

المجلة المغربية لتاريخ القانون

القانون الوسيط : ملف العدد 1

إصدار الرابطة المغربية لتاريخ القانون

ديسمبر 2020

مدير المجلة : غروس فوزي

سكرتير التحرير: النكاوي منير

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الإيداع القانوني: 2019PE0035

ردمك: 2605-6933

مطبعة
البصمة الرقمية ، وجدة
الطبعة الأولى 2020

الفهرس

- التشريع المائي في فترة الحماية الفرنسية - محمد علوي طاهيري.....4
- تطور حق الملكية في المغرب - ذ. محمد اهتوت.....25
- التطور التاريخي لقوانين الاسرة بالمغرب - كريم متقي.....43
- الصفة الضبطية لقاضي التحقيق بالمغرب اقتباس تشريعي معيب وزيادة لا فائدة منها في الوقت الحالي - ذ. العربي البوكري.....57
- جدلية الدين و السياسة في الولايات المتحدة الامريكية - ذة. رجاء الصالحي.....80
- تعليق على حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 2017/01 الصادر في 2017/05/22
"الذي قضى بنزع الاختصاص من محكمة خاصة ومنحه لمحكمة نظامية" د. مصطفى محمد
الحسيان - د. مالك أحمد الذياب.....112
- الشرعية الجنائية وامتدادها إلى مرحلة التنفيذ الدكتور حباني عبدالرزاق - ذ. يونس
الصالح.....137
- سلطة مجلس الأمن الدولي في الإحالة على المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية - ذ. جمال
كدوري.....148
- ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب: مبررات التعديل ومنهجية الإصلاح -
ذ. عبد القادر قرموش.....186
- الدخول الالكتروني غير المصرح به في التشريع الفلسطيني و المغربي- ذ. عبد الرحمن
طميزه.....214
- البنوك التشاركية وعلاقتها بالبنك المركزي- ذ. عبد الرحمن طميزه.....247

التشريع المائي في فترة الحماية الفرنسية

محمد علوي طاهيري

دكتور في الحقوق

إن الفهم الجيد للظاهرة القانونية لا يمكن أن يتم دون البحث في الأسباب التي أدت إلى نشوئها وتطورها أو جمودها وزوالها، فالظاهرة القانونية هي نتاج تراكمات وثمرات تطور المجتمع، وقد تحكمت في نشأتها عوامل سياسية واجتماعية واقتصادية ودينية، فالقانون وليد وصناعة الفكر البشري وظروف التاريخ، ونظرا لأهمية التاريخ في الدراسات القانونية نشأ وبرز بشكل لافت تخصص هام وهو تاريخ القانون و الأنظمة القانونية. ومن خصوصية التشريع المائي في المغرب أنه يعرف تعايش ثلاثة أنساق قانونية هي العرف الذي نشأ عن عادات مائية قديمة وثابتة ترجع إلى ما قبل الإسلام، والنسق الثاني هي أحكام الفقه المالكي التي كرس نظاما مائية تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية¹، والنسق الثالث يتمثل في النصوص القانونية التي صدرت في فترة الحماية الفرنسية بالمغرب²، وأصبح التشريع المائي يعرف نتيجة ذلك ازدواجية وتعقيدا في نظامه القانوني انعكست بالسلب على الأمن القانوني المائي بسبب تزامن وتصارع ثلاثة أنساق قانونية بمرجعيات مختلفة³.

¹-Sonnier André , « Contribution a l'étude du régime juridique des eaux au Maroc suivant le droit Musulman et les coutumes indigènes », Revue de Géographie Marocaine, n° 15, 1931 .

²- أحمد إد الفقيه: " القانون المغربي بين ثالوث العرف و الشرع التشريع "، مجلة المرافعة، هيئة المحامين بأكادير، العدد الأول، السنة الأولى، يونيو 1992.

Tazi Sadeq houria , Du droit de l'eau au Droit à l'eau au Maroc et ailleurs , édition Eddif , 2007 p37

³-Ameur Mbarek : le statut juridique de l'eau et l'irrigation au Maroc , Mémoire pour le Diplome d'Etudes Supérieures , Faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Université Mohamed V, Rabat.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وبعد الاستقلال ظل التشريع المائي الصادر في فترة الحماية مطبقا في المغرب إلى حين سنة 1995 بحيث صدر ظهير 16 غشت 1995 بتنفيذ القانون 95/10 المتعلق بالماء الذي ظل مطبقا إلى حين سنة 2016 بحيث تم إلغاؤه بمقتضى ظهير رقم 113.16.1 بتنفيذ القانون 15/36¹، لكن أهم ما يمكن استخلاصه في هذا الجانب أن كلا القانونين 95/10 و 15/36 ما هما إلا امتدادا وتطويرا لظهير 1925 الذي كرسته الحماية الفرنسية والذي وضع أسس النظام القانوني المائي في المغرب.

إن فهم فلسفة النصوص القانونية الحديثة المنظمة للحقوق المائية واستيعاب مضامينها لا يمكن أن يتم دون دراسة وفهم القوانين التي صدرت في فترة الحماية الفرنسية والتي تعتبر القوانين المؤسسة للنظام القانوني للماء بالمغرب. وبطبيعة الحال فإن القوانين التي كرستها الحماية كان لها خلفيات سياسية واقتصادية²، فقد عمدت السلطات الاستعمارية لبسط هيمنتها على المغرب إلى السيطرة على موارده الاقتصادية، انطلاقا من اقتناعها بأن تثبيت مطامع الاستعمار يقتضي الاستحواذ على مصادر الثروة، وبدأ المستعمر الفرنسي في الاستحواذ على أراضي المغاربة وتميرها للمعمرين من الجاليات الأوروبية على العموم والجالية الفرنسية على الخصوص³. كما أن تصور سلطات الحماية كان يرمي إلى التحكم في عنصر الأرض والتحكم في المجال الفلاحي عبر التحكم في مصادر الثروة المائية، لأن السيطرة على الأراضي الفلاحية دون الثروة المائية لن يكون له أهمية من الناحية الاقتصادية.

¹ - ظهير شريف رقم 113.16.1 بتاريخ 10 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 15.36 المتعلق بالماء الجريدة الرسمية عدد 6494 بتاريخ 25 غشت 2016 صفحة 6305.

² - أحمد إد الفقيه " نظام المياه والحقوق المرتبطة بها في القانون المغربي شرعا وعرفا وتشريعا " مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2002 صفحة 244 .

³ - قسمت معاهدة الحماية المغرب إلى منطقة وسطى تحت سلطة فرنسا و منطقة جنوبية وشمالية تحت سلطة إسبانيا ومنطقة طنجة الدولية وسنقتصر على منطقة النفوذ الفرنسي لكون القوانين التي طبقت في هذه المنطقة هي التي امتدت في التطبيق إلى باقي مناطق المغرب بعد حصول المغرب على الاستقلال.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وقد بدأت سلطات الحماية الفرنسية تطبيق مخططها بخطوة أساسية وهي سياسة التقنين لتدعيم تواجدها في المغرب وتعزيز مصالحها وأطماعها للسيطرة على الثروة العقارية والمائية والزراعية.

ومنذ بسط الحماية الفرنسية بالمغرب بواسطة معاهدة فاس في 30 مارس 1912 عمدت سلطات الحماية إلى إصدار مجموعة من القوانين والمناشير لوضع غطاء قانوني لتصرفاتها الاستيطانية، وكان أول ما أصدرته الحماية في هذا الباب منشور 1 نونبر 1912 الذي حدد العقارات التي لا يمكن امتلاكها أو تفويتها، ومن ضمن هذه العقارات موارد الماء العمومية.

وقد تلا ذلك تبني نظام الشهر العقاري بظهير 12 غشت 1913 الموافق ل 9 رمضان 1331، وذلك لتمكين المعمارين من ملكية العقارات، وحقوق المياه الواردة عليها بطريقة سهلة، لأنه يكفي أن يتقدم بمطلب تحفيظ عقار ليصبح ذلك العقار في اسمه ويصبح في مركز قانوني قوي، ويبقى على كل متعرض على هذا المطلب عبء الإثبات، كما أن إجراءات إشهار مطلب التحفيظ لم تكن تتم بصورة سليمة مما كان يفوت على الملاكين المغاربة حقوقهم، وحتى في حالة علمهم بمطلب التحفيظ فلم يكونوا على دراية بالإجراءات المسطرية، كما أن إثبات حقوق المياه يقتضي الإدلاء بحجج تامة الشروط والأركان، في حين أن الفلاحين المغاربة لم يكونوا مهتمين بتوثيق الحقوق بإعداد الرسوم والوثائق لذلك، لأنهم كانوا يبنون أمورهم على الثقة.

وكانت إدارة الحماية تسهل على المعمارين الاستيلاء على الأراضي الفلاحية للأهالي المغاربة وتحويلها إلى مزارع فلاحية للأجانب وكذلك عن طريق تمكين هؤلاء الأجانب من الأراضي الموات والغابات.

ومن بين الوسائل القانونية التي استعملتها إدارة الحماية للاستيلاء على الحقوق المائية للمغاربة، ما نص عليه التنظيم القضائي الصادر في 9 رمضان 1331 على إحداث محاكم فرنسية للبت في النزاعات التي يكون أحد أطرافها أجنبيا، وعهد إلى هذه المحاكم تطبيق قواعد القانون الوضعي واستبعاد تطبيق قواعد الفقه الإسلامي.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وكان الهدف من تحويل الاختصاص للمحاكم العصرية البت في النزاعات العقارية بين الأجانب والمغاربة ومن بينها الحقوق المائية، إقصاء الفقه الإسلامي من مجال التطبيق، والدفع من أجل حرمان المغاربة من أراضيهم الفلاحية ومن حقوق المياه الخاصة المرتبطة بها.

وكان أخطر نص تشريعي وضعته الحماية الفرنسية للسيطرة على الثروة المائية وحرمان المغاربة من حقوق مياههم الخاصة اعتماد مبدأ الملكية العمومية للمياه (le principe de la domanialité public des eaux)، لكن اعتماد هذا المبدأ القانوني الخطير من حيث آثاره الاجتماعية والقانونية والاقتصادية لم يكن بالشكل المطلق وحكمت تكريسه ظروف خاصة.

فمنذ أن وطأ الاستعمار الأرض المغربية وهو يحاول تأمين مصالح المعمرين و الأجانب عبر السيطرة على الأراضي الفلاحية الخصبة المسقية ، ولم يكن للاستعمار الفرنسي تحقيق هذه الأهداف إلا عبر وضع إطار قانوني يؤمن الغطاء للاستيلاء على الأراضي الفلاحية و الثروة المائية اللازمة لسقي هذه الأراضي وضمان إنتاجها.

وفي هذا الإطار لم يكن للحماية الفرنسية بد من تبني مبدأ الملكية العمومية للمياه بهدف السيطرة على الثروة المائية وحرمان المغاربة من حقوق مياههم، إلا أن إدارة الحماية لم تتبن هذا المبدأ إلا بعد عدة مراحل اضطرت معه في الأخير الأخذ بخصوصية المجتمع المغربي عبر تبني استثناء على هذا المبدأ، ويمكن تقسيم هذه المراحل إلى محطتين أساسيتين وهي : مرحلة صدور ظهير 1914 والتعديلات الواردة عليه من خلال صدور ظهير 1916 و ظهير 1919 (المبحث الأول) والمرحلة الثانية وهي صدور ظهير 1925 و ظهير 1951 (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مرحلة صدور ظهير 1914

ونميز فيها مابين ثلاثة مراحل ما قبل ظهير 1914 (المطلب الأول) وما بعد اعتماد

ظهير 1914 (المطلب الثاني) ومرحلة صدور ظهير 1916 و 1919.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المطلب الأول: مرحلة ما قبل ظهير 1914.

لقد عمل مشرع الحماية في هذه المرحلة، وهي الفترة الممتدة من إقرار الحماية سنة 1912 حتى صدور ظهير 1914، على دراسة الواقع الاجتماعي المغربي، و نوعية الملكية والنظام القانوني السائدين، و ذلك ليتأتى له اختيار النظام القانوني الذي سيحقق مصالحه و أطماعه الاستعمارية.

وفي هذه المرحلة، طرحت فكرة الموازنة بين المصلحة الخاصة للملاك الخواص من المغاربة، والمصلحة العامة المرتبطة بمصالح الدولة المستعمرة، كما طرحت أفكار تدعو إلى تبني نظام حرية الملكية الخاصة للمياه، كما طرح تبني نظام الملكية العامة للمياه بشكل مطلق دون مراعاة حقوق الملاك الخواص¹.

فالتوجه الأول والذي كان يدافع على حرية الملكية الخاصة للمياه و حرية الاستعمال و الانتفاع كان متأثراً بما كان سائداً في فرنسا من مبادئ الثورة الفرنسية خاصة قدسية حق الملكية الخاصة، كما اعتبر أن تكريس هذا المبدأ في المغرب من شأنه أن يسهل الأمور على الاستعمار ولا يثير غضب الأهالي المغاربة من الملاك الخواص².

والتوجه الثاني اعتبر أن الماء مادة جد حيوية، ولها أهمية اقتصادية كبرى، وهي ثروة مرتبطة بالمنفعة العامة، ولا يمكن تركها للاستعمال الفردي للملاك الخواص، الشيء الذي قد يثير الفوضى والنزاعات الفردية، ودافع هذا التوجه على ضرورة أن تعتبر الدولة الثروة المائية ملكاً عاماً بشكل مطلق دون أي استثناء، وأن تعود للدولة اختصاصات حماية الثروة المائية وتسييرها وتديبرها، و قد تبني هذا التوجه بينيه³ Penet في مشروع القانون الذي أعده في يوليوز 1917 والذي تبني صراحة مبدأ الملكية العمومية المطلق للمياه.

وأمام هذين التوجهين، ظهر توجه آخر طالب بتبني حل وسط يوافق بين التوجهين الأولين، فمن جهة اعتبر هذا التوجه ضرورة إيجاد تمييز بين نوعين من المياه، فمن

¹-Sonnier André « le régime juridique des eaux au Maroc » librairie de recueil Sirey Paris 1933 p 3.

²-Sonnier.(A).op.cit. p 3.

³-Sonnier.(A). op.cit. p 4.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

جهة هناك المياه المهمة ذات الاستعمال المشترك والجماعي مثل الوديان، العيون الكبرى والأنهار، فهذه المياه يجب أن تدخل في إطار الملكية العمومية على أن تعود للدولة مهمة الحراسة والحماية والتدبير والتسيير، ومن جهة أخرى هناك مياه قليلة الأهمية، كمياه العيون الصغيرة، والآبار، والضايات والمرتبطة بمصالح خاصة لبعض الأفراد، وليست ذات استعمال جماعي أو مشترك، فهذه المياه يمكن أن تكون محل ملكية خاصة.

وقد بقي التردد يراود مشرع الحماية في تبني موقف صريح وواضح في شأن حقوق المياه، وإبان هذه المرحلة صدر منشور في فاتح نونبر 1912¹ حدد الأشياء التي لا يمكن استملاكها أو تفويتها، ومن ضمن هذه الأشياء موارد الماء العمومية²، وذلك دون تحديد ماهية المياه العمومية، أو تعداد المياه التي تعتبر عمومية، بل اكتفى بتحديد بعض الأشياء التي تدخل ضمن الملك العمومي، والتي لا يجوز للانفراد بتملكها أو تفويتها أو حجزها لأنها تدخل ضمن الاستعمال العمومي و الجماعي .

وهذا المنشور كان مجرد موقف إداري مؤشر للتصور الذي ستبناه إدارة الحماية لاحقاً، وكان يهدف وضع حد لمختلف المنازعات العقارية وخاصة بعض التصرفات التي كان موضوعها أموال المخزن على الرغم من عدم قابليتها للتفويت، كما كان يعتبر إجراء وقائياً من إدارة الحماية حتى لا يتم استغلال الفراغ القانوني، والقيام بتفويت هذه الأشياء، أو إعداد رسوم ملكية عليها، وحتى تتمكن إدارة الحماية من إبطال أي تصرف قانوني يرمي إلى إنشاء حقوق على هذه الأشياء التي اعتبرت إدارة الحماية ملكاً عمومياً.

¹ منشور الصدر الأعظم المتعلق بوضع ضابط لبيع الأملاك والموجهة في فاتح نونبر 1912 إلى العمال و القواد و القضاة. الجريدة الرسمية عدد 1 بتاريخ فاتح فبراير 1913 ص : 3 و 4 و 5.

² - ميز منشور 1912 بين نوعين من الأموال، أموال لا تفوت إلا بعد ترخيص من المخزن و أموال غير قابلة للتفويت. وتعلق الطائفة الثانية من الأموال بمايلي :- الطرق و المسالك والأزقة - شواطئ البحر- الموانئ - السباخ و المستنقعات و الأنهار و الوديان و العيون - البنايات العمومية - الاستحكامات و أسوار المدن مع ارتفاعاتها و ملحقاتها.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

والأکید أن صدور منشور وليس ظهير، يعبر في هذه الفترة عن التردد الذي كان لا يزال ينتاب مشرع الحماية في إيجاد الصيغة النهائية للإطار القانوني لحقوق المياه، لكنه لم يكن إلا استمرارا للنظام القانوني لأموال المخزن قبل فترة الحماية¹. وكان هذا الغموض في الرؤيا والتصور مدعاة لإيجاد قانون يبين الموقف القانوني للحماية من حقوق المياه بشكل صريح وواضح ويطمئن المعمرين الذين كانوا يترقبون قانونا يحمي مصالحهم.

المطلب الثاني: مرحلة ما بعد صدور ظهير 1914

كان الاستعمار الفرنسي قد سبق وأن وضع مجموعة من القوانين لتنظيم حقوق المياه في كل مستعمراته في الجزائر وتونس، وقد تبني مبدأ الملكية العمومية للمياه في الجزائر، بمقتضى قانون 16 يونيو 1851، وفي تونس بمقتضى مرسوم الباي بتاريخ 24 شتنبر 1885.

وفي المغرب كان المشرع عازما على وضع إطار قانوني متميز لحقوق المياه نظرا لخصوصية واقعه الاجتماعي. وفي مرحلة انتقالية وتجريبية تبني مشرع الحماية مبدأ الملكية العمومية للمياه في ظهير 1 يوليوز 1914 الذي جاء في الفصل الأول منه: "تدخل في حيز الأملاك العمومية الأملاك الآتية:

(د) جميع المياه السطحية و الباطنية و مجاري المياه وجميع العيون أيا كانت طبيعتها".

والملاحظ أن ظهير 1914 وإن تبني مبدأ الملكية العمومية للمياه إلا أن هذا المبدأ ظل نسبيا وليس مطلقا، ذلك أن اعتماد مبدأ الملكية العمومية لكل المياه بصفة مطلقة كما نادى به البعض² وبصورة مفاجئة من شأنه أن يثير غضب المغاربة أصحاب حقوق المياه الخاصة، ذلك أن حقوق المياه تمثل الوسيلة الأساسية لسقي الأراضي الفلاحية وضمن إنتاجها وشرب السكان والماشية، وأن المساس بهذه الحقوق قد يؤثر على مصالح المستعمر

¹-Sonnier (A).op.cit. p. 3.

²- راجع موقف بينيه لدسوني مرجع سابق ص 4.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

والمعمرين، لهذا تبني مشرع الحماية التوجه الثالث الذي دعا إلى اتخاذ موقف الموازنة والوسط بين الاتجاه الذي دعا إلى تبني مبدأ الملكية العمومية المطلق والاتجاه الذي دعا إلى حرية ملكية المياه وحرية الانتفاع بها، باعتماد مبدأ الملكية العمومية على المياه المهمة وذات النفع العام والاستعمال الجماعي مع ترك المجال للملكية الخاصة للمياه ذات النفع الخاص والاستعمال الفردي، ففي الفصل الثاني من ظهير 1914 حافظ مشرع الحماية على الحقوق المكتسبة من حق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال لحقوق المياه جاء في الفصل الثاني من ظهير 1914: "تبقى سارية المفعول حقوق الملكية والانتفاع والاستعمال التي اكتسبت على الملك العام للدولة قبل نشر هذا الظهير".

ويكون على الملاك الخواص إثبات حقوق المياه بحجج مقبولة قانونا، وفي حالة رفض الإدارة الاعتراف بهذه الحقوق يحق لمُدعي حق الماء اللجوء إلى المحاكم المختصة وهي المحاكم العصرية¹ قصد الإشهاد على ثبوت حق الماء واستحقاقه سواء كان حق ملكية الماء أو حق الانتفاع بالماء، وعند الحكم باستحقاق حق الماء يعتبر هذا الحكم بمثابة اعتراف بحق الماء، لأن الدعوى تكون موجهة ضد إدارة المياه وهي وزارة الأشغال العمومية التي تكون طرفا في الدعوى².

لكن تخويل ظهير 1914 المحاكم العصرية دون الشرعية اختصاص البت في دعاوي استحقاق حقوق المياه في مواجهة إدارة الحماية كان الهدف منه حرمان الملاك المغاربة من حقوقهم لكون المحاكم العصرية غالبا ما تميل إلى حماية مصالح الحماية.

¹ - جاء في الفصل الثامن من ظهير 1914\7\1 " إن النزاع الواقع على ملك عمومي تحكم به المحاكم العصرية."

² - ينص الفصل السادس من ظهير 1914\7\1: " يدير الأملاك العمومية المدير العام للأشغال العمومية بمقتضى تفويض مستمر..."

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وفي حالة فشل إدارة الحماية في استصدار حكم لصالحها يقضي يشمل حق الماء ضمن الملكية العمومية، يحق لإدارة الحماية نزع ملكية هذا الحق من مالكة القانوني عبر مسطرة نزع الملكية للمنفعة العامة¹.

كما جاء ظهير 1 يونيو 1914 بتحديد الأشياء التي تعتبر ملكا عموميا، وقد اختار مشرع الحماية عبارة جد هامة، حتى تشمل الملكية العمومية جل أنواع المياه، وحتى تدخل المياه أيا كانت طبيعتها ضمن الملكية العمومية جاء في الفصل الأول من ظهير 1914: "تصنف ضمن الملك العام: _ مجاري المياه أيا كانت طبيعتها والينابيع التي تصدر منها".

ومن خلال هذه الصياغة يتضح التصور العام لإدارة الحماية، وذلك بوضع نصوص قانونية تخول لها إدماج جميع مجاري المياه ضمن الملكية العمومية، حتى يتسنى لها السيطرة عليها وتديرها لصالح إدارة الحماية و خدمة مصالح المعمرين.

ولم يكتف مشرع الحماية بهذا الحد، بل أضاف أنواعا أخرى من المياه بشكل تدريجي ضمن الملكية العمومية، ومنها الآبار الارتوازية والبحيرات الكبيرة والصغيرة و البحار و المستنقعات والسدود والقنوات وجميع الأشغال العمومية المنجزة لحصر المياه والترع.

لكن تبني مبدأ الملكية العمومية للمياه من طرف مشرع الحماية بالشكل الذي جاء به ظهير 1914 لم يكن قرارا نهائيا بل كان قرارا انتقاليا وتجريبيا لمعرفة رد فعل المغاربة أصحاب حقوق المياه لاتخاذ الموقف النهائي.

كما أن ظهير 1 يونيو 1914 شابهته بعض الثغرات وذلك لعدم وضع قواعد حمائية للمياه من التلوث، وكان إصدار ظهير 1916 لتجاوز هذا النقص.

¹ - جاء في الفقرة الثانية من الفصل الثاني من ظهير 1\7\1914: "ولا يمكن أن تنزع الحقوق المذكورة من أربابها إلا بالبيع الجبري بشرط أن يثبتوا هذه الحقوق أمام الحكومة أو المحاكم التي لها النظر..."

المطلب الثالث : مرحلة ظهير 26 ماي 1916 وظهير 8 نونبر 1919

أولا : مرحلة ظهير 26 ماي 1916

في هذا الظهير عمل مشرع الحماية على منع بعض التصرفات التي من شأنها تلويث المياه العمومية خاصة التي تزود منها المدن كتحرير غسل الثياب و اللحوم و الجلود والحيوانات و تحريم الاستحمام بها ، كما منع مشرع الحماية استغلال المياه العمومية بدون ترخيص مسبق من الإدارة وذلك لحماية المياه العامة من مخاطر التلوث والاستعمال العشوائي، كما أقر مشرع الحماية مجموعة من العقوبات على كل مخالفة لهذه المقتضيات. بينما ظلت أنواع عديدة من المياه لا تخضع للملكية العمومية والتي خرجت عن إطار تدبير وتسيير إدارة الحماية، ولذلك عمد مشرع الحماية إلى تعديل هذا الظهير وتتميمه بمقتضى ظهير 8 نونبر 1919.

ثانيا : مرحلة صدور ظهير 8 نونبر 1919¹

بعد التقارير التي كانت تصدر في موضوع المياه من طرف مصالح إدارة الحماية والمقالات الصحفية والعرائض المقدمة من طرف المعمرين² تبني مشرع الحماية صراحة وبكل وضوح مبدأ الملكية العمومية النسبي للمياه وذلك بمقتضى ظهير 8 نونبر 1919 . ولقد كان الهدف من تبني الملكية العمومية للمياه من الناحية القانونية تكريس الحماية القانونية للمياه³ وخاصة الضومين العام الهيدرولوجي DOMAINE PUBLIC . HYDRAULIQUE

فبعد صدور ظهير 1914 وجدت إدارة الحماية نفسها أمام واقع خروج بعض أنواع المياه من إطار سيطرتها وحرمت من تدبير هذه المياه لعدم التنصيص عليها كملك

¹- ظهير 8 نوفمبر 1919 ج ر عدد 369 بتاريخ 17 نونبر 1917.

²-Sonnier. même ouvrage. p 4.

³-Fouzi Rherrousse: "droit des eaux au Maroc" thèse doctorat université paris XIII LE 29 avril 2011 page 17.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

عمومي في ظهير 1914 وهي مياه الممرجات (les merdjas) ومياه العيون ومياه الآبار ومياه الخطارات والمياه السطحية ولذلك عمد مشرع الحماية إلى تعديل ظهير 1914 وتتميمه بظهير 1919.

وجاء ظهير 1919 ليعدل من ديباجة الفصل 1 من ظهير 1914 وخاصة الفقرات الرابعة والخامسة والسادسة منه لينص في الفقرة الرابعة من الفصل الأول على أنه يدخل ضمن الملك العمومي كل المياه سواء كانت جوفية أو سطحية ومجري المياه و ينابيع المياه أيا كانت طبيعتها.

كما أن الفقرة الخامسة من الفصل الأول أوضحت تنص على أن البحيرات كبيرة أو صغيرة والسيخ والملاح والمستنقعات تعتبر ملكا عاما.

وأدخلت نفس الفقرة كافة الأراضي التي تعتبر وعاء للمياه وإن كانت غير مغطاة بالمياه بشكل دائم. ومن خلال هذه الفقرة يتضح أن مشرع الحماية لم يكتف بإدخال المياه ضمن الملكية العمومية بل تعدى ذلك إلى ضم الأراضي التي توجد عليها هذه المياه ضمن الملك العام حتى ولو كانت هذه الأراضي غير مغطاة بالمياه بشكل دائم كما هو الشأن بالنسبة للبحيرات التي تنشأ في فصل الشتاء بفعل تساقط الأمطار و تجف صيفا بسبب ارتفاع درجة الحرارة.

وبصدور ظهير 1919 يكون مشرع الحماية قد أكمل شمل جل أنواع المياه ضمن الملكية العمومية وبذلك يكون قد أكمل صياغة الأرضية الملائمة و الإطار القانوني المناسب لإدارة الحماية للسيطرة على الثروة المائية مع الإبقاء على الحقوق المكتسبة واستثناء مياه الأمطار التي تمت حيازتها بتجميعها في خزانات مائية.

وفي ظهير 19 أكتوبر 1921 الموافق 17 صفر 1340 أضاف مشرع الحماية مياه الشرب التي تتغذى بها المدن و قنوات المياه و جميع التجهيزات المرتبطة بها ضمن الملك العام البلدي مع الحفاظ على الحقوق المكتسبة للغير خاصة المياه الوقفية وجميع التجهيزات المرتبطة بها.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المبحث الثاني: مرحلة صدور ظهير 1925 وظهير 1951:

وجدت إدارة الحماية نفسها أمام إشكاليات قانونية تتعلق بحدود الأملاك العمومية على ضفاف مجاري المياه ومداهما والطرق الموصلة إليها ولم تجد في ظهير 1 يونيو 1914 وكذلك في ظهير 8 نونبر 1919 أي حلول قانونية لها ولذلك عمدت إلى معالجة هذه الإشكاليات القانونية في ظهير 1\8\1925 (المطلب الأول) وتنظيم المياه المعدنية في ظهير 1951 بعد أن ظلت بدون إطار قانوني .

المطلب الأول: مرحلة صدور ظهير 1 غشت 1925¹:

عمد مشرع الحماية إلى إيجاد إطار قانوني يعالج به بعض الإشكاليات القانونية التي أثرت بعد ظهير 1 يونيو 1914 و ظهير 8 نونبر 1919 بخصوص حدود الأملاك العمومية ونطاقها الجغرافي والوضعية القانونية لموضع مجاري المياه وتفادي إشكالية تواجد مياه عمومية فوق أراض مملوكة ملكية خاصة مما أثار مشاكل عملية وأخرى قانونية. فقرر مشرع الحماية في ظهير 1925 جعل موضع مجاري المياه العمومية ضمن الملكية العمومية أيا كانت طبيعة مجاري المياه مستمرة أو متقطعة، كما أدخل ظهير 1925 ضفاف الأنهار وموضع مجاري المياه التي يجري عليها المد والجزر ضمن الملك العمومي. ولم يكتف المشرع في ظهير 1925 بحل إشكالية حدود الملك العمومي وإنما أتى بتنظيم متميز يحدد طريقة استعمال واستغلال المياه العمومية وذلك عن طريق إما عقد امتياز أو حق الترخيص يمنح من طرف الإدارة المكلفة بالمياه وهي وزارة الأشغال العمومية. والمهم في ظهير 1925 أنه أتى بمقتضيات جديدة حددت طريقة استعمال المياه العمومية وذلك بتحديد مسطرة الحصول على الامتياز باستعمال الماء العمومي وشروط عقد الامتياز وطرق إنهاءه كما حدد شروط الحصول على حق الترخيص باستعمال المياه العمومية و طرق سحب الترخيص.

¹ - ظهير 1 غشت 1925 المعتبر بمثابة ضابط المياه المنشور في الجريدة الرسمية عدد: 670 بتاريخ 25 أكتوبر 1925.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وكانت المقترضات الجديدة لطرق استعمال المياه العمومية السبب في تسمية ظهير 1925 "ضابط المياه" (le régime des eaux). و يعتبر ظهير 1925 أول ظهير شبه متكامل أعد من طرف مشرع الحماية لتنظيم حقوق المياه، لكونه جاء بقواعد تشمل تنظيم جميع أنواع المياه التي تعتبر مياها عمومية، كما حدد مجاري المياه التي تدخل في الملك العمومي وحدودها ونطاقها كما تناول طرق الانتفاع بالمياه العمومية وذلك عن طريق عقد الامتياز أو حق الترخيص.

وكان حريا بمشروع الحماية وضع نصوص تنظيمية لتحديد الوسائل والآليات العملية لتطبيق مقترضات ظهير 1925¹ و لذلك صدر قرار وزيرى بتاريخ 1 غشت 1925 لهذه الغاية² فحدد الآليات القانونية لإحداث مناطق وقائية، أو إثبات حقوق مياه مكتسبة، وضبط و تهيئة و توزيع المياه العامة أو وضع آلات على مجاري المياه، وأخذ الماء منها أو إحداث معامل عليها.

وأهم آلية قانونية جاء بها هذا القرار هو إلزامية إجراء بحث بقرار من المدير العام لإدارة الأشغال العمومية، وتكليف لجنة خاصة للقيام بالأعمال الأولية من معاينة الأماكن و تسجيل الملاحظات وتلقي التصريحات وإعداد تقرير مفصل يوجه إلى مدير الأشغال العمومية، ويصدر هذا الأخير قرارا نهائيا بالمصادقة على أعمال اللجنة بعد بيان رأي نائب إدارة المراقبة المحلية ونشر هذا القرار في الجريدة الرسمية.

وقد خضع ظهير 1925 لتعديلات جد مهمة وذلك لتحسين مقترضاته مع مقترضات الواقع، بتحديد الإجراءات المسطرية للإستفادة من الحقوق الخاصة على المياه العامة كحق الترخيص و الامتياز، وتخويل إمكانية تسجيل هذه الحقوق بالرسوم العقارية.

أولا : مرحلة صدور ظهير 1932\7\2³:

¹- جاء في الفصل 26 من ظهير 1925 "ستصدر قرارات من وزيرنا الأعظم بتعيين ما يأتي: _أولا الصورة و النوع الذين يباشرون بموجها إجراء الأبحاث المأمور بها بالفصول السابقة"

²- قرار وزيرى مؤرخ في 25\8\1 الجريدة الرسمية عدد: 670 المعتبر النص التنظيمي لظهير 1925.

³- ظهير 1932\7\2 المنشور بالجريدة الرسمية عدد: 1034

المجلة المغربية لتاريخ القانون

جاء ظهير 1932 بتعديل للفصول 10 و 13 و 15 و 19 من ظهير 1 غشت 1925 كتعديل الفقرة الثانية من الفصل 10 بتحديد أجل 6 أشهر للمطالبة بتغيير أو تتميم قرار الاعتراف بحقوق المياه المكتسبة الذي يبدأ من تاريخ نشر القرار بالجريدة الرسمية، وتعديل الفصل 13 مرتين وذلك بتحديد أجل أقصى لمدة استعمال المياه العامة في عشرين سنة، وإعطاء الإدارة صلاحية تغيير الرخصة أو تقصير أجلها أو إلغائها في أي وقت بدون تعويض في حالة إخلال المرخص له بالتزاماته، و صلاحية إلغائها نهائيا أو تقصير أجلها أو تغييرها لأجل المصلحة العامة مع إعطاء صاحب الرخصة الحق في التعويض عن الأضرار المباشرة. وتعديل ثاني هم أعمال قاعدة التخصيص أي تخصيص حق الترخيص باستعمال الماء العمومي لمنفعة عقار معين دون غيره، وارتباط الرخصة بهذا العقار، حتى إذا تم تفويت العقار انتقلت الرخصة إلى المالك الجديد بعد التصريح بالانتقال إلى مدير الأشغال العمومية ومنع التخلي عن الرخصة دون التخلي عن العقار المرتبطة به.

أما الفصل 15 فتم تعديله بتحديد المدة القصوى لمدة الامتياز في 75 سنة و إعطاء حق الامتياز لأحد الملاك أو لجمعية تضم مجموعة من الملاكين، وأعطى للإدارة حق إسقاط الامتياز عند استعمال المياه العامة خارج المنطقة المعنية أو عند استعمالها لغير السقي. كما هم التعديل إقرار قاعدة التخصيص أي تخصيص الامتياز باستعمال الماء العام للعقارات التي تسقى بها وليس للملاك، وإذا انتقلت ملكية العقار إلى غير انتقل إليه حق الامتياز باستعمال الماء العام.

وأتى ظهير 1932/7/2 بتعديل جد هام للفصل 19 من ظهير 1925 وذلك بتحويل صلاحية تسجيل قرارات الاعتراف بحقوق المياه المكتسبة، وقرار الترخيص باستعمال الماء العام، وعقد الامتياز باستعمال المياه العامة بالرسم العقاري، تمشيا مع مقتضيات ظهير 9 رمضان 1333 الموافق 12 غشت 1913 المنظم للتحفيظ العقاري، و شكل هذا التعديل أهمية خاصة أولا باعتباره حقوق المياه المكتسبة حقوقا عينية عقارية،

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وثانيا بتحويله صلاحية تسجيلها بالرسم العقاري إذا كان العقار الذي تسقى به عقارا محفظا¹.

ثانيا: صدور ظهير 4 مارس 1952

لقد عدل ظهير 4 مارس 1952 كلا من الفصول 13 و 20 من ظهير 1 غشت

:1925

1- بالنسبة لتعديل للفصل 13:

ألزم ظهير 4 مارس 1952 كل من يسقي أرضه من شبكة الري العمومية بأداء تعريفية معينة تقاس في حدود الحد الأدنى، وتحدد حسب قرار مشترك بين مدير الأشغال العمومية و مدير الفلاحة و التجارة و الغابات، بعد استشارة مجلس مصلحة المياه والغابات، و يستثنى من التعريفية الأراضي التي تسقى بواسطة وسائل الضخ أو وسائل أخرى غير معدة من طرف الدولة.

كما أنشأ ظهير 1952 لجنة إدارية خاصة يرجع إليها اختصاص البت في النزاعات المتعلقة بتحديد طبيعة الأراضي مسقية كانت أم غير مسقية، و النزاعات التي تنتج عن تطبيق الفصل 13 وتشكل هذا للجنة من :

✓ القائد

✓ مهندس الأشغال العمومية

✓ مفتش الفلاحة

ويمكن استئناف قرارات اللجنة في أجل شهرين أمام مدير الفلاحة والتجارة والغابات، ويتابع استخلاص الحد الأدنى للتعريفية حتى في حالة عدم استغلال الأرض من طرف المالك الأصلي وفق الشروط المحددة في الفصل 13.

2- بالنسبة لتعديل الفصل 20 :

عدل مشروع الحماية في ظهير 1952 من الفصل 20 من ظهير 1925 بفرضه عقوبات مالية على مستعملي المياه العامة وذلك في حالة السقي في الأوقات غير المرخص بها أو

¹ - خص ظهير التحفيظ العقاري أي ظهير 12 غشت 1913 الحقوق العينية بحق التقييد في الرسم العقاري.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

تجاوز الزمن المحدد للسقي أو عدد الأمتار المكعبة المخصصة، وتتمثل العقوبة المالية في أداء ضعف التعريفة المحددة، وفي حالة العود تضاعف التعريفة ثلاث مرات، وفي حالة عود جديد يمنع مستعمل الماء من حصته السنوية من الماء مع إلزامه بأداء التعريفة، ولا تحول هذه العقوبات المالية دون تطبيق القواعد الجنائية في الموضوع والتي تعود إلى اختصاص شرطة المياه.

ثالثا: التعديلات الواردة على ظهير 1925 ب ظهير 9 أكتوبر 1933 و ظهير 28

سبتمبر 1933 و 25 يوليوز 1939

1 - صدور ظهير 9 أكتوبر 1933

لقد عدل ظهير 1933¹ من الفصل 21 من ظهير 1925 من خلال الفصل 33 وذلك بمنعه التعدي على حدود الملك العمومي بتعداده للتصرفات التي يمنع القيام بها وهي:

- ترك الماشية تدخل إلى القنوات المعدة للسقي.

- إيداع مواد في مجاري المياه.

- إقامة حواجز أو سدود تعيق الملاحة وجريان المياه

- إجراء أي حفر أو سحب أي شيء من الملك العمومي.

- رمي مواد مضرّة بالصحة العمومية وبشرب الحيوان.

كما حدد مشروع الحماية في الفصل 21 عقوبات جنائية لكل من يخالف هذه

المقتضيات وهي الغرامة من فرنك إلى 15 فرنك أو السجن لمدة يوم واحد إلى 5 أيام أو هما

معاً، و بغرامة تتراوح ما بين 16 فرنك إلى 500 فرنك أو السجن من 6 أيام إلى 3 أشهر أو

بالعقوبتين معا في حالة مخالفة الفقرة 6 و 7 من الفصل 21.

2- صدور ظهير 28 سبتمبر 1933

لقد عدل ظهير 28 سبتمبر 1933 الموافق ل 27 جمادى السنة 1332، الخاص

بالترخيص باستعمال مياه واد بهت و واد سبو²، من الفصول 6 و 12 و 13 من ظهير 1 غشت

¹- ظهير 9 أكتوبر 1933 المنشور بالجريدة الرسمية عدد: 1100.

²- ظهير 13 أكتوبر 1933 الجريدة الرسمية عدد: 1094.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

1925، وذلك بإلغائه في الفصل الأول منه مسطرة البحث عند استصدار قرار الترخيص باستعمال مياه واد بهت و الآتية من سد القنصرة إذا كان صبيب المياه لا يتعدى 4 متر مكعب في الثانية، وكذلك الشأن بالنسبة لواد سبو إذا كان لا يتعدى 5 متر مكعب في الثانية. وفي الفصل الثاني ألزم كمقتضى جديد أنه يكون المنتفع من حق الترخيص باستعمال مياه واد بهت عضوا في جمعية فلاحية متميزة تختص بصيانة شبكة الري، وفي نفس الإطار أعفى ظهير 13/7/1935¹ من سلوك مسطرة البحث عند استصدار قرار باستعمال المياه الصادرة من سد واد ملاح و أم الربيع، شريطة أن لا يتعدى صبيب المياه السنوي 5 مليون متر مكعب بالنسبة لسد واد ملاح و 15 متر مكعب في الثانية بالنسبة لمياه واد أم الربيع.

3 - صدور ظهير 25 يوليوز 1939

تم تعديل الفصلين 20 و 21 من ظهير 1925 بظهير 25 يوليوز 1939

- تعديل الفصل 20:

عدل ظهير 1939 من الفصل 20 من ظهير 1925 وذلك بتحويل المدير العام للأشغال العمومية صلاحية إنهاء كل استعمال غير قانوني للماء العام، وكذلك صلاحية إنقاص صبيب المياه التي تفوق الحد المقرر لها قانونا، و المبين إما في الرخصة أو في المقتضيات الانتقالية التي يحق لمدير الأشغال العمومية اتخاذها في حالة الجفاف أو نقص المياه عملا بالفصل 17 من ظهير 1925.

وفي حالة إنذار مستعمل المياه بتنفيذ قرار مدير الأشغال العمومية الذي يمكن تقصيره في حالة الاستعجال إلى 24 ساعة وعدم امتثاله له، يحق لمدير الأشغال العمومية القيام بالإجراءات المناسبة بنفسه تحت نفقة مستعمل الماء.

تعديل الفصل 21:

عدل ظهير 1939/7/25 الفقرة الأخيرة من الفصل 21 من ظهير 1 غشت 1925، وذلك بإضافة عقوبة الغرامة من 16 فرنك إلى 500 فرنك وبالسجن من 6 أيام إلى 3

¹ - ظهير 16 غشت 1935 المنشور بالجريدة الرسمية تحت عدد: 1190.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أشهر مع جعل العقوبة تضم الغرامة و السجن معا دون تطبيق إحداهما في حالة مخالفة الفقرة 6 و7 من الفصل 6 من نفس الظهير.

وبتاريخ 17 ديسمبر 1926 الموافق ل11 جمادى الثانية¹1345 صدر الظهير الخاص بزجر سرقة المياه والذي عاقب كل شخص قام بفعل تحويل مياه السقي بالسجن من شهر واحد إلى سنة سجنا وغرامة مالية ما بين 2000 فرنك إلى 6000 فرنك أو إحدى هاتين العقوبتين².

وأمام تميز هذا الفعل الجرمي لارتباطه بمادة حيوية كالماء عاقبت الفقرة 2 من الفصل 1 الشريك والمساهم في تنفيذ الفعل الجرمي بنفس عقوبة الفاعل الأصلي. ولم ينظم مشروع الحماية في ظهير 1 غشت 1925 المعتبر بمثابة ضابط المياه طرق استعمال واستغلال وبيع المياه المعدنية الطبيعية ومياه العيون ومياه المائدة والمياه المعدنية المستوردة، وأمام هذا الفراغ التشريعي تدخل مشروع الحماية بإصدار ظهير 20 مارس 1951³.

المطلب الثاني: مرحلة صدور ظهير 20 مارس 1951

أتى مشروع الحماية بالإطار القانوني لتنظيم طرق استعمال واستغلال و بيع المياه المعدنية وتعريفها في ظهير 20 مارس 1951، وأهم ما جاء به هذا الظهير هو إعطاؤه تعريفا للمياه المعدنية الطبيعية وذلك بتعريفها على أنها: "مياه العيون والآبار التي بالنظر إلى طبيعتها الخاصة وحرارتها ومركباتها المعدنية والغازية والإشعاعية يمكن أن تستعمل كوسيلة علاجية"⁴.

¹- ظهير 11 جمادى الثانية 1345 الموافق ل17 ديسمبر 1926 منشور بالجريدة الرسمية عدد: 743 بتاريخ: 18-1-1927.

²- عدلت الغرامة في ظهير 1953 من 16 فرنك كحد أدنى و500 فرنك كحد أقصى إلى 2000 فرنك كحد أدنى و60000 فرنك كحد أقصى.

³- ظهير 20 مارس 1951 الموافق ل12 جمادى الثانية 1370 منشور بالجريدة الرسمية عدد: 2023 بتاريخ 3: غشت 1951.

⁴ جاء هذا التعريف في الفصل الأول من ظهير 20 مارس 1951.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

كما منع ظهير 1951 في الفصل الثاني منه جمع المياه المعدنية الطبيعية خارج إطار الضوابط التي حددها ظهير 1 غشت 1925 والمرسوم الوزاري بتاريخ 1 غشت 1925 على أن يعود لمديرية الإنتاج الصناعي والمعدني ومديرية الصحة العمومية اختصاص مراقبة الشروط القانونية والتنظيمية المرتبطة بحق الترخيص أو عقد الامتياز. وتشدد ظهير 1951 في شروط تجميع المياه المعدنية وجليها ووضعها في قنينات، هادفا من ذلك ضمان الشروط الصحية اللازمة لاستغلال واستعمال المياه المعدنية، وضمان حماية المستهلك حتى يصل الماء المعدني إلى المستهلك في ظروف صحية مناسبة.

وصدر بتاريخ 3 فبراير 1953 الموافق ل 18 جمادى الأولى 1372 المرسوم الوزاري¹ بمثابة النص التنظيمي الذي حدد طريقة استغلال وبيع المياه المعدنية الطبيعية ومياه العيون ومياه المائدة وكذلك بيع المياه المعدنية المستوردة. ويعتبر ظهير 1953 ونصه التنظيمي خصوصا جد متطورة بالنظر إلى المرحلة التي صدرا فيها وبالنظر إلى الضوابط القانونية التي جاء بها وأحاطت بها عملية استغلال وبيع المياه المعدنية الطبيعية ذلك أنها شملت عملية الاستغلال بمراقبة شاملة وصارمة، وبشروط تقنية دقيقة في جميع المراحل من وقت جلب الماء واستخراجه إلى حين وضعه في قنينات وبيعه للمستهلك.

¹- المرسوم الوزاري الصادر بتاريخ 3 فبراير 1953 المنشور بالجريدة الرسمية عدد: 2106 بتاريخ 6 مارس 1953.

خاتمة:

وقد انتظر المشرع المغربي ما يفوق نصف قرن ليقوم بتعديل القوانين المنظمة لحقوق المياه الصادرة في فترة الحماية وذلك بموجب ظهير 10\1995¹ الذي حل محل ظهير فاتح ماي 1925 الذي يعتبر ضابطا للمياه ، واستطاعت الحماية بناء نظام إداري وأجهزة إدارية حديثة لتدبير الملك العام المائي بعد تكريسها لمبدأ الملكية العمومية للمياه، كما استثنيت حقوق المياه الخاصة المكتسبة من الخضوع لهذا المبدأ.

وتتميز القوانين المائية التي تبنتها الحماية الفرنسية عن تلك المطبقة في فرنسا بدواعي و خلفيات سياسية استعمارية بالأساس² لكن المغرب بعد الاستقلال استفاد بشكل كبير من هذه المنظومة القانونية المتطورة والحديثة كما استفاد من بناء أجهزة إدارية ونظام إداري لتدبير المياه وتحويله من هدف خدمة مصالح الإدارة الاستعمارية إلى خدمة المصلحة العامة عبر تكريس ملكية الدولة للماء العمومي³.

ولم تحد التشريعات المائية المتبناة بعد الاستقلال سواء قانون 59/10 و15/39 عن المبادئ والفلسفة التي كرسها تشريعات الحماية الشيء الذي يمكن معه القول أنها تشكل امتدادا لها وإن بأهداف مختلفة لكن المشرع المغربي مدعو لتجاوز ازدواجية التشريع المائي وتعدد الأنساق القانونية لتفادي تعقيد المنظومة القانونية المائية في سبيل تحقيق الأمن القانوني المائي.

¹- ظهير شريف رقم 154-95-1 صادر في 18 من ربيع الأول 1416 أغسطس 1995 بتنفيذ القانون رقم 95-10-المتعلق بالماء ج.ر عدد 432 بتاريخ 1995/9/20.

²- أحمد إد الفقيه مرجع سابق صفحة 243 .

³- علال المنوار: إدارة المياه بالمغرب، رسالة دبلوم السلك العالي بالمدرسة الوطنية للإدارة العمومية بالرباط، 1984/1985 صفحة : 15.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لائحة المراجع :

- Ameer (M). le statut juridique de l'eau et l'irrigation au Maroc ،mémoire de DES.، Faculté des sciences juridiques économiques et sociales،Université Mohamed V، Rabat 1982.
- Bouderbala (N).Chraïbi (M) et Pascon (P). la question agraire au Maroc،Publication du BESM، n°123، 124، et 125
- Sonnier (A). " contribution a l'étude du régime des eaux au Maroc suivant le droit musulman et les coutumes indigènes " Revue de Géographie Marocaines. n°15 ، 1931.
- Sonnier (A). le régime juridique des eaux au Maroc،Ed.sirey،Paris ،1933.
- Sonnier (A).Code des eaux au Marocannoté، Rabat ،1935.
- Sonnier André ،« Contribution a l'étude du régime juridique des eaux au Maroc suivant le droit Musulman et les coutumes indigènes » ،Revue de Géographie Marocaine،n° 15. 1931 .
- Tazi Sadeq houria، Du droit de l'eau au Droit a l'eau au Maroc et ailleurs، édition Eddif، 2007.
- أحمد إد الفقيه " نظام المياه والحقوق المرتبطة بها في القانون المغربي شرعا وعرفا وتشريعا " مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2002
- بول باسكون ونجيب بودربالة : " القانون والواقع في المجتمع المتعدد أنماط الإنتاج " المجلة المغربية للاقتصاد والاجتماع عدد 4 السنة 1998.
- علال المنوار: إدارة المياه بالمغرب، رسالة دبلوم السلك العالي بالمدرسة الوطنية للإدارة العمومية بالرباط، 1985/1984.
- أحمد إد الفقيه: القانون المغربي بين ثلوث العرف و الشرع و التشريع "، مجلة المرافعة، هيئة المحامين بأكادير، العدد الأول، السنة الأولى، يونيو 1992.

تطور حق الملكية في المغرب

محمد اهتوت

باحث بسلك الدكتوراه، في القانون الخاص

منذ أن خلق الله الإنسان على وجه الأرض وهو يسعى إلى التملك¹، فهو غريزة بشرية يسعى لها كل إنسان وبشتى الطرق والوسائل، سواء كان غازيا، غاصبا، حائزا أو شاريا، ولعل نشوب الحروب العالمية الكبرى² كان سببها سعي بعض الدول إلى تملك أراضي وخيرات دول أخرى.

¹ - أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام بهامش تبصرة ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى 1406هـ/1986م، الجزء الأول، ص 161.

² - الحرب العالمية الأولى هي حرب عالمية نشبت بين القوى الأوروبية في 28 يوليو 1914 وانتهت في 11 نوفمبر 1918، كانت تسمى بالحرب العالمية والحرب العظمى حتى تغيير التسمية بسبب وقوع الحرب العالمية الثانية، بينما سُميت في الولايات المتحدة بالحرب الأوروبية، تقدر خسائر الحرب العالمية الأولى بأكثر من 9 ملايين مقاتل لقي حتفه، وتفاقم معدل الإصابات بسبب التطور التقني والصناعي آنذاك، وتعد أحد أعنف صراعات التاريخ، وتسببت في التمهيد لتغييرات سياسية كبيرة تضمنت ثورات في العديد من الدول.

أما الحرب العالمية الثانية فهي حرب دولية بدأت في الأول من سبتمبر من عام 1939 في أوروبا، وانتهت في الثاني من سبتمبر عام 1945، شاركت فيها الغالبية العظمى من دول العالم، منها الدول العظمى في حلفين عسكريين متنازعين هما: قوات الحلفاء، ودول المحور، كما أنها الحرب الأوسع في التاريخ، وشارك فيها بصورة مباشرة أكثر من 100 مليون شخص من أكثر من 30 بلداً، وقد وضعت الدول الرئيسية كافة قدراتها العسكرية والاقتصادية والصناعية والعلمية في خدمة المجهود الحربي، وتميزت بعدد كبير من القتلى المدنيين، القصف الاستراتيجي الذي أودى بحياة حوالي مليون شخص، ومنه القنبلتان الذريتان اللتان ألقيتا على هيروشيما وناغازاكي، أدت الحرب إلى وقوع ما بين 50 و85 مليون قتيل حسب التقديرات، لذلك تعد الحرب العالمية الثانية أكثر الحروب دموية في تاريخ البشرية.

ولقد كانت الملكية أول الأمر ملكية مشاعة¹، حيث كان كل شيء مباحا للجميع ويئال بوضع اليد²، فلم يكن مسموح أن يقول البدائي هذه أرضي وحدي ولاحق للآخرين فيها. ومع بداية استقرار الأسر والجماعات على أرض محددة، ومع ظهور الحاجة إلى التعاون لزراعة الأرض، بدأت أول بوادر الملكية الجماعية³، حيث كان أفراد القبيلة الذين يعتمدون على الرعي والصيد يشتركون في الانتفاع بالأرض والمعدات، ومع مرور الزمن وظهور ما أصبح يعرف بالأسرة الأبوية⁴، وترسخ سلطة الأب على أفراد أسرته، انتقلت الملكية من جماعية إلى ملكية أسرية أو عائلية، والتي تقضي بأن العائلة هي التي تملك الأرض وأدوات الفلاحة، ثم انتهت التطور إلى ظهور الملكية الفردية⁵، والتي تعني حق الفرد في الاستثمار بما يستطيع تملكه من أموال، والذي تم اعتباره أفضل الأنظمة وأكثرها نفعاً لبني الإنسان.

1- الشيوع حالة قانونية تنشأ عن تعدد أصحاب الحق العيني، وهو لا يقتصر على حق الملكية، بل يصح أن يتحقق بالنسبة إلى الحقوق العينية الأخرى، كحق الانتفاع وحق الارتفاق وغيرها.

2- يقصد بوضع اليد الحيازة والتي عرفها المشرع المغربي في المادة 239 من مدونة الحقوق العينية المغربية بكونها: "السيطرة الفعلية على الشيء بنية التملك".

3- يقصد بالملكية الجماعية العقارات المحتفظ بها من طرف الجماعة، وتندرج إلى الأصول والممتلكات التي تنتمي إلى هيئة جماعية من الناس الذين يعملون على استخدامها.

4- يشكل النظام الأبوي "البطريكي" بنية اجتماعية وسيكولوجية متميزة تطبع العائلة والقبيلة والسلطة والمجتمع في العالم العربي، وتكون علاقة هرمية تراتبية تقوم على التسلط والخضوع (اللاعقلاني) الذي يتعارض مع قيم المجتمع المدني واحترام حقوق الإنسان، وقد نتج عن شروط وظروف تاريخية واجتماعية وثقافية وعبر سلسلة من المراحل التاريخية والتشكيلات الاجتماعية والاقتصادية المترابطة فيما بينها حيث ترتبط كل مرحلة منها بمرحلة انتقالية تسبقها حتى تصل إلى مرحلة النظام "الأبوي الحديث".

5- وهي نوع من أنواع الملكية تفيد سلطة الفرد في التصرف والاستعمال والاستغلال للأرض التي يملكها دون تدخل من طرف أي كان.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وإذا كان هذا التطور على مستوى من له الحق في الملكية، فإن هاته الأخيرة عرفت تطورا آخر من حيث مداها وما تخوله من سلطة لصاحبها¹، حيث انتقلت من الحق المطلق في عهد الرومان إلى الحق المقدس في عهد الثورة الفرنسية²، فنصت المادة 87 من دستور 1791م لفرنسا الذي يعتبر إعلان حقوق الإنسان والمواطن الناتج عن هذه الثورة سنة 1789م هو أساسه الموضوعي، على أن: "حق الملكية مقدس لا يجوز انتهاك حرمة"، ومنه تسرب إلى المادة 544 من القانون المدني الفرنسي.

غير أن هذه النزعة الفردية المطلقة أصبحت تصطدم مع مطلع القرن 19 بظهور الأفكار الشيوعية³ التي تنادي بنبذ الملكية الفردية، واعتبارها ذات وظيفة اجتماعية في المجتمع.

وعموما فقد حاولت معظم التشريعات الوضعية الحديثة الجمع بين النزعة الفردية للملكية ووظيفتها الاجتماعية في المجتمع، وهو فعلا ما تجسده بعض الدساتير كالمادة 35 من الدستور المغربي⁴.

فإذا كانت البشرية لم تصل إلى هذا الدور المزدوج للملكية الخاصة⁵ إلا في عصرنا الحالي، وإذا كان الرأسماليون⁶ يفتخرون بكون الثورة الفرنسية هي من أضفت حق القدسية على حق الملكية وإذا كان الاشتراكيون يفتخرون بكون الأفكار الماركسية⁷ والثورة الروسية⁸ هي من أعطى للملكية وظيفتها الاجتماعية، فإنه يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية الغراء كانت سباقة منذ قرون خلت إلى إقرار هذه الطبيعة المزدوجة للملكية الخاصة¹.

إلا أن اختلاف ديانات البلدان وأنظمتها السياسية وثقافتها بصفة عامة أدى إلى اختلاف نظرة كل منها لمفهوم الملكية، ما دفعنا إلى طرح إشكال محوري حول ماهية الملكية في ثقافتنا المغربية؟

وللإجابة على هذا الإشكال سأعتمد خطة التقسيم الثنائي في محاولة لرصد مختلف الجوانب المتعلقة بالموضوع، وعليه سأتطرق في الفرع الأول إلى الحديث عن ماهية الملكية، وذلك على أساس أن أتناول في الفرع الثاني الملكية في الثقافة المغربية.

- ¹- عيسى عبده أحمد إسماعيل يحيى، الملكية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، ص 132.
- ²- الثورة الفرنسية française Révolution هي فترة مؤثرة من الاضطرابات الاجتماعية والسياسية في فرنسا عرفت عدة مراحل استمرت من 1789 حتى 1799، وكانت لها تأثيرات عميقة على أوروبا والعالم الغربي عموماً، انتهت بسيطرة البورجوازية خلال التحالف مع نابليون وانتهت بتصدير الأمة من خلال الاستعمار بالتوسع اللاحق للإمبراطورية الفرنسية، انتهت بسيطرة البورجوازية التي كانت متحالفة مع طبقة العمال مع احقاق مجموعة من الحقوق والحريات للطبقة العاملة والمتوسطة للشعب الفرنسي. أسقطت الملكية وأسست الجمهورية وشهدت فترات عنيفة من الاضطراب السياسي، وتوجت أخيراً في دكتاتورية نابليون الذي جاء سريعاً بكثير من مبادئها إلى أوروبا الغربية وخارجها. استوحى الثورة الفرنسية أفكاراً ليبرالية وراдикаلية، غيرت بشكل عميق مسار التاريخ الحديث، وأطلقت الانحدار العالمي المطلق واستبدالها بالجمهوريات، أطلقت الثورة== من خلال حروب الثورة الفرنسية صراعات عالمية مسلحة امتدت من البحر الكاريبي إلى الشرق الأوسط، والمؤرخين على نطاق واسع يعتبرون الثورة الفرنسية واحدة من أهم الأحداث في تاريخ البشرية.
- ³- هي مصطلح يشير إلى مجموعة من الأفكار في التنظيم السياسي والمجتمعي مبنية على الملكية المشتركة لوسائل الإنتاج في الاقتصاد والتي تؤدي بحسب منظريها لإنهاء الطبقة الاجتماعية ولتغيير مجتمعي يؤدي لانتفاء الحاجة للمال، ومنظومة الدولة وفي العلوم السياسية والاجتماعية هي أيديولوجية اجتماعية اقتصادية سياسية وحركة هدفها الاساسي تأسيس مجتمع شيوعي بنظام اجتماعي اقتصادي مبني على الملكية المشتركة لوسائل الإنتاج في ظل غياب الطبقات المجتمعية والمال ومنظومة الدولة.
- ⁴- ظهر شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 الموافق ل 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور.
- وتنص المادة 35 من الدستور المغربي على ما يلي: "يضمن القانون حق الملكية، ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون".
- ⁵- وهي الملكية الفردية.
- ⁶- الرأسمالية، وتعرف أيضاً باسم الثمول، هي نظام اقتصادي يقوم على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج وخلق السلع والخدمات من أجل الربح، وتشمل الخصائص الرئيسية للرأسمالية الملكية الخاصة وتراكم رأس المال والعمل المأجور والسوق التنافسية.
- ⁷- نسبة إلى المفكر كارل ماركس.
- ⁸- الثورة الروسية هو مصطلح يعبر عن سلسلة من الاضطرابات الشعبية حدثت في روسيا عام 1917، والتي كان لها الدور الأبرز في تغيير مجرى التاريخ، وقد قامت بها أساساً الجماهير الروسية الجائعة، منبهة بذلك الحكم القيصري، ومقيمة مكانه حكومة مؤقتة، أفضت إلى إنشاء الاتحاد السوفياتي -والذي انهار سنة 1991 بفعل ما يسمى البروسترايكا أثناء حكم غورباتشوف- اندلعت الثورة الأولى في فبراير 1917 أما

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الثورة الثانية التي اندلعت في أكتوبر، أزال إثرها البلاشفة الحكومة المؤقتة واستبدلوها بحكومة اشتراكية تلا ذلك الفصل الأخير من الثورة وهو الحرب الأهلية الروسية.

¹- الإمام أبو عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاع التونسي (894هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح ابن عرفة)، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى 1350هـ، ص 411

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الفرع الأول: ماهية الملكية

في إطار ماهية الملكية سأبحث في مفهومها وخصائصها (الفقرة الأولى)، ثم سأقوم بدراستها في إطار الفقه الإسلامي (الفقرة الثانية)، والمذاهب الوضعية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مفهوم الملكية وخصائصها

أولاً: تعريف الملكية

الملك لغة: هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد والتصرف فيه¹، ومن ملك الشيء ملكاً حازه وانفرد بالتصرف فيه فهو مالك¹.
والمملك: ما يملك ويتصرف فيه (يذكر ويؤنث) وجمعه أملاك.
والملكية في اللغة: هي الملك (بكسر الميم وتسكين اللام) أو التمليك ويقال: بيدي عقد ملكية هذه الأرض.

والملك اصطلاحاً: عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة متقاربة في مرماها وإن اختلفت في مبناها، فمنهم من عرفه بأنه "الاختصاص الحاجز"² أي الاختصاص المانع لغيره من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريقه وبسببه بالتوكيل أو النيابة.
وعرفه القرافي من المالكية بأنه "تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ومن أخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة"³.
وعرفه ابن تيمية في مجموع الفتاوى بأنه "القدرة على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية"⁴، وجاءت هذه التعريفات في مجملها على اعتبار الوصف.

ثانياً: خصائص الملكية

تميزت الملكية في الشريعة الإسلامية بجملة من الخصائص تبعاً لحقيقة الملك⁵، وهي:

- الخاصية الأولى: ثبوت الملك لصاحبه يعطيه الحق في كل أنواع الانتفاع والتصرف الشرعي في المملوك،

¹ - الجندل حمد العبد الرحمن، نظرية التملك في الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص 13.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

-
- ¹- المعجم الوسيط، الجزء الثاني، باب الميم، مادة ملك، ص 921.
 - ²- البعلي عبد الحميد محمود، الملكية وضوابطها في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، ص 25.
 - ³- أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 65.
 - ⁴- المصلح عبد الله، الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، ص 29.
 - ⁵- يراجع للمزيد من التفاصيل:
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة 2001م.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- وهذه الخاصية هي لب الملك وجوهره فتملك الأشياء لم يشرع إلا من أجل الحصول على منافعه المشروعة كل نوع بحسبه " وهذا التصرف والانتفاع ملازم لثبوت الملك في الشريعة ولا ينفك عنه إلا لمانع "

- الخاصية الثانية: ملكية العين تكون شاملة للرقبة والمنفعة معاً، فملكية العين ليست مقصورة لذاتها وإنما لمنافعها وتثبت هذه الملكية بالأسباب المنشئة للملكية، أما الملكية الناقصة فإنها تقوم بالأسباب الناقلة للملكية.

- الخاصية الثالثة: ملكية العين مؤبدة وملكية المنافع مؤقتة، فإذا ثبت الملك الشرعي للعين فإنه يثبت مؤبداً ما لم يطرأ عليه انتقال عن طريق أسباب النقل الشرعي كالبيع، أما ملك المنافع فالأصل فيه التوقيت كما في الإعارة والإجارة، وقد اختلف الفقهاء في إسقاط ملكية العين بالإسقاط أو الإعراض وذهب الجمهور إلى أن ملكية العين لا تقبل الإسقاط وإنما تقبل النقل.

الفقرة الثانية: الملكية في الفقه الإسلامي

إن عظمة الإسلام وسمو شريعته ووفاء نظامه العادل واهتمامه بالفرد وتحقيق حاجات الجماعة ومصالحها يتجلى في المبادئ العادلة التي شرعها لتوزيع ثروة الأمة ومال الجماعة، والقواعد الحكمية التي سنها لتحقيق التوازن بين حرية الفرد و مصلحة المجتمع¹، ففي هذا المجال أغلب الفقهاء أكدوا على أن الشريعة الإسلامية كفلت للفرد ملكية المال والثروات التي صنفت ضمن خانة وسائل الإنتاج وبتبنيها لهذا الحق وكفالاته إياه، يمكن الجزم بكون الشريعة الإسلامية جاءت لحماية الملكية من كل عدوان وتروم قواعد العدالة إلى منح كل ذي حق حقه الناتج عن عمله مصداقاً لقوله تعالى: " فاستجاب لهم ربهم أي لا أضيع عمل عامل منكم ذكر أو أنثى بعضهم من بعض"².

ومن هنا يتبين لنا بأن الشريعة الإسلامية تلي الفطرة وتستجيب لغريزة حب التملك لدى الإنسان وفي ذلك خير للفرد وصلاحه لأنها تحفزه على مضاعفة الجهد وتدفعه إلى الإخلاص في العمل وتحثه بذلك على بذل الطاقة لتنمية الموارد وزيادة الإنتاج وفي هذا نفع للمجتمع وخير له.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

والشريعة الإسلامية بإقرارها لحق الملكية كحق من الحقوق فهي لم تميز شخص عن آخر بل جعلت الكل سواسية فقد راعت ظروف العاجزين والشيوخ والنساء والأطفال وذلك من خلال حصولهم على نصيب من ثروة المجتمع. مصداقا لقوله تعالى: "آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم أجرا كبيرا"³.

ومن هنا يتضح لنا بأن الإسلام أقام نظام الملكية على دعامتين أساسيتين العدل والرحمة ومن خلالهما يكون هناك استقرار وأمن داخل المجتمع. وكما قلنا بأن الشريعة كفلت جميع أصناف الملكية ومنها الملكية الفكرية كذلك كحق من الحقوق التي يجب حمايتها من كل ما قد يظالها. فالشريعة كانت هي السباقة إلى التطرق لحق الملكية الفكرية إلا أنه بتقاعس العلماء المسلمين نظرا للركوض الذي عرفته الحضارة الإسلامية في العصور الأخيرة جعل العلماء المسلمين يهملون هذا الحق.

ومن ذلك تم وضع اتفاقيات في القرن الثامن عشر تؤكد الحماية الإقليمية والدولية لهذا الحق، وهذا الأمر أدى إلى قصور في الدراسات الفقهية في البلدان العربية حيث أراح العلماء المسلمين أنفسهم من عناء البحث والتنقيب بالتوجه شطر الثقافة القانونية⁴.

الفقرة الثالثة: الملكية في المذاهب الوضعية

إن الملكية حق مكفول لكل فرد أقرته مختلف الشرائع السماوية والوضعية، لكن مسألة التملك عرفت اختلافا بحسب المذاهب الوضعية، ونقصد بالذكر هنا الملكية في المذهب الليبرالي، والملكية في المذهب الاشتراكي.

أولا: الملكية في المذهب الليبرالي

¹- عبد السلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، الطبعة الأولى 1423هـ/1994م، ص 203.

²- سورة آل عمران، الآية 195.

³- سورة الحديد، الآية 7.

⁴- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص 392.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إن مفهوم الرأسمالية مأخوذ من رأس المال، ويقصد بها منح الأفراد كامل الحرية في جمع المال وأيضا في إنفاقه، ولا شيء يقيدهم في ذلك، فالرأسمالي لا يهيمه إلا أن تزيد ثروته عن طريق الزيادة فيما يملكه من أموال، ولا يهيمه المجتمع في شيء، فهدفه الوحيد هو أن يزيد قيمة ما في يده إلى أضعاف مضاعفة¹، وغالبية الدول إذ لم نقل كلها أصبحت تعتمد المذهب الرأسمالي الليبرالي، الذي يؤمن بحرية الفرد، ونقصد الحرية بمختلف أشكالها ومن أبرزها حرية التملك، وبل الأكثر من ذلك فهي تحاول أن توفر الظروف الملائمة عن طريق وضع قوانين تشجع الأفراد على العمل بكل أريحية ودون قيود، فنجدها تنص على ما يسمى بحرية الأسعار والمنافسة، وتحرير الأسواق، والحرية الاقتصادية² وغيرها من المصطلحات.

وهناك من ذهب إلى أكثر من ذلك، وقال بأن الرأسمالي لا يهيمه أن يموت المجتمع جوعا في الوقت الذي يزيد قيمة ما في يده من أموال وممتلكات³، لكن أعتقد أن هذا التعبير فيه شيء من المبالغة فالرأسمالية لها جوانب إيجابية بحيث أنها تشجع الأفراد على العمل والعطاء والاجتهاد وعدم الاتكال على الدولة في كل شيء بحيث يصبحون كالألات يشتغلون وفق برنامج محدد، ففي ظل الرأسمالية كلما عمل الفرد أكثر نمت ثروته، لكن يجب أن تتوفر الظروف الملائمة من مساواة وعدالة بين الأفراد واحترام للقانون، وهو ما نجده غائبا في كثير من الأحيان بحيث نجد أن بعض الأفراد يتمتعون بامتيازات عكس البقية.

