

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد الحادي عشر : شتنبر 2013

➤ من مواضيع العدد 11 شتنبر 2013 :

- حول قرارات المجلس الأعلى المتناقضة.
- رصد الفروق بين الزكاة والضريبة.
- الأجهزة العالمية و تسليم المجرمين.
- حضور الإعلام في الدستور المغربي.
- فصل السلطات في الدستور الموريتاني.
- جنوح الأحداث في القانون الجزائري.
- مفهوم الحسبة و المهمة الاجتماعية.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إجازة فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محيوني أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	أخبار المجلة
كتب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	أخبار المجلة
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	أخبار المجلة
قراءة في النظام القانوني للمواثيق (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيبي بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	أخبار المجلة

الصفحة الرئيسية | اللجنة الاستشارية | أهداف المجلة | إخبار المجلة | اتصلوا بنا | المدير المسؤول | شروط النشر | مقالات فقهية | مقالات قانونية | مقالات مقارنة | مقالات بلغارية | حوارات علمية | تقارير جامعية | المساهمون بالمجلة | أعداد المجلة | اشترك بالمجلة

العدد الحادي عشر شتنبر 2013

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615 - 2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الحادي عشر : لشهر شتنبر 2013

محتويات العدد :

➤ كلمة العدد :

(1) شكر وتقدير لجميع الباحثين في الشرع والقانون في العالم ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون : الدكتور صلاح الدين دكداك.....05

➤ دراسات وأبحاث بالعربية :

(1) حول قرارات المجلس الأعلى المتناقضة (محكمة النقض حاليا) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط (الخميسات).....07

(2) مفهوم القضاء الاستعجالي و القضايا الاستعجالية فضيلة الأستاذ : الدكتور علي عمار جامعة تلمسان (الجزائر - الشقيقة-).....45

(3) دراسة بعنوان : الزكاة و الضريبة فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد ولد الداه ولد عبد القادر أستاذ مكلف بالتدريس بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية بجامعة نواكشوط و بالمدرسة الوطنية للإدارة والصحافة والقضاء).....55

(4) خصوصية المصالحة الجمركية عن الصلح المدني والجنائي كريم الصبوني : إطار إداري وباحث جامعي بصف الدكتوراه : كلية الحقوق طنجة).....60

(5) دور مؤسسة النيابة العامة و استقلاليتها : «تحولات أوروبية جديدة» فضيلة الأستاذ : سفيان عبدلي طالب قاض بالمدرسة العليا للقضاء بالجزائر).....69

(6) جهود الأجهزة العالمية في مجال تسليم المجرمين فضيلة الأستاذ : بوقطوف خميسي باحث دكتوراة جامعة تبسة - (الجزائر).....85

(7) حضور الإعلام في الدستور المغربي بقلم فضيلة الأستاذ : جمال كريمي بنشقرون باحث في القانون الدستوري والعلوم السياسية - فاعل جمعي وإعلامي بالملكة المغربية-).....96

(8) التعويض عن إخلال الناقل بالالتزام بضمان السلامة : (دراسة مقارنة) فضيلة الأستاذ : معمر ولد محمد سالم أستاذ بجامعة نواكشوط - موريتانيا-).....99

(9) حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة في قانون المنافسة الأستاذ مقدم توفيق محام و باحث في القانون تخصص قانون الأعمال المقارن / كلية الحقوق جامعة وهران : (جمهورية الجزائر الشقيقة).....109

- (10) الشراكة الأوروبية الجزائرية وتأثيراتها على النظام الجبائي الجزائري عبد العزيز خنفوسي : أستاذ مساعد قسم (أ) كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيده، الجزائر).....128
- (11) طرق التنفيذ ضد الأشخاص العمومية في القانون الموريتاني تأليف : فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد سالم ولد ببوط تعريب فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد ولد الداه ولد عبد القادر).....147
- (12) العالم الثالث و مبدأ الحق في التنمية فضيلة الأستاذ الدكتور إبراهيم ولد الشريف أستاذ العلوم السياسية والعلاقات الدولية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية /جامعة نواكشوط رئيس مركز البحوث و الدراسات القانونية والاقتصادية).....157
- (13) دور معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف في تطوير حماية المصنف و المؤلف في المحيط الرقمي الأستاذة : يتوجي سامية / طالبة دكتوراه - جامعة محمد خيضر بسكرة أستاذة مساعدة صنف "ب" - جامعة آكلي محمد أولحاج البويرة).....163
- (14) جريمة الاختطاف دراسة بعنوان : محمد عرفاوي : طالب باحث بامستر العدالة الجنائية للأحداث بجامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس.....178
- (15) مبدأ فصل السلطات في الدستور الموريتاني الأستاذ محمد دده : أكاديمي وباحث في العلوم السياسية. نواكشوط. موريتانيا.....189
- (16) إقرار القوانين التنظيمية : مدخل أساسي لتنزيل دستور 2011 محمد كمال بلحاج باحث في القانون حاصل على الماستر المتخصص في الحقوق - فرع القانون الخاص -.....197
- (17) تطبيقات قواعد القانون الخاص في المادة الضريبية محمد بكشوا : طالب باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة محمد الأول - وجدة.....204
- (18) مسؤولية المعلم المدنية وفق قانون الالتزامات والعقود الموريتاني عبد الوهاب محمد حاصل على ليسانس قانون خاص مسلك قانون الأعمال والمؤسسة من جامعة نواكشوط / حرمه محمد نعمه : طالب ماستر مسلك قانون عام جامعة نواكشوط.....220
- (19) جنوح الأحداث في القانون الجزائري محسن شداوي : باحث بصف الدكتوراه أستاذ مؤقت : بجامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس - الجزائر -.....227
- (20) مفهوم الحسبة من الولاية الدينية إلى المهمة الاجتماعية علي زروقي حاصل على دبلوم الدراسات العليا المعمقة من دار الحديث الحسنية بالرباط باحث بسلوك الدكتوراه بوحدة العمل الاجتماعي في الإسلام بجامعة محمد الأول بوجدة.....244

➤ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

- 1) Management Public et Management Privé, Quelle Comparaison ? Article réalisé par : - Mr Mohamed CHAOUI, Doctorant au centre des études doctorales/ Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociale de Salé, Université Mohamed V- Rabat-MAROC/- Mlle. Amina BOUTAKBOUT, Doctorante au centre des études doctorales / Université Ibn Zohr – Agadir- MAROC.....259

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد : شكر وتقدير لجميع الباحثين في الشرع والقانون في العالم



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، تحية احترام وتقدير لجميع الباحثين في الشرع والقانون في العالم والذين ما فتئوا يساهمون ويوجهون لكي تمضي مجلة الفقه والقانون من حسن إلى أحسن .

لقد نجح والله الحمد صدور المجلة على شكل أعداد شهرية وأصبح للمجلة رقم دولي معياري ، ولا زلنا نطمح في المزيد من التطور والرقي العلمي . لقد أصبحت والله الحمد مرجعا للباحثين في الجامعات ومراكز التكوين والبحث العلمي ومعاهد القضاء...، وفي هذا الصدد نهيب بجميع الباحثين في الشرع والقانون مواصلة إغناء المجلة ببحوثهم الشرعية والقانونية وكذا المقارنة بين الشرع والقانون حتى يقف الجميع على أهمية التفاعل والتواصل بين الباحثين في الشرع والقانون الذي تنادي به مجلة الفقه والقانون من أجل رقي الأمة ونهضتها ، ولا تفوتني الفرصة لكي أنوه بالمستوى الحضاري الرفيع والتأخي غير المسبوق الذي لمسناه في الباحثين من المملكة المغربية العزيزة وكذا أشقائنا في الجزائر وموريتانيا... وغيرهم من الباحثين المنتشرين في هذا العالم العريض الفسيح .

لازلنا ننتظر المزيد من مساهمات إخواننا في تونس وليبيا ليكتمل عقد المغرب العربي الكبير من خلال البحث العلمي الرصين الذي له مفعول سحر يجمع ويألف بين القلوب ويحقق المعجزات ، ويوصل إلى وحدة الأمة الإسلامية جمعاء ، وفي هذا الإطار نخبر الجميع بأن الباب مفتوح أيضا أمام أشقائنا في الخليج وأروبا و آسيا وأمريكا وأستراليا وإفريقيا... لنصبح بإذن الله وقوته -نحن معاشر الباحثين - مثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى . وما ذلك على الله بعزيز إلى المآب وهو على كل شيء قدير.

خاتما لا ننسونا من دعائكم ونوجيهاكم

مع تحيات مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك

دراسات وأبحاث بالعربية

حول قرارات المجلس الأعلى المناقضة : (مكمة النقض حاليا)



الأستاذ النقيب الطيب بن مقدم
محام بهيئة الرباط (الخميسات)

Email : benlamkaddem1947@gmail.com

المقدمة :

ان المجلس الأعلى هو أعلى محكمة في هرم التنظيم القضائي للمملكة المغربية ، ومنذ تاسيسه سنة 1957¹ وهو يمارس المهام والاختصاصات المخولة له بمقتضى القانون ، من نقض للاحكام الانتهائية التي تصدرها جميع المحاكم ، ومن الغاء للمقررات الصادرة عن السلطات الادارية للشطط في استعمال السلطة ، ومن الغاء للاعمال والقرارات التي يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم الى البت في تنازع الاختصاص بين محاكم لا توجد محكمة أعلى درجة مشتركة بينها غيره ، وفي مخاصمة القضاة والبت في الاحالة من أجل التشكك المشروع وأيضا في الاحالة من محكمة الى أخرى من أجل الامن العمومي أو لصالح حسن سير العدالة.

وبالإضافة لذلك فان للمجلس الاعلى دورا رئيسيا يتمثل في توحيد العمل القضائي على المستوى الوطني ، مع توحيد عمله القضائي هو نفسه قبل كل شئ ، حتى لا تتباين وتتناقض الاحكام والقرارات الصادرة عنه. ويظهر أن الاختلال بتوحيد عمله القضائي لعدم تناسق العمل بين غرفه وأقسامها أدى الى صدور عدد هائل من القرارات المتناقضة في مجالات متعددة من القانون: كقانون المسطرة المدنية والقانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري والقانون الجنائي والمسطرة الجنائية ، ومدونة الاحوال الشخصية وقانون السير والقانون الاداري ، والتشريع العقاري وقانون التأمين والقانون الدولي الخاص وبعض القوانين الخاصة كقانون الحاماة وظهير 24 / 55/5 وقانون 1980/12/25 .

فمنذ الثمانينات كثر الحديث في الفقه عن مشكلة الاختلاف بين غرف المجلس الأعلى واقسامها في تأويل القانون بخصوص القضايا المتشابهة ، بل لقد تحدث البعض عن حدوث اضطراب وتناقض في بعض اجتهادات المجلس الأعلى، ويضيف الأستاذ الدكتور احمد ادريوش انه لا يسع المنقب في قرارات المجلس الأعلى ، ما نشر منها وما لم ينشر

1- بمقتضى القانون رقم 58,11 الصادر في 2011/10/25 حلت عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل .

،الا ان يصادق على هذه المعايينة حيث يتجلى لنا هذا الإختلاف في اكثر من مسألة من مسائل الإلتزامات والعقود وفي غيرها ايضا (احمد ادريوش ،الإجتهد القضائي المغربي في ميدان الإلتزامات والعقود المغربي،سلسلة المعرفة القانونية ع 4 مطبعة الأمنية،الرباط 1996 ص69).

وقد كثر أيضا الحديث عن التناقض المسجل على القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى في القضايا المتشابهة وعن تراجعه عن بعض المبادئ القانونية التي سبق له أن أقرها (عبد القادر الرافي،محطات قضائية،ج 1 مطبعة امبرانت ،الدار البيضاء 2007 ص 19) .

فالمجلس الاعلى في هذه المجالات سبق له في القضايا المتشابهة أن أصدر قرارات بشأنها ما فتى أن تراجع عن المبادئ القانونية التي سبق له أن أقرها،وبهذا العمل كرس تناقضات مهمة وكثيرة في ميادين القانون المختلفة ، ويتطلب منا هذا الامر بيان هذه المبادئ المتناقضة . ذلك أن التناقض هو اثبات شئ ورفع في آن واحد⁽¹⁾. والتناقض البين الذي تبطل به الدعاوى هو توارد النفي والاثبات على محل واحد،ومن شروطه اتحاد الزمن⁽²⁾. ومن الامثلة التي فصل فيها المجلس الاعلى نفسه في القرارات المتناقضة التي صدرت عنه والقرارات المتناقضة التي صدرت عن محاكم الاستئناف نورد القرارين التاليين :

1 -القرار الصادر بتاريخ 1985/1/30 تحت عدد 248 والذي جاء فيه ما يلي:"في حالة تناقض بين أحكام أو قرارات غير قابلة للطعن صادرة عن محاكم استئناف مختلفة يمكن للمجلس الاعلى أن يبطل أحد الحكمين بدون احوالة (ف 390 م.م) يشترط لقبول هذا الطلب المبني على الفصل المذكور أن يكون التناقض قائما بين الحكمين ولا يتصور هذا التناقض الا اذا كان الحكمان يتعلقان معا بنفس الموضوع وبناء على نفس السبب الى جانب وحدة الاطراف " (3) .

2 - القرار الصادر بتاريخ 1985/4/10 تحت عدد 923 والذي جاء فيه ما يلي:" يكون المجلس الاعلى مختصا للبت في الصعوبة الناشئة عن القرارين المتناقضين الصادرين عنه طبقا لمقتضيات الفصل 26 من قانون المسطرة المدنية الذي يطبق على أحكام جميع المحاكم العادية ومن بينها المجلس الاعلى الذي يندرج ضمن المحاكم العادية ، كما ينص على ذلك الفصل الاول من ظهير 1974/7/15 بشأن التنظيم القضائي للمملكة.

" لا يجوز أن تعطى لقاضي المستعجلات صلاحية البت في صعوبة تنفيذ قرار صادر عن الهيئة العليا .

" ان المجلس الاعلى أصدر القرار عدد 1555 بتاريخ 1984/7/25 قضى فيه برفض طلب ايقاف تنفيذ قرار محكمة الاستئناف وأصدر القرار عدد 2347 بتاريخ 1984/12/12 قضى

بايقاف تنفيذ نفس القرار،وذلك لكون صعوبة قانونية في التنفيذ لانه لايدري أي القرارين ينفذ ، هل القاضي برفض طلب الايقاف أم القاضي بايقاف التنفيذ"،ان القرار الاول القاضي برفض طلب ايقاف التنفيذ هو الذي يجب تنفيذه لان القرار الثاني القاضي بايقاف التنفيذ صدر مخالفا للقاعدة القانونية الذي تمنع البت في موضوع واحد مرتين مما يكون معه القرار الثاني غير منتج لاي أثر" (4) .

(1) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1989/4/19 مجلة رسالة المحاماة ع 8 ص 295 .

(2) قرار المجلس الأعلى عدد 70 بتاريخ 1967/12/5 . مجموعة قرارات المجلس الأعلى . مادة الأحوال الشخصية . الرباط 1980 ص 65

(3) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 38/37 ص 26 .

(4) مجلة المحاكم المغربية عدد 43 ص 70 .

فهذين القرارين صدرا ضمن الاختصاص المخول للمجلس الاعلى الذي له الحق في البت في الاحكام والقرارات المتناقضة الصادرة عن جهات قضائية أخرى غيره طبقا للفصل 390 من قانون المسطرة المدنية في حالة وجود صعوبة في التنفيذ، ولكن المشكلة هي عندما تصدر عن المجلس الاعلى قرارات متناقضة في غير هذين المجالين المشار اليهما في موضوع المادتين 26 و390 من قانون المسطرة المدنية، فكيف اذا يكون العلاج الناجع لمنع استمرار صدور قرارات متناقضة عن المجلس الاعلى في مختلف المجالات التطبيقية للقانون؟ .

وقبل الجواب على هذا السؤال لابد من استعراض وبيان المبادئ المتناقضة في متشابهات القضايا الصادرة عن المجلس الاعلى في مختلف مجالات القانون وذلك في ما يلي :

- 1 _ القرارات المتناقضة في مجال قانون المسطرة المدنية .
- 2 _ القرارات المتناقضة في مجال التشريع العقاري .
- 3 _ القرارات المتناقضة في مجال القانون المدني .
- 4 _ القرارات المتناقضة في مجال قانون السير .
- 5 _ القرارات المتناقضة في مجال القانون البحري .
- 6 _ القرارات المتناقضة في مجال القانون الدولي الخاص .
- 7 _ القرارات المتناقضة في مجال قانون المحامة .
- 8 _ القرارات المتناقضة في مجال قانون المسطرة الجنائية .
- 9 _ القرارات المتناقضة في مجال قانون الشغل .
- 10 _ القرارات المتناقضة في مجال مدونة الأحوال الشخصية (مدونة الأسرة) .
- 11 _ القرارات المتناقضة في مجال القانون التجاري .
- 12 - القرارات المتناقضة في مجال القانون الجنائي .

1) القرارات المتناقضة في مجال قانون المسطرة المدنية :

1_ أ _ القرارات المتناقضة بشأن تبليغ الامر بالاداء :

صدر قرار عن المجلس الأعلى قضى : " بأن الامر بالاداء يجب أن يبلغ مع نسخة من سند الدين والا كان باطلا وللمستأنف أن يتمسك ببطلانه ويعتبر كأن لم يكن " ⁽⁵⁾ . بينما في قرار آخر صادر عنه أيضا مخالف للسابق ومتناقض معه قضى فيه بأنه : " ليس من المنطق أن يبلغ مع الامر بالاداء سند الدين لما في ذلك من تعريضه للضياع ، وليس في الفصل 161 من قانون المسطرة المدنية ما يوجب ذلك بل يكفي أن تتضمن وثيقة التبليغ الى جانب ملخص للمقال على مجرد التعريف بسند الدين كمبيالة أو عقد " ⁽⁶⁾ .

وتأكيدا لهذا القرار الأخير، فإن المجلس الأعلى حكم بأنه: "لا يشترط لصحة تبليغ الأمر بالأداء اشتغال وثيقة التبليغ على نسخة من سند الدسن لأن الغاية من التنصيص على ذلك قانونا هو تمكين المدين المحكوم عليه غيابيا من الإطلاع على السند المذكور، وهذه الغاية تتحقق عند الإشارة في الأمر بالأداء لسند الدين (قرار المجلس الأعلى ع 1353 بتاريخ 2009/9/16 المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع2 فبراير 2010 ص 269) .

1_ ب _ القرارات المتناقضة بشأن الطعن بالنقض في الامر بالاداء :

في قرار صادر عن المجلس الأعلى قضى برفض الطعن بالنقض ورد فيه بأنه " إذا ظهر لرئيس المحكمة الابتدائية أن الدين ثابت أصدر أمره بالاداء . اذ أظهر له خلاف ذلك رفض الطلب وأحال النزاع على المحكمة المختصة تبعا للاجراءات العادية ولا يقبل الامر بالرفض أي طعن (الفصل 158 ف . م . م) لهذا فان القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالغاء الامر بالاداء وبالحالة النزاع على المحكمة طبقا للاجراءات العادية لايقبل الطعن بالنقض " (7) .

بينما صدر قرار آخر مخالف للسابق ومتناقض معه قضى بأنه : " تكون المحكمة قد أساءت تطبيق القانون لما الغت الامر بالاداء وصرحت بعدم قبول الدعوى لعدم تحرير محضر احتجاج ضد المسحوب عليه القابل " (8) .

1_ ج _ القرارات المتناقضة بشأن التعويض والفوائد في الامر بالاداء :

ان المجلس الاعلى قضى بأنه: " لايمكن اجراء مسطرة الامر بالاداء طبقا للفصل 155 من قانون المسطرة المدنية الا بالنسبة للمبالغ المستحقة بموجب سند او اعتراف يدين بخرق المقتضيات القانونية السالفة الذكر الامر الذي يقضى زيادة على الدين الاصلي باداء تعويض وفوائد لاسند لهما " (9) . بينما في قرار آخر مخالف للسابق ومتناقضا معه قضى فيه بأن : "تنصيب القرار المطعون فيه على أن التعويض لايمكن الحكم به في اطار المسطرة المدنية مع ان الفصل المذكور ليس فيه ما يمنع الحكم بالتعويض أو الفوائد ، يجعل القرار المطعون فيه غير مرتكز على أساس قانوني ومعرضا للنقض جزئيا " (10) .

(5) قرار المجلس الأعلى عدد 2738 بتاريخ 1990/12/26 . مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 45 ص 29 .

(6) قرار المجلس الأعلى عدد 2431 بتاريخ 1986/10/29. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41 ص 18.

(7) قرار المجلس الأعلى عدد 1312 بتاريخ 1983/7/27. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 36/35 ص 14.

(8) " " " " " 1985/6/26 " 1428 " " " " " "

(9) " " " " 1189 " 1986/4/30 . مجلة الندوة عدد 2 ص 48 .

(10) " " " " 350 ملف مدني، عدد 94583 محلة رسالة الحمامة عدد 9 ص 72.

2_ القرارات المتناقضة بشأن تلاوة تقرير المقرر أو عدم تلاوته :

في قرار صادر عن المجلس الأعلى قضى فيه بأنه: " لا يعاب على قرار خرق مقتضيات الفصل 345 م م اذا لم يشر الى تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر أو عدم تلاوته باعفاء من الرئيس متى كان ثابتا أن المستشار المقرر أو لا يحرر تقريره في النازلة الا اذا أجرى فيها تحقيق والنازلة لم يجرى فيها أي تحقيق " (11). بينما قضى في قرار آخر مؤيدا للسابق بأنه: " لا يعاب على قرار اغفال ذكر تلاوة التقرير أو الاعفاء من تلاوته متى كان ثابت أن هذا الاغفال لم يلحق اي ضرر بالطاعة " (12). ولكنه جاء في القرار التالي مخالفا ومناقضا لهما حيث قضى فيه بأنه: "حسب الفصل 342 م.م يحرر المستشار المقرر في جميع القضايا التي أجري فيها تحقيق طبقا للفصلين 334 و 335 تقريراً مكتوباً يتلى بمجرد النداء على القضية عدا اذا أعفاه الرئيس من ذلك ولم يتعرض للأطراف. لا يعتبر قراراً سليماً ويتعرض بالتالي للنقض القرار الذي لا يشير الى هذه التلاوة أو الاعفاء منها " (13). وتأييدا للقرار السابق قضى المجلس الأعلى بأنه: " وفقا لمقتضيات الفصل 345 م.م يتعين على محاكم الاستئناف أن تذكر في قراراتها عند الاقتضاء وقوع تلاوة المستشار المقرر أو عدم وقوع ذلك باعفاء من الرئيس وعدم معارضة الأطراف. إن القرار الذي يشير الى الحالتين معا يجعل من المتعذر على المجلس الأعلى ممارسة رقابته بخصوص هذا الاجراء الجوهرى " (14).

ولكن تدخل المشرع سنة 1993 بالغاء هذه المقتضيات المتعلقة بتلاوة التقرير جعل حدا لهذا الخلاف ولهذا التناقض ، وهكذا صرح المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 1997/5/28 بأن: " تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر لم يعد من مشتملات الفصل 342 م.م بمقتضى تعديل 1993/9/10 ذي الأثر الفوري " (14) م.

3 _ القرارات المتناقضة بشأن أجل الطعن بالنقض ضد الحكم الغيابي :

قضى قرار صادر عن المجلس الأعلى بقبول الطعن بالنقض ضد الاحكام الغيابية بعد أن ينتهي أجل التعرض عليها (15). بينما قضى في قرار آخر مخالف له وبصورة متناقضة معه بأن أجل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف غيابيا هو ثلاثون يوما من يوم التبليغ (16).

4 _ القرارات المتناقضة بشأن الطعن بالنقض في الحكم التمهيدي :

كان قرار المجلس الأعلى سابقا هو أن " الطعن بالنقض ضد الحكم التمهيدي مقبول ما دام قد صدر بالصفة الانتهائية (17). غير أنه تراجع عن هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها ، حيث قرر أنه " يجب لكي يكون الحكم قابلا للطعن بالنقض أن يكون قد صدر انتهائيا وفصل في جميع جوهر النزاع . والقرار الذي لم يفصل في جميع موضوع النزاع فهو قرار تمهيدي وبالتالي غير قابل للطعن بالنقض " (18).

(11) " " " " 163 بتاريخ 1988/3/28 المجلة المغربية للقانون عدد 88/19 ص 247 .

(12) " " " " 233 " " " " 1988/4/11 " " " " 252 .

(13) " " " " 158 " " " " 1988/6/23 " " " " 254 .

(14) " " " " 29 " " " " 1991/1/24 مجلة المحاكم المغربية عدد 65/64 ص 87 .

(14)م قرار المجلس الأعلى عدد 3271 بتاريخ 1997/5/28 مجلة المحاكم المغربية عدد 83 ص 135 .

(15) قرار المجلس الأعلى عدد 583 بتاريخ 1981/10/14 . مجموعة قرارات المجلس الأعلى . مادة الأحوال الشخصية ص 342 .

(16) " " " " 4 " " " " 1994/1/4 . مجلة المحاماة عدد 12 ص 59 .

(17) " " " " 212 " " " " 1977/5/27 مجلة المحاكم المغربية عدد 23 ص 26 .

(18) " " " " 1737 " " " " 1986/7/2 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41 ص 73 .

5 - القرارات المتناقضة بشأن سحب الدعوى من المحكمة :

قضى المجلس الاعلى بداية من أن : " الدعوى المدنية المعروضة على محكمة زجرية بحكم

تبعيتها لدعوى عمومية لا تخضع الا لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية دون سواها ، مما لا يمكن معه اتخاذ الاجراء المنصوص عليه في الفصل 517 من قانون المسطرة المدنية اذ أن سحب تلك الدعوى المدنية واحالتها على محكمة أخرى لا يتأتى الا بسحب الدعوى العمومية المرتبطة بها ، ووفقا لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية " (19) . وقد سار المجلس الاعلى على هذا النهج في القرارين التاليين : حيث قضى في الأول بأنه " لا يقبل طلب سحب دعوى من محكمة لعرضها على أخرى الا بالنسبة للدعاوي المدنية التابعة ينظم اجراءاتها قانون المسطرة الجنائية دون سواه ولا ينص هذا القانون صراحة أو احالة على ما يشبه مقتضيات الفصل 517 من قانون المسطرة المدنية " (20) . وفي الثاني قضى بأن : " الاصل أن الدعوى المدنية التابعة التي أقامها القاضي غير خاضعة للحصول على الاذن باقامتها ولم يرد في قانون الميطرة الجنائية الواجب التطبيق نص مشابه للفصل 517 من قانون المسطرة المدنية المتعلق بالحصول على اذن بتعيين المحكمة المختصة من طرف الرئيس الاول للمجلس الاعلى " (21) .

غير أنه بالرغم من هذه القرارات ، فقد صدر قرار عن الرئيس الاول للمجلس الاعلى مخالف ومناقض لها حيث قضى بأنه : " يطبق الإجراء بتعيين محكمة أخرى للفصل في كل نزاع مدني يوجد القاضي أوزوجه طرفا فيه . لا فرق بين ان يكون هذا النزاع قدم في صورة دعوى مدنية عادية أم دعوى مدنية تابعة للدعوى العمومية " (22) .

6 - القرارات المتناقضة بشأن قاعدة لا يضار أحد باستئنافه :

وبشأن قاعدة : " لا يضار أحد باستئنافه " ، اعتبر المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 1985/2/11 من أن هذه القاعدة لا تطبق إذا تعارضت مع مقتضيات النظام العام (22) ، بينما خالفها وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1986/11/10 حيث اعتبر أن هذه القاعدة هي قاعدة عامة لا يرد عليها أي إستثناء وتطبق ولو تعارضت مع مقتضيات النظام العام (22) .

7 - القرارات المتناقضة بشأن اليمين المتممة :

وفيما يتعلق باليمين المتممة فقد سبق للمجلس الأعلى أن صدر عنه قرار بتاريخ 1969/6/4 قضى فيه بأن المحكمة يمكنها أن توجه اليمين المتممة في نفس الحكم البات في الموضوع (322) . بينما في قرار آخر صادر عنه مخالف للسابق ومتناقض معه عاب فيه على محكمة الموضوع فصلها في النزاع بحكم معلق على شرط أداء اليمين المتممة (4/22) .

(19) قرار الرئيس الأول للمجلس الأعلى بتاريخ 1977/4/15 ملف عدد 60869 مجلة المحاماة عدد 13 ص 99 .

(20) قرار المجلس الأعلى عدد 161 بتاريخ 1981/1/15 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 27 ص 32 .

(21) " " " " " 7476 " 1984/10/2 " " " " 38/37 ص 257 .

(22) " " " " " 751 " 1992/11/12 . مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46 ص 7 .

(221) " " " " " 164 " 1985/2/11 مجلة المحامي 18 ص 74 .

(2211) قرار المجلس الأعلى عدد 466 بتاريخ 1986/11/10 مجلة المحامي 18 ص 78 .

(2213) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1969/6/4 مجلة قضاء المجلس الأعلى 13 ص 37 .

(22/4) " " " " " 1984/12/19 " " " " 39 ص 63 .

8- القرارات المتناقضة بشأن الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية :

في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1983/4/27 قضى بأن الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية يمنع منعا باتا على القاضي أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب طلبات الأطراف..لذلك فإن القرار بتغييره طلب الطالبين (المدعين) تلقائيا يكون معرضا للنقض (قرار ع 815 بتاريخ 1983/4/27مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 32 ص 49).غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1988/11/21حيث إعتبر أن تطبيق المحكمة لمقتضيات الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية كان على صواب عندما طبقت على النازلة مقتضيات ظهير 1953 لأن الدعوى ترمي في الواقع الى رفع السومة الكرائية، لكون الإنذار الموجه لهذه الغاية لم يتضمن الرغبة في انتهاء العقد عند عدم قبول السومة المقترحة وان مثل هذه الدعوى تدخل في اطار ظهير 1953/1/3 بالأخص الفصل الثالث منه (قرار ع 3132 بتاريخ 1988/11/21 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 43/42 ص 71) . وبهذا القرار الأخير يكون المجلس الأعلى قد ساير ما قرره في قراره الصادر بتاريخ 1980/6/11 حيث أقر تطبيق المحكمة لظهير 1953/1/5 على النازلة بدل ظهير 1955/5/24 على أساس: " أنه لا يشترط لتطبيق ظهير 1953/1/5 المتعلق بمراجعة كراء المحلات التجارية أن يكون المكثري قد اكتسب الحق التجاري" (قرار ع 328 بتاريخ 1980/6/11 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 29 ص 44) .

ومما يلاحظ على هذه القرارات الثلاث الصادرة عن المجلس الأعلى بالإضافة الى التناقض فيما بينها،هي كون المجلس الأعلى قبل فيها الطعن بالنقض رغم كون طلباتها هي مراجعة السومة الكرائية التي لا تزيد عن 150 درهم،وهذه الطلبات ليست قابلة للإستئناف بنص الفصل 3 من ظهير 1953/1/5 وبالتالي تكون قارات محكمة الإستئناف الصادرة بشأنها أيضا غير قابلة للطعن فيها بالنقض ،ما عدا إذا خالفت محكمة الإستئناف القانون أو تجاوزت سلطاتها طبقا للفصلين 381و382 من قانون المسطرة المدنية أي في اطار الطعون الإستئنائية .

9- القرارات المتناقضة بشأن أجل أداء الوجيبة القضائية عند الطعن :

قضى المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 1981/3/16 بأن أداء الوجيبة القضائية يجب أن يكون قبل انصرام أجل الطعن عملا بالفصل 528 من قانون المسطرة المدنية وذلك بمناسبة حكم محكمة الإستئناف بعدم قبول الإستئناف بسبب أداء الوجيبة القضائية عنه بعد تسعة وعشرين شهرا من طلب الإستئناف في حين أن الحكم المستأنف لم يبلغ (قرار عدد 138 بتاريخ 1981/3/16 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 27 ص 154) .ولكن هذه القاعدة خالفها المجلس الأعلى وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1983/2/9 حيث أوجب تحت طائلة عدم القبول أن تؤدي الوجيبة القضائية في نفس الوقت الذي يقدم فيه مقال النقض (قرار عدد 241 بتاريخ 1983/2/9 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 32 ص 45) .

هذا وانه يلاحظ أن المجلس الأعلى عاد الى القاعدة الأولى حيث قضى بتاريخ 1987/6/8 بأنه يتعين في جميع الأحوال التي يستوجب عند استعمالها احدى طرق الطعن أداء وجيبة قضائية أو ايداع مبلغ القيام بهذه الإجراءات تحت طائلة عدم القبول قبل انصرام الآجال القانونية لإستعمال الطعن(قرار عدد 346 بتاريخ 1987/6/8 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 45 ص 118) .

10- القرارات المتناقضة بشأن الحق في التصدي :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 11\6\1990 بأن اعتبار الدعوى جاهزة للبت فيها أم لا يخضع لتقدير محكمة الإستئناف دون تمييز بين ما اذا كان الحكم الابتدائي بت في موضوعها أم اقتصر على التصريح بعدم قبولها شكلا باعتبار ان كون الدعوى جاهزة أمام محكمة الدرجة الثانية ليس هو بت محكمة الدرجة الأولى في موضوعها ، وباعتبار أن نظام التقاضي على درجتين لا يعني وجوب الحكم في موضوع الدعوى خلال مرحلتي التقاضي معا (قرار عدد 1287 ملف عدد 89\2428 مجلة الإشعاع عدد 4 ص 97) . ولكن هذه القاعدة خالفها المجلس الأعلى وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 11\3\1992 حيث جاء فيه ما يلي : " حقا لقد تبين مما نعه الفرع على القرار المذكور ذلك انه طبقا للفصل 146 من ق.م.م فان محكمة الإستئناف لا يمكن لها ان تتصدي للبت في الجوهر الا اذا كانت القضية جاهزة للبت فيها في حين ان الدعوى المعروضة امامها لم تكن جاهزة للبت فيها لأن الحكم المستأنف امامها لم يبت الا في الشكل فقط حيث قضى بالغاء الدعوى على الحالة وفي هذه الحالة لا يمكن لمحكمة الإستئناف بناء على استئناف المدعي إلا ان تؤيد الحكم المستأنف لنفس العلل التي بني عليها أو تلغيه وتقضي برد الملف الى المحكمة الابتدائية للبت في الجوهر حتى لا يحرم الطاعن من التقاضي على درجتين مما يعتبر معه القرار خارقا للقواعد الجوهرية للمسطرة الضاربة حق الأطراف (قرار عدد 691 في الملف عدد 1517 قرارات المجلس الأعلى منشورات المجلس الأعلى في ذكرة الأربعين . المادة المدنية ص 179) . وقد سار المجلس الأعلى في نفس هذا الاتجاه الأخير في القرار الصادر عنه بتاريخ 29\6\1994 حيث قرر فيه ما يلي : " ان قضت محكمة الإستئناف بالأداء بعد الغائها للحكم الابتدائي الصادر بعدم قبول الطلب شكلا لعدم ارفاقه بالمستندات دون ارجاع الملف الى المحكمة الابتدائية التي لم تفصل في الموضوع ولم تستنفذ سلطتها بعد ، تكون حرمت النكحوم عليه من درجة من درجات التقاضي وعرضت قرارها للنقض " (قرار عدد 2325 في الملف عدد 93\4469 قرارات المجلس الأعلى م.س ص 239) .

11- القرارات المتناقضة بشأن قاعدة ممارسة الطعن مرة واحدة :

ان الطعون ضد الأحكام والقرارات القضائية بجميع أنواعها من طعون عادية وطعون غير عادية وطعون استثنائية ، لا تمارس أمام القضاء الا مرة واحدة (الطيب بن لمقدم . الطعون المدنية في التشريع المغربي ج1 مطبعة ديديكو سلا 1996 ص 53) . وهكذا فقد قرر المجلس الأعلى بتاريخ 23\2\1977 من أن طرق الطعن في الأحكام لا تمارس الا مرة واحدة وأضاف فيما يخص الطعن بالإستئناف أن الشخص الذي خسر الطعن بالإستئناف في حكم ما بسبب عدم احترام شروط القبول - عدم بيان أسباب الإستئناف - لا يجوز له أن يعود الى استئناف نفس الحكم من جديد بمقال مستوفي للشروط ، والمحكمة عندما تقبل استئناف حكم سبق التصريح بعدم قبول استئنافه تكون قد خرقت قاعدة جوهرية تتعلق بممارسة طرق الطعن في الأحكام (قرار عدد 141 مجلة المجامة عدد 13 ص 130) .

ولكن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 25\11\1987 حيث جاء فيه ما يلي : " لكن حيث تبين من تنقيصات القرار أنه ليس في الملف ما يفيد تبليغ الحكم المستأنف الى المستأنف لذا فان اجل الإستئناف يبقى مفتوحا في وجهه الى أن تنصرم مدة ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ طبقا للفصل 134 من قانون المسطرة المدنية ، وما دام أن التبليغ طبقا للفصل 134 من قانون المسطرة المدنية قدم داخل أجله القانوني ويكون مقبولا أيضا حتى ولو رفعه للمرة الثانية ما دام أن استئنافه الأول لم يرفعه ضد من كان خصما

له في الدعوى، لهذا تكون محكمة الاستئناف عندما قضت بقبول الاستئناف قد طبقت الفصل 134 م.م ولم تخرقه (قرار عدد 87\2527 منشور في كتاب ذ.أحمد زوكاغي. تنازع القوانين من خلال بعض الأحكام الصادرة عن المجلس الأعلى. طبع ونشر مكتبة دار السلام الرباط 1998 ص 139 وما بعدها).

12 - القرارات المتناقضة بشأن توقيع المقال :

ان المجلس الأعلى قضى بتاريخ 23\9\1997 من أن اغفال التوقيع على المقال يجعله كأنه لم يكن . وان التوقيع على المقال توجهه القواعد العامة ومقتضيات الفصلين 31 و 354 من قانون المسطرة المدنية (قرار عدد 578 مجلة رسالة الدفاع عدد 2 ص 129). غير ان المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 7\6\2000 حيث اعتبر ان اغفال التوقيع على المقال الاستئنافي يوجب على المحكمة تكليف صاحب هذا المقال بتدارك الإغفال وانذاره بتوقيع مقاله قبل ان تبت في القضية تحت طائلة النقص (قرار عدد 2404 مجلة رسالة الدفاع عدد 2 ص 134). وقد اكد المجلس الأعلى هذا القرار، بقراره الصادر بتاريخ 19\7\2006 تحت عدد 2437 حيث قضى بأنه "لا يمكن الحكم بعدم قبول الاستئناف لعدم توقيع المقال الاستئنافي الا بعد انذار الطرف المستأنف بتحديد البيانات غير التامة او التي وقع اغفالها، وتبليغه المذكرة المثار بها الدفع بعدم القبول، وذلك اعمالا للفقرة الثانية من الفصل 32 من ق.م.م الذي يعتبر مكملًا للفصل 31 من نفس القانون"(النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى ع 18/2007 ص 13)

13- القرارات المتناقضة بشأن تبعية الاستئناف الفرعي للاستئناف الأصلي :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 8/6/1987 بأن الاستئناف الفرعي يتبع الاستئناف الأصلي سلبيًا وإيجابيًا (قرار 346 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 45 ص 118). غير أنه خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 12/3/1996 حيث اعتبر أن المحكمة تكون قد خرقت الفصلين 135 و 120 من ق.م.م. عندما صرحت بسقوط الاستئناف الفرعي نتيجة تنازل المستأنف الأصلي عن استئنافه (ملف ع 91/8973 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى ع 2/1977 ص 25).

14- القرارات المتناقضة بشأن الطرف المطلوب صدور الحكم بحضوره :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 9/9/1983 بأن الطاعن عندما أدخل المجموعة الحضرية بالدار البيضاء والجماعة الحضرية بابن امسيك لم يطلب الحكم عليهما لا بالضمان ولا بالتعويض ولا بأي شيء بل طلب ادخالهما لتقديم ملاحظاتهم فقط ولهذا لم يكن اعتبارهما طرفين في الدعوى حتى تكون المحكمة ملزمة باتباع جميع اجراءات المسطرة معهما واستدعائهما.. (قرار ع 227 مجلة المحامون ع 3 ص 194). وتأكيذا لهذا القرار حكم المجلس الأعلى بتاريخ 30/10/1996 بأن : "الأطراف الحقيقيين في الدعوى هم الذين يكونون ممثلين تمثيلا لا يتيح لهم الدفاع عن حقوقهم وذلك بصرف النظر عن وضعهم القانوني بالمستأنفين أو المستأنف عليهم أو المتدخلين اختياريًا أو المتدخلين في الدعوى أو بالمنضمين لأحد الأطراف أو المطلوب الحكم أو الطعن بحضورهم .. " (قرار ع 6403 ملف عدد 95/6/1/105 ذكره ذ.الحسن بويقين في تعليقه على القرار ع 871 مجلة القضاء والقانون ع 145 ص 213، انظر ايضا القرار ع 4682 بتاريخ 27/12/1994 بغرفتين ، ادريس بلمحجوب، قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، ص 232 والقرار ع 3810 بتاريخ 12/12/2002، مجلة العرائض ع 1 ص 101). غير أن المجلس الأعلى

خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بغرفتين مجتمعيتين بتاريخ 1998/2/10 تحت عدد 871 حيث قضى فيه بأن : " العبرة في وصف الطرف بالخصم الحقيقي بتقديم الطلبات ضده سواء وجهت اليه الدعوى بصفة أصلية أو طلب صدور الحكم بحضوره ، والحكمة عندما عللت قرارها المطعون فيه القاضي بعدم قبول استئناف الطاعنين بأنه لم تقدم ضدهما طلبات وانه لا يغير من ذلك تقديمهما لأجوبتهما أمام محكمة أول درجة تكون قد جعلته مشوبا بعيب فساد التعليل " (مجلة القضاء والقانون ع 145 ص 203) . وهذه القاعدة الأخيرة هي تأكيد لما ذهب اليه المجلس الأعلى من قبل في هذا الصدد ؛ اذ انه قضى من أنه وخلافا لما يدعيه الطاعن فان المسمى صاحب وكالة الفتح العقارية لم يدخل في الدعوى من أي من الطرفين وانما اقيمت بحضوره ، ومن ثمة فانه لم يكن طرفا فيها حتى يبلغ اليه المقال الإستئنافي ، ويبقى أمر استدعائه موكولا لتقدير المحكمة (قرار ع 2910 بتاريخ 1994/9/14 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 47 ص 38) . وهذا القرار جاء تأكيد له كذلك في القرار الصادر عن المجلس الأعلى تحت ع 4029 بتاريخ 1994/11/23 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ع 48 ص 84 . ولكن المجلس الأعلى تراجع عن هذه القاعدة الأخيرة في قرارات أخرى منها القرار عدد 405 الصادر بتاريخ 1998/7/14 حيث أشار الى أن ما عللت به محكمة الإستئناف قرارها بأن ع.م. مستأنف عليها في حين أنها ليست طرفا في الإستئناف بل هي من بين المدعى عليهم الذين قدم مقال الإستئناف بحضورهم يجعل القرار ناقص التعليل (ذكره ذ. بويقين م.س. ص 215 ، وفي نفس المرجع انظر قرار ع 896 صادر بتاريخ 1998/2/11 في نفس الاتجاه ص 217) . بل وفي قرار حديث للمجلس الأعلى ذهب الى اعتبار أن صدور الحكم او القرار الإستئنافي بحضور أحد الأشخاص الذاتيين أو الإعتباريين لا يجعل منهم أطرافا في القرار ، وبالتالي لا صفة لهم في ممارسة الطعن بالنقض . واعتبر المجلس الأعلى الشخص الذي صدر الحكم أو القرار بمحضره ، غيرا بالنسبة للمسطرة التي انتهت بصدر القرار ، فان وقع المساس بحقوقه بمقتضى هذا الأخير ، فله أن يسلك المساطر المخولة للغير الخارج عن الخصومة للدفاع عن حقوقه ، لا أن يمارس طرق الطعن العادية وغير العادية التي لم تتقرر الا لأطراف الحكم أو القرار (قرار ع 788 بتاريخ 2009/5/13 مجلة المحاكم المغربية ع 124-125 ص 192) .

15- القرارات المتناقضة بشأن الدفع بالتقادم المسقط :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1992/2/26 بأن الدفع بالتقادم المسقط للدعوى هو دفع يتعلق بعدم القبول الذي يجب اثارته طبقا للفصل 49 من قانون المسطرة المدنية قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر والثابت من عناصر الملف أن المطلوب لم يسبق لها ان اثارته أمام المحكمة الابتدائية في جوابها على مقال الدعوى ، وان دفعها المتعلق بذلك أمام محكمة الإستئناف غير مقبول لكونه أثير بعد مناقشتها للموضوع الأمر الذي كان معه قرار محكمة الإستئناف المطعون فيه بالنقض عندما قبله يعد خرقا مسطريا للفصل 49 يستوجب معه نقضه (قرار ع 562 ، ذكره ذ.رشيد مشقاقة في تعليقه المنشور بجريدة العلم عدد 17746 بتاريخ 1998/12/19) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1992/6/27 حيث قضى بأن الدفع بعدم القبول المشار اليه في الفصل 49 من ق.م.م يهم الدفع الشككية التي يرد بها المدعى عليه الدعوى ، دون أن يواجه موضوعها أو يناقشها ، والتي تسقط اذا نشرت بعد الدفاع في الجوهر ، ما لم يتعلق بالنظام العام ، وهو ما لا ينطبق على الدفع الموضوعية المتعلقة بالحق ، كالدفع بالتقادم المسقط ، والتي يمكن اثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى (قرار ع 1459 ، مجلة المرافعة ع 4 ص 125) .

16- القرارات المتناقضة بشأن طلب الغاء الحكم لتجاوز السلطة :

قضى المجلس الأعلى بغرفتين بتاريخ 1992/10/15 بأن الطعن المرفوع في اطار الفصل 382 من قانون المسطرة المدنية جائز ولو ضد قرار في اعادة النظر .واضافة سبب غير منصوص عليه قانونا وغير موجود لأسباب اعادة النظر المنصوص عليها صراحة في نص قانوني يشكل تجاوزا للسلطة حسب مفهوم الفصل 382 م.م (قرار في الملف الإداري ع 10100 .مجلة الإشعاع عدد 13 ص 122) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بغرفتين أيضا بتاريخ 2001/10/2 من حيث أن الأحوال المذكورة في الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية وردت في صيغة تفيد الحصر ولا يمكن ادراج الطعن ضد الأعمال أو القرارات التي يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم موضوع البند الثالث من الفصل 353 والفصل 382 من نفس القانون ضمنها ، لأن الطعن وحالاته المنصوص عليها في الفصل 379 المذكور استثنائية لا يجوز التوسع فيها ، فيكون لذلك الطعن المرفوع من طرف الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى بسبب تجاوز قضاته لسلطاتهم غير مقبول (قرار ع 3329 في الملف المدني ع 2000/1/1/2753 .قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف ذ. ادريس بلمحجوب .مطبعة الأمنية الرباط 2005 ج 2 ص 119) .

17- القرارات المتناقضة بشأن الدفع بتقادم الدعوى :

بتاريخ 1991/11/27 قضى المجلس الأعلى بأن التقادم هو دفع بعدم القبول الذي يجب ان يثار قبل كل دفاع في الجوهر طبقا لما ينص عليه الفصل 49 من ق.م.م والثابت من وثائق الملف أن الطاعن لم يثر الدفع المذكور إلا بعد ما فرغ من مناقشة الشكل والموضوع أمام محكمة الاستئناف وبالتالي يصبح ما أثاره الطاعن بهذا الصدد غير مقبول ..(قرار ع 2883 منشور بمجلة المحامي ع 21 ص 124). غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1995/6/20 حيث قضى بأن القرار المطعون فيه عندما لم يعتد بالتقادم الذي دفع به الطالب أمام قضاء الموضوع معتبرا أن الدفع المذكور من الدفوع الشكلية التي يجب أن تثار قبل كل دفع أو دفاع ،والحال أن الدفع بالتقادم دفع موضوعي يمكن لذي المصلحة أن يتمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ..(قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ع 48 ص 125) .

18- القرارات المتناقضة بشأن أجل الطعن باعادة النظر في قرارات المجلس الأعلى :

صدر عن المجلس الأعلى قرار بتاريخ 2004/7/21 قضى من أنه وان كانت المسطرة الخاصة بالإجراءات أمام المجلس الأعلى لم تحدد أجلا للطعن باعادة النظر في قراراته إلا أنه عملا بمقتضيات المادة 380 المشار اليها أعلاه فإنه تطبق امامه القواعد الخاصة بمحاكم افسئناف فيما يخص المقتضيات الغير المنصوص عليها في الباب الثاني من القسم السابع المتعلق به مما يتبين معه أن الطلب قدم خارج الأجل ويستلزم معه التصريح بعدم قبول الطلب لوقوعه خارج الأجل (قرار ع 578 الغرفة الإدارية ،ملف اداري عدد 2004/2/4/1195 غير منشور ،مذكور في ملحق رسالة دبلوم التي تقدم بها الأستاذ هشام عليوي ،في موضوع الطعن باعادة النظر أمام المجلس الأعلى في المادة المدنية ، كلية الحقوق ،أكدال ،الرباط ، السنة الجامعية 2006-2007) .غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2005/4/20 حيث جاء فيه ما يلي : "ان قانون المسطرة المدنية في بابه الثاني من القسم السابع الخاص بمسطرة التقاضي امام المجلس الأعلى لم ينص على اي أجل للطعن في القرارات الصادرة عنه باعادة

النظر لذا يبقى أجل تقديم الطعن مفتوحا والدفع المثار بدون أساس ويتعين رده (قرار ع 331 الغرفة الإدارية ، ملف اداري ع 2003/2/4/1010 غير منشور ، ومذكور في ملحق رسالة ذهشام عليوي ، م.س.).

ومما يلاحظ على هاذين القرارين كونهما صادرا عن غرفة واحدة ، وعن نفس الهيئة ..

19- القرارات المتناقضة بشأن خلو الحكم من عبارة "وطبقا للقانون" :

بتاريخ 2012/1/26 صدر قرار عن محكمة النقض قضى بأنه لا يبطل القرار القضائي الذي يتضمن عبارة "باسم جلالة الملك " فقط دون عبارة "وطبقا للقانون " لأن استهلال الأحكام بعبارة باسم جلالة الملك وطبقا للقانون مفترض بقوة الدستور ، وإيراد عبارة "وطبقا للقانون " ليس الا عملا ماديا ككاشفا عن ذلك الأمر المفترض وليس منشئا له (قرار ع 8/125 ملف جنحي ع 11/15429 مجلة الملف ع 20 ص 160) . غير أن محكمة النقض خالفت هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنها بتاريخ 2012/6/20 حيث ورد فيه أن استهلال القرار القضائي بعبارة "باسم جلالة الملك" وخلوه من عبارة "وطبقا للقانون " التي يجب أن تليها يجعله قرارا باطلا (قرار ع 5/453 ملف جنائي ع 12/6992 مجلة الملف ع 20 ص 158) .

(2) القرارات المتناقضة في مجال التشريع العقاري :

1. التناقض بشأن إعادة النظر في ميدان التحفيظ العقاري :

قضى المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 1989/2/14 بغرفتين مجتمعيتين جاء فيه ما يلي : " ان طلب إعادة النظر أمام المجلس الأعلى يقبل في جميع القرارات التي يصدرها سواء تعلقت بمطالب التحفيظ أم غيرها ولا يعتبر فيه الا توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية " ⁽²³⁾ . وقد أكد المجلس الأعلى مؤخرا هذه القاعدة بتاريخ 2001/11/13 حيث قضى بأن طلب إعادة النظر أمام المجلس الأعلى يقبل في جميع القرارات التي يصدرها للمجلس الأعلى سواء تعلق بمطالب التحفيظ أو غيرها ولا يعتبر فيه الا توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في الفصل 379 من ق.م.م مما يتعين معه رد الدفع المثار بعدم القبول (قرار ع 3912 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 58/57 ص 437) .

غير أنه وفي قرار آخر صادر عنه بتاريخ 1989/4/5 قضى بصورة متناقضة وخلاف القرار السابق بما يلي : " إن ظهير 1913/8/12 المتعلق بالتحفيظ قانون الموضوع وقانون الشكل كذلك فقد تضمن الإجراءات التي تتخذها محكمة التعرض على التحفيظ وكذا الأحكام التي تصدرها وكيفية تبليغها وطرق الطعن فيها .

إن سكوت المشرع عن إعادة النظر يفيد استبعاده ولا يجوز الرجوع الى قانون المسطرة المدنية بشأن طعن لم تتناوله مسطرة التحفيظ للقول بطعن لم تعرفه ولم تحل على قانون المسطرة المدنية بشأنه .

ولا وجه للقول بهذا الطعن بمجرد أن المشرع لم يستبعده صراحة كما فعل بالنسبة للتعرض لأن التعرض كان يكفي السكوت عنه لإستبعاده وان التنصيص على هذا الإستبعاد صراحة مجرد تأكيد كما لا وجه للإستدلال مما ورد في الفصل 3 من ظهير المصادقة على ق.م.م لأنه يهتم القوانين التي لا تنظم موضوعا معيناً بكامله وقانون مسطرة

(23) قرار المجلس الأعلى عدد 277 بتاريخ 1989/2/14 مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية ج 2 المعهد القضائي ص 523 .

التحفيظ كما سبق القول قد نظم طرق الطعن في الأحكام⁽²⁴⁾. هذا وقد أكد المجلس الأعلى هذا القرار الأخير بواسطة القرار الصادر عنه بتاريخ 2000/11/22 تحت عدد 1826 (مجلة رسالة الدفاع عدد 3 ص 137) .

هذا وقد أكد المجلس الأعلى هذا الراي الأخير في قراره الصادر بتاريخ 2009/10/14 حيث حكم بانه لا يجوز الطعن ضد الأحكام الباتة في التعرضات على مطالب التحفيظ باعادة النظر لعدم التنصيص على هذا الطعن في ظهير 12 عشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري الذي خو قانون خاص يشمل قانون الموضوع وقانون الشكل (قرار ع 3612 المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية ع 2 ص 274) .

2. القرارات المتناقضة بشأن الشفعة في العقار المحفظ :

وفيما يتعلق بالشفعة في العقارات المحفظة فان المجلس الأعلى قضى بتاريخ 1976/9/20 من أنه : " يجوز للشفيع أن يمارس حق الشفعة ولو قبل تسجيل عقد الشراء على الرسم العقاري. ان مقتضيات المنصوص عليها في الفصلين 31 و 32 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالعقار المحفظ تحدد آجال السقوط وليس فيها ولا في غيرها من مقتضيات الأخرى ما يمنع الشفيع من استعمال حقه في الشفعة ولو قبل التسجيل"⁽²⁵⁾ . غير أنه وفي قرار آخر لاحق قضى وبصورة متناقضة خلاف القرار السابق بأنه لاوجود لأي حق عيني يتعلق بعقار محفظ ،حتى بين المتعاقدين إذا لم يكن مسجلا بالرسم العقاري. ان الشفيع لا يمكنه ممارسة الشفعة بشأن تصرف في عقار محفظ الا بعد تسجيل التصرف المذكور على الرسم العقاري "⁽²⁶⁾ .

وتأكيدا لهذا القرار الأخير قضى المجلس الأعلى بغرفتين مجتمعيتين من أنه : " لا شفعة الا بوجود بيع ولا اثر لهذا البيع الا من تاريخ القيد بالرسم العقاري ، والقرار الذي يعطي لعقد بيع عقار محفظ أثره قبل تقييده بالرسم العقاري بالقضاء للشريك بالأخذ بالشفعة يكون قد خرق مقتضيات الفصل 25 من ظهير 1915/6/2 " ⁽²⁷⁾ .

3- القرارات المتناقضة بشأن تطبيق الفقه الإسلامي على العقارات غير المحفظة :

قضى المجلس الأعلى في قرار صادر عن الغرفة الشرعية من أن المطبق، حيث كان العقار غير محفظ وهو الفقه الإسلامي، وأنه لا يكون هناك مجال لتطبيق الفصل 974 من قانون العقود والإلتزامات (قرار ذكر في مقال ذ. محمد الكشور تحت عنوان مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون العقود والإلتزامات في مجال العقار المحفظ منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية ع 7 ص 57). وقد جاء في قرار آخر ، من أنه لما كان الأمر يتعلق ببيع عقار غير محفظ ، فانه يخضع في الجوهر لأحكام الفقه المالكي التي تقرر كما أشار الى ذلك الشيخ ميارة ، انه حتى بالنسبة لشهادة اللفي ، فانه لا يلجأ اليها فيما يخص المعاملات الا عندما تدعو الى ذلك الضرورة التي يجب توضيحها (قرار عدد 2950 بتاريخ 1991/12/4 مذكور في كتاب محطات قضائية ، م.س، ص 20) . غير أن هذه القاعدة خالفها المجلس الأعلى وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1978/12/14 حيث جاء فيه ما يلي: " وحيث أن المدعي أدلى برسم عدلي تحت ع .. يثبت شراء الملك المتنازع عليه بينما المدعى عليه أدلى بلفيفية تحت عدد .. لإثبات شرائه للملك المذكور ، وقد نص الفصل 489 من قانون العقود والإلتزامات على أن بيع العقار يجب ان يكون

(24) " " " " 887 " " " " 1989/4/5 مجلة قرارات المجلس الأعلى 42-43 ص 45 .

(25) " " " " 588 " " " " 1976/9/20 مجلة القضاء والقانون 130 ص 89 .

(26) قرار المجلس الأعلى عدد 286 بتاريخ 1982/4/7 مجلة المحاكم المغربية 30 ص 39 .

(27) " " " " 809 " " " " 1990/3/14 مجلة الإشعاع 4 ص 151 .

كتابة في محرر ثابت التاريخ ، وحيث أن المحكمة حينما لم تطبق مقتضيات الفصل المذكور، فإن حكمها ناقص التعليل ، وبالتالي معرضا للنقض .. " (مجلة المحاماة ع 17 ص 115) . وبهذه القاعدة يكون المجلس الأعلى قد أكد ما سبق أن قرره في هذا الشأن من استبعاده لشهادة الشهود لإثبات بيع عقار غير محفظ ، واستلزم أن يكون هذا البيع في محرر كتابي حيب مقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع (قرار بتاريخ 1978/5/5 ملف ع 63669 ذكره ذ. الرافعي ، م.س ، ص 20) .

4) القرارات المتناقضة بشأن قاعدة تطهير العقار :

بتاريخ 1996/6/20 قضى المجلس الأعلى بان قاعدة تطهير العقار المحفظ من الحقوق العينية والتكاليف العقارية السابقة على تحفيظه قاعدة عامة ومطلقة سواء بالنسبة لأطراف مسطرة التحفيظ أو غيرهم . شراء عقار في طور التحفيظ لا اثر له ما دام المستفيد لم يقيم بالإجراءات المتعلقة بمتابعة مسطرة التحفيظ حتى حفظ العقار وانشأ له رسم عقاري لا يمكن الطعن فيما سبق تسجيله بناء على مسطرة التحفيظ وتسجيل عقد سابق على انشاء رسم الملكية العقارية (قرار ع 476 . قرارات المجلس الأعلى المادة الإدارية 1958-1997 . منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين 1997 ص 415) . غير أن هذه القاعدة خالفها المجلس الأعلى وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2002/1/22 حيث جاء فيه ما يلي: "ان الرسم العقاري المستخرج عن طريق التجزئة لا يتمتع بالحصانة المنصوص عليها في الفصلين 2 و 62 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري الذين يضيفان الصفة النهائية والقطعية على رسم التملك بل يكون قابلا للتغيير وخاضعا لمقتضيات الفصلين 69 و 91 من نفس الظهير كسائر التقييدات اللاحقة لإنشاء الرسم العقاري (قرار ع 285 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 60/59 ص 41) .

5- القرارات المتناقضة بشأن طلب تسجيل الحقوق بالمحافظة العقارية :

بتاريخ 1976/6/11 قضى المجلس الأعلى بأن قرار المحافظ برفض التسجيل أو التشطيب هو الذي يكون موضوع الطعن أمام المحكمة. وأما اللجوء الى المحافظ في الحالتين المنصوص عليهما في الفصل 96 من ظهير 13 غشت 1913 من المرسوم الملكي بشأن التحفيظ العقاري قبل رفع الدعوى الى المحكمة يعتبر أمرا اختياريا لا يترتب على عدم اتباعه أي بطلان (قرار ع 169 . الموسوعة المغربية للتشريع والقضاء لصاحبها ذ.حسن الفكهاني المجلد 6 قاعدة 11) وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة في قراره الصادر بتاريخ 1982/8/27 بقوله : " يعد اللجوء الى المسطرة المنصوص عليها في الفصل العاشر من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يوليوز 1915 ، للطعن في قرار المحافظ على الملكية العقارية ، أمرا اختياريا يمكن الإستغناء عنه ورفع الدعوى مباشرة الى المحكمة المختصة " (قرار ع 311 . المجلة المغربية للقانون والسياسة والإقتصاد ع 15 ص 139) . علي أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القاعدة الصادرة عنه بتاريخ 1978/9/27 حيث قضى بأن طلبات تسجيل الحقوق العينية المتعلقة بعقار محفظ تقدم الى المحافظ العقاري الذي يقوم بالتسجيل تحت مسؤوليته أو بقرار رفضه مع قابلية قراره للطعن أمام المحكمة ، لا يمكن للمحاكم أن تفصل في التسجيل قبل أن يتخذ المحافظ موقفا من الطلب الذي يتقدم له به (قرار ع 662 مجلة المحاماة ع 16 ص 173) .

6- قرارات المجلس الأعلى المتناقضة حول بداية اجل السنة لرفع دعوى الحيازة :

بتاريخ 2003/2/20 صدر قرار عن المجلس الأعلى اعتبر فيه انه في حالة الحكم بالإدانة من اجل الإعتداء على الحيازة يمكن رفع دعوى استرداد الحيازة داخل اجل سنة ابتداء من تاريخ صدور الحكم الجنائي بالإدانة (قرار عدد 524 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 60/59 ص 74) . غير انه وبتاريخ 2005/2/23 صدر قرار آخر عن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها ، حيث قرر فيها ما يلي : " من شروط قبول رفع دعوى الحيازة سواء قدمت بطلب أصلي او بطلب مقابل طبقا لمقتضيات الفصل 167 من قانون المسطرة المدنية ان تقام خلال السنة الموالية للفعل الذي يخل بالحيازة وليس من تاريخ الحكم بثبوت واقعة الإعتداء على الحيازة لأن اجل رفع الدعوى هو اجل سقوط لا اجل تقادم ولذلك لا يخضع للقطع او للإيقاف ، والحكمة حينما عللت قرارها بعدم قبول طلب استرداد الحيازة لتقديمها خارج اجل السنة تكون قد طبقت القانون " (قرار ع 596 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 63 ص 73) .

7- قرارات المجلس الأعلى المتناقضة حول تجزئة دعوى القسمة :

قرر المجلس الأعلى بتاريخ 1981/3/31 من أن القسمة البتية للتركة يجب أن تشمل الدعوى جميع الورثة ومن واجب المحكمة أن تثير ذلك تلقائيا ولو لم يتمسك به الأطراف لأن تقييد الحكم بالقسمة بين البعض سيؤدي بالضرورة الى ضياع حقوق الباقين ، ولهذا يتعرض للنقض القرار الذي أفاد أن قسمة المتروك وقعت بين الأولاد دون والدتهم التي هي من جملة الورثة (قرار ع 174 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 30 ص 25) . وفي نفس هذا الاتجاه قرر المجلس الأعلى ايضا من أنه في دعوى طلب الحق من يد غاصبة لا يلزم الوارث المدعي بتوجيه الدعوى الى جميع الورثة بل يكفي أن يقيمها ضد الوارث الذي استولى على حقه ، أما دعوى القسمة فيجب على الوارث المدعي ادخال جميع الورثة والا فلا تسمع دعواه (قرار ع 20 بتاريخ 1981/1/13 بشينة العلوط ، القسمة القضائية للعقار ، دار السلام ، الرباط 2005 ص 43) . ولكن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2005/3/31 حيث قرر من أنه لئن كانت دعوى القسمة غير قابلة للتجزئة فان ذلك لا يمنع المحكمة المطعون في قرارها من مناقشة القضية في غيبة الطرف المحكوم عليهم بالقسمة الذي رضوا بالحكم الابتدائي ولم يستأنفوه ما دامت الدعوى قد استوفت أطرافها ابتداء ، والمحكمة لما نحت غير هذا النحو تكون قد جعلت قضاءها منعدم الأساس وعرضت قرارها للنقض (قرار ع 134 أورده ذ.محمد أوزيان في تعليقه المنشور بمجلة محكمة ع 5 ص 125) .

8- قرارات المجلس الأعلى المتناقضة بشأن دعوى القسمة :

جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1986/10/21 من أن المدعي للقسمة البتية هو المكلف باثباتها لقول صاحب التحفة ، المدعي لقسمة البتات يؤمر في الأصح بالإثبات ، والمطلوب في النقض لم تقم له هاته الحجة . غير ان المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه تحت عدد 346 حيث جاء فيه مايلي : " ان المحكمة كان عليها بخصوص دعوى القسمة الوقوف على عين المكان والاستعانة بأهل الخبرة طبقا لقانون الإلتزامات والعقود للتأكد من قبول محل النزاع للقسمة أو عدمها " (انظر ذ. عبد القادر الرافي م.س، ص 22 وما بعدها) .

(3) قرارات المجلس الأعلى المتناقضة في مجال القانون المدني .

1- القرارات المتناقضة حول المحكمة المختصة بشأن تخفيف الثلث من وجيبة الكراء :

بعدما قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1986/3/26⁽²⁸⁾ بأن المحكمة الابتدائية تكون هي المختصة بالنظر في تخفيف الثلث من مبلغ الكراء اذا كانت معروضة عليها دعوى مراجعة الكراء أو تحديده ولا تكون مختصة بها اذا كانت الدعوى المعروضة عليها تتعلق فقط بأداء الكراء. فانه قرر بتاريخ 1986/5/7 بان التخفيف من واجبات الكراء حق للمكتري وليس واجبا فلا يقضى به تلقائيا وانما بناء على طلب يقدم الى لجنة التوفيق او قضاء الجماعات والمقاطعات او المحكمة الابتدائية كطلب مقابل لدعوى المكري الرامية الى مراجعة وجيبة الكراء⁽¹⁾.. مؤكدا هذا المبدأ بمقتضى القرار الصادر عنه بتاريخ 1987/3/30 حيث قضى بان التخفيف من وجيبة الكراء - متى توافرت شروطه - لا يقضى به تلقائيا ولا بأثر رجعي⁽²⁾ . إلا أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة مناقضا لها بواسطة قرار آخر صادر عنه بتاريخ 1988/11/9 حيث قضى فيه بان على المحكمة المرفوع اليها دعوى مراجعة الكراء أن تحدد الوجيبة مع مراعاة تخفيف الثلث اذا كان المكتري من الفئة الخاضعة لأحكامها ، وذلك على أساس أن الفصل 6 من مرسوم قانون المتعلق بتخفيف الثلث من وجيبة الكراء يضفي صفة الإستمرار لتمتع المكتري بتخفيف الثلث من وجيبة الكراء كلما توفرت شروطه⁽³⁾ .

2- القرارات المتناقضة بشأن توجيه الإنذار للورثة :

في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/10/10 قضى فيه بأن الإنذار بالإفراغ يجب أن يوجه الى جميع الورثة وإلا كان منعدما الأثر⁽⁴⁾ . غير أنه خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1990/4/9 ، حيث اعتبر أن المكري ليس ملزما بتوجيه انذار مستقل لكل وارث على حدة لعدم تعدد العلاقة الكرائية بشأن المحل المؤجر⁽⁵⁾ .

3-القرارات المتناقضة بشأن الخيارين القانون الخاص والقانون العام من أجل الإفراغ للتماطل :

لقد صدر عن المجلس الأعلى العديد من القرارات التي أرست قاعدة خيار المكري بين سلوك مسطرة ظهير 1955/5/24 أو اتباع المسطرة العادية للمطالبة بفسخ العقد طبقا للفصل 692 من قانون الإلتزامات والعقود. وهكذا فقد صدرت عنه في هذا الإطار القرارات التالية:

1. قرار عدد 21 بتاريخ 1978/1/25 (مجلة المحاماة ع 13 ص 143) .
2. " " " 804 " 1980/10/29 (مجلة المحامي ع 3 ص 110) .
3. " " " 1342 " 1983/7/27 (مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 34/33 ص 31) .

(28) " " " " 862 " 1986/3/26 مجلة قضاء المجلس الأعلى 40 ص 55 .

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 1224 بتاريخ 1986/5/7 مجلة قضاء المجلس الأعلى 40 ص 10 .

(2) " " " " 660 " 1987/3/30 " " " " 110 .

(3) " " " " 3005 " 1988/11/9 " " " " 43/42 ص 120 .

(4) " " " " 1829 " 1984/10/10 عبد العزيز توفيق . عقد الكراء في التشريع والقضاء ص 201 .

(5) " " " " 785 " 1990/4/9 " " " " 263 .

4. " " " 2170 " 1987/10/7 (مجلة المعيار ع 14/13 ص 86).

5. " " " 141 " 1989/5/12 (مجلة القضاء والقانون ع 143 ص 27).

6. " بتاريخ 1992/5/25 في الملف ع 3033 (مجلة الإشعاع ع 8 ص 69).

7. " " " 340 " 1993/2/3 (مجلة المحامي ع 24/23 ص 166).

ولكن رغم ذلك فإن المجلس الأعلى نفسه قضى في عدة قرارات أخرى مخالفة للقرارات السابقة وبصورة متناقضة معها ، حيث قرر فيها خلاف القاعدة السابقة ، وأن لا خيار بين المقتضيات العامة ومقتضيات ظهير 1955/5/24 ، واعتبر أن طلب فسخ عقد كراء تجاري

للتماطل يقتضي سلوك المسطرة المنصوص عليها في ظهير 1955/5/24 وذلك في القرارات

التالية :

1. قرار عدد 341 بتاريخ 1969/7/2 (مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 12 ص 18)

2. " " " 478 " 1990/2/28 (مجلة المحامي ع 17 ص 35).

3. " " " 897 " 1991/4/3 (مجلة الإشعاع ع 6 ص 66).

4. " بغرفتين ع 753 بتاريخ 1992/3/18 ملف مدني ع 91/22 (جريدة العلم ع 15477 بتاريخ 1992/12/19 ومجلة الإشعاع ع 8 ص 66).

5. قرار عدد 2770 بتاريخ 2000\6\29 ملف مدني ع 96\6\1\106 (غير منشور) حيث جاء فيه ما يلي : " ان المحكمة المصدرة للقرار حينما نصت على ان المالك من حقه طلب فسخ عقد الكراء في اطار القواعد العامة وخاصة الفصل 692 من قانون الالتزامات والعقود تكون بذلك قد خرقت مقتضيات ظهير 1955\5\24 الواجب التطبيق على النازلة ، فالقانون الخاص مقدم في التطبيق على القانون العام مما جعل قرارها معرضا للنقض والإبطال " .

4- القرارات المتناقضة بشأن قاعدة الكراء مطلوب لا محمول :

إن المجلس الأعلى قد رسخ قاعدة " الكراء مطلوب لا محمول " في عدد من القرارات الصادرة عنه ، وهكذا ورد التصريح بهذه القاعدة في القرارات التالية :

1. قرار عدد 660 بتاريخ 1978/9/27 (مجلة المحامي ع 14 ص 191).

2. " " " 732 " 1983/4/20 (مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 32 ص 34).

3. " " " 141 " 1989/5/12 (مجلة القضاء والقانون ع 143 ص 141).

4. " " " 1410 " 1989/6/12 (" " " 142 " 72).

ولكن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة مع القرارات السابقة ، حيث اعتبر أن قاعدة الكراء مطلوب لا محمول لا مصدر لها قانونا وذلك في القرار الصادر عنه بتاريخ 1990/4/11⁽¹⁾ .

5- القرارات المتناقضة بشأن تعريف الشخص الأمي :

إن المجلس الأعلى عرف الأمي بأنه الشخص الذي يجهل الإمضاء واعتبر غير أمي من وضع امضاءه على عقود⁽²⁾ .
الا أنه خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها حيث اعتبر الشخص الأمي ليس هو الذي لا يحسن التوقيع ولكن الذي لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد⁽³⁾ ، أو الذي لا يعرف مضمون ما كتب⁽⁴⁾ .

6- القرارات المتناقضة بشأن اللفيف :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1977/9/21 بأن اللفيف لا يعتبر الا مجرد لائحة شهود (قرار عدد 529 مجلة الحاملة ع 12 ص 80) . غير انه خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2001/1/24 حيث قضى بأن اللفيف يعتبر دليلا من أدلة الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ وليس مجرد قائمة للمصرحين (قرار عدد 88 مجلة القضاء والقانون ع 145 ص 150) .

7- القرارات المتناقضة بشأن الشرط الفاسخ في ظهير 1955/5/24 :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1992/11/4 في الملف المدني عدد 42/763 من أنه : " لئن أدت الطاعة واجبات الكراء اثناء حجز القضية للتداول فيها فانه ليس ثمة بالملف ما يفيد أن المستشار المقرر أبدى رأيه في أجل الميسرة، علاوة على أن هذه الإمكانية خولها الفصل 26 من ظهير 1955/5/24 للمحكمة التي لم تمنحها للطاعة وانها ثبت لديها أن هذه الأخيرة لم تؤد واجبات الكراء التي حل أداؤها خلال اجل 15 يوما وأيدت الأمر الابتدائي القاضي بالإفراغ دون أن تمتع الطاعة بأجل الميسرة لم تحرق أي مقتضى قانوني والوسيلة على غير أساس".
بينما قضى المجلس الأعلى خلاف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1994/12/8 تحت عدد 549 في الملف الإداري عدد 93/10277 حيث قضى من أنه يتضح من مراجعة تنسيقات القرار المطعون فيه أن الطاعة تمسكت أمام قضاة الإستئناف بانها أدت ما بذمتها من كراء حسبما ورد في الإنذار الذي توصلت به من المطلوب وأدلت بما يثبت الأداء فعليا قبل البت في الدعوى وحيث كان على المحكمة أن تراعي هذا الأداء طبقا لما يستخلص من مقتضيات الفصل 26 من ظهير 1955/5/24 المشار اليه أعلاه. وحيث أن اقتصار المحكمة على التمسك بسلطتها التقديرية المشار اليها في الفقرة الثانية من الفصل المذكور لا موضوع له في النازلة الحالية ما دامت هذه السلطة تنصب على منح أجل الأداء أو عدم منحه في حين أن الأمر يتعلق بما يثبت هذا الأداء قبل البت في الدعوى. وحيث يستنتج من كل ما سبق أن قضاة الإستئناف قد خرقوا مقتضيات الفصل 26 من ظهير 1955/5/24 مما يجب معه نقض القرار المطعون فيه (جريدة العلم ع 19201 بتاريخ 2002/12/12) .

(1) قرار المجلس الأعلى ع 795 بتاريخ 1990/4/11 مجلة الإشعاع ع 4 ص 109 .

(2) " " " " " 198 " 1970/4/15 مجلة القضاء والقانون ع 117 ص 372 .

(3) " " " " " 777 " 1976/12/15 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 26 ص 39 .

(4) " " " " " 349 " 1969/7/4 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 16 ص 4 .

8- القرارات المتناقضة بشأن طلب إبطال العقد من طرف الغير :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1998/11/25 في الملف المدني عدد 94/494 بأن الغير الذي لم يكن طرفا في عقد البيع لا يحق له طلب فسخ هذا البيع إزاء مشتريه بدعوى أنه تعلق بملك الغير ، والثابت من عناصر الملف أن الطرف المدعي لم يكن طرفا في عقد البيع المبرم بين الطرف المدعى عليه وبين الطالب ولهذا فان المحكمة عندما قضت بفسخ عقد البيع رغم أنه لم يكن طرفا فيه لم تبين قرارها على أي أساس قانوني وبالتالي تكون قد خرقت الفصل 485 من ق.ل.ع وعرضت بذلك قرارها للنقض (قرار ع 7162 مجلة الملف ع 2 ص 110) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2000/5/24 في الملف المدني عدد 95/2/1/3465 حيث قضى بأنه لا مانع للغير المتضرر من عقد، أن يطلب إبطاله ، وبذلك فان المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عندما عللت قضاءها بأن الطالبين لا صفة لهم في طلب إبطال عقد البيع الذي يدعون أنه أضر بمصالحهم ، تكون قد جعلت قرارها المذكور مشوبا بعيب فساد التعليل الموازي لانعدامه وعرضته بالتالي للنقض والإبطال (قرار عدد 22077 . مجلة الملف ع 2 ص 116) .

9- القرارات المتناقضة بشأن شرط مرور ثلاث سنوات على تملك الورثة للعقار في حالة الإفراغ للإحتياج :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1990/2/26 بأنه " ثبت للمحكمة من عقد الشراء المؤرخ في 1968/6/26 أن مورث المطلوبين المكري تملك الدار المدعى فيها من تاريخ الشراء ، وان المطلوبين باعتبارهم خلفاء عامين له يحلون محله في حقوقه والتزاماته الناشئة عن هذا العقد ، طبقا لمقتضيات الفصل 229 من قانون ل.ع. الأمر الذي لا يستوجب مرور ثلاث سنوات على تاريخ انتقال الملك اليهم عن طريق الإرث بسبب الوفاة ما دام شرط مرور الثلاث سنوات على تاريخ التملك يؤخذ بعين الاعتبار بالنسبة للمالك المكري وهو الموروث في النازلة . وما دام الورثة يحلون محله في سريان آثار العقد (قرار ع 441 مجلة القضاء والقانون ع 143 ص 93 وجريدة العلم ع 17016 بتاريخ 99/11/28) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1990/9/10 حيث ورد فيه بأنه : " بمقتضى الفصل 14 من ظهير 1980/12/25 فان المكري لا يمكنه أن يطلب الإفراغ لسكنه أو سكنى أبنائه أو حفدته أو اصوله الا اذا مر على تملكه الدار المطلوب افراغها ثلاث سنوات على الأقل . ان القرار الذي قبل دعوى الإفراغ دون أن تمر هذه المدة المذكورة بعله أن ما قارب الشيء يعطى حكمه ، يكون قد خرق الفصل 14 المذكور وجاء فاسد التعليل " (قرار ع 1746 منشور في كتاب ذ. عبد العزيز توفيق ، عقد الكراء في التشريع والقضاء ط2 مطبعة النجاح الدار البيضاء 1996 ص 233) .

10- القرارات المتناقضة بشأن اثبات السومة الكرائية :

بتاريخ 1971/12/22 قضى المجلس الأعلى في قراره عدد 71 بانه تحدد قيمة عقد الكراء بقيمة الأجرة التي تؤدي عن مدة العقد المتفق عليها بالمشاهرة أو بالسنة . اذا كانت قيمة الأجرة التي تؤدي عن مدة العقد تفوق مبلغ 250 درهما فانه لا يجوز اثبات فسخ العقد للتحلل من الإلتزامات الناشئة عنه بشهادة الشهود (قرار المجلس الأعلى منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 26 ص 121) . بينما قضى في قرار آخر صادر عنه وبصورة متناقضة معه: " بانه لما كان عقد الكراء لا يجب اثباته بالكتابة الا اذا عقد لأكثر من سنة عملا بالفصل 692 من ق.ل.ع فان اشتراط كتابة هذا العقد يتعلق بمدته لا بالسومة الإتفاقية - كونها تزيد أو تنقص عن 250 درهما - ويكون اثبات سومة الكراء غير

خاضع للفصل 443 من ق.ل.ع (قرار المجلس الأعلى ع 1147 بتاريخ 2002/4/2 . مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 60/59 ص 70).

11- القرارات المتناقضة بشأن قطع التقادم بالمتابعة الجنائية :

بتاريخ 1976/5/7 قضى المجلس الأعلى بأن المتابعة الجنائية هي متابعة قضائية تقطع التقادم (قرار عدد 138 مجلة الحاماة عدد 13 ص 128). غير أن هذه القاعدة خالفها المجلس الأعلى وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1978/5/17 حيث قرر فيه ما يلي: "ان دعوى التعويض الناشئة عن الجريمة وشبه الجريمة تتقدم بمضي خمس سنوات من الوقت الذي علم فيه المضرور بالضرر وبالمسؤول عنه وأن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية أو غير القضائية بالتعويض عن الضرر ولا ينقطع بمتابعة المتسبب في الضرر جنائيا" (قرار عدد 378 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 ص 21).

12- القرارات المتناقضة بشأن قابلية الحكم للإستئناف في الكراء الحبسي :

بتاريخ 1988/6/22 قضى المجلس الأعلى بانه تبين من مراجعة اوراق الملف وتنقيصات القرار المطعون فيه ان النزاع الحالي يعني بالدرجة الأولى الأحباس والمطعون ضده الأصلي ما دام يدور محوره حول العلاقة الكرائية التي كانت تربط وزارة الأوقاف بالمكتري الأصلي وهل يجب استمرارها او فسخها وابرام عقد كراء جديد مع الطرف الثالث. وان كل هذه العناصر تدخل في اطار النزاعات المتعلقة بعقد كراء ملك حبسي وتندرج تبعا لذلك في نطاق الفصل 13 من ظهير 1913/7/12 وبالتالي فان الحكم الابتدائي عندما صد كان نهائيا غير قابل للإستئناف (قرار ع 151 ذكره ذ. موحى وحسن في مقاله المنشور في مجلة القصر ع 12 ص 130). غير ان هذه القاعدة خالفها المجلس الأعلى وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2002/3/19 حيث قرر فيه ما يلي: " ان ما ينص عليه الفصل 13 من ظهير 1913/7/21 المنظم لإيجار المحلات الحبسية من اعتبار الحكم نهائيا وغير قابل للإستئناف يتعلق فقط بالنزاعات المثارة بشأن تولية الكراء والتخلي عن العين المؤجرة الكشار لها في الفصل 12 قبله " (قرار ع 973 منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 60/59 ص 68).

13- القرارات المتناقضة بشأن اثبات مرض الموت بالوثيقة الرسمية او الشهادة الطبية :

بتاريخ 1982/12/25 قضى المجلس الأعلى في هذا الخصوص بانه: " يعتبر الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلان بأتمية المشهود عليه حجة رسمية على انه لم يكن وقت الإشهاد مريضا مرض الموت " (قرار ع 809 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 31 ص 45). غير ان هذه القاعدة خالفها المجلس الأعلى وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه في 1987/2/11 حيث جاء فيه ما يلي: "ان استبعاد القرار لما تضمنته الشهادة الطبية استنادا الى ما هو مذكور في عقد البيع من قوله "وهو بأتمه"، مع ان العدول عندما يشهدون بالأتمية انما يستندون الى حالة المتعاقدين الظاهرة لهما ويتركون ما خفي منها الى من له الإطلاع الكامل على احوالهما - دون ان يبرز بما فيه الكفاية الأسباب التي جعلته لا يعتبر تلك الشهادة - يجعله مشوبا بنقصان التعليل الموازي لإنعدامه ومستوجبا للنقض " (قرار ع 337 ذكره ذ. احمد ادريوش، اثر المرض على عقد البيع، سلسلة المعرفة القانونية رقم 3 ص 1996 مطبعة الأمنية، الرباط 1996 ص 204). وفي نفس الإتجاه صدر قرار المجلس الأعلى ع 539 بتاريخ 2001/2/7 جاء فيه بانه: "لما استخلصت المحكمة من الشهادة الطبية المحررة من طرف طبيب مختص في الأمراض العقلية والنفسية ومن الليف المدلى به ان الهالك -

البائع - كان مصابا بخلل عقلي، وإن عقد البيع الذي أبرمه مع بنته كان في مرض الموت واستخلصت وجود محابة للوارث ناتج عن ثمن البيع المذكور في العقد الذي يقل بكثير عن الثمن الحقيقي للبيع، تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا وطبقت الفصل 479 من قانون الالتزامات والعقود تطبيقا سليما " (مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 58/57 ص 35) . وهذه القاعدة الأخيرة اكدها المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بغرفتين في 2005/3/29 حيث قضى فيه ببطالان عقود الهبة الواقعة في مرض الموت المثبت بعدة شواهد طبية (قرار 178 منشور بمجلة القضاء والقانون ع 152 ص 195) .

14- القرارات المتناقضة بشأن عقود الكراء التجارية غير المستكملة للمدة القانونية :

ينص الفصل 41 من ظهير 1955/05/24 على أنه: " تطبق مقتضيات الظهير الصادر في 1928/5/5 على أصحاب عقود الكراء ممن أشير إليهم في الفصلين الأول و الثاني من هذا الظهير ومن لا تتوفر فيهم الشروط المطلوبة بموجب الفصل الخامس المذكور أعلاه .

وهذه الشروط المطلوبة هي التالية :

__ أن تكون مدة استغلال المحل لا تقل عن سنتين متتاليتين بموجب عقد كتابي .

__ أن تكون مدة استغلال المحل لا تقل عن أربع سنوات متتابعة بموجب عقد شفوي .

فإذا لم تتوفر شرط المدة سواء في حالة العقد المكتوب أو العقد الشفوي ، فإن ظهير 1955/5/24 لا يطبق على هذه العقود وإنما يطبق ظهير 1928/5/5 ، مع ملاحظة أن هذا الظهير حل محله اليوم ظهير 1980/12/25 . وفي هذا الصدد فقد حكم المجلس الأعلى بأنه لما كان عقد الكراء المبرم بين الطرفين عقدا كتابيا وثابت التاريخ فإن دعوى إفراغ المكثري التي اقيمت قبل مضي سنتين من تاريخ إبرام العقد تكون خاضعة لظهير 1980/12/25 المنظم لكراء المحلات السكنية والمهنية وليس لظهير 1955/5/24 لأن المكثري لم يكن وقت إقامة دعوى الإفراغ قد اكتسب الطابع التجاري الذي يشترطه الظهير لتطبيقه ولأن الفصل الأول من القانون المذكور ينص على أن مقتضياته تطبق على إكراهية الأماكن المعدة للسكنى أو للإستعمال المهني والتي ليس لها طابع تجاري أو صناعي أو حرفي ..ما لم تكن خاضعة لتشريع خاص¹ .

وقد أكد المجلس الأعلى قراره السابق بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 2000/03/29 تحت عدد 486 حيث قضى بأن " محكمة الموضوع لما ثبت لها أن محل النزاع معد للتجارة وأن شرط المدة موضوع الفصل 5 من ظهير 1955/05/24 لم يتحقق إذ عقد الكراء ابتداء مفعوله من تاريخ 1989/3/1 والإنذار ثم التوصل به بتاريخ 1991/2/26 وبذلك لم يصبح محميا بالظهير المذكور ، كان عليها اعتماد الفصل 41 القاضي بتطبيق ظهير 1928/5/5 مع كراء المحلات المعدة للتجارة التي لم تتوفر فيها شروط الفصل الخامس المذكور ، ذلك الظهير الذي نسخ بظهير 1980/12/25 الذي يطبق أحكامه على ذلك الكراء و القرار المطعون فيه الذي اعتمد مقتضيات الفصل 688 من قانون الالتزامات والعقود بدل مقتضيات ظهير 1980/12/25 يكون خارقا لهذا الأخير وعرضة

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 1969 بتاريخ 1987/7/21 عبد العزيز توفيق ، م.س، ص 304 .

لنقض¹. إلا أنه في المدة الأخيرة بدأ المجلس الأعلى يتراجع عن هذه القاعدة بتبرير أن القواعد العامة هي الواجبة التطبيق ، وهكذا قرر بتاريخ 2005/09/14 تحت عدد 911 على أنه : " لما كانت دعوى الإفراغ قد رفعت قبل المدة اللازمة لاكتساب الحل طابعه التجاري أو المهني ، فإن القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود هي الواجبة التطبيق بشأن طلب الإفراغ ". وقد سار المجلس الأعلى على هذا النهج في القرار 3302 الصادر بتاريخ 2009/09/30². فهل لتراجع المجلس الأعلى هذا أساس قانوني؟

إن تراجع المجلس الأعلى هذا ، لا أساس له من القانون خاصة إذا ما لاحظنا أن مقتضيات الفصل الأول من قانون 6/79 الصادر بتاريخ 1980/12/25 هو الواجب التطبيق أيضا وينص على أنه : " تطبق مقتضيات هذا القانون على أكرية الأماكن المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني والتي ليس لها طابع تجاري أو صناعي أو حرفي أينما كان موقعها وكيفما كان تاريخ بنائها إذا لم تكن خاضعة لتشريع خاص ". بمعنى أن الحالات التي لم تكسب الصيغة التجارية لعدم استكمال المدة القانونية طبقا للفصل 5 من ظهير 1955/05/24 يطبق عليها القانون الخاص وهو قانون 6/79 الصادر في 1980/12/25 الذي حل محل ظهير 1928/5/5 بعد نسخه، وذلك طبقا للقاعدة العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية التي تقول: "إن الإحالات على مقتضيات النصوص التشريعية أو التنظيمية الملغاة بمقتضى هذا الظهير بمثابة قانون تسري على مقتضيات الموازية من القانون المضاف لهذا الظهير (م 4 ظ 1974/09/28 المتعلق بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية) وبطبيعة الحال فإن ظهير 1980/12/25 هو مواز لقانون 1928/5/5 الملغى وهو واجب التطبيق، والحال عليه في ظهير 1955/05/24 في فصله 41 لموازاته للظهير الملغى . فهذا القرار الأخير الذي يشكل تراجع المجلس الأعلى عن ما سبق ان قرره ، يكون قد خالف القاعدة المعروفة : لا اجتهاد مع النص ، وبالتالي يكون غير مرتكز على أساس قانوني ، كما أنه لم يلتزم بتطبيق النص التشريعي .

وبالإضافة الى ذلك فإن قرارات المجلس الأعلى التي ذكرناها أعلاه تحتوي على تناقضات فيما بينها: فمنها من ذهبت إلى أن قانون الالتزامات والعقود هو الواجب التطبيق في حالة عدم استكمال عقود الكراء التجارية للمدة القانونية ، ومنها من ذهبت إلى تطبيق القانون الخاص الحال عليه في ظهير 1955/5/24 ، وهذا يشكل في حقيقة الأمر تناقض في قرارات المجلس الأعلى لا مبرر لها ، لوضوح النصوص القانونية ووضوح الوقائع المعروضة ، وقد يعزى الأمر إلى عدم الاطلاع على سوابق المجلس الأعلى القضائية من سالف الأيام والأعوام.

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 486 بتاريخ 2000/03/29 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2000 ، ص 124 . ومنشور أيضا لدى محمد بفقير في: قوانين الكراء والعمل القضائي المغربي ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء 2010 ، ص 100.

² المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية ، تصدرها د. وفاء جوهر ، ع 2 فبراير 2010 ص 279 وما بعدها .

(4) قرارات المجلس الأعلى المتناقضة في مجال قانون السير:**1- القرارات المتناقضة بشأن لغة النصوص التشريعية :**

إن المجلس الأعلى قضى بتاريخ 1983/11/25 بانه اذا كانت اللغة العربية هي اللغة الرسمية للبلاد فان مقتضيات الدستور المحتج بها لا تمنع استعمال اللغة الأجنبية اذا ما دعت الضرورة الى ذلك⁽⁵⁾. غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1984/1/12 حيث اعتبر أن النصوص التشريعية الصادرة باللغة العربية هي الواجبة التطبيق ، ولا يعيها أن تحرر اول الأمر بغير العربية ، وبالتالي فلا يقبل القول بالأخذ بالنص الفرنسي واعطائه الطابع التشريعي بدعوى وجود غلط في الترجمة طالما أنه من الممكن ادخال تعديل أو تغيير على تلك النصوص بنصوص تشريعية لاحقة⁽⁶⁾.

هذا وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة الأخيرة في القرار الصادر عنه بتاريخ 1986/3/12 تحت عدد 660 (مجلة الحامي ع 9 ص 72) .

2- القرارات المتناقضة بشأن تأثير الفحص الطبي على التأمين :

صدر عن المجلس الأعلى قرار بتاريخ 1990/7/10 قضى فيه بأن الأوراق المعنية في الفصل 12 من الشروط العامة للتأمين هي رخصة السياقة أو ما يعادلها وليس منها شهادة الفحص الطبي أو التقني ، والحكمة تكون على صواب حيث ردت الدفع بعدم التأمين بأن الغاية من الفحص سلامة السائق والناقلة وان الأصل هو السلامة مالم يثبت العكس (قرار ع 6216

مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 45 ص 202). كما أنه قرر ان الغاية من الفحص الطبي هو التأكد من سلامة صحة السائق ، ويفترض في حالة عدم القيام به بقاء هذه السلامة الى أن يثبت العكس (قرار ع 1134 بتاريخ 1984/6/20 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 36/35 ص 32). وقرر أيضا أن عدم تجديد الفحص يعد مخالفة قانونية لا تأثير لها على التأمين (قرار المجلس الأعلى ع 4796 بتاريخ 1990/5/29 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 45 ص 198). ولكن هذه القاعدة الأخيرة التي أكدها المجلس الأعلى في عدد من القرارات (قرار المجلس الأعلى ع 3714 بتاريخ 1986/5/8 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 41 ص 209 ، وقرار ع 6216 بتاريخ 1990/7/10 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 45 ص 202 ، وقرار ع 444 بتاريخ 1981/5/7 مجلة المحاكم المغربية ع 25 ص 88) ، كانت مخالفة وبصورة متناقضة عن القاعدة التي سبق للمجلس الأعلى أن قرر فيها من أن التأمين ينعدم عندما يكون الفحص الطبي لسائق الشاحنة انقضى مفعوله بتاريخ الحادثة (قرار المجلس الأعلى ع 667 بتاريخ 1979/4/12 المجلة المغربية للقانون ع 85/1 ص 61).

3- القرارات المتناقضة بشأن تأثير النقل بعوض على التأمين :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1982/2/11 من أنه يحق للمؤمن أن يدفع بعدم التأمين اذا كانت السيارة التي أمن عليها المؤمن له من أجل مصالحه الخاصة يستخدمها للنقل بعوض وأن كلمة " يستخدمها للنقل بعوض " الواردة في الفصل 14 من العقد النموذجي للتأمين التجدد والتكرار وبالتالي الإعتياد (قرار ع 243 مجلة قضاء المجلس الأعلى

(5) " " " " " 263 1983/11/25 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 36/35 ص 173 .

(6) " " " " " 660 1984/3/12 مجلة المحاكم المغربية ع 36 ص 129 .

ع 31 ص 170). غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها حيث قضى بتاريخ 1982/4/7 من أنه لا مجال للتأمين اذا كانت الناقلة المؤمن عليها قد استخدمت للنقل بعوض والحال انها مؤمنة لغير ذلك، ويكفي للدفع بعدم التأمين وقوع النقل بعوض ولو مرة واحدة بحيث لا يلزم المؤمن باثبات الإعتياد (قرار ع 230 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 36/35 ص 73).

هذا وان المجلس الأعلى أكد هذه القاعدة في القرار الصادر عنه بتاريخ 1984/11/1 حيث قضى فيه بأنه يشترط لقبول الدفع بعدم التأمين استنادا الى الفقرة هـ من الفصل 14 من الشروط العامة للتأمين التي صيغت هكذا: اذا كانت الناقلة تستخدم للنقل بعوض أن يتوفر عنصر الإعتياد فلا يكفي ان تكون قد استعملت مرة واحدة (قرار ع 8503 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 38/37 ص 220).

4- القرارات المتناقضة بشأن تشطير التعويض عن الضرر المعنوي :

ان المجلس الأعلى قضى بتاريخ 1991/6/4 بأن ظهير 1984/10/2 يتعلق فقط بالتعويضات البدنية التي يجب أن يراعى عند تحديدها قسط مسؤولية المسبب في الحادثة أو المسؤول المدني، فان المحكمة قد راعت أحكام هذا الظهير حين لم تخضع التعويض المعنوي لنسبة المسؤولية المذكورة التي تبقى خاضعة للقواعد العامة ولسلطة المحكمة (قرار عدد 7417 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46 ص 277). غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1993/2/9 حيث اعتبر أنه بمقتضى الفصل 10 من ظهير 1984/10/2 فان التعويض عن الضرر المعنوي لا بد من اخضاعه لتشطير المسؤولية، وتكون المحكمة قد جانبت الصواب وعرضت قرارها للنقض عندما حكمت للأبوين بتعويض كامل عن الضرر المعنوي الذي أصابهما من جراء وفاة ابنهما القاصر دون اخضاع ذلك التعويض لتشطير المسؤولية المحكوم به (قرار عدد 1101 ملف جنحي عدد 33-01/15081 مجلة المحاكم المغربية ع 70 ص 99).

وقد سار قضاء المجلس الأعلى على هذا المنوال في التناقض بشأن التعويضات المعنوية وخضوعها أو عدم خضوعها لتشطير المسؤولية في عدد غير قليل من القرارات، ولم يستقر على رأي.. (انظر القرارات عدد 11083، 115، 25053، 2/243، 11/969، ومناقضاتها القرارات عدد 1447، 6144، 1531، 2119 من كتاب الأستاذة كريمة البوزيدي. قضاء المجلس الأعلى والقوانين المنظمة للسير. مطبعة بني ازناسن. سلا 2006 ص 58 الى 61).

5- القرارات المتناقضة بشأن سلوك مسطرة الصلح قبل رفع الدعوى :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1995/11/9 في الملف عدد 92/2441 من أن المطلوب هو سلوك مسطرة الصلح المنصوص عليها في الفصل 18 المحتج به مع المطالبة معززا ذلك بالإشعار بالتوصل الذي توصلت بمقتضاه الشركة خاصة لما بلغت مذكرته للطالبة ولم ينفذ ذلك بأي شيء لم تأخذ بهذا الدفع وكان ما بالوسيلة خلاف الواقع. غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1998/2/12 تحت عدد 990 في الملف المدني عدد 91/4464 حيث جاء فيه بأن الفصل 18 من ظهير 1984/10/2 وان أوجب على المتضرر مطالبة شركة التأمين بالتعويض قبل اللجوء الى المحكمة الا أنه لم يرتب أي جزاء عن عدم احترام هذه المقتضيات مما يبقى معه للمتضرر حق اللجوء الى المحكمة للمطالبة بحقوقه وأن محكمة الإستئناف لما صرحت أنه بالنسبة للفصل

18 فان الهدف المتوخى منه هو التعجيل بمنح التعويضات للمصابين وتخفيف عبء قضايا السير على المحاكم والعدول عن سلوك هذه المسطرة ليس من شأنه أن يلحق ضررا ما لا بشركة التأمين ولا المتضرر ، ولذلك لا يمكن أن يطبق الفصل المذكور ضد المتضرر بعدم قبول طلبه لعدم سلوك المسطرة المتعلقة ، تكون قد طبقت الفصل 18 من الظهير المذكور تطبيقا سليما وبنت قرارها على أساس قانوني وعللته تعليلا كافيا في تبرير ما قضت به ، وكان ما بالوسيلة غير مستند على أساس (كريمة البوزيدي م.س، ص 64 و 65) .

هذا وقد أكد المجلس الأعلى هذا القرار الأخير بقراره الصادر عنه بتاريخ 1999/10/14 عدد 4751 في الملف المدني رقم 2489 (كريمة البوزيدي م.س، ص 65) .

6- القرارات المتناقضة بشأن استحقاق التعويض عن العجز المؤقت :

بتاريخ 1992/11/3 قضى المجلس الأعلى من أن التعويض عن العجز المؤقت يكون عن فقد الأجرة أو الكسب المهني الناتج عن عجز المصاب الذي عليه أن يثبت ذلك تطبيقا للفقرة (أ) من الفصل الثالث من ظهير 1984/10/2 (ملف جنحي سير ع 98/22796 كريمة البوزيدي م.س، ص 34) . وهذا القرار أكد المجلس الأعلى في القرارات الصادرة عنه تحت عدد 5587 بتاريخ 1994/6/21 ، وعدد 334 بتاريخ 1995/3/21 ، وعدد 42 بتاريخ 2002/1/16 (انظر ذة. كريمة البوزيدي م.س، ص 34 و 35) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1993/4/12 تحت عدد 610 حيث قرر فيه ما يلي: "لقد تم تطبيق مقتضيات ظهير 1984/10/2 تطبيقا سليما ، وأن التعويض المحكوم به لفائدة الضحية عن العجز الكلي المؤقت يبرره افتراض المشرع حدا أدنى للأجر لكل متضرر يمنح له بالنسبة لسائر التعويضات الأساسي والتكميلي" (انظر ذة. كريمة البوزيدي م.س، ص 36) . وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة في عدد من القرارات الصادرة عنه تحت عدد 9128 بتاريخ 1994/9/27 ، وعدد 11853 بتاريخ 1994/11/1 ، وعدد 2511 بتاريخ 2000/6/8 ، وعدد 3084 بتاريخ 2000/7/20 (انظر ذة. كريمو البوزيدي م.س، ص 36 و 37) .

7- القرارات المتناقضة بشأن تعويض زوجة مرتكب حادثة السير :

بتاريخ 2001/3/14 قضى المجلس الأعلى بأنه لا يمكن للضحية زوجة المتهم المسؤول المدني أن تقبض التعويض المستحق لها من صندوق مال الضمان عملا بمقتضى الفصل الثاني من القرار الوزيري المؤرخ في 1955/2/23 . لما قضت المحكمة باخراج شركة التأمين من الدعوى وتسجيل صندوق مال الضمان تكون خرقت مقتضى الفصل المذكور وعرضت قرارها للنقض والإبطال (قرار عدد 11/1206 ذ.حسن البكري ، قضاء المجلس الأعلى في حوادث السير ، مطبعة النجاح الجديدة . الدار البيضاء 2005 ص 23) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2001/3/12 حيث قرر فيه ما يلي: "لما كانت الضحية تركب السيارة أداة الحادثة زوجة لسائقها فانها تكون غير مشمولة بالضمان طبقا للفصل الخامس من ظهير 1969/10/20 والفصل 14 من قرار 1965/1/25 المتعلق بالشروط النموذجية لعقدة التأمين باعتبارها ليست من الأغيار ، وعليه فان المحكمة عندما رفضت دفع شركة التأمين بانعدام الضمان تكون خرقت المقتضيات المذكورة وعرضت قرارها للنقض بهذا الخصوص" (قرار عدد 11/1407 ذ.حسن البكري م.س، ص 26) .

8- القرارات المتناقضة بشأن تهمة الفرار بعد حادثة السير :

بتاريخ 2003/1/15 صدر قرار عن المجلس الأعلى قضى بأن المحكمة لما انتهت الى عدم قيام عناصر الفرار بعله أن المتهمه غادرت مكان الحادثة بعد انتظارها عشرين دقيقة وتجمهر الناس حولها واهانة الضحية لها من غير أن تأخذ في الإعتبار عدم اخبار المتهمه عن الحادثة وعدم تقديمها تلقائيا الى مصالح الشرطة -لما كان ذلك- تكون عللت قرارها تعليلا ناقصا وعرضته للنقض (قرار عدد 11/44 ذ. حسن البكري م.س، ص 111). غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2003/4/16 حيث ورد فيه ما يلي: "للمحكمة سلطة تقدير الوقائع المعروضة عليها لإستخلاص عناصر جنة الفرار عقب الحادث ولما تبين لها أن مغادرة الظنين لمكان الحادث كان عن حسن نية وقضت ببراءته من جنحة الفرار تكون استعملت سلطتها التقديرية في اطار ما يخوله لها القانون" (قرار عدد 11/701 ذ.حسن البكري م.س، ص 150) .

9- القرارات المتناقضة بشأن استبعاد شهادة الأجر لتحديد التعويض عن حادثة السير :

بتاريخ 2002/4/3 قضى المجلس الأعلى بأنه ما دامت الطاعنة أدلت بما يفيد مبلغ أجرها الشهري عن مدة سابقة لتاريخ الحادثة ولا يوجد بين وثائق الملف ما يفيد أنها انقطعت عن العمل بالمؤسسة التي تشغل بها عند وقوع الحادثة فان استبعاد المحكمة لشهادة الأجر المدلى بها واعتماد الحد الأدنى للأجر في تحديد التعويض يضل خرقا لمقتضى المادة السادسة من ظهير 1984/10/2 وينهض سببا جديا للنقض (قرار عدد 02/357 ذ.حسن البكري م.س، ص 71). غير أن هذه القاعدة خالفها المجلس الأعلى وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2002/12/11 حيث قضى بأن استبعاد المحكمة لشهادة الأجر التي تفيد أن للضحية أجرة مهنية قارة طبقا للفصل السادس من ظهير 1984/10/2 واعتمادها الحد الأدنى للأجر في احتساب التعويض يجعل قرارها ناقص التعليل ومعرضا للنقض (قرار عدد 11/1420 ذ.حسن البكري م.س، ص 100) .

10- القرارات المتناقضة بشأن تحمل صندوق مال الضمان للتعويضات المعنوية :

بتاريخ 1985/2/20 قضى المجلس الأعلى من أنه إذا كان الفصل الأول من الظهير المؤسس لصندوق مال الضمان قد نص على تعويض الأضرار البدنية بمفهومها الواسع فان الفصل الأول من قرار التطبيق المؤرخ في 1955/2/23 توسع فأضاف الى ذلك تعويض ذوي الحقوق بعموم الإطلاق دون تمييز بين من لحقهم ضرر مادي أو ضرر معنوي، مما يكون معه القول بأن الصندوق مسؤول كذلك عن تغطية الأضرار المعنوية اللاحقة بذوي حقوق الضحية فتكون المحكمة قد صادفت الصواب عندما منحتهم تعويضات معنوية وفق ما يسمح به النص المحتج به (قرار عدد 402 ذ.كريمة البوزيدي م.س، ص 189). غير أن هذه القاعدة خالفها المجلس الأعلى وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1977/2/23 حيث قرر ما يلي: "إن صندوق مال الضمان يتحمل التعويضات الواجبة لضحايا حوادث السير أو ذوي حقوقهم الذين يصابون باضرار جسمانية ولا يتحمل التعويضات المعنوية التي يمكن الحكم بها لفائدة المضرورين المذكورين" (قرار عدد 136 ذ. كريمة البوزيدي م.س، ص 190).

11- القرارات المتناقضة بشأن اعتماد الخبرة الحسابية لإثبات الدخل في حوادث السير:

بتاريخ 2003/1/15 قضى المجلس الأعلى بان المطلوبين في النقض مكنوا الخبير الذي غينته المحكمة من عقد شراء..يفيد أن مورثهم يملك ثلاث اراضي فلاحية وانه بعد معاينة البقع المذكورة حرر تقريره ووجهه للمحكمة بعدما

أرفقه بعقد الشراء المذكور والمحكمة الابتدائية المؤيد حكمها استئنافيا عندما صادقت على تقرير الخبرة الحسابية وبث في جوهر القضية فانها تكون قد وجدت فيه العناصر الكافية لتكوين قناعتها وبذلك يكون القرار المطعون فيه قد اجاب بما فيه الكفاية على دفعوع الطاعنين والوسيلة على غير أساس (قرار عدد 11/46 ذة. كريمة البوزيدي مزس، ص31) . وهذه القاعدة أكدها المجلس الأعلى في القرار عدد 11/581 الصادر بتاريخ 2003/4/2 ، والقرار عدد 11/6 الصادر بتاريخ 2005/1/5 (انظر ذة. كريمة البوزيدي م.س، ص31 و32) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2002/2/6 حيث قضى بما يلي: "زحيث من جهة اخرى فان القرار المطعون فيه اعتمد على خبرة حسابية استند فيها الخبير على مجرد تصريحات دون تعزيزها بوثائق تجارية أو إدارية أو ضريبية مما جاء معه ناقص التعليل الموازي لإنعدامه ومعرضا للنقض " (قرار عدد 11/118 ذة. كريمة البوزيدي م.س، ص32) .

