هي الأخرى مستثناة من قاعدة التطهير، وهو مقتضى في محله لأن المشرع بحمايته لهذا النوع من الوقف فإنه يحمي أصل الوقف العام، على اعتبار أن الأوقاف المعقبة عند انقراض الأعقاب أو المستفيدين منها تصبح وقفا عاما بالمآل.

### المطلب الثاني: استثناء الأملاك الوقفية من بعض القواعد القانونية.

نظرا للدور الحيوي الذي تلعبه الأملاك الوقفية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإن المشرع يسعى إلى حمايتها من كل تعدي سواء كان صادر عن الأفراد أو عن الإدارة.

ومن تم فإنه لا يجوز بأي حال كسب الأملاك الوقفية بالحيازة، فإذا كانت القواعد العامة تقتضي أن للحيازة تأثير على تحديد صفة أطراف الدعوى، ذلك أنه من يدعي الحيازة يفترض فيه أنه المالك إلى أن يثبت الطرف الأخر دعواه، فإن هذه القاعدة تفقد أثرها ومفعولها متى تعلق الأمر بحيازة الأموال التي تعتبر وقفا عاما بقوة القانون<sup>21</sup> نظرا للطبيعة الخاصة لهذه الأملاك التي لا تقبل الحيازة ولو توافرت شروطها القانونية وهذا ما تنص عليه مقتضيات المادة 51 من مدونة الأوقاف.

وقد أكد القضاء المغربي في كثير من المناسبات على عدم قبول الادعاء بالحيازة على الأملاك الوقفية، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى -محكمة النقض حاليا-

21 - عبد القادر قرموش، الإثبات في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف، مساهمة ضمن أعمال ندوة "ملامح النظام الوقفي المغربي الجديد في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف"، المنظمة من طرف مجلة القبس بتعاون مع كلية الشريعة وهيئة المحامين بفاس يومي 5 و6 دجنبر 2012 بقصر المؤتمرات، منشورات مجلة القبس، مطبعة الأورو متوسطية للمغرب، العدد الرابع يناير 2013، ص 279.

اعتبر فيه أن "الملك الحبسي- لا يمكن أن يحاز به الأراضي غير الحبسية حياة مكتسبة للملك ولو طالت مدته"<sup>22</sup>.

وجاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس<sup>23</sup> "وحيث إن ما تمسك به طالبوا التحفيظ من حياة للعقار موضوع مطلب التحفيظ لن يفيدهم في شيء بالنسبة للجزء الذي تملكه الأحباس لأن الحبس لا يحاز عليه ولو طال الزمن".

وفي قرار صادر عن نفس المحكمة اعتبرت فيه "أن ادعاء المستأنفين الحياة الهادئة والعلنية والمستمرة لن يفيدهم في الملك لأن أملاك الأحباس لا تكتسب بالحياة مهما طال أمدها"<sup>24</sup>.

نفس الموقف عبرت عنه محكمة الاستئناف بتازة في إحدى قراراتها حيث اعتبرت أن الحياة لا تكسب التملك في مواجهة الملك الحبسي-<sup>25</sup>. وبعيدا عن مقتضيات المادة 51 من مدونة الأوقاف التي لا تجيز حياة الأملاك الوقفية، فهناك نصوص أخرى خارج مدونة الأوقاف توفر نفس الحماية لهذه الأملاك من قبيل المادة 261 من مدونة الحقوق العينية التي تقضي- هي الأخرى عدم قابلية الأملاك الوقفية الاكتساب بالحياة.

في هذا الإطار نذكر حكم صادر عن ابتدائية مكناس<sup>26</sup> جاء فيه "وحيث إنه وأمام انطباق حجج المتعرضة على جزء من العقار المدعى فيه وثبوت طبيعته كونه من جملة الأملاك المحبسة... فإنه لا يعتد بحياة طالب التحفيظ له باعتبار أن الأملاك المحبسة لا تكتسب بالحياة طبقا للمادة 261 من مدونة الحقوق العينية...".

<sup>22</sup> - قرار المجلس الأعلى عدد 8/610، بتاريخ 2014/12/30. ملف مدني عدد 2014/8/1/3439، (غير منشور).

انظر أيضا قرار المجلس الأعلى عدد 1/474، بتاريخ 2014/09/30، ملف مدني عدد 2014/1/1/2551 (غير منشور).

<sup>23</sup> - قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 3056، بتاريخ 2010/11/4، ملف عدد 6/09/1158، (غير منشور).

<sup>24</sup> - قرار محكمة الاستئناف بمكناس رقم 2510 بتاريخ 2014/6/26، ملف عدد 1403/14/376 (غير منشور).

<sup>25</sup> - قرار محكمة الاستئناف بتازة عدد 59 بتاريخ 2010/04/12، ملف عدد 08/44، (غير منشور).

<sup>26</sup> - حكم المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 105، بتاريخ 2015/02/16، ملف عقاري عدد 2011/4/206 (غير منشور).

ومن القواعد الحمائية التي جاءت بها مدونة الأوقاف، قاعدة عدم جواز التصرف في المال الوقفي إلا وفق مقتضيات قانونية<sup>27</sup>، وهو ما يؤكد قرار صادر عن المجلس الأعلى -محكمة النقض حالياً- جاء فيه<sup>28</sup>: "...أن المال المحبس لا يمكن كسبه بالحيازة... وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق المقتضيات القانونية...".

وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، جاء فيه: "لا يصح التصرف في الحبس بأي نوع من أنواع التصرف... وعليه فمتى انصب التصرف على ملك محبس، كان هذا التصرف باطلا ومفسوخا شرعا"<sup>29</sup>.

وإذا كان الأصل هو عدم التصرف في الوقف العام، فإن هناك استثناءات تقضي- بضرورة التصرف فيه، وهذا ما تنص عليه مقتضيات المادة 60 من مدونة الأوقاف التي أجازت التصرف في الأوقاف العامة بجميع التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ على الأموال الموقوفة وتنمية مداخلها، وأن يكون من وراء هذه التصرفات مصلحة ظاهرة للوقف.

ويبدو أن رأي المشرع جاء متطابقا مع رأي فقهاء المالكية في جواز التصرف في المال الوقفي بشكل استثنائي عن طريق معاوضته نقدا أو عينا إذا انعدمت منفعته لتعويضه بما هو انفع وأجدى منه<sup>30</sup>، وهو ما افتي به شيخ الإسلام أحمد بن تيمية الذي قال: "يجوز عندنا بيع الوقف إذا تعطلت منفعته"<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> - هذا ما تنص عليه المادة 51 من مدونة الأوقاف التي جاء فيها: "يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق المقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة".

<sup>28</sup> - قرار المجلس الأعلى عدد 1/494، بتاريخ 2014/10/21، ملف مدني عدد 2014-1-1-664 (غير منشور).

<sup>29</sup> - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 1995 بتاريخ 2012/04/23 ملف مدني رقم 2010/1/1221 منشور ب "المنازعات الوقفية بين مواقف محاكم الموضوع وتوجيهات محكمة النقض"- ج 2، منشورات مجلة القضائي المدني، 2014، ص 40.

<sup>30</sup> - الصادق عبد الرحمان الغرياني، "مدونة الفقه المالكي وأدلته"، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى، 2002، ص 237.

<sup>31</sup> - شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، "مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية كتاب الاختيارات العلمية"، المجلد الرابع، دار الفكر، طبعة 1980، ص 100.

وبالتالي فإن الغاية من وراء قاعدة عدم قابلية الأملاك الوقفية للتصرف والاستثناءات الواردة عليها هي تحقيق مصلحة ظاهرة للوقف من أجل استمراره وتنميته.

ايضا من الضمانات التي نصت عليها مدونة الأوقاف نجد عدم قابلية الأملاك الوقفية للحجز، فكما هو معلوم أن الأملاك التي يمكن الحجز عليها هي التي يصح التصرف فيها، ولما كان الوقف العام لا يقبل التصرف فيه ضمنا لعدم تبيده، ولا يتأتى تملكه بالتقادم حفاظا على عدم انتقال ملكيته، اقتضى من باب أولى أن يمنع الحجز عليه<sup>32</sup>، وقد أكدت مدونة الأوقاف هذه الضمانة في المادة 51 منها التي نصت على أنه: "يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه...".

وبالتالي نكون أمام نص صريح يقضي بعدم قابلية الأملاك الوقفية للحجز، وهذا يتماشى مع الطبيعة الخاصة التي تتميز بها الأوقاف العامة.

ومن القواعد الجديدة التي جاءت بها مدونة الأوقاف كحل للإشكالات التي كانت تطرح في السابق، قاعدة عدم قابلية الأملاك الوقفية لنزع الملكية<sup>33</sup> بدون موافقة السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

فالمشروع المغربي قبل صدور مدونة الأوقاف كان يجيز نزع ملكية بعض الأملاك الوقفية و يرفض البعض الآخر، وهذا ما يستشف من مقتضيات الفصل 4 من قانون 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت<sup>34</sup> الذي نص على أنه: "لا يجوز نزع ملكية المباني ذات الصبغة الدينية المعدة لإقامة مختلف الشعائر وكذا المقابر والعقارات التابعة للملك العام والمنشآت العسكرية".

32 - عبد الرزاق اصبيحي، "فصل المقال فيما بين الوقف العام والمال العام من انفصال واتصال"، مقال منشور ب "أملاك الدولة 1"، منشورات مجلة الحقوق المغربية، 2012، ص 23.

33 يقصد بنزع الملكية، قيام السلطة الإدارية بحرمان المالك من عقاره جبرا لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل

- محمد أوزيان، "الأملاك المخزنية بالمغرب -النظام القانوني والمنازعات القضائية"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2013، ج 1، ص 67.

34 - ظهير شريف رقم 1-81-254، الصادر في 6 ماي 1982، الجريدة الرسمية عدد 3685، ص 980.

في هذا الإطار يرى أحد المهتمين<sup>35</sup> على أنه كان ينبغي على المشرع أن ينظر بنظرة شمولية للعقارات الحبسية، دون التمييز فيما بين تلك التي لها صبغة دينية باعتبارها معدة لإقامة الشعائر، وتلك التي لا تصطبغ - حسب رأي المشرع - بهذه الصبغة، فقط لأنها ليست معدة لإقامة الشعائر، ولو أن مداخيلها مرصودة للإنفاق على المباني المعدة لإقامة الشعائر.

لذلك جاءت مدونة الأوقاف ونصت بموجب المادة 59 على أنه: "لا يجوز نزع ملكية العقارات الموقوفة وقفا عاما من أجل المنفعة العامة إلا بموافقة صريحة من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، تحت طائلة البطلان".

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في قرار لها والذي جاء فيه<sup>36</sup> "وحيث إن الأوقاف العامة لا يجوز نزع ملكيتها من أجل المنفعة العامة إلا بموافقة صريحة من السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف الأمر الذي يكون معه طلب نقل ملكية المساحة المقتطعة من الملك الحبسي- غير مبني على أساس قانوني سليم يتعين الحكم برفضه".

وبالتالي فالمشرع من خلال مقتضيات المادة 59 من مدونة الأوقاف وفر حماية قانونية للأموال الوقفية إذ أصبح المبدأ عدم جواز نزع ملكية الأوقاف العامة إلا بموافقة من السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

<sup>35</sup> - عبد الرزاق اصبيحي، "الحاجة إلى التراجع عن نزع ملكية الأقباس العامة بالمغرب"، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 47، نونبر-دجنبر 2002، ص 64.

<sup>36</sup> - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 906، بتاريخ 2014/09/24، ملف إداري عدد 2013 /7112/95 (غير منشور).

## المبحث الثاني: الحماية الإجرائية للملك الوقفي -الإثبات نموذجاً-

جاءت مدونة الأوقاف بالعديد من الضمانات الاجرائية لحماية الأملاك الوقفية، أهمها إثبات الوقف الذي كان يعرف عدة إشكالات، إذ ظل القضاء المغربي متأرجحاً بين التوسع والتضييق في الأخذ بوسائل إثبات الوقف، وهذا راجع بالأساس إلى كون التشريع الحسبي قبل صدور مدونة الأوقاف كان يتسم بالغموض، لذلك جاءت مدونة الأوقاف وأنهت التضارب القضائي، واقرت بذلك الحرية في إثبات الوقف بجميع الوسائل، وهذا ما سنحاول معالجته في هذا المبحث

### المطلب الأول: اثبات الأملاك الوقفية قبل صدور مدونة الأوقاف

يكتسي موضوع إثبات الأملاك الوقفية أهمية بالنظر إلى التضارب القضائي الذي عرفه خاصة في مرحلة ما قبل صدور مدونة الأوقاف، إذ ظهر اتجاهان قضائيان، الأول تشدد في وسائل إثبات الوقف وحصرتها في رسم التحبيس المستجمع لكافة الأركان والشروط، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى -محكمة النقض حالياً- في إحدى قراراته: "لا يقضي للقائم بالحبس إلا بعد إثبات التحبيس، وملكية المحبس لما حبسه يوم التحبيس، للاحتمال أن يكون حبس غير ملكه، فإثبات ملكية المحبس لما حبسه شرط لاستحقاق الحبس، ويتم الإشهاد عليه في رسم التحبيس باعتبار الإشهاد شرط لازم في التبرعات، وفي كل ما كان من غير عوض، فإذا قال المحبس حبسته ولم يقل اشهدوا على ذلك، ولم يفهم حاله انه قصدهم إلى الإشهاد عليه فلا يصح شيء من ذلك والحبس باطل، ولا يسأل من بيده الشيء المدعى فيه، ولا من أين صار له، إلا بعد إثبات القائم بالحبس ملك الحبس".<sup>37</sup>

و بالتالي فإن هذا الاتجاه القضائي ضيق من وسائل إثبات الوقف بحصرها له في رسم التحبيس مستبعداً باقي وسائل الإثبات المعتمدة في الفقه الإسلامي، بالمقابل من ذلك ظهر اتجاه قضائي آخر تساهل في إثبات الوقف غايته في ذلك تحقيق حماية للأوقاف، فرسم التحبيس الذي يعتبره الاتجاه الأول ضرورياً لإثبات الوقف فإنه حسب هذا الاتجاه ليس ضرورياً، بل أنه يمكن إثبات الوقف بجميع الوسائل بما في ذلك شهادة السماع، إذ جاء في إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى -محكمة

<sup>37</sup> - قرار المجلس الأعلى عدد 2832 بتاريخ 2006/09/27، ملف مدني عدد 2005/3/1/2217، منشور ب "المنازعات الوقفية" ج 1، مرجع سابق، ص 136.



النقض حاليا-<sup>38</sup> "القرار المطعون فيه حين أبعد شهادة السماع في الحبس يكون مشوبا بعيب خرق قاعدة فقهية مفادها جواز إثبات الحبس بشهادة السماع الفاشي مادام مقررنا بالحيازة."

كما أكد في قرار آخر<sup>39</sup> أن "الحبس يمكن إثباته ولو ببينة السماع عندما يشهد شهودها أنهم لازالوا يسمعون من الثقات وغيرهم منذ عشرين سنة بأن المشهود فيه حبس ويحترم بحرمة الأحباس".

ولم يتوقف هذا الاتجاه القضائي على هذا الحد بل اعتد أيضا الشهادة اللفيفية كوسيلة لإثبات الوقف، وهذا ما يؤكد قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس<sup>40</sup> والذي جاء فيه "حيث انصب المقال الاستئنافي المقدم من طرف الجهة المستأنفة على كون العقار موضوع مطلب التحفيظ هو عقار حبسي، وأدلت تعزيزا لتعرضها لفيف عدد 117.

وحيث أن الحجج والوثائق المدلى بها من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية... فإنه لا مجال للقول بملكية لغير وزارة الأوقاف".

وتعتبر الحوالة الحبسية أيضا حسب هذا الاتجاه القضائي من وسائل إثبات الوقف، إذ جاء في إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى<sup>41</sup> "أنه طبقا لقواعد الفقه المالكي المعمول بها، فإن الحوالة الحبسية حجة بما تضمنته إلى أن ثبت العكس".

وحرصا من التوجه القضائي المسير لوسائل إثبات الوقف على حماية الأوقاف، فإنه لم يتوقف عند حدود إقرار حرية الإثبات بل ذهب أبعد من ذلك وأقر للوقف بالحيازة ولم يعترف بها في مواجته إعمالا بقاعدة "الحبس يحوز ولا يحاز عليه"،

<sup>38</sup> - قرار المجلس الأعلى عدد 3828 بتاريخ 2007/01/28، ملف مدني عدد 2005/1/2442 (غير منشور).

<sup>39</sup> - قرار المجلس الأعلى عدد 1933 بتاريخ 2010/05/21، ملف مدني عدد 2006-1-1-3460، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد المزدوج 135-136، أبريل-يوليوز 2012، ص 272.

منشور أيضا بالمنازعات العقارية، ج 1، منشورات مجلة القضاء المدني، 2014، ص 305.

<sup>40</sup> - قرار محكمة الاستئناف بفاس رقم 89-2014 بتاريخ 2014/03/19، ملف اعدد 2011/1404/231 (غير منشور).

<sup>41</sup> - قرار المجلس الأعلى عدد 8/430 بتاريخ 2013/09/10، ملف مدني عدد 2012/8/1/2629 (غير منشور).

وبناء عليه إذا حاز ناظر الأوقاف لملك باسم الوقف لمدة عشر سنين، فإن حيازته متى توفرت على شروطها تعتبر من وسائل إثبات الوقف. وهذا ما أكده المجلس الأعلى -محكمة النقض حالياً- في إحدى قراراته<sup>42</sup>: "...باعتبار الحيازة بيد وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لمدة طويلة يصبح المتعرض عليه ذا صبغة حبسية يحاز بما تحاز به الأقباس ويحترم بحرمتها...".

عموماً فإن هذا الاتجاه القضائي أضفى على الملك الوقفي خصوصية على مستوى إثباته وهو الاتجاه الذي انتصرت له مدونة الأوقاف التي أقرت حرية إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات

### المطلب الثاني: إثبات الأملاك الوقفية بعد صدور مدونة الأوقاف

لقد اهتمت مدونة الأوقاف بموضوع إثبات الأملاك الوقفية، محاولة في ذلك تجاوز الاختلافات القضائية التي كانت سائدة في هذا المجال، ونصت صراحة على حرية إثبات الوقف بجميع الوسائل وهذا ما تنص عليه مقتضيات المادة 48 من المدونة التي جاء: "يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس...".

وبهذا تكون مدونة الأوقاف وضعت حد للتضارب القضائي في موضوع إثبات الوقف متبنية في ذلك الاتجاه القضائي الميسر لوسائل الإثبات وذلك بالاعتماد على حرية إثبات الوقف بجميع الوسائل.

ولم تتوقف مدونة الأوقاف عند هذا الحد بل أخذت بقاعدة تشكل خصوصية في إثبات الوقف مفادها أن الإقرار يعد وسيلة إثبات لصالح الوقف ولا ينتج أي أثر في مواجهته وهذا ما تنص عليه مقتضيات المادة 48 من المدونة.

إن قاعدة عدم جواز الإقرار على الوقف نابعة من خصوصيته، التي تجعله حسب البعض مشابهاً لمال القاصر، فيكون ناظر الأوقاف بمثابة الوصي على مال القاصر يديره وفق ضوابط خاصة لا يستطيع أن يحدد عنها<sup>43</sup> في هذا الإطار نورد لقرار صادر

<sup>42</sup> - قرار المجلس الأعلى عدد 4636، بتاريخ 2010/11/02، ملف مدني عدد 2009/1/1/826 (غير منشور).

<sup>43</sup> - أشرف جنوي، "استثناء الأوقاف العامة من الأثر التطهيري للرسم العقاري"، مقال منشور ب"الأملاك الوقفية" - ج 2، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2014، ص 194.

عن محكمة الاستئناف بمكناس<sup>44</sup> والذي جاء فيه "... إن إقرار ناظر الوقف لا يلزم ولا يعتبر لأن الحبس كمصلحة المحاجير، فكما لا يجوز إقرار المقدم على محجوره لا يجوز إقرار ناظر الحبس على الحبس، وهي قاعدة شرعية مقررة ومنصوص عليها في دواوين الفقه، والأحباس تتعلق بحق الله تعالى فلا يجوز اعتماد الإقرار ضدها...".

ومما لا شك فيه أن قاعدة عدم جواز الإقرار على الوقف المنصوص عليها في المادة 48 من مدونة الأوقاف ستعمل على حل العديد من الإشكالات التي كانت تثار في مرحلة ما قبل صدور مدونة الأوقاف، إذ كان يطلب من نظار الأوقاف تسليم شهادة إدارية تثبت أن ملك معين لا يدخل ضمن الأملاك الوقفية، وبالتالي فإن تسليم ناظر الأوقاف لهذه الشهادة، يعد بمثابة إقرار، لكن السؤال المطروح هنا حول الأسباب التي كانت تدفع نظار الأوقاف إلى تسليم هذه الشهادة، هل هذا راجع بالأساس إلى عدم احصاء الأملاك الوقفية بالشكل الذي يبين ما للأوقاف وما للغير؟

في هذا الإطار ترى إحدى الباحثات، أن ذلك راجع إلى "استحالة معرفة كل الأموال الموقوفة، فقد اثبتت التجربة بأنه في العديد من الحالات لا يصل أمر التحبيس إلى علم الوزارة الوصية إلا في حالة نشوب نزاع بين أغيار عن الوقف، فيعمد البعض منهم إلى إخبار الجهة الوصية بأمر التحبيس مرفقا إياه بالوثائق المثبتة للحبسية"<sup>45</sup>، لهذه الأسباب وغيرها كان نظار الأوقاف يعملون على تسليم هذه الشهادة التي تعتبر بمثابة إقرار شريطة أن تتضمن هذه الشهادة حق الأوقاف في الرجوع عليها كلما ظهرت حجة تثبت أن ذلك الملك يدخل ضمن الأملاك الوقفية.

عموما فإن المشرع بإصداره لمدونة الأوقاف قد استطاع تجاوز الغموض والفرغ التشريعي الذي كان سائدا من قبل، وحسم النقاش في كثير من المسائل، هدفه في ذلك حماية الوقف وضمان أداء وظيفته الاجتماعية والاقتصادية.

<sup>44</sup> - قرار رقم 710 بتاريخ 13/03/1993، ملف عقاري عدد 6/90/2644، منشور ب "الأملاك الوقفية"-

ج 2، مرجع سابق، ص 258.

<sup>45</sup> - مجيدة الزياني، مرجع سابق، ص 121.



# الأزمة العابرة للحدود نموذج المهاجرات الأفريقيات جنوب الصحراء بالمغرب

صديق عزيز

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية الرباط  
مختبر حسن الأداء في القانون الدولي والمقارن

أصبحت الهجرة من القضايا الراهنة المطروحة بشدة على الساحتين الدولية والوطنية، نظرا لانعكاساتها الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية والسياسية. لدرجة أصبح العالم في مواجهة موجات جديدة للهجرة لم يستطع القانون الدولي تنظيمها وتقنينها بشكل دقيق. إن العوامل المسببة لهجرة الأشخاص لا تقتصر على العامل المنفر، والمتمثل في هروب الفرد من الأزمات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تشهدها دول العالم، بل تتعداه إلى الحديث عن العامل المحفز لتنقلات الأشخاص بحثا عن فرص عيش أفضل في إطار هجرة اقتصادية طوعية.<sup>1</sup> ويتوزع المهاجرون - و الذين وصل عددهم إلى حدود 2012، 240 مليون مهاجرة و مهاجرة- بشكل غير متوازن، حيث تنتقل الغالبية العظمى من الجنوب إلى الشمال.<sup>2</sup> ويشكل ارتفاع هجرة النساء من السمات البارزة لموجة الهجرة الثانية<sup>3</sup>، والتي نشهدها اليوم. ويعتبرن من أكثر الفئات الاجتماعية تضررا من التنقلات سواء الاختيارية أو القسرية،

<sup>1</sup> - سعيد كفايتي الهجرة في الوعي الديني اليهودي من اللامكان إلى المكان مقال منشور بالهجرة والعولمة تحت إشراف موحى الناجي مركز جنوب شمال 2012 ص 75.

<sup>2</sup> - لمزيد من الإحصائيات المرجو الإطلاع على الأجنب وحقوق الإنسان بالمغرب من أجل سياسة جديدة في مجال اللجوء والهجرة، تقرير المجلس الوطني لحقوق الإنسان منشور بمجلة العلوم القانونية "قضايا الهجرة والمهاجرين على ضوء الاتفاقيات الدولية والنصوص الوطنية مع رصد لأهم الاجتهادات القضائية العدد 6 2017 ص 179.

<sup>3</sup> - لفترات طويلة لم تكن النساء ممثلة بشكل كبير في التنقلات البشرية عكس ما نشهده اليوم، حيث تشكل 47 في المئة من المهاجرين سنة 1960 و 49 في المئة سنة 2000 أنظر Hania Zlotnik The global dimensions of female migration MARCH 1, 2003

بحيث يتعرضن عادة لمجموعة من المخاطر، وذلك بسبب التمييز القائم على النوع وانعدام المساواة. كما تتعرض النساء المهاجرات اللواتي يشتغلن في تربية أبناء العائلات المشغلة إلى جانب العمل المنزلي لانتقادات من طرف أطراف متعددة لكونها مسؤولة عن رعاية وحماية أطفال خارج حدودها في حين أن أبناءها وزوجها يقعون في مناطق بعيدة عنها.

فالعالم اليوم، يشهد تحولا وتغيرا واضحين في خريطةه السوسيو اقتصادية والثقافية نتيجة لظاهرة العولمة التي أثرت على تدفقات الهجرة. ولعل إخراج النساء من حقل اللامفكر فيه، أصبح هدفا أساسيا لهجرة يراد أن تبقى مقرونة بصفة الذكورية. ويعزز ذلك بتناقص اللجوء للتجمعات العائلية في بلاد الهجرة، وتميز النساء من حيث القدرات والكفاءات ومنافستها للرجل. كلها عوامل أدت إلى بروز ظواهر اجتماعية مازالت تسترعي اهتمام الباحثين، وفي مقدمتها الأسر العابرة للحدود وإشكالية ممارسة الأمومة.

إن الأدوار المنوطة بالنساء تتداخل فيها عناصر أساسية تظهر فيها الأمومة بشكل تتجاوزها الحياة المهنية، والعلمية، والزوجية. ثم إن الدراسات حول ظاهرة الأمومة العابرة للحدود، تتقاطع مع الأبحاث المتمحورة حول الهجرة والنوع. وهي كلها دراسات استأثر بها الباحثون الانجلوساكسونيون، نظرا لبروز الظاهرة في هذه الدول عكس الدراسات القليلة التي أنجزت في فرنسا.

ولم يكن المغرب -البلد الإفريقي القريب نظرا لموقعه الجغرافي من أوروبا كبلد عبور و استقرار مؤقت أو دائم لعدد كبير من المهاجرات الإفريقيات جنوب الصحراء<sup>4</sup>، في منأى عن هذه الظاهرة. وذلك بسبب إكراهات الهجرة السرية، والتي حولت آمال وتمنيات المهاجرات إلى مجرد مشاريع هجرة مجهزة. فيضطرن للاستقرار في المغرب والاشتغال في أعمال هامشية بعيدة عن مناطق الضوء والحماية القانونية والمؤسسية، مثل العمل المنزلي الذي تباشره المهاجرات اللواتي يعانين كافة أشكال التمييز والاستغلال.

<sup>4</sup>- Ali Faleh, Mohammed Bokbot, Mokhliss Derkaoui Alaoui les subsahariens entre transit au maroc et immigration clandestine en Espagne In الهجرة و العولمة تحت إشراف ص 83 موحى الناجي مركز جنوب شمال 2012.

ولعل ذلك ما دفعنا للبحث عن هذه الظاهرة في صفوف المهاجرات الإفريقيات، لاسيما وأنهن يعشن ظروفًا اجتماعية واقتصادية هشة، يصعب معها ممارسة أمومتها بشكل سليم. فإلى أي حد ساهمت العولمة في تكريس ظاهرة الأمومة العابرة للحدود؟ وما هو تأثير التنقلات القسرية أو الاختيارية على العادات العائلية والممارسات الحياتية داخل المغرب وفي بلدان إفريقيا جنوب الصحراء؟ وأي دور تلعبه هؤلاء الأمهات في التأسيس لفضاءات اجتماعية عابرة للحدود؟ وأية قيمة مضافة لهؤلاء النساء في تربية أطفال غرباء في ظل معاناتها من حرمان التجمع العائلي الخاص بها؟ وهل البنيات المحلية مؤهلة فعلا من ناحية مواردها، كفاءاتها، إرادتها... لضمان استمرارية الأسرة ككيان محوري؟.

إشكاليات رئيسية سأحاول الإجابة عنها من خلال إتباع خطة قوامها تقسيم الموضوع إلى مبحثين، حيث سنتناول في المبحث الأول ظاهرة ممارسة الأمومة في كنف أسر عابرة للحدود، ثم سنرصد في الثاني تمظهرات وآثار ممارسة المهاجرات الإفريقيات جنوب الصحراء للأمومة العابرة للحدود على المجتمع المغربي:

### أولاً: ممارسة الأمومة في كنف أسر عابرة للحدود

تشكل الهجرات الدولية خاصة الآتية من الدول النامية ظاهرة معاصرة تتمدد بشكل كبير، حيث تحولت الأسرة<sup>5</sup> من كيان مستقر في مكان واحد، إلى أسرة عابرة للوطن و الحدود، يعيش أفرادها في انفصال جسدي، و لكن يؤسسون دوما لفضاء خاص من حيث الإحساس بالدفء العائلي و السكنية.

ولقد بدأ تأنيث الهجرة الدولية منذ منتصف التسعينيات، حيث شكلت النساء سنة 2006 حوالي 50 % من نسب الهجرات الدولية<sup>6</sup>، ولقد ساهمت هذه الهجرة

<sup>5</sup>- Le foyer : une personne ou un ensemble de personnes qui, reliées ou non par des liens de parenté, occupent un logement particulier, partageant les principaux repas et/ou les dépenses pour couvrir en commun leurs besoins de base » Macció, Diccionario demográfico multilingüe 1985.

