مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك ، العدد 114: أبريل 2022

❖ مواضيع العدد 114 :

- صور تدبير جائحة كورونا بالمغرب.
- قواعد الاجتهاد في التشريع الأسري.
- ماهية عقد الإيداع في المخازن العامة.
- قواعد الإسناد في القانون الموريتاني.
- أحكام جريمة القذف عبر الفايسبوك.
- الآليات الإلكترونية و الأمن العقاري.

العدد 114 أبريل 2022

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركا أو سبق نشره على شبكة الإنترنيت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.
- مجلة الفقه والقانون.

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

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 114 لشهر أبريل 2022

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 114 لشهر أبريل 2022 ، بقلم الدكتور جمال الخمار منسق مسلك القانون الخاص بالكلية متعددة التخصصات بتازة – جامعة سيدي محمد بن عبد الله 03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. المجتمع المغربي أثناء جائحة كورونا - تضامن ومبادرات إنسانية : الدكتورة : سعاد العمراني المريني ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله - كلية الشريعة- فاس.....06
3. قواعد الاجتهاد في التشريع الأسري : الدكتور جمال الخمار : منسق القانون الخاص ـ الكلية متعددة التخصصات تازة ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس ـ المملكة المغربية.....22
4. عقد الإيداع في المخازن العامة : دراسة فقهية مقارنة بقانون التجارة العماني رقم : (90/55) ، الدكتور صلاح الدين طلب فرج : كلية العلوم الشرعية - سلطنة عمان ، مسقط.....39
5. قواعد الإسناد في القانون الموريتاني ـ دراسة مقارنة : الدكتور باب ولد عبد الله : دكتور في القانون الخاص وأستاذ متعاون فـي جامعة العلوم الإسلامية ـ موريتانيا.....65
6. الأحكام العامّة لجريمة القذف عبر موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك" في الفقه الإسلامي و القانون التّونسي : الدّكتور شكري الدّربالي: دكتوراه في العلوم الإسلاميّة جامعة الزيتونة - تونس.....81
7. أثر الآليات الإلكتـرونية في تحقيق الأمن العقاري - التوثيق الإلكتروني للتصرفـات العقارية نموذجا محمد القادي : باحث في سلك الدكتوراه ، كلية الشريعة بفاس ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله.....104

✓ تقارير جامعية :

8. تقرير مناقشة أطروحة دكتوراه بكلية الشريعة ، جامعة ابن زهر أكادير بعنوان : " اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمنظومة القانونية المغربية - دراسة قانونية واقعية" ، بتاريخ 18 مارس 2022 من إعداد الطالبة الباحثة نجاة بوعريب.....116

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد 114 لشهر أبريل 2022

بقلم : ذ. جمال الخمار [1]

منسق مسلك القانون الخاص

بالكلية متعددة التخصصات تازة

جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

Email : elkhammarjamal2@gmail.com

إن مسيرة الحياة الإنسانية مستمرة وفي تطور دائم، ويتم الانتقال من القديم الى الجديد، ومنذ أن انتقلنا إلى مرحلة الرقمنة، والقانون يحاول مسايرة هذه التطورات التكنولوجية الحديثة التي أصبحت تمس كل الميادين الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية.

وقد شهد القانون تطورات هائلة، بعد أن تم ربط التكولوجيا بالانترنت، ومن أبرز هذه التطورات ظهور فروع قانونية جديدة إلى جانب الفروع التقليدية، وقد ارتبط ظهور تلك الفروع بعدة تطورات، من قبل جائحة كورونا العالمية التي دفعت العديد من الدول في مراجعة ترسانتها القانونية، والتحول التدريجي للرقمنة القانونية من

[1]- أستاذ التعليم العالي مؤهل بالكلية متعددة التخصصات بتازة - جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس- المملكة المغربية.

خلال اعادة النظر في طريقة تدبير الإشباع التشريعي والمزج بين القواعد التشريعية التقليدية وقواعد الرقمنة، من أجل المساهمة في تحقيق المرونة والسرعة والحماية للأفراد والمجتمع، وفي نفس الوقت تفعيل الأمن السيبراني لتوفير الحماية للأنظمة والشبكات والبرامج ضد الهجمات الرقمية.

ويسعد قارئنا الكريم أن نضع بين يديكم العدد **114** لشهر أبريل **2022** من :" مجلة الفقه والقانون"، محملا برفيع الإنتاج العلمي الأكاديمي الذي اضطلع بصياغته نخبة من الأساتذة الباحثين وغيرهم من المتخصصين من داخل المملكة المغربية أو من خارجها.

وسيزخر هذا العدد من المجلة بأبحاث علمية وتقارير قانونية وقضائية وفقهية التي سيكون لها عظيم الأثر في المغرب والبلدان العربية والاسلامية والأجنبية.

والله اسأل أن يسدد طريق الصواب والحق والخير والفلاح خطى العاملين والقائمين على هذه المجلة، والرفع من شأنها، وأن تمتد جذور هذه المجلة في أرض خصبة، وأن تترعرع وتنمو من أجل قطف ثمارها.

مجلة الفقه والقانون :

المملكة المغربية ، ردمد : 0615- 2336

https://web.facebook.com/majalahdroit

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

المجتمع المغربي أثناء جائحة كورونا - تضامن ومبادرات إنسانية

Moroccan society during the Corona pandemic solidarity and humanitarian initiatives

الدكتورة : سعاد العمراني المريني

جامعة سيدي محمد بن عبد الله - كلية الشريعة- فاس

Dr : Souad el-amraniel-Mrini : Fez University

of Sidi Mohamed Ben Abdallah - Faculty of Sharia

ملخص :

يتناول هذا البحث قيمة التضامن الاجتماعي باعتباره مظهرا من مظاهر التعاون، فهو من القيم الإنسانية التي حثت عليها تعاليم الدين الإسلامي، غايتها بث الرحمة والمحبة والإخاء فيما بين أفراد المجتمع. وتعد جائحة "كورونا" التي اكتسحت دول العالم ومنها المغرب؛ من الظروف الصعبة التي تبرز فيها قيمة التضامن، حيث الإنسان بمفرده لا يستطيع مجابهة هذه الجائحة دون وجود من يساندهويتضامن معه.

ومن تم فقد تناول هذا البحث مفهوم التضامن والمبادرة، ومشروعيتهما من الكتاب والسنة والإجماع، وأهميتهماعلى الفرد والمجتمع، كما تناول بعض المبادرات التضامنية التي سادت المغرب خلال الأزمة، كإحداث "الصندوق الخاص لتدبير ومواجهة وباء فيروس كورونا"، والمبادرات الفردية، ومبادرات الشباب، ومبادرات جمعيات المجتمع المدني، كل هؤلاء ساهموا في التخفيف من الآثار المترتبة عن الفيروس.

ومن أهم ما توصل إليه البحث أن تعزيز مفهوم التضامن في المجتمع ونشره كقيمة سلوكية؛ هو مسؤولية المجتمع بمختلف شرائحه، وبمقدار ما يتم تعزيز هذه القيمة؛ بقدر ما يحقق المجتمع وحدته وقوته لمواجهة الفيروس وغيره من الأزمات والكوارث الكونية.

الكلمات المفاتيح : التضامن، المبادرة، المجتمع المغربي، جائحة كورونا.

Abstract :

This research deals with the value of social solidarity as a manifestation of cooperation, as it is one of the human values urged by the teachings of the Islamic religion, the aim of which is to spread mercy, love and brotherhood among the members of society. The "Corona" pandemic that swept the countries of the world, including Morocco; One of the difficult circumstances in which the value of solidarity emerges, as a person alone cannot confront this pandemic without someone who supports him and is in solidarity with him.

This research dealt with the concept of solidarity and initiative, their legitimacy from the Qur'an, Sunnah and consensus, and their importance to the individual and society. It also dealt with some of the solidarity initiatives that prevailed in Morocco during the crisis, such as the creation of the "Special Fund for Managing and Confronting the Corona Virus Epidemic", individual initiatives, youth initiatives, and association initiatives Civil society, all of these contributed to mitigating the effects of the virus.

One of the most important findings of the research is that promoting the concept of solidarity in society and spreading it as a behavioral value; It is the responsibility of society in its various segments, and to the extent that this value is reinforced; To the extent that society achieves its unity and strength to confront the virus and other global crises and disasters.

Key words : solidarity, initiative, Moroccan society, Corona pandemic.

مقدمة :

يعتبر التضامن الاجتماعي مظهرا من مظاهر التعاون، وهو من القيم الإنسانية التي حثت عليها تعاليم الدين الإسلامي، غايتها بث الرحمة والمحبة والإخاء والتعاطف فيما بين أفراد المجتمع، قال الله تعالى في كتابه العزيز: **"وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ"**[1]. وقال النبي صلى الله عليه وسلم : **"مَثلُ المؤمنين في توادِّهم وتراحُمِهم وتعاطُفِهم مَثلُ الجسدِ، إذا اشتكَى منه عضوٌ، تداعَى له سائرُ الجسدِ بالسّهرِ والحُمّى."**[2]

وتعزيز مفهوم التضامن في المجتمع ونشره كقيمة سلوكية؛ هو مسؤولية المجتمع بمختلف شرائحه، هيئات وجماعات وأفراد، وبمقدار ما يتم تعزيز هذه القيمة بقدر ما يحقق المجتمع وحدته وتماسكه وقوته؛ لمواجهة الأزمات التي تمر بها البلاد.

وتعد جائحة "كورونا المستجد" التى اكتسحت دول العالم؛ من الظروف الصعبة التى تبرز فيها قيمة التضامن داخل المجتمع الواحد، حيث الإنسان بمفرده لا يستطيع مجابهة هذه الجائحة دون وجود من يسانده ويدعمه ويتآزر ويتضامن معه.

وقد اتخذ المغرب –دولة ومجتمعا– منذ بداية انتشار هذا الوباء، وبتعليمات ملكية وإشراف ملكى مباشر– مجموعة من الإجراءات والتدابير التى كانت فى غاية من الأهمية، جنبت البلاد الكثير من المخاطر. فالمغرب بقيادة جلالة الملك –حفظه الله– أولى عناية خاصة لسلامة الأشخاص ولضمان الأمن الصحى، وهو ما تؤكده مجموع المبادرات المتخذة، والتي تميزت بالانسجام والتكامل.

كما اتخذت السلطات العمومية –أيضا– مجموعة من الإجراءات، والتدابير اللازمة؛ لضمان استمرارية المرافق العمومية الحيوية والخدمات التى تقدمها للمواطنين. إلى جانب مجموع الإجراءات الخاصة بتنقل الأشخاص، وتأمين تزويد الأسواق بالمواد الغذائية وبمتطلبات العيش...

وقد تعددت المبادرات التضامنية بتعدد تخصصات مختلف شرائح المجتمع، وبحسب القدرات والطاقات الفعالة، وبحسب الوسائل المتاحة. هذه المبادرات التي تعبر عن التكافلوالتعاضد وتشيع روح الأمل، وتصف كيفية التعاون بين المغاربة لمواجهة الوباء والتصدي له.

[1]/ سورة المائدة، آية: 2.

[2]/ متفق عليه.

انطلاقا مما سبق وتعزيزا لقيم التضامن والتكافل الاجتماعي، يأتي هذا البحث ليبين مفهوم المبادرة والتضامن، وأين تتجلى أهميتهما على الفرد والمجتمع، وماهي المبادرات التضامنية التي سادت بلادنا المغرب خلال الأزمة، وإلى أي حد ساهمت هذه المبادرات في التخفيف على أفراد المجتمع خلال فترة الحجر المنزلي الذي فرضته جائحة كوفيد 19؟

هذه الأسئلة نجيب عليها في المباحث الآتية :

المبحث الأول : مفهوم المبادرة والتضامن وأهميتهما.

المبحث الثاني : صندوق تدبير جائحة كورونا.

المبحث الثالث : مبادرات المجتمع المدني.

المبحث الأول : مفهوم المبادرة والتضامن وأهميتهما :

نتكلم في هذا المبحث عن مفهوم المبادرة ومشروعيتها وأهميتها في مطلب أول، وعن مفهوم التضامن ومشروعيته وأهميته في مطلب ثاني.

المطلب الأول : مفهوم المبادرة ومشروعيتها وأهميتها :

أولا : مفهوم المبادرة :

لغة: (بدر) الباء والدال والراء، أصلان:أحدهما كمال الشيء وامتلاؤه، والآخر الإسراع إلى الشيء.

الأصل الأول: يدل على كمال الشيء وامتلائه، فهو قولهم لكلّ شيء تَـمبدره، وسمي البدربدراً لتمامه وامتلائه، وقيل لعشرة آلاف درهمٍ بدرةٌ، لأنّها تمـام العـدد ومنتهاه. وعينبدرةٌ أي ممتلئةٌ.[1]

والأصل الآخر : الإسراع إلى الشيء وعدم المماطلة، ومنه قوله تعالى:(**وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا**)[2]أي مسارعة، ومنه أيضا قولهم : وتجب المبادرة في الأخذ بحق الشفقة، أي لا تجوز فيه المماطلة.[3]

جاء في لسان العرب : " بَدَرْتُ إلى الشيء أَبْدُرُ بُدُوراً: أَسْرَعْتُ، وكذلك بادَرْتُ إليه. وتَبادَرَ القومُ: أَسرعوا.وبادَرَ الشيءَ مبادَرَةً وبِداراً وابْتَدَرَهُ وبَدَرَ غيرَه إِليه يَبْدُرُه: عاجَلَهُ؛ وبَدَرَني الأَمرُ وبَدَرَ إِليَّ: عَجِلَ إِليّ واستبق"[4].

[1]/ معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (-395ه)، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، 1/ 208. دار الفكر، (1399ه-1979).

[2]/ النساء، الآية 6.

[3]/ معجم مقاييس اللغة، 208/1.

[4]/ لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، انظر كلمة (بدر) 48/4، دار صادر، بيروت.

المبادرة اصطلاحا : ذكر الدكتور عدنان النحوي تعريفـاً للمبادرة الذاتية الإيمانية بقوله: (هي انطلاقة المؤمن ومسارعته إلى عمل صالح بحافز ذاتي من نفسه، بعد أن يتوافر في نفسه الميزان الأمين ليحدد العمل الصالح من سواه، وليطمئن إلى أنه لا يتجاوز حدوده، ولا يعتدي على غيره، ولا يدخل في فتنة تغضب الله).[1]

انطلاقا من هذا التعريف يتضح أن المبادرة الذاتية الإيمانية تدل على المسارعة والعجلة بمعناها المحمود. ومن تم يمكن تعريف المبادرة المحمودة بأنها : الإسراع إلى فعل شيء محمود؛ بهدف التغيير من أجل ثواب الأجر ورضى الله تعالى[2]،وهذا الشيء قد تكون فكرة أو عمل أو أي شيء آخر.

والمبادرة في معناها المجتمعي تعكس هذا المعنى، فهي إقدام الإنسان على الإفادة، والجرأة في تقديم المساعدة، والمرونة في اتّخاذ قرار البدء بتقديم الخير للآخرين.

ثانيا : مشروعية المبادرة :

إن من دعائم إقامة الأمة الإسلامية وتربيتها؛ حثّ المؤمنين على البذل والمسارعة في أعمال الخير والبـر، وتقديم المعونة لبعضهم البعض، وسبق الآخرين في أمور الآخرة، وقد وردت آيات وأحاديث كثيرة تـشير إلـى هـذه المعاني، نذكر منها ما يلي :

- قول الله تعالى في كتابة العزيز : **{وَلِكُلّ وِجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيهَا فَاسْتَبِقُواْ الْخَيْرَاتِ}**.[3]
- قول الله سبحانه وتعالى : **{وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ}**.[4]
- قول الله سبحانه وتعالى : **{وَعَجِلْتُ إِلَيْكَ رَبِّ لِتَرْضَى}**.[5]

ثناء الله عز وجل على أبى بكر الصديق الذي يؤتى ماله يتزكى : { **وما لأحد عنده من نعمة تجزى إلا ابتغاء وجه ربه الأعلى ولسوف يرضى }**.[6]حيث كان رضي الله عنه وأرضاه، سباقاً إلى كل فرصة يغتنمها.

وتكثر في السيرة النبوية قصص صبر النبي –صلى الله عليه وسلم– على أذى زعماء قريش والكفار والمنافقين في سبيل نشر الدعوة الإسلامية، إذ لم يقلّل هذا العذاب من إسهامه ومبادرته في هدايتهم وخوفه عليهم من عذاب الآخرة، وقد نهج الصحابة –رضوان الله عليهم– المنهج المحمّدي ذاته، فكان من المبادرات العلمية

---

[1]/ الحوافز الإيمانية بين المبادرة والالتزام للدكتور عدنان علي رضا النحوي، ص15. مكتبة نور.

[2]/ على أنه توجد مبادرة غير محمودة، مثل المبادرة التي يسعى صاحبها إلى فعل إجرامي أو فعل مشين أو مخل للأخلاق.

[3]/ سورة البقرة، آية:148

[4]/ سورة آل عمران، الآية 133.

[5]/ سورة طه، الآية 84.

[6]/ سورة الليل، الآيات: 19-20-21.

والدعوية في عهد الصحابى الجليل عمر بن الخطاب رضى الله عنه: حضُّ عمر على تعلم الكتابة والقراءة، وصلاة التراويح، وفرض رزق للأئمة والقضاة، ودعوته للاتباع ونهيه عن الابتداع، ومن مبادراته أيضًا كتابة القرآن في مصحف واحد، والأذان الثانى يوم الجمعة، والإنفاق على المؤذنين من بيت المال، وتدريس أبى الدرداء للقرآن في الشام.[1]

جاء في حديث رواه أبو هريرة عن النبى –صلى الله عليه وسلم– أنه قال : (**بَادِرُوا بِالأَعْمَال فِتَنا كَقِطَعِ اللَّيْلِ الْمُظْلِمِ، يُصْبِحُ الرَّجُلُ فِيهَا مُؤْمِناً وَيُمْسِي كَافِراً، أَوْ يُمْسِي مُؤْمِناً وَيُصْبِحُ كَافِراً، يَبِيعُ دِينَهُ بِعَرَضٍ مِنَ الدُّنْيَا**).[2]

ففى الحديث:الحث على المبادرة إلى الأعمال الصالحة قبل تعذرها، والاشتغال عنها بما يحدث من الفتن الشاغلة المتكاثرة.[3]

وهكذا يتبين أن المبادرة في الإسلام كانت في نطاقها الواسع والدعوي؛ من أهمّ الأمور التى نشرت الدين وحفظت حقوق الآخرين، فهى خُلُق رفيع اعتنى به ديننا الحنيف، وصفة عظيمة تُعطى العزيمة وتُعلى الهمة، وتجعل الإنسان أكثر جدية في التعامل مع فكرة التعاون والإقدام في وجوه الخير والمنفعة.

ثالثا: أهمية المبادرة

مما لا شك فيه أن للمبادرة المحمودة أهمية كبيرة، نقف على بعض جوانبها :

1- تكمن أهمية المبادرة بأننا نطبّق أوامر الله تعالى وأوامر رسوله صلى الله عليه وسلم بالمبادرة. الله تعالى يأمرنا في كتابه بالمسارعة والمسابقة **"وسَارِعُوا"**، **"فَاسْتَبِقُوا"**. كما أن النبى صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك في الحديث الشريف السابق بقوله: **"بَادِرُوا بِالأَعْمَال"**. وهذه الكلمات كلها تدل على المبادرة المحمودة.

2- تسهم المبادرة المحمودة في نهضة الأمة الإسلامية، وتقدمها في مختلفة المجالات؛ مما يجعلها تتنافس مع الدول الأخرى، والسبق في التفوق عليها إذا اهتمت بهذه المبادرات أكثر.

3- تسهم المبادرة في إبراز القدرات والقدوات المسلمة في مختلف المجالات، فمعظم القدوات أو الشخصيات البارزة برزت نتيجة لمبادرات قدموها في مجالهم.

4- تسهم المبادرة في التنمية والتطوير، وبالتالى يزيد مستوى التفكير الإبداعى لدى الأفراد، مما ينتج عنه الزيادة في إنتاجية المجتمع.

---

[1]/ مبادرات الصحابة وأثرها في عصر الخلفاء الراشدين، مركز سلف، اطّلع عليه بتاريخ 2021/1/12. بتصرّف.

[2]/ صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب الحث على المبادرة بالأعمال فبل تظاهر الفتن حديث (198).

[3]/ صحيح الإمام مسلم بشرح النووي، باب الحث على المبادرة بالأعمال قبل تظاهر الفتن، ص174-175، مؤسسة قرطبة.

المطلب الثاني : مفهوم التضامن ومشروعيته وأهميته :

أولا : مفهوم التضامن :

التضامن لغة: مصدر تضامنَ يتضامن، تضامُنًا، فهو مُتضامِن، يقال تضامن القوم: إذا تَضَامَنُوا: أي التزم كل منهم أن يؤدِّي عن الآخر ما يقصر عن أَدائه.

وتضامَن الشَّعْب تضامُنا رائعا: اِتِّحَادا وتعاوُنا واتِّفاقا. والتّضامُن أيضا:التزام القويّ أَو الغنيّ معاونَةَ الضعيف أَو الفقير. وتضامن اجتماعيّ: تعاون بين أفراد المجتمع.[1]

والتضامن في الاصطلاح يمكن تعريفه على أنّه: "التعاون والعمل الجماعي المشترك"، كما يمكن تعريفه على أنّه: "مسؤولية تقع على عاتق الأطراف كلٌ حسب دوره وقدرته في الجماعة الواحدة"، فالتضامن يشمل المساعدة على فعل الخير بين أفراد المجتمع الواحد، وبين الدول بعضها مع بعض من أجل تحقيق المصالح والأهداف المشتركة.

هكذا يتضح أن التضامن من الفطرة الإنسانية التي جُبِل عليها؛ إذ لا يمكن قيام مجتمع متماسك إلا بالتضامن والتعاون والاتحاد، كما أن التضامن من الأخلاق الإنسانية الضرورية لقيام المجتمع وتلبية احتياجاته؛ إذ لا يمكن الاستغناء عنه في أيّ حالة من الأحوال.

ثانيا : مشروعية التضامن :

حرص الإسلام على إقامة مجتمع إسلامي متماسك ومترابط ومتحاب، فوضع بعض القيم في السلوك الاجتماعي لتحقيق هذا الغرض، ومن هذه القيم قيمة التضامن والتآزر والتعاون، وقد وردت آيات قرآنية وأحاديث نبوية كثيرة تدعو للتضامن وتحث عليه، ومنها :

- قال الله عز وجل : **(وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ)**.[2]
- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **(مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادِّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ، مَثَلُ الجَسَدِ. إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ، تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهَرِ وَالْحُمَّى)**.[3]
- قال النبي صلى الله عليه وسلم : **(الْمُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِ كَالْبُنْيَانِ، يَشُدُّ بَعْضُهُ بَعْضًا)**.[4]

ومن الأقوال المأثورة عند العرب : **" يَدُ الله مع الجماعة". " اجتماعُ السَّواعد يَبْنِي الوطن واجتماعُ القُلوب يُخَفِّف المِحَن".**

---

[1]/"تعريف و معنى تضامن في معجم المعاني الجامع - معجم عربي عربي"، المعاني، اطّلع عليه بتاريخ 2021/2/16. بتصرّف.

[2]/ سورة المائدة، الآية 2.

[3]/ متفق عليه.

[4]/ متفق عليه.

ثالثا : أهمية التضامن :

إن التضامن قيمة شاملة لكل جوانب الحياة، فهو علاقة اجتماعيّة، وترابط على أساس المؤازرة والموالاة المتبادلة بين الأفراد والمجموعات من أجل تحقيق المصالح والأهداف المشتركة؛ إذ الإنسان ضعيف بوصفه فردا، قويٌّ باجتماعه مع الآخرين، وشعور الإنسان بهذا الضعف يدفعه حتما إلى التعاون مع غيره في أي مجال، ففي التضامن تعاضد وقوة، حيث يتم من خلاله تقديم العون والمساعدة من قِبل شخص أو مجموعة أشخاص لشخص يستحقه، أو فئة، أو مجموعة تستحقه، كالفقراء، والمساكين، وذوي الاحتياجات الخاصّة و...إلخ.

كما يسهم التضامن في المساعدة على الحد من آثار الكوارث الكونيّة، كضحايا الزلازل والفيضانات، والحرائق، والحروب، والفيضانات وغير ذلك.

قال القرطبي رحمه الله : (... والتعاون على البر والتقوى يكون بوجوه؛ فواجب على الناس التعاون، فالعالم يعين بعلمه، والغني بماله، والشجاع بشجاعته في سبيل الله، وأن يكون المسلمون متظاهرين كاليد الواحدة، فالمؤمنون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم".[1]

المبحث الثاني : صندوق تدبير جائحة كورونا :

إن أول مبادرة اتخذتها المملكة المغربية للتخفيف من الآثار الناجمة عن " فيروس كورونا"، هى إحداث "الصندوق الخاص لتدبير ومواجهة وباء فيروس كورونا"؛ تنفيذا للتعليمات السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس – حفظه الله– الداعية إلى توفير شروط تمويل الإجراءات الوقائية لمواجهة الفيروس والحد من آثاره، وقد تم إحداث هذا الصندوق بمقتضى مرسوم رقم 2.20.269، بتاريخ 21 رجب1441 الموافق 16 مارس 2020، ودخل حيز التنفيذ بعد المصادقة عليه في البرلمان – كما تستوجب ذلك المقتضيات القانونية ذات الصلة – وذلك بعد صدوره في الجريدة الرسمية عدد 6865 يوم الثلاثاء 17 مارس 2020.[2]

وقد رصدت لهذا الصندوق – من الميزانية العامة للدولة –اعتمادات مالية بمبلغ 10 مليارات درهم. وتم تخصيص هذا الصندوق بشكل رئيسي من أجل :

• تحمل تكاليف تأهيل الآليات والوسائل الصحية، سواء فيما يتعلق بتوفير البنية التحتية الملائمة، والمعدات والوسائل الإضافية التى يتعين اقتناؤها بكل استعجال، وذلك من أجل علاج الأشخاص المصابين بالفيروس فى ظروف جيدة؛

[1]/ الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي(-671هـ)،46/6، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية،تحقيق هشام سمير البخاري،1423هـ2003م.

[2]/ ينظر الجريدة الرسمية، ص1540.

• دعم الاقتصاد الوطني لمواجهة الصدمات الناجمة عن هذا الوباء؛ من خلال التدابير التي تقترحها لجنة اليقظة الاقتصادية (CVE)، وذلك بهدف التخفيف من التداعيات على المستوى الاجتماعي أساسا.

وبالإضافة إلى الميزانية العامة للدولة، تم تمويل الصندوق المذكور –أيضًا – من خلال مساهمة العديد من الهيئات والمؤسسات والمقاولات والجمعيات والأشخاص. كما ساهم صندوق الحسن الثاني بغلاف مالي بقيمة مليار درهم.[1] وهذا ما يعبر عن تضامن مختلف مكونات المجتمع لمواجهة هذه الجائحة.

وقد أظهر المجتمع المغربي تضامناً واسعاً، تجلى في حجم المساهمات والتبرعات التي تقاطرت على صندوق تدبير جائحة كورونا. كما بادرت مختلف المؤسسات والشركات الخاصة والعمومية إلى المساهمة في موارد الصندوق بدرجة غير مسبوقة، بحيث فاقت المساهمات كل التوقعات إذ وصل إجمالي التبرعات في يومين قرابة 17 مليار درهم، دون احتساب 10 مليارات درهم من الميزانية العامة للدولة. كما شرع المغاربة، داخل البلاد وخارجه، في إيداع تبرعاتهم في حساب بنكي فتحته وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة لهذا الغرض.

وقد أوردت جريدة الأحداث المغربية بهذا الخصوص ما يلي: "حظي الصندوق الخاص لتدبير ومواجهة وباء فيروس كورونا" في البداية ب 10 مليارات درهم من ميزانية الدولة، فضلا عن 1.5 مليار درهم من طرف جهات المملكة، لكن ما فتئ أن عرف انخراطا كبيرا لكل فئات المجتمع من مؤسسات عمومية وخاصة ومواطنين ليصل إلى ما مجموعه 32,7 مليار درهم. وبلغت نفقات صندوق تدبير ومواجهة وباء كورونا ما مجموعه 13,7 مليار درهم. هذه النفقات توزعت ما بين اقتناء معدات طبية وتعزيز البنيات الصحية، وذلك فضلا عن تقديم المساعدات المالية للأسر التي تضررت من جائحة "كوفيد 19 ".[2]

كما خصص صندوق تدبير الجائحة ما يفوق 2,2 مليار درهم لاقتناء المعدات والمستلزمات الطبية الضرورية لمواجهة الجائحة، وهذا الغلاف مكن الى غاية شهر مايو من اقتناء 743 سرير للإنعاش و664 سرير استشفائي و348 جهاز للتنفس، بالإضافة إلى مجموعة من المعدات الصحية الأخرى، فيما تؤكد مصالح وزارة الاقتصاد المالية حريصة على مواكبة وزارة الصحة بما يلزم من إمدادات مالية إضافية لمواكبة حاجياتها وفقا لتطور الوضعية الوبائية ببلادنا.

---

[1]/ ينظر "إحداث صندوق تدبير ومواجهة وباء فيروس كورونا: في موقع التصفح تاريخ2020/03/16 ".

/https://www.finances.gov.ma/ar/Pages .2020/06/01 .مستجدة .aspx?fiche=4962

2/ " الموارد والنفقات والأعداد المستفيدة...هذه حصيلة صندوق مكافحة كورونا" ، أحمد بلحميدي، نشر في الأحداث المغربية بتاريخ 2020/05/20 ، موقع مغرس.

كما خصص هذا الصندوق إلى حدود شهر مايو ما مجموعه 11,5 مليار درهم لتمويل التدابير المتخذة من طرف لجنة اليقظة الاقتصادية، لدعم الأجراء المصرح بهم في القطاع المهيكل والأسر العاملة في القطاع غير المهيكل، الذين توقفوا مؤقتا عن العمل بسبب هذه الجائحة، حيث قدم الصندوق مساعدات مالية لهذه الأسر إلى غاية نهاية شهر يونيو، وهي العملية التي تواصلت عن طريق البنوك التي تتولى مهمة التوزيع.

كما خصص الصندوق الخاص بتدبير جائحة كورونا حوالى ملياري درهم شهرياً لصرف التعويضات المقررة لفائدة هؤلاء الأجراء. وبلغ عدد الأجراء الذين استفادوا من التعويضات برسم شهر مارس ما يناهز 701 ألف أجير تم التصريح بهم من طرف حوالي 120 ألف مقاولة.

وبالنسبة للمساعدات المالية المقدمة للأسر العاملة في القطاع غير المهيكل، فتمت على مرحلتين :

خلال المرحلة الأولى تم منح المساعدات المالية لفائدة 4 ملايين أسرة من أصل 4,3 مليون أسرة مستَحِقَّة للدعم، فيما خصص لهذه المساعدات غلاف مالى بلغ 4,2 مليار درهم من صندوق تدبير جائحة كورونا، علما بأن المبالغ المقدمة تتراوح بين 800 درهم و1200 درهم، وذلك حسب عدد أفراد الأسرة.

فيما عرفت عملية توزيع المساعدات المالية على المتضررين من الجائحة انخراط جميع الفاعلين، لاسيما القطاع البنكى الذي تولى توزيع هذه المساعدات المالية،فإنه تمت تعبئة 160 ألف نقطة بما فيها الشبابيك من أجل إنجاح عملية توزيع هذه المساعدات، فيما تم تجنيد فرق متخصصة في الميدان المعلوماتى مكنت من تطوير برامج معلوماتية في وقت قياسي مع اعتماد الهاتف المحمول وسيلةً للتواصل مع أرباب الأسر.

أما بالنسبة لقروض المقاولات المتضررة، فقد تم تفعيل خط ائتمانى إضافى للقروض من طرف صندوق الضمان المركزي لفائدة المقاولات التى لا يتعدى رقم معاملاتها 500 مليون درهم، والتى تدهورت خزينتها بسبب تراجع نشاطها بما في ذلك المقاولات العاملة في قطاع العقار، أقبلت المقاولات المتضررة بشكل كبير على هذه الآلية؛ حيث ناهزت القروض الممنوحة في هذا الإطار ما مجموعه 15.589 قرض بمبلغ إجمالى يفوق 7.8 مليار درهم. حوالى 85 في المائة من هذه القروض استفادت منها المقاولات الصغيرة جدًا التى لا يتجاوز رقم معاملاتها 10 مليون درهم[1].

المبحث الثاني : مبادرات المجتمع المدني :

إن المجتمع في حاجة إلى تعزيز التعاون والتنسيق، وإحياء ثقافة وسلوك التضامن الاجتماعى الأصيلة في ديننا وثقافتنا وتقاليدنا الاجتماعية، وهذا يقتضي المساهمة في توعية أفراد المجتمع وتأطيرهم لمواجهة الظروف التي

[1]/ ينظر بلاغ الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بشأن تنزيل تدابير المواكبة المتخذة من طرف لجنة اليقظة الاقتصادية لفائدة المقاولات المتواجدة في وضعية صعبة والأجراء العاملين بها، في التصفح تاريخ/، https://www.dreamjob.ma/emploi/www-covid19-cnss-maموقع (.بتصرف، 17/05/2020

تعيشها الدولة، والتبرع بالمال في مساندة الجهود الوطنية المبذولة لمواجهة الأزمة، انطلاقا من المسؤولية المجتمعية تجاه الدولة والمؤسسات التي تبذل جهودا كبيرة لاحتواء انتشار فيروس « كورونا ».

لقد ثبت خلال الأيام القليلة الأولى من انتشار الفيروس أن المغاربة أكدوا-كل في مجال تخصصه وقدر استطاعته- أن وحدة الصف، والتضامن، والتآزر، وأخذ زمام المبادرة؛ تعد تجسيدا لروح المواطنة، وحب الوطن المتجذر في المجتمع المغربي.

ومن تم ازدهرت عدة مبادرات فردية وجماعية وجمعوية للتضامن والتعاضد، تنطوي على حس إنسانى وتوعوي هادف، ونورد في هذا البحث بعضا منها في المطالب الآتية:

المطلب الأول : مبادرات فردية :

أمام تداعيات الجائحة العالمية " كوفيد 19" قررت الحكومة المغربية إغلاق المطاعم ودور السينما والأندية الرياضية والترفيهية وقاعات الحفلاتوالحمامات إلى أجل غير مسمى، في إطار تدابير التصدي لخطر تفشى كورونا[1].

وتطبيقا لهذا القرار فَقَدَ الكثير من الناس عملهم، خصوصا الذين يعملون في القطاع غير المهيكل، ولم يعد لهم دخل يفى حاجياتهم اليومية، وفي هذا الإطار اختار بعض أرباب العمل دفع أجور العمال إلى غاية استئناف العمل.

كما أعلن عدد من المواطنين تخليهم عن مستحقات كراء شقق على ذمة عمال فقدوا وظائفهم.

وأعلن بعض المغاربة -سواء المقيمين أو المغتربين في الخارج-عن استعدادهم للتكفل بعدد معين من الأسر المعوزة إلى حين عودة الأمور إلى طبيعتها؛ تضامنا مع إخوانهم المغاربة الذين تضرروا من جراء الإجراءات المتخذة بسبب كورونا.

وفي هذا الصدد أعلن أحد الباحثين المغاربة -في مركز دراسات التشريع الإسلامى والأخلاق بقطر- عن تكفله بعشر أسر إلى حين عودة الحياة إلى طبيعتها، وقال في صفحته على فيسبوك: (كونى من أبناء الجالية المغربية في الخارج، فإننى أدعو جالية العالم لخلق حالة من التضامن مع إخواننا الذين تضرروا جراء الإجراءات المتخذة بسبب كورونا، والتكفل بعدد من الأسر المعنية بذلك).[2]

---

[1]/ انطلق العمل بهذا القرار يومه 16 مارس 2020 على الساعة السادسة مساء.

2/"على قلب رجل واحد".. المغاربة يواجهون كورونا (تقرير) بتاريخ 2020/03/20، موقعaa.com.tr.

المطلب الثاني : مبادرات الشباب :

تعددت وتنوعت المبادرات التى قام بها الشباب المغاربة، لمواجهة تداعيات فيروس « كورونا »، فقد غزت منصات التواصل الاجتماعى حملات افتراضية تطوّعية، أعادت إلى الواجهة قيم التضامن والتآزر المتجذرة في المجتمع المغربي، لا سيما إزاء الفئات الهشة والأكثر عرضة لخطر الوباء التاجي.

وهكذا أطلق شباب عددا من الوسوم (**هاشتاغات**) **مثل: مبادرة "حنا معاك خليك فِدارك"، ومبادرة "خليك فدارك أنا نتسخر ليك"، ومبادرة "معا سننتصر"** ونحوها، ووضع هؤلاء الشباب هواتفهم الخاصة بصفحاتهم على الفيسبوك رهن الإشارة للمساعدة والتعاون.

ومما ميز هذه المبادرات نزولها إلى أرض الواقع، لتصوغ صورا مثالية لمجتمع متآزر وقت الأزمات، حيث هدفت توصيل الطلبيات (أدوية أو سلع) للجيران، وخاصة فئة ضعيفى المناعة من المسنين والمصابين بأمراض مزمنة والأشخاص محدودي الحركة.

كما قاموا بتوزيع منتوجات غذائية على أُسر أحيائهم الفقيرة المعوزة، وتكلف نشطاء بمساعدات مالية لفائدة مواطنين آخرين فقدوا عملهم.

وتداول رواد "فيسبوك" منشورا موحدا في الصيغة **"بادرة_مواطن_في_خدمة_الوطن"** يبرزون من خلاله أنهم مستعدون لأي مبادرة، ويضعون أنفسهم رهن إشارة السلطات للمساعدة في مواجهة هذا الوباء، سواء عبر التوعية والتحسيس، أو أي خطوة ترأسها السلطات.[1]

وهى خطوة تبين بجلاء تمسك المغاربة بموروثهم التاريخى والثقافى والدينى، واستعدادهم التام للدفاع عن بلدهم من أي اعتداء أو داء.

كما بادر مشاهير وفنانون وملحنون وممثلون وأكاديميون مغاربة، الى بث مقاطع "فيديو" على "يوتيوب" و"فيسبوك"، بهدف إنعاش القلوب ورفع الروح المعنوية في هذه الأوقات الصعبة من الإغلاق المفروض بسبب الجائحة.

هذه المبادرة لفتت نظر الأمم المتحدة فنشرتها فى موقعها تحت اسم "AKID2030-Covid-19"؛ وتجمع هذه العبارة بين Akid وتعنى "أكيد" باللغة العربية و2030، فى إشارة إلى أهداف التنمية المستدامة 2030 ، و19-COVID في إشارة إلى جائحة كوفيد-19.

[1]/ وباء "كورونا" يحيي روح التطوع في صفوف المغاربة لخدمة الوطن، عبد الإله شبل، مقال نشرته هسبريس من الرباط يوم الأحد 15 مارس2020.

وقد عرفت هذه المبادرة – أيضا- مشاركة بعض موظفى الأمم المتحدة الذين عملوا سابقاً فى المغرب واختاروا البقاء بالمغرب، كما انضم بعضهم من نيبال أو إفريقيا الوسطى، والبعض الآخر من الأجانب الذين وقعوا فى حب المغرب وشعبه واختاروا البقاء فيه.

وأشارت الأمم المتحدة إلى أن **"الفكرة وراء هذه المبادرة هى إيصال رسالة قوية من التصميم والثقة والأمل؛ رسالة بسيطة وواضحة على هذا النحو: الحفاظ على وعد أهداف التنمية المستدامة هو الجواب الصحيح لكوفيد-19، لأن الجائحة كشفت بوضوح الثغرات الخطيرة والعيوب عندما يخرج العالم عن مسار الاستدامة"**.

وتهدف مبادرة **"AKID2030-Covid-19"** إلى مشاركة الممارسات الجيدة، والدروس المستفادة، وتوفير مساحة للحوار، والتبادل بين المواطنين والمبتكرين. وهناك سعى من طرف المنظمة الأممية إلى تقاسم التجربة المغربية، وإلهام التعاون فيما بين دول الجنوب.[1]

المطلب الثالث : مبادرات جمعيات المجتمع المدني :

إن المد التضامنى بين جمعيات المجتمع المدنى لم يسبق له مثيل، فمنذ بدء انتشار فيروس كوفيد 19، انخرطت هذه الجمعيات -بشكل ملفت وحماس كبير- فى الأعمال التطوعية لمساعدة السلطات وتقديم الخدمات للمجتمع المحلي، وذلك من خلال عدة مبادرات تروم التخفيف من آثار هذه الجائحة.