12- القرارات المتناقضة بشأن الزيادة في عدد ركاب الحافلة والضمان :

قرر المجلس الأعلى بتاريخ 1976/4/7 من ان الأولاد الذين يقل عمرهم عن ثلاث سنوات لا يمكن اعتبارهم بمثابة ركاب لأنهم لا يشغلون مقعدا بل مرة، ولا نصف مقعد بل يكونون في أحضان امهاتهم ، وليس من شأنهم أن يزيدو في الخطر ولا ان يخلوا بشروط السلامة . وان الأطفال الذين يتراوح أعمارهم ما بين أربع وعشر سنوات يحسبون حسب مقتضيات الفقرة : "ت" من الفصل 14 من الشروط النموذجية لعقدة التأمين نصف راكب ، وانه من ذلك يكون عدد ركاب الحافلة هو 62 راكبا بزيادة 3 ركاب فقط من العدد المشار اليه في عقدة التأمين مما يجعل الدفع بانعدام التأمين لا يركز على أساس . اذا لم يثبت سوء نية المؤمن له الا بعد وقوع الكارثة فان التأمين لا يسقط حسب ما نصت عليه الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 20 من الشروط النموذجية (قرار ع 186 مجلة رابطة القضاة ع 2-81/3 ص 259) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذا القرار وبصورة متناقضة معه ، في القرار الصادر عنه بتاريخ 2002/12/25 حيث قرر من أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تستجب للطلب المقدم من طرف المسؤول المدني عن الحافلة والمتعلق بإجراء بحث حول حقيقة عدد الركاب وقت وقوع الحادثة واعتبرت أن عدد الأشخاص الذين كانوا على متن الحافلة 57 راكبا حسب ما استخلصته فقط من محضر الضابطة القضائية ومن بينهم طفل عمره 5 سنوات وانه بناء على الإستنتاج المذكور اعتبرت أن الأطفال الذين يتراوح عمرهم ما بين أربع و عشر سنوات يحسبون حسب مقتضيات الفقرة "ت" من الفصل 14 من الشروط النموذجية بمثابة النصف ، وان زيادة راكب ونصف على العدد المنصوص عليه في عقد التأمين ليس من شأنه أن يزيد في الخطر ولا يخل بشروط السلامة ، غير أن القول بوجود الضمان حينما لا يتجاوز العدد الزائد المرخص به 50 % انما يكون مجال تطبيقه بالنسبة للناقلة السياحية فقط كما هو واضح من مقتضيات الفقرة "ب" من الفصل 14 من الشروط النموذجية ، اما الناقلة أداة الحادثة موضوع هذه النازلة فهي مخصصة للنقل العمومي وتنطبق بشأنها مقتضيات الفقرة "د" من نفس الفصل المشار اليه والتي تنص على أنه : " اذا كانت سيارة الأجرة تحمل عددا من الأشخاص يتجاوز العدد المنصوص عليه في رخصة النقل ... " مما تكون معه المحكمة قد عللت قرارها تعليلا خاطئا بتطبيقها مقتضيات الفقرة "ب" بدل مقتضيات الفقرة "د" من الفصل 14 من الشروط النموذجية العامة لعقد التأمين وعرضت قرارها للنقض بهذا الخصوص (قرار ع 11/1537 ذكره ذ.حسن البكري، قضاء المجلس الأعلى في حوادث السير ص 103).

وتأكيدا لهذا القرار ، فان المجلس الأعلى قضى بتاريخ 2006/9/20 من أنه صح ما عابته الطاعنة على القرار ، ذلك ان النازلة تتعلق بحافلة للنقل العمومي اي بناقلة للكراسي المتحركة لمقتضيات الفقرة "د" من الفصل 14 من الشروط

النموذجية لعقد التأمين التي بموجبها ينتفي الضمان اذا كانت سيارة الأجرة أو ناقلة للركاء تحمل عددا من الأشخاص يتجاوز العدد المنصوص عليه في رخصة النقل ولو تعلق الأمر بأطفال ، ما دامت الفقرة المذكورة لم تورط على عكس القرتين "ب" و"ج" ان الطفل الذي يقل سنه عن عشر سنوات لا يعتبر الا بنسبة النصف . ولما كانت العبارة بالطاقة الإستيعابية للحافلة حسب رخصة النقل فان المحكمة لم تبحث في كون عدد ركاب الحافلة يفوق أو يقل عن العدد المسموح به للقول بوجود الضمان من عدمه ، مما كان معه قرارها خارقا للمقتضيات المحتج بهاو عرضة للنقض (قرار ع 2720 ملف مدني ع 2005/5/1/1855 غير منشور) .

13- القرارات المتناقضة بشأن فقد مورد العيش :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 2006/1/18 من أنه بمقتضى المادة الرابعة من ظهير 1984 فانه اذا نتج عن الإصابة وفاة المصاب استحق من كانت تجب عليه نفقتهم وفقا لنظام أحواله الشخصية وكذا كل شخص كان يعوله تعويضا عما فقدوه من موارد عيشهم بسبب وفاته .وان المادة المذكورة تؤسس استحقاق التعويض المادي على تحقق عنصرين أساسيين وهما الزام الهالك بالإنفاق بمقتضى القانون او الإلتزام التطوعي وثبوت فقد مورد العيش وعلى المحكمة ابراز هذين العنصرين .وان المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما نصت في قرارها ان والد الهالك تاجر ولم يثبت عسره وان الضحية لم يكن ينفق عليه وعلى امه تكون قد ابرزت عدم ثبوت عنصر فقد مورد العيش الذي هو أساسا التعويض المادي طبقا للمادة الرابعة علاه وانها لما قضت للأب والأم والإخوة بالتعويض المادي مع ان الأب موسر وهو الملمزم بافئاق على اسرته ، لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا مما يعرضه للنقض بهذا الخصص (قرار ع 11/35 ملف جنحي ع 2004/2/25319 غير منشور) . غير ان المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها وذلك في القرار الصادر عنه في 2006/9/20 حيث قضى من ان المحكمة لما صرحت أن ذوي حقوق الهالك تقدموا بتحمل عائلي يفيد انفاق الهالك عليهم بكل موجبات الإنفاق تكون قد استعملت سلطتها في تقييم الحجج المعروضة عليها ورتبت على ذلك استحقاق المحكوم لهم بالتعويض المادي فكان قرارها غير خارق لمقتضيات المادة 4 و11 من ظهير 1984/10/2 (قرار ع 2720 ملف مدني ع 2005/5/1/1855 غير منشور) .

هذا وقد أكد المجلس الأعلى هذا القرار الأخير بواسطة القرار الصادر عنه بتاريخ 2007/10/31 حيث اعتبر أن اللفيف العدلي بالكفالة كاف للتعويض المادي للأبوين حتى ولو كانا موسرين (قرار ع 3517 مجلة العرائض ع 3 ص 129) .

5) قرارات المجلس الأعلى المتناقضة في مجال القانون البحري :

1- القرارات المتناقضة بشأن مسؤولية الناقل البحري :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1985/3/13 من أن الناقل البحري مسؤول عن كل ضياع أو تلف يصيب البضاعة ما دامت في حراسته ، وتنتقل هذه المسؤولية الى مكتب الشحن اذا وقعت الخسارة أثناء وجود البضاعة في عهده أو لم بيد تحفظاته على الروافع بشأن الحالة الظاهرة للبضاعة أو بشأن عدم افراغ جميع الطرود كما وردت في وثيقة الشحن (601 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 38/37 ص 32) .وقد أكد هذه القاعدة بقراره الصادر بتاريخ 1986/4/9 حيث أكد أن مسؤولية الناقل البحري تنتهي بخروج البضاعة من حراسته ولا تمتد الى تاريخ تسليمها الى المرسل اليه (قرار

ع 987 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 38/37 ص 42). غير أن المجلس الأعلى نفسه قضى بتاريخ 15/5/1985 بقرار مخالف للقاعدة السابقة وبصورة متناقضة معها ، حيث اعتبر أن مسؤولية الناقل البحري لا تنتهي عند تاريخ تسليم البضاعة لمكتب الشحن، وإنما يظل مسؤولا عما يصيب البضاعة المنقولة الى تاريخ تسليمها للمرسل اليه (قرار ع 1194 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 38/37 ص 89) ، ومؤكدا ذلك في قراره الصادر بتاريخ 25/6/1986 الذي قرر فيه من أن الناقل البحري يبقى مسؤولا عن هلاك الأشياء المسلمة اليه وما لحقها من عيب حتى أوان تسليمها للمرسل اليه ولا تنتهي هذه المسؤولية بانزال البضاعة تحت الروافع ولكن بوضعها تحت تصرف المرسل اليه وتبقى حراستها الى ذلك الحين (قرار ع 1588 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 40 ص 75).

(6) قرارات المجلس الأعلى المتناقضة في مجال القانون الدولي الخاص :

1- القرارات المتناقض بشأن تعارض النظام العام مع الوصية :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1977/2/4 من أن الوصية التي تنتج عن الإلتزام الطبيعي الناتج عن التعهد المعنوي الذي يأخذه الساري على نفسه بغية ضمان مستقبل معاشرته بعدموته هي وصية صحيحة ، وتطبيق التشريع الوطني للموصي في هذا المجال لا يتعارض مع النظام العام المغربي (قرار ع 23/22 مجلة المحاماة ع 13 ص 107). غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1977/9/14 حيث قرر من أن الوصية التي يحررها الموصي ارضاء لخليلته هي وصية باطلة لأنها تتنافى مع الأخلاق الحميدة وتتعارض بالتالي مع النظام العام المغربي الذي لا يقر ما يبنى على فساد الأخلاق من معاملات والتزامات (قرار ع 512 مجلة المحاماة ع 13 ص 111).

2- القرارات المتناقضة بشأن النشر بالجريدة الرسمية للإتفاقيات الدولية :

صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 1972/7/3 قضى بان القرار المقيمي المؤرخ في ثاني شتمبر 1912 المؤسس للجريدة الرسمية بالمغرب وان كان لا ينص صراحة على وجوب نشر النصوص في الجريدة الرسمية المذكورة فانه يوضح بكل دقة ان الغاية من تأسيس هذه الجريدة هي نشر جميع ما يصدر من قوانين ومراسيم ومقررات .

وحيث ان مقتضياته مستمدة من المبادئ الجوهرية للقانون العام التي تجعل من نشر النصوص شرطا اساسيا لفرض العمل بها والزام المحاكم بتطبيقها .

وحيث ان ما جاء في القرار المطعون فيه من كون نشر النصوص القانونية والتنظيمية في الجريدة الرسمية لا يكتسي سوى صبغة اخبارية محضة ويمكن الإستعاضة عنه بطريقة اخرى من طرق الإعلام ، لا يمكن أخذه بعين الإعتبار ، لأن الجريدة الرسمية التي تصدرها الحكومة بصفة دورية منتظمة هي الضمانة الوحيدة لتبليغ النصوص القانونية والتنظيمية الى علم الأفراد والجماعات وانه يستحيل على المحاكم تطبيق نصوص لم يطلعوا مسبقا على فحواها من خلال نشرها في الجريدة الرسمية بالإضافة الى أن الغموض والتعقيد الذي يكتنف بعض النصوص يستوجب في أغلب الأحيان القيام بدراساتها وتحليلها ولا يتأتى ذلك الا على ضوء نصوص رسمية صادرة من السلطة الحكومية .

وحيث أن محكمة الإستئناف عندما صرحت بان اتفاقية وارسو قد وقع الإعلان عنها في المغرب بما فيه الكفاية ، وان تذاكر السفر التي تسلم لركاب الطائرات تتضمن بعض مقتضيات هذه الإتفاقية وتشير بالخصوص الى الفصل 29

المتعلق بالمسؤولية، مما يغني عن نشر نصها في الجريدة الرسمية تكون قد أخلت بمبادئ القانون العام وتجاهلت مقتضيات القرار المؤسس للجريدة الرسمية بالمغرب (قرار منشور بالجللة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد عدد 14/13 ص 147) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذا الرار وبصورة متناقضة معه في القرار الصادر عنه بتاريخ 1977/6/6 حيث قضى بان المملكة المغربية انظمت لمعاهدة فارصوفيا بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 1958/1/8 (قرار عدد 73 ، قضاء المجلس الأعلى ع 26 ص 155) . وهذا القرار هو نفس اتجاه الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى ، حيث فسرت وطبقت الإتفاقية المذكورة من غير تعليق ذلك على وجوب نشرها بالجريدة الرسمية (قرار عدد 165 بتاريخ 1970/3/18 مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ج 1 ص 579) .

3- القرارات المتناقضة بشأن اعتبار الإتفاقية الدولية فيما يخص الإكراه البدني :

ان المجلس الأعلى قضى بتاريخ 2000/9/26 بأنه لما كان الفصل 11 من المعاهدة الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية ينص على أنه لا يجوز سجن انسان فقط على أساس عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدى . ولما كان مناط هذه الدعوى هو تطبيق الإكراه البدني على الطاعن لعدم وفائه بالتزام تعاقدى وهو أداء واجب الكراء فان المحكمة حين استجابت للطلب تكون قد بنت قرارها على غير أساس سليم باعتبار أن مصادقة المغرب على هذه المعاهدة تعني التزامه بتنفيذ وسريان مقتضياتها داخل التراب الوطني لكونها تعبير منه عن ارادته فعرضت قرارها للنقض (قرار ع 3515 مجلة القصر ع 1 ص 116) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2003/4/13 والذي قرر بأن الإتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخة في 1966/12/16 لا تطبق الا عند تنفيذ الإكراه البدني وليس عند الحكم بتحديد طبقا لظهير 1961/1/20 (قرار ع 1234 ملف مدني ع 2002/7/1/4052، غير منشور) .

وما يلاحظ على هاذين القرارين هو كون وقائعهما تكاد تكون متطابقة وموضوعهما، هو تحديد الإكراه البدني وليس تطبيقه أو تنفيذه .. وهذا ما جعل القرار الأول معتبرا الموضوع هو تطبيق الإكراه البدني . وأعتقد أنه مجرد سهو ليس إلا ، وقد أدى الى نتيجة خلافية مع القرار الأخير الذي اعتبر أن المسألة هي مجرد تحديد الإكراه البدني ، مما يجعل اعتبار الإتفاقية الدولية أو عدم اعتبارها سابق لأوانه .

7) قرارات المجلس الأعلى المتناقضة في مجال قانون المحاماة :

1- القرارات المتناقضة بشأن تبليغ الحكم بمكتب المحامي :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1923/5/29 بانه عندما يتبين من شهادة تسليم بان الحكم المطعون فيه قد وقع تبليغه الى مكتب محام مثل الطرف في المرحلة الابتدائية وأن الطي قد وجه اليه فتسلمه أخذ مستخدميه، فان التبليغ يكون قد تم بصفة صحيحة وطبقا لمقتضيات الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية . وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة في عدة قرارات أخرى نذكر منها القرارات التالية :

1. قرار عدد 231 صادر بتاريخ 1968/5/15 (مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 2 ص 27) .

2. قرار عدد 1057 صادر بتاريخ 1983/5/25 (م.س ع 32 ص 39) .

3. " " " " 209 " " " 1990/7/12 (مجلة الندوة ع 7 ص 20) .

ولكن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في قراره الصادر بتاريخ 1962/6/23 حيث قضى بان توصل الحامي بنسخة من الحكم وفق طلبه لا يعتبر تبليغا قانونيا لأن التبليغ القانوني لا يكون الا لأطراف الدعوى ، وان لا محل للمحامي في تبليغ الأحكام خارج قاعة المحكمة ، مؤكدا هذه القاعدة بالقرار الصادر عنه بتاريخ 1992/1/14 حيث اعتبر أن مكتب الحامي يتعدى كونه محلا للمخاطبة مع الموكل في شأن تبليغ الإجراءات المسطرية المتعلقة بالدفاع عنه ، أما الإجراءات المسطرية بعد الحكم فانها تبلغ الى المعني في موطنه الحقيقي أو المختار أو القانوني (قرار عدد 92 مجلة المحاماة ع 12/11 ص 305).

2- القرارات المتناقضة بشأن طلب ايقاف تنفيذ القرار التأديبي :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1983/6/24 بأن المطالبة بعدم تنفيذ القرار الإستثنائي القاضي بتأييد مقرر هيئة المحامين في مجال التأديب لا تكتسي الصبغة الإستثنائية التي يقتضيها الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية (قرار ع 149 مجلة المحاكم المغربية ع 44 ص 88) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1987/2/9 حيث قضى بأن تنفيذ القرار القاضي بتأييد المقرر التأديبي الصادر عن مجلس هيئة المحامين يشكل الصبغة الإستثنائية التي يقتضيها الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية (قرار ع 9 مجلة المحاكم المغربية ع 47 ص 55) .

ومما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع المغربي تدخل ووضع حدا لهذا الخلاف وذلك بالغاء مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية بواسطة الظهير الصادر بتاريخ 1993/9/10 (ج.ر عدد 4225 بتاريخ 1993/10/20)، الا أن المجلس الأعلى رغم ذلك كله عاد مرة أخرى الى هذا الموضوع بسبب الملف الإداري عدد 1735 / 2000/1/4 وأصدر قرارا بتاريخ 2000/11/30 قضى فيه بايقاف تنفيذ القرار التأديبي على أساس أن النزاع يكتسي طابعا إداريا ويبقى للغرفة الإدارية تقديره من ظروف النزاع وملابساته (قرار الغرفة الإدارية ع 1733 . مجلة المحاكم المغربية ع 87 ص 134) وفي نفس هذا الإتجاه صدر ايضا قرار المجلس الأعلى عدد 42 بتاريخ 2001/1/13 (جريدة العدالة ع 28 اكتوبر/نوفمبر 2001 ص 3).

وبهذا القرار الصادر حديثا عن المجلس الأعلى يبدأ من جديد التناقض مع ارادة المشرع في هذا الموضوع المتعلق بايقاف التنفيذ أمامه .

3- القرارات المتناقضة بشأن تمثيل الأطراف في قضايا الأحوال الشخصية والميراث الإسلامي :

ان المجلس الأعلى قضى بتاريخ 1967/10/31 من أنه لا يقبل لمؤازرة الخصوم وتمثيلهم لدى الغرف المختصة بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية والميراث الإسلامي الا المحامون المغاربة (قرار ع 28 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 1 ص 59) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها قضى ضمينا بتاريخ 1970/2/11 بقبول طلب النقض الصادر في قضية شرعية في حين أن الطلب المذكور قدم بواسطة محام غير مسلم وغير مغربي ..

(قرار ع 144 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 14 ص 62). وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة في قراره الصادر بتاريخ 1988/10/18 حيث جاء فيه من أنه: "لما كانت المحكمة قد قضت بعدم قبول استئناف الطاعن الذي قدمه نائبه الأستاذ شارل سورجير بعله أن هذا الأخير غير مسلم ولا يسمح له القانون بالترافع في قضايا الأحوال

الشخصية للمسلمين ، والحال أن قانون المحاماة الجديد لم يستثن شيئا من ذلك..(قرار ع 1209 مجلة الندوة ع 7 ص 83).

4-القرارات المتناقضة بشأن الطعن بالنقض في القرار الإستثنائي بعدم قبول مرشح لمهنة المحاماة :

إن المجلس الأعلى قضى بتاريخ 1974/4/19 بأن طلب النقض المرفوع من طرف هيئة المحامين ضد قرار محكمة الإستئناف القاضي بالغاء قرار مجلس هيئة المحامين برفض التقييد في الجدول هو طلب مقبول شكلا .. (قرار ع 172 مجلة المحاماة ع 13 ص 103).وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 1986/1/29 (قرار منشور في مجلة المحاماة ع 24 ص 44).غير أنه خالفهذه القاعدة وبصورة متناقضة معها حينما قضى بتاريخ 1977/5/20 حيث اعتبر ان هيئة المحامين التى لا يمكنها أن تكون طرفا في الإستئناف المرفوع ضد مقررها القاضي برفض التقييد في الجدول لا صفة لها للطعن بطريق النقض في القرار الإستثنائي الذي يبت في الموضوع بالغاء قرارها (قرار ع 206 مجلة المحاماة ع 12 ص 36) .

5- القرارات المتناقضة بشأن الطعن بالنقض في القرار الإستثنائي بتحديد الأتعاب :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1990/6/13 بأن الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف هو الذي يبت في طلبات الطعون الموجهة ضد طلبات تحديد اتعاب المحامي،وليس له قانونا امكانية تفويض هذا الإختصاص لغيره (قرار ع 166 في الملف الإداري ع 10190 منشور بمجلة المعيار ع 19/18 ص 230) . وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة بواسطة قراره الصادر بتاريخ 1991/6/7 (قرار ع 188 في الملف الإداري ع 10110 غير منشور).غير أنه خالفها وبصورة متناقضة معها في قراره الصادر بتاريخ 1991/2/6 حيث اعتبر أن القرارالإستثنائي الصادر فيما يخص تحديد الأتعاب لا يقبل أي طعن،وان تعبير المشرع " بأي " المستغرقة للجنس يقصد به كل طعن كيفما كان نوعه سواء كان عاديا أو استثنائيا (قرار ع 375 مجلة الإشعاع ع 5 ص 104) . وهذا القرار أكده المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 1996/1/4 (قرار ع 26 ملف اداري ع 95|5|370.غير منشور)، وكذلك في القرار الصادر عنه بتاريخ 1996/2/15 تحت عدد 126 (ملف اداري ع 1995|5|96 غير منشور) .

ويلاحظ هنا أن المجلس الأعلى كان يقبل الطعن بالنقض في القرارات الإستئنافية الصادرة في الأتعاب رغم كون النص القانوني لا يسمح بذلك .. الا أنه تراجع عن هذا الأمر كما يظهر من القرارات الأخيرة .

6 - القرارات المتناقضة بشأن الصبغة الإدارية لمقررات هيئة المحامين :

ان المجلس الأعلى قضى بتاريخ 1982/2/26 بأن قرارات التسجيل في لوائح هيئات المحامين لا تعتبر قرارات ادارية لأن هذه الهيئات ليست سلطات ادارية (قرار عدد 52 ملف عدد 90427 ابراهيم زعيم .المرجع العملي في الإجتihad القضائي الإداري ط 1996 ص 158). غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1970/5/13 تحت عدد 238 حيث اعتبر أن القضية القائمة بين المحامي وهيئته بخصوص التسجيل في الجدول هي قضية ادارية (مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 20 ص 56) .

7- القرارات المتناقضة بشأن تفويض الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف اختصاصه بشأن البت في الأتعاب :

ان المجلس الأعلى قضى بتاريخ 13/6/1990 بان الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف هو الذي يبت في طلبات الطعون الموجهة ضد قرارات تحديد أتعاب المحامي، وليس له قانونا إمكانية تفويض هذا الإختصاص لغيره (قرار ع 166 مجلة المعيار ع 19/18 ص 230)، واعتبر المجلس الأعلى : أن عدم صدور القرار بشأن الطعن في قرار تحديد الأتعاب عن غير الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف يعد خرقا لمقتضيات الفصل 122 من القانون المنظم لمهنة المحاماة الصادر بتاريخ 8/11/1979، إذ لا يوجد نص قانوني يسمح للرئيس الأول بتفويض اختصاصه في هذا الشأن (قرار ع 188 بتاريخ 27/6/1991 في الملف الإداري ع 90/10110 غير منشور). وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة في القرار الصادر بتاريخ 4/4/1991 تحت ع 102 (الدورية القانونية ع 2 ص 7) والقرار الصادر بتاريخ 8/8/1991 تحت ع 161 (الدورية القانونية ع 2 ص 7). غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 25/4/2002 تحت ع 1512 معتبرا أن من حق الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف في نطاق ممارسته لإختصاصاته أن يفوض لمن ينوب عنه من القضاة العاملين معه وبنفس المحكمة، وان نائبه حين يزاول أعماله بالنيابة عن الرئيس، يكون مؤهلا لمباشرة جميع الإختصاصات المخولة للرئيس، وليس في القانون ما يلزم الرئيس بالتراجع عن تفويض سلطة البت في القضايا التي هي من اختصاصه لمن ينوب عنه ، وان عدم تراجعه عن ذلك لا يعد شططا في استعمال السلطة. ولهذا فان من حق الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف أن يفوض لمن ينوب عنه البت في استئناف قرار نقيب هيئة المحامين المتعلق بتحديد الأتعاب وان الأمر القضائي الذي يصدر في هذا الموضوع لا يقبل أي طعن عادي أو غير عادي عملا بالمقتضيات الآمرة للفقرة الأخيرة من المادة 92 من القانون المنظم لمهنة المحاماة (مجلة القضاء والقانون ع 146 ص 146) .

8) القرارات المتناقضة في مجال قانون المسطرة الجنائية :

1- القرارات المتناقضة بشأن الطعن باعادة النظر في الميدان الجنائي :

منذ 16/2/1978 قضى المجلس الأعلى من أنه يكون صحيحا ومقبولا الإعتماد على قانون المسطرة المدنية لطلب اعادة النظر في قرار صادر عن المجلس الأعلى في مادة جنحية (قرار عدد 489/س 21 ملف جنحي ع 54645 مجلة الجامة ع 13 ص 101) وأكد هذه القاعدة في القرار الصادر عنه بتاريخ 3/11/1992 الذي جاء فيه بأنه يتعرض للنقض القرار القاضي بعدم قبول الطلب الرامي الى اعادة النظر ضد حكم جنائي لعله انه ليس من بين قواعد المسطرة الجنائية ما يحدد طريق التماس اعادة النظر في الأحكام الجنائية كما هو الحال في قانون المسطرة المدنية وان الدعوى المدنية بحكم انها معروضة على محكمة زجرية وبحكم تبعيتها للدعوى العمومية لا تخضع الا لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية دون سواها (قرار ع 6846 ملف جنائي ع 21011 قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية 61/97 ص 155، ومجلة المحامي ع 37/38 ص 103). وكذلك في القرار الصادر عنه في 17/10/2001 تحت عدد 2/1578 في الملف الجنحي ع 99/22849 (مجلة رسالة الدفاع ع 3 ص 157). غير ان المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2/1/2002 بجميع غرفه المجتمعة، حيث قضى بانه لا يجوز الطعن في الأحكام الابالطرق المحددة قانونا باعتبار أن ذلك من النظام العام وقانون المسطرة الجنائية حددها في التعرض والإستئناف كطريقين عاديين والنقض والمراجعة كطريقين غير عاديين ، لذلك لا يجوز الإلتجاء في الميدان الجنائي الى طعن منظم بالمسطرة المدنية كالطعن باعادة النظر (قرار عدد 3/1 ملف جنحي ع 2000/12543 مجلة القضاء

والقانون ع 145 ص 173 ، ومجلة المحامي ع 41 ص 181 ، ومجلة رسالة الدفاع ع 3 ص 140) ، وبهذا القرار يكون المجلس الأعلى قد أكد قراره الصادر بتاريخ 1994/12/27 الذي ورد فيه أن قانون المسطرة الجنائية لا ينظم الطعن باعادة النظر ولا يوجد فيه ما يفيد أن الأحكام الجزرية قابلة للطعن باعادة النظر وبالتالي فإنه لا يسوغ الخلط بين طرق الطعن المدنية وبين طرق الطعن الجزرية إذ لا وجود لسند قانوني يمكن الإعتماد عليه لسلوك إحدى طرق الطعن المدنية أمام المحاكم الجزرية ، وبذلك تكون المحكمة قد أدخلت بالقواعد الجوهرية في اجراءات المسطرة الجنائية وعرضت قرارها للنقض (قرار ع 20258 مجلة المحامي ع 38/37 ص 106). وقد جاء قرار المجلس الأعلى ع 3/1 المشار اليه أعلاه مؤكدا للقرار الصادر عنه بتاريخ 2000/4/13 والذي ورد فيه أن الأحكام الصادرة عن محاكم جزرية القاضية بالغرامات بمقتضى قانون مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، لا تخضع للطعن باعادة النظر طبقا للفصل 402 وما يليه من قانون المسطرة المدنية (قرار ع 796 ملف 98/12607 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى ع 2000/10 ص 15).

وفي نفس هذا الاتجاه الأخير قرر المجلس الأعلى بأن الطعن باعادة النظر طعن مدني منصوص عليه في قانون المسطرة المدنية وقد وضع له المشرع مقابلا في قانون المسطرة الجنائية هو الطعن بالمراجعة، وأنه لا يمكن استعمال طرق الطعن المدنية في المادة الجنائية . ويتعرض للنقض قرار محكمة الإستئناف القاضي بقبول الطعن باعادة النظر في قرار صادر عنها في ملف جنائي (جنحي سير) (قرار ع 4/540 صادر بتاريخ 2002/3/6 في الملف الجنحي ع 98/21516 مجلة القصر ع 3 ص 98) .

2- القرارات المتناقضة بشأن طلب تحديد مدة الإكراه البدني :

بتاريخ 1984/3/14 صدر قرار عن المجلس الأعلى قضى فيه بأنه لا يوجد في القانون ما يمنع من تحديد مدة الإكراه البدني ضمن دعوى جديدة لتنفيذ حكم صدر في دعوى سابقة رفض المعني به تنفيذه لأن تحديد مدة الإكراه البدني لا يشكل جزءا من النزاع الذي رفعت عنه المحكمة يدها بالفصل فيه ولا يستهدف اضافة الى منطوق الحكم السابق وان الأمر يتعلق فقط بمرحلة التنفيذ .. (قرار ع 367 ملف مدني ع 74455 مجلة القضاء والقانون ع 134/133 ص 155) . وفي نفس الإطار اعتبر المجلس الأعلى أن ظهير 1961/2/20 الذي ينظم تحديد الإكراه البدني لا زال ساري المفعول ولم يصدر أي قانون يأمر بالغائه والمحكمة ملزمة بتطبيق القانون وليس اختصاصها تعديل القانون او الغاؤه. وعليه ، فان ما قضت به المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه فانه مرتكز على أساس قانوني (قرار الغرفة المدنية بتاريخ 1972/11/3 المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والسياسة ع 14/13 ص 147). غير أن المجلس الأعلى خالف هذا القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2000/9/26 حيث قضى بأنه لما كان الفصل 11 من المعاهدة الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية ينص على انه لا يجوز سجن انسان فقط على اساس عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدية وهو اداء واجب الكراء، فان المحكمة حين استجابت للطلب تكون قد بنت قرارها على غير اساس سليم ، باعتبار أن مصادقة المغرب على هذه المعاهدة تعني التزامه بتنفيذ وسريان مقتضياتها داخل التراب الوطني، لكونها تعبير منه عن ارادته ، فعرضت قرارها للنقض (قرار ع 3515 ملف مدني ع 99/3/1/2051 مجلة القصر ع 1 ص 116 ، وفي مجلة المحامي ع 42 ص 206) .

3- القرارات المتناقضة بشأن أداء الرسم الجزافي :

بتاريخ 1996/4/2 قضى المجلس الأعلى بأنه يتعرض لعدم القبول استئناف المطالب بالحق المدني الذي لم يؤدي القسط الجزافي بمناسبة استئنافه للحكم الابتدائي طبقا لمقتضيات ظهير 1986/12/31 المتعلق بتنظيم المصاريف القضائية في الميدان الجنائي (قرار ع 671 قرارات المجلس الأعلى المادة الجنائية 97/61 ص 215) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2000/4/5 حيث اعتبر أن المطالب بالحق المدني وان لم يستأنف الحكم الابتدائي ، فانه قد تضرر من استئناف النيابة العامة والمتهم في القرار الغيابي الإستئنافي ، وانه بتعرضه على هذا القرار لا يكون ملزما باداء الرسم الجزافي ، عملا بالمقتضيات القانونية المنصوص عليها في الظهير المنظم للمصاريف القضائية في الميدان الجنائي ، وان القرار المطعون فيه بقضائه بعدم قبول تعرضه لعدم أداء الرسم الجزافي يكون قد جاء ناقص التعليل ومعرضا للنقض (قرار ع 758 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى ع 2002/10 ص 13) . غير أن المجلس الأعلى خالف مرة أخرى هذه القواعد باعلانه أنه لا يمكن له أن يتدخل كدرجة ثالثة من درجات التقاضي لينقض اداء الرسم الجزافي من عدمه ، ما دام القرار المطعون فيه قد أشار الى قانونية الطعن بالإستئناف (قرار ع 479 بتاريخ 2000/3/1 النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى ع 2002/10 ص 14) .

(9) القرارات المتناقضة في مجال قانون الشغل :**1- القرارات المتناقضة بشأن رأي مفتش الشغل :**

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1982/7/12 من أن رأي مفتش الشغل الذي أدلى به في شأن عدم موافقته على طرد الطاعن يعتبر رأيا استشاريا فقط ، وأن تقييم ما اذا كان الطرد يكتسي صبغة تعسفية يرجع للسلطة التقديرية للمحكمة (قرار ع 585 مجلة رابطة القضاة ع 14-15 ص 74) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1989/9/29 حيث قضى بأنه من اللا أخذ رأي مفتش الشغل في الموضوع قبل اتخاذ قرار بفصل مندوب العمال ويكون الطرد تعسفيا اذا لم يحترم المشغل هذه الإجراءات (قرار ع 345 مجلة القضاء والقانون ع 138 ص 231) .

2- القرارات المتناقضة بشأن ايقاف التنفيذ في قضايا عقد الشغل :

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1980/5/28 بأنه يتجلى من وثائق الملف ونت القرار المطعون فيه أن موضوع النزاع يخضع لعقود الشغل وأن محكمة الإستئناف بالدار البيضاء المصدرة للحكم المطلوب نقضه حينما صرحت بأن الفصل 285 من قانون المسطرة المدنية يجب ان يقتصر مفهومه على ما للعامل من الحقوق المتفرعة مباشرة عن عقد العمل كالأجرة والرخصة والتعويضات العائلية .. وبأن التعويضات عن الطرد التعسفي والإعفاء والإشعار تعتبر ناشئة عن عقد العمل ، وأمرت بناء على ذلك بايقاف التنفيذ الجزئي لحكم صادر في نطاق عقد شغل تكون قد خرقت مقتضيات الفصلين 147 و 285 من قانون المسطرة المذكورين ، ولم تبني حكمها على اساس قانوني سليم مما يعرضه للنقض (قرار مدني ع 501 ملف مدني ع 76813 مجلة القانون والإقتصاد ع 6 ص 162) . ولكن المجلس الأعلى في قرار له سابق بتاريخ 1979/12/17 خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها حيث قرر مايلي : " لكن حيث أن الأحكام الصادرة في شأن التعويض عن الطرد التعسفي نتيجة فسخ عقد الشغل والخاضعة لتقدير المحكمة باسثناء الحقوق التي يستمدّها العامل بمقتضى النصوص التشريعية تبقى خاضعة

لمقتضيات الفصل 147 المذكور وقضت بايقاف التنفيذ المعجل المأمور به من طرف القاضي الابتدائي الذي لم يبين الظروف التي استند عليها " (قرار اجتماعي ع 547 ملف ع 75306 مجلة القانون والاقتصاد ع 6 ص 162 نقله ذ. الأمراني زنطار) .

(10) القرارات المتناقضة في مجال مدونة الأحوال الشخصية : (قانون مدونة الأسرة) :

1- القرارات المتناقضة بشأن حالة الإستثناء :

صرح المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1975/5/5 بأن المشرع بعدما نص على الحالة الأصلية التي لا بد فيها من حضور عدلين ومن الإيجاب والقبول نص أيضا على حالة استثنائية في الفقرة الثالثة من الفصل الخامس ، وان المحكمة تصدت باسهاب الى بيان الحالة الإستثنائية وتوفر ظروفها لسماع البيئة الزوجية ، وان هذه الحالة الإستثنائية يكتفى فيها بسماع البيئة الليفية (قرار ع 111 أشار اليه ذ. أحمد الخمليشي في كتابه التعليق على قانون الأحوال الشخصية ج.1 ط3 ص181) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1985/4/30 حينما اعتبر أنه ما دام العدول موجودين بقبيلة اولاد عيسى من ناحية قرية ابا محمد - بأحواز فاس - فلا يمكن اثبات الزوجية بالليف (قرار منشور بمجلة القضاء والقانون ع 137 ص 173) . مع العلم بأن نفس المجلس الأعلى سبق له أن قبل حالة الإستثناء على الرغم من أن الزواج قد تم بالمدن (قرار ع 37 بتاريخ 1980/2/11 أشار اليه ذ. محمد الكشور في كتابه قانون الأحوال الشخصية ط 1991 ص 158 . وقرار ع 611 بتاريخ 1983/6/13 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 36/35 ص 135) .

2- القرارات المتناقضة بشأن سكنى الحاضنة :

صرح المجلس الأعلى في قراره الصادر عنه بتاريخ 1984/7/23 بأنه طبقا لمقتضيات الفصل 127 من مدونة الأحوال الشخصية ، فان السكنى هي من مشمولات نفقة الأولاد وحق من حقوقهم، وأن الحاضنة ما دامت ملتصقة بمحضرينها، فهي تسكن معهما بصفتها هاته ، ولا حق لها في التنازل عن حقوق محضرينها ، ولهذا فان المحكمة عندما اعتبرت موافقة الطاعنة على تحديد النفقة والتزامها بالإفراغ يفقدها حقها في السكنى مع أولادها ، وحكمت بافراغها تكون قد خالفت مقتضيات الفصل 127 المذكور وعرضت حكمها للنقض (قرار ع 539 مجلة المحاكم المغربية ع 33 ص 38) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1991/12/19 حيث قضى بأنه لما كان سند بقاء الطاعنة بمنزل مطلقها هو أمر قاضي التوثيق الذي عين لها هذه السكنى لقضائها فيها عدة الطلاق فانه بانتهاء هذه العدة لم يعد هناك ما يبرر بقاءها فيه (قرار ع 3103 في الملف المدني ع 85/381) .

هذا ويظهر أن المجلس الأعلى تراجع عن هذه القاعدة حسب القرار الصادر عنه بتاريخ 2000/10/11 والذي جاء فيه بأنه اذا كانت الحاضنة تستمد شرعية وجودها أثناء عدتها ببيت الزوجية الذي هو في ملك زوجها من الأمر القضائي ، فان بقاءها بمنزل مطلقها باعتبارها حاضنة لمحضرينها الأربع لا يمكن أن يوصف تلقائيا بالإحتلال دون التحقق من أن قاضي التوثيق قد حدد سلفا في أمره بالنفقة مبلغا خاصا بالجرة المسكن للمحضرين أو هيا لمن مسكنا مناسباً لحالته المادية تمشيا مع الأهداف التي توخاها الفقه والقانون في هذا المجال والمحكمة لما قضت بافراغ الحاضنة من المنزل دون التأكد مما ذكر يكون فرارها ناقصا في التعليل يوازي انعدامه (قرار ع 1527 مجلة القضاء والقانون ع 146 ص 119) .

(11) قرارات المجلس الأعلى المتناقضة في مجال القانون التجاري :**1- القرارات المتناقضة بشأن الإعتماد المستندي :**

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1992/4/22 بأن القواعد والعادات الموحدة المشكلة للإطار القانوني والتنظيمي للإعتمادات المستندية، مجردة من صفة الإلزامية ، فيمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها ، ولإلا تكون مكملة لإرادتهم إذا إعتمدوها في عقد الإعتماد وفي خطابه (قرار ع 1090 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 46 ص) ، غير أنه خالف هذه القاعدة وبصفة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 1999/3/10 حيث قضى بأن القواعد والعادات الموحدة للإعتمادات المستندية ، تكتسي صبغة الزامية ، وأنه تماشيا مع هذه القواعد والعادات ، فإن البنك المؤيد للإعتماد المستندي ، يفقد حقه في التمسك بعدم مطابقة المستندات لخطاب الإعتماد ، ويرتب مسؤوليته ما لم يجر فحصها فور تسلمها . يصبح مستحقا للأداء عند الطلب ، بعد تسليم الوثائق المطلوبة وأنه ورد في الحكم المطعون فيه عدم وجود أي مانع مبدئيا من تسديد افتماد المذكور صباح يوم السبت 27 دجبر ولا من ادراجه في الحساب الدائن لكيرش بعدد من الفرنك المغربي يساوي عدد الفرنك الفرنسي ، لأن الشروط التي اشترطها البنك كانت متوفرة آنذاك (قرار ع 74 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 9 س 1 يونيو 1969 ص 12) .

2- القرارات المتناقضة بشأن الكشف الحسابية :

بتاريخ 1980/7/16 قرر المجلس الأعلى من ان القرار المطعون فيه حين استبعد كشف الحساب لعللة انه لا يحمل اي قبول من طرف المدعى عليه ، وانه من صنع المدعية ، يكون من جهة فاسد التعليل ، ومن جهة اخرى خارقا للقانون ومعرضا للنقض (قرار ع 432 س 3 مجلة المحاكم المغربية عدد 43 ص 94 ذكره ذ.مصطفى الوصي، حجية الكشف الحسابية، طبع دار السلام، الرباط 2005 ص 135 وما بعدها) . لكنه وفي قرار آخر صدر عن نفس الغرفة ، اعتبر ان محكمة الموضوع كانت محقة في استبعاد سند الدين ، لما كان هذا السند قاصرا على مجرد كشف الحساب وانه لما كان القرار المطعون فيه قد اعتبر ان الطاعن لم يقدم اي اثبات للدين ، فانه يكون استبعد ضمنيا كشف الحساب مما يجعله غير ملزم بالرد على ما اثاره الطاعن ، وما جاء في حيثيات هذا القرار انه : " في النازلة فان سند الدين الذي هو كشف الحساب لا يقبل كحجة الا اذا اقر الزبون بتوصله به ولم يطعن فيه ، وهو ما ليس متوفرا في النازلة ، ولهذا فان القرار المطعون فيه عندما تأكد له أن الطالب لم يدل بما يثبت دائنيته للمطعون فيه ضده ، يكون قد استبعد ضمنيا العمل بالكشف الحسابية ، فكان عدم الجواب على ما اثاره الطالب غير مؤثر ، وتبقى الوسيلة بدون اساس " (قرار ع 3373 بتاريخ 1993/10/15 مجلة قضاء المجلس الأعلى ع 50/49 ص 19 انظر ايضا مصطفى الوصي م.س ، هامش ص 135) .

(12) القرارات المتناقضة في مجال القانون الجنائي .**1- القرارات المتناقضة بشأن الطعن بالتعرض في الحكم الغيابي :**

قضى المجلس الأعلى بتاريخ 2001/8/29 من أن القرار الصادر عن الغرفة الجنحية غيابيا يكون قابلا للطعن بالتعرض (قرار ع 1287 مجلة المحاكم المغربية ع 97 ص 193) . غير أن المجلس الأعلى خالف هذه القاعدة وبصورة متناقضة معها في القرار الصادر عنه بتاريخ 2002/6/19 حيث قرر من أنه لا وجود في قانون المسطرة الجنائية لأي نص يخول للمتهم حق التعرض على قرارات الغرفة الجنحية التي هي غير ملزمة باستدعاء المتهمين أثناء جلساتها

السرية .ان قرارات هذه الغرفة لا يمكن اعتبارها غيابية ،وبالتالي لا يمكن الطعن فيها بالتعرض (قرار ع 1290 مجلة المحاكم المغربية ع 97 ص 198) .

الخاتمة :

فبعد استعراض مختلف القرارات المتناقضة الصادرة عن المجلس الأعلى ،في مختلف مجالات القوانين ، لا بد من ابداء الملاحظات التالية :

- 1- ان التناقضات بين القرارات الصادرة لم تكن فقط عن غرف المجلس الأعلى المختلفة ،بل كانت صادرة ايضا عن الغرفة الواحدة .
- 2- لوحظ ايضا وجود تناقض بين قرارات صادرة عن غرفتين مجتمعيتين للمجلس الأعلى من جهة والغرفة الواحدة من جهة اخرى ، وايضا بين غرف المجلس الأعلى مجتمعة من جهة والغرفة الواحدة او غرفتين مجتمعيتين من جهة ثانية .
- 3- يلاحظ ايضا ان القرارات المتناقضة في مجال من مجالات القوانين المختلفة والمعروضة أعلاه ، ليست هي كل القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى في هذا الصدد، وانما يمكن اعتبار ذلك فقط على سبيل المثال وليس حصرا لها.ذلك انه من حين لآخر نجد هذه الظاهرة - ظاهرة القرارات المتناقضة - في بعض قرارات المجلس الأعلى ، لا زالت مستمرة في الظهور بالنسبة للمنشور منها ،حتى في الوقت الراهن .
- 4- يبقى كملاحظة اخيرة ،لعلاج هذه الظاهرة ،هو تمكين جميع الغرف كجد ادنى ،من جميع القرارات المتناقضة في القضايا المتشابهة ،مع العمل على التنسيق في ما بينها حتى لا تتكرر هذه الظاهرة ، خاصة وان توفر المجلس الأعلى حاليا على تقنيات حديثة في مجال الإعلاميات أصبحت تمكنه من رصد جميع القرارات الصادرة عنه في رمشة عين ، وتمنكه ايضا من تتبعها وحفظها وايضا التعريف بها بصفة عادية وميسرة لا تكتنفها اية صعوبة .

مفهوم القضاء الاسنعالجي و القضايا الاسنعالجية



فضيلة الأستاذ : الدكتور علي عمار
جامعة تلمسان الجزائر- الشقيقة-

المقدمة :

أبحث عن سمات الإنسان المشرقة تجدها في القاضي النزيه ، البعيد عن مغريات الحياة المتلونة بزخارفها الكاذبة بأباريقها التي لا تدوم إلا للقاضي الواحد الأوحـد جلّ جلاله ، القاضي الذي عرف الناس قدره فقـدروه وقـدروا فيه أن الحق في معتقده كالبر ، خيره عاجله ، وأن العدل المؤجل هو بعض إزهاق حق ، وأن القاضي مع عزيمته وعلمه على موعد مستمر في سبيل ما اعتقد حتى عزّ به وبعلمه وغريمته اللـحاق نحو الأفق ، لا يتردد في أن يصون حرية رأي المواطن ويحميه من تعسف مسئولـي الدولة ومؤسساتها ويفسر النصوص على النحو الذي يجعل القضاء ضمانا وكافلا لهذه الحياة وهذه الحرية إذا تقاعست عنها السلطات الأخرى. قاض باستطاعته تكييف الدعوى بـجـرأة تجاوبا مع ما يملـيه عليه ضميره ، وروح المواطنة الصحيحة المـعتقة من بعض الأنانيات المفرقة طابت نفس المتقاضين بالقرار الطلائعي الصادر عن المحاكم.

القاضي هو يدرك أن الحق و العدل في مفهوميهما المطلق خاصيتان من خصائص الله تعالى ، لا يتصور لهما العيش الطويل المعصوم بين البشر - مهما سمّت النفوس - إلا عن طريق الرموز و الكنايات. فالمنصة للقاضي و الأزياء الاحتفالية والأدوار والصيغ والدرجات والعناوين والشعارات هي كلها مصطلحات ومراسم ومحطات في هذا الطريق الذي يهدف إلى بلوغ الحق ، و الذي يشارك فيه القاضي و المحامي عبر رسالتين ، بل مسيرتين متكاملتين من أجل إدراك الضالة المنشودة ، كان لا مناص للمجتمع في النتيجة أن يرضى مكرها بالعدل السامي تلفظه الشفاه البشرية.

1- سياق الموضوع :

لقد نصت المادة : 187 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي :
« يجوز لرئيس الهيئة المختصة بالقضاء المستعجل ، باتفاق الخصم ، أن يأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق يكون ضروريا للفصل في نزاع يحتمل حصوله ». (1) .

سوف نتناول في دراستنا هذه ركن من أركان اختصاص القضاء الاستعجالي الذي حددته صراحة المادة : 187 من قانون الإجراءات المدنية وللإشارة فإننا لن نتناول أركان صلاحيات القضاء الاستعجالي الأخرى.

كما أننا لن نتناول الاستعجال القضائي كركن من أركان اختصاص رئاسة المحكمة كهيئة للتنفيذ ، ولا الاستعجال القضائي في القانون الإداري ولا الاستعجال القضائي في التدابير المؤقتة فيما يتعلق بالضرائب.

غير أننا دراستنا ستتناول مفهوم الاستعجال القضائي في القضايا المدنية و التجارية.

وعندما نتكلم عن القضايا المدنية إنما نعني بذلك القضايا المرفوعة إما أمام القضاء المدني ، وأما أمام القضاء الجزائي : إذ أن من حق القضاء الاستعجالي ، أن توفر تدابير مؤقتة بشأن دعوى الحقوق الشخصية ولو كانت عالقة أمام محاكم الجزاء.

كما سيتناول بحثنا الاستعجال في القضايا الاستعجالية هذه سواء بث فيها قاضي الأمور الاستعجالية بموجب سلطته الأمرية أو سلطته القضائية.

ولا بد من التذكير في المقام بأن السلطة القضائية يجب أن تتوفر فيها ثلاث شروط نذكر على التو :

- أن يكون متسلم السلطة قاضيا (الجانب المهني).
- أن يقوم بوظيفته بعد دعوة الطرفين (الجانب الأصولي) أصلا.
- أن يفصل نزاعا قائما بين الطرفين (الجانب المادي).

ويمارس قاضي الأمور الاستعجالية سلطته الأمرية عندما يتخذ قرارات بذييل العرائض ، كما هو الحال عندما يتم تعيين خبير لإجراء معاينة تقنية وفق أحكام المادة : 48 من ق.إ.م. أو عندما يعين خبير لإجراء معاينة مادية وبدون وجود نص شريطة أن تتوفر الاستعجالية ، وألا يمس التدبير المطلوب الأساس ، وأن يفقد التدبير المطلوب فائدته إذا أعلم به هو موجه ضله.

وسواء نظر قاضي الأمور الاستعجالية في الدعوى المرفوعة أمامه وفق قواعد الصلاحيات القانونية ، أو بفعل بند صلاحية (Clause Attribution de Compétence) يجب أن يتأكد من توفر شروط اختصاصه ومن ضمنها الاستعجالية. (2) .

وحتى أنه في حالة وجود بند فاسخ ، أو بند إلغاء حكمي ، عليه أن يتأكد من توفر الاستعجالية ليحفظ اختصاصه.

فالاستعجالية هي إذن علة وجود القضاء الاستعجالي ، وهي مقياسه. غير أن الاستعجالية (Urgence) ليست السرعة (Célérité).

فما هي الاستعجالية القضائية إذا ؟

2- مفهوم الاستعجالية :

إن المادة : 187 من قانون الإجراءات المدنية ، وإن أجازت ولوج باب القضاء الاستعجالي في كل تدبير استعجالي ، غير أنها لم تحدد بدقة مفهوم الاستعجالية ، وماذا يقصد بها ؟! مع أن هذا المفهوم يعتبر ذا أهمية بالغة غير أن تحديده يبقى صعب ومعقد للغاية ، ولهذا السبب :

- نلاحظ فقهاء الفقه بفرنسا يشبهون الاستعجالية بالسرعة المنصوص عليها في المادتين : 49 و 72 من قانون الأصول المدنية الفرنسي ويميزها عنها على اعتبار أن السرعة حسب هذين النصين تبرر تقصير المهل وإخضاع الدعوى لأصول موجزة كما جاء صراحة في المادتين : 372 و 391 من الأصول المدنية الفرنسية المعدلة بقانون أول ماي 1938. (فهناك فرق على أن القانون الجزائري يتحدث صراحة عن الاستعجالية ((Urgence) ، وليس عن السرعة). غير أنها تجيز مراجعة القضاء الاستثنائي. (3) .

فالاستعجالية كما يبدو حاملة بالحق على العمل دون مهلة أكثر من السرعة. ومع ذلك تبقى على درجات : فهناك الاستعجالية والاستعجالية القصوى.

ولكن متى يمكن القول بوجود استعجالية ؟!

- تعتمد الأحكام و القرارات للقول بوجود استعجالية التأخير بالث (Retard à Statuer). و الضرر الذي ينتج عن التأخير (Péril en la Demeure). والضرر الذي لا يعوّض (Préjudice Irréparable). غير أن واحد منها يعرف الاستعجالية أو الخطر المداهم الواجب دفعه. (4) .

ومع ذلك يبقى أن القضاء الاستعجالي قد وجد لتلافي البطء الناشئ عن استعمال الأصول العادية ، ويلجأ إليه كلما تكون الأصول العادية عاجزة عن حل النزاع في الوقت المناسب. وعليه يكون للاستعجالية طابع نسبي ، أي أن تفسير مفهومها يكون واسعا أو ضيقا حسب الحالات و حسبما تكون الإجراءات أمام محاكم الموضوع سريعة أو بطيئة بالنسبة لكل محكمة.

وتبدو إذن كالفائدة التي ترجى من تقرير تدبير مؤقت يستحيل الحصول عليه بإفادة وفي الوقت المناسب من محكمة الموضوع بمراجعة عادية.

- ويعود لكل قاضي أمور استعجالية القول ، وفي كل قضية معينة ما إذا كان هناك ضرر بالغ يلحق بالأطراف ويتحملونه من جراء بطء الإجراءات أمام محكمة الموضوع ، مما يؤدي إلى اختلاف الآراء بين القضاة ، اختلافات كبيرة أحيانا ، وذلك نظرا لأهمية سلطات هذا القاضي التقديرية. وإن حرية هذا القاضي في التقدير هي التي وسّعت بلا انقطاع نطاق القضايا الاستعجالية.

- ومهما يكن الحال فإنه يجب التمييز بين السرعة في تقديم الدعوى والاستعجالية التي ليست وليدة تصرفات الأطراف ونتاج همّتهم ، بل وليدة طبيعة القضية.

ونستنتج من ذلك أنه لا يجوز لشخص أن ينشئ بفعله حالة معينة ليستند إليها ويطالب باتخاذ تدبير استعجالي على ضوءها ، لأن مفهوم الاستعجالية يحتل في مثل هذه الحالة.

- ذلك أن تقدير توفر عنصر الاستعجالية يجب أن يتم في الوقت الذي يحكم فيه القاضي الأمور الاستعجالية وليس في الوقت الذي قدّم فيه الطلب.

وعلى كل حال ومهما كانت المقاييس المعتمدة لتعريف الاستعجالية بالمقارنة أو بغيرها من الطرائق ، فإنه يجب أن يكون في التدبير المطلوب صيانة لمصالح مادية ومعنوية مشروعة ، وأن يكون سبب الخطر والاستعجالية في البث ، وأن يكون الضرر أو الخطر طابع مميز.

3- صيانة المصالح المادية و المعنوية المشروعة :

أ- إن المصالح المادية التي يمكن لأصحابها طلب اتخاذ تدابير استعجالية لحمايتها كثيرة و متشعبة ، بل وهي تتعلق بأكثريتها بالمتلكات وخاصة بالنسبة لحماية حقوق الملكية. غير أن البعض منها يتعلق بالحقوق المعنوية كحقوق المؤلفين و الفنانين الذي يمكن أن تستدعي الاستعجالية حمايته بتدابير مؤقتة يتخذها القضاء الاستعجالي.

ب- وزيادة على الممتلكات فهناك مصالح معنوية تفوق أهمية المصالح مثل سلامة جسد المرء و حريته المادية و المعنوية ، وسلامة عمله وحرية معتقده ، وحماية شرفه واعتباره ، والحقوق الناشئة عن الزواج وحقوق الوالدين وكل حق تولده روابط المحبة.

ج- وقد ينشأ الخطر الذي يهدد هذه المصالح المادية والمعنوية ، فجأة كما ينشأ عن فعل الغير بسبب تعارض المصالح و الحقوق ، وأن تضارب المصالح هذا لا يحول دون اختصاص القضاء الاستعجالي لأنه ينفي الاستعجالية. لكنه يضع على بساط البحث ركنا آخر من أركان القضاء الاستعجالي عينا التصدي للأساس.

4- التأخير في الفصل هو سبب الخطر و الاستعجالية :

للحديث عن استعجال ، فإنه يستحيل حسم النزاع وفق الأصول العادية دون ضرر محتم ، لأن سبب الضرر الواجب تلافيه ، هو دائما وعلى الأقل جزئيا ، هويّن القضاء التي لا مفرّ منها ، فلولاها لما كانت دعت الحاجة لإيجاد القضاء الاستعجالي و إجراءاته الاستثنائية. فالاستعجالية تبرز عن المقابلة بين الحقوق و المصالح ، من الخطر الذي يهددها والبطء في المحاكمة العادية.

ويبدو أن هذا المعيار مغريا إلى درجة اعتماده خطأ واعتبار أن البطء في الفصل لوحده كاف لتكوين الاستعجالية كالقرار الذي يعلن مفيدا وعادلا وضع حد لوسائل المثل و التسوية. (5) .

وقد لاحظنا نحن هذا الرأي في كثير من جلسات المحاكم الاستعجالية وسنضرب مثلا على توفر الاستعجالية بسبب كون الحق المطلوب تدبير بشأنه ، ولا يتحمل أي تأخير ، وبسبب كون مراجعة القضاء العادي والخضوع لأصول المحاكمة لديه والبطء في فصل المنازعة من قبله يجعل الضرر محتم الوقوع. وهذا المثل مأخوذ من قضايا استعجالية صادرة عن محاكم استعجالية فصلت في الأمور الاستعجالية.

ويتضح مما تقدم ومن وقائع هذه القضية : أن امرأة طلبت من شركة للدفن نقل جثمان زوجها من ... وإلى ... ثم في آخر لحظة أرسلت برقية إلى نفس الشركة تطلب فيها التوقف عن الشحن. غير أن سيارة الإسعاف كانت

قد انطلقت وسافرت. وعندما وصلت سيارة الإسعاف إلى مكان الإقامة ، رفض مدير الشركة الحريص على مصالحه تسليم النعش لأصحابه مادام أن الفاتورة لم تدفع بحجة منازعتها في القيمة الواردة فيه.

فقاضته الزوجة أمام قاضي الأمور الاستعجالية في مكان الإقامة الذي أمر بالتسليم. (6) .

كما تقدم يتضح أنه على القضاء الاستعجالي ، قبل إصدار قراره ، أن يأخذ بعين الاعتبار مهل المحاكمة أمام قضاء الموضوع.

5- طابع الضرر أو الخطر المميز :

- الحديث عن توفر الاستعجالية ليس أمرا ضروريا أن يكون الضرر قد تحقق فعلا، و يكفي بأن تكون مصالح المدعي أمام القضاء الاستعجالي معرضة للخطر حقا. فالمدعي يسعى إلى تجنب الضرر، فهو يخشى حصوله أو تزايد. كما يجب أن يكون معرضا للخطر لتوفر الاستعجالية. غير أن هذا الخطر يكفي لولادتها سواء نشأ عن حوادث محدقة وداهمه أو حوادث محتملة الوقوع.

- بصفة مبدئية تكون الاستعجالية متوفرة إذا كان أحد الأطراف يتحمل ضررا واقعا فعلا، لأنه يجب أن يمنع تماذي الضرر كي لا يثقل كاهل المتضرر. وهذه حالات الاستعجالية الأكثر حدوثا : مثل قطع المياه و الكهرباء عن شخص أو أشخاص.

أو أن يبني جار بجوار جاره في عقاره فيسد بعض نوافذ مسكن المالك المجاور متابعاً سد النوافذ الأخرى.

- غير أن حصول الضرر وتقدمه لا يزيل الاستعجالية لزوما، إذ يجوز أن يكون الطالب قد تحمل مدة من الزمن المضار التي يتذمر منها أو قبل بها أو كان يجهلها مدة من الزمن ولم يعد بمقدوره تحملها لاشتداد ثقلها مع الزمن.

ومهما يكن فإنه يبقى للقاضي في كل حالة أن يقرر ما إذا كانت الاستعجالية متوفرة أم لا : فاعتبار الاستعجالية متوفرة إذا كان ما يجب إثباته معرضا للزوال ، كأن يستمع إلى شهود بخصوص واقعة معينة يخشى وفاتهم أو سفرهم المفاجئ.

وباعتبار الاستعجالية غير متوفرة إذا طلبت شركة كهرباء مثلاً قطع التيار عن شركة أخرى بحجة رفضها توقيع البوائص طالما أنها أعطتها التيار لمدة سنوات بدون بوائص، أو إذا طلبت جلة مثلاً : ولدت لديها حبة حفيدها فجأة ، تسليمه إليها بعد أن تركته لمدة سنوات. (7) .

- وإذا كان الضرر كافيا لتكوين الاستعجالية لكن يجب أن يوجد حقا فيرفض قاضي الأمور الاستعجالية إقرار الاستعجالية إذا لم يكن هناك ما يهدد، وكان بالإمكان الحصول على قرار سريع من محكمة الموضوع. كأن يطلب أحد المساهمين في شهر ماي دعوة جمعية عامة لعقد جلسة أو مؤتمر، مع أن الجمعية العامة دعيت لعقد جلسة في أبريل من السنة نفسها.

أو كأن يطلب تعيين حارس قضائي لمؤسسة تجارية تابعة لشركة عندما يكون موضوع النزاع معروضا على قاضي التأسيس أو الأساس بعد مدة قصيرة من الزمن.

- وإذا كان التعرض للخطر يجعل الطلب مقبولا لدى القضاء الاستعجالي إلا أن التدبير المطلوب يجب أن يكون ناجعا كي يقرر.

ومجمل الحديث بالقول بتوفر الاستعجالية يكفي أن تخرق الحقوق والمصالح المشروعة، أو ينال منها أو أن تعرض للخرق و النيل قبل أن تتمكن محاكم الموضوع المختصة من تقرير تدابير الحماية اللازمة.

6- التدابير المؤقتة في المواضيع المختلفة :

- يعود للقضاء الاستعجالي في مثل هذه الحالات اتخاذ التدابير المؤقتة المختلفة في القضايا العقارية وتنفيذ العقود إلخ ... ولذلك يجب على القاضي في جميع هذه الحالات أن يثبت في حكمه توفر عنصر الاستعجالية، كما هي الحال مثلا عند تعيين خبير قضائي، أو عند الحكم بإخلاء شاغل عقار، أو شاغل بعد حلول أجل عقد عمله، أو في حال وجود نص إلغاء حكمي، أو عندما يقرر إخلاء عقار يهدد بالانهيار، لأن تدبيره مؤقت، ولا يمس الحق بالإيجار أو التعويض. هذا وأن قرار الحفاظ القضائي بالهدم كافيا لإثبات الاستعجالية، بل من حقه تقرير الهدم. (8) .

وقد اعتبر البعض أن نص الصلاحية يعفي من إثبات توفر الاستعجالية ما لم تكن هناك منازعة جدية.

ولا نعتقد أن هؤلاء البعض محق فيما ذهب إليه، لأن صلاحية القضاء الاستعجالي صلاحية مطلقة تتعلق بالتنظيم القضائي وبالتالي بالنظام العام، ولا يجوز للأطراف مخالفة قواعد الصلاحية المطلقة، وإذا خالفوها في اتفاقاتهم وجب ألا يتقيد القاضي بها، وعليه إعلان عدم اختصاصه ما لم تكن شروط اختصاصه المنصوص عليها في المادة: 187 من قانون الإجراءات المدنية متوفرة و الاستعجالية من ضمنها.

وخلافا لما تقدم اتجهت بعض القرارات إلى القول بوجوب توفر استعجالية قصوى وماسة حتى يجوز للقضاء الاستعجالي التدخل (قرارات المحكمة العليا). (9) .

وقد اتجهنا نحن هذا الاتجاه فيما يتعلق بحق المرور لعقار محاط.

إلا أن محكمة التمييز الفرنسية قد تخلت عن مثل هذا الشرط واتبعتها في ذلك المحاكم الدنيا.

- وعلى العكس من ذلك عندما يبدو لقاضي الأمور الاستعجالية أن الاستعجالية غير متوفرة عليه أن يعلن عدم اختصاصه تلقائيا.

- هذا بالنسبة للقضايا المدنية. أما في القضايا التجارية ، فإن المبادئ التي سبق ذكرها إنما تطبق هنا. وتطبيقاتها خصبة في قضايا الشركات و الحراسة و الخبرة و لمهجر...

غير أن الاستعجالية في قضايا الشركة إنما تقدر ليس بالنسبة لشخص المدعي بل بالنسبة للشخص المعنوي الذي هو الشركة، بمعنى أنها معروضة لضرر أكيد ومحقق، وأن المحاكم تتوسع أصلا في تحديد مفهومه إذ أن التدابير هنا هي مثال التدابير الاحتياطية.

- بقي أن نستعرض الاستعجالية ونص الإلغاء ووسائل التسوية وحتى الملكية و التدابير الكيفية و تقدير القاضي المطلق لتوفر الاستعجالية ورقابة محكمة التمييز، وآثار الاستعجالية لجهة تعديل الصلاحية، ولجهة وصف هذه الصلاحية، ولجهة استمرار صلاحية القضاء الاستعجالي رغم مراجعة محكمة الأساس.

7- نص الإلغاء ووسائل التسوية :

- اتجهت بعض الآراء إلى القول بأنه من حق القضاء الاستعجالي، بل من واجبه وضع حد لوسائل المثل و التسوية، إذا كان من يدلي بها لا يملك أي حق أو مستند، وأنه لا حاجة في مثل هذه الحالات ليتثبت القضاء الاستعجالي من وجود الاستعجالية، كالحالة التي يشغل فيها شخص ملك غيره دون حق أو مستند، وعند إقامة الدعوى عليه، يدلي بعدم صلاحية القضاء الاستعجالي لإخراجه. فالأدلاء إذن بعدم الصلاحية ليس سوى وسيلة تسوية و الأخذ بمثل هذا الدفع يعتبر مكافأة لسوء النية. (10) .

وقد أخذ البعض بهذا الرأي إلى حد القول أن جميع التدابير المؤقتة هي تدابير استعجالية بطبيعتها.

غير أن هذا لا يكفي باعتقادنا للحكم بالإخلاء، ويجب على قاضي الأمور الاستعجالية أن يثبت في حكمه توفر الاستعجالية، وهي المثل الذي ضربنا متوفرة، لأنها وليدة طبيعة الأشغال، بمعنى أن الاستعجالية يمكن أن تكون وليدة النزاع المعروض على قاضي الاستعجالية.

- أما إذا كان بين المتعاقدين نص إلغاء حكمي في العقد يعفي من الإنذار ومن مراجعة القضاء، فإن النص يجعل العقد ملغيا بفعل إرادة المتعاقدين. غير أنه لا يعفي القضاء الاستعجالي من التثبت من وجود استعجالية، وذكر ذلك في حكمه.

8- حل الملكية و التدابير الكيفية :

- إن المحاكم العادية، هي حامية الملكية الفردية، ولذلك نرى يوميا قرارات تصدر تقضي بإخراج أشخاص من مساكن يشغلونها دون حق ودون سند، أو أن الأجل الممنوح لهم لأشغالها قد انتهى ، أو أن العقد مبرر الأشغال قد ألغي بفعل نص إلغاء حكمي (أن هذا النص الذي يعفي من مراجعة القضاء صحيح في اعتقادنا، ويعود للقضاء الاستعجالي أن يقرر الإخلاء إذا كان المالك مثلا أرسل إنذارا، وانقضت مهلة المدة القانونية المنصوص عليها في القوانين الاستثنائية إذا كان عقد الإيجار يخضع لأحكام هذه القوانين. غير أن الإعفاء من إرسال الإنذار في ظل أحكام القوانين الاستثنائية باطل).

وذلك لأن الاستعجالية متوفرة في مثل هذه القضايا، فإبقاء الشاغل دون حق يحول دون استعادة المالك حرية التصرف بملكه واستعماله مما يلحق به ضررا لا يعوض.

- وعلى العكس من ذلك تتوفر الاستعجالية في الحالات التي يجب فيها احترام الأوضاع الهادئة، ولو كانت أوضاعا واقعية وليست أوضاعا واقعية وليست أوضاعا قانونية، لأنه لا يجوز للمرء أن يستوفي حقه بذاته ويخرج مثلا شاغلا من ملكه يشغله بدون سند أو حق. وفي مثل هذه الحالات يستوجب إعادة الوضع إلى ما كان عليه. على أن يبقى لصاحب الحق بعد ذلك أن يراجع القضاء الاستعجالي، ويطلب إخلاء الشاغل بدون سند أو حق.

وبعبارة أخرى يجب إعادة الوضع إلى ما كان عليه إذا كان الشاغل صاحب حق أو حامل سند.

ويعود للقضاء الاستعجالي مثل هذا الحق أيضا فيما يخص علامات الفبركة وحق الملكية الأدبية و الفنية إلخ ...

- وزيادة على ذلك، فإن العنف يولد الاستعجالية. وذلك لأنه لا يعود لأي إنسان أن يستوفي حقه بالذات سواء استوفى هذا الحق بالاستعمال العنف أو دون استعماله، شريطة أن تصرفه تصرفا كيفيا (Voie de Fait) ، إذ من واجب القضاء الاستعجالي أن يضع حدا للتصرفات الكيفية، ولو صدرت عن السلطات الإدارية نفسها بغية إقرار السلام والإبقاء على الأوضاع الهادئة. (11) .

وبصفة عامة كل مرة يخرق حق الملكية أو تخرق الحريات الفردية أو وضع هادئ ، ولو كان وضعاً واقعياً، سواء كان الخرق بطريقة الإكراه أو بطريقة غير مشروعة كالتدابير الكيفية تكون الاستعجالية متوفرة، ويكون القضاء الاستعجالي صالحاً لاتخاذ تدابير من شأنها حماية هذه الحقوق و الأوضاع واحترامها.

9- تقدير قاضي الاستعجالية المطلق لتوفر الاستعجالية ورقابة محكمة التمييز :

الاستعجالية مفهوم نسبي، يتكلم القاضي على أركان القضية ويلحظ أن خطراً ما يهدد مصالح أحد الأطراف، ثم يستخلص طابع الاستعجالية لاتخاذ قراره.

بعبارة أخرى، فإن القاضي يقدر الواقع المعروض عليه ويصف التدابير المطلوبة. إن هذا الوصف يجب أصلاً، أن يخضع لرقابة محكمة التمييز، لأنه تحديد للاستعجالية. فلا شك أن هذا التحديد معقد ومختلط بظروف القضية المفصلة ، لكن تبقى له صفة التحديد، أو ليس من واجب المحكمة العليا أن تسهر على ألا يعلن القضاة توفر الاستعجالية إلا في الحالات التي تتوفر فيها فعلاً ؟!

لكن ما هي القاعدة القانونية التي تمكنها من رقابة هذا التقدير ؟

فإذا كانت المسألة تتعلق بتطبيق مفهوم من المفاهيم الغامضة غير الدقيقة تتصرف المحكمة العليا بحكمة وتبصر، إذ تقيم قرينة على صحة تقديرات قضاة الأساس وتتجنب بذلك نقد الوصف الذي اعتمده نظراً لكونهم عرفوا الوقائع بشكل مباشر خلافاً لما هو وضعها. وهذا يعني أنها في هذه الحالات مع احتفاظها بمبدأ رقابتها تكثرت طلبات النقض. لأن الاستعجالية هي دوماً وبطبيعتها ممزوجة بتقدير شخصي، لفقدان المعيار الموضوعي لتحديد، ولأن مفهوم الاستعجالية محصور بكل قضية ولا ينفصل عن وقائعها الخاصة. وعليه تعتبر محكمة التمييز أن تقدير توفر الاستعجالية خاضع لسلطان محاكم الأساس المطلق.

ولعل مرد ذلك هو أن مسألة الاستعجالية يخلط فيها الواقع و القانون وأن مثل هذه العوامل لا تقبل أمام محكمة التمييز، ويجب أن تكون مسألة عدم توفر الاستعجالية قد عرضت على محكمة الاستئناف ، ويتوجب على هذه المحكمة أن تتأكد من توفرها في حكمها. فإن لم تعلن توفر الاستعجالية ، فإنها لا تكون قد بينت أركان اختصاصها، ويحق لمحكمة التمييز في مثل هذه الحالات إجراء رقابتها.

10- آثار الاستعجالية لتعديل الصلاحية :

- إذا توفرت الاستعجالية في مكان ما ، يمكن أن تعطي قاضي هذا المكان صلاحية النظر في التدبير المطلوب، أو التدبير المطلوب تعديله عوضاً عن قاضي مقام المدعى عليه.

وإنه لو اتفق الطرفان في العقد على إعطاء الصلاحية لغير قاض، فإنه يبقى لقاضي المكان واجب اتخاذ التدبير فيه صلاحية اتخاذ التدبير.

- هذا وإن توفر الاستعجالية يضيفي على الصلاحية صفة الصلاحية المتعلقة بالنظام العام، بمعنى أنه إذا كانت الاستعجالية متوفرة يصبح قاضي الأمور الاستعجالية صالحا ويمتنع على الأطراف أن يتراجعوا عن حق مراجعته. إذ أن صلاحيته تتعلق بالنظام العام حتى مع وجود نص الصلاحية، أو وجود نص تحكيمي.
- 11- استمرار صلاحية القضاء الاستعجالي رغم مراجعة محكمة الأساس :**

أصلا اعتبرت بعض المحاكم ، أنه منذ وضع قضاة الأساس يدهم على النزاع ترتفع يد القضاء الاستعجالي. إلا أن الرأي السائد حاليا هو أن مراجعة محكمة الأساس لا تنفي اختصاص القضاء الاستعجالي ، إذا كانت شروط اختصاصه المنصوص عليها في المادة : 187 ق. ن.إ.م. هذا ولا يمكن الحديث بسبق ادعاء لاختلاف الموضوع بين الدعوى لدى قضاة الأساس و القضاء المستعجل.

كما أنه لا ترتفع يد القضاء المستعجل إلا إذا أصبحت الدعوى أمام محكمة الاستئناف حتى ولو كانت الدعوى الاستعجالية مرفوعة أمام القضاء الاستعجالي قبل استئناف دعوى الأساس ، أي أن قاضي الأمور الاستعجالية يبقى صالحا إذا كانت الدعوى رفعت إليه قبل وضع محكمة الاستئناف يدها على دعوى الأساس. (12) .

12- الخلاصة :

أشارت محكمة استئناف إفريقيا الاستوائية الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 1948/04/07 : « إن الاستعجالية تبتدئ حيث يقف حق فريق ويخرق حق فريق آخر، وتنشأ ضرورة ملحة لوضع حد لهذا الخرق ».

إن هذا المفهوم واسع وضيق بأن واحد : إذ أن حصر الاستعجالية في الحالة التي تكون فيها الحق قد خرق يحّد كثيرا من نطاقها ، إن يمكن القول بوجود استعجالية كل مرة تجب المحافظة على أوضاع واقعية ، أو قانونية هادئة ، وكل مرة يجب دفع خطر محقق غير أن قاضي الأمور الاستعجالية غالبا ما يكون غير صالح للقول أين يبتدئ وينتهي حق ما.

فهو يلحظ وجود وضع هادئ أو مصلحة مشروعة - أو حق معين ويتأكد من أن خطرا يحق بها أو بأحدها وأنه من شأن اتباع الأصول العادية الأضرار بها، ويستخلص صفة الاستعجالية بالنسبة للتدبير المطلوب اتخاذه وبالنسبة للقرار الذي يتخذه.

وإذا كان قد استحال علينا تحديد مفهوم الاستعجالية ، يمكننا أن نختتم حديثنا بالقول أن سببها الدائم هو تطويل المحاكمات الذي لا مناص منه وتفترض قيام خطر ناتج عن ظروف القضية يتفاقم بسبب بطء إجراءات المحاكمة ، أو كامن في الضرر الذي يمكن لمهل المحاكمة العادية أن تلحقه بالمصالح المشروعة العادية والمعنوية.

مراجع البحث :

- 1- أ/سائح سنفوقه - قانون الإجراءات المدنية - ط/1 - دار الهدى 2001 الجزائر.
- 2- د. الغوثي بن ملح - القانون القضائي الجزائري - ط/2 - د.و.أ.ت 2000 الجزائر.
- 3 - د. محمد حسين - طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ط/2 - د.م.ج 1990 - الجزائر.
- 4 - د. الغوثي بن ملح - قواعد وطرق الإثبات - ط/1 - د. و.أ. ت 2001 - الجزائر.
- 5- قرار المحكمة العليا رقم 51263 بتاريخ : 1989/04/30.
- 6- المجلة القضائية عدد (04) 1991 - ص 141.

7-Vasseur : Urgence et droit civil in Revu. trim. . de Dr .civ.

1954 - 405.

8-Francis : Essai sur la notion d'urgence et de provision

dans la procédure de Référé (Thèse Toulouse 1935).

9-Michaud : La notion d'urgence en droit Judiciaire (Thèse Paris 1944).

10-Roubier : Théorie Générale du droit édit , 1951 . P .326

et 117.11-Gabolde : Essai sur le notion d'urgence en

administratifs (thèse paris - 12 1951Revue trim. . de droit civil , 1950 suivi. 1951

دراسة بعنوان : الزكاة و الضريبة



فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد ولد الداه ولد عبد القادر

أستاذ مكلف بالتدريس بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية

بجامعة نواكشوط و بالمدرسة الوطنية للإدارة والصحافة والقضاء

البريد الإلكتروني : mohamed_dah@yahoo.fr

يرى بعض المفكرين الاقتصاديين¹ أن الزكاة نوع من أنواع الضرائب مبررين ذلك بتشابه الزكاة والضريبة في المفهوم والأهداف ؛ فهل تكفي عناصر التوافق في المكونات والأركان للقول بأن الزكاة ضريبة ؟ اذا كانت الزكاة تشترك مع الضريبة في خصائص مشتركة فإنها تختلف معها في العديد من الفوارق الجوهرية ؛ فما هي أوجه الاختلاف والتشابه بين المفهومين؟

تعرف الضريبة حديثا بأنها:"أداء نقدي يؤخذ من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، من القانون الخاص وأيضاً القانون العام، حسب قدراتهم التكاليفية، عن طريق السلطة، بصفة نهائية ودون مقابل معين، بهدف تغطية التحويلات العامة أو لأهداف تدخل السلطة العامة"².

والزكاة لغة : مصدر من فعل زكا، وزكا الشيء إذا نما وزاد، وزكا فلان إذا صلح . فالزكاة بهذا المعنى هي : البركة والنماء، والطهارة والصلاح.

1 عرف يوسف القرضاوي الزكاة بأنها : ضريبة وعبادة معاً، هي ضريبة لأنها حق مالي معلوم تشرف عليه الدولة، وتأخذها كرهاً إن لم تؤد طوعاً، وتنفق حصيلتها في تحقيق أهداف تعود على المجتمع بالخير. موقع القرضاوي، آخر تحديث: 00:00 (مكة) الاثنين 20 شوال 1423 هـ - 23/12/2002م <http://www.qaradawi.net/library/68/3559.html>، تم الولوج إليه: 2013/7/27 ، غير أن هذا التعريق لا ينطبق على موريتانيا التي تترك لمواطنيها كامل الحرية في اخراج زكواتهم .

2. Lucien mehel et Pierre Beltrame: Science et Technique Fiscales; PUF; 1984. P.77

والزكاة شرعا : تطلق على الحصة المقدرة من المال التي فرضها الله للمستحقين. كما تطلق على إخراج هذه الحصة.¹

والزكاة اصطلاحا : واجب في مال خاص لطائفة مخصوصة في وقت مخصوص.²

ويعرفها البعض بأنها: "فريضة مالية تقتطعها الدولة أو من ينوب عنها من الأشخاص العموميين ،أو الأفراد قسرا، وبصفة نهائية، ودون أن يقابلها نفع معين . تفرضها الدولة وفقا للمقدرة التكاليفية للممول، وتستخدمها في تغطية نفقات المصارف الثمانية المحددة في القرآن الكريم، والوفاء بمقتضيات السياسة المالية العامة الإسلامية"³.

وعرف البعض الآخر⁴ الزكاة بأنها: ركن من أركان الإسلام وشعيرة من شعائره التعبدية، إلا أن لها طابعا متميزا يتمثل في كونها بالإضافة إلى ذلك ، وظيفة مالية. وستتناول أوجه التشابه مابين الزكاة والضريبة (أولا) على أن نتطرق لأوجه الاختلاف والتباين (ثانيا).

أولا : أوجه التشابه بين الزكاة والضريبة :

تشارك الزكاة مع الضريبة في بعض الخصائص كالإلزامية والعمومية و الاهداف .

1- التكليف والإجبار : تؤدي كل من الزكاة والضريبة جبرا إن لم تدفعا طوعية من طرف الملزمين بهما . فالزكاة ركن من أركان الإسلام ، لذا فإنه يُقاتل من يرفض أدائها .

....عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا رضي الله عنه إلى اليمن ،فقال : "ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله ، فإنهم أطاعوا لذلك ، فأعلمهم أن الله قد افترض خمس صلوات في كل يوم وليلة ،فإنهم أطاعوا لذلك ،فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم ، تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم " . (الحديث 1395)⁵.

...عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : لما توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أبو بكر رضي الله عنه، وكفر من كفر من العرب ، فقال عمر رضي الله عنه : كيف تقاتل الناس وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فمن قالها فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله ؟

1 للمزيد انظر : يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، مكتبة وهبة، الجزء الأول، الطبعة الخامسة والعشرون، 2006، ص، 55.

2 تهذيب سير أعلام النبلاء ، تصنيف : الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت748) مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1412 هـ - 1991 م . مذكور في : رجاء بنت صالح باسودان : الزكاة والضريبة :

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4092>،

أضيف في 1433/02/11 الموافق 05/01/2012 - 12:37 م تم الولوج اليه بتاريخ 2013/8/ 1 . ص 5.

3 د.غازي عناية : الاقتصاد الإسلامي، الزكاة و الضريبة دراسة مقارنة، دار إحياء العلوم بيروت، الطبعة، الأولى، 1995، ص، 21.

4 الدكتور. عبد المجيد قدي : الزكاة من منظور اقتصادي ،رسالة المجد العدد الثاني رجب 1424 هـ /سبتمبر 2003 م، ص، 47 .

5 الإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري : صحيح البخاري ، 24 كتاب الزكاة ، باب وجوب الزكاة ، المجلد الأول ، أديسوفت ،الدار البيضاء ، ، 2003 ، ص 339.

"(الحديث 1399) فقال : والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة ، فإن الزكاة حق المال ، والله لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم على منعها .

. قال عمر رضى الله عنه : فوالله ما هو إلا أن قد شرح الله صدر أبى بكر رضى الله عنه ، فعرفت أنه الحق 1. (الحديث 1400)

2 - مسئولية السلطة : تتولى الدولة 2 بما لها من سيادة مهمة تحصيل كل من الزكاة والضريبة وتشرف على انفاقهما.

3 - الأهداف : لكل من الزكاة والضريبة أغراض مالية واجتماعية و اقتصادية 3.

4 - انعدام المقابل : تتفق الزكاة والضريبة في انعدام المقابل المباشر لدى دفعهما .

5 - الوعاء : أخذت الشريعة الإسلامية بالنظام النوعى أى نظام الأوعية المتعددة ، فقد عرف الإسلام الزكاة على رأس المال كما فى السائمة من بهيمة الأنعام ، والزكاة على الدخل كما فى الخارج من الأرض ، والزكاة على الرؤوس كما فى زكاة الفطر 4. فى حين عرف النظام الضريبي نفس النظام مع اختلاف أن الشريعة الإسلامية لم تفرض الضرائب على الاستهلاك .

ثانيا : أوجه الاختلاف بين الزكاة والضريبة :

1- من حيث مصدر التشريع : مصدر التشريع فى الزكاة هو المولى سبحانه وتعالى ، يقول سبحانه وتعالى فى كتابه الكريم : {خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} 5 { 5 وقوله تعالى {وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة } 6 .

وقد تولت السنة النبوية تحديد الأموال التي تجب فيها و أوعيتها ومقاديرها . فهي عبادة مالية 7 أي علاقة بين المسلم وربّه، لا يكتمل إسلام المسلم إلا بها.

1 الإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري : صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ص 340.

2 حتى الآن لا تتولى الدولة الموريتانية تحصيل الزكاة بل تترك للفرد حيرة إخراج زكاته وتوزيعها .

3 الأستاذ الدكتور. عصام عبد الهادي أبو النصر :العلاقة بين الزكاة و الضريبة ، دراسة منشورة على الانترنت www.google.com/#output=search&scient=psy ، تم الولوج إليه بتاريخ 2013/8/ 1 . ص،2.

4 رجاء بنت صالح باسودان ، مرجع سابق ، ص،8.

5 سورة التوبة الآية 103.

6 سورة البقرة الآية 43 .

7 غازي عناية : الاقتصاد الإسلامي، الزكاة و الضريبة ، م،س،ص،13.

في حين أن أساس الالتزام بالنسبة للضريبة دنيوي أي أنها قرار "مقنن"، وبذلك يكون الالتزام بها نوع من الولاء للقانون مما يرتب عقوبات على الممتلص من أدائها محددة بقانون 1 ويمكن تغيير أوعيتها وإلغائها من مصدر تشريعها البشري .

2 - من حيث طبيعة كل منهما : الزكاة عبادة تمثل الدعيمة الثالثة من دعائم الإسلام الخمسة ،وقنطرتة التي يقاتل عليها الممتنع والتي تضمن التكافل بين الناس وتيسر حركة انتقال الاموال لكي لا يكون دولة بين الأغنياء 2. أما الضريبة فهي التزام مدني محض خال من كل معاني العبادة والتقرب إلى الله 3.

3 - من حيث الملزمين بها : بما أن الزكاة عبادة فهي لا تجب إلا على المسلم الذي تتوفر في ماله شروط معينة .بخلاف الضريبة التي تفرض على المسلم وغير المسلم 4.

4 - من حيث الثبات والاستمرار : تتسم الزكاة بالثبات والاستقرار من مكان لآخر بسبب مصدرها السماوي ولا يمكن أن تخضع لتقنين التعديل والتبديل أو للإلغاء عكس الضريبة التي يمكن أن تخضع للتعديل أو الإلغاء تبعاً لأهواء السلطة ومكاسبها 5.

5 - من حيث طبيعة الأموال المضربة : لا تجب الزكاة إلا في الاموال الحلال متى توافرت فيها الشروط الموجبة لها ،بينما لا تفرق الضريبة بين المال الحلال والخبيث فكلاهما يتم تضريبه 6.

6 - من حيث السعر : سعر الزكاة نسبي أما سعر الضريبة فغالبا ما يكون تصاعديا 7.

7- عدم سقوط الزكاة بالتقادم : لا يجوز بحال من الأحوال إلغاء الزكاة ، لأنها وإن كانت فريضة مالية ، تعتبر في الوقت نفسه ركنا من أركان الدين الإسلامي 8. الزم الخليفة عمر بن الخطاب "رضي الله عنه" المكلفين زكاة عامين عامين مضيا بسبب الرمادة 9. ويقول ابن حزم : "من اجتمع في ماله زكاتان فصاعدا وهو حي تؤدي لكل سنة على عدد ما وجبت عليه في كل عام ، وسواء كان ذلك لهروبه بماله ، أو لتأخر الساعي أو لجهله ، وسواء في ذلك العين

1 عبد الإله السويلمي : نشأة الضريبة الإسلامية في عهد النبوة، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2006/2007، ص، 72.

2 يحيى بن البراء : الفقه والمجتمع والسلطة، المعهد الموريتاني للبحث العلمي، الطبعة الأولى، 1994، ص، 109.

3 عصام عبد الهادي أبو النصر : م، س، ذ، ص، 2.

4 نفس المرجع ، ص، 3.

5 غازي عناية : المالية العامة والنظام المالي الاسلامي - دراسة مقارنة - دار الجيل، الطبعة الأولى ، 1990 ، بيروت، ص، 355.

6 عصام عبد الهادي أبو النصر ، م، س، ذ، ص، 3.

7 نفس المرجع نفس الصفحة .

8 صباح نعوش: الضرائب في الدول العربية، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، الطبعة الاولى، 1987، ص، 207.

9 غازي عناية : المالية العامة ، م، س، ذ، ص، 588.

والحرث والماشية . وسواء أتت الزكاة على جميع ماله أو لم تأت ، وسواء رجع ماله بعد أخذ الزكاة منه الى ما لا زكاة فيه أو لم يرجع الزكاة "1. في حين يمكن للدولة إلغاء أي ضريبة من ضرائبها متى دعت الضرورة إلى ذلك"2.

8- من حيث جزاء مانعها : الأصل في الزكاة أن يعطيها المسلم مؤتجراً، أي طالباً الأجر والبركة، ويقدمها طواعية، ولا يتهرب من أدائها ويرى أنه يرتكب إثماً في هذا التهرب . بينما الملزم بالضريبة يؤديها امتثالاً لأمر الحاكم قهراً ورهبة ، ومهما بلغت درجة المواطنة الجبائية لديه، فهو يشك دائماً في عدالة الجهاز الضريبي، ويعتبر ما يدفعه مجرد "إتاوة" ترغمه الفئة الحاكمة على أدائها: لذلك فهو لا يتردد في التهرب من أدائها ، ولا يرى أي إثم في هذا التهرب3. وبذلك يكون يكون جزاء مانع الزكاة أخروي وديني في حين يقتصر جزاء المتهرب من الضريبة على الجزاء الديني .

9- تحديد سبيل الإنفاق : حددت أوجه مصارف الزكاة من قبل القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع، قال تعالى **4Erreur ! Signet non défini.** في حين أن مصارف الضريبة غير محددة، فهي توجه من قبل الدولة لتغطية لتغطية أوجه الإنفاق العام5.

10- الدخول المضربة : تفرض الزكاة على الدخول وعلى رأس المال في حين أن الضريبة إما أن تكون على الدخل أو على رأس المال، كما أن الزكاة تتكون من وجهين أولهما إيرادي وثانيهما إنفاقي أما الضريبة فوجهها وحيد وهو إيرادي فقط6.

واستناداً إلى ما تقدم، يتضح لنا أن الزكاة ليست ضريبة، ولا ينبغي لها أن تكون ضريبة، لأنها تتناول معان تقتصر عن تناولها الضريبة، سواء بمعانيها المعاصرة أو القديمة. وإنما هي فريضة إلهية، وعبادة مالية، وركن من أركان الإسلام ، وحكمها حكم أركان الإسلام، ولا تتحقق معالم الإيمان إلا بتأديتها، لمؤديها الثواب والأجر من الله ولجأها القتل والعذاب وللمتهرب المسلم من دفعها الإجماع عليها حتى ولو بمحاربته7.

تتولى جل الدول الإسلامية تحصيل الزكاة ذلك أن قيام الدولة بجمع الزكاة يمكن من الموازنة بين الأصناف الثمانية وتقدير حاجات كل صنف، وهكذا تستطيع الزكاة أن تفعل فعلها في سد ثغرات المجتمع8.

يمكن للزكاة أن تلعب دوراً أساسياً في القضاء على مخلفات الرق (ذوي الرقاب سابقاً) فهل تخوض الدولة الموريتانية تلك التجربة ؟

1 يوسف القرضاوي : مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام ، ص، 76. مذكور في غازي عناية ، المالية العامة ...، م، س، ذ، ص، ص، 588 - 589.

2 صباح نعوش، م، س، ص، 207.

3 عبد الإله السويلمي : م، س، ص، 74.

4 سورة التوبة الآية 60.

5 غازي عناية : الاقتصاد الإسلامي، الزكاة والضريبة م، س، ص، 46.

6 صباح نعوش، م، س، ص، 207.

7 غازي عناية : الاقتصاد الإسلامي، الزكاة والضريبة م، س، ص، 48.

8 عبد المجيد قدي : م ، ، ذ، ص، 47.

خصوصية المصالحة الجمركية عن الصلح المدني والجناحي



كريم الصبوني: إطار إداري وباحث جامعي

بصف الدكتوراه : كلية الحقوق طنجة

مقدمة :

تملك إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة صلاحية تحريك الدعوى العمومية وممارستها، من أجل أن يتم صدور حكم قضائي من الجهات القضائية، وذلك لكي يتم معاقبة المخالف طبقا للقانون، وأيضا من أجل استيفاء حقوق إدارة الجمارك. غير أنه بالنظر لكثرة المخالفين، وارتكابهم لعدد كبير من الجرائم الجمركية، نجد أن المحاكم تعاني من اكتظاظ في عدد القضايا الجمركية المسجلة يوميا، هذا فضلا عن الإجراءات المطولة التي تأخذها القضية، مما يجعل إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة في حالة انتظار لاستفاء حقوقها لذا خول لها المشرع صلاحية فض النزاعات الناتجة عن خرق القوانين والأنظمة في الميدان الجمركي، عن طريق إبرام عقد مصالحة مع المخالفين لهاته التشريعات.

وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصول من 273 إلى 277 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة¹، التي تنص على أن لإدارة الجمارك حق التصالح مع الأشخاص المتابعين من أجل الجرائم المرتكبة في هذا الشأن.

ويمكن القول أن المشرع قد سلك نهج أغلب التشريعات الدولية في المجال الجمركي التي تقر بالمصالحة، وذلك من أجل تخفيف العبء على الجهات القضائية، ومن جهة ثانية ترخص لإدارة الجمارك تسوية منازعاتها واستفاء حقوقها في أقصر وقت ممكن، ومن جهة ثالثة فإن المرتكب للجريمة يكون قد افلت من العقاب الجزائي بانقضاء الدعوى العمومية.

وتعتبر المصالحة الجمركية إحدى أهم التقنيات القانونية المعتمدة لسقوط حق المتابعة والزجر، بالإضافة إلى تقادم الدعوى العمومية، أو إلغاء القانون، وموت المتهم، حيث نص المشرع الجنائي على إمكانية جواز المصالحة إذا تم إقرارها بنصوص خاصة ومن النصوص الخاصة ما قلنا سابقا، نصوص مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

¹ مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المصادق عليها بالظهير الشريف رقم 1-77-339 بتاريخ 25 شوال 1397 (9 أكتوبر 1977)، كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 99-02 المصادق عليه بالظهير الشريف رقم 1-00-222 بتاريخ 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4804 وتاريخ 2000/06/15.

إن الممارسة العملية لمسطرة المصالحة تؤكد على أنها عمل إجرائي تترتب عليه آثار بقوة القانون، لا يتحقق إلا بعد وقوع الجريمة ويؤدي إلى انقضاء الخصومة، سواء قبل رفع دعوى أو بعدها، بل حتى بعد صدور الحكم النهائي، وتملك فيه إدارة الجمارك سلطة تقديرية واسعة لا تخضع لأي رقابة سواء منها القضائية أو الإدارية.

على مستوى آخر تندرج المصالحة الجمركية ضمن ما يمكن تسميته ببدايل الزجر الجنائي، باعتبارها مؤسسة قانونية تهدف إلى الحل الرضائي للمنازعة الجمركية بصفة خاصة، وسقوط حق الدولة في العقاب بصفة عامة. مما قد يجعلها تختلط مع مجموعة أخرى من المؤسسات التي تهدف إلى نفس الغايات أو تتوفر على نفس الخصائص. وبالتالي فهي قد تختلط مع مجموعة من المساطر القانونية التي تشترك معها في الأثر المترتب عنها ألا وهو إنهاء المنازعة بالطريق التوافقي، وهذا ما يجعل من المصالحة الجمركية مسطرة بديلة للزجر بسمات متميزة، وهذه المؤسسات هي الصلح المدني، والصلح الجنائي.

لكن قبل التطرق لخصوصية المصالحة الجمركية عن الصلح المدني والجنائي فإننا سوف نتطرق لمفهوم المصالحة الجمركية وخصائصها :

المبحث الأول : مفهوم المصالحة الجمركية وخصائصها :

المطلب الأول : تعريف المصالحة الجمركية¹ :

يقصد بالمصالحة لغة : السلم وهي خلاف المخاصمة يقال : صلح الشيء بعد فساد أقالمه، وأصلح فصلحت، والصلح تصالح القوم بينهم، وقوم صلوح أي متصالحون.²

واصطلاحا : هي عقد يرفع النزاع وينهي الخصومة بطريقة ودية.³

ونظرا لتعدد العناصر التي تساهم في مضمون المصالحة الجمركية فقد انعكس ذلك على التعريفات التي أعطيت لها، وهكذا فقد عرفها بعض الفقه بأنها : "إجراء يؤدي المتهم في الدعوى الجنائية بدفع مبلغ معين إلى خزينة الدولة كي يتمكن من عدم وضع الدعوى ضده".⁴

ويعرفها محمد عبد الله عمر بأنها : "بمثابة تنازل من الجمارك عن حقها في طلب إقامة الدعوى مقابل التعويض كاملا أو ما يقل عن نصف التعويض المستحق".⁵

وعرفها على عوض حسن أنها : "بمقتضاها تقبل مصلحة الجمارك عدم تحريك الدعوى الجنائية مقابل تسديد الغرامات".⁶

في نفس السياق مدد فرانسوا بول بلان التعريف الوارد في قانون الالتزامات والعقود المغربي لعقد الصلح

¹ خلافا لما هو وارد في أغلب التشريعات العربية التي تستعمل مصطلح واحد للتعبير عن الصلح أيا كان موضوعه، سواء كان في المادة المدنية، أو المادة الجمركية، استعمل المشرع المغربي مصطلح الصلح في المسائل المدنية، (الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود) والمصالحة في المادة الجمركية (الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة). نفس المنحى سار عليه المشرع الجزائري حيث استعمل مصطلح الصلح في المسائل المدنية، (المادة 459 من القانون المدني)، واستعمل مصطلح المصالحة في المسائل الجمركية (المادة 259 من قانون الجمارك).

² ابن منظور : "لسان العرب"، المجلد الثاني، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ص : 516.

³ بشرى الكلعي : "الصلح الجنائي (دراسة تحليلية نقدية للمادة 41 من قانون المسطرة الجنائية)"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في العلوم الجنائية، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص : 36.

⁴ نبيل لوقيباوي : "الجرائم الجمركية"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1994، ص : 460.

⁵ محمد عبد الله عمر : "الموسوعة الشاملة في التشريع الجمركي والمنازعات القضائية"، دار النجاح للطباعة الإسكندرية مصر، بدون ذكر سنة الطبع، ص : 197.

⁶ على عوض حسن : "جريمة التهريب الجمركي"، دار الكتب القانونية، مطبعة شتات، طبعة 1998، ص:123.

المدني على المصلحة الجمركية فهي : "عقد بمقتضاه يحسم الطرفان (الإدارة والظنين) نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه، مقابل تنازل كل منهما للآخر على جزء من مطالبه".¹

وقد ساند بعض الفقه المغربي وعرف المصلحة الجمركية بأنها : "عقد ينهي بواسطته نزاعا بينهما وذلك عبر التزامات متبادلة".²

وفي ذلك عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية المصلحة الجمركية بقولها : "الصلح الجمركي عقد من عقود المعاوضات، فلا يتبرع أحد من المتصلحين للآخر، وإنما ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه بمقابل هو نزول الآخر عن جزء مما يدعيه، ومن ثم لا يحمل الصلح معنى التنازل من جانب واحد أو التصرف دون مقابل، وإنما هو معاوضة يقصد بها حسم النزاع القائم أو توقي نزاع محتمل".³

لكن ما يؤخذ على هذه التعاريف أنها رتبت على المصلحة تنازل الدولة عن حقها في الدعوى الجنائية، والواقع أن الصلح لا ينتج أثره نتيجة تنازل الدولة عن الدعوى الجنائية. ولكن لتنازله عن حقها في العقاب، إلا أن الصلح مع المتهم مقابل التنازل عن سلطة العقاب نظام يدعو إلى الشك في سلامته، ذلك أن مظهره يوحي أن المتهم يستطيع أن يدفع مقابلا لوقوفه موقف الاتهام. فهذا النظام لا يحقق المساواة بين الناس إذ يستطيع الأثرياء دفع ثمن حريتهم، ولا يكون للفقراء من وسيلة لتجنب ألم العقوبة.⁴

لكن الملاحظ من خلال تطبيق هذه التعاريف أنها تركز على الهدف من المصلحة، وكيفيتهما دون التركيز على وقت أو ميعاد المصلحة الذي يكون قبل أو أثناء رفع الدعوى بل يمكن لإدارة الجمارك أن تبرم الصلح حتى بعد صدور الحكم القضائي.⁵

وعليه فقد عرف بعض الباحثين المصلحة الجمركية بأنها : "عقد مبرم بين المتابع في الجريمة الجمركية وبين إدارة الجمارك التي خولها القانون سلطة تقديرية واسعة دون تدخل من أية جهة قضائية أو إدارية، لوضع حد للنزاع القائم بينهما، سواء قبل صدور الحكم أو بعده، مقابل تنازل الإدارة عن حقوقها المقررة قانونا، أو عن تنفيذ العقوبات المحكوم بها من التزام المتابع بأداء مبلغ معين".⁶

كما عرفها جورج قديفة بأنها : "وسيلة لفض المنازعات في الجرائم الجمركية حيث يحق لإدارة الجمارك إبرام الصلح مباشرة بعد ارتكاب الجريمة وأثناء التحقيق ومن بعد انتهاء المحاكمة".⁷

ومما لا شك فيه أن البحث المضني في جل هذه المفاهيم التي سقناها حول مؤسسة المصلحة الجمركية ستسمح لنا بناء على الرصيد الفكري الذي جمعناه من اقتراح تعريف مستخلص من التعاريف السابقة يشكل عصارة لها حيث يمكن تعريف المصلحة الجمركية بأنها :

"عقد يضع حدا للنزاع الذي ثار بمناسبة خرق المتهم للقوانين والضوابط الجمركية، وفق شروط يقع

¹ François Paul Blanc : "Droit pénal général marocain", Sochpress, Casablanca, 1984, p : 151.

² Moulay Larbi El Alaoui : "Le droit douanier au Maroc", Imprimerie de l'administration des douanes et impôts indirects, Rabat, 1996, p : 295.

³ قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 20 يونيو 1965، أشار إليه مجدي محب حافظ : "جريمة التهريب الجمركي"، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة 1992، ص : 216.

⁴ صخر عبد الله الجندي : "جريمة التهريب الجمركي في ضوء الفقه والقضاء"، مطبعة البهجة، الطبعة الأولى، 2002، ص : 75.

⁵ تنص الفقرة الأولى من الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة على أنه : "للإدارة قبل حكم نهائي أو بعده أن تصالح الأشخاص المتابعين من أجل أفعال مخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية...".

⁶ عبد الوهاب عفلاني : "القانون الجنائي الجمركي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000/2001، ص : 211.

⁷ جورج قديفة : "القضايا الجمركية الجزائرية"، الجزء الثاني، أصول المحاكمات الشركة الصناعية للطباعة والتغليف بيروت، طبعة 1973، ص : 410.

الاتفاق عليها بين إدارة الجمارك والمتهم، حيث تتنازل إدارة الجمارك عن المتابعة أو التنفيذ في مقابل تأدية المتهم للمبلغ المتفق عليه، وهي تكون جائزة في جميع مراحل الدعوى وحتى بعد النطق بالحكم".

المطلب الثاني : خصائص المصالحة الجمركية :

انطلاقاً من تعريف المصالحة الجمركية، نلمس بشكل جلي أنها تتميز بمجموعة من الخصائص جعلتها تحتل مكانة هامة ضمن السياسة الجبائية الجمركية المغربية.

وعليه فإن المصالحة الجمركية تتميز بكونها ملزمة للجانبين، أي ملزمة للجاني، وملزمة لإدارة الجمارك عندما تصدر قرار بالمصادقة على المصالحة الجمركية. ثم بكونها جائزة قبل الحكم النهائي وتبقى جائزة أيضاً بعد الحكم النهائي، كما تؤدي المصالحة إلى وضع حد للنزاع، وهي أبرز خاصية في المصالحة الجمركية وسوف نتطرق إلى كل خاصية بالتفصيل.

أولاً : عقد ملزم للجانبين :

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه المتعاقدين¹ أو هو العقد الذي ينشئ منذ البداية التزامات متبادلة ومتقابلة بين الطرفين²، فيمقابل تنازل إدارة الجمارك عن المتابعة كلياً أو جزئياً عن طريق التخفيض من المبالغ المحكوم بها، أو سقوط المتابعة الجنائية، أي ممارسة الدعوى ضد المخالف. يلتزم الطرف الآخر، وهو المخالف بأداء بدل الصلح، بعد الاعتراف بالجرائم المرتكبة يعرض إدارياً كافة النفقات بما فيها نفقات العقد، وكذا أداء مبلغ معين³.

ثانياً : جائزة قبل الحكم النهائي وبعد الحكم النهائي :

المصالحة الجمركية يمكن أن تبرم في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وحتى قبل تحريك الدعوى من طرف إدارة الجمارك، أو من طرف النيابة العامة. ويمكن أن يتم التصالح أيضاً بين المخالف للأنظمة الجمركية، وإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة حتى بعد صدور الحكم النهائي.

إلا أنه عندما تتصلح إدارة الجمارك مع الأشخاص المتابعين من أجل أفعال مخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية قبل صدور الحكم النهائي فإن ذلك يترتب عليه بالنسبة للمخالف وإدارة الجمارك انقضاء دعوى النيابة العامة ودعوى إدارة الجمارك. لكن إذا وقعت المصالحة بعد الحكم النهائي فإنه لا تسقط عقوبة الحبس والتدبير الوقائي الشخصي.

ثالثاً : تضع حداً للنزاع :

تؤدي المصالحة الجمركية إلى وضع حد للنزاع وإلى سقوط الدعوى العمومية ضد الملزم، وتصبح بعد المصادقة عليها نهائية لا رجوع فيها⁴. وهذه الخاصية تعتبر أهم خاصية في المصالحة الجمركية، إذ يترتب على انعقاد المصالحة الجمركية صحيحة والمصادقة عليها، حسم النزاع المبرر لانعقادها، ويترتب على ذلك نتيجتان أساسيتان هما :

¹ جميلة العماري : "نظرية العقد"، دار النشر سليلي إخوان طنجة، السنة الجامعية 2005-2006، ص : 35.

² جميلة العماري : "الوجيز في عقد البيع"، مطبعة سليلي إخوان طنجة، الطبعة الأولى، دجنبر 2009، ص : 11.

³ إشراق الإدريسي : "التهرب الجمركي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 75.

⁴ عبد الوهاب عافلاني : مرجع سابق، ص : 211.

انقضاء ما تنازل عنه كل من المتصلحين، ونقصد بهم المخالف وإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة. ثم تثبت ما اعترف به كل من المتصلحين للآخر من حقوق.

ومن ثم يمكن القول أن الحكم بانقضاء وسقوط الدعوى العمومية هو في الواقع حكم في الموضوع بعدم إدانة المتهم وبرأته، نظرا لعدم وجود وجه لإقامة الدعوى العمومية.

المبحث الثاني : خصوصية المصالحة الجمركية عن الصلح المدني والجنائي :

المطلب الأول : خصوصية المصالحة الجمركية عن الصلح المدني :

عرف المشرع المغربي الصلح في الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود بقوله : "الصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو بإعطائه مالا معيناً أو حق". نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 459 من القانون المدني الجزائري.¹

وقد نص المشرع المصري أيضا على ذلك في المادة 549 من القانون المدني.²

وعليه فإن للمصالحة الجمركية خصوصية تميزها عن الصلح المدني وهي جوهرية لأنها تهتم الأركان الأساسية التي يقوم عليها الصلح وهي : النزاع، ونية إنهاء النزاع، والتنازلات المتبادلة.

أولا : من حيث النزاع :

يعرف الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود الصلح المدني كعقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه.

وتبعا لذلك يكون الصلح المدني قائما أو محتملا، فلكي يكون عقد الصلح المدني يتطلب وجود منازعة نشأت أو ستنشأ.³

أما المصالحة الجمركية لا يمكن إجرائها إلا بمناسبة وقوع جريمة جمركية وفقا للرخصة التي حولها المشرع للمخالف باعتباره طرفا في الخصومة، هذه الجريمة الجمركية تكون مثبتة عن طريق محاضر يحررها أعوان الجمارك المؤهلون لذلك.⁴

وبالتالي فالاختلاف الأساسي بين الصلحين يكمن في النزاع المحتمل، ففي الصلح المدني يمكن أن يكون النزاع المحتمل منتظرا فقط. أما في المصالحة الجمركية فالأمر مختلف تماما، ذلك أن المخالفة الجمركية مثبتة بمحضر.⁵ ثم تأتي المصالحة الجمركية لإسقاط حقوق المتابعة والزجر، وبالتالي لا مجال للحديث هنا عن النزاع المحتمل لأن

¹ تنص المادة 459 من القانون المدني الجزائري على أنه : "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

² تنص على أنه : "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل على جزء من ادعائه".

³ ألان بينا بنت : القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية"، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2004، ص : 727.

⁴ بونيات عبيدات الله : "المصالحة في المادة الجمركية على ضوء النصوص القانونية والتنظيمية في التشريع الجمركي الجزائري"، مذكرة لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، السنة 2003-2006، ص : 24.