<sup>6</sup>- تمثل النساء اليوم أكثر من نصف المهاجرين الدوليين في العالم أجمع حيث يصل عدد المهاجرات إلى 95 مليون مهاجرة. ومع ذلك، فبالرغم من إسهامهن في تقليل الفقر ومشاركتهن في أنشطة اقتصادية صعبة للغاية إلا أن المجتمع الدولي لم يع إلا مؤخرا بأهمية ما لدى هؤلاء النساء المهاجرات ليقدمنه. وكذلك، لم يقر المسؤولون إلا مؤخرا بالتحديات والمخاطر الخاصة التي تواجهها النساء عندما يخاطرن بالسفر إلى

المتعاظمة في كسر صورة الهجرة الكلاسيكية المرتبطة بالرجال<sup>7</sup>، بسبب تزايد الطلب الخارجي على العمالة المنزلية، و جنوح المجتمعات المتقدمة للاعتماد أكثر على كفاءات المرأة في مجال العمل.

فعلى مستوى الإحصائيات من الصعب استحضار أرقام دقيقة بخصوص الأمهات المهاجرات عبر العالم، ولكن لم يمنع ذلك من وجود دراسات قد تشكل نقطة انطلاق لفهم هذه الظاهرة. ففي تقرير دولي نجد بأن 78.8 مليون مهاجر من أصل 213.9 مليون مهاجر دولي، سنهم يتراوح بين 20 و 39 سنة أي سن الزواج والقدرة على تكوين أسرة<sup>8</sup>. معظم النساء التي تشكل نسبتهن حوالي 47.96 في المائة تتراوح أعمارهن بين 20 و64 سنة ينحدرن من دول نامية.

ولقد أقحم مفهوم العابر للحدود بقوة في حقل العلوم الاجتماعية، حتى يعزز فرضية أن الانسان في تنقل دائم ولكن تحت قناع هوية سوسيو ثقافية. إنه استراتيجية تخص المهاجرين الذي يعزونها و يحافظون على علاقات اجتماعية متعددة و ينشؤون علاقات بين مجتمع الهجرة و المجتمع الأصلي<sup>9</sup>. فمثلا تعتبر الأسرة في الأنظمة جنوب الأوربية كإسبانيا وإيطاليا عنوانا للعيش الكريم لأفرادها، حيث النساء لهن دور محوري في مجال الرعاية الأسرية. أما في دول أخرى فتتكلف بهذه المهام السلطات العمومية، مما يؤثر على نظام الأدوار المنوطة بكلا الجنسين. و

---

بلاد جديدة." عن صندوق الأمم المتحدة للسكان 2006 حالة سكان العالم 2006 عبور إلى الأمل، النساء والهجرة الدولية.

<sup>7</sup>- إن " الهجرة والابتعاد عن الموطن الأصلي والأسري والجسدي، لم يعف الرجل من مراقبة فضاء المرأة وتدبير اليات الحياة فيه. " عن ابراهيم حسناوي الهجرة في ضوء المتخيل النسائي قراءة في فيلم الراكد لياسمين قيصاري مقال منشور في كتاب الهجرة في الثقافة الأمازيغية أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الفنية و التعابير الفنية و الانتاج السمعي البصري بتعاون مع كلية اسفي يومي 12 و 13 دجنبر 2007 منشورات المعهد الملكي للثقافة الأمازيغية 2011 ص 75.

<sup>8</sup>- للمزيد من الاحصائيات المرجو الاطلاع على التقرير التالي:

International Migration Report 2011 Department of Economic and Social Affairs  
Population Division United Nations December 2012

<sup>9</sup>- Alessandro Monsutti Itinérances transnationales : un éclairage sur les réseaux migratoires afghans «critique internationale» Presses de sciences po 2009/3 n° 44 p 86/87.



قد تناولت دراسات عديدة الأسر العابرة للحدود<sup>10</sup>، و كذا وضعية النساء في بلاد المهجر.<sup>11</sup>

كثيرا ما ننسى بأن النساء يعشن تجربتين هامتين في ان واحد، الأولى تتعلق بالهجرة و الثانية مرتبطة بواجب الأمومة<sup>12</sup>. فبسبب الرغبة في الوفاء بالتزاماتها العائلية المادية خاصة، وإبراز قدراتها وكفاءتها، تحاول المرأة خوض تجربة الهجرة تاركة أولادها وزوجها وراءها. لتقرر تغيير الحب بالمال<sup>13</sup>، و توفير طفولة مثالية لأبنائها لم تستطع الالتزام بتحقيقها في بلدها الأصلي الفقير و التائه عن طريق النمو.

وللإشارة فقد أكد منهاج عمل بكين عام 1955، على أن الهجرة والتنقل القسري أو الاختياري، يتسببان في حدوث تغييرات على مستوى هيكل الأسرة بشكل يضيف أعباء إضافية على المرأة. حيث تصبح المهاجرات العاملات في القطاعات الرسمية أو

<sup>10</sup>- À tire d'exemple [Glick Schiller Basch Linda](#) Nations Unbound: Transnational Projects, Postcolonial Predicaments and Deterritorialized Nation-States 2004. Et Geneviève Cortes, La fabrique de la famille transnationale. Approche diachronique des espaces migratoires et de la dispersion des familles rurales boliviennes. Presses de sciences Po « Autre part » 2011/1 n°57-58. Et Tanja Bastia and Erika Busse, Transnational Migration and Changing Gender Relations in Peruvian and Bolivian cities diversities Vol. 13, No. 1, 2011. [Deborah Bryceson](#) and [Ulla Vuorela](#) The Transnational family: new European frontiers and global networks cross-cultural perspectives on women Oxford NewYork Berg publishers 2002.

<sup>11</sup>- في بوليفيا هناك دراسات تمحورت حول إعادة تشكيل ديناميات العائلة من خلال الأدوار الجديدة المنوطة بالأمهات في علاقتهن بأفراد الأسرة في البلدان الأصلية.

Xavier Escandell and Maria Tapias Transnational lives, travelling emotions and Idioms of distress among Bolivian migrants in Spain journal of ethnic and migration studies Oct 2009.

وفي البلدان العربية أجريت دراسات عديدة نذكر منها وضعية النساء المهاجرات بتونس العاصمة حيث تم الوقوف عند الوضعية الصعبة لهؤلاء النساء المحرومات من الرعاية والاهتمام اللازمين أنظر:

Hassan Boubakri, Sylvie Mazzella l'horizon transnational d'une famille tunisienne élargie presses de sciences Po « autre part » 2011/1 N° 57-58.

<sup>12</sup>- Alex Batgglini, Sylvie Gravel, Laurence Boucheron, Michel Fournier Jean Marc Brodeur Caroline Poulin, Suzanne Deblois, Danielle Durand, Chantal Lefebvre, Bernard Heneman quand migration et maternité se croisent ; perspectives des intervenantes et des mères migrantes. Service social université Laval Volume 49, numéro 1, 2002 p 41.

<sup>13</sup>- Hochschild, A.R le drainage international des soins et de l'attention aux autres cahiers genre et développement (5) 2005 p75-82.

غير الرسمية أقل استفادة من الحماية في جميع تجلياتها. فعزلة المرأة تزداد خاصة بعد أن تترك بلدها، قريتها، عائلتها وكل كيائها المادي والمعنوي وراءها، وتختار الاستقرار بشكل غير طوعي عادة في بلد لا يؤمن إلا بنمط عيش مبني على الاستهلاك والعمل، وبشبكة علاقات اجتماعية ضعيفة. ذلك أن الهجرة ينظر إليها كنوع من القطيعة بين العائلة و المحيط<sup>14</sup>، حيث الهشاشة مضاعفة سواء في البلدان المصدرة للهجرة أو المستقبلية لها مما يؤثر على ممارسة الأم لأدوارها<sup>15</sup>.

حسب brycesson و vuorela<sup>16</sup>، فالأسرة العابرة للحدود هي عائلة ممتدة خارج حدود الوطن الواحد، حيث أفرادها يعيشون منفصلين معظم الأوقات، ولكن لديهم ارتباطات و يحسون بما يمكن تسميته بإحساس الراحة و السكنينة الجماعيتين، و الذي من خلالها يعوضون غياب لحمة العائلة. فهذا الانفصال الجسدي بين الأم و أبنائها يشكل تغييرا في هيكله و أولويات الأمومة<sup>17</sup>.

يرى بعض الباحثين بأن هجرة الأب لا تشكل تغييرا كبيرا، ولا تترك أثرا مهما على سيرورة و حياة الأسرة عكس الأم حينما تغترب. حيث تتعرض بنية العائلة لاختلال عميق ، مما يعكس الدور العميق للأم المهاجرة التي تعيش حياة صعبة بين بلدين<sup>18</sup>.

<sup>14</sup>- Alex Batgglini, Sylvie Gravel, Laurence Boucheron, Michel Fournier Jean Marc Brodeur Caroline Poulin, Suzanne Deblois, Danielle Durand, Chantal Lefebvre, Bernard Heneman quand migration et maternité se croisent ; perspectives des intervenantes et des mères migrantes. Service social université Laval Volume 49, numéro 1, 2002 p 63.

<sup>15</sup>- " عملت رحمة في الخليج عند عائلات لديها أطفال. ومثل أي عاملة منزل تكون هي نفسها أمًا، كان الجزء الأصعب في المهمة هو رعاية الأطفال الذين كانوا يذكرونها طوال الوقت بأطفالها. ويجعلونها تتساءل: «أنا دير بالي على أولاد الناس. أولادي مين دير باله عليهم؟. يا ترى هسة شو يسوي؟ شو ياكل؟". من قصص عاملات منزليات من سريلانكا والفلبين وإندونيسيا بالأردن، يحكين فيها عن الغربة، وتحدي تدبير الأمومة عن بعد. أنظر للمزيد من التفاصيل: <https://www.7iber.com/society/migrant-domestic-mothers/>

<sup>16</sup>- Deborah Bryceson, Ulla Vuorela The transnational family: new European frontiers and global networks Bloomsbury Publishing 2002.

<sup>17</sup>- «Transnational families are defined here as families that live some or most of the time separated from each other, yet hold together and create something that can be seen as a feeling of collective welfare and unity, namely familyhood, even across national borders» eborah Bryceson, Ulla Vuorela (2002 : 3).

<sup>18</sup>- "La migration chez les femmes peut provoquer des bouleversements concernant leur maternité ». Claire Mestre migration, maternité et médicalisation:

وتحاول البحث بكل الطرق عن طريقة لتنفيذ التزاماتها خاصة تجاه أبنائها عن طريق إرسال الأموال كشكل من أشكال الوفاء بدين رمزي تجاه العائلة، التي تركتها خلفها. وذلك لأجل أن تبقى محتفظة بصورة الأم المثالية بعيدا عن الصور النمطية المرتبطة بكونها أما مهملة و غير مسؤولة.<sup>19</sup>

كيف يمكن للهجرة أن تسبب في قطيعة واستمرارية للعلاقات العائلية في ان واحد؟ الجواب صعب لكون المهاجرات لا يستطعن الحفاظ على الروابط مع بلدهن الأصلي تاركات عاداتهن، تقاليدهن، قناعاتهن وممارستهن الاجتماعية والثقافية في مفترق الطرق، خاصة وهن يواجهن تحديات جديدة في دول غريبة عنهن. ولكن هذه المرأة غالبا ما تغير من نظرتها تجاه ظروف الهجرة، أو تقلل من وطأة الشعور بالغربة عندما تحس بأن كرامتها وانسانيتها محفوظة، وتحس بكرم العيش وتوسع افاق الحرية خاصة بالدول المتقدمة.

هناك من الباحثين من يعتبر خدمات الرعاية الاجتماعية كنوع من التبادل بين الشمال والجنوب<sup>20</sup>، وهذا ما يجعل مجتمعاتنا في تحرك مضطرب يوازي تنقل الأفراد، و تنقل القيم و العادات و التقاليد والانشغالات معهم<sup>21</sup>. فالإطار السوسيو ثقافي لمجتمعات البلدان المصدرة للهجرة و البلدان المستقبلة، يعتبر حقل ممارسة

ce qu'en pensent les africaines vivant en France Eres | « spirale » 2015/4 n° 76 P 90.

<sup>19</sup>- Robin Cavagnoud, Tristan Bruslé Le matricentrage comme stratégie de protection des enfants : le cas des migrations internationales de femmes boliviennes presses des sciences Po « autrepant » 2013/3 N° 66 .124 و 123 ص

<sup>20</sup>- Vincent Kaufmann, Les paradoxes de la mobilité, bouger, s'enraciner Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2008 Juliette Maisons . « un déplacement dans l'espace devient mobilité lorsqu'il implique aussi un changement social » Vincent Kaufmann, Les paradoxes de la mobilité, bouger, s'enraciner Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2008 Juliette Maisons .P 154-155

<sup>21</sup>- ليس الأشخاص وحدهم من يتنقل ولكن أفكارهم، قيمهم، نمط عيشهم كذلك sous la direction de Rachid Chaabita migration internationale Africaine Le Harmattan 2016 p154..

الأمومة بدينامياتها وتفاعلاتها العابرة للحدود<sup>22</sup>. و بالخصوص "المرأة المهاجرة داخل الذات و الفضاء معا تعيش موزعة بين فضائين اثنين يندران كذلك بالخطر.<sup>23</sup>"

ولعل ما يفسر راهنية موضوع الأمومة عن بعد، هو إحساس بعض الدول الأوروبية بالحاجة لاستقطاب النساء المهاجرات ومن خلاله أهمية ممارسة الأمومة عن بعد. ففي سنة 2002 شهدت إيطاليا ميلاد قانون جديد للهجرة (2002/189) والمعروف بقانون، bossi-fini حيث اعترفت الحكومة لأول مرة بالمساهمة الإيجابية للمهاجرات لفائدة الأسر الإيطالية في مجال ضمان ظروف حياة أفضل للأشخاص غير المستقلين عن الآخرين في القيام بأموهم اليومية المعتادة. واقترحت لأجل ذلك تسوية قانونية خاصة لهؤلاء النساء في مقابل الخدمات الجليلة التي يقدمنها للمجتمع الإيطالي.

### ثانيا: تجليات و آثار ممارسة المهاجرات الإفريقيات للأمومة العابرة للحدود على المجتمع المغربي:

يعتبر المغرب بلد هجرة بامتياز، حيث يبلغ عدد المغاربة المهاجرين بالخارج حوالي 4،6 مليون مغربي و مغربية<sup>24</sup>. بالإضافة إلى عدد كبير من المهاجرين والمهاجرات خاصة الأفارقة الذين يلجون المغرب كمحطة عبور مؤقتة أو دائمة، خاصة مع تشديد إجراءات مراقبة الحدود من طرف أوروبا منذ سنة 2003.

وقد كشفت دراسة صادرة عن الوزارة المكلفة بالمغاربة المقيمين بالخارج و شؤون الهجرة سنة 2018، أن المهاجرين الأفارقة يأتون إلى المغرب من 25 دولة افريقية<sup>25</sup>. يمثل الذكور نسبة 79.7 % منهم. أغلبهم من الشباب والشابات أقل من

<sup>22</sup>- Isabel Yopez, Carmen Ledo, Mirko Marzadro Si tu veux que je reste ici, il faut que tu t'occupes de nos enfants ! » Migration et maternité transnationale entre Cochabamba (Bolivie) et Bergame (Italie) presses de sciences Po « autrepant » 2011/1 N° 57-58 201 ص .

<sup>23</sup>- ابراهيم حسناوي الهجرة في ضوء المتخيل النسائي قراءة في فيلم الراكد لياسمين قصاري مقال منشور في كتاب الهجرة في الثقافة الأمازيغية أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الفنية و التعاير الفنية و الانتاج السمعي البصري بتعاون مع كلية اسفي يومي 12 و 13 دجنبر 2007 منشورات المعهد الملكي للثقافة الأمازيغية 2011 ص 78.

<sup>24</sup>- السياسة الوطنية للهجرة واللجوء المغرب تقرير سنة 2017.

<sup>25</sup>- حسب تقرير للبنك الدولي صادر سنة 2011 هاجر حوالي 30 مليون افريقي دوليا، أي أن نسبة 3 % من سكان افريقيا تنقلت على المستوى الدولي منهم 10 مليون خارج حدود القارة. أنظر

36 سنة. وتشتغل نسبة كبيرة منهم خاصة النساء في العمل المنزلي (حوالي 18%). وقد كان عددهم بالمغرب سنة 2006 حوالي 10000 مهاجر ومهاجرة حسب إحصائيات وزارة الداخلية. إلى أن وصلوا حاليا إلى حوالي 35.000 من بينهم حوالي 7000 طالب<sup>26</sup>.

وقد بدأ المغرب سنة 2014 في اعتماد عملية تسوية وضعية للمهاجرين، والتي كانت من بين أهداف ومرامي الاستراتيجية الوطنية الجديدة في مجال الهجرة واللجوء، حيث تمت تسوية وضعياتهم الإدارية خلال نفس السنة، موزعين على 116 دولة، حيث شملت التسوية 92% من بين 27463 حالة، منهم 10000 من النساء. ونظرا للقرب الجغرافي، يعتبر المغرب صلة وصل بين افريقيا وأوروبا، بحيث انتقل من بلد مصدر للهجرة، إلى بلد عبور ثم إلى بلد استقرار جزئي أو كلي للمهاجرين. هذه الوضعية الأخيرة أسست لتحولات سوسيو اقتصادية وثقافية على المجتمع المغربي، يقول الأستاذ محمد الخشاني: "يوجد الطلب على أشكال خاصة من الشغل بالدول المستقبلية للمهاجرين والمهاجرات. هذا الطلب وبسبب الأجر الزهيد، ومرونة سوق الشغل يفسر تزايد الإقبال على عروض شغل هشة أو محتقرة اجتماعيا. هذه الحقيقة تنطبق على المغرب أيضا"<sup>27</sup>.

و من أبرز تجليات الأمومة العابرة للحدود بالمغرب، هو ما يمكن أن نسميه منح تفويض الاضطلاع بمسؤولية تربية الأبناء أو العناية بالأشخاص المسنين أو في وضعية صعبة لعاملة منزلية مهاجرة خاصة من دول افريقيا جنوب الصحراء و اسيا<sup>28</sup>. وينظر لذلك على أن له إيجابيات كثيرة على المجتمع المغربي، من بينها

---

Sous la direction de Rachid Chaabita migration internationale Africaine L'Harmattan 2016 p 150.

<sup>26</sup>- <https://www.ccme.org.ma/fr/medias-et-migration/10103>.

<sup>27</sup>- Sous la direction de Bachir Hamdouch l'avenir des migrations transméditerranéennes au-delà des crises p 114.

<sup>28</sup>- « Dans la vague d'immigration du début des années 2000, il y avait des femmes, quand en 2005 il est devenu difficile de passer à Ceuta et Melilla et que les migrants restaient de plus en plus au Maroc. Il y a eu un besoin de subsistance et beaucoup de femmes ont cherché un travail dans les maisons. En se proposant comme une main d'œuvre domestique. Ces femmes ont ressuscité l'envie des femmes marocaines d'avoir des femmes de service. » Abdou D président de l'association des ressortissants sénégalais au Maroc in Narzena Lanza les

تفادي التوترات العائلية في مجال التنازع حول القيام بمهام الرعاية الأسرية، و تفادي تغيير نمط حياة الأم المشتغلة و التي تتعرض لضغوطات كبيرة في ميدان الشغل و خارجه<sup>29</sup>. لكن بالمقابل قد يؤسس ذلك لعلاقة شغل مشوبة بالتعسف. وهناك من الباحثين الأكاديميين من اعتبروها كنوع من الرق أو العبودية المقنعة.<sup>30</sup> أو العبودية الطوعية المتنقلة<sup>31</sup>. إن مجال خدمات الرعاية أو ما يصطلح عليه إيجازا بمفهوم «care»، و التي تضم أنشطة الرعاية والعناية عن قرب بفئات معينة كالأطفال و العجزة و المعاقين... بدأ يتعاظم اللجوء إليها بالمغرب، خاصة بعد خروج المرأة المغربية بشكل قوي لسوق الشغل<sup>32</sup>، وكذا لشيخوخة هرم الساكنة<sup>33</sup>. لأجل ذلك

domestiques Sénégalaises au Maroc un travail servile entre tradition et modernité migrations subsahariennes au maroc Karthala 2011. P 120.

<sup>29</sup>- Isabel Yopez, Carmen Ledo , Mirko Marza dro Si tu veux que je reste ici, il faut que tu t'occupes de nos enfants ! » Migration et maternité transnationale entre Cochabamba (Bolivie) et Bergame (Italie) presses de sciences Po « autre part » 2011/1 N° 57-58 206 ص .

<sup>30</sup>- Giovanni Mottura and matteo Rinaldini migrant's paths in the Italian labour Market and in the migrant regulatory framework precariousness as a constant factor in refuges, récent migrants and employment challenging barriers and exploring pathways edited by Sonica Mckay Routledge 2009.

<sup>31</sup>- هذه العبودية تجبر النساء على العيش بعيدا عن عائلتها الصغيرة والكبيرة وفي المقابل توفر للغرباء رعاية خاصة، أطفالها في أمس الحاجة لها.

<sup>32</sup>- حسب المندوبية السامية للتخطيط في مذكرة إخبارية بخصوص سوق الشغل خلال سنة 2014 أنه ببلوغهم 11.813.000 شخص، ارتفع حجم السكان النشيطين البالغين من العمر 15 سنة فما فوق، ما بين سنتي 2013 و2014، بـ 0,9% على المستوى الوطني، +1,4% بالوسط الحضري و+0,3% بالوسط القروي. وعرفت الساكنة في سن النشاط (الأشخاص البالغين من العمر 15 سنة فما فوق)، من جهتها، ارتفاعا بنسبة 5%، 1. وهكذا، ونظرا لتنامي حجم الساكنة في سن النشاط بوتيرة أكبر من تلك التي عرفها حجم الساكنة النشيطة، تراجع معدل النشاط، ما بين الفترتين، من 48,3% إلى 48% مسجلا بذلك انخفاضا بـ 0,3 نقطة. وأن نسبة مساهمة النساء في الشغل بلغت 22,6% على المستوى الوطني، 13,9% بالوسط الحضري و36,2% بالوسط القروي.

<sup>33</sup>- قدم المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي المغربي سنة 2015 رأيا بخصوص الأشخاص المسنين بالمغرب والبالغ عددهم 3 مليون شخص تمثل النساء 52 في المئة منهم أكثرهم يعانون من الأمراض المزمنة والعزلة. حيث أكد التقرير على أن لجوء النساء لسوق الشغل بقوة سيضع التضامن العائلي وخاصة رعاية المسنين في مأزق.

« La famille, et en son sein particulièrement, les femmes, continue de jouer un rôle essentiel dans la prise en charge des personnes âgées. Or, la montée prévisible, à moyen et long terme, de l'insertion des femmes dans le marché de l'emploi va certainement "mettre la solidarité familiale vis-à-vis des personnes âgées à rude épreuve. »

يتم اللجوء لخدمات المهاجرات من أجل القيام بدور الأم البديلة للأطفال، أو دور أفراد الأسرة في رعاية الأشخاص في وضعية خاصة<sup>34</sup>. في حين تترك أسرتها الصغيرة و الكبيرة مجبرة على مواجهة تحديات الحياة<sup>35</sup>.

ولا تساعد الوضعية غير القانونية للمهاجرات على الولوج لسوق الشغل، خاصة وأنهن ينتقلن قسرا بسبب ظروف بلادها الصعبة في ظل الحروب الأهلية، الجفاف، التعسف و العنف القائم على النوع..، مما يدفعهن للجوء للفرص التي يتيحها الاقتصاد غير المهيكل من قبيل التسول، و بيع بعض المواد و العمل المنزلي. و بالتالي تقل فرص الاندماج في مجتمعات الهجرة كهذه، كلما وجدت المرأة المهاجرة نفسها في مواجهة الفقر و الحرمان و التمييز، وكل أشكال العنف الممارس ضدها من طرف مجتمع غريب عنها و العكس صحيح<sup>36</sup>.

تواجه المهاجرات الافريقيات بالمغرب عدة تحديات مرتبطة بوضعهن الاجتماعي، وعروض العمل المتوفرة لهن، وسبل ضمان اندماج ايجابي في المجتمع المغربي. الشيء الذي يؤثر بشكل سلبي على أسرهن، وبالنسبة للمعيلات لعائلتهن يعشن معاناة مضاعفة، أولا تلك المرتبطة بظروف الهجرة الصعبة ثم المرتبطة أحيانا بترك الأبناء ببلدانهن الأصلية، مما يؤثر بشكل سلبي على حالتهم النفسية و

<sup>34</sup>- يصعب الحصول على معطيات شاملة تهم المهاجرات الافريقيات جنوب الصحراء بالمغرب بسبب عدم القدرة على الاحاطة بعينة من النساء التي تعيش في وضعية غير قانونية (الهجرة السرية). عن تقرير تمكين المهاجرين النساء المهاجرات بالمغرب بدعم من الاتحاد الأوروبي مقاربة اجتماعية وطبية. شتبر 2014 ص 10.

<sup>35</sup>- "L'impact du déplacement forcé sur les femmes et les filles peut être dévastateur. Avec la séparation des familles, l'appui et la protection que fournissait la famille disparaissent. Les membres de la famille peuvent devoir assumer des rôles différents et les femmes et les filles peuvent devenir les seuls soutiens de famille pour leurs enfants/frères et sœurs. Cette situation est exacerbée par le manque d'égalité entre les sexes." Manuel du HCR pour la protection des femmes et des filles janvier 2011 P 11.

<sup>36</sup>- "Cette étude montre que les femmes ont peu d'attaches avec les réalités culturelles et rituelles de leur groupe ethnique, quand tout se passe bien. » Claire Mestre migration, maternité et médicalisation : ce qu'en pensent les africaines vivant en France Eres | « spirale » 2015/4 n° 76 P 92.

العاطفية، حيث يعشن في قلق دائم خاصة مع بروز انتحار أبناء المهاجرات ببعض الدول.<sup>37</sup>

كما تعاني المرأة المهاجرة الافريقية من بعدها عن زوجها وأفراد أسرتها، حيث تعيش في شتات ذهني طوال الوقت. لاسيما و أن وجود الأسرة قرب الفرد، يشكل سندا كبيرا له على مواجهة تحديات الحياة<sup>38</sup>. ف "ربط الاتصال بين الهنا والهنالك يتم... عبر اليات تواصلية بصرية مثل الصورة الفوتوغرافية والكاميرا، وهي اليات توجي بالأنوثة والحميمية، وتحيل في الان نفسه على الذاكرة والنسيان. وكأن المرأة توظف الصورة وسلطاتها المتميزة ومفاتها لتشغل ذاكرة الزوج المهاجر وتمارس عليه نوعا من الإغراء. إغراء العودة للأنوثة..."<sup>39</sup>

إن الحديث الإيجابي عن هجرة النساء لا يكون فقط بالاعتراف بأدوارهن وتأثيرهن في تنمية دول الهجرة، وإنما يتم بتقدير تنقلاتهن وعبره تقدير جهودهن المضنية في مسارات التنشئة الاجتماعية. ذلك أن "أهمية هجرة النساء في التغيير الاجتماعي لم تعد أمرا يحتاج إلى برهان، حيث تسهم في تحرير المرأة التي تشعر باستقلاليتها الذاتية بعد سفر الزوج إلى الخارج، وعندما تهجر بمفردها أو عندما تصبح مستقلة اقتصاديًا. وهكذا تصبح المرأة - التي كانت في السابق تابعة لسلطة الزوج في بلاد نشأتها - مستقلة وهي المسيرة لحياتها، مما يولد دوعيا جديدا بالذات ويسهم في تنمية تقدير الذات."<sup>40</sup>

<sup>37</sup> - "السنة الماضية، واجهت هانا حدثا مفصلياً آخر، عندما اتصلت بها زوجة أخيها وأخبرتها أن ابنتها الوسطى (17 سنة) على وشك الانتحار.... مرت سنة على الحادثة، لم يحدث خلالها شيء، لكنها تعيش مع ذلك في قلق مستمر، لأنه: «من يدري؟». لهذا هي تتصل بكثافة بأبنائها" من قصص عاملات منزليات من سريلانكا والفلبين واندونيسيا بالأردن، يحكين فيها عن الغربة، وتحدي تدير الأمومة عن بعد. أنظر للمزيد من التفاصيل: <https://www.7iber.com/society/migrant-domestic-mothers>

<sup>38</sup> - الإحساس بالأمومة يكون سندا لحياة المرأة كآثى ويقوي من وجودها في بلاد المهجر.  
<sup>39</sup> - ابراهيم حسناوي الهجرة في ضوء المتخيل النسائي قراءة في فيلم الراكذ لياسمين قصاري مقال منشور في كتاب الهجرة في الثقافة الأمازيغية أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الفنية و التعابير الفنية و الانتاج السمعي البصري بتعاون مع كلية اسفي يومي 12 و 13 دجنبر 2007 منشورات المعهد الملكي للثقافة الأمازيغية 2011 ص 78.

<sup>40</sup> - جون لوي فيل الهجرة النسائية بين دول البحر المتوسط والاتحاد الأوروبي يوروميد الهجرة 2 المفوضية الأوروبية 2008-2011 ص 16



لا بد من إعادة النظر في الترسنة القانونية المنظمة لمجال الهجرة، و من بينها القانون رقم 02-03<sup>41</sup>، الذي لا يأخذ بعين الاعتبار في شكله الحالي الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية للمهاجرات. بالإضافة لتعديل النصوص القانونية المرتبطة بالشغل والحماية الاجتماعية، والأسرة حتى تستجيب لحاجيات النساء المهاجرات قصد ممارسة أمومتهم بالشكل الذي يحفظ كرامتهن ويعزز ثقتهن بأنفسهن.

إن الحديث عن الهجرة هو حديث عن استقرار في أراضٍ الغير وإلزام على تبني قيمه، وجهة نظره، وتشريعاته بمعزل عن أية قناعة. طالما أن الدواعي الاقتصادية، تفرض في كثير من الأحيان على المهاجرات والمهاجرين إعادة النظر في هويتهم ومعتقداتهم وبنائهم السيكولوجي.

يلزم إخراج معاناة المهاجرات الإفريقيات بالمغرب من الظل، ومنحهن فرصة المساهمة في التنمية. وهي خلاصة تقرير صادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية سنة 2018، والذي أشار إلى أن الهجرات بين إفريقيا يمكن أن تؤثر إيجاباً على التحول الهيكلي لبلدان الاستقبال، إن تم تديرها بشكل جيد. كما ينبغي أن تنشأ الهجرة عن اختيار وليس عن ضرورة كما جاء في المبدأ الأول من المبادئ التي تضمنها تقرير اللجنة العالمية للهجرة الدولية<sup>42</sup>.