وقد تنوعت هذه المبادرات-التي تتم بتنسيق مع السلطات المحلية - بين إيواء من لا مأوى له، وتوزيع سلال غذائية، وتمكين تلاميذ ينتمون لأسر معوزة من أجهزة تساعدهم على متابعة دراساتهم عن بعد، والتوعية بخطورة كوفيد 19، وإقامة لقاءات وندوات ونقاشات عن بعد لاغتنام فائض الوقت خلال فترة الحجر الصحي.

وفي هذا السياق، بادر أعضاء المكتب التنفيذي للفضاء الجمعوي للتربية والتنمية، -ضمن إطار التعبئة الوطنية لمواجهة وباء كورونا- إلى التنسيق بشأن مبادرات جمعوية مواطنة للتقليل من آثار هذا الوباء، والتي تغطي عدة مجالات، وذلك عبر وسائل التواصل الاجتماعي الخاصة.

ومن الأنشطة التي تم برمجتها وتنفيذها ما يلي :

- أنشطة تحسيسية ضد خطورة الجائحة وسبل الوقاية منها.

- أنشطة تضامنية مع الفئات الهشة والمتوقفة عن العمل خلال الجائحة.

- أنشطة ترفيهية وتواصلية في المجال التربوي مع الأطفال.

[1]/"مبادرة أممية تدعم جهود المغرب أمام "كورونا" مقال نشرته هسبريس من الرباط بتاريخ 06 يونيو 2020.

– مسابقات ثقافية تركز في جانب منها على الحالة الراهنة؛ من أجل المساهمة في التغلب على هذا الفيروس.

– تنظيم لقاءات عن بُعد لفائدة الشباب، يتم فيها التركيز على تجاربهم ومسارهم المهني، واتخاذها نماذج يحتذى بها.

– تنظيم لقاءات تكوينية حول التشغيل الذاتي وإنشاء المقاولات لفائدة الشباب.[1]

ونورد بعضا من مبادرات الجمعيات المدنية عبر جهات المملكة:

- **مبادرة "رفقاء الخير"** التى انطلقت من ضواحى مراكش وانتشرت فى كل المغرب، حيث تعهدت بتوزيع سلال مؤونة، أو مساعدات مالية رمزية لمساعدة المحرومين الأكثر تضررا من فيروس كورونا، وقد وجدت هذه الجمعية نفسها أمام مسؤولية تكبر كل يوم بوصول مساعدات من المحسنين. واعتبر فريق **"رفقاء الخير"** نفسه فى وضع الطوارئ مثل الطبيب والشرطى فى الصف الأول فى مواجهة تداعيات الفيروس.

وبالإضافة للمؤن والنقود، وزع الفريق معقمات لسيارات الأجرة، وعمل على التوعية والدعوة للتضامن.[2]

- **مبادرة "تحدي كورونا"** التى يتعهد كل منخرط فيها بتوفير مؤونة لخمس أسر معوزة خلال شهر، وتطبيق للمطاعم والذي يتعهد بتوفير وجبات يومية للعاملين بالمراكز الطبية فى كل من الدار البيضاء ومراكش.[3]
- **مبادرة "تف_ك_رونا"**، التي قامت بها منظمة **"وورلد ميريت المغرب"** بشراكة مع LeaFunder، وهي عبارة عن منصة إلكترونية لحشد الأموال والتبرعات لفائدة الأرامل والعائلات ذات الدخل المحدود، وكذلك أفراد المجتمع الذين تضرروا ماديا بسبب عواقب تفشي الفيروس. يتمثل الهدف الرئيسي للحملة في توفير مبلغ مالي قدره 4500 درهم لأكثر من 100 أسرة أو فرد على مدى 6 أسابيع. وتعتبر الحملة وسيلة من وسائل تعزيز التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع، وخلق فرصة لمن يرغب في المساهمة من قريب أو بعيد، لتخفيف الآثار السلبية لهذه الأزمة على الفئات الهشة لمجتمعنا، ويشتغل أعضاء مختلف المجالس المحلية للمنظمة على نشر المعلومة حول الحملة، وجمع معلومات حول الأفراد والأسر المحتاجة من أجل الاستفادة من هذه المبادرة.[4]

[1]/ المبادرات التي تنفذها مؤسسات المجتمع المدني بالمغرب، مقال نشر بتاريخ الجمعة 2020/01/05، newtactics.org/ar.

[2]/ مبادرة شبابية تخفف وطأة جائحة كورونا على أئمة ومؤذنين بمراكش، محسن رزاق، مقال نشر بتاريخ 2020/10/22. العمق المغربيal3omk.com

[3]/ عشرات المبادرات العربية تنطلق لتخفيف آثار وباء كورونا، aljazeera.net 2020/4/5، بتصرف

[4]/ "تف_ك_رونا" مبادرة شبابية في زمن كورونا، موقع جمعية تيغرمت للتنمية، مقال نشر بتاريخ 2020/3/31. بتصرف

- **مبادرة " نادي شباب الانطلاقة "** التابع لجمعية الانطلاقة بمدينة أفورار بإقليم أزيلال، الذي جند لهذا الغرض أزيد من 15 شابة وشابا، وضعوا أرقام هواتفهم رهن إشارة الساكنة المحلية لقضاء حاجياتها، سواء تعلق الأمر باقتناء أدوية من الصيدليات أو باقي مستلزمات الحياة اليومية. والهدف الأسمى من هذه المبادرة هو حث الأسر على لزوم بيوتها لتفادي الإصابة أو نقل عدوى الفيروس، بفضل شباب مسؤول تم تزويدهم بما يكفي من المعارف والآليات اللوجستية لتقديم هذه الخدمة، من جملتها تكوين دقيق حول تدابير النظافة، وكيفية تفادي نقل الأمراض وسبل الوقاية منها.[1]
- **مبادرة "جمعية التحدي للمساواة والمواطنة"** ATECالتي قامت بعدد من المبادرات، ومنها توزيع بعض المساعدات العينية والمواد الغذائية على عدد من الأسر المعوزة، مع تسديد الكراء لفائدة بعض النساء في وضعية صعبة، علاوة على القيام بحملات توعوية وتحسيسية تذكر الساكنة بضرورة التقيد بتعليمات السلامة.[2]

خاتمة :

لقد أظهر المجتمع المغربي تضامنا واسعا أثناء جائحة كوفيد 19؛ وذلك من خلال مجموع المبادرات التي تناولها البحث بالدراسة والمقاربةوغيرها التي سادت البلاد، والتي تنم عن حس تضامني وتكافلي عجيب لم يسبق له مثيل،فهي ترسل إشارات للاقتداء لكل مواطن باستطاعته الانخراط في المبادرات التضامنية لتجاوز هذه المحنة التي ألمت ببلادنا وبالعالم كله.فالمواطنة الحقة تفترض الالتزام بالواجبات بالموازاة مع التمتع بالحقوق. وهذا ما يفترض انخراط مختلف مكونات المجتمع إلى جانب السلطات العمومية في مواجهة هذه الجائحة ومعالجة مخلفاتها.

ومن أهم النتائج المستخلصة من هذه الدراسة ما يلي :

1- يساعد التضامن في تحقيق الكرامة الإنسانية والمحافظة عل نماء المجتمع الإنساني قائما، خصوصا في زمن الأوبئة.
2- يساهم التضامن في التنمية الاجتماعية بنشر المحبة وتقوية الترابط بين أفراد المجتمع، وتطهير النفوس. فالفقير والمحتاج يطهر نفسه من الكره لأخيه الغني، والغني يطهر نفسه من التكبر والبخل. فالتضامن يساعد في تعزيز التواصل بين مختلف الفئات بغض النظر عن الفروق والاختلافات بينها.
3- للتضامن دور مهم في المحافظة على حقوق الإنسان وتحقيق العدالة الاجتماعية.

- **المراجع المعتمدة :**

[1]/ شباب مغاربة يعيدون للواجهة قيم التضامن وسط الأسر الهشة في زمن كورونا،عماد أوحقي، مقال نشر بتاريخ 2020/4/1.

2/ المجتمع المدني يتحرك على عدة جبهات لتخفيف آثار الجائحة، عبد اللطيف الجعفري، مقال نشر بتاريخ 27 أبريل 2020.

- الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي(-671هـ)، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية،تحقيق هشام سمير البخاري،(1423هـ2003م).
- الحوافز الإيمانية بين المبادرة والالتزام، للدكتور عدنان علي رضا النحوي. مكتبة نور.
- معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (-395هـ)، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الفكر.
- لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (-711ه)، دار صادر، بيروت.
- مبادرات الصحابة وأثرها في عصر الخلفاء الراشدين، مركز سلف، اطّلع عليه بتاريخ 2021/1/12.
- " الموارد والنفقات والأعداد المستفيدة...هذه حصيلة صندوق مكافحة كورونا"، أحمد بلحميدي، نشر في الأحداث المغربية بتاريخ 2020/05/20 ، موقع مغرس.
- على قلب رجل واحد".. المغاربة يواجهون كورونا (تقرير) بتاريخ 2020/03/20، موقع aa.com.tr.
- وباء "كورونا" يحيي روح التطوع في صفوف المغاربة لخدمة الوطن، عبد الإله شبل، مقال نشرته هسبريس من الرباط يوم الأحد 15 مارس2020.
- **"تف_ك_رونا"** مبادرة شبابية في زمن كورونا، موقع جمعية تيغرمت للتنمية، مقال نشر بتاريخ 2020/3/31. بتصرف
- شباب مغاربة يعيدون للواجهة قيم التضامن وسط الأسر الهشة في زمن كورونا، عماد أوحقي، مقال نشر بتاريخ 2020/4/1.
- المجتمع المدني يتحرك على عدة جبهات لتخفيف آثار الجائحة، عبد اللطيف الجعفري، مقال نشر بتاريخ 27 أبريل 2020.
- المبادرات التي تنفذها مؤسسات المجتمع المدني بالمغرب، مقال نشر بتاريخ الجمعة 2020/01/05 .newtactics.org/ar
- مبادرة شبابية تخفف وطأة جائحة كورونا على أئمة ومؤذنين بمراكش، محسن رزاق، مقال نشر بتاريخ 2020/10/22. العمق المغربي
- عشرات المبادرات العربية تنطلق لتخفيف آثار وباء كورونا،2020/4/5aljazeera.net.
- مبادرة أممية تدعم جهود المغرب أمام "كورونا" مقال نشرته هسبريس من الرباط بتاريخ 06 يونيو 2020.

قواعد الاجتهاد في التشريع الأسري

Ijtihad rules in family law

الدكتور جمال الخمار: أستاذ التعليم العالي مؤهل القانون الخاص

منسق القانون الخاص - الكلية متعددة التخصصات تازة

جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس- المملكة المغربية

Email : elkhammarjamal2@gmail.com

Dr. Jamal Elkhammar : Professor of Higher Education,

qualified in privatelaw, coordinator of privatelaw PolydisciplinaryCollege

of Taza , University of Sidi Med Ben Abd Allah Fez - Kingdom of Morocco

ملخص :

ظلت ضوابط الاجتهاد في المادة الأسرية في ظل مدونة الأحوال الشخصية حبيسة الفقه المالكي من خلال الراجح والمشهور وما جرى به العمل، أما في ظل مدونة الاسرة فقد تغيرت القواعد الاجتهادية الاسرية في إطار مدونة الأسرة من خلال المادة 400 من هذه الأخيرة، حيث اعتمدت على المبادئ والقواعد الكبرى التي تشكل المرجع العام والإطار الشامل، وأن المدونة نهجت ما بين الاجتهاد المقاصدي الذي يهدف الى جلب مصلحة ودرء مفسدة ، والذي يجب الأخـذ بهذه القـاعدة عند البت في النوازل الأسرية المعروضة على القـضاء الأسري. غير أن تطبيق المادة 400 من المدونة من طرف القضاء المغربي خلقت لنا مجموعة من الصعوبات العملية، تجعل القاضي الأسري في حيرة من أمره، هل سيطبق التشريعات الفقهية الموجودة في أمهات الكتب الفقهية الاسلامية

والتي بطبيعة الحال يصعب عليه الاحاطة بها جميعا؟ أم سيقف في حدود المذهب المالكي؟ وهل بإمكانه الرجوع الى الاتفاقيات الدولية والتي تحقق العدل والمساواة؟ بالرغم أن تطبيق هذه الأخيرة على حساب التشريع الوطني هو محل خلاف، أم يرجع الى القوانين الوطنية الأخرى التي تنظم المسألة أو النازلة على خلاف ما هو منصوص عليه في مدونة الاسرة ؟

كل هذه التساؤلات حاولنا الإحاطة بها في هذا المقال، راجيا من المولى عز وجل التوفيق والسداد.

ـ **الكلمات المفتاحية** : مدونة الأسرة، الاجتهاد، القضاء الأسري، ظهير الالتزامات والعقود.

Abstract :

The rules of ijtihad in the family matter under the Personal Status Code remained imprisoned by the Maliki jurisprudence through the most correct and famous and what was done. As for the family code, the family jurisprudential rules changed within the framework of the Family Code through Article 400 of the latter, where it relied on the major principles and rules. Which constitutes the general reference and the comprehensive framework, and that the Code has approached between the intentional jurisprudence that aims to bring interest and ward off corrupting, and this rule must be taken into account when deciding on family calamities before the family judiciary.

However, the application of Article 400 of the Moudawana by the Moroccan judiciary created for us a set of practical difficulties, which make the family judge in a state of confusion. Will he apply the jurisprudence legislation found in the mothers of Islamic jurisprudence books, which, of course, is difficult for him to comprehend all of them? Or will it stand within the limits of the Maliki school of thought? Can he refer to international agreements that achieve justice and equality? Although the application of the latter at the expense of national legislation is a matter of dispute, or is it due to other national laws that regulate the issue or that come down to contrary to what is stipulated in the Family Code?

All of these questions we have tried to cover in this article, wishing God Almighty success and payment.

Keywords : family code, ijtihad, family justice, endorser of obligations and contracts.

مقدمة :

إذا كانت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، فالزمان لا يقف والمكان يختلف والإنسان فيهما على أوضاع، ولكل وضع نوازله تستوجب تنظيما لسلوك معين أو حكما لمعاملة ما[1].

ولذلك نجد الاجتهاد القضائي ليس مرسلا وإنما يستند إلى أصول شرعية بناء على ما جاء في مدونة الأسرة ذات الاصول الشرعية، كما يرجع إلى نصوص الفقه الإسلامي بوجه عام، والفقه المالكي بوجه خاص، وفقه النوازل بوجه أخص، مع إعمال العقل[2].

وهكذا يبدو الدور المتميز للقضاء في الحياة القانونية عن كل من الوظيفة التشريعية والوظيفة الإدارية، ذلك أنه إذا كانت وظيفة المشرع إنشاء القواعد المجردة، وكانت وظيفة الإدارة تحقيق فاعلية القواعد القانونية بالتطبيق التلقائي لها من خلال نشاطها، فإن وظيفة القضاء تنحصر في حماية النظام القانوني عند عدم فاعلية القواعد القانونية، أي أن القضاء يتدخل إذا طرأ عارض قانوني لإزالته دون أن يتجاوز ذلك إلى أسبابه، ذلك أن عدم فاعلية القانون قد تكون مترتبة من أسباب موضوعية أو ذاتية، اقتصادية أو اجتماعية، خلقية أو نفسية.

ولذلك فالقضاء يقتصر دوره القانوني على إزالة ما طرأ من عوارض في حياة القانون حالا دون نفاذه، وللقيام بهذه المهمة يجب أن يكون هذا القانون في المستوى الجيد، وقد حصر الفقه المعاصر عوارض النظام القانوني في أربعة عوارض، وبالمقابل يحدد وسائل القضاء لإزالة تلك العوارض في أربعة وسائل هي مجمل الوظيفة القضائية وهي، عارض جهل حكم القانون في حالة واقعة معينة والعمل القضائي المعلن لليقين تقريرا أو إنشاء ثم عارض مخالفة القانون والعمل القضائي الالزامي الجبري ثم عارض خطرا التأخير والإجراء القضائي الوقتي الاستعجالي ثم عارض القصور القانوني والتدبير القضائي الولائي.

وبطبيعة الحال الأحكام القضائية تختلف بحسب طبيعة النزاع المعروض أمام المحكمة والتي تقوم بصناعته، فالأحكام القضائية الاسرية لها طبيعة خاصة لأنها تمس الأسرة باعتبارها اللبنة الأولى للمجتمع.

فإذا لم يجد القاضي نصا قانونيا سليما على الحالة المعروضة عليه، فلا يجوز له أن ينفض يده من هذه الحالة بحجة سكوت القانون عليها، لأن القانون حتم عليه في القضايا الاسرية أن يفصل في كل ما يعرض عليه، لذلك يجب على القاضي الأسري الاجتهاد للاهتداء الى حكم القانون.

[1]- عبد الرحمان بن حسن النفيسة: الفتاوي المعاصرة، مجلة البحوث العدد 58، السنة 2003، ص 36.

[2]- عبد السلام الرافعي: الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، مطبعة افريقيا الشرق، طبعة 2006، ص 26.

وتستخدم مصطلحات عديدة للتعبير عن النقص في التشريع مثل النقص في القانون، الفراغ في القانون، الثغرات في القانون، القصور في القانون، سكوت القانون[1].

ويعرف النقص بأنه الحالة التي لا يجد القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة ليطبقها على النزاع المعروض عليه[2]، كما عرف بفقدان القاضي النص التشريعي مع قيام الحاجة إليه لفض نزاع معروض عليه[3].

وصناعة هذه الاحكام القضائية لها خصوصيات تهم المنهجية المتبعة والتي تقوم على إعمال النصوص القانونية الواردة في مدونة الأسرة، وفي حالة عدم وجود النص القانوني أسندت مدونة الأسرة الرجوع إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف طبقا للمادة 400 من المدونة، ولذلك فإعمال هذه القواعد على أرض الواقع جعلت القضاء الأسري يعمل أليات صناعية للأحكام القضائية الأسرية تختلف من محكمة إلى محكمة ومن محكمة دنيا إلى محكمة عليا، وذلك باتباع قواعد اجتهادية متحكم بها.

وبالرجوع إلى نص المادة 400 من مدونة الأسرة، والتي نصت على عبارة " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة"، يتبين بأنه تم تمديد وتمثيل كل المقتضيات المتعلقة بالفراغ التشريعي وتنزلها في هذه العبارة، وهيالمقتضيات المتعلقة بالفراغ، الثغرات، السكوت، الفقدان متماثلة لمصطلح " كل ما لم يرد".

ومن المسلم به أن القاضي الأسري يعد ممتنعا من إحقاق الحق في حالة امتناعه عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه، فالمادة 400 من مدونة الأسرة وفرت للقاضي مصادر عديدة يستقي منها الحل المناسب للقضية المراد حسمها وإصدار حكم فيها.

وبذلك فإن صناعة الأحكام القضائية الأسرية تتميز بإعمال ضوابط الاجتهاد، والتي تختلف بحسب التوجهات وطريقة إعمال النصوص القانونية والفقهية، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى إصدار أحكام قضائية أقل ما يقال عنها أنها تتسم بالتشدد في الأخذ بالقواعد الفقهية، وأخرى تتسم بطابع المرونة في التعامل مع الظواهر المجتمعية المستحدثة كالبنوة الطبيعية والتعويض المدني والزواج المدني وإلى غير ذلك من الظواهر الأسرية.

فالحكم القضائي يجب أن يتلألأ كالعقد الفريد إذا صادف مهارة في تطبيق الصنعة وإبداعا في الإخراج الفني، وذلك باستعمال مصطلحات مفردة أو مركبة تكتسب داخل الاستعمال خصوصية دلالية لتجعل منها تعبيرا عن مفهوم معين له موقع خاص داخل المنظومة القانونية والفقهية والقضائية.

---

[1]- حسن أحمد البغدادي: النقص الفطري في أحكام التشريع، مجلة القضاء، بغداد، العدد 4 و 5، كانون الأول 1945، ص 396.

[2]- عبد الحي الحجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة الكويت 1972، الجزء الأول، ص 53.

[3]- النعمان منذر الشاوي: اجتهاد القاضي فيما لا نص فيه في الشريعة الاسلامية والتشريع المدني العراقي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، السنة الجامعية منفردة 2000، ص 169.

فإلى أي حد وفق المشرع المغربي في إقرار قواعد اجتهادية أسرية، يجمع مابين الثوابت والمتغيرات من أجل ترجمتها إلى أحكام قضائية أسرية تستجيب لطموحات المجتمع المغربي في ظل العولمة الرقمية وتزايد المخاطر الصحية وغير الصحية كما هو الشأن مع جائحة كورونا التي فرضت إغلاقا شاملا عند بدايتها؟

للإحاطة بهذه الإشكالية، ارتأينا تناول هذا الموضوع من خلال مطلبين، وذلك على الشكل التالي:

المطلب الأول :طرق الاجتهاد في التشريع الأسري

المطلب الثاني : التطبيقات القضائية للاجتهاد في المادة الأسرية

المطلب الأول

طرق الاجتهاد في التشريع الأسري

مما لا شك فيه أن صناعة الأحكام القضائية الأسرية تتميز بإعمال أليات الاجتهاد في حالة عدم وجود نص قانوني صريح في مدونة الأسرة واجب التطبيق (الفقرة الأولى)، وبذلك فإن هذه الأحكام تتسم صناعتها بخصوصيات تميزها عن غيرها من الأحكام القضائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إعمال آليات الاجتهاد :

إن التعامل مع مدونة الاسرة من طرف صانعه ليس هو المعمول به في القوانين الأخرى كقانون الالتزامات والعقود، ويمكن التعامل مع هذه الأخيرة على كون دار لقمان ما تزال على حالها، وحتى مراجعة نصوص ظهير قانون الالتزامات والعقود التي وعد بها قانون 26 يناير 1965 المتعلقة بمغربة القضاء وتعريبه لم تتحقق إلى الأن، فما يزال الاتجاه العام في دروس كليات الحقوق المتعلقة بتحليل نصوص ظهير الالتزامات والعقود هو ترديد ما قال به الفقه الفرنسي في تعليقه على نصوص القانون الام، ويمتد أحيانا الى اقتباس نفس الامثلة التي يوردها ذلك الفقه حتى ولو كانت غير صحيحة بالنسبة للقانون المغربي، استمرار القضاء في تطبيق مسؤولية الام عن أبنائها القاصرين وفقا للدلالة اللفظية للمادة 85 من ظهير الالتزامات والعقود دون تجاوز ذلك الى البحث عن أساس المسؤولية و مبررها وفقا لمدونة الأسرة، والاستعمال المجاني للشيء استثناه الاجتهاد الفرنسي من تطبيق المادة 1384 وسار القضاء المغربي على منواله بالنسبة للمادة 88 من ق ل ع، وفي 27 فبراير 1958 أصدر المشرع الفرنسي قانون التأمين الإجباري لصالح راكبي السيارات، مما جعل المحاكم تراجع موقفها السابق بعد أن أصبح التعويض تتحمله شركة الـتأمين وليس حارس الشيء[1].

وبعد ظهور عدة كتابات وتعاليق في الموضوع، وبعد أخذ ورد بين المحاكم الدنيا ومحكمة النقض الفرنسية استمر زهاء عشر سنوات اقتضته هذه الأخيرة بوجاهة الاتجاه الجديد فاجتمعت بكل غرفها لتصدر في 20

[1]- أحمد الخمليشي: كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود؟ المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، العدد 7 السنة 1984، ص 12.

ديسمبر 1968 قرارا أوضحت فيه الأسباب التي جعلتها تقبل التراجع عن الاجتهاد السابق وتطبيق المادة 1384 على الاستعمال المجاني للشيء[1].

وكذلك في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فقد كانت ضوابطه الاجتهادية محصورة في الفقه المالكي من خلال الراجح والمشهور وما جرى به العمل، أما في ظل مدونة الاسرة فقد تغيرت المفاهيم الاجتهادية في هذا القانون من خلال إعمال ضوابط الاجتهاد، وهي المبادئ والقواعد الكبرى التي تشكل المرجع العام والإطار الشامل[2]، وأن مدونة الأسرة نهجت ما بين الاجتهاد المقاصدي الذي يهدف الى جلب مصلحة و درء مفسدة والذي يجب على هذه الضوابط اعتبار هذه المقاصد و مراعاتها في عملية الاجتهاد[3].

غير أن ايراد عبارات فضفاضة تحتمل أكثر من معنى في المادة 400 من المدونة، يجعل تطبيقها على أرض الواقع يمكن أن يخلق لنا حالات شاذة، مما يجعل القاضي أثناء تطبيق نصوص هذه التشريعات في شرود فكري سيستغرق منه الكثير من الوقت والجهد على حساب الصنعة القضائية، فالمادة 400 من مدونة الاسرة تنص على أنه " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه الى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الاسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"، أما الفقرة الثانية من المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية[4] نصت على أنه " تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في مالم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع الى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي"، أما المادة 169 من مدونة الاوقاف[5]نصت على أنه " كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف".

ما يمكن ملاحظته من خلال هذه المواد الثلاث، وهو أن طريقة صياغتها التشريعية تختلف لا من حيث التدوين ولا المنهجية ولا الإحالة، فكل منها تغرد خارج السرب رغم أن موضوعهم موحد وهو الاحالة على القواعد الفقهية، وهذا الأمر بطبيعة الحال سيكون له تأثير سلبي على مستوى الأحكام القضائية، وبالتالي سنجد أنفسنا أمام قراءات مختلفة للواقع بالرغم أن موضوع كل هذه النصوص موحدة، فهل غابت على المشرع المغربي أثناء صياغة هذه المواد وخاصة تلك اللاحقة لمدونة الأسرة؟ ولماذا لم يوحد المشرع المغربي تلك القواعد الاجتهادية؟

---

[1]- محمد شعيبي المذكوري: دراسة انتقادية لظهير الالتزامات والعقود، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، العدد 7 السنة 1984، ص 26.

[2]- محمد مختار ولد باه: لمحة عن أصول فقه الامام مالك، مداخلة في ندوة تحت عنوان الإمام مالك إمام دار الهجرة، تنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الجزء الثاني 1980، ص 150.

[3]- محمد الكشبور: أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الأربعة، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، العدد 50 السنة 2004، ص 46.

[4]- القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نونبر 2011)، ص 5587.

[5]- ظهير شريف رقم 236.09.1 صادر بتاريخ 8 ربيع الاول 1431 هـ (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154.

وقد أوردنا هذه النصوص التشريعية الثلاث لفهم قواعد الاجتهاد الواردة في مدونة الأسرة، فبالرجوع إلى هذه المواد الثلاث نجد اختلافا جوهريا في المفاهيم والمفردات المستعملة، فالمادة 400 من مدونة الأسرة أحالت على المذهب المالكي والاجتهاد، ولم يبين المقصود بالمذهب المالكي هل هو الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل؟ وكذلك الاجتهاد، فهل قصد المشرع المغربي بالاجتهاد داخل المذهب المالكي أم بالرجوع الى المذاهب الأخرى؟ وكذلك المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية جاء بمقتضى جديد وهو الإحالة على القانون الوطني ثم المذهب المالكي، وكذلك المادة 169 من مدونة الأوقاف والتي حصرت الرجوع في كل ما لم يرد به نص إلى المذهب المالكي فقها واجتهادا، وباستقراء هذه المواد يتضح أنها غير واضحة المعالم وغامضة، فكان على المشرع المغربي أن يوحد المفاهيم وأن يرفع اللبس على هذه المواد لا أن يزيد الغموض على الغموض، وخاصة أن هذا التشرذم التشريعي سينعكس سلبا على القاضي عند بته في النوازل المعروضة عليه، ومنها تلك المتعلقةبتحديد العلاقة بين نصوص مدونة الأسرة وظهير الالتزامات والعقود.

بحيث تضمن ظهير الالتزامات والعقود بعض الأحكام المتعلقة بمدونة الأسرة، وهي أحكام لم تتعرض لها المدونة من ذلك مثل تصرف الأب وإدارته لأموال ولده القاصر طبقا للمادة 11 من هذا الظهير الأخير والسماح للدائن بمطالبة أي وارث بكل الدين إذا كان غير قابل للانقسام طبقا للمادة 184 من هذا الأخير، وإلزامه بمتابعة كل وارث بنسبة حصته في التركة إذا كان الدين قابلا للانقسام طبقا للمادة 186 من ظهير لالتزامات والعقود، أو قررت ما يخالفها مثل اعتبار تصرف ناقص الأهلية قابلا للإبطال طبقا للمادة 4 من هذا الأخير، في حين تعتبره مدونة الأسرة موقوف طبقا للفقرة الثالثة من المادة 225 من مدونة الأسرة، ومعلوم أن أحكام العقد القابل للإبطال تختلف في جوهرها عن أحكام العقد الموقوف، وهذا أمر شاذ ناجم عن الظروف والصناعة التشريعية التي رافقت وضع نصوص القانونين.

ولو طبقنا القواعد العامة لقلنا بتطبيق مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود ولاسيما تلك التي لم يرد بشأنها نص في مدونة الأسرة كما هو الشأن المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية، لأن إيراد حكم متعلق بمدونة الأسرة في القانون المدني وإغفاله في مدونة الأسرة يقصد به الشرع تطبيق الحكم على جميع المتقاضين وإن اختلفت قوانينهم للأحوال الشخصية.

ولكن هذا يتعذر الأخذ به، نظرا لملابسات إصدار ظهير الالتزامات والعقود الذي وضع سنة 1913، ليطبق أساسا على غير المغاربة، ولأن مذهب مالك والاجتهاد من ناحية ثانية هو المصدر التكميلي لمدونة الأسرة وليس ظهير الالتزامات والعقود[1].

[1]- أحمد الخمليشي: المرجع السابق، ص 17.

الفقرة الثانية : خصوصيات القواعد الاجتهادية الأسرية :

مما لا شك فيه أن الأحكام القضائية الأسرية لها مميزات خصها المشرع بها، فالقاضي الأسري يطبق نصوص المدونة، ولا يرجع الى القواعد الأخرى والتي يمكن إيرادها في قوانين وطنية أخرى كقانون الالتزامات والعقود، لأنه سبقت الإشارة إلى أن المادة 400 من مدونة الأسرة لا تحيلنا على القوانين الوطنية، ولو أحالت عليها فإنها ستسقط في التناقض، ومثال على ذلك تطبيق الفصل 85 من ظهير الالتزامات والعقود، فقد جاء في شرح وزارة العدل[1] " إن الفصل 85 يشير إلى الأب أو الأم بعد وفاة الزوج، وبمقتضاه يكون الأب مسؤولا إذا كان حيا، لم تزل عنه صفة الولاية، ولم يقع انفصام عرى الزوجية فيما بينه و بين أم الولد، أما إذا كان الأمر على خلاف ذلك، بأن توفي أو صارت الحضانة للأم بمقتضى أمر قضائي مثلا حالة زوال حق الولاية الشرعية عن الأب وحالة الطلاق الذي تبقى معه الحضانة للأم، فإن المسؤولية تنتقل الى الأم".

حقا إن مسؤولية الأم يجب أن تحل محل مسؤولية الأب وليس في حالة موت هذا الأخير خاصة، ولكن أيضا كما تقرر سقوط حق الولاية الشرعية عن الأب، وكلما انحل ميثاق الزواج بين الأبوين، فهي في هذين الحالتين كما هو معلوم ترجع لها شرعا ومن حيث المبدأ حضانة الولد.

ومن جهة أخرى فإنه بالرغم عن كون النص قد عبر بلفظة الزوج، فإن المسؤولية تقع أيضا على الأب و الأم الطبيعيين عندما تثبت لهما شرعا حقوق ووجبات الأبوة والأمومة، فبالنسبة للأب إذا استلحق الولد بإشهاد رسمي أو بخط يده لا يشك فيه وبالنسبة للأم في الأحوال الأخرى.

إن هذا الكتاب الذي أصدرته وزارة العدل قبل عام 1975 حاول تفسير المادة 85 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، بالنقل الحرفي للتفسير الذي كان يطبق به الاجتهاد الفرنسي،مستعينابالفقرة الرابعة من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي بالرغم من أنه يتعارض مع الوضع التشريعي بالمغرب.

فالولد الشرعي لا تمارس عليه الأم السلطة الأبوية أبدا حتى ولو كانت في يدها الحضانة، لان السلطة الأبوية خاصة بالأب، فكيف نجعل ممارسة هذه السلطة أساسا لتحديد المسؤول من الأبوين وفقا للمادة 85؟

وبالنسبة للولد غير الشرعي علاقته بأمه تثبت بقوة القانون طبقا للمادة 146 من مدونة الأسرة، ولا تتوقف على اعتراف الأم ولا على أي إجراء أخر، ولو أن القانون المغربي لم ينظم مع ذلك ممارسته السلطة الأبوية على هذا الولد.

أما الأب فلا يعترف القانون بعلاقته بولده الطبيعي أبدا طبقا للمادة 144 من مدونة الأسرة، والاستلحاق أو بحكم القاضي يكون لمجهول النسب وليس للولد غير الشرعي طبقا للمادة 145 من مدونة الأسرة.

[1]- وزارة العدل: شرح قانون الالتزامات والعقود، منشورات وزارة العدل، طبعة 1975، ص 143 و 144.

ولذلك فإنه من المستحيل تطبيق القواعد المتعلقة بمدونة الأسرة الواردة في ظهير الالتزامات والعقود من طرف القاضي الأسري، لأن نصوص هذا الأخير لها تبعية لنصوص القانون المدني الفرنسي تفسيرا وتطبيقا، ولعلها أيضا كافية لتفسير ظاهرة الجمود التي لحقت هذا الظهير، فقد مر على تمديد تطبيقه على جميع المواطنين منذ 1913، وبالتالي حان الوقت لبلورة تشريع شامل ومتكامل.

وبالرجوع الى المادة 400 من مدونة الأسرة، والتي يطبقها القاضي الأسري في حالة عدم وجود نص تشريعي أسري، نستشف أنها جاء تذييلها لسائر كتب مدونة الأسرة بقاعدة الإحالة على ما ليس فيه نص في المدونة، على خلاف ما كان عليه الأمر في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، التي لم تكن تذيل إلا الكتابين الأول والثالث بهذه القاعدة الأمر الذي أثار اضطرابات على مستوى القضاء.

كما أن عبارة ما لم يرد به نص المضمنة في المادة 400 هي أدق في صياغتها من عبارة كل ما لم يشمله هذا القانون، حيث إن العبارة الواردة في مدونة الأسرة لا تترك مبررا للرجوع الى الفقه مع وجود النص تكريسا لقاعدة لا الاجتهاد مع النص[1]، غير أن الواقع العملي كشف أن القضاء الأسري يرجع الى تطبيق الفقه ولو مع وجود النص القانوني، كما هو الشأن بنازلة متعلقة بمسكن المحضونة، فقد ذهب حكم قضائي الى اعتبار حضن الأم بمثابة مسكن للمحضونة وبالتالي لا تحتاج هذه الأخيرة لمسكن[2].

وإذا كان القاضي الأسري ملزم بإعمال الاجتهاد، فما المقصود بالإحالة على المذهب المالكي والاجتهاد؟

فالمذهب المالكي يقصد به مختلف الأحكام الاجتهادية التي قررها الإمام مالك[3]، أما الاجتهاد فقد ميز الفقهاء بين مجموعة من الأنواع :

- الاجتهاد المطلق أو المستقل : وهو الاجتهاد الذي لا يتقيد فيه المجتهد بمذهب من المذاهب المعروفة وإنما يعالج مصادر الشرع بأدواته التي يستقل بها غيره مما يجعله متميزا في أصوله.
- الاجتهاد شبه المطلق : وهو الذي يتقيد فيه المجتهد بأصول مذهبه ولا يتقيد بأقوال غيره.
- الاجتهاد في التخريج : ويقصد به تخريج الفروع على الأصول، وهذا الصنف مع الذين يقومون بتقرير المذهب وتحريره.
- الاجتهاد في الترجيح : وهو أقل أنواع الاجتهاد ومع ذلك يشترط فيه ما يشترط في فقيه النفس[4].

[1]- بوشعيب الناصري: قراءة في المادة 400 من مدونة الأسرة، مجلة المناهج، عدد مزدوج 7 – 8 ، طبعة 2005، ص 41 و 42.

[2]- جمال الخمار: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2007-2008، ص 120.

[3]- محمد الكشبور: المرجع السابق، ص 51.

[4]- حميد الفقيه: مركز الاجتهاد القضائي وأسباب تدخله في تطوير القاعدة القانونية، مجلة المنتدى، العدد الرابع، يوليوز 2004، ص 16.

وبذلك فعبارة الاجتهاد اختلف الفقهاء في تفسيرها، وكذلك القضاء، فقد ذهب البعض إلى أن هذه العبارة يقصد بها أن القاضي وهو يجتهد في إطار المذهب المالكي عليه أن يراعي قيم الاسلام من عدل ومساواة ومعاشرة بالمعروف[1].

في حين ذهب البعض الأخر إلى أن الحكم إذا كان غير موجود في المذهب المالكي بعد البحث فلا بأس بالخروج الى مذهب أخر، فالاجتهاد الوارد في المادة ليس قاصرا على المذهب المالكي فقط وإنما يبقى مفتوحا على المذاهب الاخرى لأن الأساس هو عدم الخروج عن قيم الإسلام[2].

وفي نفس الإطار ذهبت وزارة العدل في معرض شرحه لعبارة الاجتهاد، بأنه لا يقصد بها المذهب المالكي فقط، وإنما يبقى مفتوحا على المذاهب الأخرى، لأن الأساس هو عدم الخروج عن قيم الاسلام[3].

فكيف لقاضي أمام ضغط كثرة الملفات أن يرجع الى المذهب المالكي وبالأحرى الى المذاهب الأخرى؟ وكيف يمكن أن يستنبط الأحكام في النوازل من المذاهب إذا كانت تخالف التوجهات العامة للمغرب؟ وهل يمكن للقاضي الاعتماد حتى على المذاهب غير السنية؟ وهل يمكن للقاضي أن يتجاوز المذهب المالكي بأخر وبرأي مذهب أخر؟

وكل هذه التساؤلات والإجابة عليها يجعلنا أمام مفترق الطرق، فالقاضي أمام سندان المحافظة على وحدة المذهب المالكي ووحدة القضاء في المملكة ومطرقة إيجاد حلول ناجعة للمشاكل المستحدثة في المجتمع بفعل الرقمنة والتغيرات المناخية وانتشار الجوائح كما هو الشأن مع جائحة كورونا، وخاصة أن المشرع المغربي ربط الاجتهاد بتحقيق قيم الاسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

فالعدل نوعان، عدل مطلق يقتضي العقل حسنه وعدل يعرف على أنه عدل بالشيء، أما النوع الثاني فهو العدل النسبي.

أما المساواة فهي مظهر من مظاهر العدل، فالوقوف على حقيقة المماثلة بين الرجل والمرأة في الأحكام مرهون بالكشف عن حقيقة المعروف الواردة في قوله تعالى " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف، وللرجال عليهن درجة، والله عزيز حكيم"[4] على أمور ثلاث المماثلة المعروف والدرجة، فبالنسبة للمماثلة تعني أن المثل أصله النظير والمشابه ولكن ليس المراد بالمثل أعيان وأشخاصها وإنما المراد أن الحقوق بينهما متبادلة وأنهما أكفاء، فما من عمل تعمله المرأة للرجل إلا وللرجل عمل يقابله وإن لم يكن مثله في شخصه فهو مثله في جنسه، أما المعروف

---

[1]- محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 65.

[2]- عبد الكريم المدغري: الانتصار لمذهب مالك، ندوة الإمام مالك إمام دار الهجرة، تنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الجزء الثاني 1980، ص 60.
- بوشعيب الناصري: المرجع السابق، ص 60.

[3]- محمد الكشبور: المرجع السابق، ص123.

[4]- سورة البقرة، الأية 228.

فيقابله المنكر والمعروف يتضمن هداية العقل وحكم الشرع وفضيلة الخلق الحسن، أما الدرجة فتستخلص من قوله تعالى " وللرجال عليهن درجة"[1]، والدرجة ليست عبارة عن الزيادة في الفضيلة الحقوقية للرجال بل هي زيادة في الواجبات التي فرضت على الرجال بمقتضى مسؤولية الرئاسة[2].

فكيف يمكن للقاصي استجلاء كل هذه الأحكام وبلورتهاأثناء الاجتهاد؟ وخاصة أننا نعلم أن القاضي يحتاج أثناء الاجتهاد لنصوص واضحة المعالم من أجل تطبيقها على النوازل الغامضة.

