

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 21 : يوليوز 2014

✓ مع مواضع العدد 21 / يوليوز 2014:

- عقد الامتياز في التشريع الجزائري.
- أسباب انعدام الأهلية في الفقه والقانون.
- سلطة القاضي في تقدير التعويض.
- التعسف في استعمال حق الطلاق بالجزائر.
- التشريعات المواكبة لزراعة الكيف بالمغرب.
- ظاهرة اختطاف واستغلال الأطفال.
- حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة.
- نظام الدفع الالكتروني بين المزايا والمخاطر.
- المسؤولية الجنائية للدولة : المؤيد والمعارض.

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 | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

أخبارنا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بالفرنسية

حوارات علمية

تقارير جامعية

المساهمون بالمجلة

أعداد المجلة

إشراك بالمجلة

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فحيلة الأستاذ الدكتور محمد محويبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد

كثف القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهي الدولية (2012/10/21)... المزيد

إنهاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعرفي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد

قراءة في النظام القانوني للموانع (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خميسات (2012/10/14)... المزيد

العدد الواحد والعشرون : يوليوز 2014

❖ 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 إلي البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن رأي 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 بوتريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا 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 الواحد والعشرون : لشهر يوليوز 2014

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد الواحد والعشرون : لشهر يوليوز 2014 : " رمضان كريم وكل عام وأنتم بخير " ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحلية : فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضيف عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر الشقيقة.....06
3. أسباب انعدام الأهلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ومدى كفايتها - دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي - إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور إياد محمد جاد الحق أستاذ القانون المدني المشارك قسم القانون الخاص كلية القانون جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا- دولة الإمارات العربية المتحدة.....19
4. المشاركة السياسية للمرأة في العالم العربي و الإسلامي : إعداد الأستاذ الدكتور خلواتي صحراوي مدير معهد الحقوق و العلوم السياسية المركز الجامعي النعامة الجزائر الشقيقة.....39
5. تنزيل الفصل 133 من دستور 2011 - ضباب في المؤسسات - إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور ميلود بوطريكي أستاذ القانون العام بجامعة محمد الأول بوجدة الكلية المتعددة التخصصات بالناضور المغرب.....52
6. سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري : الأستاذ الدكتور حميل صالح أستاذ محاضر بجامعة أدرار الجزائر مدير نخب " القانون والمجتمع " نائب مدير جامعة أدرار - الجزائر.....60
7. الوسائل البديلة لتسوية النزاعات مدخل أساسي لإصلاح القضاء- التحكيم والوساطة - الدكتور الحاجي حميد باحث في العلوم القانونية والسياسية.....71
8. التعسف في استعمال حق الطلاق على ضوء قانون الأسرة الجزائري : الأستاذ سنوسي علي باحث في الدكتوراه في القانون الخاص - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر.....85
9. التشريعات المواكبة لتطور زراعة الكيف بالمغرب : من إعداد الاستاذ عبد السلام بوهلال باحث في سلك الدكتوراه ، مختبر الدراسات والأبحاث في التنمية الترابية ، كلية الآداب القنيطرة.....100
10. المعالجة القانونية لظاهرة اختطاف واستغلال الأطفال في الجزائر بين معرفة الأسباب وضرورة التصدي : من إعداد الأستاذة غربي صورية والأستاذ عبد الحكيم بوجاني باحثان في القانون من جامعة أبي بكر بلقايد- ولاية تلمسان.....107
11. الآليات القانونية الدولية المقررة لحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة : من إعداد فضيلة الأستاذ بوزيدي خالد أستاذ مساعد "ب" كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان.....113

12. نظام الدفع الالكتروني بين المزايا و المخاطر : من إعداد هداية بوعزة أستاذة متعاقدة وطالبة بصف الدكتوراه بجامعة أبي بكر بلقايد ، عضو بمخبر القانون المقارن بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر.....126
13. الحكامة والتأطير مدخل لتأهيل المقاول : إعداد الأستاذ الحسين الصفاوي ، أستاذ زائر بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي - الرباط.....141
14. المسؤولية الجنائية للدولة بين مؤيد و معارض : نصيرة نهاري أستاذة باحثة في حقوق الانسان بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة وهران.....156

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

15. Le cadre législatif et réglementaire des bandes magnétiques : Docteur wafaa fares Professeur fac de droit de mohammedia -maroc.....166
16. La garantie des droits fondamentaux dans la constitution marocaine : mohamed el youssfi Chercheur en droit public Faculté des Sciences juridiques, Economiques et Sociale, Fès-maroc.....176

ترتيب المقالات يخضع لإعتراف فنية

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

كلمة العدد : رمضان كريم وكل عام وانتم بخير



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، بمناسبة حلول شهر رمضان المبارك تتقدم مجلة الفقه والقانون إلى جميع روادها الكرام بأحر التهاني والتبريكات سائلة العلي القدير أن يجعل هذا الشهر الكريم فاتحة خير على الأمة الإسلامية جمعاء ، وأن يعيده عليها باليمن والبركات وقضاء الحاجات ، إنه سميع مجيب الدعوات.

نضع بين أيديكم بحمد الله ورعايته العدد "الواحد والعشرون لشهر يوليوز 2014" من مجلة الفقه والقانون ، ويضم بين جنباته مجموعة من الدراسات والأبحاث القيمة لثلة من الأساتذة المتميزين من بينها :

- عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحلية .
- أسباب انعدام الأهلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ومدى كفايتها- دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي - .
- المشاركة السياسية للمرأة في العالم العربي و الإسلامي .
- تنزيل الفصل 133 من دستور 2011 - ضباب في المؤسسات - .
- سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري .
- الوسائل البديلة لتسوية النزاعات مدخل أساسي لإصلاح القضاء- التحكيم والوساطة - .
- التعسف في استعمال حق الطلاق على ضوء قانون الأسرة الجزائري.
- التشريعات المواكبة لتطور زراعة الكيف بالمغرب .
- المعالجة القانونية لظاهرة اختطاف واستغلال الأطفال في الجزائر بين معرفة الأسباب وضرورة التصدي.
- الآليات القانونية الدولية المقررة لحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة .
- نظام الدفع الالكتروني بين المزايا والمخاطر .
- الحكامة والتأطير مدخل لتأهيل المقاول .
- المسؤولية الجنائية للدولة بين مؤيد ومعارض.
- هذا فضلا عن دراسات أخرى باللغة الفرنسية .

لن أطيل عليكم وأترككم تبحرون في هذا العدد الجديد ، راجيا من العلي القدير أن تروقكم مضامينه ومحتوياته ، وأن لا تترددوا في توجيهنا بالنصائح الفاعلة التي من شأنها أن تمضي بمجلة الفقه والقانون من حسن إلى أحسن.

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك

دراسات وأبحاث بالعربية :

عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقاته لامتياز المرافق المحلية



فضيلة : الأستاذ الدكتور عمار بوضياف

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

من جامعة تبسة - الجزائر الشقيقة

مقدمة :

تبرم الإدارة من الناحية العملية بغرض القيام بنشاطها وتلبية الحاجات العامة عقودا و صفقات عمومية كثيرة كصفقة الأشغال العامة أو صفقة الخدمات أو صفقة اقتناء اللوازم، أو صفقة لانجاز الدراسات. كما تبرم عقودا إدارية كثيرة لعل أهمها عقد الامتياز. ووقع اختيارنا على هذا النوع من العقود كون أنه غير محكوم بتشريع أو تنظيم واحد، فليس هناك في الجزائر قانون جامع موحد يحكم كل عقود الامتياز ولعل السبب الرئيس يكمن في اختلاف موضوعات الامتياز ومحلّه من امتياز باستغلال المياه أو امتياز باستغلال المناجم أو الطرقات أو الامتياز الفلاحي أو الامتياز المتعلق بجمع النفايات أو المتعلق بتسيير الموانئ والمناطق الحرة وغير ذلك من المجالات. وهكذا تعذر جمع أحكام واحدة لعقد الامتياز تقنن في تشريع واحد على شاكلة عقد البيع أو عقد الايجار المحدد في القانون المدني. فأحكام الامتياز ستظل بطبيعتها مشتتة بين تشريع أحيانا فيحكمها القانون أو الأمر، أو محكومة بتنظيم أحيانا أخرى فيضبطها المرسوم الرئاسي أو المرسوم التنفيذي أو القرار الوزاري المشترك أو القرار الوزاري.

ولقد حول تشريع الإدارة المحلية لكل من الولاية والبلدية إبرام عقود الامتياز. كما بينت مراسيم كثيرة شروطه وإجراءاته في شتى المجالات. وقد رنا أنه من المناسب التعريف بهذا العقد لتمييزه خاصة عن الصفقات العمومية، ولمعرفة بعض خصوصياته ومجاله وتطبيقاته على مستوى البلدية والولاية. وهذا من خلال خمسة مباحث سنتناولها كما يلي :

المبحث الأول : تعريف عقد الامتياز.

- التعريف التشريعي والتنظيمي :

التعريف التشريعي :

الأصل أن المشرع يعزف عن إعطاء تعريف لمصطلحات قانونية تاركا هذه المهمة للفقه والقضاء غير انه

وبالرجوع لبعض القوانين نجدتها قد عرفت عقد الامتياز من ذلك المادة 64 مكرر من القانون 08-14 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل ويتمم القانون 90-30 المؤرخ في 01-ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية والتي جاء فيها: " يشكل منح امتياز الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليها في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي يسمى صاحب الامتياز حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل بناء أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز ..."

وكذلك ما نصت عليه المادة 4 من الأمر 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996 والمتضمن قانون المياه: (يقصد بالامتياز بمفهوم القانون عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية).

- التعريف التنظيمي :

أما على الصعيد التنظيمي عرف عقد الامتياز في تعليمة صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية تحت رقم 842/94.3 تتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها حيث جاء فيها: " أن أسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز وهو الملزم على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المتفعون من خدماته وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق". وقد تضمنت هذه التعليمة أحكاما تفصيلية بخصوص امتياز المرافق العمومية المحلية وتعد أطارا مرجعيا في هذا المجال.

- التعريف الفقهي :

أما من الناحية الفقهية يمكن تعريف عقد الامتياز على اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية والملزم يتعهد بمقتضاه هذا الأخير - فردا كان أو شركة - بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المتفعين.

واعتبر الدكتور سليمان الطماوي عقد الامتياز من أشهر العقود الإدارية المسماة، ولعله كما قال أهمها أيضا في الدول غير الاشتراكية. وعرفه أنه " أن تعهد الإدارة" الدولة أو المحافظة أو المركز... " إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملزم وعلى مسؤوليته في مقابل تقاضي رسوم من المتفعين بهذا المرفق العام"¹.

وعرفه الدكتور عاطف البنا بأنه : " عقد إداري يتولى الملزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها عقد الامتياز"².

¹ - أنظر الدكتور سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 90.

² - أنظر الدكتور محمد عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص 51.

أما ما تعلق بمساهمة الفقه في الجزائر في تعريف عقد الامتياز فقد ذهب الدكتور احمد محيو للقول: " إنه اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام... وباعتباره أسلوبا للتسيير يكون الامتياز بتولي شخص وهو صاحب الامتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات ويستلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق..."¹.

ومن وجهة نظرنا يمكن تعريف عقد الامتياز بأنه: عقد أو اتفاق، تكلف الإدارة المألحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية مثلا) أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الامتياز بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق...².

- التعريف القضائي :

عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر عقد الامتياز في حكم صدر عنها بتاريخ 25 مارس 1956: " امتياز المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن والاستيلاء على . فالالتزام عقد إداري ذو علاقة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى رسوما يحصلها من المنتفعين"³.

وجاء في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 9 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي: " أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع أتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..."⁴ فهو يقترب كثيرا من العقود الإدارية المقننة أو ما يسمى بالصفقات العمومية..."

من هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها تجاه الطرف المتعهد.

¹ - أنظر الدكتور أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص 198. وأنظر بخصوص تعريفات أخرى الدكتور عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 198. ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، الجزائر، دار بلقيس، 2010، ص 162. الدكتور الناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، ص 220.

² - أنظر الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 98.

³ - أنظر الدكتور سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 90. وأيضا الدكتور محمد فاروق عبد المجيد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص 37.

⁴ - لتفصيل أكثر بخصوص بعض التعريفات الفقهية والقضائية راجع: الدكتور محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005، ص 24. الدكتور محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 108. الدكتور عبد الحميد الشواربي، العقد الإداري في ضوء الفقه والتشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 121.

ورغم أن عقد الامتياز يعتبر عقدا يتجلى فيه مبدأ سلطان الإرادة كأي عقد ولو في جوانب جزئية ومحددة، إلا أنه مع ذلك يتضمن جوانب عامة ويحتوي على سلطات إدارية معترف بها لجهة الإدارة تمارسها تجاه المتعهد بما يجعله أكثر اقترابا من عقود القانون العام.

المبحث الثاني : أركان عقد الامتياز وخصائصه :

يتطلب عقد الامتياز كغيره من العقود توافر جملة من الأركان، كما يتميز عن غيره بمجموعة خصائص نوضحها في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أركان عقد الامتياز :

حتى نكون أمام عقد امتياز وجب توافر العنصر أو الركن العضوي والركن الموضوعي والركن الشكلي. وهو ما سنبينه فيما يلي :

- الركن العضوي أي الأطراف :

ويتمثل أساسا أن عقد الامتياز أو الالتزام يضم وجوبا جهة إدارية ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية من جهة وأحد الأفراد أو الشركات من جهة أخرى.

- الركن الموضوعي أي المحل :

ينصب عقد الامتياز أو الالتزام على إدارة مرفق عام عادة ما يكون اقتصاديا فلا يتصور أن تعهد الإدارة لأحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق إداري لما في ذلك من خطورة تمتد آثارها لفئة المنتفعين. ثم أن المرافق الإدارية عادة لا تستدرج في نشاطها القطاع الخاص بحكم عدم استهدافها لمعيار الربح. وهو المعيار المحرك لهذا القطاع.

- الركن الشكلي :

إن نقل المرفق لأحد الأفراد أو الشركات يتم بموجب وثيقة رسمية تتضمن جميع الأحكام المتعلقة بتسيير المرفق وضمن أداء الخدمة والتي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة ويجب على الملتزم التقيد بها إذا رضي التعاقد مع الدولة أو الولاية أو البلدية. ومن هنا فلا إلزام إلا بموجب دفتر الشروط تحدد فيه الإدارة سائرا الأحكام المتعلقة بتسيير المرفق بما في ذلك الأحكام التي تمتد آثارها إلى فئة المنتفعين.

وجدير بالإشارة أن عقد الامتياز وإن تجسد في رابطة قانونية تجمع بين الإدارة والمتعاقد معها ، إلا أن هذا العقد يبنى أساسا على دفتر شروط تقوم الدولة أو الولاية أو البلدية بإعداده. ومثال ذلك دفتر الشروط المتعلق بالامتياز الممنوح من الدولة إلى البلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي والمنشئ بموجب قرار وزاري مشترك المؤرخ في 17 مارس 1967 (جريدة رسمية رقم 26). وكذا دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بمنح امتياز الطريق السريع والمنشئ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-38 المؤرخ في 8 سبتمبر 1996 (جريدة رسمية رقم 55).

المطلب الثاني : خصائص عقد الامتياز :

نستنتج من التعريف التشريعي والتعريفات الفقهية والقضائية سابقة الذكر أن عقد الإمتياز يتمتع بالخصائص التالية :

1. أنه عقد إداري يربط بين سلطة إدارية وبين أحد الأفراد أو الشركات. وليس هناك ما يمنع أن يربط عقد الامتياز بين شخص إداري وشركة من القطاع العام.

2. إن الإدارة في هذا العقد بالذات تتمتع بسلطات استثنائية تفرضها صفتها كشخص من أشخاص القانون العام. وهذا بغرض حماية فئة المنتفعين.

3. يلزم المتعاقد مع الإدارة أن يتولى تسيير مرفق عام يحده العقد. ويتقيد بكل الضوابط بما فيها المالية. وكذلك تجسيد المساواة بين فئة المنتفعين.

4. يتحمل الملتزم في عقد الامتياز النفقات الناتجة عن تسيير المشروع ويضمن له سيرا منتظما ومطردا. وبالمقابل تلتزم جهة الإدارة في حال اختلال توازنه المالي بأن تعيد له هذا التوازن وهذا ما أقره القضاء المقارن.

وقد اعترفت التعليمية المذكورة للإدارة صراحة بسلطة تعديل الشروط التنظيمية في كل وقت وكل ما دعت حاجة المرفق العام موضوع الامتياز لذلك. وذكرت ذات التعليمية أن الشروط الخاصة القابلة للتعديل تمس الأشغال وسيرها وتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها وبيان كيفية إدارة الخدمة للمنتفعين وشروطها والإجراءات الكفيلة بالسلامة. وأقرت التعليمية الوزارية أن الشروط التنظيمية رغم أنها حظيت بتوقيع الطرفين ومع ذلك فهي ليست بعقد. وفسرت التعليمية ذلك أن امتياز المرفق العام لا يعتبر تنازل من قبل الجهة المختصة بل تظل هذه الأخيرة ضامنة له ومسؤولة عن إدارته واستغلاله تجاه الجمهور ومن القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق كلما دعت المصلحة ذلك.

• الطابع المركب لعقد الامتياز :

يحتوي عقد الامتياز على نوعين من الشروط :

أ- شروط تنظيمية أو لائحية :

وتختص بوضعها الإدارة المعنية بالتعاقد دون أدنى مشاركة من المتعاقد معها. ويلزم هذا الأخير إن رغب في التعاقد بالخضوع إليها. وتنصب هذه الشروط بالأساس على كيفية أداء الخدمة للمنتفعين. ويجوز للإدارة المعنية تعديل هذه الشروط حسب ما تقتضيه المصلحة العامة انطلاقا من سلطتها في تعديل العقد بصورة منفردة. وهنا تتجلى مظاهر السلطة العامة.

ويكمن السر في اعتبار عقد الامتياز من العقود الإدارية، أن الإدارة فيه تتمتع بسلطة أحادية الجانب في وضع الشروط اللائحية بإرادتها المنفردة. ثم في الاعتراف لها بتعديل هذه الشروط إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك دون أن يكون للملتزم حق الاحتجاج عن هذا التعديل،¹ فهو يقترب كثيرا من العقود الإدارية المقننة أو ما يسمى بالصفقات العمومية.

وقد اعترفت التعليمية المذكورة للإدارة صراحة بسلطة تعديل الشروط التنظيمية في كل وقت وكل ما دعت

¹ - لتفصيل أكثر بخصوص بعض التعريفات الفقهية والقضائية راجع :

الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 24.

الدكتور محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 108.

الدكتور عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 121.

حاجة المرفق العام موضوع الامتياز لذلك. وذكّرت ذات التعليمات أن الشروط الخاصة القابلة للتعديل تمس الأشغال وسيرها وتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها وبيان كيفية إدارة الخدمة للمتفاعلين وشروطها والإجراءات الكفيلة بالسلامة. وأقرت التعليمات الوزارية أن الشروط التنظيمية رغم أنها حظيت بتوقيع الطرفين ومع ذلك فهي ليست بعقد. وفسرت التعليمات ذلك أن امتياز المرفق العام لا يعتبر تنازل من قبل الجهة المختصة بل تظل هذه الأخيرة ضامنة له ومسؤولة عن إدارته واستغلاله تجاه الجمهور ومن القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق كلما دعت المصلحة ذلك.

ب- شروط عقدية أو تعاقدية :

ويتولى صياغة ووضع الشروط أو الأحكام العقدية كل من الإدارة المتعاقدة والملتزم أو المتعاقد معه. إذ لا يمكن مجال من الأحوال والأمر يتعلق برباط عقدي أن نقصي إرادة الملتزم وأن لا تعطي له الفرصة في وضع أحكام عقدية تخدم مصلحته. ولقد جرى القضاء المقارن أنه لا يجوز للإدارة تعديل هذه الشروط العقدية بإرادتها المنفردة خلافا للشروط اللائحية التي تتمتع بسلطة التعديل فيها.¹ من أجل ذلك جاءت التعليمات المذكورة لتعترف صراحة بخضوع الشروط العقدية لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. كما اعترفت أن هذه الشروط لا تهم المتفاعلين مباشرة كالشروط المتعلقة بالأعباء المالية المتبادلة بين الجهة الإدارية مانحة الامتياز من جهة والملتزم من جهة أخرى. وتشمل أيضا مدة الامتياز.

ومن المفيد الإشارة أن عقد الامتياز باعتباره عقدا إداريا يجد أساسه القانوني في نصوص أخرى كثيرة خارج إطار تشريع الإدارة المحلية نذكر منها القانون 83-17 المؤرخ في 16 جوان 1983 المتضمن قانون المياه المعدل بموجب الأمر 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996. والمرسوم رقم 85-266 المؤرخ في 29 أكتوبر 1985 المتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب و التطهير (ج، ر. رقم 45- لسنة 1985)، والمرسوم 86-277 المؤرخ في 2 سبتمبر 1986 المتعلق بمنح امتياز أشغال البحث عن المياه وجمعها (ج، ر. رقم 36 - لسنة 1986)، والمرسوم التنفيذي رقم 95 - 223 المؤرخ في 21 أكتوبر 1995 المنظم لامتياز أشغال الموارد المرجانية (ج، ر، رقم 63-1995).

المبحث الثالث : مجال أو مضمون عقد امتياز المرافق العامة المحلية :

طبقا للتعليمات الوزارية المشار إليها فإن مضمون عقد امتياز المرفق المحلي يختلف في البلدية عنه بالنسبة للولاية.

- مضمون امتياز المرفق البلدي :

طبقا للمادة 149 من قانون البلدية لسنة 2011 فإن مجال الامتياز البلدي يشمل:

- التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة.
- النفايات المنزلية والفضلات الأخرى.
- صيانة الطرقات وإشارات المرور.
- الإضاءة العمومية.

¹ - أنظر بعض أحكام القضاء المصري أشار إليها الدكتور محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص110.

- الأسواق المغطاة والأسواق والموازن العمومية.
- الحظائر ومساحات التوقف.
- المحاشر.
- النقل الجماعي.
- المذابح البلدية.
- الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء.
- الفضاءات الثقافية التابعة لأملاكها.
- فضاءات الرياضة والتسلية التابعة لأملاكها.
- المساحات الخضراء.

ويشمل امتياز المرفق البلدي حسب التعليمات الوزارية ما يلي :

- مرفق المياه الصالحة للشرب والتنظيف والمياه القذرة.
- القمامات المنزلية وغيرها من الفضلات.
- الأسواق المغطاة. الأسواق والأوزان والمكاييل.
- التوقف مقابل الدفع.
- النقل العمومي.
- المقابر والمصالح الجنائزية.
- الطرق البلدية.

وبالتالي نسجل التوافق التام بين التعليمات وقانون البلدية.

- مضمون امتياز المرفق الولائي :

نصت المادة 146 من القانون 12-07 المتعلق بالولاية : " إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة عمومية فإنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به".

ويبدو الفرق واضحا بين مجال ومضمون عقد الامتياز وبين مجال وموضوع الصفقات العمومية التي تمس كما رأينا مجالا محددًا ومحصورًا ومبينًا في المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236 المذكور.

المبحث الرابع : مدة الامتياز وسلطات الإدارة بشأنه :

• مدة الامتياز :

لم يشر قانون الولاية ولا قانون البلدية لمدة محددة تتعلق بعقد الامتياز. وتحدد المدة في العقد. فهو عقد زمني وليس بالعقد المؤبد. وأشارت التعليمات المذكورة أن مدة العقد تتراوح بين 30 إلى 50 سنة. وبذلك ابتعد عقد امتياز المرافق العامة عن الصفقة العمومية من حيث مدة حياة كل عقد. والسر في طول المدة يكمن حسب تفسير التعليمات المذكورة هو تمكين صاحب الامتياز من تعويض ما أنفقه من مصاريف تتعلق بإنشاء المرفق أو تجهيزه وهي مبررات معقولة وموضوعية.

• سلطات الإدارة في عقد الامتياز :

إذا سلمنا بأن عقد الامتياز هو من عقود القانون العام نجم عن ذلك جملة من النتائج على الصعيد القانوني تم عرضها بكل وضوح في تعليمة وزير الداخلية وتلخص في :

أ- سلطة الإدارة فيما خص انشاء المرفق العام وسيره :

وهي سلطة تقتضيها الأصول والمبادئ العامة لسير المرفق العام. ولقد ورد في التعليمة أنه لا يجوز للإدارة المحلية أن تتنازل عنها كلاً أو بعضاً نظراً لأهميتها. كما ورد فيها أن الإدارة لا تحتاج لممارسة هذه السلطة لنص يثبت وجودها. فللإدارة أن تمارسها ولو خلا النص التنظيمي من الإشارة لذلك. وتتضح سلطات الإدارة عادة وأطر رقابتها للمرفق في دفتر الشروط.