وعموما فالرأسمالية تقوم على المبادئ التالية⁴:

¹ - إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، الملكيات الثلاث-دراسة عن الملكية العامة والملكية الخاصة وملكية الدول في النظام الاقتصادي الإسلامي-، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الطبعة الأولى 1430هـ/2009م، ص 13.

² - محمد بلتاجي، الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى 1430هـ/2009م، ص 41.

³ - محمد بلتاجي، مرجع سابق، ص 42.

⁴ - علي خفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر، طبعة 1416هـ/1996م، ص 121.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- المبدأ الأول: حرية الملكية وحرية التصرف دون تدخل الدولة؛
- المبدأ الثاني: حرية الفرد في ممارسة أي نشاط اقتصادي يريده سواء كان إنتاجيا أو استهلاكيا؛
- المبدأ الثالث: حرية المنافسة الاقتصادية التي تحد من انتشار الاستغلال؛

وقد يظهر منذ الوهلة الأولى أن هذه الأسس مفيدة وناجعة وتساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية، لكن في حقيقة الأمر فإن المذهب الرأسمالي قد أظهر العديد من المساوي¹:

أولا: سوء التوزيع للثروة والدخل بين الناس، بحيث نجد أن الأموال تتركز في يد فئة معينة من الناس والفئة العريضة لا تستطيع التغلب حتى على الحاجيات الضرورية للحياة؛

ثانيا: توسيع دائرة الاحتكار؛

ثالثا: ظهور الآثار السلبية للمنافسة في الإسراف والتبذير؛

ثانيا: الملكية في المذهب الاشتراكي

على عكس المذهب الليبرالي الذي يؤمن بحرية الفرد وحقه في تملك الأموال بمختلف أشكالها، نجد المذهب الاشتراكي وهو مناقض تماما للمذهب الرأسمالي، فهو لا يؤمن بالحرية الفردية في التملك، فالدولة فقط لها الحق في التملك، أما الأفراد فهم خلقوا من أجل العمل، وهو ما من شأنه أن يضعف من همم العمال ولا يشجعهم على العمل والزيادة في الإنتاج، فالفرد عندما يشعر بأن حريته في التملك مقيدة ومسلوبة منه، فلا شك أنه لن يجتهد في العطاء والإبداع بل سيتكل على الدولة، فالاشتراكية في أساسها وبدايتها قامت على أساس أن الملكية لكل وسائل الإنتاج للدولة وحدها، ونادت بإلغاء الملكية الفردية ومصادرة كل شيء وتأميمه وجعله باسم الدولة.

¹- للتوسع أكثر يراجع:

- محمد مدكور، الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، طبعة 1995، ص 88 وما بعدها.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لكن هذه المبادئ الصلبة أدت إلى فتور في عزيمة العمال ولم يعد لهم الحافز الكافي ليشجعهم على الزيادة في الإنتاج، فأدركت الدول هذه المسألة وأدركت معها بأنها على وشك انهيار اقتصادي، فاضطرت إلى التخفيف من حدة هذه المبادئ وسمحت في بعض الأحيان بالملكية الفردية كخروج عن القاعدة العامة، لكن هذه التدابير لم تكن كافية مما عجل بانهيار التصور الاشتراكي¹ في مقابل هيمنة واضحة للمذهب الرأسمالي.

الفرع الثاني: الملكية في الثقافة المغربية

ونحن بصدد دراسة الملكية في ثقافتنا المغربية وجب علينا دراستها على ضوء القانون المغربي (الفقرة الأولى)، وإبراز مظاهر ارتباط الملكية بالأمن المجتمعي للأفراد (الفقرة الثانية)، وارتباط قيمة الفرد بالملكية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الملكية على ضوء القانون المغربي

رغم التقدم العلمي والتكنولوجي وغزو الفضاء وغور البحار، تبقى الأرض مهد الإنسان و منتهاه، لتتكون لديه غريزة حب الأرض والتمسك بها وحرصه على حيازتها وتملكه²، فنسج حولها كثيرا من الاعتبارات المرتبطة بمورد الرزق والمعاش وكسب الثراء والغنى والجاه ومكانا للاستقرار والتجمع البشري، إضافة إلى أسباب نفسية و ثقافية و تاريخية، وهو ما حاولت معه كثير من الدساتير إلى اعتبار الملكية أو بالأحرى حق الملكية من أبرز الحقوق الدستورية والقانونية، نظرا لما يمثله من أهمية في حياة الأفراد والدولة ودوره الحيوي في شتى مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والتنموية³، فهو حصيلة جهد

¹ - الاشتراكية هي نظام اقتصادي يمتاز بالملكية الجماعية لوسائل الإنتاج والإدارة التعاونية للاقتصاد، فهي فلسفة سياسية تدافع عن هذا النظام الاقتصادي الملكية الاجتماعية تعود لأي شخص ما أو مجموعة مما يلي: شركات تعاونية أو ملكية شائعة أو ملكية عامة مباشرة أو دولة المؤسسات المستقلة. الاقتصاديات الاشتراكية تعتمد على الإنتاج من أجل الاستخدام والتخصيص المباشر لمدخلات الاقتصاد لإشباع المتطلبات الاقتصادية والحاجات البشرية (قيمة الاستخدام)، والمحاسبة تعتمد على كميات طبيعية من الموارد، كمية طبيعية أو قياس مباشر لوقت العمل.

² - مصداقا لقوله تعالى: "هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها"، سورة هود، الآية 61.

³ - يراجع في هذا الصدد:

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الإنسان وثمره عمله وسعيه لكسب الرزق و تكوين الثروات، وقد حظي بالاهتمام وأحيط بالرعاية إلى حد أن درجة الاهتمام تفاوتت تبعا للاتجاه الفكري والديني السائد في هذه الدول أو تلك، فبعض الدول بالغت في نظرتها إليه إلى حد اعتباره في فترة من الزمن حقا مقدسا لا يجوز المساس به، ثم تغيرت هذه النظرة تماشيا مع التغيير في المفاهيم السياسية والتطورات الاقتصادية، وقد ظلت الدول تثبت في دساتيرها وتنظم في قوانينها حق الملكية الخاصة بصورة تفصيلية ودقيقة¹، وتضع الأسس والضوابط التي تؤمنه، لكن بعد أن توسع دور الدولة وتوسعت وظائفها وازدياد دواعي تغليب المنفعة العامة على المنفعة الخاصة، اقتضت على سبيل الاستثناء المساس المباشر بحق الملكية الخاصة، وهو ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 على أن: "لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا".

وسار المشرع المغربي على نفس المنحى منذ أول دستور سنة 1962 إلى غاية آخر دستور سنة 2011 بحيث نص في الفصل 35 منه: "يضمن القانون حق الملكية ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد...".

ويتبين من خلال هذا الفصل أعلاه، أن المشرع المغربي أحاط الملكية بحماية قانونية وارتقى بها إلى مستوى التنصيص على ضمانها دستوريا، وحرص على أدائها وظيفتها الاجتماعية، كما أكد على أنها لا تنتزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل²، لذلك

- عبد المنعم الغريسي، إثبات ملكية العقار غير المحفظ على ضوء مدونة الحقوق العينية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر الأسرة والتوثيق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2013-2014.

¹ - فؤاد الصامت، القواعد الموضوعية للأمن العقاري -دراسة مقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون الوضعي-، منشورات مجلة الجواهر والدرر، طبعة 2016، ص 14.

² - القانون رقم 81-7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالإحتلال الموقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 بتاريخ 11 رجب 1402 (6 ماي 1982) وكذا المرسوم رقم 2.82.382 المؤرخ في 2 رجب 1403 (16 ابريل 1983) الصادر بشأن تطبيق القانون المذكور والمنشوران بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 (15 يونيو 1983).

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أحاط القانون عملية نزع الملكية للمصلحة العامة بعدة ضمانات تكفل حماية الملكية الخاصة.

كما تولى المشرع المغربي تحديد الأحكام المتعلقة بحق الملكية¹ من خلال المواد من 14 إلى 36 من مدونة الحقوق العينية بحيث نصت المادة 14: " يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعمال واستغلال والتصرف ولا يقيد به في ذلك إلا القانون أو الاتفاق".

بالإضافة لذلك جاء القانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية² الذي جاء لتنظيم نوع خاص من الملكية تتشارك فيه الملكية الخاصة والملكية المشتركة.

ومن خلال ما سبق يظهر على أن المشرع المغربي سار في مسار باقي التشريعات المقارنة بحيث سن مجموعة من المقتضيات التي تهدف إلى ضمان الملكية وحمايتها من التعسف، وهذا يدل على الأهمية البالغة التي يحظى بها حق الملكية لدى عموم المغاربة.

الفقرة الثانية: ارتباط الملكية بالأمن المجتمعي للأفراد

لقد أوضحت التجربة وبينت جليا أن مصلحة الأفراد والجماعات لا تكمن فقط في سن القوانين أو النصوص التنظيمية للقول بوجوب الانصياع لها وفرض تطبيقها بتبرير وجود دولة الحق والقانون، بل إن الأمر يتعدى ذلك ويتطلب بالإضافة إلى النصوص التشريعية والتنظيمية المحكمة والمستجيبة للمصالح الاجتماعية والاقتصادية تحقيق ما

¹ - محمد محبوب: أساسيات في نظام التحفيظ العقاري والحقوق العينية العقارية وفق المستجدات التشريعية للقانون 14-07 والقانون رقم 39-08.

² - القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، كما تم تعديله، بالقانون رقم 106.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.49 بتاريخ 19 من رجب 1437 (27 أبريل 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6465 من 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016)، ص 3781، والقانون 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.233 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011) ص 5228.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

يسمى بالأمن القضائي¹، والأمن المجتمعي للأفراد، حيث يعتبر هذا الأخير أحد الوظائف الأساسية للدولة وله دور فعال في حماية الحقوق واستقرار الملكية، و التحفيز على الاستثمارات من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، حيث أولى المشرع عناية خاصة للملكية وحمايتها وذلك بتنظيمها في مجموعة من القوانين أهمها مدونة الحقوق العينية².

وقد عرف الفقيه مأمون الكزبري حق الملكية بصفة عامة بأنها: "حق عيني على شيء معين يخول صاحبه دون غيره بصورة مطلقة، استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه وذلك في حدود القانون والنظام دون تعسف"، وهذه الخطوة تعتبر من أولى الخطوات لتحقيق الأمن المجتمعي³.

ويمكن القول إن للأمن علاقة وطيدة بالملكية فهما عنصران متلازمان في عقد مقومات رفاهية الإنسان وسعادته، فلا يتحقق للإنسان طيب الحياة في غيبة أي منهما، ومما يثير الاهتمام حرص القرآن الكريم على إبراز وتوضيح أهمية الأمن المجتمعي كغاية في أكثر من آية، وعلى سبيل المثال الآيات الكريمة التالية:

"فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف"⁴

¹- يقصد بالأمن القضائي تلك الثقة التي يضعها المواطن في المؤسسة القضائية والاطمئنان الى ما يصدر عنها من أحكام وقرارات وأوامر لحماية حقوق الأفراد والجماعات، وذلك يبقى رهين بتوفر مجموعة من المبادئ الأساسية التي أضحت مبادئ عالمية بدء باستقلال القضاء ومرورا بسهولة اللوج اليه وانتهاء بجودة وفعالية الأحكام الصادرة عنه لا سيما على مستوى تنفيذها، حيث لا جدوى من حكم لا نفاذ له.

-يراجع في هذا الصدد:

- يونس العياشي، الأمن القانوني والقضائي وأثرهما في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى 2012، ص 48.

²- ظهير شريف رقم 111.178 صادر بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نونبر 2011، بتنفيذ القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 27 من ذي الحجة 1432 الموافق ل 24 نونبر 2001.

³- يونس العياشي، مرجع سابق، ص 50.

⁴- سورة قريش، الآية 3

"رب اجعل هذا بلداً آمناً وأرزق أهله من الثمرات"¹
"وضرب الله مثلاً قرية كانت آمنة مطمئنة يأتيها رزقها رغداً من كل مكان فكفرت بأنعم الله فأذاقها الله لباس الجوع والخوف بما كانوا يصنعون"²
ولتوضيح الدور الذي تلعبه الملكية في توفير الأمن للفرد داخل المجتمع يمكن القول إن المجتمعات كلها أو معظمها تسعى اليوم لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ولا شك أن ذلك يستلزم توافر مقومات معينة³.
وللأمن دور مهم ورئيسي في الحفاظ على الملكية⁴، بحيث يمكن القول إنه في غياب الأمن يتعذر الحفاظ على الملكية عند من يريد تحقيقها، وتفقد أهم أهدافها من توفير رفاهية الإنسان حيث يعد الأمن ركناً من أركان هذه الرفاهية.

الفقرة الثالثة: ارتباط قيمة الفرد بالملكية

يعيش الإنسان الفرد في حياته وهو يسعى سعياً حثيثاً لكي يمتلك الأشياء التي تجعله يشعر بقيمته، ويؤكد من خلالها ذاته، ويصبح الإحساس بالتملك من الأساليب

¹ - سورة البقرة، الآية 126

² - سورة النحل، الآية 112

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، دون ذكر المطبوعة، الطبعة الأولى 1992، ص 50 وما بعدها

⁴ - تقوم نظرية الفقيه السويسري "جون جاك روسو" في العقد الاجتماعي على مبدأ هام يتمثل في تنازل الأفراد عن حرياتهم لفائدة الدولة وذلك في مقابل حمايتها لهم في أرواحهم وممتلكاتهم، ومؤدى هذا أن الدولة اليوم هي التي تتكفل بتحقيق الأمن في مختلف تجلياته سواء القانوني أو القضائي أو الغذائي أو البيئي...، عن طريق نهجها لسياسة كفيلة بتحقيق الأمن من خلال توفير الأمن العمومي والتصدي لظاهرة الجريمة وتوفير السكنية والطمأنينة لرعاياها وحماية الحقوق وضمان استقرار المعاملات، وكل ذلك من أجل خلق مناخ صحي وسليم اجتماعياً واقتصادياً وقانونياً وسياسياً يمكن المراهنة عليه من أجل جلب الاستثمار واستقطابه لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المنشودة.

- للتوسع أكثر يراجع:

- يونس العياشي، الأمن القانوني والقضائي وأثرهما في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى 2012، ص 5 وما بعدها.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المقبولة بين الإنسان والآخر طالما يراعي كل منهم الحقوق والواجبات المتبادلة بينهم في عدل ويسر وسهولة¹.

والإنسان الفرد في سعيه هذا يحاول أن يتعلم ليملك من خلال درجة تعليمه وظيفته ومقدراتها المالية، ويعطي لنفسه قيمة ثقافية وحضارية واجتماعية، ويقدر سعي الإنسان الفرد إلى مصادر المعرفة والتعليم بقدر ما يسطع في سماء العلاقات الإنسانية، فهو يأخذ المعلومات ويوظفها بما يحقق له هذا التملك المنشود، إلى جانب أنه يريد في كل لحظة أن يعلن عن قدراته من خلال هذا الكم المعرفي الذي يأمل من خلاله أن يكون متميزا.

ويعلن الإنسان في كثير من الأحيان عن رغبته في التملك من خلال أسلوب المناقشة مع الآخر، فهو يريد أن يظهر كل إمكاناته اللفظية والتعبيرية ويخرج مع فورة الألفاظ كل ما يعبر عن امتلاكه للحجة والمنطق وبراعة الأسلوب²، وهكذا يكون سعي الإنسان الفرد فهو لا يريد - إذا كان يحترم ذاته - أن يتصرف إلا في حدود ما يملك وما يمتلك من معطيات سواء ما تسعفه به ذاكرته، أو من خلال ما وجود به عليه تعليمه، فنجدته يغذي هذه الأمور بقراءات واسعة، ويسعى وراء كل جديد من المعارف حتى يبدو وكأنه حريص على أن يكون مالكا لكل ما هو جديد عارفا بكل ما يجعله يحظى بالمكانة والإعجاب³.

والإنسان الفرد في حرصه هذا يريد أن يكون على درجة من السلطة حتى يتمكن من خلال السلطة هذه أن يدعم كيانه ويؤكد ذاته، ولكنه قد يصطدم بتدرج السلطة⁴، فهو إذا كان حريصا على أن يشبع في نفسه هذا الميل إلى التحكم في الآخر، فإنه قد نسي أن هذا الميل موفور بنفس القدر بالنسبة للآخر وهنا تصطدم السلطة، ويحدث ما يمكن أن يسمى بالصراع النفسي، والسؤال الآن هو متى تتحول هذه الملكية إلى تصرفات تؤدي بصاحبها إلى العدوان على الآخر أو إلى أن يتصرف بالتطرف في حبه لمصلحته فتظهر هذه النرجسية

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 261.

² - نايف حواتمة، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب، "نوافذ" مجلة ثقافية فصلية، العدد 35-36، يناير 2008.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 262.

⁴ - محمد يحيى ولد والده، العدالة الانتقالية بالمغرب، "نوافذ" مجلة ثقافية فصلية، العدد 32-33، يناير 2008.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المسرفة في الذاتية؟ فتضيق مع ظهورها المتطرف كل المعاني المعبرة عن الاعتراف بحقوق الآخرين ولعل الإجابة تتلخص في النقاط الآتية:

أولاً: عندما يتحول السلوك الذي يتركز حول الملكية والريخ السريع إلى سلوك يصيب اتجاهات الفرد ويدفعه إلى أن يعي عن رؤية حقيقة الآخر في مصالحه وحقه أيضاً في الحصول على مطالبه وحقوقه¹.

ثانياً: عندما يعنى الإنسان المتطرف في نرجسيته في الحصول على السلطة (بأي شكل من الأشكال) ويشعر من خلالها بأنه يمتلك الأمر وله حق السيطرة، وله كل المقدرات فينسى تحت وطأة هذا الشعور الضاغط كل معاني الإنسانية المعبران الحق والخير.

ثالثاً: عندما ينسى الإنسان في زحمة نشوته أنه لا يفكر إلا في ذاته فقط وحرصه على أن يكون هو المفضل دائماً وصاحب الرأي السديد غالباً وهو أيضاً صاحب الكلمة التي لا يجوز إغفالها، أو عدم الاعتراف بسلامتها وصرفها ومنطقيتها حتى وإن كان الاعتراف لا يعبر إلا عن النفاق أو المسايمة المعبرة عن المهادنة والاستكانة أن الآخر له نفس الحقوق وله نفس الاعتبارات².

وهكذا يعتدي الإنسان بنرجسيته في بعض الأحوال وعند بعض الأفراد على الآخر فيعبر عن هذا الاعتداء بشعوره الضاغط وحقه غير الإنساني، فهو يريد لنفسه فقط ولا يريد لغيره، ويحب لنفسه ولا يحب لغيره، وتلك علامات، الاضطراب النفسي الذي يعبر عن شخصية غير سوية لا تقوى على فعل الخير ولا تعترف إلا بمصلحتها.

والواقع، أن الإنسان في سعيه في الحياة لا ينكر عليه أنه يريد ويتمنى ويتطلع ويخطط، لأن الوجود الإنساني يتطلب من الإنسان الفرد أن يملك أشياء تساعد وتعمل على الحفاظ عليه، فنراه يستخدم الأدوات ويعتني بها، فهو يسعى للحصول على الغذاء والكساء ويقتني السلع الضرورية التي يسد بها رمق الحاجات العضوية وهو مدفوع بدوافع ضرورية منطقية تجعله يملك ويتملك، ولكن الإنسان الفرد في سعيه هذا لا ينبغي عليه أن يعتمد على الدوافع الضاغطة التي تجعله ينسى في زحمة ولعه بامتلاك الأشياء حقوق

¹- رفعت سعيد، تدبير الشأن الثقافي بالمغرب، "نوافذ" مجلة ثقافية فصلية، العدد 31، أكتوبر 2006، ص

85.

²- علي خفيف، مرجع سابق، ص 369.

الأخرين ومصالحهم، فإذا كان يريد الإشباع فعليه أن يتذكر أن الذي يأكل وحده دائما لا بد أن يشعر بالظماً¹.

خاتمة

إن حق الملكية يعد من أبرز الحقوق أهمية في الحياة الإنسانية، لذلك حاولت تناوله من زوايا مختلفة تشمل ملكية العقارات والأموال بصفة عامة، كما تناولت الملكية في ظل شريعتنا الغراء والتي جاءت بتنظيم راق بشأن مختلف المجالات، وتحدثت أيضا عن ماهية أو التنظيم التي أتت به المذاهب الوضعية للملكية ومسألة التملك، فإذا كان المذهب الرأسمالي يؤمن بحرية الأفراد ويعطيهم الحق في التملك رغم ما ينشأ عن ذلك من خلق للتناقضات وتفاوت طبقي بين فئات المجتمع، نجد في الاتجاه الآخر مذهباً مناقضاً لما جاء به الرأسماليون ونقصد هنا المذهب الاشتراكي والذي يقوم على أساس الملكية العامة لوسائل الإنتاج بمعنى أن الدولة فقط هي من يملك الحق في التملك دون الأفراد.

لكن بالعودة لمجتمعنا المغربي يتضح منذ الوهلة الأولى لأي باحث أو ملاحظ اجتماعي، أن الملكية تكتسي مكانة بارزة في حياة الأفراد بل الأكثر من ذلك هي طموح ومبتغى لأي فرد، وذلك في نظرنا المتواضع راجع لمجموعة من الأسباب ولعل أبرزها ارتباط التملك برغبة الأفراد في ضمان أمن مجتمعي، بحيث أن ما يملكه الفرد هو الذي يحميه من الصعوبات والظروف التي قد تعترضه مستقبلاً، وإلا سيجد نفسه وحيداً في مواجهة صعوبات الحياة، وإن لم يستطع التحمل قد يصل به الأمر حد الإفلاس والضياع.

فمثلاً نجد الأفراد في الدول الغربية لا يعطون لمسألة التملك أهمية كبرى فهم لا يعملون على جمع الأموال واكتنازها فذاك آخر همهم، بل يستهلكونها ويستثمرونها، وذلك لسبب بسيط هو أنهم في حالة ما واجهتهم صعوبات مالية يلجؤون إلى مؤسسات الدولة وأكد سيجدون السند والمعونة في مختلف مراحل حياتهم، لأن دولهم توفر لهم سبل العيش الكريم والحماية الضرورية، أما البلدان العربية والنامية بصفة عامة فإن الفرد إن لم يجد مكاناً للعيش فيه سيكون مصيره لا محالة التشرد والفقر، وهو ما يجعل الأفراد في هذه البلدان يحبون التملك بل الأكثر من ذلك قد يقدسونه في بعض الأحيان، لأنه بمثابة السند الذي يوفر الحماية والحياة الكريمة لهم ولأسرهم.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 301.

التطور التاريخي لقوانين الأسرة بالمغرب

كريم متقي

أستاذ باحث بكلية الحقوق فاس

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع، وهي المدرسة الأولى والطبيعية لرعاية وتربية الأجيال، وغرس القيم والأخلاق، فالعناية بالأسرة والاهتمام بها، وإحاطتها بكل أسباب التكريم والتقويم له آثاره الكبيرة في المجتمع.

وعلاوة على ذلك فالأسرة أساس قوي لتماسك بناء المجتمع، وإقامة صرح الإنسانية، والزواج عمادها وبه تنشأ وفي ظله تقوم بأدوارها في الحياة، والأسرة في الشريعة الإسلامية مؤسسة تنبني فيها العلاقات على الاحترام والمودة والرحمة.

ومن هذا المنطلق، فقد حافظت جل الدول الإسلامية على قوانينها الأسرية المستمدة من الفقه الإسلامي، والمغرب حافظ بدوره على هذه الهوية، وعلى مر التاريخ الطويل طبقت مقتضيات الشريعة الإسلامية على العلاقات الأسرية للمسلمين، والقوانين العبرية على المغاربة اليهود، ومع مطلع الاستقلال أصبحت الضرورة ملحة من أجل تقنين قوانين الأسرة في ظل الشريعة الإسلامية، وهذا ما حدث سنة 1957، ولكن التطور والتحول الذي شهده المجتمع المغربي كان سببا من بين أسباب أخرى أدت إلى تعديل مدونة الأحوال الشخصية.

إن بنية الأسرة في تغيير مستمر فقد كانت عبر التاريخ تجسد الشروط الداخلية للمجتمع، وتعبر عنها وبهذا الواقع كانت تقوم وظائفها بمهام تتطور، وهو ما انعكس على تطور وتشابك العلاقات الأسرية وبالتالي على الإطار القانوني المنظم لهذه العلاقات.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

والمغرب كسائر الدول التي سادها الإسلام، فقد نظمت شريعته المجتمع كله، وخضعت علاقاته للفقه(1)، في ظل مذهب موحد هو المذهب المالكي في كل المجالات، وقد كان القضاء في المغرب، يطبق الشريعة الإسلامية على جميع القضايا التي تعرض عليه، سواء تعلقت بالمناكحات الذي يشمل أحكام الأسرة، من زواج، وطلاق، وإرث، أو العبادات التي تضم أعمال التقرب إلى الله، أو بالمعاملات التي تنظم الأمور المالية والاقتصادية، أو العقوبات التي تضم الأحكام المتعلقة بالعقوبات التي تفرض على مرتكبي الجرائم.

إن تحول المحطات التاريخية لقوانين الأسرة في المغرب، ما هو إلا انعكاس للتحويلات المهمة التي أصابت مختلف مجالات الحياة ومظاهرها التي انعكست نتائجها على مؤسساته الاجتماعية، وهذا ما يقتضي تركيز الاهتمام على المهدي الذي انطلقت منه مؤسسة الأسرة، ومتابعة مسيرتها على مر الزمن وتحديد الظروف التي أملت هذا الانتقال في كل مرحلة من مراحل التطور ما دام أن الأسرة وحدة اجتماعية لا يمكن عزلها عن المجتمع، ولا يمكن دراستها بصورة مستقلة بل يجب أن تدرس من خلال مرحلة التطور التي يمر بها المجتمع، ولطبيعة العلاقات السائدة فيه.(2)

وللوقوف على المحطات الرئيسية التي مرت منها قوانين الأسرة بالمغرب، سنتطرق للإطار القانوني الذي نظم العلاقات الأسرية عبر التاريخ، انطلاقاً من مرحلة ما قبل مدونة الأسرة في (المبحث الأول)، ووصولاً إلى إصدار مدونة الأسرة الحالية في (المبحث الثاني)، محاولين رصد المراحل التي مرت منها هذه القوانين الأسرية، والدوافع والأسباب التي كانت سبباً للتعديل في كل مرة.

المبحث الأول: مرحلة ما قبل مدونة الأسرة

لنتناول التطور التاريخي لقوانين الأسرة خلال الفترة التي سبقت مدونة الأسرة الحالية، سنميز بين أربعة مراحل، من خلال عرض تاريخي ونظري عن تطور الإطار القانوني للعلاقات الأسرية في المغرب وتطور الممارسة العملية.

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل فرض الحماية على المغرب

-
- 1- الفقه هو مجموعة الأحكام، الشرعية المكتسبة من أدلتها التفصيلية، والتي تتعلق بأفعال المكلف، والفقهاء هو العالم بهذه الأحكام، والمتخصص فيها وقد قسم العلماء الفقه إلى أربعة أقسام
- قسم العبادات ويقصد به الأحكام التي تتقرب بها إلى الله
 - قسم المعاملات ويراد به الأحكام التي تنظم معاملات أفراد المجتمع في حياته الاقتصادية
 - قسم المناكحات وهو يضم الأحكام التي تنظم أحوال الإنسان في أسرته من زواج وطلاق وارث وغير ذلك
 - قسم العقوبات ويضم الأحكام المتعلقة بالعقوبات التي تفرض على الأفعال التي يرتكبها الفرد ضد المجتمع من قتل أو سرقة
- 2- زهير حطب تطور بنى الاسرة العربية والجدور التاريخية والاجتماعية لقضاياها المعاصرة ؟، معهد الانماء العربي الطبعة الثالثة 1983 بيروت الصفحة 91&

المجلة المغربية لتاريخ القانون

قبل فرض الحماية على المغرب لم تكن هناك قوانين موحدة مكتوبة تنظم العلاقات الأسرية، بل كانت الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك⁽¹⁾، هي المطبقة على المسلمين في أحوالهم الشخصية، في جميع النوازل سواء المعاملات أو العقوبات، وظل الفقه الإسلامي هو المصدر الوحيد الذي يرجع له تنظيم أحكام الأسرة، والفقه الإسلامي ينقسم إلى مذاهب ومدارس ولأصحاب كل مذهب طريقة خاصة في استنباط الأحكام من مصادر التشريع، تختلف في بعضها عن طريقة المذاهب الأخرى⁽²⁾، وبسبب ذلك اختلفت في كثير من الأحيان القواعد التي تحكم القضايا التي لا يوجد لها في القرآن أو السنة نص يطبق عليها. وقد اختار المغاربة المذهب المالكي مذهباً رسمياً للبلاد، وبذلك تميزت هذه الفترة بكثرة مؤلفات الفقه الإسلامي خاصة فقه النوازل، كالأحكام من النصرة لابن فرحون، والتحفة لابن عاصم، شكلت مراجع هامة للقضاة يرجعون لها في حل النزاعات المعروضة عليهم في هذه الفترة، أما بالنسبة لليهود المغاربة فقد كانت تطبق عليهم مقتضيات قانون الأحوال الشخصية العبري.

وبخصوص تشكيل القضاء المغربي في هذه المرحلة⁽³⁾، فقد تشكل بالخصوص من المحاكم الشرعية من جهة، التي كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، وكانت ذات اختصاص عام أي تبت في كل القضايا المدنية والتجارية والعقارية والأسرية، ومن جهة أخرى المحاكم العبرية التي كانت تبت في قضايا الأحوال الشخصية والميراث الخاصة بالمتقاضيين اليهود، وكانت تتكون من ثلاث قضاة أحيار يتم تعيينهم من طرف جمعيات اليهود في المدن الرئيسية.

وعلى العموم فهذه الفترة تميزت بكون بنية الأسرة المغربية ظلت متماسكة ومتشبثة بمقتضيات الشريعة الإسلامية، وتميزت كذلك الأسرة بانتشار الأمية خاصة في صفوف النساء، وظلت الأسرة الممتدة هي السائدة وانتشار الزواج العائلي، كل هذه العوامل جعلت الأسرة مستقرة من حيث البنية والإطار القانوني إلى غاية فرض الحماية على المغرب.

المرحلة الثانية: مرحلة الحماية 1912-1956

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وهي المرحلة التي فرض فيها على المغرب الحماية الفرنسية والاسبانية، حيث ظلت تطبق الشريعة الإسلامية على المذهب المالكي على المغاربة المسلمين، ويتقاضون بشأنها لدى القضاء الشرعي، حيث تم الاحتفاظ بهذا النوع من المحاكم مع إعادة تنظيمها⁽⁴⁾، حيث تم تقليص اختصاص القاضي الشرعي من اختصاص عام، يشمل البت في كل أنواع القضايا، إلى تحديده في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والميراث بين الرعايا المغاربة المسلمين، والعقار غير المحفظ شرط عدم وجود متقاض أجنبي في النزاع، وبقي الوضع على ذلك إلى أن تم إنشاء مجلس الاستئناف الشرعي الذي أصبحت تستأنف أمامه أحكام المحاكم الشرعية الابتدائية.

وكان يطبق قانون الأحوال الشخصية العبري على اليهود المغاربة، ويتقاضون بشأنها لدى المحاكم العبرية، التي تم الاحتفاظ بها أيضا مع إعادة تنظيمها، حيث أصبحت هذه المحاكم تقسم إلى محاكم عبرية ابتدائية ومحاكم عبرية عليا، وإلى جانب ذلك تم إحداث مجالس الأحبار المفوضين في المدن التي لا توجد بها دائرة من الدوائر الإدارية⁽⁵⁾.

1- مؤسس المذهب المالكي هو مالك بن انس بن مالك ابي عامر الاصمعي ولد سنة 93 هجرية ومن اشهر كتب المذهب المالكي الموطأ الذي الفه الامام مالك وهو مؤلف يجمع بين الفقه والحديث.

2- واهم المذاهب السنية التي بقيت إلى الآن:

- المذهب الحنفي وصاحبه هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت الذي ولد ومات في العراق
- المذهب الشافعي نسبة إلى الإمام الشافعي محمد بن ادريس القرشي
- المذهب الحنبلي نسبة إلى الإمام احمد ابن حنبل الشيباني وهو يعتبر محدثا اكثر منه فقيها
- المذهب المالكي نسبة إلى الإمام مالك بن انس الاصمعي المدني، ومذهبه يقوم على الكتاب، والسنة ولو ثبتت عن طريق الاحاد، كما انه يعتمد على عمل اهل المدينة، ويقدمه على القياس، ويعتمد كذلك على المصالح المرسلة ومن اهم تلاميذه عبد الرحمان بن القاسم، ابن وهب، اشهب بن عبد العزيز
- 3- التنظيم القضائي في هذه المرحلة كان يتكون من المحاكم الشرعية ومحاكم الولاية او الباشوات والقواد، والمحاكم العبرية والمحاكم القنصلية

4- ظهير 7 يوليوز 1914

5- أندري زاكوري، المحاكم العبرية، مجلة القضاء والقانون، العدد الأول شتنبر 1957 الصفحة 18.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أما الفرنسيون والأجانب فقد كانوا في هذا الصدد يخضعون لقوانينهم الوطنية للأحوال الشخصية، تطبيقا للمقتضيات المضمنة في ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، وكانوا يتقاضون بشأن ذلك لدى القضاء الفرنسي بالمغرب، وبالموازاة مع ذلك فقد شهدت مناطق الشمال التي كانت خاضعة لاسبانيا تطبيق القانون المدني الاسباني، وفي مدينة طنجة أسست محاكم مختلطة تعمل وفق قانون مدني اقتبس من القوانين المدنية لكل من فرنسا واسبانيا⁽¹⁾.

1- محمد الأهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة الثالثة 2008، دار النشر المغربية الدار البيضاء، الصفحة

المرحلة الثالثة: مرحلة ما بعد الاستقلال

المرحلة التي تلت حصول المغرب على استقلاله، المغرب المستقل عاش في هذه الفترة فترة مخاض ناضل فيها لبناء المؤسسات، كما أن الأسرة كمؤسسة اجتماعية عرفت تحولا من الأسرة الممتدة إلى الأسرة النووية وما صاحب ذلك من الاختيار الحر للرجال لزوجاتهم دون تدخل أسرهم باسم مقتضيات تقليدية كالقراية بل تقوم على الاختيار الحر الذي توجهه الخصائص والميول الذاتية، وتدرس الفتاة وخروجها للعمل، حيث أضحت الضرورة ملحة لإصدار قانون موحد للأحوال الشخصية خاصة بعدما خلف الاستعمار شتات وتضارب، وكذلك جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة واحدة، وبذلك تم وضع قانون الأسرة تحت عنوان قانون الأحوال الشخصية، كأول قانون ينظم العلاقات الأسرية بالمغرب، وقد صدر بتاريخ 19 غشت 1957 ظهير يقضي بتكوين لجنة⁽¹⁾ لوضع مدونة الفقه الإسلامي، مما يعني أن النية كانت متجهة إلى تدوين جميع أحكام الفقه الإسلامي، لكن لم يصدر إلا قانون الأحوال الشخصية⁽²⁾، وبخصوص مصطلح الأحوال الشخصية فهو مصطلح حديث دخیل على الدول الإسلامية لم يعرفه الفقه الإسلامي، وسبب دخوله للدول الإسلامية هو الاستعمار الأوربي، في الوقت الذي كانت العلاقات الأسرية في الفقه الإسلامي تدخل في فقه المناكحات.

وإذا كان المغرب قد اصدر قانون الأحوال الشخصية سنة 1957 فقد سبقته بعض الدول الإسلامية لذلك حيث صدر قانون الأحوال الشخصية المصري سنة 1929، وقانون الأحوال الشخصية السوري سنة 1953 ومجلة الأحكام الشخصية التونسية سنة 1956.

1- عدد أعضاء اللجنة وهم السادة: محمد بن العربي العلوي، المختار السوسي، علال الفاسي، محمد داود، احمد البدرأوي، عبد الرحمان الشفشاوني، المهدي العلوي، عبد الواحد العلوي، الحسن بن البشير، وحماد العراقي. واضيف اليهم وزير العدل بصفته الرئيس الفعلي للجنة، أما الظهير فاستند رئاستها لولي العهد مولاي الحسن .

2- أستاذنا محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول لطبعة 1994 الصفحة 14

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وبذلك صدر أول قانون ينظم العلاقات الأسرية بالمغرب سنة 1957 بمقتضى

الظواهر الآتية:

ظهير 22 نونبر 1957 يتضمن كتايبين الأول بالزواج والثاني بانحلال ميثاقه

ظهير 18 دجنبر 1957 المتعلق بالولادة ونتائجها

ظهير 25 يناير 1958 يتضمن الأهلية والنيابة الشرعية

ظهير 20 فبراير 1958 المتعلق بالوصية

ظهير 3 ابريل 1958 المتعلق بالميراث

وكما تم الإشارة إلى ذلك سابقا فقد كانت مدونة الأحوال الشخصية مستمدة في أغلبها من المذهب المالكي، ولكنها خالفته في بعض المسائل إلى المذاهب الأخرى، كما أن هذه المدونة لم تتضمن جميع الأحكام التي تطبق في قضايا الأحوال الشخصية، وإنما اهتمت بالمسائل الجوهرية، أما ما عدا ذلك فقد تركت الفصل فيما للقاضي الذي يتعين عليه أن يبحث عن الحكم الذي يطبقه عليه من بين ما جرى به العمل، أو الراجح، أو المشهور من مذهب الإمام مالك⁽¹⁾.

ومع منتصف الستينيات عقدت لجنة بوزارة العدل، أولى جلساتها لمراجعة مدونة الأحوال الشخصية كلفت بمراجعة فصول محددة، والمتعلقة بالخطبة، الولاية، مانع الرضاع، الأعمال الإدارية التي تسبق الزواج، دار الثقة، التنزيل، النفقة، الوصية الواجبة، ولم يتم انجاز هذا التعديل ولم يعلن عن مصيره⁽²⁾.

1- ابن معجوز مرجع سابق الصفحة 14

2- احمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول الزواج، منشورات المعارف دار النشر المعرفة، مطبعة المعرفة الجديدة، الرباط

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وقد تم تشكيل لجنة أخرى ثلاثية⁽¹⁾، أعدت مشروعاً بمدونة الأحوال الشخصية لم يصدر⁽²⁾، وكل هذه المحاولات التعديلية لم يكتب لها النجاح، باستثناء تعديل سن الرشد حيث تم خفضه من واحد وعشرين إلى عشرون سنة⁽³⁾.

المرحلة الرابعة : مرحلة 1993

مع مطلع التسعينات تم توقيع عريضة المطالبة بتغيير مدونة الأحوال الشخصية، في ظل التحول الذي شهدته الأسرة المغربية بفعل التحول الذي شهده المجتمع ككل اجتماعياً واقتصادياً وثقافياً، تجلى في خروج المرأة للعمل وأصبحت تساهم مادياً في تسيير الأسرة، وكذلك في ظل توقيع المغرب على عدد من الاتفاقيات الدولية وأهمها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، واتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 سيداو، حيث لم يعد المجتمع الجديد يتقبل بعض مقتضيات قانون الأحوال الشخصية خاصة المتعلقة بالطلاق الغيابي، وتعدد الزوجات، وقد قابل هذه المطالبة بالتغيير معارضة قوية⁽⁴⁾، مما جعل جلالة الملك الراحل الحسن الثاني يعلن بان الوقت حان لتغيير بعض مقتضيات المدونة، ولهذا الغرض تم تشكيل لجنة⁽⁵⁾ اسند لها مهمة تعديل مدونة الأحوال الشخصية، بتأييد من جلالة الملك الراحل الحسن الثاني⁽⁶⁾، وقد انصبت التعديلات خصوصاً على الفصول 5-12-41-48-92 مكرر 99-102-119-148- و156 مكرر، والمتعلقة بالمواضيع التالية:

1- مكونة من السادة محمد ميكو ، الصديق السايح، والغازي الحسيني

2- أحمد الخمليشي المرجع نفسه

3- الفصل 137 بمقتضى القانون رقم 12.92 ظهير 11 يونيو 1992

4- احمد الخمليشي المرجع نفسه

5- ضمت سبعة عشر عضواً وهم السادة: محمد الأزرق، محمد حكم، الطاهر البماج، عبد العلي العبودي، عبد الكريم الداودي، محمد ميكو، شبيها حمداتي، عز الدين السقاط، محمد البوسوغي، محمد المزغراني، حسن السايح، احمد الخمليشي، عبد الوهاب التازي، ادريس العلوي العبدلاوي، محمد العثماني، احمد افراز، محمد البراوي. إضافة الى السيد وزير العدل ووزير الاوقاف والشؤون الإسلامية واحمد بنسودة من الديوان الملكي فيما أسندت رئاستها الى السيد عبد الهادي بوطالب.

6- تقدمت جمعيات نسائية بطلبات التعديل للراحل الحسن الثاني بالقصر الملكي بالرباط

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- حضور الزوجة عند إبرام عقد الزواج وتوقيعها عليه
- إلغاء ولاية الإيجار على المرأة
- إمكانية زواج اليتيمة الرشيدة بدون ولي
- إذن القاضي لمن يريد التعدد- الإدلاء بالشهادة الطبية من طرف الراغبين في

الزواج

- إذن القاضي لمن يريد أن يطلق
- مراعاة الضرر الذي أصاب المطلقة عند تقدير المتعة
- تحديد السن الذي تنتهي فيه الحضانة
- تحويل الحضانة للأب بعد سقوطها عن إلام مباشرة
- تقدير النفقة عن طريق الخبرة
- إعطاء الولاية للام بعد موت الأب أو فقد أهليته
- إحداث مجلس العائلة

ورغم أهمية هذه التعديلات التي ألغت الطلاق الغيبي، وقننت تعدد الزوجات، حيث أصبح إلزاميا إخبار الزوجة الأولى برغبة زوجها في التعدد، وكذلك ادن القاضي، سرعان ما بدأت الأصوات تتعالى بضرورة إدخال تعديلات أخرى في ظل الأوضاع الجديدة للمجتمع والأسرة المغربيين.

المبحث الثاني: مرحلة مدونة الأسرة

مع مطلع التسعينيات بدأت المطالب تتقوى من اجل تعديل مدونة الأحوال الشخصية، بكيفية جذرية، وفي هذه المرحلة أيضا كان لتحول بنية الأسر المغربية من خلال انفتاحها على العالم الخارجي وكذا للظروف الاقتصادية والثقافية دورا هاما، مما أدى إلى تأخر سن الزواج بالنسبة للفتى والفتاة، وكذا ضبط النسل ومعدل الولادات، وتقهر تعدد الزوجات، وارتفاع ظاهرة الزواج المختلط، وعلى اثر التصريح الحكومي لسنة 1998، تم الوعد بإصلاح تدريجي لمدونة الأحوال الشخصية، في إطار احترام قيم الدين الإسلامي الحنيف، وفي هذا الصدد تم وضع مشروع خطة إدماج المرأة في التنمية من انجاز كتابة

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة، مما ترتب على ذلك مؤيدون ومعارضون عبروا عن رفضهم للخطة.

وللخروج من المأزق تدخل جلالة الملك محمد السادس، وأعلن عن تشكيل لجنة استشارية ملكية لإصلاح مدونة الأحوال الشخصية بتاريخ 5 مارس 2001⁽¹⁾، وفي 27 ابريل من نفس السنة أعلن جلالته الملك عن أعضاء هذه اللجنة التي تكونت من علماء الشريعة، ومستشارين بمحكمة النقض، وثلاث نسوة، الأولى مستشارة بمحكمة النقض، والثانية أستاذة جامعية، والثالثة طبيبة، وأسندت رئاسة اللجنة للسيد ادريس الضحاك الذي عوض قبل انتهاء المهمة بالسيد محمد بوستة، وباشرت اللجنة عملها في ظل الاختلاف في بعض المقترحات التي كان يتم عرضها على الديوان الملكي للحسم فيها.

ومن هذا المنطلق قامت اللجنة بإجراء مراجعة جوهرية لمدونة الأحوال الشخصية، كما حرص جلالته الملك على تزويد هذه اللجنة باستمرار بإرشاداته وتوجيهاته السامية⁽²⁾، مشددا على الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، ومقاصد الإسلام السمحة، داعيا إلى إعمال الاجتهاد في استنباط الأحكام، مع الاستهداء إلى ما تقتضيه روح العصر والتطور، والتزام المملكة بحقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا.

وخلال مباشرة عملها استمعت اللجنة إلى أكثر من سبعين جمعية وهيأة، من مختلف المجالات الفكرية، وتلقت منها ستة وستون مذكرة، تعبر فيها كل واحدة منها عن رؤيتها ومقترحاتها إزاء التعديل المنتظر⁽³⁾، وبدورها اللجنة لم تسلم من تباين آراء أعضائها في كثير من المقترحات.

1- تكونت اللجنة من السادة: ابراهيم بن الصديق، مصطفى بن حمزة، اشبيها حمداني ماء العينين، احمد الخليلي، محمد الازرق، الحسن العبادي، محمد التاويل، محمد ابن معجوز، محمد الدردابي، عبد العلي العبودي، محمد الاجراوي، محمد الصقلي، زهور الحر، رحمة بورقية، نزهة جسوس. تحت إشراف السيد ادريس الضحاك الذي عوض في نهاية 2002 بالسيد محمد بوستة.

2- محمد الفقير مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي منشورات دراسات قضائية سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين ص 83

3- احمد الخليلي مرجع سابق

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وبذلك تعتبر مدونة الأسرة⁽¹⁾، ثمرة نضال ومثابرة وحرص من طرف مختلف مكونات المجتمع المدني من جمعيات حقوقية وأحزاب وهيئات مهنية ونقابات، وذلك نظرا للقناعة التي تولدت لدى الجميع بأن مدونة الأحوال الشخصية، لم تعد تسير في العديد من مقتضياتها التطور الحاصل في المجتمع، نظرا للانفتاح الكبير الذي وقع والذي لا مفر منه، على مجتمعات أخرى ذات حمولة حضارية وثقافية مغايرة، وكذا لاندماج المغرب رسميا وبشكل متسارع في المجتمع الدولي نتيجة التزامه بالعديد من المواثيق الدولية ذات الصلة بالأسرة.

وقد صادف هذا إرادة قوية من صاحب الجلالة بضرورة التغيير، وبأن الديمقراطية التي نشهدها في المشهد السياسي الوطني يلزم أن تعرفها أول خلية في المجتمع، مع قناعة الجميع بدون استثناء بلزوم عدم مصادرة الهوية⁽²⁾ والخصوصية المغربية الإسلامية، وباستخدام ما تتوفر عليه من وسائل لتطوير القانون وترشيد الواقع وخاصة آلية الاجتهاد، وقد تم كذلك بمراعاة العديد من الاتفاقيات الدولية إما بشكل صريح، ونعني بها تلك المتعلقة بحقوق الطفل وإما باستحضار روح البعض الآخر وكنهه ونعني بها تلك المتعلقة بالمرأة وحقوقها وحقوق الإنسان بصفة عامة.

إن قانون الأسرة الحالي، يهدف إلى الحفاظ على قدسية الزواج ومن خلاله استقرار الأسرة، وحماية حقوق الأطفال، كما أولى المشرع المغربي عناية لإبرام عقود الزواج، من خلال تنظيمه لكل ما يتعلق بالزواج والطلاق والولادة وأثارها، وأعطى عناية لتوثيق عقد الزواج وأحاطه بكثير من الضمانات، ونظم أحكامه بوضع مجموعة من الإجراءات الإدارية والشكلية اللازمة لإبرام عقد الزواج، وقد أصبح قانون الأسرة يحمل اسم مدونة الأسرة،

1- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 المؤرخ في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 03 فبراير 2004.

2 - Marie Claire Fobletts et Jean yves carlier le code marocaine de la famille incidences au regard du droit internationale prive en Europe imprime en Belgique 2005 page 3

المجلة المغربية لتاريخ القانون

والذي يعتبر أرحب وأوسع وأشمل مما كان عليه في ظل مدونة الأحوال الشخصية السابقة لكونها تهتم الأسرة بأكملها أبا وأما وأطفالا⁽¹⁾.

ومهما تضمنت مدونة الأسرة من عناصر الإصلاح والتقويم، إلا أن تفعيله يظل رهين بوجود قضاء اسري فاعل ونزيه، وقد عمل المشرع من خلال مدونة الأسرة، على منح النيابة العامة صلاحية المحافظة على كيان الأسرة وجمع شملها والتدخل في الوقت المناسب للحفاظ على حقوق أفرادها، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من المدونة، على أن النيابة العامة تعتبر طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة، مما يجعل دورها حاضرا في جميع مراحل الحياة الأسرية.

ومن جهة أخرى أفردت مدونة الأسرة العديد من المقتضيات، ذات الأبعاد الاجتماعية والإنسانية لصالح الأطفال، فأقرت مجموعة من الحقوق على الوالدين تجاه أبنائهم، باتخاذ جميع التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال وبالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والتوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، كما أن الطفل المصاب بإعاقة يتمتع بحق الرعاية الخاصة لتسهيل إدماجه في المجتمع.

ولتيسير تطبيق مدونة الأسرة تم إحداث أقسام قضاء الأسرة، التي تنظر في قضايا الأسرة والميراث، والحالة المدنية، وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة.

1- القضاء الأسري: الواقع والأفاق عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، دراسة تحليلية إحصائية 2004-2013، ماي 2004

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ومن هذا المنطلق فقانون الأسرة الحالي⁽¹⁾، يتضمن مجموعة القواعد والأحكام القانونية، التي تنظم شؤون الأسرة من الخطبة، الزواج، الطلاق، الوفاة والإرث⁽²⁾، وتحتوي مدونة الأسرة على سبع كتب:

الكتاب الأول: أحكام الزواج

الكتاب الثاني: انحلال ميثاق الزوجية وأثاره

الكتاب الثالث: الولادة ونتائجها

الكتاب الرابع: الأهلية والنيابة الشرعية

الكتاب الخامس: أحكام الوصية

الكتاب السادس: أحكام الميراث

الكتاب السابع: أحكام انتقالية وختامية.

وعلاوة على ذلك فقد تناول الدستور المغربي لسنة 2011 ، العديد من المقتضيات الجديدة والتي تتميز في غالبيتها بحموله حقوقية كبيرة، وقد طال الاهتمام كذلك الأسرة، والتي شكل النص عليها في صلبه سابقة في تاريخ الدساتير المغربية، وهكذا فقد افردها الفصل 32 الذي جاء فيه (الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع، تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها، تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية، التعليم الأساسي حق للطفل وواجب على الأسرة والدولة، يحدث مجلس استشاري للأسرة والطفولة).

ومن هذا المنطلق فقد عمل الدستور على تحديد مفهوم الأسرة الجديدة بالاهتمام، وهي المبنية على الزواج الصحيح محافظا بذلك على قدسية الأسرة، ومستبعدا

1- القانون رقم 03-70 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-04-22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004.

2- في شتنبر 2003 قدمت اللجنة مشروع مدونة الأسرة، وبعد المراجعة النهائية للمشروع قدمه جلالة الملك إلى البرلمان للتصويت عليه في خطاب افتتاح السنة التشريعية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

كل الأنواع الأخرى⁽¹⁾، وهذا ما يتوافق مع مقتضيات الدين الإسلامي الحنيف، وكذا المادة الأولى من مدونة الأسرة، وقد حمل الدستور الدولة مهمة توفير الحماية اللازمة للأسرة، بما يحفظ تماسكها ووحدتها، من كل الهجمات التي قد تقوض بنائها، ووعيا منه بالتحويلات العميقة التي طرأت ولازالت تطراً عليها.

وقد كرس الدستور كذلك حماية حقوق الأطفال دون تمييز بين وضعيتهم العائلية، سواء كانوا شرعيين أو طبعيين، باعتبارهم طرفا ضعيفا، وذلك على قدم المساواة بين جميع الأطفال حتى لا يبقوا عرضة للشارع وبدون رعاية ولا ذنب لهم، وبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجدتها تنص في المادة 142 على انه " تتحقق البنوة بتنسل الولد من أبويه، وهي شرعية وغير شرعية" وهكذا قسمت المدونة البنوة إلى نوعين، شرعية وهي التي تسري عليها جميع آثار البنوة الشرعية، وبنوة طبيعية وهي كالشرعية بالنسبة للام لأنه ولدها في جميع الأحوال، وبالنسبة للأب فالمدونة لم ترتب عليها أي اثر، لكن يمكن للطفل الطبيعي الاستفادة من الحماية المقررة في قانون كفالة الأطفال المهملين⁽²⁾، إذا ما تم التكفل به من إحدى الأسر، أو عن طريق وضعه بإحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية⁽³⁾، وتم تكريس حماية الأطفال الطبيعيين دستوريا، ومهما يكن فان مجرد التنصيص على المساواة بين جميع الأطفال في حقهم في الحماية بمقتضى أسى وثيقة قانونية في البلاد يعتبر خطوة مهمة وبداية الاهتمام الحقيقي بهذه الفئة.

1- أنواع أخرى كالمعاشرة الحرة والزواج المثلي

2- 13 يونيو 2002

3- القانون رقم 14.05 المتعلق بمؤسسات الرعاية الاجتماعية

الصفة الضبطية لقاضي التحقيق بالمغرب: اقتباس تشريعي معيب وزيادة لا فائدة منها في الوقت الحالي

العربي البوبكري

أستاذ باحث بكلية الحقوق

جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس

يعتبر قاضي التحقيق في التشريع المغربي ضابطا ساميا للشرطة القضائية إلى جانب كل من الوكيل العام و وكيل الملك ونوابهما، وتعني هذه الصفة تسيير أعمال جهاز الشرطة القضائية والقيام بكافة المهام التي تقتضيها مرحلة البحث التمهيدي التي يتم فيها التحري عن الجرائم و البحث عن مرتكبيها من أجل تقديمهم إلى المحاكمة ، فالحديث عن الصفة الضبطية هو حديث عن مرحلة البحث التمهيدي التي تختلف عن مرحلتها التحقيقية الإعدادية و المحاكمة .
وإذا كان اتصاف الوكيل العام ووكيل الملك ونوابهما بالصفة الضبطية مقبولا بحكم رئاستهما لجهاز الشرطة القضائية وإشرافهما على أعماله، فإن الأمر يبدو مستغربا بالنسبة لقاضي التحقيق لتنافي هذه الصفة مع فلسفة التحقيق ومع المركز القانوني للقائم بهذه الوظيفة ، استنادا إلى أن المفترض فيه أن يكون حكما لا خصما لأي طرف في الدعوى العمومية ، لذلك يطرح تساؤل كبير حول السر في إقحام هذا الأخير في مرحلة البحث التمهيدي وحول النتائج المرجوة من ذلك ؟
إن تعميق البحث و إمعان النظر في النصوص المؤطرة للبحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي في قانون المسطرة الجنائية المغربي الحالي ، لا يفيد في إيجاد أجوبة مقنعة لهذا التوجه التشريعي ، بل إنه قد يزيد من حيرة الباحث عندما يقف على جملة من التناقضات التي تعترى بعض مواد هذه الصفة .

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لكن الرجوع إلى الوراء و البحث في السياق التاريخي والتشريعي لنشأة هذه الصفة (مطلب أول) يوصلنا إلى نتيجة مفادها أن الأمر في المغرب - كما في دول أخرى¹ - لا يعدو أن يكون سوى اقتباسا تشريعيًا غير موفق، بحكم أنه لم يراعي سياقات وظروف نشأتها في التشريع الذي أنتجها ولا التحولات التي طرأت عليها مع مرور الوقت، وبالتالي فإنه ثمة مبررات ودواع موضوعية أضحت تفرض نفسها على المشرع المغربي في اتجاه التخلي عن هذه الصفة في الوقت الحالي (مطلب ثان) تصحيحا للوضع وتداركا لأخطاء الماضي.

المطلب الأول: السياق التاريخي لظهور الصفة الضبطية لقاضي التحقيق

ترتبط الصفة الضبطية لقاضي التحقيق بظهور هذه المؤسسة بفرنسا، خاصة بعد الثورة الفرنسية و تحديدا بصدور مدونة التحقيق الجنائي سنة 1808. وبما أن المشرع الفرنسي شكل مرجعا لقانون المسطرة الجنائية المغربي منذ بداياته، فإن فهم السياق الذي اتصف فيه قاضي التحقيق بالمغرب بصفة ضابط سامي للمشرطة القضائية يحتم معرفة الوضع الذي كان عليه الأمر في التشريع الفرنسي و كيف تطور (فقرة أولى) ثم بعد ذلك دراسة هذا التطور بالنسبة للمشرع المغربي (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الوضع في التشريع الفرنسي

سنركز في دراستنا بالنسبة للمشرع الفرنسي على عهد ما بعد الثورة الفرنسية، لأن قانون الإجراءات الجنائية وأيضا مؤسسة قاضي التحقيق - بالشكل الذي تعرف به تقريبا في الوقت الحالي - ظهرت في هذا العهد، وفي هذا الصدد لا بد من التمييز بين مرحلتين أساسيتين كان لهما أثر بالغ على موضوع دراستنا:

¹ - الجزائر مثلا

المرحلة الأولى: مدونة التحقيق الجنائي

تمتد هذه المرحلة من بداية العهد الإمبراطوري ل نابوليون بونابارت الذي أعقب الثورة الفرنسية لسنة 1789 بعد سنوات قليلة من قيامها إلى نهاية الجمهورية الرابعة سنة 1958. وقد تميز مطلع هذه المرحلة بصدور مدونة التحقيق الجنائي سنة 1808 التي حاولت التوفيق بين النظام الاتهامي المستلهم من مبادئ الثورة وإعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي و بين النظام التنقيبي الذي كان سائدا قبل الثورة الفرنسية ، فجعلت المسطرة تنقيبية خلال مرحلة البحث والتحقيق واتهامية في طور المحاكمة ، و لقد استمر العمل بهذه المدونة طيلة هذه المرحلة مع إدخال مجموعة من التعديلات عليها في فترات متلاحقة.

إن هذه المرحلة تؤسس لظهور مؤسسة قاضي التحقيق في فرنسا كطرف جديد في الدعوى الجنائية عوض مؤسسة الملائم الجنائي (lieutenant criminel) المعمول بها في النظام التنقيبي السابق على الثورة، ومؤسسة رئيس هيئة المحلفين (directeur de jury) الذي أقامته هذه الأخيرة بديلا له¹.

ولقد أقحمت مدونة التحقيق الجنائي قاضي التحقيق في قلب المرحلة الإعدادية للمحاكمة الجنائية التي كان الوكيل الإمبراطوري – رئيس النيابة العامة وقتئذ- الفاعل الرئيسي و المحوري فيها، حيث كان الكل يأتمر بأوامره وينتهي بنواهيته بمن فيهم قاضي التحقيق².

¹ Pierre Chambon, le juged'instruction: théorie et pratique de la procédure ,3^{ème}édition, DALLOZ, 1985, p 3.

² «Le juge d instruction ne pourrait donc se refuser à exécuter les ordres qui lui seraient transmis par le procureur général, ni se dispenser de lui donner avis des crimes et délitsdont – il ferait personnellement la recherche et la poursuite, dans le cas de flagrant délit, sans manquer au devoir que la loi lui impose ».

Joseph – François- Claude Carrot, de l'instruction criminelle, Tome premier, Nève, librairie de la cour de cassation, 1812, p 168.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

في هذه المرحلة كان قاضي التحقيق يجمع بين صفتي محقق وقاض، إلا أن صفته الثانية كانت شبه محدودة ، بالرغم من سعي المدونة إلى الفصل بين وظيفتي المتابعة والتحقيق ، حيث كان تابعا للوكيل الإمبراطوري و خاضعا لمراقبته وإشرافه وحتى تنقيطه. ولقيامه بمهامه كمحقق في ظل الوضعية المذكورة ، منحت لقاضي التحقيق صفة ضابط سامي للشرطة القضائية ، فكانت هذه الصفة تخوله القيام بالأعمال التي يتطلبها الكشف عن الجرائم المرتكبة، إلا أنه لم يكن يتمتع بصفة قاض مستقل بالنسبة لهذه الأعمال¹ ، كما لم يكن بوسعه القيام بها إلا بتوجيه من الوكيل الإمبراطوري باعتباره رئيسا لجهاز النيابة العامة²، ماعدا في حالة التلبس التي كان بإمكانه أن يمارس مهامه في ظلها دون تلقي أمر أو توجيه من هذا الأخير بشرط إخباره.

إن اتصاف قاضي التحقيق بصفة ضابط سامي للشرطة القضائية بفرنسا خلال هذا العهد يفسر بتبعيته لجهاز النيابة العامة واعتباره مجرد موظف رهن إشارة هذا الجهاز فيما يتعلق بأعمال البحث و التحريات ، لا سيما وأن المرحلة تميزت بالتداخل بين مرحلتي البحث و التحقيق . ونتيجة لهذه الوضعية شكل قاضي التحقيق مكونا من مكونات جهاز الشرطة القضائية الذي كان يرأسه الوكيل الإمبراطوري - وكييل الجمهورية بعد العهد النابوليوني - كما أنه لم يكن يتمتع بصفة قاض مستقل بالنسبة لهذه المهام مع أنه كان يعين لممارستها من بين قضاة الحكم.

¹ «Non détenteur du statut de magistrat, le juge d'instruction est institué en tant qu'officier supérieur de police judiciaire, sous la surveillance, quant a ses fonctions de police judiciaire, du procureur impérial ».

Tristan Maniglier, réformer le juge d'instruction: Historique et perspective, mémoire de séminaire: Métiers du droit et pratique du droit dans les entreprises et les institutions, sous la direction de André VIANES, université LYON 2, institut d'études politiques de LYON, p 15.

²-l'article 57 du code d instruction pénale disposait : « les juges d'instruction seront quand aux fonction de pólce judiciaire, sous la surveillance du procureur général ».

Voir dans ce sens: Jean Pradel, procédure pénale, 6^{ème} édition, éditions CUJAS, Paris, 1992, p 32.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

هذه الوضعية أفرزت ردود أفعال ونقاشات فقهية قوية بفرنسا ، تأسست على فكرة عدم الانسجام مع الأهداف والغايات التي انشئت من أجلها مؤسسة قاضي التحقيق ، ألا وهي الحد من هيمنة الوكيل الإمبراطوري الذي وصفه بعضهم بكونه طاغية يرعب المجتمع¹ و السعي إلى تحقيق فصل حقيقي بين الوظائف القضائية خاصة بين وظيفتي المتابعة و التحقيق ، لذلك تعرضت المدونة لمجموعة من التعديلات التي لم تكن في مجملها مجدية في هذه المسألة ، وظل قاضي التحقيق خاضعا لسلطة النيابة العامة و ممارسا لبعض مهامها إلى أن ألغيت مدونة التحقيق الجنائي في بداية عهد الجمهورية الخامسة.

المرحلة الثانية: قانون المسطرة الجنائية

تؤرخ هذه المرحلة لعهد سياسي جديد تميز بإصلاحات مهمة في مختلف المجالات بفرنسا ، يتعلق الأمر بعهد الجمهورية الخامسة . وفيما يتعلق بموضوعنا فإن الحدث البارز الذي ميز بداية هذا العهد هو دخول قانون المسطرة الجنائية الذي حل محل مدونة التحقيق الجنائية حيز التنفيذ سنة 1959². وقد شكل تعزيز وتدعيم مبدأ الفصل بين سلطتي المتابعة و التحقيق و تقوية مركز مؤسسة التحقيق كجهاز مستقل عن النيابة العامة جانبا من الإصلاحات المهمة التي أتى بها هذا القانون ، تجسد ذلك من خلال ما يلي:

¹ - «Le pouceur impérial serait un petit tyran qui fait trembler le cité...tous les citoyens tremblaient s'il voyaient dans les même hommes le pouvoir de les accuser et celui qui peut justifier leur accusation »

Locré, t XXV, p123 et s. cité par: Jean Pradel, opcit, p 22.

² - هذا القانون تضمن كمرحلة أولى الباب التمهيدي و الكتاب الأول من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الجديد الذي أجل تطبيقه إلى 1 يناير 1959 بعد المصادقة على دستور الجمهورية الفرنسية سنة 1958 وإتمام الأشغال المرتبطة بإعداد الأجزاء المتبقية منه.

للمزيد من التفاصيل يراجع :

Pierre Bouzat et Jean Pinatel, procédure pénale : Régime des mineurs. Domaine des lois pénales dans le temps et dans l'espace, tome 2 ,2^{ème} édition, librairie DALLOZ, 1970, p 904.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- أولاً: لم يعد قاضي التحقيق ضابطاً سامياً للشرطة القضائية، حيث تخلى القانون الجديد عن الصفة الضبطية التي كانت مخولة له في العهد السابق، وتوخى المشرع الفرنسي من هذا الإجراء تخليص قاضي التحقيق من رقابة وإشراف الوكيل العام وإنهاء علاقته - جزئياً - بمرحلة البحث التمهيدي .

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إلا أن حضور قاضي التحقيق في مرحلة البحث التمهيدي لم ينته بشكل تام بالرغم مما تحقق، حيث أبقى المشرع الفرنسي - في مرحلة أولى من التعديلات التي طالت قانون المسطرة الجنائية - على إمكانية حضور قاضي التحقيق إلى مسرح الجريمة وقيامه بالأبحاث التي هي من صميم اختصاص النيابة العامة وضباط الشرطة القضائية، بمعنى أن الأمر يتعلق بحالة التلبس فقط، إذ جاء في المادة 72 أن حضور قاضي التحقيق إلى مكان ارتكاب الجريمة يرفع يد ضباط الشرطة القضائية وحتى قاضي النيابة العامة لفائدة قاضي التحقيق الذي يقوم بتسيير أعمال البحث التمهيدي التلبسي، وبعد إنهائه لمهامه يرسل وثائق البحث الذي قام به إلى وكيل الجمهورية ليقرر بشأنها ما يقتضيه الأمر¹.

ويبدو أن إبقاء المشرع الفرنسي في هذه المرحلة على هذه الصورة من الحضور لقاضي التحقيق في مرحلة البحث التمهيدي كان من رواسب ومخلفات المراحل السابقة التي لم يستطع القانون الجديد القطع معها بشكل نهائي، لذلك لم يستسغ الفقه الفرنسي هذا الوضع وانتقده بشدة، الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل مرة أخرى سنة 1999 لتدارك هذه الثغرة وتصحيح الوضع بإلغائه للفقرة الأولى من المادة 72²، وإبقائه فقط على إمكانية الاستفادة من تواجد قاضي التحقيق في آن واحد مع وكيل الجمهورية بمكان ارتكاب الجريمة لأجل تسريع وتيرة المرور إلى مرحلة التحقيق وليس للقيام بأعمال البحث التمهيدي كما كان في السابق³.

بهذه التعديلات المذكورة - التخلي عن الصفة الضبطية لقاضي التحقيق و حذف الفقرة الأولى من المادة 72 زيادة على تخويل مهمة تعيينه وإعفائه من مهامه لرئيس المحكمة - انتهى التداخل بين مرحلتى المتابعة و التحقيق في فرنسا، و تحرر قاضي التحقيق من سلطة النيابة العامة، فأصبح طرفا محايدا في الدعوى الجنائية يختص فقط بالتحقيق الإعدادي في القضايا التي تعرض عليه، و شكلت هذه الإصلاحات تنويعا لمسلسل الفصل - على الأقل وظيفيا - بين سلطتي المتابعة و التحقيق الذي بدأه المشرع الفرنسي منذ زمن طويل، هذا المسلسل الذي مازال متعثرا في التشريع المغربي بالرغم من اعتماده على نظيره الفرنسي في تعديلاته لقانون المسطرة الجنائية.

¹- إما المتابعة أو الحفظ أو القيام بأعمال أخرى مثل الاستعانة بخبراء.

²- عدلت هذه المادة بمقتضى القانون رقم 99-515 الصادر بتاريخ 23 يونيو 1999

³- أصبحت المادة 72 من ق.م.ج. الفرنسي الحالي تنص على ما يلي:

« Lorsque le procureur de la république et le juge d'instruction sont simultanément sur les lieux, le procureur de la république peut requérir l'ouverture d'une information régulière dont est saisie le juge d'instruction présent, par dérogation, le cas échéant, aux dispositions de l'article 83 ».

بمقتضى هذه المادة أصبح بإمكان وكيل الجمهورية الذي يحضر معه قاضي التحقيق في نفس الأتالي مسرح الجريمة ، أن يلتمس من هذا الأخير فتح تحقيق في القضية، ولو أدى ذلك إلى خرق مقتضيات المادة 83 التي تقضي بأنه في حالة تواجد عدة قضاة للتحقيق في نفس المحكمة، فإن رئيس هذه المحكمة- أو القاضي الذي يعوضه في حالة الضرورة - هو من يتولى توزيع القضايا عليهم.

المادة 83 تنص بالحرف على ما يلي :

« Lorsqu'il existe dans un tribunal plusieurs juges d'instruction, le président du tribunal ou en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace désigne, pour chaque information, le juge qui sera chargé.

Il peut établir, à cette fin, un tableau de roulement. Les désignations prévues auprès ent article sont des mesures d'administration judiciaires non susceptibles de recours ».