المطلب الثاني

التطبيقات القضائية للاجتهاد في المادة الأسرية

إذا كان الاجتهاد هو بذل الجهد واستفراغ الواسع في طلب الحكم الشرعي[3]، فإن القاضي الأسري في حالة عدم وجود نص في مدونة الأسرة ملزم بالرجوع إلى قواعد الاجتهاد المنصوص عليها في المادة 400، وبذلك فإن الأحكام الأسرية تتنوع بتنوع القضايا المعروضة، فهو تارة يستعين بالفقه الاسلامي (الفقرة الأولى)، وتارة أخرى يرجع فيها القاضي الأسري إلى إعمال النصوص الوطنية والدولية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إتباع القواعد الفقهية في الاجتهادات القضائية الأسرية :

إن الاجتهاد القضائي يختلف عن العمل القضائي، فهذا الأخير يقتصر فيه القاضي على إعمال القاعدة القانونية وإسقاطها على الوقائع الثابتة بعد تكييفها، بخلاف الحالة التي يواجه فيها القاضي فراغا تشريعيا أو يجد نفسه أمام نص غامض يضطر في هذه الحالة إلى تخطي حدود العمل القضائي ليمارس عملا ذهنيا يلحق به وصف الاجتهاد الذي يكمل العمل التشريعي، وإذا كانت مدونة الاسرة قد حددت ضوابط الاجتهاد من أجل البت في القضايا الأسرية بمقتضى المادة 400 من المدونة، حيث يرجع فيما لا نص فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد.

فالبت في النوازل الذي لا يوجد نص تشريعي أسري يسري عليها، قد تمليها الضرورة من أجل إيجاد حل مناسب لها، وخاصة أن الواقعةالمعروضة ليس لها إطار قانوني أو نص ينظمها في إطار مدونة الأسرة، فهل القاضي ينتقل أثناء إعمال هذه الآلية من الصناعة القضائية إلى الصناعة التشريعية بإعمال آلية الاجتهاد؟

---

[1]- سورة البقرة، الأية 228.

[2]- محمد رضا الحكيمي: الاجتهاد بين أحكام الدين وأهداف الدين،مجلة المنطلق، العدد 1، طبعة 2000، ص 160.

- محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 1966، ص 211.

- مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة بيروت 1977، ص 111.

[3]- محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة 1998، ص 17.

- عمر الجيدي: محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الاسلامي، مطبعة النجاح الجديدة 1987، ص 94.

إن القاضي ملزم من أجل صناعة حكم قضائي لدعوى معروضة أمامه أن يستخدم كل الأليات القانونية بما فيه إعمال القواعد الاجتهادية المنصوص عليها في المادة 400 من مدونة الأسرة، فهو بذلك لا يتدخل في التشريع، وإنما يقوم بخلق الأليات الاجتهادية والتي تختلف باختلاف الزمان والمكان، وهذا بخلاف التشريع الذي يفترض فيه الثبات والعمومية والإلزامية.

وهو بذلك يتخذ من ضوابط الاجتهاد لحماية أطراف العلاقة الأسرية من كل عبث، فلحماية مؤسسة الزواج توسع القضاء في تفسير المادة 16 من مدونة الأسرة والتي تتعلق بثبوت الزوجية، حيث ذهب حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة[1] عل أنه " وحيث أنه كانت وثيقة الزواج هي الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج فإنه إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق عقد الزواج فإن المحكمة تعتمد سائل وسائل الاثبات في سماع دعوى الزوجية وأن المحكمة وفي هذا الاطار استمعت للشهود الذين أكدوا واقعة حصول الزواج بدليل حضورهم حفل الزفاف بحكم قرابتهم من الزوجة".

وجاء في حكم أخر صادر من نفس المحكمة[2] "وحيث للمحكمة من خلال الملف وتصريحات الشهود أن المدعيان متزوجان منذ تاريخ 2000".

ومن خلال هذين الحكمين يتضح أن المحكمة اعتمدت على شهادة الشهود في إثبات الزوجية بغض النظر على عددهم.

ومعلوم أن مدونة الأسرة تجيز زواج المسلم بالكتابية، لكن في حالة وفاة الأب أو فقد أهليته طبقا للمادة 231 من مدونة الأسرة فإن الولاية تنتقل إلى الأم، ولكن والحالة هاته الأم تكون كتابية، ونص الحديث الشريف يقول " لا ولاية لكافر على مسلم"، ونص المدونة جاء بعبارة " الأم" دون أن يشترط في كونها مسلمة أو غير مسلمة، فقد يتجاوز الحكم القضائي النص القانوني، ويطبق القواعد الفقهية حيث جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة[3] على أنه " وبالفعل فقد عرض على القضاء نازلة أقيمت فيها دعوى ضد قاصر باسم أمه والتي هي فرنسية لكن القضاء رفض الدعوى شكلا استنادا للحديث الشريف " لا ولاية لكافر على مسلم".

وبتفعيل آليات الصلح في مدونة الأسرة نصت على انتداب الحكمين من أجل القيام بمهمة الصلح، لكن المدونة لم تحدد الشروط والصفات الواجب اتباعها، أمام هذا الفراغ التشريعي يجب على القاضي أن يرجع للمادة 400 من أجل تحديد شروط وصفات هذين الحكمين، ولكن للقضاء موقف أخر، فقد ذهب حكم إلى أنه " تقرر على إثر ذلك انتداب حكمين بين الطرفين في شخص شقيق الزوجة وشقيق الزوج"[4].

---

[1]- حكم عدد 1242 بتاريخ 2005/05/29، غير منشور.

[2]- حكم رقم 569 صادر عن قسم قضاء الأسرة بوجدة بتاريخ 2007/02/05 (غير منشور).

[3]- حكم رقم 07/250 صادر عن قسم قضاء الأسرة بوجدة بتاريخ فبراير 2007، (غير منشور).

[4]- حكم رقم 2005/23 بتاريخ 2005/02/26، ملف رقم 04/20 (غير منشور).

فمن خلال هذا الحكم يتضح أن المحكمة لا تلتفت للشروط والصفات الواجب توفرها في الحكمين والتي حددها المالكية في الذكورة والعدالة والثقة[1].

وتجدر الاشارة الى أن أغلب الاحكام القضائية والتي تقضي بالرجوع الى بيت الزوجية غالبا ما تحكم بإفراد الزوجة بسكن منفرد، فبالرجوع الى مدونة الاسرة لا نجد أي مقتضى ينص على حق الزوجة بالإفراد بالسكنى، فما على القضاء سوى تطبيق مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة، فهذه الأخيرة في اعتقادي هي بحد ذاتها مدونةأسرية أخرى إلى جانب مدونة الأسرة التي تضم 399 مادة تشريعية، مادامت تسمح لنا بخلق نصوص قانونية وتكون واجبة التطبيق، وقد ذهب قرار لمحكمة الاستئناف[2] الى أنه " حيث أن المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف على الصعيد الابتدائي والاستئنافي ودراستها لعلل الحكم المستأنف وما أشير بشأنه من أسباب يتبين لها أن ما نعاه المستأنف غير مؤسس وليس من شأنه تغيير وجهة نظر المحكمة فيما انتهى اليه قضاء محكمة الدرجة الأولى ذلك أن طلب الافراد بالسكنى من طرف الزوجة حق مقرر فقها وقضاء وأن تمسك المستأنف من امتناعها من الرجوع انما رتب له المشرع ايقاف نفقتها وأن الحكم لما قضى عليه بالإفراد بالسكنى وانما يكون يتماشى مع ما هو معمول به فقها وقضاء مما يوجب تأييده".

كما يستشف أن محكمة النقض يستخدم الاجتهاد الفقهي أيضا في صياغة أحكامه،حيث ذهبتمحكمة النقضالى أن : "المدعية التزمت بتحمل نفقة الابن الى أن يسقط الفرض عنها شرعا، وأن ادعائها العسر غير محقق باعتبار عملها ممرضة وتقاضيها أجرا عن عملها المذكور، فضلا عن ذلك فإن تاريخ التحصيل وتاريخ ادعاء العجز هي مدة يسيرة ولم تثبت المستأنفة بأي عذر مقبول شرعا أو حدوث أي طارئ استنادا الى ما نص عليه الفقهاء من أنها لا تصدق إلا ببينة طر وفقر"[3].

وهذا القرار بدون شك يخالف المقتضيات الواردة في المادة 119 من مدونة الاسرة، فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة على أنه " إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها، وحيث النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها"، فهذه المادة جاءت عامة ومطلقة ولم يرد ما يقيدها كما ذهبت إليه محكمة النقض، حيث اعتبر أن عمل الممرضة مربح وبأن مدة ادعائها العجز مدة يسيرة، واستند في ذلك الى القاعدة الفقهية " لا تصدق الا ببينة طر وفقر" والتي تناقض المادة 119 من مدونة الأسرة، حيث نصت هذه الاخيرة على مصطلحات واضحة من حيث الصياغة تختلف عن تلك التي احتجت بها محكمة النقض، فالنص استعمل لفظ اعسار وليس الفقر،فالفقر شيء والعسر شيء أخر، وأن الممرضة بدورها يمكن أن تتعرض للإعسار إما نتيجة الديون المتراكمة وكذلك لارتفاع المعيشة، كما أن المادة 119 من مدونة الأسرة نصت على مجرد الإعسار ولم تقيده بمدة معينة.

---

[1]- وهبة الزحيلي: أصول الفقه الاسلامي، الجزء الثاني، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص153.

[2]- قرار عدد 04/380 صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2005/03/30 (غير منشور).

[3]- قرار صادر عن المجلس الاعلى عدد 212 المؤرخ في 2005/09/14 ، ملف شرعي عدد 2004/1/2/72، (غير منشور).

وهذا القرار يبين لنا بوضوح واقع الاجتهاد الأسري، فرجوع القاضي الى المادة 400 من المدونة يجب أن يكون مؤسس على القواعد التشريعية، فلا يرجع إليها إلا عندما لا يجد نص تشريعي يؤطر النازلة المعروضة عليه، بدل الرجوع اليها من أجل تحميلها ما لا يمكن تحميله، وهذا راجع في اعتقادي للصياغة غير الدقيقة لهذه المادة والتي تقبل تفاسير متعددة.

الفقرة الثانية : إعمال الاجتهاد الأسري عن طريق الاستعانة بالنصوص التشريعية الوطنية والدولية :

إذا كان المذهب المالكي والاجتهاد مصدرا تكميليا لمدونة الأسرة طبقا للمادة 400 من المدونة، فهل يمكن الاستعانة بقانون الالتزامات والعقود المغربي من أجل سد النقص التشريعي الأسري في المدونة.

الرأي فيما أرى بأن قانون الالتزامات والعقود ليس مصدرا قانونيا تكميليا، يلزم القاضي بالرجوع إليه عند انعدام النص في المدونة، لأنه لو أراد المشرع بأن يكون هذا الأخير مصدرا تكميليا لنص عليه صراحة كما هو الشأن في المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية، وهو بذلك يعتبر أجنبيا عن المدونة ولو انعدم النص في الفقه المالكي والاجتهاد، وبذلك يكون القاضي ملزم بترك النص الصريح في قانون الالتزامات والعقود.

وكل هذا بالنسبة لقواعد الموضوع، أما الأحكام الإجرائية فيتعين تطبيق ظهير الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية وقانون المسطرة الجنائية والقانون الجنائي، لأن الهدف من هذه الأحكام هو تمكين القاضي من فحص وقائع الدعوى بصورة أفضل، ومساعدته على الوصول الى الحقيقة.

أمام اضطراب المادة 400 من المدونة وغموضها، ذهبت الاجتهادات القضائية الأسرية الى تطبيق ظهير الالتزامات والعقود رغم أنه لا تحيل عليه طبقاللمادة 400 بصريح العبارة، ولكن هل يمكن أن تدخل مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود في المفهوم العام للاجتهاد؟ ولكن ماذا لو كان يخالف القواعد الفقهية الصريحة؟

فقد ذهب حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة[1] إلى أنه " حيث يؤخذ من الحكم عدد 4345 الصادر بتاريخ 2016/03/16 في الملف عدد 2102/16/278 عن هذه المحكمة أن المدعى عليه توبع من أجل جنحة الفساد وأدين بشهر واحد موقوف التنفيذ والذي أصبح نهائي بعدما تم تأييده من طرف محكمة الاستئناف، وحيث لما ثبت المسؤولية الجنائية للمدعى عليه بارتكابه الفعل الجرمي المذكور، والذي نتج عنه ولادة البنت، تكون العناصر القانونية لقيام المسؤولية المدنية ثابتة في نازلة الحال وفقا لما ينص عليه الفصل 77 من ق ل ع".

ورغم أن هذا الحكم استبعد النصوص الصريحة لمدونة الأسرة التي تعتبر أن البنوة غير الشرعية لا تنتج أي آثر، إلا أن هذا الأخير طبق نصوص ظهير الالتزامات والعقود المخالفة للمدونة الواجبة التطبيق وللقواعد الفقهية، ولذلك لم يكن هذا الحكم موفقا فيما ذهب إليه، ولو اعترفت المحكمة ببنوة البنت كانت عليها أن

[1]- حكم عدد 320 ملف رقم 2016/1620/1391 الصادر بتاريخ 217/01/30 (غير منشور).

تحكم بأثار البنوة الشرعية وهي النفقة وليس التعويض، وأنه ليس هناك تراتبية قانونية وأنه لا اجتهاد مع النص، ولو سايرنا هذا الاجتهاد لوقعنا أيضا في تناقض، لأنه كما هو معلوم المسؤولية التقصيرية مبنية على ثلاث أركان خطأ ضرر علاقة سببية، وفي هذه النازلة لا يوجد أي ركن من هذه الأركان، فالخطأ مشترك والضرر احتمالي، ولا يوجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فأي اتصال جنسي ليس بالضرورة يمكن أن ينتج حملا.

كما أن هناك أحكاما قضائية مازالت تحن في تطبيق قواعد فقهية غير ملائمة في عصرنا الحالي ومنها:

- قرار قضى بأن الحكم لا يكتسب قوة الشيء المحكوم به بالنسبة لمن كان قاصرا من الأطراف وأنه لذلك يجب أن تصرح المحكمة في كل حكم ضد محجور عليه بالاحتفاظ له بحقه الى أن يتمكن من اكتساب الحالة التي تخوله الدفاع عن نفسه والإدلاء بمن عساه يتوفر عليه من مستندات تمشيا مع النظرية الفقهية التي تمنع من تعجيز القاصرين[1].
- قرار قرر أن الشهادة بإثبات الحمل لا تقبل إلا اذا شهدت بتحركه، وإن ترك الحمل لا يثبت إلا بعد مضي أربعة أشهر وعشرة أيام على تكوينه، وبناء على ذلك رفض الشهادة التي تقول أن الحمل له أربعة أشهر مع أن الشهادة المعتبرة شرعا هي التي تثبت تحرك الحمل وحياته، وكأن تحرك الحمل لا يثبت إلا في أربعة أشهر وعشرة أيام، عملا بقول التحفة " ولا تحرك له يثبت في أقل من عدة الوفاة فاعرف".
- وفي قرار أخر ذهب الى " أن التحليلات الطبية التي تثبت العقم لا يعتمد عليها في نظر الشرع"[2].

كما أنه تجدر الاشارة بأن احترام العهود والمواثيق الدولية واجب إسلامي لما له من أثر طيب ودور كبير في المحافظة على السلام وأهمية كبرى في فض المشكلات وحل المنازعات وتسوية العلاقات، غير أنه في حالة عدم وجود توافق بينها وبين الشريعة الاسلامية لا يجب الاحتجاج بها أبدا وخاصة أن المجلس العلمي الاعلى قد أجاب بوضوح في النقاش الحاد عندما رفع المغرب التحفظات على اتفاقية إلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة، عندما أكد بأن الأحكام التي توجد بشأنها نصوص قطعية كالإرث لا مجال للاجتهاد فيها[3].

[1]- قرار عدد 7 بتاريخ 1971/11/8، أورده أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص24.

[2]- قرار عدد 527 بتاريخ 1981/09/15، أورده أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص24.

[3]- محمد الروكي : المطالبة بالتسوية بين الرجل والمرأة في الإرث تمرد على الشريعة وتطاول على الله، مجلة المجلس الأعلى، العدد 6 بتاريخ فبراير 2009، ص 26.

خاتمة :

مدونة الأسرة حاولت ترميم ما اعوج من المقتضيات التشريعية التي كانت سائدة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وخلق آلية اجتهادية فعالة من أجل سد الخصاص التشريعي كما يعتقد المشرع، غير إن الواقع الحالي عرف مجموعة من المتغيرات على مستوى المنهج والشكل والواقع.

حيث أصبحنا نعتمد على الرقمنة بشكل كبير، مما جعل الاستعانة بهذه الرقمنة في التشريع الأسري ضرورة ملحة من أجل الفعالية والسرعة وتمديد الحماية الأسرية لكل المغاربة سواء في الداخل أو في الخارج تطبيقا لمبدأ عالمية مدونة الأسرة.

وحيث إننا نعيش في عالم يختلف بكثير عن ما سبق سواء على المستوى البيئي أو على المستوى الصحي أو مستوى تغير الأنماط الأسرية، يجعل تنظيم وتوفير الحماية التشريعية الأسرية من خلال خلق مقاربة اجتهادية تمزج بين الأصالة والرقمنة أمرا ضروريا، وبناء عليه نقترح ما يلي :

ـ تعديل المادة 400 من المدونة الأسرة.

ـ توضيح طرق الاجتهاد في المادة الأسرية.

ـ التنصيص صراحة على الرجوع في حالة عدم وجود نص في المدونة للفقه الاسلامي والفتاوي الاسلامية الحديثة الأسرية.

ـ خلق هيئة دينية تابعة للمجلس العلمي الأعلى لتجميع الاجتهادات الأسرية النابعة عن الخصوصية الدينية المغربية.

ـ حذف مصطلح الاجتهاد الوارد في المادة 400 من مدونة الأسرة، والذي يثير لبس وعدم الوضوح.

❖ لائحة المراجع :

- **أولا : الكتب :**

– أحمد الخمليشي: كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود؟ المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، العدد 7 السنة 1984.

– عمر الجيدي : محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الاسلامي، مطبعة النجاح الجديدة 1987.

– عبد الحي الحجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة الكويت 1972، الجزء الأول.

– عبد الكريم المدغري : الانتصار لمذهب مالك، ندوة الإمام مالك إمام دار الهجرة، تنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الجزء الثاني 1980.

– محمد مختار ولد باه : لمحة عن أصول فقه الامام مالك، مداخلة في ندوة تحت عنوان الإمام مالك إمام دار الهجرة، تنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الجزء الثاني 1980.

- محمد الكشبور : أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الأربعة، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، العدد 50 السنة 2004.
- محمد بن يوسف الكافي : إحكام الأحكام، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 1966.
- مصطفى شلبي : أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة بيروت 1977.
- محمد رياض : أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة 1998.
- وهبة الزحيلي : أصول الفقه الاسلامي، الجزء الثاني، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- وزارة العدل : شرح قانون الالتزامات والعقود، منشورات وزارة العدل، طبعة 1975.

- **ثانيا : الأطروحات والرسائل الجامعية :**

- النعمان منذر الشاوي : اجتهاد القاضي فيما لا نص فيه في الشريعة الاسلامية والتشريع المدني العراقي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، السنة الجامعية منفردة 2000.

- جمال الخمار : نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2007-2008

- **ثالثا : المقالات :**

- بوشعيب الناصري : قراءة في المادة 400 من مدونة الأسرة، مجلة المناهج، عدد مزدوج 7 – 8 ، طبعة 2005.
- حميد الفقيه : مركز الاجتهاد القضائي وأسباب تدخله في تطوير القاعدة القانونية، مجلة المنتدى، العدد الرابع، يوليوز 2004.
- حسن أحمد البغدادي : النقص الفطري في أحكام التشريع، مجلة القضاء، بغداد، العدد 4 و 5، كانون الأول 1945.
- عبد الرحمان بن حسن النفيسة : الفتاوي المعاصرة، مجلة البحوث العدد 58، السنة 2003.
- عبد السلام الرفعي : الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، مطبعة افريقيا الشرق، طبعة 2006.
- محمد شعيبي المذكوري : دراسة انتقادية لظهير الالتزامات والعقود، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، العدد 7 السنة 1984.
- محمد رضا الحكيمي: الاجتهاد بين أحكام الدين وأهداف الدين، مجلة المنطلق، العدد 1، طبعة 2000.
- محمد الروكي : المطالبة بالتسوية بين الرجل والمرأة في الإرث تمرد على الشريعة وتطاول على الله، مجلة المجلس الأعلى، العدد 6 بتاريخ فبراير 2009.

عقد الإيداع في المخازن العامة :

دراسة فقهية مقارنة بقانون التجارة العماني رقم: (90/55)

Deposit Contract in General Stores : A Jurisprudential Comparative Study with the Omani Trade Law No : (90/55)

الدكتور صلاح الدين طلب فرج : كلية العلوم الشرعية – سلطنة عمان ، مسقط

Dr. Salah eddine Talab Faraj : College of Sharia Sciences - Sultanate of Oman, Muscat

ملخص البحث :

يناقش هذا البحث بالدراسة الفقهية المقارنة عقدًا من العقود غير المسماة في قانون التجارة العماني رقم: (90/55)، وهو عقد الإيداع في المخازن العامة. حيث بين الباحث فكرة العقد التي تقوم على تعهد يلتزم من خلاله المودَع إليه حفظ البضاعة وتسليمها في وقت متفق عليه، مقابل أجرة معلومة يلتزم بها المودِع. ويمكن تكييفه فقهًا على أنه عقد وديعة بأجر. وبناءً عليه يكشف الباحث في المحور الثاني عن جملة من الالتزامات والحقوق التي تترتب على طرفي التعاقد، ثم يوضح في المحور الثالث طرق انتهاء العقد وما ينشأ على كل طريقة من مسائل وأحكام. وقد توصل الباحث إلى جملة من النتائج، أهمها : أن من التزامات المودع: دفع أجرة الإيداع، وتقديم بيانات صحيحة عن البضاعة المودعة، وتسلمها عند انتهاء أجل التعاقد. أما حقوقهفهي فحص البضاعة المودعة، واستلام إيصال الإيداع موضحًا فيه اسم المودع وموطنه، ونوع البضاعة، وكميتها، وأوصافها اللازمة لتعيين ذاتيتها وقيمتها. أما التزامات المودع إليه فهي حفظ البضاعة المودعة، وردها إلى المودع عند انتهاء أجل العقد. بينما حقوقه تتمثل في استبدال البضاعة المثلية بمثلها من نوعها وطبيعتها وصفتها، وإصدار مستند الرهن، وتقديم قروض برهن البضاعة المودعة عنده.

- **الكلمات المفتاحية** : عقد الإيداع، الوديعة بأجر، المخازن العامة.

Abstract :

This research jurisprudential comparative study discusses one of the innominate contracts in the Omani Trade Law No. (55/90), which is the contract of deposit in general stores. The researcher explained the idea of the contract, which is based on an undertaking through which the bailee is obligated to keep the goods and deliver them at an agreed time, in return for a known fee that the depositor is obligated to. It can be characterized jurisprudentially as a paid deposit contract. Accordingly, in the second theme, the researcher reveals a number of obligations and rights of the two parties to the contract, and in the third theme he clarifies the methods of contract termination and the issues and provisions arising on each method.

The researcher reached a number of results, the most important of which are the following: among the obligations of the depositor include paying the deposit fee, providing correct data about the deposited goods, and receiving them at the end of the contract term. As for the depositor's rights, they include checking the deposited goods and obtaining the deposit receipt indicating the name and domicile of the depositor, the type, quantity, and descriptions of the goods necessary to determine their identity and value. As for the obligations of the bailee, they include preserving the deposited goods and returning them to the depositor at the expiry of the contract term, while his rights are represented in exchanging like-for-like goods for their kind, nature and quality, issuing a mortgage document, and providing loans to mortgage the goods he deposited.

• **Key Words :** Deposit Contract, Paid Deposit, General Stores.

مقدمة :

الحمد لله حمدًا كثيرًا مباركًا فيه، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمدﷺ، وعلى أله وأصحابه أجمعين، وبعد.

فتعتبر العقود من أهم مصادر الالتزام بين الناس في تعاملاتهم اليومية سواء على الصعيد الفردي أو الجماعي. ومع تطور المجتمعات ونظم إدارتها في واقعنا المعاصر شرعت القوانين المتنوعة لتحكم تعاملات الناس والتزاماتهم، فظهر القانون التجاري الذي ينظم أحكام جملة من العقود والمعاملات المستحدثة، مثل: عقد

الإيداع في المخازن العامة في الدولة، وعقود التشغيل، والتوريد، والتوزيع، وغيرها من العقود. مما يحتم على علماء الشريعة دراسة تلك العقود وتكييفها تكييفًا شرعيًا من أجل ضبط أحكامها، وتقويم تشريعاتها القانونية؛ ليسهل على أطراف التعاقد الوفاء بها مصداقًا لقوله تعالى : (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**)[1]،والتراضي على أحكامها استجابة لقول الله تعالى : (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ**)[2].ونزولًا عند شروطها عملاً بقوله ﷺ : (المسلمون عند شروطهم)[3].

لذلك جاء هذا البحث المتواضع ليتناول بالدراسة الفقهية المقارنة عقد الإيداع في المخازن العامة، والتي نظم أحكامه قانون التجارة العماني في ثلاثة وعشرين مادة قانونية، فبين مفهومه وأركانه وخصائصه وتكييفه الشرعي، ثم أوضح الحقوق والالتزامات المترتبة عليه، وانتهى الباحث بعرض طرق انتهاء عقد الإيداع وما يترتب على كل طريقة من مسائل وأحكام.

- **مشكلة البحث** :

تتمثل مشكلة هذا البحث في الكشف عن حقيقة عقد الإيداع في المخازن العامة، وبيان تكييفه الشرعي، وتوضيح الالتزامات والحقوق المترتبة على التعاقد به، وإظهار طرق انتهائه وما يترتب عليها من أحكام شرعية تختص بطرفي التعاقد به.

- **أهمية البحث** :

يمكن إجمال أهمية البحث في النقاط الأتية :

– أنه يتناول عقدًا من العقود المعاصرة المتصلة بضروريات الحياة اليومية للناس، مما يستدعي حاجة ماسة لتأصيله ومعرفة أحكامه.

– أن الدراسة الفقهية في هذا البحث لم تقتصر على المذاهب الفقهية الأربعة؛ بل حاول الباحث بيان أحكام العقد ومسائله من خلال الرجوع إلى كتب المدرسة الفقهية الإباضية وهذا ما لم يتناوله أحد في حدود اطلاعي.

– أنه يؤصل لمسألة قانونية جديدة تمثل مصدرًا ماليًا للدولة من خلال مخازن البضائع المستوردة برًا وبحرًا وجوًا.

- **أهداف البحث** :

يهدف البحث لتحقيق الأمور التالية :

– بيان مفهوم عقد الإيداع في المخازن العامة للدولة.

– التكييف الفقهي لعقد الإيداع كونه من العقود المستجدة غير المسماة.

---

(1) سورة المائدة، الأية: (1).

(2) سورة النساء، الآية: (29).

(3)الطبراني، المعجم الكبير،ج4، ص275. قال الألباني: صحيح، انظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج5، ص207.

- توضيح الحقوق والالتزامات المترتبة على مباشرة عقد الإيداع.
- إظهار طرق انتهاء عقد الإيداع وما يترتب عليها من مسائل وأحكام.

- **حدود البحث :**

يختص البحث بدراسة عقد الإيداع في المخازن العامة للدولة والتي ينظم قانون التجارة العماني أحكامه في المواد القانونية (252 -275).

- **منهج الباحث :**

اتبع الباحث في طرق موضوع البحث على المناهج الاتية :

- **المنهج الاستقرائي** : وذلك من خلال استقراء المواد القانونية المتعلقة بموضوع البحث، وتصنيفها بما يتناسب مع محاور البحث.
- **المنهج التحليلي** : من خلال تحليل النصوص القانونية وتأصيلها تأصيلاً شرعيًا، وفق أصول المدارس الفقهية المختلفة.
- **المنهج المقارن** : ويتضح ذلك في البحث عند عرض النص القانوني ومقارنته بآراء الفقهاء للوصول إلى حكم شرعي يضبط المسألة ويرتب عليها أحكامها.

- **الدراسات السابقة :**

لم يحظ عقد الإيداع في المخازن العامة في قانون التجارة العماني بدراسة فقهية مقارنة، وإن تناولت بعض الدراسات – القليلة – العقد في القانون السوري، أو المصري، أو غيرهما. ومن تلك الدراسات ما يأتي :

– **عقد التخزين في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني**، للدكتور: علي أبو البصل، بحث منشور بمجلة جامعة دمشق سنة 1999م، المجلد الخامس عشر، العدد الأول، من صفحة 105 إلى صفحة 122.

– **عقد إيداع البضائع في المخازن العامة**، للأستاذ الدكتور: عبد الرحمن عبد الله شمسان، وهو منشور بمجلة الدراسات الاجتماعية في جامعة العلوم والتكنولوجيا باليمن، المجلد التاسع، العدد الثامن عشر، سنة 2004م، من صفحة 307 – صفحة 332.

– **عقد التخزين دراسة فقهية تأصيلية مقارنة**، للباحث : أنس خالد الشبيب، رسالة دكتوراة في الفقه الإسلامي وأصوله من جامعة دمشق للعام الجامعي 2015/2014م.

– **التعقيب على الدراسات السابقة** : لا شك أن الباحث قد استفاد ممن سبقه استفادة عظيمة، فإليهم ينسب الفضل والسبق في طرح الموضوع، إلا أن دراسة شمسان دراسة قانونية بحته، وهي مختصة كذلك بالقانون اليمني دون النظر إلى غيره من القوانين الأخرى.

أما دراسة أبي البصل فقد اقتصرت على القانون المدني الأردني، وقد استطاع الباحث أنس الشبيب في دراسته العلمية القيمة أن يقارن الموضوع بجملة من القوانين العربية، منها: القانون المصري، والسعودي، والإماراتي إلى جانب القانون السوري.

إلا أن جميع من سبق لم يتطرق إلى تأصيل هذا العقد انطلاقًا من قانون التجارة العماني، ولا شك أن النهضة العمانية في مجال التشريع والقضاء تجربة فريدة تستحق الدراسة والتأمل. كما يتناول هذا البحث المتواضع موضوع عقد الإيداع وتأصيله الشرعي من خلال مدرسة الفقه الإباضي.

- **هيكل البحث :**

قسمتُ هذا البحث إلى المقدمة السابقة، والمحاور الثلاثة الأتية:

- المحور الأول : ماهية عقد الإيداع في المخازن العامة وتكييفه الفقهي.
- المحور الثاني : الالتزامات والحقوق في عقد الإيداع في المخازن العامة.
- المحور الثالث : انتهاء عقد الإيداع في المخازن العامة وآثاره.
- الخاتمة : وفيها يسجل الباحث أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها من خلال بحثه.

المحور الأول : ماهية عقد الإيداع في المخازن العامة وتكييفه الفقهي.

ما من شك أن مسمى عقد الإيداع في المخازن العامة تسمية قانونية أوردها المشرع العماني في الباب الرابع من قانون التجارة العماني، ونظم أحكامه في المواد: (252 – 275)[1]، وهو بهذه التسمية عقد مستحدث لم يتطرق إليه أحد من المتقدمين من الفقهاء، غير أن بعض منظري الاقتصاد الإسلامي استخدم في كتاباته مصطلح الخزان، وهو أحد التجار الذين يقومون بشراء البضاعة حال رخصها ويخزنها ليبيعها حال غلائها[2]. وبناءً علىما سبق فإن الباحث سيتناول دراسة هذا الموضوع دراسة تأصيلية مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون التجارة العماني.

أولاً : المفهوم والخصائص والأركان :

عرفت المادة (252) من قانون التجارة العماني عقد الإيداع في المخازن العامة بأنه: (عقد يلتزم بموجبه الخازن بتسليم بضاعة لحفظها لحساب المودع أو من تؤول إليه ملكيتها أو حيازتها بموجب صكوك تمثلها ويصدرها المخزن العام).**ومن خلال المادة السابقة يمكن القول أن عقد الإيداع في المخازن العامة للدولة هو تعهد يلتزم من خلاله المودع إليه البضاعة بحفظها وتسليمها في وقت متفق عليه، مقابل أجرة معلومة يلتزم بها المودع**.وهذا

(1) قانون التجارة العماني رقم 90/55، ص53-58.

(2) الدمشقي، الإشارة إلى محاسن التجارة، ص63 وما بعدها.

يعني أنه قائم على ارتباط إرادة صاحب المخزن – سواء كان المخزن خاصًا أو مملوكاً للدولة– مع إرادة مالك البضاعة على حفظها، وتسليمها له بموجب مستندات خاصة مقابل أجرة معلومة.

والواضح أن المشرع العماني اقتصر على بيان أحكام المخازن المملوكة للدولة، ومنع من إقامة المخازن العامة إلا بترخيص من الدولة، وجعل ذلك من صلاحيات وزير التجارة والصناعة، واشترط المقنن العماني أن يكون لكل مخزن عام لائحة خاصة به تنظم حقوق والتزامات الخازن وطريقة تعيين أجرة التخزين[1].

و يمكن لنا أن نستنتج من المفهوم السابق لعقد الإيداع في المخازن العامة أنه يتميز بجملة من الخصائص، منها:

1. **أنه عقد رضائي**:والعقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول بصيغة تعبر إرادة المتعاقدين ورضاهما بالتعاقد، قال الإمام القطب فيما يصح به العقد من ألفاظ: (ينعقد من بائع بألفاظ تدل عليه...ونحو ذلك مما يدل على رضى)[2]، والتراضي في عقد الإيداع يعرف بقبول المُودع مالك البضاعة لشروط وأحكام التخزين التي تنص عليها لائحة تنظيم المخازن العامة وتوقيعه على إيصال التخزين كما نصت المادة: (262) من قانون التجارة العماني رقم: (90/55)[3].
2. **أنه عقد معاوضة** : والمعاوضة فيه تقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين، فيدفع أحدهما ثمناً مخصوصاً، ويسلمه الطرف الثاني سلعة أو يقدم له منفعة مخصوصة، يقول ابن بركة البهلوي: (والبيع لا يصح إلا من بائع مالك بالغ عاقل مختار بثمن معلوم)[4]، والمنفعة في عقد الإيداع تتمثل في حفظ المودع لديه للبضاعة مقابل الأجرة.
3. **أنه عقد ملزم لطرفيه** : ووجه الإلزام فيه متمثل في حفظ المودع لديه للبضاعة المودعة، وتسليمها في الوقت المحدد، مقابل التزام المودع ببذل البدل الذي تنص عليه لائحة المخزن وهو ما نصت عليه المادة: (254) من قانون التجارة العماني[5].
4. **أنه عقد لازم للمودع إليه** : ولزومه في حقه من جهة البضاعة المودعة ووجوب تسليمها في الوقت المحدد مقابل التزام المودع ببذل العوض المتفق عليه في عقد الإيداع، وهذا ما نص عليه قانون التجارة العماني رقم (55/90)، مادة رقم : (254)[6]. أما بالنسبة للمودع فالعقد جائز في حقه؛ فله أن يأخذ البضاعة المخزنة متى أراد، ويفسخ العقد بينه وبين المودع لديه مالم يلحق به ضرر.

---

(1) قانون التجارة العماني رقم 90/55، المادة : (254)، ص53.

(2) اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج8، ص204-206.

(3) قانون التجارة العماني، ص55.

(4) ابن بركة، كتاب الجامع، ج2، ص356.

(5) قانون التجارة العماني، ص53.

(6) المرجع السابق، نفس الصفحة.

5. **أنه من عقود المقاولات** : وعقود المقاولات هي التي يتعهد بمقتضاها أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر[1]، والمودع لديه هو الذي يعمل بإرادته ملتزماً بتقديم خدمة التخزين مقابل أجرة يدفعها صاحب البضاعة.

وإذا أردنا بيان أركان عقد الإيداع في المخازن العامة فإنه من الضروري التنبيه على ما قرره الجمهور[2] خلافاً للحنفية[3] أن للعقد أربعة أركان، العاقدان، والمعقود عليه، والصيغة، والبدل، وهو مذهب الإباضية[4]. وتنزيل تلك الأركان على عقد الإيداع في المخازن العامة على النحو الأتي:

1. **العاقدان وما يشترط فيهما** :وهما في عقد الإيداع في المخازن العامة المودع لديه الذي يقوم بعملية التخزين وحفظ البضاعة المودعة، والمودِع صاحب البضاعة أو من تؤول إليه تلك البضاعة، وقد وردت الإشارة إليهما في المادة: (258) من قانون التجارة العماني، حيث نصت على ضرورة التزام المودع صاحب البضاعة بتقديم معلومات صحيحة عن طبيعة البضاعة، ونوعها، ومواصفاتها، وقيمتها[5]. في المقابل نصت المادة: (262) من القانون نفسه على أن من حق المودع أن يتسلم من الخازن المودع لديه إيصال التخزين والذي يبين اسم المودع، وموطنه، ونوع البضاعة، وكميتها، وكافة الإجراءات اللازمة لتعيين ذاتيتها وقيمتها[6].
كذلك تمت الإشارة إلى العاقدين (المودع والمودع لديه) في قانون المعاملات المدنية العماني في معرض بيان آثار عقد الوديعة وحقوق والتزامات طرفي العقد[7].
ويشترط في العاقدين (المودع مالك البضاعة، و المودع لديه وهوالخازن القائم على حفظها) أن يكونا أهلاً للتصرف، ويتحقق ذلك ببلوغهما[8] واكتمال عقليهما، كما اشترط الإباضية والشافعية والحنابلة أن يكون كل منهما رشيداً غير محجور عليه بسفه، لأنه عقد يقصد به المال ويعتبر له الرضى كالبيع[9]. ودليل ما سبق قوله تعالى: (**وَابْتَلُوا الْيَتامى حَتَّى إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ**)[10]،قال

(1) الحموي وشاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، ص746.

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3،ص3، الرافعي، الشرح الكبير، ج3، ص349، البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص208.

(3) الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص234.

(4) الشقصي، منهج الطالبين، ج14، ص7، الكندي، الخلاصة في فقه المعاملات المالية عند الإباضية، ص9.

(5) قانون التجارة العماني رقم: (90/55)، ص54.

(6) المرجع نفسه، ص55.

(7) قانون المعاملات المدنية العماني رقم: (2013/29)، ص132 وما بعدها.

(8) يقصد بالبلوغ هنا كونهما مميزين ممنوع من التصرف ومباشرة العقود لما في تصرفه من غبن، أما المميز فصحة عقده موقوفة على إجازة وليه، وإن كان يحسن البيع والشراء صح تعاقده، انظر: الخليلي، تمهيد قواعد الإيمان، ج9، ص52.

(9) اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج8، ص226 -228، النووي، المجموع، ج13، ص93، ابن مفلح، المبدع، ج4، ص7.

(10) سورة النساء، الآية: (6).

الطبري رحمه الله: (فدلت الآية على أن السفهاء الذين نهى الله المؤمنين أن يؤتوهم أموالهم هم المستحقون الحجر، فالحجر لا يستحقه من قد بلغ وأونس رشده)[1].

كما يشترط فيهما –العاقدان– كونهما غير مكرهين، لأن الإيداع عقد، والعقود لا تصح بالإكراه، إلا إن كان الإكراه بحق، ودليل عدم الإكراه قوله تعالى : (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ**)[2]،قال الزحيلي : (ومدار حل التجارات رضى المتبايعين)[3].

وقد نصت المادتان (92)، (94) من قانون المعاملات المدنية العماني على شرطي البلوغ والرشد، فقد نص المشرع على أن تصرفات الصغير غير المميز باطلة بطلاناً مطلقاً.كما نص على أن الصغير المأذون له كالبالغ سن الرشد فيما أذن له[4].

2. **المعقود عليه وما يشترط فيه** : ويقصد به ما وقع عليه التعاقد سواء كان سلعة أو ثمنها، قال الثميني رحمه الله: (المعقود عليه هو السالم من غرر ورباً وشرط مفسد، المعلوم الوجود والصفة والقدر والأجل إن أجل، المقدور على تسليمه ولو مثمناً)[5]. وقد نصت المادة: (115) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه[6].