ب- سلطة الإدارة في توقيع الجزاء :

تتمتع الإدارة بممارسة مظاهر السلطة العامة، ومن هذه المظاهر أنها تملك توقيع الجزاء بشكل مباشر على الملتزم في حال اخلاله بالشروط المتفق عليها وهذا حماية لجمهور المتفاعلين. كما يمكنها أن تلجأ للقضاء لاستصدار حكم في الموضوع. وهذا ما اعترفت به التعليمة الصادرة عن وزير الداخلية سابقة الذكر.

ج- سلطة الإدارة في تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون توقف ذلك على رضا الملتزم :

هذه السلطة أيضاً مردها آليات تسيير المرفق العام هذه الأخيرة التي ينبغي أن تتكيف مع الظروف المستجدة حتى تسايرها. والغرض الأساس من الاعتراف بممارسة هذه السلطة ليس تغليب مركز طرف في العقد على آخر، وإنما ضمان ظروف أفضل وأحسن لأداء الخدمة العمومية. غير أنه ان نتج عن ممارسة سلطة التعديل الحاق ضرر بالطرف المتعاقد مع الإدارة جاز له المطالبة قضاء بإعادة التوازن المالي. وهذا أيضاً ورد صراحة في نص التعليمة. وهذه السلطة تجعل عقد الامتياز أكثر اقتراباً وتشابهاً مع الصفقة العمومية وهو ما سنفصل فيه عند التطرق لأثار الصفقة العمومية.

د- سلطة الإدارة في استرداد المرفق قبل نهاية المدة :

تملك السلطة الإدارية المختصة مانحة الامتياز حق استرداده قبل نهاية المدة إذا اقتضت متطلبات المصلحة العامة ذلك. ومراعاة للخطورة الناتجة عن ممارسة هذه السلطة بالنظر لمركز المتعاقد مع الإدارة الضعيف كفلت التعليمة الوزارية المذكورة بعض الضمانات لهذا المتعاقد بما يضمن سائر حقوقه فورد فيها أن شروط وأوضاع استرداد المرفق العام محل الامتياز ينبغي توضيحها في الوثائق الخاصة بالامتياز أو الالتزام ليكون المتعاقد على علم يقيني بها.

المبحث الخامس دور عقد الامتياز في تعزيز العلاقة بين القطاع العام والقطاع الخاص :

لقد بات واضحاً في كل الدول وبعد انتهاء سياسات اقتصادية كثيرة ومتنوعة أن النهوض بأعباء التنمية الشاملة في أي دولة لا يمكن أن يضطلع به القطاع العام لوحده أياً كانت وسائله البشرية والمادية، بل ينبغي لضمان أطر ناجحة إفساح المجال للقطاع الخاص ليساهم في بناء الحركة التنموية ويدفع بها إلى الأمام.

وترسخ الاعتقاد في كل الدول أن السياسة التنموية الهادفة والجادة هي التي تسعى إلى الرفع من المستوى المحلي و تهدف إلى جعل الجماعة المحلية البنية الأساسية للتنمية وقطب إشعاع اقتصادي واجتماعي.

واتخذت مساهمة القطاع الخاص أشكالا كثيرة في العملية التنموية منها عقد الامتياز، والذي ارتبط ظهوره بتطور وظائف الدولة. فالدولة حتى وقت قريب كانت تمارس وظائف تقليدية من أمن وعدل ودفاع، غير أنها ونظرا لدواعي موضوعية اضطرت إلى التدخل في ميادين شتى اقتصادية واجتماعية وثقافية وغيرها. وشمل تدخلها كل المشاريع التي عرفت باسم المنافع الكبرى كالكهرباء والغاز والاتصالات والنقل والمحروقات. وظهر على المستوى القانوني والاقتصادي مبدأ الحماية الاقتصادية الذي استوجب هذا التدخل بهدف تلبية وإشباع الحاجات العامة.

ولا أحد يستطيع أن ينكر أن التدخل المفرط للدولة في ميادين عدة وقطاعات متنوعة سبب لها متاعب جمة. وتأكدت هذه الحقيقة في كل الدول. لذا بات لازما التفكير في أطر أخرى تحفز القطاع الخاص على الاضطلاع بأعباء التنمية وتفتح سبل الشراكة بينه وبين القطاع العام وفقا ل ضمانات محددة ومعروفة وهو ما ترجمته قوانين الاستثمار في العديد من الدول ومنها الدول المغربية. وكأن هذا التطور لوظائف الدولة سيقودنا حتما إلى التوقف بهدف التمعن في مفهوم جديد للدولة بدت في معاملة الوضوح ومفهوم جديد لإدارة المرافق العامة.

وإذا كان المشرع الجزائري كرس آليات كثيرة للتعاون والشراكة بين القطاع الخاص والإدارة المحلية وهو ما أكدته تشريعات وتنظيمات، فإن السؤال المطروح:

إلى أي مدى ساهم عقد الامتياز في تطوير علاقة الشراكة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص ؟

ولقد وقع اختيارنا على الإدارة المحلية بحكم امتداد وجودها وكثرة هياكلها الإدارية فهناك على المستوى الوطني 1541-48 وهذا العدد كفيل بإعادة تعميق الإشكالية المذكورة وعمما إذا كان عقد الامتياز يلعب ذات الدور بنفس مستوى تواجد جهات الإدارة المحلية .

ولقد لجأت السلطات العمومية في الجزائر منذ الاستقلال إلى استخدام عقد الامتياز لكن بنسب متفاوتة بين مرحلة وأخرى وهذا بالنظر للنظام السياسي والاقتصادي السائد. وهذا أمر طبيعي طالما عرفت البلاد أربعة دساتير تضمنت قواعد مختلفة. وأوكل كل دستور دورا مختلفا للدولة وبالتالي لكل من الولاية والبلدية.

فلقد اهتمت السلطة في السنوات الأولى للاستقلال بالتأميم كآلية تحكم في إدارة المشروعات الاقتصادية الكبرى. وبعد صدور قانون البلدية الأول بموجب الأمر 67-24 المؤرخ في 18 جانفي 1967 كان لزاما على السلطة الاعتراف بعقد الامتياز محاولة منها لتوسيع إدارة المرافق العامة.

واعترفت المادة 220 من الأمر المذكور للبلديات باللجوء للامتياز غير أنها جعلت اللجوء لهذه الوسيلة طريقة استثنائية إذ الأصل هو الاستغلال المباشر المكرس بموجب المادة 212 من نفس الأمر. أو الاستغلال بطريق المؤسسة الثابت بموجب المادة 219 من قانون البلدية. وصادر الأمر 69-38 المؤرخ في 23 مايو 1969 المتضمن قانون الولاية وتضمنت المادة 136 منه إمكانية لجوء الولاية لعقد الامتياز لاستغلال بعض المصالح العمومية بعد مصادقة وزير الداخلية على ذلك.

وبذلك تعذر اللجوء للامتياز بالنسبة للإدارة المحلية إلا إذا ثبت عدم إمكانية إما الاستغلال المباشر أو الاستغلال بطريق المؤسسة.

وطالما تبنت الجزائر النظام الاشتراكي أسلوبا ونمطا اقتصاديا لأكثر من عقدين من الزمن وتكرس ذلك أساسا في الميثاق الوطني وفي دستور الدولة خاصة لسنة 1976 فقد فرض عليها هذا النظام أن تركز أكثر على القطاع العام

وتشجع فكرة إنشاء المؤسسات العمومية الاقتصادية المحلية والمقاولات وصولا للهدف الكبير ألا وهو سيطرة الدولة أو القطاع العام على كل النشاطات والقطاعات وهو ما أدى إلى اتساع وظائف الدولة بشكل مفرط وبالنتيجة أدى إلى تضائل نسب اللجوء لعقد الامتياز ومحدوديته كآلية شراكة خاصة مع القطاع الخاص.

ولقد صدرت مراسيم كثيرة عقب ظهور قانون البلدية لسنة 67 تعترف للبلدية كهيئة عمومية بممارسة الامتياز من ذلك المرسوم 67-167 المؤرخ في 24 أوت 1967 المتضمن منح امتياز المحال التجارية ذات الاستعمال أو الطابع السياحي من طرف الدولة للبلديات.

وها هو الأمر 76-130 المؤرخ في 22 يوليو 1967 المتضمن تنظيم النقل البري يعترف صراحة في المادة 22 منه أن الأولوية في مجال النقل البري تعطى للقطاع الاشتراكي أو البلديات أو للأشخاص المعنوية العامة وبصفة استثنائية تعطى لأشخاص طبيعيين.

وبعد أن شهدت الدولة دستورا جديدا سنة 1989 أفرغ من الجانب الإيديولوجي جاء قانون البلدية لسنة 90-رقم 08-90 المؤرخ في 7 أبريل 1990 ليكرس عقد الامتياز بموجب المادة 138 والتي جاء فيها:

"إذا لم يكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا دون أن ينجم عن ذلك ضرر جاز للبلدية منح الامتياز.

يصادق الوالي على هذه الاتفاقيات التي حررت لهذا الغرض بموجب قرار إذا كانت مطابقة لنماذج الاتفاقيات المعمولة حسب قواعد الإجراءات السارية المفعول."

وثبت عقد الامتياز في المادة 130 من القانون رقم 90-09 المؤرخ في 7 أبريل 1990 والمتعلق بالولاية إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية في شكل استغلال مباشر أو مؤسسات يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستغلالها عن طريق الامتياز.

يصادق على العقود المبرمة في هذا الصدد بموجب قرار من الوالي. وينبغي أن تكون مطابقة لدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها.

وبالرجوع إلى أحكام المادتين المذكورتين نستنتج أن المشرع يشترط على الإدارة المحلية عند اللجوء إلى أسلوب الامتياز في إدارة وتسيير المرافق العامة ما يلي:

أ- تعذر إدارة تسيير المرفق العام بإحدى الطرق العامة كالاستغلال المباشر والمؤسسة العامة نظرا لتنوع وظيفة الدولة وتدخلها في الميدان الاقتصادي والاجتماعي والثقافي وتوسع نطاق الخدمة.

ب- ضرورة إجراء مداولة من طرف المجلس الشعبي البلدي أو الولائي حسب الحالة وهو ما يؤكد الطابع الجماعي في اتخاذ قرار اللجوء للامتياز.

ج- إبرام اتفاق بين الطرفين (عقد الامتياز) شريطة أن يكون مطابقا لدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد القواعد القانونية السارية على المرافق العامة التي تدار بهذه الطريقة والذي تضعه وتعهده الإدارة مسبقا وإبرادتها المنفردة.

د- تصديق الوالي على الاتفاق المتضمن عقد الامتياز كشكل من أشكال الرقابة الإدارية.

ومما هو جدير بالذكر وعند الجمع بين قانون الولاية وقانون البلدية لسنة 1990 يتبين لنا أن جهة المصادقة على الامتياز وإن كانت واحدة، غير أن المشرع كان أكثر دقة في قانون الولاية حيث احترم في نص المادة 130 سلم الأولويات بشأن أساليب إدارة المرافق العامة فذكر الاستغلال المباشر وتبعه بأسلوب المؤسسة وفي المرتبة الثالثة أسلوب الامتياز. في حين اكتفى في المادة 138 من قانون البلدية بذكر أسلوب الاستغلال المباشر وتبعه بأسلوب الامتياز وأغفل بذلك أسلوب المؤسسة العمومية.

ومهما يكن من أمر فإن مكانة عقد الامتياز أو أسلوب الامتياز بالنسبة للإدارة المحلية يأتي بعد أسلوب المؤسسة.

غير أن الواقع المالي للبلديات والذي عانت منه أكثر من عقد من الزمن دفع هذه الجهات الإدارية إلى تراجع واضح خاصة في الميدان الاقتصادي وبالتحديد في المجال المتعلق بإنشاء المؤسسات الاقتصادية المحلية بنوعها التجارية والصناعية. ويكفي إجراء مقارنة من حيث عدد المؤسسات البلدية والمقاولات بين مرحلة سابقة لسنة 2000 ومرحلة لاحقة لها.

وإذا كان قانون البلدية لسنة 1990 قد اعترف للبلدية بممارسة اختصاصات ذات طابع اقتصادي وهو ما أعلنت عنه مواد كثيرة منها خاصة المادة 88 والمادة 109 من القانون 08/90، إلا أن السياسة الاقتصادية للدولة والتوجه الاقتصادي الجديد أدى إلى تضائل هذا الدور.

ومن المؤكد أن عدم إقدام البلديات على استغلال المرافق العمومية الاقتصادية بواسطة مؤسسة محلية مستقلة سيؤدي بها حتما إلى اعتماد أسلوب الامتياز بهدف المحافظة على دورها الاقتصادي من جهة وتلبية الحاجة العامة من جهة أخرى وتفعيل قواعد قانون البلدية وهو ما يجعلنا أمام حقيقة لم يمكن إنكارها أن رهان المستقبل سيجعل من عقد الامتياز أحد أهم أدوات وآليات مشاركة القطاع الخاص مع الإدارة العمومية في الاضطلاع بأعباء التنمية الشاملة.

وبالنظر للدور الكبير الذي يلعبه عقد الامتياز على صعيد التنمية المحلية، احتل مكانة متميزة في كل من قانون البلدية وقانون الولاية.

• مكانة عقد الامتياز في قانون البلدية لسنة 2011 :

صدر قانون البلدية الجديد بموجب القانون 11-10 المؤرخ في 22 يوليو 2011 ونشر في الجريدة الرسمية رقم 37 لسنة 2011. وجاءت المادة 151 منه لتعترف للبلدية باستغلال مصالحها العمومية عن طريق الاستغلال المباشر. وتفيد إيرادات ونفقات الاستغلال المباشر في ميزانية البلدية.

وأجازت المادة 153 للبلدية انشاء مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. ونصت المادة 153 أن هذه المؤسسات العمومية يمكن أن تكون ذات طابع إداري أو صناعي وتجاري.

وبخصوص الامتياز جاءت المادة 155 صريحة بقولها: "يمكن المصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول.

يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم".

وبالرجوع للمادة 149 محل الاحالة نجدتها قد أشارت للمجالات التالية :

- التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة.
- النفايات المنزلية والفضلات الأخرى.
- صيانة الطرقات وإشارات المرور.
- الإضاءة العمومية.
- الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية.
- الحظائر ومساحات التوقف.
- المحاشير.
- النقل الجماعي.
- المذابح البلدية.
- الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء.
- الفضاءات الثقافية التابعة لأملاكها.
- فضاءات الرياضة والتسلية التابعة لأملاكها.
- المساحات الخضراء.

وأشارت المادة 150 بوضوح أن المجالات المذكورة يمكن أن تدار بطريق التسيير المباشر أو عن طريق مؤسسة عمومية بلدية أو عن طريق الامتياز.

مكانة عقد الامتياز في قانون الولاية لسنة 2012 :

على نفس النسق المتبع في قانون البلدية أعطى المشرع في قانون الولاية لسنة 2012 مبدأ الأفضلية لأسلوب الاستغلال المباشر ثم أسلوب المؤسسة العمومية وهو ما أشارت إليه بوضوح المادة 149 والمادة 146 من القانون 07-12 المتعلق بالولاية.

غير أنه في حال تعذر استغلال المرفق عن طريق الاستغلال المباشر أو أسلوب المؤسسة العمومية يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص بإتباع واعتماد أسلوب الامتياز كطريقة من طرق إدارة المرافق العمومية. ويخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدده التنظيم بما يؤكد خضوع هذا العقد بالذات لأطر رقابية خاصة تمارس فيها الإدارة ممثلة في الوالي الدور الرئيس.

قائمة المراجع :

أولا النصوص الرسمية :

- 1- القانون 08-14 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل القانون 90-30 مؤرخ في 1 ديسمبر 1990 متضمن قانون الأملاك الوطنية.
- 2- الأمر 96-13 مؤرخ في 15 يونيو 1996 المتضمن قانون المياه.
- 3 المرسوم التنفيذي 96-38 مؤرخ في 8 ديسمبر 1998 يتضمن دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بمنح امتياز الطريق السريع.

- 4- القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 17 مارس 1967 المتعلق بالامتياز الممنوح من الدولة للبلديات لاستغلال المحلات التجارية.
- 5- التعليمات الوزارية رقم 94-842/3. 1994 المتعلقة بامتياز المرافق المحلية.

ثانيا : الكتب مرتبة حسب ورودها في البحث :

- 1- الدكتور سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- 2- الدكتور محمد عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- 3- الدكتور أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.
- 4- الدكتور عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.
5. ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، الجزائر، دار بلقيس، 2010.
- 6- الدكتور الناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، 2009.
- 7- الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 8- الدكتور محمد فاروق عبد المجيد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- 9- الدكتور محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005.
- 10- الدكتور عبد الحميد الشواربي، العقد الإداري في ضوء الفقه والتشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.

أسباب انعدام الأهلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

ومدى كفايتها - دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي -

Null Capacity Reasons in the UAE Civil Transactions Law

and its Sufficiency comparative Study with Islamic jurisprudence



إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور إيداد محمد جاد الحق
أستاذ القانون المدني المشارك قسم القانون الخاص
كلية القانون ، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا
- دولة الإمارات العربية المتحدة -

ملخص :

حددت غالبية التشريعات المدنية - ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتي - أسباب انعدام الأهلية لدى الإنسان بصغر السن والجنون والعتة. وقد نظم الفقه الإسلامي هذه الأسباب وأسباباً أخرى لم ترد في التشريعات المدنية أهمها السُّكْر. كما نعتقد بوجود أسباب أخرى لعدم الأهلية لدى الإنسان وتتمثل بتناول العقاقير المخدرة والتنويم المغناطيسي والسُّحْر. وهذا يظهر عدم كفاية التنظيم القانوني لأسباب انعدام الأهلية في التشريعات المدنية ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مما يتطلب العمل على تكملته، من خلال اقتراح إضافة أسباب جديدة لانعدام الأهلية، وإصلاح ما بهذا التنظيم من أخطاء نكشفها من خلال الاهتداء بما هو سائد في الفقه الإسلامي وبما نراه صواباً تأسيساً على المنطق والعقل والعدل.

Summary :

Most civil legislative systems- As well as the UAE Civil Transactions Law - have defined Null Capacity Reasons in human being in their age, madness and dementia. Islamic jurisprudence structured those and other reasons, which were not stated in civil legislatives,

such as drunkenness. The researcher believes there are other reasons of null capacity, such as narcotic drugs, magic and hypnosis. This leads the researcher to believe that the current legal systems of Null Capacity Reasons are insufficient. This necessitates a process of change and reform of those mistakes and shortages in current legal systems. This process would depend on Islamic jurisprudence and human sense, justice and fairness.

مقدمة :

ينظم القانون المدني علاقات قانونية متعددة بين أفراد المجتمع، لذلك فهو يحتل مكانة رفيعة بين فروع القانون، ويحظى البحث في موضوعاته بأهمية كبيرة تنبع من دقة مسائله وتشعبها. ومن الموضوعات الهامة التي ينظمها القانون المدني أسباب انعدام الأهلية لدى الإنسان، حيث نظمت التشريعات المدنية المختلفة أسباباً معينة تؤدي إلى انعدام الأهلية لدى الإنسان مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، تتمثل ببطان التصرفات القانونية التي تصدر عن عديم الأهلية⁽¹⁾، وقد حددت أسباب انعدام الأهلية بصغر السن والجنون والعتة⁽²⁾.

ولم يبتعد قانون المعاملات المدنية الإماراتي عما هو سائد في التشريعات المدنية المختلفة بهذا الخصوص، حيث نظم كلاً من صغر السن والجنون والعتة كأسباب لانعدام الأهلية. كما نظم الفقه الإسلامي أسباباً لانعدام الأهلية لدى الإنسان، فتحدث عن صغر السن والجنون والعتة وغيرها من الأسباب التي تتعلق بالعبادات وليس

(1) ومن الجدير بيانه أن بطلان التصرفات الصادرة عن عديم الأهلية لا يعني بالضرورة عدم مساءلته تقصيراً عما يصدر عنه من أفعال تصيب الغير بضرر، حيث يسأل عديم الأهلية مسئولية تقصيرية عن الضرر الذي يسببه للغير وفقاً للمادة (282) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وكذلك الحال في القانون المدني الأردني والقانون المدني الكويتي والقانون المدني السوداني والقانون المدني اليمني، ويرجع ذلك لاعتناق هذه التشريعات للنظرية الموضوعية في المسؤولية التقصيرية (نظرية تحمل التبعة) والتي تقيم المسؤولية التقصيرية على الفعل الضار وليس على الخطأ.

وعلى خلاف ذلك فإن كلاً من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري يأخذ بالنظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية والتي تقيمها على فكرة الخطأ، مما يعني عدم مساءلة عديم الأهلية تقصيراً وفقاً لهذه التشريعات التي تشترط التمييز والإدراك لقيام الركن الأول من أركان المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ، ومع ذلك تقرر هذه التشريعات مسؤولية تقصيرية استثنائية لعديم التمييز في حالة عدم وجود مسئول عن عديم التمييز أو وجوده وتعذر الحصول على تعويض منه لقيامه بنفي الخطأ في رقابة عديم التمييز ورعايته أو لإعساره. انظر في ذلك جاد الحق، إياد (2009)، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة ومكتبة الأزهر، ص 356، 357.

(2) انظر المواد (110) و (114) من القانون المدني المصري. والمواد (111)، (112) و (114) من القانون المدني السوري. والمادة (44) من القانون المدني الأردني. وانظر في ذلك تفصيلاً السنهوري، عبد الرزاق (1998)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المجلد الأول - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، فقرة 152، 156، 157، ص 290، 298، 300. كيره، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، فقرة 295، 299، ص 577، 584. الصدة، عبد المنعم فرج (1979)، أصول القانون، دار النهضة العربية، فقرة 310، 314، 315، ص 450، 457، 458. تتاعو، سمير عبد السيد (2005)، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، فقرة 25، 26، ص 29، 30.

بينما اعتبر المشرع الأردني العتة سبباً يؤدي إلى نقص الأهلية لدى الإنسان وليس إلى انعدامه، وعليه فإن العارض الوحيد الذي يعدم الأهلية في القانون المدني الأردني هو الجنون. انظر في ذلك أبو ملح، موسى (1995)، شرح القانون المدني الأردني - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية، ص 183. سلطان، أنور (1998)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، المكتب القانوني، فقرة 44، ص 46.

وقد حدد القانون المدني الفلسطيني أسباب انعدام التمييز بصغر السن والجنون والعتة. انظر في ذلك جاد الحق، إياد محمد، المرجع السابق، ص 96، 106،

بالمعاملات كالإغماء والنوم والسفر والجهل والهزل⁽¹⁾، ونظم كذلك السُّكْر باعتباره سبباً يعدم الأهلية لدى السكران، وهو ما لم تنظمه التشريعات المدنية⁽²⁾. علاوة على وجود أسباب أخرى لانعدام التمييز نقترحها ونرى ضرورة تنظيمها في التشريعات المدنية وتتمثل في تناول العقاقير المخدرة وفي التنويم المغناطيسي وفي السُّحْر.

يظهر إذن وجود أسباب تعدم التمييز لدى الإنسان ورغم ذلك لم تنظمها التشريعات المدنية رغم توافر نفس العلة فيها والموجودة في الأسباب المنظمة تشريعياً، وتتمثل هذه الأسباب بالسُّكْر وتناول العقاقير المخدرة والتنويم المغناطيسي والسُّحْر. علاوة على أن أسباب انعدام التمييز المنظمة تشريعياً تحتاج إلى البحث والتحليل نظراً لوجود اختلاف في تنظيمها بين الفقه الإسلامي والتشريعات المدنية مما يزيد هذا البحث ثراءً. ومن خلال هذه الإشكالات تظهر أهمية البحث في ضرورة حصر أسباب انعدام التمييز وتحديدتها، نظراً لأهمية الأثر القانوني المترتب على وجود سبب لانعدام الأهلية والمتمثل ببطان التصرفات القانونية التي يجريها عديم الأهلية، علاوة على أن من شأن حصر هذه الأسباب والمساواة بينها تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، لأن مقتضى العدل والمنطق أن توافر نفس العلة لدى شخصين يتطلب توحيد الأحكام لكليهما.