الفقرة الثانية: الوضع في التشريع المغربي

لفهم الوضع والسياق التشريعي لاتصاف قاضي التحقيق بصفة ضابط سامي للشرطة القضائية بالمغرب، لا بد من مراجعة نشأة وتطور قانون المسطرة الجنائية في هذا البلد، وهنا لا بد من الوقوف عند محطتين أساسيتين كانتا فارقتين في تاريخ هذا القانون:

المحطة الأولى: ظهير 10 فبراير 1959

يعد القانون الصادر بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ بـ 10 فبراير 1959¹ أول قانون إجرائي جنائي للمغرب كبلد مستقل، صدر بعد سنتين ونيف من الاستقلال، وشكل لبنة من لبنات التوحيد و المغربية في المجال الجنائي. إلا أنه مع ذلك بقي متأثراً بشكل كبير بل ومقتبساً في عمومه من القانون الفرنسي القديم، حيث يذهب الدكتور محمد عياط إلى أن واضعي مشروع هذا القانون "تأثروا إلى حد كبير بالمقترحات المدرجة في التشريع التمهيدي الفرنسي الموضوع سنة 1934 والمعروف باسم قانون ماطر وكذلك الإصلاحات التي أقرتها لجنة سبون وأقرها القانون الفرنسي المؤرخ في 1957/12/31"².

وبالرغم من أن القانون الفرنسي لسنة 1959 شكل مرجعاً أساسياً لظهير 1959 المغربي بشهادة واعتراف واضعيه³، فإن استفادة هذا الأخير من المزايا والايجابيات التي انطوى عليها نظيره الفرنسي لم تكن كبيرة ومعتبرة - على الأقل فيما يتعلق بموضوع هذه الدراسة - حيث جمعت مقتضياته بين ما كان معمولاً به في القانون الفرنسي القديم وبين بعض التعديلات التي أقرها القانون الجديد.

¹ - ظهير شريف رقم 1.58.261، صادر بتاريخ 1 شعبان 1378 الموافق لـ 10 فبراير 1959، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2418، الصادرة بتاريخ 05 مارس 1959، ص 705 وما يليها.

² - محمد عياط، دراسة في المسطرة الجنائية، الجزء الأول، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1991، ص 44.

³ - كما ذكر ذلك الدكتور محمد عياط: م س، ص 44.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

فقد أخذ ظهير 10 فبراير 1959 بالصفة الضبطية لقاضي التحقيق¹، التي هجرها قانون 1959 الفرنسي، لكن في الوقت ذاته جعل مراقبة هذا الأخير من اختصاص غرفة المشورة وكذلك إمكانية الاختيار بين قضاة التحقيق في حالة تعددهم داخل نفس المحكمة مخولة لأقدمهم بدل النيابة العامة.

إن اختيار ظهير 10 فبراير 1959 التمسك بالصفة الضبطية لقاضي التحقيق جسده أيضا من خلال الفصل 77 منه الذي نص على أن حضوره إلى مسرح الجريمة يرفع يد كل من وكيل الدولة -وكيل الملك حاليا- وضباط الشرطة القضائية ليقوم بجميع أعمالها أو ليأمر أيا منهم بمتابعة العمليات المرتبطة بالبحث والتحري². وقد سبق أن بينا أن الصلاحيات المخولة لقاضي التحقيق بمقتضى هذه المادة هي من مخلفات القانون الفرنسي القديم الذي حرص المشرع الفرنسي الحديث على التخلص منها ولم يتحقق له ذلك بشكل نهائي إلا سنة 1999.

يظهر إذن أن الاقتباس التشريعي الذي قام به المشرع المغربي عن نظيره الفرنسي في هذه الفترة لم يكن موفقا لأنه لم يواكب التطور الذي عرفته الصفة الضبطية

¹- نصت المادة 19 من ظهير 1959 على ما يلي: " تشمل الشرطة القضائية ، زيادة على وكيل الدولة ونوابه وعلى قاضي التحقيق الذين هم ضباط سامون للشرطة القضائية ، على من يأتي ذكرهم:

أولا: ضباط الشرطة القضائية

ثانيا: أعوان الشرطة القضائية

ثالثا: الموظفون والأعوان الذين ينيط بهم القانون بعض مهام الشرطة القضائية "

²- نصت المادة 77 من هذا الظهير على أنه: " إذا حضر قاضي التحقيق في عين المكان فإن وكيل الدولة وضباط الشرطة القضائية يتخلون له عن النازلة بموجب القانون ويقوم إذ ذاك بجميع أعمال ضباط الشرطة القضائية المنصوص عليها في هذا الباب.

وله أن يأمر أيا من ضباط الشرطة القضائية بمتابعة العمليات.

وبمجرد انتهاء تلك العمليات يرسل قاضي التحقيق إلى وكيل جميع وثائق التحقيق ليقرر فيها ما يقتضيه اللازم.

وإذا حل بالمكان وكيل الدولة وقاضي التحقيق في آن واحد فيجوز لوكيل الدولة أن يلتمس مباشرة تحقيق قانوني يكلف بإجرائه قاضي التحقيق الحاضر ولو أدى ذلك إلى خرق مقتضيات الفصل 91 الآتي بعده "

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لقاضي التحقيق بفرنسا، و الغريب في الأمر أنه تزامن مع حلول قانون المسطرة الجنائية الفرنسي محل مدونة التحقيق الجنائية !!!

المحطة الثانية: القانون رقم 22-01

القانون رقم 22-01 المتعلق بالمسطرة الجنائية¹، هو القانون المعمول به منذ سنة 2003 إلى وقتنا الحاضر، وقد صدر بعد أن ترسخت القناعة لدى كافة المهتمين و الفاعلين في مجال العدالة الجنائية بضرورة تغيير ظهير 10 فبراير 1959 لمواكبة التحديات التي فرضتها الجريمة والتحويلات التي شهدتها المغرب على مستويات مختلفة اجتماعية واقتصادية وسياسية، وكذا التقدم الذي حققه في مسلسل الإصلاحات المؤسساتية، فضلا عن الانخراط في المواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان، هذا بالرغم من التعديلات التي طالت هذا القانون خاصة بمقتضى ظهير الإجراءات الانتقالية الصادر بتاريخ 28 شتنبر 1974².

وعلاقة بموضوع بحثنا يظهر جليا أن قانون المسطرة الجنائية رقم 22.01 النافذ إلى وقتنا الحاضر لم يعرف تغيرا يذكر، حيث حافظ على الصفة الضبطية لقاضي التحقيق وأبقى على مقتضيات المادة 377³ من ظهير 1959 كما هي مع تعديلات طفيفة على مستوى الصياغة.

¹ - ظهير شريف رقم 1.02.255، صادر بتاريخ 25 رجب 1423 الموافق ل 3 أكتوبر 2002، بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5078، بتاريخ 30 يناير 2003، ص 315.

² - انظر في هذا الصدد ديباجة القانون 22.01

³ - هذه المقتضيات منصوص عليها حاليا في المادة 75 من القانون رقم 22.01

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ونستطيع القول بأن القانون رقم 22-01 شكل تراجعا عما كان عليه بالوضع في ظل ظهير 10 فبراير 1959 بخصوص علاقة قاضي التحقيق بجهاز النيابة العامة ، وذلك من خلال المادة 90 التي تنص على أنه : "إذا تعدد قضاة التحقيق في محكمة واحدة، فإن للنيابة العامة أن تعين من يحقق في كل قضية على حدة". فهذه الصلاحية التي كانت ممنوحة لأقدم قاض من قضاة التحقيق في ظل ظهير 10 فبراير 1959 تحولت إلى النيابة العامة ، ولا شك أن في ذلك تدخلا من طرف النيابة العامة في أعمال التحقيق من شأنه أن تؤثر على فعالية ونجاعة هذه الأعمال ، ثم إن هذا الوضع يذكرنا بالوضع الذي عاشته مؤسسة التحقيق بفرنسا خلال العهد النابوليوني المتسم بهيمنة النيابة العامة- الوكيل الإمبراطوري - على قاضي التحقيق وتحكمها فيه.

واللافت للنظر أيضا أن القانون رقم 22-01 صدر بعد الفترة التي تخلص فيها فالمشرع الفرنسي من بقايا التجليات السلبية للصفة الضبطية لقاضي التحقيق، بحذفه للفقرة الأولى من المادة 72 من قانون المسطرة الجنائية لديه التي كانت تتيح لقاضي التحقيق الفرنسي القيام بأعمال البحث التمهيدي باعتباره ضابطا ساميا للشرطة القضائية، وذلك بمقتضى التعديل الصادر سنة 1999 كما سبق بيانه في الفقرة الأولى.

فبالرغم من صدوره بعد سنة 1999 بعشر سنوات تقريبا وهي مدة كافية لاكتشاف ثغرات أي قانون فإن القانون رقم 22-01 أصر على الإبقاء على المادة 77 من ظهير 10 فبراير 1959 كما هي من حيث محتواها، وأيضا على منح قاضي التحقيق صفة ضابط سامي للشرطة القضائية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

والملاحظ أن هذا التوجه أصبح مبدأ ثابتاً لا محيد عنه بالنسبة للمشرع المغربي، لأن مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية الصادرة سنة 2014، والتي سعت وزارة العدل والحريات لأن تكون بديلاً مقبولاً للقانون رقم 01.22، أبقى بدورها على الصفة الضبطية لقاضي التحقيق وحافظت أيضاً على التصور العام لمقتضيات المادة 77 من ظهير 10 فبراير 1959 – المادة 75 من القانون 01.22 – لا بل إنها زادت في توضيحه عندما استبدلت كلمة التحقيق بكلمة البحث¹، لترفع أي لبس وتؤكد على أن قاضي التحقيق يمارس مهامه في نطاق هذه المادة كضابط للشرطة القضائية وليس بصفة قاضيا للتحقيق. إن هذا الإصرار من طرف المشرع المغربي يجعلنا نطرح أكثر من علامة استفهام حول الجدوى منه ويدفعنا إلى مناقشة مدى وجاهته ؟

المطلب الثاني: مبررات الاستغناء عن الصفة الضبطية لقاضي التحقيق بالمغرب

أثبتنا من خلال المطلب الأول أن تخويل الصفة الضبطية لقاضي التحقيق بالمغرب يرجع بالأساس إلى الاقتباس – غير الموفق و غير المواكب - من طرف المشرع المغربي عن نظيره الفرنسي. و هذا الوضع أفرز إشكالات و تناقضات على مستوى نصوص قانون المسطرة الجنائية (فقرة أولى) ، فضلا عن أنه يؤثر على مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية (فقرة ثانية) ، لذلك فإن التخلي عن هذه الصفة من شأنه أن يرفع التناقضات المذكورة و يكرس المبدأ المشار إليه.

الفقرة الأولى: تجاوز اختلالات وتناقضات النص الحالي

إن الطريقة التي تمت بها عملية اقتباس الصفة الضبطية الممنوحة لقاضي التحقيق من المشرع الفرنسي دون مراعاة لظروف نشأتها ولا مواكبة لسياقات تحولاتها على

¹ - الفقرة الثالثة من المادة 75 من القانون 01.22 النافذ حالياً تستعمل كلمة التحقيق و تنص على ما يلي : " يرسل قاضي التحقيق إلى الوكيل العام للملك أو وكيل الملك بمجرد انتهاء تلك العمليات جميع وثائق التحقيق ليقرر بشأنها ما يقتضيه الأمر "

المجلة المغربية لتاريخ القانون

مستوى هذا التشريع ، أفرزت اختلالات كبيرة على مستوى قانون المسطرة الجنائية المغربي، بل يمكن الذهاب أبعد من ذلك للقول بأن الأمر يرقى إلى مستوى تناقضات يستعصي على أي باحث منصف وموضوعي إيجاد تبريرات منطقية لها.

فالمأمل في المواد المؤطرة لأعمال ضباط الشرطة القضائية ومهامهم على مستوى قانون المسطرة الجنائية يقف حائرا- على الأقل من الناحية النظرية- بخصوص معرفة من أوكل له المشرع رئاسة هذا الجهاز والإشراف عليه؟

لاشك أن المادة 117 من هذا القانون تضع الجهاز بكامله تحت سلطة الوكيل العام ومراقبة الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف التي ينتهي لدائرة نفوذها، إلا أن المادة 219 جعلت كلا من قاضي التحقيق والوكيل العام للملك في مرتبة واحدة باعتبارهما معا ضابطين ساميين للشرطة القضائية.

وعلى الرغم من أن المشرع لم يحدد اختصاصات الضباط الساميين بشكل دقيق 3، فإن الاقتصار على المدلول الظاهر للكلمة يفيد أن الشخصين يمارسان أدوارا رئاسية على الفئات الأخرى التي تعتبر مرؤوسة، مما قد يوحي بأن جهاز الشرطة القضائية

و المسودة استبدلت كلمة التحقيق بكلمة البحث و جاءت على الشكل التالي: "يرسل قاضي التحقيق إلى الوكيل العام للملك أو وكيل الملك بمجرد انتهاء تلك العمليات وثائق البحث ليقرر بشأنها ما يقتضيه الأمر".

¹-- تنص المادة 17 على ما يلي: "توضع الشرطة القضائية في دائرة نفوذ كل محكمة استئناف تحت سلطة الوكيل العام و مراقبة الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف المشار إليها في الفرع الخامس من هذا الباب".

²- تنص المادة 19 على ما يلي: "تضم الشرطة القضائية بالإضافة إلى الوكيل العام للملك ووكيل الملك و نوابهما و قاضي التحقيق ، بوصفهم ضباط سامون للشرطة القضائية :

أولا: ضباط الشرطة القضائية .

ثانيا: ضباط الشرطة القضائية المكلفون بالأحداث .

ثالثا: أعوان الشرطة القضائية .

رابعا: الموظفون و الأعوان الذين ينيط بهم القانون بعض مهام الشرطة القضائية".

³- عبد السلام بنحدو ، الوجيز في شرح المسطرة الجنائية (مع آخر التعديلات 2003) ، مطبعة اسبارطيل، طابنجة ، 2014 ، ص 77.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

بالمغرب هو جهاز برأسين، وفي ذلك تناقص كبير مع ما تشير إليه المادة 17 وحتى مع الممارسة الواقعية التي تمنح الرئاسة للوكيل العام للملك ، فكيف يمكننا إذن أن نفهم أن قاضي التحقيق مرؤوس في نطاق المادة 17 ورئيس في إطار المادة 19 ؟

إنه لا يوجد تفسير مقنع لهذا الوضع إذا تم الاقتصار فقط على نصوص قانون المسطرة الجنائية، لكن البحث في تاريخ مدونة التحقيق الجنائي الفرنسية قد يفيدنا في تلمس بعض حقائق هذا الوضع المختل بالمغرب.

ففي سنة 1949 تقدم الأستاذ Donnedieu DEVABRES بمشروع قانون لتعديل مدونة التحقيق الجنائية يروم توزيعا جديدا لمهام التحقيق الجنائيين وكيال الجمهورية وقاضي التحقيق، بحيث يتولى الأول مهام البحث عن الأدلة بمساعدة الشرطة القضائية، ويتكفل الثاني بالمهام القضائية المرتبطة بهذا التحقيق، مع الارتقاء به إلى مرتبة مساوية لمرتبة وكيال الجمهورية، إلا أن هذا المشروع لم يلق ترحيبا يذكر في فرنسا فتراجع عنه صاحبه¹.

¹ -Voir : Jean Pradel, procédure pénale ,opcit , p 24.

تجدر الإشارة أيضا إلى أن هذا المشروع شكل تراجعا كبيرا عن مبدأ الفصل بين وظيفتي المتابعة والتحقيق التي أنتجها مدونة التحقيق الجنائية لسنة 1808 وكان هذا من بين أسباب رفضه.

للمزيد من التفاصيل بخصوص هذا المشروع يراجع:

Pierre Bouzat et Jean Pinatel, traité de droit pénal et de criminologie, t 2, opcit, p 903.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وبمقارنة هذا التأصيل بما قاله الدكتور محمد عياط ، بأن واضعي مشروع ظهير 1959 المتعلق بالمسطرة الجنائية المغربي، تأثروا إلى حد كبير بمقترحات ومشاريع تعديل مدونة التحقيق الجنائية الفرنسية المقدمة في الفترة الممتدة بين سنتي 1934 و 1957 يجعلنا نرجح إمكانية اقتباس المشرع المغربي هذه الوضعية من المشاريع المذكورة. وإذا صح هذا الترجيح فلن يسعنا إلا التأسف على وضع إعداد مشاريع القوانين بالمغرب لأن المشروع لم يقبل في فرنسا ولأن فرنسا تخلت على الصفة الضبطية لقاضي التحقيق بشكل رسمي سنة 1959.

من جانب آخر، فإن الفقرة الثانية من المادة 116 تدفعنا إلى التساؤل عن الجهة التي أوكل لها المشرع حقيقة تسيير أعمال البحث في حالة التلبس، لأن مقتضيات هذه الفقرة تتناقض مع ما تشير إليه المادة 75 عند حضور قاضي التحقيق إلى مسرح الجريمة، حيث يتخلى له بقوة القانون كل من وكيل الملك والوكيل العام للملك، وأيضا ضابط الشرطة القضائية الذي حضر إلى عين المكان .

إذا كان مفهوما و مقبولا أن يتخلى وكيل الملك للوكيل العام باعتبار التسلسل الرئاسي الذي يربط بينهما، فإنه من غير المستساغ أن يتخلى الطرفان معا لقاضي التحقيق، فكأن المادة 75 تجعله رئيسا لهما، وهو الأمر الذي يتناقض صراحة مع مقتضيات المواد 16، 17 و 19، من ق.م.ج.

إن هذا الوضع الذي تحيل عليه المواد 16 ، 17 ، 19 و 75 من ق م ج قسم الفقه المغربي إلى ثلاث فئات: فئة انتقدته بشدة²، وفئة قليلة استحسنته¹، وفئة لم تعلق

¹- تنص المادة 16 على ما يلي :

" يمارس مهام الشرطة القضائية القضاة و الضباط و الموظفون و الأعوان المبينون في هذا القسم. يسير وكيل الملك أعمال الشرطة القضائية في دائرة نفوذه " .

²- من بين الذين انتقدوا هذا الوضع نجد:

- د. محمد أحداق الذي علق عليه بقوله: " إذا كان مقبولا اعتبار وكيل الملك ونوابه والوكيل العام للملك ونوابه ضابطا ساميا لكونهم ينتمون لجهاز النيابة العامة، فإنه من الصعب جدا تصور قبول اعتبار قاضي التحقيق ضابطا ساميا للشرطة القضائية، وهذا يعني أن قاضي التحقيق يتعين اعتباره مرؤوسا للوكيل

عليه². غير أن الفئة المنتقدة تبدو أكثر عددا من الفئات الأخرى، مما يدل على أن الوضع غير سليم و غير مقنع نظريا.

العام للملك". محمد أحدا ف، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة وراقه سـجلـماسـة، مكناس، 2005، ص: 323-327.

- د. محمد ادريسي علمي مشيشي الذي أشار إلى ما يلي:

« Remarquonstout d abord que la réunion des qualités de policier et de juge par le ministèrerepublic, le magistratinstructeur et le juge de Sadadeestcontradictoire. Le jugedit le droit et tranche un litigealors que le policiers'assure del'existence de linfraction ». Mohammed DrissiAlamiMachiechi, procédure pénale, Rabat, 1981, p 109.

- د. عبد السلام بنحدو: "...إلا أن المشرع حينما أعطى لقاضي التحقيق وهو من القضاء الجالس صفة ضابط سامي للشرطة القضائية جعل هذا الأخير تحت رقابة الكيل العام للملك، لأن الفصل 17 ق.م.ج يقضي بأن تجري مراقبة رئيس النيابة العامة على جميع ضباط الشرطة القضائية، فهل يكون قاضي التحقيق خاضعا لمراقبة الوكيل العام للملك كضابط من ضباط الشرطة القضائية؟ بالرغم من أن الوكيل العام للملك يعتبر ضابطا ساميا مثله مثل قاضي التحقيق". عبد السلام بنحدو، الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية، م س، صص، 76-77.

- د. الحبيببيبي، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، ص: 110.

¹ - استحسن الدكتور محمد عياط منح الصفة الضبطية لقاضي التحقيق، معلقا على ذلك بقوله: " ويلاحظ هنا أن قاضي التحقيق هو قاضي جالس خلافا لبقية ضباط الشرطة القضائية على غرار قضاة النيابة العامة، وقد أحسن المشرع إذ منحه رتبة ضابط سامي للشرطة القضائية على غرار قاضي النيابة العامة الشيء الذي يمكنه أن يتمتع تجاههم بشيء من الاستقلال". محمد عياط، دراسة في المسطرة الجنائية المغربية، الجزء الثاني، م س، ص: 18.

ويلاحظ أن الدكتور محمد عياط برر استحسانه هذا بالاستقلال عن النيابة العامة، ولا نريد أن نقول الدكتور محمد عياط ما لم يقله، لكننا نرى أن استعماله لعبارة بشيء من الاستقلال اعتراف ضمني بعدم استقلال==قاضي التحقيق عن النيابة العامة، كما أن فيه إشارة إلى تأثير المشرع المغربي بالتوجيه القديم للمشرع الفرنسي بخصوص هذه المسألة.

² - كان الدكتور أحمد الخمليشي من الذين لم يعلقوا على هذه المسألة، مكتفيا بعرض المقتضيات القانونية المرتبطة بها، و بهذا لم تتمكن من معرفة رأيه بخصوصها. لكن الظاهر أنه بعدم تعليقه لم ير في ذلك إشكالا، لأنه لو كان يعارضها لتطرق إليها بتفصيل.

انظر بشأن هذا: أحمد الخمليشي -: شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ص 264.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لكن السؤال الذي لم يجد له الفقه المنتقد جوابا مقنعا هو: ما هي الأسباب

التي دفعت هذا الأخير إلى تبني هذا التوجه؟

إذا كان ما جاء في العرض التمهيدي لظهير 10 فبراير 1959، كما أورده بعض الفقه¹، من تبرير لهذا التوجه بالظروف الاستثنائية و المؤقتة التي عاشها المغرب عقب الاستقلال خاصة على مستوى قلة الأطر القضائية، إذا كان ذلك من الممكن التسليم به بالنسبة لتلك الفترة من تاريخ المغرب، فإنه ليس له ما يسندده بالنسبة للقانون رقم 22.01 وحتى بالنسبة للمسودة التي حافظت عليه.

ويبقى التفسير المنطقي في نظرنا لهذا الوضع المختل هو الاقتباس غير الموفق والتقليد غير المواكب للمشرع الفرنسي، وقد سبق أن بينا كيف كان الوضع في فرنسا وكيف تحول. ثم إنه على مستوى الممارسة لم يعد لدور قاضي التحقيق، كضابط سامي للشرطة القضائية، قيمة معتبرة مع التطور الذي حققه المغرب على مستوى الموارد البشرية في مجال القضاء التي تضطلع بأعمال البحث التمهيدي، فهذا النقص الذي برر به واضعو ظهير 1959 الإبقاء على هذه الصفة في العرض التمهيدي لم يعد قائما².

ثم إن القيمة المضافة التي يمكن أن يقدمها قاضي التحقيق بمباشرة وإشرافه على أعمال البحث التمهيدي التلبسي في حالة وصوله إلى مسرح الجريمة مع عضو النيابة العامة المختص نوعيا ومكانيا-وكيل الملك أو الوكيل العام للملك- تبدو بدورها غير واضحة وغير مقتنعة طالما أن ما يقوم به قاضي التحقيق يمكن أن يقوم به عضو النيابة المختص بالنظر إلى الصلاحيات القانونية والإمكانات البشرية الموضوعية رهن إشارته، وطالما أن

- شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ص 11.

¹- أورد الدكتور محمد أحداف ما يلي في كتابه: "وقد جاء في العرض التمهيدي لمسطرة 10 فبراير 1959 خلال تعرضها لذكر الاعتبارات المبررة لهذا الاختيار: وهي على أية حال ظروف استثنائية، لسعة تراب المملكة وقلة الأطر". محمد أحداف، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، م س، ص 326.

²- هذا إذا سلمنا بوجاهة ومقبولية هذا التبرير.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

قاضي التحقيق ملزم ببعث ملف البحث- وليس التحقيق¹- كاملا إلى عضو النيابة العامة المختص ليقرر بشأنه ما يقتضيه الأمر².

كذلك من الصعب تصور حضور هذا الأخير إلى مسرح الجريمة لأن عكس ذلك يدفعنا إلى طرح تساؤل لا جواب عنه في قانون المسطرة الجنائية يرتبط بإخبار هذا الأخير بالجريمة المتلبس بها، فيما أن القانون لم يلزم عضو النيابة العامة ولا ضابط الشرطة القضائية بإخبار قاضي التحقيق بهذا الأمر، فإن الفرضية الوحيدة المتبقية هي الحضور التلقائي لهذا الأخير، وهو افتراض يتقلص مداه ويستبعد تحققه إلا في وقائع نادرة خاضعة لمحض الصدفة، وهو افتراض قليل الأهمية.

الفقرة الثانية: تكريس مبدأ الفصل بين سلطتي المتابعة والتحقيق

الحديث عن هذا المبدأ هو في عمقه حديث عن وجود مؤسسة التحقيق أصلا ، فقد انشئت هذه الأخيرة في فرنسا- مهد التحقيق الإعدادي- للفصل بين وظيفتي المتابعة و التحقيق و للحد من السلطات المرعبة التي كانت يتمتع بها جهاز النيابة العامة في مواجهة الأفراد³.

ويعد هذا المبدأ - بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بنظام التحقيق الإعدادي - أساسيا لحماية الحقوق والحريات الفردية وضمانه جوهرية من ضمانات المحاكمة العادلة التي يهدف نظام العدالة الجنائية في تجلياته الحديثة إلى صيانتها تحقيقا للإنصاف بين أطراف الخصومة الجنائية ، لا سيما الطرف الضعيف فيها الذي هو المتهم . ومضمونه أن تمارس المتابعة سلطة قضائية مختصة - هي النيابة العامة- وأن يخول التحقيق لجهاز قضائي مستقل عن سلطة المتابعة ، لأن الأصل في التحقيق استنادا إلى الخلفيات التاريخية والنظرية التي كانت وراء إنشائه ووفقا للوضع النهائي الذي استقر عليه في التشريعات

¹- النص الحالي يستعمل عبارة ملف التحقيق والأصح هو ملف البحث كما جاءت بذلك مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية.

²- الفقرة 3 من المادة 75 من ق.م.ج.

³-Voir : Olivier Trilles , essai sur le devenir de l'instruction préparatoire , thèse de doctorat , université des sciences sociales de Toulouse 1 , faculté de droit , juin 2005 , p 16 .

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الحديثة التي تأخذه به ، أن يكون قاضي التحقيق حكما غير منحاز لأي طرف من أطراف الدعوى العمومية وليس خضما للمتهم¹.

¹«En séparant les fonction son protègemieux les libertés individuelles car des magistrats différents vont pouvoir se contrôler, les excès de l'un étant compensés par la prudence de l'autre le risque de partialité constituait une crainte évidente du législateur ». Jean Pradel, procédure pénale, opcit, p 21.

Voir aussi : Pierre Chambon, le juged'instruction : théorie et pratique de la procédure, opcit , p 65 et s .

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إن تمتيع قاضي التحقيق بصفة ضابط سامي للشرطة القضائية في التشريع المغربي، زيادة على الاختلالات التشريعية التي يثيرها، هو أمر يمس بمبدأ الفصل بين وظيفتي المتابعة والتحقيق و يتنافى مع الغاية من إقرار التحقيق كمرحلة وسطى ذات خصوصيات محددة مختلفة عن مرحلتى المتابعة والمحاكمة، ثم إن هذه الصفة تخول لقاضي التحقيق أن يقوم تلقائيا بجميع أعمال الشرطة القضائية في حالة التلبس، والحال أنها أعمال تنتهي إلى مرحلة البحث التمهيدي الذي تشرف عليه النيابة العامة.

فهذه الصفة تقحمه في مرحلة إجرائية لا علاقة له بها، إقحاما يخل بمبدأي الحياد والاستقلال الذين يؤطران مؤسسة التحقيق بصفة عامة. ولقد علمنا من خلال التأصيل لهذه المسألة في التشريع الفرنسي كيف أن هذا الأخير فطن لعيوب هذا الوضع المزدوج لقاضي التحقيق كقاض مستقل وكمحقق خاضع في نفس الآن لإشراف النيابة العامة، فعمل على تصحيحه من خلال مسلسل طويل من التعديلات كان آخرها سنة 1999¹.

من زاوية أخرى، إن الارتقاء بالقضاء المغربي إلى مستوى سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية المؤسس بمقتضى الدستور الجديد للمملكة المغربية والمجسد بإخراج النظامين الأساسيين المتعلقين بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية والنظام الأساسي للقضاة، يحتم القطع مع واقع الارتباك والتناقض الذي يطبع النص الحالي لقانون المسطرة الجنائية، بالاتجاه نحو فصل حقيقي للوظائف القضائية: المتابعة و التحقيق و المحاكمة. ومما لا شك فيه أن إلغاء الصفة الضبطية لقاضي التحقيق وعدم حشر هذا الخير في أعمال البحث التمهيدي التلبسي، وما يستتبع ذلك من حذف للفقرات الأولى والثانية والثالثة من المادة 75 والإبقاء فقط على الفقرة الأخيرة منها لضرورات الفعالية والسرعة في الانتقال إلى مرحلة التحقيق الإعدادي اعتمادا على تقدير الوكيل العام أو وكيل الملك، من شأن هذا الإلغاء المذكور أن يشكل مدخلا لا مفر منه، ومطلبا مشروعا وموضوعيا لإرساء دعائم هذا الفصل.

خاتمة

حاولنا، ونحن بصدد البحث في الكتابات التي تطرقت لمؤسسة التحقيق و في أسباب النزول الخاصة بقانون المسطرة الجنائية المغربي عبر أبرز محطاته ، أن نجد أجوبة مقنعة لدواعي إصرار المشرع المغربي على تمتيع قاضي التحقيق بصفة ضابط سامي للشرطة القضائية فلم نفلح في المهمة ، فتأكد لنا من خلال التأصيل التشريعي المنجز في هذا البحث أن الأمر لا يعدو أن يكون سوى اقتباسا تشريعا غير موفق و غير مواكب لا يحقق أية فائدة تذكر في الوقت الحالي ، هذا فضلا عن الاختلالات والتناقضات القانونية التي يثيرها.

وإذا كان التشريع الفرنسي الذي أوجد هذه الصفة قد تخلى عنها منذ زمن بعيد إيماننا منه بمساسها بأهم خاصية ينبغي أن يتسم بها قاضي التحقيق وهي الحياد و الاستقلال عن أطراف الخصومة الجنائية ، فإن سؤالا مهما يفرض نفسه علينا في نهاية هذا البحث هو: هل المشرع المغربي أفضل حالا و أبعد نظرا من نظيره الفرنسي حتى يتمسك بها و يصر على ذلك؟

إن النقاش الدائر في فرنسا بخصوص مستقبل مؤسسة التحقيق الإعدادي هو نقاش طبيعي بالنظر إلى كون هذا البلد مهد هذه المؤسسة، وبالنظر أيضا إلى التطور الذي حققته هذه الأخيرة والذي جعل منها مؤسسة مثيرة للجدل تارة بسبب الخوف الذي تشكله لدى البعض من سلطاتها وتارة بسبب طول الإجراءات الذي قد تتسبب فيه. ولكي يكون نفس النقاش سليما في بلدنا و جب في البداية تخليص هذه المؤسسة من الشوائب التي تؤثر على وظيفتها الحقيقية ، ومن ذلك فك ارتباطها بمرحلة البحث التمهيدي بإلغاء الصفة الضبطية التي يتمتع بها قاضي التحقيق وتبعاً لذلك الارتقاء بها إلى مستوى مؤسسة قضائية مستقلة تشريعا وممارسة عن مؤسستي المتابعة والحكم .

¹- أنظر ما سبق توضيحه في الفقرة الأولى من المطلب الأول.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المجلة المغربية لتاريخ القانون

جدلية الدين و السياسة في الولايات المتحدة الامريكية

ذ.رجاء الصالحي

مدير عام شركة برستيغ للمحاماة و الاستشارات القانونية

بعد انهيار الثنائية القطبية بسقوط المنظومة الاشتراكية وتفكك الإتحاد السوفياتي ودخول النظام الدولي لمرحلة الأحادية القطبية التي أصبحت معه الولايات المتحدة الأمريكية قطبا أحاديا ومسيطرًا ومحددًا للمشهد السياسي الدولي، أصبح المكون الديني في السياسة الخارجية الأمريكية يأخذ أبعادًا واسعة ومؤثرة ليس فقط على الصعيد الداخلي الأمريكي بل على الصعيد العالمي أيضًا.

فمع النظريات التي أعقبت الحرب الباردة، برزت بشكل كبير الحجج الدينية التي تبنت العامل الحضاري والديني في تحليل العلاقات الدولية، وإن كان موضوع التداخل بين الدين والسياسة في العلاقات الدولية ليس بالشيء المستجد. فبمراجعة تاريخ العلاقات الدولية، يلاحظ بشكل بارز وواضح ارتباط الدين بالسياسية. مثال ذلك ارتباط سياسة الدول الخارجية الاستعمارية بالكنيسة طيلة القرن العشرين، حيث اعتبر الاستعمار واجبًا وليس حقًا.

كما استغل الدين أيضًا في نشر الحضارة والتقدم والازدهار، تمامًا كما هو الأمر بالنسبة للحركة الاستعمارية، يتجلى ذلك على مستوى حماية الأقليات الدينية مثلًا. وهناك أيضًا من أعطى للبعد الديني في علاقته بالجغرافية السياسية الدولية أهمية كبيرة في تفسير هجرات المسيحيين واليهود والعرب والأمزيغ والأقليات الدينية والطائفية في السنوات الأخيرة، خاصة بعد انهيار الإمبراطورية العثمانية (ظهور الحركات الإسلامية والنزاعات الطائفية الدينية) وأخيرًا أحداث 11 سبتمبر 2001.

تلك الأحداث التي جعلت من العامل الديني -أكثر من السابق- يأخذ بعدًا أكثر حضورًا وقوة لدى أصحاب القرار في تحديد وصياغة العلاقات الدولية لدرجة اعتبره البعض بأنه المحرك للعلاقات الدولية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

فقد اعتبر العديد من الباحثين الأكاديميين والمحللين السياسيين بأن تلك الأحداث شكلت مفترقا واضحا في مسار السياسة الخارجية الأمريكية والعلاقات الدولية، هذا في الوقت الذي كان مستبعدا تماما أن تقترن بداية الألفية الثالثة بالعودة إلى الحديث عن الحرب المقدسة وعن المعتقدات الدينية التي يعود تاريخها إلى آلاف السنين ، كما كان من المستبعد أن يتم في عصر التقدم والتكنولوجيا استخدام تلك المعتقدات القديمة من طرف دول متقدمة ونخب حديثة.

لعل هذا التحول والمفترق أبرز عدة تساؤلات: لماذا أصبح للدين دورا بارزا في العلاقات الدولية والسياسة الخارجية الأمريكية؟ ألا يعد هذا خرقا واضحا للدستور الأمريكي الذي ينص على فصل الدين عن السياسة؟ ما هي حدود العلاقة بين الدين والسياسة في الولايات المتحدة الأمريكية؟...

إن جدلية الدين والسياسة بالولايات المتحدة الأمريكية كانت دائما موضوعا مثيرا للجدل منذ نشأة الدولة، فالحياة السياسية تأثرت بالعامل الديني في العديد من الجوانب من بينها سيطرة القيم البروتستانتية، وتشكل المجتمع من عدد من الأقليات الدينية والعرقية. وكان لهذين الجانبين العديد من الآثار على الحياة السياسية. فمن جهة كان لغلبة القيم البروتستانتية آثارها على ملامح الاتجاهات الرئاسية في وعي الناخب الأمريكي، ومن جهة أخرى كان لتعدد الأديان في الولايات المتحدة وتعدد جماعات الضغط الدينية أن أثرت بفاعلية وقوة على عملية صنع القرار السياسي.

إن محاولة دراسة حدود العلاقة بين الدين والسياسة في الولايات المتحدة الأمريكية يقتضي ضرورة الرجوع والبحث في المكونات والخصائص الدينية للولايات المتحدة الأمريكية. وذلك عبر الأقسام التالية:

- الأساس الديني للولايات المتحدة الأمريكية
- الفصل بين الدين والدولة
- مكانة الدين في المجتمع الأمريكي
- الدين في الحياة العامة

المجلة المغربية لتاريخ القانون

القسم الأول: الأساس الديني للولايات المتحدة الأمريكية

يعتبر الهنود الحمر السكان الأصليين للقارة الأمريكية، حيث عاشوا هناك منذ سنة 8000 قبل الميلاد، إلا أن تاريخهم الطويل عادة ما يتم تجاوزه في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية، لأن حدود الولايات المتحدة الأمريكية ونشأة الدولة ارتبطت بالوجود الأوروبي. ويرجع ظهور الدين في الولايات المتحدة الأمريكية إلى البدايات الأولى لتأسيس الدولة⁽¹⁾ مع هجرة الأوربيون إليها وخاصة ما يعرف ب"البيورتانز" الإنجليز إليها رغبة منهم في تأسيس دولة جديدة تقوم على أسس وثوابت دينية تتوافق مع عقيدتهم البروتستانتية الأصولية التي حاولوا تطبيقها في مجتمعاتهم، حيث شهدت الديانة الكاثوليكية في أوروبا عدة انحرافات وتجاوزات في ثوابتها الدينية، وهذا ما أدى إلى ظهور اعتراضات واحتجاجات شكلت النواة الأولى لظهور البروتستانتية، التي جاءت كحركة إصلاحية دينية مهمتها مناهضة الفساد الذي لحق الديانة الكاثوليكية. وقد أفرزت البروتستانتية ظهور جماعة البيورتانز الذين عملوا على تطهير الديانة المسيحية من كل مظاهر الانحراف⁽¹⁾، لذا فإنهم أيضا يعرفون باسم الطهوريون.

كان أهم ما قامت عليه البروتستانتية هو الإيمان بصحة الكتاب المقدس وعصمته وتفسيره حرفيا، واعتماد نبوءاته كعقيدة الشعب المختار، وأرض الميعاد، وعودة المسيح ليحكم العالم من القدس ألف سنة بعد معركة (هرمجدون) الدموية. حتى أصبح ذلك من أساسيات الأصولية البروتستانتية⁽²⁾.

فحركة الإصلاح البروتستانتية روجت لفكرة أن اليهود أمة مختارة مفضلة، واعتمدت العهد القديم (التوراة) المرجع الأعلى للاعتقاد البروتستانتى، ومصدر المسيحية النقية الثابت، وكتابا للتاريخ عن الأراضي المقدسة والأنبياء والنبوءات المتعلقة بنهاية الزمان، والعصر الألفي السعيد مع المجيء الثاني للمسيح⁽³⁾. لذلك عملت البروتستانتية على تفضيل الطقوس العبرية في العبادة على الطقوس الكاثوليكية بالإضافة إلى دراسة اللغة العبرية على أساس أنها كلام الله.

⁽¹⁾ عن التاريخ الديني والسياسي للولايات المتحدة الأمريكية أنظر:

Catherine Collomp Et Collaborateurs "Histoire De L'Amérique Du Nord -ÉtatsUnis et Canada, Une Anthologie du XVIIe auXXe Siècle" Rosny-sous-Bois, ÉditionsBréal, France 2001.

(1) Op cit.

(2) عادل المعلم "الأصولية المسيحية في أمريكا والرئيس الذي استدعاه الله " مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، الطبعة الثانية 2005، ص 92.

(3) رضا هلال "المسيح اليهودي ونهاية العالم: المسيحية السياسية والأصولية في أمريكا" مكتبة الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية 2001، ص 63

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وقد مثلت البيوريتانية أشد أشكال البروتستانتية تطرفا، لذلك غالت في إجلال الكتاب المقدس مع إعطاء الأولوية للعهد القديم. وقد وجد البيورتانز في العهد القديم "المثال السماوي للحكومة الوطنية والدلالة الواضحة على القوانين التي يجب على البشر إتباعها..." بل كان هناك من البيورتانز من طالب الحكومة البريطانية بأن تعلن التوراة دستورا للقانون الإنجليزي.

واستعاض البيورتانز بالعادات اليهودية عن المبادئ المسيحية، بل إن بعضهم كان يعتبر اليهودية اللغة الوحيدة للصلاة وتلاوة الكتاب المقدس⁽¹⁾. ونتيجة الطغيان والقمع الديني في إنجلترا، فر البيورتانز المضطهدون دينيا نحو أمريكا، وسموا هجرتهم هذه حجا وأطلقوا على أنفسهم اسم الحجاج، ولذلك فهم يعرفون في التاريخ الأمريكي أيضا بالحجاج، ونزلت أول مجموعة منهم في بلايموث في ماساشوستس في ديسمبر 1620⁽²⁾، ولقوا معاملة جيدة من القبائل الهندو-أمريكية المحلية. وطوال عقود ظلت السفن المحملة بالبيورتانز تبحر من أوروبا الشرقية إلى المناطق الشمالية من العالم الجديد، والذي أصبح يعرف بإنجلترا الجديدة أو نيو انجلاند، مما أوجد تعدادا سكانيا كبيرا من البيورتانز في تلك المنطقة⁽³⁾. فاستقروا هناك واستمروا بالتشبه بالثقاليين والإعتقادات التوراتية، وتحولت لديهم العقيدة اللاهوتية إلى إيديولوجية سياسية. وكانوا يتحدثون العبرية بسهولة، وكان أول كتاب ينشر في العالم الجديد يهودي الإسم، وهو ترجمة مباشرة للكتاب التوراتي سفر المزامير.

كما دخلت التوراة ومعها الدراسات اليهودية إلى برامج المدارس والجامعات، فأول جامعة أنشئوها كانت جامعة هارفارد في 1636 التي كانت اللغة العبرية فيها إجبارية. بل إن عنوان أول أطروحة أكاديمية فيها كانت تحت "العبرية هي اللسان الأم"⁽¹⁾.

(1) رضا هلال، مرجع سابق، ص 65

(2) Camille Froidevaux-Metterie "Politique et Religion Aux Etats-Unis" La Découverte, Collection Repères, France, 2009, P 9-10.

(3) عادل المعلم، مرجع سابق، ص 34.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

(1) يوسف الحسن "جنور الانحياز: دراسة في تأثير الأصولية المسيحية في السياسة الأمريكية تجاه القضية الفلسطينية" سلسلة محاضرات الإمارات 58، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية 2003، الإمارات العربية المتحدة، ص 30-31.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

كان البيوريتانز ينظرون إلى أنفسهم من منطلق خاص بهم، فعلى غرار الخروج الجماعي المذكور في العهد القديم والذي هرب فيه اليهود من مصر ورحلوا إلى أرض جديدة وعدهم الرب بها، نظر البيوريتانز لأنفسهم على أنهم الشعب المختار الجديد ونظروا إلى العالم الجديد على أنه إسرائيل الجديدة، أما العالم القديم بالنسبة لهم فكان هو مصر التي فروا منها، لقد عقدوا عهدا مع الرب: *"إذا أمن الرب ذهابهم إلى العالم الجديد فإنهم سيؤسسون مجتمعا تحكمه القوانين الإلهية"*، وهذا ما عرف في التاريخ البيوريتاني بالعهد اللاهوتي⁽¹⁾.

منذ وصولهم عمل البيوريتانز على تأسيس حكومة دينية وفرضوا نوعا من الإمتثال الشديد لمعتقداتهم لإيمانهم بأنهم أصحاب رسالة، ولأنهم كانوا يريدون إستمرار جهودهم في هذا الاتجاه. وقد أدت جهود الحفاظ على الإمتثال الديني إلى التعصب والإضطهاد والنفى، فالبيوريتانز لم يكونوا يؤمنون بالتسامح الديني بل على العكس رفضوا تلك الفكرة تماما. فهم لم يهاجروا للعالم الجديد لممارسة التسامح الديني ولكن لممارسة آرائهم الدينية الخاصة بهم⁽¹⁾.

هذا التعصب والإضطهاد البيوريتاني ظهر بشكل أوضح في إبادة الهنود الحمر، فقد عمل البيوريتانز على استخدام مهاراتهم السياسية وتفوقهم في التسلح في اغتصاب أراضي الهنود الزراعية الخصبة، واللجوء إلى إبادة قبائل بأكملها حين قاومت التوسع الإستيطاني الأبيض الذي لم يتوقف⁽²⁾.

والجدير بالملاحظة هنا أن الهجرة الأولى للكاثوليك والمهود وباقي الطوائف البروتستانتية الأخرى إلى أمريكا، لم تتم في البداية إلا على يد القس البيوريتاني "روجر ويليامز" الذي عارض الحكومة الدينية القائمة وأسس مستعمرة تتمتع بالحرية الدينية⁽³⁾. ومما شجع هؤلاء على الهجرة أكثر، هو إقرار الكونجرس في أول إجتماع له سنة 1789 قانون الحرية الدينية.

⁽¹⁾ مايكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت "الدين والسياسة في الولايات المتحدة" ترجمة عصام فايز وآخرون، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، الطبعة الثالثة ويناير 2006. ص 66. ص 42. انظر ايضا:

Camille Froidevaux-Metterie "Politique et Religion Aux Etats-Unis" Opcit, P 10

(1) مايكل كوربتوجوليا ميتشل كوربت، مرجع سابق، ص 44-45.

(2) محمد عارف زكاء الله "الدين والسياسة في أمريكا: صعود المسيحيين الإنجيليين وأثرهم" ترجمة أمل عيتاني، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، الطبعة الأولى 2007، ص 35. انظر أيضا:

Camille Froidevaux-Metterie "Politique et Religion Aux Etats-Unis" Op cit, P 10.

(3) Camille Froidevaux-Metterie "Le Puritain N'est Pas Républicain, Pour Une Autre Histoire De l'Amérique" Revue Raisons Politiques, Presses De Sciences Po, France, No.1,2001/1. <http://www.cairn.info/>. P 17-27.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وإذا كان قانون الحرية الدينية قد ساهم في ازدياد الطوائف البروتستانتية في أمريكا مثل الكويكرز (الأصحاب)، المعمدانيون، اللوثريون، المنهجيون، المشيخيون وغيرها (ازدياد تلك الطوائف عزز كثيرا من نسبة البروتستانتية عموما داخل الولايات المتحدة حيث استمرت البروتستانتية كأغلبية دينية إلى الآن) بالإضافة إلى الكاثوليك واليهود، فإنه في المقابل ساهم في تراجع سيطرة البيوريتانز وإضعاف قوتهم باعتبارهم الفئة الغالبة المسيطرة سياسيا، وبالتالي توقف دورهم السياسي عند هذا الحد، حيث بدأ تآكل البيوريتانية المحضة يخبو بحلول القرن الثامن عشر.

وبالرغم من تراجع دور البيوريتانز في الحياة الأمريكية، إلا أن آثار المعتقدات البيوريتانية طبعت الثقافة والتطور الديني والسياسي لأمريكا، ففكرة المهمة الدينية لأمريكا والمدينة الفاضلة أو المدينة على التل استمرت في التفكير الأمريكي، فقد شبه جون وينثروب - أول حكام مستعمرة خليج ماساتشوستس- المستعمرة بمدينة فوق التل (أي المدينة الفاضلة) تتجه إليها أنظار العالم. واعتبر البيوريتانز أنفسهم مثالا يحتذي به العالم، واستمر هذا النوع من التفكير في الولايات المتحدة إذ أن الأمريكيين غالبا ما يرون أنفسهم مكلفين بمهمة خاصة، وهي أن يكونوا مثالا يحتذي به في سائر أنحاء العالم⁽¹⁾.

هذا الأساس الإيديولوجي للتفوق لازال يجد مكانه داخل عقلية الحكومة الأمريكية في إطارها الشمولي، فالولايات المتحدة الأمريكية تعتبر نفسها مكلفة بمهمة ربانية يجب تنفيذها على مملكة الله في الأرض.

هذه المهمة الدينية اتخذت أيضا شكلا علمانيا مدنيا من خلال مقولة "المصير المبين"⁽¹⁾ بمعنى أن مصير أمريكا الذي قدره الرب هو تحضير العالم، إلى آخر المقولات مثل مبدأ "الإمبريالية التقدمية" أي استعمار شعوب أخرى لنقل التقدم إليها ونشر المسيحية البروتستانتية، أو مبدأ "العالمية الليبرالية" (النقاط الأربع عشرة للرئيس ويلسون) ومبدأ "تحسين العالم" خلال عهدي كنيدي وجونسون أو المناداة بحقوق الإنسان (كارتر وكلينتون)⁽²⁾.

(1) مايكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت، مرجع سابق، ص 42.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

-
- (1)"Politique Etrangere Americaine: Histoire, Origines, Evolution" Les Fondements De La Politique Etrangere Americain (Dossier Sep 2004), Association Thucydide Conception, France, Decembere,2004.
<http://www.thucydide.com/realisations/comprenre/usa/usa1.htmi>
- (2) رضا هلال، مرجع سابق، ص 83.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

كما أن فكرة العهد مع الرب انعكست أيضا في النظامين السياسي والمدني للولايات المتحدة، ففكرة العهد قد سبقت وربما أثرت على آراء جون لوك الخاصة بالعقد الاجتماعي في إعلان الاستقلال، حيث أنها ترجع إلى البيوريتانز الذين أرسوا أسس التفكير في وجود عهد بين الأفراد والحكومة ليكون أساس المجتمع⁽¹⁾.

فعهد اللاهوت قد أعد الأفراد للتفكير في العقد الاجتماعي، أي أعدهم للتفكير بأن التمسك بالالتزامات التي تتعلق بالرب وأعضاء المجتمع، تقابله فوائد تعود على الجميع داخل المجتمع، لقد حول العقد الاجتماعي "العهد اللاهوتي البيوريتاني" من عهد بين الرب والناس إلى عهد بين الأفراد والحكومة⁽²⁾.

كما أن اعتقاد البيوريتانز في ازدواجية الطبيعة الإنسانية - أي الكمال (السمو) من جهة، والنقص (منذ الخطيئة الأولى) له تأثير في مبدأ الفصل بين السلطات وفكرة الضبط والتوازن بين الكونجرس والرئاسة حتى لا يفسد النظام السياسي، فالسلوك الإنساني عرضة للفساد، والسلطة المطلقة تفسده فسادا مطلقا، ومن ثم لا بد وأن تضبط وتوازن كل سلطة السلطة الأخرى، وقد وجدت هذه الرؤية السلبية للطبيعة البشرية طريقها إلى التفكير السياسي الأمريكي⁽³⁾.

هكذا وبالرغم من تراجع الدور السياسي للبيوريتانز، إلا أنه يتبين بأن مظاهر الفكر البيوريتاني مثل فكرة العهد اللاهوتي ورؤية الطبيعة البشرية والمهمة الدينية والمدنية الفاضلة طبعت الثقافة السياسية الأمريكية على مدى التاريخ.

(1) مايكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت، مرجع سابق، ص 47-48.

(2) رضا هلال، مرجع سابق، ص 83.

(3) مرجع سابق، ص 84.

القسم الثاني: الفصل بين الدولة والدين

تعتبر فكرة فصل الدين عن الدولة هي فكرة جديدة نسبيا من الناحية التاريخية، فهي نتاج عصر التنوير والثورة الفرنسية التي حدثت في أوروبا في القرن الثامن عشر، حيث تم السعي إلى البحث عن أساس عقلائي غير ديني للقوانين التي تحكم العلاقات الأفراد، واعتبر الدين مسألة اعتقاد شخصي بدلا من كونه ميدان سباق لقوانين الحكومة، وقد انتقلت تلك الفكرة فيما بعد إلى أمريكا.

فبعد استقلال المستعمرات الأمريكية عن بريطانيا وتحولها إلى ولايات، وضعت كل ولاية دستور خاص بها فرض في البداية قوانين خاصة بالكنيسة الرسمية⁽¹⁾، وهو ما ترتب عنه عدة صراعات للدفاع عن الحريات الدينية للجماعات الدينية الأخرى الشيء الذي دفع تلك الولايات إلى إلغاء تلك القوانين بعد فترة قصيرة فقط من إتمامها.

هذا التأييد للحريات الدينية نلمسه أيضا لدى المؤسسين الأوائل، حيث كان لكل من "توماس جيفرسون" و"جيمس ماديسون" اعتقادا مشتركا وقناعة كبيرة بأن الحرية الدينية أمر نافع للدين نفسه، وهذا ما يكشف عنه "جيفرسون" في تشريع فيرجينيا لتأسيس الحرية الدينية لسنة 1786: "حيث أن الإله القدير خلق الفكر حرا، وحيث أن جميع محاولات التأثير عليه بالعقوبات الزمنية أو بأعبائها، لا تؤدي إلا إلى توليد عادات الخبث والحقارة... وأن ربط الحقوق والمزايا باعتناق رؤى دينية معينة يفسد الدين كله لأنها تعتبر رشوة الناس لاعتناق تلك الآراء... أي أنهم يتمسكهم بهذه الآراء الدينية يحصلون على مزايا

(1) مايكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت "الدين والسياسة في الولايات المتحدة" ترجمة عصام فايز وآخرون، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، الطبعة الثالثة ويناير 2006. ص 66.

Voir Aussi : Camille Froidevaux-Metterie "Le Puritain N'est Pas Républicain, Pour Une Autre Histoire De l'Amérique" Revue Raisons Politiques, Presses De Sciences Po, France, No.1, 2001/1, P 110-111. Accessible via Cairn, <http://www.cairn.info/>.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

و"حقوق مدنية معينة...وعندما تحاول الحكومة التدخل في وجهات النظر الدينية، يعتبر هذا تدميرا كاملا للحرية الدينية"⁽¹⁾.

لكن الملاحظ أن الدستور الأصلي للولايات المتحدة الأمريكية قبل إضافة "ميثاق الحقوق" إليه جاء خاليا من أية عبارة أو إشارة تذكر عن الدين باستثناء أسلوب كتابة التاريخ: "اليوم السابع عشر من سبتمبر من ميلاد المسيح 1787"⁽²⁾، كما جاء ذكر الدين مرة واحدة في الدستور، ففي الفقرة الأخيرة من المادة السادسة ينص ولأول مرة على أن: "شيوخ ونواب وأعضاء الهيئات التشريعية للدولة في الولايات المتحدة والعاملين بالهيئة القضائية والتنفيذية الفيدرالية يجب أن يلزمهم القسم أو اليمين بتأييد الدستور".

ومن المهم هنا ملاحظة أنه يمكن للناس استخدام أحدهما فقط، أي القسم أو اليمين، فكلمة القسم لها مدلول ديني أما اليمين فليس لها نفس المدلول، وتستمر المادة السادسة: "لا يطلب أبدا اختبار ديني كمؤهل لتولي أي وظيفة أو منصب عام في الولايات المتحدة"⁽³⁾.

هكذا يبدو واضحا أن الدستور الأصلي للولايات المتحدة لم يتضمن أي إشارة إلى فصل الدين عن الدولة، وهذا ما عرضه لسلسلة من الانتقادات والمناقشات أثناء التصديق عليه، وكانت أهم القضايا التي أخذت عليه هو غياب ما كان يسمى "ميثاق الحقوق"⁽⁴⁾، وهذا ما دفع الكونجرس الجديد برئاسة "جيمس ماديسون" إلى إجراء أول

(1) Thomas Jefferson "The Virginia Act For Establishing Religious Freedom 1786" University of Virginia Library, Charlottesville, Virginia, United States. available on: <http://religiousfreedom.lib.virginia.edu/sacred/vaact.html>

see also :Camille Froidevaux-Metterie "Politique et Religion Aux Etats-Unis" Op cit, P 23.

(2) ماينكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت، مرجع سابق، ص 90.

(3) مرجع سابق، ص 91.

(4) "About America: The Constitution of The United States of America with explanatory notes" from The World Book Encyclopedia © 2004. US Department of State Publication, P 13.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

تعديل للدستور في 1791 وذلك باقتراح 15 تعديلا تم الموافقة على 10 منها فقط، وتلك التعديلات كانت هي ما عرف بـ "ميثاق الحقوق"⁽¹⁾ وكان أهم ما تضمنته تلك التعديلات هو التعديل الأول الخاص بالحريات الدينية الذي يحظر على الكونغرس سن أي قوانين لإضفاء الرسمية على أي دين، أو تحريم الممارسة الحرة للدين: "لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة، أو من حق الناس في الاجتماع سلميا وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف"⁽²⁾.

هذا التعديل الأول كان هو أول إجراء سياسي قانوني مقيد لحدود سلطة الحكومة القومية في التدخل في الشؤون الدينية، وقد تجلت أهم الخلفيات التي دفعت المؤسسين الأوائل إلى اعتماد الفصل بين الدين والسياسة في الاعتبارات التالية:

1- كان المؤسسون الأوائل على وعي تام بالتعددية الدينية الكبيرة في الولايات المتحدة، وربما لم تكن هناك دولة في العالم آنذاك فيها هذا الكم من التنوع الديني.

2- أن المؤسسين كانوا أيضا على إدراك تام بالاضطهاد الديني في المستعمرات وفي العالم بصفة عامة فقد عرفوا كيف عاملت الكنائس الرسمية المنشقين. ولهذا تجنبوا تأسيس قاعدة تمكن جماعة دينية من مضايقة جماعة أخرى⁽³⁾.

(1) J.W. Peltason "The Bill of Rights: US Constitution Would Not Been Ratified Without The Bill Of Rights" US Department of State Publication, The World Book Encyclopaedia, April 2008.

(2) يرجى الإطلاع على وثيقة الحقوق الأمريكية على موقع مكتبة الكونغرس الأمريكي على الشبكة العنكبوتية.

(3) مايكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت، مرجع سابق، ص 92. انظر أيضا:

Isabelle Richet "La Religion Aux États-Unis" PUF, Edition Que Sais-je, France, Octobre 2001, P 104-105.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

3- كان أي تأييد لدين معين في الدستور سيجلب عليه آثار سلبية على الدين. بينما إذا انفصل الدين عن الدولة فإن الدين سيوفر للحكومة التأييد اللازم، بغض النظر عن الآراء الدينية عقلانية كانت أم تقليدية⁽¹⁾.

ويضاف عامل آخر إلى ذلك، فعلى اعتبار أن أكثر الحاضرين في المؤتمر مهتمون بالناحية الاقتصادية للبلاد وحاجاتهم للتعامل مع الدول الأخرى كان من الطبيعي لأعضاء الوفود تفادي مسألة الدين في الدستور⁽²⁾.

انطلاقاً من هذه الاعتبارات فإن مبدأ الفصل بين الكنيسة والدولة في أمريكا لم يكن مرجعه أبداً معاداة للدين أو الكنيسة، فالمؤسسين الأوائل لم يكونوا ضد الدين بأي شكل من الأشكال بل كانوا مقتنعين بوجود أن يكون الدين أمراً خصوصياً على وجه التحديد وخارج نطاق الحكومة تماماً. وعلى الرغم من إيمانهم بأن الثقافة الدينية تدعم الحكومة الجمهورية، فقد آمن المؤسسون الأوائل ومعهم آخرون أنذاك بأن الدين لن يكسب شيئاً بل سيخسر الكثير إذا ارتبط بالحكومة رسمياً، وبالمثل تخسر الحكومة إذا ارتبطت رسمياً بالدين⁽³⁾.

هكذا تم إقرار الفصل بين الدين والدولة في الولايات المتحدة وأصبحت عبارة توماس جيفرسون "وجود حائط فاصل بين الكنيسة والدولة" معروفة إلى حد كبير وكثيراً ما يستشهد بها على أنها تحتوي معنى التعديل الأول بالرغم أن الدستور الأمريكي لا يحتوي على عبارة "الفصل بين الدين والدولة".

فالدستور يعتبر وثيقة علمانية تبدأ بعبارة "نحن شعب الولايات المتحدة..." كما أنه لا يتضمن أية ذكر لكلمة الرب أو المسيحية⁽⁴⁾، أما كلمة الدين في الدستور فقد

(1) مرجع سابق، ص 92. وايضاً: Isabelle Richet "La Religion Aux États-Unis" Op cit, P 105.

(2) مايكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت، مرجع سابق، ص 93.

(3) مايكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت، مرجع سابق، ص 171.

(4) انظر نسخة من الدستور الأمريكي متاح على موقع مكتبة الكونجرس الأمريكي

المجلة المغربية لتاريخ القانون

استخدمت للتأكيد على عدم التمييز بين المواطنين على أساس عقائدهم. وبإدراج حرية الدين في الدستور، جعل المؤسسون الأوائل البت في الأمور الدينية على المستوى القومي ليس عن طريق تصويت الأغلبية وإنما عن طريق المحاكم.

وهذا ما جعل أغلب الدعاوي القضائية المتعلقة بالحرية الدينية التي نظرتها المحكمة العليا تتعلق كلها بالتعديل الأول الخاص بالحريات الدينية⁽¹⁾.

فمنذ تأسيس الدستور لم يحدث أي تغيير حتى عام 1947، حين أصدرت المحكمة العليا قرارات كثيرة مختلفة تتعلق بالمؤسسات الدينية، حيث قضت المحكمة العليا بدستورية قيام الحكومة بتعويض الآباء الذين دفعوا مصاريف نقل أبنائهم بالحافلات إلى المدارس الدينية، بينما حظر قرار العام 1962 الصلاة في المدارس العامة.

وفي العام 2005 نظرت المحكمة العليا في قضيتين تتعلقان بتقديم عرض مسرحي للوصايا العشر في الأماكن العامة، واحدة في مبنى البرلمان بولاية تكساس والأخرى في دار القضاء بولاية كنتاكي، وقضت المحكمة بأن العرض في مبنى البرلمان كان علمانيا في طبيعته ويمكن أن يستمر، في حين أن العرض في دار القضاء في كنتاكي كان محاولة ترويج للدين ومن ثم يجب نقله من هذا المكان. ورغم أن عددا من القضايا قد حددت معايير تراعى عند تقييم انتهاك محتمل لعلاقة الدين بالدولة فليس هناك خط واحد يمكن أتباعه، وعموما ترى المحكمة عدم دستورية أي قوانين قد تفرض معتقدا دينيا معيناً على المواطنين يمكن أن تؤول على أنها موافقة حكومية لدين معين⁽²⁾.

[http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/bdsbib:@field\(NUMBER+@od1\(bdsdccc0801](http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/bdsbib:@field(NUMBER+@od1(bdsdccc0801)

انظر أيضا: Guy Haarscher "La laïcité " PUF, Collection Que sais-je ?, 3e édition, 2004, France, P 102.

(1) مايكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت، مرجع سابق، ص 171.

(2) ربا ميارسكوف، العلاقة بين الدولة والدين في أمريكا، تقرير واشنطن، العدد 107، 5 مايو 2007. متاح على الموقع:

المجلة المغربية لتاريخ القانون

كما أن حكم المحكمة العليا الذي نص على أن " كل علاقة بين الدولة وهذه الكنيسة أو تلك مهما صغرت، أو كل دعم وإن توزع بين مختلف المسميات هو خروج عن الدستور"، هذا الحكم وضع " الجدار الفاصل"⁽¹⁾ الحقيقي الذي طالب به الرئيس جيفرسون.

إذ أن مجرد وجود عقيدة دينية مهما كثر أتباعها لا يتعارض ولن يتعارض مع مبادئ حرية الاعتقاد، ولن يكون للاضطهاد الديني وجود إذا انعدمت العلاقة بين الدولة وهذه الكنيسة أو تلك مهما صغرت.

لذا يتم عادة اعتبار أن الولايات المتحدة الأمريكية دولة علمانية والمجتمع متدين. فبينما كان تراجع الكنائس في أوروبا بما فيها المملكة المتحدة هو الظاهرة شبه العامة، ازدهر الدين في الولايات المتحدة الأمريكية. وقد وجد السياسي والمؤرخ الفرنسي اليكس دوتوكفيل في الثلاثينات من القرن العشرين تفسيراً لهذه الظاهرة بأن الكنائس الأمريكية لم ترتبط أبداً بالسلطة ولم تشارك فيما اقترفته السلطة الزمنية، بعكس الكنيسة الكاثوليكية في أوروبا قبل الثورة الفرنسية. لذا كان الفصل حسب دو توكفيل أحد الأسباب الرئيسية لبقاء الكنائس وحيوية الأحاسيس الدينية⁽²⁾.

القسم الثالث: مكانة الدين داخل المجتمع الأمريكي

على خلاف كل المجتمعات العلمانية الغربية، يشكل الدين قيمة أساسية في حياة الأمريكيين ومظهراً مميزاً للمجتمع الأمريكي على مدار التاريخ. واستناداً على قول

=ريا20%ميارسكوفhttp://www.taqrir.org/showarticlehl.cfm?id=651&hlstring

(1) عن الجدارالفاصل انظر:

Denis Lacorne "Les Etats-Unis" Fayard Et Le Centre D'études et De Recherches Internationales (CERI), Paris/France, 2006. P 310.

(2) فاروق القاضي " العلمانية هي الحل " دار العين للنشر- مصر- يناير 2011.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

دوتوكفيل: " فإنه ليس هناك دولة في العالم يمارس فيها الدين المسيحي تأثيراً أو نفوذاً على أغلب الناس أكثر من أمريكا".

فطبقاً لدراسة قام بها مركز (بيو) للأبحاث في 2002، فإن 59% من الأمريكيين يعتبرون أن الدين جد مهم في حياتهم مقابل 11% في فرنسا، و21% في ألمانيا و33% بريطانيا، وهذا ما يعني أن أمريكا أكثر تديناً من أوروبا⁽¹⁾.

وتشير نتائج استطلاعات الرأي التي أجراها منتدى (بيو) لشؤون الدين والحياة في 2008 أن 92% من الأمريكيين يؤمنون بالله وأن 75% منهم يصلون على الأقل مرة بالأسبوع و74% يؤمنون بالحياة الآخرة⁽²⁾.

وتؤيد إحصاءات مركز "بيو" نتائج استطلاعات أخرى لمركز "جالوب" للأبحاث في 2008 أيضاً، بل وتشير استطلاعات للرأي أخرى مثل "أي.بي.سي نيوز"⁽³⁾، أن نسبة عالية من الأمريكيين تؤمن حرفياً بالقصص الدينية الواردة بالكتاب المقدس مثل قصة الخلق وطوفان نوح وشق موسى البحر بعصاه ومعجزات السيد المسيح وغيرها.

والمثير للاهتمام أن نسبة 80% من الأمريكيين لا يعتبرون أن مسؤولية موت المسيح تقع على اليهود، وهذا راجع أن أغلب الأمريكيين ينتمون للبروتستانتية التي تقوم على مرجعات العهد القديم أي التوراة.

(1) "Among Wealthy Nations ،U.S. Stands Alone in its Embrace of Religion" Pew Global Attitudes Project, a project of the Pew Research Center. Washington, USA وDecember 19,2002.

(2) "Religious Beliefs and Practices: Diverse & Politically Relevant" US Religious landscape survey.The Pew Forum on Religion&Public Life Pew Research Center, June 2008.

(3) David Morris "Belief and Blame: Six in 10 Take Bible Stories Literally, But Most Don't Blame Jews for Jesus's Death" ABC News PrimeTime Poll, California, Feb. 6-10, 2004. available on : <http://abcnews.go.com/images/pdf/947a1ViewsOfTheBible.pdf>

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وتتنوع مظاهر التدين في المجتمع الأمريكي من تعميم الأطفال في الكنائس وتنشئة الأطفال على الأخلاق المسيحية، إلى الحرص على الذهاب إلى الكنيسة بصورة منتظمة. ومن تسمية المناطق والمدن في مختلف الولايات بأسماء مدن مستقاة من الكتاب المقدس أو القديسين، إلى المشاركة في الأنشطة الاجتماعية التي تنظمها وتشرف عليها الكنائس. ومن الصلاة عند البدء في تناول الطعام، إلى حضور عشرات الآلاف لقداس أو محاضرة في ملعب كرة قدم أو بيسبول في المدن الكبرى. ومن وضع رمز أو شعار ديني على السيارة الخاصة، إلى اتخاذ مواقف سياسية لتحقيق معتقدات دينية. ومن قيام أتباع طائفة المورمون بطرق الأبواب للدعوة لأفكارهم، إلى مطالبة أولياء أمور الطلاب بوضع الوصايا العشر في حجرات الدراسة، ومن استعمال ألفاظ ذات دلالة دينية (عند تسميت العاطس مثلا)، إلى إنتاج أفلام سينمائية تتناول حياة وآلام المسيح¹.

كما تلعب الدوافع الدينية دورا رئيسيا في تحريك الأمريكيين في الكثير من مواقفهم بما في ذلك الدفاع عن حقوق الإنسان وغيرها من المواقف المدنية أو السياسية وقد منحت الحرية الدينية المكفولة دستوريا للولايات المتحدة تنوعا كبيرا للأديان داخلها⁽²⁾، حيث نستطيع إيجاد كل ديانات وعقائد العالم تمارس بحرية داخلها.

هذا التنوع الديني جعل الديموغرافيين يجدون صعوبة في إحصاء عدد الجماعات الدينية داخل أمريكا، حيث أن نظام الإحصاء المتبع في البلاد لا يتطلب من الشخص أن يفصح عن ديانتة. كما أن أغلب الجماعات الدينية وخاصة الأقليات منها تعتمد في تقدير أعدادها على إحصاء من يتردد على دور العبادة، وهذه الإحصاءات تكون غير دقيقة في بعض الأحيان. حيث يقوم البعض بإحصاء الأطفال الرضع ضمن الأقلية والبعض الآخر

(1) يحيى عبد المبدي " دور الدين في حياة الفرد والمجتمع الأمريكي " تقرير واشنطن، العدد 107، 5 مايو 2007.

(2) Bellah N Robert, Terrenoire Gwen "La Religion civile en Amérique-Civil Religion in America"
Archives Des Sciences Sociales Des Religions, Éditions de l'EHESS, France, Janvier-Juin
1973, P 7-22. Accessible sur Persée. <http://www.persee.fr>.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لا يقوم بذلك. كما أن المساجد لا تقوم بإعداد قوائم تضم أسماء من يتردد عليها على غرار ما تقوم به الكنائس أو دور العبادة الأخرى⁽¹⁾.