⁵ للمزيد من الاطلاع حول المحاضر الجمركية الرجوع إلى لغاية القادري : "خصوصية الإثبات في القانون الجنائي الجمركي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 63 وما يليها.

النزاع قائم.¹

ثانيا : من حيث نية الأطراف :

بالنسبة للصلح المدني يجب أن يقصد به الطرفان حسم النزاع بينهما، إما بإنهائه إن كان قائما، وإما بتوقيه إذا كان محتملا،² وهذا ما جاء في قرار للمحكمة الإدارية العليا بمصر عندما قضت بأنه : "عقد الصلح تتوافر فيه مقوماته عندما تتجه نية طرفي النزاع إلى حسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائما وإما بتوقيه إذا كان محتملا".³

وعليه فإن أطراف الصلح المدني يكونون مبدئيا متساوين في القصد، فإذا كان النزاع قائما فكل واحد من الأطراف يرغب في تجنب المحاكمة من خلال الصلح، أما إذا كان النزاع غير قائم محتمل فإن رغبة الأطراف تكون في تجنب النزاع. وفي كلتا الحالتين يعتقد كل طرف من الأطراف أنه مستفيد من الصلح.⁴

وعلى عكس ذلك، لا يكون أطراف المصالحة الجمركية على قدم المساواة، إذ من الصعب تمثيل مركز مرتكب المخالفة بمن يملك سلطة ملاحقته، كما أن قصد إدارة الجمارك يختلف تماما عن قصد المخالف، فالأولى تسعى إلى حفظ ملف الدعوى نهائيا، أما الثاني فيسعى إلى تفادي المحاكمة لوضع حد لنتائج المخالفة.⁵

وأكد في نظرنا أن ما تهدف إليه إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة من وراء المصالحة الجمركية هو تحصيل حقوق الخزينة في أقرب وقت، وبأقل التكاليف، والجهد.

ثالثا : من حيث التنازلات المتبادلة :

وجب في الصلح المدني أن يتنازل كل من المتصلحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه. فلو لم يتنازل أحدهما عن شيء مما يدعيه وتنازل الآخر عن كل ما يدعيه، لم يكن هذا صلحا، بل هو تنازل عن الإدعاء، وهذا ما يميز الصلح عن التسليم بحق الخصم، ويميزه عن ترك الإدعاء.⁶ ووجود تنازلات من كل الفريقين يجعل مخاطر الربح بالنسبة لكل منهما ملموسة،⁷ وليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة، فقد يتنازل أحد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه، ولا يتنازل الآخر إلا عن الجزء اليسير.⁸

وما يمكن أن نلمسه من خلال التنازلات في عقد الصلح المدني هو أن طرفا الصلح المدني، يكونان على قدم المساواة من خلال التنازلات المتبادلة التي يفرضها عليهم الصلح، والتي تكون غالبا متوازنة وذات طابع رضائي.

على خلاف ذلك يكون طرفا المصالحة الجمركية في موقعين غير متكافئين، تكون الكفة فيهما لصالح إدارة الجمارك، فتبادل التنازلات التي تشكل أساس الصلح المدني لا وجود له في الواقع في المصالحة الجمركية، وإذا كان من الجائز أن يتناقش الطرفان، فإنه من المسلم به أن للإدارة كامل السلطات لفرض إرادتها على المخالف الذي لا يملك

¹ Jean François Dupré : "La transaction en matière pénale", La librairie technique, Paris, 1977, p : 17.

² محمد عزمي البكري : في القانون المدني العقود المدنية الصغيرة"، المجلد السابع دار محمود للنشر والتوزيع القاهرة، مصر بدون طبعة، ص : 322.

³ قرار المحكمة العليا الإدارية بمصر رقم 920 لسنة 14 قضائية جلسة 1976/01/14، أشار إليه محمد عزمي البكري : مرجع سابق، ص : 324.

⁴ Jean Pierre Bauchard : "La transaction dans l'indemnisation du préjudice corporel", Revue trimestrielle de droit civil, 1989, p : 2.

⁵ أحسن بوسقيعة : "المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص"، م مطبعة الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2001، ص :

237.

⁶ عبد الكريم شهبون : الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الكتاب الثاني العقود المسماة وما يشابهها، الجزء الرابع، الصلح، الكفالة، الرهن الحيازي، في مختلف أنواع الدائنين، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002، ص : 15.

⁷ الان بيينا بنت : مرجع سابق، ص : 729.

⁸ عبد الرزاق أحمد السنهاوري : "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، العقود التي ترد على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح"، مضاف من طرف عبد الباسط جميعي ومصطفى محمد الفقي، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت لبنان، طبعة 1998، ص : 512.

إلا أن يخضع لشروط الإدارة فيسلم من المتابعة، أو يرفضها فيساق به أمام القضاء، والإدارة تعرف جيدا أنه في حالة عدم تمام المصالحة فإن النيابة العامة وقضاء الحكم سيكونان إلى جانبها.¹ وهذا الأمر لا يخفى على المخالف الذي لا يجهل المخاطر التي تنتظره في حالة لم تتم المصالحة، فهو يعرف أنه في حالة إحالته على القضاء سيتعرض لعقوبة مالية يفوق مبلغها مبلغ المصالحة بالإضافة إلى العقوبات السالبة للحرية، وفي مثل هذه الظروف فمن غير اللائق أن نتكلم عن التنازلات المتبادلة فالحقيقة أننا أمام تنازل صادر من طرف واحد.²

ومن خلال الفقرة الأولى من الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، التي تنص على أنه : "للإدارة قبل حكم نهائي أو بعده أن تصالح الأشخاص المتابعين من أجل أفعال مخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية". نستنتج أنها تتكلم عن المصالحة التي تمنحها الإدارة إلى الأشخاص الذين يطلبونها، وهذا يوحي بدوره أن الإدارة والمخالف ليس على قدم المساواة، فالثاني يطلب والأول يمنح، وشتان بين من يطلب وبين من يمنح. هذا بالإضافة إلى أن المشرع هو الذي حدد آثار المصالحة الجمركية فلا دخل لإرادة المتصلحين في هذا التحديد.³

المطلب الثاني : خصوصية المصالحة الجمركية عن الصلح الجنائي :

يعتبر الصلح الجنائي بين الخصوم من المستجدات التي جاء بها المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية رقم 01/22⁴، وذلك في المادة 41 منه.⁵ وحقا فإن واضعي هذه المادة بهذه الصياغة حافظوا على الطابع الليبرالي للفلسفة الجنائية، وبالتالي الفكرة الأساسية للقانون الجنائي، فالصلح يقترح على السلطة القضائية، ويمارس في تنفيذه من طرفها، وهو بهذه الكيفية يبقى صلح جنائي محض.⁶

ويمكن تعريف الصلح الجنائي على أنه : "وسيلة إدارية ثنائية الأطراف تنهي المتابعة بحفظ الملف دون

¹ بوناب عبيدات الله : مرجع سابق، ص : 25.

² أحسن بوسفيقة : " مرجع سابق، ص : 238.

³ محمد الشلي : " قراءة في مجال المصالحة الجنائية"، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 9، شتنبر 2004، ص : 182.

⁴ هذا القانون صدر بتاريخ 1 أكتوبر 2002.

⁵ تنص المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي :

"يمكن للمتضرر أو المشتكى به قبل إقامة الدعوى العمومية، وكلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بسنتين سجنا أو أقل بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم، أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر، في حالة موافقة وكيل الملك وتراضي الطرفين على الصلح بحرر وكيل الملك محضرا بحضورهما وحضور دفاعهما ما لم يتنازل أو يتنازل أحدهما عن ذلك، ويتضمن هذا المحضر ما اتفق عليه الطرفان. يتضمن المحضر كذلك إشعار وكيل الملك كذلك للطرفين أو لدفاعهما بتاريخ جلسة غرفة المشورة ويوقعه وكيل الملك والطرفان. يحيل وكيل الملك محضر الصلح على رئيس المحكمة الابتدائية، ليقوم هو أو من ينوب عنه بالتصديق عليه، بحضور ممثل النيابة العامة والطرفين أو دفاعهما بغرفة المشورة بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن.

يتضمن الأمر القضائي ما اتفق عليه الطرفان وعند الاقتضاء ما يلي :

- أداء غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقرر قانونا.

- تحديد أجل لتنفيذ الصلح.

إذا لم يحضر المتضرر أمام وكيل الملك وتبين من وثائق الملف وجود مشتك يمكن لوكيل الملك أن يقترح على المشتكى به أو المشتبه به صلحا يتمثل في أداء نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو إصلاح الضرر الناتج عن أفعاله وفي حالة موافقته يحرر وكيل الملك محضرا يتضمن ما تم الاتفاق عليه وإشعار المعني بالأمر أو دفاعه بتاريخ جلسة غرفة المشورة ويوقع وكيل الملك والمعني بالأمر على المحضر. يحيل وكيل الملك المحضر على رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه للتصديق عليه بحضور ممثل النيابة والمعني بالأمر أو دفاعه بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي الطعن.

توقف مسطرة الصلح والأمر الذي يتخذه رئيس المحكمة أو من ينوب عنه في الحالتين المشار إليهما في هذه المادة إقامة الدعوى العمومية ويمكن لوكيل الملك إقامتها في حالة عدم المصادقة على محضر الصلح أو في حالة عدم تنفيذ الالتزامات التي صادق عليها رئيس المحكمة أو من ينوب عنه داخل الأجل المحدد أو إذا ظهرت دلائل جديدة تمس الدعوى العمومية ما لم تكن هذه الأخيرة قد تقادمت، يشعر رئيس المحكمة أو من ينوب عنه وكيل الملك فورا بالأمر الصادر عنه يتأكد وكيل الملك من تنفيذ الالتزامات التي صادق عليها الرئيس".

⁶ عبد الجليل الفيداني : " بدائل الدعوى العمومية وبدائل العقوبات السالبة للحرية"، مداخل في الأعمال التحضيرية للمناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9-10-11 دجنبر 2004 تحت عنوان السياسة الجنائية بالمغرب واقع وأفاق، المجلد الأول، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، مطبعة فضالة المحمدية، العدد 3، 2004، ص : 78.

تحقيق، حيث تعرض النيابة العامة على الفاعل عدم المتابعة مقابل أداء مبلغ معين من المال، وهي تقترح وتقبل لتفادي المحاكمة الجنائية".¹

كما يعرفه حسن محمد ربيع بأنه: "تنازل من الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل دفع المتهم للمبلغ الذي حدده القانون".²

في نفس السياق ذهبت محكمة النقض المصرية في تعريفها للصلح الجنائي حيث اعتبرت أنه: "نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقوقها في الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذي قام عليه الصلح".³

وعلى الرغم من وحدة الهدف بين المصالحة الجمركية والصلح الجنائي فإنهما يختلفان في مجموعة من النقاط، منها ما يتعلق بطبيعة الجرائم التي يجوز التصالح بشأنها، ومنها ما يتعلق برقابة القضاء على إجراء الصلح، أو المصالحة، ومنها ما يتعلق بسقوط الدعوى العمومية، وأخيرا من حيث وقت الإبرام. ويمكن أن نفصل في كل نقطة كما يلي:

أولا : من حيث طبيعة الجرائم :

ينصب الصلح الجنائي بين الخصوم على جرائم الحق العام،⁴ التي يعاقب عليها المشرع بعقوبات جنائية.⁵ على خلاف المصالحة الجمركية التي تتعلق بجرائم تمس الجانب المالي والاقتصادي للدولة، وتتميز فيها العقوبة بطابعها المختلط بين الجزاء والتعويض.

ثانيا : من حيث رقابة القضاء :

إلى جانب الأدوار التقليدية التي كانت تمارسها النيابة العامة فإن قانون المسطرة الجنائية الحالي اتجه نحو إعطاء النيابة العامة أدوار جديدة منها مسطرة الصلح الجنائي بين الخصوم، إذ أن محضر النيابة العامة بإجراء الصلح يعرض على غرفة المشورة للتصديق عليه بأمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه وغير قابل لأي طعن،⁶ وسندنا في ذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية: "... يحيل وكيل الملك محضر الصلح على رئيس المحكمة الابتدائية ليقوم هو أو من ينوب عنه بالتصديق عليه بحضور ممثل النيابة العامة أو دفاعهما بغرفة المشورة، بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن". كما نصت الفقرة السادسة من نفس المادة على أنه: "يحيل وكيل الملك المحضر على رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه للتصديق عليه بحضور ممثل النيابة العامة والمعني بالأمر أو دفاعه، بمقتضى أمر قضائي لا يقبل الطعن".

عكس المصالحة الجمركية التي تتم خارج نطاق رقابة القضاء، فهي تبرم بين المتهم وإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، وفق مسطرة إدارية، ودون علم من الجهاز القضائي، وتكون ملزمة للقاضي حتى لو كانت القضية معروضة على أنظاره، إذ يتعين عليه الحكم بانقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة الجمركية.

¹ الحسين زين الاسم : "إشكالية العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وبدائلها"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2005-2006، ص : 140.

² حسن محمد ربيع : "الإجراءات الجنائية في التشريع المصري"، دار النهضة العربية القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 2001/2000، ص : 236.

³ نقض جنائي رقم 33/919 بتاريخ 16 دجنبر 1963 أورده نبيل لوقايباوي : مرجع سابق، ص : 460.

⁴ أحمد محمد محمود خلف : "الصلح وأثره في انقضاء الدعوى الجنائية، وأحوال بطلانه"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008، ص : 11.

⁵ محمد بادن : "إشكالات مسطرة الصلح طبقا لقانون المسطرة الجنائية المغربي"، مقال منشور بمجلة المناظرة، العدد 10، سنة 2005، ص : 61.

⁶ محمد بادن : مرجع سابق، ص : 66 و67.

ثالثا : من حيث سقوط الدعوى العمومية :

الصلح الجنائي ليس بسبب عام لسقوط الدعوى العمومية،¹ بل يوقف الدعوى العمومية، حيث يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية في حالتين :

1- تراجع المشتكى به عن تنفيذ الصلح المصادق عليه.

2- ظهور أدلة جديدة لم تعرف من قبل تقتضي تحريك المتابعة.²

وبالتالي فالصلح الجنائي لا يدخل في أسباب سقوط الدعوى العمومية بالمعنى الضيق.³

وعلى النقيض من ذلك تعتبر المصالحة الجمركية مسقطا للدعوى العمومية، فمن أهم آثار المصالحة الجمركية هو سقوط حق الدعوى العمومية، وتدخل فيها دعوى الإدارة ودعوى النيابة، وبالتالي لا يمكن إثارتها من جديد فيما يتعلق بالأفعال المتصالح بشأنها، ومرجعنا في ذلك الفقرة الثانية من الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة والتي تنص على أنه : "...إذا وقع الصلح وصار نهائيا قبل الحكم النهائي ترتب عليه بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدة انقضاء دعوى النيابة ودعوى الإدارة".

رابعا : من حيث وقت الإبرام :

يتم إبرام الصلح الجنائي قبل إقامة الدعوى العمومية،⁴ أما المصالحة الجمركية فهي تبرم سواء قبل إثارة الدعوى العمومية، أو بعد إثارتها، أو حتى بعد صدور الحكم النهائي.⁵ وهذا ما أقره المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من الفصل 273 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة والذي جاء نصه كما يلي : "للإدارة قبل حكم نهائي أو بعده أن تصالح الأشخاص المتابعين من أجل أفعال مخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية".

وهكذا يتبين بأن المصالحة الجمركية ذاتية مستقلة عن الصلح الجنائي بين الخصوم، وإذا كانا يعتبران من بدائل الزجر الجنائي.

¹ مدحت رمضان : "بدائل الدعوى الجنائية والعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة"، مداخلة في أشغال المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس، تحت عنوان : "السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق"، المجلد الثاني، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، مطبعة فضالة المحمدية، العدد 4، 2005، ص : 302.

² الصلح الجزري : دراسة للمادة 41 من قانون المسطرة الجنائية، ص : 7، المصدر وزارة العدل مديرية الدراسات والتعاون والتحديث، قسم الدراسات والتشريع، مأخوذ من الموقع الإلكتروني لوزارة العدل :

www.justice.gov.ma/ar/documentation/documentation.aspx?ty=1

³ الحبيب بيهي : "شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد"، الجزء الثاني، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006، ص : 140.

⁴ محمد النباوي : "الصلح دور إنساني واجتماعي جديد للنيابة العامة"، مداخلة في أشغال الندوة العلمية بكلية الحقوق بفاس تحت موضوع الطرق البديلة لتسوية المنازعات، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 2-2004، ص : 109.

⁵ مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم : "الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2004، ص : 33.

دور مؤسسة النيابة العامة و استقلاليتها : «نحوالات أوروبية جديدة»



- فضيلة الأستاذ : سفيان عبدلي -

طالب قاض بالمدرسة العليا للقضاء بالجزائر

مقدمة :

مؤسسة النيابة العامة، الجهاز الأكثر إثارة للجدل، و الأكثر تعقيدا و غموضا. عرفت العديد من الهزات¹ وصلت إلى حد التشكيك في انتمائها إلى سلك القضاء، بعد أن كان ذلك من المسلمات. تلك هي الأزمة التي تعيشها هاته المؤسسة لاسيما منذ قراري "ميدفيدف"² و "مولان"³ الذين أصدرتهما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان و الذين انتهيا إلى إدانة فرنسا لانتهاكها أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، كون أن تقديم المشتبه فيهم أمام النيابة العامة التابعة هرميا لوزير العدل يخرق أحكام المادة 05 من الاتفاقية، و يتجاوز حقوق الإنسان كون أن النيابة العامة ليست سلطة قضائية بمفهوم الاتفاقية كونها تفتقر لأهم ضمانات تميز سلطة القضاء ألا و هي الاستقلالية.

هي العاصفة⁴ التي أثارها محكمة الإنسان العليا في أوروبا، و التي أثارت معها زوبعة كبيرة من الجدل وصل إلى حد أن البروفيسور Frédéric SUDRE⁵ أعلن "قرع كأس النيابة العامة". أسئلة كثيرة تلك التي طرحه الفقه في فرنسا و التي من خلالها تم إعادة إحياء العديد من الدعوات المنادية باستقلالية النيابة العامة و إلى إعادة النظر في الدور الذي تلعبه داخل الدولة.

1- Jean-François RENUCCI. Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire. 2009. p. 600.

2- CEDH : 29 mars 2010. Medvedyev et autres c. France. requête n° 3394/03.

3- CEDH : 20 novembre 2010. Moulin c. France. Requête n° 37104/06.

4- كما وصفها الأستاذ جون-بيار مارغونو في مقاله الموسوم بـ: "عاصفة حول جهاز النيابة العامة"؛

- Jean-Pierre MARGUENAUD. Tempête sur le Parquet. Commentaire sous CEDH : 10 juillet 2008. Medvedyev c/ France. 2009. p. 176.

5- Frédéric SUDRE. Le glas du parquet. Commentaire sous CEDH : 20 novembre 2010, Moulin c/ France. JCP G, n° 49. 6 décembre 2010.

décembre 2010.

وهكذا يبدو منطقيا التساؤل عن دور هاته المؤسسة في حياة القضاء و عن خلفيات ما يثار حولها من إشكالات. فهل مؤسسة النيابة العامة تعتبر سلطة قضائية بالمفهوم الفني للمصطلح؟ و هل تبعية النيابة العامة ضرورة محتمة لدورها في تنفيذ السياسة الجزائية للدولة؟ وما مستقبل هاته المؤسسة في ظل التحولات الأوروبية الجديدة؟ و سنحاول من خلال هاته الدراسة الموجزة الجواب عن هاته الإشكاليات من خلال:

أولا. لمحة تاريخية عن النيابة العامة ممثلة الدولة أمام القضاء.

ثانيا. المطالبة بتطبيق القانون.

ثالثا. تنفيذ السياسة الجزائية للدولة.

رابعا. إستقلالية النيابة العامة .

خامسا. مستقبل النيابة العامة وفقا للمفاهيم الأوروبية الجديدة.

أولا. لمحة تاريخية عن النيابة العامة ممثلة الدولة أمام القضاء.

عهد القانون إلى أعضاء النيابة العامة بالدفاع عن المصلحة العمومية. هم ليسوا قضاة *juges* بمعنى الكلمة، و لكنهم أعضاء في مؤسسة النيابة العامة، و أطراف أساسية في الدعوى الجزائية.

منذ القرن XIV أين عهد إلى المحامين بالدفاع عن مصالح الملك، نشأت مؤسسة قضائية للدفاع عن المصالح العامة للمجتمع، أعطيت لها تسمية أعضاء النيابة العامة، الطرف الأكثر تميزا في الدعوى العمومية، و المدافع الأول عن المصلحة العامة. و هكذا، يكون القضاة *les magistrats* أعضاء النيابة العامة ممثلي الدولة أمام القضاء و للدفاع عن مصالح المجتمع. بمعنى أدق، مصطلح *le magistrat* يشير هنا إلى كل شخص ينتمي إلى الجهاز القضائي، و توكل له مهنية سلطة تطبيق-إحقاق- القانون (قاضي الحكم *magistrat du siège*) أو، سلطة الالتماس - المطالبة - بإسم الدولة (قضاة النيابة *magistrats du parquet*)¹.

إن هذا التمييز بين قضاة الحكم و النيابة أساسي و ذو أهمية بالغة². كذلك نجد البارون مونتسكيو في كتابه روح الشرائع يصف مؤسسة النيابة بقوله: " لدينا اليوم قانون رائع، فالأمير وضع على مستوى كل محكمة ضابطا ليتابع باسمه كل الجرائم..."³

بقطع النظر عن أصل مصطلح النيابة *parquet*، فإنها اعتبرت "دركي القانون الجنائي" ، المدافع عن المجتمع، حارسة المصلحة العامة. كل تلك التعابير تعكس وظائفها و بالنتيجة سلطاتها، و أيضا أهميتها المطلقة⁴.

1- Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Thèse pour le Doctorat. Université De Reims. 2010. P.67.

2- Sur cette distinction fondamentale : Roger PERROT. Institutions judiciaires. Domat. Montchrestien : 2006.

3- Dans son ouvrage, L'esprit des Lois, en 1748, MONTESQUIEU écrivait: « Nous avons aujourd'hui une loi admirable, c'est celle qui veut que le Prince prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre en son nom tous les crimes ... ».

4- Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Op.cit. p 69.

تعد النيابة العامة، ممثلة الدولة أمام الجهات القضائية. إذا ما دققنا في فكرة وجود نيابات عامة على مستوى كل المحاكم فإننا سندرك أن قضية هذا الجهاز هو مبعوثي الدولة لدى القضاء.

على مستوى المصطلحات، نجد عبارات وكيل الجمهورية، وكيل الدولة، النائب العام، الوكيل العام... الخ كل تلك المفاهيم تصب في خانة تمثيل الدولة صاحبة السيادة أو تمثيل المجتمع.

تجسد فكرة الدولة المجتمع ككل، منذ إن هجرت فكرة العدالة الخاصة و اقتضاء الإنسان لحقه بنفسه، فالنيابة العامة تلعب دور تمثيل الدولة و المجتمع، هذا الأخير الذي يكون نظامه العام مهددا بفعل الجريمة و بالتالي يكون هدف الدعوى الجزائية هو حماية النظام العام أولا ثم تطبيق العقاب ثانيا. و بما أن الضحية ليست طرفا في الدعوى العمومية، فالنيابة¹ ليست فقط صوتا للمجتمع و لكن أيضا ممثلة للضحية².

ثانيا. المطالبة بتطبيق القانون.

تتمثل سلطات النيابة العامة في متابعة مرتكبي الجرائم بمفهوم قانون العقوبات و القوانين المكملة له، و المطالبة أمام القضاء الجزائي بتطبيق العقاب عليهم. و باعتبار ان النيابة العامة تمثل الدولة فإنها تطالب بحق هاته الأخيرة في العقاب و القصاص من الجاني طبقا للقانون. و يفصل القضائي الجزائي في مدى حق الدولة في عقاب المتهم بالإدانة أو بالبراءة.

و هكذا تحرك النيابة العامة الدعوى العمومية و تختار لها شكل السير فيها، و تباشر كل إجراءاتها و تضمن سير هاته الدعوى و ممارسة طرق الطعن، لغاية استصدار حكم نهائي فيها. و لاحقا تسهر على تنفيذ الأحكام العقابية. و بهذا تكون النيابة العامة طرف أصيلا و متميزا في تركيبة الجهات القضائية الجزائية على الخصوص.

أما أمام الجهات القضائية المدنية فتتدخل كطرف أصلي أو منظم أو تلقائيا للدفاع عن النظام العام و لها حق إبداء الرأي القانوني و المطالبة بتطبيق القانون بشكل ما على النزاع بين الأفراد و هي بذلك تمارس الدعوى العمومية حتى أمام القضاء المدني، و حتى في القضايا الواجب إبلاغ النيابة العامة بها و المحددة بنص المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فتتعلق كلها بقضايا تكون الدولة أو إحدى جماعاتها الإقليمية طرفا فيها أو تمس بالنظام العام (مثل الحالة المدنية، الطعن التزوير..) أو تمس السير الحسن لإحدى مؤسسات الجمهورية و هو القضاء (تنازع الاختصاص بين القضاة و رد القضية).

و في كل الحالات فان دور النيابة العامة هو البحث عن تطبيق أحسن للقانون و لعب دور أساسي للحفاظ عن النظام العام و الدفاع عنه و حمايته من كل مساس به و هو الدور الأساسي المنوط بالدولة في حد ذاتها تمارسه عن طريق ممثل الحق العام.

تعمل أيضا بتدخلها في تنفيذ الأحكام القضائية المدنية و كل السندات التنفيذية (المادة 600 من ق إ م إ) فتتدخل في المصادرة و الحجز و كسر الأقفال، و هي بذلك تتدخل إلى جانب المستفيد من السند التنفيذي لمساندته و بذلك تكون الدولة قد وفّت بدينها و بالتزامها نحو المستفيد من السند التنفيذي.

1- النيابة العامة، طرف أصيل في الدعوى الجزائية و خصم فيها؛ لذا يطلق عليها بعض الفقه تسمية الخصم الشكلي، أو الشريف.

2- Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Op.cit. p 71.

في المادة الجزائية، تطالب النيابة العامة من قاضي الحكم الجزائي تطبيق العقوبة المقررة بنص القانون، و هي بذلك تلعب دور مبعوث المشرع لدى القضاء أو بعبارة أخرى تنوب عن سلطة التشريع في الدولة و تطالب بإنفاذ القانون أو تقدم تفسيراً معيناً لنص قانوني ما¹.

على عكس ما يعتقده الكثير من القانونيين، من الخطأ تماماً الاعتقاد أن دور النيابة ينحصر في المطالبة قضاء الحكم بتطبيق العقوبة، أبداً. بل إن النيابة العامة نفسها التي تابعت المتهم بجرم وإحالاته على المحاكمة قد تطالب في الجلسة ببراءة المتهم² متى ظهرت أدلة أو قرائن قوية على ذلك. و هكذا فإن صفح الضحية في بعض الجرائم التي تتقيد بها سلطة النيابة في المتابعة بشكوى الضحية يضع حداً للمتابعة الجزائية، فلا يسع النيابة العامة في هاته الحالة إلا إن تطالب بتطبيق القانون و لا يمكنها أن تتمسك بالإدانة. كذلك إذا تبين خلال الجلسة إن المتهم بالسرقة هو أصول الضحية أو فروعها أو زوجها فإن النيابة تطالب حتماً ببراءة المتهم تطبيقاً للقانون الذي لا يعاقب على الفعل في حد ذاته إذا ما تم بين هؤلاء. فمشرع الجمهورية هو الذي قدر و وضع تلك الاستثناءات و راعى مصالح المجتمع و نيابة الجمهورية يتعين عليها التمسك بها و التصرف باسم القانون و حماية المصلحة العامة و بالتالي صيانة المجتمع.

ثالثاً. تنفيذ السياسة الجزائية للدولة.

تتمتع النيابة العامة بسلطة الملائمة أو كما يسمى مبدأ ملائمة المتابعات³، و مع هذا فقد تتلقى تعليمات من وزير العدل مباشرة بمتابعات ما أو بحفظ أخرى.

إن تبعية و ارتباط النيابة العامة بوزير العدل يجد له مبرراً موضوعياً و هو تنفيذ السياسة الجزائية للدولة و يطرح التساؤل في نفس الوقت حول مستقبل النيابة العامة و استقلاليتها⁴.

1- لا يمكن اختصار دور النيابة في مجرد تمثيل المشرع أمام المحاكم. كذلك فهم ليسوا أداة لتفسير القانون و لا يقتصر دورهم على ذلك. مع ذلك، فإن تقديمهم لتفسير معين للنص القانوني يعد بمثابة مطالبة لتطبيق أحسن للقانون و هذا ما يدعم فكرة الدولة القانونية و يعتبر مساهمة من النيابة في تحقيق ذلك.

2- متى تبين للنيابة من خلال المرافعات التي تدور في الجلسة إن المتهم غير مذنب أو أن الأدلة الموجهة ضده غير كافية و يشوبها شك فلها أن تطالب ببراءته. إن النيابة هي المدافع الأول عن القانون و عن المصلحة العامة للمجتمع و ليس من مصلحة المجتمع إدانة بريء أو تبرئة مدان، إن المجتمع يبحث عن الحقيقة فقط.

3- تطور هذا مبدأ ملائمة المتابعات نحو "لائمة شرعية" *une opportunité légale* بمعنى نظام ملائمة يسمح بمراقبة و إظهار شفافية كبيرة أو بفكرة أخرى نحو نظام شرعية مختلفة أي انه يؤدي حقيقة نحو الالتزام بمتابعات للجرائم الأكثر خطورة. و بوضع خيارات إجرائية بالنسبة للجرائم الأقل خطورة". و منذ تبني المشرع الفرنسي مبدأ "آلية الإجابة الجزائية" و إدخاله في المادة 40-1 من قانون الإجراءات الجزائية أدى ذلك إلى حلول مفهوم «الإجابة الجزائية» مكان مصطلح «لائمة المتابعات» فهذا الأخير أصبح لا يستجيب لمتطلبات التحولات الجديدة، فأصبح ينظر إليه على انه جامد فالحديث اليوم هو عن "الشرعية" و عن "الإجابة الجزائية" لتحديد نظام المتابعات الجزائية. كل هذا من أجل هدف وحيد وهو المساواة بين المتقاضين أمام القانون.

4- la loi du 9 mars 2004 (article 63 de la loi) (le nouvel article 30 du CPP dispose en effet que : «Le Ministre de la Justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du Ministère public des instructions générales d'action publique ».

إذن، فالسبب الوحيد والأساسي لتبني نظام التبعية التدريجية هو السماح لقضاة النيابة العام بالدفاع بفعالية عن السياسة الجزائية التي يحددها المشرع والحكومة، وكذلك ضمان التماسك هذه السياسة على كل المستويات و عبر كل التراب الوطني¹.

من حيث المفهوم فمصطلح «السياسة الجزائية-politique pénale»² حديث نسبيا. و في حقيقة الأمر لم يفرض هذا المفهوم وجوده إلا في السنوات الأخيرة، وهو لا يهم فقط الدعوى العمومية و لكن أيضا تطبيق العقوبات، و أفول هذا المصطلح لطلما ارتبط بمصدقية العدالة. و لطلما ناقشت المؤلفات الكلاسيكية للإجراءات الجزائية مسألة ملائمة المتابعات و قدرة النيابة العامة على التصرف أو البقاء ساكنة، و لم تستعمل مع نفس المفهوم ل السياسة الجزائية ، و أحيانا كان يشوبها الغموض مع بعض المفاهيم المجاورة.

من الصعب كثيرا تحديد مفهوم دقيق للسياسة الجزائية لأن تمييزها عن "السياسة الجنائية - Politique criminelle" و عن "السياسة العمومية - Politique publique".

كثير من المؤلفين يحددون يعطون مفهوما للسياسة الجنائية بالرجوع إلى مفهوم السياسية الجزائية، فيعرفونها بأنها: مجموع المناهج التي من خلالها تحمي الدولة الأشخاص و الممتلكات و كذلك حقوقهم الطبيعية. أما الأستاذ: KLEINSROD فيعرفها بأنها: معرفة الوسائل التي من خلالها يجب على المشرع، بموجب الأحكام الخاصة بكل دولة، الوقاية من الجرائم و حماية الحقوق الطبيعية لأفراده. أما الأستاذ FEUERBACH يذهب إلى: أن السياسة الجنائية هي حكمة الدولة المسيرة للقوانين. أما السيدة Christine LAZERGES فتقترح تعريفا للسياسة الجنائية بأنها: التفكير الإستراتيجي-العلمي- حول الظاهرة الإجرامية، أو فك تشفير الظاهرة الإجرامية و استعمال الوسائل الممكنة الاستعمال لمكافحة التصرف المنحرف و الإجرامي. بوجه عام فالسيدة LAZERGES ترى بأن السياسة الجزائية علم و فن يندرج ضمن نظام السياسة الجنائية و تتضمن مجموع الإجراءات التي من خلالها يقوم الجسم الاجتماعي بتنظيم إجابات حول الظاهرة الإجرامية³.

أما التمييز بين السياسة الجزائية و السياسة العمومية، فيمكن أن نعرف السياسة العامة بأنها: القيادة السياسية و الإدارية للشؤون العامة. أو بأنها: برنامج عمل يعهد به إلى سلطة أو عدة سلطات عامة أو حكومية.

بالنسبة للسيدة DELMAS-MARTY فالسياسة الجزائية تصبح سياسة عامة مثل غيرها، طالما أنها تعود إلى الحكومة طبقا للمادة 20 من دستور 1958⁴ التي تنص: على أن الحكومة تحدد و تقود سياسة الأمة. وهذا يؤدي بن للقول إلى أنه إذا ما كانت الحكومة لها سلطة توجيه و مراقبة السياسة الجزائية فهي تتصرف فيها بطريقة مشابهة مع السياسات العمومية الأخرى التي تقودها. وبهذا، تقترب السياسة الجزائية من السياسات العمومية الأخرى و هو ما يسمح بتوسيع مفهوم السياسة الجزائية إلى كل تصرف للسلطات العامة في الدولة في المادة الجزائية، و عليه فتفسير التقلبات الجنائية يحمي الأمن العمومي.

1- Jean VOLFF. Le Ministère Public. Collection. Que sais-je ?. PUF. Paris : 1998. p 31.

2- بموجب المادة 135 من الدستور الجزائري فالحكومة مسؤولة أمام البرلمان. و بموجب المادة 20 من الدستور الفرنسي، فوزير العدل و أعضاء الحكومة يحددون و يقودون سياسة الأمة و هم مسؤولون أمام البرلمان. إذن فالدستور يحدد من يتحكم في تحديد مفهوم المصلحة العامة.

3- Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Op.cit. pp 394. 395.

4- l'article 20 dispose que : « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation ».

حسب الأستاذ ENGUELEGUELE فرهان العدالة هو في تلك النصوص المنشورة في المادة الجزائية، و التي تفهم، كترجمة لرغبة دائمة، في تجديد هندسة و أساليب عمل مرفق القضاء. حسب هذا التحليل فالقضاء تصبح شيئا عموميا، و السياسة الجزائية، بقوة الأشياء، تصبح سياسة عمومية، دون أن تصنف في نفس المستوى مع مثيلاتها. المفاهيم الأخرى المجاورة لمفهوم السياسة الجزائية كمفهوم "السياسة الجنائية" و "السياسة العمومية" حسب الأستاذ Julie SEGAUD¹ في أطروحته للدكتوراه تأتي لتكوين مفهوم للسياسة الجزائية. فهذا المفهوم ظهر بطريقة مستقلة تحت قوة الظروف و تحت حماية مبادئ كبرى في قانوننا، لعل أبرزها استقلالية القضاة و مساواة الجميع أمام القانون.

إن الدعوى العمومية أصبح ينظر إليها كقطعة تدخل في تركيب السياسة الجزائية، و هاته الأخيرة كشبكة من القرارات و التصرفات المتناسكة والتي تفعل الإجابة الجزائية حول الظاهرة الإجرامية. إنها: مجموعة ميكانيزمات للمتابعات، لمعالجة و لقمع الجرائم حقيقة في مجتمع ما. و هكذا تكون السياسة الجزائية هي سياسة النشاط العمومي و تتعلق بتنسيق العمل بين نشاط النيابة العامة و نظام ملائمة المتابعات. و ترجع إلى التعليمات التي تتلقاها من وزير العدل طبق للمادة 36 من ق ا ج الفرنسي، في تأطير نشاط النيابة العامة. هذا هو التعريف الذي اقترحه لجنة العدالة الجنائية و حقوق الإنسان قبل سنوات قليلة.

إن إستراتيجية النشاط العمومي ليست هي السياسة الجنائية، إنها عنصر فقط من عناصر السياسة الجزائية. من وجهة النظر هاته تتميز السياسة الجزائية بمضمون يحتوي على عناصر القرار الذي يصدره المسؤولون عن قيادة السياسة الجزائية. السياسة الجزائية تعني أيضا الإستراتيجية الشاملة للنشاط في المادة الجزائية، وتتبع هدف يتطابق و التوجهات الكبرى للسياسة الجنائية، و الذي يكافح الظواهر الإجرامية و المنحرفة. في مقام ثان، فان "السياسة الجزائية" و "قرار السياسة الجزائية" تنتج من الممارسات العملية للمؤسسات الجنائية².

من حيث الأهداف، و بوجه عام ترمي السياسة الجزائية إلى أهداف قمعية كلاسيكية تتمثل في: البحث عن مرتكبي الجرائم و متابعتهم و استصدار أحكام ضدهم و تنفيذ الأحكام العقابية في حقهم. وهناك أهداف أخرى للسياسة الجزائية من خلال آليات و مناهج و نتائج يعهد إلى النيابة العامة تحقيقها تتمثل في الوقاية من الجرائم³، الوساطة الجزائية⁴ و حماية الضحايا⁵.

أما فيما يخص قرار السياسة الجزائية فإن دراستها يعني دراسات القرارات المتولدة في كل مرة و دورها خلال مرحلة سريانها فهي التي تشكل نظام السياسة الجزائية. إن قرار السياسة الجزائية هو الإجابة المقدمة من نظام التقرير الجزائي حول مسألة اجتماعية تعتبر كإشكالية جزائية. وهو يمتاز بخاصيتين أساسيتين: ارتباطها بالنظام

1- Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Op.cit. pp 398. 399.

2- Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Op.cit. p 400.

3- تسعى الدولة من خلال مؤسساتها القضائية إلى تجنب تجدد الجرائم.

4- سياسة الوساطة الجزائية تمثل في الحقيقة، صيغة للإجابة الجزائية، أدنى من العقوبة (القمع)، تقدم إجابة منطقية متماسكة للجرائم، في إطار الأهداف المحددة للسياسة الجزائية، فهي تقدم جوابا يتكيف مع تطلعات الضحايا.

5- إن السياسة الجزائية لا تحمي فقط النظام الاجتماعي بل تركز أيضا على حماية الضحايا. فهؤلاء ينتظرون من العدالة إجابات عن الجرائم المرتكبة، و هاته الإجابات يتعين أن تكون سريعة و متنوعة، ليس فقط في نظر مرتكبي الجرائم و لكن حتى في نظر الضحايا. إن موضوع السياسة الجزائية هو تحديد التوجهات الكبرى و ضبط الأهداف ذات الأولوية، فمن خلال وجهة النظر هاته، تبدو السياسة الجزائية كمهمة أو وظيفة جديدة للنيابة العامة.

التقريري الجزائري فهو ينتج في داخله، و باندراجة في كوكبة القرارات و النشاطات العمومية التي تؤسس للسياسة الجزائية.

حسب الأستاذ القدير: J. CHEVALLIER لا يوجد قرار سياسية جزائية إلا في إطار النظام تشارك فيه كل الهيئات الجزائية. فيعتبر هذا القرار مندرجا ضمن كوكبة القرارات التي هو مرتبط بها. بوجه عام، هناك تداخل بين عمل المشرع الجزائري و بين هيئات جزائية مختلفة.

إن قرار السياسية الجزائية - تقريبا- هو ذو طبيعة تشريعية: المبدأ هو شرعية الجرائم و العقوبات و الدستور، يضع ضمن المجال التشريعي، القانون الجزائري و الإجراءات الجزائية. لكن، القرار -قرار السياسة الجزائية- يمكن تقييمه بشكل مختلف لأنه يندرج ضمن سلسلة القرارات Une Série Décisionnelle.

لكن، ألا يمكن تصور قرار سياسة جزائية تصنعه الحكومة و يقوده النيابة العامة دون تبعية؟ و على حد تعبير الأستاذ Jean VOLFF هل يمكن للنيابة العامة أن تكون في نفس الوقت خادما لسيدتين: القانون من جهة و الحكومة من جهة أخرى؟ يجب رئيس النائب العام لدى محكمة تولوز: بان النظام الديمقراطي يفرض أن لا تكون للحكومة مصلحة أخرى غير تطبيق القانون. و هذا هو الواقع في اغلب القضايا. مع ذلك ففي بعض القضايا الخاصة يمكن أن يظهر التناقض بين إرادة الحكومة و بين احترام القانون.

هناك حل يدعو من أصحابه إلى قطيعة بين النيابة العامة و القضاء، و ذلك باستحداث جهاز من الموظفين تابعين للسلطة التنفيذية، يمثلون مصالح الحكومة، و يتساوون مع بقية أطراف الدعوى الجزائية. بالنسبة للأستاذ جون فولف لا يجب الخلط بين المبدأ الإجرائي "المساواة بين الأسلحة" المكرس من قبل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و بين المساواة في الوضع القانوني. إن ممثل المجتمع و المدافع عن المال العام لا يمكن وضعه في نفس الخط مع ممثل المصالح الخاصة. بالإضافة إلى أن تبني مثل هذا النظام لا يعني انه يؤدي إلى استقلال القضاء فقد لا تمر أمام القضاء إلا القضايا التي تختارها الحكومة عن طريق موظفين يطبقون بصرامة تعليمات الإدارة المركزية و يفتقرون لثقافة الاستقلال.

حل آخر يدعو أصحابه (و أكثرهم من المنظمات المهنية للقضاة) لقطع صلة التبعية التدريجية بين وزير العدل و النيابة العامة و ربطها برئيسها الطبيعي النائب العام لدى محكمة النقض، فيصبح هذا الأخير نائبا عاما للجمهورية مكلف على المستوى الوطني بمهمة حماية القانون و مدير المتابعات العامة و يمتلك الإدارة التقنية للنيابات العامة في كل مجالاتها و سلطات السهر على مجموع قضائياتها بالإضافة إلى تسوية النظام الأساسي لقضاة النيابة بمثيله لزملائهم قضاة الحكم.

نظريا، يوفر هذا النظام استقلالية تامة لقضاة النيابة في مواجهة السلطة التنفيذية و في نفس الوقت الحفاظ على وحدة النيابة و تجانس الدعوى العمومية على المستوى الوطني و الإقليمي. ومع ذلك هنا اشكاليات عميقتين ليس من السهل الإجابة عنهما: الأولى تتعلق بالشرعية الديمقراطية للنائب العام لدى محكمة النقض¹. فشرعية قضاة النيابة لا تسمح لهم بالتدخل في تحديد السياسة الجزائية : فهل للنائب العام و هو قاض محترف الحق في تحديد

1- يستمد القضاة (الحكم و النيابة) شرعيتهم من طريقة توظيفهم و تعيينهم و في نفس الوقت من قوانين الجمهورية، فنجاحهم في مسابقة وطنية ضمانه للاختيار على أساس الكفاءة و تعيينهم بعد ذلك من قبل رئيس الجمهورية بناء على اقتراح وزير العدل (أي من قبل المنتخبين من طرف الشعب) و يحدد الدستور و القوانين العادية و العضوية (أي النصوص الشرعية الصادرة عن الأمة و التي هي تعبير عن إرادتها) اختصاصاتهم و سلطاتهم.

السياسة الجزائية وقيادتها على المستوى الوطني؟ الجواب بالنفي. فسياسة الأمة تحددها و تقودها الحكومة بنص المادة 20 من الدستور، و الحكومة مسؤولة عن البرلمان عن تلك السياسة¹.

إن النائب العام لدى محكمة النقض و بوصفه قاض مستقل غير قابل للنقل، لا يمكن أن يحدد معالم هاته السياسة و لا أن يكون مسؤولا عنها أمام البرلمان، عكس وزير العدل المسؤول سياسيا أمام رئيس الجمهورية و أمام البرلمان عن تلك السياسية المنتهجة.

رابعاً. استقلالية النيابة العامة .

النيابة العامة مستقلة في مواجهة كل سلطات الدولة، خاصة السلطة التنفيذية. في مواجهة المتقاضين و المجتمع المدني بشكل عام و كذا في علاقتها بالمحاكم.

لا يمكن لأي وزير في الحكومة إعطاء أوامر أو تعليمات لقضاة النيابة و لا لأي عضو من أعضائها. كذلك ولاية الجمهورية في ولاياتهم ليس له أدنى سلطة على وكلاء الجمهورية و لا النواب العامين. و لا علاقة للبرلمان كسلطة بالنيابة العامة.

إن التبعية التدريجية للنيابة العامة لوزير العدل حافظ الأختام يدعنا للقول بأنها تمثل السلطة التنفيذية كذلك. غير أن، أبرز مظاهر استقلالية أعضاء النيابة العامة هو الكلمة الحرة في الجلسة *la liberté de parole* كما تتميز بعدم انقسامها و استقلاليتها بالنسبة لقضاة الحكم و كذا عن الطرف المتضرر و أخيراً عدم مسؤوليتها. و هكذا، تنص المادة 05 من أمر 22 ديسمبر 1958 على أن: { قضاة النيابة العامة يخضعون لإدارة و رقابة رؤسائهم التدرجيين و تحت سلطة وزير العدل، حافظ الأختام. في الجلسة الكلمة حرة. }². هذا مع استثناء النيابة العامة لدى محكمة النقض.

و هكذا تكون لوزير العدل سلطة مزدوجة على قضاة النيابة فتنبص المادة 30 الجديدة من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي³ على أنه: "يرسل إلى قضاة النيابة العامة تعليمات عامة⁴ حول الدعوى العمومية"⁵. و " يمكنه أن يأمر بتعليمات مكتوبة و موجهة إلى ملف الإجراءات مباشرة متابعات أو بالمبادرة بمتابعات⁶، أو بإخطار الجهات القضائية المختصة كتابيا بما يبدو له ملائماً من طلبات في قضايا معينة"⁷.

1- Jean VOLFF. Le Ministère Public. Op.cit. p 81-86.

2- Ce principe est énoncé à l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 : « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité de la Garde des Sceaux, ministre de la justice. A l'audience, leur parole est libre »

3- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

4- يجب دائماً، أن نتذكر بان عضو النيابة العامة هو "قاض" في نهاية المطاف. بالتالي، فهو لا يطبق التعليمات بشكل حرفي و لا بطريقة آلية: لا بد له قبل ذلك أن يفسرها ثم يكيف الوقائع معها، و بالنتيجة فهو يقوم بعملية مطابقتها للقانون و لا يمكنه باي حال من الأحوال تطبيق مناشير وزارية تتناقض مع قانون ما أو حتى مع المبادئ العامة للقانون. فما سر ثقافة الخضوع التي تغطي على جل ممثلي الحق العام في بلادنا؟

5- و في هذا الشأن هناك تقليد في فرنسا يسمى بالمناشير الوزارية العامة.

6- وهكذا، يكون القانون 2004-204 المؤرخ في 09 مارس 2004 قد ألغى كل إمكانية لوزير العدل في توجيه تعليمات بعدم المتابعة. لاسيما فيما أصبح يعرف في فرنسا بـ " القضايا الخاصة". فضلاً أن التعليمات يجب أن تكون مكتوبة و تودع في ملف الدعوى. و هكذا تصبح الأوامر الشفهية بطريق الهاتف أو بغيره مجردة من أي قوة إلزامية.

7- « il peut lui enjoindre par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes ».

بعبارة موجزة، فوزير العدل يفرض على مجموع قضاة النيابة العامة مفهومه للمصلحة العامة. من جهته، النائب العام لدى محكمة الاستئناف، يسهر على تطبيق هاته المصلحة العامة في نطاق اختصاص المجلس القضائي، و يشرف على نشاط وكلاء الجمهورية في المحاكم التابعة له و يقود سياسة الدعوى العمومية. و هكذا يتعين على وكلاء الجمهورية أن يرسلوا النائب العام بتقرير عن نشاط و سير النيابة¹. و هكذا، فسلطة الملائمة² التي يتمتع بها وكيل الجمهورية تسمح للنيابة بأن تختار، حسب الظروف، التماس تطبيق قانون ما أو بعدم التماس ذلك و هذا لتفادي مساوئ أكبر بكثير من مساوئ عدم تطبيقه. إن ذلك قرار سياسي، لا يمكن قبوله دون الرجوع الى السلطة التنفيذية في الدولة: إن المشروعية الدستورية التي تدعو ممثلي النيابة العامة إلى التقيد بالتدرجية الهرمية. و لكن، سلطة الدعوى الجزائية لا يمكن أن تخضع السيطرة عليها بهذا الشكل، و بهذا المعنى منحت للنيابة العامة سلطة خالصة، بوصفها سلطة قضائية³، و هكذا، فالنيابة العامة بإمكانها إجراء متابعات بدون أوامر أو حتى عكس أوامر رؤسائها، و المتابعات تبشر دون تعليمات أو حتى بعكس التعليمات التي تتلقاها. و بالعكس، فإذا ما رفضت النيابة إجراء المتابعات رغم التعليمات الموجهة إليها، فلا يمكن للرؤساء الحلول محلها و إجراء المتابعات مكانها. مثلا، أن يوجه النائب العام تعليمات الى وكيل الجمهورية تمنعه من مباشرة الدعوى العمومية، مع ذلك فوكيل الجمهورية بإمكانه التصرف و إخطار الجهة القضائية الجزائية. و على العكس، فالنائب العام الذي يأمر وكيل الجمهورية بإجراء متابعة معينة و الذي يرفض ذلك، فلا يمكن للنائب العام أن يحل محله و يباشر الدعوى العمومية⁴. و مع ذلك، فما هو سائد لدى نيابات الجمهورية عكس ذلك، لذا يجب ان تكيف الممارسة مع الواقع و وضع حد لثقافة التبعية و الخضوع و أن تتصرف النيابة وفق ما يمليه عليها الضمير في اطار القانون. و بهذه الفكرة تتعزز روح المسؤولية لدى ممثلي النيابة، و تتحصن استقلالية القضاء، الضمانة الأساسية لقانوننا⁵. مع كل هذا، و رغم قاعدة الخضوع للتدرج الهرمي التي يتعين على أعضاء النيابة احترامها فإنه بإمكانهم أثناء سير الجلسات أن يقدموا التماسات شفوية مخالفة او حتى مناقضة لخلاصاتهم المكتوبة التي قدموها، و هو ما تعبر طبقا المقولة الكلاسيكية الشهيرة⁶: *le couteau est servi mais la parole est libre*. كتب الأستاذ Maurice ROLLAND، أن "السلطة التنفيذية بإمكانها أن تفرض على النيابة تصرفات ما، لكن لا يمكنها أبدا أن تفرض عليها آراء. يمكنها أن تفرض متابعة، استئناف، طعن لكن لا يمكنها أن تقيد رأيها تبعا للمناقشات في الجلسة و تفرض عليها التماس عقوبة تراها غير صحيحة أو التماس تبرئة تراها غير عادلة". في الجلسة النيابة العامة بإمكانها أن تقول كل ما تعتقده موافقا لصالح المصلحة العامة و هذا يجسد دورها كمدافع حقيقي عن القانون الذي هو التعبير عن الإرادة الجماعية⁷.

1 - Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Op.cit. p 80.

2- إن مفهوم ملائمة المتابعات مرتبط بمفهوم المصلحة العامة.

3- النيابة العامة الفرنسية، وفق مفهوم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ليست سلطة قضائية بالمعنى الدقيق كونها تفتقر لضمانة الاستقلالية عن وزير العدل.

Par une décision remarquable n° 3394/03 du 10 juillet 2008 (Medvedyev et autres c/ France) et pour le moins surprenante au regard des principes, la Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que le Procureur de la République appartenant au corps du Ministère public, n'était pas une autorité judiciaire.

4 - Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Op.cit. p 81.

5 - Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Op.cit. p 82.

6- وهي المقولة التي تجسد ما جاء في المادة 33 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، و المادة 31 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

- سفيان عبدلي. ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر و فرنسا. جامعة محمد خيضر بسكرة. 2011. 7

دون شك، فإن استقلالية النيابة العامة سواء في مواجهة الجهة القضائية أو الأطراف، له أهمية محورية تماما مثل استقلاليته في مواجهة السلطة التنفيذية.

فاستقلاليته في مواجهة الأطراف يتجسد بعدم تقيدها بطلباتهم و لا تقيدها بتأسيس الضحية كطرف مدني أم لا. كذلك صفح الضحية و تنازلها من عدمه - باستثناء حالات محددة بنص القانون أين يضع سحب الشكوى حدا للمتابعة الجزائية - لا تأثير له على مطالبة النيابة العامة بالإدانة و لا على الطعون التي يبدو لها أن ترفعها. إن الدعوى العمومية محمية بالنظام العام تباشرها النيابة العامة تلقائيا دون أن تنتظر موقف أي طرف ما لم يقرر القانون خلاف ذلك.

أما في مواجهة الجهة القضائية، فالنيابة مستقلة عن قضاء الحكم و قضاء التحقيق. بوجه عام، لا يمكن للقضاة أن يوجهوا أوامر لأعضاء النيابة و لا أن انتقادات على اتخاذ أو عدم اتخاذ إجراءات ما. و لا يسوغ لقضاء الحكم أن يطلب من النيابة التخلي أو حذف اتهام ما¹. كما لا يحق للجهة القضائية أيضا إخطار نفسها بنفسها بالجرائم المرتكبة². و لا يجوز لقاضي الحكم الذي يترأس الجلسة أن يرفض أو يجد من حق النيابة في الكلام بكل حرية و لا رفض إعطاء ممثل النيابة الكلمة. كما أنه لا يسوغ للمحكمة الحكم في قضية ما بغير حضور النيابة العامة أو بحضورها لكنه امتنع عن المرافعة.

خامسا. مستقبل النيابة العامة وفقا للمفاهيم الأوروبية الجديدة.

إن الحديث عن مستقبل النيابة العامة على المستوى الأوروبي، لا بد و أن يمر عبر قناة تحليلية لقرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (CEDH).

لقد أبدعت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تطبيق مبدأ استقلالية القضاء وتكريسه واقعا من خلال الكثير من القضايا التي فحصتها وسنحاول استعراض أهمها وأهم المبادئ التي استخلصتها المحكمة الأوروبية:

بمناسبة قرار "Schrameck" في 22 أكتوبر 1984، اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن كلمة "محكمة" المنصوص عليها في المادة 06-1 من نص الاتفاقية الأوروبية هي مصطلح يتميز بمعناه المادي «**Au sens matériel**» وبدوره القضائي «**Son rôle juridictionnel**»، وهو يعني الهيئة التي هي مسؤولة عن تسوية النزاعات على أساس قواعد قانونية، وعن طريق إجراءات منظمة لكل المسائل التي تقع ضمن اختصاصها.⁽³⁾

1 - Cass. crim., 11 décembre 1984 ; Cass.crim.,13 novembre 1996.

2- في فرنسا بموجب قانون 23 جوان 1999، و في حالة جريمة متلبس بها، فقاضي التحقيق له ان يتخذ الإجراءات دون انتظار طلبات النيابة طبقا للمادة 72 فقرة 2 من ق ا ج الفرنسي. أيضا لغرفة التحقيق، في قضية محالة إليها، أن تأمر بمتابعات من تلقاء نفسها (المواد 201، 202 من ق ا ج الفرنسي). كذلك الجهات القضائية بإمكانها من تلقاء نفسها تحريك الدعوى العمومية في المخالفات و الجناح المرتكبة في الجلسات ضمن الشروط المنصوص عليها بالمواد 676 و 677 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي باستثناء جنحة الإهانة المنصوص عليها بالمادة 343-24 من ق ا ج الفرنسي و التي تتابع بالإجراءات العادية.

كذلك، محكمة الجناح، في ظل القانون السابق (المواد 360 و 379 من قانون التحقيقات الجنائية) كان يمكنها أن تأمر بمتابعات جديدة ضد متهم مائل أمامها من أجل جرائم مستخلصة من مجريات المناقشات، أما حاليا، بنص المادة 369 من ق ا ج الفرنسي أن تأمر فقط باقتياد المتهم المنطوق ببراءته الى وكيل الجمهورية بمحكمة الجناح الذي يطلب فورا فتح تحقيق.

3 - Arrêt « Schrameck », du 22 octobre 1984.

في قضية "ميدفيديف" ضد "فرنسا"¹ وبصرف النظر عن الوقائع، قدم بعض البحارة من جنسيات مختلفة عريضة إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بدعوى انتهاك دولة فرنسا للمادة 5-1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص: " كل إنسان له حق الحرية والأمن لشخصه ولا يجوز حرمان أي إنسان من حريته إلا في الأحوال الآتية ووفقا للإجراءات المحددة في القانون... " وإنتهاك المادة 3-5 والتي تنص: " أي شخص يلقي عليه القبض أو يحجز وفقا لنص المادة 5-1/ج، يقدم فورا إلى القاضي أو إلى أي موظف آخر مخول قانونا بممارسة سلطة قضائية ويقدم للمحاكمة خلال فترة معقولة...".

أدان قضاة ستراسبورغ فرنسا لانتهاكها المادة 5 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

أخذت هذه القضية أبعادا مهمة، فقد صرحت المحكمة في هذه المناسبة أن: "وكيل الجمهورية -في فرنسا- ليس سلطة قضائية بالمعنى الذي أعطته قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لهذه الفكرة- كما ذكر ذلك مقدمو الطلبات - وبصفة خاصة كون النيابة تفتقر للاستقلال في مواجهة السلطة التنفيذية، لذلك فهي سلطة غير مؤهلة لمفهوم المادة 05 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان"⁽²⁾

أما في قرار "مولان" ضد "فرنسا" بتاريخ 23 نوفمبر 2010، أدين فرنسا من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نظرا لانتهاكها أحكام المادة 3-05 من الاتفاقية الأوروبية.

وقائع هاته القضية تتمثل في أن: "فرانك مولان"، محام فرنسي، أثار أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إنتهاك القضاء الفرنسي للمادة 3-05 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تنص على (الحق في الحرية والأمن، ...) و على أنه (يجب تقديم الموقوف³ أمام قاض أو موظف آخر مخول قانونا بممارسة سلطة قضائية، ...) إعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن المحامي "مولان" لم يتم تقديمه أمام قاضي أو موظف مخول قانونا بممارسة مهام قضائية وفقا لأحكام المادة 3-05، حتى وإن تم تقديمه أمام وكيل الجمهورية المساعد لدى محكمة "تولوز" بعد انتهاء مدة التوقيف للنظر.

وذكرت محكمة ستراسبورغ، أن القضاة العاديين، يخضعون لنظام مختلف عن ذلك الذي يخضع له أعضاء النيابة العامة. فهم تابعون لسلطة رئاسية مشتركة وهي سلطة حافظ الأختام (وزير العدل)، وهم قابلين للعزل والنقل، وخلصت المحكمة، أن وضعية أعضاء النيابة العامة في فرنسا لا تلي متطلبات الاستقلالية في مواجهة السلطة

1- dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg avait clairement considéré qu'au regard de l'article 5 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur les atteintes à la liberté, « le procureur français n'est pas une autorité judiciaire car il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié » (§ 61).

2 - Affaire «Medvedyev». P.25.

3 - Aussi, CEDH, 4 décembre 1979, Schiesser c/ Suisse, § 27-38 (arrêt considérant que, pour que le procureur cantonal suisse offre des **garanties d'indépendance** suffisantes et soit une **autorité judiciaire** au sens de la Convention EDH, relève que ce magistrat n'avait pas reçu d'instructions dans l'affaire qui lui était déférée)

CEDH, 3 juin 2003, Pantea c/ Roumanie (arrêt considérant que le procureur doit « **remplir** certaines conditions représentant pour la personne détenue des garanties contre l'arbitraire ou la privation de liberté justifiée », notamment « **l'indépendance** par rapport à l'exécutif que compte également parmi les garanties inhérentes à la notion de magistrat ».

التنفيذية وفي مواجهة الأطراف.⁽¹⁾

هذين القرارين، في الحقيقة الأمر سببا صدمة لفرنسا، والدولة الآن مدعوة لإعادة النظر في وضعية أعضائه النيابة وعلاقاتهم بالسلطة التنفيذية وذلك بما يتماشى مع قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ويكفل لفرنسا القيام بالتزاماتها الدولية. و بالفعل، حدث ذلك بصدور القانون رقم 392-2011 بتاريخ 14 أفريل 2011 و المتعلق بالتوقيف للنظر⁽²⁾ أما وضع النيابة العامة فهو على حاله .

ويبدو أن الأمر قد أخذ منحى آخر فعلا، فهذه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ديسمبر 2010 تسير على خطى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فأصدرت الغرفة الجنائية قرارا جاء في أهم حيثياته أن "غرفة التحقيق لدى محكمة الاستئناف أخطأت حين اعتبرت أن النيابة العامة هي هيئة قضائية بمفهوم المادة 3-05 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان رغم أنها لا تمتلك ضمانات الاستقلالية والحياد المطلوبة من قبل نص الاتفاقية فهي جهة متابعة..."⁽³⁾ السيد، "Patrice SPINOSI"، وصف هذا القرار بأنه "انتصار كبير للعدالة" ويؤدي إلى تمييز فعال بين "قضاة حقيقة، مستقلين" و "قضاة نيابة للمتابعة والاتهام".⁽⁴⁾

إن اعتراف محكمة النقض الفرنسية بغياب استقلالية النيابة في مواجهة السلطة التنفيذية يستحق التقدير و الإشادة بعدالة مستقلة لا تخضع لغير القانون.

في الجزائر، دستور سنة 1996 تنص المادة 138 منه على أن: " السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون".

ونصت المادة 147 منه على: "القاضي لا يخضع إلا للقانون" وكذلك المادة 148 تحمي القاضي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه.⁽⁵⁾

بخصوص قضاة النيابة العامة ورغم أنهم ينتمون السلك القضائي إلا أنهم يخضعون للتبعية التدريجية أو السلمية لوزير العدل، على عكس قضاة الحكم والتحقيق الذين لا يخضعون في مباشرة مهامهم لأي تبعية فلا يتلقون الأوامر ولا التوجيهات من أي جهة كانت، فهم يصدرن أحكامهم بناء على اقتناعهم الشخصي و لا يخضعون لأي رقابة إلا رقابة القانون طبقا للمادة 147 من دستور 1996 التي تنص على أنه: «لا يخضع القاضي إلا للقانون» وكذلك المادة 148 من نفس الدستور والتي تنص على أن: « القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه»⁽⁶⁾.

إذن فقضاة النيابة العامة هم تحت سلطة وزير العدل كونه هو الرئيس الأعلى للنيابة العامة، وهي سلطة تخوله الرقابة والإشراف على أعضاء النيابة العامة الذي يتلقون منه الأوامر، ويسوغ -تبعاً- لذلك لوزير العدل نقل قضاة النيابة العامة أو محافظي الدولة نظرا لاحتياجات مرفق العدالة مع إخطار المجلس الأعلى للقضاء بذلك في أول دورة له.

1 - Affaire « Moulin ». P 18-19.

2 - La Loi N° 2011-392 du 14 Avril 2011 Relative à La Garde a Vue.

3 - Cassation. Criminelle, Arrêt N° 7177 du 15 décembre 2010, Philippe CREISSEN (10-83. 674).

4 - Patrice SPINOSI. AFP du 15 décembre 2010. afp.com.

5- الفصل الثالث من الدستور 22 نوفمبر 1996، والقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 والمتضمن التعديل الدستوري.

بالمقارنة، فالدستور الفرنسي لسنة 1958 فهو يتحدث في العنوان الثامن منه وفي ثلاث مواد عن الهيئة القضائية؛ فالمادة 64 منه تؤكد على استقلالية الهيئة القضائية وخصص المادة 65 منه للمجلس الأعلى للقضاء أما المادة 66 فتتص على أن الهيئة القضائية هي حارسه الحريات الفردية.⁽¹⁾

لكن السؤال المطروح، ما هو الأساس الذي جعل المشرع الجزائري ينص على تبعية قضاة النيابة العامة هرميا لوزير العدل؟ وما هو الأساس الذي جعله يمنح لوزير العدل سلطة تقرير نقل قضاة النيابة العامة؟

إن الدستور الجزائري ينص على أن السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون (المادة 138) وعلى أن القاضي لا يخضع إلا للقانون (المادة 147)، وعلى أن القاضي مسؤول أمام المجلس الأعلى للقضاء عن كيفية قيامه بمهمته، حسب الأشكال المنصوص عليها في القانون (المادة 148)، وأن «المجلس الأعلى للقضاء هو من يقرر تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي...» (المادة 155).

كل تلك الأحكام التأسيسية في الدستور الجزائري لا تقيم أي تفرقة بين القضاة العاديين وقضاة النيابة العامة فالمشرع حال سنه للنصوص التشريعية لم يراعي إرادة المؤسس الدستوري للجمهورية في إخضاع «كل» القضاة لنظام واحد فيما يخص تعيينهم ونقلهم وتأديبهم.

بمعنى آخر، لا يوجد نص في الدستور الجزائري يؤسس لنظام مختلف لقضاة النيابة العامة عن ذلك الذي يخضع له القضاة العاديين على عكس الأمر في فرنسا، والذي يبدو مقبولا قانونا، فالمؤسس الدستوري الفرنسي في دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 ينص صراحة في المادة 4/64 على أن «القضاة الجالوس (العاديين) غير قابلين للنقل» بمعنى أدق، عدم قابلية «القضاة العاديين للنقل»⁽²⁾، بما يفهم منه أنه يمكن أن يخضع قضاة النيابة لنظام آخر متميز ومختلف وهو قابليتهم للنقل.

إن هذا النص لا مثيل له في الدستور الجزائري، مما يدفعنا إلى القول أن المشرع الوطني تبنى أحكاما مخالفة للنص الصريح للدستور الجزائري.

يمكننا تفسير ذلك، أن المشرع الجزائري تأثر في سنه لحكم "قابلية قضاة النيابة للنقل" بالمشرع الفرنسي دون أن يراعي إرادة المؤسس الدستوري الجزائري، وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي كان وفيًا لإرادة المؤسس الدستوري للجمهورية الخامسة.

إذن، وحتى في فرنسا، فقضاة النيابة العامة قابلين للعزل وللنقل، فيمكن نقل قضاة النيابة، نظريا فقط، وذلك لفائدة مصالح العدالة ولكن المعمول به ومنذ فترة طويلة بفرنسا هو عدم نقل قضاة النيابة إلا إذا تعرضوا لعقوبات تأديبية أو بناء على طلبهم.⁽³⁾

أما القانون العضوي رقم 2010-830 المؤرخ في 22 جويلية 2010 والمتعلق بتطبيق المادة 65 من الدستور الفرنسي فقد تضمن أحكاما تعدل من الأمر رقم 58-1270 المؤرخ في 22 ديسمبر 1958 والمتضمن القانون

1 - La Constitution de Vème République (Du 04 Octobre 1958).

2- « Les Magistrats Du Siege Sont Inamovibles ».article 64-4 De La Constitution.

3 - Jean VOLFF. Le Ministère Public. Op.cit. p 27.

العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء و لاسيما المادة 20 منه والتي تنص على «تعديل أحكام المادة 38 من أمر 22 دسيمبر 1958 كما يأتي :

" ... لا يمكن ممارسة مهمة النائب العام أكثر من سبع سنوات أمام نفس المجلس القضائي...".⁽¹⁾

بمعنى أن النص أعطى ضمانات للنواب العامين لدى محاكم الاستئناف لنقلهم بعد 7 سنوات من أدائهم لهذه المهمة (النيابة العامة) وهذا ما يماثل نظرائهم رؤساء محاكم الاستئناف (وهم قضاة جلوس).

الخاتمة :

صحيح أن مؤسسة النيابة العامة واحدة من أكثر المؤسسات عراقية في الأنظمة القضائية عبر العالم، و مع ذلك فالتحولات السريعة في مفاهيم حقوق الإنسان التي يعيشها عالم اليوم و الضمانات المتنوعة التي يطلبها الإنسان، رفعت مطالب بتغيير جذري في نظام هاته المؤسسة.

فنظام التبعية التدريجية لم يعد مرحبا به و لا متقبلا في ظل مبدأ إستقلالية القضاء عن كل سلطة أخرى، حتى و إن كان هذا النظام يجد مبرراته في أرضية تطبيق سياسة جزائية وطنية محكمة و متناسقة، تقودها حكومة منتخبة، تحت طائلة إثارة مسؤوليتها السياسية أمام البرلمان. ومع أن هاته الفكرة تغرق في الشرعية الديمقراطية و في إطار مبدأ التوازن بين السلطات إلا أن الفكرة اليوم تتجه نحو إبعاد القضاء عن تلك التوازنات السياسية. و لا توجد رغبة -لا سيما لدى المحاكم الأوروبية ما فوق الوطنية- في ربط القضاء بعالم السياسة و خاصة السلطة التنفيذية.

في هذا الإطار، يمكننا الانطلاق من فكرة رفع يد السلطة التنفيذية عن التعيين في كل المناصب النوعية و ترك تلك المهمة للمجلس الأعلى للقضاء الحائز على الشرعية. و هكذا، فلنا أن نتصور سياسة جزائية وطنية يقودها النائب العام لدى المحكمة العليا و هذا الأخير يحوز الشرعية بكونه منتخبا من طرف كل زملائه القضاة عبر مختلف أنحاء الجمهورية و يقوم بتحديد معالم هاته السياسة بعد استشارة وزير العدل الذي يقدم له وجهة نظر الحكومة دون أن تكون ملزمة له، ثم يعد تقريراً بذلك و يناقشه أمام البرلمان الذي يكون له حق قبولها أو رفضها.

نحن، لسنا من أنصار فكرة "حكومة القضاة - *gouvernement des juges*" التي سادت في فرنسا في ظل نظام البرلمانات القديم (المحاكم) و التي خلفت سمعة سيئة نتج عنها خوف من حكومة قضاة قد تعارض السيادة الوطنية المنتخبين *Les élus* بتعسفها و تمردها على باقي السلطات.

و في نفس الوقت نحن لسنا من أنصار الأفكار² القائلة بأن القاضي ليس سوى "فم للقانون" *"bouche de la loi"* و التي جعلت من القاضي مجرد بوق للسلطة التشريعية³ و انتقصت من القضاء إلى حد أنه لا يعتبر سلطة بالمفهوم الفني تقف فيه على نفس خط الانطلاق وعلى قدم المساواة مع بقية سلطات الدولة.

1 - Article 20 De La Loi Organique N° 2010-830 du 22 Juillet 2010 .

2- و التي روج لها Charles Louis de Secondat الشهير أكثر بلقبه الأرسطراطي: البارون مونتسكيو في مؤلفه "روح التشريعات - *De l'esprit des lois*".

3- لمعلومات أكثر حول الأفكار الرائجة في هذا المجال أنظر: سفيان عبدلي. ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر و فرنسا. مرجع سابق. ص.ص 20 و 104.

بين هذا و ذلك، نحن دائما ندعم فكرة مفادها أن القضاة هو ضمير الأمة و قلبها النابض و هم حملة الشرعية في الدولة و ضامني الحريات الفردية و الجماعية. و بهذا تتولد سلطة قضائية، مستقلة فعليا. و إن كان وجود هاته السلطة لم يكن يوما محل ترحيب، بل و كثيرا ما أخاف عالم السياسة، إلى حد جعل الأستاذ: Jean FOYER يعبر عن ذلك في مقالة شهيرة وصفت بأنها "لن تنسى" من تاريخ الفقه الفرنسي بعنوان : «القضاء : تاريخ سلطة مرفوضة » La Justice : Histoire d'un pouvoir refusé .

نعم لطالما رفضت هذه السلطة، إن ذلك مبرر تاريخيا فـ« نفسية الشعب الفرنسي والنظام السياسي الذي يعبر عن هذه النفسية، لن يتقبل هذه الأحكام ولن يدعمها كونها صادرة من تعسف القضاة وليس من تطبيق القانون العام» وهناك مبرر تاريخي آخر وهو الخوف من شبح "حكومة القضاة"¹.

وهكذا، فالنيابة العامة هي اليوم أيضا سلطة مرفوضة فالحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان رفضت اعتبارها كسلطة قضائية لكونها غير مستقلة عن وزير العدل.

أما تجمع نقابات القضاة الأوروبيين فأعلن أن "استقلالية النيابة العامة مطلب لا غنى عنه لاستقلالية السلطة القضائية " و دعا: "إلى سلك وحيد للقضاة كلهم سواء قضاة النيابة أو الحكم: بنفس الضمانات و الاستقلالية و الحياد و نفس النظام القانوني الذي يخضعون له" كما أوصت بالخطر التام للتعليمات في ما يسمى "القضايا الخاصة".

في الأخير، لا بأس من التذكير بما جاء في توصيات اتحاد نقابات القضاة الأوروبيين الذي أعلن في مذكرة مودعة لدى البرلمان بمناسبة التعديل الدستوري للعام 2008، أنه "إذا كان مؤكدا أن النيابة يجب أن تطبق السياسة الجزائية المحددة من قبل الحكومة في إطار التبعية التدريجية، فإنه لا ينبغي إغفال أن أعضاء النيابة العامة هم في نهاية المطاف قضاة. و يجب أن يتصرفوا بطريقة عادلة، محايدة و موضوعية. فاستقلالية القضاء لا يكون باستقلال قضاة الحكم لوحدهم لكن باستقلالية قضاء النيابة أيضا. يجب إقصاء كل تخوف أو شك مشروع من طرف المتقاضين حول تسييس الدعوى العمومية و استعادة ثقة الفرنسيين في عدالتهم. أيضا، طريقة تعيين أعضاء النيابة العامة يجب أن تحظى بمزيد من الشفافية و الموضوعية، فتبني القانون الدستوري نصا يتم بمقتضاه تعيين أعضاء النيابة العام، بناء على رأي مطابق للمجلس الأعلى للقضاء، يسمح في نفس الوقت، لوزير العدل حافظ الأختام بأخذ مبادرة الاختيار و الاقتراح و يوفر للمتقاضين ضمانات اكبر بالرقابة الفعالة للمجلس الأعلى للقضاء". و انتهت توصيات أعلي اتحاد للقضاة في أوروبا إلى ضرورة وجود سلك وحيد يجمع كلا من قضاة النيابة و زملائهم قضاة الحكم على السواء.

1- أنظر: سفيان عبدلي. المرجع نفسه. ص 21.

قائمة المراجع :

I. المنظومة القانونية :

1. الدستور الجزائري المؤرخ في: 22 نوفمبر 1996.
2. القانون الدستوري رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 والمتضمن التعديل الدستوري.
3. La Constitution de Vème République (Du 04 Octobre 1958).
4. La Loi De Révision Constitutionnelle N° 2008-724 du 23 Juillet 2008 de Modernisation Des Institutions De La Vème République.
5. La Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.
6. La Loi Organique N° 2010-830 du 22 Juillet 2010 .
7. La Loi N° 2011-392 du 14 Avril 2011 Relative à La Garde a Vue.

II. المؤلفات و الدراسات :

1. Frédéric SUDRE. Le glas du parquet. Commentaire sous CEDH : 20 novembre 2010, Moulin c/ France. JCP G, n° 49. 6 décembre 2010.
2. Jean VOLFF. Le Ministère Public. Collection. Que sais-je ?. PUF. Paris : 1998.
3. Jean-François RENUCCI. Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire. 2009.
4. Jean-Pierre MARGUENAUD. Tempête sur le Parquet. Commentaire sous CEDH : 10 juillet 2008. Medvedyev c/ France. 2009.
5. Julie SEGAUD. Essai Sur L'action Publique. Thèse pour le Doctorat. Université De Reims. 2010.
6. Patrice SPINOSI. AFP du 15 décembre 2010. afp.com.
7. Roger PERROT. Institutions judiciaires. Domat. Montchrestien : 2006.
8. سفيان عبدلي. ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر و فرنسا. جامعة محمد خيضر بسكرة. 2011.

III. القرارات القضائية :

1. CEDH: 4 décembre 1979, Schiesser c/ Suisse.
2. CEDH: 22 octobre 1984. « Schrameck ».
3. CEDH: 3 juin 2003, Pantea c. Roumanie.
4. CEDH: 29 mars 2010. Medvedyev et autres c. France. Requête n° 3394/03.
5. CEDH: 20 novembre 2010. Moulin c. France. Requête n° 37104/06.
6. Cass.crim., 11 décembre 1984 .
7. Cass.crim., 13 novembre 1996.
8. Cass.crim., Arrêt N° 7177 du 15 décembre 2010, Philippe CREISSEN (10-83. 674).

جهود الأجهزة العالمية في مجال نسليج المجرمين



فضيلة الأستاذ : بوقطوف خميسي

باحث دكتوراة جامعة تبسة-الجزائر

مقدمة :

مما لا شك فيه أن الجريمة أضحت تشكل تهديدا للمجتمعات المتقدمة في مجال الصناعة و حائلا دون التنعم بأسباب الرفاهية التي توفرت لديها، كما تقف عائق أمام التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلدان النامية، وسرعان ما تطورت الجريمة بسرعة فائقة في إتجاه تصاعدي في ظل العولمة وثورة الاتصالات والمعلومات ، وزيادة حجم المبادلات الدولية وحرية تنقل الأشخاص ورؤوس الأموال ، شجع هذا التطور بروز نوع من الجرائم كالإرهاب، الاتجار بالبشر، تبييض الأموال .

وللأسف أخذت الجريمة مكانها في مجالات الإقتصاد والسياسية والعلوم والتحكم في التقنيات، التي لها آثار وخيمة على المجتمعات الدولية برمتها وتتعدى في بعض الأحيان خسائرها البشرية والاقتصادية خسائر الحروب والكوارث .

وعليه في ظل هذه التغيرات الجديدة، لا يمكن لأية دولة في العالم مهما بلغت قوتها أو تقدمها أن تواجه ظاهرة الجريمة بمفردها، وذلك راجع إلى سهولة تنقل المجرمين بين الدول، وخطورة بعض الأنشطة الإجرامية إلى درجة فاقت قدرات الدول في مواجهتها، غير أن العائق الكبير لتكريس هذا التعاون يتمثل في تحجج بعض الدول أن يؤدي إلى المساس بسيادتها في المجال الأمني خاصة.

ونتيجة لذلك أصبح التعاون الدولي في مجال مكافحة وتسليم المجرمين مهمة كل الدول ، ومن حق أي دولة أن تطالب بتسليمها أي مذنب ومعاقبته على أي جرم إقترفه على أراضيها لتقديمه إلى العدالة الجنائية.

لقد ترسخ إقتناعا لدى المجتمع الدولي، بأن التصدي لمنع الجريمة وتسهيل إجراءات تسليم المجرمين، يكون بمساهمة أجهزة دولية عالمية أوإقليمية ، لعبت هذه الأخيرة دور ملموس في مجال تسليم المجرمين خاصة في نطاق التجريم و التقنين¹، وأولى المنظمات التي لعبت الدور الرئيسي في هذا المجال هيئة الأمم المتحدة التي إتخذت عدة وسائل في عملها

¹ - أنظر هشام عبد العزيز مبارك ، تسليم المجرمين بين الواقع و القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2006، ص 498.

، لمكافحة و قمع مظاهر الجريمة ،من خلال إنشاء لجان مختصة في مجال مكافحة الجريمة التي تعتمد في عملها على شبكة المعاهدات الإقليمية التابعة للأمم المتحدة ، كما تعقد الأمم المتحدة المؤتمرات حول منع الجريمة و العدالة الجنائية التي تنبثق من خلال المعاهدات الدولية للتصدي للجريمة ، كما لا يغفل الدور المؤثر الذي تقوم به المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأنتربول) للتصدي للجريمة وتسليم المجرمين .

و تأسيسا على ما تقدم نطرح الإشكالية التالية :

إلى مدى ساهمت جهود الهيئات الدولية في تحقيق التعاون الدولي في مجال تسلي المجرمين، و ما هي العوائق القانونية و السياسية التي تحول دون فعالية هذا التعاون ؟ و سنعالج هذا الموضوع من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول : جهود الأمم المتحدة في مجال تسليم المجرمين.

المبحث الثاني : دور المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأنتربول) في مجال تسليم المجرمين .

المبحث الأول : جهود الأمم المتحدة في مجال تسليم المجرمين :

يتجلى دور الأمم المتحدة ، في مكافحة الجريمة في جميع مظاهرها من خلال إعداد المعاهدات النموذجية التي تنبثق من اجتماعات الجمعية الثنائية أو متعددة الأطراف بشأن تسليم المجرمين¹، وكذلك المساعدة القانونية المتبادلة من خلال عقد مؤتمرات الأمم المتحدة لمنع الجريمة و معاملة المجرمين ، كما لا يغفل دور المجلس الإقتصادي و الإجتماعي ، الذي تفرع عنه لجنتي منع الجريمة و العدالة الجنائية ، و الثانية متعلقة بالمخدرات ، و عليه سنتناول في هذا المبحث جهود الأمم المتحدة في مجال تسليم المجرمين في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : الجمعية العامة .

المطلب الثاني : المجلس الإقتصادي و الإجتماعي .

المطلب الأول : الجمعية العامة :

يتمثل دور الجمعية العامة في مجال تسليم المجرمين بالخصوص في عقد المؤتمرات الدولية ، وإعداد المعاهدات النموذجية .

الفرع الأول : المؤتمرات الدولية :

تعقد مؤتمرات الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين كل خمس سنوات بناء على قرار من المجلس الإقتصادي والإجتماعي و تحت إشراف فرع منع الجريمة والعدالة الجنائية الذي يتخذ له مقرا بفيينا.

¹ - القرار الذي إتخذه الجمعية العامة رقم 116/15 تناول المعاهدة النموذجية لتسليم المجرمين .

انعقد المؤتمر السابع¹ لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين في ميلانو الإيطالية في الفترة ما بين 26 أوت - 6 سبتمبر 1985، ومن الموضوعات التي نوقشت في هذا المؤتمر² :

- الأبعاد الجديدة للإجرام و منع الجريمة في سياق التنمية و التحديات المستقبلية .
- إجراءات العدالة الجنائية و آفاقها في عالم متغير.
- وضع و تطبيق معايير و قواعد الأمم المتحدة في مجال العدالة الجنائية .
- الشباب و الجريمة و العدالة.
- و من الإقتراحات الموصى بها من طرف المؤتمرين³ :

- قواعد الحد الأدنى لمحاكمة الأحداث (قواعد بكين).
 - مبادئ العدالة لضحايا الجريمة و إساءة استخدام السلطة.
 - معايير منع جنح الأحداث .
 - إقتراح خاص بالعنف العائلي.
- نظرا لما تشكله الأنشطة الإجرامية الإرهابية الوطنية و الدولية من تهديد خطير للإستقرار على جميع الأصعدة خاصة الإجتماعي والسياسي ، رأى المؤتمرين الذين شاركوا في المؤتمر الثامن للأمم المتحدة لمنع الجريمة و معاملة المجرمين وجوب التصدي لها باتخاذ إجراءات مناسبة و منسقة و متضافرة على كافة الأصعدة كما في ذلك تدابير المساعدة للملاحقة المجرمين أو تسليمهم عبر وضع معاهدات تسليم دولية و إتخاذها بفاعلية سواء كانت جزءا من اتفاقيات متعددة الأطراف ، أو إقليمية أو ثنائية ، ويجب ألا يحول الدفع بالحركة السياسية دون تسليم من يرتكبون جرائم العنف الإرهابي ، كما أوصى المؤتمر التاسع للأمم المتحدة لمنع الجريمة و معاملة المجرمين بسن تشريعات نموذجية بشأن تسليم المجرمين مع احترام كل أشكال التعاون في مجال المسائل المتعلقة بالجريمة و حماية حقوق الإنسان⁴.

و من التوصيات التي خلص إليها المؤتمر الحادي عشر الذي انعقد في الفترة الممتدة ما بين 18-25 أبريل 2005 ببانكوك أن تصبح جميع الدول أطرافا في المعاهدات العالمية لمكافحة الإرهاب و أن تتضمن أحكامها في تشريعاتها لضمان تنفيذها تنفيذا كاملا ، وحث الدول المانحة إلى مضاعفة الجهد في توفير المساعدة إلى البلدان النامية و البلدان التي تمر اقتصادها بمرحلة انتقالية في جهودها لكي تصبح أطرافا في هذه المعاهدات و تعمل على تنفيذها ،

1 - اشتركت في هذا المؤتمر 125 دولة من كافة أنحاء العالم ، و قد مثلت الدول العربية كل من المملكة العربية السعودية - الجماهيرية العربية الليبية - جمهورية جيبوتي - الجمهورية العربية السورية - السودان - العراق - قطر - الكويت - لبنان - جمهورية مصر العربية - المغرب - موريتانيا - جمهورية اليمن الشمالية - جمهورية اليمن الجنوبية (قبل الوحدة) .

2 - أنظر محمد إبراهيم زيد ، مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة و معاملة المذنبين ، (www.Almaktaba.net) ، ص 141-142

3 المرجع نفسه، ص150.

4 - علي جعفر ، مكافحة الجريمة (مناهج الأمم المتحدة و التشريع الجزائري) ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 1998، ص192.

و مساعدة الدول في جهودها لمكافحة الإرهاب في إطار التزاماتها الدولية ، بما في ذلك مراعاة سيادة القانون و احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية¹.

الفرع الثاني : إعداد المعاهدات النموذجية في مجال تسليم المجرمين :

إن الترتيبات الثنائية القائمة حالياً بشأن تسليم المجرمين قد عفى عليه الزمن و ينبغي أن تحل محلها ترتيبات حديثة تراعي فيها التطورات الحديثة في القانون الجنائي ، مما أدى إلى إعداد المعاهدة النموذجية² لتسليم المجرمين كونها وسيلة فعالة لمعالجة الجوانب المعقدة و العواقب الخطيرة للجريمة و لا سيما في أشكالها و أبعادها الجديدة .

تتكون الاتفاقية النموذجية لتسليم المجرمين من 18 مادة ، حيث يكون الالتزام بالتسليم عند الطلب أحد الأطراف بتسليمه أي شخص مطلوب لديها وفق أحكام هذه الاتفاقية³ ، لكن يمكن لأحد الأطراف أن يرفض التسليم بحجة أن الجرم المتابع به ذا طابع سياسي ، أو وجود فرض محاكمة الشخص بسبب عنصري أو ديني أو حسب جنسيته أو أصله أو عرقه أو بسبب آرائه السياسية .

و من المسائل التي تناولتها هذه الاتفاقية ، الالتزام بالتسليم (م1) ، الجرائم الجائز التسليم بشأنها (م2) ، لأسباب الإلزامية للرفض (م3) ، الأسباب الاختيارية للرفض (م4) ، قنوات الاتصال و الوثائق المطلوبة (م5) ، إجراءات التسليم المبسطة (م6) ، الاعتقال المؤقت (م9) ، البث في الطلب (م10) ، تسليم الشخص (م11) ، التسليم المؤجل أو المشروط (م12) ، تسليم الأموال (م13) ، قاعدة التخصيص (م14) ، العبور (م15) ، تزامن الطلبات (م16) ، التكاليف (م17) .

المطلب الثاني : المجلس الاقتصادي و الاجتماعي التابع للأمم المتحدة :

يعتبر المجلس الاقتصادي من مكونات منظومة الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة ، و تحقيق الدفاع الاجتماعي و العدالة الجنائية ، حيث تفرعت عنه لجنتين متخصصتين في مجال مكافحة الجريمة و العدالة الجنائية وهما لجنة منع الجريمة و العدالة الجنائية ، و لجنة المخدرات⁴.

الفرع الأول : لجنة الجريمة و العدالة الجنائية :

و هي هيئة مكونة فيما بين الحكومات Intergovernmental ، تتشكل من 40 حكومة و تعقد دوراتها سنوياً منذ عام 1992 ، بمكتب الأمم المتحدة بفيينا ، و تعد الجهاز المنظم لآلية عمل نظام مكافحة الجريمة بالأمم المتحدة ، و تتمثل أوليات عمل هذه اللجنة في العمل الدولي لمكافحة الجريمة الوطنية و عبر الوطنية التي تشمل كل

¹ - حلقة العمل 4 من مؤتمر الأمم المتحدة السابع: البند 4 من جدول الأعمال المتعلق : التعاون الدولي في التصدي للإرهاب و للعلاقات بين الإرهاب و الأنشطة الإجرامية الأخرى ص 19. رقم الوثيقة A/CONF.213/7

² - اعتمدت في الجلسة العامة 99 المؤرخة في 14/12/1990.

³ - أنظر المادة 1 من الاتفاقية .

⁴ - أنشئت بقرار المجلس الاقتصادي و الاجتماعي رقم 01 لسنة 1992 ، الصادر في فيفري 1992 الذي ألغى لجنة مكافحة الجريمة و

الرقابة (committe on crime prevention and control) السابق إنشائها بقرار الجمعية العامة رقم 415 لسنة 1950 .

من الجريمة المنظمة ، الجريمة الاقتصادية و تشمل الأموال ، و تعمل أيضا على تطوير دور القانون الجنائي في حماية البيئة ، منع حركة الأحداث و جرائم العنف في المناطق الحضرية ، و تحسين كفاءة أنظمة إدارة العدالة الجنائية و علاوة على ذلك ، فإنه وفقا لقرار المجلس الإقتصادي و الإجتماعي رقم 22 لسنة 1952 أوكلت لها مهمة مراجعة المبادئ الأولية في مجال مكافحة الجريمة بدوراتها السنوية ، والقيام بتقديم المساعدة الفنية للدول التي تحتاج إليها ، كما يعد من البنود شبه الثابتة في جدول أعمالها عملية تطوير استخدام معايير العدالة الجنائية للأمم المتحدة و مبادئ تطبيق السياسة التي يضعها قسم منع الجريمة الجنائية لسكرتارية الأمم المتحدة¹ .

الفرع الثاني : لجنة المخدرات :

تعتبر من الأجهزة ذات الاختصاص الأصيل التابعة للمجلس الإقتصادي و الإجتماعي ، فقد كان لها الدور الكبير في مجال تسليم المجرمين ، من خلال وضعها قانون نموذجي لتسليم المجرمين لسنة 2004 ، و الغاية منه هو تقديم مبادئ توجيهية ، بشأن صياغة أو تعديل التشريعات الوطنية لتسليم المجرمين و كذلك الإعتماد عليه في حالة إبرام الإتفاقيات سواء ثنائية أو متعددة الأطراف في مجال التسليم و تضمن هذا القانون النموذجي في محوره الأول الأحكام العامة التي عرف من خلالها تسليم المجرمين و الأسس القانونية له و الثاني تناول الشروط لموضوعية تسليم المجرمين ، و المحور الثالث تناول أسباب رفض التسليم و تضمنته المادة 04 إلى غاية المادة 13 ، و المحور الأخير تناول إجراءات التسليم² ، والغاية من وضع القانون النموذجي تيسير و تبسيط إجراءات التسليم .

المبحث الثاني : دور المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الأنتربول :

أنشأت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأنتربول) عام 1923 ، تحت اسم اللجنة الدولية للشرطة الجنائية ، ثم أخذت اسمها الحالي في عام 1956 ، ومقرها في مدينة ليون (Lyon) بفرنسا و يبلغ عدد أعضائها 177 دولة³ .

و هذه المنظمة و إن كانت لا تعتبر شخصا دوليا و لكن المجلس الإقتصادي و الإجتماعي التابع للأمم المتحدة اعترف لها منذ سنة 1949 بطابع المنظمة غير الحكومية ذات النظام الاستشاري و أجاز لها أن تشارك في أعماله⁴ .

وتهدف هذه المنظمة إلى المزيد من التعاون الدولي في مكافحة الجريمة و ملاحقة مرتكبيها و الحد من انتشارها. يتمثل دور المنظمة في تسهيل عملية التسليم و تنسيق أعمال الشرطة الجنائية في مختلف الدول الأعضاء من أجل تضيق الخناق على المجرمين و عدم السماح لهم بأن يفلتوا من العقاب ، و أسهمت في خدمة المجتمع الإنساني لما قدمته من خدمات لسلطات الشرطة الجنائية في الدول المختلفة ، فأصبحت مهمة تعقب المجرمين يسيرة بفضل

¹ - أنظر علاء الدين شحاتة ، التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة "دراسة الإستراتيجية الوطنية للتعاون الدولي لمكافحة المخدرات" ، إيتراك للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2000 ، ص 190-191 .

² - أنظر عبد الله بن جده ، التعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2009 ، ص 73 .

³ - للمزيد من التفاصيل المتعلقة بنشأة المنظمة أنظر شريف سيد كمال ، الجريمة المنظمة في القانون المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2001 ، ص 262 و ما بعدها .

⁴ - أنظر علي محمد جعفر ، مكافحة الجريمة مناهج الأمم المتحدة و التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 195 .

التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول المختلفة المنطوية تحت لواء الأنتربول¹، و بناء على ما تقدم نتناول دور المنظمة الدولية لشرطة الجنائية في إطار تسليم المجرمين من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : البيان القانوني للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية .

المطلب الثاني : الإجراءات المتبعة من قبل الأنتربول في مجال تسليم المجرمين .

المطلب الأول : البيان القانوني للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية :

الفرع الأول : الجمعية العامة واللجنة التنفيذية للأنتربول :

أولا : الجمعية العامة² :

هي أعلى سلطة تشريعية ، فهي التي وضعت الدستور الخاص بالمنظمة و لا تملك أي جهة أخرى تعديله سوى هذه الأخيرة³، وتختص الجمعية بإصدار التوصيات و القرارات لأعضائها في المسائل التي تختص الهيئة لمعالجتها ، و تعمل على تقرير المبادئ و الإجراءات العامة لبلوغ أهداف المنظمة و المتمثلة في تأكيد المعونة المتبادلة و تشجيعها على أوسع نطاق ممكن بين أجهزة الشرطة و إقامة النظم التي من شأنها أن تسهم على نحو فعال في ملاحقة الجريمة⁴.

ثانيا : اللجنة التنفيذية للأنتربول :

تتكون هذه اللجنة من ثلاثة عشر عضوا أو تختص⁵ كما يلي :

- أ- الإشراف على تنفيذ قرارات الجمعية العامة .
- ب- إعداد جدول أعمال الجمعية .
- ج- تقدم للجمعية العامة برنامجا لعمل أو مشروعا ترى نفعه في مكافحة الجريمة.
- د- الإشراف على أعمال و إدارة الأمانة العامة للمنظمة .
- هـ- مباشرة كافة الاختصاصات التي تفوضها بها الجمعية العامة .

1 - أنظر علي حسن الطوالة ، التعاون الإجرائي الدولي في مجال تسليم المجرمين ، مركز الإعلام الأمني، البحرين، ص4.

2 - تمثل الجمعية العامة السلطة العليا في المنظمة و هي تتكون من جميع مندوبي الدول أعضاء المنظمة و تنعقد الجمعية العامة للأنتربول في دورة عادية مرة كل عام لمزيد من التفاصيل أنظر محمد منصور الصاوي ، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، بدون سنة نشر ، ص 700 و ما بعدها ، وانظر كذلك علاء الدين شحاتة ، مرجع سابق ، ص 777 و ما بعدها .

3 - أنظر سراج الدين الروبي ، آلية أنتربول في التعاون الدولي الشرطي ، الدار المصرية اللبنانية للطباعة و النشر، الطبعة الثانية (مزيدة و منقحة) ، 2001، ص5.

4 - أنظر محمد منصور الصاوي ، أحكام القانون الدولي المتعلقة بملاحقة الجرائم ذات الطبيعة الدولية ، مرجع سابق ، ص 706.

5 - أنظر المادة (22) من ميثاق المنظمة .

الفرع الثاني : الأمانة العامة (السكرتارية العامة) للأنتربول و المكاتب المركزية الوطنية التابعة له :

أولا : الأمانة العامة (السكرتارية العامة) للأنتربول ¹.

تقسم إلى شعب تتولى كل منها عددا من الأعمال و الإختصاصات التي تدخل في نطاق عمل الأنتربول ، و أهم تلك الشعب هي شعبة القضايا الجنائية الدولية ، سواء أكان ذلك بناء على جلب أجهزة الشرطة في الدول الأعضاء في المنظمة أم كان ذلك تلقائيا و بناء على مبادرة الشعبة ذاتها و تضم خمس زمر هي :

شعبة (1) : الإجرام العام General Crime (الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص و الأموال).

شعبة (2) : الإجرام الإقتصادي والمالي Economic and Fimancial (النصب و تزيف العملة).

شعبة (3) : ملاحقة الإتجار في المخدرات غير المشروعة Illicit Drug

شعبة (4) : الاستخبار الجنائي.

شعبة (5) : تضم 5 فروع (فرع النقص و الإجابة على الرسائل ، جهاز بصمات الأصابع ، و حدة تحليل المعلومات ، النشرات الدولية ، التقصي الآلي).

الفرع الثاني : المكاتب المركزية الوطنية التابعة للأنتربول :

حرص ميثاق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأنتربول) على النص على إنشاء مكاتب مركزية وطنية للشرطة الدولية " المواد (31-33) من ميثاق الأنتربول " في إقليم كل دولة عضو في الأنتربول كجهاز من الأجهزة المكونة لبنان المنظمة و ذلك تحقيق لفاعلية التعاون الدولي الذي يهدف إلى مكافحة الجريمة و تعتبر المكاتب بمثابة القوة المحركة للأنتربول و عصب التعاون الدولي المستهدفة لملاحقة الجريمة الدولية وذلك من خلال تجميع البيانات و المعلومات المتوفرة لدى أجهزة الشرطة المختلفة في الدولة التي لها فائدتها في مكافحة الجريمة و تبادلها مع المكاتب المركزية الوطنية في الدول الأخرى أعضاء الأنتربول و الاستجابة لطلبات المكاتب المركزية الوطنية الموجودة في الدول الأخرى ².

المطلب الثاني : الإجراءات المتبعة من قبل الأنتربول في مجال تسليم المجرمين :

الفرع الأول : الإجراءات العادية التي يقوم بها الأنتربول في مجال تسليم المجرمين :

يتم اتخاذ إجراءات الملاحقة و الضبط بناء على طلب مقدم للأمانة العامة للأنتربول عن طريق المكتب المركزي الكائن بالدولة الطالبة للتسليم ، و يتضمن هذا الطلب بيان مفصل عن هوية الشخص المطلوب و أوصافه و بسبب التحري عنه و ظروف ارتكابه الجريمة و مصدر مذكرة التوقيف الصادرة عنه و رقمها و تاريخها و الإشارة إلى ما كانت السلطات المختصة في الدولة تنوي استرداده في وكالة العثور عليه ، و بعد دراسة هذا الطلب من طرف

¹ - علاء الدين شحاتة ، مرجع سابق ، ص 180.

² - محمد منصوري الصاوي ، أحكام القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 722.

المكتب الوطني في ضوء المادة الثالثة من دستور المنظمة و التي تقضي بأن يمنع منعاً باتاً على المنظمة أن تتدخل في الأمور السياسية أو العسكرية أو الدينية أو العنصرية ، فإذا رأى المكتب أن الجريمة سياسية أو عسكرية امتنع عن الكتابة بهذا الصدد ، و بعد وصول الطلب إلى السكرتارية العامة في المنظمة و تأكدها بأن الطلب لا يتعارض مع المادة الثالثة من دستور المنظمة فإنها تقوم من خلال الأمين العام للمنظمة بإصدار مذكرة فردية ذات صيغة موحدة إلى جميع المكاتب الوطنية للشرطة الجنائية في بلدان العالم ، و بعد أن تتسلمها المكاتب الوطنية فإنها تبذل مجهوداتها لمعرفة الشخص المطلوب ، و بعد أن تتوصل إلى معرفة مكانه ، فإنها إما أن تلقي عنه القبض و توقفه إذا كانت قوانينها تجيز ذلك أو أنها تستمر في مراقبته إذا كانت قوانينها لا تجيز ذلك الوقف بدون أمر قبض ، يتعين على المكتب الوطني للشرطة الجنائية في الدولة التي أُلقي فيها القبض على الشخص المطلوب في جميع الأحوال تبليغ الأمر إلى المنظمة الدولية للشرطة الجنائية و إلى مكتبها في الدولة التي تطلب المجرم الفار ، و بعد ذلك يعلم القاضي من طرف المكتب الوطني حيث يبادر هذا الأخير إرسال طلب التوقف إلى السلطة القضائية المختصة في البلد الذي أُلقي القبض فيه على الشخص المطلوب ، و يتضمن هذا الطلب تأكيداً جديداً بأن طلب التسليم في طريقه المعتاد ، و أن استكمال كل هذه الإجراءات و توقيف المجرم الفار نهائياً بقصد تسليمه يدعوا الأمانة العامة للمنظمة إلى إصدار إلغاء للتعميم السابق حتى يبطل مفعوله¹.

قبل الإنهاء من الحديث عن الإجراءات العادية التي تقوم بها المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في إطار تسليم المجرمين ، لابد من إبراز أدوات التسليم التي تنتجها المنظمة بهذا الدور ، و المقصود بهذه الأدوات الوسائل التي تستخدم من جانب الأنتربول كل دولة لملاحقة الأشخاص المطلوبين لصالح هذه الدولة².

و هذه الوسائل هي :

1- النشرة الدولية الحمراء :

تعد النشرة الدولية الحمراء الأداة الأولى الفعالة في ملاحقة المجرمين الفارين من دولة إلى أخرى (على المستوى الدولي) التي تصدرها الأمانة للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية بناء على طلب المكتب المركزي الوطني للدولة الطالبة و الفرق بينه و بين التسليم أنها تعتبر طلب توقيف مؤقت لحين تقديم طلب التسليم بالطرق الدبلوماسية في حين أن التسليم وثيقة رسمية تقدمها الدولة الطالبة، و أغلب الأحيان بالطريق الدبلوماسي³، كما أن النشرة الحمراء تتضمن بيانات⁴ خاصة بالمطلوب.

¹ - د.علي حسن الطوالي ، التعاون الإجرائي في مجال تسليم المجرمين ، مرجع سابق ، ص 16-18 لتبسيط و تيسير إجراءات التسليم يقوم الأنتربول بتعميم منشور 600 EXTRAT على كل المكاتب المركزية التابعة له ، لكي يضع كل منشور الإمكانيات القانونية المتوفرة لدى شرطة كل دولة في مجال تسليم المجرمين الوطنية لمزيد من التفاصيل أنظر د.منتصر سعيد حمودة ، الإرهاب الدولي و جوانبه القانونية ، وسائل مكافحته في القانون الدولي العام و الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 357 و ما بعدها .

² - اللواء سراج الدين محمد الروي ، الأنتربول و ملاحقة المجرمين ، مرجع سابق ، ص 117.

³ - اللواء سراج الدين محمد الروي ، الأنتربول و ملاحقة المجرمين ، مرجع نفسه ، ص 130، 122.

⁴ - أنظر بيان تلك البيانات سراج الدين محمد الروي ، الأنتربول و ملاحقة المجرمين ، ص 124 و ما بعدها.

2- النشرة الدولية الزرقاء :

تتضمن نفس البيانات التي تحمل النشرة الحمراء، إلا أنها تختلف عنها في الإجراء المطلوب إتخاذ من الدولة التي تقبل إليها هذه النشرة الزرقاء، ففي الوقت الذي يطلب فيه من الدولة التي تصل إليها النشرة الحمراء القبض التحفظي مهيدا للتسليم، فإن النشرة الزرقاء يطلب فيها من حيث الدولة مجرد إبلاغ الدولة التي أصدرت النشرة الزرقاء أن هذا الشخص موضوع النشرة قد وصل إلى هذه الدولة عند تحركه منها إلى دولة أخرى يتم الإخطار بإسم منذ الدولة تاريخ المغادرة، رقم الرحلة الطيران، و ساعتها، إسم الشركة، أو الطريق الذي يسلكه في الخروج و هذه النشرة كواجه بها الدول التي لا يعبد بينها و بين الدولة الطالبة إتفاقية تسلمين المجرمين

الفرع الثاني : الإجراءات العاجلة في الحالات الإستثنائية التي يقوم بها الأنتربول في إطار تسليم المجرمين .

يقوم المكتب الوطني للأنتربول في هذه الحالة بتعميم أمر بالقبض من قبله مباشرة إلى كافة المكاتب في الدول الأعضاء دون توسط السكرتارية العامة للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية، على أن تزود بصورة من هذا التعميم و لها الحق أن تتدخل عند ما يكون الطلب مخالفا لنص المادة الثالثة من الدستور¹، و يلي هذه الإجراءات في الجرائم الطارئة و المهمة ، غير أن هذه الإجراءات يرد عليها قيد مفاده أنه في حالة مرور ثلاثة أشهر دون التوصل إلى معرفة مكان الشخص المطلوب فإن على المكتب الذي قام بالتعميم أن يعود إلى الإجراءات العادية و يطلب من السكرتارية العام بمهمة تعميم أمر القبض من قبلها².

خاتمة :

لقد سعت المجتمعات الدولية إلى التصدي ومكافحة الجريمة بجميع الوسائل منذ القدم، وظل هذا التحدي يواجه كافة الأنظمة الرامية إلى تحقيق العدالة الجنائية كامنا في مواكبة المتغيرات المستجدة للجريمة، و في ظل تنامي هذه الأخيرة وتطورها أصبحت الدول غير قادرة للتصدي لها بمفردها، مما أدى إلى هذه الدول بتدويل مكافحة الجريمة و تسليم مرتكبيها للعدالة الجنائية باللجوء إلى المنظمات العالمية للتنسيق والتعاون الدولي المكثف والدائم من خلال أجهزتها .

نجد من أهم هذه المنظمات منظمة الأمم المتحدة، ويتجلى دور أجهزة المنظمة في عقد المؤتمرات الدولية التي تعتبر وسيلة فعالة في مجال مكافحة الجريمة و تسليم المجرمين ، كون أن عدد كبير من دول العالم من مصلحته المشاركة فيها و بالتالي يزداد تضافر الجهود الدولية لمنع الجريمة والمطالبة بتسليم مرتكبي هذه الأخيرة و تقديمهم للعدالة الجنائية ، من خلال الإقتراحات و التوصيات التي تصدر من المؤتمرين التي تلتزم بها الدول في التعامل مع هذه الظاهرة مع بعضها البعض، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتمثل دور هذه الأجهزة إعداد الإتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف التي تسمح للأطراف المتعاقدة بالإلتزام بأحكام هذه المواثيق التي تسمح بملاحقة المذنبين وعدم الإفلات من العقاب ووجود الملاذ الأمان لهم.

1 -علي حسن الطواليبة ،مرجع سابق،ص22

2 - أنظر عبد الأمير جنيح ، تسليم المجرمين في العراق ، المؤسسة العراقية للدعاية و الطباعة ، بغداد ، 1977 ، ص 199.

ومن الأجهزة العالمية التي لا تقل أهمية عن منظمة الأمم المتحدة في مجال مكافحة الجريمة و تسليم المجرمين ، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأنتربول) ، التي لعبت دورا كبيرا في النضال ضد المجرمين و القبض عليهم ، عن طريق تبادل المعلومات بين المكاتب المركزية الوطنية للشرطة الجنائية في الدول الأعضاء ، و كذا عن طريق التحقق من هوية المجرمين ، ذلك أن عدد كبيرا من هؤلاء المجرمين يستعملون أسماء مستعارة بهدف تضليل رجال الأمن ، وبإستعمال الوسائل التكنولوجية المتطورة التي تحوز عليها المنظمة أصبح التحقق من الهوية يسيرا ، والمساهمة في إلقاء القبض على المجرمين أو توقيفهم .