والمعقود عليه في عقد الإيداع في المخازن العامة هي البضاعة المودعة، ويرد أيضاً على البدل الذي يبذله المودع للدولة من خلال المودع لديه القائم على تخزين البضاعة بمقتضى سند الإيداع، ويشترط في محل عقد الإيداع ما يأتي من الشروط:

أ. **أن يكون المحل مما ينتفع به شرعاً** : وذلك بكون البضاعة مملوكة ممن له العقد ويباح الانتفاع بها شرعاً فلا يجوز إيداع ما لا نفع فيه من البضائع، أو ما كان نفعه محرماً.

ب. **أن يكون المحل موجودًا وقت التعاقد** : وذلك من أجل تسجيل كافة البيانات المتعلقة بالبضاعة المراد إيداعها، نوعاً، وقيمة، ومواصفات، بل إن قانون التجارة العماني قد أعطى الحق للمودع لديه أن يقوم بفحصها قبل إيداعها في المخزن وتسليم سند الإيداع للمودع صاحب البضاعة وفيه كافة معلومات البضاعة و كذلك المعلومات المتعلقة بصاحب البضاعة أومن تـــــؤول إليه[7].

ت. **أن يكون المحل مقدوراً على تسليمه وقت إبرام العقد** : فكل بضاعة غير مقدور على تسليمها فلا يرد عليها عقد الإيداع في المخازن العامة.

---

(1) الطبري، جامع البيان، ج7، ص565.

(2) سورة النساء، الآية: (29).

(3) الزحيلي، التفسير المنير، ج5، ص35.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني رقم: (2013/29)، ص21،22.

(5) الثميني، النيل وشفاء العليل،ج2، ص472.

(6) قانون المعاملات المدنية العماني، ص25.

(7) قانون التجارة العماني رقم: (90/55)، ص54-55.

3. **الصيغة** : حيث إن الأصل في حل التعاملات هو الرضا، لقوله تعالى : (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ**)[1]. وهو ركن التعاقد الذي اتفق عليه الفقهاء، حيث ارتباط إيجاب بقبول وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[2]؛ فإذا توافقت إرداة المودع – مالك البضاعة أو من تؤول إليه ملكيتها – مع ما ورد في اللائحة التنظيمية للمخزن من حقوق والتزامات شكل توافق الإرادتين السابقتين المعنى الشرعي للعقد، ويكون المودع لديه مفوضاً بإبرام العقد مع الطرف الآخر، أو الجهة الاعتبارية التي تحددها وزارة التجارة والصناعة في سلطنة عمان[3].

ويعبر عن الإيجاب بلفظ الوديعة، ويعبر عن القبول بلفظ الموافقة والتوقيع على سند الإيداع، ويشترط في سند الإيداع أن يكون شاملاً وموضحاً لاسم المتعاقدين، ونوع البضاعة وطبيعتها وكميتها، وتاريخ إيداعها، ومدة الإيداع وأجرته، وكذلك بيانات التأمين على البضاعة المودعة، والضرائب المستحقة على البضاعة، وبيان جواز اشتراط البضاعة المثلية بمثلها[4].كما يشترط في الكتابة أن تكون واضحة مستبينة قطعاً للخلاف وهو ما نصت عليه القاعدة: (الكتاب كالخطاب)[5].

4. **البدل** : ويشترط فيه ما يلي:

أ. **أن يكون معلوماً للعاقدين وقت العقد:** ولتحقيق معلومية البدل لابد أن يكون كما نص الثميني رحمه الله خال من الغرر معلوم القدر والصفة،قال رحمه الله : (وأما البدل فلابد من معرفة قيمته ونوعه،وأجله إن أُجل...)[6]،وهومانص عليه قانون التجارة العماني رقم (90/55)،في المادة (262)،التي يتسلم بموجبهاالمودع البضاعة من المودع إليه إيصالالإيداع مبين فيه نوع البضاعةوكميتهاوكافةالبيانات اللازمةلتعيين ذاتيتها وقيمتها[7].

ولنفي الجهالة عن الثمن فلابدأن يكون معلومًاقدراً،كألف مثلاً،وجنساً كدرهم أوريال،ونوعاًبأن يميزالريال العماني عن غيره. ولم ينص قانون المعاملات المدنيةالعماني على جنس البدل لأنه لايقبل التعامل بغيرالريال

(1) سورة النساء، الآية: (29).

(2)قانون المعاملات المدنية العماني رقم 2013/29، المادة: (66)، ص13.

(3) نص قانون المعاملات المدنية العماني رقم 2013/29، في المادتين: (48، 49)، ص10،9، على أن الشخصيات الاعتبارية مثل الشركات، ووحدات الدولة الإدارية، والمؤسسات العامة تتمتع بذمة مالية مستقلة.

(4) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص54 -56.

(5) مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص24.

(6) الثميني، النيل وشفاء العليل، ج2، ص472.

(7) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص55.

العماني،ونص على القدروالنوع في المادة: (119) وأوجب بيان قدرونوع البدل إذاكان نقوداًدون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر[1].

ب.كذلك يشترط في البدل أن يكون مالاً متقوماً شرعاً:لم ينص قانون التجارة العماني على هذا الشرط. وإنما جاء النص عليه في قانون المعاملات المدنية العماني رقم: (2013/29)، في المادة: (116) حيث نصت على ألا يكون التعامل بمحل العقد ممنوعاً شرعاً أو قانوناً وإلا كان العقد باطلاً[2]. ولا يشترط في البدل أن يكون موجوداً عند التعاقد، فإن لم يقبض عند التعاقد كان ديناً في ذمة المخزن.

ثانياً: التكييف والحكم الشرعي :

يمكن تكييف عقد الإيداع في المخازن العامة بالمفهوم السابق على أساس عقد الوديعة بأجر، ولبيان ذلك سأوضح للقارئ معنى الوديعة لغة وشرعاً، وقانوناً، ثم أبين مذاهب الفقهاء في حكم أخذ الأجرة على الوديعة، ثم أختم هذا المحور ببيان الحكم الشرعي لهذا العقد مع دليله.

الوديعة لغة: هي ما تستودعه غيرك ليحفظه، يقال: استودعه وديعة إذا استحفظه إياها[3]، ومنـــه قوله تعالى:(**وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ مِنْ نَفْسٍ واحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ قَدْ فَصَّلْنَا الْآياتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ**)[4]،وقوله تعالى: (**وَما مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلاَّ عَلَى اللَّهِ رِزْقُها وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّها وَمُسْتَوْدَعَها كُلٌّ فِي كِتابٍ مُبِينٍ**)[5]. قال القطب رحمه الله: (والمستودع هو القبر الذي يكون الإنسان وديعة فيه ليخرج منه تارة أخرى)[6].

أما الوديعة شرعًا:لم يفرق فقهاء الإباضية بين الوديعة والأمانة، فالوديعة عندهم ما وضع عند الغير ليحفظه، ولذلك فقد عنون ابن بركة البهلوي في جامعه مسألة: في الأمانة والوديعة. قال الإمام السالمي مؤكداً عدم الفرق بينهما :

والمال إن حفظتَهُ للغير * فهو أمانة خلا من ضير**[7].

والصحيح أن الوديعة هي عقد مع الغير على الاستحفاظ قصداً، والأمانة هي الشيء الذي دفع في يده سواء كان قصداً أو من غير قصد، فبينهما عموم وخصوص[8]. وهذا ما نص عليه قانون المعاملات المدنية العماني

(1) قانون المعاملات المدنية العماني، ص25.

(2) نفس المرجع.

(3) الفراهيدي، العين، ج2، ص224.

(4) سورة الأنعام، الأية: (98).

(5) سورة هود، الأية: (6).

(6) اطفيش، تيسير التفسير، ج3، ص4.

(7) ابن بركة، الجامع، ج2، ص429 وما بعدها، السالمي، جوهر النظام، ج3، ص41.

(8) القونوي، أنيس الفقهاء، ص92.

رقم: (2013/29)، في مادته التاسعة والتسعين بعد المائة السادسة أن الوديعة هي المال المودع عند أمين ليحفظه، وأن الإيداع عقد يتولى شخص بمقتضاه حفظ مال لشخص آخر[1]. وهذا التعريف القانوني أقرب إلى مفهوم الإيداع عند الجمهورمنه عند الإباضية؛ حيث جعلوه توكيلا على خصوص حفظ المال[2]، والوكالة في قانون المعاملات المدنية العماني عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم[3]. لكن هل يجوز لهذا الموكل بحفظ المال وديعة عنده أن يطلب أجراً على حفظه؟ إذ لا خلاف بين الفقهاء أن الوديعة من عقود التبرعات التي شرعت ترفقاً للعباد، والحاصل أن هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء إليك تفصيله وبيانه:

جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية يقولون بجواز أخذ المودع لديه الموكل بحفظ الوديعة أجراً على حفظها إذا طلبه[4]، أما الإباضية والحنابلة فالوديعة عندهم عقد تبرع لا يلزم عليه عوض[5]. وثمرة هذا الخلاف تظهر في المسائل الأتية :

1. أن المودع لديه إذا أخذ الأجرة على الوديعة انقلب العقد في حقه إلى جهة اللزوم[6].
2. وعلى رأي الجمهور في جواز أخذ الأجرة على الوديعة يكون عقد الإيداع من قبيل عقود المعاوضات، فالبدل الذي يدفعه المودع مقابل عمل المودع لديه في حفظ البضاعة المودعة.
3. كذلك أخذ الأجرة على إيداع البضاعة يجعل البضاعة مضمونة؛ لأن الحفظ مستحق على المودع لديه، فهو مستأجر لحفظها قصداً.
4. وبناءً على القول بضمان البضاعة المودعة؛ فإن من حق المودع أن يطالب بالتأمين على البضاعة المستودعة مما لا يمكن الاحتراز منه، ويستحق حامل إيصال الإيداع أو من تؤول إليه البضاعة التعويض من الدولة حال وقوع الخطر إذا كانت ملكية المستودعات لها، ويكون التعويض على المودع لديه حال كونه مالكا للمخزن.والمستند الشرعي لعقد الإيداع بالكيفية السابقة مبدأ الإباحة الأصلية القائم على استصحاب حكم الإباحة في الأعيان والأفعال حتى يدل الدليل على الحظر والمنع[7]. ويُستدل لذلك بقوله تعالى:(**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**)[8]، ووجه الدلالة منها: الأمر بالعقود دون تعيين لنوع دون آخر، قال الشافعي رحمه الله:

---

(1) قانون المعاملات المدنية العماني رقم: (2013/29)، ص132.

(2) الخرشي، شرح مختصر خليل، ج6، ص109، الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص125، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص352.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني رقم: (2013/29)، ص127.

(4) ابن عابدين، قرة عين الأخيار، ج8،ص470، ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص421، الشربيني، مغني المحتاج،ج4، ص126.

(5) ابن بركة، الجامع، ج2، ص430، الحجاوي، الاقناع، ج3، ص377.

(6) البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج3، ص302.

(7) الشقصي، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، ج6، ص50، محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ص190.

(8) سورة المائدة، الأية: (1).

(وظاهره عام على كل عقد، ويشبه – واللَّه تعالى أعلم – أن يكون أراد اللَّه – عز وجل –، أن يوفى بكل عقد كان بيمين أو غير يمين) [1]. يقول الشيخ إطفيش رحمه الله معقباً على الآية السابقة: (والمراد بها جميع العقود، سواء في ذلك ما كان واجباً كعقد النكاح، والبيع، والرهن، والنذر، أو ما أمر الله بفعله أو تركه) [2]. كما يُستدل لمشروعية عقد الإيداع في المخازن العامة بقوله تعالى: (**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانات إِلى أَهْلِها**)[3]، قال ابن العربي رحمه الله معقباً: (فهي عامة بقولها، شاملة بنظمها لكل أمانة؛ وهي أعداد كثيرة، أمهاتها في الأحكام: الوديعة، واللقطة، والرهن، والإجارة، والعارية) [4]. وعقد الإيداع في المخازن العامة من جملة العقود التي ورد الأمر بحفظ حقوقها والتزاماتها تحقيقاً لمقصد الشارع في حفظ الأموال من الفساد والضياع، يقول القطب رحمه الله: (وهي تشمل أمانات سائر الخلق، فلا يخون الإنسان بإفشاء سر، ولا تضييع مال، أو إفساده) [5].

المحور الثاني : الالتزامات والحقوق في عقد الإيداع في المخازن العامة.

بعد أن بينا في المحور الأول مفهوم عقد الإيداع في المخازن العامة وخصائصه وأركانه، وتكييفه الشرعي على أنه من قبيل الوديعة بعوض، فإنه من المناسب في هذا المحور أن أبين الالتزامات والحقوق التي تترتب لكل طرف من أطراف التعاقد بهذا العقد.

أولاً: التزامات المودع مالك البضاعة وحقوقه :

1. الالتزامات : تتلخص التزامات المودع في دفع عوض الإيداع، وتقديم بيانات صحيحة عن البضاعة المودعة، ثم تسلم البضاعة عند انتهاء أجل الإيداع، وفيما يأتي تفصيل الكلام في تلك الالتزامات:

أ. دفع عوض الإيداع : نصت المادة : (254) من قانون الإيداع في المخازن العامة العماني على أنه من واجبات وزير التجارة والصناعة إصدار لائحة تنظم أعمال المخازن العامة ويحدد فيها أجرة التخزين[6]. وأجرة التخزين هي ما يدفعه مودع البضاعة إلى المودع إليه القائم على حفظها، سواء كان الدفع مباشرة أو عن طريق وسيط مثل الدفع لدى المصارف المعتمدة في الدولة.

ولم ينص قانون التجارة العماني على وقت دفع أجرة التخزين، وإنما بين أن المودع صاحب البضاعة إذا لم يتسلم بضاعته عند انتهاء أجل العقد كان من حق المودع لديه إنذاره، وإلا فإن من حقه بيع البضاعة واستيفاء

(1) محمد بن إدريس، تفسير الإمام الشافعي،ج2،ص692.

(2) إطفيش، تيسير التفسير، ج3، ص393.

(3) سورة النساء، الأية: (58).

(4) ابن العربي، أحكام القرآن،ج1،ص570.

(5) إطفيش، تيسير التفسير، ج3،ص220.

(6) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص53.

المبالغ المستحقة وتسليم ما يتبقى للمودع[1].والذي يراه الباحث أن وقت تسليم أجرة الإيداع يمكن أن يكون حسب التراضي والاتفاق،لقوله تعالى : (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ**)[2]. على أنه لو سلمه الأجرة قبل استيفاء منفعة حفظ البضاعة، فقصر المودع لديه في حفظها، أو اضطر المودع إلى نقلها لمخزن آخر، فإن من حق المودع أن يسترد ما بذله من أجرة لأنها لم تصادف محلاً.

ب. **إعطاء بيانات صحيحة عن البضاعة المودعة** : يلتزم مودع البضاعة بموجب المادة: (258) من قانون التجارة العماني بتقديم كافة المعلومات والبيانات الصحيحة عن نوع البضاعة، ومواصفاتها، وقيمتها، ولعل المقصد من تقديم تلك المعلومات ما يترتب على الجهالة بنوعية البضاعة المودعة وقيمتها ومواصفاتها من نزاع بين طرفي العقد؛ ولأن المودع إليه في المخازن العامة مسؤولاً عن ودائع متعددة فإن الجهل ببيانات البضاعة المودعة أو إعطاء بيانات غير صحيحة يترتب عليه الخلط بين الودائع، وقد اتفق الفقهاء أن المودع إليه إذا خلط المال المودع بغيره خلطاً لا تتميز به الوديعة عن غيرها كان المودع ضامناً، يجري ذلك في سائر المكيلات والموزونات إذا خلط الجنس بالجنس خلطاً لا تتميز به الوديعة عن غيرها من الودائع لعجز المودع عن الانتفاع بالمخلوط[3]، وهذا ما أوجبته المادة : (259) من نفس القانون[4] أن المودع إليه يكون مسؤولاً وضامناً للبضاعة المودعة بما لا يتجاوز القيمة التي قدرها المودع وهذا ما سأبينه بالتفصيل عند الحديث عن التزامات المودع إليه.

ج. **تسلم البضاعة المودعة** : ينظم أحكام هذا الالتزام المادة: (274) من قانون التجارة العماني، والذي ينص على أن المودع للبضاعة إن لم يتسلمها عند انتهاء أجل عقد الإيداع فإن من حق المودع إليه إنذاره بوجوب تسلمها؛ فإن لم يتسلمها باعها المودع إليه، واستوفى من ثمن البيع المبالغ المستحقة له، وسلم الباقي إلى المودع أو أودعه في خزانة المحكمة[5].

والواضح أن النص القانوني السابق مبني على قاعدة: (الضرر يزال)؛ ووجه ذلك أن تراخي المودع عن تسلم بضاعته المودعة في المخازن العامة بعد انتهاء عقد الإيداع يلحق الضرر بالمصالح العامة للدولة، ويعيق عمل المخازن التابعة لها، ويعطل مصالح التجار، فيدفع ذلك الضرر قدر الإمكان وجوباً عملاً بحديث : (لا ضرر ولا ضرار)[6].

---

(1) قانون التجارة العماني: (90/55)، المادة: (274)، ص57.

(2) سورة النساء، الآية: (29).

(3) الأزكوي، الجامع، ج5، ص225، السرخسي، المبسوط، ج22، ص143، المواق، التاج والإكليل،ج7،ص272، الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص364، ابن قدامة، المغني، ج6، ص437.

(4) قانون التجارة العماني: (90/55)، المادتان: (258، 259)، ص54.

(5)قانون التجارة العماني: (90/55)،ص57.

(6)أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى بحقه ما يضر بجاره، ح2340. ج2،ص784، قال الألباني: صحيح، انظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج3، ص408

ويرى الباحث أنه لا مانع من أن يُضمن عقد الإيداع في المخازن العامة شرطاً ينص على أن المودع إذا تراخى عن تسلم بضاعته المودعة عند انتهاء العقد يعتبر العقد متجدداً بشكل تلقائي، مع بيان مقدار البدل ونوعه وجنسه عن المدة الزائدة عن العقد الأول.

د. **التأمين على البضاعة المودعة**: أوضحت المادة: (261) من قانون التجارة العماني على ضرورة التزام المودع للبضاعة بالتأمين عليها، أو يفوض المودع إليه بذلك مع تحمله نفقات التأمين[1]. وقد عرف الأستاذ مصطفى الزرقاالتأمين بأنه: (نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاول عقوده بصورة فنية على أسس وقواعد إحصائية)[2]. ويرى الباحث أنه من المفيد التذكير بما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في 10 شعبان 1398هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي بعد ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء في موضوع التأمين وبعد ما اطلع أيضاً على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة بمدينة الرياض بتاريخ 1397/4/4هـ بقراره رقم (55) حيث أفتى بتحريمالتأمين التجاري بأنواعه المختلفة؛ لاشتماله على الغرر، والمقامرة، والربا وغيرها من المعاملات المحرمة.كما قرر المجمع بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (51) وتاريخ 1397/4/4هـ جواز التأمين التعاوني بدلاً عنه[3].والذي يراه الباحث هنا جواز التأمين على البضاعة المودعة في المخازن العامة للدولة إذا كان التأمين تعاونياً، لخلوه من الربا والمقامرة الموجودة في التأمين التجاري.

2. الحقوق : تتمثل حقوق المودع في أمرين هما :

أ. **فحص البضاعة المودعة**: حيث أن المودع من حقه أن يفحص البضاعة التي أودعها لدى أحد المخازن العامة في الدولة وأخذ عينات أو نماذج منها بالاتفاق مع المودع إليه[4].

ب. **استلام إيصال الإيداع**: يتسلم المودع من المودع إليه إيصال الإيداع الموضح فيه اسم المودع وموطنه، ونوع البضاعة وكميتها، وأوصافها اللازمة لتعيين ذاتيتها، وقيمتها، واسم الشركة المؤمنة عليها ونوع التأمين، والمستفيد من التأمين. كما يجب أن يبين الإيصال ما إذا كانت الرسوم والضرائب المستحقة على البضاعة المودعة قد تم دفعها[5].

(1) قانون التجارة العماني: (90/55)،ص55.

(2)الزرقا، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه ، ص19.

(3)حميش، قضايا فقهية معاصرة، ص175 وما بعدها

(4) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص54.

(5) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص55.

ثانياً : التزامات المودع إليه وحقوقه :

1. الالتزامات : يلتزم المودع إليه المسؤول عن المخزن العام في الدولة بمجموعة من الالتزامات، منها:

أ. **حفظ البضاعة المودعة**:نظمت المادة: (259) من قانون التجارة العماني هذا الالتزام بحصر مهمة الخازن المودع إليه البضاعة في حراستها والمحافظة عليها، وبذل العناية الضرورية وفقاً لطبيعتها ونوعها[1]. وأكد هذا المعنى قانون المعاملات المدنية العماني الذي أوجب على المودع أن يُعنى بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله، وأن يضعها في حرز مثلها[2].

ولما كانت لائحة المخزن العام تنص صراحة على حقوق والتزامات الخازن المودع إليه البضاعة؛ صار شرط الحفظ والصيانة لازم في حقه؛ لكونه من مقتضيات عقد الإيداع، ودليل لزومه قوله ﷺ : (المسلمون عند شروطهم)[3].

ب. **رد البضاعة المودعة إلى صاحبها** : أوضحت المادة : (274) أن المودع إليه المكلف بحفظ البضاعة يجب عليه إخطار المودع بضرورة استلام بضاعته المودعة لبلوغ العقد أجله[4]. ومن باب أولى لو طلب المودع بضاعته بعد انقضاء أجل التعاقد أو قبله وجب ردها إليه إذا كان قد أدى أجر الإيداع المتفق عليه في العقد، ولم يتبقَ عليه التزامات تعاقدية أخرى، ويستدل لما سبق بقوله تعالى: :(**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**)[5]، قال علماء التفسير : (وهي عقود الله التِي عقدها عَلَى عباده، وألزمها إيَّاهم، من مواجب التكليف والعقود، التِي تتعاقدها الناس مِنَ المبايعة والمناكحة وغيرها من بيع وشراء وإجارة وكراء وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور) [6].

ج. **ضمان البضاعة المودعة** : أوجب المقنن العماني على المودع إليه حراسة البضاعة المودعة وبذل العناية الضرورية في سبيل ذلك، وقرر كون الخازن مسؤولًا– ضامناً– عن البضاعة بما لا يتجاوز القيمة التي قدرها المودع، مالم يكن تلف البضاعة ناشئًا عن قوة قاهرة أو عيب ذاتي فيها[7]. وقد اتفق الفقهاء على أن يد المودع إليه يد أمان فلا ضمان عليه إذا تلفت دون تقصير منه[8]، وقد نقل ابن المنذر إجماع أهل العلم على ذلك: قال

---

(1) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص54.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني رقم: (2013/29)، ص132.

(3)الطبراني، المعجم الكبير،ج4، ص275. قال الألباني: صحيح، انظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج5، ص207.

(4) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص57.

(5) سورة المائدة، الأية: (1).

(6) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، ص32، الكندي، التفسير الميسر، ج1، ص259.

(7) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص54.

(8)المرغيناني، الهداية شرح المبتدي، ج4، ص420، القرافي، الذخيرة، ج9، ص185، النووي، روضة الطالبين، ج6، ص344، ابن قدامة، المغني، ج6، ص447، ابن حزم، المحلى، ج7، ص137.

رحمه الله : (أجمع أكثر أهـل العلم على أن المـودع إليه إذا أحرز الوديعـة ثم تلفت من غــير جنايته فلا ضمان عليه) [1].

لكن الحكم السابق في الوديعة بلا أجر، فما حكم هلاك الوديعة لو كانت بأجر؟ اتفق الفقهاء على أن الوديعة إذا كانت بأجر انقلبت يد المودع إليه إلى يد ضمان، لأن المودع إليه يعمل لنفسه ومنفعته، وحفظ الوديعة واجب عليه بالأجرة فيضمن[2].

2. **الحقوق** : تتلخص حقوق الخازن المودع إليه البضاعة في الأمور الثلاثة الأتية:

أ. **استبدال البضاعة المثلية**: حيث قررت المادة (263) من قانون التجارة العماني أن البضاعة المودعة في المخازن العامة إذا كانت مثلية جاز أن تستبدل من طبيعتها، ونوعها، وصفتها إذا كان ذلك منصوصاً عليه في إيصال الإيداع وصك الرهن[3].

واستبدال البضاعة بمثلها صفة ونوعاً وكمية مما اتفق الفقهاء على جوازه، إذا كان برضى العاقدين، وكان البيع خالياً من الغرر والربا المحرم[4].

ب. **اصدار مستند الرهن**:بموجب المادة : (262) من قانون التجارة العماني فإنه من حق المودع إليه أن يرفق بكل إيصال تخزين صك رهن يشتمل على جميع البيانات المدونة في إيصال التخزين، ويسلم هذا الصك للمودع، مع ضرورة احتفاظ الخازن المودع عنده البضاعة بنسخة مطابقة منه[5].

والذي يظهر للباحث أن الغرض من إصدار صك الرهن، واحتفاظ المودع إليه بنسخة مطابقة منه حفظ حق المخزن العام في حبس العين المرهونة المتمثلة في البضائع المودعة حتى يستوفي المخزن العام حقوقه كاملة، وهو ما أجازه جمهور الفقهاء من الإباضية[6] والحنفية والمالكية والحنابلة حيث قالوا بثبوت حق المرتهن في حبس العين المرهونة، على وجه الدوام، وعدم تمكين الراهن من استرداد المرهون قبل وفاء الدين؛ لأن الرهن شرع للتوثق، والتوثق لا يكون إلا بحبس ما يكون به الوفاء، وهو هنا البضاعة المرهونة[7]. أما حبس العين المرهونة عند الشافعية فليس بحكم لازم لعقد الرهن، وإنما يقتضي عندهم فقط تعيين المرهون للبيع لوفاء الدين[8].

---

(1)النيسابوري، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج6، ص330.

(2)الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص68، عليش، منح الجليل، ج3، ص734، الشافعي، الأم، ج6، ص242، ضويان، منار السبيل، ج1، ص358.

(3) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص55.

(4) لجنة فقهاء، مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم: (1118)، ج1، ص215، وانظر أيضاً: السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2،ص7، القيرواني، الفواكه الدواني، ج2، ص74، الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص147، العبري، الأعمال الكاملة لبدر العبري، ص23 (توثيق المكتبة الإباضية الشاملة.

(5) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص55.

(6) لا يُشرع عند الإباضية للمرتهن أن يستوفي حقه من العين المرهونة بنفسه، واشترطوا حكم الحاكم لصحة ذلك حتى لا يأخذ المرتهن أكثر من حقه، انظر: أبو الحواري، جامع أبو الحواري، ج1، ص89.

(7) السرخسي، المبسوط ج21، ص63، ابن رشد، بداية المجتهد، ج2،ص272، ابن قدامة، المغني، ج4، ص85.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص131.

وعلى وجه العموم فإن صك الرهن بمثابة مستند لتوثيق الحقوق بين المودع صاحب البضاعة والمودع إليه، وهو ما ندب إليه الشرع.

ج. **تقديم قروض برهن البضاعة المودعة**: كذلك فإنه من حق الخازن المودع عنده البضاعة أن يقدم قروضاً مكفولة برهن البضاعة المودعة لديه، ومن حقه كذلك أن يتعامل بصكوك الرهن التي تمثلها[1]. والذي يظهر للباحث مشروعية تقديم القروض برهن البضاعة المودعة بشرطين: الأول: موافقة صاحب البضاعة المودعة، والثاني: أن يكون موعد حلول الدين قبل انتهاء عقد الإيداع، فإذا انتهى عقد الإيداع وجب على المودع إليه أن يسلم البضاعة المودعة لصاحبها.

المحور الثالث : طرق انتهاء عقد الإيداع في المخازن العامة.

تكلمنا في المحور الأول عن خصائص عقد الإيداع في المخازن العامة، وذكرنا أنه عقد رضائي يتوقف على رضا العاقدين، وبينا أنه يتميز بكونه عقد من عقود المعاوضات، وتم تكييفه على أنه من قبيل الوديعة بأجر، ووضحنا أنه عقد لازم للمودع إليه جائز للمودع، كما كشفنا عن أنه نوع من عقود المقاولات وهي التي يتعهد بمقتضاها أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر، والمودع لديه هو الذي يعمل بإرادته ملتزماً بتقديم خدمة التخزين مقابل أجرة يدفعها صاحب البضاعة. والسؤال المطروح هنا: ما أثر الخصائص السابقة في إنهاء وانتهاء عقد الإيداع في المخازن العامة؟ هذا ما سيوضحه الباحث في الفقرات الأتية:

أولًا : انتهاء عقد الإيداع بطلب المودع، أو بانتهاء مدة العقد، أو بإنجاز العمل :

1. طلب المودع : قررنا سابقًا أن عقد الإيداع في المخازن العامة عقد جائز بالنسبة للمودع؛ وهذا يعطيه الحق في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بشرط ألا يلحق ضررًا بالمودع إليه كما لو امتنع من دفع أجرة الإيداع. وذلك أن العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررًا على الآخر صارت لازمة[2].

2. انتهاء مدة العقد : من المفيد هنا أن أذكر بما نصت عليه المادة: (274) من القانون التجارة العماني أن المودع إذا لم يسترد بضاعته عند انتهاء أجل عقد الإيداع كان للمودع إليه الحق في بيع البضاعة بعد إنذاره[3]. وهذا يعني أن الإيداع في المخازن العامة عقد ينتهي بانتهاء أجله مثل بقية العقود التي يعتبر الزمن عنصراً رئيسًا في تحديد محله، حيث إن الوفاء بالالتزام المترتب على العقد يستغرق مدة من الزمن[4].

(1) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص54.

(2) الأنصاري، أسنى المطالب، ج3، ص76.

(3) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص57.

(4) أبو البصل، عقد التخزين في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، ص117.

3. إنجاز العمل : قررنا سابقًا أن عقد الإيداع يعتبر من عقود المقاولات، حيث يشمل تعهدًا من أحد طرفيه على أداء عمل مقابل أجر[1]، والعمل المقدم في عقد الإيداع حفظ الوديعة إلى أجل محدد مقابل الأجرة، فإذا انتهى أجل العقد فلا معنى لمطالبة المودع إليه بالحفظ، ولم يبق مسوغ شرعي لتحمله مسؤولية سلامة البضاعة.

ثانيًا: انتهاء عقد الإيداع بالإقالة أو بالفسخ القضائي:

1. الإقالة : وهي رفع العقد بالتراضي بين المتعاقدين، وإلغاء حكمه وآثاره[2]. والإقالة مشروعة في العقود اللازمة، ودليل مشروعيتها قوله ﷺ: (من أقال مسلمًا أقال الله عثرته يوم القيامة)[3]، وقد سبق أن بينا أن عقد الإيداع في المخازن العامة لازم في حق المودع إليه القائم على حفظ البضاعة المودعة عنده، فإذا وقع له سبب يدعوه إلى فسخ العقد فله أن يطلب من المودع إقالته منه، فإذا قبل المودع كان ذلك فسخًا لعقد الإيداع باتفاق طرفيه.

2. الفسخ القضائي : إذا تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزاماته بمقتضى عقد الإيداع فإن العاقد الآخر بالخيار بين أن يطالبه بتنفيذ العقد، أو يلجأ إلى القضاء لفسخ العقد[4]. ويفسخ عقد الإيداع في المخازن العامة فسخًا قضائيًا في الحالتين الأتيتين[5]:

أ.إذا لم يسترد المودع بضاعته عند انتهاء أجل العقد إن كان له أجل محدد موضح في إيصال الإيداع، فيجب على المودع إليه إنذاره، فإن لم يستجب له طلب من المحكمة إذنًا ببيع البضاعة واستيفاء المبالغ المستحقة ويسلم الباقي للمودع أو يودعه في خزانة المحكمة.

ب. إذا كان عقد الإيداع غير محدد المدة، وانقضت سنة من تاريخ الإيداع، ولم يطلب المودع استرداد البضاعة، أو يبدي رغبته صراحة أو ضمنًا في استمرار عقد الإيداع. وتحديد مدة السنة فيما سبق ينسجم مع ما قرره الفقهاء في المدة المقدرة لاستيفاء المنفعة في الإجارة في غير الأراضي[6].

ثالثًا : انتهاء عقد الإيداع بالظروف الطارئة :

يقول الشيخ الدريني مبينًا طبيعة الظروف الطارئة المؤثرة على الالتزام التعاقدي: (أن ثمة حادثًا، أو ظرفًا، أو عذرًا خاصًا أو عامًا قد طرأ بعد إبرام العقد، وقبل تنفيذه أو أثناءه سواء لحق هذا الحادث بشخص أحد طرفي

---

(1) الحموي وشاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، ص761.

(2) الثميني، التاج المنظوم، ج4، ص67، (توثيق المكتبة الإباضية الشاملة)، القرافي، الذخيرة، ج4، ص202، الزبيدي، الجوهرة النيرة، ج1، ص207، الأنصاري، أسنى المطالب، ج2، ص74، المروزي، مسائل الإمام أحمد، ج6، ص2614.

(3) أخرجه ابن ماجه في سننه، باب: الإقالة، ح2119، ج2، ص741.

(4) أبو البصل، عقد التخزين في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، ص116.

(5) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص57.

(6) زاده، مجمع الأنهر، ج2، ص370.

التعاقد، أو بمحل العقد، ما لم يكن متوقعًا ولا ممكن الدفع غالبًا مما يترتب عليه جعل الالتزام التعاقدي ضارًا بالمدين ضررًا زائدًا أو فاحشًا غير مستحق بالعقد)[1].

ومما سبق يتضح أن العقود التي تتأثر بالظروف الطارئة ما يكون الزمن عنصرًا رئيسًا فيها، بمعنى أن يراخى تنفيذ العقد عن وقت إبرامه، كما يُستنتج أن ضابط الحادث المؤثر على الالتزام التعاقدي كونه خارجًا عن نطاق التعاقد، سواء ترتب عليه تفويت منفعة محل العقد كلاً أو بعضًا، أو تعذر بسببه استيفاء منفعة المعقود عليه حسًا أو شرعًا، كما قد يكون ذلك الحادث ضررًا شخصيًا راجحًا يلزم من المضي في تنفيذ العقد تطرف شخصي مما لا علاقة له بمحل العقد وسلامته وكامل منفعته. كما يفهم من كلام الدريني السابق أن الحوادث المؤثرة على الالتزام التعاقدي يشترط فيها أن يكون ضررها فاحشًا بحيث يصبح معه تنفيذ الالتزام التعاقدي يرتب خسائر فادحة غير معتادة[2]. ويدخل فيما سبق ما يقع بسبب الأدمي مثل الحروب والنزاعات المسلحة، أو ما يقع بفعل سماوي مثل الكوارث الطبيعية والجوائح. وقد نص قانون المعاملات المدنية العماني في المادة: (159) على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى حد المعقول[3].

ولما كان عقد الإيداع في المخازن العامة من جملة العقود التي يتراخى تنفيذها عن وقت إبرامها فإنه إن طرأ لأحد العاقدين ظرف طارئ أصبح معه تنفيذ الالتزام مرهقًا ولو لم يكن مستحيلاً، وتعذر معه الفسخ الاتفاقي للعقد، فإنه يلجأ إلى المحكمة لإنهاء التعاقد وتعويضه عن الضرر عملاً بقواعد منع الضرر ووجوب إزالته إذا وقع.

رابعًا : انتهاء عقد الإيداع بالقوة القاهرة:

لم يفرق قانون التجارة العماني بين الظروف الطارئة، والقوة القاهرة، حيث جاء في المادة: (259) منه أن الخازن لا يسأل عما يصيب البضاعة من تلف أو نقص نشأ عن قوة قاهرة[4]. بينما نص قانون المعاملات المدنية العماني تحت عنوان: استحالة التنفيذ في المادة: (339) أن الالتزام ينقضي إذا أثبت المدين أن الوفاء به مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه[5].

(1)الدريني، النظريات الفقهية، ص147.

(2) المرجع السابق،ص148.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني رقم: (2013/29)، ص32.

(4) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص54.

(5) قانون المعاملات المدنية العماني رقم: (2013/29)، ص65.

ويمكن الجمع بين المادتين السابقتين أن قانون التجارة العماني لا يرتب على الخازن ضمانًا إذا تلفت البضاعة المخزنة بسبب القوة القاهرة،بينما قانون المعاملات المدنية يوضح أن القوة القاهرة سبب لانتهاء التعاقد بسبب هلاك محل العقد.وسبب عدم ترتيب الضمان على الخازن أن المودع مطالب بالتأمين على بضاعته المودعة، فيكون تعويض المودع من مبلغ التأمين لا من مال الخازن. وهذا ينسجم مع ما قررته المادة: (261) من قانون التجارة العماني[1].

ولما كان عقد الإيداع من العقود التي تتصف بالزمن؛ فإن القوة القاهرة تؤثر على فسخ العقد من تاريخ وقوع الهلاك لا من وقت إبرامه. وهذا يعني أن تقسم أجرة التخزين على مدة العقد الزمنية، فما استوفى منها استقر في ذمة المودع، وما بقي سقط عنه، قال الشيرازي في المهذب: (ومتى انفسخ العقد بالهلاك قسم المسمى على ما استوفي، وعلى ما بقي، فما قابل المستوفي استقر، وما قابل الباقي سقط)[2].

الخاتمة :

الحمد لله من قبل ومن بعد ، وبعد مناقشة محاور البحث الثلاثة السابقة أسجل للقارئ ما توصلت إليه من النتائج والتوصيات.

أولًا : النتائج :

– عقد الإيداع في المخازن العامة تعهد يلتزم بموجبه المودع إليه بحفظ البضاعة وتسليمها في وقت مخصوص بأجرة مخصوصة.

– يمكن تكييف عقد الإيداع على أنه وديعة بأجر، يلتزم المودع إليه بحفظ البضاعة المودعة مقابل أجرة الإيداع على المودع صاحب البضاعة.

– من التزامات المودع : دفع أجرة الإيداع، وتقديم بيانات صحيحة عن البضاعة المودعة، وتسلمها عند انتهاء أجل التعاقد.

– من حقوق المودع : فحص البضاعة المودعة، واستلام إيصال الإيداع موضحًا فيه اسم المودع وموطنه، ونوع البضاعة، وكميتها، وأوصافها اللازمة لتعيين ذاتيتها وقيمتها.

– من التزامات المودع إليه : حفظ البضاعة المودعة، وردها إلى المودع عند انتهاء أجل العقد.

– من حق المودع إليه استبدال البضاعة المثلية بمثلها من نوعها وطبيعتها وصفتها، وإصدار مستند الرهن، وتقديم قروض برهن البضاعة المودعة عنده.

– ينتهي عقد الإيداع بطلب المودع، أو بانتهاء مدة التعاقد، أو إنجاز العمل المطلوب، كما ينتهي بالإقالة حال تراضي الطرفين.

---

(1) قانون التجارة العماني: (90/55)، ص55.

(2) الشيرازي، المهذب، ج2، ص264.

– إذا تعذر إنهاء عقد الإيداع برضا الطرفين فإنه يلجأ إلى الفسخ القضائي للعقد إذا تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزاماته.

– يتأثر عقد الإيداع في المخازن العامة بالظروف الطارئة التي يصبح معها تنفيذ الالتزام مرهقًا، وتقوم المحكمة المختصة بتعويض المطرف المتضرر.

– ينتهي عقد الإيداع في المخازن العامة بهلاك محله بالقوة القاهرة، وفي هذه الحالة تقسم أجرة التخزين على مدة العقد الزمنية، فما استوفى منها استقر في ذمة المودع، وما بقي منها سقط عنه.

ثانيًا : التوصيات :

– أوصي المؤسسات الأكاديمية الشرعية بإفراد مقرر مختص بالقانون التجاري يدرس لطلبتها من أجل التبصير بالحقوق والالتزامات المترتبة على العقود المستحدثة.

– أوصي طلبة العلوم الشرعية في مرحلة الدراسات العليا بدراسة القوانين العمانية دراسة فقهية تؤصل تأصيلاً شرعيًا صحيحاً للالتزامات والحقوق بين الناس.