ومن هنا فإنه لا يوجد اتفاق بين الباحثين أو المهتمين بدراسة التقسيمات الدينية في الولايات المتحدة حول أعداد المنتمين لهذه التقسيمات وتوزيعهم الديموغرافي، ومرجع هذا الخلاف أن معظم - إن لم يكن كل - الإحصاءات الأمريكية لا تعتمد على الانتماءات الدينية والمذهبية.

ورغم ذلك فإن هناك اتفاق على أن المسيحية تمثل ديانة الأغلبية في أمريكا، حيث أنه طبقاً لموقع المخابرات الأمريكية (CIA)⁽²⁾ فإن التوزيع الديموغرافي للأديان داخل أمريكا في سنة 2007 كان بالترتيب التالي

- المسيحية 78.5% وهي تتوزع كالتالي:

- 51.3% بروتستانت

- 23.9% كاثوليك

- 1.7% مورمون

- 1.6% مسيحيون آخرون

- 12.1% غير منتمي

- بدون ديانة 4%

- ديانات أخرى 2.5%

⁽¹⁾ جمال زكريا قاسم "العرب في أمريكا" معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة 1988، ص 239.

⁽²⁾ The World Factbook, USA, Central Intelligence Agency, last update 2008.

<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/us.html>

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- اليهودية 1.7%

- البوذية 0.7%

- الإسلام 0.6%

هكذا يتضح أن أغلب الأمريكيين مسيحيو العقيدة، ولكن معظمهم من البروتستانت حيث يشكل البروتستانت تقريبا نصف ساكنة المجتمع الأمريكي. وتتوزع البروتستانتية داخل أمريكا على ثلاث كنائس رئيسية هي الكنائس البروتستانتية الإنجيلية بـ26.3% (تتوزع بدورها إلى أكثر من 50 طائفة ومذهب)، ثم الكنائس البروتستانتية الرئيسية 18.1%، وأخيرا الكنائس السود البروتستانتية بـ6.9%. وتتوزع هذه الكنائس الرئيسية بدورها إلى العديد من النحل والمذاهب وأكبرها المعمدانيون و الميثودست واللوثريون و المشيخيون و الأسقفيون⁽¹⁾.

القسم الثالث: مظاهر الدين في الحياة العامة

يعتبر الابهال والتضرع إلى الله أمر معتاد في الحياة العامة بالولايات المتحدة الأمريكية، هذه العادة الأمريكية تضي على الدين ظهورا ليس معتادا في أوروبا، وهذه ظاهرة مجردة رمزية تماما شائعة بين كل الديانات خاصة التوحيدية، مما يجعل اللادينيين والملحدين في وضع غير مريح نسبيا. صحيح أنه مسموح في الولايات المتحدة الأمريكية أن تكون لا دينيا أو ملحدا، فالتعديل الأول المتعلق بحرية الرأي متسامح جدا بهذا الخصوص، إلا أنه رغم ذلك من الصعب اجتماعيا في هذا البلد أن لا يكون لك دين، فالدين ظاهرة عادية جدا لدرجة تجعل من اللاأدري أو الملحد شخص شاذ⁽²⁾.

(1) Denis Lacorne "Les Etats-Unis" Op cit, P 295.

(2) فاروق القاضي، مرجع سابق.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

بدأ الدين في الولايات المتحدة مع الوثائق التأسيسية للأمة، وهذا البعد الديني في الحياة العامة أو ما سماه المفكر الأمريكي (روبرت بلاه) "الدين المدني"⁽¹⁾، أي الدين الذي يعبر عنه في الحياة العامة من خلال إعتقادات وطقوس وممارسات عامة خارج الكنيسة في موازاة مع الممارسات الكنسية يتجلى في مجموعة من الرموز، مثل العلم الأمريكي وناقوس الحرية، كما أن له طقوسه التي تتمثل في الأعياد القومية التي غالبا ما يتم فيها إستحضار المشاعر والعادات الدينية مثل إستهلال الجلسات الحكومية بالصلاة، أو إدراج عبارة "حتى يساعدي الله" في خطاب القسم للعديد من المناصب التي تكون بالإنتخاب ولعملاء مكتب التحقيقات الفيدرالي. وينعكس هذا البعد أيضا في الدعم الحكومي لقساوسة الجيش والكونجرس، كما يظهر في الأغاني مثل "أمريكا الجميلة"، "فليبارك الرب أمريكا" و"راية النجوم اللامعة"⁽²⁾.

(1) Bellah Robert N, Terrenoire Gwen "La Religion Civile En Amérique-Civil Religion in America" Archives Des Sciences Sociales Des Religions, N.35, Janvier-Juin 1973, P 7-22. Accessible sur Persée, <http://www.persee.fr>

عن العلاقة بين المواطنة والدين انظر الكتاب التالي:

Antoine Agnes "L'impensé De La Démocratie Tocqueville, La Citoyenneté Et La Religion" Fayard, France 2003.

وأیضا كتاب دينيس لاكورن :

Denis Lacorne "Les Etats-Unis" Fayard Et Le Centre D'études et De Recherches Internationales (CERI), Paris/France, 2006. P 210-217.

(2) مايكل كوربت وجوليا ميتسل كوربت، مرجع سابق، ص 31.

انظر أيضا =:

"Sevinien De Rivet "Fondamentalisme, Christianisme, Amérique, Les Ameriques Et Nous" Outre Terre, Revue Européenne De Géopolitique, France, N°5, Août 2003. P 7-8.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

مما يعني أن الثقافة العامة للولايات المتحدة الأمريكية تركز على " الدين المدني" أكثر من إرتكازها على الكنائس المسيحية، فمن المؤكد أيضا أن الدين المدني في أمريكا يعتمد اعتمادا شديدا على الصور والرموز المسيحية، لكن يمكن أن يشمل بكل سهولة إشارات إلى اليهودية والإسلام والتقاليد التراثية الدينية الأخرى. والمثال المعبر على ذلك " قداس العبادة" الذي أقامته الكاتدرائية الوطنية في واشنطن بتاريخ 16 سبتمبر 2001، الذي صمم ليكون الرد الأمريكي الرسمي على هجمات سبتمبر الإرهابية على البرجين التوأمين في نيويورك ومبنى البنتاغون، وشارك في اللقاء ممثلون عن مختلف الديانات، وتحدث الرئيس من فوق المنبر، وأنشد الحضور " ترتيلة معركة الجمهورية"، ولم يغيب أي من مكونات الطقوس الدينية.

فالحكومة الأمريكية شعرت أنه من الضروري توحيد الأمة عبر مناسبة للتذكر وتوكيد الإلتزام، فذلك الطقس الشعائري لم يكن صلاة تعبدية ولا علاقة له بشؤون الكنيسة، بل كان تعبيرا واضحا عن دين أمريكا المدني. فهذا الدين المدني أصبح دين الدولة، بل غدا دينا وطنيا يشغل فيه الرئيس منصب الكاهن الأكبر⁽¹⁾.

وقد إنتقد العديد وجود عبارة -In God we trust- " نحن نثق في الرب " على العملات الأمريكية وعبارة "إننا أمة واحدة في ظل الرب" - One Nation Under God- في قسم الولاء للولايات المتحدة باعتبارها إنتهاكا للفصل الدستوري بين الكنيسة والدولة، وبقاء مثل هذه العبارات يعني بصورة أو أخرى أن الدين ليس منفصلا أبدا عن السياسة في أمريكا⁽²⁾.

(1) جيكوموللر- فاهرنهولتز " الصراع على الله في أمريكا: مسيحي أوروبي يعاين الدين المدني " نقله للعربي/ معين إمام، الناشر العبيكان للنشر، المملكة العربية السعودية، الطبعة العربية الأولى 2010، ص 50،50.

(2) مرجع سابق، ص 31.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

بالإضافة إلى هذه الرموز الدينية فإن الدين تم تعزيزه في الحياة العامة الأمريكية من خلال الخطب الرئاسية وما شابه ذلك من أقوال أكدت النظرة الرسمية للأمة نفسها، فقد انعكس وجود البعد الديني في إعلان واشنطن -بناء على طلب رسمي من مجلسي الكونغرس- يوم السادس والعشرون من نوفمبر عيداً قومياً "عيد الشكر"، والذي كان أول عيد شكر بعد صدور الدستور⁽¹⁾. والجدير بالذكر بأن عيد الشكر يعود إلى أول إحتفال للحجاج الذين قدموا الشكر لله على نجاتهم من أخطار البرية، وأصبح عيد الشكر التعبير الرامز عن أمة تدرك الدعوة الإلهية الموجهة لها وتلتزم مقاومة الضغوط المهددة من البراري المتوحشة، وأضحى معظم الأمريكيين يحتفلون بعيد الشكر بوصفه مناسبة عائلية⁽²⁾. بالموازاة مع عيد الشكر، نجد أيضاً أن عيد الشهداء يعد تعبيراً واضحاً لدين أمريكا المدني، الذي يستحضر فيه الدور المسيحاني للأمة الأمريكية. وإن كان واضحاً أن لعيد الشهداء طبيعة مختلفة، إذ استمد إلهامه جزئياً من المراسم التي أقيمت عام 1863 تخليداً لأولئك الذين سقطوا في معركة غيتزبرغ، وحاولت خطبة إبراهيم لينكولن الشهير (خطبة غيتزبرغ) آنذاك إعطاء معنى لمقتل الضحايا في الحرب الأهلية، فالأمة -التي هي تحت رعاية الله- تعد نفسها أداة لتضحية ربانية من أجل الأمم الأخرى على الأرض، والذين سقطوا في هذا النضال هو شهداء ضحوا في سبيل عالم أفضل سيأتي⁽³⁾.

بالإضافة إلى هذين العيد الوطنيين، هناك عيد آخر يستحق الذكر، وهو إحياء ذكرى مارتين لوتر كينغ، والذي أقره الكونغرس وجعله الرئيس ريغان عيداً عام 1986، فقد أصبح إحياء هذه الذكرى -والذي سبقه كفاح من أجل اعتبارها عيداً وطنياً- تعبيراً رمزياً عن نضال أمريكا المستمر في سبيل الحريات المدنية لكل مواطن⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى ذلك، يظهر الدين المدني أيضاً في إعلان جورج بوش الأب يوم الثالث من فبراير 1991 عيداً قومياً للصلاة -وكان ذلك خلال حرب الخليج-، وابتهل الرئيس كلينتون إلى الرب مراراً في خطبه ليسبغ نعمته على أمريكا. وجاءت فترة حكم جورج بوش الابن لتتميز بالعودة للحديث عن الدين الذي شكلت أحد مظاهره الحرب المقدسة على الإرهاب⁽⁵⁾.

(1) Bellah N Robert & Terrenoire Gwen "La Religion Civile En Amérique-Civil Religion in America" Archives Des Sciences Sociales Des Religions, No.35, Janvier-Juin 1973, P.12. Accessible sur Persée, <http://www.persee.fr>.

(2) جيكوموللر- فاهرنهولتز، مرجع سابق، ص 43.

(3) جيكوموللر- فاهرنهولتز، مرجع سابق، ص 43.

(4) جيكوموللر- فاهرنهولتز، مرجع سابق، ص 44.

(5) مايكل كوربت وجوليا ميتسل كوربت، مرجع سابق، ص 31. انظر ايضا:

Sevinien De Rivet "Fondamentalisme, Christianisme, Amérique, Les Ameriques Et Nous"
Op cit, P 13.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

فقد أظهر أغلب الرؤساء الأمريكيون أشكالاً من "التدين" أو على الأقل إحترام الدين في الحياة العامة، في الوقت الذي كانوا فيه علمانيين في السياسة والحكم. حيث لم يمنع دعم الرؤساء الأمريكيين للفصل بين الدين والدولة بأن يبدي معظمهم ميولاً دينية، فقد دعا الرئيس "وودرو ويلسون" في عيد الشكر سنة 1917 كل الأمريكيين إلى الصلاة في أماكن العبادة وفي منازلهم وتقديم الشكر لله، واعتبر الرئيس ايزنهاور أن الرب هو الذي وهب الصبغة الأمريكية للحكومة وأن الإيمان الديني هو الإعتبار الأول والأساس لأن يكون المرء أمريكياً.

فحقيقة الأمر فإن عبارة "فليبارك الله أمريكا" ليست سوى عملة سياسية لمكافحة كل من يستحضر الإلهي والمقدس باستمرار، وبمعنى آخر يحظى المكون الديني في الولايات المتحدة الأمريكية بنفوذ كاف لصياغة اللغة السياسية، في حين لا يمكن الفوز بأي إنتخابات في أوروبا عبر اللعب على المشاعر الدينية للمواطنين. ويبدو واضحاً أن مثل هذه الجماعات الدينية في أوروبا صغيرة الحجم بحيث لا تتطلب إهتماماً خاصاً من قبل السياسيين. وعلى وجه العموم، يعبر هذا الإبتعاد عن التدين وإظهار الورع والتقوى عن القلق المنتشر على نطاق واسع من خلط الدين بالسياسة⁽¹⁾.

وإذا كانت بعض الدراسات اعتبرت أن التحرك بين النطاق الديني السياسي هو ضرورة اقتضتها طبيعة الدولة التي يعيش بها شعب متدين ويحكمها دستور علماني، فإن الملاحظ أن الولايات المتحدة بالرغم من التعددية الدينية داخلها فإنها لم تشهد تمثيلاً لهذه التعددية على الصعيد الرئاسي، فمنذ نشأتها وعلى مدار تاريخها لم يحكمها إلا رؤساء بروتستانت، أما الحالة الإستثنائية الوحيدة التي شهدتها تاريخها كانت هي رئاسة جون كينيدي الكاثوليكي والذي اغتيل قبل إكمال ولايته.

(1) جيكوموللر- فاهرنهولتز، مرجع سابق، ص 30.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وعموما فإن المرشحين الكاثوليك الذين ترشحوا للرئاسة لم يزد عددهم عن ثلاث مرشحين وكلهم من الحزب الديمقراطي وهم ألفريد سميت في 1928 وجون كيندي في 1960 وجون كيري في 2004. ولعل أهم الأسباب التي تفسر هذه السيطرة البروتستانتية على الصعيد الرئاسي ترجع إلى التركيبة الدينية لأمريكا، حيث أن أغلبية الشعب كما سبق وأن رأينا هم بروتستانت، بالإضافة إلى أن اليهود غالبا ما يصوتون لمرشح بروتستانت. ويرجع سبب ذلك إلى وجود تراث عقائدي مشترك بين البروتستانت وبين اليهود وهو العهد القديم (التوراة)، حيث أن الديانة البروتستانتية تقوم على الإيمان بالعهد الجديد (الإنجيل) والقديم (التوراة).

ومن جهة معاكسة ينظر أتباع المذهب البروتستانتى إلى الكاثوليكية باعتبارها دينا آخر، لذلك غالبا ما لا يصوت البروتستانت لصالح مرشح كاثوليكي، فنسبة الكاثوليك في أمريكا لا تصل إلى ربع عدد السكان، بالإضافة إلى ذلك العداء التاريخي بين اليهود والكاثوليك، لذلك لم يكن من السهل على الأقل من هذه الناحية الدينية على أي كاثوليكي أن يصل للرئاسة، ولعل هذا الإعتبار الديني هو ما يجعل أغلب المرشحين للرئاسة يعتمدون لكسب مزيدا من الأصوات البروتستانتية واليهودية خطابا دينيا إيمانيا يشيرون فيه إلى إيمانهم التوراتي حتى ولو كان انتماءهم كاثوليكي. فالمرشح الديمقراطي للرئاسة 2004 جون كيري الكاثوليكي المذهب ذكر في أكثر من مناسبة أن أصوله يهودية معللا أن أجداده تحولوا إلى المذهب الكاثوليكي فرارا من الإضطهاد الديني في أوروبا.

وإذا كان الميل نحو مرشحين ورؤساء بروتستانت كما رأينا يرجع إلى سيطرة البروتستانتية داخل التركيبة الدينية لأمريكا، فإن أسباب هذه السيطرة ترجع إلى نمو الكنائس الإنجليكانية أو الأصولية البروتستانتية مقابل تراجع الكنائس الأخرى الليبرالية وانخفاض معدل المواليد داخل الجماعات الدينية ذات التوجهات الليبرالية⁽¹⁾. وهو ما أدى إلى تراجع كبير في حجم أتباع الكنائس الأساسية ذات التوجهات الليبرالية، إذ لا توجد مؤشرات تؤكد أن هذا الخلل جاء نتيجة تحول أعداد كبيرة من أتباع الكنائس الليبرالية إلى الكنائس المحافظة⁽²⁾.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

(1) Voir Sébastien Fath "Militants de la Bible aux Etats-Unis: Evangéliques Et Fundamentalistes Du Sud" Edition Autrement, Collecction Frontières, Paris- France 2004,P 119.

(2) محمد عبد الحليم " الديمقراطيون يتعلمون الدرس الديني البوشوي " أخبار وتحليلات، موقع إسلام أون لاين نت، 7 نوفمبر 2006.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لكن هذا لا يعني أن الدين هو العامل الوحيد لعملية الإنقسام والاستقطاب السياسي داخل المجتمع الأمريكي، إذ أن عملية التفاعل بين الدين والسلوك السياسي هي عملية معقدة، فحسب دراسة لمعهد روكينجز⁽¹⁾ حول العلاقة بين الدوائر الانتخابية والاستقطاب الديني تبين أن الدين يلعب دوره في خلق حالة الاستقطاب من خلال عوامل أخرى وسيطة مثل العرق، والطبقة، والولاية ودرجة التدين وغيرها.

فقد وجدت الدراسة أن خطوط الإنقسام الديني داخل المجتمع الأمريكي لا تتطابق مع خطوط الإنقسام السياسي، وبمعنى آخر فإن خطوط الإنقسام السياسي والتصويتي داخل نفس الجماعة الدينية، أو على مستوى أتباع المذهب الديني الواحد لا تقل أهمية وربما تكون أكثر وضوحا من خطوط الإنقسام الديني، حيث أن الليبراليون الكاثوليك والليبراليون البروتستانت والليبراليون اليهود يتبنون سلوكا تصويتيا واحدا إلى حد ما، حيث عادة ما يميلون للحزب الديمقراطي. بينما يتخذ المحافظون من الكاثوليك والبروتستانت واليهود سلوكا تصويتيا واحدا لصالح الحزب الجمهوري.

فهناك علاقة ما بين الإلتزام الديني والإرتباط بالكنيسة من جانب والسلوك السياسي من جانب آخر. حيث أن الأكثر ترددا على الكنيسة وممارسة للشعائر الدينية هم الأكثر ولاء للحزب الجمهوري، بينما الأقل إرتباطا بالكنيسة هم الأكثر ولاء للحزب الديمقراطي. كما أن هناك علاقة بين الإلتزام الجغرافي والإنتماء الديني وبين الإنقسام إلى الحزب الجمهوري أو الديمقراطي في الإنتخابات، إذ يلعب الإلتزام الجغرافي دورا مهما كعامل وسيط في تأثير الدين على السلوك التصويتي، فالولايات الجنوبية هي الأكثر تدينا من الولايات الشمالية، ومن ثم فإن الأولى هي الأكثر تصويتا للحزب الجمهوري.

وكنتيجة فإن الفئة الأكثر محافظة والأكثر إلتزاما دينيا هي الفئة الأكثر تأييدا للحزب الجمهوري، بينما الفئة الأكثر ليبرالية وعلمانية هي الفئة الأكثر موالة للحزب الديمقراطي.

خاتمة:

نستنتج مما سبق وباستطلاع التاريخ الديني لأمريكا أن العلاقة بين الدين والسياسة مسألة لم تحسم بشكل نهائي، فالدين والسياسة شكلا دائما خليطا تفاعليا عبر التاريخ منذ الفترة الإستعمارية وحتى الوقت الحاضر. فحتى مسألة الفصل القانوني بينهما كان هدفه تحديد العلاقة بينهما لحماية الدين بالدرجة الأولى، أكثر منه إقصاء الدين من التدخل في العملية السياسية.

وتعود جذور هذا التداخل كما رأينا إلى بداية تشكل الأمة الأمريكية، إذ أن الولايات المتحدة الأمريكية أسست على قاعدة دينية متينة وذلك بسبب العناصر المكونة لها، والخصائص الجغرافية والبنية الديموغرافية والدينية.

هكذا يبدو أن الولايات المتحدة طبقا للدستور هي دولة علمانية لا تحدد كنيسة رسمية للدولة ولا تسمح بتمويل المؤسسات الدينية، كما أن أي مواطن أمريكي يملك نفس الحقوق الإجتماعية والسياسية أيا كان دينه أو إنتمائه الديني ولا يتم التمييز على أساس الدين، لكن أهم ميزة تميزها أن أفرادها متدينون، وكل الديانات السماوية وغيرها موجودة داخلها وتتم ممارسة كل الطقوس الدينية في مظاهر الحياة الإجتماعية، مما يعني أنه بخلاف التجارب الأوروبية فإن الفصل بين الدين والدولة لم يترتب عنه يوما الفصل بين الدين والمجتمع، أو انعزال الجماعات الدينية عن الإهتمام بالشأن المحلي والسياسي.

(1) Seminar "American Politics and The Religious Divide" The Brookings Institution, Washington, US, December 2006.
<http://www.brookings.edu/~media/Files/events/2006/0926politics/20060926.pdf>

المجلة المغربية لتاريخ القانون

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العربية

- جمال زكريا قاسم "العرب في أمريكا" معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة 1988.
- جيكوموللر- فاهرنهولتز "الصراع على الله في أمريكا: مسيحي أوروبي يعاين الدين المدني" نقله للعربي/ معين إمام، الناشر العبيكان للنشر، المملكة العربية السعودية، الطبعة العربية الأولى 2010.
- رضا هلال "المسيح اليهودي ونهاية العالم: المسيحية السياسية والأصولية في أمريكا" مكتبة الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية 2001.
- عادل المعلم "الأصولية المسيحية في أمريكا والرئيس الذي استدعاه الله" مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، الطبعة الثانية 2005.
- فاروق القاضي "العلمانية هي الحل" دار العين للنشر- مصر- يناير 2011.
- مايكل كوربت وجوليا ميتشل كوربت "الدين والسياسة في الولايات المتحدة" ترجمة عصام فايز وآخرون، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، الطبعة الثالثة، يناير 2006.
- محمد عارف زكاء الله "الدين والسياسة في أمريكا: صعود المسيحيين الإنجيليين وأثرهم" ترجمة أمل عيتاني، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، الطبعة الأولى 2007.
- د. يوسف الحسن "جذور الانحياز: دراسة في تأثير الأصولية المسيحية في السياسة الأمريكية اتجاه القضية الفلسطينية" سلسلة محاضرات الإمارات 58، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2003.
- محمد عبد الحلیم "الديمقراطيون يتعلمون الدرس الديني البوشوي" أخبار وتحليلات، موقع إسلام أون لاين نت، 7 نوفمبر 2006.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?c=ArticleA_C&cid=11

72500539685&pagename=Zone-Arabic-News%2FNWALayout

■ ربا ميارسكوف "العلاقة بين الدولة والدين في أمريكا" تقرير واشنطن،
واشنطن العدد 107، 5 مايو 2007.

<http://www.taqrir.org/showarticlehl.cfm?id=651&hlstring>

ربا 20% ميارسكوف

■ يحيى عبد المبدي محمد "الخطر الأكبر على أمريكا ليس الإرهاب، بات
روبرتسون القس الذي يقود أمريكا نحو نهاية العالم" تقرير واشنطن، الولايات المتحدة
الأمريكية، العدد الرابع عشر، 9 يوليو/تموز 2005.

<http://www.taqrir.org/showarticle.cfm?id=88>

■ وثيقة الحقوق الأمريكية ونسخة من الدستور الأمريكي متاحين على موقع
مكتبة الكونغرس الأمريكي على الشبكة العنكبوتية.

[http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/bdsbib:@field\(NU](http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/bdsbib:@field(NU)

[MBER+@od1\(bdsdcc+c0801](http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/bdsbib:@field(NU)

ثانيا: المراجع الأجنبية

1-الكتب والدراسات الأكاديمية والمقالات

■ Antoine Agnes "L'impensé De La DémocratieTocqueville. La
Citoyenneté Et La Religion" Fayard. France 2003.

■ Bellah N Robert. Terrenoire Gwen "La Religion Civile en
Amérique-Civil Religion in America" Archives Des Sciences Sociales Des
Religions, Éditions de l'EHESS. France. Janvier-Juin 1973. P 7-22. Accessible sur
Persée. <http://www.persee.fr>.

■ Camille Froidevaux-Metterie "Politique et Religion Aux Etats-
Unis" La Découverte, Collection Repères, France 2009.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- Camille Froidevaux-Metterie "Le Puritain N'est Pas Républicain. Pour Une Autre Histoire De l'Amérique" Revue Raisons Politiques, Presses De Sciences Po, France, No.1, 2001/1. <http://www.cairn.info/>.
- Catherine Collomp Et Collaborateurs "Histoire De L'Amérique Du Nord. États-Unis et Canada. Une anthologie du XVIIe au XXe siècle" Rosny-sous-Bois. Éditions Bréal. France 2001.
- Denis Lacorne "Les États-Unis" Fayard Et Le Centre D'études et De Recherches Internationales (CERI), Paris/France, 2006.
- Guy Haarscher "La laïcité" PUF, Collection Que sais-je ?. 3e édition. France. 2004.
- Isabelle Richet "La Religion Aux États-Unis" PUF, Edition Que Sais-je, France, Octobre 2001.
- J.W. Peltason "The Bill of Rights: US Constitution Would Not Been Ratified Without The Bill Of Rights" US Department of State Publication, The World Book Encyclopaedia, April 2008.
- "Politique Etrangère Américaine: Histoire, Origines, Evolution" Les Fondements De La Politique Etrangère Américaine (Dossier Sep 2004). Association Thucydide Conception, France, December 2004.
- Sébastien Fath "Militants de la Bible aux États-Unis : Évangéliques Et Fondamentalistes Du Sud" Edition Autrement, Collection Frontières, Paris-France 2004.
- Seminar "American Politics and The Religious Divide" The Brookings Institution, Washington, US, December 2006.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- <http://www.brookings.edu/~media/Files/events/2006/0926politics/20060926.pdf>

- Sevinien De Rivet

"Fondamentalisme، Christianisme، Amérique، Les Ameriques Et Nous" Outre – Terre، Revue Européenne De Géopolitique، France، N°5، Août 2003.

- Thomas Jefferson "The Virginia Act For Establishing Religious Freedom 1786" University of Virginia Library، Charlottesville، Virginia، United States. available on:

- <http://religiousfreedom.lib.virginia.edu/sacred/vaact.html>

2- لتقارير والدراسات الإستقصائية

▪ "About America: The Constitution of The United States of America with explanatory notes" from The World Book Encyclopedia © 2004. US Department of State Publication.

▪ "Among Wealthy Nations ،U.S. Stands Alone in its Embrace of Religion" Pew Global Attitudes Project. a project of the Pew Research Center. Washington، USA December 19،2002.

▪ David Morris "Belief and Blame: Six in 10 Take Bible Stories Literally، But Most Don't BlameJews for Jesus'sDeath" ABC News PrimeTimePoll، California،Feb. 6-10، 2004. available on :<http://abcnews.go.com/images/pdf/947a1ViewsoftheBible.pdf>

▪ "Religious Beliefs and Practices: Diverse & Politically Relevant" US Religious landscape survey. The Pew Forum on Religion & Public Life Pew Research Center، June 2008.

▪ The World Fact book، USA. Central Intelligence Agency، last update 2008.

<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/us.html>

المجلة المغربية لتاريخ القانون

تعليق على حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 2017/01 الصادر في

2017/05/22 "الذي قضى بنزع الاختصاص من محكمة خاصة ومنحه لمحكمة نظامية"

Comment on Dubai Court of Cassation ruling in appeal No.

01/2017 of 22/05/2017 "Which ruled on removing jurisdiction from an

Private Court and granting it to a Regular Court"

د. مصطفى محمد الحسبان

أستاذ مساعد/ جامعة الغرير الإمارات العربية المتحدة

د. مالك أحمد الزياب

أستاذ مساعد/ جامعة الغرير الإمارات العربية المتحدة

Dr. Mustafa Mohammad Al Husban

Assistant Professor/ Al Ghurair University/ United Arab Emirates

m.alhusban@agu.ac.ae

Dr. Malk Ahmad Alzeab

Assistant Professor/ Al Ghurair University/ United Arab Emirates

malk.alzeab@agu.ac.ae

ملخص:

يتناول هذا التعليق بالدراسة والتحليل الحكم الذي أصدرته، محكمة تمييز (نقض) دبي في الطعن رقم 2017/01 الصادر في 2017/05/22، والذي قضى بنزع الاختصاص من محاكم خاصة وهي محاكم مركز دبي المالي العالمي ومنحه للمحاكم النظامية، ومحاكم مركز دبي المالي العالمي كانت عبارة عن مراكز تحكيمية تحولت إلى محاكم خاصة تتبع النظام القضائي العام بموجب تعديلات على قانون تأسيسها، ويكتسب التعليق على الحكم أهميته من كون هذا الأخير يتضمن إخلالاً جسيماً بعدة مبادئ قانونية من بينها المساس بالإختصاص القضائي وفض المنازعات المدنية والتجارية بوسائل بديلة عن القضاء النظامي سواء بإتجاه إرادة الأطراف إلى اللجوء له أو بإتجاه الإدارة التشريعية إلى تخفيف الضغط على المحاكم النظامية.

كما يعد تراجعاً ملحوظاً عن التشريعات التي صدرت في الآونة الأخيرة في إتجاه اللجوء إلى المحاكم الخاصة، حيث تم منحها في الفترة الأخيرة إختصاصات أوسع ضمن قانون رقم (7) لسنة 2011 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (9) لسنة 2004 بشأن مركز 179 دبي المالي العالمي، وقانون إمارة دبي رقم (12) لسنة 2004 (بصيغته المعدلة بالقانون رقم 16 لسنة 2011 – قانون الهيئة القضائية، والذين نصا بشكل صريح على الإختصاص الحصري لمحاكم مركز دبي المالي العالمي في الإعتراف وإنفاذ أحكام التحكيم وخصوصاً في حالة نشوء تنازع على الإختصاص القضائي، بالإضافة إلى التعدي على التوزيع القضائي للإختصاص بين المحاكم المحلية وعدم إحترامه، مما يستوجب من الفقه القانوني التوقف عند هذا الحكم وبيان آثاره وتداعياته.

الكلمات المفتاحية: الإختصاص القضائي، التحكيم، المحاكم النظامية، نزع

الإختصاص.

Abstract:

This commentary examines and analyzes the judgment issued by the Dubai Court of Cassation in the appeal No. 01/2017 of 22/05/2017, which ruled on removing jurisdiction from Private courts, the Dubai International Financial Centre (DIFC) Courts and granting it to the regular courts. The DIFC courts are private courts that follow the common judicial system. This commentary on the ruling is important because the latter includes a serious breach of several legal principles, including prejudice to the jurisdiction in the settlement of civil and commercial disputes as an alternative means of regular judiciary, either towards the will of the parties to resort to it or towards the legislative administration to alleviate the pressure on the Statutory courts.

It is also a significant retreat from the legislation issued recently in the direction of resorting to special arbitral tribunals, which lately granted wider powers within Law No. (7) Of 2011 amending some provisions of Law No. (9) of 2004 as related to the Dubai International Financial Center and the Emirate of Dubai Law No. 12 of 2004 (as amended by Law No. 16 of 2011 - Judicial Authority Law), which explicitly provided for the exclusive jurisdiction of the DIFC Courts to recognize and enforce arbitral awards, especially in the event of a conflict of jurisdiction in addition to the infringement on the judicial distribution of jurisdiction between local courts and lack of consideration, which requires legal jurisprudence to stop at this provision and explain its effects and implications.

Key words: Legal Jurisdiction, Arbitration, General judicial System.

المقدمة:

يعتبر التعليق على الأحكام القضائية التي تصدر عن محاكم التمييز (النقض) رديفاً للمبادئ القانونية، إذ يعتبر الطعن على الحكم القضائي في حد ذاته تعليقاً على الحكم لأنه يعيد مناقشة الحكم مرة أخرى، وبالتالي فإن التعليق على الحكم القضائي يجعل له شكلاً يوضح معاملة من الناحية القانونية، لأن المشرع وضع نظرية قانونية تشبه المبدأ مفادها احتمال وقوع القاضي الذي نظر الدعوى في الخطأ، أو لتأكيد وجهة نظره، بمعنى أن الشكوك المثارة حول صحة حكم القاضي وحول مدى مطابقته للقوانين محتملة قانوناً، (الحو، 2018).

وتكتسب الأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي أهمية مضاعفة بالنظر لطبيعتها وإختصاصها الحصري في الرقابة على الأحكام فضلاً عن فض النزاع على الإختصاص القضائي، والذي يمنحها مرجعية قانونية طالما إلتزمت النصوص القانوني الذي تحكم من خلالها، وبالعكس ذلك فإنه يترتب على أحكامها نتائج مباشرة وغير مباشرة والتي تتعدى في بعض الاحيان الأشخاص والأطراف ذات الصلة لتشمل آليات عمل المحاكم النظامية والخاصة، بالإضافة الى الضمانات التي قدمتها القوانين التي أنشئت من خلالها، بسبب كون أحكامها غير قابلة للطعن من جديد بوصفها المحكمة العليا في السلم الهرمي لدرجات التقاضي، ولذلك يتوقف المتابعون من أهل الإختصاص وغيرهم عند هذا النوع من الأحكام بالدراسة والتحليل أحياناً، والإنتقاد والتصحيح أحياناً أخرى مما يسهم في تطوير إجراءات التقاضي في دولة الإمارات العربية المتحدة.

وتعد مسألة تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية من المسائل القانونية المهمة، وقد وضع المشرع الإماراتي شروطاً عدة لتنفيذ تلك الأحكام؛ لعل أولها شرط الاختصاص القضائي "أي أن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة" ومن ثم تحديد المحكمة المختصة محلياً للتصديق على حكم التحكيم الأجنبي، سواء في حالة الإنفاق بين الخصوم أو حالة عدم إتفاقيهم.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لقد جاء حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 2017/01 معيباً بشكل كبير حيث نزع الإختصاص من محاكم مركز دبي المالي العالمي ومنحه للمحاكم النظامية، مما يؤدي الى وقوع إضطراب في أحكام القضاء، ويعتبر الحكم الصادر محل إنتقاد وغير موفق لأسباب موضوعية جوهرية، فهو يتناقض مع التوزيع القانوني للإختصاصات بين المحاكم، كما أنه يتعدى على إستقلالية المحاكم التي أسست بموجب قانون وحددت إختصاصاتها بشكل صريح في القانون رقم (7) لسنة 2011 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (9) لسنة 2004 بشأن مركز دبي المالي العالمي وينال من العديد من المواد القانونية التي سيرد ذكرها لاحقاً، والتي نظمت الإختصاصات والإجراءات القضائية لمحكمة المركز وللمحاكم النظامية، وقد إستند هذا الحكم الى مفهوم خاطئ للإختصاص القضائي لمحاكم مركز دبي المالي العالمي بصورة مرسلة وإفتراضية ليست موجودة لا واقعاً ولا قانوناً بل تتناقض مع المفهوم المستقر بأحكام متواترة لمحكمة تمييز دبي ذاتها، مما يجعله معيباً بعيوب جوهرية لا تضمن إستمراره كمبدأ قانوني صادر عن محكمة النقض.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

تمهيد:

يود الباحث أن يبين بداية ماهية المحاكم الخاصة، هي محاكم تؤسس بموجب قانون يستثني بعض الأفراد والهيئات من اللجوء إلى المحاكم النظامية ويحصر الإختصاص لفض بعض أنواع المنازعات لها، ومن الأمثلة عليها محاكم الجمارك ومحاكم البلديات، والمحاكم موضوع بحثنا واحدة من المحاكم الخاصة وهي محاكم مركز دبي المالي العالمي، هي عبارة عن هيئة قضائية مسؤولة عن حل كافة النزاعات المدنية والتجارية بشكل مستقل وغير منحاز ضمن قواعد المركز وفقاً للنظام التشريعي المبني على المبادئ القانونية العامة، وهي الأولى من نوعها في منطقتنا لحل المنازعات التجارية والمالية من خلال القانون العام الناطق باللغة الإنجليزية، ومن أهدافها أيضاً تزويد القطاع القانوني والمالي بتفسيرات ومشروعات حول الممارسات والمبادئ القانونية التي أرستها أحكام محاكم المركز منذ عام 2008، وتمثل هذه المحاكم إنجازاً مهماً في مسيرة تطوير فض نزاعات التحكيم التجارية في المنطقة لا سيما التي تتكون من عنصر أجنبي.

حيث يختلف التحكيم في محاكم مركز دبي المالي العالمي عن القضاء النظامي في كون اللجوء إليه يقتضي وجود إتفاق بين الخصوم أو نص خاص في القانون، بينما اللجوء إلى القضاء النظامي فهو حق عام يستعمله الخصم تلقائياً دون الحاجة إلى أية موافقة من خصمه أو الاستناد إلى نص خاص (موسى، 1997).

حيث يعتبر قرار المحكم ملزماً للطرفين دون الحاجة إلى أي إجراء (شفيق، 1997) وهذا السبب هو أحد الاعتبارات العديدة التي ساهمت في ازدهار التحكيم وتطوره وزيادة الإقبال عليه كنظام قانوني لحل المنازعات، وهو ما شجع على إنشاء محاكم خاصة في مركز دبي المالي العالمي، تصدر فيه القرارات والأحكام التي تكتسب الحجية الكاملة ومن ثم يمكن إنفاذها داخل الدولة وخارجها، فضلاً عن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية كما في الحكم محل التعليق.

لم يتخلف المشرع الإماراتي عن الركب العالمي في هذا السياق، إذ نظم تنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد من 235 إلى 238 من قانون الإجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وتعديلاته، وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة 235 شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية إذ البين من نص المادة أن المشرع الإماراتي أجاز تنفيذ الأحكام الأجنبية إذا توافرت فيها شروط معينة حددتها (انظر: تركي، 2011).

يشترط المشرع الإماراتي لتنفيذ الحكم الأجنبي، أن يكون صادرًا عن هيئة مختصة، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقًا إذ نص في الفقرة (أ): "... وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقًا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها" وأعاد تكرار الشرط في الفقرة (ب) إذ أن نص على: "الحكم أو الأمر صادر من محكمة مختصة وفقًا لقانون البلد الذي صدر فيه."

جاء في الفقرة الثانية من المادة 235 واشترط في الفقرة (أ) لتنفيذ الأحكام الأجنبية التحقق من "... أن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقًا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها" وعاد ذات النص في الفقرة (ب) واشترط التحقق من أن الحكم أو الأمر صادر من محكمة مختصة وفقًا لقانون البلد الذي صدر فيه."

النص في الفقرة (ب) يعني أيضاً اشتراط أن يراقب القاضي الإماراتي عملية الاختصاص الداخلي للمحكمة التي أصدرت الحكم، وعليه، يجب أن يتأكد القاضي من أن المحكمة المُصدرة للحكم مختصة داخليًا، نوعيًا ومحليًا، وعلى ذلك يكون على القاضي الإماراتي بعد أن ينتهي من المرحلة الأولى ويتأكد من أن الحكم قد صدر عن محكمة أجنبية مختصة من الوجهة الدولية، أن ينتقل إلى المرحلة الثانية ليتأكد من أن الحكم الأجنبي قد صدر عن محكمة مختصة داخليًا من الوجهتين المحلية (عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ص: 9) والنوعية وهذا الذي أخذت به محكمة تمييز دبي، حيث أوجبت "أن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه مختصة بنظر المنازعة التي فصلت فيها وفقًا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في قانونها، وأن تكون مختصة - أيضًا - وفقًا لأحكام القانون الداخلي المعمول به في تلك الدولة الأجنبية، بحيث يلتزم القاضي قبل إصدار الأمر بالتنفيذ، أن يتحقق من

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أن المحكمة الأجنبية قد فصلت في المنازعة في حدود اختصاصها المقرر وفقاً لقواعد الاختصاص الوارد في القانون المحلي الذي تخضع له المنازعة في الدولة الأجنبية، فإذا تخلف أي من هذه الشروط، فلا يجوز للقاضي الوطني إصدار أمره بتنفيذ هذا الحكم الأجنبي ولو توافرت باقي الشروط الأخرى" (تميز دبي، الطعن رقم، 114 لسنة 1993، بتاريخ 1993/09/26).

وعليه اشترط المشرع الإماراتي لتنفيذ الأحكام الأجنبية حيافة الحكم لقوة الأمر المقضي، ومقتضى حيافة الحكم لتلك القوة، هو تطهيره من العيوب العالقة به، ومنها عيوب الاختصاص النوعي والمحلي، فلا محل لتعييب الحكم بها، والامتناع عن تنفيذه، إلا في حالة العيوب التي تنحدر بالحكم لدرجة الانعدام كما سلفت الإشارة (أحمد محمد، 2018). يحاول الباحث من خلال هذا البحث أن يدرس الاختصاص المحلي في التصديق على أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في ضوء التشريعات النافذة من خلال التعليق على الحكم الذي يخالف الفقه القضائي وهو الطعن رقم 2017/01.

ولا يمكننا في هذا البحث غض الطرف عن الأخطاء التي شابت القضية محل التعليق، سواء مرحلة غرفة المشورة، أو بالنسبة لإجراءات المحكمة ذاتها، رغم أن القضية كانت تتطلب المزيد من الوقت وإتاحة المجال لمحكمة مركز دبي المالي العالمي لإبداء رأيها وإعداد مذكراتها حيث تعتبر من أصحاب الشأن في الدعوى التي تمس اختصاصها. وفي معرض هذا التعليق، نعرض أولاً لوقائع الحكم، ثم نقدم ملاحظتنا عليه، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الوقائع:

تتحصل الوقائع في أن الطاعنة قدمت هذا الطلب طالبة من الهيئة القضائية أن تفصل في مدى اختصاص محاكم مركز دبي المالي العالمي بالفصل في الدعوى رقم 2015/800 والتصديق على حكم المحكمين الصادر من جمعية المحكمين البحرينيين في لندن، وبياناً لدعواها قالت ان المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم 2015/800 أمام المحكمة الابتدائية بمحاكم مركز دبي المالي العالمي ضدها والتي أصدرت حكمها بالتصديق على حكم

المجلة المغربية لتاريخ القانون

التحكيم الصادر من محكمين في لندن، وقالت الطاعنة إن محكمة مركز دبي المالي العالمي ليست مختصة بنظر هذا الحكم التحكيمي، وقدمت مذكرة بينت فيها أنها أقامت الدعوى رقم 2015/95 أمام مركز تسوية المنازعات الودية بمحاكم دبي.

وهذا المركز أنشأ بموجب القانون رقم 2009/16 وتنص المادة (2) منه على أن يلحق المركز بالمحاكم، وتنص المادة (5) منه على أن يقوم المركز بنظر المنازعات التي تعرض عليه تحت إشراف القاضي المختص. كما تنص المادة (12) منه على أن إتفاقية الصلح التي يتوصل إليها المركز بين أطراف النزاع يعتمدها القاضي وتكون لها قوة السند التنفيذي، مما مؤداه أن المركز جزء لا يتجزأ من محاكم دبي ولا ينفصل عنها، وأودع محامي المطعون ضدها مذكرة بدفاعها طلبت فيها رفض الطعن.

نشأت هذه الدعوى نتيجة لحكم التحكيم الصادر في لندن بتاريخ 14 مارس 2014، حيث تم إجراء التحكيم في لندن وفقاً لإتفاقية التحكيم بين الطرفين والتي تنص على أن يكون مقره لندن، وكذلك القانون المطبق هو القانون الإنجليزي، وكان النزاع يتعلق بعقد بناء سفن مؤرخ 18 إبريل 2011 بخصوص بناء السفينة إكس التي قامت بذلك شركة البناء لصالح شركة الملاحة بصفتها المالك، ولكن تم إنهاء العقد من قبل شركة البناء، حيث كانت هناك ثلاثة قضايا تحكيمية تخص سفن منفصلة يتم بناؤها وهذه الدعوى تتعلق فقط بالسفينة إكس.

النزاع يتعلق بعقد بناء سفينة - ناقله نפט - فيما بين الشركة صانعة السفينة المطعون ضدها والطاعنة، هذا وقد أصدرت هيئة التحكيم حكماً لصالح المدعية المطعون ضدها، ومن خلال ما سلف ذكره من وقائع يتبين للمحكمة أن هناك نزاعاً حو الإختصاص بين المحكمتين أي بين محاكم دبي النظامية ومحكمة مركز دبي المالي العالمي طالما لم تتخلى أي منهما عن إختصاصها.

وتسبباً لحكمها قالت محكمة تمييز دبي "أن هذا التنازع وكما جرى به قضاء محكمة التمييز لا يحل إلا بالإباحة لكلا المحكمتين بنظر الدعوى المعروضة عليهما في أن واحد، وطبقاً للمادة (4) من المرسوم رقم 2016/19 ومن أجل حسن سير العدالة وتفادياً

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لصدور أحكام متعارضة فإنه يتعين أن تقضي ببطالان هذا الحكم الأجنبي أو التصديق عليه وتنفيذه في إحدى هاتين المحكمتين."

كما أضافت محكمة تمييز دبي تسيباً لحكمها أنه "طبقاً للقواعد العامة المضمنة في قوانين الإجراءات المدنية وبما أن محاكم دبي النظامية هي صاحبة الولاية العامة فإنها تكون هي المختصة بنظر هذه الدعوى".

وأردفت محكمة تمييز دبي قائلةً "من نافلة القول أنه ليس هناك وجه شبه بين هذه الدعوى والدعاوى التي تطبق فيها المحاكم نصوص إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ذلك أن المحكمتين في إمارة واحدة هي إمارة دبي."

وأخيراً نص منطوق الحكم في الطعن رقم 2017/1 على ما يلي:

"يقبل الطعن وصادر الحكم وفقاً لذلك، لهذه الأسباب حكمت الهيئة

القضائية:

أولاً: بأن محاكم دبي هي المختصة بنظر هذه الدعوى.

ثانياً: بأن تكف محاكم مركز دبي المالي العالمي عن نظرها.

ثالثاً: تلزم المطعون ضدها بالمصروفات ومبلغ الفي درهم مقابل أتعاب

المحاماة."

وأرفقت محكمة تمييز دبي للحكم محل التعليق الوقائع كما استعرضها قضاة

محاكم مركز دبي المالي العالمي الذين عارضوا الحكم على التسلسل الآتي:

بدأت إجراءات الإنفاذ في مركز دبي المالي العالمي بتاريخ 19 نوفمبر 2015

بموجب المادة (42) من قانون التحكيم في مركز دبي المالي العالمي، وبناءً على ذلك، أصدر

مركز دبي المالي العالمي بتاريخ 16 ديسمبر 2015 أمراً بالإعتراف بالحكم وإنفاذه بمبلغ 14.5

مليون دولار أمريكي والفوائد المطالب بها، وفي الجلسة التي تم فيها النطق بالحكم ووفقاً

للممارسات المعتادة لإنفاذ قرارات التحكيم الأجنبية، لم تكن شركة الملاحه حاضرة، إلا أنه

تم إخطارها بالأمر المؤرخ 16 ديسمبر وبأنه سيكون أمامها مهلة (14) يوماً للتقدم بطلب

لإلغاء الأمر في حالة عدم رضاها عنه

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لم تقدم شركة الملاحة أي طلب للإعتراض على الأمر أو لإلغاء الحكم، على الرغم من أنه أتيحت لها الفرصة الكاملة للقيام بذلك، ونتيجةً لذلك لم يكن هناك أي طعن أو إعتراض على الإختصاص القضائي بمحاكم مركز دبي المالي العالمي أو بشأن طلب الإعتراف والإنفاذ لحكم التحكيم.

وفي وقت لاحق قدمت شركة الملاحة طلباً الى محاكم مركز دبي المالي العالمي، ليس بشأن إلغاء أمر الإنفاذ، ولكن فقط لإيقاف أو تأجيل تنفيذ حكم التحكيم، وكانت أسباب هذا الطلب تستند الى أن شركة الملاحة بتاريخ 8 ديسمبر 2015 قد طلبت من هيئة التحكيم الإستماع الى المطالبة التي ترغب فيها ركة الملاحة ضد شركة البناء، حيث كانت شركة الملاحة تدعي بأنه بموجب عقد بناء السفن وبعد أن أنهت شركة البناء العقد، كان ينبغي أن يتم بيع السفينة غير المكتملة وإستخدام عائدات البيع لتقليل المبالغ المستحقة على شركة الملاحة لشركة البناء بموجب العقد.

وبناءً على ذلك طلبت شركة الملاحة أن تقوم هيئة التحكيم ذاتها بالبت في مسألة جديدة فيما يتعلق بمطالباتها المتعلقة بحساب الأموال التي ينبغي الحصول عليها من قيمة السفينة غير المكتملة.

ويتضح من الطلب أنه يتعلق بوقف الإجراءات أو تأجيلها، ولم تطعن شركة الملاحة بإختصاص محاكم مركز دبي المالي العالمي في نظر الدعوى، والواقع أن شركة الملاحة قد أقرت راحةً من خلال الطلب مقدم لإيقاف أو تأجيل الإجراءات بأن محاكم مركز دبي المالي العالمي لديها الإختصاص القضائي في نظر الدعوى، وأنها تطلب من محاكم مركز دبي المالي العالمي ممارسة ولايتها القضائية لصالح شركة الملاحة.

ووفقاً للإجراءات القضائية يتبين أن طلب شركة الملاحة هي عبارة عن قضية جديدة وإن كانت تتعلق بنفس عقد بناء السفن محل النزاع، حيث صدر حكم التحكيم بتاريخ 14 مارس 2014 لصالح شركة البناء ضد شركة الملاحة بمبلغ 14.5 مليون دولار أمريكي وهو حكم التحكيم النهائي وأعلنت المحكم صراحةً بالآتي: "نعلم هنا بأن هذا الحكم نهائي بالنسبة لجميع المسائل المحددة المتعلقة بعقد بناء السفن، وأن المحكمة المصدرة

المجلة المغربية لتاريخ القانون

للحكم المقصود هنا المحكمة التحكيمية التي أصدرت حكم التحكيم - تحتفظ بحقها في إصدار أي حكم أو أحكام جديدة أخرى بشأن جميع النزاعات المعلقة والناشئة بموجب أو بشأن أو فيما يتعلق بعقد بناء السفن."

وبناءً على ذلك فإن هذا القرار قابل للإنفاذ بشكل كامل من حيث الأوامر الواردة في حكم التحكيم هذا، بصرف النظر عن أي مطالبات أخرى قد تكون لشركة الملاحه ضد شركة البناء والتي من الممكن أن تبقى قائمة حتى يتم عرضها على التحكيم والفصل فيها.

رفضت محاكم مركز دبي المالي العالمي هذا الطلب بوقف أو تأجيل إجراءات إنفاذ الحكم المؤرخ 18 مايو 2016 وقد قبل القاضي الدفوع التالية التي قدمتها شركة البناء: (أ) كان طلب الإعتراف بحكم التحكيم الصادر في لندن وإنفاذه قد تم على النحو الواجب عملاً بقانون التحكيم في مركز دبي المالي العالمي والذي يستند الى أحكام وبنود إتفاقية نيويورك.

(ب) الأسباب التي قدمتها شركة الملاحه بشأن إلغاء الحكم كانت خارج الأسباب المحددة لرفض الإعتراف أو الإنفاذ المنصوص عليها في المادة (1/44)، وهي أيضاً خارجة عن الأسباب التي تسمح بها إتفاقية نيويورك.

(ج) إن السبب الوحيد لتبرير طلب التأجيل هو أن هناك طلب معلق أمام المحكمة التحكيمية التي نظرت القضية بدايةً بشأن إلغاء حكم التحكيم، وكان هذا الطلب قد قدم بالفعل في إنجلترا وتم رفضه.

(د) إن المطالبة المتداخلة (في شكل المطالبة بشأن الحسابات) ليست سبباً لإيقاف أو تأجيل إجراءات إنفاذ حكم التحكيم النهائي، ويتبين مما تم بحثه سابقاً أن قرار المحكمة الصادر بتاريخ 14 مارس 2014 أنه حكم تحكيم نهائي فيما يتعلق بالمسائل التي قررها حكم التحكيم هذا بما في ذلك الدين البالغ 14.5 مليون دولار أمريكي.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

بالإضافة الى أن هناك شرط واضح في عقد بناء السفن (المادة رقم 11/أ) أعطت السلطة التقديرية الكاملة لشركة البناء ما إذا كان ينبغي إكمال السفينة من عدمه في حالة التخلف عن السداد من قبل شركة الملاحة.

وإثناء ذلك وبتاريخ 4 فبراير 2015، أي بعد سنة واحدة من صدور حكم التحكيم في لندن، قدمت شركة الملاحة طلباً أمام مركز التسوية الودية للمنازعات التابع لمحاكم دبي بتعيين خبير محكم أمام محاكم دبي بغرض البت في القضايا (من بين أمور أخرى) التي سبق وأن فصل بشأنها في التحكيم وطلبت أن يتم تحديد العلاقة بين الطرفين، وشروط بناء السفينة، وسعر البيع وشروط الإنجاز والمبالغ المدفوعة.

ولم تتم أية إجراءات في عام 2015، في طلبها أمام الهيئة القضائية، وإدعت بأنه لا يمكن إبلاغ شركة البناء بهذه الدعوى لأن شركة البناء ليس لديها عنوان داخل دولة الإمارات العربية المتحدة، ومع ذلك كانت قد حضرت شركة البناء الى دولة الإمارات العربية المتحدة في الربع الأخير من عام 2015 عندما تقدمت بطلب أمام محاكم مركز دبي المالي العالمي للإعتراف وإنفاذ حكم التحكيم، ولديها محامي داخل دولة الإمارات العربية المتحدة يمكنه قبول الإعلان. وفي الواقع، وحتى قبل بدء إجراءات محاكم مركز دبي المالي العالمي كان بإمكان شركة الملاحة أن تخاطب من خلال محامها الى محامي شركة البناء في لندن وإبلاغه بشأن بدء إجراءات محاكم دبي والتوصل لإتفاق بشأن المضي قدماً في هذه الإجراءات دون الإضرار الى الذهاب من خلال القنوات الدبلوماسية، حيث لم يتم تقديم أي إعلان من هذا القبيل.

قدمت شركة الملاحة هذا الطلب الى الهيئة القضائية بتاريخ 17 يناير 2017، وكان أساس الطلب ليس أن هناك تنازع في الإختصاص القضائي ناشئ عن إجراءات دبي ولكن أن محاكم مركز دبي المالي العالمي ليس لديها الإختصاص القضائي في الإعتراف وإنفاذ حكم التحكيم، ولم تتخذ هذا الموقف أبداً شركة الملاحة من قبل أمام محاكم مركز دبي المالي العالمي، ووفقاً لما ذكر سابقاً، قبلت شركة الملاحة بالإختصاص القضائي لمحاكم مركز دبي المالي العالمي من خلال الآتي:

المجلة المغربية لتاريخ القانون

(أ) عدم الطعن في إختصاصها عندما قدمت شركة البناء (جيههاي) بطلب الإعتراف والإنفاذ للحكم.

(ب) عدم الطعن في أمر الإعتراف والإنفاذ الصادر من محاكم مركز دبي المالي العالمي على أساس عدم الإختصاص أو على أي أساس.

(ج) مطالبة مركز دبي المالي العالمي بممارسة إختصاصها في وقف الإجراءات أو تأجيلها.

وهذا يشبه الى حد كبير قضية مجموعة استثمارية ضد بنك (النقض رقم 4) لسنة 2016) حيث رفضت الهيئة القضائية طلب نقل الدعوى من محاكم مركز دبي المالي العالمي الى محاكم دبي على أساس أن مقدم الطلب قد سبق أن أعطى صراحة الإختصاص القضائي لمحاكم مركز دبي المالي العالمي، وفي الدعوى محل الحكم قبل مقدم الطلب صراحةً الإختصاص القضائي لمحاكم مركز دبي المالي العالمي من خلال الإجراءات التي قام بها والإجراءات التي لم يتم بها وفق ما سلف بحثه، ولا يمكن سماعه أمام محكمة تمييز دبي بعد ذلك القبول الصريح بأنه لا يقبل بالإختصاص القضائي.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ثانياً: آثار الحكم محل التعليق:

إن هذا الحكم يثير العديد من المسائل المهمة التي تتعلق بضرورة حفظ توزيع الإختصاص القضائي من أي إختلال وتحقيق التوازن بينالجهات القضائية النظامية وبين الجهات البديلة لحل النزاعات القضائية وعدم الإخلال بمشروعية التحكيم وإتفاق الأطراف في اللجوء إليه، وعدم الإعتداء على إختصاصه، ممثلاً بمراكز التحكيم المؤسسة بموجب قوانين ومنها وأقواها وأحدثها في دولة الإمارات العربية المتحدة محاكم مركز دبي المالي العالمي، بإعتبارها ركناً جوهرياً في القضاء البديل والمرادف للقضاء النظامي وفق مبدأ إرادة الأطراف، وهو ما يستوجب التوقف عند هذه الملاحظات وتوضيحها وبيان آثارها وتداعياتها وذلك وفقاً لما سيأتي بيانه.

تنقسم الملاحظات التي نوردها في إطار تعليقنا على هذا الحكم وما يرتبط بها

من آثار ونتائج الى مسائل أساسية هي:

المسألة الأولى:

يستند القرار الى "المبادئ العامة للقانون التي تشمل على القوانين الإجرائية وحيث أن محاكم دبي لديها الإختصاص القضائي العام عندها قطعاً المختصة في نظر هذه الدعوى وهذا يعني أنه كلما كان هناك نزاع بين محاكم دبي ومحاكم مركز دبي المالي العالمي، يجب ان تعطي محاكم مركز دبي المالي العالمي الأولوية لمحاكم دبي، والواقع أن العكس هو الصحيح.

كقاعدة عامة يجوز جلب الإختصاص للمحاكم الوطنية باتفاق الأطراف، وقد أصبح الفقه الغالب يجيز أيضاً أخذ الإختصاص من المحكمة الوطنية ومنحه لمحكمة خاصة، وفي هذه الحالة تتخلى المحكمة الوطنية عن اختصاصها.

وذلك تطبيقاً لفكرة التخلي عن الإختصاص حيث أجازت محكمة تمييز دبي فكرة التخلي عن الإختصاص القضائي - قبل أن تتراجع عن ذلك لاحقاً - وقضت بذلك في حكمين صريحين، حيث أوردت إن عدم الخروج عن قواعد الإختصاص للقضاء النظامي وما تتطلبه من إضاعة كل أثر لاتفاق الخصوم على الخضوع لولاية قضاء خاص، لا تمنع

المجلة المغربية لتاريخ القانون

القاضي انظامي من التخلي عن اختصاصه بنظر الدعوى إذا دعت إلى ذلك موجبات الملاءمة التي تملئها بعض الاعتبارات - ومنها إعمال فكرة تنفيذ الأحكام التي يصدرها القضاء النظامي، وهي الفكرة التي تجد أساسها في إمكان تنفيذ الحكم الصادر من القاضي النظامي خارج حدود اختصاصه من عدمه، بحيث إذا لم يثبت له توافر اعتبارات الملاءمة، فإنه لا يجوز التخلي عن اختصاصه وإعمال اتفاق الخصوم (تميز دبي في الطعن رقم: 86، لسنة 1996 ق، بجلسة 1997/04/06، مكتب فني: 8، ص: 255. وتميز دبي في الطعن رقم (10)، لسنة 1999 ق، بجلسة 1999/03/06، مكتب فني: 10، ص: 230).

والذي يحاول الباحث أن يؤكد في عبارات صريحة هو مطابقة التخلي عن الإختصاص الدولي لصالح الإختصاص الوطني مع التخلي عن الإختصاص في المحاكم النظامية لصالح المحاكم الخاصة، تطبيقاً للنظرية العامة للتخلي، وتقوم فيه الفكرة على كون المحكمة الوطنية مختصة، ولكنها تتخلى عن اختصاصها لصالح المحكمة الأجنبية بشروط وضوابط معينة، وهذا ما نستطيع أن نطبقه على التخلي عن الإختصاص للمحاكم الخاصة.

حيث نصت المادة (1/أ/5) من قانون إمارة دبي رقم (12) لسنة 2004 (بصيغته المعدلة بالقانون رقم 16 لسنة 2011 - قانون الهيئة القضائية) بوضوح على أنه في حالة إختصاص محاكم مركز دبي المالي العالمي يكون لها الإختصاص الحصري، وهذا يعني أنه عندما يكون هناك نزاع أو تضارب للإختصاص القضائي، فإن محاكم مركز دبي المالي العالمي لها الحق الحصري في نظر هذه الدعوى.

وتنص المادة (1/أ/5) من نفس القانون على أن "أية مطالبة أو دعوى تختص بنظرها المحاكم وفقاً لقوانين مركز دبي المالي العالمي" هي مسألة تدخل في نطاق الإختصاص الحصري لمحاكم مركز دبي المالي العالمي، كما تنص المادة (1/42) من قانون التحكيم لمركز دبي المالي العالمي لعام 2008 وهو قانون يأتي في سياق المادة (1/أ/5)، وبالتالي فإن لمحاكم مركز دبي المالي العالمي الإختصاص الحصري لنظر هذه الدعوى.

المسألة الثانية:

المجلة المغربية لتاريخ القانون

يفيد تسبيب الحكم محل التعليق بأن "هذه الدعوى لا تشبه الحالات التي تطبق فيها المحاكم أحكام إتفاقية نيويورك لعام 1958 لأن هاتين المحكمتين تقعان في إمارة واحدة، أي إمارة دبي".

وهذا التسبيب غير صحيح وفق القانون الدولي، حيث يمكن إنفاذ إتفاقية نيويورك في أجزاء مختلفة من الدول، وعلى سبيل المثال، في ولايات مختلفة من الولايات المتحدة الأمريكية وغيرها من الدول الإتحادية مثل إستراليا وكندا (McLaughlin، Genevro، 1986).

وعلاوة على ذلك، وبموجب المادة 42 من قانون التحكيم الصادر عن مركز دبي المالي العالمي لعام 2008، تمنح محاكم مركز دبي المالي العالمي السلطة الصريحة (والواجبة) لإنفاذ أحكام التحكيم "بصرف النظر عن الدولة أو الإختصاص القضائي الذي صدرت عنه"، وفي حالة منعت محاكم مركز دبي المالي العالمي من تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، فإن هذا من شأنه أن يضع دولة الإمارات العربية المتحدة في موضع مخالفة لإلتزاماتها بموجب المادة الثالثة من إتفاقية نيويورك، والتي تطلب من جميع الدول التي إنضمت الى الإتفاقية إنفاذ احكام التحكيم الأجنبية.

حيث أن المادة 8 (2 و 7) من قانون دبي رقم (9) لسنة 2004 (بصيغته المعدلة بالقانون رقم (7) لسنة 2011) تنص على أن "محاكم المركز (محاكم مركز دبي المالي العالمي) لديها الإختصاص القضائي الحصري في تفسير قوانين المركز (بما في ذلك قانون التحكيم المعمول به في مركز دبي المالي العالمي لعام 2008) ولوائح المركز".

المسألة الثالثة:

تم تعريف قوانين المركز في المادة (2) من قانون إمارة دبي رقم (12) لسنة 2004 بأنها "أية قوانين تصدر من قبل الحاكم فيما يتعلق بالمركز"، مما يعني أن محاكم مركز دبي المالي العالمي لديها أيضاً الإختصاص القضائي الحصري في تفسير قوانين إمارة دبي المتعلقة بمحاكم مركز دبي المالي العالمي.

وتنص المادة (4) من المرسوم رقم (019) لعام 2016 على أنه إذا كان هناك تضارباً في الإختصاص بين محاكم دبي ومحاكم مركز دبي المالي العالمي البند رقم (3): "فإن الهيئة القضائية تفصل في الطلبات المقدمة وفقاً لما هو منصوص عليه في البند الأول من هذا القرار وفقاً للقوانين السارية والتشريعات المعمول بها بشأن الإختصاص القضائي المنطبقة في هذا الشأن"، وهذا يعني أن جميع القضايا بشأن تنازع الإختصاص يجب أن تسوى وفقاً للمبادئ العامة للقانون وإنما القوانين المحددة المذكورة أعلاه.

وبناءً على ما سبق، فإن جميع هذه القوانين تؤدي إلى نتيجة واحدة: أن محاكم مركز دبي المالي العالمي هي المحكمة الوحيدة التي لها الإختصاص القضائي الحصري للنظر في قضية الإنفاذ، وعلى مركز التسوية أن يرفض الدعوى رقم 2015/95 للأسباب التي تم بحثها في هذا التعليق على الحكم.

المسألة الرابعة:

لم يكن هناك أي طعن في إختصاص محكمة التحكيم من جانب أي من الطرفين أثناء سير قضايا التحكيم، حيث نشأت هذه الدعوى نتيجة لحكم التحكيم الصادر في لندن بتاريخ 14 مارس 2014، حيث تم إجراء التحكيم في لندن وفقاً لإتفاقية التحكيم بين الطرفين والتي تنص على أن يكون مقره لندن، وكذلك القانون المطبق هو القانون الإنجليزي، وكان النزاع يتعلق بعقد بناء سفن مؤرخ 18 إبريل 2011 بخصوص بناء السفينة إكس التي قامت بذلك شركة البناء لصالح شركة الملاحة بصفتها المالك، ولكن تم

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إنهاء العقد من قبل شركة البناء، حيث حيث كانت هناك ثلاثة قضايا تحكيمية تخص سفن منفصلة يتم بناؤها وهذه الدعوى تتعلق فقط بالسفينة إكس.

ثم أصدرت المحكمة قراراً لصالح شركة البناء بمبلغ 14.55 مليون دولار أمريكي بالإضافة الى الفائدة بنسبة 6% سنوياً، وهي الدفعة الثانية من ثمن بناء السفينة التي لم تدفعها شركة الملاحة الى شركة البناء، وبعد عدم الوفاء بالدفعة، قامت شركة البناء بإنهاء العمل بعقد بناء السفينة.

وأخيراً قدمت شركة الملاحة طلباً الى المحكمة الإنجليزية (بصفتها المحكمة التي نظرت الدعوى بدايةً) لإلغاء حكم التحكيم في أكتوبر 2015 ولكن تم رفض هذا الطلب لأن المحكمة رأت بأن أسباب الطلب "لا يمكن تقديرها" وهكذا أصبح حكم التحكيم بات وغير قابل للطعن في إنجلترا.

وبالنظر الى الدفوع التي دفعت بها شركة الملاحة بأن هناك تضارباً في الإختصاص القضائي والتي أثارها أمام الهيئة القضائية بسبب الدعوى رقم 2015/95 أمام مركز التسوية الودية للمنازعات، المطالبة بالتعويض الودي بإستعراضنا للمسائل التي ترغب شركة الملاحة في الرجوع إليها في مركز التسوية، سوف يتبين أن جميع المسائل التي ترغب شركة الملاحة في أن يقوم المركز بالتحقيق فيها كانت قد أحيلت بالفعل الى التحكيم المشار اليه سابقاً، وعليه فإن هذا الطلب ينتهك مبدئين من المبادئ الأساسية الهامة للقانون الأساسي وهي:

(أ) وافقت الأطراف طوعاً على إحالة النزاع الى التحكيم، ولا سيما التحكيم الدولي، فإن المحاكم (وأي شخص مرتبط بالمحكمة) لن تمارس إختصاصها على ذلك النزاع، ولكنها ستتركها لهيئة التحكيم المختارة لحل ذلك النزاع وهذا جزء من القانون المحلي (قوانين إمارة دبي) بالإضافة الى انه منصوص عليه صراحةً في المادة (3/2) من إتفاقية نيويورك التي إنضمت إليها دولة الإمارات العربية المتحدة، وتنص هذه المادة على ما يلي: "إن المحكمة (وتشمل كذلك مركز التسوية) للدولة المتعاقدة (بما فيها دولة الإمارات العربية المتحدة) عند إتخاذ إجراء بشأن مسألة كان الطرفان قد أبرما إتفاقاً بشأنها بالمعنى المقصود في هذه المادة

المجلة المغربية لتاريخ القانون

(أي بمعنى إتفاق التحكيم) بناءً على طلب أحد الطرفين، يحيل الأطراف إلى التحكيم، ما لم يتبين بأن الإتفاق المذكور باطل أو غير قابل للتنفيذ.

وبالتالي ليس لأي محكمة (مثل مركز التسوية، الملحق بمحاكم دبي بموجب نص المادة (3) من قانون دبي رقم 2016/16) أي اختصاص قضائي لنظر مسألة متفق عليها للتحكيم.

(ب) المسائل التي طلبتها شركة الملاحه من مركز التسوية لحلها قد تم البت فيها بالفعل من قبل هيئة التحكيم في لندن من خلال إجراءات التحكيم المشار إليها سابقاً، وبالتالي فهي مسائل سبق نظرها والبت فيها من قبل المحكمة المختصة أو هيئة التحكيم المختصة) ولا يمكن إعادة سماعها.

المسألة الخامسة:

أسست محكمة تمييز دبي حكمها على أنه ليس هناك وجه شبه بين هذه الدعوى والدعوى التي تطبق فيها المحاكم نصوص إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ذلك أن المحكمتين في إمارة واحدة هي إمارة دبي.

وهذا التسبب يتناقض مع المعاهدة الدولية التي بينت أن التحكيم بالمعنى المقصود في الإتفاقية بشأن الإعراف وإنفاذ قرارات التحكيم الأجنبية (إتفاقية نيويورك) التي تعتبر دولة الإمارات العربية المتحدة طرفاً فيها، حيث تنص المادة رقم (3) من الإتفاقية بشأن التزام جميع الدول المتعاقدة بالإعراف بأي قرار من هذا القبيل وإنفاذه، وفيما يتعلق بمركز دبي المالي العالمي، فإن هذا الإلتزام ينعكس في المادة (42) من قانون التحكيم الصادر عن مركز دبي المالي العالمي رقم (1) لعام 2008.