وسنعمد في منهج البحث المنهج التحليلي المقارن، الذي يعتمد على التحليل والتأصيل للنصوص القانونية الواردة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وغيره من التشريعات المدنية عند اللزوم، لبيان مدى توافقها مع أحكام الفقه الإسلامي، لنخلص إلى نتائج وتوصيات للمشرع الإماراتي.

وبناءً عليه سنقسم البحث إلى مبحثين، ندرس في الأول أسباب انعدام الأهلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ونقترح في الثاني أسباباً جديدة لانعدام الأهلية، ثم نخلص إلى النتائج والتوصيات.

- المبحث الأول: أسباب انعدام الأهلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

- المبحث الثاني: أسباب مقترحة لانعدام الأهلية.

المبحث الأول: أسباب انعدام الأهلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي :

نظم قانون المعاملات المدنية الإماراتي أسباب انعدام الأهلية لدى الإنسان، وحدد هذه الأسباب بصغر السن والجنون والعتة. وعليه تتطلب دراستنا لهذا المبحث تقسيمه إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي.

المطلب الأول: صغر السن.

المطلب الثاني: الجنون.

المطلب الثالث: العتة.

(1) ولا علاقة للبحث بهذه الأسباب كونها تتعلق بالعبادات أما موضوع البحث فيتعلق بالمعاملات.

(2) نظم الفقه الإسلامي عوارض الأهلية بشكل عام وقسمها إلى نوعين: 1. عوارض سماوية: وهي التي لا دخل للإنسان في إيجادها مثل الجنون والعتة والإغماء والنوم ومرض الموت. 2. عوارض مكتسبة: وهي التي للإنسان دخل في إيجادها مثل السُّكْر والسفه والدَّيْن. انظر في ذلك الزحيلي، وهبه (2008)، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع، الطبعة السادسة، دار الفكر، دمشق، ص 129 وما بعدها.

المطلب الأول : صغر السن :

يعتبر صغر السن السبب الرئيس من أسباب انعدام الأهلية في التشريعات المدنية المختلفة، حيث تقسم التشريعات مراحل أهلية الأداء لدى الإنسان إلى ثلاث مراحل وهي: مرحلة انعدام التمييز (انعدام الأهلية) ومرحلة نقص التمييز (نقص الأهلية) ومرحلة كمال التمييز (كمال الأهلية). وقد ربطت التشريعات الانتقال بين هذه المراحل ببلوغ الإنسان سنًا معينة، فمرحلة انعدام التمييز تنحصر في الفترة ما بين ولادة الإنسان وحتى سن السابعة من عمره وهو سن التمييز⁽¹⁾، ومرحلة نقص التمييز تنحصر في الفترة ما بين سن السابعة وحتى سن كمال الأهلية، ومرحلة كمال التمييز تبدأ ببلوغ الشخص سن الرشد وتنتهي بانتهاء الشخصية القانونية أي بالموت⁽²⁾.

وما يعيننا في البحث هو المرحلة الأولى وهي مرحلة انعدام الأهلية، حيث فيها يكون الإنسان منعدم التمييز والإدراك وتثبت له أهلية الوجوب فقط بحيث يمكنه اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أما أهلية الأداء فلا تثبت له مطلقاً لذلك لا يحق له إبرام أي نوع من أنواع التصرفات القانونية لانعدام الإرادة لديه، فالصغير غير المميز لا يملك القدرة العقلية والخبرة اللازمة لإبرام التصرفات القانونية وإدارة أمواله والحفاظة عليها، وبناءً عليه فإن أي تصرف قانوني يبرمه الصغير غير المميز يعتبر باطلاً⁽³⁾، وقد نصت على ذلك المادة (1/86) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي جاء فيها: "لا يكون أهلاً لمباشرة الحقوق المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

والتمييز هو المقدرة على فهم ماهية الفعل وطبيعته وتوقع الآثار التي تنتج عنه⁽⁴⁾، وتحدد بعض التشريعات المدنية سن التمييز بسبع سنين كما هي الحال في القانون المدني المصري (المادة 2/45) والقانون المدني الأردني (المادة 2/44) وغيرها، وقد استقت هذه التشريعات سن السابعة من الفقه الإسلامي، حيث من الراجح أن الإنسان ببلوغه هذه السن يمكنه في الغالب التمييز بين الأخذ والعطاء والبيع والشراء والفهم الإجمالي لمعاني التصرفات. وقد حُدِّد سن التمييز في الفقه الإسلامي بسبع سنين استثناساً بمجديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي حدد فيه الوقت الذي يؤمر فيه الصغير بالصلاة وهو سن السابعة من عمره، حيث قال عليه الصلاة والسلام: "مروا أولادكم بالصلاة وهم

(1) وفقاً لمعظم التشريعات المدنية. انظر المادة (3/159) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة (2/44) من القانون المدني الأردني، والمادة (2/45) من القانون المدني المصري.

(2) وسن الرشد في الإمارات إحدى وعشرون سنة وفقاً للمادة (2/85) من قانون المعاملات المدنية، وفي الأردن ثمان عشرة سنة وفقاً للمادة (2/43) من القانون المدني، وفي مصر سن الرشد محدد بإحدى وعشرين سنة وفقاً للمادة (2/44) من القانون المدني، وفي الجزائر سن الرشد محدد بتسع عشرة سنة وفقاً للمادة (40) من القانون المدني، وفي اليمن سن الرشد محدد بخمس عشرة سنة بشرط أن يكون الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته القانونية وفقاً للمادة (51) من القانون المدني، والرشد وفقاً للمادة (60) من نفس القانون يعني حسن التصرف في المال وهو لا يحتاج إلى حكم به إلا إذا اختلف بخصوصه الصغير مدعي الرشد ووليّه أو وصيه. انظر في ذلك أبو ملح، موسى (2009)، النظام القانوني لحماية أموال الصغير، مراجعة قانونية صادرة عن مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، ص 3، 14، وهامش رقم 8، 16.

(3) أبو ملح، موسى، النظام القانوني لحماية أموال الصغير، مرجع سابق، ص 3، 4.

(4) حسني، محمود نجيب (1977)، شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، فقرة 563، ص 540.

أبناء سبع سنين" (رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي)، فأمر الأولاد بالصلاة في سن السابعة يعني أنهم يكونون في هذه السن مميزين لأن من يميز العبادة يمكنه تمييز العبادة⁽¹⁾.

ويوجد تشريعات مدنية أخرى حددت سن التمييز بغير سن السابعة، حيث حدد المشرع الجزائري سن التمييز بستة عشرة سنة وفقاً للمادة (42) من القانون المدني، وحدد المشرع اليمني سن التمييز بعشر سنين وفقاً للمادة (52) من القانون المدني⁽²⁾، وحدد المشرع المغربي سن التمييز باثني عشرة سنة⁽³⁾، كما حدد المشرع اليوناني سن التمييز بعشر سنين في المادة (2/128) من القانون المدني⁽⁴⁾. ولا يوجد في القانون المدني الفرنسي نصٌ يحدد سناً معينة للتمييز، وإنما نصت المادة (388) منه على أن القاصر هو كل شخص ذكر كان أو أنثى لم يبلغ سن الثامنة عشرة، وعليه فإن تحديد سن التمييز في فرنسا يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وفقاً لكل حالة على حده⁽⁵⁾.

ولم يخرج قانون المعاملات المدنية الإماراتي عن معظم التشريعات المدنية في تحديده لمراحل الأهلية الثلاثة وفي تحديده لسن التمييز بسن السابعة من العمر، وذلك وفقاً للمادة (3/159) التي جاء فيها: "وسن التمييز سبع سنوات هجرية كاملة". ولقد أحسن المشرع الإماراتي بتحديد التمييز بسن معينة وهو سن السابعة، لأن في ذلك تمكيناً للقاضي من العمل بسهولة وإعطاء القرار الصحيح في الوقائع والنزاعات المعروضة عليه، علاوة على أن السن تُعتبر إمارةً ووصفاً حسيماً يمكن الكشف عنه بسهولة⁽⁶⁾.

المطلب الثاني : الجنون :

الجنون هو اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد العقل أو مختله ويعدم عنده التمييز والإدراك⁽⁷⁾. ويفرق الفقه الإسلامي بين نوعين من الجنون هما: الجنون المطبق والجنون المتقطع، حيث نظمت مجلة الأحكام العدلية المتأخوذة عن الفقه الحنفي الجنون مفرقة بين هذين النوعين، فقد جاء في المادة (944) منها: "الجنون على قسمين أحدهما الجنون المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته والثاني هو الجنون غير المطبق وهو الذي يجن في بعض

(1) الرفعي، عبد السلام (1996)، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي - دراسة ومقارنة، أفريقيا الشرق، ص 163، 164.

(2) أبو ملح، موسى، النظام القانوني لحماية أموال الصغير، مرجع سابق، ص 14 هامش رقم 7.

(3) الرفعي، عبد السلام، المرجع السابق، ص 164.

(4) سن كمال الأهلية في اليونان ثمانين سنة وفقاً للمادة (127) من القانون المدني التي جاء فيها: "كل من أتم الثامنة عشرة من عمره يكون أهلاً لإبرام التصرفات القانونية أيأ كان نوعها". انظر في ذلك

Georgiazis, Apostolos (1997), General Principles of Civil Law, second edition, Athens, p. 115.

Marty et RaynAuD, Droit Civil les obligation ze.ed T.1 les sources 1988 .n. 488 civ2e 25 oct 1989 Bull – civ II n. 194.(5)

نقلاً عن منصور، أمجد محمد، مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار - دراسة مقارنة، ص 3، نسخة إلكترونية (http://www.wasmia.com).

(6) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الأول، القاهرة، مكتبة دار التراث، ص 601. نقلاً عن عسقلان، فضل ماهر (2008)، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص 23. انظر مراحل الأهلية وفقاً لقانون

المعاملات المدنية الإماراتي الشراوي، الشهابي إبراهيم (2011): مصادر الإلتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي - العقد والتصرف الإفرادي، الطبعة الثالثة، إثراء للنشر والتوزيع، ص 115 وما بعدها.

(7) الزعبي، عوض (2001)، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، ص 446.

الأوقات ويفيق في بعضها"، وجاء في المادة (979) منها أن: "المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز"، كما جاء في المادة (980) منها أن: "تصرفات المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرف العاقل"⁽¹⁾.

ويتضح من هذه النصوص أن الجنون ينقسم إلى نوعين: جنون مطبق و جنون غير مطبق (متقطع)، والجنون المطبق هو الجنون المستمر الذي لا تتخلله فترات إفاقة، أما الجنون غير المطبق فهو الجنون المتقطع الذي تتخلله فترات إفاقة. وحكم النصوص السابقة واضح في اعتبار الجنون سبباً لانعدام الأهلية، حيث تأخذ تصرفات المجنون حكم تصرفات الصغير غير المميز أي تعتبر باطلة أياً كان نوعها، ولكن التصرفات التي تصدر عن المجنون جنوناً غير مطبق في فترات إفاقته تعتبر صحيحة كتصرفات العاقل الرشيد بشرط أن يزول عارض الجنون بشكل كلي وقت الإفاقة، أما إذا كان عارض الجنون لا يزول بشكل كلي وقت الإفاقة بحيث يُجن الشخص ويفيق فإنه يعتبر ناقص العقل والتمييز وتأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصغير المميز⁽²⁾.

ولقد ثار الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول الجنون المطبق، فذهب رأي أول إلى أن الجنون المطبق هو الذي يمتد إلى سنة كاملة، وذهب رأي ثان إلى أن الجنون المطبق هو الذي يستوعب أكثر من يوم وليلة، وذهب رأي ثالث إلى أن الجنون المطبق هو الذي يمتد لأكثر من سنة، وذهب رأي رابع وهو الراجح إلى أن الجنون المطبق هو الذي يمتد شهراً كاملاً⁽³⁾. ومن مجمل هذه الآراء في الجنون المطبق يتضح وجود تداخل بين الجنون المطبق والجنون غير المطبق بحيث يصعب التمييز بينهما⁽⁴⁾، ونعتقد بهذا الخصوص أن الجنون المطبق لا يتقيد بمدة معينة لكي يعتبر كذلك وإنما يعتبر الجنون مطبقاً طالما أن الشخص لا يفيق من حالة الجنون أبداً، وإذا أفاق من الجنون فإن هذا يعني شفاؤه من حالة الجنون.

يتضح إذن أن الفقه الإسلامي يعتبر الجنون سبباً من أسباب انعدام الأهلية معتمداً على التفرقة بين الجنون المطبق والجنون المتقطع. بينما نجد أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي لم يتضمن هذه التفرقة في بيان حكم الجنون، حيث جاء في المادة (1/168) أنه: "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم"، وجاء في المادة (169) أنه: "يلحق المجنون والمعتوه الكبيران المحجور عليهما بالقاصر عديم الأهلية"، بينما جاءت التفرقة بين الجنون المطبق والجنون

(1) كما أخذ المشرع الأردني بالتفرقة بين الجنون المطبق والجنون المتقطع في المادة (1/128) من القانون المدني التي جاء فيها: "المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرف العاقل".

(2) باز، سليم رستم، شرح المجلة، المجلد الأول، طبعة الثالثة مصححة ومزودة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ص 548. وهذا هو رأي فقهاء المذهب المالكي والمذهب الحنفي حيث يرون أن الإفاقة إذا كانت غير تامة بأن كان المجنون يعقل بعض الأمور ولا يعقل البعض الآخر فإن تصرفاته تأخذ حكم تصرفات الصغير المميز. انظر في ذلك الزحيلي، وهبه، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 316.

ووفقاً لنص المادة (967) من مجلة الأحكام العدلية فإن التصرفات النافعة نفعاً محضاً صادرة عن الصغير المميز تعتبر صحيحة على خلاف التصرفات الضارة ضرراً محضاً صادرة عنه حيث تعتبر باطلة، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتخذ موقوفة على إجازة ولي الصغير المميز.

وقد بين قانون المعاملات المدنية الإماراتي حكم تصرفات الصغير المميز في المادة (159) منه التي نصت على أنه: "1. التصرفات المالية للصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. 2. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد. 3. وسن التمييز سبع سنوات هجرية كاملة".

(3) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الرابع، مكتب النهضة، بيروت، ص 585. أبو زهرة، محمد، دراسات فقهية، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، ص 38.

(4) عسقلان، فضل ماهر، المرجع السابق، ص 23.

المتقطع في بيان حكم التصرفات القانونية الصادرة عن المجنون في المادة (1/175) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 التي جاء فيها: " تصرفات المجنون المالية حال إفاقته صحيحة، وباطلة بعد الحجر عليه". ويتضح من هذه النصوص أن المشرع الإماراتي فرّق بين أنواع الجنون في بيان حكم التصرفات القانونية الصادرة عن المجنون وفقاً لما سبق بيانه، كما يتضح أن الصغير والمجنون والمعتوه يقع الحجر عليهم بمجرد توافر علة الصغر أو الجنون أو العته ودون الحاجة لصدور قرار من المحكمة بالحجر، لأنه لولا ذلك للحقهم ضرر من تعاملاتهم حيث قد يستجر من يعاملهم ما لهم عن طريق الاحتيال⁽¹⁾. كما نلاحظ وجود خلل في نص المادة (169)، فقد خلط المشرع الإماراتي في بيان حكم التصرفات القانونية الصادرة عن المجنون بين مصطلحي (القاصر) و (عديم الأهلية)، حيث يوجد اختلاف بين المصطلحين من حيث أن القاصر هو ناقص الأهلية أي الشخص البالغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، أما عديم الأهلية فهو من لم يبلغ سن التمييز، وعليه نصي المشرع الإماراتي بتعديل نص المادة (169) لتصبح على النحو الآتي: "يلحق المجنون والمعتوه الكيران المحجور عليهما بعديم الأهلية".

وتعتمد العديد من التشريعات المدنية على نظام الحجر في بيان حكم التصرفات القانونية الصادرة عن المجنون، ومن ذلك على سبيل المثال القانون المدني الفلسطيني، حيث تنص المادة (111) منه على أنه: "يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ومع ذلك إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها". ويتضح أن هذا النص يعتمد على نظام الحجر في بيان حكم تصرفات المجنون، بحيث تعتبر التصرفات التي يبرمها المجنون بعد صدور قرار الحجر عليه باطلة أما التصرفات التي أبرمها قبل صدور قرار الحجر عليه فإنها تعتبر صحيحة، إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة أو كان المتعاقد مع المجنون يعلم بحالة الجنون، حيث في هاتين الحالتين الأخيرتين تعتبر تصرفات المجنون باطلة رغم صدورهما قبل الحجر عليه.

وقد أحسن المشرع الإماراتي في اعتناقه ما جاء في الفقه الإسلامي من حيث اعتبار المجنون محجوراً عليه لذاته، وفي عدم الاعتماد على نظام الحجر في تحديد حكم التصرفات الصادرة عن المجنون للأسباب الآتية:

1- أن في هذا النظام ما قد يسبب الضرر للمجنون إذا ما اعتبر تصرفه صحيحاً لصدوره قبل صدور قرار الحجر وتسجيله، ويحدث ذلك إذا ما انطوى التصرف على غبن فاحش مثلاً، الأمر الذي يتعارض مع الحماية التشريعية التي يجب أن تتوافر للمجنون. ويؤيد ذلك نص المادة (1/168) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي جاء فيها: "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم"، حيث تبين هذه المادة أن الصغير والمجنون والمعتوه يقع الحجر عليهم بمجرد توافر علة الصغر أو الجنون أو العته ودون حاجة لصدور قرار من المحكمة بالحجر، وقد جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية أنه لولا ذلك للحقهم ضرر من تعاملاتهم حيث قد يستجر من يعاملهم ما لهم عن طريق الاحتيال⁽²⁾.

2- أن هذا النظام لا يعتمد على منطق سليم، لأن انعدام التمييز هو المعيار الذي يحدد مدى صحة التصرفات التي يجريها المجنون وهو المبرر وراء الحكم بطلان تصرفاته.

(1) باز، سليم رستم، المرجع السابق، ص 538.

(2) باز، سليم رستم، المرجع السابق، ص 538.

3- إن شيوع حالة الجنون وقت التعاقد أو علم الطرف الآخر بها لا يجب أن يعتبر أي منهما سبباً للقضاء بطلان تصرفات المجنون رغم صدورهما قبل قرار الحجر وتسجيله، لأن الحدد لذلك هو مدى توافر التمييز والإدراك لدى الشخص وليس وجود حالة استغلال أو تحايل من عدمه.

المطلب الثالث : العته :

العته هو ضعف في العقل يترتب عليه فساد التدبير وضعف الإدراك بحيث يكون المعتوه منعدم التمييز أو ناقصه⁽¹⁾. وقد عرفت المادة (945) من مجلة الأحكام العدلية المعتوه حيث جاء فيها: "المعتوه هو الذي اختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً".

ويفرق الفقه الإسلامي بين نوعين من العته وهما⁽²⁾:

1- العته الشديد: وهو عته يعدم التمييز بحيث يكون المعتوه كالمجنون ويسمى جنونه بالجنون الساكن.

2- العته الخفيف: وهو عته لا يعدم التمييز بل ينقصه بحيث لا يكون المعتوه كالمجنون ولا كالعقل الراشد.

وقد اعتبرت مجلة الأحكام العدلية العته سبباً يؤدي إلى نقص التمييز لدى الإنسان، ويتضح ذلك من نص المادة (978) منها التي جاء فيها: "المعتوه هو في حكم الصغير المميز"، أي أن تصرفاته تأخذ نفس حكم تصرفات الصغير المميز، وقد حددت هذا الحكم المادة (967) من المجلة التي جاء فيها: "يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفع محض وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض كهبته وإن أذنه بذلك ووليّه وأجازته، وأما العقود الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتتعقد موقوفة على إجازة وليّه، ووليّه مخير في الإجازة وعدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا".

ولم يفرق قانون المعاملات المدنية الإماراتية بين الجنون والعته وإنما اعتبرهما من عوارض الأهلية التي تعدها على أساس أن كليهما يؤديان إلى انعدام التمييز لدى الإنسان، وبناءً عليه أعطاهما نفس الحكم في المادة (169) منه سابقة الذكر.

يتضح مما تقدم أن مجلة الأحكام العدلية تعتبر العته سبباً من أسباب نقص التمييز، وتأخذ تصرفات المعتوه حكم تصرفات الصغير المميز. أما قانون المعاملات المدنية الإماراتية فيعتبر العته سبباً من أسباب انعدام التمييز، بحيث تأخذ تصرفات المعتوه حكم تصرفات الصغير غير المميز.

ونرى أنه طالما يوجد نوعان من العته نوع يعدم التمييز لدى الإنسان ونوع ينقص التمييز، فإن هذا يتطلب تنظيم حكمين للتصرفات التي تصدر عن المعتوه وفقاً لنوع العته لديه، بحيث إذا كان العته معدماً للتمييز فإن تصرفات المعتوه تأخذ حكم تصرفات الصغير غير المميز، أما إذا كان العته ينقص التمييز فإن تصرفات المعتوه تأخذ حكم تصرفات الصغير المميز. ويرجع ذلك إلى أن مناط تحديد حكم التصرف هو درجة التمييز المتوافرة لدى

(1) الطنطاوي، محمود محمد (1990)، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ص 130. الفضل، منذر (2012)، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزامات وأحكامها - دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 127.

(2) بدران، بدران أبو العينين (1984)، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص 324. وبنفس المعنى زيدان، عبد الكريم (2001)، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة السابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، فقرة 94، ص 104. أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، فقرة 320، ص 318. الطنطاوي، محمود محمد، المرجع السابق، ص 130. الرفعي، عبد السلام، المرجع السابق، ص 194. الزحيلي، وهبة، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 316، 317.

المتصرف، علاوة على أن هذا التنظيم المقترح يعتبر أكثر منطقية وقبولاً للعقل لأن أحكام المعاملات المدنية تعتمد على المنطق والعقل والعدل لا على التشدد غير المنطقي الذي قد يلحق الضرر بأحد أطراف التعاقد. وبناءً عليه نرى عدم المساواة في الحكم بين المجنون والمعتوه، ونوصي المشرع الإماراتي باعتماد التفرقة بين نوعي العته التي تحدث عنها الفقه الإسلامي، وكما اقترحنا نصاً يبين حكم تصرفات المجنون نقترح نصاً آخر يبين حكم تصرفات المعتوه على النحو الآتي :

"يقع باطلاً تصرف المعتوه غير المميز، أما المعتوه المميز فيأخذ تصرفه حكم تصرف الصغير المميز".
المبحث الثاني : أسباب مقترحة لانعدام الأهلية :

نظم الفقه الإسلامي أسباباً متعددة لانعدام الأهلية لدى الإنسان تتمثل بصغر السن والجنون والعته والسُّكْر والنوم والإغماء والسفر والجهل والهزل وغيرها، إلا أن هذه الأسباب تتعلق بالعبادات⁽¹⁾ وليس بالمعاملات، ما عدا صغر السن والجنون والعته والسُّكْر حيث تتعلق بالعبادات والمعاملات معاً. ونظراً لتعدد هذه الأسباب يذهب رأي في الفقه إلى اقتراح اعتماد معايير موضوعية لعوارض الأهلية، بحيث يُستبدل الجنون والعته بمعيار انعدام التمييز، ويُستبدل السفه والغفلة بمعيار فساد التدبير، مع اشتراط ألا يكون الشخص قد قصد بنفسه الوصول إلى العارض الذي يُعَدُّ التمييز أو يُفسد التدبير⁽²⁾. ولا نتفق مع هذا الرأي لأنه يؤدي إلى توسعة السلطة التقديرية للقاضي، حيث يصبح تحديد أسباب انعدام أو نقص الأهلية ضمن صلاحيات القاضي وفقاً لهذا الرأي، الأمر الذي قد يؤدي إلى استبداد القضاء وتحكمه في إبطال التصرفات القانونية من عدمه وفقاً لكل حالة على حدة، مما قد يشكل خطراً على حقوق الأفراد. لذلك نرى صحة تحديد أسباب انعدام أو نقص الأهلية على سبيل الحصر كما هي الحال في التشريعات المدنية مع متابعة التطورات العلمية والتكنولوجية من قبل المشرع لإضافة أسباب جديدة كلما تطلب الأمر ذلك.

وقد تحدثنا في المبحث الأول عن كل من صغر السن والجنون والعته، الأمر الذي يقتضي بحث موضوع السُّكْر كسبب لانعدام الأهلية لدى الإنسان. كما نرى ضرورة بحث موضوع العقاقير المخدرة وموضوع التنويم المغناطيسي وموضوع السُّحْر كأسباب تؤدي لانعدام الأهلية. وعليه تتطلب الدراسة تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي.