ولعل المراقبة الصارمة لأوروبا لحدودها ومحاولات منعها التدفقات الهائلة للمهاجرين الأفارقة نحوها، يسائل الضمير الانساني عن جدوى عبارات من قبيل

<sup>41</sup>- « D'après la Loi marocaine 02-03 relative à l'entrée et au séjour des Etrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et a l'immigration Irrégulières", tout étranger se trouvant au Maroc sans documents officiels est un criminel. Malgré le fait que beaucoup de marocains tentent d'aider et d'assister les migrants subsahariens, cette criminalisation signifie que la violence sociale, la discrimination, la stigmatisation et la marginalisation sont monnaie courante. » violences et vulnérabilité et migration bloqués aux portes de l'Europe rapport sur les migrants subsahariens en situation irrégulière au Maroc. Médecins sans frontières mars 2013.p9

<sup>42</sup>- « يجب أن يتمكن النساء والرجال والأطفال من استغلال طاقاتهم وسد احتياجاتهم وممارسة حقوقهم وإشباع تطلعاتهم في بلادهم الأصلية، وبهذا يتحقق مفهوم أن تكون الهجرة عن اختيار وليس عن ضرورة. علي النساء والرجال الذين يهاجرون ويلتحقون بسوق العمل الدولي أن يتمكنوا من تحقيق ذلك بشكل قانوني وفي أمان تام حيث إن الدول والمجتمعات المستقبلية لهم تقدرهم وتحتاج إلى مهاراتهم.» تقرير اللجنة العالمية للهجرة الدولية 2005 .

التضامن الدولي والحاجة للعمالة الأجنبية. سيما وأن القارة الافريقية تعرضت لعمليات استغلال واسعة خلال فترات الاستعمار<sup>43</sup>. ثم كيف سنفسر أن القارة الافريقية تترك سكان العالم يأتون إليها، ولا تطبق عليهم سياسات هجرة للحد من حرية تنقلهم<sup>44</sup>. وقد نذهب بعيدا للتساؤل عن فعل الهجرة في حد ذاته، وهل تنقل المرأة في ظل الظروف الراهنة الموسومة بالعنف و الاستغلال البشع يعتبر هجرة مكتملة الأركان و الشروط؟<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup>- « Comment comprendre que les frontières de l'occident soient toujours ouvertes par l'accueil des matières premières Africaines et de plus en plus fermées pour celui des migrants africains. » Sous la direction de Jean Emmanuel Pondi un regard africain immigration et diaspora Maisonneuve et Larose 2007. P 167

<sup>44</sup>- Sous la direction de Rachid Chaabita migration internationale Africaine Le Harmattan 2016 p 154.

<sup>45</sup>- " Pour pouvoir s'exprimer sur le sens qu'elles donnent à leurs expériences. Ont-elles migrés ? perçoivent-elles leur séjour en Espagne comme une migration ? Faut-il rappeler que le verbe migrer en dialectal marocain n'est pas utilisé dans le même sens qu'il a pour les chercheurs et les journalistes en français. Tout se passe comme si les journalistes et les chercheurs supposaient que ces femmes étaient dans un projet caché, dont elles ne veulent pas exprimer les éléments et de fait les journalistes et les chercheurs reproduisent eux aussi ce qu'on a dénommé « le soupçon migratoire » Ahlam Rahmi déplacement de main d'œuvre ou migration le cas du travail agricole des marocaines en Espagne In الهجرة المغربية في زمن العولمة تنسيق لكبير عطوف منشورات كلية الآداب و العلوم الانسانية اكاير 2014 ص 310

# تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة - المبدأ والاستثناء -

جمال إدهبي  
باحث بصف الدكتوراه  
كلية الحقوق - سطات

## مقدمة:

يعتبر الميدان الاقتصادي في المغرب من بين الميادين التي حظيت باهتمام كبير أثناء وضع الخريطة السياسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب<sup>1</sup>، هدفها المباشر هو تطوير قطاع الأعمال<sup>2</sup>، من خلال العمل على تشجيع المبادرات الفردية التي غالبا ما يتم تنظيمها في شكل تجمعات للأشخاص والأموال تتخذ قالب شركات تجارية.

وتبعا لذلك، ومن أجل تمكين هذه الشركات بشكل عام والشركة ذات المسؤولية المحدودة بشكل خاص من لعب دورها الكامل في تنمية الحياة الاقتصادية، فإن المشرع المغربي حاول وضع ترسانة قانونية مهمة<sup>3</sup>. تعتبر اللبنة الأساس لجلب الاستثمار الأجنبي<sup>4</sup>، وتوفير فرص الشغل.

1 - تراجع في شأن ذلك مضامين الرسالة الملكية للمغفور له جلالة الملك الحسن الثاني، الموجهة إلى المجلس الأعلى بمناسبة إحيائه الذكرى الأربعين لتأسيسه، مجلة قضاء المجلس الأعلى، أشغال الندوة المخصصة لعمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، سنة 1999، ص 21.

2 - سناء الوزيري: السياسة الجنائية في ميدان الشركات التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2005-2006، ص: 2.

3 - القانون المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة و شركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة، الذي تم وضعه بمقتضى القانون رقم 5.96 الصادر بتطبيقه ظ.ش

ولا يخفى على أحد، الأهمية الكبرى التي تكتسيها الشركة ذات المسؤولية المحدودة في النسيج الاقتصادي المغربي باعتبارها سهلة التأسيس، ولكون الشركاء لا يتحملون المسؤولية إلا في حدد حصصهم المقدمة في رأس المال.

ومن أهم المقتضيات الأساسية للنظام القانوني للأنصبة، هو تداولها<sup>5</sup> أي انتقال ملكية هذه الأنصبة من شخص إلى آخر<sup>6</sup>، فيكون للشريك الحق في نقل هذه الملكية لأحد الشركاء كمبدأ عام. فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي أن يوافق بين المبدأ الذي هو منع تفويت الأنصبة والاستثناء الذي يقضي بتفويت الأنصبة؟ وهل تفويت الأنصبة يسري فقط على الحالة التي تفوت فيها للغير؟ أم أنه يسري كذلك حتى على الحالة التي تفوت فيها لأحد الشركاء؟ وهل يملك الشركاء حق استرداد الأنصبة في حالة انتقال حصة الشريك المتوفى إلى ورثته؟

لدراسة هذا الموضوع ارتأينا تقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: منع تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

المطلب الثاني: حرية تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

---

رقم 19749 بتاريخ 5 شوال 1417 الموافق 13 فبراير 1997، ج.ر عدد 4478 بتاريخ 23 ذي الحجة 1417 الموافق فاتح ماي 1997، والذي وقع تغيير وتتميمه بمقتضى قانون رقم 2105 الصادر بتنفيذه ض.ش رقم 10621 المؤرخ في 14 فبراير 2006، ج.ر عدد 5400 بتاريخ 2 مارس 2006.

<sup>4</sup>- تزداد أهمية تشجيع الاستثمار داخل المغرب من خلال تضمين قانون شركة ذات المسؤولية المحدودة حيزاً مهماً من المواد الجنائية.

- لمزيد من التفصيل، يراجع :

-Mohamed El Mernissi: Rapport introductif au colloque sur le projet de la société anonyme, application enjeux, R.M.D.E.D 1996, n° 37, p 32.

<sup>5</sup> - يقصد بالتداول لغة الدوران، نقول دالت الأيام أي دارت، ودوال الشيء جعله متداولاً تارة لهؤلاء وتارة لهؤلاء.

- مجمع اللغة العربية: "المعجم الوجيز" طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، سنة 1991، ص: 239.

<sup>6</sup> - يستشف ذلك من تنظيم المشرع لموضوع تداول الحصص في المواد 56 إلى 61 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات.

### المطلب الأول: منع تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

إن تفويت الأنصبة بين الشركاء يتم بكامل الحرية، كانتقالها عن طريق الإرث وبين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، كل ذلك ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك.

وعليه، فإن تفويت أنصبة الشركة إلى الأغيار لا يتم إلا برضى أغلبية الشركاء (الفقرة الأولى)، ونفس الشيء في حالة رهنها (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: تفويت الأنصبة إلى الأغيار

تنص الفقرة الأولى من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه: " لا يمكن تفويت أنصبة الشركة للأغيار إلا برضى أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة".

يتبين من هذه المادة، أن المشرع المغربي اشترط على الشريك الراغب في تفويت أنصبته إلى الغير الأجنبي عن الشركة<sup>7</sup>، حصوله على موافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة<sup>8</sup>، مما يعني أن موافقة الشركاء على التفويت إلزامية<sup>9</sup> في كل الأحوال تحت طائلة إبطال عملية التفويت<sup>10</sup>.

ويتعين على الشريك الراغب في تفويت حصته للغير إعداد مشروع التفويت وتبليغه<sup>11</sup> إلى الشركة وإلى كل واحد من الشركاء حينما تضم الشركة أكثر من شريك<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> - يقصد بالغير الأجنبي عن الشركة الشخص الذي ليس بالشريك.

<sup>8</sup> - تكمن أهمية شرط موافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة، في تمكين الشركة من مراقبة عملية دخول شركاء جدد إليها و السماح لها باستبعاد دخول المفوت إليهم غير المرغوب فيهم، إلا أن ما يؤخذ على هذا الشرط هو مساسه بمبدأ حرية تفويت الأنصبة، لأنه يترتب عنه ضرر للشريك الذي يعتزم مغادرة الشركة والذي برغم توفر فرصة مناسبة للتفويت أنصبته لأحد من الأغيار يجد نفسه مقيدا بشرط موافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة.

<sup>9</sup> - حق الموافقة يقرر للشركاء حق الاعتراض على الغير الأجنبي عن الشركة إن تنازل له الشريك عن حصته، وبالتالي يجوز لهم شراء الحصة بالأولوية على المتنازل إليه الذي يرشحه الشريك الراغب في التنازل عن الحصة.

<sup>10</sup> - نعتقد أن تقييد حرية الشريك في تفويت أنصبته لأحد من الأغيار ما هو إلا تقييد مؤقت، حيث لا يمكن أن يظل الشريك حبيس أنصبته طول حياته.

<sup>11</sup> - يتم تبليغ مشروع التفويت إما طبق الكيفيات المنصوص عليها في المواد 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية أو بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل.

وإذا لم تعلن الشركة عن حق الاسترداد<sup>13</sup> داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من آخر التبليغات اعتبر ذلك قبولا للتفويت.

وهكذا، إذا وافقت الشركة على انتقال الأنصبه للغير بقبول المتنازل إليه شريكا جديدا في الشركة فقد انتهى الأمر<sup>14</sup>. أما إذا رفضت الشركة الموافقة<sup>15</sup> على انتقال الأنصبه للغير، فإن المشرع لم يترك الشريك الراغب في تفويت أنصبته لأحد الأعيان مكتوف اليدين، بل وضع تنظيما يمكن من خلاله لهذا الشريك الخروج من هذا المأزق<sup>16</sup>، وذلك بإلزام الشركاء بشراء أو العمل على شراء الأنصبه بثمن محدد داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ الرفض<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> - يكون من مصلحة المتنازل و المتنازل إليه تبليغ مشروع التفويت إلى الشركة وإلى كل واحد من الشركاء في وقت واحد حتى يتجنب اختلاف المواعيد، لأن هذا التبليغ هو نقطة البداية بالنسبة لجميع المواعيد اللاحقة.

<sup>13</sup> - يتعلق حق الاسترداد بحق الأفضلية الممنوح بمقتضى الاتفاق إما لأحد الشركاء أو الشركة نفسها. ومن ثمة، فهذا الحق هو ذلك الاتفاق الذي يتضمنه نظام الشركة و يرتضيه الشركاء و ينص على حق الشركة في رفض التنازل المزمع عن الأنصبه من أحد الشركاء إلى الغير وعلى حقها في استرداد هذه الأنصبه لصالح الشركاء أو الغير أو الشركة ذاتها خلال مدة معينة و مقابل ثمن عادل يتم الاتفاق سلفا على طريقة تحديده وعلى كيفية الوفاء به إلى المشتري المتنازل إليه.

- حمد الله حمد الله محمد: "مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه" دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص:136.

- وحق الاسترداد إما أن يتم إيراده في النظام الأساسي للشركة أو في وثيقة منفصلة عن هذا النظام. فعندما يضمن هذا الحق في النظام الأساسي للشركة، فإنه يشكل غالبا مزية أساسية للحفاظ على التوازن بين مختلف الشركاء، كما يقوم بوظيفة حفظ الاستقرار مادام يسمح للشركاء الآخرين بالحفاظ على نفس النسبة بين مشاركتهم. == أنظر بهذا الخصوص:

-M.Cozion Viandier ; FL.Deboisy : "Droit des sociétés " 13éd. Litec.n°893.p:299.

<sup>14</sup> - إذا كان من حق الشريك تفويت أنصبته إلى الغير، فإن ذلك مشروط بأن لا يترتب عن هذا التفويت زيادة عدد الشركاء عن خمسين شريكا، لأن ذلك من القواعد التي يتعين احترامها فإن أحدث التنازل زيادة في عدد الشركاء عن العدد المذكور وقع باطلا.

<sup>15</sup> - إن رفض القبول هو قرار يخضع للسلطة التقديرية للشركة، والذي لا تلتزم بتعليقه، بل إنه لا يقبل أي طعن إلا شابه التعسف في استعمال الحق، حيث إن الغير المستبعد من دخول الشركة لا يمكنه التمسك بأي حق مكتسب لدخولها.

<sup>16</sup> - Phillipe Merle : "Droit Commercial et sociétés Commerciales" 6<sup>ème</sup> édition, 1998. p :178.

<sup>17</sup> - تجدر الإشارة، إلى أنه لا يمكن للشريك المفوت إلزام الشركاء شراء أو العمل على شراء الأنصبه، مالم يكن مالكا لأنصبته منذ سنتين على الأقل، مما يعني أن الشريك الذي لم يكن مالكا لأنصبته منذ سنتين على الأقل

غير أنه إذا تعذر على الشركاء الشراء أو العمل على شراء الأنصبة ولو من أحد الأغيار يتم اختياره من قبلهم يكون بديلا للغير الذي اقترحه المفوت<sup>18</sup>، كان من حقهم اتخاذ قرار يرخص للشركة ذاتها القيام بإنجاز عملية الشراء.

و تبعا لذلك، يمكن للشركة وباتفاق مع الشريك المفوت<sup>19</sup> أن تقرر داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ الرفض، تخفيض رأس المال بمبلغ القيمة الإسمية لأنصبة هذا الشريك وإعادة شرائها بالثمن المحدد من طرف الخبير المعين لذلك.

نشير في الأخير، إلى أن المشرع المغربي أجاز للشركة أن تقوم بشراء أنصبة الشريك المفوت بغرض تخفيض رأس المال، حيث يعتبر هذا الحال فرصة أخيرة للحيلولة دون دخول الغير إلى الشركة<sup>20</sup>. إلا أن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص، هل يجوز للشريك الراغب في تفويت أنصبته للغير العدول عن عزمه والاحتفاظ بمركزه كشريك؟

بالرغم من تنظيم المشرع المغربي لحق الشركة في الموافقة على مشروع التفويت، فإن ما يؤخذ عليه، أنه لم ينظم حق الشريك في العدول عن مشروع التفويت، عندما ترفض الشركة الموافقة على التنازل المزمع عن الأنصبة من أحد الشركاء إلى الغير.

في هذا الإطار، ترى سميحة القليوبي<sup>21</sup>: "أنه يجوز للشريك الراغب في التنازل عن أنصبته للغير العدول عن رغبته عند عدم موافقة باقي الشركاء على التنازل إليه، حيث لا يجبر على التنازل للشركاء الآخرين، إذا أعلنوا رغبتهم في استرداد الأنصبة

---

يبقى حبس الشركة إلى أن يكمل هذه المدة التي تخول له إلزام الشركاء بشراء أو العمل على شراء الأنصبة بئمن محدد.

<sup>18</sup> - نشير في هذا السياق، إلى أن اقتراح الشركاء لأحد الأغيار لشراء الأنصبة بدلا من الغير الذي اقترحه المفوت في مشروع التفويت اقتراحا جديدا يتطلب هو الآخر الحصول على الأغلبية العددية (نصف الشركاء+1) والأغلبية القيمة (3/4 أنصبة الشركة).

<sup>19</sup> - استعمال المشرع لعبارة "باتفاق الشريك المفوت" تفيد أن عملية شراء الشركة لأنصبة الشريك المفوت، لا تتم إلا بعد موافقة هذا الأخير، وبالتالي فإن موافقة الشريك المفوت تعتبر ضرورية لبدء إجراءات تخفيض رأس المال.

<sup>20</sup> - Zouaoui Brahim: "La société unipersonnelle à responsabilité limitée ou la technique juridique limitée" Revue de droit international et droit comgré ; 2ème trimestre, 2002, p :195.

<sup>21</sup> - سميحة القليوبي: "الشركات التجارية" دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة 1993، ص:242.

بنفس الشروط المعروضة من الغير، وذلك حتى ولو لم يتضمن عقد الشركة الاعتراف بهذا الحق للشريك الراغب في التنازل".

كما يرى أحمد شكري السباعي<sup>22</sup>: "أن كفتي ميزان رفض الموافقة من طرف الشركة و عدول المفوت عن التفويت متساوية، فللشركة كامل الحق في رفض المفوت إليه من الغير، وللشريك الحق في العدول عن التفويت و الاحتفاظ بمركزه في الشركة".

### الفقرة الثانية: رهن أنصبة الشركة

لم يتطرق المشرع المغربي لموضوع رهن أنصبة الشركة بصورة مفصلة في القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، وإنما عالج إشكالات موافقة الشركة على مشروع رهن الأنصبة من عدمه<sup>23</sup> في مادة مقتضبة وهي المادة 59 من نفس القانون، أما إنجاز الرهن و تحقيقه بين المدين الراهن و الدائن المرتهن فيبقى خاضعا للقواعد العامة.

وبالرجوع إلى الفصل 1197 من ظ.ل.ع نجد المشرع المغربي نص على أن: "رهن الأسهم والحصص في الشركات المحدودة المسؤولة والسندات الإسمية للشركات المالية والصناعية أو التجارية أو المدنية التي يحصل انتقالها بتقييده في سجلات الشركة، يمكن أيضا أن يتم بتقييد ما يفيد رهنها في تلك السجلات".

فالمشرع المغربي بهذا الفصل قد أقر بصفة صريحة إمكانية رهن الأنصبة<sup>24</sup>، حيث يجب أن يحرر الرهن كتابة، ويقيد في سجلات الشركة، بما يفيد رهن الأنصبة. أما إذا تم رهن هذه الأخيرة ولم يتم تقييدها في سجل الشركة، فالمؤكد أن هذا التنازل لا ينفذ في مواجهة الشركة ولا ينشئ علاقة قانونية بينها وبين الدائن المرتهن، ومن ثمة يكون المدين الراهن وحده مسؤولا عن أنصبته، لأنه المالك لها في نظر الشركة<sup>25</sup>.

22 - أحمد شكري السباعي: م،س،ص: 428.

23 - أحمد شكري السباعي: م،س،ص: 435.

24 - يمكن أن يشمل الرهن كل الأنصبة التي يملكها المدين الراهن، وقد يقتصر الرهن على جزء منها فحسب.

25 - رهن الأنصبة دون اتباع إجراءات التقييد في السجل الشركة الذي تمسكه هذه الأخيرة لهذا الغرض يعرضها للخطر.



والجدير بالذكر، أنه إذا كانت الأنصبة قابلة لأن تكون محلا للرهن<sup>26</sup>، فإن ذلك يتطلب توفر الشروط التالية:

1. أن يقوم الشريك المدين الراهن بإعداد مشروع الرهن، ويبلغه إلى الشركة وإلى كل واحد من الشركاء حينما تضم الشركة أكثر من شريك، إما طبق الكيفيات المنصوص عليها في المواد 37 و38 و39 من قانون المسطرة المدنية أو بواسطة رسالة مع الإشعار بالتوصل.

2. لا بد من موافقة الشركة على مشروع رهن الأنصبة، وهذه الموافقة قد تكون صريحة<sup>27</sup> وقد تكون ضمنية<sup>28</sup>.

وهكذا، إذا وافقت الشركة على مشروع رهن الأنصبة<sup>29</sup>، فإنه يترتب على هذه الموافقة قبول المفوت له- الدائن المرتهن- عند تحقيق جبري للحصص المرهونة، ما عدا إذا فضلت الشركة بعد حصول التفويت إعادة شراء الأنصبة بدون تأخير قصد تخفيض رأسمالها.

نشير في الأخير، إلى أن رهن الأنصبة-وكما سبق القول- لا يسري أثره في مواجهة الدائن الراهن إلا بتقييد هذا الرهن في سجل الشركة، لأن القيد في هذا سجل يكون حجة على ملكية المفوت إليه للأنصبة في مواجهة كل من يدعي حقا عليه.

وفي حالة ما إذا تم رهن الأنصبة لشخصين على التوالي، فإن من بادر منهما إلى تقييد هذا الرهن في سجلات الشركة هو من يملك الأنصبة في مواجهة الجميع بصرف

26 - أحمد شكري السباعي: م، س، ص: 435.

27 - لا يكون قرار الشركة قبولا صريحا بالموافقة على مشروع رهن الأنصبة، إلا برضى الأغلبية العددية ( نصف الشركاء+1) و أغلبية قيمية ( 3/4 أنصبة الشركة). ويمكن اتخاذ هذا القرار في جمعية عامة أو عن طريق استشارة كتابية إن كان النظام الأساسي للشركة ينص على ذلك طبقا لمقتضيات المادة 71 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات.

28 - يكون قرار الشركة قبولا ضمينا بالموافقة على مشروع رهن الأنصبة، إذا لم تتخذ أي قرار في الموضوع داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من آخر التبليغات.

29 - تجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي قرر قاعدة خاصة مفادها ضرورة حصول الشريك على موافقة الشركة على مشروع رهن الأنصبة، إذا رغب في رهنها للغير، أما إذا رغب في رهن أنصبته إلى أحد الشركاء أو زوجه أو أصوله أو فروعه، فإن المشرع لا يشترط موافقة الشركة على مشروع رهن الأنصبة، لأن انتقال الحصص إلى هؤلاء لا يخضع لحق الاسترداد.

النظر عن أسبقية تاريخ وقوع الرهن لكل منهما<sup>30</sup>، إلا إذا ثبت أن المفوت إليه اللاحق قد عمد إلى ارتكاب الغش من أجل الإضرار بالمفوت إليه السابق الذي لم يتم بتقييد الرهن في السجل المعد لهذا الغرض، كما أنه بالتقييد في سجل الشركة تصبح الأنصبة بمنأى عن التنفيذ عليها من قبل دائني المفوت، لأنه بذلك تكون قد خرجت من الذمة المالية للمدين الراهن، ودخلت في الذمة المالية للدائن المرتهن؛ وبالمقابل لا يمكن للدائن المرتهن الذي لم يقوم بتقييد هذا الرهن في سجل الشركة أن يحتج بملكية الأنصبة في مواجهة دائني المفوت، فإن تم القيد بعد تعرض المدين الراهن لصعوبات و بعد الحكم بتصفيته، فلا يحتج بهذا الرهن على الدائنين<sup>31</sup>.

### المطلب الثاني: حرية تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

من المعلوم، أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة يمنع عليها إصدار قيم منقولة تحت طائلة بطلان الإصدار، وتحت طائلة جزاء جنائي<sup>32</sup>، و لا يمكن أن تمثل الأنصبة بسندات قابلة للتداول.

إلا أن القاعدة العامة في الأنصبة التي تصدرها الشركة ذات المسؤولية المحدودة، أنها قابلة للتفويت بكل حرية بين الشركاء<sup>33</sup> (الفقرة الأولى)، ونفس الشيء بالنسبة لورثة الشريك أو الأزواج أو الأقارب أو الأصدقاء إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: تفويت الأنصبة بين الشركاء

تنص الفقرة الأولى من المادة 60 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه: " يمكن تفويت الأنصبة بكل حرية بين الشركاء". فالمرجع المغربي بهذا المقضى منح للشريك الحق في أن يتنازل عن أنصبته بكل حرية دون أن يخضع ذلك

<sup>30</sup>- Yves Chartier : " Droit des affaires" tome2, sociétés commerciales, 3<sup>ème</sup> édition, PUF 1992, p :463.

<sup>31</sup> - علي حسن يونس: " الشركات التجارية: الشركات ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة و التوصية بالأسهم" مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، سنة، 1999، ص:331.

<sup>32</sup> - تنص المادة 114 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 2000 إلى 30000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مسيرو الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذين يقومون بإصدار قيم منقولة كيفما كانت لفائدة الشركة سواء بصورة مباشرة أو بوسيط".

<sup>33</sup> - كل ذلك ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك.

لأي قيد<sup>34</sup>، ودون أن يستلزم ذلك موافقة باقي الشركاء أو أغلبيتهم، سواء كان التنازل حاصلًا بمقابل أو بغير مقابل.

ومن جانبنا نرى، أنه يبدو من المنطقي أن عدم إخضاع تنازل الشريك عن أنصبته لأحد الشركاء لموافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبه الشركة، يبرره عدم مساس هذا التداول بحقوق الشركة أو الدائنين، لأن الشريك الذي يعتمد إلى تفويت أنصبته لا يحصل على قيمتها من الشركة، وإنما يحل محله المفوت إليه كشريك بديل فيبقى رأس مال الشركة لضمان حقوق دائنيها<sup>35</sup>.

و الجدير بالذكر، أن النظام الأساسي للشركة قد يتضمن شرطًا يحد من قابلية الأنصبه للتفويت<sup>36</sup>، ويجد هذا الشرط سنده في اعتبارات متعددة فقد تتكون الشركة من مؤسسين يعرف بعضهم بعضًا وتكون لديهم رغبة موحدة في حماية الشركة داخليًا بالحيلولة دون تمكين البعض من السيطرة عليها عن طريق شراء حصص البعض الآخر<sup>37</sup>، وقد يكون الهدف هو تحقيق المساواة بين الشركاء، و الحفاظ على توزيع الحصص و السلطات بالصورة التي نشأت بها الشركة عند تأسيسها<sup>38</sup>، إلى غير ذلك من الاعتبارات.

<sup>34</sup> - تجدر الإشارة، إلى أن الشريك الراغب في تفويت حصصه، يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، أولها: أن يكون مالكا للحصص محل التفويت، ثانيها: أن يتفق الطرفان على عدد الحصص محل التنازل، ثالثها: أن يتم الاتفاق بموجب إرادة خالية من العيوب التي تشوبها.

<sup>35</sup> - Sébastien Part : "Droits et obligation des associés. Pactes d'actionnaires. Droit de retrait et exclusion. Renforcement des droits des minoritaires" caz.pal. du vendredi 9 a samedi 10 octobre 1998.p :43.

<sup>36</sup> - تنص الفقرة الثانية من المادة 60 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على ما يلي: "إذا تضمن النظام الأساسي شرطًا يحد من قابلية الأنصبه للتفويت، طبقت أحكام المادة 58 من نفس القانون".

<sup>37</sup> - مصطفى كامل طه: "الأحكام العامة في الشركات التجارية: شركات الأشخاص، شركات الأموال" دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 1998، ص: 208.

<sup>38</sup> - أحمد شكري السباعي: "الوسيط في الشركات و المجموعات ذات النفع الاقتصادي" الجزء الخامس، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط- الطبعة الأولى، سنة 2005، ص: 429.

فالمبدأ إذن، أن هذا الشرط جائز<sup>39</sup>، إلا أنه يصبح باطلا متى كان من شأنه القضاء الكامل على حق الشريك في تفويت أنصبته في أي وقت<sup>40</sup>، لمنافاته مع المبدأ الذي نص عليه المشرع المغربي<sup>41</sup>.

وهكذا، إذا اتفق الشركاء على الخروج عن الأصل العام<sup>42</sup>، فإن التنازل عن الأنصبة بين الشركاء يصبح في حكم التنازل عنها للغير<sup>43</sup>، على اعتبار أن الخطورة لا تكمن في المتنازل إليه، لأنه شخص معلوم بالنسبة للشركاء و لا يشكل خطورة عليهم، وإنما تكمن الخطورة في عدم التعادل الطارئ على توزيع السلطات بينهم<sup>44</sup>.

ويترب على هذه الوضعية، وجوب تطبيق أحكام المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، والمتعلقة بتفويت أنصبة الشركة للأغيار بحذافيرها، ولكن هذه المرة ليس عملا بالقانون، ولكن عملا بأحكام النظام الأساسي، بما في ذلك قيام الشركاء بالشراء أو العمل على الشراء ولو باقتراح أحد الأغيار، أو أن تقوم الشركة ذاتها بالشراء. وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أنه يمكن للشركاء التنصيب في النظام الأساسي على تخفيض الأغلبية لقبول تفويت الأنصبة فيما بينهم<sup>45</sup>، كما يمكن لهم

39 - لا شك أن هذا الشرط يكون جائزا متى لا يصل إلى درجة المنع المطلق، أي إلى حد حرمان الشريك من حق تفويت أنصبته لزملائه الشركاء.

40 - لأن من شأن ذلك إجبار الشريك على البقاء في الشركة طوال حياته.

41 - تنص الفقرة الأولى من المادة 60 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه: "يمكن تفويت الأنصبة بكل حرية بين الشركاء".

42 - نعتقد أن السبب الذي يجعل الشركاء يتفقوا على الخروج عن الأصل العام- أي مبدأ حرية التنازل عن الحصص- هو رغبتهم في حماية الشركة داخليا، وذلك عن طريق منع بعض الشركاء من السيطرة على الشركة عن طريق شراء حصص البعض الآخر، وبالتالي فإن الشرط الذي يحد من عدم قابلية الأنصبة للتفويت يهدف بالأساس إلى تحقيق المساواة بين الشركاء، والحفاظ على توزيع الحصص والسلطات داخل الشركة بالصورة التي نشأت بها عند تأسيسها.

43 - وبذلك يكون للشركاء أن يضعوا في كافة واحدة التنازل عن الأنصبة فيما بينهم و التنازل عن الحصص إلى الغير، وكذلك يجوز لهم تنظيم القيد في هذه الحالة بقواعد خاصة، كأن يمنحوا هذا الحق لبعض الشركاء أو اشتراط أغلبية معينة للموافقة على التنازل للشريك.

44 - عبد الرحمن السيد قرمان: "حق الشركاء في استرداد الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة: دراسة مقارنة في الأليات القانونية لحماية الشركة من دخول الغرباء و حفظ التوازن بين الشركاء" دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص:146.