حيث تنص المادة 3 من إتفاقية نيويورك كما هو النص في إتفاقية جنيف من قبل، بقولها: "تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم، وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الاقليم المطلوب إليه التنفيذ، وطبقاً للشروط المنصوص عليها." وهكذا تكون إتفاقية نيويورك أحالت تنفيذ الحكم التحكيمي إلى قواعد المرافعات في بلد التنفيذ، ولكنها أضافت إلى إتفاقية جنيف تكملة أساسية توفر الحكم

المجلة المغربية لتاريخ القانون

التحكيمي الدولي فرصاً أفضل، إذ نصت: "ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين" (الأحدب، 2001).

وإن كانت اتفاقية نيويورك أقرت بتنفيذ الأحكام التحكيمية وفقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الاقليم المطلوب التنفيذ فيه، إلا أنها حالت هذا النص دون التفريق بين الأحكام التحكيمية الأجنبية والأحكام التحكيمية الداخلية، وتشديد تنفيذ الأولى في قواعد المرافعات، حيث يصبح درب تنفيذ الأحكام الداخلية يسيراً، فيما يصبح تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية عسيراً. مع هذا النص أصبح ما يطبق على الأحكام التحكيمية الداخلية، هو نفسه الذي يطبق على أحكام التحكيم الأجنبية من قواعد للتنفيذ. أي ان اتفاقية نيويورك حققت مساواة الأحكام التحكيمية الداخلية بالأحكام التحكيمية الأجنبية.

الخاتمة:

حقيقة التقاضي تعتبر أن خلاصة عمل محكمة النقض، والتي يمكن وصفها بالاجتهاد، ليست مستقرة، بل متغيرة، فكم من واقعة قانونية واحدة صدر لها اجتهادات متغيرة ومتناقضة، بشكل تجعل القاضي والمحامي والمتقاضي في حيرة من أمرهم. إن مبدأ توزيع الإختصاص القضائي الى جانب الكثير من القواعد القانونية الثابتة، ترسم حدوداً تفصل بين القضاء النظامي والقضاء الخاص، متمثلاً بالوسائل البديلة لفض النزاع مثل التحكيم، بحيث أنها تقف دون تدخل أي نظام قضائي في أعمال النظام الآخر، ومن ثم فإن الحفاظ على إحترام القواعد القانونية هو مسؤولية مشتركة ولا تقتصر على نظام قضائي دون آخر، ذلك أن تجاوز على إختصاص أي سلطة قضائية للأخرى يقضي على أحد الضمانات المؤثرة في جانب الأخذ بفكرة إرادة الأطراف في إختيار وسيلة بديلة لحل النزاع غير القضاء النظامي، ومنع السلطة القضائية الأعلى – القضاء النظامي- في الافلات من دورها في مراقبة التزاماتها وفي مقدمتها مبدأ توزيع الإختصاص القضائي كما

المجلة المغربية لتاريخ القانون

نص عليه في قانون السلطة القضائية في إمارة دبي، وهو ما يجعل ما جاء في الحكم محل التعليق معيباً بالتعدي على الكثير من القواعد القانونية، وفي مقدمتها قاعدة توزيع الإختصاص القضائي، وذلك حينما نظرت محكمة تمييز دبي الطعن المقدم لها وحكمت بأن محاكم دبي هي المختصة بنظر هذه الدعوى وأن تكف محاكم مركز دبي المالي العالمي عن نظرها.

وقد انتهينا في هذا التعليق إلى أن الحكم جاء مشوباً بعيب شكلي وموضوعي ومتعدياً على المبادئ القانونية، لأنه يهدم مبدأ المشروعية القانونية، ويتعدى على الطبيعة القانونية للمحكمة الخاصة وأهميتها وسبب وجودها، في مسار مخالف لكل نصوص وقواعد الإختصاص القضائي، بل حتى لإحكام محكمة تمييز دبي نفسها، فضلاً عن أنه تجاهل إعمال مبدأ إرادة الخصوم في الاتفاق على وسيلة بديلة لحل النزاع غير القضاء النظامي في الطعن المقدم وفقاً للمستقر فقهاً وقضاءً وتضمن تزيدهم في غير محله، وفي ضل ذلك فإن الحكم يعتبر معيباً وتراجعاً عن التوجه القضائي في العالم وفي دولة الإمارات العربية المتحدة في الفصل في النزاعات الخاصة عن طريق إحالتها للتقاضي الإتفاقي وإصدار الأحكام التحكيمية فيها.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

- 1- الأحذب، عبدالحميد. (9 يناير 2009). اتفاقية نيويورك حول الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، جريدة الحياة، متاح في الموقع الإلكتروني: <http://www.alhayat.com/article/1064484>، تاريخ آخر زيارة 2019/07/08.
- 2- أحمد محمد، نشوى. (2018). شرط الاختصاص القضائي في تنفيذ الأحكام الأجنبية: دراسة نقدية في القانون الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، جامعة الشارقة، 15(2).
- 3- الحو، صبري. (18 يوليو 2018) التعليق على القرارات القضائية ينصب على عمل القاضي وليس على شخصه، مجلة مغرب القانون، متاح على الموقع الإلكتروني: www.maroclaw.com، تاريخ آخر زيارة 2019/07/06.
- 4- تركي، علي. (2011). تنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية، ضمن الفعاليات التدريبية لشهر ديسمبر، معهد دبي القضائي في 29-30/12/2011.
- 5- حسن موسى، طالب. (1997). الموجز في قانون التجارة الدولية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 6- شفيق، محسن. (1997). التحكيم التجاري الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية.
- 7- عبد العال، عكاشة. (1996). دراسات في القانون الدولي الخاص: في دولة الإمارات العربية المتحدة، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ثانياً: المراجع الأجنبية:

(1986). **Enforcement of** ، Laurie Genevro، 1- Joseph T. McLaughlin

Arbitral Awards under the New York Convention - Practice in U.S. Courts

. New York، the Berkeley Journal of International Law (BJIL)

ثالثاً: الأحكام القضائية:

1- تمييز دبي، الطعن رقم (4) لسنة 2016

2- تمييز دبي، الطعن رقم، 114 لسنة 1993، بتاريخ 1993/09/26.

3- تمييز دبي في الطعن رقم: 86، لسنة 1996 ق، بجلسة 1997/04/06،

مكتب في: 8.

4- تمييز دبي في الطعن رقم (10) ، لسنة 1999 ق، بجلسة

1999/03/06، مكتب في: 10 ، ص: 230

رابعاً: القوانين:

1- قانون السلطة القضائية في إمارة دبي رقم (11) لسنة 2016

- قانون رقم (7) لسنة 2011 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (9) لسنة 2004

بشأن مركز دبي المالي العالمي.

2- إمارة دبي، مرسوم رقم 19 لسنة 2016 بتشكيل الهيئة القضائية لمحاكم

دبي ومحاكم مركز دبي المالي العالمي.

3- قانون الإجراءات المدنية الإتحادي رقم 11 لسنة 1992 وتعديلاته.

4- قانون إمارة دبي رقم (12) لسنة 2004 (بصيغته المعدلة بالقانون رقم 16

لسنة 2011 – قانون الهيئة القضائية)

5- إتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين

الأجنبية

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الشرعية الجنائية وامتدادها إلى مرحلة التنفيذ

الدكتور حباني عبدالرزاق

جامعة محمد بن عبدالله فاس

يونس الصالحي باحث بسلك الدكتوراة

لا جدال اليوم في كون مبدأ الشرعية الجنائية يشكل حجر الزاوية في القانون الجنائي والضمان الأساسي لحماية حريات الأفراد ضد التحكم وهو بلاشك يتسع لاحتواء مرحلة التجريم والعقاب فحسب، بل يجب أن يسري بالتأكيد حتى على المرحلة الإجرائية أي لا بد من أن يرافق المحكوم عليه في حياته داخل السجن وبذلك يتحدد نطاق الشرعية باحتواء كافة مراحل العملية الجنائية التي ينبغي أن تحاط كل حلقة منها بسياس من الضمانات تجعل الفرد في مأمن من التعسف ولا يبقى المبدأ منحصر فقط في التجريم والعقاب بل يمتد إلى عملية التنفيذ.

فإذا كانت شرعية التنفيذ العقابي هي جزء من الشرعية الجنائية وتجد أساسها في حماية حقوق الإنسان من حيث الجوهر، بحيث تعبر عن مدى التوازن بين حقوق المحكوم عليه وحقوق المجتمع، وتدخل بذلك في إطار التوازن بين سلامة الدولة وأمن المواطن (المطلب الأول) أما من حيث الأساس الشكلي والعملي فهي تركز إلى المبادئ التي يسطرها الدستور وعلى الأهداف المتوخاة من العقوبة (المطلب الثاني).
وعليه يمكن القول أن أسس شرعية العقاب تنحصر في أساس جوهري وأساس شكلي وعملي.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المطلب الأول: الأساس الجوهري للشرعية العقابية

يعتبر الحديث عن الأساس الجوهري حديث ضمني عن الشرعية الدستورية، هذه الشرعية التي تركز في جوهرها على فكرة احترام حقوق الإنسان، التي ترسخت لدى الدول الديمقراطية بعد مرحلة صراع وكفاح بين الحرية من جهة والسلطة من جهة أخرى، فبعد أن كانت الحرية مجرد فكرة خيالية تستند إلى التفكير المثالي، انتقلت إلى مجال الحماية الدستورية والقانونية، وأصبحت ذات قيمة محددة يتمتع بها الأفراد في مواجهة السلطة عن طريق تقييد نشاطها وتحديد نطاقها.

فالأصل في الإنسان الحرية وبالتالي لا يجوز تقييد هذه الحرية إلا في نطاق من الشرعية التي تضع الحدود التي ينبغي على الدولة أن تلتزمها في المساس بكافة الحريات. ومن ثم وجدت فكرة حقوق الإنسان الذي يسمو على إرادة المشرع الوطني، إذ تصطدم حريته في التشريع بهذا القانون الذي يجب على الدولة التقييد به للسمو بمستواها الديمقراطي واعتبارها دولة ديمقراطية¹.

فشرعية التنفيذ إذن تجد أساسها الجوهري في فكرة حقوق الإنسان هذه الفكرة التي كرسها المنظومة الدولية، إذ اعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية المتعلقة بالحقوق المدنية والاقتصادية والاجتماعية المكتملة له والقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء واتفاقية مناهضة التعذيب فقد شكلت كل هذه المواثيق إطارا للمرجعية الحقوقية والتي لا يسوغ لأي قانون جنائي أن يحدد عنها.

وهكذا فالمشرع المغربي لا يمكنه صياغة نصوص قانونية (جنائية، قانون السجون) متعارضة مع الدستور أو مع المبادئ التي تضمنتها هذه المواثيق والعهود الدولية التي صادق عليها المغرب والتي يعتبر ملزما بها بمقتضى الدستور الذي جاء في تصديره وإدراكا

¹ لطيفة المهدي "الشرعية في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، م.س، ص:150

- أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1995، ص:13

- Louis Favreau constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale vers un droit constitutionnel pénal in mélanges à l'honneur d'André Kituéd Cujas 1989, P:170

المجلة المغربية لتاريخ القانون

منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، فإن المملكة المغربية العضو العامل النشط في المنظمات الدولية تتعهد بالتزام ما تقتضيه موثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا، كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلام والامن في العالم.

جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه المصادقة".

وفميا يتعلق بالمادة الجنائية وبصفة خاصة ما بعد المحاكمة أي مرحلة التنفيذ توجد في هذا الشأن مجموعة القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء الهادفة إلى حماية الاشخاص الخاضعين للحبس أو السجن¹.

وتعتبر هذه القواعد الشروط الدنيا التي تعترف بصلاحياتها الأمم المتحدة ويتساءل الفقه عن مدى اعتبارها مدونة دولية لمعاملة المسجونين، ويقر بأن نص هذه المجموعة لم تتم ترجمته إلى كل اللغات مما يحول دون وصوله إلى كل من هو في حاجة للإطلاع عليه.

بالإضافة إلى ذلك هناك مجموعة من المبادئ لحماية كل الأشخاص المعتقلين أو المسجونين تم عرضها على أنظار الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها المنعقدة سنة 1981².

¹ سيتم التطرق إلى هذه القواعد الدولية في الفصل الثاني من هذا الباب.

² المقصود بالمواثيق الدولية النصوص والقواعد العرفية الدولية للمتعلقة بمعاملة الأشخاص المحرومين من الحرية وهي:

- المادة 10 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الذي كما هو معلوم صادق عليه المغرب سنة 1779 ونشر في الجريدة الرسمية عدد 3525 بتاريخ 21-05-1981.
- مجموعة القواعد الدولية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة سنة 1955 وصادق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي في تاريخ 31 يوليوز 1957.
- مجموعة المادة من أجل حماية كل الأشخاص الخاضعين لأي شكل من أشكال الاعتقال و السجن التي اعتمدها الأمم المتحدة سنة 1988 قرار رقم 43/173.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

هذه الوثائق تشكل ما يسمى بالشرعية الدولية لحقوق الإنسان وهكذا أبرمت بعد ذلك مجموعة من الاتفاقيات التي تعنى بحقوق الإنسان جل هذه المواثيق لا تخلو من الاهتمام بوضعية السجين كإنسان، إذ يجب أن يحتفظ ببعض الحقوق الملازمة لشخصيته وعلى الخصوص عدم اخضاعه للتعذيب أو المعاملة قاسية أو غير إنسانية أو مهينة لذا فالحماية الفعالة للفرد ضد كل الاختلالات والتجاوزات تفترض تجدر القانون الجنائي أكثر فأكثر في تربة حقوق الإنسان.

وهذا التوجه هو الذي تبلور في بلدنا في العقد الاخير من الألفية المنصرمة على يد المغفور له الحسن الثاني الذي أسس مجلس استشاري لحقوق الإنسان هذا المجلس الذي تحول إلى المجلس الوطني لحقوق الإنسان.

فهذا الاهتمام بحقوق الإنسان يأتي من النظرة التي تحكم العلاقات القانونية القائمة كما اعتبرتها المحكمة الأمريكية فوق كل اعتبار إذ لا يجوز مخالفتها بأي قانون. فإذا كان كل من القانون الجنائي والمسطرة الجنائية بصفة عامة يكرسان حماية فعالة لحرية المواطنين بحفظ العديد من الحقوق سواء في مرحلة المتابعة والتحقيق أو في مرحلة الحكم فما هي الحماية المخولة في مرحلة التنفيذ.

لقد اهتم المشرع المغرب بتنظيم مرحلة التنفيذ سواء من خلال ظهيري 1915 و 1930 تلاه بقانون جديد للسجون، هذا القانون يمكن القول أنه شكل طفرة نوعية في مجال احترام وصيانة حقوق الإنسان السجين، ليس فقط مقارنة مع المقتضيات والأنظمة القانونية المقارنة بل ملاءمة لحد ما للقواعد الدولية المتعلقة بحقوق السجناء، والجدير بالإشارة إلى ان هذا القانون هو من بين القوانين القليلة التي تمت المصادقة عليها بالإجماع

-
- المادة الأساسية المتعلقة بمعاملة السجناء التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1970 قرار 45/111.
 - ويعتبر التوقيع على المواثيق الدولية والتصديق على العهدين الدوليين المتعلقين بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والثقافية مؤشرات أخرى تفيد أن دولة القانون وحقوق الإنسان تشكلان ثوابت الحياة الدستورية والقانونية في بلدنا.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

في كل من مجلسي النواب والمستشارين ويبقى أن تطبيقه السليم يرتبط بشروط واعتبارات أساسية.

المطلب الثاني: الأساس الشكلي والعملي للشرعية العقابية

إذا كانت المادة الجنائية أكثر لصوقا وارتباطا بمجال حقوق الإنسان إذ يعكس التريع الجنائي بمعناه الشامل، مدى تثبيت الدولة بهذه الحقوق فإن اللجوء إلى القانون الجنائي يأتي من أجل الحد من الجرائم وهذا اللجوء إلى هذا القانون ينبغي أن يكون استنادا لأنه قانون ينطوي على تقييد الحريات فهو يستدعي أكثر من ضمانته وهو تلميح للدستور الذي يمنح ضمانته يعتبرها الفقه بمثابة فرامل الدولة¹.

إذ تحرص جل الدساتير على حماية حقوق الإنسان كيفما كان انتماءه أو جنسه وهذا ما أكده صاحب الجلالة الملك محمد السادس في خطابه السامي يوم الجمعة 17 يونيو 2011 حيث تطرق إلى دسترة حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا بكل آليات حمايتها وضمن ممارستها وهو ما يجعل الدستور المغربي دستورا لحقوق الإنسان وميثاقا لحقوق وواجبات المواطنة ويكرس لكافة حقوق الإنسان بما فيها قرينة البراءة وضمن شروط المحاكمة العادلة وتجريم التعذيب والإختفاء القسري والاعتقال التعسفي. بحيث تمت دسترة المواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب وهو ما أكدته الباب الثاني المعنون بالحريات والحقوق الأساسية حيث نص الفصل 23 من هذا الدستور على ما يلي:

- لا يجوز إلقاء القبض مع أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون.
- الإعتقال التعسفي أو السري.

¹ Daniel Mayer l'appert du droit constitutionnel au droit pénal en France Ré sccrime droit pénal comparé 1988-3, P: 440

- Eric David et Anne Weyemberghcode de droit international pénal Edition Bruylaut 3 édition 2014, P: 500

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- يجب اخبار كل شخص تم اعتقاله على الفور وبكيفية يفهمها بدواعي اعتقاله وبحقوقه ومن بينها حقه في التزام الصمت

- قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونة

- يتمتع كل معتقل بحقوق أساسية وبظروف اعتقال إنسانية ويمكن أن يستفيد من برامج للتكوين وإعادة الإدماج.

وينص دستور سوريا الصادر لسنة 2012 في الفقرة الثانية والثالثة من

الفصل 52:

- لا يجوز تعذيب أحد أو معاملته معاملة مهينة ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك.

- كل شخص يقبض عليه يجب أن يبلغ أسباب توقيفه وحقوقه ولا يجوز الاستمرار في توقيفه أمام السلطات الإدارية إلا بأمر من السلطة القضائية المختصة.

إلا أن هذا المبدأ الدستوري لا يرقى إلى طموحات الفقه¹ الذي ما فتئ يناهز بنظام للتأهيل الاجتماعي في هذا البلد.

وينص الدستور المصري لسنة 2014 في مادته 55 على أن كل من يقبض عليه

أو يحبس أو تقييد حريته تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته ولا يجوز تعذيبه ولا ترهيبه

ولا إكرامه ولا إيذاءه بدنيا أو معنويا ولا يكون حجزه أو حبسه إلا في أماكن مخصصة لذلك

لائقة إنسانية وصحيا، أو تلتزم الدولة بتوفير وسائل الإتاحة للأشخاص من ذوي الإعاقة .

ويجد الفقه المصري² في هذا النص تأكيدا لجوهر الحرية الشخصية للسجين

وافتراض وجود قوانين منظمة للسجون تهدف للإصلاح والتأهيل وهذا ما أكدته المادة 56

من الدستور المصري بحيث تنص على أن السجن دار إصلاح وتأهيل.

¹- لطيفة المهدياتي " الشرعية في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية" م.س.ص: 168

Mohamed Jaouhari nomépénal et nomeconstitutionnelle in consit et droit pénal collectif S/d de M.AMZAZI imprimerie OunierDabt 1995,

² احمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1995، ص: 147

المجلة المغربية لتاريخ القانون

كما ينص الدستور الألماني لسنة 1949 (ألمانية الفدرالية) على مبدأ أكرمة الإنسان في فصله الأول وينص فصله العشرون على مبدأ دولة القانون وهو ما كرسته المحكمة الدستورية إذ قضت أن كل محكوم عليه يجب أن تتاح له الفرصة في العودة إلى الحياة الطبيعية داخل المجتمع وبالتالي يجب أن يتمتع بالحق في إعادة التأهيل مما يعني أن إعادة التأهيل في نظر المحطة الدستورية حق دستوري.

ويعترف الدستور الإسباني الذي دخل حيز التنفيذ سنة 1978 بدور العقوبة والتدبير الوقائي في إعادة التربية وإعادة الإدماج الاجتماعي.

ويقضي الدستور الفرنسي لسنة 1958 في مادته 66 بأن السلطة القضائية هي راعية الحرية الفردية والواقع أن النزاعات التي تحصل في إطار تنفيذ العقوبة داخل السجون في فرنسا لازالت تتأرجح بين القضاء العادي والقضاء الإداري كما قد ترفض أحيانا تحت ذريعة اعتبارها من النظام الداخلي.

وقد جعل المشرع الجزائري من هدف التنفيذ إصلاح وإعادة تربية المحكوم عليه وفقا للمادة الأولى من قانون تنظيم السجون وإعادة التربية " إن تنفيذ الاحكام الجزائية وسيلة للدفاع الاجتماعي... وإن إصلاح المحكوم عليه وإعادة تربيته إذ يكونان القصد المترجى من تنفيذ الاحكام الجزائية.

هكذا إذن، فإن ضرورة تأطير الدستور للمادة الجنائية يأتي من كونه أصبح أساس لكل القوانين ولا يقتصر فقط على توزيع الاختصاصات بين مختلف المؤسسات بل هناك من الدول الغربية من اعتمدوا إلى القانون الدستوري الجنائي وقانون جنائي دستوري. وإذا كان الأساس الجوهري والشكلي للشرعية العقابية لا يمكن الحديث عنهما لولا التصور الجديد لأعراض العقاب الذي أصبح له وظيفة إصلاحية أكثر منها ردعية أو زجرية.

وقد تكرست قمة الإهتمام بالتنفيذ بوجود علم يحمل اسم المؤسسة السجنية وهو علم السجون pénitentiaux science والمدرسة السجنية ، هذا العلم الذي عمل على

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ترسيخ النظرة الحديثة للمعاملة العقابية حيث اعتبر التأهيل هو الهدف من العقوبة وأكثر من ذلك تم الاعتراف للمحكوم عليه بعدة حقوق وهو ما أكدته مجموعة من التشريعات: بحيث نص المشرع التونسي في القانون المتعلق بنظام السجون في الفصل الأول "ينظم هذا القانون ظروف الإقامة بالسجن بما يكفل حرمة السجين الجسدية و المعنوية وإعداده للحياة الحرة ومساعدته على الإدماج".

في حين تطرق المشرع القطري في قانون تنظيم المؤسسات العقابية والإصلاحية في المادة الثالثة من هذا القانون تهدف المؤسسة إلى إصلاح وتقويم وتأهيل المحبوسين من خلال استخدام كافة الوسائل والمؤثرات التربوية والتعليمية والطبية والتدريب المهني والخدمة الاجتماعية والأنشطة الرياضية والثقافية والترفيهية لخلق الرغبة لدى المحبوسين نحو الحياة الشريفة والمواطنة الصالحة.

أما القانون النموذجي العربي الموحد لتنظيم السجون والذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة عشر بالقرار رقم 365-160-6-11-2000 فقد نص في المادة الثانية على أنه تهدف السجون إلى إصلاح والتأهيل وذلك تحت الإشراف القضائي لإعادته تكوين الأشخاص المدانين تربوياً وثقافياً ومهنيًا بما يكفل عدم عودتهم للجريمة وتأهيلهم وتهيئتهم للخروج إلى المجتمع أفراداً صالحين.

كما اتجه المشرع الفرنسي في المادة 728 من قانون المسطرة الجنائية إلى النص على نفس الفكرة بكون التنفيذ يجب أن يسعى إلى تهيئة إصلاح المحكوم عليه وإعادة توافقه الاجتماعي.

ويقر بعض الفقه باعتبار أهداف التنفيذ ضابطاً أو معياراً لتوجيه نشاط السلطة العقابية في ممارستها لسلطاتها التنفيذية وهي أهداف تلتقي مع مضمون العقوبة. هذا التوجه يلتقي مع ما توصلت إليه الندوة الفرنسية الألمانية حول تنفيذ العقوبة السالبة للحرية وحقوق الفرد حيث جاء في إحدى توصياتها "...مما يؤمل معه أن يتضمن القانون المبادئ العامة حول أهداف وظيفة الجزاء".

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ويمكن اعتبار الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من القانون المتعلق بتنظيم تسيير المؤسسات السجنية في المغرب إشارة إلى الهدف من التنفيذ حيث جاء فيها "...تتوفر هذه المؤسسات على تنظيم إداري ونظام أمني داخلي يهدفان إلى تأمين وتطوير سبل إعادة إدماج المدانين في المجتمع".

من كل ما تقدم يتضح أن مبدأ الشرعية الجنائية يشكل حجر الزاوية في القانون الجنائي والضمان الأساسي لحماية حريات الأفراد ضد التحكم وهو بلا شك يتسع لإحتواء مرحلة التجريم والعقاب فحسب كما أكدت على ذلك أستاذتنا لطيفة المهدي بل يجب أن يسري بالتأكيد حتى على المرحلة الإجرائية أي لا بد من أن يرافق المحكوم عليه في حياته داخل السجن.

وبذلك يتحد نطاق الشرعية بإحتواء كافة مراحل العملية الجنائية التي تشكل سلسلة متماسكة تنهار العدالة الجنائية بانهايار إحدى حلقاتها إذ ينبغي أن تحاط كل حلقة بسياج من الضمانات تجعل الفرد في مأمن من التعسف ولا يبقى المبدأ منحصرًا فقط في التجريم والعقاب بل يمتد إلى عملية الزجر برمتها.

وإذا كان الباحثون قد انكبوا على دراسة هذا المبدأ وأولوه عناية فائقة إلا أنها بقيت قاصرة على الجانب الموضوعي وبقيت مرحلة التنفيذ بعيدة عن انشغالات الفقه وهمومه وهي أصعب وأدق مرحلة لأن فكرة حقوق الإنسان لم تعد قاصرة على مجرد النطق بالحكم بل تجاوزته لتشمل السجناء وتدافع عنهما تبقى لهم من حقوق داخل المؤسسات السجنية، وبالتالي فإن هذا المرحلة تستحق العناية وإعادة النظر في ثقافة التنفيذ التي بقيت منفصلة عن إطارها العام ومتأرجحة بين وظيفة الردع والإصلاح مما جعل التنفيذ مهملاً.

لقد أدى الاهتمام بالحقوق الشخصية للمحكوم عليه إلى اعتبارها ذات صلة وثيقة بشرعية التنفيذ ومن تم ينبغي للسلطات القضائية التدخل في ما يثور بشأنها من منازعات يمكن ردها إلى فئتين:

- فئة تتعلق بحدود سلطة الدولة في التنفيذ
- فئة تتعلق بأساليب التنفيذ.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

فقد اجمعت النصوص التشريعية على عدم جواز تنفيذ العقوبة الجزائية إلا في إطار من الشرعية إستنادا إلى قانونية العقوبة فكما أن السلطة التشريعية هي التي تتولى تحديد العقوبات للأفعال التي يجرمها القانون وكما أن السلطة القضائية لا تملك تقويم عقوبة جزائية بدون نص قانوني استنادا إلى قاعدة لا جرمية ولا عقوبة إلا بنص قانوني. وكذلك السلطة التي تتولى تنفيذ الأحكام الجزائية لا تملك تنفيذ، العقوبة المحكوم بها إلا في نطاق القانون وعلى هذا الأساس لا يمكن للسلطة المختصة أن تعتمد إلى تنفيذ العقوبة إلا إذا كان الحكم الصادر فيها قد اكتسب حجيته ومبدأ الشرعية هذا ما ألح عليه وأكدته المؤتمر الدولي الرابع للقانون الجزائي المنعقد في باريس عام 1935 حيث أوصى بما يلي:

'إن مبدأ الشرعية الذي ينبغي أن يكون أساسا من أسس قانون التنفيذ العقابي كما هو قاعدة من قواعد القانون الجزائي العام وأحد ضمانات الحرية يتطلب تدخل السلطة القضائية للقيام بمهمة تنفيذ العقوبات والتدابير الاحترازية.'

من كل ما سبق يمكن القول أن هناك ثلاث مظاهر للشرعية:

الشرعية الجنائية التي يقوم عليها القانون الجنائي

الشرعية الإجرائية التي يقوم عليها قانون المسطرة الجنائية.

الشرعية العقابية وهي شرعية التنفيذ التي سماها مارك أنسل بالشرعية المجددة التي يجب أن يقوم عليها قانون تنفيذ الجزاءات الجنائية الذي ينبغي أن يكون مستقلا برأي الفقه¹ فمبدأ الشرعية لم يعد مقتضرا على المرحلة السابقة على الحكم والنطق به فقط، بل امتد إلى مرحلة التنفيذ ليلعب فيها دورا حاسما وهذا بالطبع يقتضي فرض الرقابة القضائية لاحترام تطبيقه.

وقد ذهب الفقه إلى وضع مقتضى عام جديد لمبدأ الشرعية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا يجوز عقاب شخص إلا على الأفعال اللاحقة للقانون الذي

¹ وهو التوجه الذي سارت فيه أغلب الدول العربية بحيث نجد قانون السجون مستقل من اقنون المسطرة القضائية وعلى عكس بعض الدول الأوروبية التي تنظم اجراءات التنفيذ داخل قانون المسطرة الجنائية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ينص عليها ولا يعقوبة أشد من تلك التي كانت مقرة وقت ارتكابها ولا يجوز توقيع عقوبة أو النطق بها من هيئة غير مخولة في ذلك قانونا أو تنفيذها بأسلوب مخالف لما ينص عليه القانون.

وهذا يصبح المبدأ في صيغته جامعا لكافة المجالات الثلاث للعدالة الجنائية من نص على الجريمة والعقوبة وتنفيذ هذه الأخيرة طبقا للقانون وهو تصور لن يبقى معه مبدأ الشرعية معيب في مرحلة التنفيذ¹.

وهكذا تعبر الشرعية في مرحلة التنفيذ عن التوازن بين المحكوم عليه وحقوق المجتمع فما هو موقف الاتفاقيات الدولية من الحماية المقررة للسجناء؟

¹ لطيفة المهدي "الشرعية في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، م.س.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

سلطة مجلس الأمن الدولي في الإحالة على المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية

جمال كدوري

أستاذ بكلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية

فاس

مقدمة:

تعددت الكتابات الأكاديمية حول موضوع المحكمة الجنائية الدولية منذ تبني نظامها الأساسي عام 1998⁽¹⁾، إلا أن الملاحظة الأهم تتجلى في كون أغلب هذه الكتابات لم تتناول بشكل تفصيلي علاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية، على الرغم من كونها أهم المسائل التي شغلت عددا كبيرا من فقهاء القانون الدولي، والمهتمين بموضوع العدالة الجنائية الدولية، منذ بدء مرحلة التفاوض على نظام روما الأساسي، وحتى تبنيه في 17 يوليو 1998⁽²⁾.

ومن اللافت للانتباه، أن إقرار نظام روما الأساسي، لم يفلح في وضع حد للنقاش والجدل الدائر حول طبيعة العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، وبشكل أدق نطاق سلطة مجلس الأمن في الإحالة، ولم يتوقف الأمر عند طرح هذا الموضوع لمناقشته من الناحية النظرية فحسب، وإنما أضحى يطرح نفسه بين الحين والآخر كلما اتخذ مجلس الأمن قرارا بإحالة "حالة ما" إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية.

¹- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، اعتمد في روما بتاريخ 17 يوليو 1998، ودخل حيز النفاذ في الفاتح من يوليو 2002.

²- محمد سامح عمرو، علاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية: دراسة تأصيلية وتحليلية للممارسات العملية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008، ص.8.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وتجدر الإشارة إلى أن أهمية العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، تجد جذورها في فكرتين رئيسيتين، باعتبار أن هذا الموضوع أصبح من بين المعايير الأساسية لكشف صدقية الالتزام بالقوانين والإعلانات الدولية والمواثيق العالمية، لاسيما بعد أن مر على دخول نظام روما الأساسي حيز الوجود الفعلي مدة كافية لتقييم مساهمة المحكمة الجنائية الدولية في مكافحة الإفلات من العقاب، الذي طالما اعتبر السمة البارزة في العقود الماضية على الساحة الدولية، ثم إن علاقة مجلس الأمن بالمحكمة ما هي إلا تطبيق لسلطة مجلس الأمن كما هي محددة في ميثاق الأمم المتحدة، وبخاصة الفصل السابع الذي يمنحه سلطات سياسية مهمة في سبيل تحقيق السلم والأمن الدوليين.

وفي هذا السياق، نشير إلى أن مجلس الأمن في إطار علاقته بالمحكمة الجنائية الدولية تحكمه دعامة أساسية، تهم سلطة مجلس الأمن في إحالة "حالة" إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، بموجب المادة (13/ب) من نظام روما الأساسي، وعليه؛ تبرز إشكالية رئيسية متعلقة بنطاق سلطة مجلس الأمن في الإحالة، وما مدى مساهمته في تعزيز وظيفة المحكمة الجنائية الدولية؟.

وهكذا، يتجه موضوع الدراسة بالأساس إلى تحديد نطاق سلطة مجلس الأمن في إحالة "حالة" على أنظار المدعي العام، إضافة إلى شروط ممارسة هذا الحق، والآثار المترتبة عنه (المحور الأول)، كما تستدعي معالجة وقائع عملية بخصوص علاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية، من خلال دراسة قرارات الإحالة الصادرة عن مجلس الأمن، خصوصا القراران (1593)⁽¹⁾ و(1970)⁽²⁾ القاضيان بإحالة ملفي دارفور والجماهيرية العربية

¹ - قرار مجلس الأمن رقم 1593، الذي اتخذته في جلسته رقم 5168 بتاريخ 31 مارس 2005، رقم الوثيقة S/RES/1593(2005)، منشورات الأمم المتحدة، مجلس الأمن، متوفر على الرابط:

[https://undocs.org/ar/S/RES/1593\(2005\)](https://undocs.org/ar/S/RES/1593(2005))

² - قرار مجلس الأمن رقم 1970، الذي اتخذته في جلسته رقم 6491 بتاريخ 26 فبراير 2011، رقم الوثيقة S/RES/1970(2011)، منشورات الأمم المتحدة، مجلس الأمن، متوفر على الرابط:

[https://undocs.org/ar/S/RES/1970\(2011\)](https://undocs.org/ar/S/RES/1970(2011))

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الليبية إلى المحكمة الجنائية الدولية، عبر البحث في خلفيات إصدارهما ومضمونهما، وكذا الإشكاليات المترتبة عنهما (المحور الثاني).

المحور الأول: الإطار النظري لسلطة مجلس الأمن في الإحالة

نصت المادة (13) من نظام روما الأساسي، على الحالات التي يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها بشأن الجرائم المنصوص عليها في المادة (5) من ذات النظام⁽¹⁾، ومن بين الحالات التي ينعقد للمحكمة الاختصاص بشأنها، ما جاء في الفقرة (ب) من المادة (13) من إمكانية نظر المحكمة للدعاوى الجنائية التي تحال إلى المدعي العام من مجلس الأمن – متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة- متى كانت هذه الحالة تتعلق بجريمة أو أكثر من الجرائم المشار إليها بالمادة (5).

وتطبيقا لذلك، جاءت الفقرة الأولى من المادة (17) من الاتفاق المبرم بين المحكمة الجنائية الدولية والأمم المتحدة، لتنص صراحة على أنه: "عندما يقرر مجلس الأمن، متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، أن يحيل إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، عملا بالفقرة (ب) من المادة (13) من النظام الأساسي، "حالة" ارتكبت فيها، على ما يبدو، جريمة أو أكثر من الجرائم المشار إليها في المادة (5) من النظام الأساسي، فإن الأمين العام للأمم المتحدة يحيل على الفور قرار مجلس الأمن إلى المدعي العام، مشفوعا بالمستندات والمواد الأخرى التي تكون وثيقة الصلة بقرار المجلس"⁽²⁾. وعليه، سنحاول توضيح نطاق سلطة مجلس الأمن في إحالة "حالة" إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى شروط الإحالة وآثارها (الفقرة الثانية).

¹- يقتصر اختصاص المحكمة بموجب المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، على الجرائم التالية:

(أ) جريمة الإبادة الجماعية (ب) الجرائم ضد الإنسانية (ج) جرائم الحرب (د) جريمة العدوان.
²- المادة (17) من الاتفاق الخاص بالعلاقة بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية لسنة 2004، متوفر على الرابط:

[-https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202283/II-1272.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202283/II-1272.pdf)

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الفقرة الأولى: نطاق سلطة مجلس الأمن في الإحالة

إن سلطة مجلس الأمن في الإحالة ليست مطلقة، فلا يجوز للمجلس اللجوء إلى هذه الإمكانية إزاء أي جريمة، وأيا كان مكان ارتكابها، وإنما تجد هذه السلطة حدود لها، سواء من حيث الجرائم المرتكبة أو من حيث زمان ارتكابها. ومن ناحية أخرى، يثور التساؤل عما إذا كانت سلطة مجلس الأمن في الإحالة قاصرة على الدول الأطراف في النظام الأساسي، أم أنها تمتد إلى الدول غير الأطراف؟.

ومعلوم أن أحكام الإحالة قد حددها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أسس أربع، وهي: نوع الجريمة (أولاً)، وزمان ارتكابها (ثانياً)، ومكانها (ثالثاً)، وشخص مرتكبها (رابعاً).

أولاً: الاختصاص النوعي أو الموضوعي

جاء النص على الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، في الباب الثاني من النظام الأساسي، تحت عنوان: «الاختصاص والمقبولية والقانون الواجب التطبيق»، وقد اقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة، والتي تكون موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره،⁽¹⁾ وعليه؛ فإن اختصاص المحكمة يشمل أربع فئات من الجرائم، وهي: جريمة الإبادة الجماعية⁽²⁾، والجرائم ضد الإنسانية⁽³⁾، وجرائم الحرب⁽⁴⁾، وجرائم العدوان⁽⁵⁾.

¹ - المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

² - تنص المادة السادسة من نظام روما الأساسي: "لغرض هذا النظام الأساسي، تعني "الإبادة الجماعية" أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، بصفتها هذه، إهلاكاً كلياً أو جزئياً: (أ) - قتل أفراد الجماعة؛ (ب) - إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة؛ (ج) - إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً؛ (د) - فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة؛ (هـ) - نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى".

³ - تنص المادة السابعة من نظام روما الأساسي: "لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم: (أ) - القتل العمد؛ (ب) - الإبادة؛ (ج) - الاسترقاق؛ (د) - إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان؛ (هـ) - السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي؛ (و) - التعذيب؛ (ز) - الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجسدي على مثل هذه الدرجة من الخطورة؛ (ح) - اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة 3، أو لأسباب أخرى من المسلم عالمياً بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو بأي جريمة تدخل في اختصاص المحكمة؛ (ط) - الاختفاء القسري للأشخاص؛ (ي)؛ جريمة الفصل العنصري؛ (ك) - الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية".

⁴ - أنظر المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁵ - أحال مؤتمر المراجعة المنعقد في "كامبالا" ما بين 31 ماي و11 يونيو 2010 في تعريفه لجريمة العدوان على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (3314) لسنة 1974، والذي نص على ما يلي: "لأغراض هذا النظام الأساسي، تعني "جريمة العدوان" قيام شخص ما، له وضع يمكنه فعلاً من التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيه هذا العمل، بتخطيط أو إعداد أو بدء أو تنفيذ عمل عدواني يشكل، بحكم طابعه وخطورته ونطاقه، انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة".

ثانياً: الاختصاص الزمني

تبنى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المبدأ العام المعمول به في جميع الأنظمة القانونية الجنائية في العالم، الذي يقضي بعدم جواز تطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي، ومقتضى ذلك؛ أن نصوص النظام الأساسي تسري بأثر فوري أو مباشر، ولا تطبق إلا على الوقائع التي تقع منذ تاريخ نفاذه، ولا تسري أحكامه على الوقائع التي حدثت قبل هذا التاريخ⁽¹⁾.

وقد تم تأكيد هذا الحكم بنص المادة (24) من النظام الأساسي، ولكن هذه المرة بصيغة أخرى، ففي الوقت الذي أكدت فيه الفقرة الثانية من المادة (12) عدم سريان أحكام النظام الأساسي في مواجهة الدول إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ النظام الأساسي، أشارت الفقرة الأولى من المادة (24) إلى عدم مساءلة الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي عن سلوك ارتكب قبل بدء نفاذ هذا النظام، كما تبنت المادة المذكورة في فقرتها الثانية مبدأ القانون الأصلح للمتهم، ويكون القانون الأصلح للمتهم؛ إذا كان لا يعاقب على فعل كان يعد جريمة في ظل القانون القديم، أو كان يخفف من العقوبة قياساً بالقانون القديم الذي ارتكبت في ظله الجريمة⁽²⁾.

ومن الممكن توسيع نطاق الاختصاص الزمني للمحكمة، وذلك في حالتين:

¹- تنص المادة (126) من نظام روما الأساسي:

- يبدأ نفاذ هذا النظام الأساسي في اليوم الأول من الشهر الذي يعقب اليوم الستين من تاريخ إيداع الصك الستين للتصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

- بالنسبة لكل دولة تصدق على النظام الأساسي أو تقبله أو توافق عليه أو تنظم إليه بعد إيداع الصك الستين للتصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام، يبدأ نفاذ النظام الأساسي في اليوم الأول من الشهر الذي يعقب اليوم الستين من تاريخ إيداع تلك الدولة صك تصديقها أو قبولها أو موافقتها أو انضمامها.

²- لؤي محمد حسين الناييف، "العلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 27، العدد 3، 2011، ص.5.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الأولى: تهم قيام دولة غير طرف بإصدار إعلان بقبول ولاية المحكمة، وهذا ما تقضي به المادة (3/12) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾، حيث يمتد اختصاص المحكمة ليشمل المدة التي تسبق هذا القبول، ومن ثم يتسع ليشمل الجرائم التي ارتكبت بعد نفاذ النظام الأساسي كلها، أي منذ الفاتح من يوليو 2002، وليس من تاريخ إعلان القبول باختصاص المحكمة، وهو ما تؤكدته المادة (2/11)⁽²⁾.

الثانية: تتمثل في حالات مجلس الأمن عملاً بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة (13) من نظام المحكمة، فمن شأن قيام المحكمة بإحالة حالة ما أن يوسع نطاق الاختصاص الزمني للمحكمة، بأن يرجعه إلى تاريخ دخول نظام المحكمة حيز النفاذ، وليس من تاريخ الإحالة.

ويرى بعض الفقه، أن المحكمة الجنائية الدولية يحق لها أن تتخذ قراراً بعدم قبول الدعوى كلما تبين لها أن موضوع الإحالة يخرج عن نطاق اختصاصها، خاصة من حيث الموضوع والزمان والمكان والأشخاص، ولو كان مجلس الأمن هو جهة الإحالة، وعليه؛ إذا أحال مجلس الأمن إلى المدعي العام "حالة" تتعلق بجريمة من جرائم الحرب ارتكبت قبل دخول النظام الأساسي، فإن للمحكمة الحق في عدم قبول الدعوى لخروج الموضوع عن نطاق اختصاصها الزمني⁽³⁾.

¹- تنص الفقرة الثالثة من المادة (12) من نظام روما الأساسي، على ما يلي: "إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة الثانية، جاز لتلك الدولة، بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث، وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون تأخير أو استثناء وفقاً للباب التاسع".

²- تنص الفقرة الثانية من المادة (11) من نظام روما الأساسي، على ما يلي: "إذا أصبحت دولة من الدول طرفاً في هذا النظام الأساسي بعد بدء نفاذه، لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام بالنسبة لتلك الدولة، ما لم تكن الدولة قد أصدرت إعلاناً بموجب الفقرة الثالثة من المادة (12)".

³- أحمد عبد الظاهر، دور مجلس الأمن في النظام الجنائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2013، ص.192.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وعلى النقيض من ذلك، يرى بعض الفقه جواز أن يسند الاختصاص إلى المحكمة بنظر الجرائم التي ارتكبت قبل بدء نفاذ نظام روما، بمقتضى قرار يصدر عن مجلس الأمن عملاً بالفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة أو تنشأ محكمة خاصة مؤقتة بقرار من مجلس الأمن، مثل محكمة يوغوسلافيا السابقة ومحكمة رواندا.⁽¹⁾

وباستقراء التطبيق العملي، نجد أن قرار مجلس الأمن رقم (1593) لسنة 2005 بشأن دارفور، قد قرر صراحة - في البند الأول- منه إحالة الوضع القائم في دارفور منذ فاتح يوليو 2002 إلى المحكمة الجنائية الدولية، ويعني ذلك؛ أن مجلس الأمن قد قصر الإحالة على الوقائع اللاحقة على تاريخ بدء نفاذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.⁽²⁾

يكاد يجمع الفقه على أن مجلس الأمن يتمتع بسلطة الإحالة، أيا كان مكان ارتكاب الجريمة أو جنسية الجناة فيها؛ أي سواء كانت الجريمة قد ارتكبت في إقليم دولة طرف في النظام الأساسي أو من أحد مواطني هذه الدولة، أو كانت قد ارتكبت في إقليم دولة غير طرف، وفي هذه الحالة؛ يمتد الاختصاص المكاني للمحكمة الجنائية الدولية إلى أقاليم الدول غير الأطراف في النظام الأساسي، بغض النظر عن قبول تلك الدول لاختصاص المحكمة.

وهكذا، عند إحالة مجلس الأمن لقضية أو حالة معينة على المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، متصرفاً بموجب الفصل السابع، فإن المحكمة لا تتقيد بالشروط المذكورة في المادة (2/12) من النظام الأساسي، وهي: أن يكون ارتكاب الجريمة قيد البحث قد تم بمعرفة احد مواطني دولة طرف أو على إقليم تلك الدولة. وهذا ما يمكن استنتاجه بمفهوم المخالفة من المادة (2/12) نفسها التي تقضي بأنه: "في حالة الفقرة (أ)

¹ - علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي: أهم الجرائم الدولية والمحاكم الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2001، ص.330.

² - أحمد عبد الظاهر، "سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية"، مجلة السياسة الدولية، العدد 176، أبريل 2009، ص.5.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

(الإحالة من طرف دولة) أو (ج) (المدعي العام من تلقاء نفسه) من المادة (13)، يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول التالية طرفاً في هذا النظام الأساسي، أو قبلت باختصاص المحكمة"، ويعني هذا؛ أنه في حالة الفقرة (ب) (الإحالة من مجلس الأمن) من المادة (13)، لا تتقيد المحكمة بهذه الشروط، أي بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة أو جنسية المتهم، وإلا لنصت المادة (2/12) على ذلك صراحة⁽¹⁾. وقد تأكد ذلك من خلال التطبيق العملي، حيث قام مجلس الأمن الدولي بإحالة قضية دارفور، على الرغم من أن السودان ليس طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾، وتأكد ذلك أيضاً في قرار مجلس الأمن رقم (1970) لسنة 2011 بشأن الحالة الليبية، والذي قرر- البند الرابع منه- إحالة الوضع في الجماهيرية العربية الليبية منذ 15 فبراير 2011 إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية⁽³⁾.

رابعاً: الاختصاص الشخصي

ينحصر الاختصاص الشخصي للمحكمة الجنائية الدولية بالأشخاص الطبيعيين دون الأشخاص المعنويين أو الاعتباريين؛ مثل الدول أو الهيئات أو المنظمات، حيث تختص المحكمة بمساءلة الأفراد المرتكبين للجرائم المبينة في اختصاصها الموضوعي، أي كانت درجة مساهمتهم في الجريمة، وأياً كانت مناصبهم الوطنية التي يشغلونها وقت ارتكاب الجريمة⁽⁴⁾.

¹- ثقل سعد العجيجي، "مجلس الأمن وعلاقته بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (دراسة تحليلية لقرارات مجلس الأمن: 1422 و1487، 1497)"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 29، العدد 4، دجنبر 2005، ص.25.

²- أحمد عبد الظاهر، "سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية"، مرجع سابق، ص.10.

³- قرار مجلس الأمن رقم 1970، مرجع سابق.

⁴- علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي: العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010، ص.465.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وتكريسا لسريان مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية في القانون الدولي، عمد نظام روما في المادة (27) إلى تدوين مبدأ عدم الاعتداد بالصفة الرسمية⁽¹⁾، بغية الإعفاء من المسؤولية الجنائية الفردية، سواء كان المسؤول رئيسا لدولة أو حكومة أو عضوا في حكومة أو برلمان، ولا تحول الحصانة الوطنية التي يتمتع بها هؤلاء الأشخاص دون مساءلتهم جنائيا⁽²⁾.

هذا المبدأ هو الجديد الذي جاء به النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ذلك أن الفرد لم يكن سابقا وبموجب أحكام القانون الدولي التقليدي، موضوعا للقانون الدولي، فلم يهتم ذلك القانون بنشاطاته ولا بتنظيمها، وبالتالي لم تكن له حقوق أو التزامات دولية. إذ لم يتم إيلاء الفرد أهمية في القانون الدولي، وباعتباره شخصا من أشخاصه، إلا بعد الحرب العالميتين، حيث أشارت محكمة "نورمبرغ" في أحد أحكامها إلى ما يلي: "إن الجرائم ضد القانون الدولي ترتكب من قبل الأفراد، وليس من قبل كائنات مجردة، لذلك؛ فإن الوسيلة الوحيدة لتطبيق قواعد القانون الدولي تكون بمعاقبة أولئك الأفراد مرتكبي الجرائم"⁽³⁾. ولذلك جاء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية متضمنا للمبدأ في المادتين (1) و(1/25)⁽⁴⁾.

¹- تجدر الإشارة إلى أن المادة (27) من النظام الأساسي، كانت مثار جدل فقهي كبير، ذلك أن هذه الأخيرة تقرر عدم الاعتراف بالحصانة المقررة لرؤساء الدول بمقتضى النصوص الدستورية لكل دولة، مما دفع بالقضاء الدستوري في بعض الدول إلى تقرير تعارض هذه المادة مع قوانينها الوطنية بمناسبة النظر فيها. للمزيد من التفاصيل، أنظر: عبد الحق بن ميمونة، "الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية وعلاقته باختصاص المحاكم الوطنية"، مجلة المستقبل العربي، العدد 363، السنة 32، ماي 2009، ص.59.

²- علي جميل حرب، مرجع سابق، ص.365.

³- لندة معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص.155-156.

⁴- تنص المادة الأولى من النظام الأساسي على أن: "تنشأ بهذا محكمة جنائية دولية (المحكمة)، وتكون المحكمة هيئة دائمة لها السلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي، وذلك على النحو المشار إليه في هذا النظام الأساسي، وتكون المحكمة مكتملة للاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية، ويخضع اختصاص المحكمة وأسلوب عملها لأحكام هذا النظام الأساسي".

الفقرة الثانية: شروط الإحالة وآثارها

بالرغم من أن نظام روما الأساسي منح مجلس الأمن الحق في إحالة "حالة ما" إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، فإن هذا الحق ليس مطلقا، وإنما ينبغي أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط (أولا)، حتى تكون الآثار المترتبة عنه صحيحة (ثانيا).

أولا: شروط الإحالة

حتى يكون قرار الإحالة صحيحا، حسب نص المادة (13/ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

أ- أن تكون الإحالة صادرة عن مجلس الأمن بموجب الفصل السابع. لتكون الإحالة صحيحة، ينبغي على مجلس الأمن أن يكون مستندا في ذلك إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وهو الفصل الذي يتعلق بالإجراءات التي تتخذ في حالات تهديد السلم والأمن الدوليين، أو الإخلال بهما، أو وقوع عمل من أعمال العدوان⁽¹⁾. ويتم ذلك من خلال المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة، التي تعطي مجلس الأمن سلطة تحديد وقوع أي تهديد أو خرق للسلم والأمن الدوليين أو أعمال عدوان، ثم بعد ذلك يقرر المجلس الإجراءات التي يجب اللجوء إليها، والتي قد تصل إلى حد استعمال القوة العسكرية⁽²⁾.

وتنص الفقرة الأولى من المادة (25) على أن: " يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملا بهذا النظام الأساسي".

¹- ثقل سعد العجبي، مرجع سابق، ص.21.

²- تنص المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة على ما يلي: " يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملا من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقا لأحكام المادتين (41) و(42) لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه". كما تضيف المادة (41) من الميثاق على أن: "لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوة المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من المواصلات وفقا جزئيا أو كليا وقطع العلاقات الدبلوماسية". فيما تنص المادة (42) على أنه: "إذا رأى مجلس الأمن أن التدابير المنصوص عليها في المادة (41) لا تفي بالغرض أو ثبت أنها لم تف به، جاز له أن يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية والبرية من الأعمال ما يلزم لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إذ يتمتع مجلس الأمن باختصاصات واسعة، تخوله إصدار قرارات ملزمة بهدف تحقيق السلم والأمن الدوليين، أو إعادته إلى نصابه. ومن هنا تكمن أهمية أحكام الفصل السابع، وتبرز مظاهر تلك الأهمية إذا أدركنا أن مبدأ عدم اختصاص الأمم المتحدة بالتدخل في الشؤون الداخلية المعتبرة من صميم السلطان الداخلي لدولة ما (م7/2) ليس من شأنه أن يدخل في تطبيق تدابير القمع المنصوص عليها في الفصل السابع. بمعنى أنه إذا كان المجلس بصدده اتخاذ إجراء من إجراءات القمع لحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادته إلى نصابه، فإنه لا يجوز الدفع بدخول المسألة في صميم الاختصاص الداخلي للدولة.

كما يتمتع مجلس الأمن بسلطة تقديرية مطلقة في تقرير ما إذا كان ما وقع من أعمال يمثل تهديدا للسلم أو إخلالا به أو يعد عملا من أعمال العدوان (المادة 39)، وله أن يضع ما يشاء من المعايير لتحديد أحوال تدخله. ولذلك يتواتر العمل على النظر في كل حالة على حدة، ولم يضع مجلس الأمن ضوابط معينة بشأن تكييف ما يعرض عليه من وقائع، فإذا ما قرر أن هناك تهديدا للسلم أو إخلالا به أو عدوانا، كان له أن يصدر ما يراه ملائما من توصيات وإجراءات قمعية، ولا تملك الدولة عندئذ حق الطعن على قراره⁽¹⁾.

وبالتالي، فإن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لم يمنح للمجلس اختصاصا جديدا ما دام أنه موجود سياسيا ضمن نصوص الميثاق وطبقا للفصل السابع، وعن طريق اتخاذه أي من الإجراءات اللازمة من أجل السلم، وضمن هذا الإطار يكون المجلس قد حدد الحالات المُحالة إلى المدعي العام، وهي الأكثر تماشيا مع الميثاق من أجل الحفاظ على السلم عن طريق العدالة الجنائية الدولية⁽²⁾.

ب- أن تصدر الإحالة بقرار من مجلس الأمن وفقا لميثاق الأمم المتحدة.

إلى نصابه. ويجوز أن تتناول هذه الأعمال المظاهرات والحصر والعمليات الأخرى بطريق القوات الجوية أو البحرية أو البرية التابعة لأعضاء الأمم المتحدة".

¹- أحمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص. 42-43.

²- بن عامر تونسي، العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن، مجلة القانون وعلم السياسة، العدد الرابع، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2006، ص. 204.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إذا كانت المادة (13/ب) من النظام الأساسي لم تنص على هذا الشرط صراحة، فإنه يمكن استنتاجه من القول بضرورة صدور قرار الإحالة من مجلس الأمن، بمقتضى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. وذلك يعني؛ أن قرار الإحالة يجب أن يتم وفقا للإجراءات التي ينص عليها ميثاق الأمم المتحدة، وإلا عد قرار الإحالة غير مشروع، ومن ذلك مثلا؛ ما تنص عليه المادة (3/28) من ميثاق الأمم المتحدة من أنه: "تصدر قرارات مجلس الأمن في المسائل كافة (الموضوعية)⁽¹⁾ بموافقة تسعة من أعضائه يكون من بينها أصوات الأعضاء الدائمين متفقة"⁽²⁾.

1- أقامت المادة (27) من ميثاق الأمم المتحدة تفرقة بين طائفتين من المسائل التي تطرح على مجلس الأمن: المسائل الإجرائية أو الشكلية، والمسائل الموضوعية، والتمييز بينهما ليس مجرد مسألة نظرية، وإنما هو تمييز له أهميته القانونية، فطائفة المسائل الشكلية تتطلب لإصدار القرار بشأنها تصويت تسعة أعضاء لصالحها -على الأقل- أيا كانوا، بينما فصيلة المسائل الموضوعية تتطلب لإصدار القرارات المتعلقة بها، أن يصوت لصالحها تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الدول دائمة العضوية. راجع أحمد عبد الله أبو العلا، مرجع سابق، ص.28.

2- ثقل سعد العجبي، مرجع سابق، ص.22.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ج- أن يبدو لمجلس الأمن ارتكاب جريمة أو أكثر.

ليتمكن مجلس الأمن من القيام بسلطته في إحالة "حالة" على المدعي العام، لا بد أن يبدو لمجلس الأمن وقوع جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ويلاحظ أن لفظ "يبدو" المشار إليه في النص، بمعنى الشبهات والقرائن التي تدل على وقوع الجريمة. ووفق هذا التفسير، فإن على مجلس الأمن التحقق في الحيثية التي قد تشكل جريمة أو أكثر تدخل في اختصاص المحكمة، وذلك بموجب المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة والتي تقتضي اللجوء إلى الفصل السابع من الميثاق، حيث يعتمد مجلس الأمن بتكليف الحالة فيما إذا كانت تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين أو عملا من أعمال العدوان⁽¹⁾.

ثانيا: آثار الإحالة

أثارت سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية كثيرا من النقاش في اللجنة التحضيرية أثناء مؤتمر روما، ولاسيما بالنسبة لموضوع الآثار المترتبة على سلطة مجلس الأمن في الإحالة، ويمكن إجمال التساؤلات المتعلقة بآثار الإحالة فيما يلي: أثر الإحالة على سلطة المدعي العام في تقدير جدية التحقيق (أ)، وأثر الإحالة على مبدأ التكامل (ب)، ومدى تحمل الأمم المتحدة لنفقات المحاكمة (ج).

¹ - عبد الهادي بوعزة، مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية في عالم متغير، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012، ص.79.

أ- أثر الإحالة على سلطة المدعي العام في تقدير جدية التحقيق.

إن الإحالة من مجلس الأمن، تحمل ذات القيمة القانونية للإحالة من جانب الدول الأطراف، إذ أنها لا تعني إلزام المدعي العام بمباشرة إجراءات المحاكمة، ولكن تلفت انتباهه فقط إلى وقائع قد تستلزم إجراء تحقيق، وما يقدمه ذلك التحقيق من أدلة كافية هو ما يشكل أساسا معقولا للمحاكمة⁽¹⁾، إذ لدى البث في هذا الأمر، يجب أن ينظر المدعي العام في الأمور التالية⁽²⁾:

- الاختصاص: أي أن ينظر فيما إذا كانت المعلومات المتاحة، توفر أساسا معقولا للاعتقاد بأن جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت أو يجري ارتكابها.
 - اختبار المقبولية: أي أن يتحقق من أن الحالة تنطوي على دعاوى مقبولة، مما يتطلب النظر في جسامه الأمر، وفيما إذا كانت هناك إجراءات حقيقية تتخذ على الصعيد الوطني بشأن القضية المعنية.
 - مصالح العدالة: أي أن ينظر - مع مراعاة خطورة الجريمة، ومصالح المجني عليهم - فيما إذا كانت هناك أسباب جوهريّة تدعو للاعتقاد بأن إجراء تحقيق لن يخدم مصالح العدالة.
- يستنتج من هذا، أن للمدعي العام سلطة تقدير البدء في الإجراءات من عدمه، وبعبارة أخرى، فإن الإحالة من مجلس الأمن لا تلزم المدعي العام بمباشرة التحقيق، بل يجوز له ألا يبشر التحقيقات إذا اقتنع بأن الإحالة استندت إلى معلومات غير صحيحة، أو أدلة

¹ - عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص.360.

² - للمزيد من التفاصيل حول الموضوع، المرجو الإطلاع على قرار المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، القاضي بفتح تحقيق في دارفور، لاهاي، 6 يونيو 2005، متوفر على الرابط الإلكتروني التالي:

[https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/277106/06705_Darfur_Ar1.pdf)

[48EDF55CC587/277106/06705_Darfur_Ar1.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/277106/06705_Darfur_Ar1.pdf).

المجلة المغربية لتاريخ القانون

تافهة، أو كانت مبنية على أهواء سياسية أو افتراضات غير واقعية⁽¹⁾، وهو ما أقرته الفقرة الأولى من المادة (53).⁽²⁾

كما أن الفقرة الثالثة من المادة (53)، وضحت سلطة المدعي العام في تقرير جدوى الشروع في التحقيق والعدول عنه، فلا يمكن لمجلس الأمن أو الدائرة التمهيدية، إلزام المدعي العام العدول عن قرار البدء في التحقيق. إذ منحت الفقرة نفسها، الدائرة التمهيدية ومجلس الأمن، طلب مراجعة قرار العدول الصادر من المدعي العام، ولا يغير طلب المراجعة من سلطة المدعي العام في تقرير البدء في جدوى التحقيق من عدمه، طالما لم تكن هناك أدلة كافية، وأسس واقعية لقرار الإحالة، وطالما لم يقدم طلب المراجعة أدلة جديدة، ومعلومات لم ترد في قرار الإحالة⁽³⁾.

1- أحمد عبد الظاهر، "سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية"، مرجع سابق، ص. 14.
2- تنص الفقرة الأولى من المادة (53) على ما يلي: "يشرع المدعي العام في التحقيق، بعد تقييم المعلومات المتاحة له، ما لم يقرر وجود أساس معقول لمباشرة إجراء بموجب هذا النظام الأساسي. ولدى اتخاذ قرار الشروع في التحقيق، ينظر المدعي العام في:
(أ)- ما إذا كانت المعلومات المتاحة للمدعي العام توفر أساسا معقولا للاعتقاد بأن جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت أو يجري ارتكابها؛
(ب)- ما إذا كانت القضية مقبولة أو يمكن أن تكون مقبولة بموجب المادة (17)؛
(ج)- ما إذا كان يرى، أخذا في اعتباره خطورة الجريمة ومصالح المجني عليهم، أن هناك مع ذلك أسبابا جوهرية تدعو للاعتقاد بأن إجراء تحقيق لن يخدم مصالح العدالة؛
فإذا قرر المدعي العام عدم وجود أساس معقول لمباشرة إجراء، وأن قراره يستند فحسب إلى الفقرة الفرعية (ج) أعلاه، كان عليه أن يبلغ دائرة ما قبل المحاكمة بذلك.
3- أحمد سندیانة بودراعة، صلاحيات المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية والقيود الواردة عليها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص. 81.

ب- أثر الإحالة على مبدأ التكامل⁽¹⁾.

يتمد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ليشمل الدول الأعضاء، ويتم ممارسة اختصاص المحكمة بالتكامل مع اختصاص نظم القضاء الوطني للدول الأعضاء. حيث أن الجرائم الدولية المنصوص عليها في نظام روما، والتي ينعقد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في محاكمة مرتكبيها، قد تشكل في الوقت ذاته، جرائم تنص عليها القوانين الوطنية للدول الأطراف في النظام الأساسي. لذا؛ من المتوقع أن يحدث تنازع الاختصاص بين المحكمة الجنائية الدولية وبين الدول المذكورة، سواء أكان هذا التنازع إيجابياً؛ بأن تعتبر دولة أو أكثر من الدول الأطراف وكذلك المحكمة الجنائية الدولية نفسها مختصة لمحاكمة المتهم، أو سلبياً؛ بأن تعتبر الجهات المذكورة نفسها غير مختصة بالمحاكمة⁽²⁾.

ولهذا، أبدت أحكام النظام الأساسي حرصاً ظاهراً على تفادي هذا التنازع بإيجاد حل جذري له، وهو النص على مبدأ التكامل، إذ أكدت الفقرة العاشرة من الديباجة

¹- دارت مناقشات عديدة بشأن المصطلح الأكثر صواباً لمبدأ التكامل (Complementarity)، الذي يصف العلاقة بين اختصاص المحكمة الجنائية الدولية واختصاص القضاء الوطني للدول الأطراف في حكم الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي. إذ يرى البعض أن (Complementarity) تعني (التكاملية)، أي أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية يتكامل مع اختصاص القضاء الوطني للدول الأطراف في نظام روما الأساسي. في حين يرى البعض الآخر أن اختصاص هذه المحكمة ما هو إلا اختصاص احتياطي لسلطات القضاء الوطني، الذي إذا لم ينهض في حكم إحدى الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي، نهض اختصاص المحكمة الجنائية الدولية احتياطياً لسد فراغ سلطات القضاء الوطني.

هذا، ويرى آخرون، بأن المصطلح الأكثر دقة هو (الاختصاص التكميلي) للمحكمة الجنائية الدولية كونه يكمل اختصاص القضاء الوطني، فيما إذا لم يكن قد انعقد اختصاصه، والعكس ليس صحيحاً، أن القضاء الوطني لا يكمل اختصاص القضاء الجنائي للمحكمة الجنائية الدولية.

ومهما يكن من أمر دقة مفهوم المصطلحات المقدمة للتعبير عن هذا المبدأ، فإنه يقصد بمبدأ التكامل: تكامل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية مع اختصاص القضاء الوطني للدول الأطراف في نظام روما من أجل حكم الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام. للمزيد من التفاصيل حول الموضوع، راجع: خليل محمود ضاري، المحكمة الجنائية الدولية: هيمنة القانون أم قانون الهيمنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص.150-151.

²- جمال الحطايي، "نظرة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في ضوء نظام روما الأساسي"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 14، 2005، ص.285.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام ستكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية. ومن ثم، جاءت المادة الأولى من النظام الأساسي لتدعم ما جاء في ديباجتها، بنصها على أن: "تنشأ بهذا محكمة جنائية دولية، وتكون المحكمة هيئة دائمة، لها السلطة لممارسة اختصاصها إزاء أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي، وذلك على النحو المشار إليه في هذا النظام الأساسي، وتكون المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية، ويخضع اختصاص المحكمة وأسلوب عملها لهذا النظام الأساسي"⁽¹⁾.

يستخلص من النص السابق، أن الاختصاص بالمعاقبة على أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي ينعقد بالأصل للقضاء الوطني⁽²⁾.

بناءً على ما سبق، يثور التساؤل عما إذا كان يترتب على الإحالة من مجلس الأمن إلى المدعي العام عدم استطاعة المحاكم الوطنية بعد ذلك ممارسة ولايتها القضائية في شأن الجريمة محل الإحالة، أم أن مبدأ التكامل يبقى واجب التطبيق على الرغم من لجوء مجلس الأمن إلى استعمال سلطته في الإحالة؟⁽³⁾

وفي الإجابة على هذا التساؤل، يرى بعض الفقه؛⁽⁴⁾ أن الإحالة من مجلس الأمن إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية من شأنها أن تعطل أي مبادرة تقوم بها المحاكم الوطنية في ممارسة اختصاصها بشأن الحالة موضوع الإحالة. وبعبارة أخرى، فإن مجلس الأمن يبقى صاحب القرار النهائي من حيث طلبه الإحالة، وذلك حقه في اللجوء إلى إلزام الدول الأعضاء في النظام الأساسي للمحكمة، و الدول غير الأعضاء بعدم مباشرة اختصاصها الجنائي اتجاه بعض القضايا لصالح المحكمة الجنائية الدولية، أو أي جهة قضائية، وذلك استناداً إلى مواد الفصل السابع من الميثاق، الذي يصبح هو المقيد أو الضابط لمبدأ التكاملية.

¹- المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

²- لؤي محمد حسين الناييف، مرجع سابق، ص. 534.

³- أحمد عبد الظاهر، "سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية"، مرجع سابق، ص. 15.

⁴- محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية: مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص. 166.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وقد يذهب الوضع أبعد من ذلك، حيث انه من الناحية القانونية والعملية ليس من حق المحكمة الجنائية الدولية أن ترفض طلب المجلس، إذا تأكد لديها أن الدولة قامت فعلا بكل إجراءات التحقيق والبحث والمحاكمة. إذ ليس للمحكمة أن تصرح عمليا بعدم قبول الحالة، إذا رأى مجلس الأمن أن الدولة المعنية غير قادرة، وبذلك يكون لمجلس الأمن أن يلزم المحكمة بالنظر في الحالة، حتى وإن سبق للدولة الفصل في القضية ومحاكمة مرتكبي السلوك الإجرامي بحكم اختصاصها الوطني. ففي هذه الحالات، تكون الدول ملزمة بالخضوع لقرارات مجلس الأمن⁽¹⁾.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه⁽²⁾ إلى اعتبار هذا الرأي يجانب الصواب لأسباب كثيرة أهمها:

- أن المحكمة الجنائية الدولية هي هيئة قضائية مستقلة؛ كما تم التنصيب على ذلك في ديباجة النظام الأساسي⁽³⁾ وهذه الاستقلالية تقتضي أن يكون للمحكمة القول الفصل في قبول الإحالة أو رفضها، بناءً على الأحكام المنصوص عليها في نظامها الأساسي، ومنها الأحكام المتعلقة بمبدأ التكاملية.

- أن مجلس الأمن يستمد صلاحياته في الإحالة من النظام الأساسي، وليس من ميثاق الأمم المتحدة، لذلك؛ فإن النظام الأساسي هو الذي يبين مدى هذه الصلاحية وحدودها وليس العكس. والقول بخلاف ذلك، يعني أن لمجلس الأمن أن يعدل النظام الأساسي للمحكمة، عن طريق مثل هذه القرارات، وهذا مخالف لما تنص عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات فيما يتعلق بتعديل المعاهدات الدولية⁽⁴⁾.

¹- بن عامر تونسي، مرجع سابق، ص.236.

²- ثقل سعد العجيجي، مرجع سابق، ص.31-32.

³- تنص الفقرة التاسعة من ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ما يلي: "إن الدول الأطراف قد عقدت العزم، من أجل بلوغ هذه الغايات، ولصالح الأجيال الحالية والمقبلة، على إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة مستقلة ذات علاقة بمنظومة الأمم المتحدة، وذات اختصاص على الجرائم الأشد خطورة التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره".