- **المصادر والمراجع :**

أولاً : القرآن الكريم :

- ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي. (1424ه/ 2003م).**أحكام القرآن**. راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان. الطبعةالثالثة.
- ابن المنذر،أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري. (1425ه/2005م).**الإشراف على مذاهب العلماء**. مكتبة مكة الثقافية. الطبعةالأولى.
- ابن بركة، أبو محمد عبد الله بن محمد بن بركة البهلوي العماني. (1428ه / 2007م). **كتابالجامع**. تحقيق: عيسى بن يحيى الباروني. وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان. (د.ط).
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد. (د.ت). المحلى بالآثار. دار الفكر، بيروت. (د.ط).
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي. (1425ه / 2004م).**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. دار الحديث، القاهرة. (د.ط).
- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم. (1409ه / 1989م). **منار السبيل في شرح الدليل**. تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي. الطبعةالسابعة.
- ابن عابدين، علاء الدين محمد بن بن عمر بن عبد العزيز. (د.ت).**قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار**. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان. (د.ط).
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي. (1412ه /1992م). **رد المحتار على الدر المختار**. دار الفكر، بيروت. الطبعةالثانية.
- ابن عرفة، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي. (د.ت).**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. دار الفكر. (د.ط).
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد. (1406ه/1986م). **المغني**. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح الحلو. دار عالم الكتب بالرياض. ط1.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني. (د.ت). **سنن ابن ماجه**. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء الكتب العربية. (د.ط).
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد. (1418ه / 1997م). **المبدع في شرح المقنع**. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. الطبعةالأولى.
- أبو البصل،علي. (1999م).**عقد التخزين في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني**. بحث منشور بمجلة جامعة دمشق. المجلد الخامس عشر. العدد الأول.

- أبو الحواري، محمد بن الحواري. (1405ه / 1985م). **جامع أبي الحواري**. وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان.
- الأزكوي، أبو جابر محمد بن جعفر. (1439ه / 2018م). **الجامع**. تحقيق: جبر الفضيلات. وزارة التراث والثقافة سلطنة عمان. الطبعة الثالثة.
- إطفيش،محمد بن يوسف. (1439ه /2018م). **تيسير التفسير**. تحقيق: إبراهيم بن محمد طلاي. وزارة التراث والثقافة سلطنة عمان. الطبعة الثانية.
- الألباني، محمد ناصر الدين. (1405ه / 1985م). **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**. المكتب الإسلامي، بيروت. الطبعةالثانية.
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي. (د.ت).**أسنى المطالب في شرح روض الطالب**. دار الكتاب الإسلامي. (د.ط).
- البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر. (1415ه/ 1995م).**تحفة الحبيب على شرح الخطيب**. دار الفكر. (د.ط).
- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتىالحنبلى. (د.ت). **كشاف القناع عن متن الإقناع**. دار الكتب العلمية. (د.ط).
- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس. (1414ه / 1993م).**دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**. دار عالم الكتب. الطبعةالأولى.
- الثميني،ضياء الدين بن عبد العزيز. (1392ه/1972م). **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**. دار الفتح، بيروت. الطبعة الثانية.
- الثميني، ضياء الدين عبد العزيز بن الحاج إبراهيم. (1389ه /1969م).**كتاب النيل وشفاء العليل**. تصحيح وتعليق: بكلي عبد الرحمن بن عمر. المطبعة العربية لدار الفكر الإسلامي. الطبعةالثانية.
- الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم. (د.ت). **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**. تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي. دار المعرفة بيروت، لبنان. (د.ط).
- الحموي،أسامة. شاشو، إبراهيم (2010م).**عقد المقاولة في الفقه الإسلامي**. بحث منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. العدد الثاني. المجلد 26.
- الخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي. (د.ت). **شرح مختصر خليل للخرشي**. دار الفكر للطباعة، بيروت. (د.ط).
- الخليلي،أبو محمد سعيد بن خلفان بن أحمد. (1407ه/1987م).**تمهيد قواعد الإيمان وتقييد شوارد مسائل الأحكام والأديان**. وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان.(د.ط).
- الدريني،فتحي. (د.ت).**النظريات الفقهية**. منشورات جامعة دمشق. الطبعة الثانية.

- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي. (د.ت). **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. دار الفكر. (د.ط).
- الدمشقي، أبو الفضل جعفر بن علي. (1999م). **الإشارة إلى محاسن التجارة وغشوش المدلسين فيها**. تعليق: محمود الأرناؤوط. دار صادر، بيروت. الطبعة الأولى.
- الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي. (1350ه). **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**. المكتبة العلمية. الطبعةالأولى.
- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي. (1404ه/ 1984م). **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. دار الفكر، بيروت.
- زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان. (د.ت).**مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**. دار إحياء التراث العربي. (د.ط).
- الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي. (1322ه). **الجوهرة النيرة**. المطبعة الخيرية. الطبعة الاولى.
- الزحيلي، محمد مصطفى. (2006م).**القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**. دار الفكر، دمشق. الطبعةالأولى.
- الزحيلي، وهبة بن مصطفى. (1418ه).**التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج**. دار الفكر المعاصر، دمشق. الطبعة الثانية.
- الزرقا،مصطفى أحمد. (1404ه/1984م).**نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه**. مؤسسة الرسالة. الطبعةالأولى.
- السالمي،نور الدين عبد الله بن حميد الساعدي. (1439ه / 2018م). **جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام**. تعليق: أبو اسحاق اطفيش، إبراهيم العبري. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان. الطبعة الثانية.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. (1414ه / 1993م).**المبسوط**. دار المعرفة، بيروت. (د.ط).
- السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين. (1414ه / 1994م). **تحفة الفقهاء**. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. الطبعةالثانية.
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي. (1410ه /1990م). **الأم**. دار المعرفة، بيروت. (د.ط).
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي. (1427ه / 2006م).**تفسير الإمام الشافعي**. جمع وتحقيق ودراسة: أحمد بن مصطفى الفرَّان. دار التدمرية، المملكة العربية السعودية. الطبعة الأولى.

- الشربيني، شمس الدينمحمد بن أحمد الخطيب. (1415ه / 1994م). **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**. دار الكتب العلمية. الطبعةالأولى.
- الشقصي،خميس بن سعيد بن علي بن مسعود. (1413ه/1993م).**منهج الطالبين وبلاغ الراغبين**. تحقيق: سالم بن حمد الحارثي. وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان. الطبعةالثانية.
- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف. (د.ت).**المهذب في فقه الإمام الشافعي**. دار الكتب العلمية. (د.ط).
- الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي. (د.ت). **المعجم الكبير**. تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي. مكتبة ابن تيمية، القاهرة. الطبعةالثانية.
- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب. (1420ه / 2000م). **جامع البيان في تأويل القرآن**. تحقيق: أحمد محمد شاكر. مؤسسة الرسالة. الطبعةالأولى.
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد. (1409ه / 1989م). **منح الجليل شرح مختصر خليل**. دار الفكر، بيروت. (د.ط).
- الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم. (د.ت).**كتاب العين**. تحقيق: مهدي المخزومي،إبراهيم السامرائي. دار ومكتبة الهلال. (د.ط).
- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي. (1994م). **الذخيرة**. دار الغرب الإسلامي، بيروت. الطبعةالأولى.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي. (1384ه /1964م).**الجامع لأحكام القرآنوالمبين لما تضمن من السنة وأحكام الفرقان**. تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش. دار الكتب المصرية، القاهرة. الطبعةالثانية.
- القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي. (1424ه / 2004م). **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**. تحقيق: يحيى حسن مراد. دار الكتب العلمية.
- الكندي، سعيد بن أحمد. (1418ه / 1998م).**التفسير الميسر**. تحقيق: مصطفى بن محمد شريفي ومحمد بن موسى باباعمي. (د.ط).
- الكندي، ماجد بن محمد بن سالم. (1434ه/ 2013م). **الخلاصة في فقه المعاملات المالية عند الإباضية**. الطبعة الأولى.
- الكندي، ماجد بن محمد بن سالم. (1434ه/ 2013م). **الوجيز في فقه المعاملات عند الإباضية**. الطبعة الأولى.
- لجنة تأليف،**مجلة الأحكام العدلية**. تحقيق: نجيب هواويني. نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي. (1419ه /1999م).**الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**. تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود. دار الكتب العلمية، بيروت. الطبعةالأولى.
- مرسوم سلطاني رقم: (2013/29). **قانون المعاملات المدنية**. سلطنة عمان.
- مرسوم سلطاني رقم: (90/55). **قانون التجارة**. سلطنة عمان.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني. (د.ت).**الهداية في شرح بداية المبتدي**. تحقيق: طلال يوسف. دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان. (د.ط).
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي. (1416ه/1994م).**التاج والإكليل لمختصر خليل**. دار الكتب العلمية. الطبعةالأولى.
- النفراوي، أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين. (1415ه / 1995م).**الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**. دار الفكر. (د.ط).
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي. (د.ت). **المجموع شرح المهذب**. دار الفكر.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف. (1412ه/ 1991م).**روضة الطالبين وعمدة المفتين**. تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق. الطبعة الثالثة.

قواعد الإسناد في القانون الموريتاني – دراسة مقارنة

Attribution rules in Mauritanian law comparative study

الدكتور باب ولد عبد الله : دكتور في القانون الخاص

وأستاذ متعاون في جامعة العلوم الإسلامية – موريتانيا

Dr : Baba Ould Abdellahi : Doctor in Special Law and

Associate Professor at the University of Islamic Sciences . Mauritania

ملخص :

في إطار دراستنا لقواعد الإسناد في القانون الموريتاني تطرقنا في المطلب الأول لمفهوم قواعد الإسناد من حيث الخصائص والطبيعة ، ففي هذا المطلب رأينا أن قواعد الإسناد تعرف بنها، تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي

أما من حيث الخصائص فقد رينا أن لقواعد الإسناد خصائص جوهرية، منها أنها غير مباشرة و ذات وظيفة وطنية ومزدوجة وذات طابع إرشادي وحيادية.

أما طبيعة قواعد الإسناد فقد اختلف الفقهاء حولها فمنهم من اعتبر أن قواعد الإسناد ذات وظيفة قانونية أما الاتجاه الثاني فيرى أن قواعد الإسناد تدخل في إطار القانون الخاص، ويرى الاتجاه الثالث أن قواعد الإسناد قواعد مختلطة.

وفي المطلب الثاني فقد رأينا لقواعد الإسناد أركان ثلاثة هي : موضوع الإسناد أو الفيئة المسندة، والقانون المسند، وضابط الإسناد :

- فموضوع الإسناد هو الواقعة القانونية أو المسألة القانونية محل النزاع، والتي يكيفها القاضي على أنها من مواضيع الأهلية أو الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية.
- أما القانون المسند إليه فهو القانون الواجب التطبيق على موضوع الإسناد، والذي يتوصل إليه القاضي بفضل قاعدة الإسناد.
- أما ضابط الإسناد هو المعيار الذي يتخذه المشرع ليحدد القانون الواجب التطبيق.

ثم خلصنا إلى خاتمة ضمت استنتاجات أهمها أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، بالإضافة إلى بعض التوصيات.

- **الكلمات المفتاحية** : مفهوم قواعد الإسناد ، خصائص قواعد الإسناد ، الطبيعة القانونية لقواعد الإسناد ، أركان قواعد الإسناد..

Abstract :

In the context of our study of the rules of attribution in Mauritanian law, we touched on the first requirement of the concept of attribution rules in terms of characteristics and nature.

As for the characteristics, we have seen that the rules of attribution have essential characteristics, including that they are indirect, have a national function, double, and have an indicative and impartial nature.

As for the nature of the attribution rules, the jurists differed about it, some of them considered that the rules of attribution have a legal function, while the second trend sees that the rules of attribution fall within the framework of private law, and the third view believes that the rules of attribution are mixed rules.

In the second requirement, we have identified three pillars of the attribution rules: the subject of the attribution or the predicate predicate, the predicate law, and the control of the attribution.

The subject of attribution is the legal incident or the legal issue in dispute, which the judge defines as a matter of eligibility, personal status, or real status.

As for the law ascribed to it, it is the law applicable to the subject of attribution, which the judge arrives at thanks to the rule of attribution.

As for the attribution officer, it is the criterion that the legislator takes to determine the applicable law

Then we came to a conclusion that included conclusions, the most important of which is that the rule of attribution is a legal and positional rule of a technical nature, in addition to some recommendations.

- **Keywords :** The concept of attribution rules, characteristics of attribution rules, the legal nature of attribution rules, pillars of attribution rules.

مقدمة :

نظرا للتطور الذي شهدته الحياة البشرية في ظل تطور تكنلوجيا العصر الحديث، فإن العالم أصبح قرية واحدة، وهو ما ترتب عليه سهولة تنقل أفراد الدول فيما بينها، ولأن لكل دولة نظام قانوني مستقل عن الدولة الأخرى،فإنه يفترض في الدولة المستضيفة لأفراد دولة أخري أن تراعي قوانين بلدهم انسجاما مع قانونها الداخلي.

ففي ظل هذه الجدلية بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، كان من الضروري البحث عن قانون يراعي هذا الاختلاف ليحقق أكبر قدر من العدالة للطرفين، قانون يتعدى الحدود الإقليمية، دون أن يرقى إلى تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولي، وهو ما يسمى < بالقانون الدولي الخاص>.

والقانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات بين الأشخاص، طبيعية كانت أو معنوية، والتي تدخل في نطاق القانون الخاص وتحتوي على عناصر ترتبط بأكثر من دولة .

وقد تباينت آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذا القانون[1] :

فالبعض يرى أنه ينتمي إلى القانون العام لاشتماله على مواضيع الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي التي كلها مواضيع قانون عام ــ يقول هؤلاء ــ ، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن القانون الدولي الخاص هو من فيئة القانون الخاص وبالتالي يختصر القانون الدولي الخاص على موضوع تنازع القوانين لا غير ،غير أن الرأي الراجح هو الرأي الذي يوفق بين الاتجاهين والذي يعتبر أن القانون الدولي الخاص ذا طبيعة مختلطة، فهو وإن كان يحكم العلاقات الدولية الخاصة من حيث موضوعه، فإن مصدره هو مجموعة القواعد التي يضعها المشرع الوطني ومن ثم فإن مصدره هو القانون الداخلي كأحد أهم المصادر الرسمية

[1] أنظر علي الحجامي . محاضرات في القانون الدولي . 5 آب 2016 ص 10 وما بعدها.

للقانون الدولي الخاص، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية ومبادئ القانون الدولي الخاص التي تتصف بالشيوع والثبات والاستمرار والاشتراك بين مختلف التشريعات.

وفي إطار دراستنا هذه فإننا نركز على قواعد الإسناد باعتبارها أهم عناصر القانون الدولي الخاص، وذلك لما تتضمنه من أساليب كفيلة بحل المنازعات القانونية.

فرغم الدور الذي لعبته مدرسة الحواشي الإيطالية[1] ـ التي تأسست منذ نهاية القرن الثاني عشر ـ في تكوين فكرة واضحة ودقيقة عن تنازع القوانين، وتأسيس قواعد مناسبة له، وما تبعها من نظريات فرنسية وهولندية داعمة لذات المسار، فإن أيا منها لم تعد من النظريات المقترحة لتصبح معيارا عالميا يعتمد عليه لحل التنازع بين قوانين الدول المختلفة، وبناء على ذلك اتجه أكثر الفقهاء نحو الوضعية الخاصة في حل تنازع القوانين، فأكثر حلول التنازع توضع من كل دولة بتدخل المشرع الوطني بوضع قواعد تنازع القوانين و التي يطلق عليها قواعد إسناد.

وقواعد الإسناد هذه غالبا ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع وهذا ما يبرر إفراد المشرع الموريتاني مواد < من المادة 6 إلى المادة11من قانون الالتزامات والعقود > لتنظيم وتحديد القانون الواجب التطبيق في جميع التصرفات والمعاملات التي يكون أطرافها أو أحدهم أجنبيا.

وقد يتم تنظيم قواعد الإسناد عن طريق اتفاقيات دولية، وفي حالة عدم وجود تشريع أو اتفاق دولي فقد يتم استكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى و التي هي العرف والقضاء والفقه.

وتتجلى **أهمية** هذا قواعد الإسناد فيما يمثله كشف للبس عنها من حل للنزاعات ذات الطرف الأجنبي، وهو ما يساهم في تكريس العدالة من جهة، وطمأنة الأجانب على توفير مناخ قانوني عادل قد يحيل إلى تطبيق قوانينهم من جهة أخرى.

رغم الأهمية التي تحظى بها قواعد الإسناد، إلا أن الدارس لها تعترضه عدة **صعوبات** من قبيل، انعدام الدراسات لقواعد الإسناد في القانون الموريتاني، وقلة المراجع المتخصصة في هذا المجال.

وتثير قواعد الإسناد في القانون الموريتاني **إشكالا** رئيسيا من قبيل ما مدى خذ المشرع الموريتاني بقواد الإسناد، ما تجليات ذلك، وإلى أي مدي يتوافق مع التشريعات المقارنة ؟؟؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة استشكالات فرعية أهمها :

[1]. سميت هذه المدرسة بمدرسة الحواشي نسبة إلى الطريقة التي انتهجوها في دراستهم لحل، وهي التعليق على نصوص القانون الرماني بحواشي مقتضبة. أنظر في ذلك كله . حسن الهداوي . القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة . كلية الحقوق . جامعة مؤته . ص 36 وكذلك ص 49.

ما المقصود بقواعد الإسناد وما نظرت المشرع الموريتاني إليها ؟

وهل قواعد الإسناد خطوة لحل التنازع ؟

للإجابة على هذه الأسئلة نتبع **المنهج التحليلي المقارن**، حيث نقارن قواعد الإسناد في القانون الموريتاني بقواعد الإسناد في القوانين الأخرى.

ولدراسة قواعد الإسناد، **نقسمها** إلى مطلبين : نتناول مفهوم هذه القواعد في مطلب أول، على أن نتناول في مطلب ثاني أركان تلك القواعد.

المطلب الأول : مفهوم قاعدة الإسناد :

الغرض من قواعد الإسناد هو إيجاد حل لتنازع القوانين الناشئ عن قيام علاقات دولية خاصة[1]، لذلك فقد ظهرت في السنين الأخيرة قواعد تشريعية مشتركة اتفقت عليها عدة دول لتحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على شكل قواعد إسناد أو قواعد موضوعية تهدف إلى توحيد قواعد تنازع القانون بالاتفاق على تبني قاعدة إسناد موحدة ليعلم أصحاب الشأن مقدما أي قانون يحكم علاقتهم القانونية، أما القواعد الموضوعية فتهدف هي الأخرى إلى الاتفاق على قواعد تشريعية مشتركة توحد بموجبها الأحكام الموضوعية بالنسبة لمسألة من مسائل القانون الدولي الخاص كالاتفاقيات التي أبرمت في اتفاقية فينا 1980 مجال التجارة الدولية وفي الملكية الأدبية والفنية والنقل البري والبحري مثلا[2].

تكمن أهمية تعريف قواعد الإسناد في كونه يميزها عن قواعد القانون الدولي الخاصة الأخرى كما يميزها كنهج مستقل لتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بطريقة فنية معينة، كذلك فإن لقواعد الإسناد أركان أو عناصر يلزم توافرها لتطبق تلك القواعد كما أن الفقهاء اختلفوا حول الطبيعة القانونية لها، وعليه فإن دراستنا لهذه الفقرة ستكون من خلال: تعريف وخصائص قواعد الإسناد < الفقرة الأولى > ثم طبيعتها القانونية< ثانيا>.

الفقرة الأولى : قواعد الإسناد من حيث التعريف والخصائص :

إن العلاقات بين الأفراد لا تقتصر فقط على كونها علاقات داخلية، أي تمت في دولة واحدة ضمن قانون واحد، وكذلك تكون العلاقة متصلة بعنصر أو أكثر من عناصرها (كالأشخاص والموضوع والسبب) بأكثر من دولة

[1] . بن عصمان جمال . مقياس القانون الدولي الخاص . كلية الحقوق والعلوم السياسية { تلمسان } . محاضرات للسنة الثالثة قانون الخاص . 2014 ، 2015 . ص 8.

[2].الهداوي . القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة مرجع سابق . ص 49.

ويحكمها أكثر من نظام قانوني واحد، وفي إطار ذلك تظهر الأهمية لقواعد الإسناد فهي قواعد لا تعطي حلول فورية ومباشرة للنزاع، إنما تقتصر على إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية[1].

إن العلاقة القانونية التي عناصرها متصلة بأكثر من دولة تتسم بالصدفة الدولية، ولكنها تصبح علاقة وطنية بعد إعمال قاعد الإسناد، وذلك نسبة للقانون المنتسب إليه، وأن هذه القواعد، هي قواعد وضعية تتصف بالصفة الوطنية، حيث هي من وضع المشرع الوطني، ولا تتقيد بمعيار عام، حيث يقوم المشرع بتفريد حكم قانوني خاص لكل حالة أو علاقة قانونية تتسم بالصفة الدولية، كما في حالة قانون موقع المال وقانون جنسية الزوج[2]

ولدراسة هذه الفقرة نتناول أولا تعريف قواعد الإسناد < أولا > ثم خصائصها < ثانيا >.

أولا : تعريف قواعد الإسناد

قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية وضعية ذات طيعة فنية ، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصفي أكثر القوانين ملاءمة لتطبيق تلك القواعد، حينما تتعدد القوانين ذات الصلة للتطبيق عليها[3].

وتعرف أيضا على أنها: قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسالة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي[4].

ويمكن تعريفها كذلك بأنها: تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، فهدفها اختيار القانون الأكثر ملاءمة وتحقيقها للعدالة، من وجهة نظر المشرع الوطني، من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة القانونية[5].

تعد هذه التعريفات الفقهية الأكثر شمولية لقاعدة الإسناد، إذ أنها تبرر خصائص قاعدة الإسناد ومصدرها من جهة، وتحدد وظيفتها من جهة أخرى، فهي توضح بأنها قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح لها خصائص القواعد القانونية الأخرى، وأنها ذات طابع وضعي، أي أنها من وضع المشرع الوطني، سواء أنشأها ابتداء أو أنه قد أقرها وتبناها بحسب نوع مصدرها، الذي قد يكون العرف أو القضاء أو يكون معاهدة دولية.

---

[1]. علي عدنان علي . أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحيد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة) . رسالة ماجستير مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص . ص 13

[2]. دارز . رمزي محمد علي . 2011 . فكرة تنازع القوانين . ص 112 . منشورات زين الحقوقية، بيروت . مذكور في هامش علي عدنان علي . أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحيد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة) . مرجع سابق . 13

[3]. بليغ حمدي . محاضرات في القانون الدولي الخاص . كلية الحقوق . جامعة طنطا . مصر . ص 101

[4] أعراب بلقاسم . القانون الدولي الخاص الجزائري . الجزء الأول { تنازع القوانين } . دار هوم . الجزائر 2002 . ص 67

[5]. السعيد رزان . إلزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري . مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر . شعبة الحقوق، تخصص القانون الدولي الخاص . جامعة العربي بن مهيدي { أم البواقي } كلية الحقوق والعلوم السياسية . السنة الجامعية 2015 . 2016 . ص 7 .

ويتجلى أيضا مما سبق أن قواعد الإسناد ذات طابع نوعي، في كونها تقتصر على حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي دون بقية النزاعات الداخلية الصرفة، وأنها ذات طابع فني، فهي لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع، إنما أداة اختيار و إرشاد إلى القانون الملائم لحكم هذا النزاع، وإن كانت هذه القواعد تتولى توطين المنازعات ذات الطابع الدولي في بلد معين تخضع لقانونه، باعتبار هذا البلد أقوى صلة بالعلاقة من القوانين الأخرى، وبالتالي فهو الأجدر بحكم النزاع من غيره من القوانين[1].

ثانيا : خصائص قواعد الإسناد :

تتميز قواعد الإسناد بمجموعة من الخصائص الجوهرية، منها أنها غير مباشرة <أ> و ذات طبيعة وطنية < ب> ومزدوجة < ج > وذات طابع إرشادي < د > وحيادية < ه >

أ – قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة :

توصف هذه القاعدة بأنها قاعدة غير مباشرة، كونها لا تعطي حلا مباشرا للنزاع ولا تحدد القواعد الموضوعية بل، بل يقتصر دورها على القانون الواجب التطبيق[2]، وهذا ما يميزها عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى، ذلك أن قاعدة الإسناد لا تعطي حلا مباشرا ولا نهائيا للنزاع، في الوقت الذي تعطي فيه قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى حلا مباشرا، فمثلا قواعد الجنسية تتولى بصفة مباشرة تحديد منهم رعايا الدولة، وفي إطار ذلك لا يكتفي إلى القانون الذي يتولى تحديد هذا الأمر، كما تقوم قواعد مركز الأجانب بتحديد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب داخل اقليم الدولة، ولا تكتفي بالإشارة إلى القانون الذي تتحدد مقتضاه تلك الحقوق، كذلك بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تتكفل بتحديد حلات اختصاص محاكم الدول بصدد المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي وتحديد آثار الاحكام الأجنبية، من دون أن تكتفي بالإشارة إلى القانون الذي تتحدد بمقتضاه المحكمة المختصة بظر النزاع أو القانون الذي يقوم بتحديد شروط تنفيذ الحكم الأجنبي[3].

وكدليل على ذلك فإن قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين السن التي يكون فيها الشخص كامل الأهلية للالتزام، بل تعين جنسية القانون الذي يتولى بنفسه بيان هذه الصفة، وهذا ما يمكن اكتشافه من نص المادة 7 من ق ا ع الموريتاني التي تنص على أن: <<الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم .....>>[4].

---

[1] . مجد الدين خربوط . القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين } منشورات جامعة حلب ، سوريا . ص 68

[2] . بن عصمان جمال . مقياس القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 10

[3] . مجد الدين خربوط . مرجع سابق . ص 69

[4] . تقابلها المادة 13 من ق م الأردني والمادة 11 من ق م المصري والمادة 18 من ق م العراقي والمادة 12 من ق م السوري والمادة 10 من ق م الجزائري.

ب – قاعدة الإسناد قاعدة وطنية :

لأن كل دولة تستقل بتصريف الشؤون المتعلقة بسيادتها دون أن تخضع لهيئة عالمية عليا في هذا النطاق، لذلك بقيت مسألة هذا التنازع مسألة داخلية، حيث تضع لها كل دولة من القوانين ما يتناسب مع حاجاتها، وهي قاعدة الإسناد، فقواعد الإسناد ليست قواعد عالمية ملزمة، موجودة في جميع الدول، بل هي قواعد وطنية، ولذلك ليس من الغريب أن تختلف هذه القواعد من دولة إلى أخرى بالنسبة للعلاقة الواحدة، تبعا لمفهوم العدالة بينها، ولاختلاف المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي تسعى كل دولة إلى تحقيقها.

كما تستدعي الصفة الوطنية لقاعدة الإسناد بالضرورة أيضا، أن تتمشى هذه القواعد مع المبادئ الدستورية الموجودة في الدولة التي وضعتها، وعليه فقاعدة الإسناد هي قاعدة يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، أي الوصول إلى أكثر الحلول مناسبة، من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم العلاقات الخاصة الدولية.

ج – قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة :

تعني صفة الازدواجية لقاعدة الإسناد أنها تجعل الاختصاص إما للقانون الوطني، وإما للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع المسألة القانونية، فالقاعدة التي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية قد تشير باختصاص القانون الوطني <القانون الموريتاني مثلا> وقد تشير باختصاص القانون الأجنبي[1]، والفائدة من هذه الميزة في قاعدة الإسناد أنها لا تترك فرغا في مشكلة التنازع إذ أنها تجعل الاختصاص بالنسبة للمسألة المطروحة على القاضي إما لقانونه وإما للقانون الأجنبي.

ويرى جانب من الفقه[2] عدم جدوائية هذه الميزة في قاعدة الإسناد ويطالب بتجريدها من تلك الميزة، بمعنى أن تقتصر فقط على بيان الأحوال التي يطبق فيها القانون الوطني دون إشارة إلى الأحوال التي يطبق فيها القانون الأجنبي تطبيقا لمقتضيات المادة 3 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأن: <<القانون الخاص بالأشخاص وأهليتهم تحكمه القواعد الخاصة بالقانون الفرنسي، ولو كان مقيما في بلد أجنبي>>.

ويستمر هؤلاء الفقهاء في الدفاع عن حجهم بقولهم أن الدولة لا يمكن أن تعطي الاختصاص لقانون دولة أخرى في حالة ما إذا كانت هذه الدولة ترفض الاختصاص المخول لقانونها، ولتجنب هذه النتيجة – يضيف أصحاب هذا الاتجاه – يجب على كل دولة أن تقتنع فقط ببيان سلطان قانونها، وأن تحترم خارج هذه الحدود إرادة الدول الأخرى فيما يتعلق باختصاص قوانينها، القول بخلاف ذلك هو الذي أوقع الفقه والقضاء في

[1] أعراب بلقاسم . القانون الدولي الخاص الجزائري . مرجع سابق . ص70

[2] . أعراب بلقاسم . القانون الدولي الخاص الجزائري . مرجع سابق . ص 71

مشكلة الإحالة، لأنه لو – يقول هؤلاء – اقتصرت قاعدة الإسناد على بيان مجال تطبيق القانون الوطني دون القانون الأجنبي لما ثارت هذه المشكلة.

غير أن أصحاب هذا الرأي الذي يريد تجريد قاعدة الإسناد من صفتها المزدوجة إذا كان سليما في حالة ما إذا كان قانون واحد فقط من قوانين الدول التي لها علاقة بالنزاع هو الذي يسند الاختصاص لنفسه، فإنه في المقابل يعيبه قصوره عن إيجاد حل في حالتين:

الأولى لما تسند كل دولة لها علاقة بالنزاع الاختصاص لقانونها، والثانية لما ترفض لك دولة لها علاقة بالنزاع جعل الاختصاص لقانونها[1].

وهذا التصور قد أقره القصاء الفرنسي مسببا لذلك بمفهوم مخالفة المادة 3 < سابقة الذكر>

مستخلصا منها أن القوانين الشخصية للأجانب والتي تحكم حالتهم المدنية وأهليتهم تتبعهم حتى ولو كانوا في فرنسا، وهذا فعلا ما فعله المشرع الموريتاني بنص المادة 7 < سابقة الذكر > و الأردني المادة 13 من ق م و المصري المادة 11 من ق م و العراقي المادة 18 من ق م و السوري المادة 12 من ق م والجزائري المادة 10 من ق م.

د – قاعدة الإسناد ذات طابع إرشادي :

تتميز قاعدة الإسناد بالطابع الإرشادي، أي أنها تكتفي بالإشارة أو الإرشاد إلى القانون المختار الذي يعطي الحل الموضوعي للنزاع، فهي بذاتها لا تقدم هذا الحل، فهي إذن يمكن وصفها على أنها مكتب الاستعلامات في محطة السكة الحديدية الذي تقتصر مهمته على الإرشاد إلى رصيف القطار الذي يرغب السائل في استغلاله.

جدير بالذكر أن هذه الخاصية تتشابه إلى حد بعيد مع خاصية الطابع غير المباشر لقاعدة الإسناد.

ه – قاعدة الإسناد ذات طابع حيادي :

قاعدة الإسناد قاعدة ذات طابع حيادي فيقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ ليس لها مضمون موضوعي يلزم القاضي بالبحث عنه والوقوف عليه، فهي لا تعطي حلا للنزاع المطروح – كما سبق القول – بل تكتفي بالإشارة إلى أكثر القوانين اتصلا بالعلاقة، بصرف النظر عن مضمون هذا القانون، النتيجة المادية المتحققة عن تطبيق هذا القانون، ويستوي أن يكون هذا القانون قانون القاضي أو قانونا أجنبيا.

[1] . السعيد رزان . إلزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري . مرجع سابق . ص 12

الفقرة الثانية : الطبيعة القانونية لقواعد الإسناد :

اختلف الفقه حول طبيعة قواعد الإسناد، ومع ذلك فإن آراءهم حول الطبيعة القانونية لقواعد الإسناد يمكن إجمالها في ما يلي[1] :

أولا : اتجاه يرى أن قواعد الإسناد ذات وظيفة قانونية :

تتمثل هذه الوظيفة في توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول، وهي بذلك تتبع القانون العام.

وقد انتقد هذا الرأي على اعتبار أن قواعد الإسناد لا تقوم بهذه المهمة و إنما دورها لا يتعدى اختيار أفضل القوانين، واعدلها لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي.

ثانيا : أما الاتجاه الثاني فيرى أن قواعد الإسناد تدخل في إطار القانون الخاص :

ومرد ذلك عنده أن هذه القواعد تؤدي وظيفتها في نطاق روابط القانون الخاص، إذ نجد معظم قواعد الإسناد بمسائل تتعلق انعقاد الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية .... إلى آخره، أي أنها تدخل كلها ضمن روابط القانون الخاص، الذي ينظم العلاقة بين الأفراد.

إلا أن هذا الرأي لم يسلم من الانتقاد على اعتبار أن القضاء الوطني في بعض الأحوال قد لا يجد مناصا من الرجوع إلي أحكام قانون الدول الأجنبية.

ثالثا : الاتجاه الثالث يرى أن قواعد الإسناد قواعد مختلطة :

لأنه من الصعوبة التسليم المطلق باعتبار قواعد الإسناد جزء من القانون الخاص أو جزء من القانون الدولي العام، ذلك لأن طبيعتها مختلطة على أساس استعمالها المزدوج لكل من القانون العام والقانون الخاص، فهي قاعدة عامة إذا ما أدت إلى تطبيق القانون العام، و قد تكون قاعد خاصة إذا ما أدت القانون الخاص.

وقد يعاب على هذا الاتجاه إدراج القانون العام كجزء من قواعد الإسناد، خاصة إذا انطلقنا من أن هذه القواعد تنصب في الأصل على فض النزاعات المتعلقة بأحداث الحالة المدنية والأحوال الشخصية الذي يكون أحد أطرافه عنصر أجنبي.

ومع ذلك يبقى هذا الاتجاه الأكثر موضوعية على اعتبار أن العنصر الأجنبي قد يكون شخصا اعتباريا ينتمي إلى القانون العام في بلده، علما أن الأشخاص الاعتبارية الأجنبية يسري عليها قانون الدولة محل إدارتها الرئيسي والفعلي، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 8 من قانون الالتزامات والعقود الموريتانية، حيث جاء

[1] . هشام خالد . المدخل للقانون الدولي العربي . دار الفكر الجامعي . مصر 2008 ص 209 وما بعدها.

فيها أن : << النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري عليه الدولة التي اتخذت فيه هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي>>.

المطلب الثاني : أكان قواعد الإسناد :

إن قواعد الإسناد تختلف من دولة لأخرى لأنها قواعد وطنية من حيث المصدر، لذلك فاختلاف مضمونها وارد، كأحكام الميراث مثلا ليست من الأحوال الشخصية في كل دول العالم، وهذا سيؤدي إلى اختلاف في قواعد الإسناد ومن ثم اختلاف خصائصها.

إلا أن المتتبع لقواعد الإسناد في مختلف دول العالم سيجد أن لها أركانا ثلاثة :

(الفقرة الأولى) موضوع الإسناد أو الفيئة المسندة و القانون المسند - (الفقرة الثانية)- ضابط الإسناد .

الفقرة الأولى : موضوع الإسناد و القانون المسند :

أولا ـ موضوع الإسناد :

موضوع الإسناد هو الواقعة القانونية أو المسألة القانونية محل النزاع، والتي يكيفها القاضي على أنها من مواضيع الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية أو الالتزامات التعاقدية أو الالتزامات غير التعاقدية أو غيرها من مواضيع تنازع القوانين[1].

فقد يكون موضوع الإسناد يجمع لمركز وعلاقات قانونية من صنف واحد أو من نوع واحد.

وقد يحتوي موضوع الإسناد على أكثر من موضوع، كفئة الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم.

ثانيا ـــــ القانون المسند إليه :

وهو القانون الواجب التطبيق على موضوع الإسناد، والذي يتوصل إليه القاضي بفضل قاعدة الإسناد.

ولأن قواعد الإسناد تختلف من دولة الأخرى فقد يقع تنازع في القانون المسند إليه هذا التنازع قد يكون إيجابيا < 1 > وقد يكون سلبيا < 2>.

[1] . بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين } . جامعة أكلي محند اولحاج . البويرة كلية الحقوق والعلوم السياسية . قسم الحقوق . السنة الجامعية 2013 . 2014 . ص 12

أ – التنازع الإيجابي :

يظهر عندما تجعل قاعدة الإسناد في كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي، الاختصاص لهذا القانون أي للقانون الذي يرفع أمامه النزاع، كالنزاع المتعلق بالأحوال الشخصية مثلا، فوفقا للمادة 9 من ق ا ع الموريتاني سابقة الذكر، فإن القانون المطبق على الأجنبية المتزوجة موريتاني، فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، هو القانون الموريتاني، فإذا وقع هذا النزاع في فرنسا وكان الطرف الآخر للزواج فرنسي، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي[1].

بالتالي الإشكال هنا غير مطروح لأن القانون الواجب التطبيق سيتحدد بحسب الجهة التي سيرفع إليها النزاع[2].

ب ـــــــ التنازع السلبي :

ونكون أمام تنازع سلبي في حالة قضت قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع بعدم اختصاصها، وذلك باستناده إلى قانون أجنبي غير قانونها[3].

وبالتالي فإن التنازع السلبي يكون عندما تجعل قاعدة الإسناد في كل من القانون الوطني والأجنبي الاختصاص للقانون الآخر، بمعني أن القانون الوطني يحيل للقانون الأجنبي في واقعة معينة، فيحدث أن القانون الأجنبي ينص على أنه ـ في نفس الواقعة ـ يطبق القانون محل الواقعة، وبالتالي كل منهما يحيل للآخر، فالنتيجة أن قواعد التنازع في كلا الدولتين تجعل الاختصاص للدولة الأجنبية < الدولة الأخرى >، وهذا ما يسمى بالإحالة، وبالتالي لا تظهر الإحالة إلا في حالة التنازع السلبي دون الإيجابي[4].

الفقرة الثانية : ضابط الإسناد :

نتطرق لتعريفه <أولا> ثم أساليبه <ثانيا>

أولا : تعريف ضابط الإسناد :

ضابط الإسناد هو المعيار الذي يتخذه المشرع ليحدد القانون الواجب التطبيق، ويعتبر ضابطا للإسناد، الجنسية، مكان إجراء التصرف، موقع المال ... إلخ[5]

---

[1] . مجد الدين خربوط . القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص 75 .

[2] . بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين }. مرجع سابق . ص[13]

[3] . نسرين شرقي وسعيد بوعلي . القانون الدولي الخاص الجزائري . الطبعة الأولي . دار بلقيس . الجزائر. 2013 . ص 51

[4] . بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين }. مرجع سابق . ص 13

[5] . بشور فتيحه . محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين }. مرجع سابق . ص 12

ويعرف أيضا بأنه المعيار الذي يرشد إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع الإسناد[1]، وهو أيضا أداة الوصل بين موضوع الإسناد والقانون الواجب التطبيق، فهو إذن نقطة أو عامل الإسناد الذي يحدد بطريقة مجردة القانون الواجب التطبيق، وهو المعيار الذي يظهر فيه المشرع تفضيله لقانون معين أو إعراضه عن باق القوانين التي تعرض حلولها الموضوعية لتنظيم العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

وبصفة أدق يمكن تعريف ضابط الإسناد أنه: << هو الآلية التي تنير القاضي وبمقتضاها يحدد القانون الواجب التطبيق>>.

فبالنسبة للقانون المدني الموريتاني[2] ـ مثلا ـ ينص على أن الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ...، فهنا نجد أن ضابط الإسناد هو " الجنسية " فهي أداة الوصل بين الفكرة المسندة { المدنية للأشخاص و أهليتهم} والقانون الواجب التطبيق {قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم }.

ثانيا : أساليب الإسناد :

كثيرا ما تستلهم التشريعات في وضعها لقواعد الإسناد مصالح مختلفة، ولأجل أن تتمكن من إدراك وتحقيق تلك المصالح والوصول إلى ما تبتغيه من تصور للحل العادل وتوفير الأمان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية، تعتمد جل التشريعات أسلوبين للإسناد أسلوب، الإسناد البسيط ، وأسلوب الإسناد المركب :

أ – الإسناد البسيط:

يلاحظ أنه في أغلب الأحيان تكون قواعد الإسناد متضمنة لضابط إسناد واحد يشير إلى قانون واحد ليحكم كل جوانب المسألة، هذا ما يسمى بالإسناد البسيط والذي يقصد منه المشرع تحقيق معين، هذا الهدف كان قائما في ذهن المشرع وقت وضع قاعدة الإسناد، كما يلاحظ أن قاعدة الإسناد هذه لها طابع تركيزي، أي أن غايتها تركيز العلاقات موضوعيا، وقد اعتمدت المواد ـ سابقة الذكر[3]ـ ضابط إسناد واحد حيث نصت على ن الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ففي هذه المواد أسند المشرع أسند المشرع مسائل الحالة المدنية والأهلية لقانون جنسية الشخص لغرض حماية الشخص نفسه، فإذا ما غير جنسيته يعتبر قد ارتضى لنفسه أن يكون في ظل حماية قانون جديد يتلاءم مع حالته المدنية وأهليته تبعا لوضعه الجديد، فتطبق عليه أحكام هذا القانون.