45 - بمعنى أن الأغلبية المتطلبة لقبول تفويت الأنصبة بين الشركاء تقبل التخفيض ولا تقبل الزيادة.

تقصير الآجال<sup>46</sup> المقررة في المادة 58 أعلاه دون الزيادة فيها، وذلك رافة بالشريك المفوت لأنصبته إلى واحد أو أكثر من الشركاء.

نشير في الأخير إلى، أن حق الشريك في تفويت أنصبته لزملائه الشركاء يبقى قائماً، ولا ينتهي هذا الحق مادامت الشركة قائمة تمارس نشاطها، ومادامت متمتعة بشخصيتها المعنوية، هذه الشخصية لا تنتهي ولو بعد حل الشركة<sup>47</sup>، إذ تبقى الحصص قابلة للتفويت في هذه الحالة، لينتهي الحق في تفويتها عند قفل التصفية و انتهاء الشخصية المعنوية للشركة<sup>48</sup>.

### الفقرة الثانية: انتقال الأنصبة عن طريق الإرث أو بين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية

تنص الفقرة الأولى من المادة 56 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه: "تنتقل الأنصبة بحرية عن طريق الإرث أو بين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية".

القراءة المتأنية لهذه المادة تفيد، أن الأنصبة تنتقل بحرية و بقوة القانون إلى ورثة الشريك بعد وفاة هذا الأخير<sup>49</sup>، كما تنتقل بنفس الطريقة بين الأزواج و الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية.

وهكذا، لكي يستفيد المتنازل إليه من هذا المبدأ-أي انتقال الأنصبة- يجب أن تتوافر بشأنه صفة الوارث أو الزوج وقت التنازل عن الأنصبة، ومن ثم لا يشمل التنازل عن الأنصبة الأشخاص الذين كانت تربطهم علاقة زواج انفصمت عراها لأي

<sup>46</sup> - وهي مهلة ثلاثين يوماً المقررة لتحريك مختلف الإجراءات و المساطر، وكذا مهلة ستة أشهر التي تمنح للشركة قصد الأداء مع مراعاة حالات التمديد.

<sup>47</sup> - جمال إدبهي: "الشخصية المعنوية للشركات التجارية في القانون المغربي" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة التكوين و البحث، المقابلة و القانون، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الحسن الأول- سطات- السنة الجامعية: 2012-2013، ص: 92 و مايليها.

<sup>48</sup> - تنص الفقرة الثانية من المادة 362 من القانون 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، والقابلة للتطبيق على شركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب الإحالة الواردة في المادة الأولى من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، على أنه: "تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة لأغراض التصفية إلى حين اختتام إجراءاتها".

<sup>49</sup> - أحمد شكري السباعي: م، س، ص: 431.

سبب، وكذلك تنازل الشريك عن أنصبته لخليلته أو خطيبته<sup>50</sup>، وبالتالي يعتبر باطلا كل شرط يمد هذا المبدأ إلى غير الأزواج أيا كانت درجة المودة التي تربط الشريك المتنازل بالمتنازل إليه<sup>51</sup>.

غير أن ما ينبغي التأكيد عليه في هذا الإطار، هو أن النظام الأساسي للشركة يمكن أن يتضمن شرطا يقضي بأن الوريث أو الزوج لا يصبح شريكا في الشركة إلا بعد موافقة الشركاء<sup>52</sup> ووفقا للشروط المنصوص عليها في النظام الأساسي<sup>53</sup>، كما يعد باطلا كل شرط يمنح الشركة آجال طويلة للموافقة<sup>54</sup> أو أغلبية تفوق الأغلبية الممثلة على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة<sup>55</sup>.

وتبعاً لما سبق، يمكن للوارث وكذا للشريك الراغب في تفويت الأنصبة إلى الزوج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، في حالة وجود شرط في النظام الأساسي يقضي بأنه لا يصبح الوريث أو الأشخاص المشار إليهم أعلاه، إلزام الشركاء بالشراء أو العمل على الشراء داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ رفض التفويت<sup>56</sup>، أو قيام الشركة بالشراء داخل نفس الأجل بقصد تخفيض رأس المال، غير أنه إذا انصرمت المهلة المحددة ولم يحصل أي حل من الحلول المنصوص عليها في الفقرتين 3 و4 من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، جاز

<sup>50</sup> - Paule le Canu : "Droit des Sociétés" 2EDIT. Montchrestien, 2005.P :701.

<sup>51</sup> - عبد الرحمن السيد قرمان: م، س، ص: 155.

<sup>52</sup> - للشركاء حق الخروج عن مبدأ حرية انتقال الأنصبة عن طريق الإرث أو بين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، وذلك بالاتفاق في النظام الأساسي للشركة على تقييد انتقال الأنصبة إلى أحد هؤلاء، بذات القيود التي يخضع لها انتقال الأنصبة إلى الغير.

<sup>53</sup> - في هذا الإطار قررت محكمة النقض: " أن انتقال الأنصبة لغير الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة حسب المادة 56 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، يتم بكامل الحرية عن طريق الإرث أو بين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، غير أنه يمكن أن ينص في النظام الأساسي للشركة على أن أحد الأشخاص المشار إليهم أعلاه أو الوارث، لا يصبح شريكا إلا بعد قبوله وفق الشروط المنصوص عليها فيه".

- قرار محكمة النقض عدد 1201 بتاريخ 2004/11/03، منشور عبر الموقع الإلكتروني:

-ww.artemis.ma

<sup>54</sup> - لا يمكن أن تتجاوز الآجال الممنوحة للشركة للبحث في القبول أجل ثلاثين يوماً فيما يتعلق بإنجاز مختلف الإجراءات، ستة أشهر كمهلة للأداء ومع مراعاة حالات التمديد، وذلك طبقاً للفقرة الثالثة والرابعة من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات.

<sup>55</sup> - تنحصر الأغلبية المتطلبة لاستصدار الموافقة في رضى أغلبية عددية (نصف الشركاء+1)، وأغلبية قياسية (3/4 أنصبة الشركة).

<sup>56</sup> - وذلك طبقاً لأحكام الفقرتين 3 و 5 من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات.

لشريك إنجاز التفويت المقرر في الأصل إلى الزوج أو الأقارب أو الأصهار، وكذا انتقال الأنصبة إلى الوارث، ولو لم تمض على ملكية الأنصبة مدة سنتين<sup>57</sup>، أي يحق له إنجاز التفويت، حتى ولو كانت مدة ملكية الأنصبة شهر واحد أو سنة واحدة أو أكثر<sup>58</sup>.

غير أنه، إذا تعدد المفوت لهم، وأدى ذلك إلى الزيادة في عدد الشركاء عند الحد المنصوص عليه قانوناً<sup>59</sup>، فإن أنصبتهم تعد في حكم أنصبة في يد شخص واحد بالنسبة إلى الشركة. ويمثل المفوت إليهم المذكورين واحد منهم أمام الشركة، مالم تفوت أنصبتهم إلى واحد أو عدد منهم للأغيار ضمن الحد المعين في خمسين شريكاً.

---

57 - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه: " في غير حالة إرث أو هبة للزوج أو للأصول أو للفروع إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، لا يمكن للشريك المفوت التمسك بأحكام الفقرتين 5 و3 من نفس المادة، مالم يكن مالكا لأنصبته منذ سنتين على الأقل".

58 - أحمد شكري السباعي: م، س، ص: 433.

59 - تنص المادة 47 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه: " لا يمكن أن يتجاوز عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة خمسين شريكاً".

## خاتمة:

في ختام هذه الدراسة لموضوع تداول الحصص في شركة ذات المسؤولية المحدودة، خرجنا بالخلاصات التالية:

أولاً: يمنع على الشركة ذات المسؤولية المحدودة إصدار قيم منقولة تحت طائلة بطلان الإصدار، ويمنع عليها أيضاً ضمان إصدار قيم منقولة تحت طائلة بطلان الضمان، ولا يمكن أن تمثل الأنصبة التي تصدرها بسندات قابلة للتداول.

ثانياً: المبدأ العام الذي يحكم تداول الأنصبة بين الشركاء هو حرية الانتقال، نفس المبدأ يحكم تداول الأنصبة عن طريق الإرث وبين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، رغم ما قرره المشرع المغربي من قيود اتفاقية تحد منه، لأن هذه الحرية من الأسس الجوهرية التي تقوم عليها شركة ذات المسؤولية المحدودة.

ثالثاً: تفويت الأنصبة إلى الأغيار، أخضعه المشرع المغربي لقيود قانونية تحد منه، حيث اشترط موافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة، نفس القاعدة هي التي تطبق في حالة رهن أنصبة الشركة.

ونعتقد أن الوقت قد حان ليتدخل المشرع المغربي من أجل تدارك كل النقائص التي تشوب عملية تداول الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وجعلها أكثر فعالية من خلال المقترحات التالية:

- جمع النصوص القانونية المنظمة لعملية تداول الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، بشكل يسهل على الباحث مهمة دراسة وتحليل هذه المؤسسة القانونية.

- جعل المبدأ هو جواز انتقال الحصص وتفويتها دون أن تخضع لقيود اتفاقية أو قانونية، لأنه لا يمكن إجبار الشريك على البقاء في الشركة طوال حياته.

- تبسيط مسطرة استرداد الحصص في حالة تفويتها إلى الأغيار، خاصة في الحالة التي تكون فيها الشركة مضطرة لشراء حصصها، حيث تم ربط الشراء بإجبارية تخفيض رأس المال



# الحماية المقررة للدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح

## مسطرة التسوية القضائية

خديجة بنعامر

خريجة ماستر قانون العقود والأعمال

جامعة محمد الأول الكلية متعددة التخصصات بالناظور

### مقدمة:

يطرح السؤال، من منا اليوم ليس دائنا أو مدينا بمبلغ مالي؟ فإذا كان دائنا فإنه يبحث على أقوى الضمانات التي تضمن استرجاع دينه وتحميه، وتخول له حق استيفاءه بالأولوية على باقي الدائنين، الأمر الذي قد يدفعه للبحث عن هذه الضمانة بموجب اتفاق مع المدين، لكن الضمانة التي سوف نتحدث عنها في هذا الموضوع هي ضمانات قانونية أقرها المشرع بموجب نص قانوني ولا تحتاج إلى اتفاق ويتعلق الأمر بحق الامتياز، وبالضبط امتياز الدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح مسطرة التسوية القضائية للمقاول التي وقعت في صعوبات، ونظرا للوضعية المختلفة التي تمر منها المقاول، فإن ذلك يؤدي إلى فقدان الثقة التي تقوم عليها المعاملات التجارية من أجل تمويل المقاول خلال هذه الفترة، ولاسترجاع هذه الثقة متع المشرع الدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح مسطرة التسوية القضائية بحق الامتياز عند استيفاء ديونهم، وذلك بمقتضى الكتاب الخامس من مدونة التجارة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - ظهير شريف رقم 1.96.83، صادر بتاريخ فاتح غشت 1996 موافق ل 15 ربيع الأول 1417، بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996 موافق ل جمادى الأولى 1417، الصفحة 2187، الذي تم نسخ مقتضيات كتابه الخامس المتعلق بصعوبات المقاول بموجب الظهير الشريف رقم 1.18.26، صادر بتاريخ 19 أبريل 2018 موافق ل 2 شعبان 1439، بتنفيذ القانون رقم 73.17، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6667، بتاريخ 23 أبريل 2018، الموافق ل 6 شعبان 1439، الصفحة 2345.

ويقصد بالامتياز لغة عزل الشيء وفرزه وتفرقته عن غيره،<sup>2</sup> أما اصطلاحاً «سلطة مباشرة يقرها القانون لأصحاب الديون الممتازة مراعاة منه لصفات ديونهم، وهي تقع على جميع منقولات المدين وعقاراته أو على منقول معين، أو على عقار معين منها، ويحول الدائن أن يرجع على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن الأموال في أي يد تكون».<sup>3</sup>

أما الامتياز في المعنى القانوني فقد أعطى له المشرع تعريفيين الأول في الفصل 1243 من ظهير الالتزامات والعقود،<sup>4</sup> ويقصد به «حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظراً لسبب الدين»، أما التعريف الثاني فتضمنته المادة 142 من مدونة الحقوق العينية<sup>5</sup> التي نصت على أن «الامتياز حق عيني تبغي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهين».

انطلاقاً من التعريف التشريعي الذي جاء به الفصل 1243 لحق الامتياز يمكن القول إن الأساس في تفضيل الدائن الممتاز على غيره من الدائنين، لا يستمد من إرادة طرفي العقد، وإنما تستند هذه الأولوية إلى إرادة المشرع التي تكرسها نصوص قانونية،<sup>6</sup> وهو ما أكده في المادة 11 من مدونة الحقوق العينية،<sup>7</sup> على عكس الأولوية

2 - جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، طبعة 1968، المجلد الخامس، الصفحة 412 و413.

3 - سليمان مرقس، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد «الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز»، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، دون ذكر مكان النشر، 1959، الطبعة الثانية، الصفحة 514.

4 - ظهير شريف صادر بتاريخ 12 غشت 1913 موافق ل 9 رمضان 1331، المغير والمتمم بموجب عدة قوانين آخرها ظهير شريف رقم 1.19.75، صادر بتاريخ 17 أبريل 2019 موافق ل 11 شعبان 1440، بتنفيذ القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6771، بتاريخ 22 أبريل 2019 موافق ل 16 شعبان 1440، الصفحة 2058.

5 - ظهير شريف رقم 178.11.1، صادر بتاريخ 22 نونبر 2011 موافق ل 25 ي الحجة 1432، بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998، بتاريخ 2011/11/28، الصفحة 5587.

6 - الأمر الذي أكده القضاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس حيث قضى فيه بما يلي: «لا يتقرر الامتياز لدين إلا بنص قانوني».

قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 27، بتاريخ 2010/5/5، ملف عدد 2009/66، غير منشور.

7 - جاء في المادة 11 من مدونة الحقوق العينية ما يلي: «لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقانون».

التي يكون مصدرها اتفاق الأطراف كأثر من آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن.<sup>8</sup>

والسبب وراء اقرار مبدأ امتياز الامتياز يكمن في رغبة المشرع المغربي في تسوية وتصحيح وضعية المقاوله المختلفه وصولا لإنقاذها من خطر التصفية القضائية.<sup>9</sup> وهذا النوع من الامتيازات أو ما يسمى بالفرنسية بـ *le privilège des privilèges* مأخوذ عن المشرع الفرنسي الذي تطرق له في المادة 40<sup>10</sup> من القانون الفرنسي لـ 25 يناير 1985 المعدل بقانون 10 يونيو 1994، «لكن مع اختلاف في الصياغة بحيث إن المشرع الفرنسي اعتمد على صياغة واضحة ودقيقة».<sup>11</sup>

وقد نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الأولى والثانية من المادة 590 من مدونة التجارة، حيث جاء فيهما: «يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية، والمتعلقة بحاجيات سير هذه المسطرة أو تلك المتعلقة بنشاط المقاوله وذلك خلال فترة إعداد الحل، في تواريخ استحقاقها.

وفي حالة تعذر أدائها في تواريخ استحقاقها، فإنها تؤدي بالأسبقية على كل الديون الأخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات، باستثناء الأفضلية المنصوص عليها في المادتين 558 و565».

<sup>8</sup> - المادة 192 من مدونة الحقوق العينية.

<sup>9</sup> - ابراهيم قادم، امتياز المادة 575 من مدونة التجارة بين قصور الصياغة واشكالات التطبيق، مجلة المعيار، العدد 41، يونيو 2009، الصفحة 12 .

<sup>10</sup> - وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 40 ما يلي:

« Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leurs échéance lorsque l'activité est poursuivie. En cas de cession totale ou de liquidation ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation , elles sont payées par priorité a toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, a l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L.143- 10, L.751- 15 du code du travail ».

<sup>11</sup> - عادل كلاطي، الديون الممتازة بمقتضى المادة 575 من مدونة التجارة، دراسة معززة بأهم المواقف الفقهية والقضائية، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد الرابع، شتنبر 2017، الصفحة 165.

إن المشرع ألزم من خلال هذه المادة المقاوله بأداء الديون الناشئة خلال فترة اعداد الحل في تاريخ استحقاقها، وفي حالة تعذر أدائها في تواريخ استحقاقها فإنها تؤدي بالأسبقية على كل الديون، سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات، بمعنى أنها تصبح ديونا تتمتع بامتياز الامتياز. وبتعبير آخر فالديون الناشئة خلال هذه الفترة التي يتم سدادها في تواريخ استحقاقها لا تتمتع بالامتياز المنصوص عليه في هذه المادة، أما الديون المنصوص عليها في المادتين 558 و565 من نفس المدونة فإنها تتمتع بامتياز يفوق امتياز الامتياز وهو امتياز أحدثه المشرع لأول مرة في القانون المغربي مع احداث كل من مسطرتي المصالحة والانقاذ.

إذا كان المشرع قد متع الدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح مسطرة التسوية القضائية بحق الامتياز كضمانة لاستيفاء ديونهم، فإن هذا النوع من الضمانات يطرح معه مجموعة من التساؤلات:

- ماهي الديون التي يشملها الامتياز المنصوص عليه في المادة 590 من مدونة التجارة؟
- ماهي الأموال التي ينصب عليها هذا الامتياز؟
- ماهي المرحلة التي تتمتع ديونها بهذا الامتياز؟
- ماهي الشروط الواجب توفرها لاستفادة الدائن من هذا الامتياز؟
- ماهي المعايير المعتمدة لتسوية نزاعات الدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح مسطرة التسوية القضائية؟

انطلاقا مما سبق يتبين أن الديون التي تتمتع بامتياز الامتياز المنصوص عليه في المادة 590 من مدونة التجارة هي الديون الناشئة بعد فتح مسطرة التسوية القضائية (الفقرة الثانية)، وقبل فتح هذه المسطرة استثناء عندما يتعلق الأمر بتطبيق مسطرة المصالحة والانقاذ (الفقرة الأولى)

الفقرة الأولى: امتياز الدائنين الناشئة ديونهم أثناء تطبيق مسطرة المصالحة والانقاذ ومراتبها

عندما نصت الفقرة الثانية من المادة 590 من مدونة التجارة على تمتع الديون الناشئة بعد فتح مسطرة التسوية القضائية بامتياز الامتياز فإنها أشارت إلى أنه استثناء يسبق في الأداء الديون المنصوص عليها في المادتين 558 و565.

وتتعلق الديون المنصوص عليها في المادة 558 بالديون الناشئة أثناء تطبيق مسطرة المصالحة (أولاً)، أما الديون المنصوص عليها في المادة 565 فإنها تتعلق بالديون الناشئة أثناء تطبيق مسطرة الانقاذ (ثانياً)، أما مرتبة هذا الامتياز فلم يتطرق له المشرع (ثالثاً).

أولاً- امتياز الدائنين الناشئة ديونهم أثناء تطبيق مسطرة المصالحة

جاء في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 558 من مدونة التجارة «يستفيد الأشخاص الذين وافقوا، في إطار مسطرة المصالحة التي أفرزت الاتفاق المنصوص في المادة 556 أعلاه، على منح مساهمة جديدة بخزينة المقاوله من أجل ضمان متابعة نشاطها واستمراريتها، من أجل استيفاء مبلغ تلك المساهمة بحسب الأفضلية، قبل كل الديون الأخرى، بما فيها تلك المقررة في المادتين 565 و590 والفقرة 2 من المادة 652.

كما يستفيد الأشخاص الذين يقدمون، في نفس الإطار، سلعا أو خدمات جديدة من أجل متابعة نشاط المقاوله واستمراريتها، من نفس الأفضلية بالنسبة لثمنها».

من خلال مقتضيات هذه المادة يمكن القول أن الديون الناشئة خلال تطبيق مسطرة المصالحة،<sup>12</sup> والديون الناشئة عن تقديم سلع أو خدمات من أجل متابعة نشاط المقاوله وضمن استمراريتها تستفيد من حق الامتياز، والأكثر من ذلك فهذه الديون لا تتمتع بامتياز الامتياز المقرر في المادة 590 وإنما امتيازها يفوق امتياز الامتياز مرتبة.

<sup>12</sup> تعتبر مسطرة المصالحة من المساطر الجديدة المحدثة بموجب القانون رقم 73.17 الذي نسخ مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة المتعلقة بصعوبات المقاوله، ونص عليها المشرع بموجب المواد من 551 إلى 559، وهي مسطرة تفتح أمام كل مقاوله، دون أن تكون في وضعية التوقف عن الدفع، تعاني من صعوبات اقتصادية أو مالية أو لها حاجيات لا يمكن تغطيتها بواسطة تمويل يناسب امكانياتها.

ثانيا- امتياز الدائنين الناشئة ديونهم أثناء تطبيق مسطرة الانقاذ

نصت المادة 565 من مدونة التجارة على ما يلي: « يتم سداد الديون الناشئة بصفة قانونية بعد صدور حكم فتح مسطرة الانقاذ، والمتعلقة بحاجيات سير هذه المسطرة أو بنشاط المقاول، وذلك خلال فترة إعداد الحل، في تواريخ استحقاقها.

وفي حالة تعذر أدائها في تواريخ استحقاقها، فإنها تؤدي بالأسبقية على كل الديون الأخرى، سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو بضمانات، باستثناء الأفضلية المنصوص عليها في المادة 558.

وتؤدي الديون المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، عند تزامنها، وفقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل».

يظهر من هذه المادة أن الديون التي نشئت بعد صدور حكم مسطرة الانقاذ<sup>13</sup> يتم أداءها في تواريخ استحقاقها، وإذا تعذر ذلك فإنها تصبح من الديون التي تؤدي بالأولوية على كل الديون الأخرى سواء كانت مقرونة أم لا بامتيازات أو ضمانات، وبالتالي تكون لها مرتبة تفوق امتياز الامتياز الذي جاءت به المادة 590 من مدونة التجارة. أما في حالة تزامنها فتؤدي وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل.

ثالثا- مراتب حقوق الامتياز الناشئة خلال تطبيق كل من مسطرتي المصالحةوالإنقاذ

بالرغم من تمتيع المشرع للديون الناشئة خلال تطبيق مسطرتي المصالحة والإنقاذ بحق الامتياز في الأداء فإنه لم ينص على مرتبته، إذن فما هي المرتبة التي يحتلها هذا الامتياز؟.

قبل تحديد مرتبة امتياز الديون الناشئة أثناء تطبيق كل من مسطرتي المصالحة والإنقاذ وجب تعريف «الترتيب»، يقصد به « تثبيت حقوق تنصب على نفس المحل، حسب أولويات يحكمها منطوق متناسق، وذلك بإعطاء كل صاحب حق

<sup>13</sup> - تعتبر هذه المسطرة من المساطر الجديدة التي أحدثها المشرع بموجب القانون رقم 73.17، بمقتضى المواد من 560 إلى 565.

مرتبته حسب أفضليته»<sup>14</sup> وفقا لسياسة ترتيب تحكمها الاعتبارات التي منح من أجلها الدين، و تختلف هذه الاعتبارات بين ما هو انساني، واجتماعي، وما يكتسي طابع المصلحة العامة.

مادام المشرع أحال بموجب المادة 590 على المادتين 558 و 565 من مدونة التجارة، وصرح فيها بأن الديون المنصوص عليها في هاتين المادتين تسبق في الأداء الديون المنصوص عليها في المادة 590، يمكن القول أن الديون الناشئة خلال تطبيق مسطرة المصالحة و مسطرة الانقاذ تسبق امتياز الامتياز الممنوح للديون الناشئة خلال تطبيق مسطرة التسوية القضائية.

### الفقرة الثانية: امتياز الدائنين الناشئة ديونه بعد فتح مسطرة التسوية القضائية

إن المشرع عندما نص على امتياز الامتياز بموجب المادة 590 من مدونة التجارة فإنه لم يجعل الأمر مطلقا حتى يشمل جميع الديون الناشئة بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، وإنما قيده بتحديد نطاقه (أولا)، وضرورة توفر شروط للاستفادة منه (ثانيا)، ورتب على الاستفادة منه آثارا (ثالثا).

#### أولا- نطاق تطبيق امتياز الامتياز

يمكن التطرق لنطاق تطبيق امتياز الامتياز من خلال تحديد النطاق النوعي للديون (1) والأموال التي يشملها (2)، ثم النطاق المرحلي (3)، والزماني له (4).

1-النطاق النوعي للديون التي يشملها امتياز الامتياز: بالرجوع إلى المادة 590 من مدونة التجارة نرى أنها لم تحدد نوع الديون التي تستفيد من حق الأولوية عند الأداء، الأمر الذي يطرح معه التساؤل حول نوعية الديون المشمولة بهذا الامتياز؟

يرى أحد الباحثين<sup>15</sup> «أن الديون التي يشملها حق الأسبقية هي الديون المهنية فقط، أما باقي الديون الأخرى فلا يشملها الامتياز، وذلك بالنظر إلى الأساس الذي

<sup>14</sup>- محمد سعيد، ترتيب دائني التركة، الملتقى المنظم من طرف مركز الدراسات القانونية والقضائية بالاشتراك مع البنك المركزي التونسي، يومي 7 و 8 فبراير 2002 حول الاستخلاص الجبري للديون «الإجراءات والضمانات»، الطبعة الأولى، دجنبر 2004، الصفحة 442.

<sup>15</sup>- عادل كلاطي، المرجع المذكور، الصفحة 171 و 172.

اعتمد عليه في اقرار هذا الامتياز ألا وهو ضمان تمويل المقاوله من أجل تأمين استمراريته، كما أن فلسفة المشرع كانت تهدف لذلك، لهذا وجب استبعاد الديون غير المهنية من دائرة الديون المشمولة بالامتياز».

**2- النطاق النوعي للأموال التي ينصب عليها امتياز الامتياز:** إن النص القانوني المحدث لامتياز الامتياز لم يحدد طبيعة الأموال التي ينصب عليها هذا النوع من الامتيازات، خاصة إذا علمنا أن المشرع في باقي النصوص القانونية المتفرقة المنظمة للامتيازات دائما ما يحدد فيها محل الامتياز، والذي قد يكون إما امتيازات منقولة عامة تسري على مجموع أموال المدين المنقولة (الفصل 1248 من ظهير الالتزامات والعقود)، أو امتيازات منقولة خاصة تسري على منقول أو منقولات معينة بذاتها (الفصل 1250 من ظهير الالتزامات والعقود)، أو امتيازات عقارية خاصة تسري على عقار أو عقارات معينة بذاتها (الفصل 144 من مدونة الحقوق العينية).

ومنه فمادام المشرع لم يحدد طبيعة الأموال التي ينصب عليها الامتياز، يمكن القول أن الامتياز المنصوص عليه في المادة 590 ينصب على المنقول والعقار، وبذلك يكون المشرع قد أحدث صنفا جديدا من الامتيازات يضاف إلى الثلاثة أصناف السابق ذكرها.

**3- النطاق المرحلي لتطبيق امتياز الامتياز:** إن تحديد فترة نشوء الدين المشمول بامتياز الامتياز يتعين دراسته من خلال المادة 590 والمادة 652 من مدونة التجارة.

وتعتبر نقطة انطلاق هذه الفترة هي النطق بحكم التسوية القضائية، لكن إذا كانت نقطة انطلاق هذه الفترة واضحة ولا تطرح إشكال. فما هي المرحلة بالضبط التي تتمتع ديونها بحق الامتياز، خاصة إذا علمنا أن النطق بفتح مسطرة التسوية القضائية تليه مجموعة من المراحل التي تمر منها المقاوله في حالة صعوبة؟

وأمام الإشكال الذي كان يطرحه امتياز المادة 575 من مدونة التجارة<sup>16</sup> قبل صدور القانون رقم 73.17 - الذي نسخ مقتضيات الكتاب الخامس المتعلق

<sup>16</sup>- للاطلاع على الجدول القائم حول هذا الاشكال أنظر:

- ابراهيم قادم، المرجع المذكور، من الصفحة 14 إلى الصفحة 20.



بصعوبات المقاول-، الذي لم يحدد فيه المشرع مجال تطبيق امتياز المادة 575، لكن بعد صدور القانون المذكور، حدد مجال تطبيق المادة 590 في فترة إعداد الحل.

أما المادة 652 من مدونة التجارة، فإن مقتضياتها تفتح نطاقاً استثنائياً خارج فترة التسوية القضائية، ويمتد نطاق امتياز المادة 590 إلى فترة التسوية القضائية، لكن خلال مدة محددة، وبإذن خاص من المحكمة سواء تلقائياً، أو بناء على طلب موجه من السنديك أو وكيل الملك.

**4- النطاق الزمني لتطبيق امتياز الامتياز:** يقصد بالنطاق الزمني لتطبيق حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 590 من مدونة التجارة، التاريخ الذي تنشأ فيه الديون خلال المرحلة الانتقالية الفاصلة ما بين حكم التسوية القضائية وحكم مخطط استمرارية المقاول، وذلك حتى تصبح مشمولة بذلك الامتياز، فقد جاء في المادة 590 «... بعد صدور حكم فتح التسوية»، فالمرحلة الانتقالية أو المؤقتة تنطلق من تاريخ الحكم، لأن المقاول يحتاج إلى الائتمان لتمويل متابعة نشاطها في هذه المرحلة، ولا يبقى مجال لتطبيق حق الامتياز المنصوص عليه في المادة 590 إما بصدور حكم مخطط الاستمرارية، أو التفويت أو الحكم بالتصفية القضائية، إذن فحق الامتياز يبدأ بتاريخ، أي منذ حكم التسوية القضائية، وينتهي بحكم حصر مخطط الاستمرارية أو التفويت أو التصفية القضائية.<sup>17</sup>

#### ثانياً- شروط استفادة الدائنين من امتياز الامتياز

إن المشرع لم يجعل الاستفادة من امتياز المادة 590 من مدونة التجارة أمراً مطلقاً وإنما قيده بضرورة توفر مجموعة من الشروط، وتتمثل في نشوء الدين بصفة قانونية (1)، بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية (2)، وأن يتعلق بحاجيات سير المسطرة (3)

- أمينة ناعمي، حقوق الامتياز في مسطرة صعوبات المقاول، مجلة القصر، العدد السادس، شتنبر 2003، من الصفحة 119 إلى الصفحة 122.