المطلب الأول : السُّكْر والعقاقير المخدرة.

المطلب الثاني : التنويم المغناطيسي.

المطلب الثالث : السُّحْر.

(1) انظر هذه الأسباب الغزالي، أبي حامد محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، الجزء الأول، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت - لبنان، ص 214 وما بعدها. ويطلق على هذه الأسباب الأعدار المسقطة للتكليف. انظر في ذلك الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله (2007)، البحر المحيط في أصول الفقه، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ص 351 وما بعدها.

(2) محاسنة، محمد (1994)، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية - دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، بحث منشور على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي (www.arablawninfo.com)، ص 16 وما بعدها.

المطلب الأول: السُّكْر والعقاقير المخدرة :

السُّكْر هو عبارة عن زوال العقل بسبب تناول الخمر أو غيرها من المسكرات ويترتب عليه عدم معرفة السكران بعد إفاقته من السكر ما صدر منه أثناء سُكْره⁽¹⁾.

ولقد تعرض الفقه الإسلامي لتحديد ضابط للسُّكْر فقال أبو حنيفة: "إن السُّكْر الذي يتعلق به وجوب الحد والحرمة: هو الذي يزيل العقل بحيث لا يفهم السكران شيئاً ولا يعقل منطقاً ولا يفرق بين الرجل والمرأة والأرض من السماء..."، كما قال الصحبان وباقي الأئمة أن: "السكران هو الذي يكون غالب كلامه الهذيان واختلاط الكلام، لأنه هو السكران في عرف الناس وعاداتهم، فإن السكران في متعارف الناس اسم لمن هذى وخلط في كلامه، ولا يعرف ثوبه من ثوب غيره ولا نعله من نعل غيره"⁽²⁾.

ونظّم الفقه الإسلامي السُّكْر باعتباره من العوارض المكتسبة التي تعدم الأهلية لدى الإنسان، وبين حكم التصرفات التي تصدر عن السكران. حيث يذهب فقهاء المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة أن السُّكْر يبطل عبارة السكران ولا يترتب في ذمته أي التزام وتعتبر التصرفات والعقود التي يبرمها باطلة بسبب عدم سلامة القصد أو الإرادة، ويستوي في ذلك أن يكون السُّكْر بطريق مباح أو بطريق محظور، وعليه لا يعتبر صحيحاً يمين السكران وإقراره وبيعه وهبته وكل أقواله⁽³⁾. بينما يذهب جمهور الفقهاء إلى غير ذلك، حيث يفرق بين نوعين من السكر من حيث مدى صحة تصرفات السكران وهما⁽⁴⁾:

أولاً: السُّكْر المباح :

السكر المباح هو الذي يتم اضطراراً أو إكراهاً أو عن غير علم بأن ما يتناوله مسكر. ويرى جمهور الفقهاء أنه لا يعتد بعبارة السكران في هذه الأحوال، حيث يعتبر كالمغمى عليه أو النائم لا اعتبار لأقواله لرفع التكليف عنه، وعليه لا يقع طلاقه وظهاره ولعانه وتعتبر عقوده غير صحيحة، بحيث لا يترتب في ذمة السكران أي التزام ناشئ عن تصرف أبرمه وهو في حالة السكر.

إلا أن عدم مسؤولية السكران عن تصرفاته القانونية في هذه الحالة لا يعني عدم مسؤوليته عن أفعاله الضارة التي تصيب الغير بضرر، حيث يسأل السكران مسؤولية تقصيرية عن أفعاله الضارة كغيره من عديمي التمييز -

(1) زيدان، عبد الكريم، المرجع السابق، فقرة 126، ص 128. فالسكران هو الذي يصل إلى درجة الهذيان وخط الكلام بحيث لا يعي بعد إفاقته ما صدر منه حال سُكْره. الزحيلي، وهبة، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 353.

(2) الزحيلي، وهبة، الجزء السادس، المرجع السابق، ص 98.

(3) الزحيلي، وهبة، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 131.

(4) الزحيلي، وهبة، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 131. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله، المرجع السابق، ص 286. السعدي، عبد الملك عبد الرحمن (1986)، الطلاق وألفاظه المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، معرض الأنبار للكتاب، بغداد، ص 31-35. شعبان، زكي الدين (1989)، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ص 405، 406. أبو زهرة، محمد، المرجع السابق، فقرة 324، ص 323. قرقز، نائل إبراهيم (1999)، أثر الإختلالات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، ص 149. الغزالي، أبي حامد محمد بن محمد، المرجع السابق، ص 215. بدران، بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 327. الحصري، أحمد، الحكم الشرعي ومصادره، طبعة ثالثة مزيدة ومنقحة، دار الجبل، بيروت، ص 322.

أياً كان سبب انعدام التمييز - وفقاً للتشريعات التي تعتنق النظرية الموضوعية في المسؤولية التقصيرية. وهذا ما يذهب إليه الفقه الإسلامي، لأن عدم الإدراك وإن كان يصلح لامتناع المساءلة الجنائية كما هي الحال في السكر غير الاختياري فإنه لا يصلح سبباً لإهدار الأموال⁽¹⁾.

ثانياً: السكر المحظور :

السكر المحظور هو الذي يتم بالاختيار دون جبر ولا حاجة ملجئة وإنما بقصد التلذذ والمتعة. ويرى جمهور الفقهاء صحة عبارة السكران في هذه الحالة زجراً له وعقاباً على قيامه مختاراً بتعطيل عقله، وعليه فإن تصرفاته وعقوده تعتبر صحيحة ويستوي في ذلك الزواج والطلاق والبيع والشراء والإجارة والرهن والكفالة وغيرها. وبيّن الفقهاء هذا الحكم على أساس أن السكر محرم ومن يعرض نفسه للسكر يعتبر آثماً ومرتكباً لجريمة لا يجوز أن يستفيد منها، وعليه فإن السكر المحرم (المحظور) لا يفقد الأهلية بل يُبقي السكران ملزماً بأحكام الشرع وبما أبرمه من تصرفات.

ولم تتضمن التشريعات المدنية بما فيها قانون المعاملات المدنية الإماراتي نصاً يبين حكم التصرفات القانونية الصادرة عن السكران. ونرى بهذا الخصوص أن السكر يؤدي إلى انعدام التمييز لدى صاحبه فهو كالجنون من هذه الناحية، حيث لا يعي السكران قوله ولا تكون لديه إرادة واعية، وعليه فإنه يعتبر منعدم الرضا بخصوص أي تصرف يبرمه وهو في حالة السكر، مما يعني بطلان تصرفاته وعدم ترتيب أي أثر قانوني عليها. ولكن هذا القول لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه بل لابد من التفرقة بين السكر المباح والسكر المحظور كما جاء في الفقه الإسلامي، بحيث تعتبر تصرفات السكران سكرًا مباحًا باطلة لانعدام الرضا والتمييز، أما تصرفات السكران سكرًا محظورًا فنرى اعتبارها صحيحة ترتب أثرها القانوني ويلتزم السكران بالالتزامات الناشئة عنها زجراً له وردعاً لغيره، وحتى لا يكون السكر وسيلة لإبطال التصرفات بحيث يتخذها الأفراد للتحلل من التزاماتهم الناشئة عن تصرفات أبرموها وهم في حالة سكر محظور.

ومما يؤيد اعتبار السكر المباح عارضاً من عوارض الأهلية التي تعدم التمييز لدى الإنسان، ما ينظمه المشرع الجزائي في قانون العقوبات بهذا الخصوص، حيث أنه وفقاً للتشريعات الجزائية المختلفة يعتبر السكر غير الاختياري مانعاً من موانع المسؤولية، والسكر المباح الذي نتحدث عنه هو نفسه السكر غير الاختياري الذي نظمت التشريعات الجزائية والذي يتحقق في صورتين وهما⁽²⁾:

1- الصورة الأولى : تناول المادة المسكرة قهراً : ويحدث ذلك عندما يتناول شخص المادة المسكرة تحت تأثير إكراه مادي أو معنوي أو استجابة لضرورة كالعلاج.

2- الصورة الثانية : تناول المادة المسكرة عن غير علم بأنها كذلك: ويحدث ذلك عندما يتناول شخص المادة المسكرة معتقداً أنها ليست مسكرة أي يتناولها عن غلط.

(1) حوى، سعيد (1981)، الإسلام، الأصل الثالث، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ص 611.

(2) حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، فقرة 598، ص 568.

ويتضح مما سبق أن السكر المباح (غير الإختياري) يؤدي إلى امتناع المساءلة الجزائية إذا ما ارتكب السكران جريمة، وعليه فمن باب أولى عدم مساءلته مدنياً من خلال عدم إلزامه بآثار التصرفات التي قد يبرمها وهو في حالة سُكْر⁽¹⁾، ويكون ذلك من خلال اعتبار السكر المباح سبباً من أسباب انعدام الأهلية كالجنون وبالتالي بطلان هذه التصرفات.

ويلحق بالسكر كسبب لعدم الأهلية لدى الإنسان تناول العقاقير المخدرة، والعقاقير المخدرة هي عبارة عن كل مادة يترتب على تناولها إنهاك الجسم والتأثير على العقل تأثيراً سيئاً وتؤدي إلى فقد القدرة على التركيز الذهني والسيطرة على التصرفات، مما يعني أنها تؤدي إلى انعدام التمييز والإدراك لدى متعاطيها وتؤثر على سلوكه وحالته النفسية، ومن أمثلتها المورفين والكودايين والبيثيدين والهيريون والحشيش... الخ⁽²⁾. وتعتبر التشريعات الجزائية أن السكر هو غيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أياً كان نوعها، مما يعني المساواة بين السكر والعقاقير المخدرة من ناحية اعتبارهما من موانع المسؤولية الجنائية⁽³⁾.

وبناءً على ما تقدم نوصي المشرع الإماراتي باعتبار السُّكْر المباح عارضاً من عوارض الأهلية التي تعدم التمييز مؤقتاً مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، كما نوصي باعتبار التصرفات الصادرة عن من وقع تحت تأثير عقار مخدر باطلة باعتباره منعدم التمييز مؤقتاً إذا كان قد تناول العقار قهراً عنه أو عن غير علم منه بكونه مخدر. وعليه نقترح النص الآتي :

"1. يقع باطلاً التصرف الصادر من السكران سكرًا مباحاً، أما التصرف الصادر من السكران سكرًا محظوراً فيقع صحيحاً. 2. يقع باطلاً التصرف الصادر عن من وقع تحت تأثير عقار مخدر أياً كان نوعه إذا كان قد تناوله قهراً عنه أو عن غير علم منه بكونه مخدر".

(1) ونقصد بعدم المساءلة المدنية بهذا الخصوص عدم إلزامه بآثار التصرفات القانونية التي يبرمها أثناء سكره المباح لانعدام التمييز لديه، أما بخصوص المسؤولية التقصيرية فالأمر مختلف (وهو ما يخرج عن نطاق البحث) حيث يُسأل عديم التمييز عن أفعاله الضارة وذلك في التشريعات التي تعتنق النظرية الموضوعية في المسؤولية التقصيرية (نظرية تحمل التبعة) كما سبق بيانه.

(2) Wingard and others (1991), Human Pharmacology Molecular to Clinical, chapter 28, p. 383-398.

(3) حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، فقرة 597، ص 567. وبنفس المعنى السعيد، السعيد مصطفى (1942)، أثر السكر في المسؤولية الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الثانية عشرة، القاهرة، ص 325.

المطلب الثاني : التنويم المغناطيسي :

التنويم المغناطيسي هو عبارة عن وضعية معينة للوعي شبيهة بالنوم تنتج عن إطفاء جذوة مقاومة الوعي بالإيحاء النفسي، وتوجد حالة من انخفاض درجة الوعي نتيجة المؤثرات النفسية الرتيبة، بحيث يمكن إقناع المنوم بسهولة والتحكم في تفكيره وتصرفاته من قبل المنوم⁽¹⁾. أو هو عبارة عن ظاهرة طبيعية تحدث استجابة لنوع من الإيحاء تختلف درجتها بحسب الأشخاص⁽²⁾.

ويسمى التنويم المغناطيسي بالتنويم الإيحائي (Hypnosis)⁽³⁾ أو كما أطلق عليه علم النفس الحديث (التأمل الإيحائي) كونه يقوم على الإيحاء والتأمل بحيث يكون الشخص المنوم في حالة استرخاء جسدي وذهني كامل يجعله يستجيب للإيحاءات التي يتلقاها من المنوم نظراً لإحداث تغيرات في إدراكه الحسي وذاكرته ومزاجه أثناء فترة النوم المغناطيسي، وهذا يعني أن التنويم المغناطيسي يعتمد بشكل رئيسي على مدى قابلية الشخص للتنويم ومدى جاذبية المعالج في الإيحاء⁽⁴⁾.

يتضح إذن أن التنويم المغناطيسي يعتبر حقيقة لا خيالاً، ووفقاً لما جاء عن منظمة الصحة العالمية فإن 90 % من عامة السكان قابلون للتنويم الإيحائي⁽⁵⁾. وأول من استخدم التنويم المغناطيسي المصريون القدماء ثم اليونانيون والبابليون⁽⁶⁾، ثم أعاد اكتشافه في القرن الثامن عشر الطبيب النمساوي فرانز أنطوان ماسمر الذي كان يستخدمه كوسيلة لتخدير مرضاه، واعتقد الناس أن ما يفعله هو نوع من السحر والشعوذة وعلى إثر ذلك شكّلت أكاديمية العلوم الفرنسية لجنة لدراسة الموضوع والتي بدورها أعلنت أن ما يقوم به ماسمر هو نوع من الاحتيال لا علم فيه، فاحتج ماسمر على ذلك وشكّلت لجنة جديدة برئاسة عالم الفيزياء الشهير لافوازييه وأعلنت هذه اللجنة أن ما يقوم به ماسمر هو حقيقي وأن المرضى ينامون بالفعل ويوجد نتائج إيجابية تتحقق، وبناءً عليه عرضت الحكومة الفرنسية على ماسمر مكافأة مالية مقدارها 20.000 فرنك مقابل أن يكشف لهم عن سر التنويم إلا أنه رفض ذلك. وفي عام 1842 تمكن طبيب إنجليزي وهو جيمس بريد من اكتشاف حقيقة التنويم

(1) عمارة، الزين عباس (1999)، التنويم المغناطيسي، مجلة النفس المظمنة (مجلة إلكترونية)، الجمعية العالمية للإسلامية للصحة النفسية، العدد 58، السنة الرابعة عشر، (<http://www.elazayem.com/index.htm>).

(2) محسن، نبيل، المعالجة النفسية بالتنويم المغناطيسي والإيحاء، (http://maaber.5omegs.com/second_issue/alternative_medicine_1.htm).
وتعتبر السن أحد العوامل التي تحدد مدى استجابة الشخص للتنويم المغناطيسي، فمن الثابت أن استجابة الأطفال حتى سن العاشرة للتنويم المغناطيسي أزيد من استجابة الكبار، كما أن استجابة الصغار تقل كلما تفوّحوا على العالم. كما يستجيب الأفراد الذين ينغمسون في الخيال إلى التنويم أكثر من غيرهم. انظر في ذلك دافيدوف، لندا (1992)، مدخل علم النفس، ترجمة سيد الطواب وآخرون، الطبعة الثالثة، الدار الدولية للنشر والتوزيع، ص 314.

(3) كلمة (Hypnosis) مشتقة من كلمة يونانية معناها النوم (Epnos). انظر في ذلك دافيدوف، لندا، المرجع السابق، ص 314.
(4) عمارة، الزين عباس، المرجع السابق. ويعتمد نجاح المنوم بالإيحاء للمنوم بالقيام بسلوك منافع لقناعته وضميره على عدة عوامل منها: 1. قدرة المنوم على إظهار عدم مخالفة ما يوحي به لما هو سائد في المجتمع. 2. وجود دوافع سيئة كامنة في نفس المنوم. 3. نشأة ثقة مطلقا عمياء بين المنوم والمنوم بحيث ينفذ المنوم أوامر المنوم حتى ولو كانت مخالفة للقانون أو للضمير. انظر في ذلك كمال، علي (1994)، باب النوم والتنويم، الطبعة الثالثة، دار الفارس للنشر، ص 288.

(5) يارنل، ثوماس، الموسوعة الحرة، (<http://ar.wikipedia.org>). حيث أنه بالإمكان تنويم أي شخص إذا ما وجد خبير في التنويم المغناطيسي وتوافرت الظروف المناسبة ويصعب القول بوجود شخص غير قابل للتنويم. انظر في ذلك كمال، علي، المرجع السابق، ص 273.

(6) يارنل، ثوماس، الموسوعة الحرة، (<http://ar.wikipedia.org>).

المغناطيسي، من حيث أنه يعتمد على مدى القابلية للإيحاء ويحدث شلل وظيفي مؤقت في جفن العين ويخضع الشخص المنوم لتعليمات المنوم عن طريق الإيحاء⁽¹⁾.

ويستخدم الأطباء النفسيين التنويم المغناطيسي في علاج مشاكل الأرق والأعصاب والصداع وإدمان الكحول والمخدرات والاضطرابات السلوكية وحالات فقدان الذاكرة والسيطرة على الألم والاضطرابات الجنسية وغيرها⁽²⁾، وذلك من خلال أسلوب يعتمد على الإقناع بحيث يضعك المنوم بين خيارين: الأول أن تصدقه والثاني ألا تصدقه، فإن صدقته يتوقف العقل الخارجي عن العمل وتنام مغناطيسياً وتفعل كل ما يأمرك به المنوم، لأن من ينام مغناطيسياً يكون مسلوب الإرادة سلباً تاماً ويستجيب لأي أوامر من المنوم ويطيعه عن غير وعي ويقبل هذه الأوامر دون نقاش، وتسمى أوامر المنوم بالإيحاءات⁽³⁾، بل من الممكن أن ينفذ بعض الأمور بعد أن يستيقظ من دون أن يعلم أن الإيحاء بها قد تم أثناء التنويم ويسمى هذا الإيحاء بالإيحاء التالي للتنويم⁽⁴⁾.

نستنتج مما سبق أن المنوم مغناطيسياً يعتبر منعدم التمييز، ولا يوجد لديه أي إدراك أو اختيار أو وعي كالمجنون تماماً بل أشد صعوبة من وضع المجنون لأنه يتلقى تعليمات وأوامر من المنوم، وعليه نرى أنه إذا أبرم أي تصرف قانوني في فترة نومه المغناطيسي فإن هذا التصرف يقع باطلاً بسبب انعدام الأهلية.

ولم تنظم التشريعات المدنية بما فيها قانون المعاملات المدنية الإماراتي التنويم المغناطيسي كسبب من أسباب انعدام الأهلية لدى الإنسان، وبناءً عليه نوصي المشرع الإماراتي باعتبار التنويم المغناطيسي سبباً من أسباب انعدام الأهلية، وتنظيمه ضمن العوارض التي تعدم الأهلية مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، من حيث بطلان التصرفات التي يبرمها الخاضع للتنويم المغناطيسي. ونقترح النص الآتي:

(1) السعدون، كامل (2004)، تقنيات التنويم المغناطيسي، الحوار المتمدن (صحيفة إلكترونية)، العدد 1075، بتاريخ 2004/11/12، (http://www.ahewar.org/dehat/show.art.asp?aid=26453).

(2) كمال، علي، المرجع السابق، ص 280، 281.

وقد قام الباحث محمد بن عبدالله الصغير بدراسة مدى نجاعة معالجة مرضى متلازمة الأعماء المتهيجة في المملكة العربية السعودية بالتنويم المغناطيسي، وثبت أن المعالجة بالتنويم عززت الشعور بتحسن نوعية الحياة لدى المرضى الذكور أكثر من الإناث. الصغير، محمد بن عبدالله (2007)، معالجة مرضى متلازمة الأعماء المتهيجة في المملكة العربية السعودية بالتنويم، المجلة الصحية لشرق المتوسط، منظمة الصحة العالمية، المجلد الثالث عشر، العدد 2 (نسخة إلكترونية باللغة الإنجليزية) (www.who.int/en/).

كما يعتبر التنويم وسيلة ناجحة للتوصل إلى الحقيقة بخصوص الكشف عن الجرائم ومرتكبيها، وذلك من خلال إحياء ذاكرة الفرد لكي يتذكر ما نسيه بسبب صدمة ما، وقد أقرت بعض المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية التنويم المغناطيسي كوسيلة إثبات للوصول إلى الحقيقة حيث أجازت سماع شهادة الشاهد بعد أن يكون قد استجوب وهو منوم مغناطيسياً بشرط أن يتم الاستعانة بخبير في الصحة العقلية وأن يتم تسجيل جميع الوقائع أثناء التنويم وبعده إلكترونياً، وأقرت جمعية الأطباء الأمريكية هذا التوجه (مجلس الشؤون العلمية)، وعليه فقد اتفق الخبراء أن الفائدة الكبرى للتنويم تتمثل في الحالة التي يفقد فيها الشاهد أو المجني عليه ذاكرته نتيجة الحادث الذي تعرض له. انظر في ذلك كمال، علي، المرجع السابق، ص 289، 290.

(3) شعبان بهيج (1996)، الإيحاء الذاتي، السلسلة السيكولوجية، الطبعة الأولى، دار صادر للطباعة والنشر، ص 9. كمال، علي، المرجع السابق، ص 290. دافيدوف، لندا، المرجع السابق، 316. يارنل، توماس، المرجع السابق.

يؤدي التنويم المغناطيسي إلى فقدان الإحساس والتفكير التلقائي بحيث يتوقف المنوم عن التفكير والتخطيط وينتظر إيعاءات خارجية. انظر في ذلك دافيدوف، لندا، المرجع السابق، ص 316.

(4) كمال، علي (1989)، باب النوم وباب الأحلام، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، ص 435. محسن، نبيل، المرجع السابق.

"يقع باطلاً التصرف الصادر عن من هو واقع تحت تأثير التنويم المغناطيسي".

المطلب الثالث : السُّحْر :

السحر هو (عُقْد ورُقَى شيطانية يتوصل لها الساحر بعد الكفر بالله وعبادة الشيطان وتؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله)⁽¹⁾. والسحر موجود منذ القدم فقد ذكره الله تعالى في قصة موسى مع فرعون فقال سبحانه وتعالى: "قال موسى أتقولون للحق لما جاءكم أسحر هذا ولا يفلح الساحرون"⁽²⁾، كما ذكره سبحانه وتعالى في زمن سليمان عليه السلام فقال: "واتبعوا ما تتلو الشياطين على ملك سليمان وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر..."⁽³⁾. وقد سُحِر النبي صلى الله عليه وسلم حيث سحره يهودي اسمه لبيد بن الأعصم وكان يخيل له صلى الله عليه وسلم أنه أتى أهله وهو حقيقة لم يأتهم كما كان يخيل له أنه فعل أشياء معينة في حين أنه حقيقة لم يفعلها⁽⁴⁾. وقد حارب الإسلام السحر ووقف موقفاً حاسماً بهذا الخصوص، فحرّم تعلمه وتعليمه نظراً لما يسببه من ضرر للفرد والمجتمع باعتباره طريقاً للفساد وسبباً للكفر بالله سبحانه وتعالى⁽⁵⁾.

والسحر له أنواع متعددة منها سحر التفريق وسحر الجنون وسحر المرض وسحر المحبة وسحر التهيج وسحر الخمول وسحر الهواتف. وما يعيننا في هذا البحث هو مدى تأثير السحر على الإرادة والتمييز لدى المسحور، وبهذا الخصوص نجد أن هناك أنواعاً من السحر تؤثر على إرادة المسحور، حيث يصاب بالشروذ والذهول والنسيان والخبل وبعدم القدرة على التحكم في نفسه وفي تصرفاته، لذلك فإن المسحور لا يعلم بما يقوم به من أفعال كما أنه يندم على الأفعال التي قام بها⁽⁶⁾. وعليه فإن إرادة المسحور تكون غير سليمة حيث لا يتوافر لديه الإرادة والرضا اللازم لتوافرها في التصرفات القانونية كما هي الحال بالنسبة للمجنون.

إلا أن السحر قد يؤثر على كل مجالات حياة المسحور إذا كان سحراً كاملاً، وقد يتعلق بناحية أو نواح معينة من حياة المسحور بحيث لا يمنع المسحور من التصرف في غير ما سُحِر من أجله⁽⁷⁾. ونظراً لتأثير السحر على إرادة المسحور وسلبه لها فإن الفقه الإسلامي يذهب إلى عدم وقوع طلاق المسحور إذا كان فاقداً للوعي بحيث لا يدري ما

(1) آل سيف، عبدالله، حكم طلاق المسحور في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، نسخة إلكترونية (www.fiqhia.com.sa).