ومن آثار العولمة وخاصة في مجال شبكة المعلوماتية (الأنترنات) أصبح العالم قرية صغيرة ، أدى إلى تطور أساليب الجريمة وأصبح تخفي مقترفي الجرائم سهلة عن طريق التنقل بين الدول ، وإستعمال أسماء مستعارة بتزوير الهويات وجوازات السفر ، تغيير الملامح إلى غير من الوسائل المتوفرة للبقاء أحرار و إرتكاب المزيد من الجرائم . وللتصدي للجريمة و تقديم مرتكبي هذه الأخيرة إلى العدالة من تفعيل الأجهزة العالمية و في مقدمتها منظمة الأمم المتحدة من خلال:

- ✓ تكثيف المؤتمرات لتحسيس الدول بخطورة الجرائم و ضرورة التعاون الدولي من خلال إلزامهم بالتوصيات التي تصدر من هذه المؤتمرات .
- ✓ حث الدول بتقديم تقارير دورية إلى لجنة الجريمة و العدالة الجنائية و لجنة المخدرات من طرف الدول ، تتضمن مدى إلزامهم بمكافحة الجريمة و تعاونهم الدولي في مجال تسليم المجرمين إلى الدول المطالبة بالتسليم.
- ✓ حث الدول على الإنضمام إلى المعاهدة النموذجية لتسليم المجرمين و إبرام الإتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف في مجال تسليم المجرمين و عدم اللجوء إلى تسليم المجرمين بتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل .
- ✓ تكثيف التعاون الدولي عن طريق فتح مكاتب للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية لدى التي لا تتوفر على مكاتب للمنظمة لديها.
- ✓ إنشاء قاعدة بيانات عن المجرمين من طرف كل دولة عضو في المنظمة الدولية للشرطة الجنائية لتسهيل عملية التعاون الشرطي الدولي في مجال تبادل المعلومات.

المراجع المعتمدة :

- 1- سراج الدين الروبي، آلية الأنتربول في التعاون الدولي الشرطي، الدار المصرية اللبنانية للطباعة و النشر، الطبعة الثانية (مزيلة ومنقحة)، 2001
- 2- شريف سيد كامل، الجريمة المنظمة في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001
- 3- هشام عبد العزيز مبارك، تسليم المجرمين بين الواقع و القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006
- 4- علي جعفر، مكافحة الجريمة مناهج الأمم المتحدة و التشريع الجزائي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 1998.
- 5- عبد الأمير جنيح، تسليم المجرمين في العراق، المؤسسة العراقية للدعاية و الطباعة، بغداد، 1977.

6- علاء الدين شحاتة ، التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة "دراسة الإستراتيجية الوطنية للتعاون الدولي لمكافحة المخدرات"، إيتراك للنشر و التوزيع، القاهرة، 2000.

7- محمد منصور الصاوي أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

8- منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي جوانبه القانونية، وسائل و مكافحته في القانون الدولي العام و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الإسكندرية، 2006.

المقالات :

* علي حسن و الطوالة، التعاون الدولي الإجرائي في مجال تسليم المجرمين ، مركز الإعلام الأمني، البحرين.

* محمد إبراهيم زيد، مؤتمر الأمم المتحدة السابعة لمنع الجريمة و معاملة المذنبين،

مقال إلكتروني (www.Almaktaba.net).

الرسائل الجامعية :

* عبدالله بن جداه، التعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2009.

وثائق الأمم المتحدة :

* حلقة العمل رقم 4 : (تدابير مكافحة الإرهاب، فيما يتعلق بالاتفاقيات والبروتوكولات ذات الصلة) رقم الوثيقة A/CONF.203/12

الاتفاقيات :

* الاتفاقية النموذجية لتسليم المجرمين، أعتمدت في الجلسة العامة المؤرخة في 1990/12/14.

حضور الإعلام في الدستور المغربي



بقلم فضيلة الأستاذ : جمال كريمي بنشقرون

باحث في القانون الدستوري والعلوم السياسية

- فاعل جمعي وإعلامي بالمملكة المغربية -

أفردت الدساتير المغربية مواد وفصولا للإعلام منذ النشأة الدستورية الأولى، أي منذ مشروع دستور 1908 إلى الدستور الجديد لسنة 2011، الذي أعطى مكانة جد هامة للإعلام بجميع مكوناته من المرئي والمسموع إلى المكتوب وكذلك وسائل الإعلام الحديثة المرتبطة بالتطور التكنولوجي في القرن الواحد والعشرين، الذي أضحت فيه مجالات النشر و انتشار المعلومات والأخبار جد واسعة، في الوقت أيضا الذي ازداد فيه التأثير الإعلامي القوي على الشعوب والمجتمعات، ومنه بلغ الإعلام ذروته من خلال التعددية التي تساءل نفسها اليوم بحثا عن الاستقلالية والدعم المادي والمعنوي، ارتباطا أيضا بالمستوى الثقافي والتعليمي لجميع الفئات الشعبية.

وقبل التطرق لمقتضيات الدستور الجديد في هذا المجال، نعرض على الإشارات القوية التي أتت بها الدساتير السابقة له انطلاقا من مشروع دستور 1908 الذي ولد واقبر أربع سنوات قبل فرض الحماية الفرنسية على المغرب وبداية حقبة الاستعمار الفرنسي للمغرب سنة 1912، هذا المشروع الدستوري الذي صدر عن جريدة لسان العرب الأسبوعية في سنتها الثالثة لملكها السيد فرج الله تومر بمدينة طنجة، في أربعة أعداد متتالية، ذلك المشروع الذي أثار جدلا تكون المسافة الزمنية بينه وبين يومنا هذا 104 سنة، كان قد نص في مادته الثالثة عشر من خلال ما خصصه من حقوق لأبناء الدولة الشريفة وواجباتهم العامة مايلي : " يحق لكل مغربي أن يتمتع بحريته الشخصية بشرط أن لا يضر غيره ولا يمس حرية الغير " مؤكدا في المادة الرابعة عشر على : " أن الحرية الشخصية تقوم بان يعمل كل واحد ما يشاء ويتكلم ما يشاء ويكتب ما يشاء مع مراعاة الآداب العمومية " في إشارة قوية إلى حرية التعبير والكتابة.

ليأتي الدستور الأول للمملكة المغربية الرسمي المعلن عنه في سنة 1962 في بابها الأول حول الأحكام العامة و المتعلق بالمبادئ الأساسية في ما يتصل منها بحقوق المواطن السياسية في الفصل التاسع منها من خلال نقطة تشير إلى " ضمان حرية الرأي وحرية التعبير بجميع أشكاله وحرية الاجتماع " ويضيف في الفصل الحادي عشر " لا تنتهك حرية المراسلات " وهو ما حافظت عليه دساتير سنوات 1970 و 1972 و 1992 و 1996 دون زيادة ولا نقصان ،

مما يحيل على أن الإعلام كان مقيدا من طرف أسمى قانون في الدولة ارتباطا بتأويل النص الدستور في كل الاتجاهات، حتى بحضور القوانين التنظيمية والمساطر المدنية والجنائية التي تطرقت إليه، وهي صورة توضح حدود ومكانة الإعلام في هذه الدساتير بالمقارنة أولا مع مشروع دستور سنة 1908 الذي كان متقدما نوعا ما في هذا الاتجاه، وثانيا مع المتغيرات التي حصلت منذ سنة 1999 في ظل تولى الملك محمد السادس لعرش أسلافه، ومع أول حكومة للتناوب شارك فيها اليسار المغربي وقادها لأول مرة، لما بدأ الحديث عن ضرورة تعديل القانون المنظم للمجال الصحفي والإعلامي الذي صدر بمقتضى ظهير شريف رقم 1.58.378 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1378 الموافق 15 نونبر 1958، المنسوخ والمعوض بمقتضى الظهير رقم 1.02.207 الصادر في 25 رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 77.00 - المادة 1، وما تلا ذلك من اهتمام بالمجال الإعلامي توج بتأسيس المجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري سنة 2005 المعروفة اختصارا باسم " الهاكا".

هذا التطور الملحوظ والاهتمام المتزايد بأهمية الإعلام ودوره التنموي على كافة الأصعدة والمستويات، وما حدث من تحولات سياسية عاشها العالم بأسره، وتعايشت معها العديد من المجتمعات من خلال التطورات التي لحقت كل المجالات الحيوية للسير العام للدول ومن بينها الدول النامية والسائرة في طريق النمو، والمرتبطة بالدول المتقدمة إما بسبب القرب الجغرافي، أو بسبب مؤثرات ومخلفات الحقب الاستعمارية، إلى حدود نهاية سنة 2011 وبداية سنة 2012 وما عاشته الدول العربية من انتفاضات شعبية شبابية تبحث عن الحرية أولا وأخيرا في ارتباط بالجالين السياسي والديمقراطي لتحقيق النماء والرخاء، في ظل ما سمي بالربيع الذي أطاح بعدة أنظمة ديكتاتورية واستبدادية، وخلق تحولا نوعيا في مجال الحريات كان بطلها الفيسبوك لتسمى الثورات بالثورات الفيسبوكية، وما يرمي إليه ذلك في رمزيته وأبعاده من جهة دور الثورة التكنولوجية اليوم في المجال الإعلامي والمساهمة في الرقي بقدراته المؤثرة، جعل المغرب يعيش حراكا مهما في الأخر مع حركة 20 فبراير 2011، التي ساهمت إلى جانب كل القوى السياسية وقوى المجتمع المدني في حدوث إصلاح دستوري شامل أعطى لمجال الحريات مكانة كبيرة، حيث شكل الإعلام إحدى النقاط المضيفة في الدستور الجديد والتي نتطرق إليها بالتحليل كما يلي:

لقد مهد الدستور الجديد للدولة المغربية لسنة 2011 في بابه الثاني المتعلق بالحريات والحقوق الأساسية والذي ضم 21 فصلا (من الفصل 19 إلى الفصل 40) لمجال الحريات الشخصية الفردية والجماعية في الفصل الرابع والعشرين مشيرا إلى عدم انتهاك سرية الاتصالات الشخصية، مقيد ذلك عبر مقتضيات القانونية، ليرز في الفصل الخامس والعشرون اللاحق على سابقه مسألة ضمان حرية الفكر والرأي والتعبير وكفالتها بكل أشكالها، ويشير في الفصل السادس والعشرون إلى التزام السلطات العمومية بدعم وتنمية الإبداع الثقافي والفني عبر كل الوسائل الملائمة، ويضيف مؤكدا في الفصل السابع والعشرون على أهمية وصول المعلومات للمواطنين عبر إسناد حق دستوري للمواطنين والمواطنات في الحصول على كل المعلومات الصادرة عن جميع المؤسسات، هذا الحق الذي لا يمكن تقييده إلا بمقتضى القانون، ويأتي بعد ذلك متحدثا عن المجال الصحفي صراحة في الفصل الثامن والعشرون و ينص على مايلي: " حرية الصحافة مضمونة، ولا يمكن تقييدها بأي شكل من أشكال الرقابة القبلية مضيفا أنه للجميع الحق في التعبير، ونشر الأخبار والأفكار والآراء بكل حرية، ومن غير قيد، عدا ما ينص عليه القانون صراحة، كما أشار إلى تشجيع السلطات العمومية لسبل تنظيم قطاع الصحافة بكيفية مستقلة، وعلى أسس ديمقراطية، وعلى وضع القواعد القانونية والأخلاقية المتعلقة به، مع الالتزام بما يحده القانون من قواعد تهم تنظيم وسائل الإعلام العمومية ومراقبتها، مع ضمان الاستفادة من هذه الوسائل، مع احترام التعددية اللغوية والثقافية

والسياسية للمجتمع المغربي " ويختتم في هذا الفصل ب " وتسهر الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري على احترام التعددية وفق أحكام الفصل 165 من الدستور"، وقبل التطرق لأحكام هذا الفصل لابد من التأكيد على أنه ولأول مرة في التاريخ الدستوري للمغرب تعطى مثل هاته الأهمية الدستورية للإعلام، ويمكن استخلاص مسألة جد هامة تتعلق بمدى حصول المتغير الحقيقي لدى جميع الفاعلين في الدولة، بداية برمزية انطلاق الباب الثاني المتعلق بالحريات والحقوق الأساسية بالفصل رقم 19 وما كان يشكله هذا الفصل من جهة "الرقم فقط هنا" من قوة جعلته ينعت بدستور داخل الدستور السابق لسنة 1996، فيعطى هذا الرقم لمضمون دستوري مهم ألا وهو مجال الحريات والحقوق، التي تعد محورا أساسيا للتحويل والتطور الديمقراطي الذي كان مقيدا في ما سبق ، ومرورا بواقعية الفصول المفردة للإعلام في دعمه وتأطير مجالاته واستقلالته وحرية ، وانتهاء بمدى الجدية في إيلاء العناية الفائقة لهذا المجال الحيوي من طرف اللجنة الاستشارية التي أعدت الدستور الجديد لسنة 2011، باستحضار ما قدمته لها الهيئات السياسية والنقابية والمدنية من مذكرات أعطت المكانة اللائقة للإعلام بشتى أنواعه، ليتم بعد ذلك دسترة مجال المراقبة عبر الدور المنوط بالهيئة العليا للاتصال السمعي البصري التي تمت دسترتها من خلال الباب الثاني عشر في ما يتعلق بالحكمة الجيدة التي ضمت 17 فصلا، حيث أن من أهم ما تمت الإشارة إليه هو هيئات الحكامة الجيدة والتقنين ، والتي أعطى الدستور الجديد من خلالها "لهاكا" الأولوية في الفصل 165 منه الذي حدد مهامها في مايلي: " تتولى الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري السهر على احترام حرية التعبير التعددي لتيارات الرأي والفكر والحق في المعلومة في الميدان السمعي البصري، وذلك في احترام القيم الحضارية الأساسية وقوانين المملكة." وهنا يتأكد مدى أهمية تطوير المجال الإعلامي وعقلنة تدبيره بما يخدم مجال التنمية بدءا بتأسيس الهيئة مند الوهلة الأولى ووصولاً إلى دسترة مجال عملها.

عموما إن الفضاء الدستوري لمغرب اليوم قد حدد للإعلام مجال أوسع وأرحب لعمله، وشكلت المقتضيات الدستورية التي جاء بها الدستور الجديد لسنة 2011 قاطرة أساسية للنهوض بهذا المجال الحيوي والرقمي به ، والذي لابد للعاملين فيه والمرتبطين به أن يعيشوا هم كذلك هاته اللحظة التاريخية، منخرطين في البلورة القانونية اللاحقة عن المقتضيات الدستورية على أرض الواقع، حتى نصل في النهاية إلى حضور قوي للإعلام في المجتمع بمقياس حضوره دستوريا.

النعويض عن إخلال الناقل بالنزاع بضمان السلامة : (دراسة مقارنة)



فضيلة الأستاذ : معمر ولد محمد سالم

أستاذ بجامعة نواكشوط - موريتانيا-

المقدمة :

بقدر ما كانت التطورات العلمية والفنية والتكنولوجية التي عرفتها وسائل النقل تستهدف خدمة الإنسان ورفاهيته بقدر ما جلبت له الويلات والمآسي التي يذهب ضحيتها الإنسان الذي أوجد الآلة،

ولأن ضحايا وسائل النقل منهم من تعثره إعاقة جسمية أو ذهنية - دائمة أو مؤقتة - ومنهم من يلقي حتفه تاركا وراءه أرملة ويتمى فقدوا معيّلهم، كان على الفكر القانوني أن يتطور، ليواكب التطور العلمي في ميدان وسائل النقل.

لذلك كان من اللازم إيجاد حل لمعادلة صعبة وهي أن التطور العلمي في وسائل النقل لا يمكن أن يتوقف وفي نفس الوقت لا بد من لجم أضراره.

ومن أجل ذلك كان الإنطلاق مع مسلمة بدهية توصل إليها الفكر القانوني منذ زمن بعيد، وهي أن من غنم من شيء وجب عليه أن يتحمل ما قد يلحقه هذا الشيء بالغير من ضرر.¹

وقد غدا التزام الناقل بضمان سلامة الراكب من الأمور المستقر عليها فقها وقضاء²، فمن حق الراكب أن يفترض أن التزام الناقل بإيصاله إلى وجهته يتضمن التزاما خفيا بضمان سلامته، وبالتالي فإخلال الناقل بالتزامه بضمان سلامة الراكب إذا ترتب عليه ضرر للراكب وجب عليه التعويض، فوقع الخطأ لا يكفي وحده لقيام المسؤولية، وإنما لا بد أن يترتب على الخطأ ضرر.³

¹ البشير زهرة، التأمين البري، مؤسسة عبد الكريم بن عبد الله، تونس الطبعة الثانية 1985، ص: 275، انظر أيضا محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الثانية 2009، ص: 5.

² - طلبة و هبه الخطاب، المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص بالمجان، دار الفكر العربي، الإسكندرية، بدون ذكر طبعة، ص: 237.

³ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص: 516.

وسنحاول من خلال هذه الدراسة بيان التعويض الناتج عن إخلال الناقل بضمان سلامة الراكب في كل من القانون الموريتاني والليبي والمصري، وقد اعتمدنا في هذه الدراسة منهجا تحليليا مقارنا، لإبراز أوجه الضعف والقصور في تشريعنا في هذا المجال من خلال مقارنته ببعض التشريعات العربية المتطورة.

وإذا كان التعويض في القواعد العامة من المسائل التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، فإن الأمر في قانون التأمين الإجباري يختلف بحسب ما إذا كان التعويض مقدرا أم غير مقدر.

المبحث الأول : التعويض وفقا للقواعد العامة :

يعد ركن الضرر ركنا أساسيا في المسؤولية لازم لقيامها¹، ويجب أن يكون التعويض جابرا لكل الضرر الذي أصاب الدائن، لكن يجب تبيان ما إذا كانت المسؤولية التي يجب التعويض عنها مسؤولية عقدية أم تقصيرية²، لأن المسؤولية العقدية لا يشمل التعويض عنها سوى الضرر المتوقع لحظة إبرام العقد.

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن: "دعوى التعويض هي الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابه، إذا لم يسلم به قانونا، وأنه يجب أن يثبت أنه صاحب الحق الذي وقع الإضرار به، وإلا كانت دعواه غير مقبولة"³.

و الضرر الذي يصيب الراكب بسبب إخلال الناقل بالتزامه وفقا للقواعد العامة، إما أن يكون ضررا ماديا أو أدبيا.

المطلب الأول : التعويض عن الضرر المادي :

التعويض عن الضرر المادي هو التعويض المقرر لجبر الضرر المادي الذي يصيب المضرور جراء إخلال الناقل بالتزامه بضمان سلامة الراكب، الذي يشكل إخلالا بحق ثابت يكفله القانون من خلال الإعتداء على حق الراكب في الحياة وسلامة جسمه⁴.

أما الإخلال بالمصلحة المالية للراكب، فتظهر من خلال عجزه عن أداء عمله الذي يكتسب منه رزقه أو تحميله نفقات العلاج، التي ما كان له أن يتحملها لولا إصابته، ويشترط لاستحقاق التعويض عن الضرر المادي توافر مجموعة من الشروط:

1 - أن يتم الإخلال بمصلحة مالية مباشرة للمضرور، ويقصد بالإخلال بالمصلحة المباشرة أو الضرر المباشر، أن يكون الضرر قد أصاب المضرور مباشرة، وليس بالتبعية.

2 - أن يكون الضرر محقق الوقوع في الحال، أو أن يكون وقوع الضرر في المستقبل حتميا.

¹ محمد المنجي، دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية بصفة عامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1999، ص: 227
² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 1982، ص: 561

³ - طعن رقم 8835 لسنة 64 جلسة 10-25-1995-أرده شريف الطباخ، التعويض عن حوادث السيارات في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص: 14

⁴ - سمير عبد السميع الأودن، الحق في التعويض بين تأمين حوادث السيارات والتأمين الاجتماعي والمسؤولية المدنية، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية، الإسكندرية 1999، ص: 36

أما علاقة السببية بين حادث السيارة و الضرر، فهو شرط أساس في المطالبة بالتعويض المادي، بحيث يعد انتفاء الضرر، أو نشوؤه عن سبب آخر قاطعا للسببية.

ودليل حصول الضرر المحقق هو ثبوت كون المجني عليه كان يعول المضرور وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة استمراره في ذلك كانت محققة، أما مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل، فلا يكفي للمطالبة بالتعويض عن الضرر المادي¹.

وقد حدد كل من القانون المدني المصري والليبي مدى الضرر المادي، حيث جعلاه يشمل ما لحق الدائن من ضرر وما فاته من كسب، أما مشرعنا الموريتاني، فقد مسه قصور في هذا الجانب، حيث لم يكلف نفسه عناء تحديد مدى هذا التعويض.

ولما كان التعويض المادي يشمل ما لحق الدائن من خسارة، فلا بد أن يشمل تكاليف العلاج، التي تكبدها المصاب، والتي ما كان له أن يتكبدها لولا إخلال الناقل بالتزامه بضمان سلامة الراكب.

وتشمل هذه التكاليف مصاريف الجراحة والإقامة في المستشفى ونقل الدم وكذلك المصروفات القضائية والرسوم وأتعاب المحامين التي أنفقها الراكب عند رفعه دعواه على الناقل².

ويرى الفقه الراجح أن الأجهزة الإضافية، التي تغدو ضرورية للراكب بعد إصابته، كالكرسي المتحرك، الذي أصبح الراكب يلازمه بعد إصابته يدخل في الخسارة التي لحقت، وبالتالي يجب التعويض عنه³.

أما الكسب الفائت، فيشمل خسارة العمل وكل ما كان للراكب المصاب أن يحصل عليه لو لم يتعرض للإصابة، وللراكب المصاب أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء الإصابة بنفسه أو عن طريق من ينوب عنه.

ويغدو الحق في التعويض داخلا في الذمة المالية للمضرور، بمجرد وقوع الحادث، وبالتالي ينتقل إلى الورثة، حتى ولو لم يصدر الحكم القاضي بإلزام الناقل بدفع التعويض إلا بعد وفاة الراكب، وإذا مات الراكب، فلورثته حق المطالبة بالتعويض، ولا قيد على حقهم في ذلك إلا تنازل المضرور⁴.

هذا بالنسبة للتعويض عن الضرر المادي، فماذا عن التعويض عن الضرر الأدبي؟

المطلب الثاني : التعويض عن الضرر الأدبي :

عرف المشرع الموريتاني الضرر الأدبي في المادة: 97 من قانون الالتزامات و العقود الموريتاني بأنه " الضرر الذي يصيب الإنسان في ناحية غير مالية ...".

¹ - محمد المنجي، دعوى تعويض حوادث السيارات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبع الأولى، 1993، ص: 342
² - محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري منها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 200، ص: 276
³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص: 276
⁴ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص: 285

أما المحكمة العليا الليبية فقد عرفتة بطريقة الاستبعاد، أي أن كل ما ليس ماديا، فهو أدبي، حيث جاء في أحد أحكامها أن " الضرر نوعان إما أن يكون ماديا، وهو ما سبب خسارة مالية، وإما أن يكون أدبيا، وهو ما ليس كذلك ..."¹.

وعلى العموم فالضرر الأدبي هو الضرر الذي يصيب الإنسان في ناحية غير مالية²، ولا يؤثر في ذمته المالية، كالآلام النفسية التي تصيبه نتيجة التشوه بعد الحادث.

وقد أقر كل من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني والقانون المدني الليبي والمصري جواز التعويض عن الضرر الأدبي، حيث نصت المادة: 98 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني على أن: " كل شخص مسؤول عن الضرر المادي والمعنوي الذي أحدثه ".

أما القانونان المصري والليبي، فقد قيذا انتقال الحق في التعويض عن هذا الضرر في الوفاة إلى الورثة، حيث نصت المادة: 225 من القانون المدني الليبي على أنه " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، لكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير، إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء...".

خلافا للمشرع الموريتاني، الذي يحمده أنه لم يقيد انتقال هذا الحق بشروط.

هذا عن التعويض وفقا للقواعد العامة، فماذا عنه في قواعد التأمين الإجباري؟

المبحث الثاني : التعويض وفقا لقواعد التأمين الإجباري :

لا تقتصر قواعد التعويض على ما تقدم بشأن القواعد العامة، وإنما لابد من التطرق للتعويض وفقا لقواعد التأمين الإجباري، على اعتبار أن الناقل مؤمن في الغالب، ذلك أن التأمين يلقي بظلاله على مسؤولية الناقل، فينقلها من مسؤولية فردية إلى مسؤولية جماعية، يلتزم فيها كيان اجتماعي بتعويض الأضرار، التي تسبب فيها الناقل³، فعن طريق التأمين تحققت جماعية المسؤولية المدنية، فأصبحت ظهيرا للمسؤولية الفردية لضمان حصول المضرور على التعويض⁴.

وهكذا إذن بظهور شركات التأمين لم يعد هاجس إعسار المدين مخيمة ظلاله على المضرور، لأن المسؤول أصبح يحتمي بذمة مالية مليئة.

و بذاك يخلق التأمين علاقة مباشرة بين المضرور وذمة مالية جماعية تلتزم بالتعويض عوضا عنه، لكن كيف يتم الحصول على التعويض؟ وما مقدار هذا التعويض؟

¹ - حكم المحكمة العليا الليبية رقم: 180 - 44، أشار إليه عبد الحميد عيسى، المستحقون للتعويض عن الضرر الناتج عن الوفاة (دراسة في القانون المدني الليبي)، جامعة الفاتح، (غير منشور)، ص: 27

² - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص: 723، انظر أيضا عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص: 517

³ - عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص: 5

⁴ - المرجع السابق، نفس الصفحة

المطلب الأول : طرق دفع التعويض :

هناك طريقتان لدفع التعويض، وهما التسوية الودية والدعوى المباشرة.

أولا : التسوية الودية :

أصبحت التسوية الودية مسألة تطرح كلما تعلق الأمر بالحصول على حق معين، أو النزاع بشأنه، وذلك بعد أن أصبحت القضايا تتراكم أمام المحاكم إلى حد أصبحت فيه أشبه ما تكون بطعام عزيز¹.

وتكريسا لطرق التسوية الودية، نصت المادة: 3 مكرر من الأمر القانوني 093 - 91 بشأن التأمين في موريتانيا على أنه " على المؤمن أن يقترح مصالحة في ظرف ثلاثين يوما من استلامه للوثائق المشار إليها، إذا كان مقتنعا بمسؤولية زبونه وبصحة عقد التأمين، ويمكن أن يحدد هذا الأجل عند الإقتضاء بفترة لا تتجاوز شهرا للتمكن من إجراء خبرة مضادة، وإذا لم يعرض المؤمن مبلغ الصلح خلال الفترة المحددة في الفقرات السابقة، يعتبر ذلك رفضا منه للتعويض، يحق بعده للمتضرر رفع الأمر إلى المحكمة القضائية"

ودعما لطرق التسوية الودية نصت الفقرة الثانية من المادة: 48 من المرسوم 150 - 2011 على أن مبلغ التعويض في حالة الوفاة - 2.500.000 - يزداد بنسبة 20 في المائة في حالة رفع القضية إلى المحكمة.

وهو أمر يستحق التنويه، إلا أن إلزام المؤمن - شركة التأمين - بتقديم طلب مصالحة قد يتحول إلى مجرد إجراء شكلي لا أهمية له، إلا ما كان من زيادة المبلغ في حالة رفع الدعوى.

أما المشرع المصري فقد أوصد الباب أمام اللجوء إلى القضاء، حيث نصت المادة: 7 من قانون التأمين المصري رقم 72 لسنة 2007 على أن " يدفع التعويض دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء في هذا الخصوص".

و لا شك أن النص المصري أكثر ميلا لإنصاف ضحايا حوادث السيارات، حيث يجنبهم المنازلة القضائية ويوفر لهم تعويضا سريعا، بعيدا عن بطء العدالة القضائية.

أما قانون التأمين الإجباري الليبي فقد جعل التسوية الودية بين المؤمن له والمضروب، لا يمكن أن يحتج بها على المؤمن، لأنها مشروطة بموافقة عليها، حيث ورد في الشرط الخامس من وثيقة التأمين الإجباري الليبي أنه: " ... لا يجوز للمؤمن تقديم أو قبول أي عرض فيما يخص بتعويض المضروب، دون موافقة المؤمن كتابة، ولا تعتبر أي تسوية بين المؤمن له والمضروب حجة قبل المؤمن إذا تمت دون موافقته "².

وبهذا يكون مدى إلزام المؤمن بالتسوية الودية في كل من قانون التأمين الموريتاني والليبي والمصري، يأخذ شكل هرم رأسه قانون التأمين الإجباري الليبي الذي يسمح بالتسوية الودية، دون أن يلزم المؤمن بها، مروراً بقانون التأمين الإجباري الموريتاني، الذي يفرض على المؤمن عرض تسوية ودية تحت طائلة زيادة مبلغ التعويض بنسبة 20 في المائة في حالة رفع الدعوى إلى المحكمة، انتهاء بقانون التأمين المصري رقم 72 لسنة 2007، الذي فرض التسوية الودية بشكل حاسم لم يترك للمؤمن مجالا للجوء إلى القضاء.

¹ - عزيز أماته الله مائة عام، فإذا بطعامه وشرابه لم يتسن، القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية: 259

² - انظر وثيقة التأمين الصادرة عن شركة ليبيا للتأمين، وفقا لأحكام القانون رقم 28 لسنة 1971 بشأن التأمين من المسؤولية المدنية عن المركبات الآلية

وحتى إن رفعت الدعوى إلى القضاء، فإن القاضي لا يجوز له أن يرفع قيمة التعويض عما تقرر في التسوية الودية، باعتبار أن ذلك ما ارتضاه الطرفان، ولكونه قد وقع بعد حدوث الضرر، فإنه يكون جائزا معتدا به¹.

وتعد التسوية الودية أحسن طريقة لأداء التعويض، لكنها إذا لم تجد، فإن اللجوء إلى القضاء يكون خيارا لا بد منه.

ثانيا : الدعوى المباشرة :

إذا لم تجد الوسائل الودية لحصول المضرور على تعويض، فإن القضاء يصبح الوسيلة الوحيدة لحصوله، أو ذويه على التعويض، إلا أن المضرور لا تربطه بشركة التأمين أي علاقة، وإنما علاقته المباشرة بالناقل، لذلك يمكن الاحتجاج عليه بمبدأ نسبية أثر العقد، وبالتالي لا يمكنه الرجوع على المؤمن، إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة²، باعتباره دائن الدائن.

ونظرا لسلبات هذه الدعوى، فإن التشريعات منحت المضرور دعوى مباشرة ضد المؤمن، لكن ما هو الأساس، الذي تم الاعتماد لاختصاص شركة التأمين؟

ثار جدل حول أساس الدعوى المباشرة، وقد رأى البعض في الاشتراط لمصلحة الغير أساسا لهذه الدعوى، بينما رأى البعض الآخر أن نظرية الإنابة الناقصة هي أساس هذه الدعوى، في حين لجأ البعض الآخر إلى نظرية الامتياز، ليجعل منها أساسا لهذه الدعوى، بينما اعتبر الرأي الراجح أن أساسها القانون.

و سنستعرض هذه النظريات بشيء من التفصيل لمعرفة أساس الدعوى المباشرة، وذلك من خلال ما يلي:

1 - نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

تقيم هذه النظرية حق المضرور المباشر قبل شركة التأمين على أساس الاشتراط لمصلحة الغير، فيكون المستأمن وقت التعاقد مع شركة التأمين، قد اشترط عليها أن تدفع مبلغ التأمين للمضرور، وهذه النظرية منتقدة، لأن المستأمن حين تعاقد مع شركة التأمين، إنما تعاقد لمصلحته، بهدف تأمين مسؤوليته من مطالبة المصاب له بالتعويض، لا لمصلحة من تضرروا من وفاته.

2 - نظرية الإنابة الناقصة.

أما نظرية الإنابة، فتقيم حق المضرور المباشر قبل شركة التأمين على أساس الإنابة الناقصة، حيث يقوم المستأمن بدور المناب، والمصاب بدور المناب لديه.

وهذه النظرية أيضا منتقدة، لافتقادها لنص قانوني يدعمها، إذ هي ليست إنابة قانونية، ولا اتفاقية.

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثالثة 1998 ص. 247

² - محمد إبراهيم دسوقي، التأمين من المسؤولية، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، لطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية بدون ذكر طبعة، ص: 243

3 - نظرية الباعث العيني.

هذه النظرية تقوم على أساس أن التأمين من المسؤولية ينطوي على باعث عيني، وليس باعثا شخصيا، بمعنى أن المصلحة المؤمن عليها، هي مصلحة مادية، وليست مصلحة شخصية، فالمؤمن لا يهدف إلى تحقيق مصلحة مجردة، فإذا اجتمعت فكرة عينية التأمين وفكرة أنه تأمين تعويض يهدف إلى تعويض المضرور، فإن المضرور يكون صاحب المصلحة الوحيدة، وهذه المصلحة تهىء له دعوى مباشرة قبل المؤمن.

4 - نظرية الامتياز.

تقوم هذه النظرية على ثبوت حق مدينه في ذمة مدين المدين، إذا كان هذا الحق قد ثبت للمدين مقابل غنم جنه المدين من الدائن، كما في حالة الإيجار من الباطن، حيث يرجع المؤجر مباشرة على المستأجر من الباطن، أو مقابل غرم تحمله الدائن بفعل المدين، كما في التأمين من المسؤولية ورجوع المضرور مباشرة على شركة التأمين، وهذه النظرية منتقدة، لأن الامتياز لا يكون إلا بنص.

5- نص القانون.

خلاف للآراء السابقة يرى الفقه الراجح أن أساس الدعوى المباشرة ضد شركة التأمين هو نص القانون، لأن المشرع خول المضرور حقا مباشرا قبل شركة التأمين بموجب النص التشريعي الذي تضمنه قانون التأمين الإجباري الموريتاني والليبي والمصري.

وأيا كان الأساس الذي تنبني عليه الدعوى المباشرة، فإن ذلك لا يخرجها عن النظام القانوني للدعوى الأخرى، لذلك لا بد فيها من مدع ومدعى عليه.

و المدعي يجب أن يكون ممن حددهم المشرع وخولهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر، ولا يجوز للمضرور الجمع بين تعويضين أحدهما من المتسبب في الفعل الضار والآخر من شركة التأمين.

المطلب الثاني : مقدار التعويض :

التعويض نوعان تعويض قضائي وتعويض مقدر، والتعويض القضائي هو التعويض الذي يقدره القاضي، و يشمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب.

وفي هذا الإطار نصت المادة: 224 من القانون المدني الليبي المقابلة للمادة: 221 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون، فإن القاضي هو الذي يقدره."

أما قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، فلا نجد فيه مقابلا لهذين النصين.

وقد اختار كل من قانون التأمين الإجباري الموريتاني والليبي والمصري التعويض المقدر، لكن هذا التعويض يختلف بحسب ما إذا أدت الإصابة إلى الوفاة أم تؤد إليها.

أولا - التعويض المقدر في حالة الإصابة.

في حالة ما إذا لم تؤد الإصابة التي تسببت فيها عربة برية ذات محرك إلى الوفاة، فإن مقدار التعويض يتحدد بنسبة العجز الذي أدت إليه الإصابة، ولا يستحق التعويض عنه إلا المصاب شخصا.

ثانيا - التعويض المقدر في حالة الوفاة.

نصت المادة: 48 من مدونة التأمين على أن ورثة المتوفى يستحقون تعويضا بالطرق التنظيمية، وقد حددته المادة: 4 من المرسوم 150- 2011 بمبلغ 2.500.000 أوقية.

أما المادة: 8 من قانون التأمين الإجباري المصري رقم 72 لسنة 2007 فقد نصت على أن: " تؤدي شركة التأمين مبلغ التأمين المحدد عن الحوادث المشار إليها في المادة: 1 من هذا القانون إلى المستحق أو الورثة ... ويكون مبلغ التأمين الذي تؤديه شركة التأمين قدره أربعون ألف جنيه في حالات والوفاة أو العجز الكلي المستديم".

ومن خلال استعراض النصين يظهر أن مبلغ التعويض في قانوننا مبلغ زهيد بالمقارنة بمبلغ التعويض الذي يمنحه المشرع المصري.

و لم يكتف المشرع المصري بهذا التعويض - رغم أنه تعويض مجز بالمقارنة مع التعويض الذي منحه مشرعنا الموريتاني - وإنما منح المضرور من حادث تسببت فيه عربة برية ذات محرك الحق في أن يرفع دعوى قضائية ضد المتسبب في الحادث لمطالبته بدفع تعويض تكميلي زيادة على مبلغ التأمين، حيث نصت المادة: 9 من القانون المذكور على ما يلي: " للمضرور أو ورثته اتخاذ الإجراءات القضائية قبل المتسبب في الحادث والمسؤول عن الحقوق المدنية للمطالبة بما يجاوز مبلغ التأمين " "

خلافًا لمشرعنا الذي أوصد الباب أمام أي مطالبة أخرى قد يستفيد منها المضرور، بالإضافة إلى أنه جانب الصواب، حين جمع بين التعويض والتركة، حيث ألزم القاضي بالرجوع إلى الفريضة الشرعية لمعرفة ورثة المتوفى، ويترتب على ذلك أن مقدار التعويض ينقص كلما زاد عدد الورثة، والعكس صحيح.

هذا بالإضافة إلى أن كون التعويض عن وفاة الشخص لا يستحقه إلا الورثة من شأنه حرمان الزوجة غير المسلمة من التعويض، الذي ألبسته المادة المذكورة لبوسا (شرعيا) في حين هو تعويض لم يدخل ذمة المتوفى قبل وفاته، وبعد وفاته لم يعد أهلا لاكتساب الحقوق.

ومن جهة أخرى تم تحديد مبلغ الدية قبل زيادته الأخيرة بمبلغ 1200000 على أساس فتوى أصدرتها المحكمة العليا الموقرة، لم توفق فيها، حيث لم تحددها لا على أساس دية البادي 100 من الإبل ولا على أساس دية الحضري، كما حددها الشيخ خليل.

ثم إن الدية في الشرع تدفعها عاقلة الجاني، فهل يصح اعتبار شركة التأمين عاقلة للمؤمن (بفتح الميم)؟!

خاتمة :

من خلال هذه الدراسة توصل الباحث لما يلي :

- 1- أن إخلال الناقل بضمان سلامة الراكب، يؤدي إلى إلزامه بالتعويض عن الضرر الذي لحق الراكب.
- 2- أن قانون التأمين الموريتاني وضع سقفًا محددًا للتعويض ألغى دور القاضي في تحديده، وبذلك قدم ضحايا حوادث السيارات قرايين لشركات التأمين.
- 3 - ضيق القانون المذكور دائرة المستفيدين من حوادث السيارات في حالة الوفاة، فحرصهم في الورثة، فحرم بذلك الزوجة غير المسلمة من التعويض عن وفاة زوجها كما حرم الأقارب غير الورثة من التعويض عن وفاة شخص عزيز عليهم، يتضررون ضررا ماديا وأدبيا بوفاته.
- 4 - لم يحدد قانون التأمين - محل الدراسة - درجة الورثة المستحقين للتعويض هل هم الورثة من الدرجة الأولى أم الثانية أم الثالثة؟ مع أن التجهيل الوارد في النص يشكل مدخلا لاستفادة كل الورثة.
- 5 - أن المشرع الموريتاني في قانون التأمين - محل الدراسة - خلط بين التعويض والتركة، فألزم القاضي بالرجوع إلى الفريضة الشرعية لتحديد المستفيدين من التعويض.

قائمة المراجع :

- 1 - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثالثة 1998.
- 2 - البشير زهرة، التأمين البري، (دراسة تحليلية وشرح لعقود التأمين)، مؤسسة عبد الكريم بن عبد الله، تونس، الطبعة الثانية 1985.
- 3 - محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة للطبع والنشر، الإسكندرية، بدون ذكر طبعة.
- 4 - محمد المنجي ، دعوى تعويض حوادث السيارات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1993.
- 5 - محمد المنجي ، دعوى التعويض عن المسؤولية بصفة عامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1999.
- 6 - محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري منها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2000.
- 7 - محمد ليب شنب، المسؤولية عن الأشياء، (دراسة مقارنة)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2009.
- 8 - سمير عبد السميع الأودن، الحق في التعويض بين تأمين حوادث السيارات والتأمين الإجتماعي والمسؤولية المدنية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية 1999.
- 9 - شريف أحمد الطباخ، التعويض عن النقل البري والبحري والجوي في ضوء الفقه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.

10 - طلبة وهبه الخطاب، المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص بالجان (دراسة قضائية مقارنة)، دار الفكر العربي، بدون ذكر طبعة.

11 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1982.

12 - عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية، بيروت 1974.

13 - عبد الحميد عيسى، المستحقون للتعويض عن الضرر الناتج عن الوفاة (دراسة في القانون المدني الليبي)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الفاتح 2008، (غير منشور).

خلاصة البحث :

تحاول هذه الدراسة البحث في إشكالية قانونية بالغة التعقيد، وهي البحث فيما إذا كان التزام الناقل بضمان إيصال الراكب إلى وجهته يتضمن في طياته التزاما آخر بضمان سلامته؟ أم أن الناقل لا يلزم سوى بإيصال الراكب إلى وجهته وقد يوصله سالما وقد يوصله جثة هامدة؟

وبعد سنين من الكر والفر استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على أن عقد النقل يتضمن التزاما ضمنيا بضمان سلامة الراكب، وقد سار كل من القانون التجاري الموريتاني والليبي والمصري في هذا الاتجاه.

ولما كان الناقل مسؤولا عن سلامة الراكب، برزت إشكالية بحثية لا تقل أهمية، وهي التعويض عن الإخلال بالالتزام بضمان سلامة الراكب، ويستوجب هذا الإشكال البحث في التعويض وفقا للقواعد العامة للقانون المدني التي يرجع لها في حالة عدم وجود النص الخاص، والتعويض، وفقا لقواعد التأمين الإجباري، باعتباره النص الخاص، والخاص يقيد العام.

ومن خلال هذه الدراسة توصل الباحث لما يلي :

1 - أن التعويض طبقا للقواعد العامة ينقسم إلى تعويض عن الضرر المادي، وهو الضرر الذي يصيب الإنسان في ناحية مالية، كفقْدان العائل، وتعويض عن الضرر الأدبي، وهو التعويض عن الضرر الذي يصيب الإنسان في ناحية غير مالية، كاللوعة والحزن والأسى.

2 - أن التعويض وفقا لقواعد التأمين، يختلف بحسب ما إذا أدت الإصابة إلى الوفاة (2500000 أوقية)، أم لم تؤد الإصابة إلى الوفاة، فيتحدد بحسب نسبة العجز الحاصل للمضرور.

3 - أن قانون التأمين الموريتاني وضع سقفًا محددًا للتعويض ألغى دور القاضي في تحديده، وبذلك قدم ضحايا حوادث السيارات قرايين لشركات التأمين.

4 - ضيق القانون المذكور دائرة المستفيدين من حوادث السيارات في حالة الوفاة، فحرصهم في الورثة، فحرم بذلك الزوجة غير المسلمة من التعويض عن وفاة زوجها كما حرم الأقارب غير الورثة من التعويض عن وفاة شخص عزيز عليهم، يتضررون ضررا ماديا وأدبيا بوفاته.

5 - لم يحدد قانون التأمين الموريتاني درجة الورثة المستحقين للتعويض، هل هم الورثة من الدرجة الأولى أم الثانية أم الثالثة؟ مع أن التجهيل الوارد في النص يشكل مدخلا لاستفادة كل الورثة.

6 - أن المشرع الموريتاني في قانون التأمين - محل الدراسة - خلط بين التعويض والتركة، فألزم القاضي بالرجوع إلى الفريضة الشرعية لتحديد المستفيدين من التعويض.

حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة في قانون المنافسة



الأستاذ مقدم توفيق محام وباحث في القانون

تخصص : قانون الأعمال المقارن / كلية الحقوق

جامعة وهران : (جمهورية الجزائر الشقيقة)

تنص المادة 07 في فقرتها الأولى من قانون المنافسة الجزائري¹ صراحة على أنه "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها".

فأما التعسف الناجم عن الهيمنة على السوق أو على جزء منها فيكون بفعل مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات، و أما الاحتكار فقد يمثل وضعية هيمنة على السوق إذا كانت المؤسسة تشمل على جميع حصص السوق، الأمر الذي يجعلها لا تخضع إلى أية منافسة، و بالتالي تكون بهذه الصفة قد حققت تركزا أكيدا للقوة الاقتصادية².

و من خلال ذلك لا بد من التأكيد على أن الفعل المحظور لا يكمن في مجرد الاحتكام على وضعية هيمنة و إنما في كيفية استغلال هذه الهيمنة و/أو الوضعية الإمتيازية ، لأن كل متعامل اقتصادي بطبيعة الحال يسعى لتحقيق ذلك الموقع المميز، الذي يرضيه من جهة و من جهة أخرى يساهم لا محالة في تفعيل المنافسة إذا لم يكن مقترنا بالتعسف و/أو سوء استخدام لتلك الهيمنة.

و حتى نكون بصدد اعتبار الممارسات التي تقوم بها مؤسسة مهيمنة ما تعسفية من عدمه لا بد من الوقوف على مبدأ المساس بالمنافسة و مدى ارتباطه بوضعية الهيمنة كمعيار أساسي للحظر.

¹ الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم بالقانون 12-08 و بالقانون 05-10 (الأول صادر بتاريخ 2003/07/19 ج ر 43 مؤرخة في 2003/07/20 و الثاني صادر بتاريخ 2008/06/25 . ج ر 36 مؤرخة في 2008/07/02 و الثالث صادر بتاريخ 15 أوت 2010 . ج ر 46 المؤرخة في 18 أوت 2010).

² BOUTARD- LABARDE. MC, CANIVET .G., Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994. p. 75

إن التعسف الناتج عن وضعية هيمنة ذاته يجد أساس إدانته أوروبا بأحكام نص المادة 102 من معاهدة روما (معاهدة سير الاتحاد الأوروبي) عن كل مساس للتجارة بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فرقابة هذه الممارسة التعسفية تدخل ضمن الاختصاصات التنفيذية للجنة الأوروبية. كما أن القانون الأوروبي فيما يتعلق بالمنافسة قد تم تكملته بأحكام داخلية اتخذتها الدول الأعضاء لضمان إدانة و عقاب كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة و من ثمة تبنى المشرع الفرنسي إدانة هذه الممارسة التعسفية على أساس المادة L.420-2 من القانون التجاري الفرنسي و لا يكون المساس بالمنافسة مؤسسا إلا في حالة ما إذا كانت المؤسسة في وضعية هيمنة و تعسفت فيها.

و يتجسد التعسف في سلوكيات المؤسسة المهيمنة ذات الطبيعة المؤثرة على تركيبة السوق - حين ينجر عن وضعية الهيمنة ذاتها إضعاف لمستوى المنافسة - ، و التي لها أثر في العرقلة ، باعتماد وسائل مختلفة عن تلك التي تحكم المنافسة العادية للسلع او الخدمات على أساس ما يقدمه المتعاملون الاقتصاديون للحفاظ على مستوى المنافسة الذي لا يزال متواجدا في السوق أو لتطوير هذه المنافسة.¹

و رغم منع قانون المنافسة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، و لعل الحكمة من هذا الحظر هو محاولة تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة التفاوضية، و ذلك عن طريق منع إساءة استعمال القوة الاقتصادية التي يحوزها الطرف القوي من خلال سيطرته و احتكاره لجميع أو معظم حصص السوق، و بالتالي حماية الطرف الضعيف عما ينجر من شروط تعسفية عن الهيمنة على السوق.

و بناء على ما سبق فمن أجل إعادة التوازن في العلاقات التعاقدية ، و لا سيما بعد ظهور مؤسسات قوية في مجالات الإنتاج والتوزيع، أصبح من الضروري منع التعسف في استخدام وضعية الهيمنة حسب ما حدده قانون المنافسة².

و لكن ليس كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة يعتبر محظورا قانونا بصفة مطلقة ، إذ ينتاب مبدأ الحظر بعض القيود أو الاستثناءات.

و الجدير بالذكر أنه يمكن لمجلس المنافسة أن يلاحظ بناء على طلب المؤسسات المعنية و استنادا إلى المعلومات المقدمة له أن اتفاقا ما أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين (6) و (7) المشار إليهما سابقا لا تستدعي تدخله.³

¹ « les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure du marché, où, à la suite précisément de la position de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent la compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » CJCE Hoffman-Laroche de 1979

² كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافية للمنافسة (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتورا دولة في القانون، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2005 ص 64.

³ أنظر المادة 08 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

و بشأن كيفات الحصول على التصريح بعدم التدخل l'attestation négative " صدر مرسوم تنفيذي محدد لهذه الكيفيات¹.

وجاء تطبيقا للمادة 08 من الأمر المتعلق بالمنافسة (الجزائري) التي تنص على إمكانية الحصول على التصريح بعدم تدخل مجلس المنافسة في الممارسات المحددة في المادتين (6) و(7) من قانون المنافسة، و التي تتعلق أساسا بالممارسات المدبرة للمنافسة و التعسف في وضعية الهيمنة على السوق.

إلا أن المرسوم المشار إليه أعلاه يحدد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، وهنا نشير إلى أن المشرع حذف عبارة "التعسف"، و قد أخطأ المشرع التقدير في ذلك إذ أن وضعية الهيمنة في حد ذاتها هي مشروعة و ليست ممنوعة فلا داعي من تقديم الطلب للحصول على التصريح بعدم التدخل و لكن ربما سقط منه ذلك سهوا.

يقوم القانون الفرنسي و قانون الاتحاد الاوروبي على نفس مبدأ القانون الجزائري فلا تشكل وضعية الهيمنة في حد ذاتها تعسفا ، فليس من الضرورة الوقوف عليها بالالتجاء الى احد الاساليب غير المشروعة بل قد تكون ثمرة جهود تلك المؤسسة و التي أدت الى نجاحها و ثبوتها على هذه المرتبة . فوحده الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية المهيمنة يشكل تعسفا.

إن المادة 82 من معاهدة روما التي أصبحت المادة 102 أو المادة ل.420-2 من قانون التجارة الفرنسي . لا يتضمنان اي مفهوم حول التعسف . تم ذكر فقط امثلة ليس إلا.

فالمادة 82 من المعاهدة ذكرت :(- فرض سعر شراء أو بيع أو شروط للمعاملات غير متساوية ، - تحديد الانتاج ،الفرص أو التطور التقني بما يضر المستهلكين ، - تطبيق شروط تمييزية على الشركاء أو البيع المشروط). أما المادة ل.420-2 من القانون التجاري الفرنسي :(- رفض البيع ، -البيع المشروط أو الشروط التمييزية، - الانقطاع التعسفي . و أجمع الفقه دائما أن القائمة ليست حصرية).

حاولنا من خلال هذه الدراسة، تسليط الضوء على الواجبات المفروضة على المؤسسات التي تحتكم على وضعية هيمنة، ثم التعرض إلى جملة الاستثناءات الواردة على مبدأ الحظر ذاته.

أولا : واجبات المؤسسات المهيمنة بالنظر إلى وضعها :

إن المؤسسة المهيمنة مثلها مثل المؤسسات الأخرى تخضع لمتطلبات أساسية كعدم المساس أو تقليص هياكل المنافسة و تبرير سلوكها بالمصلحة الشرعية و المناسبة لكن وبالمقابل فان تعزيز وضعيتها أو الانفتاح على أسواق جديدة، تخضعها لمتطلبات تخصها وحدها دون المؤسسات العادية التي لا تحض بنفس وضعيتها.فضلا عن ذلك خضوعها دون سواها لبعض من الالتزامات التنظيمية.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 175/05 المؤرخ في 12 ماي 2005 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل ج.ر عدد 35 الصادرة بتاريخ 2005 /05/18

الحفاظ على هيكلية أو تركيبة المنافسة في السوق :

إن المؤسسة المهيمنة يمكن لها تبني السياسة التجارية الاقتصادية أو المالية التي تتلاءم و تطلعاتها .

و لكن بالمقابل سواء في القانون الداخلي أو الفرنسي أو الأوروبي فان حريتها باتت محدودة بالنظر إلى كونها مجبرة على عدم السعي وراء إخفاء منافسها أو منافسيها بشكل عام.

و في هذا الصدد قد اعتبر القانون الأوروبي أن المؤسسة المهيمنة يمكن لها تحسين خدماتها، لكن إذا خلف هذا التحسين ذاته بالضرورة ضررا على منافسها فإن التحجج بالمصلحة المشروعة لا يشفع لتبرير الضرر اللاحق بالمنافس من خلال المساس بوضعيته التنافسية.¹

نفس الشيء بالنسبة للقانون الفرنسي فان اعتماد طريقة توزيع خاصة من طرف مؤسسة مهيمنة يمكن اعتباره منافي للمنافسة ، و مثال ذلك فرض صفة "مودع لديهم" على معيدي لبيع يمكن ان يشكل عائقا على السير الحسن للسوق و ذلك بفعل إخفاء المنافسة عن طريق الأسعار . على اعتبار أن "المودع لديهم" يمكن أن يفرض عليهم سعر إعادة البيع² .

ضرورة تبرير السلوك بالمصلحة الشرعية و المتناسبة :

و يدخل في ذلك الدفاع عن المصالح الشرعية للمؤسسة المهيمنة: فكل مؤسسة مهيمنة تبحث عن حماية مصالحها الاقتصادية، التجارية، المالية... إلخ

و من خلال أحد الاجتهادات القضائية ، فانه إذا كانت المؤسسة ذات الوضع المهيمن عرضة لدخول مؤسسة منافسة فانه يبقى من حقها الدفاع عن نفسها و تطوير حصتها من السوق و لكن في حدود السلوك التنافسي العادي³ .

فالمؤسسة المهيمنة يمكن لها إذن تبرير سلوكها بحجة الدفاع عن مصالحها الخاصة و العامة ، و مثال ذلك رفض تسليم قطع الغيار: فيمكن تبريره بنقص الامكانيات الموضوعية للمصلحين⁴ .

و أيضا اعتبارات الامن و البيئة يمكن أيضا التحجج بها .

و بالمقابل فان الدفاع عن تلك المصالح يجب ان يكون متناسبا مع التهديد .

¹ Comm. CE 28 juin 1995, Port de Holyhead.

² Avis Comm. Conc. 26 avr. 1979, Marché des gaz industriels et du gaz carbonique, Rec. Lamy, n° 146.

³ TPICE 7 oct. 1999, Irish Sugar, précit. : « Si l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et si cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, l'on ne peut cependant admettre de sa part des comportements qui ont pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser » ; TPICE 22 nov. 2001, Amministrazione Autonoma di Monopoli di Stato, aff. T-139/98, Contrats con. consom. 2002, n° 30, obs. S. POILLOT-PERUZETTO.

⁴ Comm. CE 8 déc. 1977, Hugin, IV, 29132, JOCE L. 22, 27 janv. 1978.

و هو ما راح اليه القانون الاوروبي حين ذكر مثلا : ان وجود وضعية هيمنة بالنسبة لمؤسسة ما تتمتع بهذه الصفة لا يجرمها من الحفاظ على مصالحها التجارية الخاصة في حالة ما إذا قد تم مهاجمتها ، فيجب منحها بدرجة معقولة القدرة على القيام بأفعال تراها متناسبة و حماية مصالحها المذكورة.¹

نفس الشيء بالنسبة للقانون الفرنسي الذي يعترف ان من حق الشركة الموجودة في وضعية هيمنة الدفاع عن حصصها في السوق عندما تكون عرضة لدخول منافس . و لكن يكون ذلك في حدود السلوك العادل و المشروع.² بمعنى ان تقوم بأعمال مشروعة و متناسبة بحيث لا يمكنها الإضرار بطريقة مفرطة على المنافسة .

و لكن تمة استثناء على ذات المبدأ : عندما تكون المؤسسة تحتكم على مرفق أساسي، فيصبح من المشكوك فيه رفضها استعماله بحجة مصلحتها الاقتصادية أو التجارية.³

لكن السلوك التجاري المبرر موضوعيا يمكن أن يشكل سلوكا تعسفيا :

فمن جهة يمكن أن يمس ذات السلوك هياكل المنافسة و من جهة أخرى فإن فعل تبرير السلوك من عدمه يتم تقديره على أساس مبدأ "التناسب". لكون ان وضعية هيمنة المؤسسة تجعل مرونتها في التصرف مقلصة و تصبح أقل مرونة كلما كانت تلك الوضعية أكثر هيمنة أو قوة .

الاجتهاد القضائي الأوروبي اعتبر أن إثبات الفعل المتناسب، الضروري و المعقول يقع على عاتق المؤسسة المهيمنة.⁴ التطبيق في مجال الممارسات التسعيرية :

إن مجرد رفع المؤسسة المهيمنة أسعارها لا يعتبر فعلا تعسفيا.⁵

و بالمقابل يمكن للمؤسسة أن تعيد النظر أو تجري تعديلا في أسعارها بتخفيضها قصد مواجهة المنافسة. لكن هذا التخفيض يجب ان يبقى في حدود السلوك التنافسي العادي . فإذا كان التخفيض مؤقت أو غير متكرر فلا يمكن إدانتها في أي حال من الأحوال.

¹ CJCE 14 fév. 1978, aff. 27/76, United Brands, Rec. p. 207; TPICE 1er avr. 1993, BPB – British Gypsum, Rec. HH, p. 389.

² Cass. Com. 14 fév. 1995, Bull. civ. VI n° 48.

³ M. MALAURIE-VIGNAL, L'abus de position dominante, L.G.D.J. 2002. p.157

⁴ TPICE 22 nov. 2001, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), aff. T-139/98, Contrats conc. consom. 2002, n° 30, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO : « L'AAMS n'a pas établi à suffisance de droit que l'ensemble des clauses... étaient nécessaires afin de protéger ses intérêts commerciaux et d'éviter le risque de surcharge de son réseau de distribution et le risque financier. »

⁵ CA Paris 19 sept. 2000, SA Forum cartes et collections, BOCC 18 oct. 2000, p.569 : le fait pour France Télécom d'augmenter la redevance mensuelle d'abonnement aux codes Teletel n'est pas abusif.

و هذا بعكس التعديلات التي تقوم بها الشركة بشكل منهجي و متكرر أو متعمد. أو أيضا إذا كانت فادحة فقد يمكن اعتبار السعر المعدل سعرا افتراضيا ، يرمي إلى تعمد إعاقه دخول المنافس . إذ تعتبر هذه التعديلات تعسفية.¹

تعزيز وضعية الهيمنة و الانفتاح إلى أسواق جديدة :

بناء على أحد الاجتهادات القضائية الفرنسية² و الأوروبية³ :

إذا كانت مؤسسة في وضعية هيمنة عرضة لدخول منافس، فيحق لها الدفاع و تطوير حصتها في السوق، لكن في حدود السلوك التنافسي العادي. فإن أي محاولة لهذه المؤسسة لإتيان وسائل أخرى غير تلك المستحقة في المنافسة. يعتبر فعلا تعسفيا .

إن المؤسسة المهيمنة لا تسمح لنفسها بالقيام بأي شيء تحت لواء المنطق الاقتصادي. فتعزيز وضعية الهيمنة يمكن اعتباره في بعض الحالات تعسفيا⁴.

إن القانون الأوروبي⁵ مثله مثل القانون الفرنسي⁶ ، يعترف أن انفتاح المؤسسة المهيمنة لسوق جديد أو تعزيزها لوضعيتها المهيمنة بإتيان وسائل أخرى غير تلك المستحقة في المنافسة. يعتبر فعلا تعسفيا .

كل الصعوبة قد تكمن في وصف "غير عادية" السلوك. من المؤكد أنه يعتبر غير عادي فعل استغلال المؤسسة لتسهيلات التجارية لتنتفع على سوق جديد بعرض منتجات و خدمات بأسعار مخفضة على المستهلكين . و أيضا يعتبر تعسفيا فعل الاحتفاظ بدون ضرورة موضوعية بنشاط ثانوي أو مشتق في سوق مجاور و لكن مختلف، أين لا تكون المؤسسة تتمتع بوضعية هيمنة فيه و ذلك لخطر إقصاء كل منافسة في هذا السوق⁷.

¹ Ex: Déc. n° 2001-D-23, Cons. conc. 10 mai 2001, Sté Abbott et marché des produits anesthésiques, BOCC 24 mai, p. 499.

² Cons. conc. déc. n° 96-D-10, 20 fév. 1996, France Télécom et ODA, BOCC 23 avr. 1994, Rec. Lamy, p. 674, obs. V. SELINSKY ; Cons. conc. déc. n° 96-D-12, 5 mars 1996, Lilly France, BOCC 17 juin 1996, Rec. Lamy, n° 676, obs. V. SELINSKY.

³ CJCE 3 juill.1991, Akzo, aff. C62/86, Rec., I, 3359.

⁴ CJCE 16 mars 2000, Compagnie belge transports SA, aff. C-395/96 P, Europe 2000, n° 143, obs. L. IDOT.

⁵ CJCE 3 juill. 1991, Akzo, op. cit.

⁶ Cass. com. 14 févr. 1994, Bull. civ. IV, n° 48.

⁷ Ex: TPICE 7 oct. 1999, Irish Sugar, aff. T-228/97, Contrats conc. Consom. 2000, comm., 28, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO: relève de l'article 86 l'octroi, par une entreprise détenant une position dominante sur le marché du sucre industriel, de remises de prix discriminatoires à ses clients, selon que ces derniers sont ou non des emballeurs de sucre concurrents de celle-ci sur le marché du sucre destiné à la vente au détail, dans la mesure où, d'une part, il existe une connexité indéniable entre les marchés du sucre industriel et du sucre destiné à la vente au détail et où, d'autre part, l'entreprise considérée détient aussi une position dominante sur le marché du sucre destiné à la vente au détail ; CJCE 3 oct. 1985, aff. 311/84, Telemarketing, Rec. p. 3261.

في حالة عدم إثبات السلوك "غير العادي" فإن مجرد البحث على الانفتاح على سوق جديد لا يعتبر في حد ذاته تعسفيا. فمحكمة النقض الفرنسية تصدت لمحكمة الاستئناف (التي حكمت على فرانس تلكوم و شركتها التابعة ODA بالإدانة بالتعسف الناتج عن وضعية هيمنة و هذا لكونها قد اقدمت على توزيع دليل رقمي محلي في نفس منطقة و توقيت شركة منافسة اخرى). و هذا لخطئها في اعتبار أن "فرانس تلكوم" قد ساهمت بطريقة حقيقية في مبادرات الشركة التابعة بمنح العمال مزايا تجارية مثل "التخفيضات المزدوجة"، و بهذا محكمة الاستئناف قد خرقت أحكام المادة 08 من الأمر الصادر في 1986/12/01 التي أصبحت المادة ل-420 من القانون التجاري الفرنسي.¹

و بالنتيجة فإن المؤسسة المهيمنة ملزمة بواجب التحفظ ، إذا كان سلوكها يمكن له أن يقصي جزء أساسي من المنافسة ، فلا يمكن لها البحث على الامتداد أو الإنفتاح إلى أسواق جديدة . فيمكن أن تكون ممنوعة حتى بإتيان بعض السلوكات المشروعة أو حتى مسموحة إذا كان مصدرها مؤسسات ضعيفة من حيث الوضعية التنافسية في سوق معين (و مثال ذلك رفض البيع الذي لا يعتبر في حد ذاته غير مشروع إلا إذا كان وليد مؤسسة ذات وضعية هيمنة).

الخضوع للإلتزامات التنظيمية :

سنتناول ذلك مبدئيا من وجهة نظر القانون الأوروبي لاستطراده في ذلك.

لا بأس أن نشير أولا ، أنه قد تم إعتداد تحرير قطاعات عدة من الاحتكار في أوربا على غرار قطاع الاتصالات على سبيل المثال لا الحصر، و الذي تم وضع الإطار التنظيمي الخاص به، منذ سنة 1987 باعتماد الكتاب الأخضر للجنة الأوروبية.²

و قد كان ذلك على أساس نوعين من القواعد³ : من جهة ، توجيهات التحرر المتبناة من اللجنة بمقتضى المادة 86 من المعاهدة CE ، و التي أدت شيئا فشيئا إلى إقصاء الحقوق الحصرية أو الخاصة الموجودة في تشغيل الشبكات ، الخدمات و الأجهزة النهائية للاتصالات ، لتصل إلى التحرر الكلي سنة 1998 . و من جهة أخرى ، فإن وسائل التنسيق المعتمدة بالقرارات المشتركة بين المجلس و البرلمان الأوروبيين من سنة 1993 ، بمقتضى المادة 95 من المعاهدة الأوروبية ، كانت ترمي إلى تنظيم الدخول إلى السوق ، و العلاقات القائمة بين ممثليه، قصد ضمان سوق تنافسي حقيقي. هذه الوسائل قد وضعت الإطار ONP :

(Open Network Provision_Fourniture d'un reseau ouvert) أو توريد شبكة مفتوحة. و التي تم اعتمادها منذ 1990 ، وكثيرا ما تم إتمامها و مراجعتها للأخذ بعين الاعتبار التحررات المتتابة.

¹ Cass. Com. 6 avr. 1999, France Télécom, Contrats conc. Consom. 1999, n° 113

² Communication de la comission du 30 join 1987, vers une économie européenne dynamique, livre vert sur le developpement du marché commun des services et équipements des telecommunications, COM(87), p.290

³ A. De Streel, R. Queck et P. Vernet, le nouveau cadre réglementaire européen des reseaux et services de communications électroniques., Cahiers de droit européen, (CDE) 2002, pp.243-314

ثم جاء الإطار التنظيمي لسنة 2002 ، ليراجع و يتدارك نقائص سابقه، نظر للتطور التكنولوجي الذي يشهده هذا القطاع، رغم احتفاظه بنفس الأهداف¹.

و بالمقابل فقد تبنى توجيهات تنظيمية أكثر دقة و إلمام . و حسب الإطار التنظيمي لسنة 2002 ، تفرض التزامات تنظيمية على متعاملين أقوياء تتم على مراحل عدة و متتالية . فاللجنة الأوروبية تقوم بإحصاء الأسواق حسب مميزاتها -كمرحلة أولى-، التي يمكن أن تبرر فرض هذا النوع من الالتزامات ، ثم كمرحلة ثانية تقوم السلطات التنظيمية الوطنية (الداخلية) بتحليل الأسواق التي يتم تعريفها : أي إذا ما كان متعامل ، أو عدة متعاملين يحتكمون على قوة سوق فعالة داخل السوق .

ثم كمرحلة ثالثة ، إذا لم يتم الوقوف على وجود منافسة فعلية داخل السوق : فتقوم السلطات التنظيمية الوطنية (الداخلية) بفرض التزامات مناسبة على المتعاملين الأقوياء .

إن هذه المراحل الإجرائية تتكرر على فترات ، و هذا من أجل التمكن من ملاءمة الالتزامات المفروضة مع تطور السوق .

في الإطار التنظيمي لسنة 1998 : إن تعيين المتعامل على أنه قوي يجر عنه تطبيق كل الالتزامات المنصوص عليها في التوجيهات القطاعية أي "les directives sectorielles"

و بالمقابل فالإطار التنظيمي لسنة 2002 تبنى كون أن السلطات التنظيمية تحتكم على قدر من التصرف "une marge de manœuvre"، على اعتبار أنها يمكن أن تفرض التزامات تنظيمية متناسبة "Des engagements réglementaires appropriés"

و لضمان استمرارية الإطار التنظيمي ، فقد تم اعتماد أن جميع الالتزامات التنظيمية المفروضة في ظل الإطار التنظيمي القديم ، يجب أن تكون سارية المفعول (أو ساري العمل بها) إلى غاية إتمام تحليل مناسب للسوق .

و في حالة ما إذا لم يتم فرض أي إلزام تنظيمي يذكر ، فإن السلطات التنظيمية الوطنية (Les ARN) لا يمكنها أن تفرض التزامات جديدة ، إلا على أساس تحليل مناسب للسوق .

¹ Voir en ce sens R.Queck,PH.Defraigne., "Reflexions sur la notion de puissance sur le marché en droit des telecommunications: concept autonome ou chimère ?" in E.Montero, droit des technologies de l'information : Regards prospectifs ,Cahier de Crid n°16,Bruylant,1999,pp.342-344 et 346-348

و في الحالات الاستثنائية ، عندما يكون الأمر مستعجل ، فيمكن أن تقوم السلطات التنظيمية باعتماد تدابير لا تكون قابلة للتنفيذ إلا خلال فترة محدودة تطبيقا للمادة 7 فقرة 6 من التوجيه "إطار". يحكم فرض الالتزامات التنظيمية أحكام التوجيهات "إطار"¹ ، "نفاذ"² و "خدمة عامة أو شاملة"³.

أ - إجراء فرض الالتزامات التنظيمية :

يتم إجراء فرض التزامات تنظيمية بمرونة معتبرة ، بالنظر إلى الإطار التنظيمي القديم للمواصلات الإلكترونية ، فغياب هذه الحتمية للتدخل القطاعي : تظهر من جهة عند تعريف شروط فرض التزامات تنظيمية ، و من جهة أخرى عند إمكانية إعادة مراجعة الالتزام المفروض⁴.

كما أن الهدف من وراء مراحل تعريف الأسواق المرجعية هو تحديد ما إذا كانت هذه الأسواق في وضعية منافسة فعلية ، فمثلا أسلفنا ، فتعريف الأسواق يتم حسب مبادئ قانون المنافسة .

و كمبدأ عام فإن فرض التزامات تنظيمية لا يتم إلا إذا لم يكن سوق المواصلات الإلكترونية في وضعية منافسة فعلية : بمعنى عندما يكون متعامل أو عدة متعاملين يتواجدون في ذات السوق يحتكمون على قوة سوق فعالة داخل السوق و بما أن قطاع المواصلات الإلكترونية يتميز بسرعة التطور ، فالوضعية داخل الأسواق قد تتغير بسهولة ، و لهذا السبب : فإن الإطار التنظيمي يبقى على إمكانية مراجعة الالتزام التنظيمي المتخذ من سلطة التنظيم الوطنية (الداخلية)

ب - شروط فرض الالتزامات التنظيمية :

حتى يتم فرض التزام مسبق ، فإنه يجب توفر شرط مسبق و مستقل على أساس معرفة ما إذا كان التدخل التنظيمي يندرج ضمن سوق الجملة أو ضمن سوق القطعة للمواصلات الإلكترونية ، و يتعلق الأمر بالتعريف بالمتعامل الذي يحتكم على قوة سوق فعالة ، و علاوة على ذلك فالتدخل على مستوى سوق القطعة يتضمن شرطا إضافيا⁵.

¹ Directive "cadre": Directive 2002/21/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et service de communications électroniques, JO n°L108du 24 avril 2002, p.33

² Directive "accès" : Directive 2002/19/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, JO n° L108du 24 avril 2002, p.7.

³ Directive "service universel" : Directive 2002/22/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, JO n°L108 du 24 avril 2002, p.51

⁴ D.POPOVIC, Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques, op cit, p.224

⁵ من أجل ضبط أسواق التجزئة ، فإن الإطار التنظيمي للمواصلات الإلكترونية تبنى توفر شرط إضافي ، مما يجعل التدخل على مستوى سوق التجزئة إستثنائيا : ففرض إلتزامات تنظيمية على متعامل فعلي داخل سوق التجزئة ، يجب على سلطة التنظيم أن تصل مسبقا أن الإلتزامات المفروضة على أسواق الجملة لا يمكنها تحقيق أهداف الإطار التنظيمي الجديد (أي : ترقية المنافسة ، تطوير السوق الداخلي ، و ترقية مصالح المواطنين الأوروبيين) في سوق التجزئة. V. en ce sens D.POPOVIC, Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques, op cit, p.225

- تحديد قوة سوق فعالة داخل سوق الجملة أو سوق القطعة :

مبدئيا إن الالتزامات التنظيمية لا يمكن أن تفرض إلا على متعاملين يحتكمون على قوة سوق فعالة داخل السوق مع وجود استثناءات على هذه القاعدة المبدئية .

إذن القاعدة : هي أن التدخل التنظيمي يمس المتعاملين المهيمنون أو الأقوياء .

فعندما يتم التدخل التنظيمي على مستوى سوق الجملة ، يجب على السلطات التنظيمية بعد تعيين المتعامل كمتعامل مهيمن أو قوي في سوق مرجعي ، فعلية أن تفرض على هذا الأخير على الأقل التزام واحد من الالتزامات الواردة في المواد من 9 إلى 13 من التوجيه " نفاذ " .

و من ثمة إن تعيين مؤسسة بأنها قوية في السوق ، دون أن يفرض عليها أي التزام تنظيمي يعد غير مطابق لأحكام الإطار التنظيمي الجديد .

يمكن اعتبار كل الالتزامات التنظيمية المنصوص عليها في التوجيه " إطار " ،

كعلاجات سلوكية : و يتعلق الأمر هنا بالشفافية "la transparence" حسب المادة 9 ،

بعدم التمييز "la non-discrimination" حسب المادة 10 ، بفصل الحاسبة

"la separation comptable" حسب المادة 11 ، بالنفاذ "L'accès" حسب المادة 12 و بالتحكم في الأسعار "le contrôle des prix" حسب المادة 13.

و عندما يتم التدخل التنظيمي على مستوى سوق التجزئة ، فيجب على السلطات التنظيمية (Les ARN) أن تفرض على المتعامل القوي على الأقل التزام واحد من الالتزامات الواردة في القائمة غير المحدودة للمادة 17 من التوجيه "خدمة شاملة" ، أو فرض أي التزام آخر تراه مناسبا .

إن التوجيه "خدمة شاملة" تنص على الالتزامات التالية : التحكم في الأسعار ، وضع أنظمة محاسبة مناسبة ، منع التمييز بين المستعملين النهائيين أو أيضا منع الجمع المنافي للمنافسة للسلع أو الخدمات أو

"L'interdiction d'un groupement de produits/services anticoncurrentiel"

إن الالتزامات التنظيمية المختارة يجب أن تكون مؤسسة بالنظر إلى طبيعة المشكل المطروح (المشكل الذي تم معالجته) ، و أن تكون مبررة بالنظر إلى أهداف الإطار التنظيمي¹ (المتثلة في : ترقية المنافسة ، تطوير السوق الداخلي ، و ترقية مصالح المواطنين الأوروبيين) ، و أن تكون متناسبة .

إن العلاج الذي سيتم اختياره لاحقا من طرف السلطة التنظيمية الوطنية يؤول مباشرة إلى المشكل المراد تسويته.

و مع ذلك فإن إختيار العلاجات يتم تأطيره من طرف كل من التوجيهات "إطار" ، "نفاذ" و "خدمة عامة".

¹ Art.8.2 à 8.4 de la directive "cadre".

إن الطابع التدخلي للتنظيم المسبق يجب تقييمه بشكل ضيق و جد محدد، لا سيما مع الأخذ بعين الاعتبار الأثر المستقبلي للتكلفات و نتائج القرارات المتخذة حول سير السوق¹ ،

إن بعض القرارات قد توجه - بشكل معتبر - الاختيارات الصناعية ، لا سيما عندما تركز السلطة التنظيمية جهودها على تكنولوجيا معينة².

و لهذا السبب يعتبر من الضرورة بمكان ،تقدير نتائج القرارات على السوق المقصود ، و لكن أيضا على الأسواق التابعة، مما هو ثابت بمبدأ التناسب أو

« Le principe de proportionnalité » و الذي يقضي بأن الالتزام التنظيمي المختار يجب أن يكون ضروري و بأقل تدخل ممكن من أجل بلوغ الهدف المنشود³.

استثناء القاعدة :

و هو التدخل التنظيمي الذي يمس كل متعامل : إذ يوجد استثناءات على القاعدة التي تقضي بأن الالتزامات التنظيمية لا يمكن أن تفرض إلا على المتعاملين الذين يحتكمون على قوة سوق فعالة داخل السوق ، فيمكن فرض التزامات مختلفة من أجل إرساء منافسة دائمة و ضمان توافقية خدمات المواصلات الإلكترونية أي :

« L'interopérabilité de services des communications électroniques »

هذه الالتزامات هي متعلقة بالنفاذ أو الدخول إلى الشبكات و الموارد المشتركة ، بتوزيع البنى التحتية ، بشفافية الحاسبة ، و بتناسق المقاييس التقنية .

بعض هذه الالتزامات تدخل أصلا ضمن الالتزامات التنظيمية التي قد تفرض على المتعاملين الأقوياء ، و التوجيهات لم تقم سوى بتوسيع تطبيقها لتشمل متعاملين لا يحتكمون على قوة سوق فعالة⁴.

¹ D.POPOVIC, Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques, op cit, p.225

² مثلا في حالة ما إذا قامت سلطة التنظيم بالتركيز فقط على توريد النفاذ إلى الأنترنت عن طريق الخطوط التلفونية الكلاسيكية (ADSL) و تفرض التزامات ثقيلة على مؤسسات هذا القطاع ، مما قد يؤدي إلى كبح تطور هذه التكنولوجيا و يساعد على مد أو توسيع توريد النفاذ للأنترنت عن طريق شبكات الكابل "Réseaux câblés"

³ V. sur le principe de proportionnalité : D.SIMON, Le système juridique communautaire, 3^{ème} édition Paris, 2001, pp.153-154

⁴ D.POPOVIC, Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques, op cit, p.226

ثانيا : القيود والاستثناءات الواردة على مبدأ حظر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة :

رغم أن كل من المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي يؤكدان على مبدأ حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة إلا أن التعسف ذاته قد تحميه استثناءات و/أو قيود تحجب عنه الحظر ، فبذلك فمبدأ حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة هو ليس مطلق التطبيق بالنظر إلى ما قد ينتابه من قيود و/أو استثناءات شرعية أي :

"Des exceptions légales"¹

فقد تبنى المشرع الجزائري التصريح بعدم التدخل كقيد وارد على مبدأ حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة².

و بذلك فيعطي هذا التصريح الحماية القانونية لكل طالب تحصل عليه من كل من يحاول مهاجمته بإتيان التعسف الخطور و ذلك طيلة فترة صلاحية هذه الشهادة . و قد أراد المشرع بهذا الترخيص أن يأخذ بعين الاعتبار حركية و تعقد الواقع الاقتصادي التي لا تتماشى دائما مع المبادئ و النصوص القانونية التي قد تتصف بالجمود و الثبات³ ،

في حين أن المشرع الفرنسي لم يتناول مثل هذا التصريح .

بالإضافة الى التصريح بعدم التدخل نجد استثناءات أخرى تتاب مبدأ الحظر لا سيما تلك المتعلقة بتطبيق نص قانوني أو المتعلقة بمساهمة التعسف في وضعية الهيمنة في التقدم الاقتصادي و التقني⁴.

التصريح بعدم التدخل :

نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 8 من الأمر 03-03 على ما يلي :

"يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة ، بناء على طلب المؤسسات المعنية و استنادا إلى المعلومات المقدمة له ، أن اتفاقا أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 6 و 7 أعلاه لا تستدعي تدخله.

تحدد كفيات تقديم طلب الاستفادة من أحكام الفقرة السابقة بموجب مرسوم ، فنلاحظ أن المشرع الجزائري قد تبنى قيدا على حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة من خلال احكام هذه المادة، ثم جاء تبعا لذلك المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 2005/05/12 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم الدخول بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق. والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أنفرد باعتماد النص على هذا النوع من القيود بالنظر إلى نظيره الفرنسي.

¹ V. IDOT.L., Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'une harmonisation internationale, in: Revue internationale de droit comparé. Vol.54.n°2, Avril-Juin 2002, p.385

² المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 2005/05/12 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم الدخول بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، ج.ر عدد 35 الصادرة في 2005/05/18 .

³ كثر محمد الشريف ، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، المرجع السابق ، ص 141 .

⁴ المادة 9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الجزائرية و المادة 10 من الأمر 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة الفرنسي التي أصبحت بعد الإلغاء المادة 5-L.420 من القانون التجاري الفرنسي.

تضمن خصوصية هذا التصريح بأنه يسلمه مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية¹.

و يقدم الطلب في شكل معين حدده المشرع الجزائري من خلال نفس المرسوم ، فيلاحظ المجلس بموجبه عدم وجود داع لتدخله بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

و أوروبا فقد أصدر مجلس الوزراء التنظيم رقم 17-62² و الذي دخل حيز التنفيذ في 13/03/1962 ، و نص في المادة 2 منه على طلبات التصريح بعدم الدخول أو « les demandes d'attestation négative » و هذا النظام يطبق على التعسف في وضعية الهيمنة ، فترمي الدوافع التي تميز القرار المتضمن التصريح بعد التدخل إلى إثبات أن الممارسة المبلغة على مستوى اللجنة الأوروبية للمنافسة تفلت من تطبيق المادة 1/85 أو المادة 86 المتعلقان بالاتفاقات المحظورة و التعسف في وضعية الهيمنة على التوالي³.

و لم يرد في معاهدة روما لعام 1957 أي استثناء بشأن عقوبة التعسفات في وضعية الهيمنة و هذا على عكس الاتفاقات ، بينما يمكن للجنة المنافسة للاتحاد الأوروبي أن تحرر "شهادة عدم التدخل" بطلب من المؤسسة المستفيدة ، وذلك لما تتوصل أن الممارسة المعنية لا تشكل خرقا للمعاهدة . و من ذلك فالمشرع الجزائري قد نجده تأثر بقانون المنافسة الأوروبي الذي كرس هذا الإجراء في الحالات التي تكون فيها الممارسات قد تؤثر في المنافسة ، لكن بشكل لا يستدعي متابعة العون الاقتصادي ، كذلك في حالة ما إذا عجزت المؤسسة على تكييف الممارسة التي تقوم بها ، فلا تستطيع الجزم في حظرها من عدمه.

فتدخل اللجنة للتصريح بسلامة الممارسة⁴.

و ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يوفق في العنوان الذي أتخذه للمرسوم التنفيذي رقم 05-175 " المرسوم المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق " فناهيك أنه ليست كل الاتفاقات محظورة بل فقط تلك التي تمس بالمنافسة ، فعبارة "وضعية الهيمنة على السوق" لم تأتي في محلها ، إذ أن وضعية الهيمنة في حد ذاتها لا تعتبر محظورة بل هي مشروعة و هي غاية كل المتعاملون الاقتصاديون و إنما الحظر يشمل التعسف فيها بشكل يضر بالمنافسة مما يستدعي جدوى طلب التصريح بعدم التدخل.

¹ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175 ج.ر عدد 35 2005/05/18 ، كما أن الأشخاص المؤهلون لطلب التصريح هم : المؤسسة أو المؤسسات المعنية و ذلك في حالة الاتفاقات التي تشترط على الأقل وجود مؤسستين ، كما يمكن تقديمه من طرف ممثلي هذه المؤسسات و ذلك بشرط أن يستظهروا نقويضا مكتوبا فيه صفة التمثيل المخولة لهم . و يجب على المؤسسات الأجنبية المعنية أو ممثليها المفوضين أن يبينوا عنوانا في الجزائر و هذا بمقتضى نص المادة 03 من نفس المرسوم أعلاه

² Règlement n°17-62 du 6 février 1962, JOCE n°13 du 21/02/1962, pp.204-211

³ Philippe LAURENT, "Concurrence, procédures individuelles d'application des articles 85 et 86 du traité de Rome", juriscasseur commercial, concurrence/consommation, fascicule 480, (05/1983), p.21.

⁴ قوسم غالبية ، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة بومرداس ، 2007 ، صفحة 75

ومن حيث تقديم ملف طلب الحصول على التصريح بعدم الدخول و الإجراءات المتبعة حياله و أيضا دراسته جاءت محددة في المرسوم التنفيذي رقم 05-175¹.

نشير إلى أنه قد أحال الملحق للمرسوم التنفيذي رقم 05-175 إلى المادة 59 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة و من خلالها يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ 500.000 دج ، بناء على تقرير المقرر ، ضد المؤسسات التي تتعمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تتهاون في تقديمها ، أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من قبل المقرر².

و ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد في المرسوم التنفيذي رقم 05-175 ميعاد دراسة المقرر للملف و لا آجال الرد على الطلب .

و على العموم ففي حالة رفض الطلب يقوم مجلس المنافسة بإصدار قرار يتضمن أمر المؤسسة بالحد من ممارساتها و إلا ستعرض للعقوبات المنصوص عليها في قانون المنافسة لسنة 2003 . مع الإشارة أن قرار الرفض قابل للطعن فيه مثله مثل قرارات مجلس المنافسة الأخرى .

كما أن التصريح بعدم التدخل الممنوح من طرف اللجنة الأوروبية للمنافسة الذي يبين بأن التصرف المتنازع فيه لا يمس التجارة ما بين الدول الأعضاء ، لا يؤدي إلى إعتبار التصرف كمنافي للمنافسة على السوق الداخلية لدولة عضو ، و لكن لا تستطيع هذه الدولة النطق بالعقوبات على أساس قانون الاتحاد و إنما على أساس القانون الوطني الداخلي³.

الإستثناء الناتج عن تطبيق نص قانوني :

نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 09 من قانون المنافسة لعام 2003 قد أورد إستثناءات فيما يخص المبدأ العام المعتمد منه و هو حظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة و ذلك حين نص على أنه "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه ، الاتفاقات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي إتخذ تطبيقا له.

يرخص بالاتفاقات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل ، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة أو المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق . لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات أو الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة . وتقابلها من القانون الفرنسي أحكام نص المادة L.420-4 من القانون تجاري فرنسي.

ومن خلال نص المادة المذكورة أعلاه فقد تبنى المشرع الجزائري نوعين من الاستثناءات : الأول بموجب نص تشريعي أو تنظيمي ، و الثاني فيشمل مجموعة الاستثناءات التي تتم على أساس مساهمة التعسف الناتج عن وضعية هيمنة في التقدم الاقتصادي و التقني .

¹ المواد 4 ، 5 ، 6 ، 7 من المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 2005/05/12 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم الدخول بخصوص الإتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق.

² المادة 59 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

³ Emmanuel PUTMAN, Contentieux économique, 1ère édition, P.U.F, Paris, 1998, p.32.

فيما يخص الاستثناء الناتج عن تطبيق نص تشريعي أو نص قانوني أتخذ تطبيقا له :

فبفعل ذلك لا يمكن إدانة التعسف الناتج عن وضعية هيمنة فور تبرير الممارسة بتطبيق ذلك النص القانوني و هو نفس موقف القانون الأوروبي فأحكام المادة 82 من المعاهدة لا تطبق على المؤسسة المهيمنة بفعل القانون ، إذ أن المؤسسة لم تتبنى سلوكا شخصيا إنما تصرفت بترخيص من الدولة ، إذن :

فبمقتضى القانون تكون المؤسسة المهيمنة محمية من إدانتها بالتعسف ، لكن يمكن متابعة الدولة على أساس نظرية التعسف الآلي أو : « La theorie de l'abus automatique »¹ و هو نفس ما أتت به أحكام نص المادة 1/10 من قانون المنافسة الفرنسي او L.420-4 من القانون التجاري الفرنسي.

و لتطبيق هذا الترخيص وضع القضاء الفرنسي قاعدتين أساسيتين : أن تتوفر بعض الشروط في النص المقرر الاستثناء من المنع ، و أن تكون الممارسات المحظورة نتيجة مباشرة و ضرورية للنصوص المتمسك بها للتبرير².

أ - شروط النص التشريعي و التنظيمي :

يجب أن يمثل موضوع التنظيم المثار كتبرير لتعسف في وضعية هيمنة في تقييد المنافسة ، لكن لا يجب أن يفلت كامل القطاع الاقتصادي من التنظيم الخاص بالاقتصاد الحر³.

إن الاجتهادات القضائية الفرنسية السابقة لقانون المنافسة لسنة 1986 المتعلقة بالمنشورات الإدارية لها حظ قليل في المطابقة مع هذا الأخير ، فاللجنة التقنية للاتفاقات و وضعيات الهيمنة قبلت أن تثار هذه المنشورات بصفة نفعية من طرف المؤسسات و إن كانت لا تشكل حقيقة نصوص تنظيمية و ذلك تحت ثلاثة شروط :

أن يكون المنشور صادر من وزير الاقتصاد فقط ، و شكل تفسير لتنظيم ساري المفعول و أخيرا يسمح بوضوح بعض الممارسات المقيدة للمنافسة⁴.

ب - العلاقة بين النص و الممارسة المستثناة :

إن المشرع الفرنسي قد أستثنى بموجب المادة I-420-4 L.420-4 فقرة 1 من القانون التجاري الفرنسي (سابقا المادة 1/10 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986) ، التعسف الناتج عن وضعية هيمنة المتعلق بتطبيق نص تشريعي أو تنظيمي أتخذ تطبيقا له ، و إذا كان المشرع الفرنسي يؤكد ضرورة قيام علاقة بين الممارسات المنافية للمنافسة المعنية

¹ M.MALAURIE-VIGNAL l'abus de position dominante, op cit,LGDJ,p.176

² كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق ، ص 142 .

³Véronique SELINSKY, Concurrence (Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles),jurisclasseur commercial, concurrence/consommation, fascicule 320,1988,p.04 .

⁴ V.Véronique SELINSKY, Concurrence (Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles),jurisclasseur commercial, concurrence/consommation, fascicule 320,1988,p.04

و النص الذي يبررها ، فإنه لم يحدد طبيعة هذه العلاقة ، و من ثمة فالتفسير الواسع للنص يسمح باستيعاب العلاقات القائمة بين الممارسات و النص و لو كانت بعيدة و هذا ما يؤدي عمليا إلى تقليص فعالية المادتين 06 و 07 من نفس القانون¹.

الإستثناء المتعلق بالحصيلة الاقتصادية :

نجد أن المشرع الجزائري من خلال أحكام نص المادة 02/09 من قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003 قد رخص الاتفاقات و الممارسات المنافسة لكن شريطة أن تساهم في التطور الاقتصادي و التقني، تحسين التشغيل، أو تعزيز الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة في السوق. و ذلك جزء من كل، يدخل ضمن مسمى الحصيلة الاقتصادية التي تعود بالفائدة للدولة و تدعم سياستها.

و هو نفس موقف المشرع الفرنسي من خلال أحكام نص المادة 02/10 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986 و أيضا المادة L.420-4 فقرة 2 تجاري فرنسي تبني إعفاء الممارسة باللجوء إلى الحصيلة الاقتصادية .

يرمي المشرع من وراء قواعد المنافسة إلى ضمان تحقيق أمرين أساسيين و هما إيجاد تلاؤم أفضل للإنتاج مع الاحتياجات ، و استخدام أحسن للموارد من أجل إشباع حاجيات المستهلكين . و يمكن في ظروف معينة تحقيق الأهداف السابقة بواسطة الممارسات المنافسة ، فلأجل أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار الجوانب الإيجابية لتلك الممارسات ، فيصححها لكونها تتفق مع الصالح العام و ذلك لفترة معينة ، فيصبح التعسف في وضعية الهيمنة مبررا بواسطة القانون لأنه يساهم في التقدم الاقتصادي و يحو عنه الطابع المناهض للمنافسة . و معنى ذلك أن سبب الاستثناء أو الإعفاء أصبح هنا يلعب دورا أساسيا باعتباره أداة من أدوات السياسة الاقتصادية².

و يتم تقدير التقدم الاقتصادي بإجراء حصيلة اقتصادية للممارسات المنافسة للمنافسة المعنية : باللجوء إلى مقارنة من حيث الإيجابيات و السلبيات .

و هذه الحصيلة تركز على تفسير محدد لمفهوم التقدم الاقتصادي الذي لا يعطي محلا لتطبيق المادة 2/10 إلا إذا كانت باقي الشروط مجتمعة³.

أ - مفهوم التقدم الاقتصادي :

بفعل الاجتهاد القضائي و عمل مجلس المنافسة تم الوقوف على مضمون التقدم الاقتصادي و ذلك باعتماد مجموعة من العوامل ، كإحداث التعسف الناتج عن وضعية هيمنة أثر إيجابي في تحسين الإنتاجية ، التقدم التقني و الابتكار .

تحسين الإنتاجية :

يعتبر عاملا مهما بالنسبة لمجلس الأمة في تقدير فعالية الممارسة المقيدة للمنافسة في التقدم الاقتصادي ، و لتحقيق الإنتاجية يجب تحليل الفرق بين الكمية المنتجة و العمل المبذول و النفقات التي صرفت من أجل ذلك ، كما يمكن

¹ كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) المرجع السابق ، ص 144 .

² كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) المرجع السابق ، ص 145 .

³ Renée GALENE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, op-cit, p.308.

تحقيقها بتخفيض النفقات العامة أو بواسطة التوصل إلى زيادة تحسين الإنتاجية بتحسين شروط التوزيع و التي تؤدي إلى تخفيض الأسعار أو بواسطة تخفيض نفقات النقل¹.

التقدم التقني و الابتكار :

اعتمدت اللجنة التقنية الفرنسية فكرة قابلية اعتبار الابتكار تبريرا ، شريطة ألا تسعى المؤسسات لحرمان غيرها من الاستفادة من منافع الانتقال التكنولوجي .

و قد نجد تلك التبريرات في اعتماد شروط الحصرية لضرورتها الموضوعية .و بالمقابل فإن التقدم المثار لا يمكن أن يبرر شروط الحصرية لمدة مفرطة²

ب - شروط التقدم الاقتصادي :

حتى نكون بصدد تبني التقدم الاقتصادي كسبب لإباحة التعسف الناتج عن وضعية هيمنة³ يجب اعتماد توفر شروط معينة.

إثبات التقدم الاقتصادي الذي تحويه الممارسات :

أكد المشرع الجزائري أن عبئ الإثبات يقع على عاتق أصحاب هذا التعسف⁴ ، و قد نص المشرع الفرنسي على نفس المبدأ المادة 2/10 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986 (التي أصبحت L.420-4-2 و أيضا L.420-4-1 تجاري فرنسي) و لا يتم الاستفادة من هذا الاستثناء إلا بطلب من مصدر التعسف من خلال مذكراتهم على مستوى القضاء أو مجلس المنافسة ، إذ أن الاستثناء لا يثار تلقائيا من هيآت القضاء⁵.

و بمناسبة إثبات التقدم الاقتصادي فعلى المعني أن يعتمد وجود سواء استثناء عام أو خاص : فأما العام : فلم يتضمن قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003 نصا عاما يستثني من الحظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة في قطاعات اقتصادية معينة بالنظر إلى المشرع الفرنسي الذي بعد أن استثنى في المادة 2/10 من الأمر المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة لسنة 1986 بعض الأنواع من الاتفاقات المنافية للمنافسة من المنع بواسطة مرسوم ، إذا كانت مستوفية للشروط اللازمة لهذه الاستثناء ، فتح المجال لاستثناء بعض الممارسات و ذلك من خلال التعديل الذي جاء به في 1996، حيث استثنى من المنع صراحة في المادة 2/10 الممارسات المتعلقة بالمنتجات الفلاحية أو ذات اصل فلاحية

¹ كثر محمد الشريف ، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، المرجع السابق ، ص 146 .

² Véronique SELINSKY, Concurrence (Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles), juriscasseur commercial, concurrence/consommation, fascicule 320, 1988, p.10 .

³ المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003 و المادة 10 من قانون المنافسة الفرنسي لسنة 1986 التي أصبحت بعد الإلغاء المادة L.420-5 من القانون التجاري الفرنسي.

⁴ المادة 2/9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة "يرخص بالإتفاقات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور إقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل ..."

⁵ Renée GALENE, Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Litec, Paris, 1995. p.308 .

المنطوية تحت علامة واحدة أو اسم تجاري واحد ، حينما تهدف إلى تنظيم حجم و نوعية الإنتاج و كذلك السياسة التجارية ، بما فيها الاتفاق على سعر مشترك للبيع¹.

و أما الاستثناء الخاص : ففي حالة غياب مرسوم ينص صراحة على استثناء بعض الاتفاقات و الممارسات المنافسة للمنافسة من المنع المقرر ، فبالنسبة للمشرع الفرنسي يعتمد اثبات مرتكبي هذه الممارسات أن الأخيرة تتضمن فوائد اقتصادية ، و أنها كافية لتعويض ما أحدثته الممارسات المعنية من أضرار بالمنافسة .

و يمكن تصنيف أحكام نص المادة 09 من قانون المنافسة الجزائري لسنة 2003 ضمن اعتماد الاستثناء الخاص الذي بواسطته تقوم المؤسسات المعنية بطلب ترخيص الممارسات التعسفية من مجلس المنافسة إذا أثبتت أنها تساهم في التقدم الاقتصادي و التقني أو أن تساهم في تحسين التشغيل².

و يضيف المشرع الفرنسي شروط أخرى تتمثل في :

صفات التقدم الاقتصادي : أن يكون الأخير ملموسا ، إيجابيا و كافيا. و عندما نتكلم عن الملموس فيعني ذلك أن النتائج التي تترتب عن الدراسة الاقتصادية للتعسف يجب أن تبين أن المساهمة في التقدم الاقتصادي بلغت درجة ملموسة فلا يكفي أن يكون للتعسف محل التبرير غرض يرمي إلى تحقيق ذلك التقدم ، و ليس في صورة مشروع لم يتحقق بعد.

كما يجب أن تكون هذه النتائج المترتبة عن الدراسة الاقتصادية للتعسف إيجابية : فلا يكفي أن ترمي تلك المؤسسات الى مجرد تجنب عراقيل معينة ، لأن التقدم الاقتصادي يهدف إلى كل تجديد كتغيير أنماط معينة و أوضاع سابقة لأفض عما كانت عليه.

كما يجب أن يكون التقدم الاقتصادي الناتج عن التعسف كافيا : أي الفوائد المحصل عليها من التطور الاقتصادي يجب أن تفوق المساوي التي ترتبها الممارسة التعسفية المراد تبريرها على المنافسة.

تخصيص قسط من العائدات للمستهلكين :

و يقصد به استفادة المستهلكين بشكل منصف من الآثار الايجابية مع المؤسسات المعنية في آن واحد ، فنكون إلى حد ما بصدد تعايش في التعامل بين الطرفين ، يمكن أن تكون استفادة المستهلكين في انخفاض الأسعار ، تحسين خدمة ما بعد البيع و كل تلك الإيجابيات الاقتصادية أو التقنية³.

¹ Art 10/02 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ,rédaction L n°96-588, 1^{er} juillet 1996,art 03.

² كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق ، ص148 - 149

³ Michel PEDAMON, Droit commercial (commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce), op-cit,p. 144

علاقة التقدم الاقتصادي بالممارسات موضوع التبرير المرتكبة :

فالتقدم الاقتصادي كتبرير لتلك الممارسات التعسفية يجب أن يكون نتيجة مباشرة لهذه الأخيرة ، فإذا أثبتت المؤسسة المتعسفة في الهيمنة أن هذه الممارسة و إن كانت تعيق السير الحسن للمنافسة ، إلا أنها أدت إلى نتيجة إيجابية تساهم في التطور الاقتصادي و التقني أو تساهم في توفير مناصب شغل أو تحسين الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، في المجال الذي تمارس فيه المؤسسة المتعسفة لنشاطها ، و يقع عليها عبء إثبات ذلك كما يقع عليها عبء إثبات وجود علاقة سببية بين النتائج الإيجابية التي يحققها التعسف و تقييد المنافسة ، فلو أمكن تحقيق هذه النتائج الإيجابية دون أن تلجأ المؤسسة المهيمنة الى التعسف في وضعيتها كان الأخير غير مشروعاً .

المعادلة بين عرقلة المنافسة و الأثر الإيجابي المترتب عنها :

يجب أن تكون العرقلة التي مست المنافسة متناسبة بدقة مع الأثر الإيجابي الذي رتبته و هذا حتى يكون التبرير مقبولا و هذا بمقتضى نص المشرع الفرنسي في المادة 2/10 من المنافسة الفرنسي لسنة 1986 و أيضا المادة 4-L.420 فقرة 2 تجاري فرنسي تتبنى نفس المبدأ.

الشراكة الأوروبية الجزائرية وناثيراتها على النظام الجبائي الجزائري



عبد العزيز خنفوسي : أستاذ مساعد قسم (أ) كلية الحقوق
والعلوم السياسية - جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة، الجزائر

ملخص :

من خلال هذا المقال سنؤكد أن العلاقات الجزائرية الأوروبية ما كانت لتحسن إلا بتوقيع اتفاق شراكة مع الاتحاد الأوروبي بتاريخ 12 أبريل 2002، وهذا بمناسبة العيد الخامس للندوة الوزارية الأورو متوسطية. مع الإشارة كذلك أن هذا الاتفاق تضمن عدة أهداف سطرت لهذا الغرض، والتي كان من أهمها:

- إعداد الأرضية الملائمة من أجل تجسيد حوار سياسي بناء يخدم مصالح الطرفين.
- السهر على توفير الجو المناسب الذي يساعد على عملية التبادل التجاري والبشري.
- الارتقاء بهذا الاتفاق إلى درجة التكامل المغربي مع الاتحاد الأوروبي.
- زيادة فرص التعاون في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمالية.
- العمل على مقاربة النظام الجبائي الجزائري وفق ما جاء به هذا الحدث الاقتصادي الجديد.

Résumé:

Dans cet article, nous vous confirmons que les relations Algéro-Européennes sont en amélioration, mais un patchwork de la signature d'un accord de partenariat avec l'union européenne le 12 Avril 2002 à l'occasion de la cinquième conférence ministérielle euro-méditerranéenne.

En ce qui concerne aussi bien que cet accord comprenait plusieurs objectifs, établis a cette fin et qui a été le plus important:

- Préparation des terres propices à la réalisation d'un dialogue politique constructif sert les intérêts des deux parties.
- Ipod à fournir la bonne atmosphère, ce qui facilite le processus du commerce et de l'homme.
- Mise à jour du présent Accord au degré d'intégration avec le Maghreb de l'union européenne.
- Augmentation des possibilités de coopération dans les domaines économique, social, culturel et financier.
- Les travaux sur l'approche selon le système fiscal Algérien introduit par ce nouvel événement économique .

إن للقرب الجغرافي بين أوروبا والدول العربية له تأثير في التبادل وإثقال في رؤوس الأموال، وعلى اعتبار الجزائر دولة من الدول المطلة على الحوض الجنوبي للبحر المتوسط، وبما أنها بوابة للقارة الإفريقية، أدى إلى دخولها في علاقات ومفاوضات الشراكة مع الإتحاد الأوروبي⁽¹⁾ وفق مسار مؤتمر برشلونة.

والجدير بالذكر أن المشاركين في مؤتمر برشلونة أمدوا بعض النقاط منها إزالة كل أنواع البيروقراطية والعوائق أمام الاستثمارات⁽²⁾ من أجل تسهيل عملية نقل التكنولوجيا والتصدير بصفة عامة، وتشجيع الأطراف بإقامة اتفاقيات تهدف للوصول إلى حداثة الصناعة والتوفيق بين مقتضيات التنمية الاقتصادية والبيئة وإحداث مناطق تبادل حر.

ولهذا فقد ارتأينا في هذا المقال أن نتناول الشراكة الأوروبية الجزائرية بنوع من التفصيل والتحليل على أن نقف في الأخير على أهم تأثيرات هذه الشراكة على النظام الجبائي الجزائري.

(1) - أنظر: - حامد فاروقي، اليورو يبلغ الخامسة من العمر، التجربة الأوروبية الكبرى، مجلة التمويل والتنمية، تصدر عن صندوق النقد الدولي، مصر، 2004 ص، ص: 14، 15.

- نظام التجارة التفضيلي: هو اتفاق يوقع بين دولتين أو أكثر بموجب معادلة تفضيلية تحدد إزالة عوائق كمية والغير كمية مثل تخفيض معدل التعريفات الجمركية أو إلغاء نظام الحصص ويعتبر هذا النظام أقل مرحلة من التكامل الاقتصادي.

- منطقة التجارة الحرة: هي تجمع اقتصادي بين أكثر من دولتين يهدف إلى تحرير التجارة من كافة الحواجز الجمركية مع قيام كل دولة بتخفيض تعريفاتها الجمركية اتجاه الدول خارج المنطقة لهدف تحقيق مستوى اقتصادي عالمي.

- الإتحاد الجمركي: - هو إتحاد قائم على أكثر من دولتين حيث يتم فيه تبني هذه الدول تعريفات جمركية موحدة اتجاه التجارة الخارجية زيادة على تخفيض القيود الكمية بين الدول الأعضاء.

- السوق المشتركة هي الحدث الثالث والأخير بعد منطقة التجارة الحرة السابقة عن الإتحاد الجمركي حيث تتبنى الدول تحرير كل من رؤوس الأموال والأعمال.

- الوحدة الاقتصادية: - هي نهاية التكامل الاقتصادي حيث تتضمن هذه المرحلة شروط السوق المشتركة مع التنسيق في السياسات الاقتصادية وضبط السياسة المالية والنقدية.

(2) - أنظر: منظمة العمل العربية: مكتب العربي، الأسس النظرية للتجارة الدولية والتكامل الاقتصادي، 1996، ص: 91.

أولاً: قبل اتفاق الشراكة الأوروبية الجزائرية :

في أبريل من سنة 1976 أول علاقة رسمية بين الجزائر والسوق الأوروبية المشتركة طبعتها المبادلات التجارية، وذلك بمنح رخص تصدير السلع الجزائرية نحو السوق المشتركة باستثناء المنتجات الزراعية التي تخضع لقانون الحصص كما استفادت الجزائر من أربع بروتوكولات من هذا الاتفاق كما هو مبين في هذا الجدول⁽¹⁾.

الجدول رقم (1) : البروتوكولات المتعلقة بالإعلانات والقروض من 1976 إلى غاية 1995 (الوحدة الأورو)

ملاحظة : ب.أ.إ: تعني البنك الأوروبي للاستثمار.

بروتوكول	تخصيص	لجنة	تخصيص	ب.أ.إ.	موارد ذاتية	مجموع
بروتوكول 01 (1981-1976)	إعانات قروض خاصة وقروض ب.أ.إ.	44.000.000	25.000.000	19.000.000	70.000.000	114.000.000
بروتوكول 02 (1986-1981)	إعانات قروض خاصة وقروض ب.أ.إ.	44.000.000	28.000.000	16.000.000	107.000.000	151.000.000
بروتوكول 03 (1991-1986)	إعانات أموال مخاطر بها وقروض ب.أ.إ.	56.000.000	52.000.000	4.000.000	183.000.000	239.000.000
بروتوكول 04 (1995-1991)	إعانات أموال مخاطر بها وقروض ب.أ.إ.	70.000.000	52.000.000	18.000.000	280.000.000	350.000.000

رغم كل هذه البروتوكولات لم تعرف العلاقات الجزائرية الأوروبية الانطلاقة الفعلية إلا في سنة 1986 وهذا ناتج عن الهزة السعرية النفطية التي أثرت سلباً على الدول المنتجة للنفط⁽²⁾ نظراً لانخفاض العائدات النفطية والذائقة المالية التي هزت الاقتصاد الجزائري مما استدعى اللجوء للدول الأوروبية طالبة مساعدات مالية لتمويل نفقاتها العامة.

⁽¹⁾ – Voir: union Européenne, Délégation de la commission européenne en Algérie, un quart de siècle de coopération, Edition kalima, 2004, p.05.

⁽²⁾ – أنظر: - بورنان إبراهيم، قطاع المحروقات في ظل الإصلاحات الاقتصادية، رسالة ماجستير، الجزائر، 1995، ص: 165.

ثانياً : بعد اتفاق الشراكة الأوروبية الجزائرية :

وفي بداية التسعينات تميزت العلاقات الجزائرية الأوروبية بفتور بسبب الوضع الأمني الذي عاشته بلادنا والموقف الأوروبي من ذلك. وفي سنة 1996 بدأت الجزائر تستعيد هيبتها ومكانتها في المحافل الدولية، مما أدى لرجوع تلك العلاقات بتحسّن ملحوظ وكللت بتوقيع اتفاق شراكة مع الإتحاد الأوروبي بتاريخ 12 أفريل 2002 بمناسبة العيد الخامس للندوة الوزارية الأورو متوسطية التي انعقدت بفالنوس في إسبانيا تطبيقاً لمسار ندوة برشلونة.

1- الأهداف الرئيسية للشراكة الأوروبية الجزائرية: وقد حدد هذا الاتفاق خمسة أهداف رئيسية تتمثل في :

- أ- توفير إطار ملائم للحوار السياسي بين الأطراف.
- ب- تنمية المبادلات لضمان مستقبل متوازن للعلاقات التجارية بين الأطراف وتحديد شروط التحرير التدريجي.
- ج- تشجيع المبادلات البشرية.
- د- تشجيع الاندماج المغربي فيما بينهم وبين الإتحاد الأوروبي.
- هـ- تشجيع التعاون في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمالية.