- عبد الرزاق الزيتوني، تنازع الدائنين بين امتياز المادة 575 من مدونة التجارة وباقي الضمانات الأخرى، مجلة المنتدى، العدد الثالث، يونيو 2002، من الصفحة 161 إلى الصفحة 164.

<sup>17</sup> - أمينة ناعمي، المرجع المذكور، الصفحة 122.

**1- نشوء الدين بصفة قانونية:** يقصد بنشوء الدين بصفة قانونية أو ما يسميه أحد الباحثين<sup>18</sup> « شرعية الدين » « أن يكون الدين قد نشأ في ظل احترام قواعد توزيع السلطات والاختصاصات بين رئيس المقاوله والسنديك كما تنظمها مدونة التجارة. ذلك أنه إذا كان لرئيس المقاوله قبل فتح مسطرة المعالجة الحق المطلق في القيام بأي عمل أو تصرف يرى أنه يخدم نشاط مقاولته، فإن هذا الحق يخضع بعد فتح المسطرة لقيود تفرضها مصلحة المقاوله وكذا مصلحة دائنيها».<sup>19</sup>

والديون الناشئة بصفة قانونية تشمل جميع الديون سواء أكانت ذات طبيعة تعاقدية أو غير تعاقدية، وهو ما سترتب عليه وجود فئة واسعة من الديون المستفيدة من حق الأولوية في الوفاء، منها ما يساهم في توفير التمويل والائتمان للمقاوله ومنها ما لا يساهم في ذلك كأقساط الضمان الاجتماعي والديون الضريبية وغيرها، وهذا الاتساع في دائرة الديون المستفيدة من حق الأولوية في الوفاء يشكل نقطة الضعف الجوهرية الأولى في هذا الحق.<sup>20</sup>

**2- نشوء الدين بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية:** يتمثل الشرط الثاني لتمتع الديون بالامتياز المنصوص عليه في المادة 590 من مدونة التجارة في نشوء الدين بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية. ويتحقق هذا الشرط بمجرد أن يثبت الدائن أن دينه نشأ بعد تاريخ الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المقاوله المتوقفة عن الدفع.<sup>21</sup>

ويثار اشكال بخصوص الحالات التي يختلف فيها تاريخ نشأة الدين عن تاريخ العقد الذي نتج عنه هذا الدين؟ يرى بعض الفقه<sup>22</sup> أن العبرة في مدى استفادة الدائن

18 - عبد الرزاق الزيتوني، المرجع المذكور، الصفحة 159.

19 - ابراهيم قادم، المرجع المذكور، الصفحة، 23.

20 - عبد الحق بوكبيش، هشاشة حق الأولوية في الوفاء المنصوص عليه في المادة 575 من مدونة التجارة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 12، أبريل 2007، الصفحة 70 و71.

21 - امحمد لفروجي، صعوبات المقاوله والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2000، الطبعة الأولى، الصفحة 386.

22 - امحمد لفروجي، المرجع المذكور، الصفحة 386.

- احمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من صعوبات المقاوله ومساطر معالجتها، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1998، الطبعة الأولى، الجزء الأول، الصفحة 64.

من حق الأسبقية المنصوص عليه في المادة 590 من مدونة التجارة تكمن في تاريخ نشأة الدين وليس في تاريخ إبرام العقد الناتج عن هذا الدين.

**3- أن يتعلق الدين بحاجيات سير المسطرة:** إن شرط تعلق الدين بحاجيات سير المسطرة نص عليه المشرع أول مرة في الفصل 590 من مدونة التجارة، حيث أن المادة 575 المنظمة للامتياز قبل صدور القانون رقم 73.17 لم تكن تتضمن هذا الشرط الأمر الذي جعل الفقه يضيفه كشرط من شروط استفادة الدين من الامتياز، وهو الأمر الذي استجاب له المشرع عند صدور هذا القانون.

ويقصد بالديون المتعلقة بحاجيات سير المسطرة الديون المهنية فقط دون غيرها، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد باقي الديون الأخرى التي تخص الحياة الشخصية للمدين، كمصاريف غداءه وملبسه وسكنه.

### ثالثا- الآثار المترتبة عن اعمال الامتياز المنصوص عليه في المادة 590 من

#### مدونة التجارة

انطلاقا من الصياغة العامة للمادة 590 من مدونة التجارة يمكن القول بأن جميع الدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح المسطرة يستفيدون من حق الأسبقية على قدم المساواة دون أسبقية لأحدهم على الآخر، والسبب في ذلك عدم تحديد ترتيب تشريعي للدائنين (1)، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن آليات لتسوية النزاعات الحاصلة بين الدائنين في إطار غياب ترتيب تشريعي (2).

**1- غياب ترتيب تشريعي للدائنين:** إن المشرع المغربي لم يضع ترتيبا خاصا لأداء الديون المشمولة بالامتياز المنصوص عليه في المادة 590 من مدونة التجارة، على عكس المشرع الفرنسي الذي تفادى هذا الاشكال من خلال وضع ترتيب للديون المشمولة بحق الأسبقية بموجب المادة 40 من القانون الفرنسي ل 25 يناير 1985 المعدل بقانون 10 يونيو 1994.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> - تنص المادة 40 على ما يلي:

« Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie. En cas de cession totale ou de liquidation ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de

ولتفادي الإشكال الذي وقع فيه المشرع المغربي تم البحث عن آليات لتسوية النزاعات بين الدائنين لترتيب هذه الديون.

2- آليات تسوية النزاعات بين الدائنين: نظرا لغياب ترتيب تشريعي بين الدائنين تم الاحتكام لبعض الآليات لتسوية النزاعات بين الدائنين، وهذه الآليات يتم الاحتكام فيها لبعض المعايير إما أن تتعلق بتاريخ استحقاق الدين (أ)، أو بالضمانات المقرون بها الدين (ب).

أ- الاحتكام لتاريخ استحقاق الدين: يقصد بتاريخ استحقاق الدين «التاريخ الذي يصبح فيه الدين واجبا ومستحق الأداء بحيث يتعين على السنديك، الإسراع من أجل أداء الديون المستحقة، دون امكانية طرح آجال لاستيفاء الدين، إلا إذا كان ذلك التأجيل برغبة الدائن».<sup>24</sup> وتؤدي الديون بالتتابع أي بحسب تاريخ استحقاق كل دين منها على حدة، فكلما كان للدائن تاريخ استحقاق أسبق، كان لصاحبه الأولوية في استيفاءه مقارنة مع بقية الدائنين.<sup>25</sup>

---

privilèges ou sûretés, a l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L.143-10 L, L 742- 6 et L 751- 15 du code du travail.

Leur paiement se fait dans l'ordre suivant :

- 1- Les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L ; 143- 11 - 1 –a L.143- 11- 3 du code de travail ;
- 2- Les frais de justice ;
- 3- Les prêts consentis par les établissements de crédit ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article 37 et dont cocontractant accepte de de recevoir un paiement différé ; ces prêts et délais de paiement sont autorisées par le juge commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et font l'objet d'une publicité,
- 4- Les sommes dont le montant a été avancé en application de 3ème article. L. 143- 11- 1 du code du travail ;
- 5- Les autres créances, selon leur rang ».

<sup>24</sup> - امحمد لفروجي، المرجع المذكور، الصفحة 392.

<sup>25</sup> - حياة حجي، النزاعات الناشئة بين الدائنين وحلها عبر حق الأسبقية المقرر بالمادة 575 من مدونة التجارة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 9، شتنبر 2005، الصفحة 58.

إلا أنه رغم فعالية هذا المعيار يطرح إشكال في الحالة التي تنشأ فيها عدة ديون بصفة قانونية بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، إلا أنها تحمل نفس تاريخ الاستحقاق. إذن فكيف سيتم أداء هذه الديون دون تسبيق دائن على آخر؟

بالرجوع إلى القواعد العامة، نجد أن هذه الديون تؤدي بالأسبقية على بعضها البعض، وذلك يكون طبعا وفق رتبة كل دين. أما إذا كانت هناك ديون متساوية في الرتبة ومستحقة الوفاء في نفس التاريخ فإن الدائنين يستوفون حقوقهم على وجه المحاصة طبقا للفصل 1245 من ظهير الالتزامات والعقود.

من خلال ما سبق يتضح مدى فعالية هذا المعيار في حل النزاعات بين الدائنين لا سيما في الحالة التي يختلف فيها تاريخ استحقاق الديون اللاحقة عن بعضها البعض، كما تتجلى أيضا فعالية هذا المعيار في حماية مصالح الدائنين اللاحقين حتى يتمكنوا من الثقة في المقاوله والعمل على تمويلها.<sup>26</sup>

**ب- الاحتكام للضمانات المقرون بها الدين:** قبل الاقدام على تمويل المقاوله قد يشترط أحد الدائنين الاستفادة من بعض الضمانات كالرهن الرسمي، كما هو الشأن بالنسبة لمؤسسات الائتمان التي تشترط الحصول على مثل هذه الرهون مقابل استمرارها في منح الائتمان والتمويل للمقاوله، فتصبح هذه المقاوله تتمتع بحق أولوية إلى جانب الامتياز المقرر لها في المادة 590 من مدونة التجارة.

وعليه فإمكانية تقديم رهن رسمي أو رهن آخر تمثل ضمانه قوية للدائن، بحيث تخوله ممارسة طرق التنفيذ على المرهون، عند عدم الوفاء وذلك عبر سلطة الأسبقية التي يتمتع بها في مواجهة الدائنين الآخرين.<sup>27</sup> وتطبيقا لذلك ففي حالة بيع العقار أو المنقول المقرر عليه على التوالي الرهن الرسمي أو الرهن لفائدة دائن ناشئ دونه بعد تاريخ الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية، فإن هذا الدائن يستوفي ثمن هذا البيع وذلك بالأسبقية على غيره من دائني المادة 590 من مدونة التجارة ولو كان

<sup>26</sup> - عمر السكتاني، حق الأسبقية المقرر لحماية الدائنين بعد فتح مسطرة التسوية القضائية بين الانسجام والقصور، مجلة الملف، العدد 18، أكتوبر 2011، الصفحة 123.

<sup>27</sup> - حياة حجي، النزاعات الناشئة بين الدائنين وحلها عبر حق الأسبقية المقرر بالمادة 575 من مدونة التجارة، المرجع المذكور، الصفحة 61.

هناك تساوي في المرتبة بين الدائن المرتهن وبين اي واحد من هؤلاء الدائنين  
الآخرين.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> - امحمد لفروجي، المرجع المذكور، الصفحة 170.

# التقاه المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد في القانون المغربي والفرنسي

رشيد بونعيم  
طالب في سلك الدكتوراه  
تخصص قانون خاص جامعة القاضي عياض مراكش

إن التطور التكنولوجي الذي شهده العالم انعكست آثاره على كافة مناحي الحياة ومنها الميدان الجنائي، حيث استفاد محترفوا الإجرام من الوسائل المتقدمة والأدوات التقنية المتطورة في ارتكاب الجرائم وخاصة الإجرام المنظم، ولهذا كان من الضروري مواكبة هذا التطور وإدخال وسائل حديثة جديدة في عملية اكتشاف الجرائم.

منذ لحظة وقوع الجريمة تنشأ مصلحتان متعارضتان وهما مصلحة الفرد في حماية حرته الشخصية وحقه في الخصوصية، وألا تتعرض أسراره وممتلكاته وحرمة مسكنه لإجراءات غير مشروعة من جهة، ومن جهة أخرى وفي مقابل هذه المصلحة الفردية هناك مصلحة المجتمع في مكافحة آفة الجريمة وملاحقة مرتكبيها لاقتضاء حق الدولة في العقاب، وهذا بالتطبيق الفعلي والسليم لأحكام تدبير إجراءات التنصت وفي ذات الوقت عدم المبالغة في حماية المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة، نظم المشرع المغربي بمقتضى قانون المسطرة الجنائية رقم 22-2002/01 وكذا التعديل الذي ادخل عليه بموجب قانون 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب كباقي التشريعات المقارنة مسطرة التقاط المكالمات والاتصالات في الباب الخامس من القسم الثالث المتعلق بالتحقيق الإعدادي، وخص لها المواد من 108 إلى المواد 116 من نفس القانون بحيث أكد ضمن مقتضياته، أن الأصل هو منع التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وتسجيلها

أو أخذ نسخ منها أو حجزها، إلا أنه أباح استثناءا اتخاذ هذا الإجراء فحدد ضوابطه بشكل دقيق وأحاطه بقيود صارمة تضمن للأفراد حرمة حياتهم الخاصة وعدم استغلال هذه الإمكانية خلافا لما هو مقرر قانونا، سواء على مستوى الشكليات والمسطرة المتبعة في عملية الالتقاط أو على مستوى العملية والجهات المرخص لها باتخاذها.

وعليه سنتطرق إلى أحكام تدير التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات في القانون المغربي في (المطلب الأول) في حين سنتحدث عن هذه الأحكام في القانون الفرنسي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: أحكام تدير التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات عن بعد في القانون المغربي

تماشيا مع هذه الوسائل أسوة بباقي تشريعات العالم، قام المشرع المغربي بإحداث قانون 01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية، مما مكن النيابة العامة وقضاة التحقيق من إعمال آلية جديدة هي آلية التقاط المكالمات والاتصالات وفق شروط وجرائم محددة لذلك في إطار البحث والتحري وجمع الأدلة عن مرتكبي الجرائم للوصول إلى الحقيقة (الفقرة الأولى) وتمكين المؤسسات القضائية عن طريق تسخير مصالح الشرطة القضائية أو ضباط إدارة حماية التراب الوطني وفقا للمادة 108 من قانون المسطرة الجنائية (الفقرة الثانية)

#### الفقرة الأولى: السلطات القضائية المكلفة بالتنصت على المكالمات

لقد جعل المشرع المغربي من التقاط المكالمات أو الاتصالات المنجزة عن بعد استثناءا من المبدأ العام الذي هو المنع، وخول اللجوء إليه متى استلزمت ذلك ضرورة البحث، ولم يحدد المقصود بالتقاط المكالمات الهاتفية إلا أنه بالرجوع إلى القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات،<sup>1</sup> حاول المشرع ضبط بعض

<sup>1</sup>- والتي عرفها رقم 24.10.97.2 المؤرخ في 25.02.1998 بشأن تحديد قائمة الخدمات ذات القيمة المضافة في قطاع المواصلات الصادرة بالجريدة الرسمية عدد 4564 بتاريخ 1998 على النحو التالي: "يقصد بالرسائل الالكترونية تبادل وقراءة وتخزين المعلومات، وليس من الضروري أن يكون المستقبل حاضرا وقت توجيه الرسالة"



المفاهيم المستعملة في المادة 108<sup>2</sup> وما يليها من ق م ج التي حددت الجهات القضائية المخول لها صلاحية الأمر بالتقاط المكالمات والاتصالات عن بعد، في إطار احترام الضمانات والشكليات من خلال الجهات المكلفة بعملية الالتقاط (أولاً) أو على مستوى الإجراءات من خلال المسطرة المتبعة (ثانياً).

### أولاً: الجهات القضائية المكلفة بتدبير التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

على غرار التشريعات الإجرائية المقارنة أعطت المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية، سلطة الأمر والإشراف ومراقبة التقاط المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال

عن بعد لجهاز القضاء ممثلاً في قاضي التحقيق (أ) والوكيل العام للملك كلما استدعت ضرورة البحث ذلك (ب)

### أ: قاضي التحقيق

خولت مقتضيات المادة 108 صراحة لقاضي التحقيق صلاحية الأمر كتابة<sup>3</sup> بالتقاط المكالمات والاتصالات متى اقتضت ذلك ضرورة البحث اتخاذ هذا الإجراء سواء على مستوى المحكمة الابتدائية، أو على مستوى محكمة الاستئناف، إذ ليس هناك ما يمنع قاضي التحقيق لدى المحكمة الابتدائية من هذا الحق ما دامت المادة المذكورة أعلاه قد وردت على إطلاقها دون تقييد، وخولت لقاضي التحقيق إمكانية الأمر بالالتقاط في أي نوع من الجرائم دون تحديد وفقاً للمقتضيات التنظيمية التي تحددها المواد 109 وما يليها، ولا يحد من سلطة قاضي التحقيق في اتخاذ هذا الأمر

---

وعرفها قانون 24-96 المتعلق بالبريد والمواصلات في الفقرة 6 من الباب التمهيدي بأن: "خدمة المواصلات التي تستعمل تقنيات تسجيل الخدمات الصوتية، من أجل إعادة بثها أو الرجوع إليها أو سماعها من لدن المستعملين"

والتي عرفها نفس القانون بأنها "وضع منافذ الحواسيب رئيسة رهن تصرف المستعملين لأجل تسجيل رسائل وقراءة أو سماع رسائل انطلاقاً من جهاز هاتفي عادي..."

<sup>2</sup>- تنص المادة 108 من ق م ج على ما يلي: "يمنع التقاط المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بع وتسجيلها أو أخذ نسخ منها أو حجزها، غير أنه يمكن لقاضي التحقيق إذا اقتضت ضرورة البحث ذلك، أن يأمر كتابة بالتقاط المكالمات الهاتفية وكافة الاتصالات المنجزة بواسطة وسائل الاتصال عن بعد تسجيلها أو أخذ نسخ منها أو حجزها".

سوى تقديره هو نفسه لما عبرت عنه المادة 108<sup>4</sup> بضرورة البحث، وهذا عكس الفقرتين الثالثة والرابعة، وللتين حددتا على سبيل الحصر الجرائم التي يجوز أن يتم فيها الالتقاط بمسعى من النيابة العامة في شخص الوكيل العامة للملك<sup>5</sup>.

ويثار تساؤل بخصوص صلاحيات قاضي التحقيق لدى المحكمة الابتدائية لمباشرة هذه العملية، وهناك رأيان مختلفان بخصوص هذا التساؤل فالرأي الأول<sup>6</sup>، يرى أن قاضي التحقيق لدى المحكمة الابتدائية يمكنه إصدار الأوامر بالتقاط المكالمات متى كان يحقق في قضية جنحية، وذلك أن النص ورد على إطلاقه، وبالرجوع إلى مقتضيات قانون المسطرة الجنائية فإن نفس الأحكام المسطرية تسري على عمل قاضي التحقيق بالمحكمة الابتدائية أو بمحكمة الاستئناف ماعدا بعض المقتضيات الخاصة التي يفرضها نوع الجريمة.

وهو نفس التوجه الذي تبناه المشرع المغربي عندما اتخذ مقارنة مزدوجة فيما يخص قاضي التحقيق، فقد فتح له الباب على مصراعيه ليقرر جواز الإجراء في كل القضايا الجنائية والجنحية.

أما الرأي الثاني<sup>7</sup> فيرى أن قاضي التحقيق المعين بالمحكمة الابتدائية لا تخول له هذه الإمكانية، والسري في ذلك يعود إلى أن الأمر بالتقاط المكالمات والاتصالات يتعلق بجنايات محددة وهي جرائم لا تحال على المحكمة الابتدائية بل تحال على محكمة الاستئناف مما يجب معه احترام الاختصاص النوعي لهذه الأخيرة.

ونحن نميل إلى الرأي الأول الذي يقول بإطلاق يد قاضي التحقيق في صلاحية التقاط المكالمات والاتصالات ليمتد إلى المحكمة الابتدائية، خاصة أن بعض

<sup>4</sup> - نعتقد أن مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 108 م ق م ج جاءت مطلقة لا تميز بين قضاة التحقيق لدى المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف، لما سبق أن أوردناه من أن المشرع لم يقيد قاضي التحقيق عند مباشرة هذا النوع من الجرائم.

<sup>5</sup> - محمد خضراوي، سلطة قاضي التحقيق في التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد التخوفات والضمانات، مجلة الملف العدد، 6 ماي لسنة 2005 ص 151.

<sup>6</sup> - محمد عبد النبوي، التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات الموجهة بوسائل الاتصال عن بعد في القانون المغربي والقانون المقارن، مجلة المحاكم المغربية، العدد 98 سنة 2005 ص 15.

<sup>7</sup> - محمد العروصي، نظام المكالمات والاتصالات في قانون المسطرة الجنائية المغربي، مجلة الإشعاع، عدد 29 السنة 2004 ص 147.

الجرائم المتعلقة بالمخدرات والمؤثرات العقلية المنظم بظهير 21 مايو 1974<sup>8</sup>، التي يتعدر إثباتها دون التوسل بتقنية التقاط المكالمات والتي تتجاوز العقوبات الجنائية فيها خمس سنوات وتصل إلى عشر سنوات، والتي تدخل في اختصاص المحاكم الابتدائية، ومن ثم فإن ما ذهب إليه أنصار الرأي الثاني القائل باحترام الاختصاص النوعي سيجعل من الصعب إثبات هذه الجرائم بالتالي إفلات مرتكبيها من العقاب وهو قول مجاف للصواب ولقواعد الإنصاف والعدالة ولفلسفة المشرع الجنائي المغربي. وبالرجوع إلى المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية، نجدها تمنح لقاضي التحقيق في إطار سلطته التقديرية إمكانية الأمر بالتنصت مباشرة على المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد في كافة الجرائم، دون قيود شريطة أن تقتضي ذلك ضرورة البحث وأن يعهد له بالتحقيق في القضية.

ومن ثم فإن قاضي التحقيق بعدما يضع يده على القضية للبحث فيها، يمكنه القيام بعملية الالتقاط بشكل مباشر دون إلزامه بالرجوع إلى الوكيل العام للملك، كي يطلب منه القيام بكل إجراء مفيد لإظهار الحقيقة وفقا للمادة 89 من قانون المسطرة الجنائية ضمن الإطار العادي لسير إجراءات التحقيق، ولا يمكن الطعن في قرار قاضي التحقيق في هذا الصدد والذي يكون ذا طابع سري<sup>9</sup>.

كما أن الوكيل العام للملك يمكن له أن يلتمس من السيد قاضي التحقيق العمل على تشخيص بعض الأرقام الهاتفية، التي يمكن أن تظهر من جراء التقاط مكالمات هاتفية في ملف معين، حيث يعمل السيد قاضي التحقيق على مراسلة الجهات المختصة لتزويده

بأصحاب الأرقام الهاتفية التي ظهرت في الملف المحال على السيد قاضي التحقيق، فإن هذا الأخير تبقى له صلاحية رفض الملتمس أو الاستعانة به، وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار الوكيل العام للملك هو من اتخذ القرار.

<sup>8</sup> - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 282.73.1 بتاريخ 28 ربيع الثاني 1394 (21 مايو 1974) يتعلق بزجر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على هذه المخدرات، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3214 بتاريخ 14 جمادى الأولى 1304 (5 يونيو 1974).

- ينص الفصل الثاني من هذا الظهير على ما يلي: يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة يتراوح قدرها بين 5.000 و500.000 درهم كل من استورد أو أنتج أو صنع أو نقل أو صدر أو أمسك بصفة غير مشروعة المواد أو النباتات المعتبرة مخدرات.

<sup>9</sup> - محمد عبد النبوي م ج س ص 15 .

ب: الوكيل العام للملك

إذا كان المشرع المغربي قد خول لقاضي التحقيق صلاحية إصدار الأمر مباشرة بالتقاط المكالمات والاتصالات، دون التقيد بشكليات خاصة أو جرائم محددة، فإنه بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية، نجد المشرع خول كذلك هذه الصلاحية للوكيل العام للملك، لكن بصفة استثنائية بالنظر إلى أن قضاء التحقيق هو الجهة المختصة أصليا باتخاذ هذه العملية، لأن أحكام هذا الإجراء وقع التنصيص عليها في الباب الخامس من القسم الثالث المتعلق بالتحقيق الإعدادي ولم يتم التنصيص عليها ضمن الأحكام الخاصة بالنيابة العامة، وبالتالي فإمكانية التنصت من طرف الوكيل العام للملك قيدها المشرع بضرورة وجود ترخيص مسبق من الرئيس الأول كأصل، واستثناء في حالة الاستعجال القصوى.<sup>10</sup>

1-التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات بترخيص مسبق من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف.

من الصلاحيات التي منحها قانون المسطرة الجنائية للوكيل العام للملك إمكانية تقديم ملتمس للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف من أجل إصدار أمر بالتقاط المكالمات الهاتفية أو الإتصالات المنجزة بوسائل الإتصال عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها أو حجزها، إذا اقتضت ضرورة البحث ذلك، متى كانت الجريمة موضوع البحث تمس أمن الدولة أو تتعلق بالعصابات الإجرامية، أو بالقتل أو بالاختطاف، أخذ الرهائن، أو بتزييف أو تزوير النقود أو سندات القرض العام، أو المخدرات أو المؤثرات العقلية، أو بالأسلحة والذخيرة والمتفجرات أو بحماية الصحة.<sup>11</sup>

-التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات قبل إذن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف.

<sup>10</sup>- جمال سرحان، ضمانات المتهم وحقوق الدفاع خلال مرحلة التحقيق الإعدادي دراسة على ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربي والمقارن وأراء الفقه وأحكام القضاء مطبوعة صناعة الكتب البيضاء السنة 2010 ص 202.

<sup>11</sup>-وزارة العدل شرح قانون المسطرة الجنائية (الدعوى العمومية السلطات المختصة بالتحري عن الجرائم الجزء الأول)، سلسلة الشروح والدلائل مطبوعة فضالة، نونبر 2006 ص 209 .

وفي حالة الاستعجال القصوى وبصفة استثنائية، إذا كانت ضرورة البحث تقتضي التعجيل خوفا من اندثار وسائل الإثبات يجوز للوكيل العام للملك حسب المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية بالفقرة الرابعة<sup>12</sup> أن يأمر كتابة بالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها إذا كانت الجريمة تتعلق بالمخدرات أو المؤثرات العقلية أو بالأسلحة والذخيرة والمتفجرات، أو بالاختطاف أو أخذ الرهائن وفي هذه الحالة يتعين عليه أن يشعر فورا الرئيس الأول وعلى هذا الأخير إصدار مقرره - سماه النص تقريرا- خلال 24 ساعة بتأييد أو تعديل أو إلغاء أمر الوكيل العام للملك فإذا تم إلغاء الأمر فان عملية الالتقاط يتم إيقافها وتصبح الإجراءات المنجزة وفقا للأمر المذكور كأن لم تكن، والقرار الصادر عن الرئيس الأول بالإلغاء لا يقبل أي وجه من الطعن.<sup>13</sup> غير أن الإشكال الذي تطرحه صياغة المادة 108 ونص المادة 109 من قانون المسطرة الجنائية تتجسد بكيفية بارزة من خلال استعمال المشرع لعبارات ومصطلحات عائمة ومنها:

عبارة حالة الاستعجال القصوى في الفقرة الثالثة المذكورة أعلاه ومصطلح الصفة الاستثنائية، وعبارة الجريمة التي تبرر ذلك أي تبرر إصدار الأمر بالتنصت، فهذه الصياغة لا يمكن تقييدها إلا بضرورة تعليل الأمر بالتنصت تعليلا دقيقا لا يكفي فيه تكرار عبارات المشرع المشار إليها أعلاه بل لا بد، من الوقوف بشكل محدد ودقيق على المقتضيات الواقعية التي تؤسس لاعتقاد القاضي في قانونية وعدالة الأمر المقبل على إصداره.<sup>14</sup>

ومما سبق عرضه، يتضح لنا أن المشرع خول إمكانية التقاط المكالمات والاتصالات عن بعد لقاضي التحقيق لدى محكمة الاستئناف والمحكمة الابتدائية، أما على مستوى النيابة العامة منح هذه الصلاحية للوكيل العام للملك دون وكيل

<sup>12</sup>- جاء في الفقرة الرابعة من المادة 108 من ق م ج ما يلي:

"غير انه يجوز للوكيل العام للملك في حالة الاستعجال القصوى بصفة استثنائية أن يأمر كتابة بالتقاط المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها وحجزها..."

<sup>13</sup>- عبد الواحد العلمي شرح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الثاني الطبعة الخامسة لسنة 2017 ص 77 .

<sup>14</sup>- محمد بولمان، التنصت في القانون المغربي قراءة للمادتين 108 و109 من قانون المسطرة الجنائية، المجلة المغربية لنادي قضاة الدار البيضاء دون ذكر الطبعة ص 176.

الملك لكن ماذا لو تعلق الأمر بجرائم المخدرات التي هي من اختصاص المحكمة الأخيرة.<sup>15</sup>

إلا أنه في المادة 108<sup>16</sup> من مشروع قانون بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربي لسنة 2014، نجد أن المشرع تدارك النقص الموجود في المادة 108 الحالية وذلك بالسماح للوكيل العام للملك، بإمكانية إصدار أمر بالتقاط المكالمات الهاتفية أو أخذ نسخ منها أو حجزها سواء بعد أخذ إذن من رئيس المحكمة أو دون إذن لذلك عند الاستعجال،

وذلك إذا كانت الجريمة موضوع البحث تمس بالجرائم الماسة بنظام المعالجة الآلية للمعطيات<sup>17</sup>.

وفي نفس السياق تنص المادة 1-116 من مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربي على ما يلي: " يمكن لقاضي التحقيق أو الوكيل العام للملك كل فيما يخصه، إذا اقتضت ضرورة البحث في إحدى الجرائم الواردة في المادة 108 من هذا القانون، أن يأذن بمقتضى مقرر كتابي معمل بوضع الترتيبات اللازمة لتحديد مواقع المشتبه فيهم ورصد تحركاتهم، أو بالتقاط وتثبيت وبث وتسجيل العبارات المفوه بها من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن أو وسائل نقل خاصة أو عامة، أو بالتقاط صور لشخص أو عدة أشخاص في مكان خاص أو عام وأخذ نسخ منها أو حجزها"،

<sup>15</sup> - وهنا نفتح قوسا لتساءل عن مدى وجهة حرمان مؤسسة وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بمباشرة هذا الإجراء بخصوص الجرائم التي يرجع إليه الاختصاص النوعي للبحث فيها. وفي الحالة التي يطلب فيها الأمر باستعمال تقنية التقاط المكالمات الهاتفية، في هذا النوع من الجرائم فإنه يجب مراجعة الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف ليقدم بهذا الطلب، أمام الرئيس الأول لدى هذه المحكمة مما يعقد مسطرة البحث والتحري في هذا النوع من الجرائم ويفقدها فعاليتها.