(2) سورة يونس الآية 77.

(3) سورة البقرة الآية 102.

(4) طريبه، محمد عصام (1994)، الاستشفاء بالقرآن والتداوي بالرقى، الطبعة الأولى، دار الإسراء للنشر والتوزيع، ص 52، 53. الشعراوي، محمد متولي، السحر والحسد، مكتبة الشعراوي الإسلامية، ص 105. البريك، سعد، ماهية السحر وهل هو حقيقة أم خيال، الشبكة الإسلامية، إسلام ويب، (www.islamweb.net).

(5) الشبكة الإسلامية، إسلام ويب، السحر تعريفه وأنواعه وآثاره (www.islamweb.net).

وحكم الساحر في الإسلام هو القتل إذا عثر عليه فهو كالكافر تماماً، وقد اختلف في قبول توبته. انظر في ذلك الزحيلي، وهبة، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 173.

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن السحر، فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اجتنبوا السبع الموبقات قالوا: يا رسول الله! ما هن؟ قال: الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات" (رواه الشيخان).

(6) الشبكة الإسلامية، إسلام ويب، السحر تعريفه وأنواعه وآثاره (www.islamweb.net).

(7) آل سيف، عبدالله، المرجع السابق.

يقول أو يدري ولكن يجد نفسه مجبراً على التلفظ بلفظ الطلاق، فالمسحور كالجنون والمعنوه، أما إذا كان المسحور يعي ما يقول يقع طلاقه شأنه شأن العقلاء الأصحاء⁽¹⁾.

يتضح مما تقدم أن السحر قد يؤثر على إرادة المسحور فيعدمها ويكون غير مميز كالجنون، وقد لا يكون له هذا الأثر إذا تعلق بناحية من نواحي الحياة ليست لها علاقة بالتصرفات القانونية، وطالما أن الإرادة هي مناط التصرف القانوني وعماده فإن الأمر يتطلب تنظيمًا قانونياً لحكم التصرفات القانونية التي تصدر عن المسحور مع الأخذ بعين الاعتبار مدى تأثر الإرادة بالسحر، ويمكن الاستدلال على ذلك من خلال الاستعانة بأهل الخبرة وبوسائل الإثبات المتعددة.

وبناءً عليه نوصي المشرع الإماراتي بضرورة تنظيم حكم التصرفات القانونية التي تصدر عن المسحور على اعتبار أنه قد يكون غير مميز (عديم الأهلية) إذا ما تعلق السحر بما يقدم عليه المسحور من تصرفات كالبيع أو الشراء أو الهبة أو غيرها، ونقترح النص الآتي:

"يقع باطلاً تصرف المسحور غير المميز على ألا يكون قد وقع تحت تأثير السحر بناءً على طلبه أو برضاه".

• النتائج والتوصيات :

نخلص من البحث في موضوع أسباب انعدام الأهلية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ومدى كفايتها إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي.

أولاً : النتائج :

إن المعالجة التشريعية لأسباب انعدام الأهلية في التشريعات المدنية بما فيها قانون المعاملات المدنية الإماراتي غير كافية، ولا بد من تدخل تشريعي لإضافة أسباب أخرى لانعدام الأهلية لدى الإنسان، تتمثل في السكر وتناول العقاقير المخدرة والتنويم المغناطيسي والسحر، وذلك نظراً لاتحاد العلة بين هذه الأسباب المقترحة والأسباب المنظمة تشريعياً، والمتمثلة بعدم وجود تمييز وإدراك لدى الإنسان إذا ألم به أحد هذه الأسباب. وعليه فقد أغفلت هذه التشريعات بما فيها قانون المعاملات المدنية الإماراتي ما يلي :

1- تنظيم حكم التصرفات القانونية التي تصدر عن السكران والمخدّر، وذلك على خلاف التشريعات الجزائية التي نظمت المسؤولية الجنائية للسكران والمخدّر، واعتبرت التخدير والسكر غير الإختياري مانعاً من موانع المسؤولية.

2- تنظيم حكم التصرفات القانونية التي تصدر عن المنوم مغناطيسياً، رغم أن التنويم المغناطيسي يعتبر حقيقة واقعية وليس خيالياً كما ثبت خلال البحث، ورغم أن إرادة المنوم مغناطيسياً تكون غير حرة.

(1) الهيدان، محمد بن عبدالله (2007)، حكم طلاق المسحور، شبكة نور الإسلام، فتوى رقم 19349 بتاريخ 28-03-2007، (www.islamlight.net).
آل سيف، عبدالله، المرجع السابق.

3- تنظيم حكم التصرفات القانونية التي تصدر عن المسحور، رغم أن السحر ثابت وجوده ورغم أن إرادة المسحور تكون غير سليمة.

ثانياً : التوصيات :

نوصي المشرع الإماراتي بمجموعة من التوصيات، وهي على النحو الآتي :

1- عدم المساواة في الحكم بين المجنون والمعتوه، واعتماد التفرقة بين نوعي العته التي جاء بها الفقه الإسلامي (عته يعدم الأهلية وعته ينقص الأهلية)، وبناءً عليه نقترح بخصوص حكم تصرفات المعتوه النص الآتي: "يقع باطلاً تصرف المعتوه غير المميز، أما المعتوه المميز فيأخذ تصرفه حكم تصرف الصغير المميز".

2- اعتبار السكر المباح عارضاً من عوارض الأهلية التي تعدم التمييز مؤقتاً مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية. ونوصي كذلك باعتبار التصرفات القانونية الصادرة عن من وقع تحت تأثير عقار مخدر باطلاً باعتباره منعدم الأهلية، إذا كان قد تناوله قهراً عنه أو عن غير علمٍ منه بكونه مخدر. وبناءً عليه نقترح النص الآتي: "1. يقع باطلاً التصرف الصادر عن السكران سكرًا مباحًا أثناء فترة سكره، أما التصرف الصادر عن السكران سكرًا محظورًا فيقع صحيحًا. 2. يقع باطلاً التصرف الصادر عن من وقع تحت تأثير عقار مخدر أيًا كان نوعه إذا كان قد تناوله قهراً عنه أو عن غير علمٍ منه بكونه مخدر".

3- اعتبار التنويم المغناطيسي سبباً من أسباب انعدام التمييز وتنظيمه ضمن العوارض التي تعدم الأهلية مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، من حيث بطلان التصرفات القانونية التي يبرمها الخاضع للتنويم المغناطيسي. ونقترح النص الآتي: "يقع باطلاً التصرف الصادر عن من وقع تحت تأثير التنويم المغناطيسي".

4- ضرورة تنظيم حكم التصرفات القانونية التي تصدر عن المسحور على اعتبار أنه قد يكون غير مميز إذا ما تعلق السحر بما يقدم عليه المسحور من تصرفات كالبيع أو الشراء أو الهبة أو غيرها. ونقترح النص الآتي: "يقع باطلاً تصرف المسحور غير المميز على ألا يكون قد وقع تحت تأثير السحر بناءً على طلبه أو برضاه".

5- تعديل نص المادة (169) من قانون المعاملات المدنية لتصبح على النحو الآتي: "يلحق المجنون والمعتوه الكبيران المحجور عليهما بعيدي الأهلية".

6- متابعة التطورات الحادثة في المجتمع من حين لآخر والتدخل لإضافة وتنظيم ما يستجد من أسباب تعدم الأهلية لدى الإنسان بناءً على التطورات العلمية والتكنولوجية.

7- الاستعانة بالفقه الإسلامي في تنظيم أسباب انعدام الأهلية، وتحديدًا بخصوص كل من الجنون والعته والسكر، كما ندعو للاستعانة به في غير ذلك من الموضوعات نظراً لثرائه وكماله وشموليته.

• المراجع :

أولاً : المراجع العربية :

- 1- جاد الحق، إيداد (2009)، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة ومكتبة الأزهر.
- 2- السنهوري، عبد الرزاق (1998)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المجلد الأول - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان.
- 3- كيره، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 4- الصدة، عبد المنعم فرج (1979)، أصول القانون، دار النهضة العربية.
- 5- تناغو، سمير عبد السيد (2005)، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 6- أبو ملح، موسى (1995)، شرح القانون المدني الأردني - مصادر الالتزام - الكتاب الأول - المصادر الإرادية.
- 7- سلطان، أنور (1998)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، المكتب القانوني.
- 8- الزحيلي، وهبه (2008)، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس والسادس والسابع والتاسع، الطبعة السادسة، دار الفكر، دمشق.
- 9- أبو ملح، موسى (2009)، النظام القانوني لحماية أموال الصغير، مراجعة قانونية صادرة عن مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان.
- 10- حسني، محمود نجيب (1977)، شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 11- الرفعي، عبد السلام (1996)، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي - دراسة ومقارنة، أفريقيا الشرق.
- 12- عسقلان، فضل ماهر (2008)، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
- 13- الزعبي، عوض (2001)، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر.
- 14- باز، سليم رستم، شرح المجلة، المجلد الأول، طبعة ثالثة مصححة ومزينة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- 15- حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الرابع، مكتب النهضة، بيروت.
- 16- أبو زهرة، محمد، دراسات فقهية، الولاية على النفس، دار الفكر العربي.
- 17- الطنطاوي، محمود محمد (1990)، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى.
- 18- بدران، بدران أبو العينين (1984)، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
- 19- عبد الكريم (2001)، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة السابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- 20- أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي.
- 21- الغزالي، أبي حامد محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، الجزء الأول، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت - لبنان.

- 22- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله (2007)، البحر الحيط في أصول الفقه، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- 23- السعدي، عبد الملك عبد الرحمن (1986)، الطلاق وألفاظه المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، معرض الأنبار للكتاب، بغداد.
- 24- شعبان، زكي الدين (1989)، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي.
- 25- قرقز، نائل إبراهيم (1999)، أثر الإختلالات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى.
- 26- حوى، سعيد (1981)، الإسلام، الأصل الثالث، الجزء الأول، الطبعة الثالثة.
- 27- الحصري، أحمد، الحكم الشرعي ومصادره، طبعة ثالثة مزيدة ومنقحة، دار الجليل، بيروت.
- 28- السعيد، السعيد مصطفى (1942)، أثر السكر في المسؤولية الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الثانية عشرة، القاهرة.
- 29- دافيدوف، لندا (1992)، مدخل علم النفس، ترجمة سيد الطواب وآخرون، الطبعة الثالثة، الدار الدولية للنشر والتوزيع.
- 30- كمال، علي (1994)، باب النوم والتنويم، الطبعة الثالثة، دار الفارس للنشر.
- 31- شعبان، بهيج (1996)، الإيحاء الذاتي، السلسلة السيكولوجية، الطبعة الأولى، دار صادر للطباعة والنشر.
- 32- طريه، محمد عصام (1994)، الاستشفاء بالقرآن والتداوي بالرقي، الطبعة الأولى، دار الإسراء للنشر والتوزيع.
- 33- الشعراوي، محمد متولي، السحر والحسد، مكتبة الشعراوي الإسلامية.
- 34- الشرقاوي، الشهابي إبراهيم (2011): مصادر الإلتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي - العقد والتصرف الإنفرادي، الطبعة الثالثة، إثراء للنشر والتوزيع
- 35- الفضل، منذر (2012)، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الإلتزامات وأحكامها - دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع

ثانياً: المراجع الإلكترونية :

- 1- منصور، أمجد محمد، مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار - دراسة مقارنة، نسخة إلكترونية (<http://www.wasmia.com>).
- 2- محاسنة، محمد (1994)، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية - دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، بحث منشور على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي (www.arablawinfo.com).
- 3- عمارة، الزين عباس (1999)، التنويم المغناطيسي، مجلة النفس المطمئنة (مجلة إلكترونية)، الجمعية العالمية الإسلامية للصحة النفسية، العدد 58، السنة الرابعة عشر، (<http://www.elazayem.com/index.htm>).
- 4- محسن، نبيل، المعالجة النفسية بالتنويم المغناطيسي والإيحاء، (http://maaber.5omegs.com/second_issue/alternative_medicine_1.htm).
- 5- يارنل، ثوماس، الموسوعة الحرة، (<http://ar.wikipedia.org>).

- 6- السعدون، كامل (2004)، تقنيات التنويم المغناطيسي، الحوار المتمدن (صحيفة إلكترونية)، العدد 1075، بتاريخ 2004/11/12، (<http://www.ahewar.org/dehat/show.art.asp?aid=26453>).
- 7- الصغير، محمد بن عبدالله (2007)، معالجة مرضى متلازمة الأمعاء المتهيجة في المملكة العربية السعودية بالتنويم، المجلة الصحية لشرق المتوسط، منظمة الصحة العالمية، المجلد الثالث عشر، العدد 2 (نسخة إلكترونية باللغة الإنجليزية) (www.who.int/en/).
- 8- آل سيف، عبدالله، حكم طلاق المسحور في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، نسخة إلكترونية (www.fiqhia.com.sa).
- 9- البريك، سعد، ماهية السحر وهل هو حقيقة أم خيال، الشبكة الإسلامية إسلام ويب : (www.islamweb.net).
- 10- الشبكة الإسلامية، إسلام ويب، السحر تعريفه وأنواعه وآثاره (www.islamweb.net).
- 11- الهبدان، محمد بن عبدالله (2007)، حكم طلاق المسحور، شبكة نور الإسلام، فتوى رقم 19349 بتاريخ 2007-03-28، (www.islamlight.net).

ثالثاً : المراجع الأجنبية :

- 1- Georgiazis, Apostolos (1997), General Principles of Civil Law, second edition, Athens.
- 2- Marty et RaynAuD, Driot Civil les obligation ze.ed T.1 les sources 1988 .n. 488 civ2e 25 oct 1989 Bull – civ II n.
- 3- Wingard and others (1991), Human Pharmacology Molecular to Clinical.

المشاركة السياسية للمرأة في العالم العربي و الإسلامي



إعداد الأستاذ الدكتور خلواتي صحراوي
مدير معهد الحقوق والعلوم السياسية
المركز الجامعي النعامة : الجزائر الشقيقة

مقدمة :

لم تكن مشاركة المرأة في المجالات السياسية بدعا من الأمور فقد طرقت هذا الباب منذ زمن بعيد؛ يتقدم عن ظهور الإسلام بقرون طويلة في حضارات مختلفة و متنوعة كالحضارة اليمينية حيث لمع اسم بلقيس الذي ورد ذكره في القرآن الكريم، أو في الحضارة المقدونية حيث ظهر اسم الملكة كليوبترا ، و بعد ظهور الإسلام انتظمت هذه المشاركة بشكل أضفى عليها كثيرا من الشرعية و الإنسيابية و المرونة بما جعل معه المرأة تؤدي هذا الدور بكثير من الفاعلية و النشاط، و لم تحصر هذه المشاركة في جانب بعينه بل لامت كل جوانبها المختلفة أعلاها الحكم و قيادة الجيوش و التقرير في أعتى المهام و الفصل في أكبر القضايا بنماذج كتبت أسماءها بأحرف من ذهب، و أدناها إبداء الرأي و المشورة و المشاركة في ترتيب الحياة العامة.

وفي العصور المتأخرة و بعد فقه الإسلام و رسالته بدأنا نشهد عودة اكتنفها كثير من التستر و الإحتشام ظهر هذا في كثير من الدول العربية إلا أنه في أهمها قد ظهر بجلاء و ظهرت معه الآثار التي خلفتها مشاركة المرأة على ما عاد عليها بكثير من النفع و الفائدة، و أيا كان الأمر فإن القرارات السياسية التي تغيب عنها المرأة يحوطها كثير من القصور و لا تنتهي إلى المقصود و يبقى حضورها ضرورة حتمية لأنها الأدرى بما ينفعها في هذا المجال و في غيرها، لذلك تطرح مشاركتها بشكل فعال إلى جانب الرجل سواء بسواء.

لذلك سأحاول معالجة هذه المداخلة من خلال النقاط الآتية :

المبحث الأول : المشاركة السياسية للمرأة المفارقات و المقاربات.

المبحث الثاني : محطات في تاريخية المشاركة السياسية للمرأة.

المبحث الثالث : آثار هذه المشاركة في جوانب الحياة المختلفة.

المبحث الرابع : تقييم المشاركة بما حققه غيرها من النساء في الغرب.

ثم خاتمة ضمنها أهم النتائج و الإقتراحات.

المبحث الأول : المشاركة السياسية للمرأة المفارقات و المقاربات :

يصعب تحديد تعريف دقيق لمصطلح "المشاركة السياسية" لسعة مدلوله و تعدد معانيه لذلك اكتنفته تعاريف عديدة تقترب و تبتعد لتنتهي في الأخير إلى فكرة مفادها النشاط الذي يساهم من خلاله الفرد في صناعة القرارات السياسية، و لعل من أهم التعاريف التي جمعت شتات المعاني ما انتهى إليه السيد عبد الحليم الزيات حيث أظن في تعريف المشاركة السياسية بتناول أهم ما يمكن أن يحتمله هذا المصطلح حيث جاء فيه "المشاركة السياسية عملية اجتماعية سياسية طوعية و رسمية، تتضمن سلوكا منظما مشروعا و متوصلا، يعبر عن اتجاه عقلائي رشيد ينم عن إدراك عميق لحقوق المواطنة و واجباتها، من خلالها يباشر المواطنون أدوارا وظيفية فعالة و مؤثرة في ديناميكيات الحياة السياسية و مخرجاتها، سواء من حيث اختيار الحكام و القيادات السياسية في شتى المستويات، أم تحديد الغايات العليا للمجتمع و وسائل تحقيقها، أم المعاونة في إدارة آليات العمل السياسي و توجيهها، أم الإسهام جديا - على نحو مباشر أو غير مباشر في صنع القرار السياسي و تشكيله فضلا عن تنفيذه و متابعته بالمتاح أو المستحدث من فعاليات الرقابة و الضبط و التقويم"⁽¹⁾.

وهكذا تبدأ المشاركة السياسية باختيار الممثلين في المجالس المنتخبة المختلفة و تنتهي بالإسهام مجدية في صناعة القرار السياسي، هذا بشكل عام أما عن مشاركة المرأة في الحقل السياسي فنعني به ما أسلفنا ذكره من أنها يجب أن تكون رقما في المعادلة السياسية من حيث مساهمتها في من يمثلها و يبلغ صوتها في المجالس المنتخبة، أو من حيث الأدوار التي يجب لعبها في إدارة آليات العمل السياسي في المستويات المختلفة أو من حيث صناعة القرار السياسي.

ظلت المرأة قرونا طويلة في معزل عن الحياة السياسية تمنع من المشاركة في أبسط حلقاتها و لا يسمح لها بأداء أي دور مهما بسط و عليها أن تنفذ ما يقرر لها لا تملك إلا الاستجابة و الرضوخ؛ و لزمنا ليس بالبعيد كان هذا المشهد يطغى على كثير من الدول.

و ما كان لهذا الإشكال أن يطرح لو اعتبرنا الموازنة التي طرحها القرآن الكريم حيث قرر التسوية في الحقوق كما الواجبات في مواضع مختلفة من كتابه العزيز منها قوله تعالى { مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاتًا طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ }⁽²⁾، و قوله تعالى { وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا }⁽³⁾ و في هذا تقرير للحياة التي يجب أن يتجاذبها الناس رجلا كانوا أو نساء، كل من حيث المحل الذي يملأه أو الدور الذي يجب أن يلعبه بعيدا عن المغالبة أو المقامرة التي يحمل شعارها كثير من الناس على مدار الأزمنة المختلفة بغية إقصاء الغير أو إتلاف دوره تحت مسميات مختلفة و إن شئت قلت تحت افتراءات معينة من أهمها العجز و الضعف و غيرها...

(1) إسماعيل على سعد، السيد عبد الحليم الزيات، في المجتمع والسياسية، دار المعرفة الجامعية، (مصر)، 2000، ص 451.

(2) سورة النحل الآية 97.

(3) سورة النساء الآية 7.

فالمرأة التي لم تكن سوى أداة في يد الرجل تمنع من أبسط الحقوق و تحرم من أحقر الأدوار اللهم إلا ما نذر و شد مما لا يعتبر ذكره؛ و استمر حالها دهورا طويلة حتى جاء الإسلام الذي عرفت في ظلّه وجودا جديدا حيث كرمها و أعلى مرتبتها و أنزلها ما جعلها تستشعر كينونتها و ليس أدل على ذلك مع كثرة ما بين يدي من نصوص السنة حديث سفيرة النساء لرسول الله صلى الله عليه و سلم و التي بهرت بحسن خطابها الحضور من صحابة رسول الله صلى الله عليه و سلم و شهد لها رسول الله بالقدرة الفائقة على المحاورّة في جرأة و استبسال دون تردد أو ترجف فقد جاء في كتب السنن أنّ أسماء بنت يزيد الأنصارية من بني عبد الأشهل، أنها أتت النبي صلى الله عليه و سلم وهو بين أصحابه، فقالت: بأبي أنت وأمي، إني وافدة النساء إليك، واعلم - نفسي لك الفداء - أما إنه ما من امرأة كائنة في شرق ولا غرب سمعت بمخرجي هذا أو لم تسمع إلا وهي على مثل رأيي، إن الله بعثك بالحق إلى الرجال والنساء فأمنّا بك وبإهلك الذي أرسلك، وإنا معشر النساء محصورات مقصورات، قواعد بيوتكم، ومقضى شهواتكم، وحاملات أولادكم، وإنكم معاشر الرجال فضلتم علينا بالجمعة والجماعات، وعبادة المرضى، وشهود الجنائز، والحج بعد الحج، وأفضل من ذلك الجهاد في سبيل الله، وإن الرجل منكم إذا أخرج حاجا أو معتمرا ومرابطا حفظنا لكم أموالكم، وغزلنا لكم أثوابا، وربينا لكم أولادكم، فما نشارككم في الأجر يا رسول الله؟ قال: فالتفت النبي صلى الله عليه و سلم إلى أصحابه بوجهه كله، ثم قال: " هل سمعتم مقالة امرأة قط أحسن من مسألتها في أمر دينها من هذه؟ " فقالوا: يا رسول الله، ما ظننا أن امرأة تهتدي إلى مثل هذا، فالتفت النبي صلى الله عليه و سلم إليها، ثم قال لها: " انصرفي أيتها المرأة، وأعلمي من خلفك من النساء أن حسن تبعل إحداكن لزوجها، وطلبها مرضاته، واتباعها موافقته تعدل ذلك كله " قال : فأدبرت المرأة وهي تهلل وتكبر استبشارا "(1).

لا أريد أن أقف عند منطوق الحديث و لا عند هيكله و لكن الذي يُلفت إليه الخربة التي تمتعت بها المرأة و هي تستعرض واقعا عاشته النساء وكيف أنها بؤأت منزلة التعبير عن ذلك الواقع في حضرة الوحي في قوة الكلمة و سلاسة العبارة ما أبهر رسول الله صلى الله عليه و سلم وجعله يقر بقدرتها على استعراض مشاكل من وراءها من النساء، و في هذا إشارة مهمة جدا أن المرأة في زمن النبوة كان لها هامش قوي في دخول مجالس الصحابة و مقابلة الرسول صلى الله عليه و سلم و السؤال عما يعود عليها بالنفع و الفائدة لها و لمن خلفها من النساء قاطبة كن في عالم الشهادة أو في عالم الغيب ممن ستلحق بالدينا.

و نظير هذا الحديث ما رواه أبو سعيد قال : " جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله ، ذهب الرجال بحديثك ، فاجعل لنا من نفسك يوما ، نأتيك فيه تعلمنا مما علمك الله . فقال : اجتمعن في يوم كذا وكذا في مكان كذا وكذا ، فاجتمعن فأتاهن رسول الله صلى الله عليه و سلم فعلمهن مما علمه الله ، ثم قال : ما منكن امرأة تقدم بين يديها من ولدها ثلاثة إلا كان لها حجابا من النار ، فقالت امرأة منهن : يا رسول الله ، أو اثنين ؟ فأعادته مرتين ثم قال : واثنين ، واثنين ، واثنين "(2).

لم ترض النساء أن يحتكر الصحابة الكرام رسول الله صلى الله عليه و سلم و يبقين متلفعات في مروطهن ينفذنّ ما يؤمرنّ به دون أن يكون لهن حق المشاركة في تعلم أمور دينهن و الفوز بمجالسة الرسول الأكرم كما هو حال الرجال؛ فأردنّ أن يكون لهنّ ذلك النصيب فخصص لهنّ مجالس لا يشاركهن فيها الرجال يسألنه ما يخص فيئتهن من

(1) أحمد بن الحسين البيهقي، شعب الإيمان، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الأولى، سنة النشر 2003، ج11/177.

(2) محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، سنة النشر 1422هـ، ج9/111.