⁴- تنص المادة (39) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 على أنه: "يجوز أن تعدل المعاهدة باتفاق أطرافها...".

ج- عدم تحمل الأمم المتحدة نفقات المحاكمة.

إذا كانت الإحالة صادرة عن مجلس الأمن، فإن التساؤل يثور حول من يتحمل نفقات التحقيق والمحاكمة، وما إذا كانت هيئة الأمم المتحدة أو المحكمة الجنائية الدولية. يرى جانب من الفقه⁽¹⁾، أن المحكمة الجنائية الدولية ليست تابعة للأمم المتحدة بعكس المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، لهذا من الطبيعي أن لا تتحمل الأمم المتحدة أي نفقات بهذا الشأن. في حين يرى البعض الآخر⁽²⁾، أن الإجابة لا تخرج عن الاحتمالات الثلاث التالية:

✓ تحمل الأمم المتحدة نفقات التحقيق والمحاكمة، باعتبار أن المجلس يتصرف في هذه الحالة بموجب الفصل السابع من الميثاق، ولأن الإحالة إلى المدعي العام للمحكمة تندرج ضمن التدابير غير العسكرية التي يتخذها مجلس الأمن للمحافظة على السلم والأمن الدوليين.

✓ أن المحكمة الجنائية الدولية ذاتها هي التي تتحمل نفقات المحاكمة، ويشفع لهذا الرأي أن الأمر يتعلق بجريمة تدخل ضمن اختصاص المحكمة، ولا يهم نوع الجهة التي قامت بالإحالة، فيستوي أن تكون دولة طرف أو مجلس الأمن أو أن المدعي العام للمحكمة قد باشر التحقيق من تلقاء نفسه، فلا يجوز التفرقة بين ما إذا كانت الإحالة قد صدرت عن مجلس الأمن أو عن دولة طرف، والقول بتحمل الأمم المتحدة نفقات المحاكمة إذا كانت الإحالة صادرة عن مجلس الأمن.

✓ التفرقة بين ما إذا كانت الحالة موضوع الإحالة تتعلق بدولة طرف ووقعت في تاريخ لاحق على نفاذ النظام الأساسي للمحكمة، وبين ما إذا كانت الحالة تتعلق بدولة غير طرف دون أن تكون هذه الدولة قد قبلت اختصاص المحكمة بنظرها، ففي الفرض الثاني، يترتب على الإحالة الصادرة عن مجلس الأمن مد اختصاص المحكمة إلى وقائع لا يجوز للمحكمة نظرها إلا بناء على هذه الإحالة، ولذلك؛ يغدو من السائغ عقلا ومنطقا

¹ - محمد سامح عمرو، مرجع سابق، ص. 59.

² - أحمد عبد الظاهر، "سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية"، مرجع سابق، ص. 16.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

القول بتحمل هيئة الأمم المتحدة نفقات المحاكمة، أما في الفرض الأول، فإن المحكمة ذاتها هي التي تتحمل نفقات المحاكمة.

ويعارض بعض الفقه⁽¹⁾، الحكم الخاص بعدم تحمل الأمم المتحدة أي نفقات متكبدة فيما يتصل بالإحالة، مستندين في ذلك إلى أن هذا الحكم يخالف ما تم التفاهم عليه بين الدول المشاركة في الأعمال التحضيرية التي أسفرت عن تبني نظام روما الأساسي؛ إذ كان هناك اتفاق عام على أنه إذا ما أحال مجلس الأمن أي حالة من الحالات، يكون على الأمم المتحدة أن تتحمل النفقات المرتبطة بذلك، ويخالف أيضا المبدأ المتفق عليه الخاص بالتفاوض بحسن نية، والذي يعتمد على الالتزام بالتفاوض طبقا لما هو وارد بالاتفاق المبرم بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية. كما أن التوسع في استخدام مجلس الأمن لسلطته في الإحالة، يؤدي إلى تحمل الدول الأطراف في نظام روما الأساسي أعباء مالية كبيرة، ومن شأن ذلك أن يؤثر سلبا على العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية.

المحور الثاني: الواقع العملي لسلطة مجلس الأمن في الإحالة

إن محاولة فهم العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، وخاصة سلطة الإحالة المحددة بموجب الفقرة الثانية من المادة (13) من نظام روما الأساسي، لا يتوقف عند حدود الإطار النظري الذي يحكمها من نصوص قانونية وآراء فقهية، وإنما ينبغي أن يمتد لدراسة الواقع العملي حتى يتسنى الخروج باستنتاجات علمية تؤكد أهمية وجدوى المحكمة الجنائية الدولية من عدمها في مكافحة الإفلات من العقاب، وكذا أهمية سلطة مجلس الأمن في ممارسة صلاحياته، سواء تلك المتعلقة بمباشرة الإحالة أو تلك المحددة في ميثاق الأمم المتحدة في سبيل تحقيق الأمن والسلم الدوليين.

وعلى هذا الأساس، سنعمل على دراسة تطبيقات سلطة مجلس الأمن في الإحالة، بناء على نص المادة (13/ب) من نظام روما الأساسي، وهو ما حدث في حالة دارفور، والحالة في الجماهيرية العربية الليبية (الفقرة الأولى).

¹ - محمد سامح عمرو، مرجع سابق، ص. 59.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ونظرا لأهمية دراسة ممارسة مجلس الأمن لسلطته في الإحالة من الناحية العملية، فإنه لا بد من الإشارة إلى أهم الإشكاليات المترتبة عن قراري مجلس الأمن 1593 و1970 (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ممارسة مجلس الأمن الدولي لسلطة الإحالة

مارس مجلس الأمن الدولي سلطته في الإحالة في مناسبتين:

- الأولى: همت إحالة الوضع القائم في دارفور، منذ الفاتح من يوليو 2002 على المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، بواسطة القرار 1593.
- الثانية: شملت إحالة الوضع القائم في الجماهيرية العربية الليبية، منذ 15 فبراير 2011 على المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، بواسطة القرار 1970.

أولاً: إحالة الوضع القائم في دارفور

يمثل قرار مجلس الأمن الدولي 1593 السابقة الأولى من نوعها التي يستخدم فيها المجلس صلاحياته المخولة له بموجب المادة (13/ب)) من نظام روما بإحالة "حالة" إلى المحكمة الجنائية الدولية، على إثر الجرائم الخطيرة التي شهدتها إقليم دارفور بين الأطراف المتنازعة، فما هي خلفيات اعتماد القرار 1593 وما مضمونه؟

أ- خلفيات اعتماد القرار 1593.

أصدر مجلس الأمن بتاريخ 31 مارس 2005 القرار 1593، القاضي بإحالة "الحالة" المتعلقة بدارفور، منذ الفاتح من يوليو 2002 على المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، باعتبارها لا تزال تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين. إن هذه الخطوة، هي نتاج عدة قرارات سابقة صدرت عن المجلس في عام 2004، ومن ضمنها القرارين (1547)⁽¹⁾ و(1556)⁽²⁾، والذين أدانا أعمال العنف وانتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني في إقليم دارفور.

¹- قرار مجلس الأمن (1547) الذي اتخذه في الجلسة رقم 4988، بتاريخ 11 يونيو 2004.

²- قرار مجلس الأمن (1556) الذي اتخذه في الجلسة رقم 5015، بتاريخ 30 يوليو 2004.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ونظرا لعدم وفاء السودان بكامل التزاماته، بموجب القرار (1556) المتعلق بتحديد هوية الأشخاص المسؤولين عن تلك الانتهاكات، بمن فيهم "أفراد قوة الدفاع الشعبي وميليشيات الجنجويد" وتقديمهم للمحاكمة، فقد طلب مجلس الأمن من الأمين العام "أن يقوم على وجه السرعة بإنشاء لجنة تحقيق دولية، تضطلع فورا بالتحقيق في التقارير المتعلقة بانتهاكات القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، التي ترتكبهما جميع الأطراف في دارفور، وتحديد هوية مرتكبي تلك الانتهاكات لكفالة محاسبة المسؤولين عنها"⁽¹⁾.

وقد أنشئت اللجنة في أكتوبر 2004 بواسطة قرار مجلس الأمن (1564)، برئاسة "أنطونيو كاسيسيه" أستاذ القانون الدولي، وأول رئيس للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، وقدمت اللجنة تقريرها للأمين العام في 25 يناير 2005، حيث أوصت فيه بإحالة الوضع في دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية، عملا بأحكام المادة (13/ب) من نظامها الأساسي، لأن نظام العدالة في السودان أثبت عدم قدرته على التحقيق مع مرتكبي هذه الجرائم⁽²⁾.

ب- مضمون القرار 1593.

¹- الفقرة الثانية عشر من القرار (1564).

²- محمد محمود الزبيدي، "المحكمة الجنائية الدولية وأزمة دارفور... رؤية قانونية"، مجلة السياسة الدولية، العدد 173، أكتوبر 2008، ص.32.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أشار قرار مجلس الأمن 1593⁽¹⁾، إلى أن الوضع في دارفور يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، كما تضمنت ديباجته الإشارة إلى تقرير لجنة التحقيق الدولية في دارفور الذي استند إلى توصياتها بشأن إحالة النزاع إلى المحكمة.

ولعل من الغرابة ألا نجد في ديباجة القرار، أية إشارة إلى الفقرة (13/ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية،⁽²⁾ وإنما تمت الإشارة فقط في الفقرة الثانية من الديباجة إلى المادة (16) التي تقضي بأنه: "لا يجوز للمحكمة الجنائية الدولية البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة لمدة اثني عشر شهرا بعد أن يتقدم مجلس الأمن بطلب بهذا المعنى"، علاوة على ذلك، تضمنت الديباجة الإشارة إلى المادة (2/98) من نظام المحكمة التي تعد من أكثر مواد نظام روما إشكالاً.

أما فيما يتعلق بالقرارات التنفيذية، فقد نصت الفقرة الأولى، بإحالة الوضع القائم في دارفور منذ فاتح يوليو 2002 إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية. كما نصت الفقرة الثانية بوجوب تعاون حكومة السودان، وجميع أطراف الصراع الأخرى في دارفور تعاوناً كاملاً مع المحكمة والمدعي العام، وأن تقدم إليها كل ما يلزم من مساعدات. إلا أن هذه الفقرة عادت لتتنطوي لاحقاً على تناقض فاضح، حيث تضمنت العبارة التالية: "وإذ يدرك أن الدول غير الأطراف في نظام روما الأساسي لا يقع عليها أي التزام بموجب النظام الأساسي"، أي أن القرار (1593) يطلب من الحكومة السودانية كدولة غير طرف التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، في حين يدرك أن الدول غير الأطراف بموجب نظام روما غير ملزمة بموجب نظام المحكمة.

¹- أيد مشروع القرار كل من روسيا؛ الأرجنتين؛ البنين؛ تنزانيا؛ الدانمارك؛ فرنسا؛ رومانيا؛ الفلبين؛ المملكة المتحدة؛ اليابان؛ اليونان، وامتنعت عن التصويت كل من الجزائر، الصين، البرازيل، والولايات المتحدة الأمريكية.

²- Raffaele Cadin, « le cas du Darfour et les Relations entre la Cour Pénale Internationale et le Conseil de Sécurité », disponible à : <http://w3.uniroma1.it/...Le%20cas%20du%20Darfour%20-%20Cadin.pdf>.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

كما تكرر الفقرة السادسة من القرار (1593)، انتقائية واضحة من خلال استثناء فئات محددة من الأشخاص من الخضوع لاختصاص المحكمة، وتشمل هذه الفئات العاملين في قوات حفظ السلام في دارفور، حيث يظل هؤلاء خاضعين لاختصاص القضاء الوطني في بلادهم، مما يترتب عليه اعتبار الإحالة الموجهة من قبل مجلس الأمن، لم تعد بشأن "حالة" كما تتطلب ذلك المادة (13/ب)، بل أصبحت إحالة قضية إلى المحكمة، أي أن المحكمة لن يكون لها اختصاص، فيما يتعلق بهؤلاء الأشخاص الذين تم استثنائهم، حتى ولو نسبت لهم جرائم تدخل في اختصاص المحكمة، وهو ما يمكننا من فهم الغرض من إدراج المادة (2/98) في ديباجة القرار.

إضافة إلى ذلك، تضمنت الفقرة السابعة من القرار، الإشارة إلى أنه: "لا يجوز أن تتحمل الأمم المتحدة، أية نفقات متكبدة فيما يتصل بالإحالة، بما فيها النفقات المتعلقة بالتحقيقات أو الملاحظات القضائية، وأن تتحمل تلك التكاليف الدول الأطراف في نظام روما الأساسي، والدول التي ترغب في الإسهام فيها طواعية"، الأمر الذي يتعارض صراحة مع ما هو منصوص عليه في المادة (115/ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

إن القراءة الأولية للقرار (1593)، تقود إلى العديد من التساؤلات بشأن التناقض الشديد الذي انطوت عليه أحكامه، ولاسيما ما يتعلق بإغفاله الإشارة إلى المادة (13/ب)، والاستعانة عن ذلك بالإشارة إلى المادة (16).⁽¹⁾

وأيا كان موقفنا من هذا القرار، فإن المحكمة الجنائية الدولية عملت على اغتنام هذه الفرصة، التي مكنتها منها مجلس الأمن الدولي للشروع في إجراءاتها، فيما يتعلق بالحالة في دارفور.

ثانيا : إحالة الوضع في الجماهيرية العربية الليبية

¹ - لؤي محمد حسين النايف، مرجع سابق، ص.543.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أصدر مجلس الأمن الدولي بتاريخ 26 فبراير 2011 القرار 1970، القاضي بإحالة الوضع في الجماهيرية العربية الليبية على المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، فما هي خلفيات إصدار هذا القرار وما مضمونه؟.

أ- خلفيات اعتماد القرار 1970.

على إثر الاحتجاجات الجماهيرية ضد النظام في كل من تونس ومصر المجاورتين، دعا الليبيون إلى مظاهرات مماثلة في 17 فبراير 2011 ضد العقيد معمر القذافي وحكمه الذي دام 42 عاما،⁽¹⁾ ورغم سلمية الاحتجاجات والتظاهرات في البداية، والمطالبة بإصلاحات عاجلة، إلا أن عنف النظام والبيئة الإقليمية السائدة وقتذاك، جعلها تتحول بسرعة إلى مطالبات بسقوط النظام.

وفي محاولة لإخماد تلك الاحتجاجات، أوقفت الحكومة الليبية في النصف الأول من فبراير 2011 عددا من الناشطين والصحافيين المدافعين عن الديمقراطية، وبدلا من إخماد الاضطراب، ساهم اعتقال ناشطين بارزين (فتحي تربول- فرج الشرايبي) في اللجنة التنسيقية لأهالي "بوسليم" على إطلاق شرارة المظاهرات في بنغازي في 15 فبراير 2011، وعلى الرغم من إطلاق سراحهما بسرعة، إلا أن ذلك لم يفلح في تهدئة الغضب العام. ففي 16 فبراير اشتدت الاحتجاجات وانتشرت في المدن الليبية، حيث ردت عليها قوات نظام امعمر القذافي بقوة مفرطة وقاتلة في بعض الأحيان، نتيجة إطلاق الذخيرة الحية على المتظاهرين العزل دون سابق إنذار، إذ قتل بعض المحتجين في بنغازي والبيضا في الفترة ما بين 16 و20 فبراير 2011، وقتل ما يزيد عن 200 من المحتجين في طرابلس، كما سجل سقوط عدد من الضحايا في طبرق ومصراتة والزاوية.

¹ - التقرير الكامل للجنة الدولية لتقصي جميع انتهاكات القانون الدولي المزعومة في ليبيا، المقدم لمجلس الأمم المتحدة المعني بحقوق الإنسان، مارس 2012، ص. 29-30. متوفر على الرابط التالي:

- https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-68_ar.doc

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وفي أواخر فبراير 2011، بدأ الشعب بحمل السلاح - الذي جرى الاستيلاء عليه من مخازن حكومية- وراح يصطدم مع قوات الأمن، كما حصل بعضهم على أسلحة من عناصر مشتقة من قوات الأمن. وقد أنعى امعمر القذافي في 22 فبراير من نفس السنة في أول خطاب له في التلفزيون الوطني الليبي منذ بداية الاحتجاجات، بلائمة المشكلة في ليبيا على أجنب، وقال إن البلاد بحاجة لأن تطهر من المحتجين، الذين دعاهم بـ"الجرذان".

بعد ذلك، تطور نزاع مسلح بين قوات القذافي والقوات المناهضة له، التي غدت مسلحة ومنظمة، ساعدها في ذلك معرفة المنشقين وخبرتهم، الأمر الذي أدى إلى سقوط معظم شرق ليبيا في أيدي قوات "الثوار"، وفي 26 فبراير 2011، واستجابة للعنف المتصاعد والتقارير التي تشير إلى انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان، أصدر مجلس الأمن الدولي القرار (1970) الذي يقضي بفرض حظر على بيع الأسلحة إلى ليبيا، وإحالة الوضع هناك إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية.⁽¹⁾

ب- مضمون القرار 1970.⁽²⁾

أعرب القرار في ديباجته، عن القلق البالغ إزاء الوضع في الجماهيرية العربية الليبية، كما شجب الانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان، بما في ذلك قمع المتظاهرين المسلمين وقتل المدنيين. كما رحب أيضا، بقرار مجلس حقوق الإنسان المؤرخ في 25 فبراير 2011، بما في ذلك قراره إيفاد لجنة دولية مستقلة على وجع الاستعجال للتحقيق في جميع انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان المزعوم ارتكابها في الجماهيرية العربية الليبية، وذلك للوقوف على حقائق وظروف وقوع تلك الانتهاكات والجرائم المرتكبة وتحديد هوية الضالعين فيها⁽³⁾.

¹- التقرير الكامل للجنة الدولية لتقصي جميع انتهاكات القانون الدولي المزعومة في ليبيا، مرجع سابق، ص.30.

²- قرار مجلس الأمن (1970)، مرجع سابق.

³- قرار مجلس الأمن (1970)، نفس المرجع السابق، ص.1.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إلا أن الملاحظ على القرار خلوه من أي إشارة إلى المادة (13/ب) من نظام روما، وإنما أشار فقط إلى المادة (16) منه، على غرار قراره السابق فيما يخص الحالة في دارفور بواسطة القرار 1593.

أما فيما يتعلق بالفقرات التنفيذية، فقد أقر ما يلي:

✓ يطالب بوقف العنف فوراً، ويدعو إلى اتخاذ الخطوات الكفيلة بتلبية

تلك المطالب المشروعة للسكان؛

✓ يهيب بالسلطات الليبية التحلي بأقصى درجات ضبط النفس، واحترام

حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وضمان سلامة جميع الرعايا الأجانب وأموالهم، إضافة إلى ضمان مرور الإمدادات الإنسانية والطبية، كما طلب إلى جميع الدول الأعضاء التعاون قدر الإمكان في إجلاء الرعايا الأجانب الراغبين في مغادرة الأراضي الليبية؛

✓ إحالة الوضع القائم في الجماهيرية العربية الليبية منذ 15 فبراير 2011

إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية؛

✓ يقرر أن تتعاون السلطات الليبية تعاوناً كاملاً مع المحكمة ومع المدعي

العام، وتقدم لهما ما يلزمهما من مساعدة عملاً بمقتضيات هذا القرار، وإذ يسلم بأن الدول غير الأطراف في نظام روما الأساسي لا يقع عليها أي التزام بموجب هذا النظام، يحث جميع الدول والمنظمات الدولية المهتمة بالأمر على التعاون التام مع المحكمة والمدعي العام؛

✓ يقرر أن الرعايا، أو المسؤولين الحاليين أو السابقين، أو الأفراد القادمين

من دولة خارج الجماهيرية العربية الليبية وليست طرفاً في نظام روما، يخضعون للولاية الحصرية لتلك الدولة في جميع ما يزعم وقوعه من تصرفات أو أعمال تقصير ناجمة عن العمليات التي ينشئها أو يأذن بها مجلس الأمن الدولي في الجماهيرية العربية الليبية أو تكون متصلة بها، ما لم تتنازل الدولة صراحة عن تلك الولاية القضائية الحصرية؛

✓ يدعو المدعي العام إلى إفادة المجلس بالإجراءات المتخذة عملاً بهذا القرار

في غضون شهرين من اتخاذه ومرة كل ستة أشهر بعد ذلك؛

المجلة المغربية لتاريخ القانون

✓ يسلم بأن الأمم المتحدة لن تتحمل أي نفقات تنجم عن إجراء الإحالة، بما في ذلك ما يتصل بها من نفقات تتعلق بالتحقيقات أو الملاحقات القضائية، وأن تتحمل تلك التكاليف أطراف نظام روما الأساسي والدول التي ترغب في الإسهام فيها طواعية؛

✓ الالتزام بالاستعراض: يؤكد المجلس أنه سيواصل استعراض الأعمال التي تقوم بها السلطات الليبية، وأنه سيظل على استعداد لاستعراض مدى ملائمة التدابير الواردة في هذا القرار، بما في ذلك تعزيز تلك التدابير أو تعديلها أو تعليقها أو رفعها.

الفقرة الثانية: الإشكاليات المترتبة على قراري الإحالة

أثار قرار مجلس الأمن الدولي (1593) القاضي بإحالة ملف دارفور، والقرار (1970) القاضي بإحالة ملف الجماهيرية العربية الليبية على المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، إشكالات عدة شملت أساسا ولاية المحكمة الجنائية الدولية على الدول غير الأطراف وتنازع الاختصاص (أولا)، وتمويل الإحالة والحصانة (ثانيا).

أولا: ولاية المحكمة على أقاليم الدول غير الأطراف وتنازع الاختصاص

أ- ولاية المحكمة الجنائية الدولية على أقاليم الدول غير الأطراف.

خلفت مسألة ولاية المحكمة الجنائية الدولية على أقاليم الدول غير الأطراف، انقساما واضحا بين اتجاه مؤيد وآخر معارض.

وينطلق أنصار الاتجاه المؤيد من مجموعة من المبادئ الفلسفية والقيم والنصوص القانونية الدولية وتفسيراتها في قراءة خاصة، يمكن إجمال أهم ملامحها ومضامينها في ما يلي:

- أن المادتين (25)⁽¹⁾ و(103)⁽²⁾ من ميثاق الأمم المتحدة تقضيان بوجوب تنفيذ

القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، وأن قرار هذا الأخير بالإحالة سوف يكون له السمو على

¹- تنص المادة (25) من ميثاق الأمم المتحدة على ما يلي: "يتعهد أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفق هذا الميثاق".

²- تنص المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة على ما يلي: "إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقا لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به، فالعبرة بالتزامهم المترتبة على هذا الميثاق".

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أحكام النظام الأساسي للمحكمة، وعليه؛ يكون قرار المجلس الصادر بموجب الفصل السابع من الميثاق بالإحالة سالباً للاختصاص القضائي الوطني بالنسبة للدول المعنية، ويحد من مبدأ التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية⁽¹⁾.

- رغم أن وضوح نص المادة (13/ب) من نظام روما، يمتنع معه اللجوء إلى التفسير، فإن فهم هذه الفقرة وفقاً لسياق الاتفاقية والغاية منها، ووفقاً لتاريخ المحاكمات الجنائية الدولية قبلها، يقتضي بسريتها على الدول التي لم تصادق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وليس العكس.

وأية ذلك، ما أوردته الدائرة التمهيدية الأولى في قضيتي "أحمد هارون" و"علي كشيبي" من أن السودان، بالنظر إلى المعيارين الإقليمي والشخصي ليست دولة طرفاً في النظام الأساسي، بيد أنه عملاً بالفقرة (ب) من المادة (13) من النظام الأساسي لا تطبق الفقرة الثانية من المادة (12)، إذا كان مجلس الأمن هو الذي أحال "الحالة" على المحكمة الجنائية الدولية، بمقتضى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. وعليه، يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها في الجرائم التي ارتكبت على إقليم دولة ليست طرفاً في النظام الأساسي⁽²⁾، وأبسط ما يشترط في هذه الحالة، أن تشكل الوقائع المحالة تهديداً للسلم والأمن الدوليين، وفقاً لمنطوق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، باعتبار الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ملزمة باحترام قرارات مجلس الأمن وتنفيذها بمقتضى المادة (25) من ميثاق الأمم المتحدة.

ويخلص أنصار هذا الرأي، إلى أن قراءة المادة (13/ب) في ضوء الفقرة الثانية من المادة (12) من النظام الأساسي⁽³⁾، تكفل لمجلس الأمن الحق بإحالة الدعوى إلى المحكمة،

¹ - محمد سامح عمرو، مرجع سابق، ص. 46.

² - قرار بشأن الطلب الذي قدمه الادعاء بمقتضى الفقرة السابعة من المادة (58) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، قضية "أحمد هارون" و"علي كشيبي"، رقم الوثيقة ICC-02/05-01/07، بتاريخ 27 أبريل 2007، ص. 6. متوفر على الرابط التالي:

- www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc279810.PDF.

³ - تنص الفقرة الثانية من المادة (12) على ما يلي:

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ولو انصرفت الحالة إلى جريمة دولية، لم تقبل جميع الدول المعنية بها، ومن ثم ترتب ذلك إعفاء إحالات مجلس الأمن من مقتضيات "قاعدة الرضائية"، التي تشترط موافقة مجمل الدول المعنية، لإثارة الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾.

وإذا كانت الحجة الرئيسية لمؤيدي قراري المحكمة الجنائية الدولية، بشأن الوضع في إقليم دارفور وليبيا، هي استناد الإحالة إلى قراري مجلس الأمن رقم (1593) و(1970)، فإن الحجة الرئيسية لمعارضتي القرارين، قامت بالأساس على أن نظام روما هو عبارة عن معاهدة دولية، وبالتالي فإنه يخضع لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، مما يترتب عن ذلك النتائج التالية:

- نسبة أثر المعاهدات الوارد في المادة (34) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات⁽²⁾، فلا يسري نظام روما بأي شكل من الأشكال، إلا على الدول التي انضمت إليه، ويطبق هذا النص بشكل أشد صرامة ما دامت العضوية تعني اختصاص المحكمة، وما دام اختصاص المحكمة لا يعتمد على قبول مستقل للعضوية عن هذا الاختصاص من جانب الدولة كما هو الحال في محكمة العدل الدولية⁽³⁾.

- ما دام نظام المحكمة معاهدة دولية، فإن النزاع حول ما جاء في هذا النظام في التفسير والتطبيق بين المحكمة ودولة طرف، أو بين المحكمة ودولة غير طرف يخضع

- في حال الفقرة (أ) أو (ج) من المادة (13)، يجوز أن تمارس اختصاصها إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول التالية طرفاً في هذا النظام الأساسي، أو قبلت باختصاص المحكمة وفقاً للفقرة الثالثة:

(أ)- الدولة التي وقع في إقليمها السلوك قيد البحث أو دولة تسجيل السفينة أو الطائرة إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على متن سفينة أو طائرة؛

(ب)- الدولة التي يكون الشخص المتهم بالجريمة أحد رعاياها.

¹ - محمد عاشور مهدي، المحكمة الجنائية الدولية والسودان: جدل السياسة والقانون، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 2011، ص.46.

² - تنص المادة (34) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 على ما يلي: "لا تنشئ المعاهدة التزامات أو حقوقاً للدولة الغير بدون رضاها".

³ - عبد الله الأشعل، السودان والمحكمة الجنائية الدولية، دار الكتاب القانوني، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009، ص.67.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لاختصاص محكمة العدل الدولية، التي عينتها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات للفصل في مثل هذه المنازعات، وذلك إما بحكم قضائي أو رأي استشاري إذا توفرت شروطهما، وقد أشار نظام المحكمة في المادة (119) إلى طرق تسوية المنازعات المتعلقة بهذا النظام⁽¹⁾.

- لو كان اشتراط نصاب معين من الدول المصدقة سببه أن معاهدة المحكمة الجنائية الدولية تسري على غير الدول المصدقة عليها، لما نصت المادة (11) في فقرتها الثانية على بدء سريان نظام المحكمة على الدول التي تنظم إليه بعد نفاذه على الجرائم الواقعة بعد تاريخ هذا الانضمام، وبدء نفاذ نظام المحكمة بالنسبة إلى الدول المنضمة. إذ يؤكد ذلك النص حق الدول الأعضاء في الانسحاب من الاتفاقية (المادة 127)، بل وانسحاب الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل من المعاهدة بعد التوقيع عليها لثلا تنطبق عليهما أحكام نظامهما، فلو أن الاتفاقية ستطبق على الدول الأعضاء وغير الأعضاء، لما كان للانسحاب أي قيمة أو معنى.⁽²⁾

ب- تنازع الاختصاص بين القضاء الدولي والقضاء الوطني.

تضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وفقاً لمبدأ التكامل، عدداً من الضمانات التي تحفظ للقضاء الجنائي الوطني صلاحيته، في نظر الجرائم التي تقع ضمن اختصاصه من خلال ما نصت عليه المواد (17) و(18) و(19)، لكن نظام روما لم يعالج بشكل واضح هل مبدأ التكامل قابل للتطبيق أم لا؟.

بخلاف المادة (18)، التي لا توجي بإمكانية انطباق مبدأ التكامل في حالة الإحالة من مجلس الأمن، وهو أمر لا يجب التسليم به، نجد المادتين (19) و(53) من نظام المحكمة

¹- تنص المادة (119) على ما يلي:

(أ)- يسوى أي نزاع يتعلق بالوظائف القضائية للمحكمة بقرار للمحكمة.

(ب)- يحال إلى جمعية الدول الأطراف أي نزاع آخر بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف بشأن تفسير أو تطبيق هذا النظام الأساسي لا يسوى عن طريق المفاوضات في غضون ثلاثة أشهر من بدايته، ويجوز للجمعية أن تسعى هي ذاتها لتسوية النزاع أو أن تتخذ توصيات بشأن أية وسائل أخرى لتسوية النزاع، بما في ذلك إحالته إلى محكمة العدل الدولية وفقاً للنظام الأساسي لتلك المحكمة.

²- محمد عاشور مهدي، مرجع سابق، ص. 66.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

تنطبقان على إحالات مجلس الأمن، فوفقا للمادة (19/2/ب) يمنح النظام الأساسي الحق لأي دولة لها اختصاص النظر في الدعوى لكونها تحقق أو تباشر المقاضاة في الدعوى، أو الدولة التي يطلب قبولها بالاختصاص عملا بالمادة (12) بالطعن في مقبولية الدعوى المنظورة أمام المحكمة⁽¹⁾.

كما أن كلا من الفقرتين الفرعيتين (1/53/ب) و(2/53/ب) تكفلان إمكانية قيام المدعي العام بالنظر هل القضية مقبولة أو يمكن أن تكون مقبولة بموجب المادة (17) بما في ذلك القضايا المنظورة بموجب الإحالة من مجلس الأمن. ولما كان مبدأ التكامل يعد من المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها نظام المحكمة، فإنه يجب احترام أولوية الإجراءات القضائية الوطنية حتى في ظل الإحالة من قبل مجلس الأمن، وهذا ما لم تتم مراعاته في المادة (18).

وبناءً على ما سبق، يمكننا أن نقر بأن إحالة "حالة ما" إلى المحكمة من قبل مجلس الأمن لا يحول دون إمكانية تطبيق مبدأ التكامل، مما يعني أنه بوسع الحكومة السودانية الاستفادة مما جاءت به المادة (17) بشأن المسائل المتعلقة بمقبولية الدعوى⁽²⁾. وبالنظر إلى أحكام الفقرة (أ) من المادة (1/17)، التي تفترض وجود حالة من التزام من انعقاد الاختصاص وفي ممارسته أيضا، ومن ثم؛ فإن تقدير قبول الدعوى أمام المحكمة سوف يظهر أشبه بعملية الفصل في حالة تنازع الاختصاص القضائي، وباعتبار أن مسألة الفصل في هذه المسائل في إطار الأنظمة الوطنية غالبا ما تقوم به سلطة قضائية عليا تتولى تعيين المرجع المختص، فإننا نجد أنه في حالة المحكمة الجنائية الدولية فالأمر موكل للمحكمة نفسها مما يجعلها خصما وحكما في آن واحد.

ويبدو هذا الأمر جليا في حالة دارفور، إذ نجد أن هناك جهتين تتنازعان الاختصاص في نظر الانتهاكات التي وقعت في إقليم دارفور، هما القضاء الجنائي الوطني في

¹- لؤي محمد حسين نايف، مرجع سابق، ص.545.

²- لؤي محمد حسين نايف، مرجع سابق، ص.545.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

السودان من جهة، والمحكمة الجنائية الدولية من جهة أخرى⁽¹⁾. وبحسبان أن مجلس الأمن بموجب القرار (1593) مكن المحكمة من ممارسة اختصاصها حيال جرائم تخضع للاختصاص الأصلي للقضاء السوداني، استناداً إلى مبدأى الإقليمية والشخصية الإيجابية، مما يدفعنا إلى القول: أن تصرف مجلس الأمن بإحالة الوضع في دارفور إلى المحكمة قد فرض حالة من التنازع الإيجابي للاختصاص بين القضاء الوطني السوداني والمحكمة الجنائية الدولية⁽²⁾. ونفس الأمر حدث في قضية "سيف الإسلام القذافي"، مما دفع الدائرة التمهيدية الأولى في المحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 31 ماي 2013 إلى إصدار قرار يقضي برفض الطعن الذي قدمته ليبيا بموجب المادة (19) من نظام روما الأساسي.

ثانياً: تمويل الإحالة والحصانة

أ- تمويل الإحالة.

لما كانت المحاكمات الدولية وما يرتبط بها من تحقيقات شديدة التكاليف، حرص قرار مجلس الأمن (1593) في فقرته السابعة،⁽³⁾ على التشديد على عدم تحمل الأمم

¹ في أعقاب قرار المدعي العام بالشروع في التحقيق، قدمت حكومة السودان معلومات إلى مكتب المدعي العام بشأن إنشاء محكمة خاصة جديدة مهمتها محاكمة المسؤولين المفترضين عن الجرائم التي ارتكبت في دارفور. وحسب خطاب موجه من البعثة الدائمة للسودان لدى الأمم المتحدة إلى رئيس مجلس الأمن، قامت وزارة العدل في 7 يونيو 2005 في أعقاب أعمال اللجنة القومية لتقصي الحقائق، بإنشاء المحكمة الجنائية الخاصة بأحداث دارفور. وكان الأساس القانوني لإنشائها هو القرار رقم 702، الذي اعتمده وزير العدل السيد جلال الدين محمد عثمان، بما يتماشى مع المادة (10/هـ) من قانون المجلس القضائي لعام 1986، والمادتين (6) و(4) من قانون الإجراءات الجنائية لعام 1991. راجع تقرير حول المائدة المستديرة المنظمة من قبل المنظمة السودانية لمناهضة التعذيب والفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان حول موضوع المحكمة الجنائية الدولية والسودان: الوصول للعدالة وحقوق المجني عليهم، بتاريخ 2 و3 أكتوبر 2005، مركز الخرطوم لحقوق الإنسان والتنمية البيئية، عدد 2/441، مارس 2006، ص. 13. متوفر على الرابط التالي: http://www.iccnw.org/documents/Fidh_SudanICCRReport_Mar06_ar.pdf

² لؤي محمد حسين نايف، مرجع سابق، ص. 546.

³ تنص الفقرة السابعة من القرار (1593) على أن مجلس الأمن: "يسلم بأنه لا يجوز أن تتحمل الأمم المتحدة أية نفقات متكبدة فيما يتصل بالإحالة بما فيها النفقات المتعلقة بالتحقيقات أو الملاحظات القضائية فيما يتصل بتلك الإحالة، وأن تتحمل تلك التكاليف الأطراف في نظام روما الأساسي والدول التي ترغب في الإسهام فيها طواعية".

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المتحدة النفقات المالية المتعلقة بالمحاكمات وإجراءات التقاضي والتحري، وأن تتحمل هذه النفقات الدول الأعضاء في معاهدة روما، والدول الأخرى التي تريد التطوع بإسهامات مالية.⁽¹⁾

إذ تم إدراج هذه الفقرة بطلب من الولايات المتحدة الأمريكية، التي اشترطت أنها لن تتحمل المصاريف المتعلقة بالتحقيقات والإجراءات القانونية، وإلا فإنها ستصوت ضد القرار.⁽²⁾

كما نصت الفقرة (ب) من المادة (115) من نظام روما الأساسي، على أن تغطى نفقات المحكمة من الأموال المقدمة من الأمم المتحدة، رهنا بموافقة الجمعية العامة، وبخاصة فيما يتصل بالنفقات المتكبدة نتيجة للإحالات من مجلس الأمن. ولعله مما لا يحتاج إلى عناية كبير للإثبات، الزعم بأن الفقرة السابعة من قرار مجلس الأمن (1593) تتعارض تعارضاً صارخاً مع الفقرة (ب) من المادة (115) من نظام روما الأساسي.⁽³⁾

ب- الحصانة.

إن الإشكال الملازم لحالتي دارفور وليبيا لا يكمن في عدم وجود آلية إلزامية من طرف المحكمة، لكنه يكمن في قانونية وشرعية قرار مجلس الأمن (1593) و(1970) بإحالة ملفي السودان وليبيا إلى المحكمة الجنائية الدولية. فرغم مسؤولية مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، فإن بعض عناصر المعالجة السياسية للأليات القانونية – تحت الفقرة السادسة من القرار- توضح بجلاء عدالة المنتصر.

¹ - محمد عاشور مهدي، مرجع سابق، ص.30.

² - Corrina Heyder, « The U.N. Security Council's Referral of the Crimes in Darfur to the International Criminal Court in Light of U.S. Opposition to the Court: Implications for the International Criminal Court's Functions and Status», Berkeley Journal of International Law, Volume 24, 2006, p.7.

³ - محمد هاشم ماقورا، علاقة المحكمة الجنائية الدولية بمجلس الأمن، ص.11. مقال متوفر على الرابط :
- <http://www.aladel.gov.ly/main/modules/sections/item.php?itemid=286>

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إذ أن الفقرة السادسة من القرارين⁽¹⁾، تهدف إلى تحييد ولاية المحكمة الجنائية الدولية على مواطني أي دولة من الدول المساهمة من خارج السودان لا تكون طرفاً في نظام روما الأساسي، أو مسؤوليها أو أفرادها الحاليين أو السابقين⁽²⁾. فهذه الفقرة من القرارين، والتي تم تضمينها بطلب من الولايات المتحدة الأمريكية، تمنح استثناء ملحوظاً وسابقة لضمان عدم مثول رعاياها أمام المحكمة الجنائية الدولية⁽³⁾، ولقطع الطريق عن محاولات تسييس المتابعات ضد المسؤولين العسكريين الأمريكيين، مما يعني حصانة لكل المواطنين الأمريكيين والتي كانت متوقعة، وبالتالي كان هامش الحصانة الممنوح مفاجئاً بما أنه لم يقتصر على العسكريين فقط، بل امتد كذلك إلى كل المواطنين الأمريكيين⁽⁴⁾.

وقد نجحت الولايات المتحدة الأمريكية في تمرير النص ذاته، في قرار سابق متعلق بليبيريا، إذ من المعلوم أنه يكفي لانعقاد اختصاص المحكمة أن تكون الجريمة قد وقعت على إقليم دولة طرف أو بواسطة رعايا دولة طرف، وهذا يعني أن المحكمة تستطيع

¹- تنص الفقرة السادسة من القرار (1593) على ما يلي: "يقر إخضاع مواطني أي دولة من الدول المساهمة من خارج السودان لا تكون طرفاً في نظام روما الأساسي، أو مسؤوليها أو أفرادها الحاليين أو السابقين، للولاية الحصرية لتلك الدولة المساهمة عن كل ما يدعى عن ارتكابه أو الامتناع عن ارتكابه من أعمال نتيجة للعمليات التي أنشأها أو أذن بها المجلس أو الاتحاد الأفريقي، أو فيما يتصل بهذه العمليات، ما لم تتنازل تلك الدولة المساهمة عن هذه الولاية الحصرية تنازلاً واضحاً".

²- Jimenez Ezequiel, « Seeking Global Reform: The United Nations Security Council, The International Criminal Court, and Emerging Nations », Macalester International, Vol.30, 2012, p. 92.

³- كما أن الفقرة الرابعة من القرار، تتضمن إشارة رمزية إلى اتفاقيات الحصانة التي تم التفاوض عليها بين الولايات المتحدة الأمريكية حسب المادة (2/98) من نظام روما، فهذه الأخيرة تشير إلى اتفاقيات الحصانة الثنائية التي أبرمت بين الولايات المتحدة وعدد من الدول، والتي تضمن للمسؤولين العسكريين الأمريكيين عدم تسليمهم إلى المحكمة الجنائية الدولية بدون موافقة الولايات المتحدة، فالمادة (98) تعترف بأن بعض الدول لها اتفاقيات قائمة سابقاً تلزمهم تسليم الموظفين المرتكبين لجريمة ما إلى الدولة التي ينتمون إليها، ذلك أن واضعي المادة (2/98) قد سعوا إلى معالجة أي مفارقات يمكن أن تظهر مستقبلاً كنتيجة للاتفاقيات المبرمة من قبل، ولتسهيل التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية. للمزيد من التفاصيل، راجع: Corrina Heyder, Op.Cit, p.9.

⁴- Corrina Heyder, Op.Cit, p.8.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ممارسة ولايتها على أحد رعايا دولة غير طرف إذا ارتكبت الجريمة على إقليم دولة طرف. وبذلك، فإن إخضاع مواطني الدول المساهمة للولاية الحصرية لدولتهم لا يعد فقط قيوداً على تطبيق الدول لمبدأي الاختصاص الإقليمي والعالمي، بل أيضاً على ممارسة المحكمة للولاية المقررة لها بمقتضى المادة (2/12) من النظام الأساسي، كما يعد محاولة للتعديل في نص الاتفاقية متعدياً لاختصاص المجلس. ولا يقدح من ذلك ما يقرره نص المادة (103) من الميثاق، إذ هي لا تنشئ التزاماً إلا على الدول الأعضاء، والمحكمة الجنائية الدولية ليست بدولة طرف في الميثاق، فضلاً على أن المادة (2) من الاتفاقية المنظمة للعلاقة بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية، تنص على أن الأولى تدرك استقلالية المحكمة ككيان قضائي دائم، وأن كل منهما يحترم وضعيته واختصاص الآخر، ومن ثم يكون المجلس - كإحدى هيئات الأمم المتحدة- ملتزماً بذلك⁽¹⁾.

كما أن الفقرة السادسة من القرار تتناقض بشكل صريح مع ميثاق الأمم المتحدة ومع نظام روما، فتعارضه مع الميثاق؛ سببه أن مجلس الأمن في هذه الأحوال قد ابتدع لنفسه سلطات ليست واردة في الميثاق، يطلق عليها تجاوز الاختصاص، أما عن المجلس فقد تجاوز أو انتهك نظام روما، فذلك واضح من أن سلطة المجلس المبتدعة وفقاً للميثاق تصبح بدعة أخرى بالنسبة لنظام روما، حيث لا يملك المجلس إزاء المحكمة إلا ما قرره نظام المحكمة نفسه للمجلس أن يصادر على سلطة المحكمة في أن تقرر نطاق اختصاصها الشخصي. كما أن قرار مجلس الأمن (1593) وإن كان منسجماً مع قراره الصادرين عامي 2002 و 2003 بصدد إعفاء الرعايا الأمريكيين من اختصاص المحكمة، فإنه ينطوي على انتهاك قاعدة عدم التمييز بين الدول وبين رعاياها أمام القانون، فهو تمييز وإن بررته أوضاع القوة في المجتمع الدولي، فلا يجد له تبريراً في نظر القانون الدولي⁽²⁾.

¹ - محمد محمود الزبيدي، مرجع سابق، ص.34.

² - عبد الله الأشعل، مرجع سابق، ص.98-99.

خاتمة:

جاء نظام روما الأساسي ليؤكد بوضوح أن المحكمة الجنائية الدولية هي محكمة مستقلة، لكنه تضمن عدد من الأحكام التي ثار حولها الجدل، والمرتبطة بطبيعة العلاقة بين مجلس الأمن الدولي والمحكمة الجنائية الدولية، والتي تتأسس - حسب فقهاء القانون الدولي- على وحدة الهدف الذي يسعى كلاهما لتحقيقه، والمتمثل في حفظ السلم والأمن الدوليين، وتحقيق العدالة الجنائية الدولية.

ومع ذلك، فقد أثار الوضع الخاص بسلطة مجلس الأمن في الإحالة بموجب المادة (13/ب) من النظام الأساسي الكثير من الإشكاليات، حيث أثبتت الممارسة العملية أن العلاقة بينهما يشوبها خطر التسييس، ولاسيما في ضوء اختلاف طبيعة الجهازين، فالمحكمة الجنائية الدولية؛ جهاز قضائي دولي مستقل، في حين يعتبر مجلس الأمن أحد الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة ذات الطبيعة السياسية، والموكل له مهمة السهر على حفظ السلم والأمن الدوليين.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب: مبررات التعديل ومنهجية الإصلاح

ذ: عبد القادر قرموش

أستاذ بكلية الحقوق بفاس

مقدمة:

مما لا شك فيه أن لظهير الوضعية المدنية للأجانب إيجابياته، لكن المجال هنا أعتقد أنه ليس لاستعراض تلك الحسنات، فالغاية من هذا النقاش الفكري الهادف هو السعي إلى تحقيق الأفضل لهذا القانون، وهو ما يعني التركيز على ما ينبغي تقيمه وتقويمه في هذا القانون.

ولذلك حسبنا في هذا المقام أن نقتصر في دراستنا هذه على الحالة الشخصية للأجانب بالمغرب وذلك من باب خدمة المنهج، لأبادر إلى القول بأن القصد منه هو البحث أو التساؤل عن مبررات ودواعي تعديل هذا الظهير، أو بعبارة أخرى هل هنالك من مبررات موضوعية للمطالبة بهذا التعديل؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب فإن السؤال الثاني الذي يطرح: هو كيف يمكننا تصور هذا التعديل من أجل مراجعة ناجعة لهذا القانون؟

وإذا كانت العديد من القوانين الوطنية ذات الطبيعة الموضوعية وكذا الشكلية عرفت تعديلات جذرية منذ فجر الاستقلال، فإن ظهير الوضعية المدنية للأجانب ظل غائبا أو مغيبا عن كل هذه التطورات والتغييرات التشريعية رغم مرور أزيد من قرن من الزمن عن صدوره، ولعله كان من المفروض أن يتم إصلاح هذا القانون أو على الأقل تدارك ما تعمد مشرع الحماية تجاهه، إلا أن لا شيء من ذلك وقع، ونعتقد أن هذا الأمر راجع إلى عوامل عديدة ومتعددة لعل من أهمها النظرة الكلاسيكية التي أعطيت لهذا القانون "كقانون يكرس ويحمي مبدأ الاحترام المطلق للقانون الشخصي الأجنبي" كحق من حقوق الشخصية. وإذا كان هذا التصور الكلاسيكي لم يعد يصمد على الرد لكون جل قواعد الإسناد المقارنة عرفت تعديلات في ضوابط إسنادها مثل ضابط الموطن أو الإقامة أو غيرهما وذلك بما يلائم مصالح الدول وسياساتها تجاه ظاهرة الهجرة واللجوء، فإن تعديل ظهير الوضعية المدنية

المجلة المغربية لتاريخ القانون

للأجانب بالمغرب أصبح حاجة ضرورية أكثر من أي وقت مضى لظروف تعتبر من وجهة النظر الموضوعية مبررات مقبولة لتعديله.

وإذا كان أيضا هذا الظهير قد واجهته ومنذ صدوره العديد من المشاكل ولا تزال، فإن هذه المشاكل هي التي تمثل من وجهة نظر موضوعية مبررات لنقده. وعليه، فإن تبرير الحاجة إلى هذا النقد يستلزم منا الوقوف بالبحث والتحليل على هذه المبررات الموضوعية وتحديد طبيعتها ومدى تأثيرها على استعجال تعديل هذا القانون، حتى إذا ما استقام هذا التحليل تطرقنا بعد ذلك إلى سؤال المنهجية أي السؤال الذي يتعلق بمنهجية التعديل، هل إن ظهير الوضعية المدنية للأجانب يحتاج فقط إلى ترميم جزئي أم إن الأمر بات يفرض إصلاحا شاملا حتى تتحقق مراجعة ناجعة لهذا القانون.

وعليه، فإن المحاور العامة لهذه المداخلة ستمحور في مبحثين على الشكل

الآتي:

المبحث الأول: ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب: بحث في مبررات

التعديل

المبحث الثاني: تعديل ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب: قراءة

ميتودولوجية في منهجية الإصلاح

المبحث الأول: ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب:

بحث في مبررات التعديل

يمكن إجمال أهم المشاكل التي تواجه تطبيق ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب، والتي تمثل أهم الأسباب الموضوعية وراء المطالبة بتعديله، في الثغرات والنقائص التي يتسم بها هذا القانون إزاء واقع الروابط والمعاملات الدولية الخاصة بسبب قصور بعض أحكامه (المطلب الأول)، والجمود الذي يطال قواعده، مما يفرض الحاجة التشريعية إلى نقدها وإعادة تنظيمها (المطلب الثاني).

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المطلب الأول: الثغرات والنقائص التي يتسم بها ظهير الوضعية المدنية للأجانب، مبررات موضوعية لتعديله

إن النص التشريعي ينظم المجتمع ويضع الحلول لمشاكله وفقا للواقع والتصور السائدين وقت صدوره، لكن هذا الواقع في تطور مستمر، وتبعاً لذلك يتغير تصور المجتمع لمفهوم التنظيم الملائم والأفضل.

ومما لا جدال فيه أن صياغة النص التشريعي كلما كانت دقيقة في التعبير وأكثر تفصيلاً للأحكام، كلما ضاقت عن استيعاب وقائع الحياة القائمة والمستجدة، فلا مندوحة والحالة هذه من نقد التشريع، والمطالبة المستمرة بتغييره وتعديله حتى يلائم تطبيقه تطور الحياة في ميادينها المختلفة المدنية والاجتماعية والاقتصادية... الخ، ويساير ما يستجد له في مسيرته من وقائع ومشاكل.

والأكيد هو أن هذا التعديل والتغيير أو ما يمكن أن نسميه في هذه الحالة بالنقد لا يكون مشروعاً لذاته وإنما يستمد شرعيته من ظهور هذا الاعوجاج. وليس المقصود بهذا الاعوجاج الثغرات والنقائص التي تطال الأحكام التفصيلية، أو المبادئ العامة التي يقوم عليها هذا القانون على الرغم من عموميتها فحسب، وإنما تلك التي تطال أيضاً المجالات المستجدة التي لم يرد في تنظيمها نص.

ومن الأحكام التفصيلية الواردة في ظهير الوضعية المدنية للأجانب والتي طالها الاعوجاج والقصور وصار من اللازم تعديلها نجد على سبيل المثال ما نص عليه الفصل الأول من الظهير من أن الفرنسيين يتمتعون بمنطقة الحماية بالمغرب بجميع الحقوق الخاصة التي يتمتعون بها بفرنسا طبقاً للقانون الفرنسي، ثم الفصل الثاني الذي نص على أن الأجانب يتمتعون بمنطقة الحماية الفرنسية بالمغرب بنفس الحقوق الخاصة التي يتمتع بها الفرنسيون بدون أي شرط ولا قيد باستثناء الحقوق الناتجة عن قوانينهم الوطنية، ثم كذلك ما نص عليه الفصل الخامس من الظهير من أنه إذا لم تكن للأجنبي جنسية معروفة، تخضع أحواله الشخصية وأهليته الشرعية للقانون الفرنسي.

فمثل هذه المقتضيات القانونية تجاوزها الزمن، ولم يعد لا للفرنسيين ولا للأجانب بالمغرب نفس الحقوق التي يتمتعون بها في وطنهم ولا نفس الواجبات التي يفرضها

المجلة المغربية لتاريخ القانون

علمهم قانونهم الوطني، فبعد استقلال المغرب وصدور قانون الجنسية أصبح التمييز واجب وواضح ومن متعلقات النظام العام المغربي بين الوطني والأجنبي. فجل أحكام الدستور وخاصة الباب الثالث منه المتعلق بالحريات والحقوق الأساسية لا يخاطب بها إلا المواطنين والمواطنين سواء المتواجدين بالمغرب أو المقيمين خارجه⁽¹⁾، أما الأجانب المقيمين بالمغرب فلم يعد لهم الحق في التمتع بالحقوق أو التحمل بالواجبات إلا وفق ما يقره القانون الوطني المغربي أو تطبيقاً لاتفاقيات دولية أو ممارسات المعاملة بالمثل⁽²⁾. ولا يتمتع القانون الفرنسي ولا غيره بأية ميزة خاصة في المغرب، فهو بات قانوناً أجنبياً يطبق في الحدود التي تعينها قاعدة الإسناد المغربية ككل قانون أجنبي آخر وفي نطاق ما يسمح به النظام العام المغربي.

أما المبادئ العامة التي يقوم عليها هذا القانون والتي تلاحقها سهام النقد ويستوجبها التعديل التشريعي فهي التي يعبر بها المشرع عن نظرية فلسفية معينة، دون التي تمثل وتشكل مبادئ عامة بالمعنى الحقيقي للعبارة، فمثلاً إذا رجعنا إلى ظهير الوضعية المدنية للأجانب نجده ينص على مبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية (الفصل 13 من ظ.و.م.) على غرار ما كرسته مختلف القوانين المقارنة⁽³⁾، و الاتفاقيات الدولية الخاصة⁽⁴⁾. نفس الأمر ينطبق على مبدأ قانون الدولة التي وقع فوق إقليمها الفعل غير المشروع المسبب للضرر "الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية" (الفصل 16 من ظهير الوضعية المدنية)، فمثل هذه المبادئ وغيرها كثير لم ينتقدها أحد ولا طالب بتغييرها، وإنما اقتصر التحليل الفقهي لها على مناقشة مفاهيمها التي قد تتغير بتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية.

1- راجع على سبيل المثال الفصول:6، 7، 14، 27، 30، 37 و38 من الدستور المغربي.

2- الفصل 30 من الدستور المغربي.

3- على سبيل المثال: القانون المدني الإسباني لسنة 1974 (م 10 /فق5)، والقانون المدني المصري (م 19).

4- راجع على سبيل المثال اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة (المادة 2 /فق1)، ثم اتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة (المادة 5/فق1).

المجلة المغربية لتاريخ القانون

بالمقابل المبادئ العامة الأخرى التي عبرت عن نظرية فلسفية معينة، كمبدأ القانون الوطني الشخصي التي ترجم بها مشرع الظهير فلسفته الاستعمارية⁽¹⁾، فإنها مبادئ لاقت ولا تزال تتعرض لثورة من النقد خاصة مع تغير الظروف السياسية والاجتماعية والفكرية منذ بداية الاستقلال لما مثلته من عوائق حقيقية في وجه ملاءمة التشريع للواقع، وكان من نتائج ذلك تخلف الاجتهاد القضائي في كثير من المجالات المهمة كالتكييف والنظام العام... الأمر الذي أدى إلى بروز فكرة الموطن، وتدخلها بشكل قوي في ميدان تنازع القوانين المتعلقة بالحالة الشخصية إلى جانب ما تضطلع به من أدوار مهمة في مجالات مختلفة تندرج في نطاق القانون الدولي الخاص. ففكرة الموطن أصبحت المعيار الوحيد المعول عليه إذا لم يكن للأجنبي جنسية دولة معينة طبقاً للاتجاه السائد في التشريع والفقهاء والقضاء، أو إذا كان الشخص من اللاجئين، هذا بالإضافة إلى أن فكرة الموطن باتت تشكل عاملاً أساسياً في حل تنازع القوانين كما هو الشأن بالنسبة للتعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانونه المدني حيث كرست المادة 310 من هذا الإصلاح ضوابط جديدة للإسناد في مادة الطلاق، وأخضعت الفقرة الثالثة منها طلاق الأجانب للقانون الفرنسي⁽²⁾، أو عاملاً مساعداً إلى جانب

1 - على سبيل المثال الفصول 3، 5، 6، 8، 9، 10 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب.

2 - تعديل 11 يوليوز 1975.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ضابط الجنسية كما هو الأمر بالنسبة لكل من التشريع الألماني⁽¹⁾، والإيطالي⁽²⁾ والهولندي⁽³⁾ والإسباني⁽⁴⁾.

أما بخصوص المجالات التي لم يرد في تنظيمها نص مثل نظرية المصلحة الوطنية⁽⁵⁾ أو مسألة التكييف، أو تنازع القوانين في الزمان أو رقابة المحكمة العليا في تطبيق القانون الأجنبي المختص أو استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لتعارضه مع النظام العام أو نتيجة تحايل أو غش على القانون للتخلص من أحكامه فيمكننا القول بأن مثل هذه الأحكام الفنية التي يتطلبها المنهج التنازعي والتي حظيت بتنظيم تشريعي في الكثير من الأنظمة المقارنة لم يكن لها نفس الحظ في ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب فكانت

-
- 1 - نص الفصل 14 من القانون المدني الألماني على أنه: "في حالة اختلاف الجنسية بين الزوجين، يطبق قانون الدولة التي يوجد بها إقامتهما الاعتيادية، أو من كانت لهما به آخر إقامة اعتيادية".
 - 2 - نصت المادة 31 من قانون 31 ماي 1995 المتعلق بإصلاح القانون الدولي الخاص الإيطالي على أنه: "يطبق على الطلاق والانفصال الجسماني، قانون الزوجين المشترك، أو قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامتهما، وإذا لم يسع تطبيق قانون أجنبي عليهما، يطبق على الطلاق والانفصال الجسماني القانون الإيطالي".
 - 3 - نص الفصل 1 من القانون الهولندي الصادر بتاريخ 25 ماي 1981 على أنه: "يطبق على الطلاق والانفصال الجسماني، القانون الوطني المشترك إذا كانت للزوجين جنسية مشتركة. قانون الإقامة الاعتيادية إذا لم تكن للزوجين جنسية مشتركة...".
 - 4 - نصت المادة 107 من القانون المدني الإسباني على أنه: "في جميع الأحوال يطبق القانون الإسباني في الحالة التي يكون فيها أحد الأطراف إسبانيا أو مقيما بصفة اعتيادية في إسبانيا...".
 - 5 - لقد خصص المشرع المغربي مؤخرا أحكاما تشريعية صريحة لنظرية المصلحة الوطنية ورد النص عليها في المادتين 15 و16 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر المر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف الصادر في فاتح غشت 1996. وهكذا، نصت المادة 15 على أنه: "يعتبر الأجنبي كامل الأهلية لمزاولة التجارة في المغرب ببلوغه عشرين سنة كاملة ولو كان قانون جنسيته يفرض سنا أعلى مما هو منصوص عليه في القانون المغربي. ونصت المادة 16 على أنه: "لا يجوز للأجنبي غير البالغ سن الرشد المنصوص عليه في القانون المغربي أن يتجر إلا بإذن من رئيس المحكمة التي ينوي ممارسة التجارة بدائرتها حتى ولو كان قانون جنسيته يقضي بأنه راشد، وبعد تقييد هذا الإذن في السجل التجاري. يفصل في طلب الإذن فورا".

المجلة المغربية لتاريخ القانون

النتيجة هو أن يقود هذا الفراغ التشريعي الذي طبع هذا القانون إلى إعداد نظرية خاصة للتكييف والإحالة ووضعية القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني والدفع بالنظام العام على نحو يخالف ما هو معمول به في القانون الدولي الخاص المقارن. وإذا كانت الاجتهادات القضائية الوطنية الصادرة بعد الاستقلال قد حاولت احتضان بعض المفاهيم السائدة في الأنظمة المقارنة كتحديد العلاقة محل النزاع وفقا لقانون القاضي وإعمال النظام العام المغربي بشأن العلاقات الدولية الخاصة العائلية، فإن ذلك وللأسف لم يكن كافيا لبناء نظرية عامة وشاملة لتنازع القوانين من شأنها ضمان الحد الأدنى من التعايش والانسجام بين مختلف الأنظمة القانونية المتزاحمة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: جمود بعض قواعد ظهير الوضعية المدنية للأجانب، وصعوبة ملاءمتها مع الوقائع التي تعالجها، يفرض الحاجة التشريعية إلى نقدها وإعادة تنظيمها

عندما يصدر تشريع معين لتنظيم مجتمع ما، فالمفروض أنه يشكل التعبير عن الإرادة الحرة والحقيقية لهذا المجتمع، فهو يجسد علاقاته وتقاليدته، والواقع الذي يعيشه، ولذلك سرعان ما يصبح هذا التشريع عرضة للنقد بمجرد ما تتغير تلك الظروف الاجتماعية والاقتصادية... وتغدو للمجتمع الجديد قيم وتقاليد أخرى تختلف عن تلك التي كانت قائمة وقت صدوره، وهذا ما ينطبق بشكل واضح على ظهير الوضعية المدنية للأجانب الذي صدر لتجسيد واقع المجتمع المغربي الخاضع لسلطات الحماية، وتثبيت الأوضاع المدنية والاجتماعية والاقتصادية للفرنسيين والأجانب بالمغرب.

إن ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب إذا كان قد وضع لتنظيم المجتمع في فترة صدوره، وشكل تعبيراً على إرادة هذا المجتمع وليس عن إرادته من حيث إنه كان موجهاً لحماية حقوق الفرنسيين والأجانب المقيمين بالمغرب، ولا سيما ضمان الاحترام المطلق لقانونهم الوطني في مادة الأحوال الشخصية، فإن مرور قرن من الزمن عن هذا الصدور قد غير كلياً من تلك الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية... للمغرب،

1- جميلة أوحيدة: آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة 1، 2007، مكتبة المعارف الجديدة، الرباط، ص 27.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وعدت للمجتمع قيم وتقاليده أخرى تختلف عن تلك التي كانت قائمة وقت صدوره بشكل يجعلنا نقول بأن الحياة الواقعية حاليا أصبحت مختلفة أو منفصلة عن النظام القانوني والسياسي الذي صدر فيه ظهير الوضعية المدنية للأجانب في الكثير من جوانبه. وتبعاً لذلك نجد أحكامه التطبيقية تختلف كل الاختلاف عن الأحكام العامة المنظمة فيه، فالحياة الواقعية رتبت ولا تزال ترتب العديد من الوقائع التي قلما نجدها مطابقة للنموذج المحدد في النص التشريعي، حيث تأتي كل واقعة متممة بخصوصية في عناصرها، الأمر الذي يطرح معه مشكل التكيف الذي يشكل أهم مجال لاختلاف الفقه والقضاء، وتستأثر بالقسط الأكبر من مجهود القاضي، وعمله الفكري في تطبيق القانون.

وإذا كانت قواعد الإسناد مثلاً في الأنظمة المقارنة قضائياً وتشريعياً قد ارتقت تبعاً لتطور المجتمعات واستطاعت مواكبة مستجدات الحياة على سبيل المثال المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب الذي ظل حبيس المواضيع التي ازدادت معه منذ سنة 1913، فحدثت في الحياة مسائل أساسية ولا نجد لها فيه وجود، وهذا أمر راجع إلى ما يطبع هذا القانون من جمود نتيجة تخلف تنظيماته وصياغته التشريعية. ورغم تضمن ظهير الوضعية المدنية للأجانب العديد من الأحكام العامة لنماذج السلوك التي قننت أحكامها، إلا أنه مع ذلك تبقى تلك النماذج متصفة بالعمومية والاختزال بل وبالجمود، وهو ما جعل الكثير من مبادئه وقواعده غير ملائمة للواقع الاجتماعي والقانوني الذي يشهده المغرب، ويظهر ذلك جلياً بشكل واضح وأساسي في مجال الروابط المدنية والأسرية. فالعلاقات الدولية الخاصة لم تعد مقتصرة على صورها التقليدية، بل إلى جانب علاقات الأفراد الشخصية والمالية، أصبحت الدولة تتدخل في العلاقات الدولية الخاصة في أغلب ميادينها، فقد خرجت الدولة عن دورها التقليدي وصارت تتدخل في الحياة الدولية الخاصة بمظهر الشخص العادي بائعة ومشتري، مقرضة أو مقترضة، ناقلة، مقولة، مفوضة، مستثمرة... كل ذلك يبرز أهمية تنازع القوانين لفض النزاعات التي تثور بمناسبة العقود التي تبرمها الدولة في علاقاتها مع الأفراد أو الشركات عبر الوطنية، وبالتالي ارتباط هذه القواعد

المجلة المغربية لتاريخ القانون

بوجود الدولة ذاتها ومدى تأثيرها في الحياة الدولية الخاصة⁽¹⁾، بل إن هذه القواعد باتت أهميتها بارزة ببلادنا بالنظر إلى التغيرات التي شهدتها، حيث فتحت باب المنافسة والاستثمار وأبرمت علاقات اقتصادية مع عدد من الدول فضلا عن النظام الاقتصادي المغربي الجديد الذي أفضى إلى دخول عدد كبير من الأجانب للاستثمار والاشتغال بالمغرب، فبات المغرب عوض مصدرا للهجرة أو معبرا لها نحو الضفة الشمال مستقبلا لها من كل الاتجاهات " الجنوب، الشرق، الشمال " خاصة مع تزايد وتيرة الهجرة واللجوء لأسباب اقتصادية وسياسية.

وعلى الرغم من التغيرات السياسية المهمة التي عرفها المغرب، إلا أن القضاء المغربي لم يتحرر بصورة مطلقة من المفاهيم السائدة في عهد الحماية التي لم يكن لها أية صلة بقانون القاضي الناظر في النزاع.

ففي مجال الروابط الأسرية كانت القوانين الشخصية الأجنبية تتمتع إبان الحماية بحصانة شبه تامة، فالاحترام التام للقانون الوطني الشخصي الذي كان مقرا بموجب "النظام الدولي" للمغرب المحمي وبمقتضى الالتزام الذي تحملت به الدولة الحامية تجاه الدول الأجنبية، ساهم في تكريس توجهاته التي كانت تعطي دونية للقانون المغربي عن الأجنبي وأنكرت عليه كل خصوصياته، وهذا يعد من الأسباب التي اعتمد عليها الفقه والقضاء السائدين آنذاك لتبرير عدم الأخذ بالاتجاه الراجح في القانون الدولي الخاص المقارن والذي يقضي بإخضاع التكييف مثلا لقانون القاضي. ولم يكن لهذا التقديس المفرط للقانون الأجنبي إلا أن يقود إلى إعداد نظرية خاصة للتكييف والإحالة ووضعية القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني والدفع بالنظام العام على نحو يخالف ما هو معمول به في القانون الدولي الخاص المقارن.

أمام هذه التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية المتنامية والسريعة، أصبح معها ظهير الوضعية المدنية للأجانب التي يقوم عليه القانون الدولي الخاص وخاصة في باب تنازع القوانين قاصرا عن توفير حماية متكافئة للأشخاص بين الدول في مختلف

1- راجع أحمد زوكاغي: حالة وأهلية الأجانب بالمغرب، مجلة القضاء المدني، العدد الثالث، 2011، ص 24.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

مراحل نزاعاتهم، فمرور زمن ليس بالقصير على تشريع ظهير الوضعية المدنية للأجانب، جعل عدد من الأحكام التي كرسها في تنظيمه مجرد قواعد جوفاء لا تقوى على التطبيق أمام ضوابط الإسناد الجديدة التي تضعها دول الاستقبال في الضفة الأخرى، هذا الأمر يبرر بشكل واضح وموضوعي عجز فكرة القانون الوطني الشخصي عن احترام الحقوق الخاصة للأفراد دولياً أو تحقيق مبدأ التعامل بالمثل بين الدول في القانون الدولي الخاص، كمبدأ متعارف عليه في علاقاتها العامة قبل الخاصة.

إن قصور النظرية الكلاسيكية للقانون الوطني عن تحقيق الشرعية القانونية في مجال تنازع القوانين، وعجزها عن ملاحقة التطورات الاجتماعية الهائلة التي يعرفها واقع ووقائع الحياة في شتى ميادينها وطنياً ودولياً، يدفعنا إلى القول بضرورة التفكير في نقد هذه القاعدة بصفة خاصة وظهير الوضعية المدنية للأجانب بصفة عامة، وذلك ليس بالاكتماء بترقيع وترميم بعض قواعده العامة، ولكن بموجب منهج يقول على تعديل شامل لظهير الوضعية المدنية للأجانب بالشكل الذي يضمن تحقيق التوازن بين إرادات الأفراد وإرادة القانون، وهذا هو ما يعيد للقانون توازنه وعدالته.

لكل هذه الاعتبارات السابقة وغيرها، فإن واقع القانون الدولي الخاص المغربي كما هو مكرس في ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب وما يتسم به من ثغرات وجمود يفرض الحاجة إلى نقد تشريعي من جهة حتى يجاري واقع الحياة الذي عرف أنماط جديدة من المشاكل والتي تحتاج إلى تنظيم تشريعي، ومن جهة أخرى حتى يلائم حجم التطورات التي يعرفها القانون الدولي الخاص المقارن، وذلك تفادياً للنقائص والثغرات التي على الأقل تعودنا عليه في سياساتنا التشريعية، والتي تؤدي إلى انعدام النظرة الشمولية التي تخلق الانسجام والتكامل في القواعد القانونية.

ومن البديهي أننا لن ننتظر رجوع الحياة إلى الوراء حتى نلائم هذا الواقع مع نصوص ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب، وإنما الحل المنطقي هو تعديل هذا القانون بما يلائم المستجدات ويساير التطورات ويصحح تلك الثغرات والنقائص بشكل علمي

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ومنهجي، دون أن يترك الأمر للحلول القضائية التي يستوحىها القاضي بصورة ارتجالية تطبعها الصفة الذاتية والنزعة الشخصية لمصدر الحكم.