2- المحاور الرئيسية لاتفاق الشراكة الجزائرية الأوروبية: وقد تبلور هذا الاتفاق في تسع فصول تتمثل في:

- أ- الفصل الأول (الحوار السياسي) : يقوم مبدأ الحوار السياسي والأمني في ما بين الأطراف في شكل متواصل حتى يتسنى للشركاء تحقيق الرقي والاستقرار وأمن منطقة البحر الأبيض المتوسط.
- ب- الفصل الثاني (حرية تنقل السلع) : سيقوم الطرفان بالتدريج بإنشاء منطقة التبادل الحر وهذا في الفترة الانتقالية قدرت بـ 12 سنة.
- ج- الفصل الثالث (التجارة والخدمات) : يمنح للإتحاد الأوروبي بموجب هذه الاتفاقية نظام تفصيلي بنفس الامتيازات التي يتمتع بها الممولون الأوروبيون، وتتمثل هذه الامتيازات في: الخدمات العابرة للحدود، التمثيل التجاري، الإقامة المؤقتة للأشخاص الطبيعيين، والنقل بمختلف أنواعه.
- د- الفصل الرابع (التسديد، رؤوس الأموال، المنافسة وغيرها من الترتيبات الاقتصادية) : يضمن الطرفين نقل رؤوس الأموال ابتداء من دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، وذلك فيما يتعلق بالاستثمارات المباشرة في الجزائر.

هـ- الفصل الخامس (التعاون الاقتصادي) : يتعهد الأطراف على دعم التعاون الاقتصادي من أجل ضمان المصالح المشتركة وفق مبدأ الشراكة التي تم الاتفاق بموجبها، ويتمثل هذا التعاون في دعم الإصلاحات، والتقليل من التكلفة الاجتماعية الناتجة عن تحرير المبادلات التجارية، والتعاون البيئي.

و- الفصل السادس (التعاون الاجتماعي الثقافي) : يهدف هذا الفصل إلى حماية العمال الجزائريين المقيمين على التراب الأوروبي بنوع من الاهتمام في الجانب الاجتماعي والثقافي والتربوي، وترقية هذه المجالات.

ز- الفصل السابع : - التعاون المالي : - يهدف هذا الفصل إلى تأهيل هياكل اقتصادية، تشجيع الخواص لخلق مناصب شغل، تسهيل الدعم للتنمية الريفية، الأخذ بعين الاعتبار الآثار السلبية التي يتأثر بها الاقتصاد الجزائري نتيجة إقامة مناطق تبادل الحر.

س- الفصل الثامن (التعاون في مجال العدل والشؤون الداخلية وتدعيم الهيئات ودولة القانون) : يتمثل هذا التعاون في المجالات التالية :

1 تنقل الأشخاص.

2 الوقاية ومتابعة الهجرة غير الشرعية.

3 التعاون في مجال القانون والقضاء بمختلف فروعه مع الاهتمام بالعناصر التالية:

- مكافحة الجريمة المنظمة.

- مكافحة عملية تبييض الأموال.

- مكافحة المخدرات والإدمان.

- العنصرية وكرهية الأجانب.

- الإرهاب.

- الرشوة.

ش- الفصل التاسع (إجراءات تأسيسية عامة ونهائية): تم إنشاء مجلس الشراكة على المستوى الوزاري يجتمع مرة واحدة على الأقل لمتابعة ودراسة المشاكل.

- إنشاء لجنة الشراكة تتكفل بعملية تسيير الاتفاق⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - Voir: union Européenne, un quart de siècle de coopération, op.- cit, p ; 10 et suite

ثالثاً : التعاون الاقتصادي المالي في ظل اتفاق الشراكة الجزائرية الأوروبية :

لقد عزز اتفاق الشراكة التعاون الاقتصادي والمالي بين منطقة اليورو والجزائر يتمثل هذا التعزيز في دعم برامج الإصلاحات والدفع بعجلة التنمية لعدة قطاعات.

1- برامج المساعدات الخارجية للإتحاد الأوروبي MIDA⁽¹⁾.

لقد ساعد هذا البرنامج على تمويل المشاريع الاقتصادية والاجتماعية في شكل قروض وإعانات مالية تمثلت في :

أ- القروض : قدم الإتحاد الأوروبي في إطار هذا البرنامج قروض للجزائر لتمويل عدة مشاريع من أجل دعم الإصلاحات، وتهيئة وهيكلية الاقتصاد كما موضح في الجدول التالي⁽²⁾ :

القيمة	اسم المشروع	السنوات
50 مليون أورو - 35 مليون أورو - 35 مليون أورو -	- تطبيق إجراءات ميدانية لمكافحة التلوث بمستوى ثلاث مواقع صناعية بسكيكدة وعنابه. - كهرباء الجنوب . - تحديث وسائل المراقبة الجوية بمطارات الجزائر وقسنطينة ووهران.	1996
300 مليون أورو - 35 مليون أورو -	- بناء أنبوب غازي من أدرار نحو حاسي مسعود. - تشييد خط كهربائي بين ورقلة و غرداية .	1997
30 مليون أورو -	- بناء سد بتا كسيت لتوزيع المياه على السكنات والصناعات بالجزائر وتيزي وزو	1998
140 مليون أورو - 3 مليون أورو -	- الطريق السريع شرق غرب الشطر الرابع منه. - بناء وحلة صيدلانية بالجزائر.	2000
225 مليون أورو -	- قنوات المياه لسد تاكسيت نحو الجزائر.	2001

(1) - المديرية العامة لمكتب أورو إيدن للتعاون: - لها دور يتمثل في تحضير برنامج مساعدات خارجية للإتحاد الأوروبي وتسيير انطلاقا من تحديدها إلى غاية الانتهاء منها، وهي مسؤولة على الجانب التقني والمالي، وللمديرية العامة لمكتب أورو إيدن مديريات ثمانية موجودة عبر العالم والتي تهمنا هنا هي مديرية ب تقوم بـ 2500 دفع سنوي أي ما يقارب 400 مليون أورو وتدرس حوالي 80 مناقصة تصدر عنها في إطار الدعم المؤسساتي لوحدة تسيير البرنامج، وتقوم وحدة تسيير البرامج بدعم المؤسسات والصناعات الصغيرة والمتوسطة لأجل التنفيذ التقني والإداري، البرامج المتعلقة باتفاقيات التمويل المبرمة بين الطرفين الجزائري والأوروبي وهي عبارة عن فرق تحتوي على سبع أخصائيين في كل القطاعات تقوم بالتسيير العلمي للمؤسسة الصغيرة والمتوسطة الجزائرية ودعم الشركات المالية المتخصصة وتطويرها. انظر : رسالة ماجستير، زديك الطاهر، تطور موقف الجزائر من التنظيم الدولي للتجارة، القانون الدولي، بن عكنون الجزائر ، 2002، ص: 85.

(2) - Voir: union Européenne, un quart de siècle de coopération, op- cit, p ; 08.

2002	- الطريق السريع شرق غرب الشطر الخامس منه. - إعادة بناء الهياكل التالفة بموجب فياضانات باب الواد خلال شهر نوفمبر 2001. - ترميم قنوات صرف المياه بلجوائر العاصمة. - المساهمة في بناء وحدة إنتاج الإسمنت بالمسيلة.	- 70 مليون أورو - 45 مليون أورو - 50 مليون أورو - 61 مليون أورو
	المجموع	1079 مليون أورو

ب- المساعدات : تحصلت الجزائر على مساعدات مالية لعدة قطاعات منها :

* قطاع الإدارة والتعليم :

- الإصلاحات الإدارية والقضائية: قد تم تدعيم الإصلاحات الإدارية بمبلغ 25 مليون أورو من طرف الاتحاد قصد تحديث الإدارة حتى تسير التغيرات والتحولات الاقتصادية التي تمر بها؛ حيث تستفيد وزارة المالية بكل هياكلها (أمالك الدولة والجمارك والضرائب) إلى جانب وزارة النقل والتجارة والفلاحة من هذا المبلغ، علماً أن مدة الإنجاز حسب البرنامج هي 48 شهراً كما استفاد قطاع العدالة بـ 15 مليون أورو من هذا البرنامج قصد تفعيل هذا القطاع والوصول إلى رفع أدائه لتحسين نظرة المواطن اتجاهه هذا بالفصل السريع في مختلف الملفات، والمدة هي 03 سنوات.

* قطاع التربية والتكوين والتعليم العالي⁽¹⁾:

لقد استفادت هذه القطاعات بـ 50 مليون أورو موزعة إلى 17 مليون أورو لقطاع التربية من أجل تحسين مستوى المكونين وإدخال تكنولوجيا الإعلام الآلي للمؤسسات التعليمية عبر الولايات، وهذا من أجل رفع نوعية وفعالية هذا القطاع ومنح فرص التعليم ومكافحة التسرب والفسل المدرسي، والمدة هي 03 سنوات.

أما قطاع التكوين فقد استفاد بمبلغ 60 مليون أورو وينجز لمدة 06 سنوات تستفيد منه مصالح وزارة التكوين المهني والمتعاملين في القطاع العام والخاص الحديث النشأة، حيث تسنى لهذا القطاع الاستجابة لمتطلبات السوق.

(1) - أنظر: أ.إبراهيم بورنان و أ.الطاهر جمعات وأ.الطاهر زديك: "التعاون المالي والتجاري الأوروبي الجزائري في إطار اتفاق الشراكة"، الملتقى الدولي الأول حول اليورو واقتصاديات الدول العربية: فرص وتحديات، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الأغواط، الجزائر، 18-20 أبريل 2005. ص: 226.

أما قطاع التعليم العالي استفاد هو الآخر من 08 مليون أورو ستنفذ لمدة 04 سنوات تتكفل المديرية العامة للتربية والثقافة واللجنة الأوروبية بتنشيط برنامج تامبوس (TAMPUS) الذي يمول ثلاثة أنواع من العمليات تتمثل في مشاريع الأورو متوسطة المشتركة، إجراءات هيكلية أو تكميلية إلى جانب تقديم منح للدراسة الفردية، أما النتائج المرتقبة من هذا البرنامج إقامة شبكة تعاون ما بين الجامعات.

* القطاع الاجتماعي :

لقد خصص الإتحاد الأوروبي في إطار التعاون المالي والاقتصادي 98.28 مليون أورو لدعم هذا القطاع حيث تم تدعيم الجمعيات الجزائرية للتنمية بـ 05 مليون أورو لمدة 04 سنوات وتهدف لتشجيع الدور الذي يلعبه المجتمع المدني في التنمية على أن تدرج فيه المنظمات غير حكومية النشاط في المجال الاجتماعي وحماية البيئة.

أما قطاع السكن فقد تحصل على 13.28 مليون أورو كمساعدة استغلت لتمويل وسائل الإنتاج المتعلقة ببناء السكن الاجتماعي، أما الجزء الثاني فقد تم تمويل الأشغال المتعلقة بالترميم، وذلك بمنح إعانات للمواطنين المتضررين من زلزال 21/ماي/2003.

أما المناطق المتضررة من الإرهاب وبعد استتباب الأمن فيها ساهم الإتحاد الأوروبي بـ 30 مليون أورو استفادت منها 06 ولايات قصد إعادة اعمار هذه المناطق والقيام بأشغال ترميم المدارس ومراكز الاستشفاء وشبكة المياه الصالحة للشرب والتطهير.

وتعاني بعض المناطق من التراب الوطني خاصة الريفية منها الموجودة في شمال شرق الجزائر من الفقر وانخفاض المستوى المعيشي حيث قام الإتحاد الأوروبي في إطار إتفاق الشراكة بتقديم مساعدات مالية بـ 50 مليون أورو وـ 50 بلدية ريفية قصد تحسين مستوى الخدمات وخلق مؤسسات صغيرة ومتوسطة، ومدة إنجاز هذا الدعم هي 60 شهراً⁽¹⁾.

* قطاع الإعلام والأمن والمواصلات :

دعمت هذه القطاعات بفضل الإعانات المقدمة من طرف الإتحاد الأوروبي بمبلغ 30.2 مليون أورو أين خصص مبلغ 05 مليون أورو لدعم وسائل الإعلام والصحافة بقصد دعم الإعلام الخاص والمستقل وخلق ديناميكية في هذا القطاع لبعث روح الديمقراطية في المجتمع الجزائري، ومدة الإنجاز هي 04 سنوات.

(1) - Voir: union Européenne, un quart de siècle de coopération, op- cit, p: 19 et suite.

أما قطاع الأمن فقد استفاد هو الآخر من 8.2 مليون أورو موجهة للمديرية العامة للأمن الوطني، وذلك من أجل تكوين الجزائريين وتجهيز وتكوين مخابر الشرطة العلمية حتى يتسنى لهذا القطاع أداء واجبه في دعم دولة القانون واحترام الحريات الشخصية.

أما على مستوى المواصلات والخدمات البريدية فقد استفاد هذا الأخير بـ 17 مليون أورو لمدة 04 سنوات من أجل ترقية القدرات التنافسية لهذا القطاع، وتحديث مراكز التكوين وإنشاء مجمع معلوماتي هام يواكب العصرنة.

*** القطاع الاقتصادي :**

أما القطاعات المرتبطة مباشرة بالعملية الإنتاجية وبالتشغيل فقد روعي بالاهتمام ويتمثل هذا في ما يلي:

01- المؤسسات الصغيرة والمتوسطة⁽¹⁾: حيث خصص الاتحاد الأوروبي 57 مليون أورو من أجل ترقية وتحسين المستوى التنافسي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التابعة للقطاع الخاص مستثنين بذلك المؤسسات ذات الطابع التجاري؛ حيث توطر هذه العملية وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ووزارة الصناعة، وحدد هذا البرنامج في مدة 06 سنوات.

02- إعادة الهيكلة الصناعية والخصوصية: خصص له 38 مليون أورو لمدة 04 سنوات موجه لكل من الوزارة المنتدبة المكلفة بالمساهمات وترقية الاستثمار ووزارة الصناعة وإعادة الهيكلة ويسعى هذا الدعم إلى التحقيق الفعلي والشفاف لبرنامج الخصوصية ووضع إستراتيجية للعصرنة⁽²⁾، وتوفير المساعدات التقنية على المدى القصير والبعيد ووضعها تحت تصرف الهيئات المكلفة بالخصوصية.

*** القطاع المالي :**

استفادت كل من الخزينة العمومية، بنك الجزائر والبنوك التجارية إلى جانب مؤسسات التأمين وبورصة الجزائر بـ 23.25 مليون أورو، وهذا قصد تكوين مسيري هذه القطاعات ودعم المراقبة للعمليات المصرفية وإقامة نظام تسيير مركزي للأخطار المصرفية على مستوى بنك الجزائر، كما يمول هذا الدعم برامج التكوين وإعداد الندوات والتربصات، وقد حددت مدته بأربعة سنوات.

⁽¹⁾ – Voir: union Européenne ; la pme, moteur de développement, Revue de la délégation N°=01,2004,p ;04 et suite.

⁽²⁾ – Voir: union Européenne ;programme MEDA,un support pour la mise à niveau des banques, Revue de la délégation N°=04,2004 p07 et suite.

رابعاً: - مناطق التبادل الحر:

إن اللجوء إلى إحداث مناطق التبادل الحر له من الدافع والأسباب لأهميته ما يبرره؛ حيث بموجبها نكون أمام تكتل إقليمي، انطلاقاً من فكرة الاستغلال للموارد والمؤهلات داخل المنطقة بأسلوب مشترك لإحداث اندماج اقتصادي قائم على تحقيق التنمية الشاملة⁽³⁾ بالرغم من وجود تكتلات لا تهدف إلى تحقيق التكامل، وبعبارة أخرى أن عملية التكامل لها ديناميكية في صور مختلفة⁽⁴⁾.

وعليه فإن الدراسات التحليلية التي أقيمت على ندوة برشلونة أكدت بأن الاهتمام الذي أولي لمنطقة التبادل الحر فيما يخص الضفة الجنوبية للبحر الأبيض المتوسط قد حظيت بحصة الأسد⁽¹⁾، وحسب اعتقاد بعض رجالات القانون فإن الاتفاقيات الموقعة بين الاتحاد الأوروبي ودول الضفة الجنوبية، رغم أنها تحمل بعداً اجتماعياً وسياسياً وحتى أمنياً وقانونياً إلا أنها تحمل بعداً اقتصادياً تجارياً محض محصوراً في منطقة التبادل الحر التي عرفتها المادة 8/24 من الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة بأنها (مجموعة من إقليمين أو أكثر تلغى فيه الرسوم بينهم؛ أي الدول المنظمة في هذه المنطقة أي تطبيق - بطريقة أو بأخرى - مبدأ التعميم معاملة دولة أخرى بالرعاية)⁽²⁾.

01- مناطق التبادل الحر من المنظور الأوروبي: رغم الدعم المالي الذي تقدمه أوروبا كمجموعة أو على مستوى البنك الأوروبي للاستثمار فإنها لم تحقق النتائج المرجوة خاصة بعد تقرير بروكسل بخصوص الزراعة⁽³⁾، وهذا ما دفع بالمجموعة الأوروبية إلى تفضيل إنشاء مناطق التبادل الحر⁽⁴⁾ حتى تحقق مكاسب أكبر حجماً وفي أقل وقت.

02- مناطق التبادل الحر من المنظور الجزائري: إن إحداث مناطق التبادل الحر مع الضفة الجنوبية للبحر الأبيض المتوسط وبالخصوص الجزائري له أهداف مالية تتمثل في الدعم المالي الذي يخصص للجزائر كدولة منظمة، وكذلك

(3) - أنظر: حسين بن صديق: مشروع منطقة التبادل الحر المغربي في ظل النظام التجاري العالمي الجديد، وقائع الأيام الدراسية المغربية حول عولمة الاقتصاد والاندماج الجهوي وإعادة الهيكلة في المغرب، الرباط 1995/05/30، دار النشر المغربية، دار البيضاء 1996، ص: 65.

(4) - Voir: j. Fentanele ; organisation économique internationale, 2-ième édition, paris, milan Barcelone, 1995p ; 154.

(1) - أنظر: مصطفى عبد الله خشيم، تأثير مؤتمر برشلونة على الأمن الاقتصادي العربي، النظرية والتطبيق، ندوة التحديات الراهنة والتطلعات المستقبلية، مركز الدراسات العربية الأوروبية، فرنسا، 1996، ص: 465.

(2) - الدولة الأولى بالرعاية: - هي ميزة تجارية تمنحها دولة لدولة أخرى، وتطبق على سائر الدول الأخرى دون الانتظار في أن تطالبها بذلك أي تطبيق من تلقاء نفسها، وبها تصبح الدول الأعضاء متساوية في المعاملة، أنظر أكثر مصطفى سلامة: - قواعد الجات، الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط1 لبنان 1990 ص: -16.

(3) - Voir: Ibn zidoun, a chevalier: Europe méditerranée le parte de l'ouverture economica paris 1997,p ; 10.

(4) - Voir: jaidi et F.zain ; l'union européenne et la méditerranée, une nouvelle génération accord groupement des études de la recherches de la méditerranée l'annuaire de la méditerranée, éditions, publicitaire 1996p ; 97 et suit

هناك هدف يعتبر دعماً للقضاء على البطالة من خلال إعطاء حرية حركة للأيدي العاملة، ومن ثم إعطاء فرص عمل⁽⁵⁾، وكذلك هناك هدف رئيسي واستثماري محض يتجلى في اجتذاب راساميل أوروبية واستثمارها.

- الآفاق المستقبلية: أصبح عدد أعضاء الاتحاد الأوروبي 25 عضواً مع نسبة يقارب عددها بـ 455 مليون، وناتج خام داخلي يعادل 9.231 مليار أورو كما أنها ستمثل بالتقريب 19% من التجارة الدولية و 46% من الاستثمارات الأجنبية المباشرة في العالم، وهذه المعطيات سوف تغير بشكل عميق في الاتحاد الأوروبي داخلياً وخارجياً.

وهذا ما صرح به رئيس اللجنة الأوروبية السيد رومانو برودي "Romano brodi"؛ حيث قال بأنه: "عوض السعي لإقامة حدود فاصلة جديدة فإنه الأجدر تقديم الدعم لبلوغ الاندماج فيما بين الاتحاد ومدار أصدقائه بهدف ترقية الانتعاش السياسي والاقتصادي والثقافي المشترك"⁽¹⁾.

وعليه قدم طلب من المجلس الأوروبي إلى اللجنة الأوروبية في مارس 2003 يتضمن الإطار الجديد لعلاقات الاتحاد الأوروبي خلال العشرية المقبلة سواء مع دول أوروبا الشرقية⁽²⁾، أو دول الضفة الجنوبية للبحر الأبيض المتوسط، وهذا من أجل الانسجام مع التوجيهات الجديدة التي تكون عبر مرحلتين :

01- المرحلة الأولى (2004-2006) : هذه المرحلة مرحلة تنفيذ برامج ميدانية ضمن مخططاتها التعريفية لعدة سنوات عبر توفير موارد مالية خاصة بها، وكيفية طرح اقتراحات فيما يخص طريقة تمويل هذه الوسيلة الجديدة.

02- المرحلة الثانية ما بعد 2006 : يتعلق الأمر هنا بإدخال وسائل جديدة عن طريق الجمع بين أعمال فعلية للتعاون الجهوي والعبارة للحدود؛ وهذا بالنسبة للمناطق المتواجدة على طول الحدود الخارجية حيث يسمح هذا البرنامج في المرحلة التالية إلى ما يلي :

- ترقية التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة.
- العمل الجماعي من أجل مواجهة التحديات المشتركة (البيئة، الصحة، الجرائم).
- ضمان امن الحدود وسلامتها من خلال التعاون.
- ترقية الأعمال المحلية بين المجتمعات.
- الاهتمام الخاص بقطاعات التربية والصحة والتكوين والسكن.

⁽⁵⁾ - أنظر: المنطقة العربية للتنمية الزراعية، دراسة تقويم أثر اتفاقيات الشراكة الأوروبية على الزراعة العربية، جامعة الدول العربية، الخرطوم، أكتوبر، 1999، ص: 36، 37.

⁽¹⁾ - Voir: Union Européenne, te lancer le partenariat, revue de la délégation N°1 ; 2001, p: 21 et suite.

⁽²⁾ - Voir: Union Européenne, revue de la délégation , édition, RSM, N° 2 mars 2004, p: 9 et suite.

- تحريك عجلة النمو الاقتصادي لكل القطاعات الاجتماعية واتخاذ تدابير ميدانية لمواجهة ظواهر الإبعاد الاجتماعي والبطالة والفقر.
 - إسهام جيرانها في سوقها الداخلية مع تطبيق سياسة الانخراط والتحرير الاقتصادي بهدف ترقية حرية تنقل الأشخاص والسلع والممتلكات ورؤوس الأموال.
 - توسيع مجال السوق الداخلية والهياكل التنظيمية.
 - ربط علاقات تجارية تفضلية وفتح الأسواق.
 - إمكانية التواصل وإعداد نظام هجرة شرعي وحرية تنقل الأشخاص.
 - تعاون وثيق في مجال الوقاية ومكافحة الأخطار المشتركة التي تتعلق بالأمن.
 - التعاون والمشاركة لإزالة الخلافات وتسيير الأزمات.
 - تدعيم الجهود الرامية لترسيخ حقوق الإنسان.
 - تشجيع وحماية الاستثمارات.
 - المساعدة على الانخراط في النظام التجاري الدولي⁽¹⁾.
- خامساً: تأثيرات الشراكة الأورو جزائرية على الجبائية في الجزائر :

تعتبر الجبائية بمختلف أنواعها أحد أهم الموارد لخزينة الدولة التي تعمل على أداء الأدوار التقليدية لها من ضمان التعليم، الحماية الصحية، تأهيل وخلق الهياكل القاعدية الممكنة من تنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية لمختلف الأعوان الاقتصاديين، فضلاً على أن الدولة تمارس من خلالها جملة من السياسات الاقتصادية والمالية والاجتماعية لتوجيه هؤلاء الأعوان، لهذا فإن المساس بهذه الموارد أو التعديل فيها أو تأثرها بمختلف الأحداث الاقتصادية محلياً أو دولياً يفرز وضعية مالية جديدة ينبغي على الدولة أن تكيف سياساتها المختلفة وفق الحدث الجديد، أو أن تبحث على بدائل مالية كفيلة بتغطية العجز في الموارد الجبائية، ولهذا حاولنا في هذا المقال أن نحيط على التأثيرات التي تخلفها الشراكة الأورو جزائرية باعتبارها حدثاً اقتصادياً جديداً على الجبائية في الجزائر⁽²⁾.

⁽¹⁾ – Voir: Délégation de la commission européenne, un quart de siècle de coopération, op-cit , p: 24 , 25.

⁽²⁾ – أنظر: الدكتور صديقي مسعود والأستاذ دبون عبد القادر "انعكاس اليورو على الجبائية في الجزائر" الملتقى الدولي الأول حول اليورو واقتصاديات الدول العربية: فرص وتحديات، المرجع السابق، ص: 479.

01- الأثر بمقاربة النظام الضريبي : إن النظام الضريبي بتركيبته الحالية يكون أثر الشراكة فيه واضحاً؛ حيث أن الضرائب غير المباشرة "TVA"؛ أي الرسم على القيمة المضافة أصبح يؤسس عند الاستيراد والتصدير، أي عند العبور وبمراجعة سعرية تكمن في قيم السلع والمواد محولة بالدينار، ولهذا يمكن أن يكون الأثر في المستويات التالية:

أ- عند التصدير: كل السلع والمنتجات المصدرة إلى الخارج معفاة من الرسم على القيمة المضافة ما عدا الأحجار الكريمة والتحف الفنية، وبعض الأشياء التي تمثل التراث التاريخي، لهذا فإن حجم الصادرات الجزائرية في ظل إعطائها القدرة التنافسية لمنافسة السلع والمنتجات الأجنبية في ظل قيد ارتباط وتأثير TVA على دخول الأفراد باعتبارها ضريبة اتفاقية ترتبط بدخول الأفراد.

ب- عند الاستيراد: يمكن أن نستمد قاعدة ضريبية من مختلف النصوص والقوانين الضريبية مفادها أن السلع والمنتجات المعفاة محلياً عند عملية الاستيراد تعتبر معفاة والعكس صحيح، ولهذا يكون التأثير ملحوظاً وملموساً جداً ويبرز في الآتي:

- على مستوى الأسس الضريبية : يخضع تأسيس الضرائب والرسوم المختلفة إلى تقييم الواردات بمراجعة سعر الصرف بتاريخ الدخول فضلاً عن ارتباطها بحجم المواد والسلع المصرح بها وعلى درجة صدق هذا التصريح، لهذا فالسلع المقيمة بالأورو بدلاً من العملات الوطنية السابقة أو العملات الأخرى تخضع لقوة وضعف هذا الأخير فكلما كان قوياً زادت قيم السلع والمواد المستوردة وبالتالي تزيد الضرائب والرسوم والعكس صحيح.

- على مستوى طبيعة المواد والسلع المستوردة : تعتبر طبيعة السلع والمواد محدداً أساسياً لحجم تأثير اليورو على هذه العوائد، لهذا يلجأ أحياناً الأشخاص إلى استيراد سلع و مواد معفاة محلياً إذ عند عملية الاستيراد تعتبر معفاة، مما يمكن من الهروب من وقع الضرائب والرسوم في ظل ارتفاع معدلاتها وزيادة مستويات الضغط الضريبي.

- على مستوى المعدلات : إن تطبيق الرسوم والضرائب المختلفة على الواردات يكون بمراجعة جبائية، أي أن تطبيق المعدلات المنصوص عليها في الخريطة الضريبية يسمح من الاستفادة من بعض المواد والسلع ذات المعدلات المنخفضة.

- على مستوى السياسة الاقتصادية الوطنية : عادة ما تقوم الدولة بإعفاء بعض الاستثمارات المقامة من قبل الشباب أو التي يقوم بها كبار المستثمرين من الرسوم المرتبطة بإنشاء الاستثمار، وبالتالي فإن هذا الإعفاء يقلص العوائد الجبائية بشكل عام.

- على مستوى الإجراءات الجبائية : تصنف الأعباء الجبائية على أنها أعباء مباشرة وأخرى غير مباشرة بمعنى تتعدى إلى أطراف أخرى داخل البيئة الجبائية، لهذا يعمل المكلفين على تحويل هذا العبء مما يمكن من تحويل التأثير إلى أطراف أخرى.

02- الأثر بمقاربة النظام الجمركي⁽¹⁾ : تبعاً لما تم تناوله في السابق فإنه يمكن إبراز أثر اليورو في ظل تركيبة النظام الجمركي الذي اعتمد على التنوع في الحقوق الجمركية فضلاً عن التنوع في المعدلات، لهذا وبمجرد دخول الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة سوف تعرف هذه التركيبة ذوباناً جزئياً ثم كلياً بغية دعم الحرية التجارية وتغليب النواحي الاقتصادية على الجهد الحمائي للدول الوطنية، لهذا يجوز قياس أثر اليورو على العوائد الجمركية بمقارنة العملات الأخرى في وقت محدد زمنياً، ويمكن إبراز الأثر من خلال الآتي :

أ- على مستوى الحقوق الجمركية : تؤسس الحقوق على مبالغ السلع والمواد والمنتجات الواردة إلى الجزائر فكلما زاد المبلغ زاد الحق والعكس صحيح، إلا أن أثره على الواقع الاقتصادي يتوقف على درجة تجانس هذه المبالغ مع السوق المحلية.

ب- على مستوى السياسة الجمركية : مما لا شك فيه أن الدولة تسن سياسات جمركية أو غيرها لخدمة الأهداف الاقتصادية لها بما يتناسب مع خصوصية الاتفاقيات التي تبرمها، لهذا ينبغي أن تصدر تعريفات جمركية تركز من خلالها هذه السياسة، وفي الأخير بات مؤكداً أن العوائد تتوقف على هذه السياسات المرتبطة بـ:

- طبيعة الدولة التي تتعامل معها.
- طبيعة المواد والمنتجات المستوردة.
- الحاجة لهذه المنتجات.

فإذا تعامل المكلف المعين وآخر من الإتحاد الأوروبي أو أمريكا أو غيره فهو ملزم بإبرام الاتفاقية الموضحة لطبيعة الوحدة النقدية، لهذا يمكن أن نقول أن العائد الجمركي خاضع لقوة العملة المتعامل بها.

03- الأثر على الأطراف الجبائية : يعتبر فارق العملة من المصاريف المالية التي يتحملها المكلف بالضريبة ولا يجوز خصمها من الأوعية الضريبية المختلفة، فضلاً عن التأثير على الوحدات الإنتاجية أو البيعية، ويمكن إبراز الأثر في :

(1) - أنظر: الدكتور صديقي مسعود والأستاذ دبون عبد القادر "انعكاس اليورو على الجبائية في الجزائر" الملتقى الدولي الأول حول اليورو واقتصاديات الدول العربية: فرص وتحديات، المرجع السابق، ص: 490.

أ- المكلف بالضريبة: يعد التعامل بإحدى العملات الأجنبية في التجارة الخارجية التي يقوم بها المكلف خيار يعول عليه إبان فترة التفاوض التجاري وأن يكون وارد في الاتفاقية أو العقود، لهذا يتحمل المكلف عبء فارق العملة كما يستفيد من نفس الفارق في الحالة العكسية، مما يسمح من أن يتأثر المكلف بالضريبة جراء تبعات هذا الفرق من خلال الدفع الإضافي للضرائب والرسوم إبان عملية الاستيراد أو من خلال ارتفاع سعر كلفة المنتجات وبالتالي ارتفاع أسعار المنتجات مما يؤدي إلى ارتفاع محصلات الضرائب والرسوم الواجب دفعها من قبل المكلف.

ب- بيئة المكلف بالضريبة: ينتقل العبء الضريبي من مكلف إلى آخر تبعاً لنوعية الضرائب والرسوم، فإذا كانت هذه الضريبة غير مباشرة فالانتقال يكون مباشراً بمجرد التعامل، أما إذا كانت مباشرة فالانتقال يكون غير مباشر عند إدخال العبء الضريبي في حساب تكلفة إنتاج الوحدة الواحدة، مما يؤدي إلى فجوة تضخمية على مستوى الأسعار ومما يؤثر على القدرة الشرائية للأفراد.

ج- الأثر على الأعوان الاقتصاديين: يبرز هذا الأثر على مستوى :

- الاستثمار: إن زيادة العبء الضريبي من جراء فرق العملة أو انخفاضها يؤثر على الخريطة الاستثمارية للدولة المعنية من خلال نوعية الاستثمار بمؤشر الفجوة الآنية لاختلاف الأسعار المتأتية من اختلاف الطبيعة الاستثمارية بين الدول.

- الاستهلاك: يؤثر تغير العبء الجبائي في العملية الاستهلاكية جراء التباين في أسعار المواد الاستهلاكية المحلية والأجنبية؛ إذ يقبل المستهلكين على اقتناء المنتجات والمواد الأقل سعراً في ظل تماثل النوعية فيما بينها والعكس صحيح.

الخاتمة :

في سياق الحديث عن النظام الجبائي الجزائري يمكن القول بأن الجزائر سارعت إلى القيام بإصلاحات ضريبية منذ تشكيلها للجنة الوطنية للإصلاح الضريبي سنة 1987، والتي قدمت سنة 1989 تقريراً مفصلاً حول الإصلاح الضريبي في الجزائر والذي دخل حيز التنفيذ سنة 1992، ويهدف هذا الإصلاح إلى تحقيق غاية رئيسية تكمن في انتعاش الاقتصاد الوطني؛ وخاصة تطور المؤسسة من خلال التكيف مع الديناميكية الاقتصادية، ومن أجل ذلك سطرت بعض الأهداف التي نلخصها فيما يلي :

- تجنيد إيرادات مالية كافية لتمويل وظائف الدولة.

- التوزيع الفعال للموارد.
 - عدالة النظام الضريبي.
 - بساطة وانسجام النظام الضريبي مع الدول الأخرى.
- ومع ذلك؛ فإنه في ظل التحولات الاقتصادية العالمية التي طرأت على الساحة الدولية، كان لازما على الجزائر أن تكيف سياستها الجبائية وفق متطلبات الشراكة الأوروبية الجزائرية التي تعتبر حدثا اقتصاديا على الجبائية في الجزائر.
- وعليه نستطيع أن نتبين التأثيرات التي خلفتها الشراكة الأوروبية الجزائرية على النظام الجبائي الجزائري فيما يلي:
- إعفاء السلع والمنتجات المصدرة إلى الخارج من الرسم على القيمة المضافة.
 - تؤسس مختلف الضرائب والرسوم على أساس تقييم الواردات بمرجعية سعر الصرف.
 - ارتفاع محصلات الضرائب والرسوم الواجب دفعها من قبل المكلف بالضريبة، والذي يتعامل بإحدى العملات الأجنبية في التجارة الخارجية.
 - تحديد نوعية الضرائب والرسوم ينجم عنه زيادة انتقال العبء الضريبي من مكلف إلى آخر.
 - تأثير العبء الضريبي على الخريطة الاستثمارية لدولة الجزائر.
 - الارتفاع والانخفاض في أسعار المواد الاستهلاكية يغير من ارتفاع وانخفاض العبء الضريبي.
- ومما سبق؛ ومن أجل تحسين النظام الضريبي دون الإضرار بالاقتصاد نقترح الآتي :
- زيادة تفعيل تنظيم الاقتصاد الوطني بمواصلة تطهيره من الاقتصاد الموازي، وفي ذلك إخضاع ضريبي لنشاطات تدر دخلا معتبرا غير مصرح.
 - تفعيل النظام الضريبي للحد من التهرب والغش الضريبي وللتخفيف من خسائر الخزينة العمومية بفعل هذه الظاهرة، وزيادة فعالية الفرق المختلطة (ضرائب - جمارك - تجارة).
 - تأسيس علاقة إعلامية على المكلفين بين الإدارة الضريبية والبنوك؛ وذلك بإلزام هذه الأخيرة إرسال أي معلومة فيما يخص حركة حساب المتعاملين إلى الإدارة الضريبية.
 - تحسين تكوين أعوان الضرائب وتحسينهم ماديا، والرفع من وعيهم المهني بالسهر على تطبيق مواثيق أخلاقيات ممارسة المهنة.
 - العمل على رفع الوعي الضريبي للمكلفين بزيادة الإعلام (المنشورات، الدوريات، الأيام الدراسية، ...)، وتفعيل تجسيد مبدأ العدالة الضريبية والرشادة في الإنفاق العام.

قائمة المراجع :

أولا : باللغة العربية.

1- الكتب :

- مصطفى سلامة، قواعد الجات (الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1990.

2- الرسائل الجامعية :

- الطاهر زديك، تطور موقف الجزائر من التنظيم الدولي للتجارة، رسالة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، 2002.
- إبراهيم بورنان، قطاع المحروقات في ظل الإصلاحات الاقتصادية، رسالة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، 1995.

3- المجلات :

- مجلة التمويل والتنمية، حامد فاروقي، اليورو يبلغ الخامسة من العمر، التجربة الأوروبية الكبرى، صندوق النقد الدولي، مصر، 2004.

04- الندوات :

- حسين بن صديق، مشروع منطقة التبادل الحر المغاربي في ظل النظام التجاري العالمي الجديد، وقائع الأيام الدراسية المغاربية حول عولمة الاقتصاد والاندماج الجهوي وإعادة الهيكلة في المغرب، الرباط 1995/05/30، دار النشر المغاربية، دار البيضاء، 1996.
- مصطفى عبد الله خشيم، تأثير مؤتمر برشلونة على الأمن الاقتصادي العربي، النظرية والتطبيق، ندوة التحديات الراهنة والتطلعات المستقبلية، مركز الدراسات العربية الأوربي، فرنسا، 1996.

05- المداخلات :

- إبراهيم بورنان، والطاهر جمعات، والطاهر زديك، " التعاون المالي والتجاري الأوروبي الجزائري في إطار اتفاق الشراكة، الملتقى الدولي الأول حول اليورو واقتصاديات الدول العربية، فرص وتحديات، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الأغواط، الجزائر، 18 - 20 أبريل 2005.
- صديقي مسعود ودبون عبد القادر، انعكاس اليورو على الجبابة في الجزائر، الملتقى الدولي الأول حول اليورو واقتصاديات الدول العربية، فرص وتحديات، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الأغواط، الجزائر، 18 - 20 أبريل 2005.

06- متفرقات :

- المنطقة العربية للتنمية الزراعية، دراسة تقويم أثر اتفاقيات الشراكة الأوروبية على الزراعة العربية، جامعة الدول العربية، الخرطوم، أكتوبر 1999.
- منظمة العمل العربية، المكتب العربي، الأسس النظرية للتجارة الدولية والتكامل الاقتصادي، 1996.

1- liste des ouvrages:

- Ibn zidoun, a chevalier: Europe méditerranée le parte de l'ouverture economica, Paris, 1997.
- J. Fentanele: organisation économique internationale, 2^{ème} éditions, paris, milan, Barcelone, 1995.
- Jaidi & F. Zain: l'union européenne et la méditerranée, une nouvelle génération accord groupement des études de la recherche de la méditerranée l'annuaire de la méditerranée, édition publicitaire, 1996.

2- liste des revues et périodiques:

- Union européenne: relancer le partenariat, revu de la délégation N° 01, 2001.
- Union européenne: délégation de la commission européenne en Algérie, une quarte de siècle de coopération, édition kalima, 2004.
- Union européenne: la pme, moteur de développement, revue de la délégation N° 01, 2004.
- Union européenne, revue de la délégation, édition RSM N° 02, Mars 2004.
- Union européenne: programme MEDA, un support pour la mise à niveau des banques, revue de la délégation N °04, 2004.

طرق التنفيذ ضد الأشخاص العمومية في القانون الموريتاني



تأليف : فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد سالم ولد بيوط 1

تعريب فضيلة الأستاذ الدكتور: محمد ولد الداه ولد عبد القادر 2

البريد الإلكتروني : mohamed_dah@yahoo.fr : email

مراجعة فضيلة الأستاذ الدكتور: محمد محمود ولد محمد سالم 3

ترتبط إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية ارتباطا وثيقا مع "ضمانات الحقوق الأساسية"⁴ إذ لا يمكن الفصل بينهما: فلا يمكن وجود دولة القانون في غياب ميكانيزمات موجهة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم .

وبعكس الأشخاص الخاصة، فإن نظرية طرق التنفيذ على مستوى القانون العام تمكن من ضمان فعالية القانون الصادر من المحاكم عبر تفعيل الإجراءات الفعالة (حجز أموال المدين التي لدى الغير، الحجز على المنقول والحجز على العقار...الخ).

¹ - أستاذ مبرز في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة نواكشوط. / العنوان الأصلي للدراسة :

Ahmed Salem Ould Bouboutt : Les voies d'exécution contre les personnes publiques en droit mauritanien, In L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone ,Edition Aupelf-uref.1994 Montréal.PP:583-593.

² - أستاذ مكلف بالتدريس بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط و بالمدرسة الوطنية للإدارة والصحافة والقضاء .

³ - أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط.

⁴ L'expression "droit fondamentaux" est ici considérée comme synonyme des "droits et libertés" en général

إن المشكلة تطرح بصورة مختلفة فيما يعني الأشخاص العمومية، هل يجب أن نثق في "نزاهة الدولة"¹ وأن ننتظر أن يحدث عبر معجزة متجددة بانتظام أن تحترم الدولة بجميع فروعها: القانون الذي هي من قامت بوضعه أصلا؟ صحيح أنه في دولة منظمة، لا يمكن تصور رفض الإدارة لتنفيذ أحكام القضاء الصادرة في حقها، ولا يمكن أن يكون ذلك الأمر عاديا.

فالحالات النادرة التي تظهر الإدارة عنادها يمكن تفسيرها إما بصعوبة تنفيذ الحكم القضائي نفسه أو بصورة استثنائية عبر رفض إرادي لأسباب معلنة، وهذه الفرضية الأخيرة التي نجدها مستبعدة من وجهة النظر القانونية.

هل يمكن أن نضع وبكل بساطة الأشخاص العموميين لطرق التنفيذ طبقا للقانون العام؟ هذا الحل، من أجل التبصر، يصطدم ليس بمبدأ فصل الإدارة الفاعلة والوظيفة القضائية² ولازمته الطبيعية عدم امكانية توجيه القاضي أمرا للإدارة فحسب بل بعدم امكانية أن يتناقض أحد مع نفسه!

وهنا يجب أن نتبصر على المدى المتوسط، في الوقت الذي يخص التنفيذ عبر طرق تنفيذ القانون العام، اتجاه الأشخاص العمومية لا يترك لهذا الأخير حرية التكرار للسلطة التي تتمسك (ترتبط) بالقرارات القضائية هذا الحل الوسط، في الواقع، ارتكز على انشاء ميكانيزمات مستقلة تضمن التنفيذ بواسطة الإدارة للاحكام القضائية الصادرة ضدها، وعلى ضوء ايجابية هذه الميكانيزمات يمكن أن يتم تقييم النظام القانوني على أساسها.

إن هذه المسألة تشكل منفعة متجددة في موريتانيا، لصالح الدستور الجديد، 20 يوليو 1991 والذي - في إطار ديمقراطية مؤسسات الدولة - نص في مادته 89 على وجود سلطة قضائية مستقلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية³.

وسنقوم بفحص، فيما يلي، الحلول المقترحة، من طرف القانون الموريتاني، على المشاكل التي يطرحها تنفيذ الاحكام القضائية ضد الأشخاص العمومية، على أن تقتصر على الفرضيات، التي تصطدم فيها عملية التنفيذ برفض معلن واختياري من طرف السلطة الادارية وفي هذا الصدد، فإن القانون الموريتاني ينبثق من تفكك ما بين الشخصيات العمومية التقليدية (الدولة المجموعات المحلية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري) والتي لا تخضع لطرق التنفيذ المطبقة في القانون العام، من جهة (I) والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي تخضع لطرق التنفيذ هذه (II) إن دراسة مصطلحي هذا التمييز سيمكننا من تقييم الحلول المقترحة من طرف القانون الوضعي الموريتاني في هذا المجال.

¹ La première formule serait de Thiers, la seconde formule est du Professeur P. Weil : le droit administratif,

Coll. Que sais-je ?, P.U.F, 1987, p. 5.

² Cette formule préférée par MM. Vedel et Delvolvé (Droit administratif. Tome II, P.U.F, 1990; p. 205) à la

formule "séparation des activités administratives et judiciaires", nous paraît plus précise.

³ sur ce point, cf. notre étude : La nouvelle Constitution mauritanienne, 27 P ; dact. à paraître, Recueil Penant.

I - تنفيذ الاحكام القضائية ضد شخصيات عمومية غير تلك الشخصيات ذات الطابع الصناعي والتجاري.

إن المبدأ الذي بموجبه لا تخضع الاشخاص العمومية لطرق التنفيذ المعمول بها في القانون الخاص تتجسد بقوة في القانون الفرنسي ، تم الأخذ بها في القانون الموريتاني ، لكن مع استثناء هام ، لا ينظم المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (أ) لكن وضع طرق التنفيذ للقانون العام جانبا لم يكتمل بسبب وجود طرق تنفيذ نوعية وفعالة (ب) .

أ - التنفيذ عبر طرق التنفيذ في القانون الخاص :

في غياب صياغة صريحة في القانون الموريتاني وفقا لمبدأ عدم خضوع الاشخاص العمومية لطرق التنفيذ القانون العام .

ومن الضروري أن نقوم بفحص وضعية المشكلة في القانون الفرنسي بوصفه مصدرا تاريخيا للقانون الموريتاني¹ .

1 - في فرنسا، لا يمكن أن نستعمل طرق التنفيذ الحالية في القانون الخاص ، ضد الاشخاص العمومية، هذا المبدأ الذي اعترفت به محكمة النقض في وقت مبكر ، فيما يتعلق بالدولة - (Cass.31mars1819, Enregistrement /C /Jousselin) وهذا الحل قد تم تمديده إلى الجماعات المحلية - (Par ex.Cass.16décembre 1965 Commune d'Azay - Rideau). ويعود الفضل إلى محكمة النزاعات في اقرار هذا الحل فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية في حكمه (Canal de Gignac 18décembre 1889) والتي تؤكد بأن " طرق التنفيذ التي أنشأها قانون الاجراءات المدنية لتحصيل الديون ما بين الخصوصيين لا يمكن أن تتم متابعتها اتجاه المؤسسات العمومية".

وإذا كان حكم (Canal de Gignac) قد صدر في الوقت الذي لم تكن المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري قد ظهرت في القانون الوضعي² ويجب أن نسجل بأن محكمة النقض أكدت عبر حكمها مكتب البحوث الجولوجية والمعدنية (BRGM) بتاريخ 29 دجنبر 1987 هذا المبدأ فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري واضعا حدا لربع قرن من التذبذب والحيرة وعدم اليقين على مستوى الفقه، فاتحا عبر حكم محكمة النقض بتاريخ 30 يناير 1951 الشركة الوطنية للطباعة والصحافة (SNEP) وضعها بصورة يقينية ، وبتطبيق بصورة عامة المبدأ الذي بموجبه لا تخضع الاشخاص العمومية لطرق التنفيذ المطبقة في القانون الخاص .

تعاني رغم ذلك من عدم تحديد أسسه، يمكن نذكر دواليك، مبدأ الفصل بين الادارة الفاعلة والوظيفة القضائية ، وذلك ما يستشف من المادة 13 من قانون 16_24 اغشت 1790 ولازمته، المبدأ الذي بموجبه لا يمكن للقاضي توجيه أمر للإدارة، ومبدأ عدم قابلية الحجز على الممتلكات العمومية ، وذلك ما يستنتج من مرسوم الحاسبة

1 Sur ce point, par ex. : M. Jéol : Droit administratif mauritanien, Cours ronéo, Centre de formation

Administrative de Mauritanie, 1964.

² La catégories des établissements publics industriels et commerciaux sera introduite par le célèbre arrêt T.C 22janvier 1921 Société commerciale de l'ouest africain, Rec. 91.

العمومية في نصوصه بتاريخ 3 مايو 1862 و 10 دجنبر 1953 وكذلك المادة 537 الفقرة الثانية من القانون المدني التي تنص على أن: " الممتلكات التي ليست في ملكية الخواص، تعتبر مسيرة ولا يمكن نقل ملكيتها إلا وفقا للشكليات وطبقا للمساطر الخاصة بها".

وبصورة مستقلة عن هذه المصادر النصوصية فإن بعض أعضاء مجلس الدولة لم يترددوا في التأكيد على أنه يوجد في القانون الفرنسي مبدأ عام بموجبه لا توجد طرق تنفيذ ضد الاشخاص العمومية¹ وبهذه الطريقة، نرى أنها تم اعتمادها من طرف محكمة النقض في حكمها BRGM والتي تعني صراحة "المبدأ العام للقانون الذي بموجبه لا يمكن الحجز على ممتلكات الاشخاص العمومية عليها هذا المبدأ الذي يعتبر بمثابة أنه لا يسمح باللجوء إلى طرق التنفيذ المتبعة في القانون الخاص (ضد الأشخاص)".

2- أما بالنسبة للقانون الموريتاني؟ هنا نادرا ما نجد صياغة صريحة لهذا المبدأ، لكن هذا الصمت لا يمكن أن يكون محدد، بسبب وجود مؤشرات، بالعكس، ناضل من أجل حل مشابه للقانون الفرنسي، في الواقع، وبموجب المساطر التي تنظم خلافة الدولة، بعض النصوص أو المبادئ الفرنسية المذكورة سابقا، لا زالت مطبقة حاليا بموريتانيا، ومن أبرزها مبدأ فصل الادارة الفاعلة والوظيفة القضائية والتي ليست إلا شكلا من أشكال مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة 89 من دستور 20 مايو 1991.

فيما يتعلق بمرسوم الحاسبة العمومية ومدونة القانون المدني الفرنسي، فإن هذه النصوص بقيت مطبقة في موريتانيا حتى سنة 1989 والواقع أن النصوص الموريتانية التي استبدلت النصوص الفرنسية لم تحدد قاعدة عدم قابلية الحجز على الأموال العمومية (الأمر القانوني رقم 012_89 بتاريخ 23 يناير 1989) ولا اجراءات للمادة 537 الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي (الأمر القانوني 126_89 بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن لقانون الالتزامات والعقود، الجريدة الرسمية ص 491) لا تبدو محددة في هذه الحالة².

يمكن أن نستنتج إذا من خلال هذه العناصر، على غرار القانون الفرنسي، تضمن القانون الموريتاني، لمبدأ عام " لعدم امكانية حجز الاموال العمومية، زيادة على مبدأ عدم خضوع الاشخاص العمومية إلى طرق التنفيذ بالقانون الخاص .

هذه الخلاصة تبدو أكثر مشروعية حيث لم تردد المحكمة العليا الموريتانية، في الاستناد إلى "المبادئ العامة للقانون " وهي عادة مستوحاة من القانون...الفرنسي (انظر على سبيل المثال المحكمة العليا 19 مارس 1980 أ.و.لد.ب) .

يمكن أن نقدر، من جهة، أن الاختيار في القانون الموريتاني لازدواجية النظام القانوني للادارة وبالخصوص التمييز ما بين الاشخاص العامة، والاشخاص الخصوصية³، يفرض بالضرورة استقبال هذا القانون للمبدأ الذي بموجبه لا توجد طرق تنفيذ ضد الاشخاص العامة، التي تشكل، كما سنرى، عنصر أساسا للشخصية

1 On retrouvera les références de l'ensemble des arrêts cités dans ce paragraphe in : Long, Weil, Braibant,

Delvolvé et Genevois : les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Sirey 1990, pp, 727 et s.

2 R. Denoix de Saint Marc : note sous C.A Paris 11 juillet 1984, SNCF, D. 1985 p. 174

³ En effet, par analogie, le fait que le décret français du 29 décembre 1962 sur la comptabilité publique n'ait pas Repris la règle d'insaisissabilité des deniers publics, n'a pas empêché la Cour de cassation d'adopter l'arrêt BRGM.

العامّة ، هذا المبدأ قد تم الاعتراف به ضمّنيا لكن المحكمة العليا اعترفت به في حكمها الصادر بتاريخ 17 مايو 1978 (SMAR) الشركة الموريتانية للتأمين وإعادة التأمين Mendès junoir C/S حيث أكدت مبدأ الخضوع الجزئي، للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إلى طرق تنفيذ القانون الخاص، ليستشف من ذلك أن أشخاص القانون العام الأخرى ليست خاضعة لهذا النوع من طرق التنفيذ¹.

ب - غياب طرق نوعية وفعالة :

بما أنها غير خاضعة لطرق التنفيذ بالقانون العام فإن الشخصيات العمومية "التقليدية" (الدولة والجماعات المحلية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري) لا تعتبر أيضا مبرأة من واجب احترام سلطة الشيء المقضي به، حتى إذا صدر ضدهم. على مستوى التطبيق فالغاء طرق التنفيذ في القانون الخاص، يمكن بل يجب أن يكون مكملا، بتفعيل ميكانيزمات مختلفة قضائية وغير قضائية، ذات طبيعة تضمن تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الموجهة ضدها، إذا كانت هذه الميكانيزمات موجودة في القانون الموريتاني، فإنها بعيدة من أن تكون فعالة.

1- سنذكر في البداية تدخل التعميم الصادر عن رئيس الجمهورية الذي يلزم السلطات الإدارية باحترام الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم، في حين أن القرارات القضائية محل الشك، تبدو لهم غير مؤسّسة، وينبثق هذا المنشور من هاجس حميد هدفه احترام القانون، لكن من غير المحتمل أن تكون له آثار حقيقية، واجمالا يمكن أن تكون أكثر اقتناعا من هذه المنشورات والتي تؤكد لدينا وجودها من مصادر جديرة بالثقة، لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية، وبالتالي تعذر الحصول عليها بالرغم من أننا بحثنا عنها بجدية وبصورة مكثفة !

يمكن أن نقرب من هذه المجهودات بعض تدخلات رئيس المحكمة العليا والتي بموجبها يلفت، بصورة ودية،، انتباه السلطات الإدارية المعنية حول آثار بعض القرارات الصادرة عن المحكمة ضد الإدارة، لكن هذه المراسلات لا يمكن أن تكون لها آثار أكثر فعالية من القرارات التي تنبه إلى ضرورة تطبيقها...

ويبدو أن الميكانيزم المحدد في المادة 66 من الأمر القانوني 20 مايو أكتوبر 1987 المتعلق بالبلديات ج.ر.ص 9 والمادة 20 من الأمر القانوني 4 أكتوبر 1990 المتضمن لنظام المؤسسات العمومية والمؤسسات ذات الرأسمال العمومي ج.ر.ص 315 الذي يعني سلطة الحلول بالنسبة لسلطة الوصاية على مستوى... والمؤسسات العمومية إلى السلطات المختصة فيما يتعلق، بتسجيل ميزانية هذه الجماعات وتلك المؤسسات للتكاليف واجبة الأداء، والتي بطبيعة الحال، قد تكون مصاريف ناتجة عن أحكام قضائية صادرة ضد الإدارة، والحاصلة على قوة الشيء المقضي به لكن يتعلق الأمر بها بسلطة استثنائية والتي حسب علمنا، فسلطات الوصاية لم تستعمل أبدا من أجل احترام الأحكام القضائية.

في هذه الظروف يمكننا أن نبين بعض الآمال التي علقنا على استحداث مؤسسة وسيط الجمهورية - ولو حديثا - في القانون الموريتاني (القانون 7 يوليو 1993 الجريدة الرسمية ص 405) وهي مؤسسة مستوحاة مباشرة من التجربة الفرنسية في هذا المجال مع الخصوصية المعترف بها لهذه المؤسسة، من إمكانية ممارسة بعض الاختصاصات في

¹ V. par exemple notre étude : A.S Ould Bouboutt Existe-t-il un contentieux administratif autonome en

مجال تنفيذ الاحكام القضائية "فوسيط الجمهورية يمكنه في حالة عدم تنفيذ حكم قضائي وصل درجة قوة الشيء المقضى به، أن يلزم الهيئة محل الحكم أن تلتزم بتنفيذ الحكم القضائي وذلك بإرسال تقرير خاص إلى رئيس الجمهورية (المادة 14 الفقرة الثانية من قانون 7 يونيو 1993) ونسجل على أية حال في هذه الحالة بأن هذه الاجراءات تعترف لوسيط الجمهورية بسلطة اصدار أوامر إلى الادارة، تلك السلطة التي لا يتمتع بها القاضي.

لكن يمكننا ان نلاحظ على هذا المستوى بأن هذه المؤسسة حديثة النسأة (إذ تم تعيين أول وسيط جمهورية بتاريخ 10 يوليو 1993) ومن الطبيعي أن لا تكون أولوياته منصبة على حل المشاكل المتعددة المرتبطة بعدم تطبيق الاحكام القضائية التي تدين الادارة؟

من أجل تأكيد هذه الملاحظة المتشائمة قليلا، نجد أن " التقرير الخاص " الذي يجب تقديمه من طرف وسيط الجمهورية يوجه إلى رئيس الجمهورية بدلا من أن يتم نشره بصورة "رادعة" عبر الجريدة الرسمية !

2 - من الضروري أن نلاحظ في هذا المجال، بأن الميكانيزمات المحددة من طرف القانون الموريتاني، تبقى، بالرغم من تعددها نظرية تقريبا.

ومما يؤسف له في هذا الاطار، غياب " اجراءات قارة للتنفيذ" لأحكام العدالة، على الاقل ما يتعلق بالاحكام المالية المعلنة ضد الاشخاص العمومية، التي تنبثق من المحاسبة كما هو الحال في فرنسا عبر القانون الشهير، بتاريخ 16 يوليو 1980.

هذا القانون الذي يفرض من بين اجراءات أخرى، وتحت بعض الشروط أمر بالصرف لمبلغ من المال مستحق على إدارة تمت ادانتها عبر حكم قضائي، حصل على قوة الشيء المقضى به¹ هذا الميكانيزم يشكل النواة الصلبة " لطرق التنفيذ الاداري " التي يمكن أن يعتمد عليها مفوض الحكومة Teissier في بداية القرن الماضي² والتي بدأ التشريع والفقه في وضعها بتأن في فرنسا.

نجد هنا إحدى الخصائص المعروفة لتبعات المحاكاة القانونية : التي تعيد استعمال القانون الفرنسي في حقبة معينة (عادة أثناء الاستقلال) غير أن الدول الافريقية لم تتبع دائما التطور من أجل الاستفادة من التبعات التشريعية والفقهية التي تتطلب ذلك³.

II - تنفيذ الاحكام القضائية ضد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري :

إذا كان القانون الموريتاني انضم إلى القانون الفرنسي فيما يخص وجود مبدأ " حصانة " الشخصيات العمومية اتجاه إجراءات التنفيذ المتبعة في القانون الخاص، وهي منفصلة فيما يعني نظام المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (أ) أن التشكيك في هذا المبدأ وحتى لو كان ظرفيا لا يبدو لنا مبررا (ب).

¹ Sur cet arrêt, v. infra partie II

² Selon l'heureuse formule de MM. Vedel et Delvolvé, op. cit. p. 360. Sur la loi du 16 juillet 1980, Vedel et

Delvolvé : ibid

³ Teissier : Concl. sur C.L 17 juin 1904 hospice du Saint -Esprit, S. 1909. 3.1 19.

أ - التطبيق الجزئي لطرق التنفيذ في القانون العام :

1- في حكمها الصادر بتاريخ 17 مايو 1978 SMAR Mendès junoir المذكور سابقا، المحكمة العليا الموريتانية (الغرفة المدنية والتجارية) قد قدرت ان حسابات سمار المشكلة على صورة مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري يمكن أن تكون محلا للحجز .

وفي هذا الحكم فإن المحكمة التي عقدت جلسة استعجالية حول صحة أمر يرتبط بفك الرهن أي رفع اليد عن المحجوزات التي تمت ممارستها ضد صاحب الحيازة على حسابات سمار في نزاع نشأ مابين هذه الاخيرة وأحد دائنيها.

وبما أن المحكمة العليا أكدت هذا الامر برفع اليد، بسبب حالة الاستعجال فإن المحكمة العليا، قد تجاوزت الحالة التي بين أيدينا لأنها أصرت على تحديد أن هذه المؤسسة ذات الطابع الصناعي والتجاري.

تمت ادانتها بصورة نهائية من طرف قضاء مختص ، يجب أن تعامل كما هو منصوص عليه (!) لكل متظلم طبقا للمواد 341 وما يليها، والتي تنظم طريقة تنفيذ أحكام العدالة النهائية "وهنا نجد تأكيدا لموقف مبدئي.

2 - من أجل الوصول إلى هذه النتيجة فإن المحكمة العليا اعتمدت أولا على القانون رقم 046-77 بتاريخ 21 يناير 1977 المحدد لنظام المؤسسات العمومية وخصوصا في مادته الثانية، التي تنص على أن " (...) المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي تخضع لنفس القواعد التي تخضع لها المؤسسات الخصوصية فيما يتعلق بعلاقاتهم مع الغير"¹ لو طبقنا هذه الاجراءات فيما يخص شركة سمار ، فهي تؤكد بأن هذه تشكل، بالرغم من هيمنتها، مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري "².

انطلاقا من هذه المعطيات فإن المحكمة العليا تكون أكدت عبر ذلك، نفس الشيء بالنسبة للمؤسسات الخصوصية، لأن ممتلكات مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تشكل في بعض الحدود، ضمانا للدائنين الذين اتخذت الشركة التزامات اتجاههم (...)

في هذه الخطوة تحلل "ضمانة الدولة" المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون 27 يوليو 1974 المنشئ لشركة سمار، كما هو محدد ، وفي الحقيقة أنه يحمي ديون الغير، ضد عدم قدرة المؤسسة على الوفاء بديونها، بسبب طبيعة الاصول المخصصة والتي تعتبر أصول عمومية أو المخصصات اللاحقة والتي هي مدفوعة من طرف الدولة والتي سيكون لها نفس الطابع، لا يمكن أن يعلن افلاسها، والتي في اطار هذه الفرضية أي التوقف عن الدفع، سيجد الغير نفسه محروما من رفع أي دعوى " .

¹V. sur ce point, en ce qui concerne la Mauritanie : A.S. Ould Bouboutt : Propos sur la Chambre

administrative de la Cour suprême de Mauritanie in G. Conac et J. de Gaudusson (sous la dir. de) : Les Cours

suprêmes en Afrique, tome II, Economica, 1988, pp. 245-256.

² On retrouve ici une heureuse illustration du caractère non déterminant de la dénomination des entreprises

publiques en ce qui concerne leur nature juridique

ومنذ ذلك الوقت، تتابع المحكمة، خارج كل وضعية عدم القدرة على الاداء، وقابلة أن يؤدي إلى القضاء على شركة اسمار فإن ممتلكات هذه الاخيرة يجب أن تستجيب إلى الالتزامات التي على عاتقها سواء تلك الناتجة عن التزامات تعاقدية أو تلك المترتبة عن أحكام قضائية صادرة ضد الشركة وحاصلة على قوة الشيء المقضى به.

ومن هنا وصلت المحكمة العليا إلى الخلاصة النهائية، وهي تفعيل طرق تنفيذ القانون العام اتجاه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وهي الخلاصة التي اخرجتها من التحفظ، بسبب وجود " الدولة كضامن " لهذه المؤسسات، فإنها يجب أن تكون بمنأى من كل مصادرة أو حجز وفقا للإجراءات الاستعجالية، بصورة محافظة في القضايا النزاعية المرتبطة بها والتي يتم اصدار أحكام قضائية تدينها بعد "غير أن هذا الحل لا يبدو لنا مبررا .

ب - عدم ملائمة الحل المقترح :

1 - في الوقت الذي اصدرت لمحكمة العليا حكمها، كانت عينها على الاجتهادات الفقهية الفرنسية، التي تميل إلى اعتماد إمكانية استعمال طرق التنفيذ بالقانون العام ضد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري .

في هذا المحيط، فإن الشراح والمفسرين لم تفتهم الإشارة إلى أن محكمة النقض قد استبعدت هذا الاحتمال، فيما يعني المؤسسة الوطنية لطباعة الصحافة وذلك أن هذه المؤسسة كان لديها محاسب عمومي (arrêt SNEP, préc.) ومن ناحية أكثر ايجابية، فإن محكمة الاستئناف بباريس، قد قررت فيما يتعلق ب

SNCF بأنه لعدم وجود محاسب عمومي، فإن طرق التنفيذ في القانون الخاص تكون ممكنة تحت طائلة عدم التأثير على التسيير الدائم والمنتظم للمرفق العمومي " المسير من طرف تلك المؤسسة

(C.A Paris 11 juillet 1984 SNCF, AJDA 1984 p.625et) فهذا الكلام، كما نعرف، محكوم عليه بالابهام والغموض من طرف محكمة النقض في حكمها BRGM المذكور سالفا، بالتأكيد أن حكم برج لم يكن محل إجماع من طرف المذاهب الفقهية¹ وفي نفس الوقت لا قي استحسانا، من طرف أغلبية المعقنين، كذلك انه يوفر ميزة توحيد نظام الأشخاص العمومية ويضع الرابط بين هذا النظام ووضع على الحياد طرق التنفيذ في القانون العام، كما أكد ذلك السادة MM.Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois : إن الشخصية العمومية، تضم عنصرا غير قابل للنقص: القوة العمومية حسب القانون الفرنسي، الشخصيات العمومية يمكن أن تمارس هذه القوة اتجاه الآخرين، وهذه القوة لا يمكن أن تنعكس عليها²

¹ V par ex. : A. de Laubadèrr, J. C Vénèzia et Y. Gaudemet : Traité de droit Administatif, Tome I, LGDJ,

1990, pp.154-225.

² Long, Weil, Braibant, Delvolvé: et Genevois : op. cit. p, 730; dans le même sens : R. Chapus : Droit

Administatif général Tome I, 1990, Montchrstien, p. 91.

2- بموجب العلاقة التاريخية التي توجد ما بين القانون الفرنسي والقانون الموريتاني يمكن أن نأخذ على حكم المحكمة العليا بأنها شبهت المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية بمؤسسات القانون الخاص (إن استعمال المفهوم الخاص بقانون الشركات التجارية) ممتلكات المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية تشكل ضماناً لدائنها!

لا بد من أن نوضح القراءة الخاصة والانتقائية للمحكمة العليا لقانون 1977 المتعلق بالمؤسسات العمومية، الذي تم التركيز فيه على الأمور التي تبين مدى التقارب بين المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية من الأشخاص الخصوصية، في الوقت الذي التزم فيه الصمت اتجاه تلك الأجزاء من النص التي تعطي لهذه الهيئات نظاماً خاصاً.

استثناء من القانون الخاص، تسيير مرفق عمومي، محاسب عمومي، وصاية، الرقابة العمومية.... الخ.

من هذه الزاوية، فإن خطأ المحكمة العليا كان بنسيانها أنها قبل أن تكون خاضعة للقانون الخاص (النظام القانوني) فإن المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، وقبل كل شيء شخصية عمومية (الطبيعة القانونية) مكلفة بتسيير مرفق عمومي، وبهذه الصفة، تتمتع بصورة استثنائية بحق استعمال القوة العمومية (وفي هذه الحالة، فإن شركة سمار تتمتع بالاحتكار المشروع للتأمينات في موريتانيا).

إن أخذ هذا الموقف يعتبر أمراً مرفوضاً لأنه في بعض الأحيان ولأجل تبريرها فإن المحكمة العليا شعرت بأنها ملزمة بأن تحيل إلى بعض خصوصيات النظام القانوني لشركة سمار (أموال عمومية) مستثنى من التشريعات المنظمة للتصفية القانونية" و من المحير أن نستنتج خلاصات مضادة تماماً لتلك التي يمكن أن نصل إليها بطرق مشروعة.

برفضها أن تمنح لممتلكات المؤسسات العمومية "المتأتية من الدولة" نفس الحماية القانونية التي لأموال هذه الأخيرة.

3- بالتأكيد، يجب الاعتراف في هذه الحالة، أن حكم المحكمة العليا موضح، خصوصاً أنه يفتح إمكانية استعمال طرق تنفيذ القانون الخاص، فيما يتعلق بالقرارات الإدارية "النهائية".

وذلك بملاحظة، بأنه يتعلق بإجراء بسيط مؤجل لمعانة، ليست ضرورية، يمكن أن نأسف بأن المحكمة العليا، والتي في هذه القضية قد عرفت تأثير قراءة سريعة، للأحكام الفقهية الفرنسية في حقبة 1978.

لم تأخذ في حسابها الدنيا التحفظات المجسدة مقدماً في هذه الاجتهادات الفقهية: تلك المرتبطة بوجود محاسب عمومي وفي الحالة المضادة المحافظة على استمرارية المرفق العمومي المسير من طرف المؤسسة!

وفي هذا الصدد، فإن تصرف المحكمة العليا يعتبر غير مبرر لأنها لن تتردد في الاعتماد على "السير الطبيعي للمرافق العمومية" (v.par ex. :C.S.19avril1972.Traoré Souleymane)

4- تضاف إلى هذه العناصر ذات الطبيعة القانونية أخرى نابعة من سوسيولوجية المنازعات في موريتانيا.

ونسجل في هذا الصدد بصفة خاصة الآثار الصادرة التي يمكن أن تتصور في هذا المجال، من جهة، فإن لعبة طرق التنفيذ في القانون العام المتوافقة، ومن جهة أخرى، الآثار الناتجة عن التساهل الذي غالبا ما تكون الإدارة ضحية له بإدانتها دائما دون حق.

فوضعية شركة سمار SMAR نفسها التي نناقشها حاليا، تعرف صعوبات مالية يصعب انتشالها منها، بسبب بعض الأحكام القضائية، غالبا مشكوك في صحتها، شكلت آثارا صادمة ومنحرفة للأحكام القضائية الصادرة ضد الشركة منذ 1978 بل إنها ليست الوحيدة في هذا الإطار¹ إنها موارد البلد الشحيحة يتم تبذيرها ونهبها وكأن شيئا لم يكن!

فالحلول المقترحة من طرف القانون الموريتاني لإشكالية طرق التنفيذ لأحكام القضاء الصادرة ضد الأشخاص العمومية، تعاني من نوع من التنافر والتفكك: من جهة، فهي تخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع السياسي والتجاري لطرق تنفيذ قاسية، في القانون الخاص، وذلك ما من شأنه أن يعرض للخطر التسيير المستمر والمنتظم للمرافق العمومية المسيرة من طرف هذه المؤسسات، ومن جهة أخرى، تجسد حصانة تامة اتجاه شخصيات عمومية "تقليدية" متناقضة مع متطلبات دولة القانون.

فالحكمة تتطلب في هذا الإطار، توحيد لنظام الأشخاص العمومية عبر تعميم المبدأ الذي تبعا له (فإن مجموعة الأشخاص العمومية لا تخضع لطرق التنفيذ المتبعة في القانون العام، وفي نفس الوقت، تفعيل ميكانيزمات متعددة وفعالة، تهدف إلى ضمان احترام الأشخاص العمومية لسلطة الشيء المقضى به ضدهم والاخذ بعين الاعتبار متطلبات التسيير المستمر والمنتظم للمرافق العمومية التي عليهم مسؤوليتها.

وفي هذا الصدد، نسجل بأنه إذا كانت محكمة النقض الفرنسية، صممت العزم، في حكمها BRGM، أن تقصي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من تطبيق طرق التنفيذ في القانون الخاص، فقد تمسكت بتحديد أن هذه المؤسسات، خاضعة للإجراءات - الفعالة نسبيا - المنشأة بموجب قانون 16 يوليو 1980².

من وجهة النظر هذه فإن أي، تغير في اجتهاد المحكمة العليا سيكون مرحبا به ويمكن أن يكمل بالضرورة، باعتماد اجراءات تشريعية وتنظيمية، مناسبة آخذة بعين الاعتبار سوسيولوجية المنازعات الموريتانية، لقد آن الأوان لموريتانيا، وهي تضع مؤسسات ديمقراطية أن تتمتع بمنظومة تشريعية تدعم خصوصيات وامتيازات السلطة العمومية وتخطط بصورة واضحة حدودها في مواجهة الحقوق المشروعة للمواطنين.³

¹ On peut citer à titre d'exemple, le cas de la Société Mauritanienne de Commercialisation des Poissons, qui

gère l'important service public de l'exportation des produits halieutiques, elle aussi, menacée par les coups de boutoir de la justice.,.

² V. la rédaction de l'arrêt BRGM.

³ Sur cette problématique : G. Vedel : le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? EDCE

العالم الثالث و مبدأ الحق في التنمية



فضيلة الأستاذ الدكتور إبراهيم ولد الشريف

أستاذ العلوم السياسية والعلاقات الدولية

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية / جامعة نواكشوط

رئيس مركز البحوث والدراسات القانونية والاقتصادية

ماذا نعني بالعالم الثالث ؟

إن أول من استخدم عبارة العالم الثالث هو عالم السكان الفرنسي الفريد سوفي عام 1952 في مقال نشره تحت عنوان (عوالم ثلاث وارض واحدة) جاء فيه ما نصه (إن العلم الثالث المتجاهل والمستغل كالطبقة الثالثة تماما يريد أن يصبح شيئا¹) TROIS MONDES, UNE PLANÈTE

مشيرا بذلك إلى ما كان ذهب إليه الأب سيز وهو احد رجالات الثورة الفرنسية من انه توجد هنالك ثلاث طبقات في المجتمع الفرنسي و أن الطبقة الثالثة منها هي كل شيء و لا تملك شيء و تريد أن تصبح شيئا⁽²⁾ أما سارتر فيرى انه إذا كان سكان المعمورة مليارين فان خمس مائة مليون منهم فقط يتوفرون على ظروف حياة كريمة أما المليار والنصف الباقي فهو من المعدمين⁽³⁾).

وفي العام 1956 اصدر الفريد سوفي كتابه الذي عنوانه بالعالم الثالث معتبرا انه هو الكتلة الثالثة بعد الكتلتين الغربية والشرقية⁽⁴⁾

¹ Alfred Sauvy :L'Observateur, 14 août 1952, n°118, page 14.

² Ibid

³ منيف الرزاز : أزمة السار العربي ،دار الحرية للطباعة والنشر. بيروت لبنان ، 1981، ص، 94.

⁴ سعد الدين ابراهيم (تحرير وتقديم التعددية السياسية والديمقراطية في الوطن العربي - منتدى الفكر العربي ، عمان 1989، ص140).

وما لبثت الحركات اليسارية مع مطلع الستينات أن اتخذت من ((العالم الثالث)) شعارا وعنوانا لنضالاتها فتكرر ذكره في خطب وكتابات الزعيمين اليساريين الابرزين في تلك الفترة: اتشيكيفارا و كاسترو⁽¹⁾.

وفي ذات السياق دعت المناضلة الأمريكية السوداء انجيلا ديفيز عام 1969 الأمريكيين السود للنضال من اجل عالم ثالث وكان العالم الثالث يرمز إلى كل المضطهدين والمقموعين في العالم.

وتدرجيا بدا مفهوم العالم الثالث يتداول على نطاق واسع في وسائل الإعلام ومن على المنابر الأكاديمية والسياسية وفي أروقة الأمم المتحدة.

إلا أن دلالة ومفهوم العالم الثالث لم تكن محل إجماع ففي حين عرفه البعض على أساس جغرافي بأنه هو مجموعة الدول الكائنة في إفريقيا واسيا وأمريكا اللاتينية عرفه البعض الآخر لاسيما في أوساط الماركسية بأنه هو مجموعة الدول المتحررة حديثا من نير الاستعمار في حين يرى فريق ثالث انه وبكل بساطة هو ما خرج من الدول عن نطاق العالم الرأسمالي و العالم الاشتراكي⁽²⁾

وقد أدى انهيار العالم الثاني - بحسب الترتيب الزمني لظهوره - ممثلا في الاتحاد السوفيتي إلى أن يجد العالم الثالث نفسه وحيدا في مواجهة العلم الرأسمالي ولان ينسج معه بحسب تعبير محمد الجابري علاقة مباشرة من صنف العلاقة التي كانت قائمة بينهما في عهد الاستعمار وهو ما كان له بالغ الأثر على نضالات حركات التحرر الوطنية الداعية إلى استكمال مسيرة الاستقلال والتحرر من كافة أشكال التبعية

وبذلك وبحسب ذات الكاتب يكون العالم الثالث قد فقد صفته ككتلة مستقلة ومتميزة ليتحول إلى ((جنوب)) سمته الأساسية الانكفاء والانصراف إلى حدود الدولة القطرية الضيقة والانشغال باهتماماتها المحدودة⁽³⁾

إلا أن هناك من يرى على العكس من ذلك أن تفكك المعسكر الشرقي قد زاد من عدد دول العالم الثالث وبالتالي من أهمية هذه المجموعة على الصعيد الدولي.

ويرى بعض الدارسين أن تسمية العالم الثالث في مقابل العالم الأول أولى أن تستبدل بتسمية دول الجنوب في مقابل دول الشمال متوقعين ظهور كتل اقتصادية كبيرة داخل نطاق ما كان يعرف بالعالم الثالث من قبيل كتلة جنوب شرق آسيا والصين وبعض دول أمريكا اللاتينية كالبرازيل مثلا لتدخل بذلك في علاقة اقرب إلى التكافؤ منها إلى التبعية مع دول المنظومة الرأسمالية⁽⁴⁾

وعلى الرغم من أن تفكك الكتلة الشرقية قد افقد في نظر البعض مجموعة العالم الثالث مبرر وجودها يضاف إلى ذلك عجزها من خلال أطرها التنظيمية و أبرزها حركة دول عدم الانحياز عن فرض إرادتها والحفاظ على تميزها و استقلال قرارها وتشكيل كتلة موحدة في الجمعية العامة للأمم المتحدة والوكالات المتخصصة التابعة للهيئة الأمية كمنظمة اليونسكو على الرغم من ذلك كله نجد أن عبارة ((العالم الثالث)) تظل هي الأنسب و الأجدر أن تطلق على ما يزيد على مائة و ستين ((160)) دولة من دول العالم.

¹رياض غزير هادي ،العالم الثالث من الحزب الواحد الى التعددية ،دار الشؤون الثقافية العامة 1995،ص،23.

² نس المصدر

³ أحمد طه محمد : إفريقيا والتغييرات الديمقراطية ،السياسة الدولية العدد 105، يوليو 1991،ص،180.

⁴نفس المصدر ،ص،184.

إن تبني عالم ما بعد الحرب الباردة لقضايا كانت إلى أمد قريب انشغالا حصريا لدول العالم الثالث وعقد قمم ومؤتمرات لتناول قضايا البيئة والتنمية 1992 و حقوق الإنسان 1993 والسكان 1994 إنما يهدف إلى استدراج دول العالم الثالث وتسهيل انخراطها في نسق فكري، سياسي واقتصادي جديد اتخذ من العولمة عنوانا له.

لقد كانت أصوات قادة دول العالم الثالث حاضرة ي كل هذه المناسبات الدولية ومعبرة عن اهتمامات وتطلعات شعوبها، من ذلك ما جاء في خطاب الرئيس الصيني في قمة الأمن من أن: النظام الاقتصادي الدولي يجب أن يقوم على أساس المساواة والمصلحة المتبادلة.⁽¹⁾

وفي مؤتمر أفينا حرص المشاركون على التأكيد على ضرورة دعم المجتمع الدولي للبلدان الأقل نموا من اجل تحقيق التنمية.⁽²⁾

إلا أن الدول الغربية وفي مسعى منها لإغراء دول العالم الثالث بالانسياق لقيم العولمة في جميع مناحيها السياسية والاقتصادية وعلى النحو الذي تراها هي عليه قد اتخذت من مسألة القروض و المساعدات المقدمة لدول العالم الثالث وسيلة لبلوغ هذا الهدف و فرضت على المؤسسات النقدية الدولية كالبنك الدولي و صندوق النقد الدولي أن تنحو ذات النحو.

وفي هذا السياق تنزل كلمة رئيس الوزراء البريطاني في قمة الأمن التي (بشر) فيها بان: العقود القادمة ستكون عقود التحول لوضع الجذور الراسخة للديمقراطية في تربة خصوصيتها التعددية السياسية والأسواق الحرة⁽³⁾

لقد جعلت الدول الرأسمالية من نشر الديمقراطية والدعوة إلى تحرير الاقتصاد وفتح الأسواق للمنافسة عناوين بارزة لمحاولة استيعاب و احتواء دول العالم الثالث ' وقد نجحت في ذلك في عديد دول أمريكا للاتينية و آسيا وإفريقيا بل وحتى بعض دول أوروبا الشرقية التي أصبحت تعد من ضمن دول العالم الثالث بعد أن أمضت عقودا من الزمن داخل نطاق الكتلة الشرقية وذلك لاشتراكها مع دوله في صفات وقواسم مشتركة عديدة، فأقيمت في هذه الدول ديمقراطيات تارة تحت تهديد السلاح وتارة بالإغراء بالمساعدات وهو ما افقد في الوقت ذاته دولا كانت ذات مكانة في منظومة العالم الثالث مكانتها مثل كينيا ' بيرو و يوغسلافيا⁴.

أولا : مبدأ الحق في التنمية :

لقد جعلت دول العالم الثالث من الحق في التنمية مطلبا رئيسيا لها حاولت أن تفرضه في مختلف اللقاءات والوثائق الدولية وان تنتزع اعتراف الدول الرأسمالية به كحق من حقوق الإنسان الجديرة بالحماية.

وفي سياق الجهود المبذولة من طرف دول العالم الثالث في هذا الإطار جاء اعتراف الجمعية العامة للأمم المتحدة وبأغلبية ساحقة بهذا الحق كحق من حقوق الشعوب في إعلان 1986 .

¹ وحيد عبد المجيد : الديمقراطية في الوطن العربي ، المستقبل العربي العدد، 1990، 138، ص، 84.

² تقرير التنمية البشرية لعام 1993.

³ رياض عزيز هادي ، مرجع سابق ،

⁴ حميد عبد الرحمن ، ظاهرة التحول الديمقراطي في إفريقيا ، السياسة الدولية ، العدد ، 113، يوليو 1993، ص، 9.

وقد كانت سبقتها إلى ذلك لجنة حقوق الإنسان من حيث تأكيدها على الأبعاد الدولية للحق في التنمية عام 1977 واعتبارها (إن الحق في التنمية هو حق للإنسان وأن الفرص المتكافئة للتنمية حق للدول)¹. كما اتخذت دول العالم الثالث من حركة دول عدم الانحياز - التي اعتبرت إلى حد بعيد ولعقود من الزمن الناطق باسمها والتجسيد العملي لإرادتها في التوحد والتميز - أداة ومنبرا للتأكيد على هذا الحق والدفاع عنه لاسيما في مؤتمرها السادس المنعقد عام 1976.

تباينت مواقف المعسكرين الغربي والشرقي آن ذاك من مسألة المطالبة بتثبيت الحق في التنمية في قائمة الحقوق المعترف بها دوليا، ففي حين اتخذت الولايات المتحدة الأمريكية باسم المعسكر الغربي موقفا سلبيا إزاء هذه المسألة، اصطفت دول المعسكر الشرقي إلى جانب دول العالم الثالث تأكيذا وتأييدا لهذا الحق.

التعريف :

لم يتوصل الخبراء في مجال التنمية إلى تعريف جامع مانع للحق في التنمية وذلك على الرغم من بعض المحاولات في هذا الصدد، من ذلك تعريف السيد كينا بلات للحق في التنمية بأنه : (حق الإنسان في تطوير نوعية حياته اعتبارا لخيارات ووسائل الفرد والمجموعة) وبذلك انصرف جهدهم إلى البحث عن العناصر المكونة له².

ثانيا : أساس الحق في التنمية :

للحق في التنمية أسس يقوم عليها منها ما هو سياسي واقتصادي وقانوني.

وللحق في التنمية بعدان : فردي، وجماعي عندما نعني بالجماعي الدولة فهو ثمرة تضامن جهود الفرد والجماعة الوطنية (الدولة) من أجل الرفع من مستوى حياة الإنسان من حيث هو إنسان في مسيرة البحث عن إسعاده من خلال تحقيق حياة أفضل له .

وقد أكد إعلان 1986 على مسؤولية الدولة أي الجماعة في حدود إمكانياتها ومقدراتها عن ضمان تحقيق التنمية ، وقد قرنه بحق الإنسان في تقرير مصيره للتأكيد على أولويته وصبغته الإنسانية ، بل إن الإعلان ذهب إلى أبعد من ذلك عندما جعل المجموعة الدولية مسؤولة عن ضمان الحق في التنمية عندما تعجز عنه الدولة ككيان قطري وبذلك ضمن لهذا الحق قيمة وبعدا دوليين يؤكدان على مكانته بين حقوق الإنسان الأخرى³.

إن على الدولة وبحسب ذات الإعلان أن تخلق الإطار المناسب لمشاركة جميع المواطنين دون إقصاء في إشارة منه إلى ضرورة إشراك المرأة وذلك من أجل ضمان حياة أفضل للفرد من خلال جهود المجموعة .

وعلى الصعيد الدولي أملت دول العالم الثالث من النظام الاقتصادي الدولي الجديد أن يكون وسيلة لتكريس وتجسيد الحق في التنمية وأن يؤسس لإقامة علاقات اقتصادية مبنية على العدل والإنصاف والمساواة.

إلا أن صعوبات وعقبات تقف في وجه تحقيق مبدأ الحق في التنمية ليس اقلها على الصعيد الدولي :

¹ إعلان الأمم المتحدة 1986 انظر أيضا ، مؤتمر الأمم المتحدة حول التنمية (1972 ستوكهولم).

² محمد بوبوش : الحكامة والتنمية العلاقة والإشكاليات .

³ نفس المصدر

- الاحتلال الأجنبي.

- الانتقاص من سيادة و حق الدول والشعوب في الاستفادة من ثرواتها.

- المديونية.

أما أهم المعوقات على الصعيد الوطني فتتمثل في :

- المشاكل الاقتصادية.

- مشكلة المشاركة السياسية (الحكامة)

ثالثا : علاقة الحق في التنمية بموضوع الديمقراطية :

لقد كان لانهيار المعسكر الشرقي مباشر الأثر على مجريات الأمور في دول العالم الثالث¹ إذ رأى المعسكر الغربي في ذلك الانهيار انتصارا لقيمه في السياسة والأخلاق والاقتصاد وغيرها وبدأ يروج لذلك بمختلف الطرق و الوسائل وفي مختلف المناسبات و التجمعات الإقليمية و الدولية و في سياق العلاقات الثنائية² وهو ما كان من ثماره انتهاج عدد معتبر من دول العالم الثالث لخيار التعددية السياسية و نبذ الأحادية الحزبية والتخلي عن الاقتصاد الموجه مع ما يحققه من مزايا تنموية³ والتوجه إلى اقتصاد السوق مع ما يعنيه من مخاطر الخلل في توزيع الثروة و تعميق الهوة بين الطبقات و إنكار إنسانية الإنسان من حيث ربط قيمته بمستوى دخله وغياب المجموعة (الدولة) كأداة لصيانة حق الفرد في التنمية.

كما كان من عوامل النزوع إلى إقامة الأنظمة الديمقراطية الإحباط الذي أصاب شعوب بعض دول العالم الثالث التي حكمتها أنظمة وطنية كان همها الأول حماية الاستقلال وان على حساب المشاركة السياسية على نحو ما هو موجود في النظام الديمقراطي وذلك بعد ان أخفقت هذه الأنظمة في تحقيق التنمية⁽¹⁾.

إن النظرة إلى الديمقراطية كنظام للمشاركة السياسية تختلف باختلاف رؤى ومفاهيم الداعين إليها⁴ فمفكرو العالم الثالث يرفضون محاولة الدول الغربية تقديم نموذج واحد للديمقراطية⁵ فإذا كانت الديمقراطية جزء من ميراث الإنسانية لا يختص به بعضها عن البعض الآخر شأنها في ذلك شأن الدعوات لحماية حقوق الإنسان والحفاظ على البيئة⁶ إلا أن النماذج الجسدة لها قد تختلف بل ويجب أن تختلف باختلاف البيئات الثقافية والسياسية والاقتصادية التي تنزل فيها وذلك احتراماً لخصوصيات الشعوب وحقها في الاختلاف عن بعضها ورفضاً لفكرة وجود نموذج سياسي أو تنموي واحد⁽²⁾.

وفي سياق قريب من ذلك تصدرت دولة الصين الشعبية قائمة الرافضين لما يروجه الغرب من تعارض بين الديمقراطية و الاشتراكية للتأكيد على أن المشاركة السياسية كمفهوم ديمقراطي من حيث هي ممارسة قد يتخذ أشكالا عدة لا تتعارض مع الاشتراكية كوسيلة لتحقيق التنمية العادلة والشاملة⁷ مؤكدة في الوقت ذاته على أن توجيه الاقتصاد وتدخل الدولة ادعى إلى تحقيق التنمية من انسحاب الدولة و فسح المجال أمام الرأسمالية المتوحشة.

¹ رياض عزيز هادي ،مصدر سابق .

² B.chantibout ,le tiers monde Arman colin ,Paris ,1986 ,p,16.

وكما هو الحال بالنسبة للديمقراطية فان مفهوم التنمية قد يكون عرضة للتباين تباين الدول والدارسين وذلك على الرغم من الاتفاق على أن موضوع التنمية الرئيسي يبقى هو الإنسان على نحو ما أكدته مؤتمر حقوق الإنسان المنعقد في العاصمة النمساوية افينا عام 1992⁽¹⁾ الأمر الذي يستدعي من دول العالم الثالث بلورة وتقديم مفهومها الخاص بها للتنمية على غرار ما هو مطلوب منها في الديمقراطية.

وقد حسمت الفقرة الخامسة من وثيقة مؤتمر افينا مسألة الخلاف حول أيهما سبق أو يجب أن يسبق: التنمية أم الديمقراطية وذلك حين نصت على الطبيعة التكاملية بينهما مؤكدة على أن: >> الديمقراطية والتنمية و حماية حقوق الإنسان أمور مترابطة ومتكاملة لا يجب التضحية بإحداها لتحقيق البقية << (2).

¹البيان الختامي للمؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، افينا 15-24 فبراير 1993، ص،3.

² نفس المصدر، ص،4.

دور معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف في تطوير حماية المصنف و المؤلف في المحيط الرقمي



الأستاذة : يتوجي سامية / طالبة دكتوراه - جامعة محمد خيضر بسكرة
أستاذة مساعدة صنف "ب" - جامعة آكلي محند أولحاج البويرة

الملخص :

يتباين الاختلاف في الحماية و التقدير القانونيين لحقوق الملكية الفكرية لكل من المؤلف و المصنف بين المحيط التقليدي و المحيط الرقمي، من حيث أن هذا الأخير و بفضل المدى و الحرية التي يضمّنهما جهاز الكمبيوتر و شبكة الانترنت قد أثبت أن أي نص قانوني وضع سابقا دون مراعاة الخصوصية و التميز اللتان يتمتعان بها هو قاصر تماما عن الإحاطة بالمراكز و الحقوق و الالتزامات القانونية المنشئة في ظله، و هو ما حاول واضعوا معاهدة الويبو لحق المؤلف لسنة 1996 تجنبه.

Summary :

There are difference contrasts in case of legal protection and appreciation of the intellectual property rights for both author and workbook between traditional and digital environments. In terms that in digital environment, the distance and freedom guaranteed by computer and Internet have proved that any legal text made previously without taking into account the privacy and the specialty of them is completely undertaking the importance of the legal centers, rights and obligations created in it, and that's what the writers of the WIPO Copyright Treaty of 1996 tried to avoid.

تمهيد :

يعد نمو استخدام الإنترنت من أكثر العلامات الفارقة في عصرنا الحاضر، كيف لا ونحن نعيش عصر الثورة الصناعية الثالثة التي تؤسس في كل أبعادها لسيطرة المعلوماتية و مجتمع المعرفة، أين يعد الكمبيوتر العصب الحساس لها بسبب امتلاكه قدرة كبيرة على خلق و إبداع فرص لا محدودة من المعاملات الإنسانية عن بعد، بما أوجد معها واقعا معاشا لا يمكن أن تتم تفاصيله إلا عبر الوسائط الرقمية.

و قد كان لموضوع الملكية الفكرية الأدبية و الفنية وجود جوهري باعتباره أحد المسائل القانونية الهامة جدا و المعقدة الناتجة عن هذه التطورات، فلم يكن متصورا إلى زمن مضى أن تكون الصكوك الدولية المنظمة لحقوق الملكية الفكرية للمؤلف عاجزة عن تأمين الحماية القانونية اللازمة لحقوق التأليف و الحقوق المجاورة في بيئة الإنترنت ابتداء من معاهدة برن لسنة 1886 و تعديلها في ستوكهولم سنة 1967 ثم في باريس سنتي 1971 و 1979 و اتفاقية روما لسنة 1961 بل و حتى اتفاقية جوانب التجارة المتصلة بحقوق الملكية الفكرية TRIPS و غيرها.

إن أهمية هذا الموضوع تتلخص في ضرورة توافر ضوابط على حرية المستفيدين من الإنترنت بطريقة يتم بها المحافظة على حقوق التأليف، من حيث أن الطبيعة العالمية و العامة للإنترنت لا تخفي صعوبة التحكم فيما يث عن طريقها من خلال القوانين المحلية لكل دولة، بالإضافة إلى أن سهولة نسخ المواد الرقمية و نقلها يُعقد من مهمة تحديد أشكال قرصنة المعلومات التي تتم على الشبكة من أجل تحديد مقابله من الإجراءات القانونية الرادعة، أي أن الصعوبات الإجرائية و التقنية التي تواجه حماية المصنف الرقمي لا يمكن معها تطبيق قانون حماية حق التأليف بالشكل التقليدي و هو ما يحتم بروز حاجة لا متناهية للتصدي لموضوع الإنترنت بالتنظيم و الضبط للتوصل إلى إدارة العلاقة بين المؤلف المبدع و المستخدم لمختلف المصنفات و الأداءات على شبكة الإنترنت، و هو الأمر الذي حفز المنظمة العالمية للملكية الفكرية لعقد معاهدة الويبو لحق المؤلف في 1996/12/20 .

إن الداعي إلى جعل معاهدة الويبو لحق المؤلف محل الدراسة في هذا المقال هو التصدي لأسئلة أساسية مفادها: ما وجه الاختلاف في التقدير و الحماية للمصنف و المؤلف في المحيط الرقمي عن المحيط التقليدي؟ و كيف أسست معاهدة الويبو لحق المؤلف حمايتها لهما قانونا على المستويين الموضوعي و الإجرائي؟ و كيف طورت في سبيلها إلى ذلك العديد من المواضيع و المسائل الخلافية في مجالات التجارة و السياحة و القانون و السياسة و الاقتصاد بما يستفز الإبداع و الابتكار الرقمي على مستويات جديدة و مأمونة ؟

و في سبيل معالجة ما تطرحه هذه الأسئلة من تحديات تم العمل على الربط بين الملكية الفكرية و شبكة الإنترنت من خلال دراسة ماهية المصنف الرقمي و تحديد أطر حق المؤلف في المحيط الرقمي لتقرير أهمية حمايته التي بررت اعتماد معاهدة تختص بها وحدها، و من ثم تتبع مختلف الأحكام القانونية التي حرصت معاهدة الويبو لحق المؤلف على ضبطها من أجل معالجة المسائل الرقمية لحق المؤلف.

المبحث الأول : محل حماية الملكية الفكرية ضمن شبكة الإنترنت :

أدت القفزة الرقمية التي حدثت في العالم إلى إحداث أثر بالغ على كافة جوانب الحياة، و كان لها أثر مباشر على الملكية الفكرية و تحديدا في مجال حق المؤلف، حيث أصبح نشر و توزيع و عرض المصنفات غاية في السهولة و السرعة و الإتقان و بأقل التكاليف بعد أن ارتبط ذلك بظهور كل من الكمبيوتر و الانترنت⁽¹⁾، و لعل التطورات التي صاحبت مدلول حقوق الملكية الفكرية بعد بروز الإنترنت جعلها من الموضوعات التي لاقت اهتماما و أهمية

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 19.

كبيرين، و قبل التصدي لذلك وجب مبدئيا تحديد ماهية المصنف الرقمي من حيث مفهومه و أنواعه و شروطه و أهمية حمايته وصولا إلى وضع تعريف مفصل لمعاهدة الويبو بشأن حق المؤلف.

المطلب الأول : ماهية المصنف الرقمي :

تعاملت النظم القانونية الوطنية مع المصنفات المعلوماتية بوصفها تنتمي إلى بيئة الكمبيوتر، وهو اتجاه عبرت عنه دراسات فرع قانون الكمبيوتر في النظم المقارنة⁽¹⁾، و حتى تؤكد شروط حماية المصنف الرقمي من حيث هو موضوع لحق المؤلف المحدد في معاهدة الويبو لسنة 1996 علينا أن نعرف المصنف الرقمي.

الفرع الأول : مفهوم المصنف الرقمي :

شملت المصنفات الرقمية ابتداء من منتصف أوائل السبعينات و حتى وقتنا الحاضر ثلاثة أنواع من المصنف الرقمي هي : البرمجيات و قواعد البيانات و طبوغرافيا الدوائر المتكاملة، و هي مصنفات جاءت وليدة استقلال علوم الحوسبة عن علوم الاتصال من جهة و ازدياد حجم تبادل المعطيات المعلومات ضمن شبكة الإنترنت كمعبر عنها و عن التفاعل و الدمج بين وسائل الحوسبة و الاتصال من جهة أخرى، و قد ظهرت أنماط جديدة من المصنفات أو عناصر مصنفات أثارت الحاجة إلى الحماية القانونية مثل أسماء النطاقات على الشبكة و عناوين البريد الإلكتروني و قواعد البيانات.

و يعرف المصنف الرقمي بأنه "كل مصنف إبداعي عقلي ينتمي إلى بيئة تقنية المعلومات" و ذلك وفق المفهوم المتطور للأداء التقني و وفق اتجاهات تطور التقنية⁽²⁾، دون أن يؤثر ذلك على انتماء المصنف بذاته إلى فرع أو آخر من فروع الملكية الفكرية، و هو رأي تم ترجيحه مع ازدياد أهمية الوسائل الإلكترونية كالكمبيوتر و الإنترنت بنهاية القرن العشرين⁽³⁾، و تتباين طبيعة كل نوع من أنواع المصنف الرقمي كالتالي :

أ/ برامج الحاسب : هياكلية المعنوي لنظام الكمبيوتر و دونها لا يكون ثمة أي فائدة للمكونات المادية من الأجهزة و الوسائط، و تصنف إلى برمجيات المصدر و برمجيات الآلة و الخوارزميات و لغات البرمجة و برامج الترجمة⁽⁴⁾، و يتم حمايتها غالبا باعتبارها أعمالا أدبية بموجب تشريعات حق المؤلف في المادة 01/10 من اتفاقية برن و المواد 11 و 12 من اتفاقية TRIPS⁽⁵⁾.

ب/ قواعد البيانات : هي تجميع متميز للبيانات يتوفر فيه عنصر الابتكار أو الترتيب أو التبويب عبر مجهود شخصي يستحق الحماية و بأي لغة أو رمز و يكون مخزنا بواسطة الحاسوب، و مناط حمايتها بوجه عام هو الابتكار كما عبرت عنه المادة 02/10 من اتفاقية TRIPS و المادة 05 من اتفاقية الويبو لسنة 1996⁽⁶⁾.

ج/ طبوغرافيا الدوائر المتكاملة : هي عمليات دمج للدارات الإلكترونية على شريحة شبه الموصل للقيام بوظائف إلكترونية، و قد أبرمت لحماية هذا النوع من المصنف الرقمي اتفاقية واشنطن لسنة 1989 بشأن الدوائر المتكاملة كما نظمتها المواد من 35 إلى 38 من اتفاقية TRIPS.

(1) يونس عرب، "التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات و المصنفات الرقمية"، تم التحميل في: 20/12/2008، عن موقع :

http://www.arabl原因.org/Download/Information_Protection_Article.doc

(2) المرجع نفسه.

(3) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 15.

(4) حسام الدين الأهواني، "حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت"، تم التحميل بتاريخ: 12/01/2009، عن موقع :

http://www.arabl原因info.com/Researches_AR/138.doc

(5) يونس عرب، المرجع السابق.

(6) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق.

د/ أسماء النطاقات : هي ببساطة عنوان الإنترنت، و حتى الآن لا توجد تشريعات شاملة تنظم مسائل أسماء النطاقات و ما تثيره من إشكالات قانونية خاصة عندما يكون الاسم مطابقا أو مقاربا أو مشابهها لاسم أو علامة تجارية مع استثناء القواعد التشريعية التنظيمية للخدمات التقنية على الخط و معايير تقديمها و قواعد حماية المستخدم من مخاطر المحتوى الضار التي سنتها العديد من الدول في تشريعاتها الوطنية.

هـ/ النشر الإلكتروني و الوسائط المتعددة : هي وسائل تمثيل المعلومات باستخدام أكثر من نوع واحد من الوسائط مثل الصور و الصوت و الحركة و المؤثرات، و تتم حمايتها بموجب القواعد العامة لحماية المصنفات الأدبية باعتبارها تتميز بتدخل برامج الكمبيوتر أو لأنها بمفردها محل حماية باعتبارها مصنفات أدبية أصلاً كاللغات المكتوبة و السمعية و المرئية، أما بالنسبة للنشر الإلكتروني و محتوى المواقع فإن ما ينشر على الموقع هو بالأساس محل حماية بواحد أو أكثر من تشريعات الملكية الفكرية⁽¹⁾.

الفرع الثاني : شروط حماية المصنف الرقمي

من أجل إسباغ الحماية القانونية المناسبة لمصنف رقمي بعينه يوجد عدد من الشروط القانونية المفترض توافرها فيه، من بينها :

أولاً : امتداد الحماية القانونية لحق المؤلف إلى المصنفات الرقمية :

المصنفات المبتكرة يحميها القانون أي كان الشكل الذي تتخذه و أي كانت وسيلة توصيلها للغير فهي جميعا تدخل في إطار مصنفات الحاسب الآلي و الوسائط المتعددة، و تمتد الحماية إليها باعتبارها من المصنفات الأدبية بحسب المادتين 04 و 05 من معاهدة الويبو لحق المؤلف 1996⁽²⁾.

ثانياً : ضرورة أن يكون المصنف مبتكراً :

يشترط لحماية المصنف أي كان شكله أن يكون مبتكراً، و يكفي أن يضفي المؤلف على فكرة و لو كانت قديمة شخصيته و طابعه الخاص حتى يكون هناك ابتكار يحميه القانون، ففي مجال الإنترنت قد يتوافر الابتكار لصفحات المواقع بالنسبة لتصميمها، و قد وفرت القواعد العامة لحق المؤلف الواردة باتفاقية TRIPS في المادة 02/10 بنصها على تمتع البيانات المجمعة أو المواد الأخرى بالحماية سواء كانت في شكل مقروء آلياً أو أي شكل آخر إذ تشكل خلقاً فكرياً نتيجة انتقاء أو ترتيب محتوياتها.

أما طابع الابتكار بالنسبة لقاعدة البيانات يستمد إما من طبيعة البيانات و إما من طريقة تنظيمها و إخراجها و تجميعها، و لكن محتوى البيانات في حد ذاته لا يعتبر عملاً مبتكراً متى اقتصر على مجرد نصوص أو أرقام، و لا يتوافر الابتكار إلا إذا كانت قاعدة البيانات تحمل بصمات شخصية واضعها فالحماية لا تكون للتجميع في حد ذاته و إنما للجهد في بناء و تنسيق الوحدات⁽³⁾.

المطلب الثاني : حقوق المؤلف في المحيط الرقمي :

بالرغم من اعتراف النظم القانونية منذ فترة طويلة بالحقوق المعنوية لمؤلفي المصنفات ذات المحتوى الفكري، فإن ما أنتجته التقنية من إبداعات لا تنتهي في حقل البرمجيات المستخدمة لتشغيل و تنفيذ التطبيقات و المهام، و ما أفرزته أنشطة بناء قواعد المعلومات من إبداعات في حقل تبويبها و آليات استرجاعها و تبادلها و الجهد الخلاق في ميدان تصميم

(1) يونس عرب، المرجع السابق.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق.

(3) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه.

المواقع على الإنترنت و القيمة العالية لاسم الموقع على الإنترنت و أهمية محتواه و الاتجاه نحو النشر الإلكتروني للمعلومات، كل ذلك أدى إلى زيادة الاهتمام بميدان حماية مبدعي التكنولوجيا من أفراد و شركات⁽¹⁾.

الفرع الأول : أهمية حماية حق المؤلف في المحيط الرقمي :

إن الإنترنت و ما يرتبط بها من مسائل قانونية أصبحت تمثل فصلاً متميزاً من فصول القانون المعاصر، بدءاً بعقود الاشتراك في الانترنت و إنشاء المواقع و عقود التجارة الإلكترونية و انتهاء بحماية الحقوق في محيط الانترنت و في مقدمتها حماية حق المؤلف، و لكن أمام واقع تسهيل الإنترنت إلى حد كبير عمليات النسخ و النشر غير المرخص بهما فإن هناك ضرورة شديدة لتدعيم حماية المؤلف نفسه لمواجهة هذا الخطر⁽²⁾، إن للمعلومة الرقمية خصوصية على المستوى القانوني من حيث أن المصالح المتعين حمايتها والحقوق المتعين الاعتراف بها في بيئة تقنية المعلومات تتوزع بين حق الكافة في الحصول عليها و بين حق حائزها أو صاحب المعلومات أو النظام التقني أو الإبداع أو مستثمر الابتكار في حمايتها و الحفاظ عليها، فهذه المصالح و ما يتفرع عنها تتطلب إحداث توازن بين استخدام التقنية و التحكم فيها عن طريق قوانين تقنية المعلومات التي تتولى حماية الملكية الفكرية.

و على ذلك فإن التعامل مع المعلومة الرقمية محل الحماية يقوم على أسس من بينها أن الفرد من حيث الأصل له الحق في الحصول عليها إلا متى اتصلت بمجهود إبداعي يبرر الإقرار بمصالح و حقوق ترتبط بصاحبه، فللمعلومات كيان معنوي ذا قيمة اقتصادية بما يعني خضوعها لأحكام المال المادي، بما يعني أن السلوكيات و التصرفات القائمة في البيئة الرقمية يتعين أن تكون مقبولة و معترفاً بها تعبيراً عن الإرادة و الالتزام القانوني تماماً مثل التصرفات المقبولة في البيئة الحقيقية، فكلما كان التصرف المادي في البيئة الواقعية محل اعتبار يتعين الاعتراف بما يقابله من تصرف معنوي في البيئة الرقمية مثل التوقيع والتصديق الإلكتروني⁽³⁾.

الفرع الثاني : التعريف بمعاهدة الويبو بشأن حق المؤلف 1996 :

كانت الرغبة في التوصل إلى في تعاون و تفاهم أفضل بين الدول في مجال دعم حماية الملكية الفكرية بما يشجع الابتكار، و يطور كفاءة إدارة الاتحادات المنشأة في مجال حماية الملكية الفكرية وراء إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية بموجب الاتفاقية الموقعة في ستوكهولم سنة 1967 و التي ورد بنص المادة 04/04 منها أنه في إطار وظائفها تختص المنظمة بتشجيع إبرام الاتفاقات الدولية التي تهدف إلى تدعيم حماية الملكية الفكرية⁽⁴⁾.

و رغم الدور الهام الذي لعبته هذه المنظمة بتقديم المشورة في إطار التنمية الموجهة لحماية حقوق المؤلفين، إلا أنه اتضح في نهاية الثمانينات عدم كفايتها و باتت الحاجة ملحة لإنشاء معايير دولية ملزمة في هذا المجال⁽⁵⁾، و قد أدت

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 32.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق.

(3) يونس عرب، المرجع السابق.

(4) حسين جميعي، "معايير الحماية الدولية في مجال حق المؤلف و الحقوق المجاورة"، ندوة الويبو الوطنية المتخصصة للقضاة و المدعين العاميين و المحامين نظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة صنعاء، 12 و 13 يولييه 2004، تم التحميل في: 2008/12/20، عن موقع: http://www.wipo.int/ORGARAB/SHARED/TINA/NewFolder/Yemen 10 to 13 July 04/July 12-13/wipo_ip_ju_saa_04_1.doc، ص 17.