النساء، و يتعلمن العلم كما يتعلمه الرجال رافضات أن يفضلوا عليهن فاستجاب لهن رسول الله صلى الله عليه وسلم و أقر ما طلبن و زادهن من المبشرات ما ملأ قلوبهن بشرا و رضا.

فالمشاركة في السياسة يعني المشاركة في الآم و آمال المجتمع لا يعذر بالتخلف عنها و لا بالتخلي عن واجباتها، كل من حيث الموقع الذي يملأه سواء في القاعدة أو الريادة، إلا أن العطاء في هذا الأمر يكون أكثر إنتاجا عندما يؤسس عن تخطيط محكم و تنظير دقيق تراعى فيه كل الآليات التي تضمن نجاحه، لذلك عندما تُعد المرأة لهذه المهمة و تحاط بجميع الظروف المساعدة فإن إنتاجها سيكون ظاهرا إن لم أقل و فيرا، لكنها عندما تقذف لهذا الأمر دون تحضير أو لأن الظروف هي التي ساقتها إليه فإن النتائج ستخلط كل الحسابات و لن تؤدي هذه المشاركة أكلها ولن تثمر كما كان مقورا لها و الأمثلة في تاريخ المشاركات السياسية للمرأة تظهر ذلك بجلاء فمن المفارقات العجيبة أن ركوب مهيع السياسة لم ينحصر على طبقة معينة من النساء بل قد بدرت إليه صنوف مختلفة ممن كان لهن حس القيادة و التطلع للملك فقد حكمت مجموعة من الجوارى و لقبت بلقب سلطنة، منهن شجرة الدر ملكة مصر التي استولت على الحكم سنة 648 هجري، فقد قادت جيوش المسلمين خلال الحروب الصليبية من انتصار الى آخر فهزمت الجيش الفرنسي، وأسرت ملكهم لويس التاسع و هذا عمل لا يطيقه إلا من كبرت همته و استقدر على السياسة و دواليبها⁽¹⁾، و زينب النفزاوية في الأندلس والتي أعجب ابن تاشفين من ذكائها فتزوجها قال صاحب الاستقصاء فكانت عنوان سعده، والقائمة بملكه، والمدبرة لأمره، والفاخرة عليه بحسن سياستها لأكثر بلاد المغرب وقال ابن الأثير كانت من أحسن النساء ولها الحكم في بلاد زوجها ابن تاشفين⁽²⁾، و نذكر السلطنة رضية التي تولت الحكم بدلهي و غيرهن كثيرات.

و في الزمن المعاصر نجد امرأة مثل مارغريت تاتشر: Margaret Thatcher رئيس وزراء بريطانيا من سنة 1979 إلى سنة 1990 كانت معدة لهذا المنصب منذ نعومة أظافرها لذلك استطاعت فعل ما عجز عن فعله كثير من الزعماء الرجال لذلك استحقت بجد ان تنال لقب المرأة الحديدية وقد وصفها ديفيد كامرون رئيس الوزراء البريطاني بأنها زعيمة عظيمة فقدتها بريطانيا، و غيرها كثيرات كبنظير بوتو التي نشأت في فراش السياسة و ترعرعت في أحضانها لتكون أول امرأة تقود حكومة في بلد مسلم يعرف من التوترات و التشنجات ما لا يعرفه بلد مسلم آخر و مع ذلك ظلت متمسكة بسياستها إلى أن اغتيلت في عام 2007، و في الوقت ذاته نجد من النساء من اقتحمتهن السياسة لظروف معينة فلم يستطعن التفاعل ولا الانسجام مع متغيراتها فأفسدن أكثر مما أصلحن و نتج عن مشاركتهن من الشر والوبال ما لا يمكن وصفه كما هو حال أمهات الأمراء أو زوجاتهم اللواتي حاولن بحكم الصفة أن يتقلدن زمام الأمور فأغرقتن المجتمع في الأوحال و الأقدار مما صعب التخلص منه و علاجه و قد كثر ذلك في زمن الدولة العباسية و من أمثلة أولئك على سبيل الحصر نذكر الخزيان بنت عطاء زوجة المهدي والتي أصبح نفوذها بعد وفاة زوجها المهدي في دواليب الحكم في خطر بسبب ابنها موسى الهادي، الذي اتهمت بقتله بسبب

(1) انظر عبد الرحمان بن خلدون، ديوان المبتدأ و الخبر في تاريخ العرب و البربر، تحقيق خليل شحافة، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، 1988 م، ج416/5.

(2) أبو الحسن عز الدين بن الأثير، الكامل في التاريخ، تحقيق عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1997 م، ج531/8.

التمكين لابنها هارون الرشيد⁽¹⁾، ونذكر أيضا قبيحة أم المعتز التي كانت سببا في مقتل ابنها بسبب مجملها عليه واستنجاها بالنفوذ الخارجي الذي أضر البلد وأدخلها في نزاعات لم تنته⁽²⁾.

ونذكر أيضا فاطمة القهرمان التي كانت تتدخل في شؤون الدولة بشكل سافر وكان الخليفة يعهد إليها بتولي و عزل من شاءت في المناصب السامية بله و الوزارات و لما غضب منها المقتر صدرها⁽³⁾، هذا غيض من فيض.

المبحث الثاني : محطات في تاريخية المشاركة السياسية للمرأة :

إن استعراض الروايات التاريخية تفيد أهم الأدوار التي لعبتها المرأة خلال العصور المتعاقبة في الميادين المختلفة إلى جنب الرجل بأداء ينبىء عن قدرة فائقة و إرادة لا تعرف التوقف أو الترنح، و سنحاول استعراض أهم المواقف و المشاركات التي حققت شخصيتها و أثبتت كينونتها و خالفت بذلك اسطورة أن المرأة لا تصلح لشيء إلا لجلب العار و التنغيس و إثارة القلاقل و الإحن؛ بين من وصفها بالعار و بين من اعتبرها شيطان أو جان.

و لعل أول محطة تستوقفنا في سلسلة المحطات التي أبرزت مشاركة المرأة في المجالات السياسية و الإجتماعية و في المجالات التي لا تصلح عادة إلا لأصحاب النفوس الكبيرة و هي عديدة كاختيارها لعقيدها عن رضى و إيمان غير مبالية بالأذى الذي لحقها أو العقاب الذي نالها كما هو الشأن بالنسبة لسامية بنت الخياط التي قتلت تحت سياط العذاب أو زنيرة التي عميت و غيرها⁽⁴⁾، و كعقدها المبايعة بينها وبين الرسول عليه الصلاة والسلام، و البيعة تعني أساساً التأييد والدعم السياسي للرسول عليه الصلاة والسلام حدث هذا في بواكير الدعوة الإسلامية عندما قدمت امرأتان في فوج من الرجال هما: أم عمارة، نسيبة بنت كعب، وأسماء بنت عمرو بن عدي قطعتا الفيافي و تجشمتا المخاطر للقاء رسول الله صلى الله عليه و سلم في تحفي و تستر في بيعة العقبة الثانية⁽⁵⁾ و أعلنتا ولاءهما للإسلام و تحملتتا عناء الأداء بكل الوسائل حتى قبضهما الله إليه رضي الله عنهما، ثم تبعتهما النساء فيما بعد فبايعن رسول الله صلى الله عليه و سلم في المنشط و المكره.

كما شاركت المرأة في أحلك الظروف و أخرج الأوقات في الهجرة من مجتمع الظلم والقهر والاستبداد والإكراه (قريش)، فقامت بمحض إرادتها الحرة بالهجرة سواء إلى الحبشة أو إلى المدينة، دون وصي ولا محرم إيماناً منها أن الأرض التي تكره فيها علي ما لا تريد يجب مغادرتها لتتسع لها أفق ممارستها للشرائع بعيدا عن التضييق و التقثير تحقيقا لقوله تعالى { إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَسَاءَتْ مَصِيرًا }⁽⁶⁾

كما كانت مواظبة على حضور العبادات الجماعية، كصلاة الجماعة، وصلاة الجمعة، و حضور الاجتماعات العامة الطارئة، و المشاركة بالرأي و المناقشة لمختلف القضايا الدينية و السياسية التي تهتم المجتمع وقضايا الحرب والسلاح.

(1) خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو 2002 م، ج 328/2.

(2) الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، دار الكتب العلمية - بيروت، وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة: الأولى، 1417 هـ، ج 4/120.

(3) أبو الفداء اسماعيل ابن كثير، البداية و النهاية، دار الفكر، سنة النشر 1986، ج 11/118 .

(4) عماد الدين خليل، دراسة في السيرة، دار النفائس - بيروت، الطبعة: الثانية - 1425 هـ، صفحة 61.

(5) منير الغضبان، المنهج الحركي للسيرة النبوية، مكتبة المنار، الأردن، الطبعة الثالثة، ج 1/162.

(6) سورة النساء الآية 97.

القيام بمختلف الأنشطة والأعمال الدعوية وأعمال الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وممارسة قضاء الاحتساب في الأسواق العامة كما هو الشأن بالنسبة لسمراء بنت نهيك الأسدية رضي الله عنها أدركت رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وكانت تمر في الأسواق، وتأمّر بالمعروف، وتنهى عن المنكر، وتضرب الناس على ذلك بسوط كان معها⁽¹⁾ ، ومواجهة الطغاة من الحكام المستبدين ونقدهم الشديد كما عملت أسماء بنت أبي بكر مع الحجاج بن يوسف بعد أن قتل ابنها عبد الله بن الزبير حيث جاء في كتب التراجم أنه لما قتل ابنها و صنع ما صنع به أتاها فقال لها " إن ابنك ألد في هذا البيت، وقد قال الله تعالى (وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِالْحَادِ يَظْلَمِ نُدْفَهُ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ)⁽²⁾ وقد أذاه الله ذاك العذاب الأليم، قالت: كذبت! كان أول مولود ولد في الإسلام بالمدينة، وسر به رسول الله صلى الله عليه وسلم، وحنكه بيده، وكبر المسلمون يومئذ حتى ارتجت المدينة فرحاً به، وكان برأ بأبويه صواماً قواماً بكتاب الله، معظماً لحرم الله، مبغضاً لمن يعصي الله، أما إن رسول الله صلى الله عليه وسلم حدثني أن في ثقيف كذاباً ومبيراً، فأما الكذاب فقد رأيناه تعني: المختار بن عبيد الثقفي، وأما المير فلا أخالك إلا إياه، فخرج الحجاج من عندها منكسراً يتمنى لو لم يكن لقيها، بعد أن دخل عليها مزهواً يريد أن يتشقى⁽³⁾.

وقد شاركت في المعارك الحربية الدفاعية وخاصة المهام المساعدة واللوجستية دون أن يمنع ذلك بعضهن من المشاركة الفعلية في المعارك أو في القتال المباشر، بل وتولت أحياناً مسؤولية قيادة الجيش فقد كان جيش الخوارج الذي هزم جيش الحجاج تقوده امرأة جسورة وشجاعة تعرف بغزاة الخارجية قال عنها شاعرهم يصف ما صنعتها بالحجاج. صدعت غزاة قلبه بفوارس ... صدع الزجاجه ماله من جابر⁽⁴⁾ فهي غزاة زوجة شبيب بن يزيد الحرثي الخارجي كانت معروفة بالشجاعة وقادت جيوش الخوارج التي هزمت جيوش الحجاج بن يوسف الثقفي ودخلت الكوفة وقامت خطيبة في منبر مسجد الكوفة وانتقدت بني مروان بشدة وقد قادت الجيش عدداً من المعارك كلها كللت بالانتصار⁽⁵⁾.

وفي مرحلة تاريخية لاحقة كانت المرأة ملكة وحاكمة تدير الدولة وشؤون الحكم والحرب بطريقة غير مباشرة تحت غطاء زوجها الملك مثل السيدة أسماء الصليحي زوجة الملك علي محمد الصليحي أو بطريقة مباشرة كملكة حاكمة مباشرة وبشكل متواصل لما يزيد عن أربعين عاماً⁽⁶⁾.

كما حكمت السيدة الحرة الملكة أروى بنت أحمد الصليحي وأثبتت أهليتها وجدارتها وكفاءتها العالية في إدارة شؤون الدولة والحكم والحرب والسياسة بمستوى يفوق نظراءها من الملوك والحكام الرجال، إذ لما اشتد أمر الدولة استعفت زوجها من نفسها وقالت له " إن المرأة التي يرغب فيها للمضاجعة فحسب لا تصلح أن تقوم على

(1) الإستيعاب في معرفة الأصحاب، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجليل، بيروت، الطبعة الأولى، 1412 هـ ج 4/1863.

(2) سورة الحج الآية 25.

(3) شمس الدين الذهبي، تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تحقيق عمر عبد السلام التدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، 1413 هـ ج 1/397.

(4) أحمد بن يحيى بن جابر بن داود البلذري، جمل من أنساب الأشراف، تحقيق: سهيل زكار ورياض الزركلي، دار الفكر - بيروت، الطبعة: الأولى، 1417 هـ ج 13/377.

(5) نفس المصدر ج 13/377.

(6) عفت وصال حمزة، نساء حكمن اليمن، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، سنة النشر 1990، صفحة 151.

شؤون الدولة فدعني و ما أنا بصدده"⁽¹⁾، ثم انطلقت في جد دؤوب و حماس منقطع النظير في الأخذ بزمام الأمور لاسيما لما رأت أن الضعف بدأ ينخر عظم زوجها و بدأ ينشغل عن الحكم بالسفاسف و اللهو فشرعت تحكم البلاد من صنعاء إلى حضر موت ثم البحرين فالهند و تسير الجيوش بتفويض من هذا الزوج لحاجة في نفسها⁽²⁾.

المبحث الثالث : آثار هذه المشاركة في جوانب الحياة المختلفة :

كما يؤكد لنا التاريخ الإسلامي المعاصر بأن الفترات الزمنية التي تولت فيها المرأة الحكم والمسؤولية الأولى برهنت فيها على مقدرة وكفاءة عاليتين وكانت فترة حكمهن من أفضل فترات الحكم وأكثرها نجاحاً وازدهاراً مثل (بي نظير بوتو) في باكستان و(حميدة واجد) وابنتها في بنجلادش و(تانسو شيلر) في تركيا مثلما هو حال غيرهن في المجتمعات غير الإسلامية⁽³⁾.

فلمرأة بتكوينها العلمي و الثقافي و بوجدانها المرهف الحساس و بتصميمها و عزمها القويين تستطيع ما لا يستطيعها كثير من الرجال و ما سقناه من أمثلة سابقة يبرر هذا المنحى و يؤكد.

الذي لا يختلف بشأنه أن المشاركة السياسية للمرأة لا ينبغي أن تترك على عواهنها بل لا بد أن تضبط بمجملتها هامة من الضوابط و المحددات، لأنه ليس كل ما يصلح للمرأة يصلح للرجل خصوصا في ظل التمسك بالشريعة الإسلامية الغراء التي تمنع من تولي بعض المناصب كمنصب القضاء مطلقا باستثناء الحنفية الذين أجازوا للمرأة توليه في كل شيء إلا الحدود و القصاص⁽⁴⁾، أو منصب الرئاسة الذي منعت منه المرأة بنص الحديث الصحيح حيث لما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أهل فارس، قد ملكوا عليهم بنت كسرى، قال "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"⁽⁵⁾.

فالمجتمع المسلم له خصائصه و مبادئه التي تختلف في عمومها عن تلك التي للكفار فلا ينبغي أن يكونوا قدوة لنا و لا يجب أن نكون لهم تبعا في هذا، فمشاركة المرأة المسلمة في السياسة لا بد أن يحاط بكثير من المبادئ و الأسس التي تحفظ للمرأة كرامتها و تزينها بالخلق الرفيع و السلوك الحسن.

لذلك تكون المرأة قد حققت في المجتمع المسلم كثيرا من الحقوق و المزايا بحضورها كما بغياها لأن المجتمع المسلم يحفظ حقوق الجميع و لا يتربص غياب أحد ليهضم حقه كما في مجتمع الكفر حيث الدوائر و الحن، و مع ذلك حافظ الإسلام الحقوق و الحريات للمرأة و طالب أن تعطى حقها موفورا كاملا لا يتسلمه بدلها أحد و لو كان أقرب الأقربين قال تعالى { فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا }⁽⁶⁾.

(1) عفت وصال حمزة، المرجع السابق، صفحة 169.

(2) نفس المصدر صفحة 169.

(3) الحقوق الأصيلة للمرأة في الإسلام، عبد الله سلام، الملتقى الديمقراطي الثاني والثالث للنساء والسياسة، رؤى دينية إشكاليات وحلول، ص ص 156-158.

(4) علي بن أبي بكر المرغيناني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، ج 1/150.

(5) محمد بن اسماعيل البخاري، نفس المرجع، ج 8/6.

(6) النساء الآية 21.

قد تبلغ المرأة كثيرا من الأهداف و تحقق كثيرا من النتائج بمشاركتها و قد فعلت فقد أعطيت الوزارة و ترأست الأحزاب و بؤات أسمى المراتب و أعلى المقامات، و... و لكن هل تكون المرأة قد حققت بهذا التمكن الخير كله أم أنّ ذلك كان على حساب كثير من الوظائف الإجتماعية و القيم الإنسانية و الأدوار الأخلاقية الذي كان يجب فعلا أن تتربع على عرشه، سؤال يجب أن يخالج كثيرات ممن تحب التطلع لمثل هذه المسؤوليات.

المبحث الرابع : تقييم المشاركة بما حققه غيرها من النساء في الغرب :

قبل تقييم العمل السياسي للمرأة العربية أو بالأحرى مشاركتها السياسية لابد أن نعرج على الواقع السياسي الذي فرض ظهور المرأة كفاعل مهم في العملية السياسية وما تمخض عنه من نتائج عبرت عن الدور الفعال الذي لعبته المرأة، فمشاركة المرأة العربية في النسيج السياسي لا يزال في خطواته الأولى يتعثر أحيانا و يستقيم أخرى نظرا لمعوقات كثيرة يعسر حصرها من أهمها الدين و التقاليد و المجتمع و المنظومة القانونية التي نُسجت بطريق يعسر معه صناعة المحاكاة بين المرأة العربية و المرأة الغربية.

و لو عرجنا على ما حققته مشاركة المرأة العربية قاطبة لوجدنا أنها في السنوات الأخيرة حققت تقدما ملحوظا لم تستطع بلوغه طيلة قرون طويلة من الزمن ربما يرجع ذلك لظروف اجتماعية و سياسية و دينية كانت تقيد دورها و تقرر حدودها حتى تحررت من كثير من تلك القيود فبرزت هذه المشاركة جلية منذ استقلال هذه الدول.

فلو أخذنا نموذج الجزائر مثلا و هو النموذج الذي ينسحب عن كل الدول العربية تقريبا إلا ما شذ منها، نجد أن دور المرأة السياسي بدأ بعد التحرر السياسي و خروج المستعمر من البلاد العربية و الإسلامية وقتها دخلت المرأة من الباب الواسع لتثبت كينونتها و تعبر عن رأيها بمشاركتها في كل ما يضمن لها تحقيق ذلك.

فالمرأة الجزائرية أضحت منذ الاستقلال منتخبة و منتخبة و قد فازت قبل قريناتها في العديد من بلدان العالم بحق التصويت و المشاركة في الحياة السياسية حيث أن أول جمعية نسوية في الجزائر تأسست سنة 1943 سمحت لها أن تدخل المجالس المختلفة سواء أكانت محلية أو وطنية بأعداد بدأت في الإرتفاع عهدة بعد عهدة حتى صدور قانون الإنتخابات سنة 2012.

وبعد انتخابات 10 مايو 2012 ارتفع عدد المنتخبات في المجلس الشعبي الوطني يقدر ب 146 مقعد من مجموع 462 مقعد، حيث تضاعفت النسبة أكثر من أربعة مرات وانتقلت من 7,78 بالمائة سنة 2007 إلى 31,60 بالمائة سنة 2012، و هي تجربة رائدة في العالم العربي بله في العالم بأسره، ويرجع ذلك أساسا لعدة آليات ساهمت في هذه القفزة النوعية و التي من أهمها قانون الإنتخابات : رقم 03-12 الصادر بتاريخ 14 جانفي 2012

و المتعلق بتوسيع حصة تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة واعتماد نظام الكوتا الذي جاء فيه ما يلي :

- 20% - عندما يكون عدد المقاعد يساوي أربعة.
- 30% - عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق خمسة.
- 35% - عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق أربعة عشر.
- 40% - عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق اثنان وثلاثون.
- 50% - بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج.

بالنسبة للمجلس الشعبي الولائي :

- 30% - عندما يكون عدد المقاعد 35 و 39 و 43 و 47 مقعدا.
- 35% - عندما يكون عدد المقاعد 51 إلى 55 مقعدا

بالنسبة للمجلس الشعبي البلدي:

- 30% - بالنسبة للبلديات التي يفوق عدد سكانها عشرون ألف نسمة⁽¹⁾.

و هكذا يظهر أن هذه الآليات مكنت للمرأة الوصول لهذه المجالس و أبلغتها التمكين فيها، و ما كان لها أن تكون بهذه النسب المرتفة لولا هذه الحيل القانونية التي عززت لها هذا التمثيل عن طوع أو إكراه من القواعد الناحية ولو كن نسوة.

هذا التمكين الذي تكون به المرأة الجزائرية قد قفزت قفزة نوعية في نسبة التمثيل داخل المجلس الشعبي الوطني أين نسبة تعادل 31.38% من مجموع النواب، الأمر الذي حسن من رتبة الجزائر دوليا حيث انتقلت إلى الرتبة الخامسة والعشرين عالميا في نسبة تمثيل النساء في البرلمان، وبهذا أصبحت الجزائر تتصدر قائمة الدول العربية في التمثيل في البرلمان، وذلك بعد التعديلات التي أقرتها الحكومة الجزائرية في الإصلاحات السياسية الأخيرة التي تمنح نسبة مشاركة تتراوح بين 30% و 50%، وكان لهذه التعديلات الأثر الواضح في زيادة نسبة انخراط المرأة في العملية السياسية وتطور نسبة ترشحها على مستوى المجلس الشعبي الوطني مثلا.

ومع هذا التمثيل لم تستطع المرأة أن ترقى لمستوى التمثيل نفسه في مكاتب المجالس المنتخبة سواء أكانت محلية أو وطنية فلا يزال تمثيلها في المكاتب ضعيف إن لم أقل ضعيف جدا.

وأیضا وصول المرأة إلى مؤسسات الدولة و مواقع صنع القرار ما تزال ضعيفة جداً مقارنة بمساهمتها في مختلف القطاعات الأخرى، وغالباً ما تتولى المرأة - إن انتخبت - مسؤوليات بسيطة ولا تتحمل مسؤولية لها علاقة باتخاذ القرار.

فلم تكن النساء حاضرات في الحكومات الجزائرية التسع الأولى، وعُينت أول امرأة في منصب وزاري في سنة 1984 أي بعد 22 سنة من الاستقلال؛ رغم أن الدستور الجزائري يقر لها بحقوقها في ذلك، وغالباً لا تتولى النساء في الجزائر مناصب وزارية ذات مسؤوليات كبرى أو مناصب وزارية تقنية كما أنه لا يتم تعيينهن في وزارات

(1) انظر القانون 03-12 المعدل و المتمم لقانون الإنتخابات الصادر في 2012.

إستراتيجية أو وزارات السيادة كالدفاع والخارجية ؛ بل تمنح لمن وزارات ذات صبغة إجتماعية متصلة بأوضاع العائلة والأطفال والشيوخ أو النهوض الاجتماعي أو السكن و كأنها إمتداد لوظائفها التقليدية في المجتمع والعائلة⁽¹⁾.

و ليست كل الدول العربية بنفس الحضوة التي بلغت الجزائر إن صح لنا اعتبار ذلك حضوة فمن الدول العربية من لا تزال تراوح بين قدميها في مسألة انتخاب المرأة أو عدم انتخابها، أما الترشح للمجالس في تجربة خاضتها إحدى الدول الخليجية عام 1999م تجربة إشراك المرأة في الانتخابات، فلم تفرز أي امرأة، رغم الدعم السياسي لمشاركتهن؛ ولعل سبب هذا الإخفاق هو الناخبون أنفسهم الذين رفضوا مبدأ المساواة السياسية بين الجنسين، فقد دلت إحدى الدراسات الخليجية على عينة جامعية من الطلاب والطالبات أن أكثر من نصف العينة يرفضون مبدأ المساواة السياسية بين الجنسين، وثالث العينة تقريباً متردد في الأمر، ولهذا يُلحظ أنه حتى عام 1991م لا توجد امرأة واحدة في برلمانات عشر دول عربية، وهذا يدل على أن الواقع الاجتماعي - في الغالب - لا يدعم توجه المرأة السياسي⁽²⁾.