<sup>16</sup> - حيث جاء في المادة 108 من مشروع قانون المسطرة الجنائية لسنة 2014 "يمكن للوكيل العام للملك إذا اقتضت ذلك ضرورة البحث، أن يلتمس كتابة من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، إصدار أمر بالتقاط المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وتسجيلها أو نسخ منها أو حجزها، وذلك إذا كانت الجريمة موضوع البحث تمس بأمن الدولة أو جريمة إرهابية أو جريمة منظمة أو تتعلق بالعصابات الإجرامية أو بالقتل أو التسميم أو التزوير أو تزوير النقود أو سندات القرض العام أو بالرشوة أو استغلال النفوذ أو الغدر أو الاختلاس أو بحماية الصحة أو بالجرائم الماسة بنظام المعالجة الآلية للمعطيات والجرائم ضد الإنسانية والاتجار بالبشر".

<sup>17</sup> - يونس قجاج، خصوصية القواعد الإجرائية في مجال البحث عن الجريمة الالكترونية دراسة مقارنة منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 14 السنة 2016 ص 52

وتضيف المادة 116-3: " يمكن لقاضي التحقيق أو الوكيل العام للملك أو لوكيل الملك لأجل وضع الترتيبات التقنية اللازمة لتنفيذ المقرر المتخذ وفقا للمادة 116-1 أعلاه، الإذن بالدخول إلى وسيلة النقل أو مالك أو حائز أو محتل الأماكن أو كل شخص صاحب حق عليها".<sup>18</sup>

### الفقرة الثانية: إجراءات التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

رغبة من المشرع المغربي في إقرار الطابع الاستثنائي لعملية التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد لارتباطها الوثيق بحرمة الحياة الشخصية للفرد، فقد خصها بمجموعة من الإجراءات القانونية التي يتعين مراعاتها سواء عند إصدار الأمر القاضي بالتقاط أو أثناء تنفيذه، وعليه سنعرض تبعا لشكلية الأمر القاضي بالتقاط ومدته (أولا) ولمسطرة تنفيذه (ثانيا).

### أولا: شكليات ومدة الأمر القاضي بالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

بالنسبة لشكليات الأمر الصادر بالتقاط المكالمات الهاتفية فقد ألزم القانون أن يكون هذا الأمر أو المقرر كتابيا وأن يكون معللا إما بضرورة البحث بالنسبة لقضاة التحقيق، أو بالنسبة للرئيس الأول بمحكمة الاستئناف، أو بحالة الاستعجال القصوى بالنسبة للوكيل العام للملك، ويجب أن يتضمن المقرر كل العناصر التي تعرف بالمكالمات الهاتفية وتسجيلها واخذ نسخ منها أو حجزها مع بيان الجريمة التي تبرر ذلك والمدة التي تتم فيها العملية، مع تجديد المدة القصوى للتقاط وهي أربعة أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة.

إلا أن ما يؤخذ على المشرع المغربي هو عدم تحديد الجزاء القانوني في حالة عدم احترام هذه الشروط ولا يعني عن ذلك الفصل 751 من قانون المسطرة الجنائية الذي ينص على جزاء عام لا تقتنع به بعض الاتجاهات القضائية للتصريح بالبطلان في غياب جزاء خاص.<sup>19</sup>

<sup>18</sup>-امين البصري، وسائل الإثبات العلمية الحديثة في المجال الجنائي، مجلة القانون المغربي العدد 34 السنة 2017 ص 222.

<sup>19</sup>- يوسف وهابي، إشكالية التنصت الهاتفية والتحرش الهاتفية في التشريع الجنائي المغربي والمقارن، مجلة الملف، العدد السادس، ماي 2005، ص 139.

كما يثار تساؤل حول من يملك صلاحية تجديد الأجل المنصوص عليه في المادة 109، فالراجح أن يعود طلب التجديد إلى قاضي التحقيق دون سواه، بحكم أن المشرع وإن كان أعطى للوكيل العام إمكانية التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات، فإنه قيد هذا الأخير بتقديم التماس في حالة الاستعجال، وهذا يعني أن صلاحية الأمر بالتقاط المكالمات يبقى من حق قاضي التحقيق دون إتباع إجراءات في هذا السياق، وهو الذي يملك لوحده صلاحية التجديد، أما صلاحية الوكيل العام للملك في هذا المجال ما هي إلا استثناء.

وعموما فإن شكلية تحديد المدة في الأمر بالتقاط تضمن بمنطوق الأمر وذلك عن طريق تحديد المدة الزمنية كتابة وتحديد تاريخ انطلاقها وهو ما يتبين من خلال ما تم الاطلاع عليه من نماذج الأوامر سواء منها الصادرة عن السيد قاضي التحقيق والسيد الوكيل العام للملك.

### ثانيا: مسطرة تنفيذ التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

تمر مسطرة تنفيذ التقاط المكالمات بمجموعة من المراحل، تبدأ بوضع جهاز الالتقاط، تم تحرير محضر العملية المنجزة وترجمة محتويات الاتصال، تم تنتهي بإبادة التسجيلات. وذلك عن طريق تسخير مصالح الشرطة القضائية أو ضباط إدارة مراقبة التراب الوطني<sup>20</sup> وفقا للمادة 108 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك قصد حماية المجتمع ومحاربة الجريمة سواء في المرحلة التحضيرية والتي تتطلب عملا أمنيا استباقيا. أو مرحلة التنفيذ التي تتطلب عمليات البحث والتحري وضبط وسائل الإثبات والأدلة الجنائية<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> - تنص الفقرة 4 من المادة 20 من ق م ج الذي عدل وتمم بموجب قانون 35.11 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.169 بتاريخ 2011/10/17 ج رقم 5990 بتاريخ 2011/10/27. التي خولت الصفة الضبطية للمدير العام لإدارة التراب الوطني وولاية الأمن والمراقبون العامون للشرطة وعمداء الشرطة وضباطها بهذه الإدارة، فيما يخص الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من هذا القانون.

<sup>21</sup> - عصام المديني، مرشد الشرطة القضائية في أساليب البحث والتحري وطرق الاستدلال الجنائي، مطبعة سيدي مومن البيضاء، الطبعة الثانية، السنة 2018 ص71.



## وضع جهاز الالتقاط

باعتبار أن عملية التنصت هي عملية فنية وتقنية بحتة، فإن المادة 110<sup>22</sup> من قانون المسطرة الجنائية وفي إطار تنفيذها خولت للسلطة القضائية المكلفة بالبحث والتحقيق (قاضي التحقيق والوكيل العام للملك) وكذا ضباط الشرطة القضائية المكلفين بالالتقاط من طرفهم بان يستعينوا بعون مختص تابع لمصلحة أو المؤسسة موضوعة تحت سلطة أو وصاية الوزارة المكلفة بالاتصالات والمراسلات، أي عون مكلف في مجال الاتصالات، كما يمكن أن يطلب منه وضع جهاز التقاط<sup>23</sup>.

والمشرع المغربي لم يوضح طبيعة العمل المطلوب من الجهات، وما إذا كان يدخل في أعمال الخبرة أم لا حتى يتم ترتيب النتائج عن ذلك، ونظرا لخطورة الإجراء المطلوب من الجهات المذكورة، نرى تدخل المشرع ضروريا للتنصت على تكليف كل عون يقوم بمد يد المساعدة للجهات القضائية، أن يؤدي اليمين القانونية مع تذكيره بواجبه في المحافظة على السر المهني والجزاءات التي رتبها الفصل 446<sup>24</sup> من قانون الجنائي عند كل إخلال بهذا الواجب.

22 - وهكذا نصت المادة 110 من ق م ج على أنه تنفيذًا لعملية التنصت واعتراض المكالمات على أنه يعود للسلطة القضائية المكلفة بالتحقيق أو لضباط الشرطة القضائية في إطار مسطرة الإنابة القضائية، أن تطلب من الجهات المختصة باستغلال شبكات الاتصالات الحديثة بوضع جهاز لالتقاط وتسجيل المكالمات، وإن كانت المادة 108 فقرة أخيرة تتحدث عن " تحت سلطة ومراقبة قاضي التحقيق و نعتقد أنه من الأفضل أن يتولى هو بنفسه العملية اعتبارًا للمسؤوليات القانونية التي يمكن أن تثار في هذا المجال.

والملاحظة التي تثير نوع من الاستغراب وهي على أية حال طريقة تؤكد المنهجية الغير عملية التي تم إتباعها لصياغة هذه النصوص وهي استعمال "أن السلطة القضائية... تطلب..". المادة 110 ق م ج والحال أن واضعي هذه النصوص تنطبق عليهم فرضيتان إما كان سهواً، خاصة ما ضمنوه بالمادة 108 م ج وهي أن قاضي التحقيق يصدر أمراً. والفرق بين الطلب والأمر واضح، وإما تعمدوا ذلك لأنه يستحيل علينا استيعاب أن قاضي التحقيق يصدر أمر بالالتقاط المكالمات، تم يطلب القيام بذلك فالطلب هو في نهاية المطاف رجاء أو التماس... والجهة التي يوجه إليها الطلب غير ملزمة بناء على هذه الملاحظات لأنه يبقى طلب ليس إلا.

23- جاء في المادة 108 من ق م ج ما يلي:

"يمكن للسلطة القضائية المكلفة بالبحث أو التحقيق أو لضباط الشرطة القضائية الذي تعنيه أن تطلب من كل عون مختص تابع لمصلحة أو لمؤسسة موضوعة تحت سلطة أو وصاية الوزارة المكلفة بالاتصالات والمراسلات، أو من أي عون مكلف باستغلال شبكة، أو مزود مسموح له بخدمات الاتصالات وضع جهاز الالتقاط."

24- ينص الفصل 446 من القانون الجنائي على أن: "الأطباء والجراحون وملاحظ الصحة، وكذلك الصيادلة والمولدات وكل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار، بحكم مهنته أو وظيفته، الدائمة أو

وتجدر الإشارة إلى أن الانجاز الفعلي لهذه العملية يرجع إلى ضباط الشرطة القضائية بمساعدة التقنيين العاملين لدى مؤسسات استغلال شبكات الاتصال عن بعد فيما يخص الحصول على المعلومات والوثائق الضرورية.<sup>25</sup>

### تحرير محاضر عن عمليات الالتقاط

بعد استكمال عملية الالتقاط من طرف السلطة القضائية المكلفة بالبحث والتحقيق أو ضباط الشرطة القضائية، وطبقا للمادة 111 من ق م ج تحرر محضر عن كل عملية من عمليات الالتقاط بعد تسجيلها وأخذ نسخ منها وحجزها، ويتعين إثارة الانتباه أن المشرع المغربي لم يشترط حضور كاتب الضبط إلى جانب السلطة القضائية المكلفة بالبحث أو التحقيق وقت تحرير المحضر، فقد أثير الدفع ببطلان محضر الضابطة القضائية لعدم حضور كاتب الضبط مع ضابط الشرطة القضائية أمام محكمة الاستئناف بتازة فردت الدفع المذكور في قرارها عدد 174/07 الصادر بتاريخ 2007/02/07 في الملف الجنحي العادي 06/1516 والذي أيده المجلس الأعلى بعلّة: "أن المادتين 108 و 113 من قانون المسطرة الجنائية حددت الكيفية التي يتم سلوكها في التقاط المكالمات الهاتفية وتسجيلها وحجزها وأخذ نسخ منها وتحرير محضر بذلك وهذه الإجراءات لا تشير إلى حضور كاتب الضبط.<sup>26</sup>" وينبغي أن يضمن بالمحضر أيضا بيان تاريخ بداية العملية وتاريخ نهايتها على أن توضع هذه التسجيلات والمراسلات في وعاء مختوم.

### ت- نسخ وترجمة محتويات التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

بعد سلسلة الإجراءات السالف ذكرها، تأتي المرحلة الأخيرة لهذه المسطرة وهي المتمثلة في نسخ وتدوين محتويات الاتصالات الملتقطة والمفيدة لإظهار الحقيقة التي لها علاقة بالجريمة دون غيرها من الاتصالات التي تتعلق بالأسرار الشخصية للشخص والتي لا فائدة من الاطلاع عليها، ويوضع المحضر بملف القضية، ويمكن

المؤقتة، إذا أفشى سرا أودع لديه، وذلك في غير الأحوال التي يجيز له فيها القانون أو يوجب عليه فيها التبليغ عنه، يعاقب بالحبس من شهر وغرامة من ألف ومائتين إلى عشرين ألف درهم..."  
25- محمد الخضراوي، م س ص 153.

26- قرار المجلس الأعلى عدد: 1834 بتاريخ 2007/07/11 ملف عدد: 07/7014 أشار إليه محمد السفريوي في عرضه الذي ألقاه بتاريخ 2008/02/01 بالمعهد العالي للقضاء حول حجية التقاط المكالمات الهاتفية ومدى حجيتها على ضوء قانون المسطرة الجنائية.

الاستعانة بذوي الاختصاص في هذا المجال وهم أصحاب الخبرة التقنية في مجالات الاتصال.

لكن وكما سبقت الإشارة إليه في الفصل الأول هناك رموز من نوع خاص لا يعرفها إلا أفراد العصابات المنظمة الذين يستخدمون لغة خاصة للتخاطب فيما بينهم، تبقى دلالاتها ومعانيها حكرا عليهم، واعتبارا لكون الاتصالات الملتقطة قد تكون بلغة أجنبية، فقد نصت المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية على ترجمتها بمساعدة ترجمان محلف يسخر لهذا الغرض ويؤدي اليمين كتابة على أن يترجم بأمانة ولا يفشي أسرار البحث والمراسلات وفقا للصيغة الواردة بالمادة 27 من ظهير 2001/06/22، إن لم يكن مسجلا بجدول الترجمة المقبولين لدى المحاكم<sup>27</sup>.

و هذا ما أكده حكم المحكمة الابتدائية بتازة عدد 641 في ملف جنحي عدد 06/1816 حيث جاء فيه: "انه بالرجوع إلى محضر التقاط المكالمات وخاصة تلك المتعلقة بترجمة الاتصالات التي تمت باللغة الفرنسية إلى العربية يتضح بأن عملية الترجمة قد تمت بواسطة ضابط الشرطة القضائية حاصل على الإجازة في الحقوق باللغة الفرنسية، وذلك بعد أدائه اليمين القانونية وحيث تبعا لذلك تكون محاضر الترجمة قد جاءت سليمة."<sup>28</sup>

#### ت- إبادة تسجيلات المكالمات الهاتفية والاتصالات.

و استنادا إلى المادة 113 من قانون المسطرة الجنائية يستفاد أن عملية إبادة التسجيلات تتم بمبادرة من قاضي التحقيق أو من طرف النيابة العامة، وذلك بعد انصرام أجل تقادم الدعوى العمومية أو بعد اكتساب المقرر الصادر قوة الشيء المقضي به، ولقد استوجب المشرع في المادة 113 من نفس القانون تحرير محاضر عن عملية الإبادة، وهي يطلق عليها بمحاضر إبادة التسجيلات.<sup>29</sup>

<sup>27</sup>-البشير بوحبة، نظرات في القانون المتعلق بالتقاط المكالمات دراسة مقارنة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد، 10، 09، نونبر 2004 ص 182 .

<sup>28</sup>-البشير بوحبة، نفس المرجع ص 182

<sup>29</sup>- محسن سرحان، التقاط المكالمات والاتصالات عن بعد ، بين التشريع الجنائي المغربي والعمل القضائي، بحث نهاية التدريب الملحقين القضائيين الفوج 39 ص 30.

وعموما فإنه وبعد الاطلاع على النصوص القانونية المنظمة لإجراءات التقاط المكالمات الهاتفية، وانطلاقا من الواقع العملي فإن أهم ما يمكن الإشارة إليه هو أن المشرع المغربي بالرغم من تنصيبه على تنظيم إجراءات التقاط المكالمات وتسييجها بمجموعة من الضمانات القانونية، إلا انه يتوجب عليه أن يعتمد تقنية تحديد الموقع الجغرافي GPS التي لا تنال من حرية الأفراد في خصوصياتهم رغم نجاعتها وفعاليتها في ضبط الجريمة ولتفادي كذلك طول هذه المسطرة التي تكون في شكل انتدابات توجه إلى الأشخاص المؤهلين في شبكة الاتصالات، وفي نظرنا هذا الإجراء غير مواكب لسرعة وتنامي الجريمة، وهو ما

يجعلنا نتساءل عن الضمانات التي أقرها التشريع الفرنسي للتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات الأخرى. هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلب الثاني

### المطلب الثاني: أحكام التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات في القانون الفرنسي

رغم أن القوانين الداخلية للدول أقرت في أغلبها على الحق في حماية حياة الفرد الخاصة، فإنها ولتحقيق الموازنة الأمنية أباحت التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال الأخرى، فإنها اختلفت في تحديد الجرائم التي يجوز فيها إجراءات التقاط المكالمات الهاتفية، وهذا تبعا لفلسفة التشريع من ناحية، والسياسة الجنائية التي تتبناها من ناحية أخرى، غير أن أغلب التشريعات تلتقي في إجازة التنصت متى كانت الجريمة على قدر كبير من الخطورة كالجنايات بينما يحظر اتخاذ إجراء التنصت إذا كانت الجريمة المرتكبة بسيطة كالمخالفات، والمشرع الفرنسي في قانون المسطرة الجنائية رقم 91-646 بتاريخ 10 يوليوز 1991 ونظم إجراء التقاط المكالمات بشكل يراعي الحياة الشخصية للأفراد غير أن هذا القانون ميز بين التقاط المكالمات الهاتفية في الشق القضائي (الفقرة الأولى) ومثيلاتها الإدارية التي تهم بالأساس الحفاظ على أمن الدولة (الفقرة الثانية)

#### الفقرة الأولى: التنصت القضائي.

سنحاول في هذه الفقرة البحث عن الضمانات التي أقرها التشريع الفرنسي عند اللجوء إلى إجراءات التقاط المكالمات الهاتفية، نظرا لخطورة إجراءات التنصت على

المكالمات الهاتفية وتأثيرها الكبير على حقوق وحرقات المواطنين غير أنه قيدها بشروط وضوابط تهدف إلى توفير ضمانات كافية ضد أي تعسف في استعمالها من خلال الجهات المختصة (أولاً) والجهات المكلفة بالتنفيذ (ثانياً)

### أولاً- الجهة المختصة بإصدار الأمر بالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

سمح المشرع الفرنسي باتخاذ إجراءات التنصت من طرف قاضي التحقيق في القضايا الجنائية المعاقب عليها بالحبس لمدة تفوق أو تعادل سنتين، كما اعتبر أن هذا الإجراء ليست له طبيعة قضائية، ومن تم فهو غير قابل لأي طعن طبقاً للمادة 100<sup>30</sup> من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي في صيغته الجديدة المعدلة بموجب قانون 9 مارس 2004 حيث خولت هذه الإمكانية لقاضي التحقيق وضابط الشرطة القضائية، عند توفر مجموعة من الشروط.<sup>31</sup>

فيما قيد لجوء ضباط الشرطة القضائية لهذا الإجراء فقط في حالة الجريمة المنظمة للحيلولة دون فرار الجناة أو محوهم لأثارها، ويستلزم الأمر استصدار إذن قاضي الحريات والاعتقال بناء على ملتمس من وكيل الجمهورية طبقاً للفقرة 95 من المادة 706.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup>- تنص المادة 100 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي إلى غاية آخر تعديل 01 يناير 2018 Art 100 en matière criminelle et en matière correctionnelle si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement. Le juge d'instruction peut lorsque la nécessité de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de Correspondance émises par voie des communications électroniques, les opérations, sont effectuées sous son autorité et son contrôle.

<sup>31</sup> -FARAH ELHAJJI CHADADE les actes d'investigation thèse de doctorat e droit. Faculté du droit sciences économiques et gestion. Université du Maine. Ecole doctorale pierre couvrait édition 88 université du Maine 2010 page 312.309.

<sup>32</sup> -Article 706-95 Modifié par loi n° 2016-1636, du 1 er décembre 2016-art-1 si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques selon les modalités prévues par les

وهذا ما يؤكده قرار محكمة النقض الفرنسية عدد 731.81-15<sup>33</sup> بتاريخ يوليو 2015، حيث تمت المراقبة بشكل تدريجي حول خطين هاتفين يعودان لشخص واحد في إطار بحث يتعلق بالجريمة المنظمة بناء على الفصل 95-706 الذي يسمح لقاضي الحريات والاعتقال بالقيام بهذا الإجراء خلال أجل شهر قابلة للتمديد مرة واحدة إذ لا يمكن أن تتجاوز الشهرين خلال البحث.<sup>34</sup>

الشروط الواجب توفرها في الأمر بالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات.

نصت المادة 100 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي على أنه يجب أن يكون قرار التقاط المكالمات الهاتفية مكتوبا ومسببا، ويقصد بتسبيب القرار أن يوضح في هذا الأخير بأن الإجراء استدعته ضرورة التحقيق، أي بمعنى آخر أن تحديد الجناة أصبح مستحيلا أو على الأقل صعبا بوسائل التنقيب والبحث المعتادة، ويجب كذلك أن يحدد في القرار نوع الجريمة التي استدعت التنصت على المكالمات الهاتفية، والمدة اللازمة لاتخاذ هذا الإجراء، فضلا على ذلك جميع البيانات التي تحدد وسيلة الاتصال الخاضعة للتنصت.

الجرائم المبررة لالتقاط المكالمات والاتصالات ومدة الإجراء.

وضع المشرع الفرنسي معيار جسامته الجريمة قصد التنصت على المكالمات الهاتفية، أساسه العقوبة المقررة لها حيث أن إجراء التقاط المكالمات جائز في

---

articles 100, deuxième alinéa, 100-1 et 100-3 à 100-7, Ces opérations sont faites le contrôle du juge des libertés et de la détention.

Les dispositions de l'article 100-8 sont applicables aux interceptions ordonnées en application du présent article.

Pour l'application des articles 100-3 à 100-5 et 100-8, les attributions confiées au juge d'instruction ou à l'officier de police judiciaire commis par lui sont exercées par le procureur de la République ou l'officier judiciaire requis par ce magistrat.

<sup>33</sup>-ARRET chambre criminelle des 8 Juilly.2015 N° 15-81.731.Publier sur DALLOZ actualité le quotidien du droit du 24 juillet 2015 criminalité organisée : perquisition, écoutes téléphoniques et géo localisation par sébastien Fucini.

<sup>34</sup>- Enfin, la chambre criminelle s'est également prononcée sur la réalisation d'écoutes téléphoniques réalisées successivement sur deux lignes dont est titulaire une même personne. Durant une enquête en matière de criminalité organisées. L'article 706-95 permet au JLD d'autoriser une telle mesure, pour une telle mesure, pour une durée d'un mois renouvelable une fois...

الجنايات والجرح إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة تساوي أو تزيد عن الحبس لمدة سنتين، وهي نفس العقوبة التي تبرر قرار الاعتقال الاحتياطي.<sup>35</sup>

أما مدة إجراء التقاط المكالمات فقد حددها المشرع في أربعة أشهر كحد أقصى، وجعلها قابلة للتجديد بنفس الشروط التي صدر بناء عليها الأمر الأول.<sup>36</sup> وهذا ما نلمسه بشكل واضح في القرار أعلاه لمحكمة النقض الفرنسية عدد 15-81-731 بتاريخ 8 يوليوز لسنة 2015 حيث جاء في إحدى حيثياته: "كما أن مقتضيات المادة 100 وما بعدها من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، لا توضح بشكل جلي هل يتم احتساب المدة القانونية حسب الخط الهاتفي أو صاحبه خلافا للمادة 100-3 المتعلقة بالتقاط المكالمات في إطار التحقيق التي تبقى مفتوحة ويحق لقاضي التحقيق تجديدها كل ما بدا له ذلك مثمرا في البحث..."<sup>37</sup>

### ثانيا- مسطرة تنفيذ عملية التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات.

يتم تنفيذ عملية إجراء التقاط المكالمات من الناحية الفنية، بناء على استدعاء قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية المعين من طرفه احد الفنيين التابعين للهيئة التي تنظم الاتصالات، لترتيب الجهاز اللازم للتنصت على المكالمات الهاتفية وتسجيلها وفقا لما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 100 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> - Article 100 :op cite

<sup>36</sup>-Article 100-2 Modifié par Loi n°2016-731 du 3 juin 2016-art.57

Cette décision est prise pour une durée maximum de quatre mois. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée, sans que la durée totale de l'interception puisse excéder un an ou, s'il s'agit d'une infraction aux articles 706-73 et 706-73-1 deux ans.

<sup>37</sup>-Tout d'abord, les articles 100 et suivants du code de procédure pénale ne prévoient pas explicitement que la durée maximale concerne la ligne et non pas la personne visée par la mesure, d'autant que l'article 100-3, applicable aux écoutes réalisées durant l'instruction, permet de renouveler indéfiniment la mesure..."

<sup>38</sup>- Article 100-3 Modifié par Loi n°2016-731 du 3 juin 2016-art.57

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui peut requérir tout agent qualifié d'un service ou organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des communications électroniques ou tout agent qualifié d'un

وتجدر الإشارة إلى بعض الإشكالات العملية المطروحة في فرنسا في هذا المجال، حيث أن التنصت بناء على طلب الضحية وموافقته لتحديد هوية متصل مزعج أو سيء النية لا يدخل في إطار إجراءات التنصت ويخرج عن نطاقها كذلك التنصتات التي قام بها الأفراد بمبادرة منهم، مع العلم أنها تخضع بدورها للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، كما أن التقاط المكالمات والتصريحات المسجلة من مكبرات الصوت والإشهارات والدعاية لا تندرج ضمن هاته المساطر، بل أكثر من ذلك فإن قرارا لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14-1999-04 عن الغرفة الجنائية اعتبرت أن مجرد فحص مذكرة الهاتف لاستخراج معطيات حول الأشخاص المتصلين بالمشتكي لاستغلالها من طرف ضابط الشرطة القضائية في إطار البحث لا يعد إجراء تنصتيا أو التقاطا للمكالمات ولا شك انه يظل مشروعاً.

وبالرجوع إلى تنفيذ إجراء الالتقاط يتم إعداد محاضر تبين فيها هذه العملية باليوم والساعة، ومحضر آخر يسجل فيه الانتهاء باليوم والساعة، وتحرير التسجيلات بصورة تمنع أي عمل يحذف منها أو يضيف إليها حسب الفقرة 04 من المادة 100 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.<sup>39</sup>

كما أن محضر التفريغ يشمل المعلومات اللازمة لإظهار الحقيقة، حيث يودع هذا المحضر في ملف القضية أما إذا كانت المكالمات الهاتفية بلغة أجنبية فيتم ترجمتها إلى الفرنسية بالاستعانة بمترجم.

وبعد مرور أجل تقادم الدعوى العمومية يتم إبادة التسجيلات تحت إشراف النائب العام أو المحامي العام.

---

exploitant de réseau ou fournisseur de services de communications électroniques autorisé, en vue de procéder à l'installation d'un dispositif d'interception.

<sup>39</sup>- Article 100-4 Modifié par Loi n°91-646 du 10 juillet 1991-art.2

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui dresse procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement. Ce procès-verbal mentionne la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée.

Les enregistrements sont placés sous scellés fermés.



### الفقرة الثانية: ضمانات الالتقاط الأمني للمكالمات الهاتفية والاتصالات

نظم المشرع الفرنسي في قانون رقم 646 لسنة 1991 الالتقاط الإداري الذي يهدف إلى الحفاظ على أمن الدولة حيث أحدث لجنة تحت إشراف الوزير الأول تتولى القيام بالتقاط المكالمات والاتصالات الأخرى استثناء كلما تعلق الأمر بجرائم تمس الدفاع الوطني والمصالح الاقتصادية والمؤهلات العلمية لفرنسا وضبط الضالعين في جرائم الإرهاب والميليشيات الخاصة وعصابات الجريمة المنظمة والتخريب، مع العلم أن هؤلاء يحالون المتورطين فيما بعد على العدالة واعتبره المشرع الفرنسي أمرا استثنائيا يتم في حالات محددة على سبيل الحصر ووفقا لشروط معينة<sup>40</sup>.

وقد نص هذا القانون كذلك على عدة ضمانات تحمي الأفراد من تعسف سلطات الضبط الإداري عند ممارسة مثل هذا الإجراء.

### أولاً: الجهات المنوط بها إصدار أمر التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

نصت المادة الرابعة من الباب الثاني من القانون أعلاه على أن: "الوزير الأول أو من يفوضه وفقا للقانون يتمتع بسلطة إصدار قرار إداري مكتوب ومسبب بالتنصت على الاتصالات لأغراض حماية الأمن القومي ومكافحة الإرهاب والإجرام، ويصدر هذا القرار بناء على اقتراح مكتوب ومسبب مقدم من طرف وزير الدفاع أو وزير الداخلية أو الوزير المختص بالجمارك أو من الشخص الذي يفوضه أي منهم<sup>41</sup>."

ثانياً: حالات ومدة التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

<sup>40</sup>-FARAH ELHAJJI CHEHADE :op cite .page 312-309

<sup>41</sup>-Art 4 Modifié par loi n°2006-64 du 23 janvier 2006-art 6

L'autorisation est accordée par décision écrite et motivée du Premier ministre ou de l'une des deux personnes spécialement déléguées par lui. Elle est donnée sur proposition écrite et motivée du ministre de la défense, du ministre de l'intérieur ou du ministre chargé des douanes, ou de l'une des deux personnes que chacun d'eux aura spécialement déléguées.

Le Premier ministre organise la centralisation de l'exécution des interceptions autorisées.

حدد القانون بموجب المادة 4203<sup>42</sup> منه الحالات التي يصدر فيها الترخيص بالمراقبة الأمنية وحصرها فيما يلي: حماية الأمن القومي، وحماية المصالح الاقتصادية والعلمية لفرنسا ومنع الإرهاب وارتكاب الجرائم المنظمة، ومنع تكوين أو إعادة تكوين الجماعات التي تم حلها وفقا لقانون 10 يناير 1936.

أما مدة المراقبة فلا يجوز أن تزيد عن أربعة أشهر، ولا تجدد إلا للظروف نفسها وبالشروط الشكلية والزمنية، وعدد مرات المراقبة تحدد بقرار من رئيس الوزراء، ويجب أن يتم إبلاغ قراره دون تأخير إلى اللجنة القومية لمراقبة التنصت على المحادثات الهاتفية بهذا العدد وهو ما أشارت إليه المادة السادسة من نفس القانون<sup>43</sup>.