(5) حسين جميعي، "حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي"، حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين نظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) مع معهد الدراسات الدبلوماسية، القاهرة، من 13 إلى 16 ديسمبر 2004، تم التحميل بتاريخ: 2008/12/21، عن موقع:

http://www.wipo.int/ORGARAB/SHARED/SEMINARS/2004/Cairo.Dec/docs/wipo_ip_dipl_cai_04_8.doc، ص 02.

المشاكل الناجمة عما استحدثه التطور التقني والتكنولوجي و ظهور الإنترنت إلى تسارع خطوات التعاون الدولي في مجال تنظيم حق المؤلف و الحقوق المجاورة مع مراعاة خصوصية المحيط الرقمي⁽¹⁾.

و على إثر اعتماد اتفاقية TRIPS باعتبارها الملحق الأول لاتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية، تسارعت أعمال لجنة الويبو إلى منح المزيد من الحماية القانونية خاصة و أن هذا لاتفاقية لم تستوعب حجم و تأثير التكنولوجيا الرقمية التي تنامي العمل بها من خلال شبكة الإنترنت، و أخذت العديد من الدول بشق طريقها إلى هذه التطورات بسن التشريعات التي تضمن بها حقوق الملكية الفكرية⁽²⁾، بالإضافة إلى تدخلها ضمن اتفاقية دولية تستجيب لتطورات التكنولوجيا الحديثة لتقنين حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالمعالجة الآلية للبيانات أو بنقلها⁽³⁾.

كما عقد لاحقا المؤتمر الدبلوماسي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية بجنيف في الفترة ما بين 08 إلى 1996/12/20، و نتج عنه إقرار صدور اتفاقيتين من أصل ثلاث تعلقت الأولى بحق المؤلف والثانية بمجالات التمثيل و الأداء و التسجيلات الصوتية، و مشروع معاهدة ثالثة بشأن قواعد البيانات لكن لم يتم مناقشتها لأسباب شكلية و موضوعية⁽⁴⁾.

و رغم أن اتفاقية TRIPS هي اتفاقية واسعة النطاق إذ تشمل العديد من القضايا التي يثيرها استعمال التكنولوجيا الرقمية لا سيما على شبكة الانترنت إلا أنها لم تتصد لبعض تلك المسائل على نحو مفصل، الأمر الذي حدا بالمنظمة العالمية للملكية الفكرية إلى مواجهة هذا التحدي و اعتماد معاهدة بشأن حق المؤلف و أخرى بشأن الأداء والتسجيل الصوتي واللذان أطلق عليهما معا تسمية معاهدتا الإنترنت بالنظر إلى أهميتها في التوصل إلى حلول لتحديات التكنولوجيا الرقمية⁽⁵⁾.

المبحث الثاني : الأحكام العامة لمعاهدة الويبو لحق المؤلف :

كانت الحاجة لقواعد قانونية دولية جديدة و توضيح التفسير الخاص ببعض القواعد المعمول بها سابقا لإيجاد حلول مناسبة للمسائل الناجمة عن التطورات الحديثة في المجالات الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية و التكنولوجيا التوسع الأثر الأكبر كي يحاول المشرع الدولي التوسع أكثر في إيجاد قواعد قانونية منظمة لها، و نظرا لتطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات و تأثير ذلك على ابتكار المصنفات الأدبية و الفنية و الانتفاع بها خاصة في ظل تحويل المؤلفات التقليدية و نتاج الأفكار لتوضع في فضاء الإنترنت بما انعكس على الحماية الممنوحة لها بموجب حق المؤلف⁽⁶⁾.

فأكدت ديباجة معاهدة الويبو لحق المؤلف في إطار ذلك على أن دافعها هو التشديد على ما للحماية الممنوحة بموجب حق المؤلف من أهمية في تحفيز الابتكار الأدبي و الفني في العالم، لأنها إذ هي تحفظ المصلحة العامة للجمهور

(1) حسين جميعي، "حق المؤلف والحقوق المجاورة في سياق الانترنت"، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس و طلاب الحقوق في الجامعة الأردنية نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع الجامعة الأردنية، عمان من 6 إلى 8 أبريل 2004، تم التحميل في: 2009/01/11، عن موقع: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ip_uni_amm_04/wipo_ip_uni_amm_04_5.doc، ص 03.

(2) حسن جميعي، حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع نفسه، ص 02.

(3) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 20.

(4) محمد على فارس الزعبي، الحماية القانونية لقواعد البيانات، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2003، ص 41 و 42.

(5) حسين بدرأوي، "حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الإطار الدولي و المبادئ الأساسية"، ندوة الويبو الوطنية حول إنفاذ حق المؤلف والحقوق المجاورة نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الاتصال و وزارة العدل والمكتب المغربي لحقوق المؤلفين الرباط، 23 و 24 أبريل 2007، OMPI/CCM/RBA/07/1، تم التحميل بتاريخ: 2008/12/12، ص 12 و 13.

(6) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 260 و 261.

من جهة و تعمل على إحداث توازن بينها و بين المحافظة على حق المؤلف في مجالات التعليم والبحث و الاطلاع على المعلومات من جهة أخرى.

و قد تضمنت معاهدة الويبو لحق المؤلف مجموع الأحكام القانونية الموضوعية والإجرائية التي تكفل أكبر قدر ممكن من الفعالية و الاتساق لحماية حقوق المؤلف و تطويرها، كما تضمن التحكم إلى حد كبير في المشاكل القانونية المتعددة الناتجة عن استخدام شبكة الإنترنت، و تحجيم أثرها السلبي على المصنفات الأدبية و الفنية المتعامل بها رقميا⁽¹⁾.

المطلب الأول : المسائل المعالجة ضمن معاهدة الويبو لحق المؤلف :

ظهرت إشكالات قانونية جديدة مع ظهور التكنولوجيا الرقمية خاصة منها ما تعلق باستخدام الإنترنت في الفترة التي تلت إبرام اتفاقية TRIPS تولت معاهدة الويبو لحق المؤلف التصدي لها لاحقا، نجد من أهمها مسألتي جدول الأعمال الرقمي و الحل الشامل لنقل المصنفات عبر الإنترنت.

الفرع الأول : مسألة جدول الأعمال الرقمي :

تصدت معاهدة الويبو لحق المؤلف لما يعرف باسم جدول الأعمال الرقمي المقررة لحق المؤلف على تخزين المصنفات ونقلها عبر الأنظمة الرقمية، حيث عملت على تقنين موقفها من نقاط اختلاف منها: ما مدى اعتبار التثبيت على الدعامات الإلكترونية من قبيل النسخ؟ هل يعد التحميل و لو للحظات محدودة لأحد المصنفات على أجهزة المستخدم من قبيل الاعتداء على الحماية المقررة لها قانونا؟ و هل يقتضي القيام بأعمال لنسخ الإلكترونيات الحصول على إذن أو ترخيص من المؤلف أو صاحب الحق المجاور قياسا على ما يقتضيه النسخ التقليدي للمصنفات؟

لقد تم اقتراح - أثناء المفاوضات التي سبقت إتمام معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف - وضع معيار لحماية أنظمة إدارة حق المؤلف و الحقوق المجاورة على نطاق واسع بحيث لا يقتصر الأمر على حماية المصنفات بذاتها و إنما يمتد إلى تحقيق التحكم بالتكنولوجيا التي تسمح بنشر المصنفات محل الحماية في الوسائط الرقمية، و قد أثار تحديد هذا المعيار في شأن حماية أنظمة إدارة الحقوق جدلا كبيرا، فبينما ذهب البعض إلى ضرورة تمكين صاحب حق المؤلف أو صاحب الحق المجاور من السيطرة على النظم التي تمنع وصول الغير إلى المصنف بغير إذن حتى و إن كان دافعه مشروعاً و معقولا ، فقد رفض البعض الآخر هذا المعيار على أساس أنه يؤدي إلى فرض السيطرة على المنتجات و يمنع التداول المشروع للحقوق الواردة على المصنفات.

و انتهت هذه المفاوضات إلى تبني الاتجاه الذي يحث الدول على تضمين قوانينها الحماية المناسبة و الجزاءات الفعالة ضد التحايل و التدابير التكنولوجية التي يستعملها المؤلفون لدى ممارسة حقوقهم بناء على معاهدة الويبو لحق المؤلف و اتفاقية برن التي تمنع مباشرة أي أعمال لم يصرح بها المؤلفون المعنيون و لم يسمح بها القانون على مصنفاتهم، و بهذا الاتجاه أصبح معيار حماية أنظمة إدارة حق المؤلف و الحقوق المجاورة الإلكترونية يهدف إلى السيطرة على عملية النشر ذاتها زيادة على وقف أي الاعتداء يقع على حقوق المؤلفين بعقاب أعمال التحايل التكنولوجي على حقوق الملكية الفكرية⁽²⁾.

(1) مقتبس عن ديباجة معاهدة الويبو لحق المؤلف.

(2) حسن جميعي، الحماية الدولية لحق المؤلف و الحقوق المجاورة، المرجع السابق، ص 22 و 23 . أنظر أيضا:

حسين جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع السابق، ص 05 و 06. حسين جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في سياق الإنترنت، المرجع السابق، ص 12.

الفرع الثاني : مسألة الحل الشامل :

رغم استقرار رأي لجنة الويبو لحق المؤلف في المراحل التحضيرية لها على اعتبار نقل و إرسال المصنفات الأدبية والفنية الرقمية عبر الشبكات محلاً لحقوق استثنائية يتمتع بها المؤلف إلا أنها لم تنته إلى تحديد طبيعة حق المؤلف في هذه الحالات، و يعد التكييف القانوني لتحديد طبيعة حق المؤلف في نظام نقل المصنفات عبر البطات الرقمية أمراً شديداً الصعوبة، بالنظر إلى الطابع الفني المستحدث لعمليات الإرسال أو البث الرقمي و تعقيدها التقني، خاصة بالنظر إلى أن التشريعات الوطنية للدول الأطراف تختلف في مواجهة عمليات نقل المصنفات و بثها، بما يجعل الاتفاق على الطبيعة القانونية للحقوق الواردة على عمليات النقل أو البث من خلال الشبكات أمراً شبه مستحيل.

و في مواجهة اختلافات الرأي هذه، جاءت نصوص معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف لتواجه الصعوبات القانونية في تحديد الطبيعة القانونية لحق نقل و بث المصنفات عبر الشبكات حيث تم تبني المعيار التقني دون القانوني، فبدلاً من تحديد الحق في ضوء التقسيمات التقليدية لحقوق المؤلف على مصنفاته تم وصف النقل و الإرسال و البث الرقمي استناداً لطبيعتها التقنية مع ترك تحديد اختيار الطبيعة القانونية الأكثر ملائمة للنظام القانوني المعمول به في كل دولة طرف بالمعاهدة على حدة.

لذلك فقد أطلق على الحل الذي تبنته معاهدة الويبو في شأن حق المؤلف اسم الحل الشامل و قد طبقته على جميع المصنفات محل الحماية و على جميع عمليات النقل و الإرسال و البث الرقمي، فقررت أن نقل المصنفات و بثها و إرسالها عبر البطات الرقمية و تداولها على دعائم رقمية بأي طريق من الطرق و إتاحتها للجمهور يجب أن يكون حقاً استثنائياً للمؤلف مع ترك المجال للمشرع الوطني في أن يحدد طبيعته القانونية و حدود المسؤولية عن أياعتداء عليه وفقاً للنظم القانونية الوطنية لكل دولة طرف⁽¹⁾.

المطلب الثاني : الأحكام الموضوعية لمعاهدة الويبو لحق المؤلف :

اعتمدت معاهدة الويبو لحق المؤلف من أجل تدارك تأثير التطور التقني على حقوق الملكية الفكرية لذا فقد تم وضع نصوصها لتتضمن المعايير الدولية التي تستجيب لما نجم عن التكنولوجيا الحديثة والرقمية منها سواء بصفتها وسيط استخدام أو وسطاً تنشأ داخله و بسببه مصنفات جديدة و حديثة يتمتع أصحابها بحق المؤلف⁽²⁾، و من أجل ذلك تم تطوير مجموعة الأحكام الموضوعية المتعلقة بثلاثية المصنف الرقمي و المؤلف و شبكة الإنترنت لتتلاءم مع خصوصية كل مفردة فيها.

و من أهم ما تتميز به معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف أن نصوصها تفتح الباب أمام توسيع حدود الحماية المقررة لحق المؤلف و لا تتيح التراجع عن الحدود المقررة بموجب اتفاقية برن، فمن جهة أكدت ديباجتها على رغبة أطرافها في إبرام معاهدة لتطوير حماية حق المؤلف على المصنفات الأدبية والفنية و الحفاظ عليها بطريقة تكفل فعالية هذه الحماية⁽³⁾، و من جهة أخرى أوضحت مادتها الأولى أن معاهدة الويبو لحق المؤلف هي اتفاق خاص في معنى و مقصد المادة 20 من اتفاقية برن التي احتفظت فيها حكومات دول الاتحاد الأوروبي بالحق في عقد اتفاقيات خاصة فيما بينها ما دامت تخول حقوقاً تفوق تلك التي تمنحها اتفاقية برن و لا تتعارض مع محتواها.

هذا و يرسخ التوجه الذي تبنته معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف بحسب المادة 17 منها بأنها ليست متاحة للبلدان من أعضاء اتفاقية برن فحسب بل يجوز الانضمام إليها حتى من الدول التي لم تكن عضواً فيها بالإضافة إلى كل منظمة

(1) حسين جميعي، حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع السابق، ص 09 و 10. حسن بدرأوي، المرجع السابق، ص 15.

(2) حسين جميعي، حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع السابق، ص 04.

(3) المرجع نفسه، ص 03.

تستوف الشروط المحددة، و ذلك لأن منهج التوسع في الحماية لم يقتصر على ما احتوته النصوص الموضوعية بليمتد إلى الدول و المنظمات التي تتبنى معايير حماية حق المؤلف، هذاو يلاحظ أن معاهدة الويبو لحق المؤلف قد انفصلت عن معاهدة الويبو بشأن حق الأداء والتسجيل الصوتي و أكدت عدم وجود أي صلة لها بالمعاهدات أخرى خلاف اتفاقية برن⁽¹⁾.

الفرع الأول : نطاق حماية حق المؤلف :

أوردت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف النص على نطاق حماية المؤلف و حقوقه جانبيه الموضوعي و الزمني في المواد 02 و 03 و 13 على التوالي، كما وضعت جملة من التقييدات و الاستثناءات على هذا النطاق في المادة 10 منها.

فأكدت المادة 02 من معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف أن الحماية الممنوحة تشمل بموجب حق المؤلف أوجه التعبير و ليس الأفكار أو الإجراءات أو أساليب العمل أو مفاهيم الرياضيات في حد ذاتها، و أقرت المادة 03 منها على أن الأطراف المتعاقدة مطالبون بتطبيق الأحكام من 02 إلى 06 من اتفاقية برن في شأن الحماية الموضوعية المنصوص عليها في هذه المعاهدة لكن مع ما يلزم من تعديل و تغيير⁽²⁾.

و في نص المادتين 04 و 05 من المعاهدة تم مد نطاق حماية حق المؤلف إلى كل من برامج الحاسب الآلي و قواعد البيانات على ذات النسق الذي أتت به المادة 01/10 و 02 من اتفاقية TRIPS و الذي التزمت بموجبه الدول الموقعة عليها بإدراجه من بعد ذلك في تشريعاتها الوطنية، لذا جاء نص المادة 04 منها مصرحاً بتمتع برامج الحاسوب بالحماية باعتبارها مصنفات أدبية بمفهوم المادة 02 أين تطبق هذه الحماية أيا كانت طريقة التعبير عن هذه البرامج أو شكله، كما حمى في نص المادة 05 من المعاهدة مجموعات البيانات أو قواعد المعلومات أيا كان شكلها سواء كانت ابتكارات فكرية بسبب اختيار محتوياتها أو ترتيبها، على أن هذه الحماية تستثني البيانات أو المواد في حد ذاتها دون الإخلال بأي حق للمؤلف قائم في البيانات أو في المواد الواردة في المجموعة⁽³⁾.

أما بالنسبة للنطاق الزمني فقد أحالت المادة 13 من معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف إلى نص المادة 18 من اتفاقية برن، التي تتضمن تطبيق أحكامها المتعلقة بالنطاق الزمني لحماية حق المؤلف من حيث أن المصنفات الموجودة عند دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، يجوز حمايتها فقط في حال عدم انقضاء مدة الحماية في دولة المنشأ دون أن تمتد الحماية حال انقضاء مدة الحماية في الدولة المطلوب توفير الحماية فيها، و يجري تطبيق هذا المبدأ وفقاً للأحكام الخاصة التي تتضمنها الاتفاقيات الخاصة بالمنعقدة أو التي قد تعقد لهذا الغرض بين دول الاتحاد، و في حالة عدم وجود مثل هذه الأحكام تحدد الدول المعنية كل فيما يخصها الشروط الخاصة بتطبيق هذا المبدأ⁽⁴⁾.

و في المقابل، نصت المادة 10 من معاهدة الويبو على تطبيق معيار اختيار الخطوات الثلاث ذاته كشرط لإدراج أي تقييد أو استثناء على الحقوق الممنوحة تماماً كما هو منصوص عليها في المادة 02/02 من اتفاقية برن فيما يتعلق بحق الاستنساخ والمادة 13 من اتفاقية TRIPS فيما يتعلق بأية حقوق على المصنفات الأدبية والفنية⁽⁵⁾، و تتمثل هذه

(1) أحسين جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع السابق، ص 03 و 04 . حسن بدوي، المرجع السابق، ص 13.

عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 262 و 263.

(2) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 263.

(3) أحسين جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع السابق، ص 06.

(4) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 264.

(5) حسن بدرأوي، المرجع السابق، ص 16.

الخطوات الثلاث فيتحديد التقييدات و الاستثناءات المسموح بها في بعض الحالات الخاصة فقط دون أن يتعارض ذلك مع الاستغلال العادي للمصنف و لا يسبب ضررا غير مبرر للمصالح المشروعة للمؤلف.

و في بيان متفق عليه صدر عن المؤتمر الدبلوماسي بصدد المادة 10 من معاهدة الويبو بشأن حق المؤلفاتفق الأطراف أن من المفهوم كون أحكام هذه المادة تسمح للدول الأطراف أن تنقل التقييدات و الاستثناءات الواردة في تشريعاتها الوطنية المعتمدة مقبولة بناء على اتفاقية برن إلى المحيط الرقمي و تطبيقها على النحو المناسب، كما تسمح للأطراف المتعاقدة بوضع استثناءات و تقييدات جديدة شرط تناسبها مع المحيط الرقمي⁽¹⁾.

الفرع الثاني : آثار حماية حق المؤلف في معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف :

تتفاوت آثار حماية حق المؤلف في معاهدة الويبو بين منح مجموعة من الحقوق و إقرار مجموعة من الالتزامات في مقابلها :

أولاً: الحقوق المترتبة على حماية حق المؤلف يمكن إجمالها في:

أ - حق الاستنساخ و حق التخزين في شكل رقمي :

تضمنت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف بعض الأحكام المتعلقة بحق النسخ و تطبيقه على تعليمات تخزين المصنفات في صورة رقمية على أي وسيط أو دعامة إلكترونية، و لكن بالنظر لعدم كفاية ما احتوته من تفاصيل بهذا الشأن فقد اعتمد المؤتمر الدبلوماسي بيانا ورد فيه أن حق النسخ كما نصت عليه المادة 09 من اتفاقية برن ينطبق انطباقا كاملا على المحيط الرقمي بما فيه الانتفاع بالمصنفات الرقمية، و بذلك فإن النسخ الرقمي أيا كان شكله و صورته أو مدته يعد من قبل الاستنساخ الوارد بالمادة 09 من اتفاقية برن و هو ما يؤدي إلى السماح للدول الأطراف بالنص على الاستثناءات المقررة في اتفاقية برن خاصة منها المتعلقة بإتاحة حق النسخ العرضي⁽²⁾.

ب - حق التوزيع :

أكدت المادة 01/06 من معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف على تمتع مؤلفي المصنفات الأدبية و الفنية بالحقوق الاستثنائية في التصريح بإتاحة النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ المصنفات للجمهور ببيعها أو نقل ملكيتها بطريقة أخرى، حيث جعلت الطبيعة الخاصة لنقل المصنفات الرقمية على وسائط رقمية من الصعوبة بمكان تحديد الطبيعة القانونية للحقوق محل الحماية بشأن تلك المصنفات ، خاصة في ظل التعقيدات المتعلقة بتقنيات نقل و بث المصنفات الرقمية أو التي يتم تداولها أو بثها أو توزيعها على وسائط و دعائم رقمية.

و قد انتهت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف إلى تبني الحل الشامل الذي لم يكتف ببيان الطبيعة التقنية للمصنفات الرقمية و تبني معيار تكنولوجي بشأنها، بل أكدت على الطابع الاستثنائي لحق المؤلف في جميع الأحوال و تركت للتشريع الداخلي لكل دولة طرف مهمة تحديد الطبيعة القانونية لحق نقل المصنفات و توزيعها أو بثها أو تخزينها، كما تناولت المادة 02/06 منها موضوع استنفاد الحق الاستثنائي في التوزيع، حيث أقرت أنه لا يوجد ما يؤثر على حرية الدول و الأطراف في تحديد أي شروط لاستنفاد الحق في التوزيع و ذلك بعد بيع النسخة الأصلية أو نقل ملكيتها بطريقة أخرى للمرة الأولى بتصريح المؤلف⁽³⁾.

(1) حسين جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع السابق، ص 11.

عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 267 و 268 .

(2) حسين جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع نفسه، ص 07 . حسن بدرابي، المرجع السابق، ص 14 .

(3) حسين جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع نفسه، ص 07 و 08.

عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 264.

ج - حق التأجير :

يتمتع مؤلفو المصنفات الرقمية الواردة التنصيص عليها في المادة 07 من معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف بالحق الاستثنائي في التصريح بتأجير النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ مصنفاتهم للجمهور لأغراض تجارية، و هي مصنفات الحاسوب و المصنفات السينمائية و مصنفات التسجيلات الصوتية كما ورد تحديدها في القانون الوطني الأطراف المتعاقدة، على أن الفقرة الثانية منها استثنت من حق التأجير ما تعلق موضوعه ببرنامج حاسوب و لم يكن البرنامج في حد ذاته هو موضوع التأجير الأساسي أو إذا تعلق الموضوع بمصنف سينمائي ما لم يكن ذلك التأجير قد أدى إلى انتشار نسخ من ذلك المصنف بما يلحق ضررا ماديا بالحق الاستثنائي في النسخ، و يلاحظ أن المصنفات المذكورة بالمادة 01/07 هي ذاتها التي شملتها تفاصيل المواد 11 و 14/ 04 من اتفاقية TRIPS⁽¹⁾.

د - حق نقل المصنف إلى الجمهور :

قامت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف بتطبيق مقتضيات الحل الشامل على جميع عمليات النقل والإرسال و البث الرقمي، فورد نص المادة 08 ليثبت الحق الاستثنائي الذي يتمتع به مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية في التصريح بنقل أو إتاحة مصنفاتهم إلى الجمهور بأي طريقة سلكية أو لا سلكية. و وفقا لما استقر عليه، فإن المادة 08 تمكن من نقل المصنفات و بثها و إرسالها عبر البطات الرقمية و تداولها على دعائم رقمية بأي طريق من الطرق و إتاحتها للجمهور متى صرح بذلك المؤلف على اعتبار أن حق النقل هو حق استثنائي له وحده، و إن كانت قد تركت المجال للمشرع الوطني لكل دولة طرف على حدا ليحدد طبيعته القانونية و حدوده المسؤولية المترتبة عن الاعتداء عليه وفقا لنظمها القانونية⁽²⁾.

ثانيا : الإلتزامات القانونية الواردة في معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف :

تتعلق الإلتزامات القانونية المحددة تفاصيلها في معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف بالتدابير التكنولوجية و المعلومات الضرورية لإدارة الحقوق و إنفاذها.

أ - الإلتزامات القانونية المتعلقة بالتدابير التكنولوجية :

بظهور الإنترنت بدأت قواعد حماية الملكية الفكرية بالتبدل والتغير لمواءمة الطبيعة الجديدة للعلاقات القانونية المترتبة عنها، و قد أثر ذلك باطراد على الإلتزامات المتعلقة بالتدابير التكنولوجية التي ألزمت الدول الأطراف بالنص في قوانينها على حماية قانونية مناسبة ضمن إجراءات فعالة ضد التحايل على التدابير التكنولوجية الفعالة المستعملة من المؤلفين لدى ممارسة حقوقهم بناء على هذه المعاهدة و التي تمنع من مباشرة أعمال لم يصرح بها المؤلفون المعنيون أو لم يسمح بها القانون فيما يتعلق بمصنفاتهم بحسب المادة 11 منها⁽³⁾.

ب - الإلتزامات القانونية المتعلقة بالمعلومات الضرورية لإدارة الحقوق :

تم الاعتراف أثناء مرحلة العمل التحضيري لمعاهدة الويبو بشأن حق المؤلف بأن النص على حقوق مناسبة تتعلق بالانتفاع بالمصنفات رقميا في محيط شبكة الإنترنت غير كاف من حيث أنه لا يمكن في محيط من هذا النوع التطبيق الفعال لحقوق المؤلف دون اللجوء إلى كل من التدابير التكنولوجية للحماية و المعلومات الضرورية لإدارة الحقوق التي لا

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 264 و 265. حسن جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع نفسه، ص 08.

(2) أحسن جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع نفسه، ص 10.

(3) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 266.

بد منها للتصريح بالانتفاع و رصده، و اتفق على أن يترك تطبيق تلك التدابير والمعلومات لأصحاب الحقوق أنفسهم، على أن تعتمد أحكام قانونية موازية لحماية أوجه الانتفاع بها⁽¹⁾.

هذا و قد ألزمت المادة 12 من معاهدة الويبو لحق المؤلف بمنح هذا النوع من الحماية، و بمراجعة فقرتها نجد أنها عرفت المعلومات الضرورية لإدارة الحقوق في كونها المعلومات التي تسمح بتعريف المصنف و مؤلفه و مالك أي حق فيه و المعلومات المتعلقة بشروط الانتفاع به و أي أرقام أو شفرات ترمز إليها متى كان أي عنصر منها مقترنا بنسخة عن المصنف أو ظاهرا لدى نقل المصنف إلى الجمهور.

كما أشار البيان الصادر عن المؤتمر الدبلوماسي بشأن هذه المادة أن مفهوم التعدي على أي حق تغطيهم معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف أو اتفاقية برن يشمل الحقوق الاستثنائية و حقوق المكافأة على السواء، على ألا يعتمد الأطراف المتعاقدة فيهما عليها لوضع أنظمة إدارة الحقوق أو تطبيقات من شأنها اتخاذ إجراءات شكلية لا تسمح بها نصوص الاتفاقيتين أو تحظر الحركة الحرة للسلع أو التمتع بالحقوق الواردة فيهما⁽²⁾.

هذا و قد حددت المادة 12 مظاهر الاعتداء على معلومات إدارة حقوق في أن يقوم الشخص بحذف أو تغيير دون إذن أي معلومات واردة في شكل إلكتروني تكون ضرورية لإدارة الحقوق، أو أن يقوم بتوزيع أو استيراد أغراض التوزيع أو الإذاعة أو النقل إلى الجمهور دون إذن لمصنفات أو نسخ عن مصنفات مع علمه بأنه قد حذفت منها أو غيرت فيها دون إذن معلومات واردة في شكل إلكتروني تكون ضرورية لإدارة الحقوق⁽³⁾.

ج - الأحكام القانونية المتعلقة بإنفاذ الحقوق :

جاءت المادة 14 من معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف متضمنة تعهد الأطراف المتعاقدة باتخاذ التدابير اللازمة لضمان تطبيقها وفقا لأنظمتها القانونية الوطنية، بالإضافة إلى تتضمن كفالتهم احتواء قوانينهم على إجراءات إنفاذ تسمح باتخاذ تدابير فعالة ضد أي تعد على الحقوق التي تغطيها معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف بما في ذلك توقيع الجزاءات العقابية و الرادعة على خرقها، و ما يلاحظ هو أن مضمون هذه المادة قد أخذت في فقرتها الأولى بمضمون المادة 36 من اتفاقية برن فيما أخذت إلى حد ما في فقرتها الثانية بما جاءت به 01/41 من اتفاقية TRIPS⁽⁴⁾.

المطلب الثاني : الأحكام الإجرائية لمعاهدة الويبو بشأن حق المؤلف :

يتم بحث الأحكام الإجرائية المتضمنة في معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف من حيث تحديد الإطار المؤسس ممثلا في الجمعية و المكتب الدولي و كذا القواعد الإجرائية المتعلقة بأحكام الانضمام للمعاهدة و نفاذها.

الفرع الأول : الإطار المؤسسي لمعاهدة الويبو بشأن حق المؤلف :

اهتمت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف بوضع أجهزة تعمل على متابعة سيرها و نفاذها تتمثل في كل من الجمعية و المكتب الدولي.

فنصت المادة 15 من معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف على أن للأطراف المتعاقدة فيها تكوين جمعية يمثل كل منهم مندوب واحد يجوز أن يساعده مندوبون مناوبون و مستشارين و خبراء، و تتحدد مهام الجمعية في كونها تتناول المسائل المتعلقة بالمحافظة على مضمون هذه المعاهدة و تطويرها و تطبيقها و تنفيذها، كما تبشر الالتزامات المعهودة إليها فيما يتعلق بقبول بعض المنظمات الدولية الحكومية لتصبح أطرافا فيها، و للجمعية حرية الدعوة إلى عقد أي مؤتمر

(1) حسن بدرأوي، المرجع نفسه، ص 18.

(2) حسين جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع نفسه، ص 12 و 13.

(3) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 266 و 267.

(4) حسين جميعي، حماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة في المحيط الرقمي، المرجع نفسه، ص 14. عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 267.

دبلوماسي لمراجعة هذه معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف و توجه أين يتولى المدير العام للمنظمة العالمية للملكية الفكرية تطبيق التعليمات الضرورية للإعدادات المؤتمرات الدبلوماسية للمراجعة.

أما فيما يتعلق بالتصويت و الاجتماعات في الجمعية فبحسب المادة 03/15 من المعاهدة يمنح صوت واحد لكل دولة طرف، و بينما تصوت كل دولة باسمها فقط يجوز لأي منظمة دولية حكومية طرف الاشتراك في التصويت بدلا عن الدول الأعضاء فيها بما يساويها من الأصوات، و يتوقف هذا الحق إذا مارست أي دولة واحدة من الدول الأعضاء فيها حقها في التصويت، و تجتمع الجمعية في دورة عادية مرة كل سنتين بناء على دعوة المدير العام للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، و تتولى وضع الجمعية نظامها الداخلي بما في ذلك الدعوة إلى عقد دورات استثنائية و ضبط شروط النصاب القانوني فتحدد الأغلبية المطلوبة لاتخاذ مختلف أنواع القرارات دون الإخلال بأحكام المعاهدة⁽¹⁾، أما المادة 16 فقد نصت على أن المكتب يتولى و يباشر أداء المهام الإدارية المتعلقة بالمعاهدة، و إن كانت لم تحدد نوعها أو حجمها.

الفرع الثاني : الانضمام لمعاهدة الويبو بشأن حق المؤلف و نفاذها :

وضعت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف في المواد من 17 إلى 23 الأحكام الختامية المتعلقة بالانضمام إليها و أطرافها، و كذا المتعلقة بالتوقيع عليها و دخولها حيز التنفيذ، فقررت المادة 17 منها أن لكل دولة عضو في المنظمة العالمية للملكية الفكرية الحق في أن تصبح طرفا في معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف، و أن للجمعية أن تقرر قبول أي منظمة دولية حكومية لتصبح طرفا في المعاهدة شرط إعلانها أن لها صلاحية النظر في المواضيع التي تشملها المعاهدة، و أن لها تشريعا خاصا عنها ملزما لكل الدول الأعضاء فيها و أنها مفوضة تفويضا صحيحا وفقا لنظامها الداخلي لأن تصبح طرفا في المعاهدة.

و قد دخلت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف حيز النفاذ يوم 06 مارس 2002 بعد أن انضمت إليها الدول الثلاثين المشكلة للنصاب القانوني المطلوب لسريانها، و حتى جانفي 2009 ضمت المعاهدة 69 عضوا من بينهم 04 دول عربية هي : الأردن فيأفريل 2004 و عمان في سبتمبر 2005 و قطر في أكتوبر 2005 و تركيا في نوفمبر 2008⁽²⁾.

أما عن آثار الانضمام إلى المعاهدة فقد حددت المادة 18 الحقوق و الإلتزامات المتضمنة فيها من حيث أن كل طرف متعاقد يتمتع بكل الحقوق و يتحمل و يلتزم بكل المسؤوليات المترتبة عنها متى لم تنص أحكام محددة لاحقا على خلاف ذلك.

و بحسب المادة 19 فإن معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف كانت متاحة للتوقيع حتى تاريخ 31 من ديسمبر 1997 لأي دولة عضو في المنظمة العالمية للملكية الفكرية و المجموعة الأوروبية، على أن أحكامها تدخل حيز التنفيذ بعد إيداع 30 دولة و ثائق التصديق أو الانضمام لدى المدير العام للمنظمة حسب مقتضيات المادة 20، و لكن التاريخ الفعلي الذي تصبح فيه الدول أو الكيانات أطرافا في المعاهدة حسب المادة 21 يكون بالنسبة للدول الثلاثين المصادقة أو المنظمة اعتبارا من التاريخ الذي تدخل فيه هذه المعاهدة حيز التنفيذ، أما كل دولة أخرى عداها فالمعاهدة تكون نافذة فعليا بالنسبة لها بعد 03 أشهر من التاريخ الذي تودع فيه الدولة وثيقتها لدى المدير العام للويبو.

على أن تكون المعاهدة نافذة فعليا بالنسبة للمجموعة الأوروبية بعد 03 أشهر من إيداع وثيقة تصديقها أو انضمامها إذا أودعت وثيقة من ذلك القبيل بعد دخول هذه المعاهدة حيز التنفيذ وفقا للمادة 20 منها، أو بعد 03 أشهر من دخول المعاهدة حيز التنفيذ إذا أودعت الوثيقة قبل دخول هذه المعاهدة حيز التنفيذ هذا من جهة، و من جهة

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 268 و 269.

(2) WIPO Copyright Treaty - Geneva 1996- Status On January 2009, p 15 .

أخرى فإن المنظمات الدولية الحكومية الأخرى التي تم قبولها بأن تكون طرفا يكون نفاذ المعاهدة فعليا يكون بعد 03 أشهر من إيداع وثيقة انضمامها.

و قد تطرقت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف لمسألة التحفظات على أحكامها و مدى جوازها من عدمه، من حيث أن المادة 22 منها كانت واضحة بنصها على عدم قبول أي تحفظ، و إن كان يجوز لأي طرف متعاقد بمقتضى المادة 23 أن ينقضها بموجب إخطار سابق يتم توجيهه إلى المدير العام للمنظمة العالمية للملكية الفكرية على أنه لا يصبح نافذا إلا بعد سنة من تاريخ استلام الإخطار⁽¹⁾.

خلاصة :

إن دراستنا لمعاهدة الويبو بشأن حق المؤلف تجعلنا نقدر بحق حجم تأثير ظهور الإنترنت و استخدامها على الملكية الفكرية من حيث تطور مفهومها و مجالها و أبعاد حمايتها في الحقوق و الواجبات و الآليات الضرورية لضمان هذه الحماية، كما تجعلنا نقدر دور التقنية في توسيع أفق القانون و تقوية مداركه و إجباره على مواكبة التطور التقني في مختلف تشعباته.

و من خلال ما سبق، رأينا كيف أن تطور نظام حماية الملكية الفكرية وسع من دائرة المصنفات محل الحماية و أوجد قواعد تتفق و عناصر حماية الحق تبعا للنمط و المحتوى المستجد للمصنفات الناشئة في عصر العولمة ، فكان أن أوجدت أنواعا جديدة من المصنفات المستوجبة للحماية كبرامج الكمبيوتر و قواعد المعلومات و الدوائر المتكاملة إضافة إلى عناوين مواقع الإنترنت و مواد النشر الإلكتروني و كذا المواقع الإلكترونية و محتواها .

لقد تولت معاهدة الويبو لحق المؤلف تدارك هذا التطور التقني و احتواء عناصره فوضعت نصوصها لتضمن المعايير الدولية التقنية والقانونية التي تضمن الاستجابة لما نجم عن التكنولوجيا الرقمية الحديثة في تعاملها مع حق المؤلف فأكدت له حقوقه و حددت له واجباته ، من حيث أنها تحث الدول على الانضمام و المصادقة على نصوصها التي لا تقبل التحفظ على أي منها بما يمثل مستوى جديدا من المحافظة الثابتة والجدية التي تتعامل بها مع المؤلف و حقوقه في المحيط الرقمي تماما كما هو في المحيط التقليدي.

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 270 و 271 .

المراجع :

- عبدالله عبدالكريم عبدالله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، الإسكندرية : دارالجامعة الجديدة، 2008.
- محمد على فارس الزغبى، الحماية القانونية لقواعد البيانات، الإسكندرية : منشأة المعارف، 2003.
- يونس عرب، "التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية"، تم التحميل في : 2008/12/20، عن موقع :
http://www.arablaw.org/Download/Information_Protection_Article.doc.
- حسام الدين الأهواني، " حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت"، تم التحميل بتاريخ : 2009/01/12، عن موقع :
http://www.arablawinfo.com/Researches_AR/138.doc
- حسين جميعي، " معايير الحماية الدولية في مجال حقوق المؤلف والحقوق المجاورة"، ندوة الويب والوطنية المتخصصة للقضاة والمدعين العامين والهامين نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة صنعاء، 12 و 13/08/2004، تم التحميل في: 2008/12/20، عن موقع :
http://www.wipo.int/ORGARAB\SHARED\TINA\NewFolder\Yemen 10 to 13 July 04\July 12-13\wipo_ip_ju_saa_04_1.doc
- حسين جميعي، "حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي" حلقة الويب والوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) مع معهد الدراسات الدبلوماسية، القاهرة، من 13 - 2004/12/16، تم التحميل بتاريخ: 2008/12/21، عن موقع :
http://www.wipo.int/ORGARAB\SHARED\SEMINARS\2004\Cairo.Dec\docs\wipo_ip_dipl_cai_04_8.doc.
- حسين جميعي، حق المؤلف والحقوق المجاورة في سياق الانترنت، ندوة الويب الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع الجامعة الأردنية، عمان 06-08/04/2004، تم التحميل في: 11/01/2009، عن موقع :
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipo_ip_uni_amm_04/wipo_ip_uni_amm_04_5.doc.
- حسن بدرأوي، "حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الإطار الدولي والمبادئ الأساسية"، ندوة الويب الوطنية حول إنفاذ حق المؤلف والحقوق المجاورة نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الاتصال ووزارة العدل والمكتب المغربي لحقوق المؤلفين الرباط، 23 و 24/04/2007، رقم الوثيقة: OMPI/CCM/RBA/07/1، تم التحميل بتاريخ: 2008/12/12.

دراسة بعنوان : جريمة الاختطاف



محمد عرفاوي : طالب باحث بـمـاستـر العـدالة الجنائية

للأحداث بجامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

مقدمة :

إن حماية الحق في الحياة، وفي السلامة الجسدية للأدميين من الاعتداءات التي تقع عليها، تكون الهدف الأول للقوانين الجنائية على اختلاف مشاربها في جميع البلدان وعلى مر العصور.

وهذه الحماية تبتدئ منذ أن يكون الكائن البشري جنينا في أحشاء أمه، حيث يمنع الاعتداء عليه بإجهاضه بدون عذر مسند على ضرورة. وتبلغ هذه الحماية مداها أثناء حياة هذا الكائن وبعد خروجه من رحم أمه، حيث يحظر الاعتداء على حقه في الحياة وعلى سلامته الجسدية، وحرية الشخصية هذه الأخيرة التي يندرج تحت لوائها موضوعنا وهو جريمة الاختطاف.

التي يمكن تعريفها من الناحية اللغوية بأنها اسم مشتق من المصدر (خطف)، والخطف الاستلاب، وقيل الأخذ بسرعة¹. قال الطبراني الخطف السلب ومنه الخبر الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه نهى عن الخطف². إذ الاختطاف هو أخذ الشيء واستلابه بسرعة، ويسمى استراق السمع من الشياطين اختطافا لأنهم يأخذونه، فعلى هذا يصح أن نسمي سرقة الشيء بسرعة خطفا أو اختطافا.

أما عن تعريف الخطف في الاصطلاح فليس للفقهاء تعريف يخص الاختطاف كجريمة بالمفهوم الحديث لها، لكنهم يذكرون مصطلح الخطف ضمن مباحث السرقة، والمختطف هو المختلس لأن الاختلاس والاختطاف عندهم بمعنى واحد، وكلاهما يعني اخذ الشيء علانية على وجه السرعة³.

¹ - لابن منظور لسان العرب المجلد 5، دار المعارف ص 324

² - أخرجه البهي في السنن الكبرى، كتاب ضحايا، باب ما جاء في العبور، رقم الحديث 19968.

³ - حاشية ابن عابدين دار الفكر ص 234

ولم نجد في كتب المتقدمين تعريفا لجريمة الاختطاف يتطابق مع صورتها المعروفة في فقه الجريمة المعاصرة ويرجع السبب في ذلك إلى حداثة هذه الجريمة، بحيث لم تكن معروفة عند الفقهاء السابقين بهذا الاسم وإن كان البعض قد توسع في مفهوم جريمة الخرابة.

وقد ورد تعريف جريمة الاختطاف في بعض القوانين الوضعية، رغم أن المشرع يحاول دائما ترك التعارف للاختصاص الفقهي، وجاء ذلك في كل من قانون العقوبات القطري والسوداني.

عرف المشرع القطري الاختطاف في المادة 187 من قانون العقوبات التي جاء فيها يقال على الشخص انه خطف آخر إذا أخذه من المكان الذي كان فيه رغم إرادته أو بغير رضائه ووليّه الشرعي أو أرغامه بالقوة أو التهديد أو إغراء بأي وسيلة من وسائل الخداع على أن يغادر مكان ما¹.

وعرف المشرع السوداني جريمة الاختطاف من خلال المادة 303 من قانون العقوبات كل من يرغم شخص بالقوة أو يغريه بأي طريقة من طرق الخداع على أن يغادر مكانا ما، يقال على انه خطف ذلك الشخص².

أما بخصوص التعريف القضائي فقد كان هناك اجتهد لحكمة النقض المصرية التي عرفت الاختطاف بأنه انتزاع الطفل من بيئته وقطع صلته بأهله³.

فيما يتعلق بالمشرع المغربي فهو لم يعرف الاختطاف، ولكن يمكن أن نستشفه من خلال الفصل 471 من ق ج م بأنه نقل المجني عليه من المكان الذي وضع فيه من طرف من له سلطة أو إشراف عليه إلى مكان آخر غير الذي اختطف منه.

ما نلاحظه على هذه التعريفات هو خلوها من الإشارة إلى غرض الخطف، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن غرض الخطف غير معتبر في وصف جريمة الاختطاف، وإن مجرد السيطرة على حرية الفرد وقصره على الانتقال من مكانه المعتاد إلى مكان آخر لأي غرض كان يعتبر داخلا في مفهوم جريمة الاختطاف.

وإذا نظرنا إلى هذه الجريمة من الناحية التاريخية نجد أنها قديمة، فقد أشارت الكتب التاريخية للقانون العراقي القديم إلى بعض النصوص العقابية الواردة في مسلمة حموا رابي، وفرضت عقوبة قاسية تصل إلى حد الإعدام بحق الخاطفين. ولخطورة هذه الجريمة في الوقت الحاضر فقد أشارت القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى جعل احتجاز الشخص والفرار بيه من الجرائم التي يجب أن تسعى كل الدول أو منظمة دولية أو وطنية لتجريمها.

وقد عقدت اتفاقية لتجريم هذه الأفعال وتم إقرارها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرار 146\24 الصادر بتاريخ 17 كانون الأول 1979 لذا فلحرية الشخصية مكفولة للإنسان بموجب الدساتير والقوانين العقابية والاتفاقيات الدولية⁴.

¹- علي جابر الحسنوي، جريمة الاختطاف، ص 19.

²- نفس المرجع، ص 19² - لابن منظور لسان العرب المجلد 5، دار المعارف ص 324² - أخرجه البهي في السنن الكبرى، كتاب ضحايا، باب ما جاء في العبور، رقم الحديث 19968.

⁴- علي محمد جعفر، مكافحة الجريمة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدارسات والنشر والتوزيع لبنان 1998، ص 154.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في استفحال هذا النوع من الإجرام في الآونة الأخيرة، وكذلك لارتباطه في كثير من الأحيان بالجرائم الجنسية، لهذا فلا عجب أن نجد المشرع المغربي يتشدد في معاقبة مقترفها سواء فيما يتعلق بالخطف برضاء أو الخطف بدون رضاء.

وتتمحور إشكالية هذا الموضوع بشكل خاص على مستوى النقط المفصلية، والتي تتجلى في السمات التي تميز جريمة الخطف بالقوة (التهديد أو العنف أو التدليس) التي تنفرد بها عن جريمة الخطف برضاء.

وكذلك الإشكالات إلی تطرحها المحاولة في الاختطاف. وكذلك المساهمة والمشاركة، والنتيجة في الخطف، وماهية الحدود والفواصل التي تجمع وتفرق بين جريمة الخطف وجرائم أخرى مثل القبض والحبس والحجز غير القانوني.

هذا ما سنتطرق إليه في مبحثين كالتالي :

المبحث الأول : صور جريمة الخطف والعقوبات المقررة لها.

المبحث الثاني : المحاولة والنتيجة في جريمة الخطف.

المبحث الأول : صور جريمة الخطف والعقوبات المقررة لها.

سنتناول في هذا المبحث صور جريمة الخطف في (المطلب الأول) على أن نتناول العقوبات المقررة لها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : صور جريمة الخطف :

من خلال دراستنا للفصول التي نصت على جرائم الخطف في القانون المغربي استطعنا الخروج باستنتاج أن لجريمة الخطف صورتان يمكن لهذه الجريمة أن تقع بهما وهما، الخطف الذي يقع باستعمال العنف أو التهديد أو التدليس (الفقرة الأولى) وصورة ثانية تتمثل في قيام جريمة الخطف بدون استعمال العنف أو التهديد أو التدليس (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : جريمة الخطف باستعمال العنف أو التهديد أو التدليس :

بالرجوع إلى الفصل 471م الذي ينص " من استعمال العنف أو التهديد أو التدليس لاختطاف قاصر دون الثامنة عشر عاما أو لاستدراجه أو إغرائه أو نقله من الأماكن التي وضع فيها من طرف من له سلطة أو إشراف عليه، سواء فعل ذلك بنفسه أو بواسطة غيره، يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات ".

ومن هذا النص نجد أن الجريمة تحتاج لقيامها أن يرتكب الجاني فعل الخطف على شخص ذكر أو أنثى بقصد إبعاده عن أهله وبيته وتقييد حريته، وذلك باستعمال أسلوب من أساليب التحايل أو التهديد أو العنف الذي يوقعه الجاني على الشخص المخطوف حتى يتمكن من إتمام جريمته.¹

وعلى ذلك فإن هذه الجريمة تقوم بتوافر الركن المادي المصحوب باستعمال أساليب التحايل أو باستعمال العنف أو التهديد على شخص معين على أن يكون مقترنا بالقصد الجنائي والذي يمثل الركن المعنوي لهذه الجريمة.

¹ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون سنة النشر، ص526

فالركن المادي هو نفسه بالنسبة لجريمة الخطف سواء حصل بالعنف أو التهديد أو التدليس أو بغير ذلك، ويتحقق الركن المادي بنزع الشخص المخطوف من بيئته الموجود فيها وإبعاده عنها، وذلك بنقله إلى مكان آخر أو احتجازه فيه بقصد إخفائه عن أهله أو ذويه بعيد عن بيته. وعبرت محكمة النقض المصرية عن الخطف بقولها تقع حيث يختطف الطفل من البقعة التي جعلها مرادا له من هو تحت رعايته من ولي أو وصي أو حاضنه ومربي أو غيرهم لأن المشرع لم يستهدف بالعقاب على جريمة الخطف حماية حرته فحسب، وإنما قصد أيضا حماية سلطة العائلة، ويتحقق الخطف إذا انتزع الجاني الطفل المخطوف من منزل أهله أو من المدرسة أو أي مكان آخر ما دام المشرع لم يحدد مكان معين¹.

وكذلك الأمر بالنسبة للركن المعنوي الذي هو نفسه في الصورتين، وحتى نتجنب التكرار فسوف نقتصر في حديثنا بالنسبة للصورة الأولى من صور جريمة الخطف على إبراز معنى العنف ومعنى التهديد وكذلك التدليس، على اعتبار أنهم يشكلان عنصرا من عناصر الركن المادي للجريمة.

يشترط المشرع المغربي في الفصل 471 من ق ج م على أن يقع الخطف بالعنف أو التهديد أو التدليس، وهذا يعني أن الركن المادي في هذه الجريمة لا يتوفر إلا إذا وقع الخطف بناء على عنف أو تهديد أو تدليس يقوم به الجاني ليتمكن من إتمام جريمته.

فالعنف يقصد به الإكراه البدني أي ذلك الفعل الذي يأتيه الجاني ويكون من شأن هذا النشاط المادي سلب إرادة الجاني عليه، كحمل الجاني عليه ونقله من مكانه باستعمال القوة أو العنف المادي الملموس².

أما التهديد فهو ذلك الفعل الذي يقوم به الشخص الجاني ضد الجاني عليه. وذلك بإنذاره وتحذيره من خطر سيقع فيه أو شر سيلحق به أو بماله أو بأهله إن هو رفض الانصياع لأوامره، ونستطيع أن نقول إن التهديد بمثابة عنف معنوي أو أدبي يمارسه الشخص الجاني فيقوم بتهديد الجاني عليه بإلحاق ضرر جسيم به إن هو لم يمتثل لأمر الجاني أو اللجنة فيغادر معهم إلى المكان الذي يختارونه بعيدا عن أهله وبيئته. أما التدليس فيقصد به التحايل أو الخداع التي تمكن الجاني من الإيقاع بالجاني عليه على نحو تتحقق معه جريمة الخطف³.

الفقرة الثانية : جريمة الخطف بدون استعمال العنف أو التهديد أو التدليس.

حدد المشرع صورة أخرى لخطف القاصر في الفصل 475 من ق.ج.م حيث جاء فيه "من اختطف أو غرر بقاصر تقل سنه عن ثمان عشرة بدون استعمال عنف ولا تهديد ولا تدليس أو حاول ذلك..." فهذا الفصل يشترط أن تكون الضحية قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة من عمره، ولا يهم إذا كان ذكرا أو أنثى، فالركن المادي إذن لهذه الجريمة يتمثل في فعل الخطف بانتزاع الطفل من بيئته ونقله إلى مكان آخر واحتجازه أو إخفائه وقطع صلته بأهله عن من لهم الحق فيه.

سوف نقوم بتبسيط الفرق بين فعل الخطف والإبعاد وإن كان في الواقع أن العبارتين تؤيدان نفس المعنى تقريبا. فالخطف يتمثل في أخذ القاصر من الأشخاص الذين يتولون رعايته وحراسته ويتحقق ذلك بأخذه ونقله عمدا من

¹ فوزية عبد الستار : مرجع سابق، ص 518

² محمد صبحي نجم ، الجرائم الواقعة على الأشخاص ، ص 145

³ محمد صبحي مرجع سابق ، ص 147

المكان الذي يوجد فيه على مكان آخر، وحتى وإن تم ذلك برضاه. أما الإبعاد: ويتمثل أساسا في عدم تسليم القاصر إلى من لهم الحق في رعايته والمطالبة به أو في حضانته، ويقتضي الإبعاد نقل القاصر من مكان إقامته العادية أو من المكان الذي وضعه فيه أبوه فقد يكون هذا المكان إقامة الوالدين (منزل القاصر) أو منزل أحد الأقارب كالجدة أو الخالة أو أحد الأصدقاء أو المدرسة أو حتى الطريق العمومي فلا يشترط مكان معين لقيام الجريمة.¹

ويختلف مفهوم الإبعاد في هذه الجريمة عن مفهوم الإبعاد في جريمة عدم تسليم القاصر المنصوص عليها في الفصلين 476 و 477 من ق.ج.م فهنا في الفصل الأخير يقضي أن يرفض الجاني تسليم الطفل رغم صدور حكم قضائي يأمر بذلك .

أما بخصوص الركن المعنوي لهذه الجريمة "جريمة الخطف بدون استعمال العنف أو التهديد أو التدليس" فيجب توفر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة ولا يؤخذ بالباعث على ارتكابها، فهذه الجريمة هي جريمة مقصودة يفترض لقيامها أن يرتكب الفاعل عملا إراديا يتمثل في انتزاع المجني عليه (القاصر) من المكان الذي يقيم فيه مع أهله أو من أي مكان آخر، وإن ينصرف قصد الجاني إلى إبعاد المجني عليه من ذلك المكان حتى يحقق غايته وهي قطع صلة البعد بأهله وذويه، ولا يشترط لقيام جريمة الاعتداء الجنسي على الضحية ولا إغواؤها فبمجرد إبعادها من مكان إقامتها أو عملها المعتاد، إلى مكان آخر فهذا كافي لأن تقوم الجريمة.²

المطلب الثاني : العقوبات المقررة لجريمة الخطف :

سنحاول من خلال هذا المبحث تسليط الضوء على العقوبات المقررة لجرائم الخطف، سواء في الحالة التي يتم فيها الخطف باستعمال العنف أو التهديد أو التدليس أو في الحالات التي يتم بدون ذلك الخطف بالعنف (الفقرة الأولى)، و كذا موقع المساهمة و المشاركة في جريمة الخطف (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : كمية العقوبة المقررة لجريمة الخطف :

نظرا لخطورة جرائم الاختطاف على القاصرين، فقد تعامل معها المشرع الجنائي المغربي بنوع من الصرامة في التجريم والعقاب، حيث ينص الفصل 471 على معاقبة الخاطف بالسجن من خمس إلى عشر سنوات إذا استعمل العنف أو التهديد أو التدليس لاختطاف قاصر دون الثامنة عشر عاما أو الاستدراج أو إغرائه أو نقله من الأماكن التي وضعه فيها من له سلطة أو إشراف عليه ، سواء فعل ذلك بنفسه أو بواسطة غيره.³

كما عمل المشرع الجنائي المغربي على التنقيص في الفصل 478 ق ج م على رفع عقوبة جريمة اختطاف القاصر الذي لا تتجاوز سنه اثني عشر عاما من عشر إلى عشرين سنة سجن، إلا أنه خفض هذه العقوبة فجعلها متراوحة بين خمس إلى عشر سنوات إذا ما عثر على القاصر حيا قبل صدور الحكم بمؤاخذه الجاني ، وما أخذ المشرع الجنائي المغربي بهذا التخفيف في العقوبة إلا مراعاة منه لمصلحة الطفل وذلك من أجل تشجيع الجاني على العدول الاختياري عن القتل إذا كان قد اختطفه لهذا الغرض.⁴

¹ أحمد الخم ليثي "" منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية ص 297

² محمد سعيد نمور " الجرائم الواقعة على الأشخاص " ص 260

³ محمد سعيد نمور : الجرائم الواقعة على الأشخاص ص 260

⁴ محمود أحمد طه " الحماية الجنائية للطفل المجني عليه " أكاديمية نايف للعلوم الأمنية الطبعة الأولى الرياض ، 1999 ص 64.

ولسد الباب أمام بعض الجناة الذين قد تدفعهم حاجتهم إلى خطف أطفال قاصرين من أجل المطالبة بأبائهم أو كل من له سلطة أو إشراف عليهم بفدية مالية مقابل إطلاق سراحهم ، فقد عمل المشرع المغربي على رفع العقوبة في مثل هذه الحالات إلى السجن المؤبد أو الإعدام في حالة ما إذا تبع الاختطاف موت القاصر (ف 474 ق ج م).

غير أن عقوبة الجاني تخفف إذا اختطف أو غرر بقاصر تقل سنه عن ثمان عشرة سنة بدون استعمال عنف أو تهديد أو تدليس. إذ يعاقب في هذه الحالة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم.

أما إذا تزوج الجاني القاصرة البالغة التي اختطفها أو غرر بها فإن النيابة العامة لا يمكنها أن تحرك المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الشخص الذي له الحق قانونا في إبطال الزواج ، ولا يجوز الحكم بمؤاخذته إلا بعد صدور الحكم بهذا البطلان فعلا.

وبإعمال هذا الفصل يكون المشرع الجنائي المغربي قد انتزع ما وفره من ضمانات لحماية القاصر من الاختطاف، لأن الأخذ بمثل هذا الحكم سيفتح أمام الجاني بابا واسعا للتهرب من العقاب خاصة إذا علمنا أن أغلب الأطفال ضحايا الاختطاف هم إناث ، إذ يمكن للجاني أن يتزوج المختطفة ومن ثم سيضع وليها أو من له سلطة عليها أمام أمر الواقع، ولا يمكنه في مثل هذه الحالة إلا أن يبارك هذا الزواج خاصة إذا كان الجاني قد إفتض المختطفة ، نظرا لما تمثله العذرية من أهمية بالنسبة للفتاة والأسرة معا في المجتمع وأيضا لما يترتب عنها من إنهاء لحياتها بصفة معنوية.

وحتى على فرض أنها بالغة وأن سنها يفوق 16 سنة فمن سيسمح لها بالزواج في مثل هذه الحالة ونحن نعلم أن المادة 20 من مدونة الأسرة لا تسمح بزواج القاصر إلا بعد الحصول على إذن قضائي من القاضي المكلف بالأسرة¹

وفي هذا السياق نشير إلى أن هناك مقترح قانون تقدمت به بعض الفرق البرلمانية من أجل تعديل الفصل 475 ق ج م ، بإلغاء الفقرة الأخيرة منه لكي ينال الفاعل جزاءه ، دون فتح أي مجال للزواج ، وهذا مبالغ فيه لأن الفصل 475 الحالي يعطي اختيار الزواج من عدمه وهذا هو الصواب الذي يعطي خيار الزواج أو المتابعة. لأن المقترح غير مبني على أسس واضحة ، اللهم على قضية تداولتها الصحافة ، دون الأخذ بعين الاعتبار النسق الاجتماعي المغربي ، وهذا يدل على ضعف الرؤية الشمولية لدى السياسيين .

إن المشرع المغربي لم يحددوا باقي التشريعات المقارنة التي تميز في العقاب بين الحالة التي يقع فيها الاختطاف أنثى وتلك التي يكون ضحيتها ذكرا، كما هو الشأن بالنسبة لقانون العقوبات المصري الذي ينص في مادته 289 على أن “ كل من خطف من غير تحايل ولا إكراه طفلا يبلغ سنه ستة عشرة سنة كاملة بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب السجن من ثلاث سنوات إلى سبعة سنوات ، أما إذا كان المخطوف أنثى فتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن من ثلاث إلى عشر سنوات ، ومن بين ما أخذ على المشرع المغربي في هذا الإطار، هي أنه لم يتطرق إلى بعض الآثار التي قد تترتب عن الاختطاف ، كالاغتصاب أو هتك العرض أو تسخير لمخطوف للأعمال الإباحية أو الاتجار فيه و اكتفى بالقتل فقط 2.

¹ محمد عزودي الحماية الجنائية للطفل ضحية سوء المعاملة ، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة الأسرة والطفولة السنة الجامعية 2006 - 2005 ص 29 - 28

² محمد شهب جريمة خطف القاصرين وعدم تقديمهم وحدة التكوين والبحث الأسرة والهجرة 2006 كلية الحقوق وجدة ص 17

الفقرة الثانية : المساهمة و المشاركة في جريمة الخطف :

سنحاول من خلال هذه النقطة تسليط الضوء على بعض العناصر التي قد تكون دعامة أساسية لتحقيق جريمة الخطف ، ونحن نعلم أن هذه الأخيرة تحتاج إلى بعض الإمكانات و الوسائل ، لدعم الفاعل أو المساهمة معه لإنجاح الجريمة.

المساهمة في جريمة الخطف :

تعني المساهمة الجنائية قيام الفاعلين شخصيا بتنفيذ الأعمال المكونة للجريمة كما يحددها القانون، لا فرق بين أن يكون العمل الذي يساهم به كل واحد ثانويا أو رئيسيا في تنفيذ الجريمة مادام هناك قصد جنائي واضح لدى كل الجناة المساهمين¹

والمساهمة بهذا المفهوم هو ما أشار إليه الفصل 128 ق ج م حين نص على انه " " يعتبر مساهما في الجريمة كل من ارتكب شخصا عملا من أعمال التنفيذ المادي لها " " ، و كمبدأ يتبين إن التعريف الذي جاء به الفصل 128 للمساهمة الجنائية ما هو إلا مجرد مبدأ عام ، وينبغي الرجوع في كثير من الأحيان إلى النصوص الخاصة بكل جريمة²

يعتبر فاعلا أصليا في جريمة الخطف كل من قام بدور تنفيذي في ارتكاب جريمة الخطف وفقا للفصل 471 وذلك إذا صدر منه أحد الأفعال التالية : القيام بالعنف أو التهديد أو التدليس ، أو من خلال مساعدة الغير المجني في عمل من الأعمال الخطف أثناء ارتكاب هذه الأعمال، كما لو حضر و معه سيارة يقودها في حين دفع المتهم الأول عليه داخلها، وهو نفس المبدأ الذي تبنته محكمة النقض المصرية في دعوى، تلخص وقائعها " أن المتهمين قاموا بخطف إحدى السيدات و إرغامها على الركوب معهم في السيارة و إجبارها على الدخول إلى شقة احدهما، حيث قام الآخر بهتك عرضها و محاولة موقعتها، على سند أن كل منهم قصد مقصد الآخر في إيقاعها،³

و لنفترض أن المساهمة تمت في إطار الفصل 475 ق ج م ؟

المشاركة في جريمة الخطف :

نادرا ما يلعب المساهمون في ارتكاب الجريمة دورا متساويا، و لذلك اذا قام كل واحد بتنفيذ بعض الوقائع المكونة للجريمة حسب التعريف القانوني لها، كنا بصدد ما يسمى بالمساهمة الجنائية ، أما إذا قام بعض المساهمين بتنفيذ الركن المادي للجريمة، في حين اقتصر دور المساهمين الآخرين على القيام بأعمال داخلية في عناصر الجريمة كنا أمام المشاركة ، كمساعدة الجاني بتقديم الأدوات أو توفير المسكن لإخفاء الضحية أو التفاوض مع عائلة الضحية للحصول على فدية⁴

¹ (احمد الخم ليثي القانون الجنائي العام ص 210

² (جعفر العلوي المعين في شرح الفنون الجنائي العام ط 2010 ص 158

³ قرار رقم 288 _ 91 ، سنة 1994 مجلة نقابة المحامين المصرية العدد 3 ص 290

⁴ (غنام محمد غنام جريمة الخطف في القانون الكويتي مجلة الحقوق العدد 1 سنة 1997 ص 79

وتتوافر المشاركة بتوفر القصد الجنائي بثبوت إشارة الحكم، قيام المتهم بإعمال الوساطة في إعادة المجني عليه للتدليل على مسؤوليته عن الاشتراك في الجريمة ، كقبض الفدية من عائلة المخطوف مثلا ، ويرجع الأمر للقاضي لبيان مدى توفر المشاركة من عدمها .

المبحث الثاني : المحاولة و النتيجة في جريمة الاختطاف :

قد يشرع الفاعل في استدراج الضحية و البدء في فعل الخطف ، لكن دون جدوى و هو ما يسمى بالمحاولة (المطلب الأول) ، لأن النتيجة الإجرامية أي الاختطاف لم تتحقق (المطلب الثاني)

المطلب الأول : المحاولة في جريمة الاختطاف :

تتحقق المحاولة في جريمة الاختطاف بكل فعل يشكل بدءا في تنفيذ الخطف ، إذا لم يصل المتهم إلى تحقيق النتيجة في الخطف (الفصل 114 ق.ج.م) التي هي احتجاز المجني عليه في مكان آخر غير الذي خطف منه (الفصل 471 ق.ج.م) .

هكذا فالركن المادي في محاولة الخطف، يتوفر إذا قام المتهم بأعمال لا لبس فيها تهدف إلى ارتكاب جريمة الخطف كما لو حاول إدخال المجني عليها في سيارته عنوة و لكنها قاومته فلم يتمكن من بلوغ غايته .

وقد اعتبرت محاولة للخطف عندما عرض احد المتهمين مبلغا من المال على المجني عليها التي كانت تسير في الطريق لكي تتركب معه في السيارة و لكنها رفضت و نهزته بقوة فنزل من السيارة و شد يدها بقوة ليدخلها هذه السيارة عنوة، و لكنه عندما لم يتمكن نزل المتهم الثاني من السيارة و ضربها بقطعة من الحديد على رأسها حتى تخضع لإرادتهما، و الإمساك بها و أرادا إرغامها على ركوب سيارتهما عنوة و لما خرج ابنها و تجمع الحشد اضطرا إلى تركها و فروا هاربين .¹

كما قضي بان جريمة المحاولة في خطف أنثى يبلغ سنها أكثر من ستة عشر سنة كاملة بالإكراه المنصوص عليها في المواد 45 و 46 و 290 من قانون العقوبات الكويتي و التي تتطابق معها المادة 471 من القانون الجنائي المغربي بتحقيق محاولة انتزاع هذه الأنثى و إبعادها عن المكان الذي وقعت فيه محاولة الخطف أيا كان هذا المكان بقصد العبث بها و ذلك عن طريق استعمال وسيلة مادية أو أدبية من شأنها سلب إرادتها .²

و تتوافر المحاولة في الخطف عندما ركب المجني عليه مع المتهم في سيارته للتوجه إلى مكان معين، لكن المتهم انحرف بالسيارة إلى مكان ناء أراد الوصول إليه رغم معارضة المجني عليه الذي رفض عرضا من المتهم بهتك عرضه في مكان ناء و بدلا من ذلك طلب منه التوقف بالسيارة و إزاء رفض المتهم ألقى المجني عليه بنفسه من السيارة أثناء سيرها .³

من الملاحظ أن القرار أعلاه حكم بالمحاولة و ليس الخطف و ذلك على اعتبار انه لا دخل لإرادة المتهم في إلقاء المجني عليه نفسه من السيارة قبل الوصول إلى المكان الذي كان المتهم يريد أن يختطف المجني عليه إليه، و ذلك استنادا

¹ قرار المحكمة الكويتية 6/ 7 / 1974 طعن رقم 1974/7 جنائي مجلة القضاء و القانون العدد الثاني ص 199.

² محمد نجيب حسني شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص 475

³ محكمة النقض المصرية 19/ 7 / 1984 طعن رقم 984 / 124 جزائي

إلى ما ذكرناه سابقا على أن جريمة الاختطاف لا تقع إلا بالوصول إلى المكان الذي كان يريد المتهم احتجاز المجني عليه فيه.

المطلب الثاني : النتيجة في جريمة الخطف :

النتيجة في جريمة الخطف هي احتجاز المجني عليه في مكان آخر غير الذي اختطف منه وان يكون المجني عليه لا يريد البقاء في هذا المكان.

إبعاد المجني عليه عن المكان الذي يقيم فيه عادة .

يتعين أن يكون هذا المكان الذي يحتجز فيه المجني عليه غير المكان الذي كان المتهم يوجد فيه، وإلا وقعت جريمة أخرى وهي القبض أو الحبس أو الحجز غير القانوني وذلك طبقا للفصل 436 ق ج م.

لان هذه الجرائم يمكن أن تقع دون إبعاد المجني عليه عن مكان وجوده الأصلي الأمر الذي لا يمكن تصوره في جريمة الخطف

كما تجدر الإشارة إلى انه لا يلزم في المكان الذي يحتجز فيه المجني عليه أن يكون بناء بل حتى إبعاد المجني عليه في سيارة ورفضه نزوله منها قبل الوصول إلى مكان معين يقصده المتهم تتحقق به الجريمة، فالمجني عليه قد حرم من حريته الفردية أثناء وجوده بسيارة المتهم ولا عبءة بالملة التي حرم أثنائها من حريته الفردية.

احتجاز المجني عليه ليس ركنا في جريمة خطف القاصر.

تطبيقا للفصل 476 و 477 من ق ج م فان النتيجة في جريمة خطف القاصر هي قطع صلته بأهله قطعاً جدياً والمتمثلة في الامتناع عن تقديمه إلى شخص له الحق في المطالبة به . فالأمر لاحتاج إلى احتجاز للقاصر في مكان معين يحرم فيه من حريته بالتنقل، بل إن الجريمة تقوم على الرغم من تمكين القاصر من حرية الحركة في المكان البعيد عن أهله وأصحاب الحق في حضائته . فلحاق القاصر بمدرسة يتعلم فيها وتركه يتردد عليها بمفرده دون اصطحاب المتهم، لا يحول دون وقوع الجريمة ما دام المتهم قد قطع صلته الطفل بمن له الحق في حضائته ولا غرابة في انه لا يلزم لوقوع جريمة خطف الحدث أو احتجازه في غير المكان الذي كان موجودا فيه بينما يتطلب القانون ذلك في جريمة خطف الراشد، وذلك لان المجني عليه هو الراشد نفسه في الجريمة الأخيرة، بينما المجني عليه في جريمة خطف القاصر برضائه هو أهله ممن هم أصحاب الحق في حضائته ورعايته بمعنى آخر أن هذه الجريمة تقع اعتداء على السلطة الأبوية.

المكان الذي اختطف إليه المجني عليه.

المشرع المغربي لم يحدد مكان الاختطاف، لهذا يستوي في المكان الذي اختطف إليه المجني عليه أن يكون منزلاً أو مكان في الصحراء. وقد يكون هذا المكان داخل سيارة أراد المتهم احتجاز المجني عليه فيها للاعتداء عليه جسمياً أو جنسياً أو لطلب فدية أو لغير ذلك من الأغراض.

المسافة بين مكان الخطف ومكان الاحتجاز.

لم يحدد المشرع المسافة التي ينبغي أن تفصل المكان الذي اختطف منه المجني عليه فقد تكون هذه المسافة قصيرة بشكل ملحوظ كالتي تفصل شارع عن شارع آخر أو التي تفصل شارع عن مكان خلف بناية تطل على ذات الشارع وقد تكون المسافة طويلة بشكل ملحوظ كالتي تفصل بين دولة ودولة. وقد تكون المسافة متوسطة الطول فتفصل إلى عدة كيلومترات كالتي تفصل مكان الاختطاف كجهة أو إقليم غير التي اختطف منها المجني عليه، ففي الحالتين الأخيرتين (المسافة المتوسطة والطويلة) فإن الجاني يستعين بوسيلة لنقل المجني عليه عندئذ يمكن اعتبار السيارة مكانا يحتجز فيه المجني عليه طبقا لمضمون ف الثالثة من الفصل 436 ق ج م¹.

وفي هذه الحالة إذا تمكن المجني عليه من مقاومة المتهم وإيقاف السيارة قبل وصولها إلى مكان الاحتجاز أو تمكن من النزول من السيارة عند إشارة المرور فإن الفعل يتوقف عند حد المحاولة².

ويدق الأمر بالنسبة لطائرة فإذا كانت وسيلة نقل المجني عليه هي الطائرة وليست السيارة فهل لا تتم الجريمة إلا بوصول المجني عليه إلى المكان الذي يحتجزه فيه في دولة أخرى، أم أن ذلك اثر من اثار الجريمة التي تتم بوصول المجني عليه إلى مطار الدولة التي اختطف منها المجني عليه ؟

في اعتقادنا الإجابة على هذا السؤال تستدعي تفرقة واجبة بين أمرين :

جريمة الاختطاف بدون رضاء وهنا لا تتم الجريمة إلا بوصول المجني عليه إلى الدولة التي اختطف إليها .
جريمة الخطف برضاء (حالة خطف القاصر) فتتم الجريمة بمجرد قطع صلة المجني عليه بأصحاب الحق في رعايته .

المصادر والمراجع المعتمدة :

القانون الجنائي وفق تعديلات 2011.

قانون المسطرة الجنائية مع اخر تعديلات 17 اكتوبر 2011.

علي جابر أحسناوي، جريمة الاختطاف بدون سنة نشر وطبعة.

لسان العرب لابن منظور المجلد 5، دار المعارف.

البهيقي السنن الكبرى، كتاب الضحايا، باب ما جاء في العبور.

علي محمد جعفر، مكافحة الجريمة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان 1998.

فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون سنة النشر.

محمد صبحي نجم ، الجرائم الواقعة على الأشخاص .

أحمد الخليلشي "" منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية .

¹ - الفقرة الثالثة من الفصل 436 ق ج م

² - الفصل 114 ق ج م

محمد سعيد نمور " الجرائم الواقعة على الأشخاص " .

محمود أحمد طه " الحماية الجنائية للطفل المجني عليه " أكاديمية نايف للعلوم الأمنية الطبعة الأولى الرياض ، 1999.

محمد عزودي الحماية الجنائية للطفل ضحية سوء المعاملة ، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحلة الأسرة والطفولة السنة الجامعية 2006 - 2005.

محمد شهب جريمة خطف القاصرين وعدم تقديمهم وحلة التكوين والبحث الأسرة والهجرة 2006 كلية الحقوق وجدة.

جعفر العلوي المعين في شرح القانون الجنائي العام ط 2010.

قرار رقم 288 _ 91 ، سنة 1994 مجلة نقابة المحامين المصرية العدد 3.

غنام محمد غنام جريمة الخطف في القانون الكويتي مجلة الحقوق العدد 1 سنة 1997.

قرار المحكمة الكويتية 7 / 6 / 1974 طعن رقم 7 / 1974 جنائي مجلة القضاء و القانون العدد الثاني ص 199.

محمد نجيب حسني شرح قانون العقوبات القسم الخاص.

محكمة النقض المصرية 19 / 7 / 1984 طعن رقم 124 / 984 جزائي.

مبدأ فصل السلطات في الدستور الموريتاني



الأستاذ محمد دده : أكاديمي وباحث

في العلوم السياسية. نواكشوط. موريتانيا

لا يكاد يختلف اثنان على أن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة؛ فهي باعتبارها "وسيلة للقيام بعمل تضبطه القوانين، وتحدد وسائل القيام به"¹ بحاجة إلى من يقف في وجهها ويردعها في حال تجاوزت هذه القوانين. والسبب في ذلك راجع إلى أنها ليست غاية في حد ذاتها. إنما هي وسيلة الهدف منها تحقيق الصالح العام. وهو ما لن يتحقق في حال عدم وجود ضمانات فاعلة من شأنها إيقاف السلطة عند ما تنحرف عن مسارها.

وهذا ما جعل فلاسفة وفقهاء القانون العام، في سعيهم نحو تطوير وتفعيل نظرية عامة في الإجماع السياسي تنبني على أساس احترام حقوق الإنسان، والحفاظ على كرامته. ركزوا اهتمامهم على البحث في حقيقة السلطة، سعيًا إلى رصد الآليات الكفيلة بالحد من إساءة استعمالها، وتوجيهها لتحقيق غاياتها دون شطط، أو استبداد.

ويرجع أصل هذا التوجه إلى الرؤى السياسية التي تشكلت في القرنين السابع عشر والثامن عشر على يد كل من جون لوك وشارل دي مونتيسكيو². حيث خصص هذا الأخير حيزا كبيرا للموضوع ضمن كتابه "روح القوانين"³ الذي توصل فيه إلى أن: اجتماع السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد شخص واحد، أو هيئة واحدة يعني انعدام الحرية. وكذلك الشأن إذا اجتمعت السلطات الثلاثة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) في يد جهة واحدة. وهو ما جعله يعتبر أن من الواجب أن يتم توزيع هذه السلطات بين جهات مختلفة لا تخضع أي منها للأخرى حتى "توقف كل سلطة عند حدها بواسطة غيرها، بحيث لا تستطيع أية سلطة أن تسيء استعمال سلطتها أو أن تستبد بتلك السلطة"⁴. وقد عرف مذهبه هذا لاحقا بمبدأ فصل السلطات. فما المقصود بمبدأ فصل السلطات هذا؟

¹ عبد الكريم غلاب - سلطة المؤسسات بين الشعب والحكم: دراسة دستورية سياسية - مطبعة النجاح الجديدة - الطبعة الأولى - 1987 - ص: 78
² هنا أريد التنبيه إلى أن "أرسطو" قد سبق "مونتيسكيو" إلى الحديث عن ضرورة التمييز بين وظائف الدولة، فقد اهتم بتحليل هذه الوظائف ثلاث مهام هي: القرار والقيادة والقضاء إلا أنه لم يتحدث بوضوح شأن "مونتيسكيو" عن الفصل بين من يتولى هذه الوظائف، لمعرفة المزيد حول هذا الموضوع ينظر :
 عنان حمودي الجليل - مجلة العلوم الاجتماعية - جامعة الكويت - قسم القانون العام طبعة - 1985
³ المختار مطيع - القانون الدستوري والمؤسسات السياسية - دار القلم - الطبعة الأولى - 2002 - ص: 95
⁴ سليمان محمد الطماوي - السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي: دراسة مقارنة - مطبعة جامعة عين شمس - الطبعة الخامسة - 1986 - ص: 518

يمثل مبدأ فصل السلطات أحد المبادئ الهامة للقانون الدستوري. وقاعدة من أهم قواعد الممارسة السياسية ذات الدلالة على انتفاء التسلط والأحادية في الحكم، ومدى قوة احترام دولة القانون والمؤسسات. لدرجة جعلت "جون لوك" يعتبر أن "الحكم المطلق الذي يقبض فيه أفراد قليلون على كافة السلطات لا يمكن أن يقوم بجانبه مجتمع مدني"¹. في إشارة منه إلى التناقض بين انعدام الفصل بين السلطات وبناء نظام مستقر.

وهو - تقريبا - ما تبناه صائغوا الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن. حين اعتبروا أن الدولة التي لا يقوم نظامها السياسي على الفصل بين السلطات لا دستور لها². وذلك لاعتبارهم أن الغاية الأساسية من وجود الدستور هي التوفيق بين السلطة والحرية. وهذا التوفيق لا يمكن أن يتم في نظرهم إلا من خلال اعتماد مبدأ فصل السلطات، الذي يعني:

"إسناد خصائص السيادة التي يختلف بعضها عن بعض إلى أفراد أو هيئات مختلفة ومستقل بعضها عن بعض كذلك"³.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن مبدأ فصل السلطات يتأسس على دعامتين: تقسيم "خصائص السيادة"؛ أي تقسيم وظائف الدولة إلى أكثر من وظيفة. وهي المعروفة اليوم بالسلطات الثلاث. وعدم إسناد هذه الوظائف إلى جهة واحدة⁴.

وبالتالي فكلما كنا أمام تقسيم لوظائف الدولة مع إسناد كل وظيفة لجهة غير التي تطلع بالوظائف الأخرى كنا أمام نظام يتبنى فصل السلطات. والعكس صحيح. ولنا أن نتساءل هنا عن ماهية هذا الفصل، هل هو جامد بحيث تستقل كل سلطة في مواجهة السلطات الأخرى استقلالا تاما؟ أم هو مرن يقتضي وجود نوع من التعاون والتوازن بين هذه السلطات؟

لقد اختلفت النظم السياسية حول هذه المسألة. وبالتالي فالمرجع في معرفة أي صور الفصل تم تبنيه من قبل النظام السياسي يعتمد على تحليل وتفسير مقتضيات الوثيقة الدستورية للبلد الذي ستتم دراسته⁵. ولما كنا بصدد دراسة الحالة الموريتانية التي تحكمها مقتضيات دستور 20 يوليو 1991 وتعديلاته. فإننا سنحاول تحليل وتفسير مقتضيات هذا الدستور لنرى ما إذا كان يكرس مبدأ الفصل بين السلطات وذلك انطلاقا من الإشكالية التالية:

هل هنالك تجسيد لمبدأ فصل السلطات في دستور 1991؟ وإذا كان كذلك، فأيهما أقوى ضمن مقتضيات هذا الدستور الفصل الجامد أم المرن؟

¹ - جون لوك - الحكومة المدنية - ترجمة: محمود شوقي الكيال - مطابع شركة الإعلانات الشرقية - ؟ - ص: 77

² - المختار مطيع - مرجع سابق - ص: 97

³ - محمد ضريف - القانون الدستوري مدخل لدراسة النظرية العامة والأنظمة السياسية - مطبعة النجاح الجديدة - الطبعة الأولى - 1998 - ص: 99

⁴ - أنظر قريبا من هذا : سليمان محمد الطماوي - مرجع سابق - ص: 518

⁵ - للتوضيح نشير هنا إلى أن الفصل المرن بين السلطات، تأخذ به الدول ذات النظام البرلماني، بينما تأخذ الدول ذات النظام الرئاسي بالفصل الجامد، للمزيد حول هذا الموضوع أنظر: كمال المنوفي - أصول النظم السياسية المقارنة - الربيعان للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - 1987 - ص: 214

سنقوم بدراسة هذه الإشكالية من خلال رصد المظاهر الدالة على مبدأ فصل السلطات (مبحث أول)، ثم نبحث بعد ذلك في مقومات هذا الفصل لنرى أيها أقوى مقومات الفصل المرن أم التام (مبحث ثاني).

المبحث الأول : مظاهر فصل السلطات في الدستور الموريتاني :

كما سبقت الإشارة إلى ذلك في المقدمة. يقوم مبدأ فصل السلطات على دعامين أساسيين هما: توزيع السلطات. وعدم تركيزها في يد جهة واحدة. سواء كانت هذه الجهة سلطة تنفيذية، أو تشريعية. والهدف من ذلك هو استقلال كل سلطة بالاختصاص الذي حدده لها الدستور¹. وتمكينها من الوقوف في وجه أي سلطة أخرى إذا ما حاولت التعدي عليه اعتمادا على جوهر مبدأ فصل السلطات القائم على اعتبار أن السلطة هي وحدها القادرة على إيقاف السلطة². وسنحاول رصد هذه المظاهر ضمن الدستور الموريتاني، وذلك بدراسة كيفية توزيعه لوظائف الدولة (مطلب أول)، ثم التعرف على الذين أسندت لهم هذه الوظائف (مطلب ثاني).

المطلب الأول : توزيع وظائف الدولة :

رغم التطورات المتلاحقة بل والمتسارعة في الفكر السياسي المعاصر، فيما يتعلق بوظائف الدولة. فإن ثلاثية مونتيسيكيو حول توزيع هذه الوظائف لازالت تحتفظ بقيمتها. حيث تتجسد ممارسة السيادة حسب هذه الثلاثية في ثلاث مظاهر؛ إصدار قواعد عامة ملزمة للجماعة وهو ما يطلق عليه التشريع أو الوظيفة التشريعية؛ والحفاظ على النظام العام في الدولة وتقديم الخدمات للمواطنين في ظل تلك القواعد العامة وهذه هي الوظيفة التنفيذية؛ ثم حل المنازعات سلميا بين المواطنين طبقا لهذه القواعد وهذه هي الوظيفة القضائية³.

إن البحث في مدى وجود هذه المظاهر المتعلقة بتوزيع وظائف الدولة كمدخل للدلالة على توافر مبدأ فصل السلطات في نظامها السياسي منوط بتحليل الوثائق والأعراف التي تشكل المرجعية في كل ما يتعلق بتحديد السلطات العامة. وبيان طرق عملها. وهي في الحالة الموريتانية تنحصر في الوثيقة الدستورية. حيث اختارت موريتانيا نط الدستور المكتوب. وبالتالي سنركز في هذه الجزئية على الوثيقة الدستورية للتعرف على كيفية التي تعاملت بها هذه الوثيقة مع مسألة توزيع وظائف الدولة.

فضمن هيكلته المكونة من ديباجة واثنى عشر بابا. خصص واضعوا دستور العشرين يوليو 1991 ثلاثة أبواب لبيان توزيع الوظائف الرئيسية للدولة. حيث تم تخصيص الباب الثاني للسلطة التنفيذية⁴. في إشارة واضحة إلى الوظيفة التنفيذية التي أناط بها هذا الباب وضع وتنفيذ ومتابعة السياسات العامة، وإصدار وتنفيذ القوانين التي صادقت عليها السلطة التشريعية من خلال تطبيقها وترجمتها إلى واقع عملي.

¹ - أنظر قريبا من هذا: حسني بو ديار - الوجيز في القانون الدستوري - دار العلوم للنشر والتوزيع - 2003 - ص: 76

² - أنظر في هذا الخصوص: سليمان محمد الطماوي - مرجع سابق - ص: 519

- وأنظر أيضا: محمد ضريف - مرجع سابق - ص: 101

³ - وأنظر أيضا: موسى بدهان - الفصل بين السلطات في النظام القانوني الجزائري - مجلة النائب - العدد الثاني - ؟ - ص: 33

⁴ - سليمان محمد الطماوي - مرجع سابق - ص: 41

⁴ - الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - النصوص المتعلقة بالمؤسسات الديمقراطية والحريات العامة - منشورات مركز البحوث القانونية والإقتصادية بجامعة أنواكشوط - 1996 - ص: 9

بينما تم تخصيص الباب الثالث للسلطة التشريعية¹ التي أناط بها التداول حول القوانين المتعلقة بإصلاح أوضاع البلاد الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك وضع وتنقيح المنظومة التشريعية. وذلك في إشارة للوظيفة التشريعية .

أما الوظيفة القضائية فقد خصص لها الباب السابع²، الذي جعل منها حاميا للحريات الفردية . وهو ما يعني أن الدستور الموريتاني قد اشتمل فعلا من الناحية النظرية على مبدأ تفتيت وتوزيع وظائف الدولة، مفسحا المجال بذلك أمام توزيعها. حتى تقوم السلطات التي ستوكل إليها بمهامها في انسجام وتعاون على مذهب القائلين بالفصل المتوازن³. أو باستقلالية تامة على مذهب القائلين بالفصل المطلق. ويبقى السؤال هنا هو حول طبيعة هذا التوزيع، هل يقوم على أولوية السلطة التشريعية، أم على أولوية السلطة التنفيذية⁴ ؟

إن الجواب على هذا السؤال يعتمد على موقع الوظيفة (السلطة) من البنية الدستورية، إضافة إلى طبيعة وأهمية الاختصاصات التي أسندت إليها. وبالعودة إلى الوثيقة الدستورية الموريتانية، يمكننا أن نلاحظ أنها قد قدمت الوظيفة التنفيذية المسندة إلى مؤسسة الرئاسة في الذكر على الوظيفة التشريعية. حيث ذكرت الأولى في الباب الثاني. بينما ذكرت الثانية في الباب الثالث هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن الوظيفة التنفيذية ضمن هذه الوثيقة تتمتع بصلاحيات واسعة تمثلها اختصاصات رئيس الجمهورية الذي يعتبر القائم على هذه الوظيفة، وهو ما يفيد بأن توزيع دستور العشرين يوليو لوظائف الدولة جاء وفق مبدأ أولوية السلطة التنفيذية. من ما يعني أنه في هذه الجزئية أصبح أقرب إلى الفصل التام.

المطلب الثاني : عدم جمع وظائف الدولة في يد واحدة :

تمثل هذه القاعدة نقطة الارتكاز بالنسبة لمبدأ فصل السلطات لدرجة جعلت الفقيه الطماوي يعتبر أن نسبته إلى مونتسكيو رغم أنه ليس أول من قال به سببها هو إبرازه لهذه القاعدة. وكذلك لما لها من دور في ضمان مبدأ الشرعية. ذلك أن مبدأ الشرعية حسب الطماوي "يقضي بأن تتسم القواعد التشريعية بالعمومية والتجريد، فتصدر التشريعات دون النظر إلى الحالات الفردية، بل تطبق القاعدة على كل فرد تتوفر فيه شروط تطبيقها. ولا يتحقق ذلك إلا إذا فصلنا بين المشرع والمنفذ. أما إذا لم يتم هذا الفصل فإن المنفذ سوف يصدر التشريعات على ضوء ما لديه من اعتبارات عملية، فيفقد التشريع حياده، ويصبح مجرد أداة في يد السلطة التنفيذية. وتصدق ذات الاعتبار على حالة الجمع بين السلطتين التشريعية والقضائية"⁵.

¹ - الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:12

² - الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:21

³ - عبد الكريم غلاب - مرجع سابق - ص:68

⁴ - أنظر قريبا من هذا: محمد ضريف - مرجع سابق - 121

⁵ - سليمان محمد الطماوي - مرجع سابق - ص:519

وبالعودة إلى دستور 1991 نلاحظ أنه نص صراحة على أن السلطة التنفيذية يمارسها رئيس الجمهورية¹. بينما يمارس البرلمان السلطة التشريعية². أما السلطة القضائية فقد صرح باستقلالها عن السلطتين التنفيذية والتشريعية³.

وهو ما يعني عمليا اتجاهه إلى عدم تجميع وظائف الدولة في يد جهة واحدة. بل وأكثر من ذلك فقد عمد واضعوا هذا الدستور إلى توزيع الوظيفة الواحدة، وخاصة التشريعية والقضائية. حيث تم توزيع الأولى بين مجلس النواب ومجلس الشيوخ. أما الثانية فقد نزع منها اختصاص البت في دستورية القوانين، وأسند إلى المجلس الدستوري. وهو ما يعكس الرغبة ولو من الناحية المعيارية إلى خلق جدار ضد التفرد بالسلطة والاستبداد بها.

فكل وظيفة كما هو واضح تم إسنادها إلى جهة مغايرة للجهات التي أسندت إليها الوظائف الأخرى؛ وذلك لأن السلطة قوة تمنح لملكها ما لم توقفه قوة موازية وسيلة قد تدفعه مهما تكن طبيعته عادلة إلى إساءة استعمالها، سواء بحسن نية أو بسوءها⁴.

إذا صرح الدستور الموريتاني بما لا يدع مجالا للشك على الفصل التام بين الهيئات التي أناط بها المسؤولية عن أداء الوظائف الثلاث للدولة. بل وأكثر من ذلك، وتعميقا لهذا الفصل. فقد نص صراحة على "تعارض وظائف أعضاء الحكومة وممارسة كل انتداب برلماني"⁵.

وهو ما يعني تكريسه للمظهر الأساسي لمبدأ الفصل بين السلطات كما هو متعارف عليه فقها. لكنه رغم هذا الفصل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية. أبقى على نوع من التداخل بين السلطتين التنفيذية والقضائية. حيث يرأس كل منهما رئيس الجمهورية⁶، وهو ما يعني في نظر البعض نوعا من تكريس أولوية السلطة التنفيذية، والحد والحد من استقلالية السلطة القضائية. ونحن وإن كنا نتفق مع الرأي الأول. فإننا لا نتفق مع الرأي الثاني؛ لأن رئاسة رئيس الجمهورية للمجلس الأعلى للقضاء تمثل برأينا ضمانا لاستقلال السلطة القضائية كما نص على ذلك الدستور⁷ وليس تقيدا لها.

المبحث الثاني : طبيعة فصل السلطات في دستور 1991 :

في تناوله لمبدأ فصل السلطات ضمن مؤلفه "روح القوانين" لم يتعرض مونتيسيكيو إلى صور أو طبيعة هذا الفصل، إنما اكتفى ببيان مراده بهذا المبدأ، وقد أدى ذلك إلى تباين التأويلات بشأن هذا الموضوع، فذهب البعض إلى القول بأن الفصل بين السلطات يقتضي التعاون والتوازن بينها، بينما ذهب آخرون إلى اعتبار أن الفصل بينها يعني الفصل التام والمطلق⁸، وحدد كل من الفريقين جملة من المقومات تشكل حسب رأيهم جوهر فصل السلطات

¹ - المادة 25 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:9

² - المادة 45 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:12

³ - المادة 89 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:20

⁴ - عبد الكريم غلاب - مرجع سابق - ص:68

⁵ - المادة 44 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:12

⁶ - ينظر في هذا الخصوص: المادة 25 من الدستور والمادة " " من النظام الأساسي للقضاء

⁷ - المادة 89 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:21

⁸ - المختار مطيع - مرجع سابق - ص:126 و127

السلطات، ففي الوقت الذي يقوم فيه التأويل الأول على ثنائية رأس السلطة التنفيذية وانعدام التكافؤ بين صلاحيات مكوناتها، والمسؤولية السياسية للحكومة أمام البرلمان، وحققها في حله، يقوم التأويل الثاني على أحادية رأس السلطة التنفيذية، وعدم مسؤولية الحكومة أمام البرلمان، وانتفاء قدرتها على حله¹، وفي ما يلي سنحاول رصد أي هذه المقومات أكثر حضورا في الدستور الموريتاني.

المطلب الأول : رأس السلطة التنفيذية :

يعتبر التعرف على كيفية تشكل السلطة التنفيذية من حيث أحادية أو ازدواجية الرأس، ونوعية الصلاحيات المسندة إليه، أحد أهم المداخل النظرية لتحديد طبيعة الفصل بين السلطات ضمن نسق سياسي ما، وذلك لما تتيحه هذه المعرفة من إمكانية دراسة نمط تعاطي هذا النسق مع مبدأ فصل السلطات، فالتبرير الفكري والعملي لنوعية الفصل بين السلطات إنما يعتمد على طبيعة التصورات الفلسفية التي وجهت عملية صياغة النظامين السياسي والدستوري، وموريتانيا كغيرها من الدول الحديثة، لم تشذ عن هذه القاعدة، وبالتالي فإن أي محاولة لفهم طبيعة فصل السلطات فيها لا تقوم على سبر المبررات الدستورية لكيفية تشكل السلطة التنفيذية، وطريقة ممارسة رأسها لمهامه، ستكون ناقصة، وهذا ما جعلنا نركز في دراستنا على الوثيقة الدستورية، خاصة في ظل غياب الأعمال التحضيرية لهذه الوثيقة، والتي من شأنها أن تعطي صورة عن طبيعة التصورات الفلسفية التي وجهت عملية وضع الدستور، فكيف تعاطت الوثيقة الدستورية مع هذه المسألة ؟

يعتبر تركيز السلطة التنفيذية في يد رئيس الجمهورية الذي ينتخبه الشعب، ويجمع بين رئاسة الدولة ورئاسة الحكومة أهم مؤشر في دستور 1991 على فاعلية الرئيس في هذا النظام، فهو ليس مجرد سلطة شرفية، بل يمارس السلطة التنفيذية ويترأس مجلس الوزراء²، ولكنه غير مسؤول أمام البرلمان، فالحكومة التي تسهر على أعمال السياسة العامة للدولة طبقا لتوجيهاته، والمتصرفة في الإدارة والقوة المسلحة، هي المسؤولة أمام البرلمان³.

إذا رئيس الجمهورية غير مسؤول أمام البرلمان، إنما الحكومة ممثلة في الوزير الأول والوزراء هي المسؤولة أمامه، والرئيس إضافة إلى عدم مسؤوليته يسود ويحكم، وهذا يشير بصورة واضحة إلى قيام السلطة التنفيذية على ثنائية في الأجهزة العاملة، لكنها ثنائية مبنية على أساس العلاقة بالسلطة التشريعية، لا على أساس التحكم في السلطة التنفيذية، وهو ما يكشف عن وجود أحادية على مستوى رأس هذه الأخيرة، وثنائية على مستوى أجهزتها، يمثلها وجود كل من مؤسسة الرئاسة والحكومة.

وهكذا وانطلاقا مما سبق يمكن القول أن دستور 1991 لم يقتصر في ما يتعلق بحالة رأس السلطة التنفيذية على مقومات أي من الفصلين المرن والتام بين السلطات، وإنما عمد إلى المزج بين هذه المقومات، وهو ما نتج عنه عوض وجود ثنائية في رأس السلطة التنفيذية وانعدام التكافؤ بين صلاحيات مكوناتها، أو أحادية رأس السلطة التنفيذية، مركزة هذه السلطة في يد رئيس الجمهورية، وتوزيع الوظيفة التنفيذية بينه والحكومة، والهدف من ذلك حسب

¹ - أنظر محمد ضريف - مرجع سابق - ص: 121 وما بعدها

² - المادة 25 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص: 9

³ - المادة 43 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص: 12

التأويل الدستوري، هو تحصين الرئيس بوصفه حكما والضامن للسير المضطرد والمنتظم للسلطات العمومية¹ في مواجهة البرلمان .

المطلب الثاني : التأثير المتبادل بين السلطات :

يعتمد هذا التأثير على جملة من وسائل الضغط المتبادلة التي تمثل عناصر ما يعرف بنظام الكبح والتوازن²، حيث يعمل هذا النظام على تزويد كل سلطة بما يلزم لضبط التوازن بينها والسلطات الأخرى، وذلك من خلال مساهمة البرلمان في الوظيفة التنفيذية، ومساهمة الحكومة في الوظيفة التشريعية في جو من التعاون للرفع من المستوى العام لوظيفة الدولة .

إذا تملك السلطة التشريعية وسائل للضغط على السلطة التنفيذية تتجلى أساسا في مسؤولية الثانية ممثلة في الوزير الأول والوزراء أمام الأولى مسؤولية تضامنية، وتصل هذه المسؤولية لدرجة يمكن فيها للبرلمان إسقاط الحكومة إذا ما أثيرة مسألة الثقة وملتمس الرقابة³، كما يراقب البرلمان أعمال الحكومة وذلك من خلال آليتي رقابة تنفيذ الميزانية، حيث يتلقى في نهاية كل ستة أشهر بيانا حول مصروفات الأشهر المنصرمة، وكذلك من خلال ما يعرف بقانون التصفية⁴ السنوي، ورقابة التسيير، حيث يلزم الدستور الحكومة بتقديم كل الإيضاحات المتعلقة بالتسيير التي يطلبها البرلمان⁵، وهذه كلها مقومات النظام المرن للفصل بين السلطات⁶ .

وفي مقابل هذه الوسائل تمتلك السلطة التنفيذية الحق في حل البرلمان⁷، وكذلك لديها الحق في المساهمة في الوظيفة التشريعية سواء تعلق الأمر بصلاحياتها في التقدم بمشاريع القوانين⁸ التي تصدر جدول أعمال البرلمان وفق الأسبقية وحسب الترتيب الذي تحدده⁹، أو بما يعرف بقانون التأهيل حيث تقوم بعد موافقة رئيس الجمهورية الجمهورية باستئذان البرلمان في إصدار أمر قانوني خلال أجل مسمى يقضي باتخاذ إجراءات من العادة تكون في مجال القانون¹⁰، أو تعلق الأمر بصلاحيات رئيس الجمهورية في أعمال آلية الاستفتاء، الذي يمكن أن يكون موضوعه قانونا، لأن الدستور لم يقيد صلاحياته في هذا المجال¹¹، وهذه أيضا تحمل صفات مقومات نظام الفصل المرن¹².

¹ - المادة 24 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:9

² - المختار مطيع - مرجع سابق - ص:127

³ - المادة 74 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:18

⁴ - المادة 68 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:16

⁵ - المادة 72 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:17

⁶ - محمد ضريف - مرجع سابق - 212 وما بعدها

⁷ - المادة 31 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:10

⁸ - المادة 61 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:15

⁹ - المادة 69 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:17

¹⁰ - المادة 60 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:15

¹¹ - المادة 38 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص:11

¹² - أنظر قريبا من هذا: سليمان محمد الطماوي - مرجع سابق - ص:532

أما السلطة القضائية فقد كان الدستور واضحا بشأنها حين نص على أن "لا يخضع القاضي إلا للقانون وهو محمي في إطار مهمته من أشكال الضغط التي تمس نزاهة حكمه"¹، مما يعني انتفاء كل أنواع الضغط بينها والسلطات الأخرى نظريا وبحسب القواعد الدستورية.

هكذا إذا وبعد ما قمنا بتحليل ودراسة مقتضيات دستور 1991 على ضوء الأسس النظرية لمبدأ الفصل بين السلطات، يمكن أن نخرج بالملاحظات التالية :

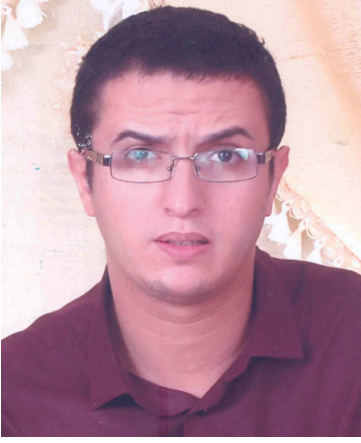
- أن هذا الدستور قد تبنى من الناحية الفعلية مبدأ فصل السلطات، وذلك لما نص عليه من توزيع لوظائف الدولة، وإسنادها إلى جهات متعددة.

- أن الفصل الذي تم التأسيس له ضمن هذا الدستور لم يكن فضلا تاما ولا متوازنا، وإنما هو فصل قائم على المزج بين مقومات هذين الفصلين، وهو ما يعني أنه مزيج بين الفصل المتوازن، والفصل التام للسلطات .

- أن هذا الدستور رغم محاولة واضعيه إيجاد نوع من الكبح والتوازن بين السلطات، إلا أنهم قد رجحوا في غير ما مسألة أولوية السلطة التنفيذية .

¹ - المادة 90 من الأمر القانوني 022 - 91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية - مرجع سابق - ص: 21

إقرار القوانين التنظيمية : مدخل أساسي لتنزيل دستور 2011



محمد كمال بلحاج باحث في القانون

حاصل على الماستر المتخصص

في الحقوق - فرع القانون الخاص -

كلية الحقوق السويسي - الرباط

تقديم :

تتجلى قضية تنزيل الدستور بالشكل الديمقراطي المأمول في عدة حيثيات وجزئيات تتمثل على مستوى عام في دينامية الممارسة والخطاب لدى مؤسسات الدولة وسلطاتها العامة، وكذا في مقياس تشبع هذه المؤسسات بالرغبة في تفعيل الدستور الجديد ومدى استعدادها لتطبيق وتنزيل المضامين الدستورية التنزيل الأنسب والسليم، وتتمثل على مستوى خاص في تحريك الآلة التشريعية بالسرعة الزمنية المعقولة وتفعيلها من خلال آلية سن القوانين، ولعل إصدار القوانين التنظيمية تعد حلقة هامة من حلقات تنزيل دستور 2011 وتكميله.

قيل إعلان الحكومة عن النسخة النهائية لمخططها التشريعي لسنوات الولاية التشريعية الحالية منها والقادمة والتي وقعت بموجب يناير 2013، أضحت قضية إقرار القوانين التنظيمية وإخراجها للوجود حديث مختلف الفرقاء السياسيين ومختلف المتدخلين في مجال التشريع، حيث ظهر جليا بعدها نقاش عمومي فرض نفسه الآونة الأخيرة على المستوى القانوني والتشريعي خصوصا في الفترة الفاصلة بين الدورة الخريفية البرلمانية وبين دورة أبريل الربيعية من السنة التشريعية الحالية التي فتحت المجال لتقييم أداء الحكومة في هذا المضمار، مع الأرجح إذا ما توقفنا عند بعض المؤاخذات الموجهة صوب الحكومة كمؤسسة تنفيذية تمتلك بدورها حق المبادرة التشريعية، تمحورت تلك المؤاخذات في معاتبة الحكومة على تباطؤها في طرح مشاريع القوانين التنظيمية المنصوص عليها في الدستور. ارتكز النقاش حول قضية تنزيل الدستور من زواياه المتعددة، لعل أبرزها تلك المتعلقة بإصدار القوانين التنظيمية المنصوص عليها دستوريا وصدورها بعد الموافقة النهائية عليها، هذا إذا ما شئنا أن نعتبر أن قضية إقرار القوانين التنظيمية هي مدخل أساسي في ورش تنزيل الدستور في جانبه التشريعي.

بغض النظر عن كون إقرار القوانين التنظيمية وإصدار الأمر بتنفيذها مقترن بدور واختصاص المحكمة الدستورية في إطار الرقابة الإجبارية على مطابقة الدستورية كما سنأتي لاحقا، إلا أنه من المسلم به قانونيا ودستوريا أن إصدار القوانين التنظيمية هو مسؤولية السلطتين التنفيذية (الحكومة) والتشريعية (البرلمان) معا، مسؤولية الحكومة من وجهتين اثنتين: أولا من خلال التعبير عن إرادة سياسية حقيقية وتمثيل واضح حول تصورهما لحتوى هذه القوانين التنظيمية، ومن ثم أخذ المبادرة التشريعية والدفع بها كمشاريع لقوانين، وثانيا من خلال الالتزام بمقتضى الوثيقة الدستورية حسب منطوق الفصل 86 من الدستور¹، حيث على الحكومة أن تعمل وجوبا على إخراج جميع القوانين التنظيمية المنصوص عليها دستوريا وعددها تسعة عشر قانون تنظيمي، وعرضها على أنظار البرلمان في غضون هذه الولاية التشريعية الحالية والمحددة حتما في خمس سنوات 2011-2016، هذا قياسا على الجدول الزمني الذي حددته الحكومة لعملية التشريع في مخططها التشريعي في الفترة ما بين سنوات 2012 و 2015. أما مسؤولية البرلمان فتتجلى بدوره كسلطة تشريعية بأغلبيته ومعارضته في جدية مناقشة القوانين وتداولها سواء المعروضة عليه أو المقترحة من طرفه قبل التصويت والمصادقة النهائية عليها، وكذا عبر آلية التقدم بمقترحات للقوانين التنظيمية مثلما رأينا ذلك عبر مبادرات بعض الفرق النيابية، ولو أن الأمر كان محدودا ولم يكن بالشكل الكاف.

قبل الخوض في مجالات القوانين التنظيمية التي نصت عليها المراجعة الدستورية الأخيرة وإبراز مدى أهميتها، لا بأس أن نتطرق أولا لمفهوم ومدلول "القوانين التنظيمية".

I - نبذة حول مفهوم القوانين التنظيمية Les Lois Organiques² :

يأخذ النظام القانوني المغربي بمبدأ هرمية التشريعات وتدرجها أو بما يصطلح عليه بتراتبية القوانين³، من شأن ذلك نجد الدستور المغربي الجديد بدوره ينص على إلزامية هذه القاعدة، حيث تعتبر دستورية القواعد القانونية وتراتبيتها ووجوب نشرها مبادئ ملزمة⁴ بمعنى أوضح احترام ترتيب القوانين حسب مكانتها وأهميتها وقيمتها (الدستور، القوانين التنظيمية، القوانين العادية، الأنظمة الداخلية للبرلمان...)، والمستنبطة في الأساس من طبيعة المسطرة التي تخضع لها عند سنها، حيث تختلف إجراءات وضع وتعديل الدستور عن مسطرة سن القوانين التنظيمية وعن مسطرة سن القوانين العادية وما إلى ذلك من أنواع التشريعات. على هذا الأساس تأتي مكانة القوانين التنظيمية حسب نظرية تراتبية القوانين في المرتبة الثانية بعد الدستور الذي يعتبر أسمى وأعلى القوانين مكانة ومنزلة، وعليه تتموقع القوانين التنظيمية من ناحية القيمة والدرجة بين الدستور وبين القوانين العادية، فهي إذن أقل من الدستور منزلة وأعلى من القوانين العادية مكانة. وعليه، لجرد التوضيح نطرح السؤال التالي: على أي أساس أو أي معيار تبني نظرية التراتبية القانونية في تصنيف القوانين حسب مراتب عليا ودنيا؟

نجد سبيلنا بداية لتبرير الإجابة على هذا الاستفسار حسب النظام الدستوري المغربي، في الأسلوب والطريقة التي يتم بها وضع الدستور ومراجعته وتعديله والتي تتميز بنوع من الجمود، حيث لا يمكن أن يتم تعديل الدستور أو

¹ - ينص الفصل 86 من دستور المملكة المغربية على ما يلي: تعرض مشاريع القوانين التنظيمية المنصوص عليها في هذا الدستور وجوبا قصد المصادقة عليها من قبل البرلمان في أجل لا يتعدى مدة الولاية التشريعية الأولى التي تلي صدور الأمر بتنفيذ هذا الدستور.