ولست أدري هل يصلح لنا أن نقيم مقارنة بين المرأة العربية و بين ما حققته المرأة في الغرب من حيث تبوأ المناصب السامية و المراكز العليا و هل المرأة الغربية استطاعت حقيقة أن تحقق المشاركة المطلقة التي هي للرجل، الحقيقة أن البون واسع جدا بين المرأتين في العالمين المختلفين لأسباب عديدة ليس مجالها، و لكن رغم الإنجازات الكبرى التي حققها التوجه العالمي في حدود القانون الدولي والقوانين المحلية من حيث إقحام المرأة في معترك الميدان السياسي بجميع فروع و تشكيلاته، والبلوغ ببعضهن أعلى المناصب السياسية والإدارية بكل أنواعها دون استثناء - على تفاوت في ذلك بين الدول - حتى أصبح مجرد قصر ميدان من الميادين السياسية على الرجال مدعاة للاستنكار السياسي والاستهجان الاجتماعي، فرغم كل هذه الإنجازات السياسية العربية المذهلة، وما سبقها من الإنجازات العالمية في سبيل تمكين النساء السياسي: فإن واقع الإحصاءات العالمية الحديثة يشير بوضوح إلى تخلف حضور النساء السياسي على جميع المستويات، وفي جميع الدول قاطبة بما فيها الدول الصناعية المتقدمة، بشكل يبعث على خيبة الأمل مقابل الجهود الكبيرة الرامية لدعمهن الاجتماعي، وتمكينهن السياسي؛ فإن تمثيلهن في البرلمانات حتى عام 1990م لا يزيد في العالم عن (14%)، ولا يتجاوز في الدول المتقدمة عن (13%)، وكذلك تولي المناصب الوزارية فإن حضورهن فيها لا يكاد يتعدى (5.7%) حتى عام 1994م. وأما منصب رئيسة دولة فإنه قد بلغ أقصى مداه التاريخي عام 1994م حين اجتمع في عام واحد ولأول مرة عشرة نسوة في مناصب رئاسات الدول؛ ضمن (177) دولة يعني بنسبة (5.6%) فقط.

والذي يظهر من خلال التتبع أن النساء اللاتي وصلن إلى مناصب قيادية مهمة في العصر الحديث قليلات جداً، كما أن هذا الإنجاز لم يحصل لمن إلا بعد بداية النصف الثاني من القرن العشرين، فلم تبلغ امرأة منصب رئيس وزراء في بريطانيا- التي تعتبر واجهة الحضارة الغربية- إلا مرة واحدة عبر تاريخها الطويل، ولم يحصل قط أن تولت امرأة رئاسة الولايات المتحدة الأمريكية، ومن العجيب أن حكومة الكيان الصهيوني على أرض فلسطين، والتي تمثل في المنطقة العربية الإسلامية الامتداد الديمقراطي الغربي: لم تتسع لأكثر من وزيرة واحدة مقابل سبعة عشر وزيراً ضمن الحكومة المؤلفة عام 1999م.

<http://alnoor.se/article.asp?id=147351>(1)

<http://uqu.edu.sa/page/ar/51038> (2)

و تبقى المسألة في غاية الغرابة حين يكون تأخرهن السياسي خاضعاً للقرار الإداري وليس للانتخاب، فالأمم المتحدة التي ما فتئت منذ زمن تنادي بحقوق النساء العامة، وتتابع الدول - بقوة القانون الدولي - في تنفيذ قراراتها الجماعية الخاصة بتمكين النساء السياسي والاقتصادي: فإن نسبة النساء في إدارتها العليا حتى عام 1993م لا تتجاوز (13%)، وأما منصب الوكالة للأمين العام فلا تكاد نسبتهم تتعدى (2.3%)، وهذه نسب متدنية لمنظمة تتبنى الدفاع عن المرأة والتمكين لها، ليس هذا وحسب بل الدعوة الملحة عن طريق كل الوسائل لفسح المجال لها.

و زيادة في التوضيح و لصناعة المقاربة بين ما وصلت إليه المرأة العربية و غيرها من النساء العالم لاسيما في تبوأ المناصب السامية خصوصا منصب رئيس أو رئيس وزراء أو منصب مسؤول الفاع الوطني، أحببت أن أقدم هذا الجدول الذي يطرح هذا البون.

قيادات نسائية حالية على رأس دول (1) :

التاريخ	اسم المنصب	الإسم	الدولة
2005	رئيسة الوزراء	انجيلا ميركل	ألمانيا
2006	الرئيسة	إلين جونسون سيرليف	ليبيريا
2007	الرئيسة	كريستينا فرناندي ز دي كيرشنر	الأرجنتين
2009	رئيسة الوزراء	الشيخة حسينة واجد	بنغلاديش
2009	الرئيسة	داليا غرايياوسكايتي	ليتوانيا
2010	الرئيسة	لورا شينشيللا ميراندا	كوستاريكا
2010	رئيسة الوزراء	كاملا برساد - بيسار	ترينيداد وتوباغو
2010	رئيسة الوزراء	سارة يسكوت وويليامز سانت مارتن	بلحکم الذاتي جزء من مملكة هولندا
2010	رئيسة الوزراء	بولا كوكس	برمودا إقليم تابع لبريطانيا
2011	الرئيسة	ديلما روسيف	البرازيل
2011	الرئيسة	عاطفة يحيى آغا	كوسوفو
2011	رئيسة الوزراء	ينجلوك شيناواترا	تايلاند

الدغارك	هيللي ثورننغ-شميت	رئيسة الوزراء	2011
جامايكا	بورتيا سيمبسون ميلر	رئيسة الوزراء	2012
ملاوي	جويس باندا	الرئيسة	2012
كوريا الجنوبية	بارك جيون هاي	الرئيسة	2013
سان مارينو	أنطونيا مولاروني	المسؤول الأول عن الدفاع	2013

قراءة الجدول أعلاه نلاحظ أن هذا العدد و البالغ 17 دولة و بالرغم من ارتفاعه في السنوات الأخيرة إلا أنه يمثل نسبة ضئيلة جدا من مجموع دول العالم بحوالي 7%.

وحسب نفس المصدر فإن عدد الدول اللاتي اعتمدت على النساء مؤخرا في منصب وزير الخارجية يقدر بـ 28 دولة أي حوالي 12% من دول العالم، و تغيب فيها الدول العربية تماما، و عدد الدول التي امتلكت وزيرة للدفاع و هي من المهام التي تعتبر حكرا على الرجال - هو: 22 دولة، أي بنسبة 9 % بغياب تام كذلك للدول العربية ، بينما عدد الدول التي تعتمد على وزيرات المكلفات بالمالية و المداخيل و الميزانية و الاقتصاد يقدر عددها بـ 27 دولة، و ذلك بنسبة 12 % بحضور محتشم للدول العربية دولتين فقط هما سوريا و لبنان⁽¹⁾.

الخلاصة :

السياسة في مفهومها الواسع تعني التفاعل مع المجتمع و مع قضاياها الهامة التي يتوقف نموه و تطوره عليها، فحسن ممارستها يجنب المخاطر و المهالك و يعيش الناس في أمن و سلم تامين، و عندما يساء استعمالها فهذا يعني الهلكة و الإنحذار في مهاوي الشرور التي لا تنتهي، و تحقيق السياسة يلزم إشراك الأطياف المختلفة التي تتلاحم من أجل صناعة نسيج سياسي محبوك و أي إقصاء لطرف فهذا يؤثر بشكل أو بآخر في العملية السياسية.

لذلك عملت الدول العربية جاهدة لإيجاد الأساليب المناسبة التي تضمن للمرأة المشاركة في صناعة ذلك النسيج فمست جملة من القوانين التي تساعد على تحقيق هذا الغرض كإضافة نصوص دستورية، أو قانون الانتخابات أو قانون الأحزاب و التنظيمات السياسية، واستعملت آليات مختلفة من أهمها الآليات الدستورية كاتباع نظام التمثيل النسبي و الآليات التشريعية الانتخابية و تمثيل النساء و آلية الحصة النسبية النسوية و نظام الكوتا و غير ذلك من الأساليب و الحيل التي تفضي لتمثيل المرأة في الأحزاب السياسية و من ثم في المجالس المنتخبة طوعا أو كرها.

و أكد أن هذا التعامل الذي مفاده دفع المرأة للحلبة السياسية قهرا لا يثمر بالشكل المطلوب و من ثم لن يعطي النتائج التي نتوقعها لو أن العملية سارت في الطريق العادي الذي يتأسس على الرغبة و الإرادة لأثمر و أنتج و لعل الأمثلة التي ضربناه في هذا الإتجاه تفيد هذا المعنى و تؤكد.

(1) نفس الموقع.

لا يجب أن نضع النساء في كفة واحدة فمن تصلح لمهمة قد لا تصلح لأخرى و تبقى المواهب و القدرات هي من تؤهل، و الفشل الذريع الذي صاحب الكثيرات كان سببه عدم مواكبة المنصب الذي وضعت فيه و عدم القدرة على الإنسجام مع تطوراته و مستجداته، وعليه كان التحري لازما لضمان النتائج المخولة لسد هذا المنصب أو غيره.

- قائمة المراجع والمصادر :

- أبو الفداء اسماعيل ابن كثير، البداية و النهاية، دار الفكر، سنة النشر 1986.
- أحمد بن الحسين البيهقي، شعب الإيمان، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الأولى، سنة النشر 2003.
- أحمد بن يحيى بن جابر بن داود البَلَدْرِي، جمل من أنساب الأشراف، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، 1417 هـ.
- الإستيعاب في معرفة الأصحاب، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1412 هـ .
- إسماعيل على سعد، السيد عبد الحليم الزيات، في المجتمع والسياسية، دار المعرفة الجامعية، (مصر)، 2000.
- أيو الحسن عز الدين بن الأثير، الكامل في التاريخ، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1997م.
- الحقوق الأصيلة للمرأة في الإسلام، عبد الله سلام، الملتقى الديمقراطي الثاني والثالث النساء والسياسة، رؤى دينية إشكاليات وحلول.
- الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، دار الكتب العلمية - بيروت، وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة: الأولى، 1417 هـ.
- خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - مايو 2002 م.
- شمس الدين الذهبي، تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1413 هـ.
- عبد الرحمان بن خلدون، ديوان المبتدأ و الخبر في تاريخ العرب و البربر، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1988 م.
- عفت وصال حمزة، نساء حكمن اليمن، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، سنة النشر 1990.
- علي بن أبي بكر المرغيناني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة.
- عماد الدين خليل، دراسة في السيرة، دار النفائس - بيروت، الطبعة: الثانية - 1425 هـ.
- محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، سنة النشر 1422 هـ.
- منير الغضبان، المنهج الحركي للسيرة النبوية، مكتبة المنار، الأردن، الطبعة الثالثة، سنة النشر 1987.

نزيل الفصل 133 من دستور 2011: ضباب في المؤسسات



إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور : ميلود بوطريكي

أستاذ القانون العام بجامعة محمد الأول بوجدة

الكلية المتعددة التخصصات بالناضور - المغرب

ولوج المتقاضين إلى المحكمة الدستورية هو قرار مسطري يحيل بواسطته شخص - طبيعي او معنوي - وبدون واسطة تصرف ما إلى القاضي الدستوري بهدف مراقبة دستوريته. لذلك فالدفع بعدم الدستورية بمناسبة دعوى جارية أمام قاضي الدعوى الأصلية لا تعتبر دعوى مباشرة¹. كما لا تعتبر المسطرة المحددة في الفصل 133 من دستور 2011 دفعا بعدم الدستورية الذي يفترض أن القاضي المختص بالنظر في الدعوى الأصلية مختص أيضا بالنظر في المسألة الدستورية كما هو الحال في التجربة الأمريكية ولكن الأمر يتعلق بمسألة فرعية باعتبارها تلزم القاضي الذي أثبت أمامه بتوقيف البث في الدعوى الأصلية و انتظار صدور قرار عن القاضي الدستوري المختص في حسم النزاع².

كان المشرع الدستوري المغربي واعيا منذ بداية المسلسل الدستوري المعاصر للملكة بالأهمية الحيوية للعدالة الدستورية في بناء دولة عصرية ديمقراطية، ولتوطيد هذه العدالة سلك المغرب طريقا تدريجيا و تطوريا³، فقد نصت جميع الدساتير المغربية⁴ على إسناد رقابة دستورية القوانين إلى هيئة دستورية مختصة، فشرع العمل بداية مع دستور 1962 بالغرفة الدستورية التي كانت نابعة للمجلس الأعلى الحدث سنة 1957، إلى أن تقرر إحداث المجلس الدستوري بمقتضى دستور 1992 و تم التأكيد عليه في دستور 1996، و بموجب الدستور الجديد لسنة 2011⁵. إذا كانت شروط الاحالة إلى المجلس الدستوري منذ 1962 تطورت كثيرا ، فإن هذا التطور لم يكتمل إلا مع دستور 2011 إذ أقرت الدساتير المغربية من دستور 1962 إلى 1996 صراحة عدم أحقية الأفراد الترافع أمام

¹ -Pfersmann Otto, Le recours directs entre protection juridique et constitutionnalité objective, Cahiers du conseils constitutionnel n° 10 MAI2001 ?p.2

² -hamon (F) Troper (M.) , Droit constitutionnel, LGDJ ? 31ed. Lextenso, 2009, p.844 .

³ -Le conseil constitutionnel du royaume du Maroc, Dalloz/ Les nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel, 2011/1N°30 ?P 213.

⁴ - دساتير 1962-1970-1972-1992-1996-2011 .

⁵ - من أجل المزيد من التفاصيل حول تطور الرقابة الدستورية في المغرب أنظر: محمد الرضواني، مدخل للقانون الدستوري، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2013، ص.109-121 .

الغرفة الدستورية أو المجلس الدستوري ، في المقابل نص الدستور المغربي لسنة 2011 نص فصله 133 على ان : " بالحكمة الدستورية تختص بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور."

يلاحظ من مضمون الفصل المذكور تطور موقف المشرع الدستوري في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لأنه أجاز لأول مرة للأفراد الطعن في دستورية قانون معين، وينص الفصل نفسه في الفقرة الأخيرة على ان يحدد قانون تنظيمي شروط و اجراءات تطبيق هذا الفصل.

فما هي الصعوبات و المشاكل تنزيل الفصل 133 من دستور 2011؟ الحجج والمبررات الداعمة و الشروط الممكنة لتوسيع ولوج المتقاضين إلى القضاء الدستوري؟ هل سيستطيع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية ان يجيب على كل الأسئلة المطروحة؟ ام ان هناك أسئلة ستبقى معلقة و بدون اجوبة ؟ للإجابة عن هذه الاشكالية سنركز تحليلا على المشاكل و التطورات الممكنة لتوسيع الاحالة بإعطاء المواطنين الحق في إثارة تدخل المحكمة الدستورية بمناسبة دعوى جارية أمام قاضي عادي او إداري.

وعليه سنتطرق في الفرع الأول للحجج و المبررات الداعمة و الشروط الممكنة لولوج المواطنين إلى المحكمة الدستورية، بينما نتطرق في الفرع الثاني للمخاطر المؤكدة لولوج المواطنين إلى المحكمة الدستورية و الأسئلة المعلقة وذلك من أجل لمساهمة في النقاش الدائر حول إعداد القانون التنظيمي المتعلق بتوسيع ولوج المواطنين إلى العدالة الدستورية.

الفرع الأول : تنزيل الفصل 133 من دستور 2011 : المبررات الداعمة و الشروط الممكنة : الفقرة الأولى : المبررات الداعمة : ثغرات نظام ما قبل دستور 2011 :

رغم التقدم الجد المهم المنجز مع دستور 1996 مع السماح للمعارضة البرلمانية الممثلة في ربع إحدى مجلسي البرلمان 1 اللجوء إلى المجلس الدستوري وهو ما يمكنها من الطعن في دستورية القوانين المصوت عليها من طرف الأغلبية ، فإن بعض القوانين لم تكن تحال عليه او لن تحال عليه لأسباب من السهل تصورها و التي يمكن من جهة ان تكون إرادية وتكون هناك إذن ثغرات في الطعون، ولكن بالإضافة إلى هذه الثغرات في الاحالة يجب تصور حالات عدم الدستورية البعدية و التي لا تظهر إلا مع الاستعمال و بالتالي تفلت من الرقابة القبلية التي تتدخل مبكرا والتي كانت تنص عليها دساتير ما قبل 2011.

أولا- ثغرات في الطعون :

تخص الثغرة الأساسية الأولى الرقابة الاختيارية ، فإذا كانت الرقابة الدستورية الزامية اتجاه القوانين التنظيمية و الانظمة الداخلية لمجلسي البرلمان 2، فإنها تبقى اختيارية فيما يخص القوانين العادية، لذلك قد تصدر هذه القوانين دون إخضاعها لرقابة القضاء الدستوري، علما أن القانون بمجرد اصدار الأمر بتنفيذه لا يمكن الاحتجاج على دستوريته ، كما أن المقتضيات التشريعية التي لم يتم فحصها من قبل المجلس الدستوري تبقى ملزمة بالرغم من أنها يمكن أن تحمل شكوكا حول مدى مطابقتها للدستور . ولذلك قد لا يتم اللجوء إلى المجلس

1- قلص الفصل 132 في فقرته الثانية من دستور 2011 نسبة الأعضاء الواجب توفرا لإحالة القوانين على المحكمة الدستورية إلى خمس اعضاء مجلس النواب بعدما كان الأمر في الدستور السابق يقضي بطلب ربع أعضاء أحد المجلسين . للمزيد من التفاصيل أنظر: تسماني سفيان، المعارضة البرلمانية على ضوء الدستور الجديد بالمغرب،

<http://www.marocdroit.com>

2- ينص الفصل 132 من دستور 2011 في فقرته الثانية: " تحال إلى المحكمة الدستورية القوانين التنظيمية قبل إصدار الامر بتنفيذها، والأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب و مجلس المستشارين قبل الشروع في تطبيقها لتبث في مطابقتها للدستور".

الدستوري الذي يبقى عاجزا عن صد حملات الخرق التي تطل الدستور عبر تمرير تشريعات و تنظيمات تفرض قيودا أو تعدم حقوق وحرية الأفراد الأساسية¹.

تكمّن الثغرة الأساسية الثانية في الاحالة وطابعها الضيق ، ففي النظام السابق أي ما قبل دستور 2011 حصر الدستور الأطراف التي لها حق طلب التحقق من مطابقة القوانين في الملك و الوزير الأول ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين في دستور 1996 وربع أعضاء مجلسي البرلمان فيما تم إقصاء جهات من حق الاحالة تبدو معنية و في حاجة ماسة لتفعيل الرقابة على دستورية القوانين، وتتمثل هذه الجهات بالخصوص في المواطنين - الموضوع الذي يهمنا - .

وتجّب الإشارة إلى أن المواطنين كانوا يتوفرون قبل دستور 2011 على حق الولوج إلى المحكمة الدستورية في الاطار المحدد و الخاص بالقضاء الانتخابي المتعلق بالانتخابات البرلمانية، إذ يمكن للمرشحين وكل المواطنين المسجلين في اللوائح الانتخابية اللجوء إلى المجلس الدستوري، وهو ما أكده أيضا دستور 2011 ولن نتطرق لهذا الموضوع في هذه المداخلة لأن هذه المسطرة لا تطرح مشاكل خاصة.

وأخيرا يجب أن لا نبعد احتمال عدم الاحالة الإرادية إلى المجلس للقوانين من طرف البرلمانيين بسبب التراضي بين الأغلبية و المعارضة، وهذا لا يهم فقط القوانين المعتمدة بالإجماع والقوانين التي تفضل المعارضة لأسباب سياسية عدم إثارة عم دستورتها رغم اعتقادها انها عكس الحقوق الأساسية و لربما أشد وهو ما يشكل ثغرة كبيرة في دولة القانون.

تبدو هذه الحجج جد قوية تهدف إلى تطهير النظام القانوني من قوانين غير دستورية غير مراقبة.

ثانيا- ظهور عدم الدستورية مع الاستعمال :

لا يتعلق الأمر هنا بانتقاد عدم كفاية مراقبة المحكمة الدستورية، صحيح انه بإحالة عدد متزايد من القوانين عليها وخاصة القوانين الطويلة و المعقدة كقانون المالية مثلا، فإن المحكمة الدستورية التي يجب عليها أن تصدر قرارها في أقل من شهر وربما أقل من ثمانية أيام³، يمكن ان تمر رغم إرادتها الحسنة عدم دستورية و التي قد لا نكتشفها إلا فيما بعد أو بشكل متأخر جدا⁴. و يمكن أن يتعلق أيضا بعدم دستورية مصدرها تغير في النظام القانوني، فالمشكل معقد ولكن لا يمكن إبعاد الفرضية بالكامل.

الفقرة الثانية : تنزيل الفصل 133 من دستور 2011 : الشروط الممكنة :

ما هي الشروط التي يمكن للقانون التنظيمي المتعلق بتنزيل الفصل 133 من دستور 2011 أن يأخذ بها من اجل إدراج هذا النمط الجديد من الاحالة، وتجّب الإشارة ان الأمر لا يتعلق هنا بفحص كل الطرق و الاجراءات الخاصة بإدخال مثل هذه الآلية ولكن فقط بالمبادئ او تلك التي تثير مشاكل خاصة.

إن القانون التنظيمي المرتقب صدوره يجب أن يجيب على أربعة أسئلة: من يمكنه إثارة عدم الدستورية.؟ ما هي القوانين المعنية؟ ما هو نظام التصفية الذي يمكن الأخذ به؟ وما هي المسطرة الجديدة التي يمكن تصورها؟

¹- جمام عزيز، عدم فعالية الرقابة على دستورية اوانين في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص تحولات الدولة، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بدون سنة، ص.64.

²- تنص الفقرة الأولى من الفصل 132 من الدستور على مايلي " تمارس المحكمة الدستورية الاختصاصات المسندة إليها بفصول الدستور، وبأحكام القوانين التنظيمية وتبت في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء" في حين تنص الفقرة من نفس الفصل تنص على " تبت المحكمة الدستورية في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان داخل اجل سنة ابتداء من تاريخ انقضاء اجل تقديم الطعون إليها، غير أن للمحكمة أن تتجاوز هذا الأجل بموجب قرار معلل، إذا استوجب ذلك عدد الطعون المرفوعة إليها أو استلزم ذلك الطعن المقدم إليها."

³- ينص الفصل 132 من دستور 2011 في فقرته الرابعة على ان: " تبت المحكمة الدستورية في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية و الثالثة من هذا الفصل داخل أجل شهر من تاريخ الإحالة، غير ان هذا الأجل يخفّض في حالة الاستعجال إلى ثمانية أيام بطلب من الحكومة".

⁴- Roussillon (H.), La saisine du conseil constitutionnel, contribution à un débat, in Revue intentionnel de droit comparé, Vol.,54N°2 ,Avril-Juin2002,p.500.

أولاً- من يمكنه الدفع بعدم الدستورية؟

من الواضح انه ليس من حق أي مواطن الدفع بعدم دستورية نص تشريعي بمناسبة دعوى موضوعة أمام إحدى الجهات القضائية، إذا كان هذا النص يعتدي على أحد الحقوق والحريات الأساسية التي يحميها الدستور المغربي، فقط وحده المتقاضي في مسطرة قضائية يمكنه إثارة عدم الدستورية قانون ما وهذا امام كل المحاكم سواء كانت عادية أو ادارية أو خاصة ولا يمكن للمتقاضي بمبادرة منه إثارة مسألة عدم الدستورية.

وتجب الإشارة ان مفهوم الشخص يفهم عامة بأنه يتضمن الأشخاص الطبيعيين و المعنوية المواطنين و الأجانب و الاشكال المطروح يخص الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، فالفقه الألماني ينكر استفادتها من حقوق أساسية نظر لطبيعتها الدولية، ومع ذلك أنشأ طعننا خاصاً لفائدة الجماعات المحلية¹.

لذلك يجب ان يفهم من عبارة "أحد الأطراف" الواردة في الفصل 133 من دستور 2011 ، جميع الأشخاص، الطبيعيين والمعنوية (أشخاص معنوية عامة مثل الهيئات العامة والمؤسسات العامة والإدارة، أشخاص معنوية خاصة مثل الشركات والجمعيات والاتحادات و التعاونيات) كما أنها لا يجب أن تقتصر هذه العبارة على المواطنين وحدهم بل يجب أن تشمل أيضاً الأجانب².