---

[1] سعيد يوسف البستاني . القانون الدولي الخاص . الطبعة الأولى . منشورات الحلبي الحقوقية . لبنان 2004 . ص 118

[2] . المادة 7 من ق إ ع الموريتاني و لمادة 13 من ق م الأردني والمادة 11 من ق م المصري والمادة 18 من ق م العراقي والمادة 12 من ق م السوري والمادة 10 من ق م الجزائري.

[3] . المادة 7 من ق إ ع الموريتاني و لمادة 13 من ق م الأردني والمادة 11 من ق م المصري والمادة 18 من ق م العراقي والمادة 12 من ق م السوري والمادة 10 من ق م الجزائري.

ب – الإسناد المركب :

قد تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد يشير إلى اختصاص أكثر من قانون، وقد تتضمن عدة ضوابط تشير إلى اختصاص عدة قوانين، وهذا ما يسمى بالإسناد المركب، والذي يمكن أن يتخذ عدة صور هي:

*** الإسناد الموزع :**

يتمثل الإسناد الموزع في حالة ما إذا اشتملت قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون، بحيث يطبق على كل طرف من أطراف العلاقة قانونا على حدة.

*** الإسناد الجامع:**

يتمثل الإسناد الجامع في حالة ما إذا اشتملت قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد أو أكثر يشير باختصاص أكثر من قانون يتم تطبيقهم جميعا في أن واحد على العلاقة نفسها.

*** الإسناد التخييري :**

نكون بصدد إسناد تخييري حينما تكون قاعدة الإسناد تشتمل على أكثر من ضابط إسناد يشير باختصاص أكثر من قانون، بحث يطبق باختيار بينهما على العلاقة، وله صورتان:

– فقد توضع قواعد الإسناد على قدم المساواة، كالحالة التي يقضي فيها القانون بخضوع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون محل إبرامها، و يجوز أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين وغيره من الحالات التي يكون فيها الطرفين يخضعون لقواعد إسناد على درجة متساوية.

– و قد توضع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج، بحيث يعمل أولا بضابط الإسناد الرئيسي، فيطبق القانون الذي أشار بتطبيقه، فإن تعذر يتم اللجوء إلى الضابط الاحتياطي الوارد في قاعدة التنازع، ويهدف المشرع من ذلك الاحتياط لاحتمال عدم توفر ضابط الإسناد الأول، فيكون هناك ضابط ثاني، من ناحية أخرى الرغبة في التسهيل والتيسير على الأفراد للاختيار ووفقا لظروف وملابسات كل حالة.

الخاتمة :

بعد أن أنهينا دراسة قواعد الإسناد في القانون الموريتاني يمكن أن نخرج بجملة من الاستنتاجات بالإضافة إلى بعض التوصيات.

- **الاستنتاجات :**

ـ أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية ، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصفي أكثر القوانين ملاءمة لتطبيق تلك القواعد، حينما تتعدد القوانين ذات الصلة للتطبيق عليها.

ـ أن لقواعد الإسناد خصائص جوهرية، منها أنها غير مباشرة و ذات طبيعة وطنية ومزدوجة وذات طابع إرشادي وحيادية.

ـ أن لقواعد الإسناد أركان ثلاثة: موضوع الإسناد أو الفيئة المسندة، وضابط الإسناد، والقانون المسند .

- **الاقتراحات :**

نهيب بالمشرع الموريتاني أن يدرج بعض الإصلاحات التي نادى بها بعض الفقهاء[1] ، ومن أهمها :

ــ التأكيد على إلزام القاضي الوطني (الموريتاني) بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه وتطبيق القانون الأجنبي إذا كان هو الواجب التطبيق، دون حاجة لتمسك الخصوم بأحكام هذا القانون.

ــ إلزام المحاكم الموريتانية بالبحث في مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وعدم جواز التنصل من ذلك، إلا إذا استحال على القاضي المختص ذلك وأثبته في حكمه.

ــ ضرورة قيام الأفراد بتضمين نصوص قانونية ضمن تصرفاتهم القانونية لتجنب حدوث مشكلة التنازع الزمني للقوانين وتغيير القانون الواجب التطبيق على تصرفاتهم القانونية[2].

[1] ـ حسن علي كاظم ـ قواعد الإسناد وآلية التطبيق في العراق ـ مجلة أهل البيت ـ العدد 20 ـ ص 343

[2] ـ علي عدنان علي . أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحيد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة) مرجع سابق . 91

- **قائمة المصادر و المراجع :**

- حسن الهداوي ـ القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة ـ كلية الحقوق ـ جامعة مؤته.
- بن عصمان جمال ـ مقياس القانون الدولي الخاص ـ كلية الحقوق والعلوم السياسية { تلمسان } ـ محاضرات للسنة الثالثة قانونالخاص ـ 2014 ، 2015
- علي عدنان علي ـ أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحيد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة) ـ رسالة ماجستير مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص .
- علي الحجامي ـ محاضرات في القانون الدولي ـ 5 آب 2016
- دارز ـــ رمزي محمد علي ـــــ فكرة تنازع القوانين ـــــ منشورات زين الحقوقية، بيروت ـــ 2011 .
- بليغ حمدي ـ محاضرات في القانون الدولي الخاص ـ كلية الحقوق ـ جامعة طنطا ـ مصر ـ
- أعراب بلقاسم ـ القانون الدولي الخاص الجزائري ـ الجزء الأول { تنازع القوانين } ـ دار هوم ـ الجزائر 2002 ـ
- السعيد رزان ـ إلزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري ـ مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر ـ شعبة الحقوق، تخصص القانون الدولي الخاص ـ جامعة العربي بن مهيدي { أم البواقي } كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ السنة الجامعية 2015 ـ 2016 ـ
- مجد الدين خربوط ـ القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين } منشورات جامعة حلب ، سوريا ـ
- هشام خالد ـ المدخل للقانون الدولي العربي ـ دار الفكر الجامعي ـ مصر 2008.
- بشور فتيحه ـ محاضرات في القانون الدولي الخاص { تنازع القوانين } ـ جامعة أكلي محند اولحاج ـ البويرة كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم الحقوق ـ السنة الجامعية 2013 ـ 2014
- نسرين شرقي وسعيد بوعلي ـ القانون الدولي الخاص الجزائري ـ الطبعة الأولي ـ دار بلقيس ـ الجزائر ـ 2013 ـ
- سعيد يوسف البستاني ـ القانون الدولي الخاص ـ الطبعة الأولى ـ منشورات الحلبي الحقوقية ـ لبنان ـ 2004
- حسن علي كاظم ـــــ قواعد الإسناد وآلية التطبيق في العراق ـــــ مجلة أهل البيت ـــــ العدد 20 .

الأحكام العامّة لجريمة القذف عبر موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك" في الفقه الإسلامي و القانون التّونسي

General provisions for the crime of defamation through the social networking site "Facebook" in Islamic jurisprudence and Tunisian law

الدّكتور شكري الدّربالي : دكتوراه في العلوم الإسلاميّة جامعة الزيتونة - تونس

Chokri derbali PhD in Islamic Sciences al zaytona University -Tunisia

ملخّص :

- **بالعربيّة :**

تعد جرائم القذف من الجرائم القذف التي لها أثر كبير على الأشخاص، وتعتبر الأكثر شيوعا خاصّة أمام تطوّر وسائل الاتصال الحديثة، بحيث أصبحت تستخدم للنيل من شرف الإنسان وكرامته، ولّما كانت جريمة القذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي من الجرائم المستحدثة من حيث وسائل ارتكابها ارتأينا البحث في أركان هذه الجريمة وبيان أحكامها العامّة من خلال التعرّض للأركان الأساسيّة التي بتوفّرها تثبت المسؤوليّة الجزائيّة. وقد حاولت التعرّض للمسألة في جانبها الفقهي والقانوني (القانون التونسي تحديدا) قصد بيان مواكبة الشريعة الإسلاميّة لكل مستجدّ، وأيضا بيان الصحوة التشريعيّة للقانون التونسي من خلال مواكبته للمستجدّات.

الكلمات المفاتيح : القذف، إحصان المقذوف، الرمي، فعل الإسناد، العلنيّة، القصد الجنائي، المسؤوليّة الجزائيّة.

- **Abstract** :

Defamation crimes are slander crimes that have a significant impact on people, and are considered the most common, especially in view of the development of modern means of communication, so that they are used to undermine human honor and dignity, and since the crime of slander through social media is one of the new crimes in terms of the means of committing it, we decided to research in The pillars of this crime and the statement of its general provisions by exposing the basic elements that prove criminal responsibility. I have tried to address the issue in its jurisprudential and legal aspect (Tunisian law in particular) in order to show keeping pace with Islamic law for every newcomer, and also to show the legislative awakening of Tunisian law by keeping pace with developments.

Key words : Ejaculation. Throwing. Defamation crimes. Public. criminal intent. Criminal liability.

المقدّمة :

مثّلت تكنولوجيا الاتّصال والحاسب الآلي ثورة علميّة باهرة في عالم التّواصل الالكتروني في العقدين الأخيرين أدّت إلى تغييرات عميقة على مختلف الأصعدة، وتُعتبر وسائل التّواصل الحديثة وما ترتّب عنها، من أهم القضايا الفقهيّة والقانونية والاجتماعيّة التي استحوذت اهتمام الفقهاء ورجال القانون والأخصائيين الاجتماعيين باعتبارها من النوازل التي تستوجب حلا لجملة الإشكاليات المنجرّة عنها.

هذا التطوّر على مستوى وسائل التواصل أفرز العديد من الجرائم غير معهودة في السّابق وأخذت مسمّى جرائم تقنية المعلومات إشارة إلى الوسائل المستخدمة في تنفيذها ، فالجوانب المشرقة في سماء تكنولوجيا الاتصال لم تمنع من وجود العديد من التجاوزات والخروقات القانونيّة التي ارتقت إلى مستوى الجرائم والتي أقضّت كاهل المُجتمع. ومن بين الجرائم التي وجدت مجالا خصبا لانتشارها في ظل انتشار وسائل التواصل الاجتماعي نجد جريمة القذف، هذه الجرائم تشكّل اعتداء على شرف الإنسان وكرامته لذلك استوجبت الحماية القانونيّة اللازمة مثلها مثل التعدّي على الحق في الحياة أو الأموال، كما أنّها لاقت اهتماما كبيرة من قبل الفقهاء باعتبارها تعتبر من النوازل لحداثة الوسيلة التي تُرتكب بواسطتها. وتهدف هذه الدراسة إلى بيان الأحكام العامّة لجريمة القذف عبر موقع التّواصل الاجتماعي " الفايسبوك " في الفقه الإسلامي والقانون التّونسي ومدى قدرة الفقه الإسلامي والقانون التونسي على التعاطي مع جريمة القذف المقترفة عبر هذه الوسيلة.

لذلك فإنّ الإشكاليّة المركزيّة التي تطرحها هذه الدراسة تتمثّل في مدى قدرة النصوص الفقهيّة والفصول القانونيّة على استيعاب أركان جريمة القذف التي تقترف عبر وسيلة التواصل الاجتماعي " الفايسبوك "؟

وسيتم معالجة هذه الإشكاليّة المركزيّة من خلال التطرّق إلى أركان جريمة القذف عبر وسيلة التواصل الاجتماعي وبيان مدى انطباقه على جريمة القذف الحاصلة بمقتضى وسيلة التواصل الاجتماعي "الفايسبوك ". لكن قبل ذلك سيتمّ التعرّض إلى تحديد مفهوم المصطلحات الأساسيّة لموضوع الدراسة.

المبحث الأوّل : التحديد المفاهيمي لمصطلحات البحث :

المطلب الأوّل : مفهوم القذف :

الفرع الأوّل : القذف في عرف أهل اللغة :

ورد في لسان العرب في تعريف مصطلح القذف " قذف بالشيء، يقذف قذفا، فانقذفت: رمى والتقاذف.

قال الله تعالى : (قُلْ إِنَّ رَبِّي يَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَّامُ الْغُيُوبِ)[1].

قال الزجاج : معناه يأتي بالحق ويرمي بالحق، كما قال الله تعالى **(بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ)**[2]، وقوله تعالى : **(وَيَقْذِفُونَ بِالْغَيْبِ مِنْ مَكَانٍ بَعِيدٍ)**[3].

والقذف والرمي اسمان لمعنى واحد كما ورد في القرآن الكريم وبيّنه رب العزّة في قوله **(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)**[4]، فهذه الآية فيها بيان لحكم جلد القاذف[5]. وهو ما يفيد تماهي مصطلح القذف والرمي.

يتّضح من خلال تعريف القذف لُغويا، أنّ الأصل في القذف هو الرّمي مُطلقا، ويتّسع معناه ليشمل القذف بالزنا أو بالفسق أو بالحجارة أو بالكلام سواء كان حقّا أو باطلا[6].

---

[1] سورة سبأ: الآية 48.

[2] سورة الأنبياء: الآية 18.

[3] سورة سبأ: الآية 53.

[4] سورة النور: الية 4.

[5] ابن كثير: تفسير القرآن الكريم، تحقيق مصطفى السيّد محمّد، محمّد السيّد رشاد، محمّد فضل العجماوي، علي أحمد عبد الباقي، حسن عبّاس قطب، مؤسّسة قرطبة للطبع والنشر والتّوزيع، ط1، 1421 هـ/ 2000 م، المجلّد العاشر،ص 181.

[6] (السحيمي) محيا بن سعد: أحكام القذف في الشريعة الإسلاميّة، رسالة مقدّمة لنيل شهادة الدّكتوراه، جامعة أم القرى، كليّة الشريعة والدّراسات الإسلاميّة، 1402 هـ/ 1982 م، ص 17.

الفرع الثّاني : القذف عند أهل الاصطلاح :

إنّ المتأمّل في تعريفات الفقهاء لمصطلح القذف يجد أنّها شهدت بعض الاختلافات، إلاّ أنّها تكاد تكون متّفقة في معناه إلى حدّ كبير. وهذا ما يدعونا إلى التعرّض لبعض التّعريفات الفقهيّة.

عرّف الحنفيّة القذف بأنّه " الرمي بالزنا"[1]. وقيل أيضا بأنّه رمي مخصوص وهو رمي بالزنا صريحا[2]. وهو ما يفيد نسبة الزنا إلى المحصن صريحا أو دلالة.

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ القذف عند الحنفيّة هو رمي المحصن بالزنا. ويشترط في القذف عندهم أن يكون الرّمي صريحا واضحا. أوما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب، كما قال يا زاني أو قال: زنيت أو نحو ذلك من الألفاظ[3].

أمّا فيما يتعلّق بالمالكيّة فقد عرّف ابن جزي القذف بأنّه " الرمي بوطء حرام في قبل أو دبر"[4].

وعرّف الشافعيّة القذف بأنّه " الرمي بالزنا في التّعبير لا الشهادة"[5].

وأخيرا عرّف الحنابلة القذف بأنّه الرّمي بالزنا[6].

بعد عرض تعريف القذف في المذاهب الفقهيّة، يتّضح أنّها متّفقة في الجوهر رغم الاختلاف الحاصل بينهم خاصّة على مستوى إضافة صورة من صور القذف، مثل الذين اعتبروا الرّمي باللواط من قبيل القذف. كما أنّنا لا نجد في هذه التّعريفات ما يفيد الشمول[7].

والتعريف الشامل هو أن يقال " القذف هو الرمي بوطء، أو نفي نسب موجب للحد[8].

فهذا التّعريف الأخير للقذف يشمل الرّمي بالزنا أو اللواط، كما يحمل في طيّاته عدم اكتمال نصاب الشهادة لقول الله تعالى **(لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَٰئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ)**[9] .

---

[1] ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412 هـ/ 1992م، ج4،ص 43.

[2] (الزيلعي) فخر الدّين عثمان: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة والنشر، ج3، ص 199.

[3] (الكاساني) علاء الدّين أبي بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ص 510.

[4] ابن جزي : القوانين الفقهيّة، (د.ط) (د. ت)، ص 234.

[5] (الخطيب) محمّد الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة البابلي الحلبي بمصر، 1377 هـ/ 1958 م، ج4، ص 155.

[6] (الرملي) محمّد بن أبي العبّاس: نهاية المحتاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، 1386 هـ/ 1967 م، ج 7، ص 435.

[7] (أبو زيد) بكر بن عبد الله : الحدود والتعزيرات عند ابن القيّم ، دراسة وموازنة، دار العاصمة للنشر والتّوزيع، المملكة العربيّة السعوديّة، ط2، 1415 هـ، 198.

[8] (أبو زيد) بكر بن عبد الله: الحدود والتعزيرات عند ابن القيّم، دراسة وموازنة، ص199.

[9] سورة النور: الآية 13

الفرع الثّالث : القذف في الاصطلاح القانوني :

تعرّضت القوانين الوضعيّة لمصطلح القذف واعتبرته من جرائم " هتك شرف الإنسان وعرضه "[1].

وقدعرّف القانون التّونسي القذف صلب الفصل 245 من المجلّة الجزائيّة، فالقذف حسب منطوق الفصل المذكور " يحصل...بكلّ إدّعاء أو نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف أو اعتبار شخص أو هيئة رسميّو"

فالقذف بحسب ما ورد بالفصل المذكور هو " تولّي شخص التّعبير بأيّ وسيلة كانت على أمور فيها هتك شرف شخص أو هيئة رسميّة وتوجيهها إليه بمحضر العموم"[2].

وقد عرّف المشرّع الجزائري القذف في المادّة 296 من قانون العقوبات بأنّه " كل ادّعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها به أو إسناد إليهم أو إلى تلك الهيئة..."

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ القذف يقوم على أساس فعل الإسناد أو الإدّعاء الذي ينصبّ على واقعة محدّدة تمسّ شرف واعتبار الأفراد أو الهيئات[3].

المطلب الثّاني : مفهوم " الفايسبوك"

يمكن تعريف " الفايسبوك " بأنّه شبكة اجتماعيّة تتضمّن ملايين المستخدمين يتواصلون بالصورة والمشاركات عن طريق الإنترنت"[4].

يتّضح من خلال هذا التّعريف أنّ موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك" يُمكّن من إنشاء علاقات بين مستخدميه ويكون ذلك عن طريق الحوارات والنقاشات ويُمكّن أيضا من تبادل الصور ومقاطع الفيديو والحوار صوتا وصورة "[5].

ويعتبر موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " من وسائل الاتصال الحديثة التي يسّرت تنقّل المعلومات والتواصل بين النّاس مهما طالت المسافات.

---

[1] أنظر مثلا القسم الخامس من المجلّة الجزائيّة التونسيّة. القسم الخامس من قانون العقوبات الجزائري المعنون بـ " الاعتداءات على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصّة وإفشاء الأسرار.

[2] (الكافي) عبادة: المجلّة الجزائيّة معلّق عليها، مطابع سنباكت، تونس 2016 م، ص 457.

[3] (يحي) تومي: جرائم الاعتداء ضد الأفراد باستخدام تكنولوجيا الإعلام والاتصال، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كليّة الحقوق، 2017 م/ 2018 م، ص 17.

[4] (شفيق)حسني: التواصل الاجتماعي، أدوات وتغطية، دار الفكر للنشر والتّوزيع، 2014 م، ص 56.

[5] (الأشهب) عبد السلام: استخدام مواقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " نموذجا وعلاقتها بالتنشئة الاجتماعيّة، رسالة ماجستير، 2016 م/ 2017 م، ص 34.

ويعود تأسيس موقع " الفايسبوك " إلى سنة 2004 م من طرف طالب بجامعة " **هارفارد** " بالولايات المتّحدة الأمريكيّة يدعي " **مارك زوركبيرج** "وكان الهدف في البداية التّواصل بين طلبة الجامعة، وقد تمّ تسجيل أكثر من نصف طلبة جامعة " **هارفارد** "، وفي مرحلة ثانية وقع انخراط جامعات أخرى في هذا

الموقع الحديث (جامعة ستانفورد وكولومبيا) ثم انفتح الموقع أكثر ليُصبح متاحا لأغلب جامعات كندا والولايات المتّحدة الأمريكيّة[1].

وفي سنة 2006 م انفتح الموقع أمام جميع الأفراد البالغين من العمر ثلاثة عشر سنة، إلى أن وصل الأمر سنة 2008 م إعلان إدارة الفايسبوك اتخاذ مدينة " دبلين "عاصمة ايرلندا مقرا دوليّا لها[2]. وبهذا أصبح موقع " الفايسبوك " مثلما تمّ إعلانه من قبل شركة " كومسكور" من أشهر مواقع التواصل الاجتماعي بالنّظر إلى عدد المستخدمين، فقد بلغ في الربع الأوّل من عام 2019 م، مليارين وأربعمائة مليون مشترك[3]. هذا وقد تجاوز عدد المستخدمين للفايسبوك في تونس وفقا لدراسة أجرتها وكالة " ميديانات " MEDIANET 8.124.000 أي ما يعادل 74 ٪ من السكان.

المبحث الثّاني: أركان جريمة القذف عبر موقع التواصل الإجتماعي " الفايسبوك " في الفقه الإسلامي والقانون التونسي :

تعتبر جريمة القذف عبر موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " مثلما تمّ بيانه من الجرائم الواقعة على شرف الإنسان التي تؤدّي إلى هتك عرضه والنيل منه، واستعمال هذه الوسيلة جعلها (أي جريمة القذف) تختلف في الغالب عن جريمة القذف التقليديّة وذلك لاختلاف الوسيلة التي ترتكب بها.

وسيتم في إطار هذا المبحث التطرّق إلى قيام جريمة القذف عبر موقع التواصل الاجتماعي "الفايسبوك " في الفقه الإسلامي (المطلب الأوّل) يلي ذلك التطرّق إلى أركان جريمة القذف عبر موقع التواصل الاجتماعي في القانون التونسي (المطلب الثّاني) .

[1] (عيساوي) سعاد: أولويات الأساتذة الجامعيين الجزائريين على الفايسبوك، دراسة تحليليّة للمنشورات الالكترونيّة، رسالة ماجستير في علوم الإعلام والاتصال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2013 م/ 2014 م، ص 38.

[2] (عبد الحميد) صلاح محمّد: الإعلام الجديد، مؤسسّة قرطبة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2012م، ص209.

[3] www.ar-ar.facebook.com ، تاريخ دخول الموقع، 14 فيفري 2021 م، الساعة 12:30.

المطلب الأوّل : قيام جريمة القذف عبر موقع التواصل الإجتماعي " الفايسبوك " في الفقه الإسلامي :

الفقرة الأولى : أدلّة تجريم القذف عبر موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك ":

أكّدت الشّريعة الإسلاميّة على قدسيّة شرف الإنسان، واعتبرت أنّ البشريّة توّاقة بفطرتها إلى الأمن النفسي وتنفر من الأفعال والأقوال المشينة[1].

والقذف فيه إشاعة للفاحشة وهتك للعرض ومس من الشّرف وتعدّ على العرض.

والمتأمّل في النّصوص الشرعيّة قرآنيّة كانت أم سنيّة يلاحظ أنّها أولت بما لا يدعو مجالا للشك عناية فائقة بالعرض، ومن هذا المنطلق اعتبرت الشّريعة الإسلاميّة جرائم القذف من جرائم الحدود[2].

وبالنّظر لما يؤدّي إليه القذف عبر شبكات التّواصل الاجتماعي من لحوق العار وتدنيس شرف المقذوف أو المقذوفة، وتجاوزه للحدود المكانيّة، فإنّ الشّريعة الإسلاميّة جرّمت قذف المسلم عبر وسيلة التواصل الاجتماعي " الفايسبوك ". وقد تكاتفت الأدلّة الشرعيّة التي تقرّ بتجريم القذف.

الفرع الأوّل : أدلّة التّجريم من القرآن :

نصّ القرآن الكريم في العديد من المواضع على تجريم القذف وبيان خطورته على تمزيق نسيج المجتمع، وحرص في الآن نفسه على حماية الأعراض التي تعدّ من المصالح الضروريّة للشريعة الإسلاميّة.

ومن الأدلّة القرآنيّة نذكر:

I. قول الله تعالى :

(إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ)[3].

[1] (نعيمة) مراح: جريمة القذف بين الشريعة الإسلاميّة والقانون الجزائري، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعيّة والإنسانية، العدد 16، جوان 2016م، ص 192.

[2] يطلق لفظ الحد عادة على جرائم الحدود وعلى عقوبتها، فيقال: ارتكب الجاني حدا، ويقال عقوبته حدّا، وإذا أطلق لفظ الحد على الجريمة، فإنّما يقصد تعريف الجريمة بعقوبتها أي جريمة ذات عقوبة مقدّرة شرعا، فتسمية الجريمة بالحد تسمية مجازية. أنظر (عودة) عبد القادر: التشريع الجنائي الخاص مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، ج2، ص 343.

[3] سورة النور: الآية 19.

وجه الدّلالة في هذه الآية الكريمة أنّ الله سبحانه وتعالى توعّد الذين يحبّون أن تشيع الفاحشة وأن تنتشر بين النّاس بالعذاب الأليم في الدّنيا والآخرة، وهذا دليل لا مجال للشكّ فيه على حرمة القذف وعلى بشاعته وخسّة القائم به[1].

وبالنّظر إلى وسيلة التّواصل الاجتماعي " الفايسبوك " والسرعة القصوى التي ينتشر به القذف واتّساع عدد المطّلعين عليها بالنّظر إلى العدد الضخم لمستخدميه وما يؤدّي ذلك إلى إحداث ضرر نفسي للمقذوف أو المقذوفة، وما قد يؤدّي إلى التّشكيك في نسب الأولاد وتفكّك الأسرة وانهيارها، فإنّه يحرّم شرعا القذف عبر " الفايسبوك " كما لو وقعت بالطريقة التقليديّة.

II. قول الله تعالى :

(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لم يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)[2].

وجه الدّلالة في هذه الآية الكريمة أنّ الله سبحانه وتعالى أقرّ عقابا لمن ينتهك حُرمات المؤمنين والمؤمنات، ورمي العفيفات بالفاحشة وطعنهن في شرفهن.

ومصطلح الرّمي الوارد في الآية يتماهى مع مصطلح القذف مثلما تمّ التعرّض إلى ذلك.

وممّا لا شك فيه أنّه لا يحلّ لمسلم رمي محصنة بما ليس فيها من خلال المنشورات التي تظهر على "الفايسبوك "، وإن كانت كتابة لا نُطقا، فكلّ أمر يؤدّي إلى المس من العرض فهو محرّم، وعليه فلا يجوز نشر الرسائل أو الوسائط المرئيّة منها أو المسموعة التي فيها مساس وهتك للشّرف " فحُكمه حُكم المتكلّم لا فرق، وقد يفوق إثم الكتابة إثم الكلام إذا بلغ الآفاق"[3]، فالمقرّر عند الفقهاء أنّ " الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان وأنّ الكتابة تقوم مقام اللفظ"[4]، وأنّ " الكتاب كالخطاب"[5]، فـ " كلّ مكتوب يُحرّر على الوجه المُتعارف عليه بين النّاس فهو حجّة على كاتبه كالنّطق باللسان"[6] .

---

[1] (السحيمي) محيا بن مسعد: أحكام القذف في الشريعة الإسلاميّة، رسالة ماجستير، جامعة القرى، كليّة الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، مكّة المكرّمة، 1402 هـ/ 1982م، ص 29.

[2] سورة النور: الآية 4.

[3] (العواضي) رضوان بن أحمد: المغني في فقه وسائل التواصل الاجتماعي، (د.ط) (د. ت)، ص 145.

[4] (أمين) علي حيدر خواجة: درر الأحكام في مجلّة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1411 هـ/ 1991 م، ج1، ص 64.

[5] (الزرقا) أحمد: شرح القواعد الفقهيّة، تعليق مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2، 1409 هـ، 349.

[6] (مخدوم) ياسين: الأحكام الفقهيّة للحوار والتواصل الالكتروني، مجلّة الجامعة الإسلاميّة، العدد 162، ص 306.

الفرع الثّاني : أدلّة التجريم من السنّة :

بالاطّلاع على السنّة النبويّة الشّريفة نجد أنّها تضمّنت العديد من الأدلّة لتجريم القذف، وقد أكّدت على حرمة الأعراض.

ومن الأدلّة السنيّة نذكر:

I. عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ النّبي صلى الله عليه وسلّم قال: اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: يا رسول الله وما هنّ؟ قال: الشّرك بالله، والسّحر، وقتل النّفس التي حرّم الله إلاّ بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولّي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات"[1].

يتّضح من خلال ما ورد في الحديث المذكور أنّ النّبي صلى الله عليه وسلّم يحذّر الأمّة من الوقوع في الموبقات المهلكة التي تؤدّي إلى هلاك صاحبها، ومن بين الذنوب الموبقة الواردة في الحديث النبوي الشريف " قذف المحصنات الغافلات ".

والأمر الوارد في الحديث النبوي يفيد الوجوب " حيث لا صارف له عن هذا المعنى، فيكون اجتناب القذف واجبا"[2].

وما قلناه عند استعراض أدلّة القذف في القرآن الكريم ينطبق تمام الانطباق على تحريم القذف في السنّة النبويّة الشريفة، فوُجوب اجتناب القذف وتصنيفه كإحدى الموبقات السبع، يكون بالمثل إذا وقع القذف عبر " الفايسبوك ".

II. حديث ابن عبّاس رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم خطب النّاس يوم النحر، فقال : فأيّ يوم هذا ؟ قالوا : يوم حرام، قال: فأيّ بلد هذا ؟ قالوا: بلد حرام. فأيّ شهر هذا ؟ قالوا: شهر حرام. قال: فإنّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا، فليبلّغ الشاهد الغائب ؟[3].

يُؤكّد هذا الحديث على تحريم الدماء والأموال والأعراض وأنّ هذه الحرمة كحرمة الشّهر الحرام في البلد الحرام[4]، وعليه فلا يجوز لأيّ كان أن يعتدي على الأعراض بالقذف والقول الكاذب والغاية منه الافتراء وهتك الأعراض بأيّ وسيلة كانت بما في ذلك وسيلة التواصل الاجتماعي " **الفايسبوك** " التي تُعتبر

---

[1] البخاري: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلّم، تحقيق محمّد زهيّر بن ناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422 هـ، حديث عدد 6857، ج8، ص 175.

[2] (السحيمي) محيا بن مسعد: أحكام القذف في الشريعة الإسلاميّة، ص 31.

[3] صحيح مسلم: كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، حديث رقم 1679، ج 38، ص 1306.

[4] (السحيمي) يحي: أحكام القذف في الشّريعة الإسلاميّة، ص 33.

أخطر على الأعراض من وسائل القذف التقليديّة لسرعة الانتشار التي تتميّز به، وللعدد الكبير المطّلع عليه.

الفرع الثّالث : تّحريم القذف بالإجماع :

انعقد إجماع عُلماء الأمّة الإسلاميّة[1] على تحريم القذف واعتباره من الكبائر لجملة الأدلّة الواردة في النُّصوص الأصليّة التّأسيسيّة (القرآن والسنة)، فالشّريعة الإسلاميّة تحرص على أن يكون المُجتمع المُسلم نقيّا طاهرا، ومن أهمّ مقاصدها تركيز مبدأ صيانة العرض، فهو أحد الكليّات الخمس للمصالح الضرُوريّة ومن الوُجوب الشّرعي المُحافظة عليه درء للمفاسد المتمثّلة في شيوع الفاحشة فـــ " كلّما قذف شخص شخصا آخر بغير حق شاع هذا القول. وشيوع القول الفاحش في المجتمع وتردّده في جنباته، يدفع النّاس إلى الاجتراء على فعله واستسهاله، ومن ثمّ كانت عقوبة الذين يحبّون أن تشيع الفاحشة عذابا أليما في الدّنيا والآخرة"[2]، فقد نزّلت الشّريعة الإسلاميّة الأعراض منزلة مهيبة وجعلتها محلّ قداسة، فلا يجب أن يتجرّأ أي شخص على انتهاكها حتى لا تحصل عداءات، وقد يتطوّر الأمر إلى نشوب حروب بسبب الاعتداء على العرض وتدنيسه[3].

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ الشّريعة الإسلاميّة جرّمت القذف عبر موقع وسائل التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " وبيّنت مقدار الضرر الذي يحدثه في الفرد والمجتمع، وهذه الجريمة يتوقّف قيامها على جملة من الأركان في حال انتفائها تنتفي الجريمة.

الفقرة الثّانية : أركان جريمة القذف عبر موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " :

كنّا قد تعرّضنا إلى تعريف القذف وخلصنا إلى أنّه الرّمي بالوطء، أو نفي النسب (الفرع الأوّل) وإحصان المقذوف (الفرع الثّاني) وتوفّر القصد الجنائي (الفرع الثّالث). وهذه هي جملة الأركان التي تقوم عليها جريمة القذف.

الفرع الأوّل : الرمي بالوطء أو نفي النسب :

يتوفّر هذا الركن كلّما رمى القاذف المقذوف بالوطء (الزنا أو اللواط) أو نفي النسب مع عجزه إثبات ذلك، فالرّمي بالزنا قد يكون نفيا لنسب المجني عليه. وقد لا يكون، فمن قال لشخص يا ابن زنا فقد نفى نسبه ورمى أمّه بالزنا، ومن قال لشخص يا زاني فقد رماه بالزنا ولم ينف نسبه، فالرمي بالزنا يكون نفيا لنسب المقذوف

[1] أنظر ابن قدامة: المغني، ج10، ص 192. /ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص 31.

[2] (السحيمي) يحي: أحكام القذف في الشريعة الإسلاميّة، ص 36.

[3] (شعران) اسماعيل: جريمة القذف في الشّريعة الإسلاميّة أحكامها وصورها المعاصرة، رسالة ماجستير، جامعة الشّهيد حمّة لخضر، الوادي، معهد العلوم الإسلاميّة، 2017م/2018م. ص 11.

إذا تعدّى القذف لأمّه، فنفي النسب يقتضي دائما رمي أم المقذوف، فمن نسب شخصا إلى غير أبيه، فقد نسب الزنا لأم هذا الشخص[1].

وهذا الركن يتوفّر إذا ما استخدم على صفحات " الفايسبوك " بأيّ وسيلة كانت، كتابة أو عبر تسجيل صوتي أو مقطع فيديو ويكون محتواه الرمي بالزنا أو نفي النسب.

الفرع الثّاني : إحصان المقذوف :

يشترط في المقذوف سواء كان رجلا أو امرأة أن يكون محصنا. وأصل هذا الشّرط قول الله تعالى : **(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)**[2] . وقد اتّفق العلماء على اعتبار الإحصان في المقذوف سواء كان رجلا أو امرأة[3].

والمقصود بالإحصان عند الفقهاء كما في قوله تعالى : **(وَمَرْيَمَ ابْنَتَ عِمْرَانَ الَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا فَنَفَخْنَا فِيهِ مِنْ رُوحِنَا وَصَدَّقَتْ بِكَلِمَاتِ رَبِّهَا وَكُتُبِهِ وَكَانَتْ مِنَ الْقَانِتِينَ)**[4] وقوله تعالى : **(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)**[5]، هو النساء العفيفات من المؤمنات[6].

---

[1] (عودة) عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ص 463.

[2] سورة النور: الآية 4.

[3] (الزيلعي) فخر الدّين، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، 1313 هـ، ج 3، ص 199.

[4] سورة التحريم: الآية 13.

[5] سورة النور: الآية 4.

[6] أنظر تفسير القرآن لابن كثير، المجلّد العاشر، ص 171.

وللإحصان جملة من الشّروط منها :

+ **العفّة عن الزنا:** فالمقذوف يجب أن يكون عفيفا أن يكون عفيفا عن الفاحشة التي رُمي بها[1].

+ **الإسلام** :

ذهب جمهور العلماء أنّ المقذوف يشترط فيه الإسلام، وعليه قالوا بانعدام الحد على من قذف كافرا باعتبار أنّ الكافر غير محصن. **(فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ)**[2]، ومعنى الإحصان هنا هو الإسلام وروي ذلك عن عبد الله بن مسعود وابن عمر وسعد بن جبير...[3].

+ **أن يكون المقذوف معلوما** :

يجب أن يكون المقذوف معلوما لقيام جريمة القذف، فمن قال لجمع من النّاس بأنّ أحدكم زان، فلا جريمة ولا حد، لعدم العلم بالمقذوف، فالحدّ " إنّما شُرّع لرفع المعرّة عن المقذوف، وقاذف المجهول لم يلحق عارا بأحد معيّن، فلا يجب عليه الحدّ "[4].

الفرع الثّالث : القصد الجنائي :

يتوفّر القصد الجنائي في جريمة القذف إذا ما رمى القاذف المقذوف بالزنا أو نفى عنه نسبه مع علمه بعدم صحّة ما رماه به[5]. وقرينة العلم بعدم صحّة رميه للمقذوف تثبت مادام قد عجز عن إثبات صحّة إدّعاءه. وعليه فلا يُعتدّ بصحّة ما قاله بالرّغم من أنّه قد يدّعي بأنّه بنى " اعتقاده على صحّة القذف على أسباب مقبولة لأنّه كان يجب عليه قبل أن يقذف المجني عليه أن يكون الدّليل المثبت للقذف حاضرا بين يديه"[6] ، وهذا ما قاله النبي صلى الله عليه وسلّم لهلال بن أميّة الذي قذف زوجته، فعن ابن عبّاس رضي الله عنهما أنّ هلال بن أميّة قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلّم بشريك بن سمحاء، فقال النّبي صلى الله عليه وسلّم " البيّنة أو حدّ في ظهرك "، فقال يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجُلا، ينطلق يلتمس البيّنة؟، فجعل يقول: " البيّنة وإلاّ حدّ في ظهرك "[7].

---

[1] الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنوز الدقائق، ج3، ص199.

[2] سورة النساء : الآية 25.

[3] ابن كثير: تفسير القرآن الكريم، المجلّد الثالث، ص 432.

[4] (السحيمي) يحي: أحكام القذف في الشريعة الإسلاميّة، ص 69.

[5] (عودة) عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ص 477.

[6] (عودة) عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ص 477.

[7] البخاري: كتاب الشهادات، باب إذا ادّعى أو قذف، فله أن يلتمس البيّنة وينطلق لطلب البيّنة، حديث رقم 2671، ج 3، ص 178.

دلّ الحديث على أنّ من قذف زوجته بالزنا فهو ملزم بإقامة البيّنة وهي أربعة شهادات[1] رغم أنّ هلال بن أميّة شهد واقعة الزنا بنفسه. ولم يخلّصه من الحد إلاّ نزول حكم اللعان[2]..

لكن السؤال الذي يطرح بعد تعرّضنا إلى أركان القذف. هل يشترط العلانيّة في القذف سواء كانت واقعيّة أمام النّاس أم على موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك "؟

الشّريعة الإسلاميّة لا تشترط العلانيّة في القذف، فالجريمة تتحقّق سواء حدثت في محلّ عام أو محلّ خاص. أي سواء كانت على مسمع من النّاس أم فيما بينهما فقط.[3]

وعليه فإنّ جريمة القذف تحصل في صورة وقوعها على صفحات " الفايسبوك "وما في ذلك من إطلاع واسع عليها، كما تحصل أيضا عبر إرساليّة مكتوبة كانت أو صوتيّة مرسلة في رسالة خاصّة عن طريق " **الميسنجر** " بين الباث والمتقبّل أو بين القاذف والمقذوف. ولعلّ السبب في عدم اعتبار الشريعة الإسلاميّة شرط العلانيّة، أنّها تولي أهميّة كبرى لكرامة الإنسان، فالله سبحانه وتعالى كرّمه بدليل قوله تعالى : **(وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا)**[4]، " فقيمته أمام نفسه تساوي قيمته أمام النّاس، وحرصه على كرامته في السّر يجب ألاّ تقل عن حرصه على كرامته في العلانيّة "[5].

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ جريمة القذف عبر وسائل التواصل الاجتماعي في الفقه الإسلامي تقوم على جملة من الأركان في غيابها تنتفي المسؤوليّة الجزائيّة، وعليه فثبوت الأركان يؤدّي إلى ثبوت الجريمة.

و تتمثّل الأركان في الرّمي بالوطء أو نفي النسب و إحصان المقذوف و القصد الجنائي.