**المبحث الثاني: تعديل ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب:
قراءة ميتودولوجية في منهجية الإصلاح**

إذا كان ظهير الوضعية المدنية للأجانب يتضمن بعض الثغرات، فهذا أمر طبيعي مرتبط بطبيعته الوضعية وبظروف وضعه، بل إن هذه الثغرات هي التي تمتع الفكر القانوني بحرية النقد، والنقد ليس مشروعاً لذاته، وإنما يستمد مشروعيته من ظهور هذه الثغرات والنقائص التي يراد تقويمها.

ولا أقصد من نقد هذا التشريع نقضه وهدمه واستبعاد كل ما ضمن فيه من مبادئ وقواعد توصف بالمنطقية والعالمية لأنه يكاد لا يخلو أي قانون دولي خاص بمقارن من النص عليها على اختلاف مرجعياته وفلسفاته لما تتميز به من منطق وعدل، أو كما يقول الأصوليون "أنها معقولة المعنى"، وهذه نصيبها وفير في ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب، لأن الذي يريد هدم كل شيء لمحاولة إعادة البناء من أساسه لا يفرغ من عملية الهدم حتى تضعف قواه وتتلاشى، فلا هو بنى ولا ترك البناء القديم ولو على علاته كما يقول الأستاذ أحمد الخمليشي⁽¹⁾، وإنما قصدي أن نواصل البناء الصحيح، وأن نضيف ما نستطيع إضافته من لبنات تتماشى والضرورة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية...، والفائدة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية...

وظهير الوضعية المدنية للأجانب إذا كانت به بعض الثغرات أو الهفوات كما وقفنا على ذلك من قبل نتيجة طول مدة صدوره التي تجاوزت القرن من الزمن، فإن فيه كذلك مبادئ وأفكار وقواعد لا تزال تصلح للتطبيق، ومواصلة البناء التشريعي عليها، ولا أعتقد أن هنالك من فقهاء القانون من يخالفون الرأي في هذا الشأن.

1 - أحمد الخمليشي: منهج الفكر القانوني في الفقه الإسلامي، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 16، دجنبر 1984، ص 35.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وعليه، فإن تعديل ظهير الوضعية المدنية للأجانب نعتقد أنه يحتاج إلى منهج قائم على نقد تشريعي عقلاني وعلمي (المطلب الأول)، كما يحتاج إلى منهجية تعتمد إصلاحا شاملا لا إصلاحا جزئيا أو تجزيئي، وفق معايير التكامل والانسجام، وفي إطار استحضار الأمن القانوني والقضائي لكل من المتقاضي والقاضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعديل ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب يحتاج إلى منهج قائم على نقد تشريعي عقلاني وعلمي

إن المقصود بعقلنة النقد التشريعي، علمنته (بكسر العين)، أي أن يكون ملء ثغرات التشريع وملاءمته مع وقائع الحياة وتطوير نصوصه خاضعا لقواعد مستنبطة بالمقاييس العلمية من حيث صياغته التشريعية ومن حيث موضوعاته ومضامينه، بمعنى أن النقد التشريعي ينبغي أن يشتمل على قواعد علمية في بنائه من جهة، وأن ترتبط هذه القواعد بآثارها ونتائجها في الحياة الواقعية من جهة ثانية، أي أن النقد التشريعي ينبغي أن يتحقق من منظور واقعي قابل للتطبيق، ويتفادى الأفكار المثالية والتصورات النظرية الصورية والنظريات المستعصية التطبيق البعيدة عن الواقع بمشاكله المعقدة والمتجددة، وهاتان الميزتان هما اللتان تطبع أي نقد تشريعي يتصف بالعلمية والمنهجية.

إن اعتماد ظهير الوضعية المدنية للأجانب على مصادر مختلفة من حيث القواعد العامة وفلسفة التشريع، وهما الفقه والقانون الدولي الخاص المقارن، ولم يكن اعتماده عليهما مصحوبا بتحويل في نظريات المصدر الأول ولا بتطوير قواعد المصدر الثاني، كان سببا في أن جاءت كثير من نصوصه تخالف الواقع والتشريع المغربيين.

وإذا كان ما يجمع ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالقانون الدولي الخاص المقارن بصفة عامة وبالقانون الفرنسي بصفة خاصة من عوامل التقارب لا يمكن جردها أو التقليل من أهميتها في أي محاولة نقد تشريعية، فإنه بالمقابل لا يمكن إهمال عوامل التباعد بين القانونين، فاخلاف واقع المجتمعين المغربي والفرنسي، ليس في العقيدة فحسب ولكن كذلك في التصورات الفكرية والإيديولوجية (أولا)، وانعكاس ذلك على كثير من

المجلة المغربية لتاريخ القانون

مجالات التنظيم المدنية (ثانيا)، يفرض علينا في أي محاولة نقدية لهذا القانون عقلنة التقليد.

أولا: عقلنة التقليد التشريعي في التصورات الفكرية والإيديولوجية:

إن عقلنة التقليد التشريعي تفرض علينا اعتماد أفكار ونظريات تراعي الواقع الاجتماعي المغربي وتحافظ على تراثه، وإذا كان التقليد التشريعي ضرورة لا بد منه فينبغي أن لا يكون بشكل متحجر، وإنما بشكل مرن يستطيع أن يستوعب واقع الحياة الاجتماعية العملية وليس فقط النظرية المجردة.

وإذا كان مفهوم عقلنة النقد التشريعي في التصورات والنظريات يفرض عدم تخلف التشريع عن الواقع، وهذا ما نعيشه حاليا بالنسبة لظهير الوضعية المدنية للأجانب في عدد غير قليل من المبادئ والقواعد والأحكام، فإنه بالمقابل لا ينبغي أن يتجاوز الواقع إلى حد الخيال، عن طريق التفنن في صياغة مبادئ وتصورات يصعب تطبيقها على أرض الواقع. كما هو حال التنظيم المتعلق ببعض وضعيات المرأة والطفل الآن الذي وصل إلى حد ما يسمى "بالترف الحقوقي"، وإنما القصد من العقلنة هو عدم إهمال الواقع المعاش بكل مقوماته وظروفه، وعدم المبالغة في التجرد والنظريات البعيدة عن التطبيق.

ونعتقد أن هذه المحاولة سجلت سبقا تاريخيا عقب استقلال المغرب بمقتضى ظهير 28 يناير 1958 الذي قضى بإحداث لجنة "لأجل مراجعة التشريع الجاري به العمل...مراجعة تامة وشاملة"، إلا أن هذه اللجنة التي عين أعضاؤها وطريق عملها، لم تنجز شيئا من مهمتها، وانحلت تلقائيا وتلاشت، ثم تلت هذه المحاولة محاولات أخرى سنوات 1962، 1965 و1981 كانت خاصة بمشاريع تعديل ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب، إلا أنها هي الأخرى لم يكتب لها النجاح. وإذا كان لهذا التلاشي ظروفه السياسية التي كانت سائدة في تلك الفترة والتي تلاشت بدورها، إضافة إلى تشعب وضخامة العمل المطلوب إنجازه، فإن هذا العمل لا يزال يطرح معه في الوقت الحاضر كثير من الصعوبات المرتبطة بقلّة الدراسات العلمية التي حاولت التأسيس لهذه النظريات، وأخرى راجعة إلى غياب الإرادة الحقيقية من ذوي الاختصاص، ومع ذلك فإن الحاجة تدعو إلى التفكير في صياغة

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الأنظمة التفصيلية لقانون دولي خاص مغربي عن طريق استخراج النظريات والمبادئ الفقهية بصرف النظر عما قد يوجد منها أو لا يوجد في القوانين المقارنة، ليجد فيها المواطن المغربي وغير المغربي ضالته بعد أن وجد نفسه طيلة فترة غير قصيرة، أمام قوانين نقلت إليه من بيئة غير بيئته، ولم يجد بعد ما يعوض به ما استعاره من الآخرين.

وفي الأخير فإن تحقق الصفة العلمية في هذا النقد التشريعي تقليدا تشريعيًا كان أو نقلا فقهيا أو قضائيا، يتعين أن يكون حرا في اختيار الحلول والاقتراحات التي يراها ملائمة لتنظيم المجتمع وتطلعاته، الأمر الذي يسمح له بنقد نصوص التشريع واقتراح إلغائها، وتعويضها بما يتلاءم وواقع الحياة الاجتماعية المتجددة بكل تجرد وموضوعية وعلمية.

ثانيا: عقلنة التقليد التشريعي في مجالات التنظيم المدنية:

إذا كانت الصفة الوطنية للفكر القانوني أمرا جوهريا لا غنى عنه في أي نقد تشريعي، فإن ذلك لا يعني الانغلاق وإهمال ما وصلت إليه مدارس الفكر القانوني المقارن من دقة في التشريع لكثير من مجالات التنظيم المدني، وإذا كان المشرع المغربي ومنذ قرن من الزمن أو ما يزيد وهو ينظم جل شؤونه بقوانين منقولة أو مقتبسة من الفكر والتشريع القانونيين المقارنين وخاصة الفرنسي، وهذا الواقع أثر في ترسيخ كثير من الأوضاع القانونية، وفي تشكيل عدد غير قليل من التصورات المدنية، إلى درجة من المتعذر محو كل ذلك من أي عملية نقد تشريعية، فإنه بالمقابل واستنادا لعوامل التباعد بين كل من المجتمعين المغربي والفرنسي، فإن أي تقليد للقانون الفرنسي يفرض بالضرورة على المشرع المغربي مراعاة الواقع الاجتماعي المغربي بكل خصوصياته، فمثلا إذا أخذنا تنظيم الأسرة لا يمكن أن نحدو حدو القانون الفرنسي في تنظيمه لها لأنه هو نفسه خرج عن تراثه الذي طالما اعتر به وحرص عليه لفترة غير يسيرة من الزمن، وكل ذلك له انعكاس مباشر على تنظيم المعاملات المدنية. إن اعتماد ظهير الوضعية المدنية للأجانب على مصادر مختلفة من حيث القواعد العامة وفلسفة التشريع وجموده عندها، دون تطوير ولا تحوير في قواعده ونظرياته

المجلة المغربية لتاريخ القانون

كان سببا في أن أصبحت كثير من نصوصه تخالف الواقع والتشريع المقارن، فكانت النتيجة هي وجود قواعد إسناد لا تستجيب بسهولة لطبيعة العلاقات والوقائع الدولية الخاصة التي تعالجها بسبب اختلاف الظروف والبيئة التي نشأت فيها عن تلك التي أصبحت تطبق عليه الآن. وإذا كان الفقه والقضاء المغربيين قد عملا عن طريق التفسير والتأويل على تطوير وتطوير مدلول العديد من النصوص والقواعد لاستخلاص الحلول للمشاكل القانونية المطروحة، فإن ذلك لم يكن سهلا ومقبولا في الغالب الأعم بالنسبة لتشريع جل أحكامه وقواعده مستعارة ومستوردة، ولذلك فإن هذا الفقه والقضاء كانت تجرفهما دوامة التقليد قلما ينجحان في تأصيل قواعد ونظريات تخالف تلك التي يطبق فيها التشريع الأصلي المستعار منه والمستورد. ومن الأمثلة على ذلك استمرار تكريس التكييف وفقا لقانون النزاع عوض قانون القاضي، ومن القرارات الصادرة عن القضاء المغربي في هذا الاتجاه قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 23 فبراير 1977 الذي نقض قرار محكمة الاستئناف بالرباط التي حكمت بصحة الوصية التي أبرمها إنجليزي مقيم بالمغرب طبقا للشكل المحلي المنصوص عليه في المادة 10 من ظ.و.م، معللا موقفه بأن قانون الموصي إذا كان يفرض شكلا جوهريا لصحة الوصية، فإن قاعدة الإسناد الواردة في الفصل 18 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب هي الواجبة التطبيق، واعتبر أن من شروط صحة الوصية أن تخضع صيغة تحريرها للقانون الوطني⁽¹⁾، أيضا استمرار القضاء المغربي في الأخذ بنظرية فقهاء عهد الحماية الذين أيدوا فكرة ربط العيوب المتعلقة بركن الرضى بالأهلية وإخضاع العقد تبعا لذلك للقانون الوطني للشخص رغم أن قانون الالتزامات والعقود قد ميز بشكل واضح بين الأهلية وعيوب الرضى⁽²⁾. فالقضاء المغربي في عمومته لا يزال يتمسك بالماضي الموروث عن نظام الحماية ولا يزال تسيطر عليه بصمات شخصية القوانين الموروثة عن نظام الامتيازات التي كان يدافع عنها فقهاء عهد الحماية ولقيت تأييدا كبيرا من القضاء لا سيما وأن وجود

1 - قرار المجلس الأعلى، عدد 139، بتاريخ 23/2/1977، أشارت إليه جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص 107-108.

2 - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 20 يناير 1982. ورد نص هذا القرار والتعليق عليه من طرف محمد الوكيل، مجلة القضاء والقانون، عدد 135-135، 1986، ص 137-147.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

القضاة الفرنسيين في المحاكم إلى غاية 1965 قد سهل وشجع على استمرار القضاء في التمسك بالأحكام الموروثة عن هذه الفترة⁽¹⁾.

وحتى لا يحمل قولنا على غير محمله ويظن منه أنه جحود أو إنكار لأهمية الفقه والقانون المقارنين في أي عمل تشريعي حديث، على اعتبار أن المدرسة القانونية الفرنسية كانت ولا تزال تعتبر النموذج الأمثل في تطعيم الثقافة القانونية المغربية الحديثة، فإننا نقصد أن العيب لا يكمن في النقل من هذا أو التقليد من ذاك، وإنما العيب في إساءة توظيف منهج النقل والتقليد التي يضاعف فيه إن لم نقل ينعدم العمل الفكري الفاحص، ويكاد يهمل معه الواقع الاجتماعي المطلوب تنظيمه.

ولهذا، فإننا نعتقد أن عقلنة وعلمنة النقد التشريعي لظهير الوضعية المدنية للأجانب لا تتحقق إلا بعقلنة التقليد التشريعي لهذا القانون من مصادره الأساسية المتمثلة في الفقه والقانون الدولي الخاص المقارن.

ومن ناحية ثانية لا تكتمل عقلنة التقليد التشريعي بمعزل عن عقلنة التفسير التشريعي⁽²⁾، وفي هذا الإطار يمكن تفسير نصوص ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالاستناد إلى الخصوصيات الوطنية والخروج عن التفسير المألوف المرتبط بالقانون والاجتهاد الفرنسيين، فقد كانت محاكم الحماية تخرج عن المألوف في القانون الدولي الخاص المقارن حماية لمصالح الجاليات الأجنبية بالمغرب وحرصا على عدم إخضاعها للقانون المحلي المستمد من الشريعة الإسلامية، كما كان معظم فقهاء عهد الحماية فرنسيين يدافعون في كتاباتهم عن مواقف لا تعبر إطلاقا عن متطلبات قانون دولي خاص وطني، ولم يتعد هؤلاء

1 - جميلة أوحيدة: مرجع سابق، ص 109.

2 - ظل الاتجاه العام في تحليل نصوص الظهير يردد ما جاء عن الفقه الفرنسي في تعليقه على أحكام هذا القانون ويمتد ذلك أحيانا إلى توظيف نفس الأمثلة التي يوردها ذلك الفقه حتى ولو كانت غير صحيحة بالنسبة للقانون المغربي.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

تفسير وتبرير النصوص القانونية التي وضعتها الحماية الأجنبية حفظا لمصالح الجاليات الأجنبية، ولم يهتم أحد منهم بصياغة نظريات يرتكز عليها القانون الدولي الخاص المغربي⁽¹⁾. إن هذه الميادين وغيرها كثير يختلف التصور الفقهي الذي يؤطر الخصوصيات الوطنية فيها عن التصور القانوني الذي يطبع التشريعات المقارنة بصفة عامة والغربية بصفة خاصة، ولذلك يتعين إعادة تنظيمها انطلاقا من المنظور الوطني الذي تشكل الشريعة الإسلامية فيه أهم روافده، وفي إطار ثوابت المبادئ التي أقرها بشأنها والتي لا تتعارض مع المبادئ العامة للقانون المعمول بها في المغرب وخاصة مبدأ العدل والمساواة. إن هذا الاختلاف يفرض صياغة القواعد المنظمة لهذه المبادئ والقواعد والأحكام بمنظور وطني يقيم توازنا مفيدا بين حقوق الفرد وحرياته وبين حقوق المجتمع، كما يفرض التركيز على مقاصد الشريعة ومبادئها التي تشكل المرجع حتى في تفسير النصوص الواردة في بعض جزئيات المعاملات المدنية والاجتماعية وغيرهما.

المطلب الثاني: تعديل ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب يحتاج إلى منهجية تعتمد إصلاحا شاملا من داخل بنيته، لا إصلاحا جزئيا أو تجزيئي من خارج بنيته، وذلك وفق معايير الأمن القانوني والقضائي

إذا سلمنا بأن ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب هو قانون وجب إعادة النظر فيه لمسيرته التحولات المدنية الجارية حسب ما يجمع عليه النقاش القانوني حاليا، لأنه أصبح متخلفا عن مساندة التطورات المجتمعية في ميادين الروابط الدولية العائلية وغير العائلية، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو أي منهجية يجب اتباعها لإعادة تنظيم هذا القانون؟ هل نعيد بناءه بأسس ومبادئ ونظريات جديدة وفق إصلاح شامل أم ندخل عليه فقط بعض التعديلات الجزئية من داخل بنيته أو من خارجها؟

1 - MOHAMED HATIMI : Le privilège de juridiction sous le régime des capitulations au Maroc, DES, PARIS, 1976.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إن الطريقة المعتمدة غالبا في أي تعديل أو إصلاح يطال القواعد القانونية المكونة لأي تشريع، تكون إما بإلغاء بعض هذه القواعد إلغاء كليا أو جزئيا، أو بإضافة فقرات إليها أو نصوص مكررة لها؟

ومن وجهة نظرنا المتواضعة فإننا نعتقد أنه إذا كان إدخال المشرع المغربي لبعض التعديلات الجزئية لظهير الوضعية المدنية للأجانب من خارج بنيتها القانونية فيما يتعلق بالروابط الأسرية الدولية لها ما يبررها تشريعا، واستطاعت نسبيا أن تسد حاجة تشريعية بخصوص موضوعاتها، فإن ضمان الأمن القانوني والقضائي في النزاعات الدولية الخاصة لا يتحقق إلا بتعديله تعديلا كاملا في كل جوانب قصوره أو نقصانه.

ويمكن تلخيص أهم هذه الثغرات في الملاحظات الآتية:

1- التعديلات الجزئية المدخلة على القوانين الوطنية: بوادر لتأسيس منهج جديد في مجال تنازع القوانين، أفقدت ظهير الوضعية المدنية للأجانب وحدته وانسجامه في جوانب عدة من التنظيم القانوني

بعد حصول المغرب على استقلاله حدثت تغييرات على القواعد والحلول التي كانت سائدة خلال فترة الحماية في ميدان تنازع القوانين لا سيما بالنسبة للأحوال الشخصية، ذلك أن المشرع والقضاء المغربيين قاما بتدخلات عديدة عبرا من خلالها عن التوجهات الجديدة للقانون الدولي الخاص المغربي وعن أهدافه الحالية وإن كانت من خارج بنيته القانونية.

فقد أصدر المشرع المغربي في وقت سابق ظهير 24 أبريل 1959 الذي أسند اختصاص البت في قضايا الأحوال الشخصية إلى المحاكم الشرعية بالنسبة للأجانب المسلمين، كما أن التأويل الواسع الذي أعطاه القضاء لهذا الظهير⁽¹⁾ ترتب عليه تمديد الاختصاص القضائي إلى الاختصاص التشريعي وتطبيق مدونة الأحوال الشخصية على الأجانب المسلمين، باعتبار أن القاضي الشرعي كان يأخذ بالمبدأ القائل بأن القاضي المسلم لا يطبق إلا الشريعة الإسلامية، فبمقتضى هذا الظهير أصبح كل أجنبي مسلم مقيم بالمغرب

1 - ظهير 24 أبريل 1959 المتعلق بالتنظيم القضائي لسنة 1956.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

خاضعا في أحواله الشخصية لأحكام المدونة بغض النظر عن مقتضيات قانونه الوطني ولو كان ينتمي إلى قانون مدني علماني⁽¹⁾، فقد ساهم القضاء المغربي من خلال موقفه الأخير من تقرير قاعدة فورية التطبيق اكتسبت صفتها تلك انطلاقا من ضابط ديني⁽²⁾. وإن كانت هذه التعديلات التي كرسها ظهير 24 أبريل 1959 جزئية تهم فئة من الأجانب وهم المسلمون، إلا أنها أسست لمفاهيم جديدة تعد بمثابة تعديلا للفصل 3 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، كما تعد أيضا تعديلا للفصل 18 من نفس الظهير الذي يخضع للقانون الوطني كلا من الوصية والإرث. وفي سنة 1960 أصدر المشرع المغربي ظهير 4 مارس حول الزواج المختلط بين المغاربة والأجانب، ليضع حدا للانتهاكات التي كانت تحدث في عهد الحماية بشأن الزيجات المختلطة، حيث أصبح الترجيح لتطبيق م ح ش في الرابطة المختلطة بمجرد أن يكون أحد طرفيها مغربيا بصرف النظر عن مقتضيات قانون الطرف الآخر⁽³⁾.

وبعد مرور أزيد من نصف قرن على هذا الموقف وإن اختلف التبرير الذي كان يعتمد عليه وقتئذ، فإن مدونة الأسرة لسنة 2004 أردفت تأكيد هذا الموقف القضائي بنص قانوني صريح نصت عليه مادتها الثانية حيث قررت أن أحكام هذه المدونة تسري على جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛ والعلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا؛ ثم أيضا العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

وبالنسبة للاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية فقد نصت كذلك نفس المادة على أن أحكام المدونة تسري عليهم أيضا طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين⁽⁴⁾. وتعتبر هذه الفقرة من المادة 2 من المدونة قلبا صريحا إن لم نقل انقلابا على ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب وخاصة المادة 5 منه التي كانت تعطي الاختصاص للقانون الأجنبي.

1 - قررا المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 1972/02/02، مجلة قضاء المجلس الأعلى، نونبر 1972، ص 46.

2- jean Deprez: droit international privé et conflits de civilisations, RCADI. 1988, p 132

3 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، بتاريخ 23 نونبر 1969، J.D.I، 1971، ص 159.

4 - صادق المغرب على هذه الاتفاقية بمقتضى ظهيري 8 غشت 1955، و 26 غشت 1957.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ولم يقتصر هذا الانقلاب على ظهير الوضعية المدنية على مستوى قواعد الموضوع للقانون الأجنبي فحسب، بل أيضا على مستوى الإجراءات المتبعة بشأنها حيث أعطى المشرع المغربي بمقتضى ظهير 28 شتنبر 1974 للمحكمة الابتدائية الولاية العامة في الاختصاص لا فرق في ذلك بين مغربي وأجنبي، ولا بين قضايا الأسرة وغيرها من القضايا الأخرى، كما أن قانون المسطرة المدنية الجديد أورد تعديلا آخر على كيفية حل تنازع القوانين في ميدان الأحوال الشخصية ويتعلق بحذف الرقابة التي كان المجلس الأعلى يمارسها على قضاة الموضوع في تأويل وتطبيق القوانين الشخصية الأجنبية⁽¹⁾.

كل هذه التعديلات الجزئية المدخلة على القوانين الوطنية من خارج بنية ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب نعتبرها بوادر لتأسيس منهج جديد في مجال تنازع القوانين، أفقدت ظهير الوضعية المدنية للأجانب وحدته وانسجامه في جوانب عدة من التنظيم القانوني.

2- التعديلات الجزئية الواردة في مدونة الأسرة: قلب صريح لقواعد الإسناد التقليدية إن لم نقل انقلابا صريحا على منهج تنازع القوانين، تجعل القاعدة القانونية ترتب ازدواجية في الأحكام القانونية الموكول إلى القاضي تطبيقها، وتأثير ذلك على الأمن القانوني والقضائي.

تنص المادة 128/فق2 من مدونة الأسرة على أن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتدبير بالصيغة التنفيذية طبقا لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية⁽²⁾.

1- للتوضيح أكثر أنظر: الأستاذ المسعودي العياشي: طلاق الأجانب في القانون الدولي الخاص تعليق على قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 8 أبريل 1983، مجلة القانون والاقتصاد عدد 2 سنة 1986، ص 99-112.
2- يمكن أيضا تلمس تلك التعديلات الجزئية المدخلة على مدونة الأسرة في المادتين 14 و15 المتعلقتين بتسهيل زواج المغاربة المقيمين بالخارج. فقد سمحت المادة 14 للمغاربة المقيمين بالخارج بإبرام عقودهم

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ولا شك أن إيراد المشرع المغربي لمسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في مدونة الأسرة الجديدة قد جاء في سياق الاهتمام بأوضاع الجالية المغربية المقيمة بالخارج واستحضار المشاكل التي كانت تطرحها مدونة الأحوال الشخصية الملغاة. فجاء هذا التدخل التشريعي لمعالجة أصل تلك المشاكل وتهيئ الحلول القانونية المناسبة لتوحيد المراكز القانونية لدى التشريع الوطني والتشريع الأجنبي، وبذلك فالمشرع المغربي بتطرقه صراحة إلى جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية في مدونة الأسرة يكون قد خلق موقفا واضحا سيساعد على رسم عمل موحد في شأن استقبال الأحكام الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية على وجه الخصوص.

وهكذا في إطار المادة 128 من المدونة لم يعد إلزاميا تطبيق القانون المغربي من طرف القضاء الأجنبي، بل يجوز له تطبيق القانون الأجنبي بشرط أن تكون هذه الأحكام الأجنبية مؤسسة على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها المدونة أي لا تتعارض مع النظام العام المغربي.

وعليه، فإذا تضمن الحكم الأجنبي بيانات حول الإشهاد على الطلاق، وعلى استدعاء الزوجين للإصلاح بينهما، ومستحقات الزوجة والأطفال، وتبين أن الزوج هو الذي سعى إلى طلب التطليق وقد استجيب لطلبه من طرف المحكمة الأجنبية وليس في ذلك ما يخالف النظام العام المغربي، فإن القرار القاضي بتذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ليس فيه أي خرق للقانون⁽¹⁾.

وفق الإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم بشرط توفر الإيجاب والقبول والأهلية وهو اعتراف من المشرع المغربي بالزواج المدني الذي كان مخالفا للنظام العام في إطار مدونة الأحوال الشخصية. أما المادة 15 فقد نصت على الإجراءات اللاحقة لإبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية هذه الإجراءات المتمثلة بإيداع نسخة من عقد الزواج داخل ثلاثة أشهر من إبرامه لدى المصالح القنصلية المغربية. أما بالنسبة للمادة 16 فقد ساهمت في إعطاء فرصة للمغاربة الذين أبرموا عقود زواج لا تحترم شروط الزواج المقررة بمقتضى مدونة الأسرة حيث أصبح بإمكانهم رفع دعوى ثبوت الزوجية لتصحيح زواجهم وإثباته حتى يكون منتجا لآثاره داخل المغرب.

1 - قررا المجلس الأعلى عدد 188، صادر بتاريخ 2005/3/30، ملف شرعي رقم 2004/1/2/622، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 63، الإصدار الرقعي دجنبر 2006، ص 70.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إن المادة 128 من المدونة لطفت ولينت من قاعدة الإسناد المغربية التي تلزم المغاربة بالخضوع للقانون الوطني، وذلك بإيجاد حلول عملية للأحكام الأجنبية التي تعترضها عدة مشاكل تنتج عنها أوضاع اجتماعية سلبية. ومن مظاهر هذه المشاكل: التنازع الإيجابي بين القانون الوطني والقانون الأجنبي. فعلى سبيل المثال الشخص الذي يحمل جنسية مغربية وإسبانية ويرفع دعوى إنهاء العلاقة الزوجية أمام القضاء الإسباني يطبق عليه القانون الإسباني رغم أن قاعدة الإسناد المغربية تقضي بتطبيق القانون الوطني، لكن القانون الإسباني ينص على أن الجنسية الإسبانية تفضل على الجنسية الأجنبية. ومادام الوضع القانوني والاتجاه القضائي قبل المادة 128 من المدونة كان يرفض تذييل الحكم الأجنبي الذي خرق قاعدة الإسناد المغربية في مادة الأحوال الشخصية فإن الحكم الأجنبي الصادر عن المحاكم الإسبانية لن ينفذ بالمغرب حتى وإن لم يمس في مضمونه النظام العام المغربي⁽¹⁾.

- وفي قرار آخر جاء فيه أن: "طلب تذييل الحكم الأجنبي القاضي بانفصام العلاقة الزوجية ليس به ما يخالف النظام العام المغربي، مادام أن الزوج قد وافق على التخلي عن بيت الزوجية حسبما يستفاد من الحكم المذكور والذي حكم بالطلاق للشقاق لتعذر الحياة الزوجية بين الطرفين".
- قرار المجلس الأعلى، عدد 133، صادر بتاريخ 2005/06/15، ملف رقم 04/668، النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، عدد 2006/16، ص 17.

1 - للتوضيح أكثر انظر:

- Abderrazak (myr;chid): l'exequatur des jugements étrangers en droit international privé, mémoire de D.E.S. faculté de droit, rabat, 1973.

-Lahlou(n): la condition de la loi étrangère en droit international privé, essai d'étude comparative du droit international prive français et marocain, thèse, paris II, 1981.

مثال على ذلك حكم المحكمة الابتدائية بفاس عدد 283، صادر بتاريخ 1990/1/25، ملف رقم 89-1962، وقد قضى هذا الحكم برفض إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم صدر عن إحدى المحاكم الفرنسية قضى بطلاق زوجين مغربيين استنادا إلى القانون المدني الفرنسي، وقد عللت محكمة فاس رفضها بكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المغربي المتمثل في مدونة الأحوال الشخصية. الحكم أشار إليه أستاذنا محمد ناصر متيوي مشكوري، مبادئ القانون الدولي الخاص، مكتبة المعارف الجامعية، فاس، 1998، ص 166، هامش 1.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لكن وبعد صدور المادة 128 من المدونة فإن القضاء المغربي لم يعد يراقب مدى تطبيق القاضي الأجنبي للقانون المغربي في دعاوى إنهاء العلاقة الزوجية وإنما يراقب مضمون الحكم الأجنبي سواء طبق القانون الأجنبي أو القانون الوطني ومدى مساسه بالنظام العام. وهذا يشكل في نظرنا قلبا صريحا لقواعد الإسناد التقليدية إن لم نقل انقلابا صريحا على منهج تنازع القوانين.

أيضا نشير إلى أن المادة 128 من مدونة الأسرة حصرت مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية فقط في الأحكام الصادرة في الطلاق أو التطلق أو الفسخ أو الخلع. وهذا الحصر في اعتقادنا سيؤدي إلى استبعاد تذييل الحكم الأجنبي الصادر في غير هذه القضايا في إطار المادة المذكورة. وعليه، فالحكم الصادر في دعوى الزوجية أو دعوى إثبات النسب أو نفيه أو في دعاوى النفقة أو الحضانة يكون ملزما بالخضوع لقواعد الإسناد المغربية التي تحدد القانون الواجب التطبيق على هذه القضايا قبل طلب تذييله بالصيغة التنفيذية، وهذا ما يجعل القاعدة القانونية ترتب ازدواجية في الأحكام القانونية الموكول إلى القاضي تطبيقها. ومن أمثلتها البارزة نجد شرط عدم المساس بالنظام العام الذي يطرح إشكالا عمليا فيما يخص تطبيق المادة 128 من المدونة حيث يكون الحكم الأجنبي في شقه المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية لا يخالف النظام العام الوطني، بينما في شقه المتعلق بوجود اقتسام الأموال بين الزوجين مثلا مخالف للنظام العام. ليطرح السؤال: هل يجوز تذييل الحكم الأجنبي المذكور بالصيغة التنفيذية تذييلا جزئيا؟⁽¹⁾ فضلا عن ذلك فإنه قد يثور مشكل

1 - نعتقد أن التنفيذ الجزئي للحكم الأجنبي لا يتعارض فقط مع صراحة الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية الذي تحيل عليه المادة 128 من المدونة، والذي على حد اعتقادنا يوجب على المحكمة أن تتحقق من عدم مساس أي محتوى من محتويات الحكم الأجنبي بالنظام العام الوطني وأن مساس شق معين من الحكم الأجنبي بالنظام العام كاف لرفض تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية كليا، وإنما قد يرتب إشكالات عملية؛ فتذليل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية يعني قانونا وعمليا وضع الصيغة التنفيذية على أصل الحكم الأجنبي وليس على الحكم الصادر بالتذليل، وإذا كانت القواعد العامة لا تسمح بتذليل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية تذييلا جزئيا أو في شق منه دون الشق الآخر فكيف يمكن وضع الصيغة التنفيذية بصفة جزئية على الحكم الأجنبي من الناحية العملية؟

المجلة المغربية لتاريخ القانون

عملي آخر يتعلق بالطبيعة القانونية لأثر الحكم الصادر بتعديل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، هل هو أثر رجعي أم فوري؟⁽¹⁾

1 - بخصوص التساؤل المتعلق بأثر الحكم الصادر بتعديل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، هل هو أثر رجعي أم فوري؟ يمكن القول بأنه لا يوجد نص قانوني يشير إلى أثر الحكم الصادر بتعديل الحكم الأجنبي في إطار المادة 128 من مدونة الأسرة من حيث الزمان.

وعلى خلاف بعض الفقه المغربي الذي يرى أن الحكم الصادر بتعديل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية له قوة إثباتية وحجية الأمر المقضي به ويعتبر مينا للحق ومدننا له (إبراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب، مجلة القضاء والقانون، عدد 148، السنة 31، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 77)، نرى أن الحكم الصادر بالتعديل لا ينشئ حقا وإنما يكشف عن حقوق مضمنة في الحكم الأجنبي قبل تنفيذه، فالحكم بالتعديل لا ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين وإنما يصادق على إنهاء تلك العلاقة المضمن في الحكم الأجنبي لتنفيذه بالمغرب، وهذا يعني أن الحكم الصادر بالتعديل له أثر رجعي وهو ما يتوافق مع المبتغى التشريعي من سن قواعد استثنائية لتعديل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، وفي هذا الإطار فقد صدر قرار عن المجلس الأعلى جاء فيه: "... حيث صح ما ورد بالسبب ذلك أن الأحكام حجة فيما فصلت فيه، وأن الحكم الأجنبي حتى قبل صيرورته واجب التنفيذ يكون حجة على الوقائع التي يثبتها حسب المنصوص عليه في الفصل 418 من ق.ل.ع. والمحكمة لما اعتبرت العلاقة الزوجية بين الطرفين لا تزال قائمة رغم صدور حكم بالطلاق بينهما وتراضيهما عليه حسب الحكم الصادر عن محكمة أمستردام بهولندا بتاريخ 2003/10/15 الذي يعتبر حجة على الوقائع التي أثبتتها تكون قد أقامت قضاءها - القاضي بتأييد الحكم المستأنف مع تعديله وذلك برفع نفقة الزوجة المحكوم بها - على غير أساس ولم تعلقه تعليلا سليما مما يعرض قرارها للنقض (قرار المجلس الأعلى عدد 20، صادر بتاريخ 2007/01/10، ملف شرعي رقم 2005/1/2/133، قرار غير منشور).

إن اعتبار أثر الحكم الصادر بتعديل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية فوراً من شأنه أن ينتج مشاكل من الناحية الواقعية، فعلى سبيل المثال إذا حصلت الزوجة على طلاقها بدولة أجنبية وتقدمت بطلب تعديل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية أمام المحاكم المغربية وبين تاريخ صدور الحكم الأجنبي وتاريخ صدور الحكم التذييلي بالصيغة التنفيذية تزوجت زواجا مدنيا وفق مقتضيات المادة 14 من المدونة، ففي هذه الحالة إذا كان الحكم الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية يسري من تاريخ صدور الحكم بالتعديل فإن هذا الزواج المبرم من طرف الزوجة يعتبر باطلا تصرح به المحكمة بمجرد الاطلاع عليه أو بناء على طلب المعني بالأمر لزواجها مع مانع مؤقت، أما إذا كان أثر الحكم الصادر بالتعديل رجعياً فإن الزواج المدني المبرم بعد صدور الحكم الأجنبي بإنهاء العلاقة الزوجية هو زواج صحيح مادامت العلاقة الزوجية قد انتهت ولم تعد الزوجة تعتبر متزوجة في نظر الحكم الصادر بتعديل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 128 من المدونة لا تخص إنهاء العلاقة الزوجية في حد ذاته وإنما مراقبة القضاء لمدى توفر شروط تعديل الحكم الأجنبي بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، بمعنى أن

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إن هذه الازدواجية في التشريع من شأنها أن تترك العمل القضائي، كما أريكته من قبل بل وأضعفت روح الاجتهاد لديه، وساعدت في ظهور العديد من الأحكام والقرارات القضائية المتناقضة، وهذا ما يؤثر على وضوح القاعدة القانونية وبالتالي على الأمن القانوني والقضائي للمتقاضين والقاضي في مجال المعاملات الدولية الخاصة والأسرية على الخصوص.

3- التعديلات الجزئية المدخلة على القانون الدولي الخاص المغربي من خارج بنية ظهير الوضعية المدنية للأجانب أفقدته القدرة على الحفاظ على تناسق الأبعاد وتمازج العديد من الفروع القانونية التي تنظمها القوانين ذات الصلة من مظاهر النقص الذي تعودنا عليه في سياستنا التشريعية انعدام النظرة الشمولية التي تخلق الانسجام والتكامل بين القواعد القانونية المكونة لنظام قانوني

دعوى تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية هي دعوى مستقلة عن الدعوى الأصلية موضوع الحكم الأجنبي المراد تذييله.

لكن ألا يعد هذا خلطاً بين الدعوى الأصلية المرفوعة أمام القضاء الأجنبي وبين دعوى تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية؟=

= إن اختصاص القاضي المغربي في نظرنا لا يتعدى تذييل أو عدم تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، فمحكمة التذييل لا تبحث في إنهاء العلاقة الزوجية بل في مدى إمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية. وفي حالة رفض تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية فإن ذلك لا يمنع من الاحتجاج بالوقائع التي يثبتها إذ ينص الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود على أن الأحكام الأجنبية هي بمثابة الورقة الرسمية أي يمكنها حتى قبل تذييلها بالصيغة التنفيذية أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها، وفي هذا السياق يمكن للزوجين المغربيين الإدلاء بالحكم الأجنبي لإثبات حالتهم العائلية وإثبات حضور الأطراف أمام القضاء الأجنبي وإبداء دفعاتهم وجميع الوقائع المضمنة في الحكم باعتباره ورقة رسمية، لكن هذه القوة الثبوتية للحكم الأجنبي تنتهي حيث تبدأ القوة التنفيذية له؛ فإذا تقدم أحد الزوجين بالحكم الأجنبي قصد الحصول على عقد الزواج بالمغرب فلا يعتد به لأنه بطله هذا يسعى إلى تنفيذ الحكم الأجنبي بالمغرب وليس فقط إثبات حالته العائلية حسب الحكم المذكور. فالزوج يكون ملزماً بطلب الإذن بالتعدد أو إجراء الطلاق، أما الزوجة فتكون ملزمة بتذييل الحكم الأجنبي أو طلب التطلق بالمغرب قبل إبرامها الزواج الجديد لأن اعتماد الحكم الأجنبي يكون معناه نقله من القوة الثبوتية إلى قوته التنفيذية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

متجانس. وينطبق هذا الوضع بشكل واضح على ظهير الوضعية المدنية للأجانب في علاقاته بالقوانين المرتبطة به.

فإذا كانت الأهلية على سبيل المثال تخضع من حيث الأساس للقانون الوطني للمعني، وقواعد الإجراءات المسطرية تخضع لقانون القاضي، والحقوق العينية تخضع لقانون موقع المال، فإن الصعوبة تكمن في التمييز بين كل هذه الجوانب من التنظيم الذي يخضع في آخر المطاف للكيفية التي يتم بها التكييف، ولذلك يلعب قانون القاضي دورا مهما في هذا المجال باعتباره القانون الذي يخضع له هذا التكييف.

وعليه، فتضمن قانون المسطرة المدنية كقانون إجراءات لعدة مقتضيات هي من صميم الأهلية كالنيابة القانونية وبيع منقولات القاصر والبيع القضائي لعقار القاصر، يجعل الرأي الراجح في الفقه والقضاء يعتبر هذه المقتضيات من القواعد الجوهرية التي تدخل ضمن حالة الأشخاص⁽¹⁾ التي تخضع من حيث المبدأ للقانون الوطني للمعني⁽²⁾، الأمر الذي يخلق نوعا من عدم الانسجام بين القواعد التي تحكم هذه القضايا وانعكاس ذلك على حقوق الأجانب الشخصية ومراكزهم القانونية.

إن هذا التشتت وعدم الانسجام بارز في عدد غير قليل من مجالات التنظيم الذي يحكم العلاقات الخاصة الدولية والذي يبرز في علاقة ظهير الوضعية المدنية للأجانب بقوانين الأسرة الإجرائية والموضوعية، الأمر الذي يفقد هذه القواعد انسجامها وتناسقها، مما قد يربط اضطرابا قانونيا أو تحكما قضائيا، بالإضافة إلى ما طرحه مسألة التكييف والإحالة أو النزاع بين هذه القواعد من صعوبات ومشاكل تتعدى المتقاضي إلى القاضي، وهو ما يؤثر سلبيا على الأمن القانوني الذي ينبغي أن توفره قواعد هذه القوانين، لذلك فإن النقد

1 - أستاذنا ناصر متيوي مشكوري: مبادئ في القانون الدولي الخاص، مكتبة المعارف الجامعية، 1998، ص 67.

2 - إذا كان مبدأ القانون الوطني للمعني يفرض من حيث المبدأ عدم تطبيق هذه المقتضيات على الأجانب، فإنه في حالة عدم تضمن القانون الأجنبي المختص الحماية الكافية للقاصر وأمواله، فإنه يستبعد قانونه الوطني ويطبق القانون المغربي باعتباره من النظام العام يتضمن الحد الأدنى من الحقوق الواجب توافرها للقاصر، كما تطبق قواعد المسطرة المدنية باعتبارها قواعد إجرائية تخضع لقانون القاضي.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

التشريعي يفرض إعادة تنظيمها بشكل يحقق انسجامها ويقضي على ما يطرحه التكييف أو الإحالة أو التحكم بشأنها من مشاكل.

4- القواعد الموضوعية الدولية: حيل لحلول عجز وقصور منهج تنازع القوانين

في النزاعات الدولية الخاصة

فضلا عن منهج تنازع القوانين في حل المشاكل الدولية الخاصة تبني المغرب على غرار العديد من الدول المقارنة ضوابط ومعايير ساهمت في الواقع في خرق القاعدة التقليدية التي تخضع الأحوال الشخصية للقانون الوطني (المادة 3 من ظ.و.م) والتضيق بالتالي من نطاق تطبيق القوانين الأجنبية، وفي هذا الشأن أبرم عدة اتفاقيات ثنائية مع دول أوروبية كرست ضابط الموطن أو الإقامة في تحديد القانون الواجب التطبيق كان أهمها الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة في 10 غشت 1981، والتي تأخذ بضابط الموطن في مادة الزواج والحضانة والنفقة والطلاق، وأيضا الاتفاقية المغربية الإسبانية بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام القضائية في مواد الحضانة وحق الزيارة واسترجاع الأطفال⁽¹⁾، لكن المشكل الذي يطرح بصدد هذه الاتفاقيات الثنائية هي الأخرى هو أن جلها لم يعد لها معنى بعدما انصهرت أوروبا في اتحاد واحد وأصبح النظام العام السائد هو النظام العام الأوروبي، وليس النظام العام الوطني الخاص بكل دولة على حدة.

يتأكد من هذه الملاحظات والاستنتاجات والأمثلة السابقة عن الثغرات المترتبة عن التعديلات الجزئية المدخلة على ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب من خارج بنيته أنها قاصرة عن توفير القوة والجودة لهذا القانون لفقده أو فقدانه معايير ذلك والمتمثلة في الوضوح والانسجام والتكامل والشمولية التي يجب أن تطبع قواعده القانونية، وذلك بما يضمن تحقيق الأمن القانوني والقضائي لكل من المتقاضي والقاضي على حد سواء، لذلك نعتقد أن تعديل هذا القانون ينبغي أن يتم برؤية ومنهجية شمولية وموحدة ومنسجمة تطل مختلف المجالات التي ينظمها أو يرتبط بها وينفس المقاييس والتصورات. أما اعتماده على هذه المنهجية الجديدة المتمثلة في إدخال تعديلات جزئية على قوانين مرتبطة به وذات

¹ - صادق المغرب عليها ونشرها بج.ر بتاريخ 17 يونيو 1999، عدد 4700، ص 357.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

صلة بمجالات التنظيم الواسعة التي ينظمها فلا نعتبرها سوى محاولة جديدة من المشرع للهروب من طرح مشروع الإصلاح الشامل لهذا القانون على غرار ما فعل في مناسبات سابقة رغم توفر إرادة سبق لها أن طالبت بهذا الإصلاح، والنتيجة هو وجودنا أمام قانون هش قتلته كثرة التعديلات الجزئية من خارج بنيته.

خاتمة:

لا يغيب عن البال ما لظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب من أهمية بالغة في نطاق المعاملات الدولية الخاصة، لاعتبار هذا القانون تنظيما مفصلا لقسط وافر من هذه العلاقات الدولية الخاصة.

وإذا دل التعديل على ضرورة نهج مراجعة شاملة لظهير الوضعية المدنية للأجانب، فإن الإصلاح الشامل أو إعادة النظر الكلي في هذا القانون الذي نقصده ليس معناه هدم كل النظريات والمبادئ أو كل القواعد والأحكام التي يتكون منها، لأن من شأن ذلك أن يؤثر على جاذبية القوانين الأخرى التي تدور في فلكه وترتبط به، الأمر الذي يستدعي بالضرورة تعديل آخر لكافة القوانين الوطنية المرتبطة به أو التي تحيل عليه وهذا أمر يصعب إنجازه.

كما أن هدم نظريات صمدت لسنين، يجعل الأمر صعبا على خلق البديل، خاصة وأن ظهير الوضعية المدنية للأجانب يتصف بالعملية في بعض مبادئه وأحكامه. وإنما ما نقصده بهذا الإصلاح الشامل هو تعديل النظريات والمبادئ والقواعد والأحكام التي ثبتت عجزها وقصورها عن مواكبة مستجدات الحياة، فقد وردت في القانون مسائل مجتمعة تحتاج إلى تفصيل ولا يجدي فيها الترقيع، كما لم يشمل مواضيع أخرى هامة، وما نص عليه من مواضيع أخرى أهمل فيها الأحكام الخاصة. ومن المؤكد أن استكمال النظريات والمبادئ والأحكام التي ترتب على قصورها في كثير من الأحيان اضطراب قانوني وتحكم واختلاف قضائي، لا يعني قطع الصلة بنظريات ظهير الوضعية المدنية للأجانب التي صمدت لسنين وعقود، وإنما يعني تطوير هذه النظريات حتى تلائم في مبادئها وقواعدها وقائع الحياة المستجدة في جميع ميادينها التشريعية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الدخول الإلكتروني غير المصرح به في التشريع الفلسطيني و المغربي

عبد الرحمن طمبزه

باحث في سلك الدكتوراه

المقدمة:

إن التطور الهائل الذي شهده كل من مجال تقنية المعلومات ومجال الاتصالات والاندماج المذهل الذي حدث بينهما فيما بعد، كان المحور الأساسي الذي قامت عليه تقنية المعلومات، إذ أصبحت جميع القطاعات المختلفة تهتم في أداء عملها بشكل أساسي على استخدام الأنظمة المعلوماتية لما تتميز به من السرعة والدقة في تجميع المعلومات وتخزينها ومعالجتها، ومن ثم نقلها وتبادلها بين الأفراد والشركات والمؤسسات المختلفة داخل الدولة الواحدة أو بين عدة دول، وفي مرحلة لاحقة من مسار عصر تقنية المعلومات إلى فكرة الربط بين أجهزة الإعلام الآلي ووسائل الاتصال الأمر الذي أثمر على ظهور شبكات المعلومات، ولكن على الرغم من المزايا الهائلة التي تحققت بفضل تقنية المعلومات على جميع الأصعدة وفي شتى ميادين الحياة المعاصرة، فإن هذه الثورة التكنولوجية المتنامية صاحبها في المقابل العديد من الإشكاليات، وذلك نتيجة إساءة استخدام الأنظمة المعلوماتية واستغلالها على نحو غير مشروع وبطرق من شأنها أن تلحق الضرر بالأفراد والجماعات، وما تتبعه من اعتداءات على المعلومات المخزنة في البيئة الافتراضية، وذلك بالدخول غير المشروع لهذه المعلومات.

وتبرز أهمية البحث في محاولة التركيز على ظاهرة مستحدثة وهي ظاهرة الجرائم الإلكترونية وخاصة جريمة الاختراق الإلكتروني منها التي لم تنل حظها من الدراسة والبحث، وبالتالي سد الفجوة الناجمة عن قلة الأبحاث والدراسات في هذا الموضوع، كما تبرز أهمية الموضوع باعتبار جريمة الدخول غير المشروع تفتح الباب لارتكاب باقي الجرائم الإلكترونية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وتتمثل الإشكالية الرئيسية للبحث، في كيفية معالجة المشرع الفلسطيني

والمغربي جريمة الاختراق الإلكتروني؟

منهجية الدراسة:

اعتمدنا في دراسة موضع البحث على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بإستقراء

النصوص القانونية وتحليلها، وأيضا الإطلاع على الدراسات السابقة التي لها صلة بموضع

البحث وتحليلها.

خطة البحث:

سوف نتناول هذا البحث من خلال مبحثين وفق التقسيم التالي:

المبحث الأول: الإطار العام لجريمة الدخول غير المصرح بها

المبحث الثاني: مكافحة جريمة الدخول غير المصرح بها

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المبحث الأول: الإطار العام لجريمة الدخول غير المصرح به.
تعتبر جريمة الدخول غير المصرح به من الجرائم المستحدثة والمنتشرة بشكل كبير في الوقت الحاضر نظرا للتطور التكنولوجي الحديث الذي سهل ارتكاب مثل هذه الجرائم، يقتضي البحث في أحكام جريمة الدخول غير المصرح به إلى نظام الحاسب الآلي استعراض ماهية هذه الجريمة في بعض التعريفات المختلفة لهذه الجريمة وصورها وأركانها في (المطلب الأول)، ومن ثم آليات الدخول غير المشروع ودوافع مرتكبها وخصائص هذه الجريمة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية جريمة الدخول غير المصرح به

ويقصد بالدخول إلى النظام بشكل عام جميع الأفعال التي تسمح بالولوج إلى نظام المعلومات والسيطرة على المعطيات التي يتكون منها، ولا يقصد بالدخول هنا الدخول بالمعنى المادي، أي الدخول إلى منزل أو مكان ما، إنما يجب أن ينظر إليه كظاهرة معنوية تشبه الدخول إلى ملكة التفكير لدى الإنسان، أي الدخول إلى العمليات الذهنية التي يقوم بها نظام المعالجة الآلية، فلم يحدد المشرع الفلسطيني أو المغربي الطريقة التي يتم بها الدخول، وعليه فتقع الجريمة بأية وسيلة أو طريقة كانت سواء أكان التعدي مباشرا أو غير مباشر.

والدخول هنا يتحقق من خلال إجراء الاتصال بالنظام بأي طريقة كانت سواء باستعمال كلمة السر الحقيقية أو عن طريق استخدام برامج مثل طروادة أو شيفرة خاصة، فتتم هذه الجريمة من قبل أي شخص غير مخول له بالدخول إلى الموقع الإلكتروني أو نظام المعلومات أيا كانت صفته، وللإلمام بجريمة الدخول غير المصرح به، لا بد من التعرف على صور الجريمة بدايتا من خلال الفقرة الأولى، ومن ثم تحديد أركانها في الفقرة الثانية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الفقرة الأولى: ماهية جريمة الدخول غير المصرح به

يقصد بالدخول إلى النظام بشكل عام جميع الأفعال التي تسمح بالولوج إلى نظام المعلومات والإحاطة والسيطرة على المعطيات التي يتكون منها، فيستوي الدخول غير المشروع لاعتباره جريمة بأي وسيلة وأي طريقة كانت، لهذا سنتطرق إلى تعريف جريمة الدخول غير المصرح به (أولاً)، ومن ثم صورها (ثانياً).

أولاً: تعريف جريمة الدخول غير المصرح به إلى نظام المعلومات

عرفه المشرع الفلسطيني في المادة الأولى من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الإلكترونية بأنه: "الاختراق: هو الدخول غير المصرح به أو غير المشروع لنظم تكنولوجيا المعلومات أو الشبكة الإلكترونية".

كما عُرِف الاختراق في القانون العربي النموذجي الموحد بشأن جرائم إساءة استخدام تقنية المعلومات بأنه "الدخول غير المصرح به أو غير المشروع لنظام المعالجة الآلية للبيانات، وذلك عن طريق انتهاك الإجراءات الأمنية"، كما عرف بأنه: "عبارة عن فعل دخول غير مصرح به إلى جهاز الحاسب الآلي وشبكته الإلكترونية، ويتم هذا الاختراق باستخدام برامج متطورة يستخدمها أشخاص لديهم الخبرة والقدرة على استخدامها في هذا الدخول غير المصرح به".

والدخول غير المشروع يشمل كل استعمال للحاسب الآلي دون رضا صاحب الحق، أي كانت صورة ذلك الاستعمال، كما لو تمكن الفاعل من تشغيله مباشرة أو عن بعد، ويطلق عليه أيضاً مفهوم الاختراق الإلكتروني، كما أن هذا الدخول يترتب عليه الوصول إلى بيانات سرية ووثائق خاصة، الأمر الذي يهدد الحياة الخاصة والخصوصية. وبالإطلاع على التعريفات السابقة يمكن القول بأنه: الدخول غير المصرح به إلى موقع إلكتروني أو نظام معلومات، بطرق احتيالية من قبل أشخاص ذو مهارات وكفاءات ذهنية.

ثانيا: صور الدخول غير المشروع إلى نظام المعلوماتي

تتم جريمة الدخول غير المشروع للحاسب الآلي بعدة صور، وقد حددها المشرع الفلسطيني في الفقرة الأولى في مادته الرابعة من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018م بشأن الجرائم الإلكترونية بأنها: "كل من دخل عمدا وبدون وجه حق بأية وسيلة موقعا الكترونيا أو نظام أو شبكة الكترونية أو وسيلة تكنولوجيا معلومات أو جزء منها أو تجاوز الدخول المصرح به أو استمر في التواجد بعد علمه بذلك..."، أما المشرع المغربي فقد نص على عدة صور من خلال المادة 3/607 من القانون الجنائي، حيث جاء في حيثياتها: "... كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال، ... كل من بقي في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو بقي في جزء منه..."، وعليه فجريمة الدخول غير المشروع لها ثلاثة صور وهي كالتالي:

الصورة الأولى: الدخول العمد وبدون وجه حق (عدم وجود تصريح)

ويعني ذلك الدخول إلى الموقع الإلكتروني التابع للغير بدون تصريح، فيتمثل الدخول غير المصرح به عندما يقوم المخترق بالدخول إلى النظام المعلوماتي دون موافقة المسؤول عن النظام أو مالكه، ويرتبط هذا المفهوم أساسا بمعرفة من له الحق في الدخول إلى النظام المعلوماتي ومن ليس له هذا الحق، ومناطق عدم المشروعية يكمن بانعدام سلطة الفاعل في الدخول إلى النظام مع علمه بذلك.

الصورة الثانية: الدخول بما يتجاوز التصريح

وتتمثل هذه الصورة إذا كان الفاعل لديه تصريح، أي الإذن بالدخول إلى النظام إلا أنه تجاوز الصلاحية الممنوحة له، كأن يسمح له باستخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية لمدة معينة ولكنه بقي يشغلها مدة إضافية.

الصورة الثالثة: الدخول بما يخالف التصريح

كذلك أثار مفهوم عدم التصريح بالدخول إلى أنظمة الحاسبات الآلية تساؤلا آخر يتعلق بالحالة التي يكون عليها الدخول إلى النظام مصرحا به، إلا أنه يستخدم لغرض آخر غير الغرض الأصلي المصرح به الدخول لأجله، كأن يكون صرح له بالوصول لقسم معين من المعلومات في الشبكة الداخلية، ولكنه خالف ذلك ودخل قصدا لقسم آخر أو دخل إلى معلومات سرية لا يتوجب الإطلاع عليها من تلك الشبكة، كنظام الموظفين أو بريدهم، فعندما يتعارض غرض الدخول إلى النظام مع الغرض الأصلي أصبح غير مشروع وبالتالي تقوم جريمة الدخول غير المشروع.

الفقرة الثانية: أركان جريمة الدخول غير المشروع إلى نظام الحاسب الآلي

تقوم جريمة الدخول غير المشروع كسائر الجرائم الأخرى على ركنين، الأول يتمثل بالركن المادي وهو نشاط أو سلوك إجرامي يتحقق بالدخول غير المشروع إلى نظام الحاسب الآلي، والركن المعنوي الذي يتمثل بتحقيق القصد الجنائي والمجتمع من العلم والإرادة⁷.

أولا: الركن المادي

تتحقق الجريمة من ركن مادي لا بد من توافره وبدونه لا يتصور قيامها، وبالتالي لا يجوز كقاعدة عامة المعاقبة بدون القيام به، ويقصد بالركن المادي للجريمة سلوك إجرامي يتمثل بارتكاب فعل حرمه القانون، والركن المادي هنا يكون نشاط واحد وهو النشاط المتمثل في الدخول غير المشروع إلى موقع الكتروني، ويمكن التفريق ما إذا كان الدخول مجرد بحيث يتحقق الركن المادي هنا بمجرد الدخول إلى النظام المعلوماتي حتى وإن

المجلة المغربية لتاريخ القانون

لم يترتب على فعل الدخول نتيجة إجرامية، ويكفي لوقوع النشاط المعاقب عليه أن يقوم المتهم بالدخول إلى نظام المعلومات بطريقة غير مشروع حتى ولو كان الدخول عن بعد إلى النظام، طالما أن الدخول بدون وجه حق، فيكون الركن المادي لجريمة الدخول غير المشروع متمثلاً بصدور أي فعل من قبل المجرم المعلوماتي بطريقة غير مشروع بأي وسيلة كانت دون رضا أصحابها.

أما الركن المادي لجريمة الدخول غير المشروع عن قصد إلى النظام المعلوماتي بهدف تحقيق نتيجة جرمية وتسمى هذه الجرائم بجرائم الضرر فيكون الركن المادي فيها كما نص المشرع الفلسطيني في مادته الرابعة من القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية الفقرة الثالثة منه على: "إذا ترتب على الدخول إلغاء بيانات أو معلومات إلكترونية مخزنة..."، فيكفي لتحقيق جريمة الدخول غير المشروع عن قصد أن يكون هناك علاقة سببية ما بين الدخول غير المشروع وبين النتيجة الجرمية التي تحققت، وهي إلغاء أو حذف أو تعديل البيانات أو المعلومات أو التعدي على النظام المعلوماتي أو الموقع الإلكتروني.

أما المشرع المغربي فقد نص في المادة 5/607 من القانون الجنائي على: "كل من عرقل عمدا سير نظام للمعالجة الآلية للمعطيات..."، والمادة 3/607 نصت في فقرتها الثانية: "... قد دخل عن طريق الخطأ...".

وحتى يثبت الركن المادي لهذه الجريمة لا بد من توافر الشروط التالية:

- أن يتم الدخول بطريقة غير مشروعة.
- أن تكون المعلومات أو البيانات غير متاحة للجمهور.
- أن يتم الدخول بقصد الاعتداء على بيانات أو معلومات غير متاحة للجمهور.
- أن يتم الدخول باستخدام تقنية المعلومات، فإن تم ذلك يكون أمام جريمة تقليدية.

ثانياً: الركن المعنوي

المجلة المغربية لتاريخ القانون

يعتبر الركن المعنوي في سائر الجرائم التقليدية والإلكترونية واحد، حيث يكون الركن المعنوي لأي جريمة مكونا من العلم والإرادة حتى تكون الجريمة تامة ومعاقب عليها، حيث أن القانون الجنائي لا يكتفي لقيام الجريمة واستحقاق العقاب عليها مجرد قيامها أو تحقق الركن المادي وحده، بل لا بد من تحقق الركن المعنوي لقيام الجريمة، والذي يتمثل بالكشف عن الحالة النفسية للجاني عند ارتكابه للفعل.

وباستقراء النصوص السابقة نجد -كل من دخل عمدا - أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية، وبالتالي فإنه يلزم توافر القصد الجنائي والذي يجمع ما بين العلم والإرادة، وعليه يجب أن يحيط علم الجاني بكل الوقائع التي يترتب توافرها لقيام الجريمة، فإذا كان جاهلا بالوقائع المادية للجريمة أو وقع غلط في عنصر من عناصرها الواقعية أو الجوهرية فإن ذلك يمنع من توافر القصد الجرمي لديه، وبالتالي لا يسأل.

وهنا يجب التفريق بين جريمة الدخول المجرد غير المشروع (بصورتها البسيطة) وجريمة الدخول عن قصد غير المشروع بهدف تحقيق نتيجة جرمية، ففي الحالة الأولى يتوفر الركن المعنوي لهذه الجريمة بمجرد الدخول إلى النظام المعلوماتي، سواء أكان فضول أو إثبات القدرة على تحديد النظام المعلوماتي أي بمجرد توافر القصد العام تقوم الجريمة، ولا أهمية بعد ذلك لباعث الجاني من الدخول إلى النظام المعلوماتي، أما في الحالة الثانية فيكون الركن المعنوي لها يتطلب إلى جانب القصد العام قصدا خاصا، يتمثل بنية الإضرار بالغير، كالإتلاف أو التغير أو التعديل أو التعطيل للبيانات أو المعلومات على النظام المعلوماتي كما في نص المادة 6 من قرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المطلب الثاني: دوافع ارتكاب جريمة الدخول غير المشروع، وخصائصها

تختلف الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت عن الجريمة التقليدية من حيث الدوافع، حيث أن مجرمي الإنترنت يسعون من خلال ارتكابهم للجريمة، بالإضافة إلى تحقيق الكسب المادي تحقيق أغراض معنوية مثل الانتقام أو التعلم، كما أنها تتمتع بخصائص تميزها عن الجريمة العادية والتي جعلتها صعبة الإثبات لما يتمتع مرتكبها بالذكاء عند ارتكابه مثل هذه الجرائم، حيث سيتم التطرق إلى دوافع ارتكاب هذه الجريمة في (الفقرة الأولى)، وخصائصها في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دوافع ارتكاب جريمة الدخول غير المشروع

يعد الدافع أحد الركائز الأساسية في جميع الجرائم، وبالنسبة لجرائم الحاسب الآلي والإنترنت فقد تختلف في وضعها العام عن أسباب أي جريمة أخرى تقليدية، ويمكن تلخيص هذه الدوافع بما يلي:

أ- دوافع مادية تتمثل بتحقيق الكسب المادي (الربح).

إذ يحدث أن يستهدف مرتكبو هذا النوع من الجرائم تحقيق ربح مادي، خصوصا أن النفع المادي العائد عن مثل هذه الجرائم يعد مغريا، فعند الدخول غير المشروع إلى بيانات شخصية فإنه يستخدم هذه البيانات في عملية الابتزاز من أجل تحصيل المال، أو عند اختراق موقع شركة ما والتي تعد الهدف الرئيسي للمخترقين لتحصيل الربح، فإن هذه الشركات تدفع مبالغ ضخمة للمخترق لإخماد الموضوع وذلك حتى لا تتزعزع ثقة عملائها بها.

ب - دوافع شخصية.

- إثبات الذات: هناك بعض الجرائم الإلكترونية التي يرتكبها شباب صغار السن وذلك من باب التحدي والظهور وتحقيق الانتصار على تقنية الأنظمة المعلوماتية دون أي نوايا آثمة، وغالبا ما تتوقف هذه الفئة عن مثل هذه السلوكيات في سن العشرين.
- الانتقام: تعد من أخطر الدوافع التي يمكن التي يمكن أن تنفع شخص يمتلك معلومات كبيرة عن المؤسسة أو الشركة التي يعمل بها تجعله يقدم على ارتكاب هذه

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الجريمة فقد يكون الضغط النفسي الناجم عن ضغط العمل والمشكلات المالية وغيرها من الأمور الكثيرة قوة محرّكة تدفع العامل ارتكاب الجرائم المعلوماتية للانتقام من رب العمل.
الفقرة الثانية: خصائص جريمة الدخول غير المشروع

نظرا لارتباط جريمة الدخول غير المشروع بجهاز الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت بصفة عامة، وسائل التواصل الاجتماعي بصفة خاصة، فقد أضفي عليها ذلك مجموعة من الخصائص المميزة لها عن الجريمة التقليدية وأهمها أنها:

أ- جريمة عابرة للحدود.

إن الانتشار الواسع لشبكة الانترنت أعطاهما المجال الواسع لربط أعداد هائلة من أجهزة الحواسيب المرتبطة بالشبكة العنكبوتية من غير أن تخضع لمعايير الزمان والمكان، وعليه فيكون المجرم من بلد ما والمجني عليه من بلد آخر، وهنا تظهر الحاجة لوجود قانون دولي وداخلي لمكافحة مثل هذا النوع من الجرائم وضبطها وهذا ما سأطرق إلي في المبحث الثاني.

ب- صعوبة الإثبات في مثل هذه الجرائم.

تكمن صعوبة إثبات مثل هذه الجرائم أنها لا تترك أثارا مادية ظاهرة لأنها جرائم مرئية مما يشكل صعوبة في ضبطها، والوسيلة المستخدمة لارتكاب مثل هذه الجرائم هي نبضة إلكترونية ينتهي دورها خلال أقل من ثانية واحدة، وكأن الجاني يقوم بتدمير الدليل بمجرد استعماله ودون إحداث أي ضجة، مما يجعل مسرح الجريمة خالي من أي آثار.

ج- جرائم ناعمة

تتطلب الجريمة التقليدية استخدام أدوات العنف كما في جرائم الإرهاب والسرقعة، إلا أن الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي تمتاز بأنها جرائم ناعمة لا تتطلب عنفا كما في جريمة الدخول غير المصرح به للمعلومات.

د- عوالة هذه الجرائم

المجلة المغربية لتاريخ القانون

تعد هذه الجرائم صورة من صور العولمة، فمن حيث المكان يمكن ارتكابها عن بعد وقد يتعدد هذا المكان بين أكثر من دولة، ومن الناحية الزمنية تختلف المواقيت بين الدول الأمر الذي يثير التساؤل حول تحديد القانون الواجب التطبيق.

المبحث الثاني: مكافحة جريمة الدخول غير المصرح به

لقد باتارتكاب هذه الجريمة خطراً يهدد أمن المجتمعات وأخلاقها ومكتسباتها، الأمر الذي دفع بالمجتمع الدولي إلى البحث عن آليات جديدة تتلاءم وطبيعتها، وتطوير الوسائل التقليدية بما يكفل تضامن جهود الدول، وأجهزتها القائمة بمهمة مكافحة الجرائم المعلوماتية، لهذا سيتم التطرق في هذا المبحث إلى مكافحة جريمة الدخول غير المصرح به على المستوى الدولي والوطني المطالب الأول، والآثار الإجرائية الناتجة عن هذه الجريمة في المطالب الثاني.

المطلب الأول: مكافحة جريمة الدخول غير المصرح به على المستوى الدولي والوطني

يشكل القانون حاجة ماسة باستمرار لتنظيم حياة المجتمعات وتنظيم العلاقة بين الأفراد والجماعات وبين السلطات وبين الأخيرة وأفراد المجتمع. وفي ظل التطورات الهائلة والمتسارعة التي تشهدها الحياة المعاصرة والتي تخلق أوضاعاً ومشكلات من نمط جديد، فإن التشريع يحتاج دوماً لمواكبة تلك التطورات، سيما الاللكترونية منها من أجل؛ إرساء حماية فعالة لمصالح المجتمع وأفراده، غير أن تلك الحماية يجب أن تعزز الحقوق والحريات العامة لا أن تنتقص منها، فاحترامها يعتبر أداة قياس موضوعية لاحترام الدولة لكرامة الفرد وحقه الأصيل في الخصوصية.

فالتطور التكنولوجي أحدث تحولا واسعا في كثير من الأنظمة القانونية في مختلف فروع القانون، بعد نقلها من واقعها إلى واقع جديد يختلف في طبيعته وآلية تواصل أطرافه في ما بينهم، ومع تطور السلوك الفردي الذي يثير التساؤل الأهم والمتمثل في مدى اهتمام السياسة الحالية بهذا التطور، وما هي حدود الاستجابة له من جانب المشرع، ومن هنا جاءت الحاجة إلى المواجهة التشريعية للتطور التكنولوجي، لهذا سنتطرق في هذا المطلب

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إلى التنظيم التشريعي الفلسطيني والمغربي للجرائم الإلكترونية(الفقرة الثانية)، وذلك بعد التطرق لمواقف الاتفاقيات الدولية من هذه الجريمة(الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: مكافحة جريمة الدخول غير المصرح به على المستوى الدولي.
قامت دولة فلسطين والمغرب بالتوقيع على مجموعة من الاتفاقيات الإقليمية والثنائية والدولية لمواجهة الجرائم العابرة للحدود والتي غالبا ما تكون الجرائم الإلكترونية من ضمنها، ومع تطور فلسطين القانوني من سلطة حكم ذاتي وحتى الاعتراف بها كدولة غير عضو في الأمم المتحدة، قامت بالتوقيع على اتفاقيات إقليمية ودولية تحتوي نصوصا تتعلق بالجرائم الإلكترونية بشكل مباشر، أو تلك التي تعالج الجرائم العابرة للحدود بشكل عام، وأهم ما تم التوقيع عليه:

أولا: الاتفاقيات الإقليمية لمكافحة الجرائم الإلكترونية

وقعت فلسطين والمملكة المغربية على مجموعة من الاتفاقيات الإقليمية والثنائية لمكافحة الجرائم العابرة للحدود، وبقيت مجموعة أخرى من هذه الاتفاقيات الإقليمية وخصوصا العربية لم يتم التوقيع عليها حتى الآن، ومن أهم الاتفاقيات الإقليمية التي وقعت عليها فلسطين ما يلي:

• الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2010م

تهدف هذه الاتفاقية إلى تعزيز التعاون وتدعيمه بين الدول العربية في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات، لدرء أخطار هذه الجرائم حفاظا على أمن الدول العربية ومصالحها وسلامة مجتمعاتها وأفرادها ونصت حسب المادة السادسة على ما يدخل في جريمة الدخول غير المشروع:

• جريمة الدخول غير المشروع مع كل أو جزء من تقنية المعلومات مع تشديد العقوبة في حالات الأذية التي يسببها الدخول أو حصل المخترق على معلومات حكومية سرية.