### ثانيا: مسطرة تنفيذ الأمر الإداري بالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

يتم تركيب جهاز التنصت بأمر من وزير الاتصال أو بواسطة الشخص الذي يفوضه تفويضا خاصا لهذا الغرض من ذوي الاختصاص بالمرفق، ويتم إبلاغ رئيس الحكومة بذلك مع تحديد يوم وساعة البدء، وكذلك يوم وساعة الانتهاء.<sup>44</sup>

<sup>42</sup>- Art 03 Modifié par loi n°2004-669 du 9 juillet 2004-art.125

Peuvent être autorisées, à titre exceptionnel, dans les conditions prévues par l'article 4, les interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques ayant pour objet de rechercher des renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et la reconstitution ou du maintien de groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées.

<sup>43</sup>-Art 06 Modifié par loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004-art.125

L'autorisation mentionnée à l'article 3 est donnée pour une durée maximum de quatre mois. Elle cesse de plein droit de produire effet à l'expiration de ce délai. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée.

<sup>44</sup>- Art 08 Modifié par loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004-art.125

Il est établi, sous l'autorité du Premier ministre, un relevé de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement. Ce relevé mentionne la date et l'heure auxquelles elle a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée.

وبعدها تأتي المرحلة الأخيرة وهي تفرغ التسجيلات بواسطة أحد الفنيين المختصين، وإبلاغ الوزير الأول بجميع عمليات التنصت والتسجيل في محضر<sup>45</sup> معد لذلك، وإبلاغ وكيل النائب العام بأي معلومات عن الجرائم التي تم التوصل إليها بموجب المراقبة مع تقديم كافة المعلومات والمحاضر التي لها علاقة بالجريمة.<sup>46</sup>

ويتم إبادة التسجيلات إذا كان الاحتفاظ بها غير ضروري في تحقيق الأغراض الواردة في المادة 3 من القانون، وذلك تحت إشراف ورقابة رئيس الحكومة، خلال مدة أقصاها عشرة أيام من تاريخ إعدادها وفقا للمادة 479.

رابعاً: وسائل الرقابة على الالتقاط الأمني للمكالمات الهاتفية والاتصالات.

نصت المادة 13<sup>48</sup> من القانون على تحديد الجهة المختصة بمراقبة التنصت الأمني على المحادثات الهاتفية، وهي اللجنة القومية للرقابة على التنصت الأمني للمحادثات، وتتشكل اللجنة من رئيس يختاره رئيس الجمهورية من بين قائمة تضم أربعة أسماء يقوم بتدوينها نائب رئيس مجلس الدولة والرئيس الأول لمحكمة

<sup>45</sup>- Art 07 Modifié par loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004-art.125

Dans les correspondances interceptées, seuls les renseignements en relation avec l'un des objectifs énumérés à l'article 3 peuvent faire l'objet d'une transcription.

Cette transcription est effectuée par les personnels habilités.

<sup>46</sup>- Art 10 Modifié par loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004-art.125

Sans préjudice de l'application du deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, les renseignements recueillis ne peuvent servir à d'autres fins que celles mentionnées à l'article 3.

<sup>47</sup>- Art 9 Modifié par loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004-art.125

L'enregistrement est détruit sous l'autorité du Premier ministre, à l'expiration d'un délai de dix jours au plus tard à compter de la date à laquelle il a été effectué.

Il est dressé procès-verbal de cette opération.

<sup>48</sup>-Il est institué une Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. Cette commission est une autorité administrative indépendante. Elle est chargée de veiller au respect des dispositions du présent titre. Elle est présidée par une personnalité désignée, pour une durée de six ans, par le président de la République, sur une liste = de quatre noms établie conjointement par le vice-président du Conseil d'Etat et le premier président de la Cour de cassation....

النقض، بالإضافة للرئيس يتم اختيار عضوين أحدهما من مجلس الدولة، والآخر من مجلس الشيوخ.

ويتجلى اختصاص اللجنة القومية في أمرين:

– القرار الصادر من رئيس الحكومة بالتنصت على المكالمات: و يلتزم رئيس الحكومة بإبلاغ رئيس اللجنة بقرار التنصت الإداري خلال 48 ساعة، فإذا رأت اللجنة أن الأسباب غير جدية تصدر قرارا في أجل 7 أيام بوقف التنصت الإداري حسب ما تنص عليه المادة 14<sup>49</sup> من القانون.

– تنفيذ القرار الصادر بالتنصت : تقوم اللجنة القومية من تلقاء نفسها بمراقبة قانونية عمليات المراقبة وأثناء تنفيذها لهذه العملية ملزمة بإبلاغ وكيل النائب العام بالجرائم التي تقع مخالفة لنصوص القانون.

وما يمكن استنتاجه هو أن الضمانات التي منحها المشرع الفرنسي للتنصت الهاتفي سواء في شقه القضائي أو الأمني ترك تباينا واضحا على مستوى الصلاحيات، حيث قيده في الالتقاط القضائي من خلال تحديد الجرائم التي يجوز فيها الاعتقال الاحتياطي سواء فيما يتعلق بالجنايات أو الجرح، على النقيض من ذلك وسع صلاحيات الالتقاط الإداري الذي يهتم بالأساس الحفاظ على أمن الدولة كلما تعلق الأمر بتهديد لسلامتها وتدخل فيه الجرائم التي تمس الدفاع الوطني والمصالح الاقتصادية والمؤهلات العلمية لفرنسا ليمتد إلى الجرائم المنظمة دون قيد وبعيد أحداث صحيفة شارل ايبندو Charlie Hebdo et des attentats de l'épicerie Cacher صدر مباشرة القانون المتعلق بالاستعلام بتاريخ 25 يوليو 2015<sup>50</sup> حيث خول لمصالح الاستعلامات الحق في الولوج إلى شبكات الفاعلين في الاتصالات من اجل استعادة المعلومات والمعطيات المتعلقة بتصرفات أي شخص مشبوه

<sup>49</sup>- Art 14 Modifié par loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004-art.125

La décision motivée du Premier ministre mentionnée à l'article 4 est communiquée dans un délai de quarante-huit heures au plus tard au président de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité.

<sup>50</sup>\_

فيه، إذ في مكنة المحققين استعمال أجهزة التقاط الأصوات والكاميرات وحقائب للتجسس بغرض التقاط المكالمات والمحادثات التي تتم عبر الهواتف المحمولة<sup>51</sup>.

أما فيما يتعلق بالجهة الموكول لها الإشراف على الإجراء، فنجد أن التنصت في شقه القضائي أكثر تسييحا بمجموعة من الضمانات على العكس من ذلك في شقه الأمني بمبرر الحفاظ على كيان الدولة وبقائها والمنطق يقتضي ذلك.

على أنه بإطلاعنا على الضمانات القانونية المقررة لمعالجة الأمر باتخاذ إجراء المراقبة والتسجيل لسرية المراسلات والاتصالات بمختلف أنواعها، وفي سبيل تقييم سياسة المشرع المغربي مع التشريع الفرنسي، نجده يقصر سلطة الإذن بالمراقبة على قاضي التحقيق بشكل مطلق، واستثناء للوكيل العام للملك بعد الترخيص له من طرف رئيس محكمة الاستئناف في جرائم محددة وفق المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية المغربي. غير أن المشرع الفرنسي خول هذه الصلاحية لقاضي التحقيق وقيده بجرائم تدخل عقوبتها في الاعتقال الاحتياطي، وأبعد النيابة العامة بشكل مباشر في اتخاذ هذا الإجراء إلا بالتماس من قاضي الاعتقال والحريات، كما نجد اختلافا آخر في أنواع الالتقاط، فالمشرع المغربي نظم الالتقاط القضائي دون الأمني وهذا في حد ذاته فراغ تشريعي بخلاف المشرع الفرنسي الذي قام بتنظيم الالتقاط القضائي والأمني وحدد له شروطا وضوابط للحيلولة دون المساس بحرمة وسرية المراسلات، وفي نفس السياق يمكن أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للتنصت الهاتفي هل هو إجراء بحث أم إجراء تحقيق؟ نترك الإجابة عن هذا التساؤل للفقهاء والتشريع.



# **Le rôle de la région territoriale dans la protection des droits des immigrés au Maroc.**

*SADNI Mustapha*

*Docteur en sciences juridiques*

## **Résumé**

Le processus de la décentralisation territoriale et sectorielle a modifié significativement le paysage politique et migratoire marocain afin de promouvoir des droits égaux et intégraux à tous les individus installés sur le territoire marocain indépendamment de leur lien juridique avec le royaume.

En transférant des attributions, des ressources et diverses responsabilités socio-économiques aux collectivités territoriales, la décentralisation des droits permet aux Marocains et aux étrangers de participer aux initiatives de développement économique et social à l'échelle locale, ainsi de participer au processus de prise de décision locale tout en insistant sur une plus grande égalité et équité entre les nationaux et les étrangers au sein des systèmes décentralisés.

En effet, la territorialisation des droits peut améliorer l'autonomie des étrangers, y compris les groupes traditionnellement exclus, comme les immigrés, les réfugiés et les minorités raciales, ethniques, sexuelles et religieuses. C'est ainsi que la démarche spatiale des droits de l'immigré adoptée récemment par le Maroc peut potentiellement protéger et améliorer les droits des immigrés installés sur le territoire marocain, moyennant la mise en place des mécanismes de protection de nature juridique et institutionnelle en

vue de développer une conception locale des droits de l'immigrés ou de définir des droits de l'immigré au niveau local.

### **Mots clés**

La région, la décentralisation, le service public, droits des immigrés, les droits socio-économiques.



## Introduction

Le Maroc s'engage sur la voie de la consolidation de l'Etat de droit et du renforcement des droits de l'homme. En effet, un ensemble d'actions et de réformes importantes ont été initiées au niveau institutionnel, juridique et réglementaire afin d'intégrer la démarche "Droits de l'Homme" dans les différentes politiques publiques du pays.

Par sa dimension indivisible et intégrée, la vision marocaine de promotion des droits de l'homme, prend en considération les droits des immigrés installés sur le territoire marocain indépendamment de leur situation juridique, consacrant par conséquent le principe de la non-discrimination entre les nationaux et les étrangers.

Certes, des mesures ont été mises en œuvre pour la protection des droits des immigrés par la lutte contre toutes les formes de discrimination et garantir l'accès équitable aux services socioéconomiques de base. Néanmoins, un nombre de défis marquent le paysage migratoire marocain. Le principal défi est relatif à la problématique de l'intégration sociale des immigrés par la protection de leurs droits.

La réussite du processus d'intégration dans le tissu marocain est conditionnée par l'émancipation citoyenne effective des immigrés en garantissant leurs droits reconnus universellement, et l'adoption d'une démarche axée sur le territoire comme un espace d'interaction économique et sociale.

Dans ce cadre, la région, en tant qu'échelle macro-spatiale dynamique, est un espace ouvert aux enjeux de la territorialisation des droits des immigrés, à travers l'amélioration de la gouvernance

migratoire et la concrétisation des principes de solidarité sociale et équité territoriale.

Par sa dimension rationaliste, fonctionnaliste et démocratique, la spatialisation des droits des immigrés permet d'apporter une réponse juridique adaptée et appropriée à leurs revendications socioéconomiques et aux contraintes rencontrées par des régions en matière de l'intégration socio-économique des immigrés.

La prise en compte de la diversité contextuelle des territoires se traduit par la rationalisation du processus de l'intégration sociale des immigrés par la décentralisation des droits, ainsi par la démocratisation des actions d'adaptation migratoires à l'échelle régionale via l'adoption des mécanismes démocratiques participatifs, et par l'activation de la médiation, la sensibilisation et le partenariat avec la société civile.

A travers cette intervention, on cherche à contribuer à l'étude de la pertinence de la démarche spatiale dans la protection des droits des immigrés marocains en mettant l'accent sur les différentes opportunités offertes par la région et les autres collectivités territoriales pour une intégration citoyenne par l'exercice des droits. Il s'agit exactement de s'interroger sur le potentiel de la démocratie régionale dans la conception locale des droits des immigrés. En d'autres termes, mener une réflexion sur une conception locale des droits de l'immigré ou la définition des droits de l'immigré localement.

La problématique saisie dans le présent article s'articule autour de l'identification des principales manifestations de la décentralisation des droits des immigrés installés au Maroc en traitant les différents mécanismes de la territorialisation de ces droits et les défis auxquels ils sont confrontés.

De cette problématique, découle les questions suivantes:

- Le contexte juridique est-il favorable pour la protection des droits des immigrés ?
- Quels sont les mécanismes de la protection des droits des immigrés ?
- En quoi consiste le rôle des collectivités territoriales dans la protection des droits des immigrés ?

A l'aune de ces interrogations, il nous semble opportun de formuler l'hypothèse suivante:

La région et les autres entités spatiales, en tant que structures intermédiaires entre le centre et le périphérique, sont des espaces adéquats pour la concrétisation de l'intégration citoyenne des immigrés à travers l'exercice effectif de leurs droits humains garantis universellement.

Pour vérifier la certitude de cette hypothèse et d'approcher la problématique et les questionnements annexes, nous allons opter pour une méthode descriptive-analytique qui permettrait de synthétiser et de structurer les données relatives à la thématique de la recherche en vue d'en déduire les principales manifestations de la démarche spatiale des droits des immigrés installés au Maroc.

Pour le faire, nous allons traiter le cadre de la protection des droits de l'immigré par la région territoriale (I), ensuite, nous déterminons le rôle des collectivités territoriales en matière de protection des droits de l'immigré (II).

## **I- Le cadre de la protection des droits de l'immigré par la région territoriale**

### **a- Le contexte juridique de la protection**

La constitution marocaine, adoptée en 2011, marque incontestablement un progrès important dans le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux et des libertés publiques. A cet égard, la loi fondamentale a constitutionnalisé un ensemble de droits et de libertés reconnus universellement au profit des immigrés installés sur le territoire marocain.

A titre d'exemple, la législation suprême a constitutionnalisé la prééminence des conventions internationales par rapport à la législation nationale, et criminalisé toute discrimination à l'encontre de quiconque, en raison du sexe, de la couleur, des croyances, de la culture, de l'origine sociale ou régionale et de la langue.

En outre, elle a consacré les droits des étrangers de jouir des libertés fondamentales reconnues aux citoyennes et citoyens marocains conformément à la loi, ainsi le droit de participer aux élections locales en vertu de la loi.

Ainsi, Le document constitutionnel a garanti la liberté de circuler et de s'établir sur le territoire national, d'en sortir et d'y retourner, le droit de la presse, d'expression et d'opinion, le droit à l'accès à l'information et de présenter des pétitions aux assemblées territoriales.

Conscient du rôle des collectivités territoriales en matière de la mise en œuvre des politiques publiques de l'Etat et à l'élaboration des projets territoriaux de développement, la constitution a consacré

à la région une place stratégique dans l'organisation décentralisée de l'Etat.

Certes, la loi organique relative aux régions a chargé la région, à l'intérieur de son ressort territorial, des missions de promotion du développement intégré et durable et ce à travers la mise en place de programme de développement régional qui œuvre à son suivi, son actualisation et son évaluation. A cet effet, la région exerce des compétences propres, des compétences partagées avec l'Etat et des compétences qui lui sont transférées par ce dernier.

La question de développement économique et social est donc au centre de la régionalisation. L'exercice de cette mission s'effectue dans un nouveau cadre de la gouvernance centrée sur la démarche démocratique participative.

En effet, le conseil de la région met en place des mécanismes participatifs de dialogues et de concertation pour favoriser l'implication des citoyens et des associations de la société civile dans l'élaboration et le suivi des programmes de développement à l'échelle régionale.

#### **b- Les mécanismes de la protection**

La démocratie locale ne consiste pas seulement en un ensemble de procédures démocratiques de désignation et de contrôle, mais se fonde également sur un certain respect du droit et sur l'affirmation des droits et des libertés fondamentales s'imposant aux autorités territoriales<sup>1</sup>.

Certes, les lois organiques sur les collectivités territoriales (les régions, les provinces, préfectures et les communes) ont tous prévu

---

<sup>1</sup> - Christophe Chabrot, "démocratie, droits de l'homme et droit local", HAL archives-ouvertes, 2012, p 01.

la mise en place des mécanismes de la démocratie participative dans la perspective d'impliquer les résidents de la région dans la gestion des affaires régionales.

Instrument ancré dans la tradition démocratique, le droit de pétition est désormais consacré par l'article 15 de la constitution, garantissant à tous les citoyens le droit de s'adresser aux pouvoirs publics. A cet égard, le droit de présenter des pétitions aux assemblées des collectivités territoriales est l'expression pratique de la démarche participative de la gestion de la chose locale et la manifestation de la territorialisation de l'exercice des droits à l'échelle régionale.

Généralement classé parmi les libertés fondamentales et droits politiques, le droit de pétition ne peut cependant jouer pleinement son rôle de vecteur de la démocratie participative que si la loi régissant son exercice parvient à établir un véritable équilibre entre, la promotion de la pleine et égale jouissance de ce droit par tous les citoyens, sans distinction entre les marocains et les étrangers; et les conséquences et les implications qui en découlent.

Néanmoins, les conditions de la jouissance de cet instrument démocratique se varient d'une loi à l'autre. En effet, les lois organiques sur les provinces, les préfectures et les communes exigent, entre autres que les pétitionnaires doivent être satisfaits aux conditions d'inscription sur les listes électorales et notamment celle relative à la qualité marocaine. Cette disposition renvoie donc à la loi n° 57-11 relative aux listes électorales générales, qui stipule dans l'article trois: "*Sont inscrits sur les listes électorales générales les citoyennes et les citoyens marocains majeurs, jouissant de leurs droits civils et politiques et n'étant dans aucun des cas d'incapacité électorale prévus par la présente loi*".

De ce fait, les étrangers installés sur le territoire marocain sont exclus d'exercer le droit de pétition dans les provinces, les préfectures et les communes. Par contre, la loi organique sur les régions n'exige pas ladite condition, il suffit que la personne soit résidée dans la région ou d'y exercer une activité économique, et avoir un intérêt commun dans la présentation de la pétition.

La démocratie régionale ne repose pas donc sur le citoyen (conception juridique) mais plutôt sur l'homme (conception humaine), et c'est ainsi que la loi organique sur les régions ne fait pas distinction entre un étranger (immigré) et un national (marocain) dans la jouissance du droit de présenter des pétitions, ce qui constitue une opportunité de nature juridique permettant aux immigrés une participation solidaire et effective au processus de développement au niveau régional.

De même, la constitution confirme cette opportunité dans le deuxième paragraphe de l'article 136 qui utilise le mot "population", qui signifie un ensemble de personnes ou d'habitations résidées légalement ou illégalement dans un pays ou d'une région indépendamment de leurs nationalités, au lieu du mot "citoyens". En effet, ledit article dispose que: *"Elle assure la participation des populations concernées à la gestion de leurs affaires et favorise leurs contribution au développement humain intégré et durable"*.

Dans le même ordre d'idée, la participation citoyenne par le droit de présenter des pétitions est ouverte également aux associations de la société civile afin de les impliquer toutes dans l'élaboration et le suivi des programmes de développement à l'échelle régionale. En effet, l'article 139 de la constitution consolide le droit de demander au conseil régional l'inscription à l'ordre du jour toute question relevant de sa compétence.

Si la constitutionnalisation des mécanismes de la participation démocratique des populations dans le processus décisionnel au niveau régional, par le droit de présenter des pétitions, est une condition nécessaire pour la concrétisation de la démarche spatiale des droits de l'immigré, elle en demeure insuffisante s'elle n'est pas assistée par d'autres mécanismes de nature institutionnelle.

Certes, les commissions régionales du conseil national des droits de l'homme<sup>2</sup> disposent des attributions en matière de la protection et de la promotion des droits de l'homme des groupes vulnérables y compris des immigrés. Ainsi les commissions régionales veillent à l'observation, à la surveillance et au suivi de la situation des droits de l'Homme aux niveaux régional, et procéder aux enquêtes et investigations nécessaires au sujet des violations des droits de l'Homme et élabore des rapports comprenant les conclusions de ses travaux.

Elles interviennent d'urgence chaque fois qu'il s'agit d'un cas de tension qui pourrait aboutir à une violation individuelle ou collective d'un des droits de l'Homme et ce, en déployant tous les moyens nécessaires de médiation et de conciliation qu'elles jugent appropriés en coordination avec les autorités publiques concernées.

On le voit, la spécificité locale pose de nouveaux défis à la question migratoire dans le cadre d'enjeux politiques qui dépassent d'ailleurs la seule dimension juridique. La consécration locale des droits de l'immigré par les collectivités territoriales est assez

---

<sup>2</sup> - le règlement intérieur du conseil national des droits de l'homme prévoit dans la matière 16 la création d'une commission permanente chargée de parité et la non-discrimination et les nouvelles générations des droits de l'homme. Elle compétente, entre autres, d'exercer la surveillance de la situation des immigrés et les réfugiés. (Voir le bulletin officiel n° 6856 du 13/02/2020, page 875, version arabe).

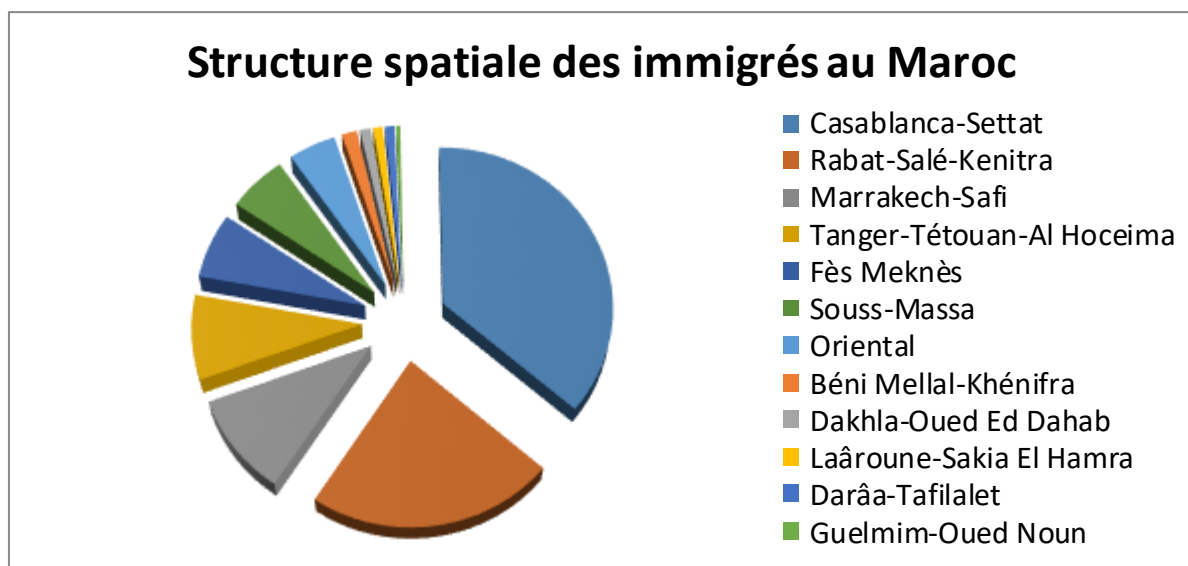


complexe: la fragilité des droits et les mécanismes de protection limitée.

## II- Le rôle des collectivités territoriales en matière de protection des droits de l'immigré

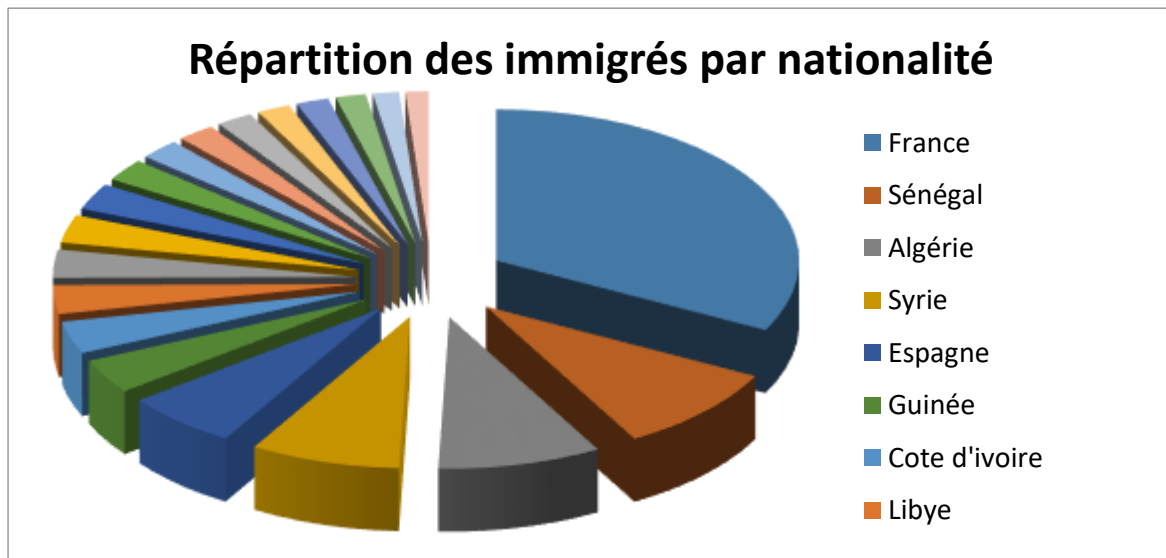
### a- La répartition des immigrés par région et par nationalité

Selon les statistiques fournies par le Haut-commissariat au plan (HCP), cinq régions, sont apparemment les plus attractives, regroupent l'essentiel des étrangers résidant au Maroc (84,8%, 71220). Il s'agit, par ordre d'importance, de la région du Grand Casablanca-Settat (36,5%, 30683), Rabat-Salé-Kenitra (23,0%, 19314), Marrakech-Safi (10,2%, 8555), Tanger-Tétouan-Al Hoceima (8,5%, 7144) et Fès Meknès (6,6%, 5524). Elles sont suivies de Souss-Massa (5,8%, 4882), l'Oriental (4,6%, 3897), Béni Mellal-Khénifra (1,5%, 1250), Dakhla-Oued Ed Dahab (1%, 875), Laâoune-Sakia El Hamra (0,9%,775) Darâa-Tafilalet (0,9%,757) et enfin Guelmim-Oued Noun (0,4%, 345).



Source: RGPH, 2014, HCP

Il ressort également de la répartition des nationalités les plus représentées selon les régions que le Grand Casablanca-Settat attire les français, les italiens, les sénégalais, les ivoiriens ainsi que les syriens. Rabat-salé-Kenitra attire les guinéens et les libyens. Les algériens quant à eux sont installés en majorité dans la région de l'oriental. Et enfin les espagnoles se sont installés dans la région de Tanger- Tétouan-Al Hoceima.



*Source: RGPH, 2014, HCP*

### **b-Le service public local et l'intégration des immigrés par les droits**

Le droit d'accès aux services publics s'est fait sur la base des principes d'équité et de non-discrimination entre les citoyens marocains, les migrants et les réfugiés, avec pour objectif leur intégration dans les services locaux dans les mêmes conditions et au même titre que les Marocains. Il s'agit notamment des services publics suivant:

**+ Education et culture :** Les immigrés et les réfugiés peuvent ainsi scolariser leurs enfants dans les écoles publiques et privées du

Royaume, indépendamment de leur situation administrative<sup>3</sup>. Dans ce cadre, l'enjeu de l'intégration des immigrés par l'accès au droit du savoir et de la culture vise les trois objectifs spécifiques suivants:


- Intégrer les immigrés et réfugiés dans le système scolaire formel et non formel;
- Promouvoir la diversité des formes d'expression culturelle;
- Former les immigrés et réfugiés aux langues et culture marocaines.

Par ailleurs, les migrants participent à la vie sociale et culturelle du pays d'accueil et à la promouvoir des activités pour vivre ensemble et partager la diversité des culturelle.

Le ministère de la Culture a ouvert son programme d'appels à projets de 2016 pour l'organisation de manifestations culturelles aux associations d'émigrants.

En dépit des efforts en matière de ce programme certaines contraintes ont été rencontrées:

- Certains parents ont rencontré des difficultés quant à l'inscription de leurs enfants dans les écoles publiques marocaines en raison de la complexité et l'hétérogénéité des procédures d'inscription scolaire pour les enfants étrangers;
- Problèmes linguistiques qui limitent parfois la communication et le contact avec les immigrés qui fréquentent majoritairement leurs concitoyens et les autres immigrés d'origine subsaharienne.

 **Jeunesse et loisirs** : Les services publics destinés aux jeunes, et notamment ceux qui sont issus de l'immigration, vise à développer la

---


<sup>3</sup> - Royaume de Maroc, "Population et développement au Maroc: Vingt-cinq ans après la conférence de Caire de 1994", Rapport national 2019, p 108.

pratique d'activités sportives et de loisirs pour les jeunes immigrés et à leur permettre de bénéficier des infrastructures et programmes existants, à travers:

- L'intégration des enfants et des jeunes immigrés et réfugiés dans les colonies de vacances et voyages organisés par les collectivités territoriales;
- L'intégration des immigrés et des réfugiés dans les programmes et établissements locaux de la jeunesse et du sport et les activités sportives;

En dépit des efforts déployés, des contraintes persistent, notamment:

- Des problèmes linguistiques limitent parfois la communication et le contact avec les migrants;
- Une participation réduite des migrants aux activités de loisirs.

 **Santé des migrants** : Plusieurs initiatives visant à garantir le droit d'accès des migrants aux services de santé ont été initié depuis de nombreuses années. La stratégie nationale de l'immigration et de l'asile (SNIA) a fixé pour le secteur de la santé deux objectifs spécifiques:

- Faciliter l'accès des migrants et des réfugiés aux services de santé dans les mêmes conditions que les Marocains.
- Coordonner l'action des associations dans le domaine de la santé.
- Afin de faire bénéficier les migrants d'une couverture médicale et d'un panier de soins similaire au panier de soins RAMED<sup>4</sup>, plusieurs actions ont été entreprises:


---

<sup>4</sup> - Sara BENJELLOUN, " mise en œuvre et enjeux diplomatiques de la nouvelle politique migratoire" in Mehdi ALAOUI (dir.), La nouvelle politique migratoire marocaine", Konrad Adenauer Stiftung, 2017, pp 77-121, p 100.

- Signature d'une circulaire conjointe n°33 en date du 15 février 2017, organisant l'assistance médicale des immigrés et des réfugiés au Maroc;
- Signature d'une convention entre le ministère délégué chargé des Affaires de la migration et l'Agence nationale d'assurance maladie (ANAM) le 28 mars 2017, pour la production et la délivrance des cartes d'assistance médicale au profit des migrants (immigrés et réfugiés) au Maroc.