القانون التّونسي بدوره تناول الأركان التي تقوم من خلال توفّرها المسؤوليّة الجزائيّة للقاذف.

---

[1] أنظر الآية 4 من سورة النور

[2] (عودة) عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ص 478.

[3] م.ن، ص478.

[4] سورة الإسراء: الآية 70.

[5] (عودة) عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ص 478.

المطلب الثّاني : أركان جريمة القذف عبر موقع التّواصل الاجتماعي " الفايسبوك " في القانون التّونسي :

حرصت مُعظم الدُّول على تشريع قوانين ونصوص ناظمة لمثل هذه لجرائم، من باب تأصيل وتكييف الجرائم الالكترونيّة بما فيها جريمة القذف عبر وسيلة التواصل الاجتماعي "الفايسبوك "[1]. من ذلك قانون الجرائم الالكترونيّة الأردني[2] .

والقانون التّونسي تعرّض إلى جريمة القذف في القسم الخامس من المجلّة الجنائيّة المُعنون بـــ " في هتك شرف الإنسان وعرضه" وتحديدا صلب الفصول 245 و 246 و247.

بالنّظر إلى النصوص القانونيّة المتعلّقة بجريمة القذف في القانون التونسي نجد أنّ أركان قيام جريمة القذف تتمثّل في الركن الشّرعي (الفقرة الأولى) والركن المادّي (الفقرة الثانية) والركن المعنوي (الفقرة الثالث) وسيتم تناول هذه الأركان وبيان مدى انطباقه على جريمة القذف الحاصلة بمقتضى وسيلة التواصل الاجتماعي " الفايسبوك ".

الفقرة الأولى : الرّكن الشّرعي :

يتمثّل الرّكن الشّرعي في النص الواجب التطبيق الذي يُجرّم الفعل أو بصفة أدق الذي يضفي عليه الصفة غير المشروعة ويكون أساسا لقيام المسؤوليّة الجنائيّة.

جرّم المشرّع التّونسي القذف في الفصل 245 من المجلّة الجنائيّة الذي ينص على أنّه " يحصل القذف بكلّ إدّعاء أو وسيلة لدى العموم فيه هتك شرف أو اعتبار شخص أو هيئة رسميّة".

يتّضح من خلال منطوق الفصل 245 أنّ القذف يُعدّ جريمة في التشريع الجنائي التّونسي بمقتضى النص القانوني وذلك عملا بالفصل الأوّل من المجلّة الجنائيّة الذي ينص على " لا يعاقب أحد إلاّ بمقتضى نص من قانون سابق الوضع..." "و " ترجمة ذلك بأنّه لا عقاب على أيّ مخالفة أو أي جنحة أو أي جناية إلاّ بمُوجب عقاب سبق التنصيص عليه بقانون قبل اقترافها"[3]، فالمبدأ القانوني يقيم المسؤوليّة الجنائيّة بناء على نص قانوني سابق الوضع.

لكن الإشكال الذي يُطرح هنا، هل يُمكن أن ينطبق هذا المبدأ على القذف المرتكب بواسطة " الفايسبوك ".

---

[1] (طميزة)شرف صابر محمّد: جرائم الذم والتحقير عبر الوسائل الالكترونيّة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كليّة الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2016 م.

[2] نصّت المادّة 11 على أنّه" يعاقب كل من قام قصدا بإرسال أو إعادة إرسال أو نشر بيانات أو معلومات عن طريق الشبكة المعلوماتيّة أو الموقع الالكتروني أو أي نظام معلومات تنطوي على ذم أو قدح أو تحقير أي شخص..."

[3] (الكافي) عبادة: المجلّة الجزائيّة معلّق عليه، ص 19.

ممّا لا شك فيه أنّ النص القانوني المجرّم للقذف ينطبق على كل الأفعال التي تنضوي تحت منطوق الفصل 245 من المجلّة الجنائيّة رغم اختلاف الوسيلة بين القذف التّقليدي والقذف باستعمال الوسائط الالكترونيّة. هذا الأمر سيتبيّن بأكثر وضوح من خلال التعرّض إلى الركن المادّي لجريمة القذف.

الفقرة الثّانية : الركن المادي :

يتمثّل الرّكن المادّي للجريمة في الفعل أو السلوك الذي يجرّمه القانون الجنائي ويترتّب عن القيام به عقوبة "[1]، فالركن المادّي هو تجسيم إرادة الجاني في فعل يجرّمه القانون، وعليه فإنّ الكامن في نفس الجاني الذي يُعبّر عن مجرّد نيّة دون تنفيذ، لا يعاقب عليه وذلك عكس النظم الأخلاقيّة التي " تدين الإنسان لمجرّد كونه فكّر أو عزم على ارتكاب سرقة أو أي فعل آخر منافيّا للأخلاق"[2].

وبالرّجوع إلى الفصل 245 من المجلّة الجنائيّة التونسيّة نجده ينص على أنّه " يحصل القذف بكلّ إدّعاء أو نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف أو اعتبار شخص أو هيئة رسميّة"

بناء على هذا الفصل فإنّ الركن المادي لجريمة القذف تتمثّل في فعل الإسناد و موضوعه (الفرع الأوّل)، العلانية: لدى العموم (الفرع الثّالث).

وسنحاول بيان هذه الأمور مع الإجابة على الإشكال القانوني المتمثّل في مدى إمكانية قيام جريمة القذف المقترفة عبر وسيلة التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " بالاعتماد على الفصل 245 المذكور خاصّة وأنّه يتناول جريمة القذف التقليديّة؟

الفرع الأوّل : فعل الإسناد وموضوعه: إدّعاء أو نسبة أمر لشخص و هتك الشرف والاعتبار :

ممّا لا شكّ فيه أنّ فعل الإسناد يُعتبر من الأُسس القانونيّة لقيام جريمة القذف فـــ " جريمة القذف تتكوّن من فعل الإسناد الذي يُقصد به قيام القاذف بنسبة واقعة معيّنة إلى المجني عليه (المقذوف)[3]

والأمر المنسوب للشّخص المشار إليه بالفصل 245 يتمثّل في جملة من الماذّيات يقع التّعبير عليها من طرف الجاني التي تتمثّل أساسا في " أفعال أو أقوال أو تصريحات أو مواقف يقع نسبتها لشخص"[4]، فهذه الأمور الصادرة عن شخص ونسبتها إليه، تُعدّ من أساسيات قيام جريمة القذف التي في حال عدم توفّرها يختل الركن المادّي وبالتّالي تنتفي الجريمة.

---

[1] (القصير) فرج: القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، 2006 م، 83.

[2] م.ن، ص 83.

[3] (يحي) تومي: جرائم الاعتداء ضد الأفراد باستخدام تكنولوجيا الإعلام والاتّصال، ص 41.

[4] (الكافي) عبادة: المجلّة الجنائيّة، معلّق عليها، ص 458.

ما يُمكن ملاحظته في خصوص الفصل 245 أنّ المشرّع التّونسي نص على الإدّعاء أو نسبة أمر للغير، وبالتمعّن فيهما نجد أنّهما مختلفان، ذلك أنّ " نسبة الشيء هي تبنّي الأمر المنسوب والأخذ به، وهو ما يعبّر عنه بالقذف المباشر، أمّا الإدّعاء فيتمثّل في إطلاق الأمر المنسوب على أنّه رواية أو مأخوذة عن الغير أو وقع ترديده عنه بشكل غير جازم "[1].

فالمشرّع التّونسي من خلال التّنصيص على الإدّعاء أو نسبة الأمر للغير، أراد توسيع نطاق التّجريم من خلال تجريم الفعل المباشر للقذف أي الصادر مباشرة عن الجاني، أو الرواية التي ينقلها عن الغير، فالقانون يسوّي بين الإسناد أو الإدّعاء واعتبر أنّ كل منهما يُعدّ من قبيل القذف المُعاقب عليه طالما أنّ النّتيجة واحدة وهي الحطّ من كرامة المتضرّر وهو هنا المقذوف[2].

الإشكال القانوني الذي يُمكن طرحه في هذا الجانب هو مدى إمكانيّة قيام جريمة القذف كما نص عليها الفصل 245 في حال ارتكابها عبر وسيلة التواصل الاجتماعي " الفايسبوك "، خاصّة وأنّ الفصل المذكور تحدّث عن جريمة القذف المُرتكبة بالطرق التّقليديّة.

بالنّظر إلى الفصل 245 نجد أنّه نصّ على الإدّعاء أو نسبة أمر لدى العموم بصفة مطلقة دون تحديد الوسيلة التي بمقتضاها تُرتكب جريمة القذف[3].

بناء على ما ذكر فإنّ جريمة القذف " تعتبر قائمة بأيّ وسيلة من وسائل التّعبير عن الفكرة أو المعنى الذي يدور في ذهن الجاني بصورة يفهمها الغير يصلح لأن يتحقّق به فعل الإسناد عن طريق شبكة الأنترنات وذلك بنسبة واقعة إلى شخص معيّن بالذّات[4].

وفيما يتعلّق بموضوع الإسناد يشير الفصل 245 إلى موضوع الإسناد الذي يتحقّق بمقتضى واقعة مُحدّدة مُوجّهة إلى شخص المجني عليه (**المقذوف**).

وتتضمّن هذه الواقعة اعتداء على شرف الغير وذلك بنسبة أُمُور تُوجب الاحتقار والحط من اعتباره.

وتجدر الإشارة هنا أنّه يجب إسناد واقعة مُحدّدة تمسّ من شخص المقذوف وتتضمّن اعتداء على شرفه واعتباره.

---

[1] (الشيحاوي) صالح: جرائم الفايسبوك، رسالة ماجستير، كليّة الحقوق بسوسة، الجمهوريّة التونسيّة، 2013 م/ 2014 م، ص 27.

[2] م.ن، ص 27.

[3] م.ن، ص 29.

[4] (يحي) تومي: جرائم الاعتداء ضد الأفراد باستخدام تكنولوجيا الإعلام والاتّصال، ص 42.

الفرع الثّاني : ركن العلنيّة :

من الأركان الأساسيّة لقيام جريمة القذف في القانون التّونسي العلنيّة.

والعلنيّة هي كلّ ما يقع تحت نظر الكافّة أو يصل إلى سمعهم[1]، أو هي اتّصال علم الجمهور بعبارات وألفاظ شائنة تمّ التعبير عنها بالقول أو الفعل أو الكتابة أو بأيّ وسيلة أخرى[2].

فالعلنيّة بحسب المفاهيم المُقدّمة، تفيد حُصول أعمال وأقوال فيها هتك شرف أو اعتبار في مكان عمومي يجعل بإمكان الغير الاطلاع عليها وسماعها، وهذا ما أقرّته محكمة التعقيب التونسيّة في قرار تعقيبي جزائي عدد 1018 مؤرّخ في 7 نوفمبر1977م حيث ورد فيه أنّ " ركن العلنيةّ في تهمة القذف تحصل بمجرّد تصريح المضنون فيه بعبارات القذف الماسّة بالشّرف في مكان عمومي بحيث يسمعه غير المتخاطبين"[3].

وقد اشترط الفصل 245 ركن العلنيّة كأساس لقيام جريمة القذف من خلال التنصيص على أنّه " يحصل القذف بكلّ إدّعاء أو نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف ". وبالإضافة إلى ذلك فقد نصّ المرسوم عدد 115 لسنة 2011 م المُتعلّق بحريّة الصحافة والطباعة والنّشر على ركن العلنيّة لقيام المسؤوليّة الجزائيّة، فقد ورد في منطوقه أنّه " يعتبر ثلبا، كلّ إدّعاء أو نسبة شيء غير صحيح بصورة علنيّة من شأنه أن ينال من شرف أو اعتبار شخص معيّن..."، فالقذف الموجّه لشخص في مكان خاص غير عمومي، تنتفي معه الحريّة لانعدام ركن العلنيّة.

وبما أنّ " الفايسبوك " يعدّ من المواقع الاجتماعيّة المفتوحة للعموم، فممّا لا شكّ فيه أنّ ركن العلنيّة متوفّر فيه، وعليه فإنّ علنيّة القذف عبر موقع التواصل الاجتماعي متوفّرة من خلال علنيّة الكتابة التي هي " كلّ ما يتمّ تدوينه بلغة مفهومة، ويمكن من خلالها فهم ما تحوبه من فكر وأيّا كان الشّكل الذي تتّخذه"[4].

ولا يُمكن للكتابة الماسّة بالشرف التي فيها هتك للعرض أن تكون أساسا لقيام جريمة القذف إلاّ إذا توفّر عنصر العلنيّة، وتُعلن هذه الكتابة أو تنشر عبر موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك ".

كما تتحقّق العلانية من خلال الجهر بالقول أو الصياح، كأن يتحدّث الجاني (القاذف) بصوت عال فيصل الكلام إلى الشّخص الموجّه إليه القول كما يصل إلى غيره. وفي حال وصول الجهر بالقول أو الصياح إلى شخص واحد، ينتفي ركن العلنيّة وبالتّالي تنتفي جريمة القذف[5]، وعلنيّة الجهر بالقول تتحقّق وتثبت في حقّ

---

[1] (طوالبة) علي حسن: جريمة القذف، دراسة مقارنة بين الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة، مكتبة الثقافة للنشر والتّوزيع، 1998 م، ص 75.

[2] (الحيوري) سعد صالح: مسؤوليّة الصحفي الجنائيّة عن جرائم النشر، المؤسّسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 1، 2010 م، ص 52.

[3] نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1977، ج2، ص 103.

[4] (يحي) تومي: جرائم الاعتداء ضد الأفراد باستخدام تكنولوجيا الإعلام والاتّصال، ص 55.

[5] (المناعسة)أسامة أحمد، (الزعبي) جلال محمّد: جرائم تقنية نظم المعلومات الالكترونيّة، دار الثقافة للنشر والتّوزيع، عمان، ط2، 2014 م، ص336.

فاعلها إذا حدثت عبر وسيلة التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " عن طريق رسالة صوتية أو شريط فيديو مُسجّل بصورة تسمح الاطلاع عليها ومشاهدتها أو سماعها على نطاق واسع[1].

يتّضح ممّا تقدّم أنّ " الفايسبوك " يعتبر من المواقع الاجتماعيّة المفتوحة للعموم، وهذا الأمر يثبت بمقتضاه ركن العلنيّة كأحد الأركان الأساسيّة لقيام جريمة القذف. وهذا الأمر يؤدّي إلى القول بأنّ الرسائل التي يتمّ إرسالها عبر " الميسنجر " أو عبر البريد الالكتروني تعتبر خاصّة وتتمتّع بالسريّة المحميّة دستوريّا، فقد نصّ الفصل 24 من دستور 2014 م أنّ الدّولة " تحمي... الحياة الخاصّة... وسريّة المراسلات و الاتصالات والمعطيات الشّخصيّة". وبناء على ذلك فإنّ " النص أو العبارة الماسّة من الشّرف والاعتبار ينتفي فيها ركن العلنيّة كلّما أُرسلت للمتضرّر منها عبر البريد الالكتروني الخاص، إذا ما كان المُرسل إليه الوحيد"[2].

يُعدّ ركن العلنيّة من الأركان الأساسيّة لقيام جريمة القذف وبانعدامه تنتفي الجريمة وهذا خلافا للشّريعة الإسلاميّة التي لا تشترط العلنيّة في القذف، فالجريمة تتحقّق سواء حدثت في محلّ عام أو محلّ خاص. أي سواء كانت على مسمع من النّاس أم فيما بينهما فقط. وعليه فإنّ جريمة القذف تحصل في صورة وقوعها على صفحات " الفايسبوك "وما في ذلك من إطلاع واسع عليها، كما تحصل أيضا عبر إرساليّة مكتوبة كانت أو صوتيّة مرسلة في رسالة خاصّة عن طريق **" الميسنجر"** أو البريد الالكتروني.

الفقرة الثّانية : الركن المعنوي :

لتكون جريمة القذف سببا لقيام المسؤوليّة الجنائيّة ومؤدّية إلى العقاب المقرّر قانونا، لا يكفي أن يتوفّر نص قانوني يجرّم الفعل وأن يقوم الفرد بارتكاب هذا الفعل، بل يجب أن يكون الفاعل متمتّعا بإرادة حرّة واعية[3]، فالركن المعنوي لجريمة القذف يتّخذ صورة القصد الجنائي العام[4]، وعليه فجريمة القذف هي جريمة قصديّة يلزم لقيامها توفّر القصد الجنائي الذي هو في نهاية الأمر صورة الركن المعنوي في الجرائم العمديّة.

وقد نصّ الفصل 37 من المجلّة الجنائيّة على أنّه " لا يعاقب أحد إلاّ بفعل ارتكب قصدا عدى الصور المقرّرة بوجه خاص بالقانون"، فالمبدأ الوارد بالفصل 37 المذكور هو أحد ركائز المجلّة الجزائيّة، حيث ينص على أنّ الجريمة تتكوّن بالإضافة إلى الفعل المقترف، من القصد الجنائي أي قصد الجاني اقتراف الفعل[5].

وهو ما دأبت على تطبيقه محكمة التعقيب التونسيّة، حيث ورد في قرارها التعقيبي الجزائي عدد 38612 المؤرّخ في 26 مارس 1992 " أنّ القضاء بإدانة المتّهم وعقابه من أجل ذلك بعقاب بدني دون بيان العناصر المُكوّنة

---

[1] (يحي) تومي: جرائم الاعتداء ضد الأفراد باستخدام تكنولوجيا الإعلام والاتّصال، ص59.

[2] (الشيحاوي) صالح: جرائم الفايسبوك، ص 38

[3] (محمّد) الألفي محمّد: المسؤوليّة الجنائيّة الأخلاقيّة، المكتب المصري الحديث، ط 1، 2005 م، ص 70

[4] (القصير) فرج: القانون الجنائي العام، ص 112.

[5] (الكافي) عبادة: المجلّة الجزائيّة معلّق عليها، ص 83.

لأركان الجريمة وخاصّة ركنها القصدي، يجعل الحكم مستوجبا للنقض"[1]، فالقصد الجنائي أمر وجوبي لتوفّر الركن المعنوي. وقد عرّفه فقه القضاء بكونه " النيّة المتّجهة إلى خرق القانون الجنائي أو الإرادة المتّجهة إلى ارتكاب فعل مجرّم مع العلم بهذا التّجريم"[2].

والإرادة المتّجهة إلى ارتكاب فعل مجرّم لا يمكن تصوّرها إلاّ من شخص مميّز عاقل قادر على عواقب الأمور وله القدرة العقليّة على التّمييز بين الممنوع من الأفعال والمباح منها[3]. وقد تعرّض الفصل 38 من المجلّة الجزائيّة إلى حالات فقدان التّمييز أو الإدراك، فقد نص على أنّه " لا يعاقب من لم يتجاوز سنة ثلاثة عشر عامّا كاملة عند ارتكابه الجريمة أو كان فاقد العقل "، فالطفل الذي لم يتجاوز عمره ثلاثة عشر سنة، يعتبر قانونا غير قادر على التّمييز بين ما هو مجرّم من الأفعال وغير مجرّم منها. ويتدعّم هذا الحكم الوارد بالفصل 38 المذكور بالفصل 43 من نفس المجلّة الذي نصّ على أنّه " يقع تطبيق القانون الجزائي على المتّهمين الذين سنّهم أكثر من ثلاثة عشر عاما كاملة وأقلّ من ثمانية عشر عاما كاملة". هذا بالإضافة إلى الفصل 68 من مجلّة حماية الطفولة الذي ورد في منطوقه أنّه " يتمتّع الطفل الذي لم يبلغ سنه ثلاثة عشر عاما بقرينة غير قابلة للدّحض على عدم قدرته على خرق القوانين الجزائيّة. وتصبح هده القرينة بسيطة إذا ما تجاوز الثلاثة عشر عاما ولم يبلغ بعد الخامسة عشرة".

فبموجب الفصول 38 و 43 من المجلّة الجزائيّة والفصل 68 من مجلّة حماية الطفل، فإنّ الطفل الذي لم يتجاوز الثلاثة عشر من العمر، فإنّه يتمتّع بقرينة قانونيّة على عدم قدرته على خرق أحكام القانون الجزائي باعتباره لا يفهم كما يجب نظام التّجريم وما يترتّب عنه من نتائج[4].

بالإضافة إلى عدم تجاوز سن الثالثة عشر كأحد عناصر فقدان التّمييز، فقد تعرّض الفصل 38 أيضا إلى " فاقد العقل " واعتبره من الأمور التي تُؤدّي إلى عدم المُؤاخذة الجزائيّة على من قام بالفعل محلّ التّجريم. و" السبب الأساسي لفقدان العقل هو الجنون أو العته "[5]، فالجنون يُفقد الشّخص القدرة على التّمييز بين ما هو مُباح وبين ما هو غير مباح، وبالتّالي تنتفي المسؤوليّة الجزائيّة في حقّه. وتبقى مسؤوليّة مسألة انتفاء المسؤوليّة عن المجنون رهينة ثبوت أنّه كان حقيقة على حالته تلك أثناء ارتكاب الفعل المعاقب عليه قانونا.

يفرّق القانون التّونسي بين الجنون المتقطّع والجنون المطبق، فقد نصّ الفصل 160 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة أنّ " المجنون هو الشّخص الذي فقد عقله سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا تعتريه فترات

---

[1] قرار تعقيبي جزائي عدد 38612 مؤرّخ في 26 ماس 1992 م، نشريّة 1992 م، ص 170. /أنظر أيضا القرار التعقيبي الجزائي عدد 95079 المؤرّخ 16 أفريل 1998 م، نشريّة 1998 م، ص 215.

[2] قرار تعقيبي جزائي عدد 18413 مؤرّخ في 30 أفريل 1986 م، مجلّة القضاء والتّشريع 1986 م، ص 88.

[3] (القصير) فرج: القانون الجنائي العام، ص 112.

[4] م.ن، ص 114.

[5] م.ن، ص 115.

يثوب إلى عقله فيها"، وفي صورة ارتكاب الفعل في حالة الجنون المتقطّع وكان الجاني مُدركا لما يفعل، فإنّه بإمكان القاضي معاقبته على فعله شريطة أن يكون في تاريخ المحاكمة وخلال مدّة تنفيذ العقوبة البدنيّة أو المقيّدة للحريّة متمتّعا بكامل مداركه العقليّة[1]. في هذه الحالة يستعين القضاة بأهل الخبرة من الأطبّاء.

من خلال ما تقدّم يتعيّن القول أنّ القصد الجنائي في جريمة القذف يتحقّق بانصراف إرادة الجاني المس من شرف المجني عليه (المقذوف أو المقذوفة) وهتك عرضه، وهذا هو القصد في جريمة القذف.

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ جريمة القذف عبر وسيلة التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " سواء أكانت في الفقه الإسلامي أو القانون التّونسي تقوم عل جملة من الأركان لا يمكن قيام المسؤوليّة الجزائيّة في حال غيابها.

الخاتمة :

يعتبر موقع التّواصل الاجتماعي " الفايسبوك " من أهم وسائل التواصل والأكثر انتشارا محليّا وعالميا وقد قرّبت هذه الوسيلة بين الأشخاص المتباعدين جغرافيّا، وممّا لا شكّ فيه أنّ هذا التطوّر حمل للبشريّة جملة من الإيجابيات، إلاّ أنّ هذه الوسيلة أسيئ استعمالها من قبل العديد من المستخدمين، ومن بين السلبيات التي تولّدت عن هذه الوسيلة، استعمالها لقذف الآخرين وهتك أعراضهم، ومن خلال دراستنا لجريمة القذف عبر موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " في الفقه الإسلامي والقانون التّونسي خلصنا إلى جملة **النتائج** التالية :

- أكّدت الشّريعة الإسلاميّة على قدسيّة شرف الإنسان، واعتبرت أنّ البشريّة توّاقة بفطرتها إلى الأمن النّفسي وتنفر من الأفعال والأقوال المشينة.
- جرّمت الشّريعة الإسلاميّة قذف المسلم وهتك عرضه والمس من شرفه عبر موقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك "، وبيّنت مقدار الضرر الذي يحدثه في الفرد والمجتمع ولا فرق في ذلك إن كان القذف بالتصريح أم بالتلميح.
- الشّريعة الإسلاميّة لا تشترط العلنيّة في القذف، فالجريمة تتحقّق سواء حدثت في محلّ عام أو محلّ خاص. وعليه فإنّ جريمة القذف تحصل في صورة وقوعها على صفحات " الفايسبوك "وما في ذلك من إطلاع واسع عليها، كما تحصل أيضا عبر إرساليّة مكتوبة كانت أو صوتيّة مرسلة في رسالة خاصّة عن طريق " **الميسنجر** ".
- تناول القانون التّونسي جريمة القذف في القسم الخامس من المجلّة الجنائيّة المعنون بـــ " في هتك شرف الإنسان وعرضه" وتحديدا صلب الفصول 245 و 246 و247.

[1] (القصير) فرج: القانون الجنائي العام، ص 116.

- تعتبر جريمة القذف في القانون التّونسي قائمة بأيّ وسيلة من وسائل التّعبير عن الفكرة أو المعنى الذي يدور في ذهن الجاني بصُورة يفهمها الغير يصلح لأن يتحقّق به فعل الإسناد عن طريق شبكة الأنترنات.
- يُعدّ ركن العلنيّة من الأركان الأساسيّة لقيام جريمة القذف وبانعدامه تنتفي الجريمة وهذا خلافا للشّريعة الإسلاميّة التي لا تشترط العلنيّة في القذف، فالجريمة تتحقّق سواء حدثت في محلّ عام أو محلّ خاص.
- جريمة القذف هي جريمة قصديّة يلزم لقيامها توفّر القصد الجنائي، فيجب أن يكون الفاعل متمتّعا بإرادة حرّة واعية، ويتحقّق القصد الجنائي في جريمة القذف بانصراف إرادة الجاني المس من شرف المجني عليه (المقذوف أو المقذوفة) وهتك عرضه، وهذا هو القصد في جريمة القذف.

التوصيات :

- لزوم حرص العُلماء والباحثين في العلوم الشّرعيّة القيام بالدّراسات العلميّة اللازمة لبيان أحكامها الشّرعيّة وضوابط استخدامها.
- وجوب الإسراع بسنّ التّشريعات الخاصّة بجرائم الفايسبوك وبيان النقاط التي تميّزها عن الجرائم التّقليديّة التي ترتكب في فضاء مادّي المختلفة عن الفضاء الافتراضي.
- إحداث محاكم مختصّة في المنازعات والجرائم الالكترونيّة بصفة عامّة، مع ما يتبع ذلك من إحداث هيكل للبحث والتتبّع في جرائم الفايسبوك .

❖ فهرس المصادر والمراجع :

- **كتب :**

- ابن كثير : تفسير القرآن الكريم، تحقيق مصطفى السيّد محمّد، محمّد السيّد رشاد، محمّد فضل العجماوي، علي أحمد عبد الباقي، حسن عبّاس قطب، مؤسّسة قرطبة للطبع والنشر والتّوزيع، ط1، 1421 هـ/ 2000 م.
- ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412 هـ/ 1992م.
- الزيلعي فخر الدّين عثمان : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة والنشر.
- الخطيب محمّد الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المتهاج، مطبعة البابلي الحلبي بمصر، 1377 هـ/ 1958 م.
- الرملي محمّد بن أبي العبّاس : نهاية المحتاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، 1386 هـ/ 1967 م.
- أبو زيد بكر بن عبد الله: الحدود والتعزيرات عند ابن القيّم، دراسة وموازنة، دار العاصمة للنشر والتّوزيع، المملكة العربيّة السعوديّة، ط2، 1415 هـ.
- الكافي عبادة: المجلّة الجزائيّة معلّق عليها، مطابع سنباكت، تونس 2016 م.
- شفيق حسني: التواصل الاجتماعي، أدوات وتغطية، دار الفكر للنشر والتّوزيع، 2014 م.
- الأشهب عبد السلام : استخدام مواقع التواصل الاجتماعي " الفايسبوك " نموذجا وعلاقتها بالتنشئة الاجتماعيّة، رسالة ماجستير، 2016 م/ 2017 م.
- عبد الحميد صلاح محمّد : الإعلام الجديد، مؤسسّة قرطبة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2012م.
- نعيمة مراح : جريمة القذف بين الشريعة الإسلاميّة والقانون الجزائري، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعيّة والإنسانية، العدد 16، جوان 2016م.
- عودة عبد القادر : التشريع الجنائي الخاص مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت.
- العواضي رضوان بن أحمد: المغني في فقه وسائل التواصل الاجتماعي، (د.ط) (د. ت).
- أمين علي حيدر خواجة: درر الأحكام في مجلّة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1411 هـ/ 1991 م.
- الزرقا أحمد : شرح القواعد الفقهيّة، تعليق مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2، 1409 هـ.
- مخدوم ياسين : الأحكام الفقهيّة للحوار والتواصل الالكتروني، مجلّة الجامعة الإسلاميّة، العدد 162.
- البخاري : الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلّم، تحقيق محمّد زهيّر بن ناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422 هـ.
- الزيلعي فخر الدّين، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، 1313 هـ.

- طوالبة علي حسن : جريمة القذف، دراسة مقارنة بين الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة، مكتبة الثقافة للنشر والتّوزيع، 1998 م.
- الحيوري سعد صالح : مسؤوليّة الصحفي الجنائيّة عن جرائم النشر، المؤسّسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 1، 2010 م.
- المناعسة أسامة أحمد، (الزعبي) جلال محمّد: جرائم تقنية نظم المعلومات الالكترونيّة، دار الثقافة للنشر والتّوزيع، عمان، ط2، 2014 م،
- محمّد الألفي محمّد : المسؤوليّة الجنائيّة الأخلاقيّة، المكتب المصري الحديث، ط 1، 2005 م.
- القصير فرج: القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، 2006 م.

- **فقه قضاء :**

- قرار تعقيبي جزائي عدد 38612 مؤرّخ في 26 ماس 1992 م، نشريّة 1992 م.
- القرار التعقيبي الجزائي عدد 95079 المؤرّخ 16 أفريل 1998 م، نشريّة 1998 م.
- قرار تعقيبي جزائي عدد 18413 مؤرّخ في 30 أفريل 1986 م، مجلّة القضاء والتّشريع 1986م.

- **الرسائل الجامعيّة :**

- الشيحاوي صالح: جرائم الفايسبوك، رسالة ماجستير، كليّة الحقوق بسوسة، الجمهوريّة التونسيّة، 2013 م/ 2014 م.
- طميزة شرف صابر محمّد: جرائم الذم والتحقير عبر الوسائل الالكترونيّة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كليّة الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2016 م.
- شعران اسماعيل: جريمة القذف في الشّريعة الإسلاميّة أحكامها وصورها المعاصرة، رسالة ماجستير، جامعة الشّهيد حمّة لخضر، الوادي، معهد العلوم الإسلاميّة، 2017م/2018م.
- السحيمي محيا بن مسعد: أحكام القذف في الشريعة الإسلاميّة، رسالة ماجستير، جامعة القرى، كليّة الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، مكّة المكرّمة، 1402 هـ/ 1982م.
- عيساوي سعاد: أولويات الأساتذة الجامعيين الجزائريين على الفايسبوك، دراسة تحليليّة للمنشورات الالكترونيّة، رسالة ماجستير في علوم الإعلام والاتصال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2013 م/ 2014 م.
- يحي تومي: جرائم الاعتداء ضد الأفراد باستخدام تكنولوجيا الإعلام والاتصال، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كليّة الحقوق، 2017 م/ 2018 م.
- السحيمي محيا بن سعد: أحكام القذف في الشريعة الإسلاميّة، رسالة مقدّمة لنيل شهادة الدّكتوراه، جامعة أم القرى، كليّة الشريعة والدّراسات الإسلاميّة، 1402 هـ/ 1982 م.

- **الشبكة العنكبوتيّة :**

- www.ar-ar.facebook.com

أثر الآليات الإلكترونية في تحقيق الأمن العقاري
التوثيق الإلكتروني للتصرفات العقارية - نموذجا

The impact of electronic procedures in the achievement of land tenure

Security The electronic authentication of real estate transactions - as a model

محمد القادي : باحث في سلك الدكتوراه

كلية الشريعة جامعة سيدي محمد بن عبد الله

Mohammed Elkadi : Researcher in the Ph.D

Faculty of Sharia, University of Sidi Mohamed Ben Abdallah

ملخص :

يؤدي العقار دورا أساسيا على صعيد التنمية الاقتصادية والاجتماعية، كما يعتبر الأرضية الصلبة لأي مشروع استثماري تنموي، والتوثيق لا يخرج عن هذا السياق إذ يرتبط بتحقيق هذه الأهداف؛ كما لا يخفى دوره في استقرار المعاملات.

هذا وقد شهدت العمليات التعاقدية مجموعة من المتغيرات مست نظمها وبنيتها القانونية ، فأصبح إبرام التصرفات القانونية يتجاوز الوسائل التقليدية لأخرى حديثة تثير اهتمام رجال القانون والأطراف المتدخلة على حد سواء ، الشيء الذي ظهر معه نوع من التوثيق ألا وهو "التوثيق الإلكتروني للتصرفات العقارية" .

ومجمل القول أن المشرع المغربي يجيز إبرام التصرفات العقارية بشكل إلكتروني وهي نقطة تحتسب لقانون رقم 53.05 مقارنة مع تشريعات الدول العربية الأخرى، ولعل غاية المشرع المغربي من ذلك هو تشجيع التعامل والاستثمار في المجال العقاري، وحماية العقار، والذي تعتبر معه الآليات الإلكترونية أحد البدائل الممكنة لتحقيق الأمن العقاري والتوثيقي ببلادنا.

• **الكلمات المفتاحية** : التوثيق الإلكتروني، التصرفات العقارية، الأمن العقاري.

Abstract :

Real estate plays a key role in the field of economic and social development, it is also considered the solid base of any development or investment project Authentication is not out of this context, as it is linked to the achievement of these objectives. Its role in stabilizing transactions is well known.

Contractual processes have witnessed a set of variables affecting their system and legal structure, so the conclusion of legal actions has gone beyond the traditional means to modern ones that draw the interest of jurists and the intervening parties alike.Therefore, a new type of authentication has emerged, which is "the electronic authentication of real estate transactions".

The Moroccan legislator allows the conclusion of real estate transactions electronically, which is a point that counts for the law No. 53.05 compared to the legislation of other Arab countries. Perhaps the Moroccan legislator's goal is to encourage dealing and investment in the real estate field, and real estateprotection. Electronic procedures are one of the possible alternatives to achieve a high level of security in real estate authentication in our country.

• **Keywords :** electronic authentication , real estate transactions, real estate security.

مقدمة :

أصبحت الأنظمة المعلوماتية في الوقت الراهن من أهم الدعائم الحيوية التي لا يمكن الاستغناء عنها في كافة المجالات، وذلك لأهميتها في الدفع بعملية التنمية الشاملة.

إن تطور التكنولوجي السريع والمذهل الذي نعيشه الآن؛ والذي يطلق عليه ثورة المعلومات أدى إلى ظهور وسائل وأساليب جديدة لإبرام العقود لم تكن معروفة من قبل. ويبقى أهم مجال تأثر بهذه التطورات التكنولوجية هو ميدان التصرفات القانونية بشتى أنواعها مدنية كانت أم تجارية؛ وإن كانت المعاملات التجارية هي السبب الأساسي في دخول أنظمة المعلومات إلى الميدان القانوني نظرا لكونها تساعد على سرعة انتقال المعلومات وإمكانية الاتصال والتعامل المباشر وتقديم الخدمات الإلكترونية وبالتالي التحول إلى عصر حضاري جديد ألا هو عصر المعلومات.

ومواكبة من المشرع المغربي لهذا التطور التعاقدي والثورة الرقمية فقد أصدر القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وعيا منه بأهمية التعاقد الإلكتروني وتزايد الإقبال عليه، وذلك أمام عجز القواعد القانونية التقليدية عن مواجهة الإشكالات التي ستطرحها التصرفات الإلكترونية .

وإذا كان من المسلم به أن هذه التصرفات تتم بطريقة تقليدية في مجلس العقد وبالحضور البدني للأطراف، فإن الأمر يزداد تعقيدا عندما تتم بالوسائل الإلكترونية[1].

وتكمن أهمية هذا الموضوع في سياق تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي شهدها العالم وآثارها على الإصلاحات التشريعية التي يعرفها النظام التعاقدي في المغرب من أجل الدفع بعجلة التنمية، والبحث عن المقومات التي تجعل توثيق التصرفات العقارية بشكل إلكتروني ممكنا، في ظل عدم التشكل النهائي لهذه المقومات في التشريع المغربي.

ويبقى الإشكال المحوري هو : إلى أي مدى يجيز المشرع المغربي إبرام التصرفات العقارية بشكل إلكتروني؟ وإلى حد استطاع المشرع المغربي تنظيم مسألة التوثيق الإلكتروني للمعاملات العقارية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنعمل على تقسيم هذا الموضوع إلى مطلبين اثنين نتناول في (الأول) الأحكام العامة للتوثيق الإلكتروني، على أن نخصص المطلب (الثاني) إلى كيفية إبرام التصرفات العقارية بشكل إلكتروني.

المطلب الأول : الأحكام العامة للتوثيق الإلكتروني :

لقد استطاع التقدم العلمي والثورة التكنولوجية في مجال الاتصالات أن تحقق للبشرية في هذا العصر تطورا مذهلا في كافة مجالات الحياة، هذا التطور لم يكن مجال المعاملات بمنأى عنه[2] والتوثيق كعلم لم يسلم من التأثير تكنولوجيا الاتصال[3] إذ أصبح يبرم بوسائل الاتصال الحديثة مما أدى إلى ظهور "التوثيق الإلكتروني".

الفقرة الأولى : التوثيق بين المفهوم التقليدي والحديث :

مما لاشك فيه أن نظام التوثيق المغربي عرف عبر مساره التاريخي الطويل تطورات عدة حيث كان للمرجعيات الدينية والقانونية دورها البارز في إنبثاق ما يسمى "بفن التوثيق المغربي".

---

[1] هشام عزى : إبرام التصرفات العقارية بالوسائل التكنولوجيا على ضوء القانون رقم 53.05، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد السابع يناير – ماي 2016، ص : 177 وما بعدها.

[2] إدريس بلمحجوب :"المصغرات الفيليمية كوسيلة للإثبات في الميدان البنكي، أبحاث في الفقه والقضاء على ضوء الاتجاهات الحديثة للمجلس الأعلى، ج 1، مطبعة الأمنية، الرباط، 2006، ص 132.

[3] إدريس اجويلل، اثر تيار العولمة على التوثيق بالمغرب، ندوة التوثيق المغربي واقع وآفاق أشغال الندوة الوطنية بكلية المتعددة التخصصات تازة يومي 24 و 25 أبريل 2004، ص : 75.

وفي هذا الإطار يعتبر التوثيق محورا أساسيا في المنظومة القضائية باعتباره من المهن القانونية التي تمارس في إطار مساعدة القضاء، هدفه الأساسي توثيق الحقوق والمعاملات والحفاظ على أموال الناس، فهو العلم الذي يبحث في طريقة كتابة العقود والتصرفات المتداولة بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، وذلك لأجل ضمان مصالح الأطراف.

وأمام التقدم الكبير الذي يشهده العالم في مجال شبكات الإتصال المعلوماتية واتجاه الواقع العلمي والعملي إلى التحول من الدعامة الورقية إلى الدعامة الإلكترونية، فظهرت طرق ووسائل حديثة في المعاملات لا تتفق تماما مع التوثيق بمفهومه التقليدي.

وفي ظل هذه المتغيرات قد لا يجد التوثيق بالمفهوم التقليدي مكانا له أمام انتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات، والتي بدأت تغزو العالم، وتعتمد بشكل كليا على الحاسوب ولا مجال للإجراءات اليدوية في ظـــلها [1].

وكما هو معلوم تتجاذب المنهج التوثيقي بالمغرب ثلاث أقطاب تتمثل في التوثيق العدلي الذي ينظم أحكامه القانون رقم 13. 16 [2] ثم التوثيق العصري المنظم في إطار قانون 32.09 [3].

فالتوثيق إذن هو مجموعة من الضوابط أو القواعد التي تحدد منهجية تحرير العقود والتصرفات والالتزامات بطرق شرعية أو قانونية، وكذا العمليات الإجرائية المتبعة في ذلك طبقا لتلك القواعد".

وإذا كان مفهوم التوثيق التقليدي هو كما سبق بسطه، فماهو إذن مفهومه الحديث؟ وبعبارة أدق فما المقصود بالتوثيق الإلكتروني؟ وهو ما سنحاول معالجته في النقطة الموالية.