• جريمة الاعتراض غير المشروع بشكل معتمد لخط سير البيانات.

• الاعتداء على سلامة البيانات.

• إساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات وفقا للتفاصيل التي أوردتها هذه

المادة.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

وكما نصت هذه الاتفاقية في المادة(20)عن المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعية والمعنوية على أنه "تلتزم كل دولة طرف مع مراعاة قانونها الداخلي، بترتيب المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها باسمها أو لصالحها دون الإخلال بفرض العقوبة على الشخص الذي يرتكب الجريمة شخصيا"، وأكدت على تشديد العقوبات على الجرائم التقليدية المرتكبة بواسطة تقنية المعلومات".

ثانيا: الاتفاقيات الدولية لمكافحة الجريمة الإلكترونية

أدى التطور التكنولوجي الهائل حول العالم إلى ازدياد نسبة الجرائم العابرة للحدود ومن ضمنها جريمة الدخول غير المصرح به، الأمر الذي دفع دول العالم ككل إلى التعاون فيما بينها وعقد الاتفاقيات الدولية للحد من هذه الجرائم أو للتخفيف من آثارها، ومن أهمها:

المجلة المغربية لتاريخ القانون

• اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية

لعام 2000م.

تهدف هذه الاتفاقية إلى تعزيز التعاون على منع الجريمة المنظمة عبر الوطنية ومكافحتها بمزيد من الفعالية، بما فيها جريمة الدخول غير المصرح به، وذلك كما جاء في مادته الأولى.

• اتفاقية بودابست للجرائم الإلكترونية لعام 2001م.

إن التنظيم القانوني لهذه الاتفاقية يتكون من مقدمة أربعة فصول، والفصل الأول تضمن المصطلحات الأساسية والفصل الثاني النصوص الموضوعية لجرائم الكمبيوتر، والفصل الثاني يضم المواد من (14-21) والتي تتعلق بالقواعد الإجرائية، والمادة 22 التي تتعلق بالاختصاص، والفصل الثالث يضم المواد من (23-28) تحت عنوان المبادئ العامة، والفصل الرابع الذي جاء لذكر الآثار القانونية للاتفاقية الدولية.

وقد نصت في المادة الرابعة على التدخل المتعمد أو الإرادي في المعطيات بالتدمير أو الحذف أو التشويه أو الإفساد أو تبديلها أو تغييرها أو تعديلها أو تعطيلها أو كبتها أو إخمادها، كما وذكرت الدخول المتعمد في المادة الخامسة، وذكرت أيضا إساءة استخدام الأجهزة في المادة السادسة، ونصت في المواد (18-21) على مجموعة القواعد الإجرائية بقصد التثبت من وقوع الجريمة وجمع أدلتها، ومن ضمنها الأثر السلبي الناتج عن جريمة الدخول غير المصرح به إلى بيانات ومعطيات غير مخول له بالدخول والإطلاع عليه، كما وتطرقت هذه الاتفاقية إلى انتهاك الملكية الفكرية الناتجة عن جريمة الدخول غير المصرح به وذلك في نصوص الفصل الثاني من هذه الاتفاقية (2-13) منه.

• منظمة الشرطة العالمية (الإنتربول).

تم تأسيس الإنتربول كمنظمة شرطية في العالم لعام 1923م، ليقوم بتقديم المساعدة في مكافحة الجرائم العابرة للحدود، ويتكون أعضائها من 190 دولة، ويرتكز نشاط الإنتربول على ستة مجالات هي الفساد والمخدرات وغسيل الأموال المرتبط بالتكنولوجيا والمجرمون الفارون وتهديد السلامة العامة والإرهاب والاتجار بالبشر.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

حيث تمكنت فلسطين من الانضمام إلى هذه المنظمة في 27 سبتمبر 2017، رغم كل ألمساع الإسرائيلية بمنع فلسطين من الانضمام إلى الإنتربول، وتبرز أهمية هذا الانضمام في قدرة فلسطين من التوجه للمحكمة الجنائية الدولية لملاحقة جرائم الإسرائيليين ضد الشعب الفلسطيني وبما فيها جرائم الاختراق الإلكتروني المرتكب من قبل الجانب الإسرائيلي ضد الشعب الفلسطيني، وأيضا لتهنؤ بمسؤولياتها في مكافحة الجريمة الإلكترونية ومن ضمنها جريمة الدخول غير المصرح به.

فيمكن القول أن الاتفاقيات الثنائية بين الدول تساعد أكثر في التعاون الأمني في الجرائم التي لا يستطيع الإنتربول ملاحقتها لاقتصراره على الجرائم الجنائية الدولية.

الفقرة الثانية: مكافحة جريمة الدخول غير المصرح به على المستوى الوطني
أصدر المشرع الفلسطيني والمغربي بعض القوانين الخاصة التي أشار من خلالها إلى بعض الجرائم المعلوماتية ضمن نصوص بسيطة يمكن تسميتها بالنصوص الخجولة والمتناثرة هنا وهناك، وهذه النصوص لطالما تعطش إليها العاملون في النيابة العامة لعلها تخفف من الضغوط المجتمعية والرسمية التي تطالبهم بملاحقة هذه الجرائم، فاستندت إليها النيابة العامة وقضت بأحكامها المحاكم.

أولاً: القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018م بشأن الجرائم الإلكترونية

يعتبر سن قانون للجرائم الإلكترونية ضرورة تفرضها متطلبات الحياة الحديثة لحماية مستخدمي التكنولوجيا من الأعمال غير المشروعة التي قد يرتكبها الغير للإضرار بهم، وقد حاول هذا القانون أن يغطي هذا الجانب فعلا من خلال العديد من النصوص التي حمت الخصوصية، ولكنه بالمقابل وضع العديد من النصوص الأخرى التي تقيد حرية التعبير والحقوق بما فيها حرية الوصول للمعلومات بشكل غير مشروع تحت ذرائع حماية الأمن القومي والمجتمع ومعتقداته بما يخالف التزامات فلسطين على المستوى الدولي.

ومن خلال هذا القانون فقد نظمت جريمة الدخول غير المصرح به ضمن هذه النصوص، وتبين ذلك بشكل واضح وصريح في نص المادة الرابعة من هذا القانون والتي تم التطرق إليها وتحليله سابقا، فقد عاقبت على ارتكاب هذه الجريمة بالحبس أو بغرامة لا تقل

المجلة المغربية لتاريخ القانون

عن 200 دينار أردني ولا تزيد عن 1000 دينار أردني أو ما يعادلها بالعمل المتداولة قانوناً، كما وعاقبت على من يلغي بيانات أو معلومات إلكترونية مخزنة في النظام المعلوماتي بالحبس مدة لا تقل عن سنة، أو بغرامة لا تقل عن 1000 دينار ولا تزيد عن 3000 دينار أردني، كما وشدت هذه العقوبة في حال كان الاعتداء على بيانات حكومية بحيث تصل عقوبتها إلى الأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تزيد عن 5 سنوات وبغرامة لا تقل عن 3000 دينار أردني ولا تزيد عن 5000 دينار أردني.

وتضمن هذا القانون العديد من انتهاكات حقوق الإنسان سيما الحق في حرية التعبير والأمن الشخصي والخصوصية، كما وجاء هذا القانون مخالفاً للمبادئ الدولية المتعلقة في تنظيم حرية التعبير عن الرأي والوسائل الإلكترونية والاعتبارات المتعلقة بالأمن القومي المصاحبة لها وأهمها الإعلان المشترك الخاص بجريمة التعبير والإنترنت لسنة 2011، ومبادئ جوهانسبرج المتعلقة بالأمن القومي، وحرية التعبير والوصول للمعلومات لسنة 1996، وقرار الجمعية العامة بإنشاء ثقافة عالمية للأمن الإلكتروني لسنة 2003.

ثانياً: قانون رقم 03-07 المتعلق بجرائم المس بنظم المعالجة الآلية

للمعطيات المغربي

تمم المشرع المغربي في السنوات الماضية مجموعة القانون الجنائي بموجب عدة تعديلات، ومنها القانون رقم 03-07 المتعلق بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات والتي نصت عليها وعلى عقوبتها تسعة فصول جنائية جديدة هي الفصول من 607-3 إلى 607-11، عقوبات تتراوح ما بين شهر وخمس سنوات حبساً على كل من يمس نظم المعلومات.

وتناول في الفصول الأولى موضوع الدخول غير المصر به، حيث جاء في حيثيات المادة 607-3 أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظم للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال.

ويعاقب بنفس العقوبة من بقي في نظم للمعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه، كان قد دخل عن طريق الخطأ وهو غير مخول له حق دخوله..".

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المشرع المغربي جاء بعقوبات صارمة لكل من يدخل إلى نظام الكتلون عن طريق الاحتيال، وكذلك في حالة البقاء إذا تم الدخول عن طريق الخطأ.

المطلب الثاني: الآثار الإجرائية لجريمة الدخول غير المصرح به

بالرغم من المزايا الهائلة التي تحققت وتحقق كل يوم بفضل تقنية المعلومات في شتى ميادين الحياة المعاصرة، إلا أن هذه الثورة التكنولوجية المتنامية قد صاحبها العديد من الانعكاسات السلبية والخطيرة من جراء استخدام هذه التقنية والانحراف عن الأغراض المتوخاه منها، والتي أدت إلى تفشي ظاهرة الجرائم المعلوماتية، وقد ازدادت هذه المخاطر تفاقماً في ظل البيئة الافتراضية، ما أقر نوعاً جديداً لم يكن معروفاً من قبل ممثلاً بالجرائم العابرة للحدود، والتي لم تعد آثارها محصورة في النطاق الإقليمي للدولة، الأمر الذي بات يثير بعضاً من التحديات القانونية والعملية أمام الأجهزة المعنية لمكافحة هذه الجريمة، وبالذات فيما يخص إثبات هذه الجرائم، وألية مباشرة إجراءات الاستدلال والتحقيق عبر البيئة الافتراضية لتعقب المجرمين وتسليمهم للعدالة.

لهذا سنتطرق في هذه المطلب إلى الاختصاص القضائي لجريمة الدخول غير المصرح به (الفقرة الأولى)، وإجراءات الاستدلال والتحقيق في هذه الجريمة (الفقرة الثانية)، وإثبات هذه الجريمة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الإختصاص القضائي لجريمة الدخول غير المصرح به

تعد الجرائم المعلوماتية من أكثر الجرائم التي تطرح مسألة الإختصاص القضائي، ذلك أن السلوك أو النشاط الإجرامي منها لا تعترف بالحدود، إذ أن الطبيعة التقنية لنظم المعلوماتية المرتبطة بشبكات الاتصال العالمية يمكن أن تؤدي إلى أن يصبح إقليم أكثر من دولة مسرحاً لجريمة واحدة، الأمر الذي قد ينجم عنه تنازع في الإختصاص

المجلة المغربية لتاريخ القانون

بين الدول، حيث اختلاف التشريعات والنظم القانونية، وعليه يعرف الاختصاص القضائي بأنه: "السلطة السيادية للدولة التي تمكنها من تطبيق قوانينها الوطنية داخل إقليمها". فقواعد القانون الجنائي (بشقيه الإجرائي والموضوعي)، يخضع في تطبيقه لمبدأ مستقر ومعروف ألا وهو مبدأ الإقليمية والذي يعنى به خضوع الجرائم التي تقع في إقليم دولة معينة لقانونها الجنائي النافذ، بحيث تكون محاكمها الوطنية النظامية هي صاحبة الولاية بنظر الدعاوي الناشئة عنها وذلك كما جاء في نص المادة الثالثة من القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية: "1- تنشأ وحدة متخصصة في الجرائم الإلكترونية...، 2- تتولى المحاكم النظامية والنيابة العامة وفقا لاختصاصاتهما النظر في دعاوى الجرائم الإلكترونية"، ولا تخضع بذلك لسلطة القانون الأجنبي، لأن القانون الجنائي للدولة لا يمتد سريانه إلى خارج حدودها المعترف بها في القانون الدولي إلا في حالات استثنائية اقتضتها حماية المصالح الجوهرية للدولة، أو متطلبات التعاون الدولي في مكافحة الجرائم المعلوماتية.

وهذا ما أكدت عليه المادة الثانية من القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية في فقراتها الأولى والثانية "1- تطبق أحكام هذا القرار بقانون على أي من الجرائم المنصوص عليها فيه، إذ ارتكب كليا أو جزئيا داخل فلسطين أو خارجها، أو امتد أثرها داخل فلسطين، سواء أكان أصليا أم شريكا أم مت دخلا، على أن تكون الجرائم معاقبا عليها خارج فلسطين مع مراعاة المبادئ العامة الواردة في قانون العقوبات النافذ. 2- يجوز ملاحقة كل من يرتكب خارج فلسطين إحدى الجرائم المنصوص عليها بهذا القرار بقانون في إحدى الحالات الآتية: أ. إذا ارتكب من مواطن فلسطيني. ب. إذا ارتكب ضد أطراف أو مصالح فلسطينية. ج. إذا ارتكب ضد أطراف أو مصالح أجنبية من قبل أجنبي أو شخص عديم الجنسية يوجد محل إقامته المعتاد داخل فلسطين أو من قبل أجنبي أو شخص عديم الجنسية وجد في الأراضي الفلسطينية، ولم تتوافر في شأنه شروط التسليم القانونية".

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أما المشرع المغربي، فقد نص في الفصل 10 من القانون الجنائي على أنه: "يسري التشريع الجنائي المغربي على كل من يوجد بإقليم المملكة من وطنيين وأجانب وعديمي الجنسية، مع مراعاة الاستثناءات المقررة في القانون العام الداخلي والقانون الدولي". فالأصل أن عناصر الركن المادي للجريمة تكتمل في مكان واحد أي داخل نطاق إقليم الدولة، فيقع السلوك الجرمي وتترتب عليه آثاره في نفس الإقليم وعليه يتحدد القانون الواجب التطبيق وبالتالي المحكمة المختصة، فهنا ينعقد الاختصاص وطنيا ولا يثار أي إشكال، بيد أن بعض الجرائم المعلوماتية التي ترتكب يمتد أثرها خارج حدود الدولة، بحيث يقع السلوك الجرمي في دولة وتتحقق نتيجتها الضارة في نطاق إقليم دولة أخرى، فهنا تثار مشكلة انعقاد الاختصاص في جرائم المعلوماتية، فالشبكة العنكبوتية بطبيعتها لا تحدها حدود ولا تستأثر بها دولة بعينها، وعليه فلا تخضع لرقابة أو سيطرة جهة معينة، وهذا يستتبع ولو نظريا عدم إمكان خضوعها لسلطان قانون جنائي معين.

وعملا بمبدأ الإقليمية فإن كل دولة تمارس سيادتها على إقليمها بتطبيق قوانينها داخل حدودها، بصرف النظر عن جنسية مرتكب الجريمة، وتطبيقا للقواعد التي تحكم الاختصاص المكاني فإن جرائم المعلوماتية العابرة للحدود تخضع في كثير من الأحيان لأكثر من قانون، فإذا وقع السلوك الجرمي في نطاق بلد معين والآثار الضارة تحققت في نطاق بلد آخر، فإن قانون كلا البلدين يكون واجب التطبيق على الواقعة، كما وقد ينعقد الاختصاص لدولة ثالثة متى كانت الجريمة ماسة بمصالحها الجوهرية وذلك وفقا لمبدأ العينية.

فهذه الجرائم بطبيعتها غير قابلة في كثير من الأحيان للخضوع للقواعد التي تحكم مسألة الاختصاص المكاني وبالتالي فإنها قد تتطلب تجاوز المعايير التقليدية للتغلب على مشكلة الاختصاص، والعمل على تبني حلول أكثر مرونة تأخذ في الحسبان النطاق الجغرافي لهذه الجرائم وسهولة ارتكابها وآلية اقترافها والتخلص من آثارها وغيرها من الأمور التقنية، بحيث يكون من الملائم أن ينعقد الاختصاص لقانون البلد التي أضرت به الجريمة أو من المتوقع أن تشكل خطورة على مصالحها الحيوية، ولو كان وقوعها خارج نطاق إقليمها،

المجلة المغربية لتاريخ القانون

فهذا بدوره يؤدي إلى تطبيق أو تبني مبدأ الاختصاص العالمي أو الشامل بهذا الخصوص وذلك لتجنب الكثير من المشاكل الناجمة عن مكان وقوع الجريمة أو ترتب آثارها الضارة.

ويتبين مما سبق ضرورة تبني مبدأ الاختصاص العالمي، وذلك كون الجرائم المعلوماتية تتشابه في وسائلها وأركانها عند معظم التشريعات الدولية والإقليمية، وأن مجال ارتكاب مثل هذه الجرائم هو العالم الافتراضي وليس محصوراً في بقعة جغرافية معينة.

الفقرة الثانية: إجراءات الضبط والتحقيق لجريمة الدخول غير المشروع

تعد مرحلة التحقيق الابتدائي أو ما يطلق عليها جمع الاستدلالات مرحلة هامة في سبيل البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية، فالتحقيق عموماً هو مجموعة الإجراءات التي سيقوم بها المحقق وتؤدي إلى اكتشاف الجريمة ومعرفة مرتكبيها لتقديمهم إلى المحاكمة وقد تكون هذه الإجراءات عملية كالتفتيش، أو فنية كال بصمات، أو برمجية كتحديد كيفية الدخول إلى المعطيات المخزنة في النظام المعلوماتي.

وهذا ما أكد عليه المشرع الفلسطيني في قرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن

الجرائم الإلكترونية بحيث أكد ذلك في المادة 39.

فالهدف من التحقيق الابتدائي هو التأكد من وقوع الجريمة ومن ثم معرفة نوع هذه الجريمة ومعرفة أطراف الجريمة (الجاني والمجني عليه)، ومعرفة الوسائل التي استعملت في ارتكابها، ويكون ذلك في الجريمة المعلوماتية وفقاً لمنهج تحقيقي يختلف عن التحقيق منه في الجرائم التقليدية الأخرى وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون الإجراءات الجزائية.

وباستقراء نص المادة 33 و34 من القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية نجد

أن أهم ما جاء في هاتين المادتين هو الضبط والتفتيش، فيكون لموظفي الضابطة العدلية بعد الحصول على إذن التفتيش من وكيل النيابة أو من المحكمة المختصة الدخول إلى أي مكان تشير الدلائل إلى استخدامه لأي من الوسائل لارتكاب هذه الجريمة، كما ويجوز له تفتيش الأجهزة والأدوات والبرامج والأنظمة والوسائل التي تشير الدلائل في استخدامها لارتكاب هذه الجريمة، وفي جميع الأحوال على الموظف الذي قام بالتفتيش أن ينظم محضراً

المجلة المغربية لتاريخ القانون

بذلك وتقديمه إلى النيابة العامة، كما وقد اشترطت في التفتيش أن يكون الإذن بالتفتيش مسبباً، وعليه يجوز لموظفي الضابطة العدلية ضبط الأجهزة والتحفيز على كامل نظام المعلومات أو جزء منه أو وسيلة من وسائل تكنولوجيا المعلومات والتي من شأنها أن تساعد على كشف الحقيقة وتحرر قدر الإمكان قائمة بالمضبوطات المتحفز عليها بحضور المتهم أو بحضور من وجد عنده المضبوط المتحفز عليه ويحرر تقرير بذلك وللمحكمة المختصة الحكم بمصادرة الأجهزة والمعلومات وتوقيف أو تعطيل عمل أي نظام معلومات أو موقع إلكتروني مستخدم في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القرار بقانون، وبذلك يكون المشرع حل إشكالية كبيرة تتعلق بضبط المكونات المعنية.

فقد يلجأ بعض المجرمين إلى تخزين البيانات أو المعلومات المتعلقة بالجريمة حول حرية تدفق المعلومات، فملاحقة هؤلاء المجرمين يتم من خلال إتباع الخطوات التالية:

أولاً: المعاينة

تعد المعاينة من إجراءات التحقيق الابتدائي، فيكون للمحقق اللجوء إليها متى دعت الضرورة لذلك، وتظهر أهمية المعاينة في الجرائم التقليدية التي تخلف وراءها أضراراً مادياً ويهدف القائم بهذه المعاينة التحفظ على تلك الآثار لفحصها وبيان مدى صحتها في الإثبات، إلا أن الأمر يختلف في الجرائم المعلوماتية، والتي يندر أن تخلف وراءها آثاراً مادية، وقد تطول الفترة الزمنية بين وقوع هذه الجريمة واكتشافها مما يعرض الآثار الناتجة عنها إلى التلف أو المحو أو العبث.

ثانياً: التفتيش

يعد التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق بحيث لا يتم إلا بعد الحصول على إذن من النيابة العامة، والذي يهدف إلى البحث عن دلائل تتعلق بالجريمة وضبطها وكل ما يفيد بصفة عامة في كشف الحقيقة سواء أكان ذلك يتعلق بالأشخاص أو بالأماكن وذلك ما أكدت عليه الفقرة الأولى من المادة 33: "1. للنيابة العامة الحصول على الأجهزة أو الأدوات أو الوسائل أو البيانات أو المعلومات الإلكترونية... لأغراض الضبط والتحفظ"، فالتفتيش أو البحث في الشبكات الإلكترونية يتم باستخدام وسائل تقنية للبحث عن مكان البيانات أو الأدلة المطلوبة.

فالأصل أن يصدر إذن التفتيش مكتوباً إلا أن هذا الشرط يحمل في طياته بعض المخاطر، وذلك في حالة ما إذا كان البحث عن أدلة الجريمة يستدعي أن يتم التفتيش في مكان آخر أو في نظام معلوماتي آخر غير الذي صدر بشأنه الإذن المكتوب، فتتمثل المخاطر بإمكانية محو أو إتلاف البيانات المطلوبة أو نقلها أو تعديلها خلال الفترة التي يراد الحصول على إذن مكتوب بشأنها، ولتفادي هذه المخاطر يجب أن يكون الإذن بالتفتيش يشمل أي نظام معلوماتي آخر وفي أي مكان يتواجد فيه المعلومات أو البيانات المطلوبة.

حيث ينتج عن امتداد الإذن بالتفتيش امتداد في الاختصاص فيمكن أن يصدر الأمر في التفتيش من قاضي التحقيق تحققاً للسرعة المطلوبة، كما وينتج عن امتداد الإذن بالتفتيش إلى خارج الإقليم الجغرافي للدولة والتي صدر من جهاتها المختصة ذلك الإذن،

المجلة المغربية لتاريخ القانون

ودخوله في المجال الجغرافي لدولة أخرى حيث ينتهك سيادة هذه الدولة، لذلك فإن التفتيش الإلكتروني العابر للحدود لا يجوز في غياب اتفاقية دولية بين الدولتين تجيز هذا الامتداد أو على الأقل الحصول على إذن الدولة الأخرى، وهنا تتأكد أهمية التعاون الدولي في مكافحة هذه الجرائم الإلكترونية.

ثالثا: الضبط

تعد الغاية من التفتيش ضبط شيء يتعلق بالجريمة ويفيد في التحقيق الجاري بشأنها، سواء أكان هذا الشيء أدوات استعملت في ارتكاب الجريمة أو شيئا نتج عنها أو غير ذلك مما يفيد في كشف الحقيقة.

والضبط في مجال الجرائم الإلكترونية محله بيانات المعالجة الإلكترونية والتي هي عبارة عن ذبذبات إلكترونية، أو موجات كهرومغناطيسية تقبل التسجيل والحفظ والتخزين على وسائط مادية بالإمكان نقلها وبثها واستقبالها وإعادة إنتاجها، فلا يمكن إنكار وجودها المادي.

وخشية من محو أو إتلاف أو ضياع الأدلة التي يتم الحصول عليها عن طريق التفتيش فقد أجازت المادة 33 من القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية الحق في ضبط الأدلة الإلكترونية والتحفيز على البيانات الجريمة وكذلك الأدوات التي استخدمت في ارتكابها والآثار الناتجة عنها.

ومما تقدم يتضح أن التحري والبحث والتحقيق وجمع الأدلة في مجال الجرائم الإلكترونية يكتنفه الغموض ويحيط به العديد من الصعوبات، إلا أنه لا مناط من مواصلة البحث والتحقيق وجمع الأدلة مع التطوير المستمر لوسائل البحث والأجهزة الشرطية وسلطات التحقيق ودعم التعاون الدولي في هذه المجال.

الفقرة الثالثة: إثبات جريمة الدخول غير المصرح به

تمثل قواعد الإثبات أهمية خاصة إذا أن الحق موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمه إذا لم يقد الدليل على الواقعة التي يستند إليها، كما أن الإثبات الجنائي هو أحد الموضوعات الهامة الذي قد تأثر بدوره بالتطور الهائل الذي لحق بالأدلة الجنائية بسبب تطور طرق ارتكاب الجريمة، الأمر الذي يتعين معه تغيير النظرة إلى طرق الإثبات الجنائي لكي تقترب الحقيقة العلمية في واقعها الحالي من الحقيقة القضائية.

فالإثبات قانوناً: "هو إقامة الدليل لدى القضاء على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، ونسبتها إلى المتهم بالطرق التي حددها القانون في حين يعرف الإثبات في المواد الجنائية كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة التي تتجلى في وقوع الجريمة بوجه عام ونسبتها للمتهم بوجه خاص".

فتحتاج الجريمة المعلوماتية في إثباتها إلى أدلة تقنية ناتجة عن الوسائل التقنية التي ارتكبت بواسطتها أو من خلالها فهي بذلك بحاجة إلى ما يعرف بالدليل الرقمي كوسيلة لإثبات ارتكاب الجريمة المعلوماتية والتعدي على البيانات والمعلومات سواء بإتلافها أو اعتراضها أو تزويرها.

وترتكز عملية الإثبات الجنائي للجرائم المعلوماتية على الدليل الجنائي الرقمي، والذي يعتمد بشكل أساسي على عنوان IP الخاص بالمستخدم، ذلك أنه الوسيلة الأساسية لإثبات هذا النوع من الجرائم، لذا سنتطرق لمفهوم الدليل الرقمي أولاً، وميزات هذا الدليل في الإثبات الجنائي ثانياً، وحجية هذا الدليل في الإثبات الجنائي ثالثاً.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

أولاً: مفهوم الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي

يعرف بأنه: "الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسب الآلي ويكون في شكل نبضات مغناطيسية أو كهربائية، ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة، ويتم تقديمها في شكل دليل يمكن اعتباره أمام القضاء، فهو الذي يؤدي بقاضي الموضوع إلى اقتناعه بثبوت ارتكاب الجريمة من قبل شخص ما".

ثانياً: ميزات الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي

أ- طريقة نسخ الدليل الرقمي من أجهزة الكمبيوتر تقلل أو تعدم مخاطر إتلاف الدليل الأصلي.

ب- صعوبة تحطيم أو محو الدليل المطلوب.

ت- يمكن تحديد ما إذا تم العبث بالدليل الرقمي، وذلك لإمكانية مقارنته بالأصل.

ث- نشاط الجاني لمحو الدليل يسجل كدليل عليه أيضاً، واستخدامه كدليل إدانة ضده.

ج- الأتساع العالمي لمسرح الدليل الرقمي.

ح- السعة التخزينية العالية.

خ- يمكن من خلال الدليل الرقمي رصد معلومات عن الجاني وتحليلها في ذات الوقت.

ثالثاً: حجية الدليل الرقمي في الإثبات

إن الهدف الذي تسعى إليه كافة التشريعات الإجرائية هو أن يصيب القاضي الحقيقة في حكمه، سواء بالبراءة أو بالإدانة، والحقيقة لا يمكن الوصول إليها إلا باليقين، ومنه تكمن أهمية يقينية الأدلة الرقمية في الإثبات الجنائي في الدعوى العمومية، حيث أن هذا الدليل يعتمد على بروتوكول IP والمكون من أربع أجزاء، فيشير الجزء الأول من اليسار إلى المنطقة الجغرافية، والجزء الثاني لمزود الخدمة، والثالث لمجموعة الحاسبات الآلية المترابطة، وأما الجزء الرابع يحدد الحاسب الآلي الذي تم الاتصال به.

وباستقراء نص المادة 37 من القرار بقانون أنه: "يعتبر الدليل الناتج بأي وسيلة من وسائل تكنولوجيا المعلومات أو أنظمة المعلومات أو شبكات المعلومات أو المواقع

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الإلكترونية أو البيانات والمعلومات الإلكترونية من أدلة الإثبات"، ونصت المادة 38 من نفس القانون على: "تعتبر الأدلة المتحصلة عليها بمعرفة الجهة المختصة أو جهات التحقيق من دول أخرى، من أدلة الإثبات، طالما أن الحصول عليها قد تم وفق الإجراءات القانونية والقضائية للتعاون الدولي".

المشرع الفلسطيني هنا أكد على إمكانية ضبط الأدلة الرقمية، وأعتبرها دليل إثبات، واشترط في الدليل أن يكون الحصول عليه تم وفق الإجراءات القانونية، سواء كان الدليل متحصل عليه من السلطات المختصة في فلسطين، أم نتيجة التعاون الدولي والقضائي خارج فلسطين.

أما المشرع الغربي لم ينص صراحة على ضبط المكونات المعنوية والأدلة الرقمية، حيث جاء في حيثيات الفصل 607-11 من القانون الجنائي، على أنه: "يمكن للمحكمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية أن تحكم بمصادرة الأدوات التي استعملت في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب...". ورغم ذلك فإن الواقع العملي في المغرب يثبت أهمية الدليل الرقمي، حيث تم إنشاء المختبر الجهوي لتحليل الأثار الرقمي، وذلك في إطار الحرص على مواكبة التطورات في المجال التكنولوجي.

وعليه يأخذ الدليل الرقمي حجية قاطعة في الإثبات أمام القضاء لما يتمتع به من خصائص تؤكد يقينية وقوته في الإثبات، إلا أن هناك بعض البرامج التي تؤثر على الدليل الرقمي، مثل برنامج المتصفح نوت(VPN-TOR) حيث لا يأخذ شكل الحلقات التي تمر في أكثر من دولة، وبالتالي يصعب في هذه الحالة تحديد عنوان المجرم المعلوماتي.

الخاتمة

من خلال هذا البحث فقد تعرفنا على جريمة الدخول غير المصرح بها إلى النظام المعلوماتي وفقا للقرار بقانون رقم 10 لسنة 2018م وقانون 03-07 المتمم للقانون الجنائي والمتعلق بالمس بمعالجة النظم المعلوماتية، وتناولنا الأحكام الشاملة لهذه الجريمة وماهيتها وآليات ارتكابها، وكذلك التنظيم التشريعي لهذه الجريمة والعقوبات المقررة عليها وكذلك موقف الاتفاقيات الإقليمية والدولية من هذه الجرائم، وأيضا الإشكالات الإجرائية الناتجة عن هذه الجرائم.

ومن الواضح أن كلا المشرعين قد أخفقا بمعالجة الجرائم الإلكترونية إلى المدى الذي يحد فيه من ارتكاب مثل هذه الجرائم، كما أنهما لم يفصلا نصوص جريمة الدخول غير المصرح به وبيان العقوبات الواردة عليها إلى الحد الذي يمكن من فهمها وإمكانية تطبيقها أمام المحاكم، فإلى جانب النصوص الإيجابية والتي لا يمكن إنكارها من هذا القوانين، إلا أنه تضمن نصوصاً خطيرة من شأنها انتهاك وتقييد غير مبرر لطائفة من حقوق المواطنين وحررياتهم الأساسية وخصوصياتهم، لا سيما حقهم في حرية الرأي والتعبير، وحقهم في الخصوصية وحرمة حياتهم الخاصة، التي كفلهما الدستور، والاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان.

التوصيات

وبعد الانتهاء من دراسة هذا البحث فإننا نوصي بما يلي:

- إعادة النظر بالقوانين المنظمة للجرائم الإلكترونية، بطريقة التي تناسب المعايير الدولية.
- تمكين الضابطة العدلية والنيابة العامة بالأدوات والوسائل التقنية الحديثة، والتي تمكنها الكشف عن الجرائم الإلكترونية.
- يجب العمل من خلال برنامج محدد على تنمية قدرات الجهاز القضائي حول الجرائم المعلوماتية وآليات اكتشافها واكتشاف أدلتها.
- توعية المجتمع والأفراد عن الجرائم الإلكترونية والعقوبات التي تترتب على من يقوم بهذه الجرائم.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المصادر

القوانين.

• قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 الصادر بتاريخ سبتمبر/2003، الوقائع الفلسطينية، العدد 38.

• قرار بقانون رقم 10 بشأن الجرائم الإلكترونية الصادر بتاريخ 5/3/2018، الوقائع الفلسطينية.

الاتفاقيات الدولية.

• اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الصادرة بتاريخ 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000، دخلت حيز النفاذ 8 يناير 2001، سلسلة الاتفاقيات الأمم المتحدة.

• الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الصادرة بتاريخ 19/يوليو/2001 دخلت حيز النفاذ 21/ديسمبر/2012، القاهرة.

• اتفاقية بودابست الإلكترونية الصادرة بتاريخ 8 يونيو/2000 ودخلت حيز النفاذ 23 نوفمبر/2001، سلسلة اتفاقيات المجلس الأوروبي.

• منظمة الشرطة العالمية (الإنترپول)، الصادرة عام 1923.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المراجع.

الكتب.

- الجنبيهي، منير، ممدوح، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- حجازي، عبد الفتاح، الجريمة في عصر العولمة، دار النهضة العربية، الاسكندرية، 2009-2010.
- حجازي، عبد الفتاح، علم الجريمة والمجرم المعلوماتي، دار النهضة العربية، الاسكندرية، 2009.
- الحيط، عادل عزام سقف، جرائم الدم والقدح والتحقيق المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1.
- الخوالدة، محمد سليمان، هياجنة، وآخرون، "جريمة الدخول غير المشروع الى موقع إلكتروني أو نظام معلومات وفق التشريع (دراسة مقارنة)"، كلية الدراسات العليا، عمان، 2012.
- رستم، هشام محمد فريد، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، 1994.
- رصاح، فتيحة، "الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الإنترنت"، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012.
- السعيد، كامل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني والقانون /مقارن، الطبعة الثانية، دار الفكر والنشر والتوزيع، عمان، 1983.
- شكري، عادل يوسف، الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية الجزائية، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد السابع، 2008
- الشلالدة محمد، الربيعي، عبد الفتاح، "الجرائم الإلكترونية في دول فلسطين المحتلة في ضوء التشريعات الوطنية والدولية"، بدون دار نشر، جرش، 2015.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- الصغير، جميل عبد الباقي، الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- طاهر، داود حسن، أمن شبكة المعلومات، مكتبة الملك الفهد الوطنية، 2004.
- عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006.
- العرابي، علي زكي، المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية، 1940.
- عقيدة، محمد أبو العلا، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2001.
- العبيدي، أسامة بن غانم، "جريمة الدخول غير المشروع الى النظام المعلوماتي"، عدد 14، دار المنظومة، 2012.
- عباوي، نجاه، "الإشكالات القانونية في تجريم الإعتداء على أنظمة المعلومات"، الجزائر، 2017.
- قورة، نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الآلي دراسة نظرية تطبيقية، دون دار نشر، بيروت، 2005.
- المناصير، حسن فضل خليف، ربيع، عماد محمد، "جريمة الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي والتعدي على محتوياته (دراسة مقارنة)"، كلية عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، جامعة جرش، جرش، 2016.
- ارحومة، موسى مسعود، "الإشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية"، ورقة عمل قدمت في المؤتمر المغربي الاول حول المعلوماتية والقانون والذي عقد في أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 2009.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- ارحومة، موسى مسعود، "تحديد النطاق المكاني لجرائم تلوين البيئة البحرية والقانون الواجب التطبيق"، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العلمي الخامس لكلية الشريعة والقانون، جامعة إربد الأهلية بعنوان "البيئة في ضوء الشريعة والقانون"، الأردن، 13 تموز 2006.
- المناعسة، أسامة أحمد، جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار وائل للنشر، عمان، 2000.

المقالات والمجلات.

- المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان، مراجعة لقانون الجرائم الإلكترونية الفلسطينية في ضوء المعايير الدولية لحرية التعبير، 19 سبتمبر 2017، pchrgaza.org، تاريخ الزيارة: 10 مارس 2017.
- المرعي، اسراء جبريل، "الجريمة الإلكترونية الأهداف-الأسباب-طرق المعالجة"، المركز الديمقراطي العربي، 9 أغسطس 2016، <http://democraticac.de/?p=35426>، 13 يونيو 2018.
- المجالي، نظام توفيق، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار العلم والثقافة، عمان، 2005.
- خليل، نائلة، "إنضمام فلسطين إلى الإنترنت.. ماذا بعد؟"، العربي الجديد، 30 سبتمبر 2017، www.alaraby.co.uk، 2 أبريل 2018.
- الديربي، عبد العال، "الجريمة المعلوماتية: تعريفها. أسبابها. خصائصها"، المركز العربي لأبحاث الفضاء الإلكتروني، 13 يناير 2013م، <http://accronline.com>، 22 يونيو 2018.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

• المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان، مراجعة لقانون الجرائم الإلكترونية الفلسطينية في ضوء المعايير الدولية لحرية التعبير، 19 سبتمبر 2017، pchrgaza.org ، تاريخ الزيارة: 10 مارس 2017.

• عاقل، فضيلة، "الجريمة الإلكترونية وإجراءات مواجهتها من خلال التشريع الجزائري"، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، 10 أبريل 2017، 8 يونيو 2018.

البنوك التشاركية وعلاقتها بالبنك المركزي

عبد الرحمن طميزه

باحث في سلك الدكتوراه

يمارس البنك المركزي وظيفة الرقابة على أنشطة البنوك خاصة التجارية منها مستخدما في ذلك بعض الوسائل الكمية كتحديد نسبة الاحتياط القانوني أو تحديد سعر إعادة الخصم أو غيرها من الوسائل، وهي نفس الوسائل التي يستخدمها مع البنوك التشاركية.

ومن هذه الأساليب ما يعرف بنسبة الاحتياط القانوني، التي فرضت أساسا لحماية أموال المودعين في حالة تعرض البنك لصعوبات مالية، وطبيعة عمل البنوك التشاركية تقوم على تلقي الودائع الاستثمارية على أساس المضاربة في اغلب الأحيان، أي أن المودعين يمثلون رب المال والبنك التشاركي يعتبر مضاربا، وبالتالي يشترك الطرفين بالربح والخسارة، ومن أحكام المضاربة أن المضارب في حالة الخسارة لا يضمن رأس المال إلا إذا كان مهملًا، فكيف تفرض إذا نسبة الاحتياط القانوني على ودائع الاستثمار حماية لأموال المودع من الخسارة؟

ونفس الأمر متعلق بنسبة السيولة التي تهدف إلى مواجهة طلبات الدفع المباشر التي قد يتعرض لها البنك في الأزمات، وأيضا عدم السماح للبنوك بتملك الأصول الثابتة والمنقولة باستثناء ما يحتاج إليه من عقار ومنقول مخصص لإدارة أعمال البنك، وهذا كله يتنافى ومميزات عمل البنوك التشاركية.

وتكمن أهمية البحث في هذا الموضوع أهمية علمية وأكاديمية بالغة، وذلك لأن البنك المركزي والرقابة المصرفية ينظمان الجهاز المصرفي في كل دولة، كما أن البنك المركزي يعتبر السلطة التي ترسم السياسة النقدية التي هي جزء من السياسة الاقتصادية للبلد، كما أنه يتناول مشكلة الرقابة على البنوك التشاركية لحدوثها في المغرب وطبيعة عملها المتميزة، والتي تعتبر إشكالا فنية من جهة وقانونيا من جهة أخرى،

المجلة المغربية لتاريخ القانون

هذا كليه يدفعنا للتساؤل عن كيفية تعامل البنك المركزي التقليدي مع البنوك التشاركية بقوانين تراعي عمل هذا الأخير؟ ، وهل هذه الأساليب والأدوات المتبعة تتلاءم إجمالاً مع طبيعة عمل البنك التشاركي خاصة فيما يتعلق بتحديد نسب الاحتياط القانوني؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم الموضوع إلى مطلبين:

المطلب الأول: مدى ارتباط البنوك التشاركية بالبنك المركزي.

المطلب الثاني: الرقابة المصرفية والشرعية على البنوك التشاركية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

المطلب الأول: مدى ارتباط البنوك التشاركية بالبنك المركزي
يعرف البنك المركزي بأنه مؤسسة مركزية نقدية تقوم بوظيفة بنك البنوك، ووكيل مالي للحكومة ومسئول عن إدارة النظام النقدي في الدولة، وباختصار يأتي البنك المركزي على رأس المؤسسات المصرفية، في البلاد، وعلاوة على ذلك - ما عدا بعض الاستثناءات- يجب أن لا يقوم البنك المركزي بتلك الأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية في تعاملاتها مع الأفراد.¹

ويعرف أيضا بأنه: البنك المسئول عن إصدار العملات النقدية الخاصة بالدولة التي يتبع لها، ويتابع الحركات المالية المتعلقة بالبنوك التجارية المحلية، والدولية التي تحمل ترخيصاً للعمل على أرض الدولة. فما هو البنك المركزي المغربي (الفقرة الأولى)، وما علاقة البنك المركزي بالبنوك التشاركية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: البنك المركزي المغربي

يطلع بنك المغرب علاوة على امتياز إصدار الأوراق البنكية والقطع النقدية والإشراف على القطاع البنكي، بمهمة تحديد وتطبيق السياسة النقدية بهدف الحفاظ على استقرار الأسعار بالخصوص.

ويسهر بنك المغرب أيضا على حسن سير وسلامة أنظمة وسائل الأداء، كما يتولى تحديد قيمة الدرهم مقابل العملات الأجنبية في إطار نظام الصرف وسعر تعادل الدرهم، ويحتفظ بالاحتياطيات الصرف ويقوم بتديريها.

وبالموازاة مع هذه المهام الأساسية، يقوم البنك بدور المستشار المالي للحكومة ووكيل الخزينة بخصوص جميع عملياتها البنكية سواء في المغرب او خارجها.²

ويظهر من خلال الباب المنظم لمهام البنك، أن المشرع منح بنك المغرب أدوات للتدخل في القطاع المالي والمؤسساتي المكونة له، ومن ابرز هذه الأدوات الغير مباشرة للتحكم

¹ ضياء مجيدي الموسوي، الاقتصاد النقدي، دار الفكر، الجزائر 1993 ص 244 نقلا عن (سليمان ناصر، علاقة البنوك الاسلامية بالبنوك المركزية، بحث لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية 2005 ص 53

² متاح على الموقع الالكتروني: <http://www.bkam.ma/>، تاريخ الزيارة: 2018-3-26.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

في السوق النقدية، الاحتياطي المفروض قانونا على مؤسسات الائتمان تكوينه لدى بنك المغرب كضمان للمتعاملين معها، ويحدد مقدار هذا الاحتياط من طرف بنك المغرب، فمن جهة، إذا اتخذ البنك قرار الرفع من مقداره، فمن شأن ذلك تقليص السيولة الموجودة لدى مؤسسات الائتمان، وبالتالي تقليص عمليات التمويل والإقراض، وعلى العكس من ذلك، إذا اتخذ قرار التخفيض، فإن من شأن ذلك أن يضح سيولة إضافية في السوق النقدية وما يترتب عن ذلك من آثار. ومن جهة أخرى، فإن تكوين الاحتياطيات الإجبارية لديه، يقوي قدراته كبنك مركزي للاستجابة في حالات الطلب المرتفع على الودائع وتزويد السوق بالسيولة اللازمة، هذا بالإضافة إلى غير ذلك من الوسائل الغير مباشرة. بيد أن لبنك المغرب أيضا للتدخل المباشر في السوق النقدية والمالية ومكوناتها، بواسطة ما يصدره من تعليمات ومنشورات مكملة للقانون، وكذلك بإجبار مؤسسات الائتمان على شراء السندات، وغيرها من وسائل التأثير على الائتمان التي تستهدف بالأساس التحكم في حجم وسائل الأداء والدفع، إما بتقليص حجم السيولة أو ضخها.¹

كما يعتبر بنك المغرب من المؤسسات الأكثر فعالية في القطاع البنك، وذلك من خلال الرقابة التي يمارسها على مؤسسات الائتمان، وأيضا من خلال المكانة التي وضعه فيها المشرع مقارنة بغيره من المؤسسات. ولكي يتمكن هذا البنك من فرض الرقابة على مؤسسات الائتمان، فإنه يعمل على تحديد السياسة النقدية ويتولى مراقبتها.² ويتحقق كذلك من حسن سير النظام البنكي ويسهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنشاط ومراقبة مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.³

¹ نور الدين الفقهي، المعين في فهم القانون البنكي المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة طوب بريس الرباط، 2015
ص35

² المادة 7 من القانون رقم 76.03 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب

³ نور الدين الفقهي. مرجع سابق ص 36

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الفقرة الثانية: علاقة البنوك التشاركية بالبنك المركزي

تبدأ العلاقة بين البنك المركزي والإسلامي (التشاركي) منذ منح الترخيص له

بممارسة أعماله، وتمتد طيلة حياة البنك ويمكن تشكيل العلاقة بعدة أشكال¹:

*علاقة أصلية متكاملة: ظهرت هذه الصورة في البلدان التي حولت مصارفها الى النظام الاقتصادي الإسلامي بما في ذلك البنك المركزي ذاته، كما في باكستان، وإيران، والسودان.

*علاقة خاصة: تشكلت هذه العلاقة في البلدان التي أصدرت لمثل هذه المصارف قانونا خاصا بها يحدد علاقتها بالبنك المركزي، ويراعي في ذلك مساعدة المصرف على تحقيق أهدافه وتجنبه الوقوع في الربا المحرم شرعا، ومن تلك الدول، الإمارات العربية المتحدة، وتركيا.

*علاقة استثنائية: نشأت هذه العلاقة في البلدان التي أنشأت مصارف إسلامية بقوانين استثنائية بجانب البنوك التقليدية، وظلت القوانين السابقة هي التي تحكم العلاقة بين المصارف الإسلامية والبنوك المركزية، وهي قوانين تقوم على أساس النظام المصرفي العالمي، وقد بذلت البنوك الإسلامية جهودا جبارة في الحصول على استثناءات للتخلص من الفوائد الربوية التي تفرضها البنوك المركزية على البنوك في السوق، ومن تلك الدول مصر، الكويت، الأردن، والبحرين.

وإذا كان المصرف الإسلامي يعمل في بلد يطبق الشريعة في ظل نظامه النقدي والمصرفي والذي يقوم على أساس اجتناب الفائدة، فإن علاقته بالبنك المركزي تتحدد فيما يلي²:

أ- يتقيد البنك الإسلامي بالتعليمات الصادرة له من البنك المركزي ويخضع لإشرافه وتفتيشه، كما يتقيد بالتعليمات الخاصة في مجال الاستثمار، خاصة إذا وضع

¹ شحاده، موسى عبد العزيز، بحث علاقة البنوك الإسلامية مع البنوك المركزية، مقدمة لندوة المستجدات الفقهية-عمان-1994م-ص13.

² (اورده محمود عبد الكريم ارشي) شبير محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، ص322

المجلة المغربية لتاريخ القانون

البنك المركزي خطة استثمارية مبنية على مقاصد الشريعة الإسلامية والتي تراعي الأولويات الاقتصادية للبلد.

ب- يمكن للبنك المركزي أضافه لدوره الرقابي أن يقوم بوظيفة مصرف المصارف، فتضع فيه المصارف الإسلامية ودائع او نسبة من ودائعها على سبيل القرض الحسن، او على أي شكل من أشكال الاستثمار.

أما علاقة البنك الإسلامي بالبنك المركزي في ظل النظام المصرفي المعاصر، فتتجسد في حاجة البنك الإسلامي للسيولة، فانه لا يجد ملجأ إلا في البنك المركزي يسانده في الأزمات، وكل ذلك بالتزامه بالتعليمات الصادرة له من البنك المركزي والتزامه باللوائح المتعلقة بالاحتياطي وسقوف الائتمان وهوامش الربح وغيرها، وتتحدد العلاقة من خلال¹:

1- تقييد المصرف الإسلامي بالتعليمات الصادرة له من المركزي في إيداع العملات الأجنبية وسحبها. ويقوم المصرف المركزي بإعطاء المصارف على إيداعاتها فوائد ربوية، لكن المصرف الإسلامي لا يأخذها، باعتباره ربا محرما، وهي ليست قليلة ويدلك على ذلك ان ودائع البنك الإسلامي الأردني مثلا في البنك المركزي من العملات الأجنبية قد بلغت 2.5 مليون دولار سنة 1989 وقد بذل البنك جهودا كبيرة لتخفيض نسبة الودائع من 15% الى 10% مقابل عدم اخذ الفائدة.

2- البنك المركزي هو المرجع الأخير للبنوك في حالة حاجتها إلى السيولة النقدية، فالبنوك التجارية تقرض من البنك المركزي، لأنه يقدمها إما عن طريق خصم الكمبيالات، او عن طريق الاقتراض بفائدة، ولا يستطيع المصرف الإسلامي الاستفادة من كلا الأسلوبين والتي يستفيد منها البنك التجاري.

3- يلجأ البنك المركزي الى الاقتراض من البنوك التجارية عن طريق السندات بفوائد، والبنك الإسلامي لا يتعامل بهذه السندات لأنها قروض بفائدة ربوية، والبنوك

¹ محمود عبد الكريم ارشيد، المدخل الشامل الى معاملات وعمليات المصارف الاسلامية، الطبعة الاولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2015، صر 395

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الإسلامية تطرح البديل الشرعي عن طريق سندات إسلامية مشروعة سلم، استصناع،
توريد، وغيرها.

4- يحدد البنك المركزي سقفًا لإجمالي الائتمان (القرض) الذي يمنحه أي بنك
في مدة معينة ويطبق هذا على جميع البنوك العاملة في السوق.

5- يحدد البنك المركزي نسبة رأس المال إلى الودائع، وهذه النسبة وحسب
مقررات بازل تبلغ 8% وذلك لتحقيق درجة من الأمان للمودعين، ويطبق البنك المركزي
بالتفتيش على المصارف الإسلامية عن طريق الزيارات الميدانية والفحص المفاجئ للقيود
والسجلات وعمليات المطابقة مع البيانات القديمة.

المطلب الثاني: الرقابة المصرفية والشرعية على البنوك التشاركية

كما رأينا أن البنك المركزي يمارس الرقابة على البنوك التقليدية من خلال
مجموعة من الوسائل والآليات، مما دفعنا بالتساؤل إلى مدى تجاوب هذه الرقابة على
البنوك الإسلامية (التشاركية).

لذا سنحاول التطرق إلى الرقابة المصرفية (الفقرة الأولى) التي يمارسها البنك
المركزي، ومن ثم الرقابة الشرعية (الفقرة الثانية) التي يعهد بها إلى هيئة ذات طابع إسلامي.

الفقرة الأولى: الرقابة المصرفية

الهدف من الرقابة المصرفية هو التحكم في حجم الائتمان، واهم المعايير
المستخدمة تحديد نسب الاحتياط النقدي، ونسبة السيولة النقدية، وتحديد أسعار
الخصم.

1- تحديد نسبة الاحتياط النقدي من وجهة نظر البنوك الإسلامية:

كان الغرض الأساسي من هذه السياسة تاريخيا هو ضمان السيولة للبنوك،
والاستجابة الفورية لطلبات المودعين حفاظا على ثقتهم، أما في النظم المصرفية الحديثة في
الدول المتقدمة فلم يعد هذا هو الهدف الأساسي من هذه السياسة، لوجود أسواق مالية

المجلة المغربية لتاريخ القانون

متسعة ومتقدمة تضمن هذه السيولة، وكذا وجود نظام التأمين على الودائع، لذلك أضحى الهدف الأساسي لهذه السياسة هو استخدامها كأداة للتأثير على المتغيرات النقدية المختلفة كالتضخم وحجم الائتمان¹.

لذلك تلزم سياسة البنوك المركزية في الدول المختلفة البنوك التابعة لها ضرورة الاحتفاظ لديها بنسبة معينة من قيمة إجمالي الودائع لدى بنك كرصيد نقدي في حساب خاص لدى البنك المركزي.

وذلك لا يتناسب مع طبيعة عمل البنوك الإسلامية، لأنه يؤدي إلى تعطيل جزء من أموال المودعين عن الاستثمار، مما يجعلها تصطدم بمحظور شرعي.

2- نسبة السيولة النقدية من وجهة نظر البنوك الإسلامية:

تلزم البنوك المركزية البنوك الأخرى بضرورة الاحتفاظ ببعض الأصول التي تتميز بسيولتها المرتفعة حتى يسهل تحويلها إلى نقود بيسر وسرعة، وإذا زادت حركة المستويات من قبل المودعين عن المعدل المتوقع، وفي العادة يتدخل البنك المركزي لتحديد الأصول التي تدخل في حساب هذه النسبة، وتختلف هذه النسبة من دولة إلى أخرى ومن وقت إلى آخر وتراوح في الغالب من 25% إلى 30% من مجموع الالتزامات قصيرة الأجل للبنك، والهدف هو مواجهة طلبات الدفع المفاجئة التي قد يتعرض لها المصرف في الأزمات². ولا ضير في استمرار تطبيق معيار نسبة السيولة، ولكن احتسابها يجب ان يتكيف مع طبيعة عمل البنوك الإسلامية، لان عددا من مكونات السيولة لا يتفق مع النظام المحاسبي للبنوك الإسلامية، ويقترح على البنك المركزي أن يقبل من البنوك الإسلامية وديعة في شكل مضاربات تظهر في ميزانية البنك المركزي على اعتبار أنها أصول شبه سائلة³.

3- تحديد أسعار الفائدة والخصم

¹ سليمان ناصر، مرجع سابق ص 71-72

² سليمان ناصر، مرجع سابق ص 356

³ محمد احمد صقر وبثينة، تكييف الدور الرقابي للبنوك المركزية للتعامل مع البنوك الإسلامية، دراسات، العلوم الإدارية، المجلد 40، العدد 2، 2013، ص 518

المجلة المغربية لتاريخ القانون

يعرف سعر إعادة الخصم بأنه عبارة عن سعر الفائدة الذي يتقاضاه البنك المركزي من البنوك التجارية عند قيامه بإعادة خصم ما تقدم له من سندات، كما يمثل أيضا سعر الفائدة الذي يتقاضاه البنك المركزي على القروض التي يقدمها للبنوك التجارية.¹ وهذه الآلية لا يمكن تطبيقها على البنوك الإسلامية (التشاركية)، إذ أنها لا تتعامل بالاقتراض الربوي ولا تقوم بخصم الأوراق التجارية، فلا بد إذا من البحث عن بديل بحيث يحافظ على تحقيق أهداف البنك المركزي في التأثير على حجم ونوعية الائتمان، ويظل البنك المركزي الملجأ الأخير للبنوك الإسلامية.

وفي هذا الصدد اقترح مجلس الفكر الإسلامي بباكستان، تغيير أسلوب نسبة المشاركة في الربح، ويتضمن هذا التعيين الحدين الأقصى والأدنى لنسبة المشاركة في أرباح التمويل، وتستمر حصيلة الودائع المركزية في حسابات الاستثمار في البنوك الإسلامية، وتستخدم حصيلة شهادات الإقراض المركزية في إقراض البنوك القادرة على السداد مستقبلا، واقتراح البعض إنشاء صندوق تعاوني مشترك يديره البنك المركزي، وتساهم في البنوك الأعضاء بحصيلة معينة من السيولة، ويستخدم لمواجهة طوارئ العجز.²

¹ مروان عطوان، اسعار صرف العملات، ازمانات العملات في العلاقة النقدية الدولية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992 ص 43

² محمود احمد صقر وبثينة، مرجع سابق ص 518

المجلة المغربية لتاريخ القانون

الفقرة الثانية: الرقابة الشرعية

تعد الرقابة الشرعية الداخلية في البنوك الإسلامية من أهم وابرز أدوات الإدارة الذاتية، للحكم على مدى سلامة النظام وكفالة أداء العاملين والتزامهم بالسياسات البنكية والإجراءات الموضوعية والإدارية.

وبما أن البنوك الإسلامية تقوم على أساس الشريعة الإسلامية ومقاصدها، فلا بد من إيجاد هيئة من العلماء تمارس الرقابة الشرعية، تعمل على دراسة نظام هذه البنوك، حيث تعمل على دراسة جميع العقود التي يبرمها البنك، وتتأكد من مطابقتها للشريعة الإسلامية، كما تجيب عن الأسئلة المطروحة والاستفسارات التي توجه إليها من طرف الإدارة والزبناء.

واعتمدت جل التشريعات التي نظمت البنوك الإسلامية الرقابة، نظرا لأهميتها وضرورتها الحيوية لهذه البنوك، غير أنها لم تتفق على تسمية موحدة لجهاز الرقابة، نظرا لاختلاف وزنها ومكانتها القانونية في المؤسسة البنكية. ولعل من بين أكثر التسميات شيوعا: هيئة أو لجنة الرقابة الشرعية، المستشار أو المراقب أو المجلس الشرعي، هيئة الفتوى والرقابة الشرعية، إدارة الفتوى والبحوث.¹

و في ما يتعلق بالتشريع المغربي، فقد خول هذه الوظيفة للمجلس العلمي الأعلى و الذي سمي بموجب هذا القانون بهيئة المطابقة حيث يسهر على حسن سير النظام البنكي للبنوك التشاركية (الإسلامية)، و مدى مطابقة عملياتها لأحكام الشريعة الإسلامية، و ذلك عن طريق إعداد تقارير من طرف هذه البنوك تسمى القوائم التركيبية للسنة المحاسبية و رفعها للمجلس العلمي الأعلى كل سنة.

كما تم سنة 2015 إحداث هيئة أخرى منبثقة عن المجلس العلمي الأعلى تسمى

اللجنة الشرعية للمالية التشاركية. تتلخص مهامها في:²

¹نور الدين الفقهي، مرجع سابق ص 146

²نفس المرجع، ص 148-149

المجلة المغربية لتاريخ القانون

إبداء الرأي بشأن مطابقة المنتوجات المالية التشاركية التي تقدمها مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة بحكمها.

1- إبداء الرأي بشأن مطابقة مضمون المناشير التي يصدرها والي بنك المغرب لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، المتعلقة بالمنتجات التشاركية والودائع الاستثمارية والعمليات التي ينجزها صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية.

2- إبداء الرأي بصفة خاصة بشأن مطابقة عمليات الائتمان التكافلي التي تقوم بها مقاولات التأمين وإعادة التأمين، في إطار المالية التشاركية، لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وذلك طبقاً للتشريع الجاري به العمل.

3- إبداء الرأي بشأن مطابقة عمليات إصدار شهادات الصكوك طبقاً للتشريع الجاري به العمل مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها كيفما كانت الجهة المصدرة لها.

الخاتمة:

إن العلاقة بين البنوك التشاركية والبنوك المركزية تعتبر من أعقد القضايا منذ بدء حركة البنوك التشاركية، وتعود أسباب التعقيد إلى تعدد جوانبها، فالرقابة على البنوك التشاركية تضم نوعين، وهما الرقابة المصرفية والرقابة الشرعية، على العكس من البنوك التقليدية التي تقتصر على الرقابة المصرفية، لذا لا بد من وجود علاقة متميزة للبنوك المركزية مع البنوك التشاركية واستخدام أدوات خاصة للرقابة عليها.

حيث يفرض على البنك المركزي في أي دولة أن يتعامل بطريقة خاصة ومتميزة أيضا مع هذه البنوك دون أن يعني ذلك خروجها عن دائرة الرقابة، بل المطلوب هو استخدام أدوات وأساليب خاصة لهذه الرقابة تتلاءم ووضعية عملها.

وخلصنا بمجموعة من التوصيات أهمها:

إعادة النظر في سياسة الاحتياط النقدي الإلزامي المفروض على البنوك

الإسلامية.

1- إنشاء صندوق يديره البنك المركزي يشترك أصحاب رؤوس الأموال والبنك

في تمويله.

2- إعطاء سلطة ملزمة لقرارات الهيئة الشرعية الرقابية.

3- تكوين أعضاء الهيئة الشرعية من الناحية الاقتصادية والمالية.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

قائمة المراجع:

- 1- سليمان ناصر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية، بحث لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية 2005.
- 2- ضياء مجيدي الموسوي، الاقتصاد النقدي، دار الفكر، الجزائر 1993
- 3- نور الدين الفقهي، المعين في فهم القانون البنكي المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة طوب بريس الرباط، 2015.
- 4- شحاده موسى عبد العزيز، بحث علاقة البنوك الإسلامية مع البنوك المركزية، مقدمة لندوة المستجدات الفقهية-عمان-1994م.
- 5- محمود عبد الكريم ارشيد، المدخل الشامل إلى معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2015.
- 6- محمد احمد صقر وبثينة، تكييف الدور الرقابي للبنوك المركزية للتعامل مع البنوك الإسلامية، دراسات، العلوم الإدارية، المجلد 40، العدد 2، 2013، 2.
- 7- عطوان، أسعار صرف العملات، أزمات العملات في العلاقة النقدية الدولية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992.
- 8- حمزة محمود، إدارة المصارف - استراتيجية تعبئة الودائع وتقديم الائتمان، الطبعة الأولى، مؤسسة الرواق، عمان، الأردن، 2000.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

كلمة رثاء



كلمة وفاء و رثاء في حق الاستاذة الفاضلة نجية بنيوسف

كم هي قاسية لحظات الوداع و الفراق، التي تسجل و تختزن في القلب و الذاكرة، و كم نشعر بالحزن و فداحة الخسارة و الفجيرة و نحن نودع واحدة من جيل الاستاذات الفاضلات المؤمنات بالرسالة التعليمية العظيمة... الناكرات للذات

الاستاذة المتواضعة نجية بنيوسف، التي فارقت الحياة بعد مسيرة عطاء علمية جديرة بالاحترام و التقدير، تاركة خلفها سيرة عطرة و ذكرى طيبة، و روحا نقية و ميراثا من القيم النبيلة.

عرفنا الفقيده أستاذة هادئة، متواضعة، متسامحة...

لقد قال القدر كلمته في حق أستاذتنا الغالية، لكنها ستبقى في قلوبنا ما حيينا.

اللهم اغفر لها و ارحمها و إنا لله و إنا إليه راجعون.

المجلة المغربية لتاريخ القانون

فهرس مفصل

- 4.....التشريع المائي في فترة الحماية الفرنسية - ذ. محمد علوي طاهيري.....
- 7.....المبحث الأول: مرحلة صدور ظهير 1914.....
- 8.....المطلب الأول: مرحلة ما قبل ظهير 1914.....
- 10.....المطلب الثاني: مرحلة ما بعد صدور ظهير 1914.....
- 13.....المطلب الثالث : مرحلة ظهير 26 ماي 1916 وظهير 8 نونبر 1919.....
- 15.....المبحث الثاني: مرحلة صدور ظهير 1925 وظهير 1951:.....
- 15.....المطلب الأول: مرحلة صدور ظهير 1 غشت 1925:.....
- 22.....المطلب الثاني: مرحلة صدور ظهير 20 مارس 1951.....
- 25.....تطور حق الملكية في المغرب - ذ. محمد اهتوت.....
- 29.....الفرع الأول: ماهية الملكية.....
- 29.....الفقرة الأولى: مفهوم الملكية وخصائصها.....
- 31.....الفقرة الثانية: الملكية في الفقه الإسلامي.....
- 32.....الفقرة الثالثة: الملكية في المذاهب الوضعية.....
- 35.....الفرع الثاني: الملكية في الثقافة المغربية.....
- 35.....الفقرة الأولى: الملكية على ضوء القانون المغربي.....
- 37.....الفقرة الثانية: ارتباط الملكية بالأمن المجتمعي للأفراد.....
- 39.....الفقرة الثالثة: ارتباط قيمة الفرد بالملكية.....
- 44.....التطور التاريخي لقوانين الاسرة بالمغرب- ذ. كريم متقي.....
- 45.....المبحث الأول: مرحلة ما قبل مدونة الأسرة.....
- 45.....المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل فرض الحماية على المغرب.....

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- المرحلة الثانية: مرحلة الحماية 1912-1956 46
المرحلة الثالثة: مرحلة ما بعد الاستقلال 48
المرحلة الرابعة : مرحلة 1993 50
المبحث الثاني: مرحلة مدونة الأسرة 51

- الصفة الضبطية لقاضي التحقيق بالمغرب: اقتباس تشريعي معيب وزيادة لا فائدة
منها في الوقت الحالي - ذ. العربي البوبكري 57
المطلب الأول: السياق التاريخي لظهور الصفة الضبطية لقاضي التحقيق.... 58
الفقرة الأولى: الوضع في التشريع الفرنسي..... 58
الفقرة الثانية: الوضع في التشريع المغربي..... 65
المطلب الثاني: مبررات الاستغناء عن الصفة الضبطية لقاضي التحقيق بالمغرب
..... 69
الفقرة الأولى: تجاوز اختلالات وتناقضات النص الحالي..... 70
الفقرة الثانية: تكريس مبدأ الفصل بين سلطتي المتابعة والتحقيق..... 75
جدلية الدين و السياسة في الولايات المتحدة الامريكية - ذ. رجاء الصالحي.. 80
القسم الأول: الأساس الديني للولايات المتحدة الأمريكية 82
القسم الثاني: الفصل بين الدولة والدين 89
القسم الثالث: مكانة الدين داخل المجتمع الأمريكي..... 95
القسم الثالث: مظاهر الدين في الحياة العامة..... 98
تعليق على حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 2017/01 الصادر في
2017/05/22 "الذي قضى بنزع الاختصاص من محكمة خاصة ومنحه لمحكمة

المجلة المغربية لتاريخ القانون	
نظامية" د. مصطفى محمد الحسيان- د. مالك أحمد	
الذباب.....	112
الشرعية الجنائية وامتدادها إلى مرحلة التنفيذ - الدكتور حباني عبدالرزاق	
.....	137
المطلب الأول: الأساس الجوهري للشرعية العقابية.....	138
المطلب الثاني: الأساس الشكلي والعملي للشرعية العقابية.....	141
سلطة مجلس الأمن الدولي في الإحالة على المدعي العام للمحكمة الجنائية	
الدولية - ذ. جمال كدوري.....	148
المحور الأول: الإطار النظري لسلطة مجلس الأمن في الإحالة.....	150
الفقرة الأولى: نطاق سلطة مجلس الأمن في الإحالة.....	151
الفقرة الثانية: شروط الإحالة وآثارها.....	158
المحور الثاني: الواقع العملي لسلطة مجلس الأمن في الإحالة.....	168
الفقرة الأولى: ممارسة مجلس الأمن الدولي لسلطة الإحالة.....	169
الفقرة الثانية: الإشكاليات المترتبة على قراري الإحالة.....	176
ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب: مبررات التعديل ومنهجية	
الإصلاح - ذ: عبد القادر قرموش.....	186
المبحث الأول: ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب: بحث في مبررات	
التعديل.....	187
المطلب الأول: الثغرات والنقائص التي يتسم بها ظهير الوضعية المدنية للأجانب،	
مبررات موضوعية لتعديله.....	188

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- المطلب الثاني: جمود بعض قواعد ظهير الوضعية المدنية للأجانب، وصعوبة ملاءمتها مع الوقائع التي تعالجها، يفرض الحاجة التشريعية إلى نقدها وإعادة تنظيمها.....192
- المبحث الثاني: تعديل ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب: قراءة ميتودولوجية في منهجية الإصلاح.....195
- المطلب الأول: تعديل ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب يحتاج إلى منهج قائم على نقد تشريعي عقلاني وعلمي.....197
- المطلب الثاني: تعديل ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب يحتاج إلى منهجية تعتمد إصلاحا شاملا من داخل بنيته، لا إصلاحا جزئيا أو تجزيي من خارج بنيته، وذلك وفق معايير الأمن القانوني والقضائي202
- الدخول الإلكتروني غير المصرح به في التشريع الفلسطيني و المغربي - ذ. عبد الرحمن طميزه.....214
- المبحث الأول: الإطار العام لجريمة الدخول غير المصرح به.....116
- المطلب الأول: ماهية جريمة الدخول غير المصرح به.....116
- المطلب الثاني: دوافع ارتكاب جريمة الدخول غير المشروع، وخصائصها.....222
- المبحث الثاني: مكافحة جريمة الدخول غير المصرح به.....224
- المطلب الأول: مكافحة جريمة الدخول غير المصرح به على المستوى الدولي والوطني.....224
- المطلب الثاني: الآثار الإجرائية لجريمة الدخول غير المصرح به.....230
- البنوك التشاركية وعلاقتها بالبنك المركزي - ذ. عبد الرحمن طميزه247
- المطلب الأول: مدى ارتباط البنوك التشاركية بالبنك المركزي.....249
- الفقرة الأولى: البنك المركزي المغربي.....249

المجلة المغربية لتاريخ القانون

- الفقرة الثانية: علاقة البنوك التشاركية بالبنك المركزي 251
- المطلب الثاني: الرقابة المصرفية والشرعية على البنوك التشاركية 253
- الفقرة الأولى: الرقابة المصرفية 253
- الفقرة الثانية: الرقابة الشرعية 256
- كلمة رثاء 261
- فهرس مفصل 263