² - هناك بعض الفقه الذي اعتبر أن الترجمة من الفرنسية إلى العربية لمصطلح القوانين التنظيمية ترجمة غير دقيقة، باعتبار أن مقابل كلمة les lois organiques في اللغة العربية هي كلمة "القوانين العضوية" وليس التنظيمية، وبالتالي كان حريا بالمشروع الدستوري أن يستعاض عن استعمال مصطلح القوانين التنظيمية بمصطلح آخر كالقوانين العضوية أو القوانين الأساسية. وذلك تفاديا للخلط بين القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية والأخرى الصادرة عن السلطة التنفيذية.

³ - ينحدر أصل نظرية تدرج القواعد القانونية إلى السيرة النبوية والفقه الإسلامي، حيث كان للصحابه والفقهاء المسلمون السبق في استنباط هذه النظرية وذلك من خلال العمل بأحكام الشريعة الإسلامية حسب تسلسلها على النحو التالي: القرآن الكريم، السنة النبوية الشريفة، الاجتهاد..

⁴ - الفصل 6 من الدستور المغربي 2011.

مراجعته إلا عن طريق تنظيم وإجراء عملية الاستفتاء الشعبي عليه واستنفاد جميع المراحل المسطرية السابقة لهذه العملية، بخلاف مسطرة سن القوانين التنظيمية التي تعتبر أقل جهودا وصرامة من إجراءات وضع الدساتير. كما تعتبر مسطرة سن هذه القوانين بدورها أكثر تعقيدا من القوانين العادية والمتمثلة حسب الفصلين 85 و 132 من الدستور في عدم جواز التداول في مشاريع ومقترحات القوانين التنظيمية إلا بعد مرور عشرة أيام على إيداعها لدى مكتب مجلس النواب، علاوة على أنه لا يتم إصدار الأمر بتنفيذ القوانين التنظيمية إلا بعد قرار المحكمة الدستورية بمطابقتها للدستور. وعليه تحال القوانين التنظيمية على أنظار المحكمة الدستورية بصفة إلزامية في إطار الرقابة الإلزامية على دستورية القوانين، بعكس الإجراءات التشريعية الخاصة بالقوانين العادية حيث لا تخضع هذه القوانين للرقابة الدستورية بصفة إجبارية وإنما بصفة اختيارية، وبالتالي لا يجوز تغليب القاعدة القانونية الأدنى على القاعدة القانونية الأعلى، وذلك تحت طائلة عدم الدستورية وكذا في إطار التقيد بسلم تدرج القواعد القانونية.

تصنف القوانين التنظيمية في منزلة مواءمة بعد الدستور الذي يسمو على جميع أصناف التشريعات، وهذا ما يميز الدساتير المكتوبة لكونها قوانين توضع لتكون مكملة للدستور، فسميت كذلك نظرا لطبيعة النص الدستوري، حيث أن النصوص الدستورية بطبيعتها ليست قوانين إجرائية، وإنما هي نصوص قانونية أساسية مختصرة ومقتضبة في شكلها المكتوب لا يمكن أن تضم جل التفاصيل والجزئيات التي تستوعبها القوانين الأخرى الأدنى درجة من الدستور، وهذا هو دور القوانين التنظيمية - والقوانين العادية والمراسيم التطبيقية أيضا- التي تفرد وتتطرق لهذه التفاصيل والجزئيات التي أشارت إليها الوثيقة الدستورية في مواد خاصة على سبيل الحصر دون الخروج عن المطابقة لأحكام الدستور ومضامينه. لهذا وُصفت القوانين التنظيمية عند جانب من الفقه بالقوانين المكملة خصوصا بعد استعاضة الدستور عن إعطاء تعريف لها، واكتفى فقط بتسميتها "بالتنظيمية"، فهي من جهة مصدرها هو الدستور ومن جهة أخرى هي مكملة ومفصلة له، حيث يعود أصل تسمية القوانين التنظيمية وإدراجها كصنف خاص من القوانين داخل النسق الدستوري المغربي إلى النموذج الفرنسي، وذلك إذا ما سلمنا أن واقع ترسانة القوانين المغربية هي في معظمها محاكاة للقانون الفرنسي.

إن ما يميز القوانين التنظيمية عن غيرها من القوانين العادية حسب المعيارين الشكلي والموضوعي أمرين، أولا من الناحية الإجرائية حدد الدستور المغربي للبرلمان حسب مقتضى الفصل 85 من أجل التداول في مشروع أو مقترح القانون التنظيمي أجل 10 أيام بعد وضع المشروع لدى مكتب مجلس النواب، ونظرا لأهمية القوانين التنظيمية ودورها في حماية الحقوق والحريات الدستورية، لعل الغاية من تحديد هذا الأجل الدستوري تتجلى في تمكين نواب الأمة والفرق النيابية ككل للإطلاع والتفكير والتمعن في مسودات القوانين ودراسة اللجان البرلمانية لها قبل الشروع رسميا في عملية التداول والتصويت النهائي عليها، هذا ما قد يستنتج من خلال قراءة أحكام الفقرة الأولى من الفصل 85 من الدستور. فضلا عن ذلك تخضع مشاريع القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها بعد مرورها على المجلس الوزاري¹ ومصادقة المؤسسة التشريعية عليها، تخضع للرقابة الإلزامية على الدستورية من طرف المحكمة الدستورية بعد إحالة نص القانون التنظيمي عليها²، حيث لا يمكن إعمال الأمر بتنفيذ القانون التنظيمي ونشره بالجريدة الرسمية إلا بعد أن ينظر القضاء الدستوري في مدى مطابقته للدستور وتصريحه بعدم تعارض هذا القانون لأحكامه، وذلك للحيلولة دون مخالفة السلطة التشريعية لنص الدستور. وعليه لا يمكن للقانون التنظيمي أن

¹ انظر الفصل 49 من الدستور المغربي.

² تنص الفقرة الثانية من الفصل 132 من الدستور على التالي: "تحال إلى المحكمة الدستورية القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها.."

يفيد بند من بنوده على ما يخالف أحكام ومقتضيات الدستور، بخلاف القانون العادي الذي من المحتمل أن يحتوي على ما قد يعارض نص الوثيقة الدستورية ما عدا لو تمت إحالته اختياريا وليس وجوبا على المحكمة الدستورية من طرف الملك أو من رئيس الحكومة أو المؤسسة التشريعية. على هذا المنوال تخضع القوانين التنظيمية المكمللة للدستور لمسطرة تشريعية وقضائية-دستورية خاصة تتمثل في طريقة تحضيرها والموافقة النهائية عليها، تضيف عليها شكلا من الخصوصية والتعقيد في أسلوب وضعها أو تعديلها وتحيطها بنوع من الحصانة الدستورية، فخصوصية هذه المراحل المسطرية المتبعة تجعلنا نعاود القول أنها هي التي تعكس علة تصنيف القوانين التنظيمية وتحدد موقعها في منزلة ثانية من ناحية القيمة والأهمية بعد الدستور، وهذا ما يبرر منطق هرمية التشريعات.

الأمر الثاني الذي يميز القوانين التنظيمية يتمثل في شرط تأسيسي يعود إلى نوعية المجالات والمؤسسات التي يناط لهذا الصنف من القوانين تنظيمها وتقنينها والتي تختلف إلى حد ما عن المجالات التي تختص بها القوانين العادية، حيث يحدد نص الوثيقة الدستورية على سبيل الحصر في عدد من الفصول التي يشار من خلالها لمضامين القوانين التنظيمية ويرجى بموجبها قواعد سير بعض المؤسسات والسلطات العامة للدولة المرتبطة بنظام الحكم ومؤسسات الدولة كالبرلمان بمجلسيه والقضاء ومؤسسة الحكومة التي أحال دستور 2011 اختصاص تنظيمها لأول مرة لقانون تنظيمي، بالإضافة إلى بعض المؤسسات الدستورية الأخرى كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي والمحكمة الدستورية، علاوة على المجالات الأخرى التي أقرها الدستور باندماجها إلى حظيرة القوانين التنظيمية، كما سنتطرق لها فيما يلي بشكل تفصيلي.

II - مجالات القوانين التنظيمية حسب دستور 2011 :

أنطت المراجعة الدستورية الأخيرة لسنة 2011 للقوانين التنظيمية الاختصاص في تنظيم عدد من المجالات وتحديد قواعد سير بعض المؤسسات الدستورية وكيفية تركيبها وتكوينها وذلك على سبيل الحصر، وفيما يلي نعرض مجالات ومضامين القوانين التنظيمية التي نص عليها دستور 2011 مرتبة حسب الفصول:

- الفصل 5: قانون تنظيمي يحدد بموجبه مراحل تفعيل الطابع الرسمي للأمازيغية، كما يحدد بموجبه صلاحيات وتركيبة وكيفية سير مجلس وطني للغات والثقافة المغربية (من شأنه حماية وتنمية اللغة العربية)؛
- الفصل 7: القانون التنظيمي المتعلق بالأحزاب السياسية؛
- الفصل 10: قانون تنظيمي خاص بالمعارضة البرلمانية؛
- الفصل 14: قانون تنظيمي يحدد بموجبه شروط وكيفيات تقديم اقتراحات وملتمسات في مجال التشريع من طرف المواطنين والمواطنات؛
- الفصل 15: قانون تنظيمي يحدد شروط وكيفيات تقديم عرائض إلى السلطات العمومية من طرف المواطنين والمواطنات؛
- الفصل 29: قانون تنظيمي متعلق بحق الإضراب؛
- الفصل 44: القانون التنظيمي المتعلق بمجلس الوصاية؛
- الفصل 49: قانون تنظيمي متعلق بالتعيين في المناصب العليا؛
- الفصل 62: القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب؛
- الفصل 63: القانون التنظيمي المتعلق بمجلس المستشارين؛

- الفصل 67: قانون تنظيمي متعلق بلجان تقصي الحقائق؛
- الفصل 75: القانون التنظيمي المتعلق بقانون المالية؛
- الفصل 87: قانون تنظيمي متعلق بتنظيم وتسيير أشغال الحكومة؛
- الفصل 112: قانون تنظيمي متعلق بالنظام الأساسي للقضاة؛
- الفصل 116: قانون تنظيمي متعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية؛
- الفصل 131: القانون التنظيمي المتعلق بالحكمة الدستورية؛
- الفصل 133: قانون تنظيمي متعلق بالدفع بعدم دستورية قانون؛
- الفصل 146: قانون تنظيمي متعلق بالجهات والجماعات الترابية؛
- الفصل 153: القانون التنظيمي المتعلق بتنظيم المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.

إجمالاً، وكقراءة عامة وفوقية في مجالات القوانين التنظيمية المذكورة أعلاه التي نص عليها الدستور المغربي لسنة 2011، نسجل بعض الملاحظات الخاصة :

1- جرت طبعة النسق الدستوري حسب مختلف الدساتير المغربية من دستور 1962 إلى غاية المراجعة الدستورية لسنة 1996 أن تتطرق هذه الدساتير للقوانين التنظيمية بشكل حصري في فصول محددة دون غيرها، من هذا المنطلق يلاحظ أن المشرع الدستوري بالمقارنة مع دستور 13 شتنبر 1996 تبنى من خلال المراجعة الدستورية الأخيرة مبدأ توسيع مجالات القوانين التنظيمية، حيث أن دستور 1996 نص على تسعة قوانين تنظيمية، في حين نجد دستور 2011 قد وسع في عدد المجالات التي أسند فيها الاختصاص لهذا النوع من القوانين "أي القوانين التنظيمية" ليلغ عددها تسعة عشر قانون تنظيمي، وبالتالي يكون المشرع الدستوري قد تدارك إغفال الدستور السابق لمجموعة من الميادين التي لم يسند فيها الاختصاص للقانون التنظيمي والتي تعتبر بطبيعتها من المواضيع الأولوية الهامة في النظام القانوني والدستوري الوطني بشكل عام.

من بين هذه القوانين التنظيمية التي نص عليها دستور 2011 ولم يكن دستور 96 قد أشار إليها نذكر على سبيل المثال :

- القانون التنظيمي للأحزاب السياسية؛
- القانون التنظيمي المتعلق بسير مؤسسة الحكومة؛
- القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للقضاء؛
- القانون التنظيمي المتعلق بالجهات والجماعات الترابية.

2- بيد أن بعض القوانين التنظيمية المنصوص عليها دستوريا والتي يحتمل أن تبقى معلقة وعصية عن التنظيم والتقنين كما كان الشأن فيما يخص القانون التنظيمي المتعلق بالحق في الإضراب الذي نص عليه الفصل 14 من دستور 1996، حيث بقي هذا القانون التنظيمي الذي ألحقه التغييب عصياً عن تقنينه وإقراره للعمل بموجبه في هذا المجال باعتبار أن حق الإضراب هو حق دستوري، وذلك نظراً لما يرتبط به هذا المجال من مسوغات سياسية واجتماعية نقابية تتعدى الجانب التشريعي، لهذا يلاحظ أن المشرع الدستوري من خلال المراجعة الدستورية لسنة 2011 أراد أن يضع حداً لفرضية بقاء بعض المجالات المسند للقوانين التنظيمية اختصاص تنظيم ممارستها دون صدور أو تقنين وحتى لا تتعرض لحالة من الفراغ القانوني، لهذا

وضع دستور فاتح يوليوز 2011 لذلك ضمانته دستورية ملزمة ومحددة الأجل للسلطة المختصة في تشريعها وذلك كما تطرقنا سابقا من خلال الفصل 86 منه.

3- نظرا لتوسيع نطاق تدخل القوانين التنظيمية بموجب المراجعة الدستورية الأخيرة مقارنة بتجارب الدساتير المغربية السابقة، أحال دستور 2011 على قوانين تنظيمية جديدة، كما أبقى على قوانين تنظيمية أصلية قديمة وجب فقط تعديلها من لدن السلطة التشريعية، وتم توزيعها إن شئنا حسب مجموعات، منها التي ترتبط بتنظيم وسير أجهزة ومؤسسات دستورية منصوص عليها في الدستور مثل مؤسسة الحكومة والمجلس الأعلى للسلطة القضائية والمحكمة الدستورية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي والقانون التنظيمي الخاص بالجهات والجماعات الترابية. ومجموعة قوانين تنظيمية أخرى بحكم أهميتها أبعدت القوانين العادية عن وضعها مثل القانونين التنظيميين لمجلسي النواب والمستشارين والقانون التنظيمي لمجلس الوصاية المرتبط باستمرار نظام الحكم بالمغرب، والقانون التنظيمي المتعلق بتحديد طريقة تسيير لجان تقصي الحقائق، ثم القانون التنظيمي المتعلق بالتعيين في المناصب العليا وقانون ممارسة الحق في الإضراب والقانون التنظيمي للمالية والآخر المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة.

كما نستنتج في مجموعة أخرى قوانين تتعلق بمجالات تعكس وظيفتها تطبيق مقتضيات الدستورية الجديدة، كالقانون التنظيمي المتعلق بالأحزاب السياسية والقانون التنظيمي المتعلق بتقديم ملتمسات في مجال التشريع من طرف المواطنين، والقانون الخاص بكيفيات تقديم عرائض للسلطات العمومية من طرف المواطنين ثم القانون المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، علاوة على القوانين التنظيمية التي تعنى بالشأن الثقافي واللغوي ببلادنا.

يذكر أنه لحدود هذه الفترة تم إقرار خمسة قوانين تنظيمية تقدمت بها المؤسسة التنفيذية، أربعة منها صدرت خلال الولاية التشريعية السابقة في إطار الفترة الانتقالية بين التصويت على دستور فاتح يوليوز 2011 الصادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ (29 يوليوز 2011) وبين انتخابات 25 نونبر 2011 التشريعية، وهي القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب¹، والقانون التنظيمي رقم 28.11 المتعلق بمجلس المستشارين²، والقانون التنظيمي رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية³، والقانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية⁴، وخامسهم صدر خلال الولاية التشريعية التاسعة والحالية وهو القانون التنظيمي رقم 02.12 المتعلق بالتعيين في المناصب العليا⁵، هذا بالإضافة إلى مصادقة كل من مجلسي الحكومة والوزراء على القانون التنظيمي رقم 128.12 حول المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي الذي يندرج حاليا قيد المصادقة النهائية عليه من طرف السلطة التشريعية لئتم إحالته على أنظار المحكمة الدستورية⁶.

¹- صرح المجلس الدستوري في قراره رقم 11/817 بجواز إصدار الأمر بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب بعد فصل مقتضيات بعض مواد مشروع هذا القانون التنظيمي المشار إليها في القرار.

²- انظر قرار المجلس الدستوري رقم: 11/820.

³- انظر قرار المجلس الدستوري رقم: 11/818.

⁴- انظر قرار المجلس الدستوري رقم: 11/821.

⁵- راجع قرار المجلس الدستوري رقم: 12/854 والقرار رقم: 12/862.

⁶- يشار إلى أن مجلس الحكومة قد صادق في اجتماعه بتاريخ 18 يوليوز 2013 على ثلاثة مشاريع قوانين تنظيمية وهي: مشروع قانون تنظيمي رقم 13-065 يتعلق بتنظيم وتسيير أشغال الحكومة، ومشروع قانون تنظيمي رقم 13-066 يتعلق بالمحكمة الدستورية، ومشروع قانون تنظيمي رقم 13-085 يتعلق بطريقة تسيير اللجان النيابية لتقصي الحقائق.

خاتمة :

إجمالاً ورغم أن الحكومة الحالية وجدت نفسها ملزمة دستوريا لإيداع جميع مشاريع القوانين التنظيمية التي نص عليها الدستور الجديد وعرضها وجوباً على البرلمان في غضون الولاية التشريعية الجارية التي تلت إصدار الأمر بتنفيذ دستور فاتح يوليوز 2011، لا يستقيم العمل على إصدار هذه القوانين التنظيمية من طرف الأجهزة التنفيذية والتشريعية بالتركيز فقط على الزاوية التقنية والإجرائية والمتعلقة بالمسطرة الخاصة بسن هذا الصنف من القوانين، وإنما ونظراً لأهمية هذا الورش التشريعي، يفترض في إطار العمل بمبدأ المشاركة السياسية والدستورية فتح نقاش عمومي حول مواضيع ومجالات هذه القوانين التنظيمية مع مختلف الجهات المعنية بكل قانون تنظيمي دون إغفال مبادرات وتوصيات المجتمع المدني في ذلك، وعليه يبقى السؤال مطروحاً: هل ستتمكن المؤسسة التنفيذية من الإدلاء بجميع مشاريع القوانين التنظيمية رغم حساسية بعضها، ومن ثمة الالتزام بمخططها التشريعي وبمقتضى الفصل 86 من الدستور؟

نظريات قواعد القانون الخاص في المادة الضريبية



محمد بكشوا : طالب باحث بصف الدكتوراه

بكلية الحقوق جامعة محمد الأول - وجدة

مقدمة :

ينقسم القانون كعلم من العلوم الاجتماعية إلى قسمين :

- القانون العام وهو مجموع القواعد التي تنظم علاقة الفرد بالدولة، أو علاقة الدولة بغيرها من سائر الدول ثم علاقة مؤسساتها بعضها البعض.

- القانون الخاص ويتضمن مجموع القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، أو علاقتهم بالدولة.

هذا التقسيم الفقهي اعترته عوامل التغيير إذ استبان وجود علاقات متبادلة بين هذين القسمين، وتأثيراً تبادلياً بينهما فكل قسم يؤثر في أحكام القسم الآخر وهذا التقسيم الفقهي والنظري يخفي تكاملاً وتفاعلاً يتجسد إبان التشريع، أو عند الاجتهاد القضائي، ويظهر هذا التفاعل جلياً في المادة الضريبية حيث يرتبط بعدد من قواعد القانون الخاص.

قبل الخوض في هذه العلاقة لابد من شرح المفاهيم التي سنعتمد عليها في هذا العرض، فعند الحديث عن المادة الضريبية فنحن نقصد النظام الجبائي ويعرف هذا الأخير على أنه مجموعة من الضرائب و التكاليف التي يلتزم بها رعايا دولة معينة في زمن محدد بأدائها للسلطة العامة مع اختلاف مستوياتها المركزية أو المحلية.

ويتكون النظام الجبائي من العناصر الآتية :

- السياسة الضريبية : تلعب السياسة الضريبية دوراً هاماً في تحقيق الأهداف السياسية المالية، باعتبارها إحدى أدواتها، ومع اتساع دور الدولة في توجيه النشاط الاقتصادي، فإن تحديد دور السياسة الضريبية يعتبر من أهم أدوات السياسة المالية وذلك بمساهمتها في دفع عجلة التنمية الاقتصادية، حيث تعتبر الاقتطاعات الضريبية إحدى العناصر المؤثرة في توجيه النشاط الاقتصادي، كذلك تنوع دور الضريبة بمختلف أنواعها داخل إطار الهيكل الضريبي

، يجعل أثر الضريبة يظهر على المجتمع ونمط الاتفاق العام ، إضافة إلى كون الطريقة التي تنتهجها كل دولة في إطار تحصيل ما هي إلا جزء من السياسة المالية، و التي بدورها هي جزء من السياسة الاقتصادية للدولة.

ويمكن تعريف الضريبة كلاسيكيا بأنها " حصة يدفعها المواطن من ماله الخاص بهدف ضمان الجزء الباقي و الانتفاع به على وجه اليقين" ¹ مونتيسيكيو¹ لكن هذا التعريف يقابله تعريف حديث مفاده أن الضريبة "حصة يدفعها إلزاميا الفاعلون الاقتصاديون من أسر و مقاولات لصالح الدولة والجماعات المحلية"²

الإدارة الضريبية : ونعني بها مجموعة الأجهزة الإدارية التي تسهر على تنفيذ قواعد التشريع الضريبي عن طريق متابعة فرض الضريبة على الملتزمين، وكذا عملية تحصيل تلك الضرائب و عليه فإن إحدى العوامل التي تساهم في نجاح أي سياسة ضريبية تتمثل بلا شك في تواجد الإدارة الضريبية ذات كفاءة وخبرة ميدانية وأيضا مرونة العمل.

وسنركز في دراستنا على جانب السياسة الضريبية أي على الشق المرتبط بالنصوص القانونية المؤطرة، و تحظى دراسة علاقة قواعد القانون الخاص بالمادة الضريبية أهمية كبيرة من حيث أنها تساعد على فهم مغزى اللجوء إلى قواعد القانون الخاص ؛ والمتتمثلة في سد الثغرات القانونية وأيضا لتغطية المجال الضريبي الرحب بقواعد فعالة .

فما هي العلاقة الكامنة بين قواعد القانون الخاص والقانون الضريبي ؟ وما هي أبعاد ومجالات تطبيق تلك القواعد؟ وأخيرا ما هي حدود تلك العلاقة؟

للإجابة على هذه الأسئلة ارتأينا تقسيم هذا الموضوع الى مبحثين على المنحى الآتي :

المبحث الأول : تجليات قواعد القانون الخاص في المادة الضريبية .

المبحث الثاني :مظاهر نقصان تطبيقات قواعد القانون الخاص في المادة الضريبية.

المبحث الأول : تجليات قواعد القانون الخاص في المادة الضريبية.

المطلب الأول : علاقة القانون الضريبي بفروع القانون الخاص.

لا بد من الإشارة في البداية إلى عدم الاهتمام بمسألة معايير التفرقة بين فروع القانون العام وفروع القانون الخاص، بل اقتصرنا على بحث العلاقة بين القانون الضريبي ومختلف فروع القانون الأخرى المتعارف عليها من طرف فقهاء القانون بصفة عامة، أما علاقة القانون الضريبي بفروع القانون الخاص فترتبط بإشكالية طبيعة القانون الضريبي المميزة عن باقي فروع القانون الوضعي، ونكتفي في إطار هذا المطلب ببحث روابط الاتصال بين القانون الضريبي وبعض فروع القانون الخاص بصفة موجزة.

¹د. محمد وديع بدوي, دراسات في المالية العامة, دار التضامن للطباعة والنشر, 1972, ص 98.

² Jean-yves Capulet Olivier Garnier, dictionnaire d'économie et de sciences sociales,

أولاً: علاقة القانون الضريبي بالقانون المدني:

يتضمن القانون الضريبي مبادئ وقواعد قانونية تتجاهل في أغلبها القواعد المعمول بها في إطار القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وبالتالي فرغم أن القانون الضريبي ينظم علاقة الملزمين بالإدارة الضريبية، ومن ضمن الملزمين المقاولات التي تمارس أنشطة خاصة وتبرم عقوداً وصفقات يحكمها القانون المدني وتثير اهتمام المشرع الضريبي بمناسبة إخضاعها للضريبة، إضافة إلى ذلك فإن القانون الضريبي لا يتضمن تعاريف لكل العقود والعمليات القانونية التي يقوم بها الملزمون كعقد البيع الذي لا يمكن البحث عن تعريفه وعناصره إلا في القانون المدني. ولو أن القانون الجبائي في كثير من الحالات لا يعتد بالمراكز القانونية ويبحث عن واقعية العمليات، فهو لا يعترف مثلاً بمبدأ حرية الأفراد في التعاقد أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بمناسبة بيع عقار بأقل من قيمته الحقيقية مما يعطي الحق للإدارة الضريبية بإعطاء العقار قيمته التجارية الجاري بها العمل في السوق، كأساس لحساب الضريبة الواجبة ودون الاعتداد بإرادة الأطراف المتعاقدة التي اتفقت على قيمة أقل. لكن القضاء الضريبي تدخل في عدة حالات للتخفيف من السلطة الضريبية في هذا المجال.

ثانياً: علاقة القانون الضريبي بالقانون التجاري :

ينظم القانون التجاري المعاملات التجارية التي يقوم بها التجار باعتبارها نشاط يقوم على السرعة والثقة ودعم الائتمان، زيادة على قيامه بتحديد طبيعة الأعمال التجارية وصفة التاجر والتعامل بالشيك وشكل الشركات وما إلى ذلك من المجالات التي توسعت بفضل تطور الأنشطة التجارية، أما بالنسبة لوجوه الارتباط مع القانون الضريبي، فإن هذا الأخير حينما ينص على تضريب انتقال الأصول التجارية، فهو لا يقوم بتعريفها بل يحيل ضمناً على القانون التجاري باستثناء الحالات التي يتضمن فيها القانون الضريبي تعريفاته الخاصة المخالفة لنعوت القانون التجاري، فمثلاً يعتبر القانون الضريبي المغربي الشركات الفعلية *Stés de fait* التي تضم أشخاص معنوية شركات قائمة بذاتها ويخضعها للضريبة على الشركات، في حين أن القانون التجاري لا يعترف لهذه الهيئات بأي شخصية معنوية، وعلى العكس من ذلك لم يعترف القانون الضريبي بالشخصية المعنوية للشركات العقارية الشفافة، بل اعتبر كل مساهم في حصص هذه الشركة مالكا أخضعه في حالة التخلي عن حصته للضريبة على الأرباح العقارية كباقي الأشخاص الطبيعيين، في حين أن القانون التجاري يعتبر هذه الهيئات شركات قائمة بذاتها¹.

لكن رغم هذه الاختلافات نلاحظ نوعاً من التقارب في إطار إعادة هيكلة الترسنة القانونية المغربية المتعلقة بقانون الأعمال بصفة عامة حيث نلاحظ بأن المشرع الضريبي مثلاً كان يعتبر تجار الأملاك *biens de marchands* أو المضاربون العقاريون الذين يقومون بهذه الأنشطة بصفة اعتيادية تجاراً أخضعهم للضريبة على الأرباح المهنية منذ صدور قانون هذه الضريبة في 1959/12/31، ونفس الاتجاه سار عليه المشرع أثناء سن قانون الضريبة العامة على الدخل (ظهير 1989/11/21) في حين كانت تعتبر المضاربات العقارية عمليات مدنية ولم تكتسب الصفة التجارية إلا في إطار مدونة التجارة الصادرة بتاريخ 1996/10/3 (ظهير فاتح غشت 1996) في المادة السادسة، كما تجدر الإشارة أيضاً إلى توحيد بعض المقتضيات في إطار القوانين كضرورة الأداء بواسطة الشيك بالنسبة للمعاملات التجارية التي تفوق عشرين ألف درهم في إطار قانون المالية لسنة 1990 وفي إطار المادة

¹ راجع في هذا الصدد الأستاذ عز الدين بنسني، الشركات في التشريع المغربي والمقارن، 1996 الجزء، ص 102، وكذلك محمد شكيري، التشريع الضريبي المغربي، الجزء الأول دار النشر المغربية 1997، ص 121.

306 من مدونة التجارة، كما تم توحيد العقوبات المترتبة على مخالفة هذا الإلزام والذي يتمثل في أداء غرامة قدرها 6% من قدر المعاملة تؤدي تضامنا بين البائع والمشتري (المادة 306 السالفة الذكر) والمادة 111 من قانون الضريبة العامة على الدخل والمادة 47 من قانون الضريبة على الشركات كما تم تعديلها بقانون المالية لسنة 1997-1998.

ثالثا : علاقة القانون الضريبي بالقانون المحاسبي :

بصدور القانون 88-9 بتاريخ 30 دجنبر 1996¹ مع إرجاء تطبيقه ابتداء من تاريخ فاتح يناير 1994 أصبح القانون المحاسبي مستقلا بذاته، وذلك بعدما كان المغرب يفتقد إلى إطار قانوني للتسوية المحاسبية، وكانت المقاولات المغربية تنظم محاسبتها اعتمادا على النظام المحاسبي *plan comptable* الفرنسي لسنة 1957 الذي أصبح متجاوزا بفعل تطور النشاط الاقتصادي، مادامت المحاسبة هي مجموعة أساليب تسعى إلى ترجمة الصورة المالية للمقولة وضرورة التقيد بعدة مبادئ، كمبدأ الصورة الصادقة، تخصص السنوات المالية، دوام المناهج، الحيلة واستمرار الاستغلال وذلك في إطار مسك محاسبة منتظمة وفقا لأحكام هذا القانون الذي يلزم كل شخص معنوي أو طبيعي يكتسب صفة تاجر أن يمسك عدة دفاتر محاسبية يدون فيها جميع العمليات المتعلقة بأصول وخصوم المقولة والمنتجات والتكاليف الدائنية والمديونية والاستهلاكات والاحتياطات وذلك توخيا للشفافية والصورة الصادقة.

وعلى هذا الأساس يعتبر القانون المحاسبي ذا صلة وثيقة بالقانون الضريبي ومساعد له ما دامت الإدارة الضريبية تجري عمليات المراقبة والفحص على محاسبة المقاولات كما هي ممسوكة وفقا لأحكام القانون المحاسبي والذي يسمح للإدارة الضريبية (الفصل 23) رفض واستبعاد كل محاسبة لم تراعي الإشكال المقررة والجداول الملحق المنصوص عليها في القانون المحاسبي، ويترتب عن ذلك نتائج وخيمة في حالة رفض محاسبة المقولة بهذه الصورة، إذ تسلك في هذه الحالة الإدارة الضريبية عدة طرق تلقائية لتحديد نتائج المقولة.

لكن رغم هذا الترابط الوثيق بين المحاسبة والقانون الضريبي لدرجة أن أهم المواد المبرجة في تكوين مفتشي إدارة الضرائب الجدد تتعلق بتلقيهم التقنيات المحاسبية، ومن الصعب، إن لم نقل من المستحيل، على مفتش الضرائب القيام بفحص التصريحات الضريبية ومحاسبة المقولة دون الإلمام بقواعد المحاسبة، فإن هناك عدة نقاط للاختلاف، تتجلى في قيام المشرع الضريبي بفرض بعض المقتضيات والقواعد على المقاولات التي لا تتلاءم مع قواعد المحاسبة بل وتحرقها في كثير من الأحيان كما هو الحال مثلا بالنسبة للاستهلاكات *amortissement* باعتبارها تكاليف واجبة الخصم من النتيجة الصافية احتراماً لمبدأ الصورة الصادقة، لكن المشرع الضريبي في مجال استهلاك السيارات المتعلقة بالأشخاص، قد فرض حدا أقصى لا يمكن أن يتجاوز 40 ألف درهم السنة لكل سيارة على أساس أن القيمة السيارة لا يمكن أن يتعدى 200 ألف درهم، وبالتالي فإن القسط الذي يتجاوز مبلغ الأربعين ألف لا يمكن خصمه من النتيجة الصافية، وعلى هذا الأساس ادمج المشرع الضريبي جدولا ضمن الموازنة يتعلق بتصحيح النتيجة المحاسبية والمرور إلى النتيجة الجبائية حسب قواعد القانون الضريبي *tableau extracomptable du résultat fiscal* ونفس الملاحظة تصدق على الاحتياطات التي قيدها المشرع الضريبي بعدة قيود في حين أن القانون المحاسبي وفقا لمبدأ الحيلة يستحسن اتخاذ موقف متشائم عوض موقف متفائل أثناء قياس الأخطار التي قد تطرأ على الوضعية المالية للمقولة.

¹ القانون رقم 88-9 الصادر بشأنه الظهير رقم 138-92-1 الصادر بتاريخ 1992/12/25.

كل هذه المفارقات دفعت بأغلب الباحثين في المجال المحاسبي إلى اتهام القانون الضريبي بكونه يخرق مبادئ القانون المحاسبي. ¹le droit fiscal viole les principes du droit comptable.

رابعا : علاقته بالقانون الجنائي :

يرتبط ذكر القانون الجنائي عموما بالعقوبات ما دام القانون الجنائي يحدد الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة في حق كل من يقوم بتلك الأفعال.

وبالتالي يعتبر القانون الجنائي أداة من الأدوات التي تكفل تنفيذ القوانين الضريبية من خلال تطبيق العقوبات الجنائية على الممولين الذين يخالفون قواعد القانون الضريبي الذي كان يتضمن دوما عقوبات مالية في صورة غرامات وفوائد التأخير بالنسبة لأداء مختلف الضرائب بحيث تكتسي هذه العقوبات المالية الصبغة الجنائية، بالإضافة إلى الامتيازات المخولة لمحصلي الضرائب لممارسة مساطر الحجز والبيع وفي بعض الحالات الإكراه البدني ضمانا لاستيفاء المستحقات الضريبية.

لكن المستحقات في هذا المجال هو إقدام المشرع على تجريم بعض المخالفات المرتبطة بالغش الضريبي في إطار قانون المالية لسنة 1996-1997. بالإضافة عقوبات حبسية سالبة للحرية في حالة إثبات تلك المخالفات والذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من فاتح يوليوز 1997.

ويمكن استخلاص العلاقة بين القانونين في ظل قانون المالية الجنائية (قانون 1947/9/28) والنصوص المكملة له، لتطبيق مسطرة تجريم الغش الضريبي.

وقد اقتصرنا في ذلك على بحث علاقته مع فروع القانون التي تمت له بصلة وثيقة، دون توسيع البحث إلى كل فروع القانون الأخرى.²

المطلب الثاني : قانون المسطرة المدنية والمنازعة الضريبية :

من أهم الوسائل القانونية التي تحدد الحقوق وتضع ضمانات للمتقاضين وتنظيم السلطات القضائية، وتحديد اختصاص أنواع المحاكم المتنوعة والمتعددة، وما تتضمنه من إجراءات وبيانات شكلية كأساس لقبول الدعوى هي قواعد المسطرة المدنية.

وتحتل الدعوى الضريبية أهمية بارزة حيث أنها الطلب القضائي أو الملاحظة التي يتقدم بها المتقاضي للمحكمة قصد الحصول على إقرار أو حماية حق يتمتع به أو يزعم أنه يتمتع به.³

¹ - محمد شكيري : القانون الضريبي المغربي ، دراسة تحليلية نقدية : منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية ، العدد 49، 2003 ، ص 49.

² - نفس المرجع ، ص 50.

³ الأستاذ موسى عبود ومحمد السماحي: "المختصر في المسطرة المدنية و التنظيم القضائي" أورده محمد الحضري: "المختصر في المسطرة المدنية" السنة الجامعية 2007/2008 ص3.

وعليه فقواعد المسطرة المدنية هي المطبقة سواء في :

أولا : قواعد الاختصاص في الدعوى الجبائية :

لم تكن قواعد الاختصاص قبل إحداث المحاكم الإدارية تطرح أي إشكال لأن المشرع اسند للمحاكم الابتدائية سلطة النظر في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها إلا انه ومع بداية العمل بمبدأ ازدواجية القضاء بإحداث المحاكم الإدارية، اكتست قواعد الاختصاص أهمية بالغة اقتضت دراسة اختصاصاتها للنظر في المنازعات الجبائية عامة، والمحلية خاصة. سواء على مستوى الاختصاص المحلي أو النوعي.

فبالنسبة للاختصاص المحلي: يمكن تعريفه باعتباره مجموعة من القواعد التي تعين المحكمة المختصة ما بين محاكم من نوع واحد الموزعة في الدوائر القضائية المختلفة في الدولة للنظر في قضية معينة¹.

ويسند الفصل (27) من قانون المسطرة المدنية اختصاص النظر للمحكمة التي يتواجد بدائرة نفوذها الموطن الحقيقي أو المختار للمدعي عليه، فإن لم يتوفر على موطن في المغرب ولكن يتوفر على محل إقامة انعقد الاختصاص لمحكمة هذا الحل².

ثانيا : مسطرة التقاضي في الدعاوي الجبائية.

تتميز الدعوى الجبائية المرفوعة أمام المحاكم الإدارية بنوع من الخصوصية، لأن احد أطراف الدعوى هو جهة إدارية باعتبارها صاحبة سلطة عامة ولهذا تنطبق عليها قواعد القانون الخاص سواء :

من حيث إجراءات رفع الدعوى الجبائية: هناك إجراءات مسطرية يجب إتباعها :

1- إجراءات التحقيق :

يمكن لمحكمة أن تثير من تلقاء نفسها في المنازعة الضريبية أو بناء على طلب الأطراف أو احدهم أن تأمر قبل البث في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو الوقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق³.

وتعتبر الخبرة من أهم إجراءات التحقيق التي يتم اللجوء إليها بشكل مضطرد في إطار المنازعة الجبائية وتتميز الخبرة بكونها حضورية⁴.

إضافة إلى الخبرة يمكن للقاضي اللجوء إلى وسائل أخرى كالتحقيق مثلا.

أما عن قواعد الإثبات فالمشرع لم يخص المنازعة الجبائية المحلية بوسائل إثبات خاصة، مما يستدعي معه تطبيق القواعد العامة للإثبات الواردة في قانون الالتزامات والعقود، وبموجب الفصل 399 منه الذي ينص على أن "إثبات الالتزام على مدعيه". وإذا كان هذا هو المبدأ في القضايا المدنية والتجارية التي تجمع بين طرفين متساويين

¹ محمد محجوبي: "الوجيز في القضاء الإداري المغربي يعد إحداث المحاكم الإدارية" دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط-الطبعة الثانية 2002 ص114.

² الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية

³ الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية.

بصفة قانونية ما لم تأمر ⁴ ينص الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية على انه : "يجب على الخبير أن يستدعي الأطراف ووكلائهم أو بعد التأكد من توصلهم بالاستدعاء المحكمة بخلاف ذلك إذا تبين لها أن هناك حالة استعجال يضمن الخبير في محضر مرفق بالتقرير أقوال الأطراف وملاحظاتهم ويوقعون معه عليه مع وجوب الإشارة إلى من رفض منهم التوقيع.

أمرا مقبولا بل وبديها. فإن تطبيقه في المنازعات الإدارية وخاصة الجبائية، يتسم بنوع من الحيف خصوصا في مواجهة الملزم الذي يعتبر الطرف الضعيف داخل هذه المنازعة.

ثالثا : شروط رفع الدعوى الجبائية :

من البديهي أن كل منازعة قضائية لا بد لها من مدعي ومدعى عليه، وإذا كانت الإدارة الجبائية المحلية غالبا ما تكون مدعى عليها في المنازعات الجبائية المحلية باعتبار دورها في فرض الرسوم المحلية وتصحيح أساسها، فإنه في حالات أخرى تكون فيها هذه الأخيرة هي المبادرة إلى رفع الدعوى القضائية وبالتالي تتحول من مدعى عليه إلى مدعي، الأمر¹ الذي يستدعي منا عند البحث في شروط رفع الدعوى الجبائية أمام المحاكم الإدارية التطرق إلى الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى والأخرى المتعلقة بعريضة الدعوى.

➤ أطراف الدعوى الجبائية المحلية :

يقصد بالشروط المتعلقة بأطراف الدعوى، تلك الشروط الواجب توافرها فيمن يريد عرض نزاعه على القضاء، أي شروط سماع المحكمة للدعاء، وقد حدد الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية هذه الشروط في الصفة، الأهلية والمصلحة والإذن بالتقاضي إذا نص عليه القانون. لكن هذه الشروط تعتبر شروطا عامة لجميع الدعاوى كيفما كان نوعها، إلا أن ثمة شروطا أخرى قد يترتب عنها نفس الأثر وتتعلق بالملسوب في الطعن أو المدعى عليه.

فأما الشروط المتعلقة بالملزم، وعلى غرار باقي الدعاوى لا تقبل الدعوى القضائية المتعلقة بالمنازعة الجبائية المحلية إلا ممن توفرت فيه الشروط المنصوص عليها في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، وقد اعتبر هذا الفصل أن هذه الشروط تعتبر من النظام العام يجب على المحكمة إثارتها بصفة تلقائية، وعليه يمكن دراسة هذه الشروط من خلال النقاط الواردة في الجدول التالي :

¹ كريم لحرش: "النظام الجبائي المحلي المغربي" مطبعة طوب بريس الرباط 2010 ص 151.

الشرط	المضمون والحتوى
الأهلية	يعتبر أول شرط يجب توفره في الطاعن ،وهو تمتعه بأهلية التقاضي،فالملزوم يجب أن يكون بالغاً سن العشرين سنة مع عدم تعرضه لعارض من عوارض الأهلية
الصفة	أي أن الدعوى لا تقبل إلا إذا كان رافعها يدعي حقاً مركزاً قانونياً لنفسه،كأن تطالبه الإدارة الجبائية مثلاً بأداء مبالغ معينة كرسوم في الوقت الذي يعفيه منها القانون ،أو أن تقوم الإدارة الجبائية بمراجعة تصريحاته وتطالبه على إثرها بأداء رسوم تكميلية يعتبر أن فيها مبالغة كبيرة ولا تتناسب مع رقم الأعمال الذي حققه أو الدخل الذي حصل عليه.أما إذا كان الطاعن شخصاً معنوياً كالشركات مثلاً فإن الطعن لا يمكن رفعه إلا باسم من يمثلها قانونياً أي باسم رئيس مجلس إدارة الشركة أو مديرها العام.
المصلحة	إذا كان مفهوم المصلحة من المفاهيم الغامضة التي لا يمكن تعريفها بسهولة،بل وتثير إشكالات كبيرة خصوصاً على مستوى المنازعات الإدارية، فإن هذا الشرط يسهل الاهتداء إليه نسبياً في إطار المنازعات الجبائية، نظراً لما تتميز به هذه الأخيرة من صبغة مادية صرفة، وذلك بمحاولة الإجابة على السؤال الآتي: ما هي الفائدة الفعلية التي سيحصل عليها المدعي من رفع الدعوى؟ فمن غير المعقول أن يعتمد الشخص إلى رفع الدعوى أمام القضاء دون أن يكون له غرض جدي يسعى إليه، ويمثل هذا الغرض في غالب الأحيان في تخفيض رسم معين أو إلغائه كلياً.

المصدر : مقتضيات قانون المسطرة المدنية :

وفيما يخص الشروط المتعلقة بالإدارة الجبائية فإن هذه الأخيرة غالباً ما تكون في موقف المدعى عليه، على اعتبار أن الملزم هو الذي يبادر إلى رفع الدعوى القضائية. وهنا يطرح التساؤل عن الجهة التي يحق لها تمثيل هذه الإدارة أمام المحكمة؟ الواقع أن أغلب الملزمين وكلائهم لا ينتبهون إلى الجهة التي يجب رفع الدعوى في مواجهتها، ولا يفرقون في معظم الأحيان بين المنازعات الخاصة بالوعاء أو تلك المتعلقة بالتحصيل، فنجد أغلب المقالات الافتتاحية تتضمن لائحة من الجهات الإدارية بدءاً بالوزير الأول ووزير المالية، الخازن العام للملكة... الخ، بالرغم من أن فصول المسطرة المدنية واضحة في هذا الباب، إذ نص الفصل 515 من هذا القانون على أن الدعوى التي تستهدف المنازعة في أساس فرض الضريبة ترفع ضد مديرية الضرائب في شخص مديرها¹.

¹ ينص الفصل 515 من قانون المسطرة المدنية على أنه : "ترفع الدعوى ضد :

-الدولة، في شخص الوزير الأول وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء.

-الخزينة في شخص الخازن العام

-الجماعات المحلية، في شخص العامل بالنسبة للجماعات والأقاليم، وفي شخص رئيس المجلس بالنسبة للجماعات،

-المؤسسات العمومية، في شخص ممثلها القانوني،

-مديرية الضرائب، في شخص مدير الضرائب فيما يخص النزاعات المتعلقة بالقضايا الجبائية التي تدخل ضمن اختصاصاتها : هذا الفصل تم بالقانون رقم 48.01 الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.02.22 بتاريخ 15 ذي القعدة 1422 (29 يناير 2002).

➤ عريضة الدعوى الجبائية المحلية.

ألزمت المادة 3 من القانون 41/90 الحدث للمحاكم الإدارية على المدعي رفع دعواه بواسطة مقال مكتوب يوقعه محام مسجل في جدول هيئات المحامين بالمغرب¹، أما بخصوص البيانات التي يجب أن يتضمنها هذا المقال فقد أحالت هذه المادة على الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية، والذي يشترط أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية. وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعي عليه، أما إذا تعلق الأمر بشركة فيجب أن يتضمن المقال اسمها ونوعها ومركزها، إضافة إلى ذلك، يجب أن يتضمن المقال ملخصا لموضوع الدعوى وكذا الوقائع والوسائل المثارة، ويتم إرفاقه بجميع الوثائق والمستندات التي يستند إليها المدعي في تدعيم دعواه أو التي ينوي استعمالها، ويجب أن تقتصر طلبات المزم على الحدود التي تضمنها تظلمه أمام الإدارة الجبائية المحلية واليت لم تستجب لها هذه الأخيرة.

المبحث الثاني : مظاهر نقصان تطبيقات قواعد القانون الخاص في المادة الضريبية :

المطلب الأول : التكوين المدني للقاضي الضريبي :

يعاني القاضي الضريبي من محدودية التكوين في المادة الضريبية، ليس من حيث المساطر والإجراءات التي تتقاسم فيها المادة الضريبية مع المواد الأخرى، بل من حيث التخصص الفني والتقني المفترض للإلمام التام بالنازلة الضريبية، ويتجلى في تكوينه المدني الصرف داخل المعهد العالي للقضاء وتأثير ذلك على حسمه في جوهرها، الأمر الغاية في الأهمية بالنسبة لأطراف المنازعة الضريبية.

ويرجع ذلك إلى تأثير الموروث التاريخي على تكوين القاضي الضريبي من جانب استمرار احتفاظه بالنهل من القانون المدني من أجل تسوية النزاعات الضريبية بالرغم من خصوصياتها، وبالرغم من نهاية عهد وحدة القضاء مع شروع المحاكم الإدارية سنة 1993 في الاشتغال.

حيث أن القاضي العادي ظل في وظيفته إلى حدود سنة 1993 يتماهى مع القاضي الإداري بما أنه صاحب الاختصاص للبت في كل القضايا مهما كانت طبيعتها.

هذا بالرغم من أن القانون الضريبي عليه إجماع من طرف الفقهاء على أنه قانون يتمتع بالاستقلالية عن القانون المدني ومن ثم فإن القواعد الواجبة التطبيق هي قواعد القانون العام وليس قواعد القانون الخاص.

هذا دون الحاجة للإشارة حالة الطلاق غير الرجعي التي أعلنها رواد القانون العام عن القانون العام عن القانون الخاص - ليون دوكي ورواد مدرسة المرفق العام مثلا -.

كما أن ضعف تكوين القضاة في المادة الضريبية، والتغيرات التي تعرفها القوانين الضريبية سنويا تجعل القضاة غير قادرين على مسايرة التطورات والتعديلات التي تعرفها.

1- تنص المادة 3 من القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية على أنه: ترفع القضايا إلى المحكمة الإدارية بمقال مكتوب يوقعه محام مسجل في جدول هيئة المحامين بالمغرب، ويتضمن ما لم ينص على خلاف ذلك، البيانات والمعلومات المنصوص عليها في الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية. ويسلم كاتب ضبط المحكمة الإدارية وصلا بإيداع المقال يتكون من نسخة منه يوضع عليها خاتم كتابة الضبط وتاريخ الإيداع مع بيان الوثائق المرفقة، يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أن يمنح المساعدة القضائية طبقا للمسطرة المعمول بها في هذا المجال.¹

بيد أن القانون الضريبي يتميز بالدقة والتعقد والتقنية مما يزيد من صعوبة القاضي في ضبطه واستيعاب فلسفته القانونية¹.

ويعمق هذا الأمر تطبيق قواعد المسطرة المدنية في الإجراءات أمام المحاكم الإدارية عن طريق الإحالة من القانون 41/90 على قانون الإجراءات المدنية، مع العلم أننا لم نكن نتوفر على مدونة المساطر الضريبية إلا مع القانون المالي سنة 2005 حيث تم إصدار كتاب المساطر الجبائية.

وقد تجلّى التكوين المدني للقاضي الضريبي أثناء العمل القضائي، فكثيرا ما كان يؤدي غموض النصوص الضريبية وصعوبة فهمها إلى اعتماد القضاء على قواعد القانون المدني مستعملا سلطته في التفسير التي لا تختلف بشيء عن تلك المستعملة في إطار المنازعة العادية.

والحقيقة أن هذا التوجه قد يتناقض مع بعض المبادئ التي تقوم عليها القانون الضريبي.

إن هذه الخاصية كانت ولا زالت تطبع القضاء الضريبي بالمغرب مما يحرم الخزينة والمكلفين على حد سواء من ضمانات كثيرة.

فقبل إنشاء المحاكم الإدارية صدر قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 22 مارس 1990 (ملف إداري 77-88) والذي جاء فيه ما يلي:

"حيث أن الفصل 62 من ق.ل.ع يقضي بان الالتزام المبني على سبب غير مشروع يعتبر كأن لم يكن، وان السبب يعتبر غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام العام...

وحيث أن الأموال التي يمكن أن تجبى من بيوت الدعارة لا يمكن اعتبارها ربحا خاضعا للضريبة لأن محل الالتزام فيها غير مشروع....

والحقيقة أن هذا الموقف لا يمكن التسليم به للاعتبارات التالية.

• لم يراع ذاتية القانون الضريبي والذي لا يهتم بشرعية الفعل بقدر ما يهتم بموضوع الربح، فمتى تحقق الربح وجد وعاء الضريبة.

• ظهير 1959 المتعلق بالضريبة على الأرباح المهنية، موضوع المنازعة في هذا القرار، لا يوجد به نص يحرم صراحة إخضاع الأموال التي تكون محل الالتزام فيها غير مشروع.

• استناد المحكمة إلى المادة 62 من ق.ل.ع وهو قانون يطبق على الالتزامات العادية بين أطراف متساوية في الحقوق والالتزامات، في حين أن الالتزام الضريبي مصدره القانون العام.

وقد استمر هذا التوجه حتى بعد إنشاء المحاكم الإدارية والقطع مع عهد وحدة القضاء، فقد أصدرت محكمة الإدارية لمكناس حكما ألغت فيه الضريبة العامة على الدخل المفروضة على نشاط جمعية رياضية استنادا إلى ظهير

¹ Fayçal sotih « le contentieux de l'impôt des patentes » mémoire de DESA 2001-2000 université Agdal encadrée par Mohamed sbihi p61.
-Mlle Lamia Sophia « les garanties du contribuable dans le contentieux fiscal » Mémoire de DESA. Université agdal, rabat, 2001-2002p102.

1958 الذي يؤكد على غياب هدف الربح في نشاط الجمعية رغم أن الإدارة أثبتت بأن المستفيدين يؤدون واجبات مهمة من حيث مبلغها مقابل الاستفادة من التجهيزات الرياضية.

كما ذهبت إدارية فاس إلى أن عقد الكراء المبرم بين شخصين لا يعتبر عقد شركة ما دام العقد الأول ينصب على العقار، علما أن الحكم انطلق في تعليقه من تعريف عقد الكراء حسب الفصل 627 من ق.ل.م ولعقد الشركة انطلاقا من الفصل 982 من نفس القانون¹.

كما سبق يتضح بشكل جلي أن ضعف تكوين القاضي الإداري في المادة الجبائية يجعله ميالا لاعتماد قواعد المنظومة القانونية كباقي فروع الأخرى أو بطبيعة خاصة.

هذا مع العلم أننا أصبحنا نلاحظ انفتاح القانون الضريبي على باقي فروع القانون الأخرى وخاصة القانون الخاص، هذا من حيث تأويل النص الضريبي، أما من حيث الواقع فإن القضاء الضريبي غالبا ما يعتمد على الخبرة لتوضيح هذه الإشكاليات ولتحل محله في الحسم في المنازعات.

المطلب الثاني : الإشكاليات القانونية المتعلقة بالإكراه البدني.

تنص المادة 77 من المدونة العامة للضرائب على مايلي:

لا يمكن اللجوء إلى الإكراه البدني فيما يخص تحصيل الضرائب والرسوم والديون العمومية الأخرى في الحالات الآتية منها إذا كان مجموع المبالغ المستحقة تقل 8.000 درهم.

وتعرف المادة 2 من نفس القانون الدين العمومي بالضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والحقوق والرسوم الجمركية وحقوق التسجيل والتبر والرسوم المماثلة ومداخل وعائدات أملاك الدولة والغرامات والاداءات النقدية وضرائب ورسوم الجماعات الحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية التي يعهد بها للمحاسبين المكلفين بالتحصيل باستثناء الديون ذات الطابع التجاري.

وتنص المادة 134 على ما يلي :

يبقى الإكراه البدني في ميدان تحصيل الغرامات والاداءات النقدية خاضعا للفصول 675 إلى 687 من قانون المسطرة الجنائية.

كما تنص المادة 162 على انه تنسخ جميع الأحكام المخالفة ولا سيما الأحكام المخالفة ولا سيما الأحكام الواردة به المذكورة على سبيل المثال لا الحصر.

وتنص المادة 141 ما معناه انه تعرض النزاعات التي تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون على المحاكم الإدارية الموجودة بالمكان الذي تستحق فيه الديون العمومية.

يلاحظ من الصياغة القانونية للمادتين 77 و 134 أن هناك تعارض بين المادتين المذكورتين، إذ تمنع المادة 77 الإكراه البدني في الضرائب والرسوم والديون العمومية الأخرى التي تقل عن 8000 درهم، وحسب

¹ حكم رقم 95/46 بتاريخ 1995/11/16 منشور بمجلة المعيار، عدد 22 دجنبر 1996.

صياغة هذه المادة تكون الغرامات كدين عمومي بمعدل المادة 2 أعلاه التي تقل في معظمها عن 8000 غير مشمولة بالإكراه البدني، بينما في صياغة المادة 134 تبقى الغرامات مشمولة بالإكراه البدني، ومثل هذا التعارض مطروح في الوقت الحالي بين مختلف المحاكم العادية حول إمكانية اللجوء إلى الإكراه البدني حول التنفيذ الزجري للغرامات في ضوء الصياغة المعارضة للمادتين معا.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار صياغة المادة 162 التي تنص على نسخ جميع الأحكام المخالفة والمادة 134 من نفس القانون التي أبقت على تطبيق مقتضيات الفصول من 675 إلى 687 المتعلقة بالإكراه البدني على الغرامات والاداءات النقدية فقط دون الضرائب. يبقى التساؤل مطروحا حول إمكانية إيقاف مسطرة الإكراه البدني من طرف رئيس المحكمة العادية طبقا للفصل 683 من ق.م.ج بخصوص الضرائب في حالة اعتقال المدين عن طريق تنفيذ الإكراه البدني.

وإذا قلنا باختصاص المحاكم الإدارية في هذا الشأن استنادا إلى المادتين 77 و 134 والمادة 141 التي تنص على اختصاص المحاكم الإدارية في جميع النزاعات التي تنشأ عن تطبيق هذا القانون، فهي لا تتوفر على نيابة عامة لرفع الاعتقال على المحبوس في إطار تنفيذ الإكراه البدني وأن المفوض الملكي لهاته المحاكم لا يقوم بدور النيابة العامة وأن المحاكم الإدارية غير منتشرة عبر أقاليم المملكة و أن الأمر يتعلق بالحرية الشخصية للمدين يزيد الأمر تعقيدا¹.

فهل يمكن القول بأن الاداءات النقدية تنصرف إلى جميع الديون العمومية بما فيها الضرائب والرسوم والغرامات للقول باختصاص القضاء العادي في شخص رئيس المحكمة في حالة اعتقال المدين لتجنب الإشكال المطروح؟

نعتقد أن صراحة المادة 132 من مدونة التحصيل تمنعنا من القول بذلك، حيث عرفت الاداءات النقدية في ميدان الجمرك والضرائب الغير المباشرة بالاداءات التي تكتسي طابع التعويض المدني، ومن هنا فلا مجال للقول باختصاص رئيس المحكمة الابتدائية للقول بعدم صحة المسطرة الإكراه البدني إلا فيما يخص الغرامات والاداءات النقدية في إطار الفصل 683 من ق.م.ج.

وحتى إذا قلنا باختصاص رئيس المحكمة الابتدائية في هذه الحالة فاختصاصه مشروط بحالة الاعتقال وحالة المنازعة في صحة المسطرة الإكراه على مقتضى الفصل 683 ق.م.ج، فكيف يتعامل مع المطالبة بإيقاف تنفيذ مسطرة الإكراه البدني في حالة المنازعة في غير صحة المسطرة كمثل المنازعة في المديونية كان تكون غير ثابتة بحكم قضائي أو في حالة إثارة صعوبة قانونية متمثلة في إلغاء الضريبة ولو ابتدائيا؟ هل سيصرح بعدم اختصاصه بالث في الطلب ولو مع توافر حالة الاعتقال؟ وهل تملك المحكمة الإدارية بواسطة القضاء الاستعجالي البث في الطلب مع حالة اعتقال وعدم وجود نيابة عامة بالمحكمة الإدارية لرفع حالة الاعتقال عن المسجون في إطار تنفيذ أحكامها القضائية بإيقاف تطبيق مسطرة لإكراه البدني²؟

¹ محمد قصري: "المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي" دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 2009 ص 167.

² محمد قصري مرجع سابق ص 168.

وفي هذا الإطار صدر أمر عن رئيس المحكمة الإدارية بوجدة وهو يصرح عدم الاختصاص النوعي للبث في الطلب في ظل القانون القديم 1935/8/21 جاء فيه:

"حيث لئن كان الفصل 69 من القانون المتعلق بمسطرة تحصيل الضرائب والرسوم في حكمها كما وقع تعديله بالمادة 30 من قانون المحاكم الإدارية يعطي الولاية العامة للمحاكم الإدارية بالبث في جميع النزاعات الناشئة عن تطبيق الظهير المذكور سواء كانت موضوعية أو استعجالية فقد ظل قيد الفصل 683 من ق.م.ج الذي لم يطله أي تعديل أو نسخ وارد وكاستثناء من تلك الولاية حينما يكون الملزم بالضريبة أو الرسوم التي حكمها معتقلا عن طريق تنفيذ الإكراه البدني حيث يختص رئيس المحكمة الابتدائية بالبث في الطلبات الرامية إلى إثبات تنفيذ مسطرة الإكراه البدني والتصريح بعدم صحتها ومرد ذلك أن الأمر يتعلق بالحرية الشخصية للمعني بالاعتقال عن طريق تنفيذ الإكراه البدني وتواجد النيابة العامة بمقر هاته المحاكم المنفذة للإجراء المذكور والمؤهلة لرفع حالة الاعتقال في حالة الاستجابة للطلب حول إيقاف مسطرة الإكراه البدني.

وحيث ولما كان الطالب معتقلا في إطار تنفيذ الإكراه البدني في ظل مقتضيات ظهير 1935/8/21 تبقى مقتضيات الفصل 683 من ق.م.ج هي الواجبة التطبيق في النازلة ويكون معها رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص بالبث في الطلب ووكيل الملك لها هو المؤهل قانونا لرفع حالة الاعتقال وإطلاق سراح الطالب في إطار تنفيذ أمر رئيس المحكمة حالة الاستجابة للطلب دون القضاء الاستعجالي لهاته المحكمة".

لقد نص المشرع على أن تحديد الإكراه البدني يختص به رئيس المحكمة الابتدائية بوصفه قاضيا للمستعجلات ويحدده داخل أجل 30 يوما لكنه لم يحدد من جهة الجزء المترتب عن عدم تحديده داخل الأجل المذكور كما لم يحدد سلطة قاضي المستعجلات بمناسبة هذا التحديد، هل يقتصر دوره على مراقبة الإجراءات الشكلية أم يمتد إلى مراقبة مدى توافر شروط تحديد الإكراه البدني من عدم إثبات العسر وباقي الشروط الأخرى؟ لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 80 من القانون 15/97 بما معناه أن قاضي المستعجلات يبت في الطلب، وهنا يطرح إشكال حول الإطار القانوني للطلب هل يبت فيه في إطار الفصل 148 من ق.م.ج في غياب المدين المعني بالإكراه البدني أو في ظل المسطرة التوجيهية المنصوص عليها بالفصل 149 من ق.م.ج؟

نعتقد أن تنصيب المشرع بصيغة قاضي المستعجلات وتمييزه بذلك عن قاضي الأوامر المبنية على الطلب لا تدع مجالا للشك في أن الإطار القانوني للطلب هو الفصل 149 من ق.م.ج وينبغي أن يبت فيه رئيس المحكمة أو من ينييه بوصفه قاضيا للمستعجلات في إطار مسطرة توجيهية لمعرفة الشروط الشكلية والموضوعية لتحديد الإكراه البدني وموفق المدين من ذلك، وفي ذلك ضمان حقيقي للمدين حيث يكون مهددا بالمساس بحريته والزج به في السجن عن طريق تحديد الإكراه البدني وتنفيذه من طرف النيابة العامة، وفي حالة اتخاذ قرار برفض هذا التحديد أو الاستجابة له كيف يتم الطعن في قراره؟ وهل المحكمة الإدارية حق تسليط الرقابة على قراره في إطار اختصاصها الأصلي بالبث في المنازعات المتعلقة بالتحصيل أم أن ذلك استثناء من قاعدة عدم تسليط الرقابة من طرف القاضي على سلطة القضاء إلا بوسائل الطعن المقررة قانونا؟

نعتقد أن القول ببث رئيس المحكمة الإدارية بوصفه قاضيا للمستعجلات في إطار مقتضيات الفصل 194 من ق.م.ج يميز للمعني بالأمر الطعن في القرار الصادر على ضوء ذلك طبقا للقواعد العامة للاستعجال.

وإذا كانت أوامر قاضي المستعجلات بتحديد الإكراه البدني مشمولة بالحكم المعجل، فهل تملك النيابة العامة تنفيذها مباشرة بعد التحديد ولو في حالة الطعن فيها طبقا للقواعد العامة للمسطرة المدنية؟ وما هي الجهة الموكولة إليها أمام أمر وقف التنفيذ بالأداء الجزري بالمدين في السجن والذي من شأنه أن يلحق به أضرار يصعب تداركها بعد التنفيذ.

لقد نص المشرع على أن طلب تحديد الإكراه البدني يوجه إلى المحكمة الابتدائية من غير تحديد للاختصاص المحلي حول ذلك، وهذا ما يطرح إشكالية على مستوى التطبيق، هل يرجع الاختصاص في ذلك إلى محكمة تحصيل الضرائب أو مكان إقامة المدين أو مكان تواجد المحاسب كما ينظم المشرع حالة من الإحالات الإدارية الجاري بها العمل في ميدان تحصيل الديون والإحالة من قابض لآخر بخصوص مباشرة تحصيل الدين العمومي.

لقد نصت المادة 76 من القانون 15/97 بما معناه انه إذا لم تؤد طرق النزاع على أموال المدين إلى نتيجة يمكن أن يتابع التحصيل الجزري للضرائب والرسوم والديون العمومية الأخرى بواسطة الإكراه البدني ويتم اللجوء إلى الإكراه البدني مع مراعاة أحكام المادتين 77 و78 ضد من لم يتبث عسره والمفتعل للعسر.

ويلاحظ أن صياغة هاته المادة تنطوي على نوع من الاضطراب، إذ أن تنصيب المشرع على أن طرق التنفيذ لم تؤدي إلى نتيجة معناه عدم إمكانية الحصول على أموال المدين وبالتالي فهو معسر ولا يمكن تطبيق الإكراه البدني في حقه وإلا كيف نتصور تطبيق الإكراه البدني في غير حالة افتعال العسر ضد من تؤد طرق التنفيذ في حقه إلى نتيجة؟ وكان المشرع أن يحصر تطبيق هاته المادة في مواجهة المفتعل للعسر حتى تكون صياغة المادة مفهومة ودقيقة، ثم إن التنصيب على أن تطبيق الإكراه البدني تراعى فيه أحكام المادتين 77 و78 دون الإحالة على المادة 134 من نفس القانون معناه أن الغرامات كدين عمومي بناء على مقتضى المادة 2 من القانون المذكور التي تقل عن 8000 درهم لا يطبق في شأنها الإكراه البدني كما سلف الذكر، وفي ذلك تعارض مطلق مع صياغة المادة 134 التي أبقت على تطبيق الإكراه البدني بشأن الغرامات والاداءات طبقا للفصول 675 إلى 687 من ق.م.ج وفي اقل من 8000 درهم حسب الفصل 678 من نفس القانون.

نعتقد انه لا مجال لتطبيق الإكراه البدني بمدونة التحصيل 15/97 خارج افتعال العسر، ذلك أن الأمر لا يخلو من حالتين اثنتين لا ثالث لهما، أن يكون المدين موسرا على درجة من اليسر وياشر الحجز على منقولاته وعقاراته وتستبعد بذلك مسطرة الإكراه البدني، وإما أن يكون المدين معسرا وأنذاك لا يطبق في حقه الإكراه البدني. ونشير هنا إلى أن اعتقال المتابع من اجل إكراهه بدنيا عن أداء دين ضريبي والحالة انه غير معني بالضريبة المطلوب استخلاصها برتب مسؤولية الدولة بالتعويض كما ذهب إلى ذلك حكم إداري بالملف رقم 52 ت/2000 في قضية الزاهر ضد الخزينة العامة.

كما لم تتعرض مدونة التحصيل إلى الاتفاقية الدولية المبرمة مع الدول الأجنبية حول الازدواج الضريبي والتحصيل خصوصا وان بعض المنازعات تطرح على القضاء الإداري من هذا القبيل، ونذكر هنا حكم إدارية الدار البيضاء عدد 96/03 الذي تتلخص وقائعه في أن مبالغ مالية مستحقة لإدارة الضرائب بفرنسا تبلغ 80.478.379 درهم وجه بشأنها طلب إلى الدولة المغربية من اجل تقديم المساعدة لتحصيل هاته الضريبة طبقا للفصل 29 من اتفاقية 1971/12/12، فقام بتوجيه إنذار للطاعن بالأداء، داخل اجل 20 يوما تاريخ

التوصل تحت طائلة تطبيق الإكراه البدني والتهديد بحجز أمواله طبقا لظهير 1935، فنزاع الدعي في ذلك مستخرج الجداول الضريبية الإنذار القانوني موضوع الأمر بالتحصيل والي الأمر في النهاية بالتصريح الاختصاص بالبحث في الطلب.

خاتمة :

إن تسليط الضوء على طبيعة القانون الضريبي وتموضعه بين الاستقلالية التامة والخصوصية، تكتسي أهمية جوهرية ما دام القانون الضريبي هو الوسيلة والأداة لتحليل العلاقات بين الملمزين والإدارة الضريبية علما بأن هناك عوامل أخرى ذات طبيعة سياسية، اقتصادية واجتماعية وكذلك سيكولوجية متشابكة تساعد هي أيضا على فهم الظاهرة الجبائية من جهة، كما أن فهم الطبيعة القانونية لهذا الفرع من فروع القانون ستساعدنا على استيعاب ميكانيزمات التضريب التي سنصادفها خلال بحث التزامات الممولين والضمانات القانونية الممنوحة للملمزين وكذا هياكل الإدارة وسلطاتها خلال المرحلة الستاتيكية أو مرحلة التعايش أي في حالة احترام الممول لالتزاماته الإدارية والمالية وعدم التعسف الإدارة أثناء استعمال سلطاتها المخولة لها قانونا، وكذلك خلال مرحلة التنازع في شقيها الإداري والقضائي من جهة ثانية، وبالتالي خلال بحثنا نظرا لارتباطها بمسألة تأويل القانون الضريبي من طرف الإدارة التي ساهمت في بلورته ثم تطبيقه وتأويله من خلال المذكرات التفسيرية التي تصدرها سنويا، كذلك تطرح مسألة تفسير القانون الضريبي من طرف قاضي الضريبة *juge de l'impôt* حين يتسم هذا القانون بنوع من القصور أو يتعارض مع المبادئ العامة للقانون أو مع قانون الأعمال بصفة عامة.

المراجع :

- محمد وديع بدوي، دراسات في المالية العامة، دار التضامن للطباعة والنشر، 1972.
- محمد قصري: "المنازعات الجبائية المتعلقة بربط وتحصيل الضريبة أمام القضاء المغربي" دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الثانية

2009

- مجلة المعيار، عدد 22 دجنر 1996.
- كريم لحرش: "النظام الجبائي المحلي المغربي" مطبعة طوب بريس الرباط 2010.
- ذ موسى عبود ومحمد السملحي: "المختصر في المسطرة المدنية و التنظيم القضائي" أورده محمد الحضري: "المختصر في المسطرة المدنية" السنة الجامعية 2007/2008 .

- محمد محجوبي: "الوجيز في القضاء الإداري المغربي يعد إحداث المحاكم الإدارية" دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط-الطبعة الثانية. 2002 .

- القانون رقم 95-15 بمثابة مدونة التجارة.
- القانون رقم 99-62 المتعلق بمدونة المحاكم التجارية.
- المدونة العامة للضرائب.
- قانون المسطرة المدنية.
- المسطرة الجنائية.

- Jean-yves Capul et Olivier Garnie, dictionnaire
D'économie et de sciences sociales Hatier Paris 1999
- Fayçal sotih « le contentieux de l'impôt des patentes » mémoire de DESA 2001-2000 université
Agdal encadrée par Mohamed sbihi .
- -Mlle Lamia Sophia « les garanties du contribuable dans le contentieux fiscal »Mémoire de
DESA. Université agdal, Rabat, 2001-2002

مسؤولية المعلن المدنية وفق قانون الالتزامات والعقود الموريتاني



عبد الوهاب محمد حاصل على ليصانص قانون خاص

مسلك قانون الأعمال والمؤسسة من جامعة نواكشوط

Email : abdelwehabmedamar@gmail.com



حرمه محمد نعمة : طالب ماستر

مسلك قانون عام جامعة نواكشوط

تمهيد :

الأصل في الإنسان أنه لا يسأل إلا عن أفعاله الشخصية وبذلك فإن المسؤولية عن فعل الغير لا تتقرر إلا استثناء ، ويكون الشخص مسؤولاً عن فعل الغير وذلك في حالتين : الحالة الأولى : هي حالة من تجب عليه رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة والثانية هي حالة المتبوع عن أعمال التابع ، والأصل في المسؤولية عن عمل الغير أنها تقوم على خطأ مفترض وذلك تيسيراً على المضرور الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر (المادة 105 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني) .

إلا أنه ونتيجة للتطورات التشريعية المستمرة خصوصاً فيما يتعلق بالمسؤولية فقد أقامت بعض التشريعات مسؤولية المعلم على أساس خطأ واجب الإثبات¹ ، وهذا ما فعله المشرع الموريتاني في الأمر القانوني رقم 89 –

¹- وذلك مثل القانون الفرنسي الصادر 5 ابريل 1937

126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود المعدل بالقانون رقم 31—
2001 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001 .

ولدراسة المسؤولية المدنية للمعلم أهمية بالغة وذلك لما تحتله المسؤولية من مكانة في القانون المدني بصفة عامة ولشح الدراسات المتعلقة بهذه المسؤولية على وجه التحديد في بلادنا هذا من جهة ومن جهة أخرى لانتشار ما يعرف بظاهرة العنف المدرسي واستفحال هذه الظاهرة وازدياد حالات الأطفال المتنازعين مع القانون .

ولسبر أغوار هذا الموضوع فإننا نتعرض لشروط تحقق مسؤولية المعلم (المبحث الأول) وأساس هذه المسؤولية وكيفية دفعها (المبحث الثاني) وأخيرا حلول الدولة محل المعلم في المسؤولية المدنية إذا تعلق الأمر بالتعليم العام (المبحث الثالث)

المبحث الأول : شروط تحقق مسؤولية المعلم المدنية :

تخضع مسؤولية المعلم في الأصل لمسؤولية متولي الرقابة إلا أنها تختلف عن هذه المسؤولية في القانون الموريتاني في كون هذه الأخيرة قائمة على خطأ مفترض في جانب متولي الرقابة¹ ، أما مسؤولية المعلم فإنها لا تتحقق إلا إذا استطاع المضرور إثبات إخلاله بالالتزام الرقابة، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 106 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني .

ولكي تتحقق مسؤولية المعلم لا بد من أن يوجد طفل تحت رقابة معلم (أولا) صدور عمل غير مشروع من التلميذ (ثانيا) .

أولا : وجود طفل تحت رقابة معلم :

لكي تتحقق مسؤولية المعلم عن أعمال التلاميذ لا بد من وجود إلتزام بالرقابة ومصدر هذا الإلتزام إما أن يكون القانون أو الإتفاق² . وعلة هذا الإلتزام هي حاجة الشخص الموضوع تحت الرقابة إلى هذه الأخيرة وذلك بسبب قصره ، فلا يكفي أن يتولى المعلم بالفعل رقابة التلميذ حتى يكون مسئولا عنه بل يجب أن يكون هناك إلتزام قانوني أو اتفاقي بتولي هذه الرقابة ، وقيام هذا الإلتزام هو الذي تترتب عليه مسؤولية المعلم .

والرقابة في الأصل تقوم على القاصر³ فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه وسن الرشد 18 سنة في القانون الموريتاني (المادة 15 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني) .

كما يشترط أن يكون الفعل الضار قد وقع أثناء الفترة التي يكون التلميذ فيها تحت رقابة المعلم⁴ .

وبمفهوم المخالفة لا مسؤولية للمعلمين عن الأضرار التي يتسبب فيها التلاميذ خارج الفترات التي يكونون فيها تحت إشرافهم ورقابتهم ففي تلك الأوقات تنتقل الرقابة إلى الأب أصلا إلا إذا انتقلت اتفاقا إلى الوصي أو المقدم (راجع الفقرة 2 من المادة 105 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني) .

¹ - راجع المادة 105 من قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني والمادة 173 مدني مصري ،

² - عبد الرزاق أحمد السنهاوي - الوسيط في شرح القانون المدني - ج 1- ص 843

³ - فهناك رقابة على ذوي العاهات العقلية كالمجنون وذوي العاهات الجسمية كالأعمى ويدخل كل هذا في مسؤولية الشخص عن من هم في رقبته

⁴ - د.أحمدو ولد عبد الدايم - محاضرات في المسؤولية التقصيرية - مقدمة لطلبة السنة الثانية قانون - جامعة أنواكشوط العام الدراسي 2010-2011

لذا فالمعلم لا يسأل إلا إذا كان التلميذ تحت رقابته عندما أتى الفعل الضار¹.

ثانيا : صدور عمل غير مشروع من التلميذ :

لا يكفي لتحقق مسؤولية المعلم أن يوجد تلميذ تحت رقابته بل لابد بالإضافة إلى ذلك أن يصدر عمل غير مشروع من التلميذ ترتب عليه ضرر للغير².

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من التلميذ لا أن يقع عليه مثل ذلك أن يصيب أجنبي التلميذ بأذى في وقت يكون فيه تحت رقابة المدرسة فلا يكون معلم الفصل مسؤولا إلا وفق القواعد العامة للمسؤولية فيجب إذن إثبات خطأ شخصي في جانب المعلم³.

لذا لكي تتحقق مسؤولية المعلم يجب البدء بإثبات خطأ في جانب التلميذ فإذا ما تحققت مسؤوليته قامت إلى جانبها مسؤولية المعلم ولذا فإن المسؤولية الثانية لا تجب الأولى وإنما تقوم إلى جانبها.

ويثور الإشكال فيما إذا كان الصبي الذي أحدث الفعل الضار غير مميز بحيث لا يمكن إثبات الخطأ في شأنه لإنعدام ركن من أركان الخطأ وهو التمييز ، ولم يرد في قانون الالتزامات والعقود الموريتاني نص واضح بهذا الشأن مما يحتم القياس أو الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بمقتضى المادة 1179 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي تنص على أنه (يرجع إلى مذهب مالك في كل ما لم ينص عليه في هذا الأمر القانوني)

فمن حيث القياس نجد المادة 105 من قانون الالتزامات والعقود في فقرتها الثانية المتعلقة بمسؤولية الشخص عن من هم في رقابته عموما تنص على أنه : (الأب والمقدم والوصي مسئولون عن الضرر الذي يحدثه القاصرون المعسرون الموجودون تحت رعايتهم).

فقد ذكر المشرع المسؤولية عن تعويض "الضرر" ولم يشترط صدور عمل غير مشروع مما يفهم منه عدم اشتراطه التمييز وهذا أيضا هو ما يتوافق مع موقف فقهاء الشريعة الإسلامية مما يسهل قيام المسؤولية على القاصرين فلا يشترط فقه الشريعة الإسلامية لقيام المسؤولية على القاصر حصول خطأ أو تعدد⁴

وتمارس الرقابة على التلاميذ داخل الفصل من قبل المعلم أو عن طريق المدير بعد خروج التلاميذ من القسم طالما بقوا داخل نطاق المدرسة⁵.

فإذا انتهت الدراسة اليومية قبل موعدها لتغيب معلم وبقي بعض التلاميذ داخل المدرسة ينتظر من اعتاد من أهله أن ينقله إلى بيته فصدر من أحدهم فعل أضر بغيره فإن المدرسة تبقى مسئولة⁶.

¹ - د. عبدالعزيز اللصاصمة - المسؤولية المدنية التقصيرية أساسها وشروطها - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - 2002 - ص 223

² - د. أحمدو ولد عبد الدايم (نفس المصدر السابق)

³ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري (المصدر السابق) ص 850

⁴ - د. سيد أمين - المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن - القاهرة - 2001 - ص 141

⁵ - د. عادل أحمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - 1999 - ص 77

⁶ - د. عادل أحمد الطائي (المرجع السابق) ص 78

المبحث الثاني : أساس مسؤولية المعلم وكيفية دفعها :

تقيم بعض التشريعات مسؤولية المعلم على أساس خطأ مفترض هو الإخلال بواجب الرقابة فيفترضون عدم قيام المعلم بما ينبغي من العناية ، فإذا ارتكب التلميذ عملاً غير مشروع فالفترض أن المعلم قد قصر في رقابته فممكنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل الضار¹. فعلى أي أساس أقام المشرع الموريتاني مسؤولية المعلم؟ (أولاً) وكيف يمكن للمعلم دفع مسؤوليته هذه؟ (ثانياً)

أولاً : أساس مسؤولية المعلم في القانون الموريتاني :

إذا تحققت مسؤولية المعلم على النحو الذي قدمنا ، قامت مسؤوليته على أساس خطأ ثابت وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 106 من قانون الالتزامات والعقود في فقرتها الثانية بقولها : (والخطأ أو عدم الحيلة أو الإهمال الذي يحتج به عليهم، باعتباره السبب في الفعل الضار، يلزم المدعي إثباته وفقاً للقواعد القانونية العامة).

وهكذا أقام المشرع الموريتاني مسؤولية المعلم على أساس خطأ واجب الإثبات متجاوزاً بذلك بعض التشريعات التي ما زالت تقيم مسؤولية المعلم على أساس خطأ مفترض كالشريع المصري². فالضرور هو الذي يقع عليه عبء إثبات التقصير أو الإهمال في جانب المعلم وذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات والتي منها البيئة والقرائن³.

ثانياً : كيفية دفع المعلم للمسؤولية :

في التشريعات التي تقيم مسؤولية المعلم على أساس خطأ واجب الإثبات كتشريعنا الوطني فإن المعلم لا يكلف بنفي الخطأ لأنه على المتضرر إثباته — كما تقدم — في جانب المعلم، إلا أنه يمكنه دفع المسؤولية عنه حتى بعد إثبات الخطأ في جانبه وذلك بنفي علاقة السببية بين خطئه هذا والضرر الذي حصل وهذا ما يستخلص من المفهوم المخالف للمادة 98 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على أنه : (ـ كل شخص مسئول عن الضرر المادي أو المعنوي الذي أحدثه لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر...)

فمفهوم المخالفة يقتضي أنه لكي ينفي المعلم مسؤوليته عليه أن يثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بما ينبغي من العناية ويكفي في ذلك أن يثبت أن الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بخطأ المعلم فوقوعه كان بالنسبة إليه أي المعلم — لا بالنسبة إلى التلميذ — بسبب أجنبي بأن قامت قوة قاهرة أو حادث فجائي أو وقع خطأ من المضور أو خطأ من الغير وكان من شأنه قطع الصلة ما بين التقصير في جانب المعلم وبين الضرر الذي أصاب المضور بأن كان هذا الضرر لا بد واقعا حتى لو اتخذ المعلم كل الاحتياطات المعقولة لمنعه فلم يكن خطؤه هو السبب في حصول الضرر ، مثل ذلك أن يقع الحادث الذي سبب الضرر وقوعاً مفاجئاً بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه⁴ ، والمفاجأة هنا ليست بحاجة إلى نص خاص بل يكفي فيها تطبيق القواعد العامة للقانون التي منها وجوب قيام علاقة سببية بين الخطأ والحادث الذي أنتج الضرر وبغير ذلك لا يمكن الحكم على المعلم بالتعويض

¹ - د. عبدالرزاق أحمد السنهوري (المصدر السابق) ص 852

² - راجع المادة 173 مدني مصري

³ - وقد نظم المشرع الموريتاني أحكام الإثبات في المواد من 397 إلى 485 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني

⁴ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - (المصدر السابق) ص 855

، والقول بحصول الحادث مفاجأة معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة لذا فإن نقص الرقابة لم يكن لم يكن هو السبب الذي أنتج الحادث .

أما التشريعات التي تقيم مسؤولية المعلم على أساس خطأ مفترض كالتشريع المصري فإن المعلم يمكن أن ينفي مسؤوليته بأحد أمرين فإما أن ينفي الخطأ عنه فهو هنا من يتحمل عبء الإثبات لافتراض الخطأ في جانبه فعليه أن يثبت بأنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية¹ ، وأنه أخذ الاحتياطات اللازمة ليمنع التلميذ من الإضرار بالغير فإن استطاع ذلك انتفى الخطأ المفترض في جانبه وارتفعت المسؤولية عنه ، ومما يتنافى مع أخذ الاحتياطات أن يغيب المعلم عن التلاميذ ويترك الرقابة لأحد الأطفال .

وإما أن ينفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه والضرر الحاصل — على النحو الذي بينا سابقا —

المبحث الثالث : حلول الدولة محل المعلم في المسؤولية المدنية :

تجد نظرية حلول الدولة محل موظفيها عموما في المسؤولية المدنية سندها التشريعي في المادة 99 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني² التي تنص على أنه : (الدولة وكل المؤسسات العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية مسئولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن خطأ مستخدميها في نطاق عملهم).

ولم يكتف المشرع الموريتاني بهذا النص العام المتعلق بمسؤولية الدولة عن الأخطاء المرفقية وعن أخطاء موظفيها بل نص أيضا على قواعد خاصة بالمسؤولية المدنية للمعلم ومقاضاة الدولة عن أخطاء المعلمين طبقا لنظام الحلول (أولا) وحق رجوعها على المعلم أو الغير بما دفعته للمضرور (ثانيا) وذلك في المادة 106 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني³ ، وقد استقى المشرع هذه الأحكام من الظهير المغربي للالتزامات والعقود الذي استقاها بدوره من القانون الفرنسي الصادر 15 ابريل 1937⁴

أولا : مقاضاة الدولة طبقا لنظام الحلول في القانون الموريتاني :

بالرجوع إلى أحكام مسؤولية المعلمين المبينة في المادة 106 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني المتعلقة بمقاضاة الدولة عن أخطاء المعلمين نجد أنها تقوم على أحكام من أبرزها :

1— حظر مقاضاة المعلم العام ووجوب مقاضاة الدولة التي تحل محله في دعوى المسؤولية وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 106 التي تنص على أنه : (وفي جميع الحالات التي تقوم فيها مسؤولية رجال التعليم العام وموظفي إدارة الشببية والرياضة نتيجة ارتكاب فعل ضار أو بمناسبته إما من الأطفال أو من الشبان الذين عهد بهم إليهم بسبب وظائفهم، وإما ضدهم في نفس الأحوال، تحل مسؤولية الدولة محل مسؤولية الموظفين السابقين، الذين لا تجوز مقاضاتهم أبدا أمام المحاكم المدنية من المتضرر أو من مثله) ، إلا أن هذا الحظر لا يحول دون حق المعلم في التدخل في دعوى المسؤولية المرفوعة ضد الدولة وذلك ليحصل على حكم بردها أو على حكم بأن الخطأ الذي أدى إلى وقوع

¹ الفقرة الثالثة من المادة 173 مدني مصري تنص على أنه : (ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة)

² ويقابل هذه المادة الفصل 79 من الظهير المغربي للالتزامات والعقود .

³ يقابل هذه المادة الفصل 85 مكرر بمقتضى ظهير 19 يوليوز 1937 المعدل بمقتضى الشرف 4 مايو 1942

⁴ د. أحمدو ولد عبد الدايم — أستاذ القانون الخاص بجامعة أنواكشوط — (المرجع السابق)

الضرر هو خطأ مرفقي مما تسأل عنه الدولة مسؤولية أصلية لا مسؤولية من خلال نظام الحلول ، فيتفادى بذلك رجوع الدولة عليه بما دفعته من تعويض للمضرور¹.

2— حظر استدعاء المعلم بوصفه شاهدا في دعوى المسؤولية المرفوعة ضد الدولة إذ تنص المادة 106 من ق.إ.ع.م في فقرتها الخامسة على أنه: (ولا يسوغ في الدعوى الأصلية، أن تسمع شهادة الموظفين الذين يمكن أن تباشر الدولة ضد هم دعوى الاسترداد) وعلة هذا الحظر هي أن خطأ المعلم هو الأساس في إقامة المضرور لتلك الدعوى لذا سيكون من الظلم استدعاء المعلم بوصفه شاهدا فيها في الوقت الذي قد يعد هو المسؤول في النهاية ، حيث أن الدولة قد ترجع عليه بما دفعته من تعويض لذا فالمعلم له مصلحة في درء المسؤولية عن الدولة وبذا يكون متهما بالغرض والتحيز².

لهذه الأسباب فقد رأى المشرع الموريتاني ضرورة إبعاد المعلم عن هذه الشبهة ومنع سماع شهادته في هذه الدعوى .

3— ينعقد الاختصاص بنظر الدعوى المرفوعة ضد الدولة هنا إلى المحكمة المدنية التي وقع في دائرتها الفعل الضار وذلك طبقا للفقرة السابعة من المادة 106 من ق.إ.ع.م حيث تنص على أنه: (وترفع دعوى المسؤولية التي يقيمها المتضرر أو أقاربه أو خلفاؤه ضد الدولة باعتبارها مسئولة عن الضرر وفقا لما تقدم، أمام المحكمة المختصة الموجود بدائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر).

4— تخضع دعوى مسؤولية الدولة طبقا لنظام الحلول لتقدم خاص حيث قضت الفقرة الأخيرة من المادة 106 من ق.إ.ع.م على أنه: (ويتم التقادم، بالنسبة إلى تعويض الأضرار المنصوص عليها في هذه المادة، بمضي ثلاث سنوات تبدأ من يوم ارتكاب الفعل الضار).

ويقتصر هذا التقادم الاستثنائي على الحالات إلي تحل الدولة فيها محل المعلم العام في المسؤولية المدنية فهذه الدعاوى يسري عليها التقادم الثلاثي لأن النص المذكور ذو صفة استثنائية مما يستوجب تفسيره تفسيرا ضيقا ، فالشاذ يحفظ ولا يقاس عليه .

ثانيا : حق الدولة في الرجوع على المعلم أو الغير بما دفعته من تعويض :

يترتب على حلول الدولة محل المعلم في المسؤولية المدنية دفعها التعويض للمضرور ، إلا أنه يمكنها أن تمارس على المعلم أو الغير دعوى الاسترداد بما دفعته للمضرور من تعويض وذلك ما نصت عليه صراحة الفقرة الخامسة من المادة 106 من قانون الالتزامات والعقود " (ويجوز للدولة أن تباشر دعوى الاسترداد، إما على رجال التعليم وموظفي إدارة الشبيبة وإما على الغير، وفقا للقواعد العامة)".

ويقتصر نطاق رجوع الدولة على المعلم واسترداد ما دفعت للمضرور منه ، على الخطأ الشخصي للمعلم ، بمعنى أن الدولة لا يحقق لها الرجوع على المعلم في حالة الخطأ المرفقي³، فهذا النوع من الأخطاء تسأل عنه الدولة مسؤولية أصلية وليس من خلال نظام الحلول .

¹ - د. جليل حسن بشات الساعدي - مسؤولية المعلم المدنية دراسة مقارنة - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - 2004 - ص 227

² - د. جليل حسن بشات الساعدي - مسؤولية المعلم المدنية دراسة مقارنة (نفس المصدر) - ص 228 و 229

³ - د. جليل حسن بشات الساعدي - مسؤولية المعلم المدنية دراسة مقارنة (نفس المصدر) - ص 234

ولا يحول توقيع جزاء تأديبي على المعلم دون رجوعها عليه لأن الجزاء التأديبي إنما يفرض على المعلم لمخالفته واجبا وظيفيا أما مطالبة الدولة للمعلم بما دفعته من تعويض فيخرج من حيث شكله ومضمونه عن نطاق هذه الجزاءات .

ورجوع الدولة على الغير بما دفعته من تعويض يفترض أن الغير مسؤول عما حدث من ضرر ، وهذا الرجوع يكون بمقدار مساهمة فعل أو خطأ الغير في إحداث الضرر بمعنى أنه يجب توزيع المسؤولية بين المعلم والغير طبقا لقواعد تعدد الفاعلين¹ .

وتجدر الإشارة إلى أنه في التشريعات التي لا تأخذ بنظام الحلول فإن مقاضاة الدولة عن أخطاء المعلم العام تتم طبقا لقواعد " مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه " .

خاتمة :

وختاما نشير إلى الصعوبات التي واجهتنا خلال انجاز البحث من شح للدراسات والمراجع المتعلقة بالموضوع وصعوبة الحصول عليها من جهة ومن جهة أخرى لعدم تعاون بعض المؤسسات القضائية في توفير الأحكام القضائية فقد طرقنا أبواب الكثير من المحاكم سواء كانت ابتدائية أو محاكم استئناف أو محكمة عليا ولم نجد أي تجاوب باستثناء بعض علاقاتنا الخاصة ، رغم أننا نشير إلى تجربة تستحق الإشادة والتشجيع وهي أن المحكمة العليا تنشر بعض قراراتها على موقعها الإلكتروني وهي تجربة مهمة نرجو أن توسع لتشمل كل القضايا وذلك ليتسنى للباحثين الاستفادة منها والتعليق عليها وما لذلك من أهمية بالغة في إرساء مبادئ القانون ومعرفة العاملين في السلك القضائي لما عليه الاجتهاد القضائي .

١- د. جليل حسن بشات الساعدي - مسؤولية المعلم المدنية دراسة مقارنة (نفس المصدر) - ص 235

جنوح الأحداث في القانون الجزائري



محسن شداوي : باحث بصف الدكتوراه

أستاذ مؤقت : بجامعة محمد الشريف

مساعدة سوق أهراس - الجزائر-

مقدمة :

تعد مشكلة جنوح الأحداث من أهم وأعقد المشكلات الاجتماعية التي تواجه أقطار العالم المعاصر، المتقدمة منها والمتأخرة على حد سواء إذ تعرض كيانها ومستقبل أجيالها الصاعدة لخطر كبير. وقد لوحظ من خلال الإحصاءات الرسمية في غالبية الدول أن هذا العصر يشهد تصاعدا مستمرا في جرائم الأحداث كما ثبت أنه يمكن للأحداث ارتكاب مختلف أنواع الجرائم شأنهم في ذلك شأن البالغين، بل من الأحداث من يجيد القيام بأفعال لا يقوى عليها البالغين بسبب صغر حجمهم وخفتهم.

نظرا للتصاعد المذهل في جنوح الأحداث أخذت الدول تبذل جهودها لإيجاد الحلول الكفيلة للقضاء عليها، فعقدت الكثير من المؤتمرات الوطنية والدولية من أجل إيجاد الحلول المناسبة لهذه الظاهرة؛ لكونها تشكل خطورة ليس على الحدث نفسه بل على المجتمع أيضا، لذلك ركزت السياسة الجنائية المعاصرة في معالجة جنوح الأحداث على مصلحة الحدث الفضلى في الإصلاح والتربية وجنبته قدر الإمكان التحقيق والمحاكم الجنائية وإبعاده عن دائرة الجريمة والعقاب، والاهتمام بالجانب الاجتماعي لظاهرة الجنوح وركزت على ضرورة مكافحة الخطورة الاجتماعية الكامنة لدى الأحداث والعمل على معالجتها بالأساليب العلمية مؤكدة على الدور الإنساني والاجتماعي لأجهزة العدالة الجنائية الخاصة بالأحداث ومراعاة مبادئ الدفاع الاجتماعي.

تكمن أهمية دراسة الموضوع في ما يلي :

1- انطلاقا من أهمية الطفل كعنصر أساسي في المجتمع الجزائري، فإن موضوع السلوك الإجرامي للأحداث والمسؤولية الجزائية الناتجة عن هذا السلوك، يفرضان نفسيهما على جميع المستويات نظرا لتأثيرهما البعيد المدى على مستقبل التنمية للأجيال القادمة، إذ أن الطفولة تحتل أهمية مركزية في عملية التنمية الكاملة، لذلك وجب رعايتها والتكفل الحقيقي باحتياجاتها، لأن أي خلل أو مشكل يعترض الأحداث أثناء تنشئتهم ينعكس ذلك سلبا على المجتمع ككل.

2- نتيجة للتزايد الكبير في عدد جرائم الأحداث، الذي وصل إلى حد يبعث على القلق حول مستقبلهم، وجب العمل على الحد من هذه الجرائم بالبحث عن الكيفية التي يسأل بها هذا الحدث عند ارتكابهم للجريمة فهل يراعى في تقرير مسؤوليته أوضاعهم الاجتماعية والنفسية وكذا البيولوجية في هذا أم لا.

إزاء ما تقدم ذكره، فإننا الغرض من هذه الدراسة، هو تسليط الضوء على مختلف المواد القانونية، في التشريع الجزائري والمقارن التي تعنى بالمسؤولية الجزائية للأحداث، والوقوف على مدى استيفائها للضمانات القانونية لوضعهم.

كما تكمن أهداف الدراسة في التعرف على أهم الجرائم التي يرتكبها الأحداث في هذا السن أن كانت تشبه التي يرتكبها البالغين أم هي أخطر من ذلك.

إن قيام المسؤولية الجنائية في القانون الوضعي تختلف من قانون إلى آخر وذلك باختلاف المعايير التي تحدد المسؤولية الجنائية للحدث الجاني في السن أما بالنسبة لأهم الجرائم المرتكبة فنجد أن الإحصاءات الجنائية لا غنى عنها في تحديد معظم المعلومات الخاصة بالجناح من حيث حجم المشكلة أو أبعادها أو مدى ما تشغله من حيز في المجتمع ويسهل تحليل هذه الإحصاءات رسم خريطة بارزة عن انتشار الجناح بالرغم من أن الإحصاءات لا تعطيه صورة واضحة عن تطور الجناح.

والسؤال الذي يطرح في هذا المقام هو ما هي المعايير التي يقتضاها أسس المشرع الجزائري لمسؤولية الحدث الجنائية ؟

المبحث الأول : المسؤولية الجنائية للحدث :

المطلب الأول : ماهية المسؤولية الجنائية للأحداث :

الفرع الأول : مفهوم المسؤولية الجنائية :

أولا : تعريفها :

تأخذ كافة التشريعات الجنائية بمبدأ المسؤولية الجنائية كأساس قانوني لحق العقوبة، ولكنها في معظمها تفادت تعريفها وتحديدها بصورة واضحة، وصريحة مكثفة بالتركيز عليها بصورة غير مباشرة.¹

يعرف الفقيه الإيطالي "كارارا": أن المسؤولية الجنائية هي تحمل الإنسان تبعة انتهاك حرمة قانون من قوانين الدولة بفعل خارجي صادر عنه بشرط ألا يبرره أداء واجب أو ممارسة حق ويعاقب بعقوبة جنائية.²

كما يمكن تعريفها بأنها الالتزام بتحمل الآثار القانونية المترتبة على توافر أركان الجريمة، وموضوع هذا الالتزام هو فرض عقوبة أو تدبير احترازي، حددهما المشرع في حالة قيام مسؤولية أي شخص.³

ويعني هذا التعريف أن المسؤولية ليست ركن من أركان الجريمة ولا تدخل في تكوينها القانوني، وإنما هي الأثر المترتب عن تحقيق كل عناصر الجريمة، حيث تؤدي عند ثبوت أركان الجريمة إلى خضوع الجاني للجزاء الذي يقرره القانون وذلك بموجب حكم قضائي، ويتوافق هذا التعريف مع اشتقاق لفظ المسؤولية فهو مرادف للمساءلة، أي سؤال الجاني عن السبب في اختياره الجريمة باعتبارها سلوكا مناقضا لنظم المجتمع ومصلحه، ثم التعبير عن اللوم الاجتماعي إزاء هذا المسلك، وإعطاء هذا التعبير المظهر المحسوس اجتماعيا في شكل العقوبة.

¹ فريد الزغي، الموسوعة الجزائرية، المجلد الأول، المدخل إلى الحقوق والعلوم الجزائرية، الطبعة الثالثة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص 289 - 290.

² أحمد سلطان عثمان، المسؤولية الجنائية للأطفال المنحرفين، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002، ص 129.

³ نائل عبد الرحمن صالح، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير في القانون الأردني، مجلة الدراسات الأردنية، المجلد السابع عشر، العدد الرابع، 1990، ص 32 - 33.

على أن الاختلاف واضح بين المسؤولية الجنائية والركن المعنوي للجريمة،¹ ذلك أن هذا الأخيرة هي مقدمة يتعين التثبت منها أولاً قبل القول بقيام المسؤولية. كما تفترق المسؤولية عن الأهلية الجنائية، فالأهلية هي صلاحية مرتكب الجريمة لأن يسأل عنها، فهي بذلك حالة أو تكييف قانوني لإمكانات شخص للحكم بعد ذلك على مدى صلاحيته للمسؤولية.² بمعنى أن الأهلية الجنائية هي تقييم أو تقدير لحالة الفرد النفسية والعقيلة، بحيث تكون لديه القدرة على تحمل تبعه عمله. ولا تتحقق له هذه الأهلية ابتداء إلا إذا توافر لديه العقل والرشد بحيث يكون قادر على التمييز والإدراك.³ وعليه لا يلزم أحد بنتائج أفعاله الجرمية ما لم يكن أهلاً للالتزام بها، الأمر الذي يستنبط منه المبدأ القائم بمثابة القاعدة أنه: "يعتبر مسؤولاً جنائياً كل شخص يملك الأهلية لهذه المسؤولية".⁴

ثانياً: الشروط اللازمة لتحمل المسؤولية الجنائية :

1- التمييز :

يقصد بالتمييز قدرة الإنسان على فهم وإدراك ماهية الأفعال التي تصدر عنه والمقصود بفهم ماهية الفعل، هو فهمه من حيث كونه تترتب عليه نتائج العادية وليس المقصود فهم ماهيته في نظر القانون الجنائي، فالإنسان يسأل عن فعله ولو كان يجهل أن القانون يعاقب عليه. عملاً بقاعدة لا يعذر أحد بجهل القانون.

2- حرية الاختيار :

يقصد بحرية الاختيار أو الإرادة، قدرة الإنسان على توجيه نفسه إلى عمل معين أو الامتناع عنه، دون تدخل مؤثرات خارجية عن إرادته والتي قد تفرض عليه إتباع وجهة معينة، ففي هذه الحالة يصح القول بمسؤوليته عن الفعل الذي ارتكبه أما إذا كان مضطراً إلى ذلك بحكم ظروف وعوامل تؤثر في توجيه إرادته، وذلك كحالة المكره فهنا لا يمكن قيام مسؤوليته.⁵ ومن ثم تفترض الإرادة أن يكون الفاعل حراً في اختيار تصرفاته بصورة مطلقة، غير مرغم ولا مكره ولا مضطر، وأن يكون سيد نفسه قادراً على التحكم في سلوكه ونشاطه وأفعاله لا محكوماً فيها أو محمولا عليها. واعتماد الإرادة الحرة شرطاً لتوفر المسؤولية الجنائية مبدأ قانوني مكرس أيضاً في التشريعات الجنائية الحديثة على غرار مبدأ الوعي.⁶

وعليه يتضح أن الإدراك أو التمييز يختلف عن الإرادة، فبينما هذه الأخيرة هي توجيه الذهن لتحقيق عمل من الأعمال فإن الإدراك هو القدرة على فهم ماهية الفعل وتقدير النتائج، وهو ما يظهر مثلاً في حالة المجنون إذ له من إرادة فيما يفعل ولكنه معدوم الإدراك لا يستطيع أن يميز بين ما هو مباح له وما هو ممنوع عليه، فإرادته ليست بإرادة واعية.⁷

وما يلاحظ أن خطة التشريعات قد اختلفت في طريقة التعبير عن هذه الشروط، وتتمثل في إحدى الطريقتين :⁸

¹ عوض محمد عوض، سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للقانون الجزائي وفقاً لأحكام قانون العقوبات في مصر ولبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1999، ص 317 - 318.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام)، الطبعة الثانية، دار النقرى للطباعة والنشر، 1975، ص 469.

³ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص 255.

⁴ فريد الزغبي، المرجع السابق، ص 296.

⁵ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 416.

⁶ فريد الزغبي، المرجع السابق، ص 293.

⁷ عبد العزيز عامر، شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي - دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، مطابع الشروق، بيروت، ص 300.

⁸ حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية في التشريعات العربية، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية الجزء الخامس والعشرون، مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية بالجامعة العربية، 1972، ص

الطريقة الأولى : وتتمثل في القوانين التي تنص صراحة على هذه الشروط، ومن أمثلتها قانون العقوبات الأردني حيث تنص المادة 1/74 على: " لا يحكم على أحد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإدراك".¹ وكذلك قانون العقوبات الليبي المادة 1/79: " لا يسأل جنائيا إلا من له قوة الشعور والإرادة". أما المادة 1/62 فتتص على أنه : " لا يعاقب على امتناع يعده القانون جريمة إلا إذا ارتكب عن شعور وإرادة".

الطريقة الثانية : تتمثل في القوانين التي لا تشير صراحة إلى شروط المسؤولية، وإنما يستفاد ذلك من خلال حالات امتناع المسؤولية الجنائية، منها القانون العراقي، حيث تنص المادة 60 من قانون العقوبات على أن: " لا يسأل جزائيا من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك والإرادة لجنون أو لأي سبب أخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك والإرادة". ونفس الحكم تضمنه القانون الجزائري، حيث هناك حالات تمتنع فيها المسؤولية لانتفاء عناصرها، وذلك كحالة المجنون طبقا للمادة 47، التي تنص على: " لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة". والمكره طبقا للمادة 48: " لا عقوبة على من اضطرت به إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل به بدفعها" وكذا الصبي غير المميز المادة 49: " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية والتربية".

الفرع الثاني : مفهوم الحدث :

أولا: التعريف اللغوي للحدث :

الحدث هو صغير السن وكل شخص صغير السن يعتبر طفلا أو حدثا.

وقد سمي الطفل حدثا لأنه حديث المولد وبه سمي الحديث من الأشياء، وساب حدث أي حديث السن وهو الفتى في السن.²

ثانيا : تعريف الحدث عند علماء النفس :

للحدثاء في علم النفس معنا أوسع مقارنة بغيره من العلوم الأخرى، ويشمل لفظ الحدث أو الطفل كل شخص، ليس فقط منذ ميلاده بل هو مازال جنينا أي من تكوين الجنين في رحم الأم، وهذه المرحلة تنتهي بالبلوغ الجنسي، الذي تختلف مظاهره عند الذكر عن الأنثى.³

ويتضح من خلال هذا التعريف أن علماء النفس بسطوا مرحلة الحدثاء أو الطفولة إلى ما قبل الميلاد لتمتد إلى المرحلة الجنينية.

وعليه فالعبرة في تحديد الحدث في منظور علم النفس ليس بالسن وإنما يكون بظهور علامات البلوغ الجنسي وهي تختلف من حيث وقت ظهورها من شخص إلى آخر.

ثالثا : تعريف الحدث عند علماء الاجتماع :

الحدث أو الطفل من منظور علم الاجتماع هو ذلك الصغير منذ ولادته حتى يتم له النضج الاجتماعي، وتتكامل لديه عناصر الرشد.

يتبين أن مرحلة الطفولة أو الحدثاء عند علماء الاجتماع تبدأ بال ميلاد إلى غاية بداية مرحلة الرشد أين تتكامل لديه عناصر النضج الاجتماعي.

وعلماء الاجتماع اختلفوا في تحديد بداية هذه المرحلة أي مرحلة النضج الاجتماعي والرشد، فهناك من حدد أن مرحلة الطفولة تنتهي ببلوغ الحدث سن الثامنة عشر من عمره، في حين يذهب البعض الآخر إلى أن مرحلة

¹ وهذا النص يوافق نص المادة 210 من قانون العقوبات اللبناني ونص المادة 1/209 من قانون العقوبات السوري.

² ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، الجزء الثاني، الدار المصرية للتأليف والترجمة، مصر، دون سنة طبع، ص 436.

³ محمود سليمان موسى، قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث - دراسة مقارنة - منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 119.

الحداثة تبدأ من الميلاد حتى سن الرشد، وتحديد هذه المرحلة يختلف من ثقافة إلى أخرى فقد تنتهي عند البلوغ أو الزواج أو عند تحديد الدولة لسن معينة تنتهي فيها مرحلة الطفولة.¹

رابعا: تعريف الحدث في الشريعة الإسلامية :

لم يرد مصطلح الحدث في القرآن الكريم ولا في أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم، غير أنه أطلق على صغير السن مسميات أخرى لا تخرج عن الصبي، الطفل، الولد ويتبين أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يستعملوا مصطلح الحدث ما عدا الذي جاء في سياق الحديث عن الصغار في قول أبو حنيفة رحمه الله حيث قال: " ثم تفكرت في أمر القراءات فقلت إذا بلغت الغاية منه اجتمع إلى أحداث يقرؤون عليا" أحداث هنا جاءت بمعنى صغار أي أطفال.²

والأصل في الشريعة الإسلامية أن الحدث هو كل شخص لم يبلغ الحلم لقوله تعالى: "وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ"³. وقد جعل الاحتلام حدا فاصلا بين مرحلتي الطفولة ومرحلة البلوغ والتكليف لكون الاحتلام دليلا على كمال العقل وهو مناط التكليف فهو قوة تطرأ على الشخص وتنقله من حالة الطفولة إلى حالة الرجولة وبلوغ الحلم، ويعرف هذا الأخير بظهور العلامات الطبيعية لدى المرء فهي تنتهي بالاحتلام.⁴

وإذا لم تظهر هذه العلامات، أو أنها ظهرت لكن غير متأكد أو مشكوك في ظهورها، ففي هذه الحالة يرى بعض الفقهاء ضرورة اللجوء إلى معيار موضوعي يسري على جميع الأشخاص، وذلك بتقدير سن حكمي يفترض فيه أن الشخص قد احتلم إذا كان ذكرا أي تجاوز مرحلة الطفولة، ويسري هذا الحكم أيضا على الأنثى، وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه السن الفاصلة بين مرحلة الطفولة ومرحلة البلوغ الحكمي، فنجد الشافعية وبعض الحنفية حدوده ببلوغ سن الخامسة عشر، أما المالكية فيرون أن الشخص يظل حدثا من مولده حتى سن الثامنة عشرة، ما لم تظهر عليه علامات البلوغ قبل ذلك.⁵

خامسا: تعريف الحدث في القانون :

هناك أهمية كبيرة لتحديد مفهوم الحدث من الناحية القانونية لاسيما على صعيد القانون الجنائي الذي يتضمن الأفعال التي يتم على أساسه محاسبة الحدث عليها، سواء من حيث مقدار الجزاء ونوعه عقوبة أو تدبيرا، ومدته والحكمة المختصة بتوقيعه والإجراءات التي تتبع لتوقيعه على الحدث.