أولا : ماهية التوثيق الإلكتروني :

هناك أحيانا تمييز بين "التوثيق الإلكتروني" والتوقيع الإلكتروني ومن تم فإن استخدام هذين المصطلحين على هذا النحو يتسبب في عدم الانسجام بينهما، بل قد يكون مظللا إلى حد ما[4] ففي بيئة قائمة على الورق لا تحمل الكلمتان "التوثيق" و"التوقيع" ولا الفعلان المتصلان بها وهما "يوثق" [5] ويوقع "الدلالة" نفسها في معظم النظم القانونية بل إن لها مدلولات وظيفية قد لا تنسجم بالضرورة مع غرض

[1] محمد مترعم، "مركز التوثيق في الإثبات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانـــونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، ص : 28- 29.

[2] الجريدة الرسمية، ظهير شريف رقم 56 – 06- 1 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

[3] القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 26 أكتوبر 2011.

[4] يوسف التبر، التوثيق الإلكتروني بين المفاهيم الكلاسيكية وإكراهات المعاملات الافـتراضية مقال منشور بمجلة قبس، العدد الخامس يوليوز 2013، ص : 63.

[5] ابن منظور، لسان العرب، ج 5، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، ط 3، 1999، ص 222.

ووظيفة ما تم تسميته "التوثيق" و"التوقيع" الإلكتروني والذي يتسم بطبيعته غير المادية يغيب فيها الطابع الشكلي المحسوس وقت إبرام العقد أو تنفيذه.

وتبعا لذلك يعتبر التوثيق الإلكتروني حالة قانونية أفرزتها التطورات التي همت جوانب متعددة سواء تعلق الأمر بالجانب الاقتصادي أو الاجتماعي والتي أدت إلى تطوير طرق التعاقد.

وتعرف إدارة التكنولوجية في وزارة التجارة الأمريكية التوثيق الإلكتروني بأنه :"عمليات إثبات الثقة لهويات المستعلمين المقدمة إلكترونيا بواسطة نظم معلوماتية[1] ، كما استحدثت حكومة أستراليا إطارا للتوثيق الإلكتروني يعرف فيه التوثيق الإلكتروني بأنه "عملية إقرار مستوى من الثقة فيما إذا كانت إفادة ما حقيقية أو صحيحة حين إجراء معاملة على حاسوب وهو ما يساعد على بناء الثقة في إبرام المعاملات الإلكترونية بإتاحة ضمان للأطراف المعنية بأن معاملاتهم شرعية وقد تشمل إفادات معينة مثل : تفاصيل الهوية او المؤهلات المهنية أو السلطة المفوضة لها إجراء المعاملة.

ومن أهم النصوص والقوانين التي صدرت لتنظيم موضوع التوثيق الإلكتروني نجد قانون 53.05 الصادر بتاريخ 30 نونبر 2007، والذي اضطر فيه المشرع المغربي إلى تعطيل بعض فصول ق.ل.ع؛ كما استبعد كل ما له علاقة بمدونة الاسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية والعينية ذات الطابع المدني أو التجاري ماعدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته.

بالإضافة إلى ذلك حدد المرسوم التطبيقي رقم 02.08.518 المؤرخ في 21 ماي 2009 الآليات القانونية والمؤسساتية المعتمدة لأجل التوثيق والتصديق الإلكتروني لكي يكون المحرر الإلكتروني كتابيا مثله مثل الكتابة على دعامة الورقية، وبالتالي فإن المشرع المغربي اصبغ المفاهيم الكلاسيكية بطابع إلكتروني، أي أنه وعلى غرار التشريعات المقارنة عمل على تحديث القواعد التقليدية لتساير التطور التكنولوجي[2].

فالتوثيق الإلكتروني إذن هو عملية توثيق للتوقيع على وثيقة إلكترونية بطرق إلكترونية متعددة ومتنوعة.

ثانيا : ضمانات التوثيق الإلكتروني :

كما مر معنا أن المعاملات الإلكترونية تتم بين أشخاص قد لا يلتقون ولا يعرف بعضهم البعض الآخر الأمر الذي دفع جل التشريعات إلى توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين، وحقيقة التعامل ومضمونه من جهة ونسبته لمن صدر منه من جهة أخرى. دويتم التحقق من هذه المعلومات بواسطة شهادات التوثيق الإلكتروني وهي شهادات تصدر من قبل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية تشهد من خلاله بأن

[1] http.///CGFCnist.gov/publicqtions/nistpubs

[2] يوسف التبر، م.س، ص : 66.

التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يعول عليه[1].

ويتم التحقق من هذه المعلومات بواسطة شهادات التوثيق الإلكتروني وهي شهادات تصدر من قبل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية تشهد من خلاله بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يعول عليه[2].

فالغرض من شهادة التوثيق الإلكتروني تأكيد أن التوقيع أو الرسالة الإلكتروني - بصفة عامة – صادرة عن نسبت إليه وأن توقيعه صحيح بحيث تؤكد على أن تلك البيانات الموقع عليها صحيحة وصادرة من الموقع، ولم يتم التلاعب فيها بأي شكل سواء بالحذف أو التعديل أو الإضافة، وبذلك تصبح هذه البيانات موثقة ولا يمكن إنكارها فلم يعد التوقيع فقط ذلك الشرط الجوهري الوحيد لصحة الورقة الإلكترونية، بل أصبح أيضا أداة لتوثيق المعاملات الإلكترونية[3].

وبالتالي فإن القانون 53.05 يركز على أنه من التدابير التقنية التي يتم استعمالها من لدن الأطراف في مجال التصرفات القانونية وكذلك تأطير التطورات التكنولوجية، وهذا كله من أجل إعطاء حجية المحررات الإلكترونية، وكذا إرساء الأمن التعاقدي والتوثيقي.

الفقرة الثانية : الوثائق والمحررات المستثناة من الكتابة الموجودة على دعامة إلكترونية :

بالرجوع إلى القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، نجده قد حدد لنا نطاق تطبيق هذا القانون، وحدد بشكل صريح المعاملات التي لا يمك أن تخضع للتوثيق الإلكتروني وهي :

أولا : الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة

نظرا لطبيعة وخصوصيات التصرفات المرتبطة بأحكام الأسرة من زواج وطلاق ووصية وميراث وارتباطها بأحكام الشريعة الإسلامية من جهة، واشتراط المشرع أن تكون الكتابة فيها من أشخاص معنيين ووفق شكليات معينة ومن جهة أخرى، مما أضفى عليها طابع النظام العام وأكسبها نوعا من القدسية، وبالتالي لا يمكن إبرامها بشكل إلكتروني ولكونها أيضا تخضع لإجراءات محددة تحول دون إمكانية إثباتها عن طريق المحررات الموجودة على دعامة إلكترونية[4].

---

[1] عرفت المادة الثالثة من التوجيه الأوربي شهادات التوثيق الإلكتروني : بأنها تلك تربط بين أداة التوقيع وبين شخص معين وتؤكد شخصية الموقع من خلال استيفاء الشروط اللازمة، والتي أوردها الملحق رقم 2 من التوجيه الأوربي www.45doj.60v/index.html

[2] عرفت المادة الثالثة من التوجيه الأوربي شهادات التوثيق الإلكتروني بأنها تلك التي تربط بين أداة التوقيع وبين شخص معين وتؤكد شخصية الموقع من خلال استيفاء الشروط اللازمة ...

[3] العربي جنان، التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية (القانون رقم 05- 53)، دراسة تحليلية نقدية، ط1، 2008، مراكش، ص : 64.

[4] نرى الأمثل هذ المعاملات المتعلقة بمدونة الاسرة من خطبة ونفقة وإرث ... يمكن الاتفاق عليها بالوسيلة الإلكترونية ليتم إفراغها فيما بعد في دعامة ورقية مادام المشرع المغربي لم يمنع التصرفات لكنه استثنى الوثائق التي تفرغ فيها الوثائق.

ثانيا : المحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية والعينية [1] :

لقد نص المشرع على استبعاد المحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية ذات الطابع المدني أو التجاري من نطاق أحكام قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، إلا أنه قد نص على أن التصرفات المنجزة من قبل الشخص **"لأغراض"** مهنته، لا تستبعد من نطاق التطبيق.

وبمفهوم المخالفة يتضح أنه المحررات الرسمية المتعلقة بهذه الضمانات لا يتم استبعادها بل تخضع لأحكام القانون رقم 53.05، كما أن المحررات العرفية نفسها لا تستبعد إذا كانت منجزة من لدن الشخص لأغراض مهنته.

وبعد أن تطرقنا لأحكام التوثيق الإلكتروني والمقومات التي يقوم عليها، وكذا الوثائق المستثناة من التوثيق الإلكتروني سوف ننتقل للحديث عن كيفية إبرام التصرفات العقارية بشكل إلكتروني.

المطلب الثاني : التوثيق الإلكتروني للتصرفات العقارية وآثاره :

يؤدي العقار دورا أساسيا على صعيد التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ويعتبر أيضا الأرضية الأساسية والصلبة لأي مشروع استثماري تنموي، والتوثيق لا يخرج عن هذا السياق إذ يرتبط بتحقيق هذه الأهداف، كما لا يخفى دوره في استقرار المعاملات.

وقد شهدت العمليات التعاقدية مجموعة من المتغيرات مست نظامها وبنيتها القانونية، فأصبح إبرام العقود يتجاوز الوسائل التقليدية لأخرى حديثة تثير اهتمام رجال القانون والأطراف على حد سواء.

الشيء الذي بزغ معه نوع من التوثيق الجديد ألا وهو **"التوثيق الإلكتروني للتصرفات العقارية"**، ويبقى الإشكال المطروح في هذا الصدد هو : هل يجيز المشرع المغربي إبرام التصرفات العقارية بطريقة إلكترونية؟

الفقرة الأولى : الضوابط التوثيقية للتصرفات العقارية المبرمة إلكترونيا :

بما أن العقد قد كان ولايزال الصورة الشائعة لتجسيد التصرفات المبرمة بين الأشخاص فإنه تأثر هو الآخر بالتكنولوجيا الحديثة، إذ أصبح يبرم بوسائل الاتصال الحديثة[2].

---

[1] لا يمكن إبرام هذه الاستثناءات كذلك، وفق محررات إلكترونية، ويعود السبب في ذلك أن مثل هذه الضمانات، غالبا ما تنصب على تصرفات مركبة ومعقدة ،تنطوي على خطورة تتعلق بنوع الأموال أو قيمتها أو بمدة العقود التي في الغالب تكون طويلة الأمد، فالأوراق المالية التي يجوز تداولها بالبيع والشراء (أوراق الأسهم، سندات ...) تتضمن قيمة مالية في ذاتها وتداولها يعني قبضها باليد وليس بالطرق الإلكترونية ...، للمزيد من التوسع يراجع : العربي جنان، م.س، ص : 11.

[2] خديجة بوطغات، توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية ودورها في حماية الملكية العقارية، أطروحة في القانون، جامعة مولى إسماعيل، كلية الحقوق مكناس، السنة 2020 – 2021، ص . 144.

ويشترط المشرع المغربي في التصرفات العقارية العديد من الشروط واحترام مجموعة من الإجراءات، سواء تمت هذه التصرفات بالطرق التقليدية أو الإلكترونية إذا كان المشرع يسمح بها.

أولا : شروط إبرام التصرفات العقارية :

يمكن القول أن تنظيم المعاملات بطريقة إلكترونية من خلال القانون رقم 53.05 يعتبر من بين أهم التعديلات التي عرفها ظ.ل.ع في مسار تطبيقه إذ أصبحت الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية أو الموجهة بطريقة إلكترونية مقبولة على غرار الوثيقة المحررة على الورق فالعقد المبرم بشكل إلكتروني [1] هو عقد ينعقد عن بعد بين أطراف لا يجمعهم مجلس واحد بل يضمهم مجلس حكمي افتراضي[2] يخضع في تنظيمه لنفس التنظيم القانوني ونفس الأحكام والقواعد التي تحكم العقود بصفة عامة.

ثانيا : نطاق إبرام التصرفات العقارية إلكترونيا :

تتطلب المعاملات عبر شبكة الانترنت فيما بين المتعاقدين توافر مجموعة من الضمانات والذي يأتي في مقدمتها عنصري الثقة والأمان، وبالتالي فوجود هذين العنصرين يؤدي بلا شك إلى رقي وازدهار المعاملات الإلكترونية لأنها تتم عن بعد بين أشخاص لا يجمعهم مجلس واحد بل يجمعهم مجلس افتراضي، مما يلزم معه الملاءمة لكل واحد منهم بتحديد هويتهم والشيء المتعاقد عليه من حيث مميزاته ونوعه وجودته.

وفي نفس السياق قد عمدت العديد من التشريعات إلى تحديد نطاق المعاملات الإلكترونية، ولم تجعل مثل هذه التصرفات تبرم إلكترونيا وغالبية التشريعات قد استثنت قضايا الأسرة من التوثيق الإلكتروني.

أما بشأن التصرفات العقارية، فإن العديد من التشريعات لم تحبذ استخدام قواعد التعاقد الإلكتروني بشأنها، ومن هذه التشريعات المشرع السوري، الذي استثنى أحكام القانون الإلكتروني من التطبيق على المعاملات العقارية ماعدا عقود الإيجار [3].

وهو نفس التوجه المشرع الإماراتي إذ جاء في المادة 5 من قانون رقم 2 بشأن التجارة والمعاملات الإلكترونية ويستثني من أحكام هذا القانون :

- المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية (كالزواج والطلاق والوصايا ...).
- سندات ملكية الأموال غير المنقولة.
- المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن عشر سنوات ...".

[1] تجدر الإشارة أن المشرع المغربي لم يضع تعريفا دقيقا للتعاقد عن بعد، حيث اكتفى بوضع تعريفات التقنية التي يتم بها الاتصال عن بعد.

[2] هو عقد ينتمي لطائفة العقود عن بعد ويعرفه الفقه بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال...

[3] تنص المادة 13 من قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة لسنة 2009 على أنه : "... لا تسري أحكام هذا القانون : معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة، ومن ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال ...".

والملاحظ هنا من خلال هذه المادة أن المشرع الإماراتي، بعد إبرام التصرفات العقارية سواء كانت ناقلة للملكية أو منشئة لحق عيني عليها، ماعدا تأجير العقارات، في حين أن المشرع المصري لم يكن صريحا في الشأن التصرفات العقارية عبر الوسيط الإلكتروني، حيث جاء بعبارة "يسري هذا القانون على المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ..."[1] .

أما بخصوص التشريع المغربي، فإن بعض الباحثين في القانون الإلكتروني، استبعدوا المعاملات العقارية من الخضوع للقانون رقم 53.05 واعتبروها من المعاملات المعقدة والخطيرة التي ينبغي أن تبقى حبيسة المحررات الورقية دون الإلكترونية ومجلس العقد الحقيقي دون الافتراضي[2].

ولكن بقراءة متمعنة لنصوص قانون 53.05 يتبين أن موقف المشرع المغربي كان واضحا بشأن إجازة إبرام التصرفات العقارية بشكل إلكتروني، فقد نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 8- 1 من ق.ل.ع على أن :"المحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية والعينية ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون ..." وهذا يعني أن المشرع المغربي لم يستثن التصرفات العقارية الإلكترونية من الخضوع للقانون 53.05 وإبرامها بطريقة إلكترونية.

الفقرة الثانية : كتابة التصرفات العقارية بالطريقة الإلكترونية [3] :

وفقا للقواعد العامة لنظرية العقد يتعين لإبرام العقد توافر الأركان المكونة له ليقوم صحيحا لآثاره وهي الرضا، المحل، السبب؛ إلى جانب الشكلية المتطلبة في بعض العقود ولا يخرج العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن هذا الإطار، فهو يخضع للقواعد العامة بالأساس في العديد من أحكامه.

أولا : إفراغ التصرف العقاري في محرر إلكتروني رسمي :

لكي تتقرر صحة التصرف العقاري وحجيته، يجب كتابته في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، وقد حدد المشرع في الفصل (1-417) و (2-417) الشروط الواجب توفرها في المحرر حتى يكتسب الصفة الرسمية وهذه الشروط هي :

1- أن يمكن التعرف على الشخص الذي صدر عنه المحرر.

2-أن تكون الوثيقة معدة ومحفوظة وفق شروط تضمن تماميتها.

3-توقيع أطراف المحرر.

---

[1] هشام عزي، م.س، ص : 185.

[2] خديجة بوطغات، م.س، ص : 149.

[3] نشير إلى أن المشرع المغربي لم يعط تعريفا للكتابة الإلكترونية بل جعل ذلك من اختصاص الفقه والقضاء على خلاف ما ذهبت إليه مجموعة من التشريعات، فالمشرع الفرنسي الذي استقى منه المشرع المغربي القانون رقم 53.05 من خلال الفصل 1316 من ق.م.ق، والذي اعتبراه الإثبات ينتج عن متوالية من الحروف أو الرموز أو الأرقام أو إشارات ذات دلالة تعبيرية مفهومة وواضحة ...

ثانيا : إشكالية التوقيع وإمكانية حضور الموثق [1] :

الوثيقة الإلكترونية الرسمية هي التي يتعين أن تتوفر فيها الشروط التي نص عليها المشرع في الفصلين 1 – 417 و 2 – 417 من ق.ل.ع خاصة شرط التوقيع عليها من طرف موظف عمومي له صلاحية التوثيق.

وهذا المقتضى يثير مجموعة من التساؤلات من بينها كيف يمكن أن نتصور حضور الموثق لوضع توقيعه على الوثيقة الإلكترونية، هل بحضوره المادي الملموس؟ أم بحضوره الحكمي الافتراضي على شبكة الأنترنت؟

نبادر بالقول أن قانون 53.05 لم يجب عن هذه التساؤلات ولم يضع لها حلولا كما أن القانون المنظم لمهنة التوثيق لم يتطرق إلى الوثيقة الإلكترونية وبالأحرى لم يجب عن هذه التساؤلات.

ومن جهة أخرى، يلاحظ أن المشرع استعمل في الفصل 2 – 417 عبارة "وضع التوقيع أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق" فإذا تشبثنا بحرفية النص القانوني فإن الأمر يتطلب حضورا شخصيا لأطراف المحرر لدى الموثق ويضعون توقيعهم أمامه[2]، دون أن يوقع هو على المحرر مادام المشرع اشترط وضع التوقيع أمامه فقط، وبما أن ذلك يتعارض مع خصوصيات التعاقد الإلكتروني.

والغاية منه فإننا نرى ان يكتفي الأطراف بالاتفاق على اختيار موثق وبعث له المحرر بعد توقيعه من طرف المتعاقدين ليقوم بحفظ أصله وتسليم نظير منه لكل واحد منها فيكون حضور الأطراف إلكترونيا لا بدنيا.

خاتمة :

وتأسيسا على ما سبق يتضح أن المشرع المغربي سعى من خلال إصداره للقانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الدخول إلى العهد الرقمي للمعاملات الإلكترونية، فهو بذلك حاول مواكبة باقي التشريعات الإلكترونية الدولية.

ومجمل القول أن المشرع المغربي يجيز إبرام التصرفات العقارية بالوسائل الإلكترونية وهي نقطة تحسب لقانون 53.53 مقارنة مع بعض التشريعات العربية التي لم تكن لها الشجاعة الكافية للسماح بالتعاقد إلكترونيا بشأن الأموال العقارية.

لأجل ذلك كله فالمستقبل الذي سيفتحه التوثيق الإلكتروني للتصرفات العقارية يبدو مشجعا ومحفزا كأحد الوسائل البديلة لحماية العقار وتحقيق الأمن العقاري.

---

[1] وفي هذا الصدد ينص الفصل الأول من قانون التوثيق 32.09 : "التوثيق مهنة حرة ...".

[2] تنص المادة 37 من هذا القانون : "يتحقق الموثق تحت مسؤوليته من هوية الأطراف وصفتهم وأهليتهم للتصرف ومطابقة الوثائق المدلى بها إليه ...".

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- **الكتب :**

— ابن منظور، لسان العرب، ج 5، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، ط 3، 1999.

— إدريس بلمحجوب :"المصغرات الفيليمية كوسيلة للإثبات في الميدان البنكي، أبحاث في الفقه والقضاء على ضوء الاتجاهات الحديثة للمجلس الاعلى، ج 1، مطبعة الأمنية، الرباط، 2006.

الأطروحات :

— خديجة بوطغات، توثيق التصرفات العقارية وآثارها في حماية الملكية العقارية، أطروحة في القانون، جامعة مولى إسماعيل، كلية الحقوق مكناس، السنة 2020 – 2021.

- **المقالات :**

— هشام عزى : إبرام التصرفات العقارية بالوسائل التكنولوجيا على ضوء القانون رقم 53.05، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد السابع يناير – ماي 2016.

— يوسف التبر، التوثيق الإلكتروني بين المفاهيم الكلاسيكية وإكراهات المعاملات الافتراضية مقال منشور بمجلة قبس، العدد الخامس يوليوز 2013.

- **الندوات :**

— إدريس اجويلل، اثر تيار العولمة على التوثيق بالمغرب، ندوة التوثيق المغربي واقع وآفاق أشغال الندوة الوطنية بكلية المتعددة التخصصات تازة يومي 24 و 25 أبريل 2004.

✓ تقارير جامعية :

تقرير مناقشة اطروحة دكتوراه بكلية الشريعة، جامعة ابن زهر أكادير بعنوان : "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمنظومة القانونية المغربية : دراسة قانونية واقعية" ، بتاريخ.....: 18 مارس 2022

A report on the discussion of a doctoral thesis at the Faculty of Sharia, Ibn Zohr University, Agadir, entitled: "The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Moroccan Legal System: A Realistic Legal Study" dated: March 18, 2022.

إشراف الأستاذ الدكتور: محمد كولفرني

من انجاز الطالبة الباحثة : نجاة بوعريب

Supervision of Prof. Dr : MohammedGoulferni

Achievement of the student researcher : Najatbouarib

Abstract :
The human rights situation of women is one of the most important topics of great and growing interest from various scholars and researchers interested in the fields of human rights in general, and issues of women, gender and development in particular, and this attention is due to the role that women play within the family and in public life as an essential partner in development .
This interest has broadened the scope and dimensions of dealing with the issue of women, as it is no longer a purely national issue, but has become an issue with international dimensions, especially after Morocco's commitment to respecting the human rights system as it is internationally recognized.
International attention to women's rights began since the founding of the United Nations and its charter concluded on June 26, 1945, which came to recognize the principle of non-discrimination between people on the basis of gender, thus making men and women equal rights.
The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, known for its acronym CEDAW, is one of the most prominent conventions related to women. Which the United Nations is trying to impose as a new legislation, which has priority over the various legislation and laws of the countries of the world.

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. ربي اشرح لي صدري و يسر لي أمري واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي.

أما بعد،

السادة الأساتذة أعضاء اللجنة العلمية الموقرة، أيها الحضور الكريم، السلام عليكم و رحمة الله تعالى وبركاته،

بداية، يطيب لي أن أتقدم بالشكرِ الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور محمد كولفرني، الذي شرفني بالإشراف على هذا البحث، وكفلني برعايته الدقيقة لهذه الأطروحة في مختلَف مراحلها، فلكم مني أستاذي الفاضل كلَّ الشكر والتقدير .

كما أتقدم بعظيم الشكر والامتنان للسادة الأساتذة أعضاء اللجنة العلمية المحترمة كل باسمه وصفته.

فضيلة الأستاذ الدكتور **المختار حيمود**، الذي درست على يديه طيلة مشواري العلمي بهذه الكلية العامرة ، والذي تفضل بتخصيص جزء من وقته لقراءة ومناقشة هذا البحث المتواضع و إبداء ملاحظاته التي ولاشك ستساهم في إغناءه و تجويده.

والشكر موصول لفضيلة الاستاذ الدكتور**حسن القصاب** والذي درست ايضا على يديه بهذه الكلية العتيدة، والذي تفضل بقراءة هذا البحث المتواضع رغم انشغالاته العلمية والعملية.

كما أتقدم بخالص الامتنان والعرفان، لفضيلة الأستاذة الدكتورة **فردوس الروشي** التي تجشمت مشقة الحضور من مدينة فاس، متحملة عناء السفر خدمة للبحث العلمي، ولأجل مناقشة هذا العمل المتواضع وتقييمه.

وواجب العرفان يدعوني أن أتقدم بخالص الشكر والامتنان لفضيلة الأستاذ الدكتور **عبد الرحمان حموش**، الذي قبل مناقشة هذه الأطروحة بصدر رحب لأجل تقييمها وتصحيح ما بها من هفوات.

والشكر موصولٌ أيضا للسيد العميد الاستاذ الدكتور عبد العزيز بلاوي على مجهوداته الجبارة خدمة لطلبة هذه الكلية، كما اتقدم بالشكر الجزيل لكل أساتذتي في هذه الكلية العامرة ؛ ولُكلِ من ساهم من قريبٍ أو بعيد في إخراج هذا العمل المتواضع إلى حيز الوجود فجزى الله الجميع خير الجزاء .

إن الوضع الحقوقي للمرأة من أهم المواضيع التي تحظى باهتمام كبير ومتزايد من طرف مختلف الدارسين والباحثين المهتمين بمجالات حقوق الانسان عامة، وقضايا المرأة والنوع والتنمية على وجه الخصوص، ويرجع هذا الاهتمام للدور الذي تضطلع به المرأة داخل الأسرة، وفي الحياة العامة باعتبارها شريكا أساسيا في التنمية.

إن هذا الاهتمام وسَّع من نطاق وأبعاد تناول قضية المرأة، حيث إنها لم تعد قضية وطنية محضة، بل أضحت قضية ذات أبعـاد دولية، خاصة بعد التزام المغرب باحترام منظومة حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا.

ولقد بدأ الاهتمام الدولي بحقوق المرأة منذ تأسيس هيئة الأمم المتحدة وميثاقها الذي أبرم بتاريخ 26يونيو 1945م، والذي جاء ليقر مبدأ عدم التفرقة بين الناس بسبب النوع، فجعل للرجال والنساء حقوقاً متساوية.

بعدها بدأت الأمم المتحدة تخصص المؤتمرات والاتفاقيات الدولية التي تُعنى بقضايا المرأة استناداً إلى اعتبار حقوق المرأة جزءً من منظومة متكاملة لحقوق الإنسان. وأضحت من القيم الكونية التي يتعين على بلدان العالم أن تلتزم بها، وألا تدخر جهداً في سبيل ملاءمة تشريعاتها الداخلية معها.

وتعتبر "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" المعروفة اختصارا ب"سيداو"، من أبرز الاتفاقيات المتعلقة بالمرأة. والتي تحاول الأمم المتحدة فرضَها باعتبارها تشريعا جديدا، له الأفضلية على مختلف تشريعات وقوانين دول العالم.

في ظل هذه المعطيات عمِل المغرب على ملاءمة مختلف تشريعاته الوطنية مع مجموع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها والتزم بتنفيذها في إطار الوفاء بتعهداته باحترام حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دولياً. لذلك نجده قد لاءم مجموعة من قوانينه الداخلية مع ما تقتضيه مبادئ هذه الاتفاقيات، منها تعديل القانون الجنائي ومدونة الشغل وقانون الجنسية وغيرها من التشريعات الداخلية.

- **أولا : دوافع وأسباب اختيار الموضوع :**

ان البحث في موضوع" اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمنظومة القانونية المغربية: دراسة قانونية –واقعية"، يرتبط بعدة أسباب منها :

* أنه يدخل ضمن الجهود الأكاديمية التي تقارب موضوع حقوق المرأة من جوانب مختلفة، خاصة البحوث ذات الطبيعة القانونية والاجتماعية، والتي تدرس ما تحقق لفائدة نصف المجتمع في اتجاه انصافه، وذلك في إطار العمل على ايجاد صيغ الملاءمة بين التشريع الوطني والمرجعية الدولية لحقوق الانسان.

* اهتمام المجتمع الدولي بحقوق الإنسان عموما وحقوق المرأة على وجه الخصوص، حيث إن قضايا المرأة تكاد تكون القاسمَ المشترك بين أغلب الاتفاقيات والمؤتمرات التي تعقدها الأمم المتحدة.

* دراسة حدود الملاءمة بين التشريع الوطني المغربي، ومضامين التشريعات الدولية المصادق عليها، خاصة اتفاقية سيداو، وأثرهما على واقع المرأة المغربية، من تم دراسة مدى موافقة المعايير الدولية لحقوق الانسان في بعدها الكوني للخصوصيات الوطنية في بعدها المحلي، خاصة في ظل تزايد المطالب بإدماج مبدأ المساواة بين الجنسين، والنهوض بأوضاع المرأة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

* تقييم مستجدات التشريع الوطني المغربي على ضوء اتفاقية سيداو، والوقوف على مدى نجاعة الاستراتيجيات الوطنية المرصودة للنهوض بأوضاع المرأة المغربية.

- **ثانيا : اشكالية البحث والاسئلة الفرعية :**

يتناول هذا البحث موضوع الوضعية الحقوقية للمرأة المغربية، في ارتباطها بالتشريع الدولي، ممثلا في اتفاقية سيداو، ومختلف التشريعات الوطنية، والواقع. انطلاقا من ذلك يمكننا صياغة الاشكالية التي يتمحور حولها هذا البحث على النحو التالي: الى أي حد أثرت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على المنظومة القانونية الوطنية، وواقع المرأة المغربية؟

وبناء على الاشكالية السابقة، يمكن أن نطرح الأسئلة الفرعية التالية :

- ماهي حدود الملاءمة بين اتفاقية سيداو والمنظومة القانونية المغربية والواقع؟
- ماهي ضمانات حقوق المرأة في التشريع الدولي، خاصة اتفاقية سيداو، والتشريع الداخلي المغربي؟
- هل تكرس المنظومة التشريعية الوطنية مبادئ المساواة وحظر التمييز على أساس النوع بين الجنسين؟
- هل نجح المشرع المغربي في تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين في القوانين الوطنية باعتماد مرجعيتين: المرجعية الدولية لحقوق الانسان؟ ومرجعية الشريعة الاسلامية؟
- ما هو دور الحركة النسائية في النهوض بحقوق المرأة المغربية وتذييل معيقات تنزيل اتفاقية سيداو؟

- **ثالثا : المقاربة المعتمدة :**

للإجابة عن اشكالية هذه الأطروحة، كان لا بد من الاستعانة بمقاربة علمية تكفل تناول الموضوع بشكل أكاديمي وعلمي دقيق، ومحاولة الاحاطة بكل جوانبه، لذلك تم اعتماد مقاربة السوسيولوجيا القانونية.

وعلم الاجتماع القانوني أو السوسيولوجيا القانونية هو فرع خاص من علم الاجتماع العام الذي يتناول الظواهر القانونية من منظور اجتماعي، بالتالي فهي مقاربة تقوم أساسا على دراسة الظاهرة القانونية من منظور اجتماعي واقعي، وذلك من خلال التركيز على دراسة النظام القانوني في اطاره ووسطه الاجتماعي، مما يساهم في تجاوز الدراسات القانونية المحضة، ويتيح الاستفادة من مناهج البحث السوسيولوجي في دراسة الظاهرة القانونية، بالتالي المساهمة في جودة القانون.

- **رابعا : الفرضيات :**

ان دراسة الوضع الحقوقي للمرأة المغربية على ضوء اتفاقية سيداووالتشريع الوطني والواقع، يجعلنا نطرح الفرضيات التالية :

*ساهم انخراط المغرب في اتفاقية سيداو بشكل ملحوظ في القضاء على بعض أشكال التمييز ضد المرأة وتحسين الوضعية الحقوقية للمرأة المغربية.

*عمل المشرع المغربي، في إطار تعهداته بالالتزام بمبادئ الاتفاقيات الدولية كما هي متعارف عليها دوليا، على ملاءمة تشريعه الداخلي مع مبادئ اتفاقية سيداو.

*رصدت الحكومة المغربية عدة برامج واستراتيجيات للنهوض بالوضع الحقوقي للمرأة في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

* ساهمت الحركة النسائية المغربية بشكل بارز في مناهضة كافة أشكال التمييز ضد المرأة، وتذييل معيقات تنزيل اتفاقية سيداو

- **خامسا : خطة البحث :**

في ضوء ما سبق، تناولت الموضوع من خلال التقسيم التالي :

- **القسم الأول** : مضمون اتفاقية سيداو والحقوق المدنية والسياسية للمرأة بين اتفاقية سيداو والتشريع والواقع المغربي
- **القسم الثاني** : الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والأسرية للمرأة بين اتفاقية سيداو والتشريع والواقع المغربي .
- **القسم الثالث** : حدود وآفاق الملاءمة بين اتفاقية سيداو والتشريع والواقع المغربي .

وختمت البحث بخاتمة لخصت فيها أهم النتائج.

ومن أهم النتائج والخلاصات التي توصلت إليها :

أولاـــ أن قضايا المرأة تحتل موقعا بارزا في أولويات المجتمع الدولي، وتعتبر في الوقت الراهن من القضايا التي لا تزال تثير الكثير من الجدل على المستوى الوطني. في اطار ذلك، اشتغل المغرب بشكل جاد ومسؤول على ملف المرأة، من خلال العمل على استكمال ورش المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وعلى رأسها اتفاقيو سيداو. بل وانخرط في سحب التحفظات التي سبق وأن سجلها على بعض بنود الاتفاقية، مما يؤكد وجود ارادة سياسية قوية وواضحة. وهو ما يفسر وجود حصيلة في مجال اعمال ورش ملاءمة الوضع الحقوقي للمرأة المغربية مع المعايير الدولية.

ثانيا ـــــ شهدت قضية المرأة تزايدا كبيرا في الاهتمام وديناميكية ملحوظة في طرحها ومعالجتها، لأنها تقع في صلب الاشكالية الاجتماعية وهي مرتبطة بالنسق الاجتماعي العام. هذا الوضع يتعايش مع سجال وصراع في المجال العمومي، بين من ينطلق من خطاب حقوقي يطالب بتمكين المرأة من حقوقها المطلقة من أجل التمتع بالمواطنة الكاملة، وخطاب محافظ يدعي أن هذا التمكين يمثل تهديدا لهوية المجتمع، مما يجعل الخلاف حول قضايا المرأة خلافا مرجعيا بالأساس. هذا ما يجعلنا نؤكد أن النهوض بأوضاع المرأة المغربية لن يتحقق بمجرد اقرار مساواة ميكانيكية بينها وبين الرجل، فتحويل المرأة من كائن مستلب لمنظومة فكرية داخل مجتمع ذكوري تحاصره قيم مزدوجة المعايير الى انسان مستقل، لن يتم دون اعادة النظر في المفاهيم السائدة والوقوف عند العراقيل الايديولوجية، التي تحول دون الاعتراف بدور المرأة ليس فقط داخل المجتمع المغربي، بل داخل المجتمعات العربية والاسلامية.

ثالثا ـــــ أن أوضاع المرأة المغربية عرفت تحسنا ملحوظا على كافة المستويات والمجالات، خاصة بعد تغيير الموقف الرسمي والشعبي من المعايير الدولية. هذه الأخيرة التي ظلت والى وقت قريب، ينظر اليها كنتاج غربي

وغريب عن بنية المجتمع المغربي، خاصة اذا تعلق الأمر بمعايير تهم قضية المرأة كملف حساس، تختلط فيه مبادئ الكونية والخصوصية، انطلاقا من ذلك، شهد المركز القانوني للمرأة المغربية تطورا كبيرا، وذلك في اطار الاصلاح القانوني الذي دشنه المغرب على مستوى منظومته التشريعية الداخلية، وذلك باعتماد تدابير قانونية للنهوض بوضع المرأة وتعزيز حقوقها المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية.

الا أن حصيلة التراكمات التي حققها المغرب في مجال اعمال اتفاقية سيداو ، على مستوى الواقع الفعلي، كشفت عن وجود عدة معوقات تحول دون التطبيق الأكمل للاتفاقية الدولية، وهو ما يبدو من خلال الحدود التي وقفت عندها عملية الملاءمة، وهي حدود ترتبط أساسا بمحدودية السياسات العمومية، هذه الأخيرة، التي لا تزال تحتاج الى بذل جهود مضاعفة للنهوض بوضعية المرأة المغربية، خاصة اذا علمنا أن ما تم تحقيقه من تقدم كمي ونوعي في تمكين المرأة المغربية، من خلال ما يلاحظ من ارتفاع نسبي لمعدلات التمدرس، وتراجع معدلات وفيات الأمهات والأطفال عند الانجاب، لم يسهم بشكل كبير وملموس في تعديل المواقف والمعايير الاجتماعية اتجاه المرأة، والتي لازالت تكرس الدور الانجابي للمرأة وتعمق فرص اللامساواة بينها وبين الرجل في شتى المجالات. مما يفرض ضرورة العمل على:

أولاـ تجاوز القصور التشريعي في مجال مناهضة العنف ضد المرأة والتمييز والاستغلال القائم على أساس نوع الجنس، باعتماد نصوص قانونية فعالة في اطار تصور تشريعي متكامل.

ثانياـــ العمل على تشجيع انخراط المرأة الصحيح والسليم في سوق الشغل، وعدم اعتبارها كائنا مستهلكا فقط، وذلك بوضع حد لمعاناتها المؤلمة من شدة الفقر والحرمان ونقص الرعاية الصحية.

ثالثاـــ محاربة الصور النمطية والأفكار المسبقة ذات الصلة بالنوع الاجتماعي، باعتبارها أهم الآليات التي يتم استغلالها لإضفاء الشرعية على مختلف أشكال التمييز والعنف الذي يستهدف المرأة لكونها امرأة، لذلك يتعين على الدولة العمل على اتخاذ كافة التدابير الزجرية والتحفيزية، والاجراءات الكفيلة بتغيير هذه الصور النمطية وغيرها من الممارسات القائمة على دونية المرأة.

رابعاـــ تشجيع البحث العلمي، قصد مواكبة تطور العلاقات بين الجنسين، ورصد مختلف المشاكل والصعوبات التي تعترض النساء عند صنع واتخاذ القرار، بالإضافة الى القيام بأبحاث ميدانية حول انعكاسات مشاركة النساء في صنع واتخاذ القرار لمواكبة الأسرة المغربية وتحقيق استقرارها.

خامساـــ تجاوز اعتبار "مبدأ المساواة بين الجنسين "شعارا" يتم رفعه من قبل الدولة ومختلف القوى الفاعلة، الى واقع وممارسة ومبدأ تجسده الآليات المؤسساتية والتشريعات والممارسات، بل والعقليات الموكول اليها مهمة القيام بإدارة وتسيير الشؤون العامة، خاصة وأن تمكين المرأة والنهوض بواقع المساواة بين الجنسين، يجب أن يتحول الى ثقافة مجتمعية ينخرط فيها الجميع.

سادساـــ اقرار حقوق المرأة، وتمكينها والنهوض بوضعيتها، يتطلب بالإضافة الى مراجعة النظم وتحيين التشريعات، ورصد السياسات العمومية، انشاء مؤسسات وطنية تعنى بملف الملاءمة وتحقيق المساواة بين الجنسين.

- **سادسا : صعوبات البحث :**

لقد واجهت في هذا البحث العديد من الصعوبات التي يمكن اجمالها في ما يلي :

1ـ **اتساع مجال البحث:** بالتالي صعوبة حصر وتحديد نطاق الدراسة، خاصة اذا علمنا تشعبات حقوق المرأة كما نصت عليها اتفاقية سيداو والتشريع الوطني المغربي.

2ـ **قلة الكتابات التي تتصف بالموضوعية:** والتي تتناول موضوع حقوق المرأة كما نصت عليها اتفاقية سيداو، اذ أن جانبا كبيرا منها يخضع لتأثيرات ايديولوجية معينة، أو يكتفي بالإشارة الى هذه الاتفاقية اما سلبا أو ايجابا دون محاولة تحليل مضمون الاتفاقية أو اخضاعها للدراسة العلمية الدقيقة المجردة عن أي خلفيات أو أفكار جاهزة مسبقة.

3 ـ **حساسية موضوع حقوق المرأة:** اذ كثيرا ما ينظر الى المساعي الهادفة الى التعريف بقضايا المرأة والدفاع عن مبدأ المساواة بين الجنسين، وملاءمة التشريعات الوطنية مع المعايير الدولية على أنها متأثرة بالغرب.

ختاما لا يسعني الا أن أجدد شكري وامتناني لأستاذي المشرف الدكتور محمد كولفرني، ولأعضاء هذه اللجنة العلمية المباركة وللحضور الكريم، راجية من الله سبحانه و تعالى أن يتقبل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

مجلة الفقه والقانون :

المملكة المغربية ، ردمد : 2336 -0615

https://web.facebook.com/majalahdroit