Les principales contraintes et les barrières d'accès aux soins consistent en:

- La peur d'être arrêté et reconduit aux frontières en cas de fréquentation des structures hospitalières publiques;
- La langue (surtout dans le cas des migrants anglophones), et les différences culturelles qui posent des problèmes de communication et de compréhension des pathologies;
- La mobilité des immigrés;
- Retard de mise en œuvre de l'assistance médicale des migrants.


 **Logements des populations migrantes :** L'accès au logement est un facteur essentiel pour une meilleure intégration sociale des immigrés et des réfugiés dans le pays d'accueil. Selon les données du RGPH 2014, 47,8% des ménages étrangers abritent des logements de type appartement et 25,1% occupent des maisons marocaines modernes. Les villas viennent en troisième position (20,3%). De plus, près de la moitié (49,1%) des ménages étrangers sont locataires et 37,7% occupent leur propre logement.

Néanmoins, une catégorie des immigrés en situation administrative irrégulière, vivent souvent dans des groupements et campements dans les forêts ou dans les périphéries des villes.

Par ailleurs, le ministère de l'habitat a lancé en coordination avec les filières décentralisées de la société "Al Omrane", un programme de logements sociaux subventionnés par l'Etat qui permettent aux immigrés l'accès à la propriété à partir de 140 000 dirhams. Une seconde action, qui est un projet, vise à permettre aux immigrés de bénéficier de prêts immobiliers proposé par les banques.

Les principales contraintes rencontrées dans le cadre de ce programme sont les suivantes:

- Absence d'accès aux crédits de logement pour les immigrés et les réfugiés;
- Nombre limité des établissements offrant un logement temporaire pour les immigrés;
- Absence de structures d'accueil d'urgence pour les mineurs non- accompagnés et les victimes de la traite.

 **Emploi** : La participation des immigrés dans le circuit économique par l'emploi faciliterait effectivement leur intégration dans la société marocaine. Dans ce sens, le programme «Emploi» de la SNIA vise en particulier à:

- Faciliter un accès équitable des immigrés réguliers et des réfugiés à l'emploi;
- Promouvoir la création d'entreprises par les immigrés réguliers;
- Couvrir les besoins spécifiques en main d'œuvre.


Dans ce sens, des initiatives ont été menées, il s'agit de:

- Programmes d'aide à l'emploi (Idmaj, Tahfiz et Taehil);
- Lancement en 2017 d'un nouveau dispositif en ligne dédié au visa des contrats de travail pour salariés étrangers «Taechir» permettant aux employeurs faisant appel à des compétences

étrangères de s'informer sur les procédures de demande de visa.

Fortement impliqué à la vision royale (discours de 11 octobre 2019), le secteur bancaire est engagé pleinement au développement économique et à soutenir les jeunes et l'emploi, en mettant en œuvre un programme spécial d'appui aux jeunes diplômés et de financement des projets d'auto-emploi.

Lancé en janvier 2020, le programme auto-entrepreneur, cible entre autres, les étrangers en situation régulière désirant développer une activité au Maroc, ce qui est considéré comme une opportunité favorable pour une meilleure intégration économique des immigrés dans la société marocaine.

 **Formation professionnelle :** Le programme «formation professionnelle» de la Stratégie nationale d'immigration et d'asile vise l'ouverture de l'accès des migrants régularisés et des réfugiés aux programmes de formation professionnelle, de qualification et d'aide au développement de projets professionnels personnels, et ce en collaboration avec les filières de l'OFPPPT décentralisées.

Les objectifs poursuivis sont les suivants:

- Assurer l'accès des immigrés et des réfugiés à la formation professionnelle;
- Faciliter l'intégration professionnelle des immigrés régularisés.

En dépit des efforts réalisés, le nombre d'immigrés et de réfugiés ayant bénéficié d'une formation professionnelle et d'un accompagnement à l'intégration socioprofessionnelle reste en deçà des attentes. Les partenaires font état de difficultés d'assiduité d'un

nombre important de bénéficiaires, principalement attribuables à des motifs économiques, mais aussi à la mobilité des personnes.

La longue durée de certaines formations à l’OFPPT et à l’Entraide nationale est aussi un des facteurs décourageants de bon nombre d'immigrés et de réfugiés qui travaillent et qui ne peuvent se permettre de consacrer autant de temps à leur formation.



## Conclusion

Dès lors, il a pu être affirmé une véritable fonction sociale et humaine de la région et les autres collectivités territoriales, chargées de corriger les inégalités au niveau des droits tant aux nationaux qu'aux étrangers. En effet, les espaces territoriaux sont devenus des nouveaux lieux d'exercer les droits humains collectifs, localement garantis à tous sur le même pied d'égalité, sont un facteur pour la concrétisation des enjeux de l'intégration sociale des immigrés.

Par la suite, le principe "penser globalement et agir localement" trouve son application dans le cas d'espèce. C'est ainsi que la région et les autres collectivités territoriales deviendraient progressivement des partenaires potentiels de l'Etat non pas dans la mise en place des politiques publiques migratoires, mais dans la résolution à l'échelle humaine des problèmes se posant quotidiennement aux immigrés et à la conception locale de leurs droits, en promouvant alors une conception "homme-administré" qui dépasse celle du "citoyen politique".

Néanmoins, la région et les autres collectivités territoriales en tant que des entités territoriales dotées de l'autonomie administrative et financière, ne disposent pas d'une autonomie législative leur permettant la conception des droits et les libertés publiques en faveur des immigrés. Mais ces entités décentralisées sont pleinement compétentes à appliquer localement les prescriptions nationales ou internationales, en jouant le rôle du médiateur entre les habitants de la collectivité territoriale et le pouvoir central, ce qui rend la région et les autres collectivités territoriales des défenseurs potentiels des droits de l'homme à l'échelle locale.

De manière générale, l'approche spatiale des droits des immigrés adoptée par le centre, et animée par les collectivités territoriales décentralisées, semble favorable pour la concrétisation du principe de l'égalité entre les marocains et les étrangers en matière l'accès équitable aux services socio-économiques de base.

Toutefois, des mesures doivent être prises par l'Etat et d'autres intervenants en vue de perfectionner davantage la démarche axée sur le territoire des droits des immigrés à l'échelle locale. Dans cette optique, la présente recherche réclame un ensemble de recommandations susceptibles de combler les lacunes enregistrées localement dans la gestion de l'affaire migratoire en relation avec les droits de l'immigré.

## **Recommandations**

### 1- Conception des politiques de la décentralisation des droits

- Faire en sorte que l'égalité et l'équité entre les nationaux et les étrangers constituent les objectifs explicites de tout mécanisme, loi et politique liés à la décentralisation et à la gouvernance locale afin de combler les écarts persistants entre eux en matière de participation et de représentation, de soins de santé, d'éducation, d'emploi, d'accès à la propriété et de crédit.
- Faire en sorte que les collectivités territoriales répondent à la diversité des identités, des besoins et des intérêts immigrés, ainsi qu'à la diversité des contextes de décentralisation.
- Exiger au gouvernement et des autres acteurs partenaires participant à la conception d'un système d'examen et

d'évaluation des politiques publiques destinés à la protection et la promotion des droits des immigrés.

- Soutenir l'institutionnalisation de plans et la budgétisation des crédits sensibles aux immigrés au moyen de règlements et de lignes directrices s'adressant aux collectivités territoriales.
- Renforcer l'action des organisations de la société civile et d'autres groupes de défense des droits des immigrés en matière de conception des modèles de décentralisation des droits dans le but de favoriser l'égalité et l'équité entre les nationaux et les étrangers.

## 2- Rôles, responsabilités et société civile

- Confier aux différentes collectivités territoriales décentralisées des rôles et des responsabilités visant la promotion de l'égalité et de l'équité entre les marocains et les étrangers, conformément aux principes de subsidiarité afin de protéger et de promouvoir l'intégralité des droits des immigrés au sein de ces institutions.
- Créer et démocratiser les mécanismes d'intégration socio-économique en faveurs des immigrés, en formant et informant les responsables locaux sur les enjeux de la promotion et la protection locale des droits des immigrés et à leurs participations au sein du système de la prise de décision à l'échelle décentralisé.
- Développer des formes de partenariat entre les organisations de la société civile militant pour les immigrés avec les organisations locales du même type afin de partager les expériences et de mutualiser les ressources pour soutenir leurs efforts de promotion et de

suivi l'égalité et de l'équité entre les nationaux et les étrangers au sein des institutions décentralisées.

### 3- Participation et représentation des immigrés

- Mettre en œuvre des campagnes de sensibilisation visant à sensibiliser les immigrés à propos de leurs droits démocratiques relatifs à la participation citoyenne par le droit de pétition, pour qu'ils puissent l'exercer d'une manière rationnelle et stratégique.
- Faire en sorte que les partis politiques et les syndicats fassent la promotion d'une démocratie interne inclusive en instaurant des mécanismes réglementaires favorisant la représentation active et effective des immigrés dans les structures décentralisées des partis politiques.
- Encourager la création des associations des immigrés en prévoyant une discrimination positive facilitant l'établissement et l'adhésion aux associations.

### 4- Accès aux services locaux

- Adopter une approche fondée sur les droits pour mettre en œuvre la décentralisation sectorielle et assurer un accès équitable aux services locaux, ainsi que le contrôle démocratique de ces derniers, pour les nationaux et les étrangers.
- Encourager les efforts de collaboration entre les usagers des services locaux et d'autres institutions territoriales pour gérer les services décentralisés afin d'assurer le respect des processus de participation locale dans les prises de décision concernant la gestion des services, leur affectation et leur utilisation.

- Élaborer des normes juridiques et institutionnelles relatives à la gestion locale des services en assurant la qualité et l'accessibilité uniformes pour tous les habitants de la collectivité territoriale tout en tenant compte les besoins et les conditions de vie de la population locale.

#### 5- Décentralisation fiscale, accès aux finances et rémunération

- Faire en sorte que les transferts de fonds aux collectivités territoriales visent l'atténuation de la pauvreté et l'équité entre les habitants de la collectivité, notamment, pour que les dépenses occasionnées comblerent les besoins des immigrés et des autres groupes défavorisés ou minoritaires.
- S'attaquer au manque de ressources allouées aux programmes et aux projets spéciaux répondant aux besoins des immigrés en assurant l'intégration systématique et spécifique des affaires migratoires dans la planification et l'exécution des programmes de développement au niveau local.
- Faire en sorte que le gouvernement soutien des mécanismes de financement spécifiques sensibles aux immigrés afin de promouvoir l'égalité et l'équité entre les autochtones et les étrangers à l'échelle locale.

#### 6- Renforcement des capacités

- Mettre en œuvre des mesures de renforcement des capacités, entre autres, afin de promouvoir la participation des immigrés au sein des processus politiques locaux, et d'accroître les capacités managerielles des présidents des conseils territoriaux à promouvoir les droits locaux des immigrés.

- S'attaquer aux normes sociales et culturelles nuisant à la participation efficace des immigrants en offrant un enseignement obligatoire sur les droits des immigrants au sein des institutions officielles et non officielles, par exemple pour les conseillers élus, les fonctionnaires locaux et les représentants de l'État.

#### 7-Communication et information

- Documenter les histoires et les expériences des immigrants connues participant au processus de décentralisation en faisant connaître leurs actions et en diffusant les défis et les luttes qu'elles ont surmontés ainsi que les victoires qu'elles ont remportées dans le domaine politique par tous les moyens de communication.
- Soutenir la création d'associations interpartis regroupant des immigrants à l'échelle locale afin de superviser et de plaider en faveur de politiques publiques au sein du gouvernement et des assemblés élus au niveau local, et de soutenir toutes les autres initiatives dans les sphères infranationales en élaborant des plateformes spéciales pour les immigrants défavorisés.

#### 8-Suivi et évaluation

- Intégrer des indicateurs transparents de suivi et d'évaluation aux collectivités décentralisées pour que ces dernières disposent du pouvoir et des fonds nécessaires pour recueillir des données statistiques, effectuer régulièrement des suivis, des évaluations et des comptes rendus des divers aspects de leurs actions en matière de l'intégration des immigrants par l'accès aux droits locaux.

- Actualiser et intégrer systématiquement les points de vue et les propositions de tous les acteurs de la société civile au processus de suivi et d'évaluation des programmes de développement des collectivités décentralisés.
- Faire en sorte que les défenseurs des droits des immigrés au sein des partis politiques, des administrations et de la société civile effectuent le suivi des budgets locaux et des dépenses en procédant à des vérifications locales axées sur les droits de l'immigré.





# Le cadre juridique des coopératives au Maroc

*AIT LAHCEN OUALI Abdellatif*

*Doctorant à la FSJES d'Agadir, Université Ibn  
Zohr, Agadir*

*Equipe de Recherche sur le Droit et les  
Technologies de l'Information et des  
Communications*

**Résumé :** Au Maroc, l'entraide, la solidarité et le travail collectif font partie indissociable des traditions ancestrales depuis longtemps. Mais l'émergence de la coopérative sous sa forme moderne date de la période coloniale qui a connu la promulgation d'une multitude des textes dont la plus part étaient restés en vigueur jusqu'à la mise en application de la loi 24-83. Après une vingtaine d'année de mise en pratique, cette loi a connu des limites et des imperfections. Elle est doc abrogée par la loi 112-12 relatives aux coopératives qui vienne pour corriger ces lacunes à travers une panoplie des nouveautés.

**Mots clés :** Cadre juridique, coopérative, loi 24-83, loi 112-12, limites, nouveautés

## Introduction

Distincte de la société commerciale, la coopérative en droit marocain se caractérise par un régime juridique particulier. Le coopérateur dans une coopérative est en même temps le bénéficiaire de ces services. Il participe à la fois à la constitution du capital de la coopérative et contribue à la réalisation de ses activités. Il d'agit, donc, des institutions des personnes à caractère particulier ayant pour but la diminution des coûts matériels et immatériels. Mais des institutions animées par des valeurs ancestrales de solidarité et du travail collectif où l'élément humain constitue la pierre angulaire. En effet, le Maroc a connu des veilles pratiques ancestrales depuis longtemps avant l'avènement du protectorat, on peut citer à titre indicatif les exemples suivants : Jmaa, Twiza, Chard, Louzia, Adadir...

La notion de la coopérative est apparue au Maroc avec la venue de l'ère coloniale. Depuis cette période de l'histoire du Maroc, le cadre juridique des coopératives a connu une évolution qui a marqué le secteur coopératif.

En effets, la première loi relative aux coopératives était le dahir du 13 février 19221 ayant pour objet la réglementation et le contrôle du crédit aux sociétés coopératives de consommation, modifié le 10 avril 1931, puis le Dahir de du 1 février 1928 sur les sociétés marocaines de prévoyance, portant modifications aux Dahir des 8 aout 1918 et 28 janvier 19222, puis le Dahir de 21 mai 1930 pour les unions des sociétés de docks-silos coopératifs3, de celui de 20 aout

<sup>1</sup> Ce dahir a été mis en application par l'arrêté Viziriel du 15 février 1922.

<sup>2</sup> H ZOUHIR et S LHAJJI : Coopératives au Maroc : survol sectoriel, passé, présent et avenir, Revue marocaine des coopératives (REMACOP) éditée par l'Office de Développement de la Coopération, N°3 édition 2012, Page : 20.

<sup>3</sup> Avant la promulgation de ce Dahir, il y a eu autorisation de la création, le 25 septembre 1982, dont le siège social était à Casablanca, de docks-silos coopératifs

1935 sur le crédit mutuel de la coopération agricole et celui de 24 avril 1937 relatif aux coopératives agricoles marocaines (CAM), puis le dahir de 8 juin 1938 autorisant la constitution de coopératives entre artisans marocains et organisant le crédit à ces coopératives modifié en 1939 et en 1950 et le Dahir de 11 aout 1947 autorisant les coopératives constituées entre agriculteurs marocains à créer des unions<sup>4</sup>.

Après l'indépendance, une multitude des textes relatifs aux coopératives ont été élaborés, il s'agit essentiellement du Dahir de 01 décembre 1960 relatif à la création de la région minière de Tafilat et Figuig modifié et complété par le Dahir N° 01.74.446 du 30 aout 1975, le Dahir N°01.60.232 du 02 février 1961 portant réforme du crédit populaire<sup>5</sup>, le Dahir N° 01.63.213 du 07 septembre 1963 relatif aux sociétés coopératives d'achat en commun constituées entre commerçants détaillants, , le décret royal portant loi N° 721-67 du 05 aout 1968 relatif aux sociétés coopératives de pêcheurs, le décret royal du 17 décembre 1968 relatif au crédit foncier, au crédit de consommation et au crédit à l'hôtellerie<sup>6</sup> et le dahir du 25 juillet 1969 relatif aux coopératives agricoles d'attributaire de lots

---

du sud du Maroc, de docks-silos coopératifs agricoles de la région de Meknès le 6 aout 1929.

<sup>4</sup> Par ce texte, ces unions étaient placées sous le régime du Dahir du 20 aout 1935 sur le crédit mutuel de la coopération agricole, voir à ce propos J MOTHES : Le développement et l'évolution du mouvement coopératif en milieu autochtone marocain (1934-1955), Bulletin économique et social du Maroc, P 272.

<sup>5</sup> Les coopératives des banques populaires régionales ont été assujetties aux dispositions du Dahir du 20 janvier 1937 portant organisation du crédit au petit et moyen commerce et à la petite et moyenne industrie, et le Dahir de 03 mars 1937 instituant une ristourne d'intérêt en faveurs des banques populaires sur les opérations de réescompte effectuées par établissement.

<sup>6</sup> Un chapitre de ce texte "décret royal du 17 décembre 1968" a été consacré aux coopératives d'habitation.

domaniaux et/ou d'attributaires de lot constitués sur d'anciens immeubles collectifs.

Il fallait attendre 1983 pour qu'une loi unificatrice, en l'occurrence la loi 24-83 fixant le statut général des coopératives et les missions de l'Office de Développement de la Coopération (ODCO), soit adoptée par la chambre des représentants le 18 mai 1983. Cette loi, qui n'était pas mise en application qu'après la promulgation de ces textes d'application en 1993, a mis fin à la multitude de textes qui régissaient le secteur coopératif et a réuni les composantes du monde coopératif dans un texte autonome et unitaire.

Après cet historique bref du cadre juridique des coopératives au Maroc. Il nous paraît opportun de décortiquer les limites et les imperfections de la loi 24-83. Nous traiterons ensuite les nouveautés de la loi 112-12 relative aux coopératives.

### **Les limites de la loi 24-83**

Après une vingtaine d'années de sa mise en application, cette loi unificatrice s'est avérée en décalage avec son environnement. Certaines dispositions de la loi 24-84 ont présenté des aspects lacunaires d'ordre procédural<sup>8</sup>, d'autres présentaient des limites de gouvernance et d'autres qui sont devenus vétustes et complètement inadaptées aux attentes des porteurs des projets.

Les aspects lacunaires de cette loi concernent notamment la lourdeur et la complexité des procédures de la constitution des

---

<sup>7</sup> A GHAZALI, La charte coopérative et le parlement, édition Toubkal N°5, Page 76.

<sup>8</sup> M BOUCHAFRA : Pour une réforme du cadre juridique des coopératives au Maroc, Revue marocaine des coopératives REMACOOOP, Editée par l'Office de Développement de la Coopération, Edition 2012, P : 10.

coopératives due essentiellement à la multiplicité des intervenants<sup>9</sup> dans la phase de la constitution de la coopérative et le manque de coordination entre eux. En effet, en application de cette loi, la création de la coopérative nécessite le passage par deux étapes, celle de la constitution et celle de l'agrément. La première dépend de l'avis de l'autorité locale et de l'administration technique responsable du secteur d'activité de la coopérative qui est tenu d'élaborer une étude sur le projet de constitution. Le passage à l'étape de l'agrément n'est possible qu'après l'obtention d'un avis favorable émanant des deux départements concernés quel que soit le temps écoulé surtout que l'article premier du texte d'application<sup>10</sup> de la loi 24-83 ne fixe aucun délai à ces autorités pour donner leur avis sur la constitution projetée<sup>11</sup>. Un délai qui peut durer entre un mois et dix mois et parfois plus selon les cas<sup>12</sup>.

Les autres aspects concernent, entre autres, l'existence de lacunes et d'ambiguïté au niveau de l'inscription au registre de commerce et la soumission aux marchés publics, le rassemblement d'au moins sept personnes physique pour la constitution de la coopérative, l'exclusion des personnes morales dans les projets

---

<sup>9</sup> Ces intervenants sont : L'Office de Développement de la Coopération (ODCO), l'autorité locale, le ministère dont relève l'activité de la coopérative concernée, le ministère des finances, l'autorité gouvernementale chargée de délivrer l'agrément, le greffe de tribunal de première instance et le bulletin officiel pour ce qui est de la publicité.

<sup>10</sup> Décret N°2-91-454 du 5 Rabia II 1414 (22 septembre 1993) pris pour l'application de la loi 24-83 fixant le statut général des coopératives et les missions de l'Office de Développement de la Coopération.

<sup>11</sup> M BOUCHAFRA : Pour une réforme du cadre juridique des coopératives au Maroc, Revue marocaine des coopératives REMACOOP, Editée par l'Office de Développement de la Coopération, Edition 2012, P : 8.

<sup>12</sup> M BOUCHAFRA : Pour une réforme du cadre juridique des coopératives au Maroc, Revue marocaine des coopératives REMACOOP, Editée par l'Office de Développement de la Coopération, Edition 2012, P : 9.

coopératifs, la désignation d'un contrôleur financier dans les petites et moyennes entreprises<sup>13</sup>, la création des unions des coopératives en poursuivant la même procédure de la création des coopératives<sup>14</sup>, imprécision des motifs de suspension d'un membre ou de son exclusion de la coopérative prévus dans l'article 20 de la loi 24-83<sup>15</sup> et la complexité de bénéficier de la dérogation au principe d'exclusivisme.

Quant aux limites de gouvernance, qui sont à l'origine d'absence des sanctions fermes et dissuasives, elles concernent essentiellement le non-respect du principe d'exclusivisme en faisant des transactions commerciales avec des tierces personnes sans les mentionner dans la comptabilité de la coopérative<sup>16</sup>, défaut de tenue des assemblées annuelles dans les délais légaux<sup>17</sup>, défaut d'envoi des documents joints avec la convocation de l'assemblée général annuel<sup>18</sup>, défaut de dépôt des documents comptables au tribunal de première instance, à l'ODCO et à l'administration technique concernée selon les disposition de l'article 68 de la loi 24-84, défaut de tenue de registres légaux (registres des membres, registres des PV): ces registres sont souvent incomplets ou sans mise à jour.

---

<sup>13</sup> S LHAJJI, Les coopératives au Maroc: transition de l'agrément vers l'enregistrement, quelles perspectives?, Revue marocaine des coopératives (REMACOP) éditée par l'Office de Développement de la Coopération, N°6 édition 2016, Page : 18.

<sup>14</sup> Selon l'article 92, les unions des coopératives doivent avoir un avis favorable de la part des autorités territoriales et techniques sachant que les coopératives membres de ces unions ont déjà bénéficié de cet avis.

<sup>15</sup> Cette imprécision offre au conseil d'administration le moyen de se débarrasser en toute facilité de ses opposants.

<sup>16</sup> Article 6 de la loi 24-83.

<sup>17</sup> Article 40 de la loi 24-83.

<sup>18</sup> Article 67 de la loi 24-83.

Le troisième élément relatif aux imperfections de cette loi se rapporte à la vétusté de certaines de ses dispositions et leur inadaptation au nouvel environnement du secteur coopératif marqué par l'assujettissement des coopératives à l'impôt, le lancement de l'Initiative National de Développement Humain (INDH) en 2005 et le Plan Maroc Vert en 2008.

L'imposition des coopératives aux mêmes impôts que les sociétés privées implique une révision du texte en vigueur et oblige les coopératives à se conformer aux règles de marchés en adoptant les procédés de la bonne gouvernance dans leur gestion.

Le lancement de l'Initiative National de Développement Humain (INDH) en 2005 et le Plan Maroc Vert en 2008 en tant que des chantiers de grande envergure de mise à niveau de l'action social et solidaire contre la précarité et l'exclusion sociale et la promotion de l'agriculture solidaire ont déclenché une dynamique de constitution des coopératives.

Cette dynamique se heurte malheureusement par la longueur de délai d'attente de concrétisation du projet coopératif due à la lourdeur et à la complexité de la procédure de création de la coopérative et à la multiplicité des intervenants.

Pour pallier ces imperfections, cette loi est abrogée par la loi 112-12 du 21 novembre 2014 relative aux coopératives.

### **Les nouveautés de la loi 112-12**

Parmi les nouveautés de ce texte, il y a lieu de noter la suppression de l'autorisation préalable à l'exercice de l'activité de la coopérative, de même que l'obligation de l'obtention d'un agrément est supprimée, la fixation du nombre des adhérents à cinq membres au lieu de sept, la cession de la circonscription territoriale, la

réduction du nombre des pièces de dossier constitutif de dix à six documents

La loi 112-12 relatives aux coopératives à prévue la création d'un registre centrale et des registres locaux des coopératives ayant force légale et garantissant la fiabilité des inscriptions et des radiations qui y sont contenues.

Le registre local est tenu par le secrétariat-greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve le siège de la coopérative, il confère aux coopératives la possibilité de soumissionner aux marchés publics alors que le registre central est tenu au niveau de l'Office de Développement de la Coopération (ODCO)<sup>19</sup>.

Cette nouvelle loi ouvre aussi la voie à l'adhésion des personnes morales dans le projet coopératif en tant que coopérateur lors de la phase de création de la coopérative, et afin de renforcer l'affectio coopératif des membres autour d'un projet commun, il n'est exigé qu'un capital minimum de 1000 dirhams constitué de parts nominatives indivisibles d'une valeur de 100 dirhams pour chacune des parts libérées lors de la souscription au moins de quart de leur valeur nominative.

La quotité maximum des parts nominatives qui peuvent détenir les membres coopérateurs personnes morales est fixée à un plafond de 35 % du capital de la coopérative.

Dans ses relations de transactions commerciales avec les tiers, la loi 112-12 a assoupli le principe d'exclusivisme<sup>20</sup> en octroyant aux coopératives le droit de réaliser des opérations ou conclure des actes

---

<sup>19</sup> Article 9 de la loi 112-12.

<sup>20</sup> Article 6 de la loi 112-12.



relevant de leur objet statutaire dans la limite de 30% : Des produits ou services fournis à la coopérative par ses membres, du chiffre d'affaire réalisé avec les membres de la coopérative ou de la masse salariale pour les coopératives offrant une activité salariale au profit de leurs membres.

Quant aux assemblées générales de la coopérative, elles doivent se réunir pendant les six mois qui suivent la clôture de l'exercice comptable au lieu de trois mois. La liste des adhérents doit être révisée au secrétariat-greffe du tribunal de première instance avant la convocation à l'assemblée général. Cette convocation, qui n'est plus obligatoire pour les représentants de l'administration, doit être accompagnée des documents comptables et rapports.

La gestion de la coopérative, selon la nouvelle loi, peut être gérée soit par un ou plusieurs gérants soit par un conseil de surveillance.

La gestion de la coopérative par un conseil d'administration est obligatoire dans les cas des coopératives dont le chiffre d'affaire annuel dépasse cinq millions de dirhams dans deux exercices successifs et pour les coopératives ayant plus de cinquante membres<sup>21</sup>.

Afin de renforcer la gouvernance de la coopérative, la nouvelle loi a prévu la possibilité de la mise en place d'un comité de surveillance<sup>22</sup> composé de trois à cinq membres désignés par l'assemblée générale pour une durée de deux ans. La mission de ce comité consiste dans faite de donner son opinion sur la gestion de la coopérative à travers un rapport adressé à l'assemblée générale sans toutefois s'immiscer dans la gestion de la coopérative.

---

<sup>21</sup> Article 47 de la loi 112-12.

<sup>22</sup> Article 67 de la loi 112-12.

Selon la nouvelle loi, la désignation du commissaire aux comptes n'est pas obligatoire que pour les coopératives ayant réalisé un chiffre d'affaire de dix millions de dirhams au terme de deux exercices successifs<sup>23</sup>.

En général, le principal bienfait de cette loi réside dans la simplification de la procédure de création des coopératives qui permet de réduire le nombre des administrations concernées par la création à trois administrations (ODCO, autorité locale et tribunal de première instance), la réduction du délai de la naissance de la personnalité morale étant donné que l'ODCO est en mesure de valider la dénomination proposée dans les deux jours et l'autorité locale et obligée de délivrer le reçu de dépôt de dossier de la coopérative séance tenante<sup>24</sup> ainsi que la réduction du nombre des pièces exigées pour l'immatriculation de la coopérative au registre des coopérative à six pièces au lieu de dix.

---

<sup>23</sup> Article 72 de la loi 112-12.

<sup>24</sup> Article 7 de la loi 112-12.

# مقالات العدد

## بالعربية

- 1- محددات سلطة القاضي في تقرير الضرر الواقع بين طرفي الزوجية  
د. كمال بلحرقة - د. سعيد العيطوني
- 2- انتخابات مندوبي الأجراء: ضوابطها، وكيفية تسوية النزاعات الناشئة عنها.  
د. إبراهيم العسري - د. عبد الرحمان بيبي
- 3- مسؤولية الدولة عن أخطاء الحكم التحكيمي، دراسة نظرية.  
د. ككاس عبد الكريم
- 4- ميراث المرأة بين واقع التحدي المجتمعي ونصوص الشريعة الإسلامية.  
د. آسيا أيت علي
- 5- الزواج بنية الطلاق.  
د. فاطمة كمال
- 6- كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي.  
د. مصطفى سدني
- 7- المسائل المعترضة المرتبطة بإبرام عقد الزواج.  
د. هشام شجره
- 8- مظاهر حماية الأملاك الوقفية في ضوء مدونة الأوقاف.  
د. يوسف هريد
- 9- الأمومة العابرة للحدود - نموذج المهاجرات الأفريقيات جنوب الصحراء بالمغرب.  
د. صديق عزيز
- 10- تقوية الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة - المبدأ والاستثناء.  
د. جمال إدبهي
- 11- الحماية المقررة للدائنين الناشئة ديونهم بعد فتح مسطرة التسوية القضائية.  
د. خديجة بتعامر
- 12- التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد في القانون المغربي والفرنسي  
د. رشيد بوناعيم

## بالفرنسية

12- Le rôle de la région territoriale dans la protection des droits des immigrés au Maroc.

Dr. SADNI Mustapha

13- Le cadre juridique des coopératives au Maroc.

AIT LAHCEN OUALI Abdellatif