ويعد الشخص حدثا من الوجهة القانونية خلال فترة محددة من الصغر تبدأ بالسن التي حددها القانون للتمييز أو تلك التي حددها لبلوغ سن الرشد الجنائي ويختلف موقف التشريعات في مذهبين في هذا المجال: بعضها اتخذ من بلوغ الحدث حدا أدنى من السن هو الأساس لقيام المسؤولية الجزائية، في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى الأخذ من بلوغ سن الرشد أساسا للمسؤولية دون النظر إلى الحد الأدنى للسن.⁶

ويدل لفظ الحدث على أنه شخص لم تتوفر له ملكة الإدراك والاختيار لقصور عقله عن إدراك حقائق الأشياء، واختيار النافع منها، والنأي بنفسه عن الضار منها، ولا يرجع هذا القصور في الإدراك والاختيار إلى علة

¹ محمود سليمان موسى، المرجع نفسه، ص 118 - 119.

² بالخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - دراسة مقارنة - دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 84.

³ سورة النور، الآية 59.

⁴ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي - مقارنا بالقانون الوضعي - دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة عشر، دون سنة طبع، ص 603.

⁵ محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص 120 - 121.

⁶ نبيل صقر، صابر جميلة، الأحداث في التشريع الجزائري، درا الهدى، عين مليلة، 2008، ص 11.

أصابته عقله، وإنما مرد ذلك لعدم اكتمال نموه وضعف قدراته الذهنية والبدنية بسبب وجوده في سن مبكرة ليس في استطاعته بعد وزن الأشياء بميزانها الصحيح وتقديرها حق التقدير.¹

والحدث ليس وصفا متعلقا بمن يرتكب الجريمة، وإنما هو حالة يكون عليها الصغير باعتباره في سن الحداثة، أي الصغير بمعيار قانون محدد، فكل من لم يتجاوز السن المذكور يعتبر حدثا سواء ارتكب جريمة أم لم يرتكب، فهو إذا ارتكبها اعتبر حدثا منحرفا، وإذا لم يرتكبها اعتبر حدثا سويا.²

وقد استخدم المشرع المصري في قانون الأحداث رقم 1974/31 في مادته الأولى لفظ - الحدث - وقصد به كل من لم يتجاوز سنه ثنائي عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف.³

أما في الجزائر وطبقا لقانون الإجراءات الجزائية لسنة 1966 المعدل والمتمم فالحدث الجانح هو الشخص الذي تحت سن 18 سنة، ويرتكب فعلا لو ارتكبه شخص كبير اعتبر جريمة وقد اقترح هذا التعريف في سنة 1959 في الملتقى الثاني للدول العربية حول الوقاية من الجريمة وتبنته الدولة الجزائرية بع الاستقلال.⁴

أورد المشرع الجزائري تسميات مختلفة للحدث فعبّر عنه في قانون الاجراءات الجزائية بلفظ الحدث في الفقرة الثالثة من نص المادة 444 ولفظ القاصر في قانون العقوبات في المادة 49، كما عبّر عنه أيضا بلفظ الطفل في المادتين 442 و 327 من قانون العقوبات. وعليه فإن الحدث أو القاصر أو الطفل في مفهوم المشرع الجزائري هو كل طفل لم يبلغ سنه الثامنة عشر سنة. وقد مد المشرع سن الحدث إلى تسعة عشرة سنة عندما يكون في وضع المجني عليه وفقا للفقرة الأولى من نص المادة 342 من قانون العقوبات في جريمة التحريض على الفسق وفساد الأخلاق التي جاء فيها: " كل من حرض قصرا لم يكملوا التاسعة عشرة ذكورا أو إناثا على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعهم عليه أو تسهيله لهم وكل من ارتكب ذلك بصفة عرضية بالنسبة لقصر لم يكملوا السادسة عشرة يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 25.000 دج."

وإلى سن الواحد والعشرين لما يكون الطفل في حالة الخطر المعنوي وذلك ما نص عليه في المادة الأولى من قانون المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة إذا تنص على أن: "القصر الذين لم يكملوا الواحدة والعشرين عاما، وتكون صحتهم وأخلاقهم أو تربيتهم عرضة للخطر أو يكون وضع حياتهم أو سلوكهم مضرا بمستقبلهم، يمكن إخضاعهم لتدابير الحماية والمساعدة التربوية...".

يتبين أن الحدث في التشريع الجزائري هو الشخص الذي لم يبلغ الثامنة عشر سنة كقاعدة عامة، أما تمديد سن الحدث إلى التاسعة عشرة أو الواحد والعشرين فهو يكون في حالات خاصة يكون الطفل فيها مجني عليه أو معرض للخطر، وذلك لحمايته من أن يكون أداة سهلة في يد الكبار لتنفيذ أغراضهم الإجرامية.

¹ معوض عبد التواب، شرح قانون الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 20.

² معوض عبد التواب، المرجع نفسه، ص 25.

³ محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999، ص 14.

⁴ علي مانع، جنوح الأحداث والتغير الاجتماعي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 17.

الفرع الثالث : التطور التاريخي للمسؤولية الجنائية الأحداث : أولا : في العصور القديمة :

1- مسؤولية الأحداث عند الصينيين القدماء:

ساد في المجتمع الصيني القديم مبدأ المسؤولية الجماعية في بعض الجرائم، كجرائم الخيانة العظمى وبعض جرائم القتل، وكانت المسؤولية تطال جميع أقرباء المجرم لا فرق في ذلك بين كبارهم وصغارهم حتى الرضع منهم، وقد قسم القانون الصيني القديم طائفة الأحداث إلى ثلاثة فئات :

أ- فئة الأطفال البالغين خمسة عشرة سنة، وحكم هؤلاء في العقوبة حكم البالغين من الشيوخ سبعين سنة، وحكم ذوي العاهات الذين فقدوا عينا واحدة أو ذراعا واحدة فتوقع عليهم عقوبة الإعدام في جميع الجرائم المقررة لها العقوبة، وتستبدل العقوبات الأخرى الجسيمة بعقوبات مالية.

ب- فئة الأطفال البالغين من العمر عشر سنوات، وحكم هؤلاء حكم الشيوخ الذين بلغوا ثمانين سنة أو ذوي العاهات الذين فقدوا كلتا العينين أو الذارعين، ولا تختلف حكم أفراد هذه الفئة عن الفئة السابقة إلا عقوبة الإعدام حيث يجوز عرض أمرهم على الإمبراطور لتخفيف عليهم.

ت- الأطفال الذين بلغوا من العمر سبع سنوات، وحكم هؤلاء حكم الشيوخ البالغين من العمر تسعين سنة وهذه الفئة يعفى أفرادها من جميع مظاهر المسؤولية، ويستثنى من هذه القاعدة حالة الخيانة العظمى حيث يقع الحدث تحت طائلة العقاب الذي يتعرض له بالمثل جميع أفراد العائلة.¹

2- مسؤولية الأحداث في التشريع اليوناني :

كانت شريعة قدماء اليونان تقرر المسؤولية الجماعية في جرمي الخيانة العظمى والاعتداء على حرمة الدين، وكان الجزاء يوقع في هاتين الحالتين على جميع أفراد الأسرة وكانت المسؤولية لا تقتصر على الأحياء بل تشمل حتى الأموات من أقرباء المجرم، فكانت تنبش قبورهم ويرمى رفاتهم خارج البلاد،² أما الأحداث فكان يحكم عليهم بالنفي في جريمة القتل غير العمد، وقد قررت شريعة الألواح الإثنى عشر بعض العقوبات البدنية التي توقع على الأطفال في بعض الجرائم، وبخاصة حالة السرقة التي يقبض على صاحبها وبحوزته الشيء المسروق، وفي حالة السطو على المحصولات الزراعية وسرقتها من الحقول، فإن كان مرتكب إحدى الجريمتين بالغاً حكم عليه بالإعدام، وإن كان طفلاً يحكم عليه بالتعويض وبالعقوبة بدنية تتمثل غالباً في الجلد.³

3- مسؤولية الأحداث في التشريع الروماني :

لقد عرف التشريع الروماني كغيره من التشريعات القديمة مبدأ المسؤولية الجماعية في حالة الخيانة العظمى إلا أن الإمبراطور بما له من سلطة مطلقة كان يستطيع الإبقاء على حياتهم على أن يجرموا من الميراث ويعيشوا عيشة المنبوذين في حالة الفقر والتشرد، غير أنه في مرحلة لاحقة عرفت التشريعات الرومانية بصفة عامة مبدأ عدم مسؤولية الطفل الجنائية الذي لم يبلغ السابعة من عمره باعتبار أنه قبل هذا السن لا توجد عنده نية الإضرار بالغير، أما إذا ثبت توافر نية الإضرار بالغير فكان يعاقب ولو لم تزد سنه عن السابعة.⁴

¹ محمد علي جعفر، حماية الأحداث المخالفين للقانون والمعرضين لخطر الانحراف، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004، ص 108.

² محمد علي جعفر، المرجع نفسه، ص 109.

³ قواسمية عبد القادر، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 20.

⁴ محمد علي جعفر، المرجع السابق، ص 110.

وخلاصة القول أن المسؤولية الجنائية للأحداث في ظل التشريعات القديمة بنيت على أساس الفعل المادي دون البحث في الأساس الأدبي، فيكفي أن الإنسان ارتكب فعلا ماديا يجرمه القانون توقع عليه العقوبات المقررة دون البحث في قصده وإرادته، أي أن مسؤولية الجاني تتحدد نتيجة فعله وما سببه للغير من ضرر.¹

ثانيا : في العصور الوسطى :

لقد كان في العصور الوسطى دور هام للمسيحية في تطوير المسؤولية الجنائية، حيث أصبح الاعتبار الديني هو العامل الأساسي في توجيه المسؤولية والعقاب، واختلطت فكرة الجريمة بفكرة الخطيئة وصار أساس العقاب هو الانتقام الديني وتكفير الذنب.²

وبذلك وضع الفقه الكنسي قواعد المسؤولية الشخصية، وقرر أن لا مسؤولية على الإنسان إن لم يكن حر الإرادة في تقرير أعماله، وتقرر عدم مسؤولية الصغار بشكل عام.³

ومن ذلك نجد القانون الانجليزي القديم لم يجعل الحدث دون سن السابعة موضعاً للملاحقة الجزائية، بينما الحدث بين السابعة والرابعة عشر كانت تطبق عليه كل العقوبات، بما فيها الإعدام.⁴

ففي القرن الثامن عشر أصدرت إحدى المحاكم الانجليزية حكماً بالإعدام على غلام في سن الثامنة، وعلى بنت في الثالثة عشر لجريمتي القتل والحريق ونفذ فيهما هذا الحكم، وفي سنة 1840 حكم في إنجلترا على حدث في الخامسة عشر من عمره بالنفي مدة أربعة عشر سنة لأنه سرق أربعين برتقالة وخمسين بيضة.⁵

فحتى وإن كان من سمات الكنيسة الرحمة والتسامح وعدم الإسراف والتوازن بين الخطيئة والعقاب، إلا أن العقوبات قد اتصفت بالقسوة البالغة، ولعل ذلك يتبلور في مدى حرص نظام الحكم الاستبدادي في الاستعانة بالعقوبة للانتقام من الخصوم وتقوية سلطانه بأساليب الإرهاب والبطش، متخذين في ذلك الدين ستارا وإسنادا لسلطة الحاكم إلى فكرة التفويض الإلهي.⁶

ثالثا : في العصر الحديث :

بعد أن زالت سيطرة الكنيسة، وأخذت القوانين تتحول شيئا فشيئا عن فكرة الردع والانتقام إلى فكرة الإصلاح والعلاج نتيجة انتشار أفكار الحرية وحقوق الإنسان خاصة بعد الثورة الفرنسية ونتيجة للتعاون الذي قام بين رجال القانون وعلماء الاجتماع والنفس، ظهرت الدعوات الصريحة إلى وجوب تغيير القوانين والنظم المجحفة بحق الصغار والتي سادت قرونا طويلة، وإلى وجوب التفرقة بين الحدث الجاحم والمجرم البالغ، باعتبار الأحداث فئة خاصة تستوجب العناية والرعاية والتشريع الخاص.⁷

كما أن التقدم العلمي أصبح له التأثير الفعال في زعزعة النزعات الدينية، وتجردت المحرمات من فكرة الخطيئة والمعصية، وأخذت مظهرها دنيويا اجتماعيا، حيث أصبح القانون لا يهتم بحماية المثل العليا إذا لم يتحقق بانتهاكها ما يمس المصلحة الاجتماعية.⁸

¹ أحمد سلطان عثمان، المرجع السابق، ص 134.

² أحمد سلطان عثمان، المرجع نفسه، ص 135.

³ محمد علي جعفر، المرجع السابق، ص 111.

⁴ محمد علي جعفر، المرجع نفسه، ص 114.

⁵ قواسمية عبد القادر، المرجع السابق، ص 24.

⁶ أحمد سلطان عثمان، المرجع السابق، ص 135.

⁷ عبد القادر قواسمية، المرجع السابق، ص 24.

⁸ أحمد سلطان عثمان، المرجع السابق، ص 136.

رابعاً : في الشريعة الإسلامية :

في الوقت الذي كانت فيه أوروبا في العصور الوسطى وبداية العصر الحديث تعيش في ظلام دامس، حيث كان التزمت والقسوة والجمود يعمان أرجاءها، وكانت النظرة إلى الجريمة مقيدة بمفهوم ديني مشوه، كانت الشريعة الإسلامية تميز بين الصغار والكبار تمييزاً كاملاً، وهي تعتبر بحق أول شريعة وضعت لمسؤولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير منذ أن وضعت، وبالرغم من مضي أربعة عشر قرناً عليها تعتبر أحداث القواعد التي تقوم عليها مسؤولية الصغار في عصرنا الحاضر،¹ بل هناك بعض الآراء الفقهية التي تسير أحداث ما وصلت إليه العلوم في وسائل علاج الأحداث، فقد جاء في كتاب "لحلى لابن حزم" قوله " قال أبو محمد: " لا قود ولا قصاص ولا حدا ولا جراح ولا قتل ولا نكال على من لم يبلغ الحلم حتى يعلم ما له في الإسلام وما عليه.... ومن يفعل ذلك من الصبيان أو المجانين أو السكارى في دم أو جرح أو مال، ففرض ثقافة في بيت ليكف أذاه حتى يتوب السكران ويفيق المجنون ويبلغ الصبي لقوله تعالى: "...وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ"²، وتتفهم تعاون على البر والتقوى، وإهمالهم تعاون على الإثم والعدوان"³. ولعل ما يقصده ابن حزم من قوله: " ففرض ثقافة في بيت " هو ما يعرف اليوم بالمؤسسات الإصلاحية.

المطلب الثاني : تدرج المسؤولية الجنائية للحدث في التشريع الجنائي :

لا يكتمل ركن التمييز لدى الطفل إلا بعد مضي زمن كاف تتضح من خلاله مداركه وتتوافر لديه قدرات معينة من الخبرة.

فصغر السن من الأسباب الطبيعية التي تدل على فقدان الإدراك والاختيار، لأن القدرة على التمييز عند الإنسان لا تتم دفعة واحدة بل تنمو مع نمو الشخص، لذلك فإن التشريعات اعتبرت صغر السن قرينة على فقدان الإدراك والتمييز، والتشريعات العربية تتفق جميعها في اشتراط توافر الإدراك والإرادة سواء صراحة أو ضمناً لدى الشخص لإمكان قيام مسؤوليته الجنائية.⁴

تناول المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية للحدث في مجموعة من النصوص والتي مضمونها حماية الأطفال وذلك في قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات إلى جانب بعض القوانين وذلك بشمولها على مجموعة من تدابير الحماية والتربية والعقوبات المخففة.

حدد المشرع مرحلة المسؤولية الجزائية للحدث من سن الثالثة عشر إلى غاية سن الثامنة عشر، وبالتالي فقد اعتبر فترة ما قبل سن الثالثة عشر مرحلة تمتنع فيها المسؤولية الجزائية وكذا العقاب، حيث تنص المادة 49 من قانون العقوبات على ما يلي: " لا توقع على القاصر الذي لم يكتمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة ".

وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد قسم المسؤولية الجزائية للطفل إلى مرحلتين رابطتين إياها بعامل السن هما: مرحلة ما قبل الثالثة عشر من العمر، ومرحلة من سن الثالثة عشر إلى غاية الثامنة عشر من العمر، وهو ما سيتم دراسته في الفرعين التاليين. وقبل دراسة هذه المراحل لابد من التطرق إلى وقت وكيفية تقدير سن الحدث.

¹ عودة عبد القادر، المرجع السابق، ص 599.

² سورة المائدة، الآية 2.

³ ابن حزم، المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل، بيروت، ص 347.

⁴ حسن صادق المرفصاوي، المرجع السابق، ص 61.

1- الوقت الذي يعتد به عند تقدير سن الحدث :

العبرة في تحديد سن الحدث هي لحظة وقوع الجريمة أو الوقت الذي وجد به في إحدى حالات ارتكاب الفعل الجرمي.

فالمعيار الزمني الذي يعتد به لتقدير سن الحدث هو وقت ارتكابه للجريمة، أي ارتكاب الفعل المكون للجريمة ولا عبرة بتاريخ رفع الدعوى العمومية أو وقت صدور الحكم، وهذا يكاد أن يكون محل اتفاق الفقه ويكون تقدير السن وفقا للتقويم الميلادي.¹

2- كيفية تقدير السن :

الأصل عند تحديد السن أن تلجأ المحكمة إلى شهادة الميلاد الرسمية، فهي أقوى الأدلة في تثبيت تاريخ الميلاد أو التاريخ المثبت في الدفتر العائلي. لكن ما العمل إذا لم تكن هناك أوراق رسمية لإثبات السن؟
تجيز بعض القوانين للقاضي في هذه الحالة تقدير سن الحدث إذا كانت غير محققة،² ويمكن إحالة الحدث على الفحص الطبي لتقدير عمره بالوسائل الإشعاعية أو المخبرية أو أية وسيلة علمية أخرى.³

لكن التشريع الجزائري لم يشر إلى هذا الأمر مما يدل على أنه تركه للقاضي. وعندما يترك أمر تحديد سن الحدث للمحكمة، تكون هناك صعوبات لأن القضية تتعلق بإجراء سوف يطبق على هذا الحدث هل هو عقوبة البالغين أم تدابير خاصة بالأحداث؟

وهنا تتبين لنا أهمية الآراء الفقهية الإسلامية لأنها ربطت سن البلوغ أو الرشد بظهور علامات طبيعية تظهر على الصبي، ومن ثمة تكون صعوبات التأكد من سن البلوغ أو عدمه نادرة الوقوع.

الفرع الأول : المرحلة الأولى : إنعدام المسؤولية الجنائية :

ويقصد بها مرحلة امتناع المسؤولية الجنائية بسبب انعدام الأهلية الجنائية لدى الطفل، ويقصد بالأهلية الجنائية قدرة الإنسان على فهم ماهية أفعاله وتقدير نتائجها.⁴

ويتحقق انعدام الأهلية لدى طائفتين، طائفة الأشخاص الذين لم يكتمل نموهم العقلي والنفسي بسبب صغر السن، وطائفة الأشخاص المصابين بمرض عقلي أو عاهة عقلية، وتنتفي مسؤولية هؤلاء بأنها تجعل إرادة مرتكب الفعل غير معتبرة قانونا بسبب تجردها من التمييز أو حرية الاختيار أو من الاثنين معا.⁵

لقد اعتبر المشرع الجزائري الصغير الذي لم يكمل سن الثالثة عشرة غير أهل لتحمل المسؤولية الجنائية المترتبة عن الجرائم التي ارتكبها مهما كانت درجة خطورتها (جناية أو جنحة أو مخالفة) فصغر السن في هذه المرحلة قرينة لانتفاء التمييز وبالتالي انعدام المسؤولية وهذه القرينة مطلقة لا تقبل إثبات العكس حيث يفترض المشرع أن الحدث في هذه السن عديم المسؤولية. والسن الذي تنعدم فيه المسؤولية يختلف من دولة إلى أخرى فمثلا في التشريع المصري السن الذي تنعدم فيه المسؤولية هو الثانية عشر سنة حيث يقرر في المادة 94 من قانون الطفل رقم 12 لسنة

¹ نبيل صقر، جميلة صابر، المرجع السابق، ص 19.

² سمير شعبان، انحراف الأحداث وعلاجه في ضوء الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2003، ص 22.

³ محمد عبد القادر قواسمية، المرجع السابق، ص 37.

⁴ أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، القاهرة، دون دار نشر، 1972، ص 425.

⁵ علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 123.

1996 أن امتناع المسؤولية الجنائية على الطفل الذي لم يبلغ الثانية عشر سنة ميلادية، وذلك لأن الطفل قبل هذا السن لا تمكنه قدراته من الوعي والإدراك بما يقوم به من أفعال.¹

وقرر أيضا أنه إذا كان الحدث في هذه المرحلة لا توقع عليه العقوبة فإنه يخضع في حالة ارتكابه جناية أو جنحة لتدابير الحماية أو التربية في حين لا يكون محلا إلا للتوبيخ في حالة ارتكابه مخالفة.²

وكذلك بالنسبة للمشرع الجزائري حيث أقر في المادة 49 من قانون العقوبات بأن الطفل الذي لم يكمل الثالثة عشر سنة وارتكب فعل مخالف للقانون يخضع لتدابير الحماية والتربية، وقد حددت هذه التدابير في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 444 على النحو التالي:

1- التسليم : ويكون للوالدين معا فإذا غاب أحدهما لأي سبب من الأسباب سلم الطفل إلى الوالد الآخر وإذا لم يوجد سلم لمن له حق الحضانة عليه وإلا فالوصي، فإذا لم يوجد أي ممن سبق سلم إلى شخص يكون جديرا بالثقة يتم تعيينه من طرف قاضي الأحداث.

2- تطبيق نظام الإفراج عنه مع وضعه تحت المراقبة : أي ترك الطفل حرا عند من كان له حق حضائته مع تعزيز الرقابة عليه، وتتم هذه الرقابة بقسم الأحداث للمحكمة التي يوجد بها موطن الطفل، من طرف مندوب أو مندوبين يعينهم قاضي الأحداث بأمر مؤقت أو خلال الحكم الفاصل في القضية، وتشمل هذه المراقبة كل أنشطة الطفل ومجالات تحركه في المجتمع، وترفع كل هذه التقارير كل 03 أشهر لقاضي التحقيق، وهذا لا ينفي موافاته بتقرير في الحال إذا دعت الضرورة إلى ذلك.

3- تطبيق إحدى تدابير الوضع : إذا رأى قاضي الأحداث أن التديرين السابقين لن يجدنا نفعا بالنظر إلى الظروف الشخصية والموضوعية للطفل، أمر بتطبيق أحد تدابير الوضع التالية :

أ- وضعه في منظمة أو مؤسسة عامة أو خاصة معدة للتهذيب أو التكوين المهني مؤهلة لهذا الغرض، مؤهلة لهذا الغرض، قصد إبعاده عن الجو الأسري أو الاجتماعي إذا كان مضرا به.

ب- وضع الحدث في مؤسسة طبية أو طبية تربوية مؤهلة لذلك، وهذا إذا كانت الوضعية الصحية للطفل تقتضي العلاج.

ت- وضع الحدث في مصلحة عمومية مكلفة بالمساعدة، ويكون ذلك عندما تقتضي وضع الحدث المادية أو النفسية مساعدته.

ث- وضع الحدث في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الأحداث الجرمين في سن الدراسة، وبهذا يضمن المشرع حماية حقه في التمدريس.

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري الحكم على الحدث الذي تجاوز سن الثالثة عشر ولمدة معينة لا تتجاوز التاريخ الذي يبلغ فيه الحدث سن الرشد المدني، أي 19 سنة كاملة بتدبير يرمي إلى وضعه في مؤسسة عامة للتهذيب تحت المراقبة أو التربية الإصلاحية.³

¹ المادة 1/94 من قانون الطفل المصري الصادر سنة 1996 والمعدل بالقانون رقم 126 الصادر سنة 2008 على أن "تنتع المسؤولية الجنائية على الطفل الذي لم يجاوز اثني عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة".

- عبد الرحمن العيسوي، جرائم الصغار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 54.

² المادة 2/94 من قانون الطفل المصري نصت على أن: "إذا كان الطفل قد جاوز سنه السابعة ولم تجاوز الثانية عشر ميلادية كاملة وصدرت منه واقعة تشكل جنابة أو جنحة تتولى محكمة الطفل دون غيرها الاختصاص بالنظر في أمره ويكون لها أن تحكم بأحد التدابير المنصوص عليها في المادة 101 من هذا القانون".

- محمد محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للطفولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 9.

³ بلقاسم سويقات، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة -، 2010 - 2011، ص 48

هذه التدابير تصدر عن قسم الأحداث التابع للمحكمة وهي إما مؤقتة تصدر عن قاضي الأحداث بأمر في مرحلة التحقيق، وإما نهائية تصدر عن قسم الأحداث بحكم على إثر المحاكمة ويجوز لقاضي الأحداث أن يعدل هذه التدابير أو مراجعتها في كل وقت إما بناء على طلب النيابة العامة وإما من تلقاء نفسه، وتطبق تدابير الوضع في مراكز متخصصة تابعة من حيث التسيير للوزارة التي تهتم بالشؤون الاجتماعية للمواطنين مثل وزارة التضامن في الجزائر.¹

مما سبق يتبين أن الحدث الذي يكون سنه دون الثالثة عشر في التشريع الجزائري أو الثانية عشر سنة في التشريع المصري والسابعة في بعض التشريعات العربية الأخرى مثل التشريع اللبناني والكويتي²، وارتكب فعلا يوصف بجناية أو جنحة فإنه لا يسأل جنائيا ويمنع أن يوقع عليه أي عقاب وعلة ذلك هي افتراض أن الحدث في مثل هذه السن مجرد من التمييز والإدراك والإرادة الإجرامية.

والمرجع الجزائري لم يترك الصغير في هذه المرحلة دون إصلاح أو تقويم وهذا ما أدى به إلى إحلال تدابير الحماية أو التربية، المنصوص عليها في المادة 444 من قانون الإجراءات التي تطبق على الحدث بدل العقوبات المقررة قانونا لهذه الجنايات والجنح، وذلك لكي لا يشب الحدث معتاد على ارتكاب الجرائم.

وفي حالة ارتكاب مخالفة لا يكون محلا إلا للتوبيخ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون العقوبات، ويتبين أن المشرع قصد التوبيخ كإجراء يوقع على الصغير عند ارتكابه مخالفة من المخالفات التي تكثر عند الأحداث في هذه السن مثل قتل بعض الحيوانات، أو الاعتداءات أو المشاجرات.

الفرع الثاني : المرحلة الثانية : المسؤولية الجنائية المخففة :

يقصد بها مرحلة المسؤولية الجنائية الناقصة وتتجلى مظاهرها من خلال ما قرره المشرع لصالح هذا الصنف من الأحداث سواء في قانون العقوبات أو في قانون الإجراءات الجزائية. وتبدأ هذه المرحلة من سن الثالثة عشر وتنتهي ببلوغ الثامنة عشر من العمر، وقد جعلها المشرع الجزائري واحدة، خلافا لبعض التشريعات التي تقسمها إلى مرحلتين.

وقد نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 2/49 على أن: "يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من (13) إلى (18) إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة." والتدابير المقررة للحدث في هذه المرحلة هي نفسها التدابير المقررة للحدث عديم المسؤولية المنصوص عليها في المادة 444 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. وتكون هذه التدابير لمدة محددة لا يجوز أن تتجاوز التاريخ الذي يبلغ فيه الحدث تسعة عشرة سنة كاملة وهو سن الرشد المدني.³

حددت المادة 50 من قانون العقوبات الجزائري الأحكام والعقوبات المخففة التي يجوز للقاضي أن يحكم بها على الحدث في هذه المرحلة. حيث نصت: "إذا قضى بأن القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 لحكم جزائي فإن العقوبة التي تصدر عليه تكون كالاتي:

إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

¹ أحسن بوسقيعة، المسؤولية الجنائية للأحداث، من كتاب يتضمن أعمال المؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي بالقاهرة، 1992، الآفاق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 31.

² محمد محمد سعيد الصاحي، محاكمة الأحداث الجانحين، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 2005، ص 83.

³ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 392.

وإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغاً".
وتنص المادة 51 على أنه: " في مواد المخالفات يقضي على القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما بالتوبيخ وإما بعقوبة الغرامة."

أما بعض التشريعات التي تقسم مرحلة المسؤولية المخففة إلى فترتين منها قانون الطفل المصري رقم 12 الصادر سنة 1996، رغم أنه لم يحدد الحد الأدنى الذي تبدأ منه المسؤولية الناقصة صراحة، لكن يستخلص من نص المادة 1/94 من هذا القانون أنه يقرر انتفاء المسؤولية دون السن الثانية عشر سنة من عمر الحدث، فالمسؤولية المخففة للحدث تبدأ من سن الثانية عشر إلى سن الخامسة عشر عاما حيث تطبق عليه بعض التدابير التي تعتبر علاجية تهيئية المنصوص عليها في هذا القانون.

تبدأ الفترة الثانية من سن الخامسة عشر إلى الثامنة عشر غير كاملة، إذ قرر تخفيف العقوبات القاسية المقررة في الجنايات والجرح الصادرة عن الحدث كارتكاب الحدث جنائية عقوبتها المقررة في القانون هي الإعدام أو السجن المؤبد فتخفف له العقوبة إلى السجن¹.

وبرأينا أن المشرع الجزائري قد غالى في النزول بمرحلة تطبيق العقوبات إلى سن الثالثة عشرة؛ إذ من غير المعقول أن تكون هناك إمكانية عقاب الحدث في هذه السن بعقوبة أقصاها 20 سنة سجن كما في المادة في المادة 50 من قانون العقوبات الجزائري وإن كان تطبيق العقوبة استثنائيا.

المبحث الثاني : أهم الجرائم المرتكبة من قبل الأحداث :

جرائم الأطفال ظاهرة اجتماعية ليست بحاجة لوصف أو بيان، وهي منذ بدء الخليقة تؤرق الإنسان والمجتمع، وتهدد استقراره وتكبد الدولة خسائر جمة، ومكافحتها وحماية المجتمع منها لا يكون بتقديم الطفل للمحاكمة وإيقاع الجزاءات الجنائية البديلة المناسبة عليه فقط، بل باستئصال أسبابها ومؤثراتها، ويسود اعتقاد عام لدى الجمهور أن الأطفال نادرا ما يرتكبون الجرائم وإن اقترفوها كانت من الجرائم البسيطة التي تتناسب مع سنهم.

إن الحقيقة التي أثبتتها التجربة العملية تؤكد أن الجيل الصاعد من الأطفال يرتكب أخطر الجرائم أسوة بالبالغين من المجرمين، وسنحاول أن نتطرق إلى أهم الجرائم التي قد يرتكبها الأطفال في المجتمع الجزائري والتي يمكن حصرها في:

المطلب الأول : الجرائم ضد الأموال :

وتشمل على ما يلي:

الفرع الأول : السرقة :

عرفت المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري السرقة كما يلي: " كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا." وتعتبر السرقة من الجرائم المتكررة بصورة متفاوتة في كل المجتمعات، وأثبت العمل أنها من أكثر الجرائم التي يرتكبها الأحداث، وتختلف الأسباب والدوافع وراء اقترافها وهي كثيرة ومتنوعة وتؤدي في النهاية إلى هذا السلوك غير السوي والذي يقوم فيه الطفل بالاستيلاء على أموال وممتلكات الآخرين التي لا حق له فيها، ويشترك الأطفال المنحرفين في مجال جرائم السرقة بوجود قاسم مشترك وهو وجود نزعة عدوانية لديهم قد تخفي رغبة في الانتقام من المجتمع، أو حقدا دفينا على الآخرين، وقد يدعي البعض أن تصرفه جاء نتيجة للحاجة والفاقة التي تضطره إلى سلوك هذا السبيل، وفي كل هذا وذاك يبرر لنفسه الاستيلاء على ما يملكه الآخرين، ومعظم الأطفال الذين يرتكبون

¹ عمامرة مباركة، الإهمال العائلي وعلاقته بالسلوك الإجرامي للأحداث، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2010 - 2011، ص 44.

السرقات ويستمرون في ذلك هم منحرفون لا يشعرون بأي تأنيب من ضمائرهم حين يقتربون أعمالا خارجة عن القانون أو الأعراف الاجتماعية وكثير منهم لديه اضطراب في البيئة الأسرية ومشكلات مالية وتاريخ سابق بتجاوز القوانين نتيجة لأعمال إجرامية مشابهة.

يكمن أحد الأسباب الرئيسة للسرقة أن التنشئة في الأسرة لم تكن سليمة تماما منذ البداية، فغالبية محترفي جرائم السرقة كانوا منذ طفولتهم يعانون من غياب القدوة الحسنة، وقد ثبت أن الأطفال الذين يرتكبون السرقات الصغيرة زمن الطفولة والدراسة يتحولون إلى مرتكبي جرائم سرقات كبرى بعد البلوغ، كما ثبت أن محترفي السرقة قد بدؤوا أولى خطواتهم صوب هذا الاتجاه بسرقة صغيرة وهم في مرحلة الطفولة، وعند وقوع انهيارات في الأسرة نتيجة لانفصال الوالدين أو عدم اهتمامهم بأبنائهم وعدم تربيتهم التربية الصالحة، فإن كل ذلك يساهم في انحراف سلوك الأشخاص وبالتالي التوجه لارتكاب الجرائم لعدم تربيتهم تربية قويمية.

الفرع الثاني : التسول :

التسول آفة مقبنة في استجداء المال وما شابه من طعام أو شراب أو ملابس أو غيرها من الغير دون مقابل تافه كتنظيف السيارات حال توقفها على متفرقات الطرق، وتعتبر ظاهرة التسول مشكلة اجتماعية آخذة بالازدياد مع انتشار حالات البطالة والفقر، ولكن ما يلفت الانتباه في هذه الظاهرة القديمة الجدية دخول العديد من الأطفال هذا المجال الذي يوشك أن يتحول إلى مهنة تدر على أصحابها الأموال الطائلة، فتجاوب الناس مع الأطفال المتسولين بطريقة عفوية هو نتاج ثقافة مجتمع، وخجل من رد السائل، لكن لو تذكر الناس أن المتسول يسأل يوميا مئات الناس وربما الآلاف غيره، وأنهم يعملون وهو لا يعمل، وأن تجاوبهم معه حرم المجتمع مع طاقة منتجة لتراجعت ظاهرة التسول.

لذا لا بد من الحديث عن المنطلقات الرئيسة لمعالجة هذه الظاهرة التي يتربع على عرشها الأطفال، والتي يأتي في مقدمتها تنمية الطفولة ورعايتها وصون حقوقها، والدفاع عنها باعتبار ذلك أحد مكونات التنمية البشرية، كما أن تنمية الطفولة وحمايتها ورعايتها التزام وطني وإنساني نابع من القيم الروحية، ناهيك بكون تلك المنطلقات النظرية الأساس تتضمن القناعة بأن التنشئة القويمية للأحداث هي مسؤولية عامة تتضافر فيها كل الجهود ابتداء من الأسرة مروراً بمؤسسات المجتمع المدني، وانتهاء بالمسؤولية الملقة على عاتق السلطة الوطنية من خلال تأمين الحماية اللازمة لهذه الأسرة من عوامل الضعف والفقر الذي يخلفه تدني الحياة الاجتماعية.

المطلب الثاني : الجرائم الواقعة على الأشخاص :

الفرع الأول : القتل :

نص المشرع الجزائري على جريمة القتل في المواد من 254 إلى 263 من قانون العقوبات وقد عرفها في المادة 254 بأنها: " إزهاق روح إنسان عمدا".

قد يرتكب الأحداث جرائم القتل لأسباب متنوعة أهمها انعدام الوازع الديني، وهي من الجرائم التي يعاقب عليها بأشد العقوبات في القانون الجزائري، ولا يستطيع أحد أن ينكر جدارة حق الإنسان في الحياة بحماية القانون الجنائي، باعتباره عصب الحقوق جميعا، كما لا يمارى في استحقاقه للحماية على مستوى الفرد والجماعة على السواء، لأن حماية حق الإنسان في الحياة هي في النهاية وسيلة المجتمع في الحفاظ على وجوده هو نفسه، ورغم قلة لجوء الطفل إلى القتل فإنه نادرا ما يقع عمدا، ورغم ذلك فلا يجب الاستهانة بهذه الجريمة الخطيرة لأن نتائجها بالنسبة للطفل وأسرته والمجتمع خطيرة جدا، الأمر الذي يقتضي اتخاذ إجراءات الوقاية منها وعلاجها بأنجع السبل لحماية للمجتمع من هذه الآفة المدمرة.

الفرع الثاني: أعمال العنف العمدي:

نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 264 إلى 276 من قانون العقوبات وتشمل على ما يلي: " كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربة أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي...." وعلى هذا تشمل هذه الأفعال ما يلي:

الضرب: وهو كل تأثير على جسم الإنسان، ولا يشترط أن يحدث جرحا أو يتخلف عنه أثر أو يستوجب علاجاً. **الجرح:** هو كل قطع أو تمزيق في الجسم أو في أنسجته، ويتميز عن الضرب بأن يترك في الجسم ويدخل ضمن الجرح: **الرضوض** contusions والقطوع sectionnements والتمزق déchirures والعض morsures والكسر fractures والحروق brulures.

أعمال العنف الأخرى والتعدي:

أعمال العنف الأخرى: ويقصد بها تلك الأعمال التي تصيب جسم الضحية دون أن تؤثر عليه أو تترك أثرا فيه، ومن هذا القبيل: دفع شخص إلى أن يسقط أرضاً، جلب الشعر، قص شعر شخص عنوة، لمس امرأة على وجهها، جلب شخص أو جذبه من أذنيه، لوي ذراع شخص...

التعدي: ويقصد به تلك الأعمال المادية التي وإن كانت لا تصيب جسم الضحية مباشرة فإنها تسبب لها انزعاجا شديدا من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب في قواها الجسدية أو العقلية، ومن هذا القبيل إطلاق عيار ناري لإحداث الرعب في نفس شخص، وتهديد شخص بمسدس أو بسكين أو بمذراة أو بعصا، البصق في وجه شخص أو قذفه بالماء، وإرسال لشخص ظرفا يحتوي على قاذورات أو رسائل تحتوي على صور لأكفان.¹

وتكثر أعمال العنف العمدي التي تسبب الأذى البالغ من قبل الأحداث باعتبارها تعبيرا عن موقفهم اتجاه أزمة أو مشكلة يعاني منها المعتدي ويجد فيها حلا لتلك الأزمة أو المشكلة.

المطلب الثالث: الجرائم الجنسية:

تلعب الغريزة الجنسية دورا هاما في تكوين شخصية الطفل، كما أن لها انعكاسات لا تنكر على تصرفاته والاتجاه به صوب الفسق والرذيلة، فإذا ما انحرفت أنتجت كما من الإجرام خاصة في مجال الجرائم الجنسية، والجريمة الجنسية جريمة متعددة الجوانب فهي جريمة دينية نفسية اجتماعية اقتصادية، وهي تعبر عن فشل مؤسسات المجتمع جميعها في تهذيب النفس البشرية وترويض مارد الرغبات الجنسية لصالح علاقة جنسية طبيعية تؤدي إلى أسرة قوية متماسكة محافظة على التقاليد الدينية والأعراف الاجتماعية.

تعرف الجريمة الجنسية بأنها سلوك جنسي يؤثم التشريع القائم في دولة معينة ويعاقب عليها القانون، وتتنوع الجرائم الجنسية والمنافية للأخلاق في القانون الجزائري إلى مواقف أنثى بغير رضاها وارتكاب السدمومية (فعل قوم لوط) والاعتصاب ومواقعة شخص خلافا لنواميس الطبيعة والأفعال المنافية للحياء والزنا وقيادة أنثى للإخلال بالآداب والبغاء وإدارة بيت للبغاء والإشراف على البغاء والحث على الإخلال بالحياء علنا والتلميحات المنافية للحياء والتآمر على الإغراء والتشويق والاستعباد الجنسي...، وهذه الجرائم منتشرة في كافة المجتمعات الإنسانية ومن ضمنها مجتمعنا الجزائري وإن كان بصورة أقل بكثير مما هو في دول العالم.

ترجع التصرفات الجنسية لدى الأطفال - على خلاف مع القانون - في كثير من الأحيان إلى شكل من أشكال الشذوذ الذي يصيب الغريزة الجنسية²: (كالاكسيثيونيزم) وهو شذوذ يدفع الطفل إلى الكشف عن عورته وعرضه

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، 2006، ص 47 - 48.

² رمسيس مهنم، الجرم: تكوينها وتكوينها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1983، ص 171 وما بعدها.

على الغير كي يشعر باللذة الجنسية، و(الفاتيشيزم) وهو شذوذ من شأنه أن يثير المصاب به جنسيا عند رؤيته لأجزاء معينة من جسم الغير أو لملابس من لون معين يرتديها الغير،¹ وكذلك (البيستياليته) أي البهيمية،² وهو شذوذ يقود صاحبه إلى الاتصال الجنسي بالحيوانات.

ويختلف تقييم السلوك الجنسي من بلد لآخر، فالسلوك الجنسي الذي يعتبر جريمة في دولة ما قد يعتبر خطأ في دول أخرى ويعتبر حرية مقبولة في دولة ثالثة.

الخاتمة :

من خلال ما تقدم يتضح أن المسؤولية الجنائية للحدث الجانح تؤسس على ضابط السن، إذ أن التشريع الجزائري يقر ضرورة عدم تحديد هذا السن وترك الحرية للقاضي الأحداث وفي ذلك إشكال كبير لأنه ليس كل قاضي جدير ومتمكن حتى نعهد له بهذه المهمة الحساسة ثم أن المشرع اقر بأنه من خلال هذه المدة يمكن أن نطبق على الحدث تدابير الحماية أو التربية دون تحديد سن معينة لا يمكن أن تخضع لمثل هذه التدابير فهل يعقل مثلا أن توقع على الصبي الذي يبلغ عمره 5 سنوات مثل هذه التدابير؟.

الإجابة المنطقية على هذا التساؤل أنه لا يميز إطلاقا بين ما هو نافع وما هو ضار وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية مثل فرنسا العراق لبنان وسوريا.....وعلى المشرع الجزائري الأخذ بذلك أيضا ثم تعرضنا إلى نموذج لأهم الجرائم المنتشرة بين الأحداث الجانحين وتجدر الإشارة أن نسبة انتشارها بين الذكور اكبر من الإناث نظرا للعديد من العوامل البيئية وأهمها العادات والتقاليد والتحفظ بالنسبة للبنات.

قائمة المراجع :

القرآن الكريم.

الكتب :

1. ابن حزم، المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل، بيروت.
2. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، الجزء الثاني، الدار المصرية للتأليف والترجمة، مصر، دون سنة طبع.
3. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هوم، الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، 2006.
4. أحمد سلطان عثمان، المسؤولية الجنائية للأطفال المنحرفين، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002.
5. أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، القاهرة، دون دار نشر، 1972.
6. بالخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - دراسة مقارنة - دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
7. حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية في التشريعات العربية، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية الجزء الخامس والعشرون، مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية بالجامعة العربية، 1972.
8. رمسيس بهنام، الجرم: تكوين وتقويم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1983.
9. عبد الرحمن العيسوي، جرائم الصغار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
10. عبد العزيز عامر، شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي - دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، مطابع الشروق، بيروت.
11. عبد القادر عوفة، التشريع الجنائي الإسلامي - مقارنا بالقانون الوضعي - دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة عشر، دون سنة طبع.
12. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول "الجريمة"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر.

¹ ويقود هذا الشذوذ إلى جرائم الأفعال المخلة بالحياة بالقوة المنصوص عليها في المادة 335 من قانون العقوبات الجزائري.

² وحدير بالذكر أن هذا الشذوذ يقود إلى جريمة ارتكاب الفعل المنافي للحياة علنا المقررة في المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري.

13. علي مانع، جنوح الأحداث والتغير الاجتماعي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
14. علي محمد جعفر، حماية الأحداث المخالفين للقانون والمعرضين لخطر الانحراف، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004.
15. عوض محمد عوض، سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للقانون الجزائي وفقا لأحكام قانون العقوبات في مصر ولبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1999.
16. فريد الزغبى، الموسوعة الجزائرية، المجلد الأول، المدخل إلى الحقوق والعلوم الجزائرية، الطبعة الثالثة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1995.
17. محمد عبد القادر قواسمية، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
18. محمد محمد سعيد الصلحي، محاكمة الأحداث الجانحين، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 2005.
19. محمد محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للطفولة، دار النهضة العربية، القاهرة.
20. محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المحني عليه، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999.
21. محمود سليمان موسى، قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث - دراسة مقارنة - منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.
22. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
23. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام)، الطبعة الثانية، دار النقرى للطباعة والنشر، 1975.
24. معوض عبد التواب، شرح قانون الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
25. نبيل صقر، صابر جميلة، الأحداث في التشريع الجزائري، درا الهدى، عين مليلة، 2008.

الرسائل والمذكرات :

1. بلقاسم سويقات، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة - ، 2010 - 2011.
2. سمير شعبان، انحراف الأحداث وعلاجه في ضوء الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2003.

المقالات:

1. أحسن بوسقيعة، المسؤولية الجنائية للأحداث، من كتاب يتضمن أعمال المؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي بالقاهرة، 1992، الأفق الجديدة للعدالة الجنائية في مجال الأحداث، دار النهضة العربية، القاهرة.
2. نائل عبد الرحمن صالح، المسؤولية الجزائية عن فعل الغير في القانون الأردني، مجلة الدراسات الأردنية، المجلد السابع عشر، العدد الرابع، 1990.

مفهوم الحسبة من الولاية الدينية إلى المهمة الاجتماعية



علي زروقي حاصل على دبلوم الدراسات العليا المعمقة من دار الحديث الحسنية بالرباط

باحث بسلك الدكتوراه بوحدة العمل الاجتماعي في الإسلام بجامعة محمد الأول بوجدة

لا يخطئ من يقول أن العمل الاجتماعي يهدف إلى رعاية حقوق الإنسان، وأن حقوق الإنسان هي شعار الربع الأخير من القرن العشرين الميلادي. " فقد نشطت حركة الدفاع عن حقوق الإنسان منذ أواسط السبعينات من هذا القرن نشاطا فاق كل ما سبق لهذه الحركة أن حققته منذ نشأتها"¹. وكان هذا النشاط عالميا في انتشاره، غير محدود بحد في موضوعاته فكل ما يخطر على البال من شأن أو شيء أو فكرة، تتصل بحياة الإنسان، تحولت - في تيار هذا الانتشار - إلى صورة من صور " الحقوق " الإنسانية الجديدة بالحماية.

وتوجهت أنظار أنصار هذه الحركة المتجددة إلى كل ركن من أركان المعمورة ينشئون جماعات أو جمعيات لحقوق الإنسان: ترصد انتهاكاتها وتنبه إليها وتنتقدها، وتنشر الوعي الثقافي والسياسي والاجتماعي بها، وتعلن في كل عام موقفا محددا في "تقارير" تنشر بين الكافة، ويتلقاها العاملون في مجال حقوق الإنسان، والمهتمون بها بانتظام يبعث فيهم مزيدا من الاهتمام، ويدعوهم إلى جديد من النشاط، في اتجاهي المراقبة والإعلام معا.

ومن الإنصاف الاعتراف بهذا السبق العالمي في مجال تنظيم الدفاع عن حقوق الإنسان. ففي العالم عدد غير قليل من المنظمات التي تعنى بهذا التنظيم، وتتابع قضاياها في معظم الأقطار، ومنها أقطار الوطن العربي ودول العالم الإسلامي. هذه التنظيمات التي يجمعها الباحثون المهتمون في مسمى "المجتمع المدني".

والسؤال الذي يطرح نفسه بعد هذا العرض السريع هو: ألا يوجد في تراثنا الإسلامي إطار عمل على نفس القضايا؟

1- العوا ، محمد سليم : الفقه الإسلامي في طريق التجديد ، سلسلة شرفات العدد 22 سنة 2008 سفير الدولية للنشر القاهرة منشورات الزمن الرباط ص 284 .

لا أريد بهذا السؤال الإسقاط الحرفي بل الاستفادة من الإمكانيات الموجودة مع الأخذ بعين الاعتبار المتغيرات لتكييف الأطر الاجتماعية الإسلامية مع وسائل العمل الحديثة، وأول إطار يلفت الانتباه في هذا الصدد هو مؤسسة الحسبة . فما هي الحسبة وما هي المقاربة التي يمكن إقامتها بينها وبين المجتمع المدني ، وكيف يمكن تنزيل الحسبة على أرض الواقع، هي الأسئلة التي سيتم الإجابة عنها في صلب هذا البحث.

المطلب الأول : بين الحسبة والمجتمع المدني :

تضع المقاربات البحثية لمفهوم المجتمع المدني عند الباحثين العرب -إلا قلة منهم- الباحث في حرج منهجي لا يحسد عليه، وتضع عليه الفرصة في البحث في أصول المجتمع المدني في إطار التراث الإسلامي، والتي لو صحت دراستها بدقة وموضوعية وعمق لاضطررنا إلى مراجعة الكثير من المقولات التي ترددت عن اقتصار خبرة المجتمع المدني على التجربة الغربية وحدها دون غيرها¹.

فقد ذهب بعض الباحثين إلى أن المجتمع العربي لم يشهد أي صورة من صور المجتمع المدني ويرجع ذلك إلى أن هذه المجتمعات لم تعرف ديمقراطيات وبالتالي " فمن الصعب قيام مجتمع مدني عربي على النحو الموجود في النسق الغربي في ظل جو غير ديمقراطي أو بأسلوب غير ديمقراطي"².

ورأى آخر أنه من المستحيل قيام مجتمع مدني عربي في الوقت الراهن لغياب شروطه الموضوعية، وفي هذا الصدد يقول محمد عابد الجابري: " كما يعد من المستحيل قيام هذا المجتمع المدني العربي في ظل الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والثقافية السائدة في المجتمعات العربية الآن، تلك الأوضاع التي تتميز بغياب مؤسسات مجتمع مدني عاجزة عن التوسع والانتشار"³.

وهناك موقف ثاني يؤكد على أن مجتمعا العربي الإسلامي كان قد عرف تاريخيا مجتمعا مدنيا لعله في بعض كياناته وجوانبه يعد أكثر اتساعا وتنوعا وشولا وتسامحا مما هو عليه الآن في المجتمع العربي المعاصر، "فقد شهد الأول تكوينات وروابط هي ذاتها ما نسميها الآن بالمجتمع المدني، الظواهر قد وجدت قبل وجود المسميات وظهرها"⁴.

فقد ورد ذكر المفهوم عند كل من الفارابي⁵ وابن خلدون⁶، خاصة الأخير الذي تحدث عن (أهل الدولة) في مقابل (أهل العصبية)، أي أهل الحكم والسياسة في مقابل أهل الحرف والصنائع والطوائف والفرق، كما ميز بين السياسة المدنية وتعني اهتمام الأفراد بشؤونهم الخاصة وأمورهم الحياتية اليومية، وبين السياسة الحكومية. ومن ثم

¹ يتصرف :

- الصادق بلعيد : الطاهر لبيب، مفهوم المجتمع المدني كما يراه الطاهر لبيب، التأليف جماعي، الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان، صامد للنشر والتوزيع ، صفاقس تونس، ط1، سنة 1991م ، ص8-16.

- أحمد زايد: نحو مفهوم جديد للمجتمع المدني، نشرة البحوث العربية، مركز البحوث العربية، العدد8، فبراير 1995، ص32-34.

² - أحمد حسين حسن، الجماعات السياسية الإسلامية والمجتمع المدني، الدار الثقافية للنشر القاهرة، ط 1 سنة 1421 / 2000م، ص127.

³ - الجابري، محمد عابد: إشكالية الديمقراطية والمجتمع المدني في الوطن العربي، المستقبل العربي، العدد 167، السنة 15، يناير 1993، ص15.

⁴ وجيه كوثراني، المجتمع المدني والدولة في التاريخ العربي، نقلا عن أحمد حسين حسن، الجماعات السياسية الإسلامية والمجتمع المدني، مرجع سابق، ص128.

⁵ مروة، حسين: النزعات المادية في الفلسفة العربية الإسلامية، دار الفارابي، بيروت ط5، سنة 1985 ج2، ص512.

⁶ الجابري، محمد عابد :فكر ابن خلدون، العصبية والدولة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط 5 سنة 1992.

فما وجد تاريخيا في إطار المجتمع العربي هو ذلك المجتمع الأهلي، أي تلك المؤسسات والتنظيمات الموازية لتنظيمات الدولة، والتي تركز من خلالها النشاط المدني بشكل أساسي في الإنتاج الحرفي والتجارة. هذه التنظيمات الوسيطة كانت تقوم بوظائف أهلية عديدة بمعزل عن السلطات الحاكمة في الدولة الإسلامية، وكلها كانت حركات اجتماعية سواء بالاتفاق مع السلطة الحاكمة أو بمعزل عنها.

كانت هناك، أيضا، الأوقاف ومؤسسات البر والخير التي تثبت أن المجتمع العربي كان ذاخرا بالمؤسسات التي نسميها الآن بالجمعيات الأهلية، والتي أمدت الأفراد بالنفع العام. فالمجتمع المدني الأهلي كان متجذرا وموجودا بكثافة في إطار المجتمع العربي الإسلامي، وأن ما أصابه من فترات انقطاع كان بفعل العوامل الداخلية للأنظمة أو الخارجية للاحتلال.

إن التاريخ الإسلامي يذكر لنا أن الحياة الإسلامية عرفت مؤسسات شبيهة بتنظيمات المجتمع المدني، تتمتع بالاستقلالية النسبية عن السلطة، فقد عرفت جماعة أهل الحل والعقد¹ من لدن الخلفاء الراشدين، وكان لها دور بالغ في مراقبة السلطة السياسية وتصويبها، كما كانت لها أدوار اجتماعية كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإصلاح ذات البين. كما كان للمساجد وظيفة هامة في الوعي الديني والفكري، ففيها تعقد الندوات والدروس، كما عرفت مجموعات اضطلعت بوظائف منفصلة عن الدولة نسبيا. فالمجتمع الإسلامي كان يعج بتلك الكيانات والمؤسسات بدءا بجماعات القضاة والعلماء إلى نقابات الحرف والصناعات، إلى رؤساء الطوائف والفرق، كما كانت مؤسسة الوقف خير دليل للبنية الاقتصادية التطوعية المستقلة عن الدولة، أدت دورا كبيرا في توفير المستلزمات الضرورية.

هذا؛ وإن هذه المؤسسات وإن لم تكن بالمعنى الدقيق للمجتمع المدني على ما حده فقهاء الفكر السياسي والاجتماعي الغربيين والعرب في القرن الأخير، "بيد أنه لا يخالف منصف خبر التاريخ أن تلك المؤسسات كانت بدايات أولية لإقامة مجتمع مدني قائم على العدل والحرية والمساواة، يسوسه قانون الحق وميزان العدل"².

ومن هذه المؤسسات التي لعبت دورا مهما في تاريخ الحياة الاجتماعية الإسلامي، والتي يمكن اعتبارها مصنعا أساسيا خرجت منه ثقافة المراقبة الشعبية لممارسات الدولة والأفراد على حد سواء؛ هذه المؤسسة هي "مؤسسة الحسبة".

والدليل على هذا الدور السياسي والاجتماعي الذي كانت تلعبه، أن الكتابات الشرعية الأولى أدرجتها ضمن مباحث السياسة الشرعية، وعيا من أصحاب هذه المؤلفات بهذا الدور الكبير الذي لعبته في ضبط التصرفات العامة وفق ما يجلب النفع لجميع أفراد المجتمع.

حقا أننا نجد في هذه الكتابات بعض القصور في توسيع دائرة المتدخلين في مهام الحسبة وحصرها في الغالب على المراقبة الرسمية، إلا أنه وجدت بعض الإشارات التي يمكن تطويرها لإبراز الوجه الحقيقي لمعنى الحسبة والذي يتماشى والتطورات المعاصرة في الفكر السياسي والاجتماعي مع الحفاظ على التصور العام للإسلام، وفيما يلي بحث هذا الموضوع.

¹ عبد بن إبراهيم الطريقي: أهل الحل والعقد، صفاتهم ووظائفهم، منشورات رابطة العالم الإسلامي بمكة، العدد 185، السنة 17، عام 1419هـ.

² أحمد الصبيحي، مستقبل المجتمع المدني في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط1 سنة 2000م، ص50-51.

القسم الأول : مفهوم الحسبة.

مؤسسة الحسبة في الإسلام من أكثر المؤسسات الدينية التي لاقى اهتماما كبيرا من أغلب علماء الدين الإسلامي، من فقهاء، وقضاة، ومفسرين، وشراح أحاديث، وأدباء، ومؤرخين، ومترجمين، ومفكرين، ويرجع سبب ذلك إلى أن تلك المؤسسة تعبر تعبيرا صادقا عن وعي الإنسان تجاه نفسه وتجاه مجتمعه وتجاه دينه. كما أن لهذه المؤسسة دورا كبيرا في حماية حقوق الإنسان، فتعد آلياتها من أكبر الضمانات لتلك الحقوق. ومع ذلك فهي من المؤسسات الإسلامية المظلومة في واقعنا المعاصر علميا وعمليا؛ "هي مظلومة علميا - وظلمها العلمي يؤسس لظلمها العملي - لأن عشرات من الدراسات والبحوث التي كتبت وتكتب، والتي نشرت وتنتشر، أو درست وتدرس في معاهد العلم ومراكز البحث على امتداد العالم الإسلامي من أقصاه إلى أقصاه لا تكاد تخرج إلا قليلا عن منهجية الاجترار والتكرار لما قاله المؤسسون الأوائل لهذه المؤسسة"¹.

والذي يجب الآن القيام به هو إخراج مؤسسة الحسبة من الخبس التاريخي والفقهية، وذلك بإعادة اللحمة بين العلوم الاجتماعية والعلوم الشرعية؛ والإجابة عن السؤال الملح: كيف نفعل مؤسسة الحسبة في بناء نماذج لعملية تنظيم العلاقات الاجتماعية؟

الفرع الأول : تعريف الحسبة لغة.

الحسبة - بكسر الحاء - مصدر من احتسب يحتسب احتسابا وحسبة، وهي تطلق بهذا الاعتبار على معنيين :

الأول : الحسبة مصدر احتسابك الأجر على الله تعالى، تقول: فعلته حسبة، واحتسب فيها احتسابا. والاحتساب : طلب الأجر. والاسم : الحسبة - بالكسر - وهي الأجر. ويقال: احتسب فلان ولده: صبر على وفاته مدخرا الأجر على صبره عند الله تعالى. والجمع: الحسب، والاحتساب من الحسب. وإنما قيل لمن ينوي بعمله وجه الله: احتسبه؛ لأن له حينئذ أن يعتد عمله، فجعل في حال الفعل كأنه معتد به.

الثاني : بمعنى الإنكار والتدبير، يقال: احتسب فلان على فلان: أنكر عليه قبيح عمله، ومنه: المحتسب. يقال فلان: محتسب البلاد، ولا يقال: محسب².

النوع الثاني : تعريفها اصطلاحا : اختلف الفقهاء والباحثون في مجال الحسبة في تعريفها اصطلاحا، فذكر كل واحد منهم تعريفا مختلفا عن الآخر، وأرى - والله أعلم - أن سبب الاختلاف في تعريفها يعود إلى الاختلاف في الزاوية التي لحظها الباحث من مجال الحسبة. فمن نظر إلى اختصاصاتها عرفها بذكر بعض مهامها، ومن نظر إليها بوصفها ولاية من الولايات السلطانية، ركز في تعريفه على هذا الجانب، ومن عدها عملا شرعيا يشمل المعين الرسمي والمتطوع عرفها بمعنى شمل هذا وذاك، وسيوضح ذلك من خلال ما سأذكره من تعريفاتهم بحسب هذا التصنيف الذي ظهر لي، ثم أرجح ما أراه ملائما لموضوع هذا البحث .

¹ إبراهيم البيومي غانم: مقاصد الشريعة الإسلامية في العمل الخيري رؤية حضارية مقارنة، سلسلة محاضرات مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي ، ط 1 ، سنة 2008، مطابع المدني المؤسسة السعودية بالقاهرة، ص 11.

² ابن منظور : لسان العرب مادة (حسب) .

أ- تعريفات الباحثين للحسبة بالنظر إلى بعض اختصاصاتها :

عرفها حاجي خليفة بقوله: "علم بالحث عن الأمور الجارية بين أهل البلد من معاملاتهم التي لا يتم التمدن بدونها؛ من حيث إجراؤها على قانون العدل، بحيث يتم التراضي بين المتعاملين، وعن سياسة العباد بنهي عن المنكر، وأمر بالمعروف، بحيث لا يؤدي إلى مشاجرات وتفاخر بين العباد، بحسب ما رآه الخليفة من الزجر والمنع، ومبادؤها بعضها فقهي وبعضها أمور استحسانية ناشئة عن رأي الخليفة"¹.

وعرفها أحمد مصطفى المراغي بقوله: "هي مشاركة السوق، والنظر في المكايل وموازينه، ومنع الغش والتدليس، فيما يباع ويشترى من مأكول ومصنوع، ورفع الضرر عن الطريق، برفع الحرج عن السابلة من الغادين والرائحين، وتنظيف الشوارع، والحارات، والأزقة إلى نحو ذلك من الوظائف التي تقوم بها الآن المجالس البلدية ومفتشو الصحة، ومفتشو الطب البيطري، ومصلحة المكايل والموازن، وقلم المرور، ورجال الشرطة الموكل إليهم المحافظة على الآداب العامة إلى غير ذلك"².

ب- تعريف الحسبة بوصفها ولاية من الولايات السلطانية.

عرف ابن القيم الحسبة بقوله: فخاصتها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فيما ليس من خصائص الولاية والقضاة وأهل الديوان ونحوهم³.

وعرفها ابن خلدون بقوله: هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين يعين لذلك من يراه أهلاً له⁴.

الملاحظ أن كلا التعريفين قد عرف الحسبة بوصفها ولاية من الولايات السلطانية.

وقد وافق ابن خلدون على هذا التعريف، عبد العزيز محمد بن مرشد بزيادة توضيح في التعريف، فقال : الثامن، وهو ما ظهر لنا رجحانه، تعريف ابن خلدون ... غير أنه تعريف به شيء من الإجمال والغموض، نستطيع أن نزيله بتوضيح تعريفه إلى ما يلي : الحسبة رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق المختص على أفعال الأفراد وتصرفاتهم، لصبغها بالصبغة الإسلامية، أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر، وفقاً لأحكام الشرع وقواعده⁵.

وعرفها مصطفى أحمد الزرقا كما يلي : هي وظيفة تنفيذية لتأييد واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وحماية المصالح العامة، كقمع الغش، والفساد والمحافظة على النظام⁶.

¹ خليفة، حاجي : كشف الظنون 15/1

² المراغي ، أحمد مصطفى : الحسبة في الإسلام ، ص 5

³ ابن قيم الجوزية : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق نايف الحمد، دار الفوائد للنشر والتوزيع ص240

⁴ ابن خلدون : المقدمة ص 178

⁵ عبد العزيز بن محمد بن مرشد : نظام الحسبة في الإسلام ، بدون معلومات، ص 15-16

⁶ الزرقا ، مصطفى احمد : المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، ط1 سنة 1418/1998م، 174/1

وعرفها محمد المبارك كالآتي : "هي رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق موظفين خاصين على نشاط الأفراد في مجال الأخلاق والدين والاقتصاد؛ أي: في المجال الاجتماعي بوجه عام، تحقيقا للعدل والفضيلة وفقا للمبادئ المقررة في الشرع الإسلامي، وللأعراف المألوفة في كل بيئة وزمن"¹.

الملاحظ أن التعريفات السابقة ركزت على تعريف الحسبة بوصفها ولاية من الولايات السلطانية، وبالتالي نجدها لا تشمل المحتسب المتطوع بل تقتصر على المحتسب الذي يعينه ولي الأمر فقط، ونلاحظ أنه قد اعتنى بهذه التعريفات من ألف في الحسبة بوصفها ولاية من الولايات.

ج- تعريف الحسبة بوصفها تشريعا إسلاميا يقصد بها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

عرف الإمام أبو حامد الغزالي الحسبة في إحيائه فقال: الحسبة عبارة عن المنع عن المنكر لحق الله، صيانة للممنوع عن مقارنة المنكر². وما يلاحظ على التعريف عدم اشتماله على الشرط الآخر للحسبة، وهو الأمر بالمعروف .

وعرفها ابن الإخوة بأنها: أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله،

وإصلاح بين الناس³.

يلاحظ على التعريف زيادة " وإصلاح بين الناس " وذلك أن المؤلف استخلص التعريف من قول الله تعالى : " لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس "⁴ ووافقه على هذا التعريف الشيخ الشيرزي⁵. مع أن زيادة " وإصلاح بين الناس " فيه نوع من التكرار لأنها داخلة في المعروف.

وقال الماوردي : الحسبة هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله⁶.

حيث حذف من التعريف السابق كلمة " وإصلاح بين الناس ". ووافقه على ذلك الإمام أبو يعلى الفراء⁷، والشيخ عمر محمد السنامي⁸، والشيخ محمد الفاروقي التهانوي⁹، هذا التعريف الأخير جمع جميع أفراد الحسبة، ولم يدخل غيرها غيرها إليها، فهو في نظري أرجح التعريفات؛ فقد ارتكز على أساس الحسبة، وهو الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، كما جاء في أدلة الحسبة من الكتاب والسنة، وهذا الذي يساعد عليه التعريف اللغوي للحسبة سواء بمعنى طلب الأجر من الله تعالى، أو بمعنى الإنكار، وهو الأقرب.

¹ المبارك ، محمد : آراء ابن تيمية في الدولة ومدى تدخلها في المجال الاقتصادي ، دار الفكر ط 3 سنة 1970 ، ص 73- 74 .

² الغزالي ، أبوحامد : إحياء علوم الدين ، 323/2

³ القرشي محمد المعروف بابن الإخوة: معالم القرية في أحكام الحسبة، مخطوطة جامعة الملك سعود اللوحة 8.

⁴ نفس المرجع السابق واللوحة.

⁵ الشيرزي، عبد الرحمن بن عبد الله بن نصر: نهاية الرتبة في طلب الحسبة ،تحقيق محمد إسماعيل وأحمد المزيدي

دار الكتب العلمية ط 1 ، 1424/2003 ص 6.

⁶ الماوردي، علي: الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد مبارك، دار ابن قتيبة الكويت، ط1، سنة 1409/1989، ص 240.

⁷ الفراء ، أبو يعلى : الأحكام السلطانية ، تحقيق محمد الفقي، دار الكتب العلمية ، سنة 1421/2000م، ص 266 .

⁸ السنامي ، عمر محمد : نصاب الاحتساب ، ص 82 .

⁹ التهانوي ، محمد الفاروقي : كشاف اصطلاحات الفنون ، باب الحاء المهمة 12/2 .

قال الإمام الغزالي : " اعلم أن الأركان في الحسبة، التي هي عبارة شاملة للأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر"¹.

كما أن تعريف الماوردي شامل للمحتسب الرسمي (المعين من ولي الأمر) والمحتسب المتطوع.

هذا التعريف يساعدنا على تطوير مفهوم الحسبة، وآلياتها لتشمل صورا حديثة عرفها التطور الإنساني دون الجمود على قوالب الماضي، خاصة إذا علمنا أن أحد كبار العلماء وهو شيخ الإسلام ابن تيمية قد راعى سعة مفهوم الحسبة، فهو عند تعريفه لها قال: عموم الولايات وخصوصها، وما يستفيدة المتولى بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حد في الشرع، فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب في مكان وزمان آخر وبالعكس، وكذلك الحسبة وولاية المال ... أما المحتسب، فله الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مما ليس من خصائص الولاية والقضاء، وأهل الديوان ونحوهم، وكثير من الأمور الدينية هم مشترك بين ولاية الأمور، فمن أدى فيه الواجب، وجبت طاعته"².

فشيخ الإسلام ابن تيمية تحدث عن الولايات ومنها ولاية الحسبة، ورأى أن تحديد مهمة هذه الولايات عائد إلى الألفاظ والأحوال والعرف. ولما أراد أن يعرف الحسبة بوصفها تشريعا من التشريعات الإسلامية يقصد منه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأنه لا يخص المولى فقط، وإنما هي واجب شرعي على الكفاية، قال: وإذا كان جماع الدين وجميع الولايات هو أمر ونهي، فالأمر الذي بعث الله به رسوله هو الأمر بالمعروف، والنهي الذي بعث به هو النهي عن المنكر، وهذا نعت النبي والمؤمنين كما قال تعالى: " والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر"³ وهذا واجب على كل مسلم قادر"⁴.

إذا فابن تيمية يرى أن الحسبة هي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأنها فرض عين على المولى، وفرض كفاية على الأمة، لا ينتظر المسلم التعيين من أجل القيام بها متى ما رأى الحاجة إليها قائمة وفي وسعه التغيير. وانسجاما مع هذا الموقف للابن تيمية فقد طبقها في الواقع حيث احتسب على الناس من غير انتظار التعيين.⁵

وهذا الفهم الموسع للحسبة نجده عند باحث آخر معاصر - وهو عبد الكريم زيدان - عندما يقول: والواقع أن الحسبة من فروض الإسلام فلا يتوقف القيام بها على التعيين من قبل ولي الأمر ومن ثم كانت تسمية غير المعين بالمتطوع تسمية غير دقيقة لأنها تشعر بأن القيام بالحسبة من قبل غير المعين لها هو من قبيل القيام بالأمور المستحبة غير الواجبة"⁶.

فهو يذهب إلى أن على أفراد المجتمع القيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر دون الحاجة إلى إذن مسبق من ولي الأمر. وهذا رأي فيه الكثير من المجازفة إذا لم يضبط، وقد استشعر هذه الخطورة فاستدرك قائلا : ... أو على الأقل لا

¹ الغزالي، أبو حامد: إحياء علوم الدين، 312/2.

² ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم: الحسبة في الإسلام، دار الكتب العلمية بدون تاريخ، ص 15-16.

³ سورة التوبة الآية 71.

⁴ ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم: الحسبة في الإسلام، دار الكتب العلمية بدون تاريخ، ص 12.

⁵ انظر: حضيري، ناجي بن حسين: الحسبة النظرية والعملية عند شيخ الإسلام ابن تيمية. دار الفضيلة الرياض، ط 1، سنة 1425 / 2005 م.

⁶ زيدان، عبد الكريم: أصول الدعوة. الطبعة الثالثة سنة 1396 / 1976 م؛ ص 169.

نرى منعه - أي المحتسب المتطوع - من التعزير مطلقاً لأن التعزير درجات فينبغي أن لا يمنع إلا من بعضها لا كلها كأن يمنع من الضرب و الجلد".¹

يمكن تجاوز هذا الإشكال إذا جعلنا الحسبة الآن تأخذ صورة الدعوة إلى جلب المصالح للناس، والدفاع عن حقوقهم أمام الجهات المختلفة بخاصة أن الدعوة تعرف في كتابات السياسة الشرعية بنفس تعريف الحسبة أحياناً؛ ومنها تعريف ابن تيمية في الفتاوى : فالدعوة إلى الله تتضمن الأمر بكل ما أمر الله به، والنهي عن كل ما نهى الله عنه، وهذا هو الأمر بكل معروف، والنهي عن كل منكر".²

وللإمام محمد عبده رأي في وجوب تنظيم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تنظيماً جماعياً، يضمن استمرار العمل بالمعروف، واستمرار النهي عن المنكر، ذكره في تفسيره لقول الله تعالى: (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف) [آل عمران الآية 104]

حيث يقول : أما هذه الآية فإنها تفرض أن يكون في الناس جماعة متحدون وأقوياء يتولون الدعوة إلى الخير، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو عام في الحكام والمحكومين، ولا معروف أعرف من العدل، ولا منكر أنكر من الظلم".³

القسم الثاني : أنواع الحسبة.

وبناء على المفهوم الواسع للحسبة يمكن طرح تقسيم جديد لها وهو: الحسبة الحكومية، والحسبة غير الحكومية.

1- الحسبة الحكومية : هي الحسبة الرسمية التي تخضع لسيادة الدولة، كما قال ابن خلدون⁴، وهي وظيفة دينية من باب باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين (الإمام)، حيث يعين لذلك من يراه أهلاً لها يسمى المحتسب، وهو يقوم باتخاذ الأعوان والمساعدین للقيام بتلك المهمة. وقال ابن القيم: "جرت العادة بإفراد هذا النوع بولاية خاصة، كما أفردت ولاية المظلم بولاية خاصة، والمتولي يسمى والي المظالم... والمتولي لفصل الخصومات وإثبات الحقوق والحكم في الأنكحة والطلاق والنفقات وصحة العقود وبطلانها بالسهم الحاكم والقاضي".⁵

ولا تقتصر اختصاصات المحتسب على الاحتساب على أصحاب المهن الحرة، وإنما تتعدى ذلك إلى الولاية والقضاة، كما ذكر ابن بسام وغيره من المصنفين في الحسبة.⁶ فاهتم العلماء برصد هذا النوع من الحسبة وتعريفها وتحديد مجالات، وآليات تدخلها. وأصبحت تقوم بها اليوم الحكومات بوزاراتها ومؤسساتها التابعة لها.

¹ نفس المرجع و الصفحة .

² ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم : مجموع الفتاوى 161/15 و 165 .

³ عبد ، محمد: تفسير المنار الطبعة 3 ، دار المنار بمصر سنة 1367هـ ، 4/45.

⁴ ابن خلدون: المقدمة، ص150.

⁵ ابن القيم : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 237.

⁶ انظر ، ابن بسام، محمد أحمد: نهاية الرتبة في طلب الحسبة، تحقيق محمد إسماعيل وأحمد المزيدي ، ط1 سنة 2003/1424. دار الكتب العلمية ، بيروت.

2- الحسبة الشعبية : "للحسبة في الإسلام مفهوم واسع لا يقتصر على تلك الولاية الدينية العامة التي يسند أمرها الإمام إلى بعض الموظفين، وإنما تتعدى ذلك على تلك المؤسسات المدنية التي تقوم برعاية حقوق الإنسان في المجتمع الإسلامي"¹.

وإذا كانت الحسبة تمثل الرقابة العامة على المجتمع، فإن قاعدتها وأصلها هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي تتأسس عليه وظيفة الحسبة كما قال ابن القيم: "وهي صفة وصف الله بها هذه الأمة، وفضلها من أجل ذلك على سائر الأمم"²، وهو بتعبير الإمام أبو حامد الغزالي: "القطب الأعظم في الدين والمهم الذي ابتعث الله له النبيين أجمعين"³ يوجب أن يكون بين المسلمين من ينظمون أنفسهم للدفاع عن حقوق الإنسان بتشكيل هيآت وجمعيات تأخذ على عاتقها أمر العمل الاجتماعي والدعوة إليه، وهذا راجع لتطور الزمان " فإذا كانت الدعوة في الصدر الأول قد تيسرت بغير تعليم صناعي، ولا تأليف جمعية معينة كما كان فهم الدين متيسرا بغير تعليم صناعي ففي هذا الزمان يتوقف فهم الدين على التعليم الصناعي وتتوقف الدعوة إليه والأمر بما جاء به من المعروف وما حظره من المنكر على تعليم خاص وتأليف جمعيات خاصة تقوم بهذا العمل ... فالمراد بالأمة التي تقيمها الأمة لذلك ما يعبر عنه في عرف هذا العصر بالجمعية"⁴.

كما أن هذه المهمة تقتضي التعاون على البر والتقوى المقرر في قول الله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) [المائدة:2]، "والتعاون في النص أمر بالإعانة يؤديها بعض المؤمنين لبعض، وهي تكون من الجماعة للفرد، ومن الفرد للجماعة"⁵.

هذا هو نظام الحسبة، وهو ضمان مادي لنظم التكافل الاجتماعي التي أقرها الإسلام وهو نظام فريد لم يسبق المسلمين إليه أمة من الأمم.

ولعل هذا النظام هو الذي ساهم في قيام أشكال الأعمال الاجتماعية الموكلة إلى الوزارات بشكلها الغربي، وكذا الرقابة الشعبية لمهام هذه الوزارات والمساهمة كذلك في تنمية أفراد المجتمع، وذلك بتشكيل تنظيمات وجمعيات فيما يسمى بمنظمات المجتمع المدني، قال الدكتور مصطفى السباعي: "وقد كانت الحسبة مما أخذه الصليبيون عن المسلمين أثناء حكمهم في فلسطين... ثم نقلوا هذا النظام إلى بلادهم في الغرب، فلما تطورت الحياة السياسية والاجتماعية منذ

1 شبيب ، محمد عثمان: إحياء وتطوير مؤسسة الحسبة لحماية حقوق الإنسان، سلسلة كتاب الأمة ، عدد 87، السنة 22، ط1، تاريخ محرم 1423؛

مارس-أبريل 2002. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، ص 128.

2 ابن القيم : الطرق الحكمية، ص 237.

3 الغزالي ، أبو حامد : إحياء علوم الدين 269/2 .

4 عبده ، محمد: تفسير المنار الطبعة 3 ، دار المنار بمصر سنة 1367 هـ 45/4.

5 العوا ، محمد سليم : الفقه الإسلامي في طريق التجديد ، سلسلة شرفات العدد 22 سنة 2008 سفير الدولية للنشر القاهرة منشورات الزمن الرباط ص 292 .

عصر النهضة وزعت مهام الحسبة على وزارات الصحة والإسعاف والمعارف والشؤون الاجتماعية ودوائر البلدية¹. وانطلاقاً من هذا التحليل يمكن تعريف الحسبة التطوعية غير الحكومية بأنها: "فعالية المجتمع المسلم في القيام بأعمال البر والخير، وتغيير المنكر وفق السياسة الشرعية، حماية لمقاصد الشريعة الإسلامية"².

فالأفراد في المجتمع الإسلامي يتصفون بالإيجابية والفعالية والمبادرة إلى القيام بالأعمال ابتغاء وجه الله، وطلباً للأجر والثواب في الآخرة. فهم يحتسبون عملهم عند الله تعالى سواء حصلوا على أجر دنيوي، بأن كانوا معينين من قبل رئيس الدولة، أو أعضاء في جمعيات تقدم لهم تعويضات عن مهامهم الإنسانية التي يقومون بها، أم لم يحصلوا بأن كانوا متطوعين.

وكما أن للمحتسب الرسمي أن يتخذ المساعدين، ويستفيد من وسائل الدولة للقيام بمهامه، فإن للقائمين بمهام العمل الاجتماعي الحق في الاستفادة من وسائل الدولة المالية والقانونية والتنظيمية، وكذا الحق في أن ينظموا أنفسهم ويكونوا الجمعيات والمؤسسات الأهلية للقيام بأعمال الحسبة التي تدخل في صلاحياتهم، ويؤيد ذلك قول الله تعالى: (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون)[آل عمران: 104]³.

وهم يراعون في قيامهم بأعمال الحسبة الحدود الشرعية المرسومة، والسياسة الشرعية الحكيمة، فيوازنون بين المصالح والمفاسد التي تترتب على القيام بالأعمال. وبذلك يمكن اعتبار الحسبة "سلطة اجتماعية، تمارس لمراقبة سلوك الفرد، والحيلولة دون انحرافه"⁴.

ومن أجل تفعيل دور الحسبة في المجتمع وفق مفهومها الجديد وجب توفر آليات منبثقة من واقع المجتمع أكثر فعالية وقرباً من الناس، وهو ما سيتم تناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني: آليات تطبيق الحسبة، ومقوماتها.

تبين مما سبق من الأبحاث أن مفهوم المجتمع المدني يتخذ أشكالاً متعددة وفق البيئة والثقافة التي يتطور فيها، وكما قال عزمي بشارة: "أن مفهوم المجتمع المدني يتغير مع تغير الموقف الإيديولوجي للمتكلم، فالمفهوم الليبرالي لهذا المصطلح يختلف عن الفهم الاشتراكي الديمقراطي، وعن الديمقراطي الراديكالي، ومؤخراً عن الفهم الإسلامي أيضاً"⁵. وهذا يجعلنا لا نتوجس من استعماله، شأن مجموعة كبيرة من المصطلحات التي نطن بادي الأمر غربتها عنا، ونشعر فيها بالنفحة الغربية المتطرفة إلا أنه من المفيد دراستها وتحليلها في البحوث، والدراسات الإسلامية، من أجل تصحيح مسارها. فكذلك مفهوم المجتمع المدني الذي ارتبط بالفكر الغربي والعلمانية الغربية، وصار يسبب لكثير من الباحثين العرب والمسلمين الفزع والذعر من استعماله، مع أنه لا يعدوا أن يكون مصطلحاً يستعمل للإجابة

¹ السباعي، مصطفى: اشتراكية الإسلام، ط2، الدار القومية للطباعة والنشر، سنة 1960/1379م، ص 154.

² شبير، محمد عثمان: إحياء وتطوير مؤسسة الحسبة لحماية حقوق الإنسان، سلسلة كتاب الأمة، عدد 87، السنة 22، ط1، تاريخ محرم 1423؛ مارس-أبريل 2002. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، ص 135.

³ شبير، محمد عثمان: إحياء وتطوير مؤسسة الحسبة لحماية حقوق الإنسان، كتاب الأمة، مرجع سابق، ص 142.

⁴ - السامرائي، نعمان عبد الرزاق: النظام السياسي في الإسلام، مكتبة فهد الوطنية، ط2، سنة 2000/1421م، ص 162.

⁵ بشارة، عزمي: المجتمع المدني-دراسة نقدية- مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط1 سنة 1998، ص 30.

عن تساؤلات المصلحين الاجتماعيين في الغرب واكتسب عبر الواقع الذي كانت تعيشه أوروبا عدة مفاهيم. أما عندنا فهو يعبر عن تطور طبيعي لنظم اجتماعية ساهمت في استقرار وتنظيم مجتمعاتنا.

ففي التجربة الإسلامية لا نتحدث عن القطيعة ولكن عن التطور المتصل المكونات، وهنا يمكن الحديث عن روح المجتمع المدني الذي اتخذ عبر تاريخ المجتمعات الإسلامية عدة أنماط وأسماء قصد بها " المجتمع المنظم تنظيماً طوعياً، سواء أكان في تكوينه السياسي، فلا تكون السلطة فيه قاهرة، أم من الناحية الاجتماعية والثقافية فيما يخص علاقات الناس بعضهم ببعض"¹.

انطلاقاً من هذه المحاولة في تتبع مفهوم المجتمع المدني والتي خلصت إلى عدم وجود تعريف عالمي دقيق له، يحق لنا تجاوز هذا الإشكال بالبحث في مكوناته التي تساهم في مهام الحسبة ومقومات هذه المكونات قصد الاستفادة منها في تطوير الخدمات الاجتماعية كما ونوعاً، ونقصد بهذه المكونات: الجمعيات الاجتماعية.

القسم الأول : المقصود بالجمعيات الاجتماعية.

من أجل تحديد مكونات المجتمع المدني لابد من الرجوع إلى التعاريف المتداول بين المفكرين والدارسين، ومنها تعريف المفكر الإسلامي فهمي هويدي الذي يرى: "أن المجتمع المدني هو ذلك المجتمع الذي تتعدد فيه التنظيمات التطوعية التي تشمل الأحزاب والنقابات والاتحادات والروابط والأندية وجماعات المصالح ومجموعات الضغط، وغير ذلك من الكيانات غير الحكومية التي تمثل حضور الجماهير وتعكس حيوية خلايا الأمة. الأمر الذي يؤدي إلى تخليق مؤسسات أهلية في المجتمع موازية لمؤسسة السلطة تحول دون تفرد هذه الأخيرة بالاحتلال أو احتكار مختلف ساحات العمل العام"².

من الواضح أن هذا التعريف يدخل عدة تنظيمات ضمن آليات وأدوات المجتمع المدني أشهرها الأحزاب والنقابات. نفس التعريف نجده عند سعد الدين إبراهيم المفكر العراقي مع إشارة صريحة إلى عنصر آخر وهو الجمعيات، وذلك عندما يجعل تنظيمات المجتمع المدني تشمل: " كلا من الجمعيات والروابط والنقابات والأحزاب والأندية والتعاونيات. أي كل ما هو غير حكومي وكل ما هو غير عائلي أو إرثي"³.

وهنا يحيلنا سعد الدين إبراهيم -عندما يستبعد من دائرة المجتمع المدني مكونات الأسرة والقربة- إلى مفهوم شبكة العلاقات الاجتماعية التي طورها المفكر الجزائري مالك بن نبي في كتابه " ميلاد مجتمع، شبكة العلاقات الاجتماعية"، وفيها يعتبر هذه المكونات إضافة إلى الحوار والمسجد من أهم المكونات المساهمة في الترابط الوطني والاستقرار المجتمعي حيث " تضمن استمراره وتحفظ شخصيته ودوره عبر التاريخ ... وتوجه ألوان نشاطهم المختلفة في اتجاه وظيفة عامة، هي رسالة المجتمع الخاصة به"⁴.

¹ راشد الغنوشي: مقاربات في العلمانية والمجتمع المدني، المركز المغاربي للبحوث والترجمة، سنة 1999م، ص 82.

² فهمي هويدي: الإسلام والديمقراطية، مركز الأهرام للترجمة والنشر القاهرة، ط1 سنة 1413/1993م، ص 193.

³ إبراهيم، سعد الدين: مقدمة كتاب "الدولة، المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في العراق" لفالح عبد الجبار.

إصدارات مركز ابن خلدون و دار الأمين، دون تاريخ، ص 5.

⁴ ابن نبي، مالك: ميلاد مجتمع، شبكة العلاقات الاجتماعية، ترجمة عبد الصبور شاهين، دار الفكر الجزائر ودار

دمشق، ط 3 ،سنة 1406/1986م، ص 12. الفكر

ويزيد سعد الدين إبراهيم تعريفه توضيحاً حين يحدد بدقة الوضع المكاني لمكونات المجتمع المدني في قول أنها: "مجموعة التنظيمات التطوعية الحرة، التي تملأ المجال العام بين الأسرة والدولة لتحقيق مصالح أفرادها، ملتزمة في ذلك بقيم ومعايير الاحترام والتراضي والتسامح والإدارة السلمية للتنوع والخلاف"¹.

فتعريفه، كما هو تعريف مجموعة من الباحثين²، يقتصر على حصر المجتمع المدني في المنظمات الرسمية المسجلة قانوناً مما يستثني العلاقات القوية غير الرسمية بين أفراد المجتمع. هذا التوجه في اعتبار الأبعاد الثلاثة السياسية والاقتصادية والاجتماعية هو الذي أصبح سائداً، حيث صار المجتمع المدني يقسم إلى ثلاث قطاعات "يتمثل القطاع الأول في الأحزاب ويلعب المتغير السياسي الدور الأكبر في تحديد فاعليتها... ويتمثل القطاع الثاني في النقابات وتستند في تعيين حدودها إلى المتغيرات المهنية والاقتصادية... ويتمثل القطاع الثالث في المنظمات غير الحكومية التي تؤدي دورها وفعاليتها بالنظر إلى متغيرات اقتصادية وسياسية وثقافية واجتماعية، حيث تسعى المنظمات غير الحكومية إلى تمكين البشر المهمشين اقتصادياً واجتماعياً وسياسياً وثقافياً"³.

وإذا اعتمدنا التقسيم الذي طرحه الدكتور سيف الدين عبد الفتاح إسماعيل في كون "المجتمع المدني هو المؤسسات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تعمل في ميادينها المختلفة في استقلال عن سلطة الدولة لتحقيق أغراض متعددة منها: أغراض سياسية للمشاركة في صنع القرار على المستوى القومي، ومثال ذلك الأحزاب السياسية ومنها أغراض نقابية كالدفاع عن المصالح الاقتصادية لأعضاء النقابة... ومن أغراض ثقافية وفقاً لتجاهات أعضاء كل جمعية، ومنها أغراض اجتماعية للإسهام في العمل الاجتماعي لتحقيق التنمية"⁴.

يمكن ملاحظة أن الجمعيات الاجتماعية هي المكون الأساسي من مكونات المجتمع المدني التي يمكنها القيام بمهام الأعمال الاجتماعية، ذلك أن النقابات تسعى إلى خدمة منخرطيها بتتوفر الصفة الوظيفية المشتركة فيهم، فهي بذلك إطار محدود، والحزب يسعى إلى السلطة، أما الجمعيات الاجتماعية فهي تسعى لخدمة المحتاجين إليها دون شرط الانخراط كما أنها لا تسعى إلى أي سلطة. وبذلك فالجمعيات تعتبر الفاعل المركزي في تصوير وتجسيد التنمية البشرية "ولا أدل على ذلك التحول في التوجه العالمي من الاهتمام بالمؤسسات الرسمية (الدول) إلى الاهتمام المتزايد بشبكة الجمعيات التي يمكن اعتبارها وبكل المقاييس مقاولات اليوم والغد"⁵، بل غدا الواقع يعرف تنامي جمعيات متنوعة الاهتمامات "كان أولها جيل الجمعيات الخيرية، وثانيها جيل الجمعيات الخدمية، وثالثها جيل الجمعيات التنموية، ثم رابعها جيل الجمعيات الدفاعية"⁶. فصيغة المشاريع المجتمعية لم تعد مرتبطة بتوجهات وأولويات السياسات العمومية، بل إن شروط التنمية يختلف أبعدها أصبحت من صميم عمل النسيج الجمعوي.

¹ إبراهيم، سعد الدين: مقدمة كتاب "الدولة، المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في العراق" لفالح عبد الجبار إصدارات مركز ابن خلدون و دار الأمين، دون تاريخ، ص 5.

² انظر في هذا الشأن ما كتبه الدكتور مازن هاشم عن هذه التعريفات في مقالة بعنوان "شبكة العلاقات الاجتماعية ومفهوم المجتمع المدني"، مجلة رؤى السعودية، السنة الرابعة، العدد 20، سنة 2003.

³ المجتمع المدني في دول مجلس التعاون الخليجي، عمل مشترك، تحرير علي محمود ليله، مركز الخليج للدراسات الاستراتيجية، سنة 2005 ص 65.

⁴ نقلا عن : منصور، واصف: المجتمع المدني، الضرورات والمحاذير، سنة 2007، ص 15.

⁵ من تقديم الدكتور سعيد جفري لكتاب "العمل الجمعي من الهوية على الاحترافية" لزهير لخيار، طباعة أوماكراف، سنة 2007، ص 5.

⁶ أمالي، قنديل: مؤسسات المجتمع المدني، مطبوعات مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة سنة 2005، ص 35

القسم الثاني : مقومات الجمعيات الاجتماعية.

(1) العمل الجماعي: النزعة الجماعية أمر مهم في أي عمل أكان دنيويا أم أخرويا ،لذلك نجد القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة يحرضان على تنبيه المسلم إلى العمل الجماعي.

ف نجد في قول الله تعالى : ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير و يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر آل عمران :104 دعوة إلى تكوين جماعة دائمة ، كما فسر الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود قول الله تعالى : واعتصموا بحبل الله جميعا آل عمران :103 فسرهما بالجماعة¹.

ويذكر المفسر ابن كثير في تفسيره لقول الله تعالى ولا تفرقوا آل عمران : 103 " أن الله أمرهم بالجماعة"². ومن مظاهر الجماعة الإيجابية أن الله سبحانه وتعالى قد بارك الجماعة في جميع توجهاتها الإيجابية، بمعنى أن هذه النزعة قادرة على تفعيل خصال الخير، كالتكافل والتضامن والتعاون في كل النواحي الاجتماعية والاقتصادية والتنظيمية، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " يد الله مع الجماعة"³، وإذا كانت الجماعة جماعة خير فلا بد أن يؤدي تركها إلى نقص وألم وعذاب، لذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الجماعة رحمة والفرقة عذاب"⁴. وتظهر من بعض الأحاديث الدعوة المباشرة للبحث عن الإخوان للاستعانة بهم في الحياة من باب التعاون والمساعدة، لأن الإنسان لا يستغني عن غيره في الحياة مهما أوتي من حظ، وهو الأمر الذي جاء تأكيده في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " المرء كثير بأخيه"⁵.

لقد بين الرسول الأكرم صلى الله عليه وسلم أن الجماعة رحمة دائما في الأوقات العصيبة فإذا قل الطعام عند جماعة ما، فإنه لو جمع القوم ما عند كل واحد منهم لأكلوا جميعهم، ولقد روى الصحابي الجليل رضي الله عنه أبو موسى الأشعري في هذا التضامن حديثا فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو أو قل طعامهم في المدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد، ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية، فهم مني وأنا منهم"⁶، وعندما ينسب الرسول صلى الله عليه وسلم نفسه إلى هذه الجماعة فإن ذلك فيه إغراء للاقتداء بهذه الجماعة في تضامنها، ليس في باب الطعام فحسب ولكن في جميع مرافق الحياة عموما.

فثبت بما لاشك فيه أن هذه النزعة بجميع صورها واجبة وضرورية للمشاركة الإنسانية، وهي أفضل من العمل الفردي الذي يبقى محدودا وقليل المردودية.

(2) العمل المأسس: العمل المأسس من أهم وسائل نشر الخير عموما، لكونه يعين على القيام بهذا العمل بشكل منظم ومتكامل، فأصبحت الحاجة إلى الاستعانة بهذا الشكل من العمل المأسس المنظم في كثير من جوانب الحياة العملية أمرا أساسيا ومهما، إذ أن الأمور لم تعد من السهولة بحيث يستطيع فرد واحد مهما كانت قدراته أن يعالجها بالطرق التقليدية المعتادة.

¹ تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن :تحقيق محمود محمد شاكر وأحمد محمد شاكر، مكتبة ابن قتيبة 30/4

² ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ، دار الفكر سنة 1986/1407، 389/1.

³ أخرجه الحاكم في المستدرک رقم 4465 : 83/3.

⁴ مجمع الزوائد و منبع الفوائد للهيتمي: منشورات دار الكتاب العربي لبنان 217/5.

⁴ السخاوي، محمد بن عبد الرحمن(ت902)،: المقاصد الحسنة. تصحيح عبد الله محمد الصديق ،دار الكتب العلمية بيروت، ط1، سنة

1979/1399م، رقم 1010، ص 378.

⁶ أخرجه البخاري، رقم 2354. مسلم رقم 2500.

فالمؤسسة الاجتماعية "اسم يطلق على كل عنصر ثقافي ذي شأن واستمرارية، يركز على بعض المشكلات الرئيسية في الحياة الاجتماعية"¹، كما تعرف المؤسسة الخيرية على أنها "جهاز تم إنشاؤه لكي يقوم بأعمال خيرية مختلفة تعود بالنفع على الإسلام والمسلمين، حيث يقوم العاملون في هذه المؤسسات - والذين تربطهم وحدة المعتقد والهدف - بوضع الخطط والمشروعات الخيرية ثم تنفيذها"².

فعند إطلاق كلمة "مؤسسة" على هيئة معينة فهي تعني أن ما يجري فيها من الأعمال لا بد أن تتوفر فيه القيادة والتخصص والأهداف والتنظيم والتخطيط والبرامج والعاملون، ولا شك أن هذه الأمور ركائز مهمة في العمل المؤسسي الناجح.

فالعمل الاجتماعي المؤسسي يتم من خلال هيئات منظمة تقوم بإحياء التكافل الاجتماعي بين المسلمين، وفق الوسائل والأساليب المشروعة، نيابة عن المحسنين الذين يدعمونها ماديا ومعنويا، طمعا في رضا الله عز وجل. كل ذلك يتم على أسس علمية ودراسات مسبقة، ومعرفة بحاجات المستفيدين، وفهم لواقعهم واحتياجاتهم، وتتم ممارسة العمل في هذه المؤسسات بشكل جماعي، قائم على التشاور بين العاملين فيه.

6 نقلا عن: الموضوع، عبد الله بن محمد، العمل الخيري المؤسسي، سلسلة الرسائل الجامعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 2008/1429م، ص 119.

7 نقلا عن: الموضوع، عبد الله بن محمد، العمل الخيري المؤسسي، سلسلة الرسائل الجامعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 2008/1429م، ص 119.

دراسات وأبحاث بالفرنسية

Management Public et Management Privé, Quelle Comparaison ?



Article réalisé par :

- Mr Mohamed CHAOUI,
Doctorant au centre des études doctorales
Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociale de Salé,
Université Mohamed V- Rabat-MAROC

- Mlle. Amina BOUTAKBOUT,
Doctorante au centre des études doctorales
Université Ibn Zohr –Agadir- MAROC

Les années 90 marquent indéniablement l'émergence des nouveaux modes de management public dans l'administration marocaine, ayant comme objectif l'accompagnement de l'économie nationale au lendemain des programmes d'ajustement structurels mises en œuvre en 1983. Cette émergence n'a pas cessé de se développer davantage et elle s'explique par des facteurs exogènes à l'économie et à l'environnement national tel que la mondialisation, crises économiques internationales, forte connexion des économies, expliquée par l'ouverture des marchés et la perméabilité des frontières géographiques.....Pour les facteurs endogènes, ils se caractérisent par la montée en puissance du pouvoir des élus locaux et de la société civile, l'approbation de la réforme de l'administration publique, le rapprochement des logiques de gestion entre le secteur public et privé. L'influence de ce dernier se fait sentir au niveau des principes de gestion (gestion axée sur les résultats, cercles de la qualité, intégration des concepts de performance, d'efficacité et d'efficience), et au niveau des innovations managerielles adoptées par le secteur public (l'introduction progressive d'outils de contrôle dans l'administration : comptabilité analytique, calcul des coûts complets et partiels.....) ; et

ceci quelque soit la nature de l'organisation publique : collectivité locale, département ministériel, établissement public....Ce jaillissement des nouveaux modes de management s'explique par une quête continue de l'amélioration des prestations du service public par les hauts responsables publics suite aux évolutions perpétuelles de l'environnement interne et externe.

1- Le cadre et le champ d'action des organisations publiques.

Paradoxalement au secteur privé, l'administration publique évolue dans un cadre juridique et réglementaire rigide et strict, décrivant les missions, les moyens mises à sa disposition et la manière de leur répartition. Le choix de sa structure organisationnelle et fonctionnelle ainsi que son positionnement dans la carte administrative (lien et hiérarchie) sont eux aussi définis par les lois et les règlements en vigueur. La coopération et la coordination avec d'autres établissements quelque soit leur nature, ne sont pas à l'abri du champ juridique qui légitime la raison d'être de cette administration. Il faut souligner, que le cadre réglementaire impacte largement la culture interne et le comportement des managers publics, dans la mesure où la règle de droit contraigne d'une manière répétitive la décision et l'opportunité de l'acte administratif, qui va parfois à l'encontre de l'atteinte des objectifs fixés. Cette situation affaiblit significativement la fonction de planification et ses conditions d'exercice dans le secteur public, vu que l'action publique se focalise sur la planification des ressources plutôt que les aboutissements¹. Ajoutant à ça, le châssis réglementaire des tâches et des responsabilités qui rigidifie le climat de coopération interne au détriment des initiatives, des innovations et de la prise des risques. Une autre variable s'ajoute pour limiter le périmètre stratégique de la décision publique, celle-ci est due au fait que les décisions de ces organisations s'inscrivent dans un cadre global de politiques publiques définies au niveau nation, et exprimées à travers la vocation du gouvernement. Les actions des organisations publiques ne sont qu'une pièce d'un puzzle des actions gouvernementales. De même l'obligation de coopération et de communication entre les différents départements ministériels réduit d'une manière remarquable l'autonomie stratégique de ces départements².

2- L'environnement concurrentiel du secteur public.

M. Porter affirme que « Toute firme, dès lors qu'elle œuvre dans un secteur concurrentiel, a une stratégie explicite et implicite face à ses concurrents ». Etant donné, que la concurrence

¹ : Payette, 1994.

² : Par exemple les politiques d'aménagement urbain des collectivités locales sont largement limitées par les orientations et directives centrales de la D.A.T.A.R, ces dernières visent un objectif de développement économique et social équitable sur l'intégrité du territoire national.

présente un véritable facteur de motivation ou de contrainte, elle conduit alors la firme à élire un comportement stratégique approprié à son environnement. En général, les organisations publiques œuvrent dans un environnement stable, et le plus souvent elles détiennent une situation de monopole. D'où, la mise en place de toute action ou stratégie de développement sera immotivée et inexpliquée. Autrement dit, il existe une panoplie de facteurs déterminants¹ qui modifient d'une manière décisive les relations que ces organisations publiques entretiennent avec le marché. Même s'il existe un grand fossé entre les deux sphères de management public et privé, ce dernier reste fortement présent dans la gestion du secteur public et ce dans plusieurs domaines tel que : La conduite et la réalisation des projets publics, l'approvisionnement du secteur public (matières premières, formation du personnel, réalisation des études...)

L'action stratégique du secteur public convoite à asseoir son pouvoir et sa légitimité à travers la consolidation et le renforcement de ses missions et ses budgets².

3- L'influence dominante de l'environnement sur l'action du secteur public.

Le degré croissant d'ouverture de l'administration publique sur son environnement suppose et implique une visibilité, clarté et transparence, sur une grande échelle, de ses actions. Cette situation a deux retombées majeures sur la décision publique. Premièrement, les politiques et stratégies publiques se présentent comme un produit d'un processus de négociations acharnées entre les différentes parties politiques. Deuxièmement ces politiques seront d'autant plus délicates et remises en cause avec l'apparition de nouveaux acteurs ou le changement des coalitions politiques. A cet effet, les décideurs publics, sont amenés à créer des coalitions internes pour soutenir l'application de leurs programmes politiques.

4- La différence de conception entre performance publique et performance privée.

L'organisation publique ne peut prétendre définir l'efficacité de son acte en fonction de critères simples mesurables et partagés, comme c'est le cas pour le secteur privé. Ces critères orientés par une vision marchande « offrir un service marchand » seraient incompatibles avec la mission d'origine du secteur public. La performance privée se définit par le profit réalisé à partir d'un marché donné. Le contrôle devient de plus en plus complexe et diffus, en cas d'absence d'un marché ciblé. Pour mieux visualiser cette complexité, il est important de traiter les deux dimensions qui définissent la performance, à savoir l'efficience et l'efficacité.

¹ : Les situations de monopoles dont bénéficient les organisations publiques, le processus politique de répartition des dotations budgétaires.....

² : Budget de fonctionnement et d'investissement.

a- L'efficience ou la performance interne du secteur public

Le problème majeur qui se pose dans la mesure de l'efficience du secteur public, est celui de l'identification des coûts de production des biens et services. En effet, le calcul des coûts est justifié souvent par la maîtrise et le contrôle de ceux-ci. Ce qui n'est pas le cas, dans la gestion des deniers publics, car la situation de monopole que détient le secteur public dans la plupart des cas empêche toute comparaison d'efficience. En plus, l'évaluation des outputs du service public connaît des difficultés importantes, vu les obstacles rencontrés lors la mise en place des procédures d'optimisation des allocations des ressources.

Néanmoins, le volet opérationnel du secteur public est similaire à celui du privé, c'est le cas par exemple de la mise en œuvre des programmes budgétisés de l'année. Cet à cet rang, que l'introduction de techniques managériales privées peut se faire dans le secteur public, et ceci malgré les difficultés avancées précédemment.

b- L'efficacité ou la performance externe du secteur public

Le concept d'efficacité ou de performance externe du secteur public converge directement vers la notion d'évaluation de l'action publique. En général, l'évaluation des politiques publiques peut prendre deux dimensions. La première relative à l'évaluation quantitative et objective, elle vise à évaluer et mesurer les effets et les impacts d'une telle politique. La deuxième dimension concerne l'évaluation qualitative et subjective, elle concerne l'évaluation et le jugement de l'opportunité de la politique, en comparant les résultats obtenus avec les objectifs établis dans la phase de planification pour en mesurer les écarts, et ce pour prévoir les actions de corrections et les modifications à apporter. Néanmoins, l'évaluation des stratégies dans le secteur public reste handicaper par le manque d'indicateurs et d'outils de mesure permettant d'évaluer objectivement les aboutissements. En effet, les décideurs publics prennent des engagements le plus souvent à court terme, l'intervalle qui correspond à leur mandat politique, ce qui reste beaucoup éloigner avec le concept de la planification stratégique des plans et des politiques sectorielles, qui prennent des années et des années pour donner les résultats escomptés. Dans l'univers de l'administration publique la performance devient une fonction à plusieurs variables, dont la définition dépend largement de ceux qui sont amenés à la mise en place de ces politiques et le plus souvent de les évaluer eux-mêmes. D'où le concept de performance devient de plus en plus subjectif, suite à des changements de valeurs, des modifications de vision, rendant difficile l'application des techniques et des procédures manageriels, eux aussi sont bâtis sur une logique d'atteinte d'objectifs légitimement adaptés. Il faut reconnaître que l'absence d'indicateurs,

unanimement acceptés, revient à la différence conceptuelle entre deux notions efficacité et impact d'une politique publique. Pour bien cerner ce problème, il faut cependant recourir à une autre analyse des politiques publiques, basée sur la perception et la vision de la population relative à l'impact d'une telle politique ou stratégie. Le contrôle des organisations publiques sera d'autant plus difficile que les retombées et les impacts escomptés visent le long terme à travers une modification des structures sociales et des comportements.

L'évaluation de la performance des politiques et des stratégies des organisations publiques nécessite donc des bilans qualitatifs basés sur la perception des populations concernées et de groupes d'experts. Ici se pose alors le problème de la compétence de l'évaluateur ainsi que celui de son indépendance.

5- La direction politique du secteur public.

La décision au niveau du secteur public reste fortement liée aux instances politiques, ce qui influence sur plusieurs niveaux le système de management des organisations publiques. Pour le secteur privé, les contraintes de temps sont déterminées par les opportunités et les aléas relatifs au marché, ces mêmes contraintes sont liées aux échéances électorales et à la réglementation juridique et ce pour le secteur public. Dit en d'autres termes, dans le secteur public, la rationalité politique prône au détriment de la rationalité économique, car la contrainte du cycle électorale oblige les décideurs publics à envisager des politiques qui produiront des résultats le plus tôt possible, pour ne pas faire bénéficier son successeur des résultats positifs de son plan. Cette opinion reste valable pour les managers publics, qui disposent qu'un laps de temps bien déterminé pour mettre en exergue les stratégies organisationnelles, tout en prenant en considération les structures organisationnelles et fonctionnelles qui rigidifient leur champ de manœuvre. Ainsi, les décideurs politiques publics, appliquent la stratégie « de remise en cause » des choix et des plans de leurs prédécesseurs afin de marquer la différence avec l'ancien régime politique et l'idéologie qu'ils représentent. Une autre caractéristique de la direction publique, est la distinction entre les responsables qui définissent les politiques et ceux qui les mettent en œuvre¹. La réalisation des aspirations des hautes autorités nationales demande une forte concertation et coordination entre ces deux niveaux, et ce pour assurer un développement durable et équilibré.

¹ : Séparation des pouvoirs entre le pouvoir législatif (pouvoir politique) et le pouvoir exécutif (administration).

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615-2336