ثانياً- ما هي المقتضيات التشريعية المعنية؟

يحمل هذا السؤال شقين :

- الشق الأول : هل يمكن لجميع القوانين ان تكون موضوع مراقبة بعدية او فقط القوانين التي تم التصويت عليها مثلاً بعد دستور 2011 ؟ هل يجب على القانون التنظيمي ان يجدد تاريخاً معيناً؟.

من الواضح انه لا يجب أن يكون هناك أي شرط فيما يخص التاريخ ، فأي قانون كيفما كانت أقدميته يمكن أن يشكل موضوع استثناء عدم الدستورية، ويتعلق الأمر هنا بمحظرة تشريعية جد مهمة العديد منها صدر قبل دستور 2011.

- الشق الثاني : ما هي المواد القانونية المعنية؟ وحدها القوانين³ التي تمس بالحقوق و بالحريات التي يضمنها الدستور " يمكن إحالتها إلى المحكمة الدستورية بمناسبة دعوى جارية امام محكمة. ولكن ماهي الحقوق و الحريات الأساسية التي يضمنها الدستور؟.

يقترح المجلس الوطني لحقوق الانسان في هذا الصدد في مذكرته المتعلقة بالقانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية⁴ تعريفاً واسعاً للحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور باعتبار مدى هذه الحقوق و الحريات على ضوء مفهوم الكتلة الدستورية الذي هو قيد البناء في السياق المعياري الوطني الحالي، ويمكن هذا التعريف الواسع ادماج الحقوق و الحريات المتعارف عليها عالمياً بما فسي ذلك تلك المضمونة من طرف المواثيق و الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب و انضم إليها.

¹ -Pfersmann Otto, Le recours directs entre protection juridique et constitutionnalité objective, Cahiers du conseils constitutionnel n° 10 Mai I2001 ,P.4

² -من المفترض ان حقوق المواطنة النشيطة لا يعترف بها للأجانب.
³ - في حين أن الدفع في القانون النمساوي يكون موجهاً ضد القرارات الادارية والقوانين و اللوائح و المعاهدات ولكنه يقضي القرارات القضائية .. في القانون الإسباني يكون الدفع موجهاً ضد القرارات القضائية دون القوانين و اللوائح ، اما في ألمانيا فيكون الدفع بعدم الدستورية موجهاً ضد أي تصرف صادر عن سلطة عامة. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر:

Pfersmann Otto, Le recours directs entre protection juridique et constitutionnalité objective, Cahiers du conseils constitutionnel n° 10 MAI2001 ?pp.2-9.

⁴ - نظر : المجلس الوطني لحقوق الانسان، مذكرة حول القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية، مذكرة مارس 2013، ص.3.

وعليه يجب ابعاد القوانين التي لا تعنى بالحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور والقوانين الخاضعة للرقابة الإلزامية لدستورية القوانين و يتعلق الأمر بالقوانين التنظيمية والنظام الداخلي لمجلس النواب ومجلس المستشارين الذي لا يمكن العمل بمقتضياته إلا بعد معاينة مطابقته للدستور¹ كما يجب ابعاد القوانين التي سبق للمجلس أن نظر فيها . وهما مشكلان حقيقيين للتعايش بين المسطرتين الحالية و المنتظرة.

ثالثا- أي نظام للتصفيه ؟

ليس من الصواب السماح للمتقاضين اللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية، إغراق و شل المحكمة سيكون أمرا لا مفر منه. لذلك يجب وضع نظام للتصفيه، ولكن كيف؟
يمكن ان يوكل نظام التصفيه إلى المحكمة الدستورية ذاتها وإما للمحاكم التي تثار أمامها المسألة .
بخصوص الحل الأول : فهو يحمل مخاطر إغراق المحكمة الدستورية. وهو حل يحظى بتفضيل المجلس الوطني لحقوق الانسان².

اما الحل الثاني : يتمثل في إثارة الدفع بعدم الدستورية بمناسبة دعوى جارية أمام إحدى الجهات القضائية، وتقديمه في أية مرحلة من مراحل التقاضي، الدرجة الأولى والاستئناف والنقض. ويتعين على المحكمة التي أثير أمامها الدفع أن تحيله إلى محكمة النقض سواء كانت تلك المحكمة تابعة لجهة القضاء العادي أو لجهة القضاء الإداري³.
فالقاضي الذي ستثار أمامه مسألة عدم الدستورية يجب ان يفحص أمرين :

أولا : ان المقتضى التشريعي المشكوك في دستوريته يعتبر شرطا لصحة المسطرة.

ثانيا : ان النص التشريعي يشكل أساس المتابعة و يتحكم في حل النزاع.

فإذا قدرت المحكمة أن النص القانوني المطعون فيه يتضمن اعتداء على أحد الحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها الدستور يعد أساسا للفصل في المنازعة ولم يكن هذا الدفع منعدم السند، لأن المحكمة تملك سلطة تقديرية في فحص الدفع والبت فيه بحيث إذا تبين لها أن الدفع منعدم الأساس ولا يتسم بالجدية فإنه تملك رفضه ولا تلزم بإحالته إلى محكمة النقض والاستمرار في النزاع، وفي حالة قبول المحكمة الدفع تحيل الأمر على محكمة النقض التي تملك بدورها سلطة تقديرية لإحالة الأمر على المحكمة الدستورية ، فإذا تبين لها أن الدفع لا يتسم بالجدية تعيد الملف إلى المحكمة التي أثار أمامها الدفع⁴.

يبدو أن هذا الأمر من السهل جدا مجازة، ولكن هناك صعوبات أكيدة يمكن ان تظهر بمجرد ان نفس القاضي يجب ان يفصل ايضا في الطابع المؤسس و غير المؤسس للمسألة الدستورية ، فهذا التقدير يعتبر في حد ذاته حكما تمهيديا في المسألة الدستورية و يتحكم في حل النزاع. وإذا ظهر ان الدفع بعدم الدستورية مؤسسا، فإنه يعود لمحكمة النقض اتخاذ القرار النهائي لإحالة أو عدم إحالة المسألة إلى المحكمة الدستورية.

من إيجابيات هذا المسطرة انها تجنب اغراق المحكمة الدستورية ومن سلبياتها انها تتسم بالثقل و تخلق محطات وسيطة بين المتقاضي و القاضي الدستوري. إذ يجد المواطن نفسه امام رحلة طويلة تبدأ باشتراط وجود دعوى امام

¹ - ينص الفصل 58 من دستور 1996 على أن : يضع كل من المجلسين نظامه الداخلي و يقره بالتصويت، إلا أنه لا يجوز العمل به إلا بعد ان تصرح المحكمة الدستورية بمطابقته لأحكام هذا الدستور.

² - انظر : المجلس الوطني لحقوق الانسان، مذكرة حول القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية. مرجع سابق، ص 3-المرجع نفسه.

⁴ - جابر لبوع، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في ضوء دستور المملكة لسنة 2011.

الحاكم، حيث يدفع أحد اطراف الدعوى بعدم دستورية قانون ما، فإذا وجدت المحكمة مبررا لذلك تحيل الدفع إلى محكمة النقض والتي إذا رأت بدورها مبررا للطعن تحيله إلى المحكمة الدستورية للبت بالموضوع. لذلك ولتفادي طول أجل معالجة المسألة الدستورية امام قاضي الموضوع فمن الأحسن أن تكون التصفية وحيدة بالسماح بعدم إثارة الدفع بعدم الدستورية إلا في نهاية المسطرة امام محكمة النقض . لكن السؤال المعلق هو : هل يمكن السماح للمتقاضين الطعن في قرارات الاحالة ؟ وتجدر الإشارة إلى أن هناك دساتير تخول للأفراد إمكانية الدفع الفرعي بعدم الدستورية مباشرة أمام المحكمة الدستورية.

رابعا- المسطرة أمام المحكمة الدستورية :

مقارنة مع المسطرة المطبقة حاليا أمام المحكمة الدستورية¹ بعض التعديلات تبدو ضرورية خاصة فيما يتعلق بتمديد الأجل المتروكة للمحكمة الدستورية لاتخاذ قرارها، فهو يمكن ان يمتد إلى ثلاثة أشهر للسماح لها بإقامة نقاش تواجهي حقيقي مع السماح بتدخل للمحامين.

بعد قرار بدستورية القانون الصادر عن المحكمة تستمر الدعوى حيث وقفت، وبعد قرار بعدم الدستورية لا يأخذ شكل الغاء رجعي و لكن مجرد نسخ يسري منذ تاريخ نشره و يخضع له الجميع تستعيد الدعوى سريانها في إطار النظام القانوني الجديد وفي المساطر الأخرى الجارية، فإن المقتضى المصرح انه مخالف للدستور لا يمكن أن يطبق. الفرع الثاني : تنزيل الفصل 133 من دستور 2011 : المخاطر المؤكدة و الأسئلة المعلقة : الفقرة الأولى : ولوج تنزيل الفصل 133 من دستور 2011 : المخاطر المؤكدة : أولا- السقوط في معضلة بطء العدالة :

يترتب قبول الدفع بعدم دستورية النص القانوني المطعون فيه على أساس أنه يمس بأحد الحقوق والحريات الأساسية وقف البث في الدعوى الأصلية الدعوى، أي تأجيل النازلة إلى غاية صدور حكم محكمة النقض في حالة رفض الطلب وكذلك صدور قرار المحكمة الدستورية في حالة قبول الطلب بشأن دستورية أو عدم دستورية المقتضى التشريعي الحال عليها ، نظرا لأن مسألة مدى اتفاق او عدم اتفاق هذا النص مع الدستور تعتبر مسألة أولية ينبغي الفصل فيها أولا حتى يمكن الحكم في الدعوى. وهو ما يؤدي لا محالة إلى اطالة أجل البث في النزاع والزيادة في بطء العدالة البطيئة اصلا.

ولتجنب ذلك اقترح مقترح القانون التنظيمي الذي تقدم به فريق العدالة و التنمية بمجلس النواب و المتعلق بتحديد شروط واجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور بان لا يحول الدفع بعدم مطابقة القانون للدستور دون مواصلة اجراءات الدعوى المعروضة على المحكمة و البث فيها و لا يمكن ان يكون سببا في تأخيرها او إيقاف البث فيها² ، وان الدفع بعدم مطابقة القانون للدستور لا يوقف التنفيذ³. لكن السؤال المطروح هنا ما العمل إذا أصدر قاضي الموضوع حكمه في الموضوع و وفي الوقت نفسه ألغى القاضي الدستوري المقتضى التشريعي الذي على أساسه بنى قاض الموضوع حكمه ، فهنا سنكون امام طريق مسدود؟.

¹ - ينص الفصل 132 من دستور 2011 في فقرته الرابعة : " تبث المحكمة الدستورية في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين الثانية و الثالثة من هذا الفصل داخل أجل شهر من تاريخ الاحالة ، غير ان هذا الاجل يخفض في حالة الاستعجال إلى ثمانية أيام بطلب من الحكومة".
² - المادة 6 من مقترح قانون تنظيمي يقضي بتحديد شروط و اجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، تقدم به فريق العدالة و التنمية بمجلس النواب بتاريخ 2012/11/07.
³ - المادة 7 من المقترح نفسه.

ثانيا- مخاطر عدم الاستقرار القانوني :

إن قبول مثل هذا الطعن يعني أن قوانين قديمة مطبقة لسنوات عديدة وأنتجت آثارا قانونية يمكن أن يعاد فيها النظر هذا وهو ما يؤدي إلى المساس بمبدأ الأمن القانوني¹ الذي يقتضي وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية لفرض إشاعة الامن و الطمأنينة.

فمما لاشك فيه أن الحكم بعدم دستورية قانون ما بناء على طعن قدمه أحد الأفراد و اعتباره كأن لم يكن وذلك بعد فترة زمنية على صدوره ، يمكن ان يمس بالأمن القانوني لأشخاص آخرين شملهم تطبيق هذا القانون خلال فترة سريانه لانهم رتبوا أوضاعهم وفقا له² و النتيجة هي التخلي عن الحصانة القضائية للقانون الذي تم اصداره ووضع القاضي فوق المشرع .

تخوف مبدئي آخر، إن الأخذ بمثل هذا الطعن سيثقل اخضاع البرلمان لمراقبة القاضي وبالتالي التقليل من استقلالية البرلمان³.

الفقرة الثانية : تنزيل الفصل 133 من دستور 2011: الاسئلة المتعلقة :

- السؤال الأول :

ينص الفصل 134 من دستور 2011 على ان: "... ينسخ كل مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 133 من الدستور ابتداء من التاريخ الذي حددته المحكمة الدستورية في قرارها..." وهو ما يعني وجوب استبدال المقتضيات التشريعية المشوبة بعدم الدستورية بمقتضيات أخرى من نفس القانون⁴ السؤال المطروح هو : ما ذا نفعل بالفراغ القانوني الذي سيخلفه النسخ او التصريح بعدم دستورية قانون ما والذي قد يكون قانونا قديما جدا ولكن اعتبر غير دستوري ؟

- السؤال الثاني :

إذا كانت القضية المعروضة على إحدى المحاكم إدارية او عادية قد تم الدفع فيها بعدم دستورية المقتضى التشريعي الذي سيطبق عليها وتمت احالة هذا المقتضى إلى المحكمة الدستورية لتبث فيه وتؤكد من دستوريته، فإن القضية ستتوقف إلى حين صدور قرار المحكمة الدستورية، وفي الوقت نفسه قد يتصور أن يكون هناك قضية أخرى أمام إحدى المحاكم تطبق عليها نفس المقتضى التشريعي المثار بشأنه الدفع في المحكمة -العادية أو الادارية -التي علقت حكمها في انتظار صدور قرار المحكمة الدستورية، لكن أطراف الدعوى لم يثيروا الدفع بعدم دستوريته، فما هو الحل في هذه الحالة ؟ هل يجب مثلا توقيف البث في هذه الدعوى أيضا في انتظار قرار المحكمة الدستورية؟ ونظرا لأن المقتضى التشريعي يفقد أية قيمة أي أثر ابتداء من قرار المحكمة الدستورية إلى أن يتم نسخه فانه لا يمكن أن يسري بأثر رجعي فما العمل كذلك في هذه الحالة⁵ ؟

1- يعني الأمن القانوني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بمهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، بحيث يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بإعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها، دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مبالغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار..

² - للمزيد من التفاصيل انظر: ماهر البحيري، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية و فلسفة الحد من مداها، مجلة الدستورية، عدد2، السنة1، 2001،ص.133، انظر أيضا : ابراهيم محمد حسنين، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه و القضاء، القاهرة، دار النهضة العربية،2000،ص.145.

³ -Favoreu(L.), sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le conseil constitutionnel ,Cahiers du conseil constitutionnel N°10 -mai2001,p.6

⁴ - جابر لبوع، مرجع سابق. ،
⁵-المرجع نفسه.

-السؤال الثالث :

ما هو مصير القوانين التي تم إصدارها ولكن أحيلت على المحكمة الدستورية بضعة شهور بعد ذلك ، بل ربما أسابيع او أيام بعد إصدارها ؟ ويمكن ان نتصور أنه خلال فترة الانتظار الموالية سيتم توقيف بعض المساطر مثلا تحرير واصدار المراسيم التطبيقية. كما قد يجمد سير المراقبة القبليية و وضع الأمن القانوني.

السؤال الرابع :

كيف يمكن التوفيق بين الاجتهادات القضائية المحتملة و المتناقضة للمحاكم الابتدائية او محاكم الاستئناف من جهة و محكمة النقض من جهة أخرى؟

السؤال الخامس :

ألس هناك خطر لتحويل هذه المحاكم إلى قضاة دستوريين ابتدائيين على اعتبار أن قراراتها بشأن الإحالة إلى المحكمة الدستورية من شأنه أن يشكل حكما تمهيدا ويجعل بالتالي المحكمة الدستورية في وضعية تبعية لقضاة الموضوع.

إن هذا الاصلاح الدستوري كان من الممكن ان يكون أكثر مأسسة لو تم بتوسيع اختصاصات المحكمة الدستورية فيما يخص مراقبة الجهاز التنفيذي وهو ما لم يكتم مرغوبا فيه في أية لحظة، صحيح ان الأمر يتعلق بتسهيل حماية الحقوق الأساسية أمام القانون بالحد من سلطات البرلمان ولكن كان يجب أيضا الحد من سلطات الجهاز التنفيذي.

خاتمة :

إذا كان ولوج المتقاضى إلى العدالة الدستورية لم يكن موجودا قبل دستور 2011، فإن التنصيب عليه في دستور 2011 يشكل ثورة حقيقية إذ أن حماية الحقوق الأساسية أي الحقوق التي لها قيمة دستورية ، أصبحت المهمة الأساسية للمحكمة الدستورية وهو ما يعطي لها شرعية غير منازع فيها اليوم و يندرج في سياق تحسين حماية الحقوق الأساسية و تدعيمها ودمقرطة العدالة الدستورية بشرط ان نحدد شروط انجازه بدون موارد.

غير أن هذا الحق الممنوح للمتقاضى الذي يسمح له بالتشكيك بنفسه في دستورية قانون ما اهمل الآخرين الاهتمام¹، يبقى حقا تبعا وفرعيا بل وضعيفا وجد مؤطر بالنظر إلى المخاطر التي يحملها و الأسئلة التي لن تتم الاجابة عنها.

إن المهم هو استحضار مجموع المشاكل و الصعوبات المتعلقة بعملية ما قبل القيام بها. لقد حاولنا تقديم ما هو أساسي بدون ان نزعم أننا وضعنا اللائحة الكاملة لهذه الصعوبات: وهذا يتطلب بدون شك دراسة جد معمقة.

¹. Roussillon (H.), op.cit.,p.502.

سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري



الأستاذ الدكتور : حميل صالح
أستاذ محاضر بجامعة أدرار الجزائر
مدير مخبر : "القانون والمجتمع"
نائب مدير جامعة أدرار - الجزائر

المقدمة :

المسؤولية المدنية هي الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالالتزام أصلي سابق ، والالتزامات الأصلية ينشأ بعضها من العقد، والبعض الآخر من القانون. لذا فقد جرى الفقه على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، فتعرف المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي مسؤولية عقدية، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام قانوني مسؤولية تقصيرية⁽¹⁾، ويفترض النوع الأول من المسؤولية قيام رابطة عقدية بين المسؤول والمضرور، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم حين تنتفي هذه الرابطة بينهما.

ومتى أخل شخص بالتزام مقرر في ذمته وفسقا لأحد نوعي المسؤولية المدنية، وترتب على هذا الإخلال ضرر للغير، أصبح مسؤولا قبل المضرور وملتزمًا بتعويضه عما أصابه من ضرر. ولقد كان الالتزام بالتعويض عن الضرر يقوم على فكرة عقاب المخطئ في ظل الشرائع البدائية والقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، ثم بدأ التعويض يقتصر على الوظيفة الإصلاحية التي تهدف إلى جبر الضرر وهذا في ظل فقه الشريعة الإسلامية من ناحية وفيما خلص إليه القانون الفرنسي القديم، لتصبح هذه الوظيفة هي الوظيفة الوحيدة للتعويض بوضع التقنين المدني الفرنسي⁽²⁾، وتنفصل بذلك المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية. ولقد قنن المشرع الجزائري أحكام التعويض في المواد من 124 إلى 133 ثم من المادة 182 إلى 187 من التقنين المدني مستمدا إياها من التقنين الفرنسي، ناقلا الفكر الذي استقر عليه هذا الأخير، باعتبار أن وظيفة التعويض هي الإصلاح لا عقاب المخطئ.

¹ - سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، الجزء الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ص 11.

² - محمد إبراهيم، دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، توزيع دار الفكر العربي ، مصر، ص 228.

وتهدف الوظيفة الإصلاحية للتعويض إلى جبر الأضرار اللاحقة بالمضور، دون حاجة إلى التعويض الكامل الذي ارتبط بتأسيس المسؤولية على الذنب الأخلاقي. وبابتعاد المسؤولية عن هذا الأساس بدأت فكرة التعويض الكامل تقل ليحل محلها التعويض العادل.

وتقدير هذا التعويض قد يقوم به المشرع بالنص الصريح أحيانا أو عن طريق تحديد المسؤولية بحد أقصى أحيانا أخرى، وهو التقدير القانوني للتعويض، وقد يتركه لاتفاق الأطراف يقومون به وفقا لما يبدو لهم من ظروف المعاملات وملابساتها وهو التقدير الاتفاقي للتعويض، وفي كلتا حالتها التقدير هاتين يكون القاضي ملزما بهذا التحديد.

وأخيرا قد يمنح المشرع حرية مطلقة للقاضي لتقديره، وذلك هو التقدير القضائي للتعويض. ولأنهم أهم مظاهر إعطاء القاضي دورا إيجابيا في حسم دعاوى المسؤولية المدنية الاعتراف له بسلطة تقديرية وهو يتصدى لحسم تلك الدعاوى وصولا لتحقيق الغرض المقصود وهو بالدرجة الأساس جبر الضرر الذي لحقه المضور

ولقد اقتصرنا في هذه الدراسة على سلطة القاضي في تقدير التعويض، لما له من سلطة واسعة من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية، وتقدير مقدار الضرر، وعلى هذا تكون إشكالية البحث على النحو التالي: ماهي السلطة التي منحها القانون للقاضي في تقديره للتعويض عن المسؤولية المدنية؟ وهل تخضع هذه السلطة للرقابة من المحكمة العليا؟

وللإجابة على هذه الاشكالية قسمنا الموضوع الى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض، وفي المبحث الثاني رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض.

المبحث الأول. سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض :

متى تبين لقاضي الموضوع قيام شروط المسؤولية المدنية حكم بالتعويض، ولقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تحديد الطريقة التي يتم بها التعويض (المطلب الأول)، كما يعتمد في تقدير ذلك على معايير معينة، فما هي تلك المعيير؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تحديد نطاق سلطة القاضي :

عندما ترفع أمام القاضي دعوى للمطالبة بالتعويض، وجب عليه في مرحلة أولى أن يفهم الوقائع المطروحة أمامه، وفي مرحلة ثانية تكييفها بتطبيق النص القانوني الملائم عليها من خلال التأكد بأنها كافية لتشكيل أركان المسؤولية المدنية ليتأتى له في مرحلة ثالثة تقدير التعويض على اعتبار أنه لا تعويض بدون مسؤولية ولا تقدير حيث لا تعويض⁽¹⁾، على أن يحدد بطريقة موازية الطريقة التي يتم بها هذا التعويض.

ويختار القاضي طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو الأنسب لإصلاح الضرر معتمدا في ذلك على نص المادة 132 من التقنين المدني الجزائري² التي جاء فيها: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.

¹ جاء في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 2000/03/28 تحت رقم 231419 "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية وأما تقديره فإنه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك..." مجلة قضائية عدد خاص لسنة 2003 ص 627.

² الامر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم لاسيما القانون 05-10.

ويقدر التعويض بالنقد، غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع". فيتين من هذه المادة أن طريقة إصلاح الضرر تختلف حسبما تكون الظروف الملازمة لحالة النزاع المطروح، وبما يبيد المضرور في طلباته عنها، كما أنها تختلف في نطاق المسؤولية العقدية عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية. فإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التعاقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ الا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية. فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، والتعويض يكون إما عينيا أو بمقابل :

فالتعويض العيني هو إصلاح الضرر بإزالة مصدره من أصله، وهو غير التنفيذ العيني لذا نجد مجاله في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية التعاقدية .

ذلك أن التنفيذ بطريق التعويض في المسؤولية العقدية لا يتأتى إلا إذا استحال التنفيذ العيني، إما بأن كان مستحيلا مطلقا لخطأ من المدين بأن استدعى الأمر تدخله شخصا لكنه امتنع عن ذلك، أو كان مستحيلا نسبيا لأنه إذا تم فمن شأنه أن يرهق المدين دون أن يترتب على عدم القيام به ضرر جسيم للدائن، وهذا تطبيقا لنص المادة 176 التي جاء فيها "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزامه ..."، فيكون تعويض الضرر الناجم هنا تعويضا بمقابل وليس تعويضا عينيا⁽²⁾.

والتعويض العيني يتجسد في المسؤولية التقصيرية من خلال إصلاح المتسبب في الضرر، الضرر عينا وليس بمقابل، ومثاله أن يبني شخص حائط في ملكه يسد على جاره الضوء والهواء تعسفا منه، فيكون التعويض العيني عن هذا الفعل بهدم الحائط على حساب الباني.

أما التعويض بمقابل فهو الذي يصلح في المسؤولية العقدية متى استحال تنفيذ الالتزام عينا وهو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية لاستحالة التعويض العيني في أغلب الأحيان.

وهو قد يكون نقديا أو غير نقدي، يكون لقاضي الموضوع سلطة كاملة في اختيار نوع التعويض الأنسب لإصلاح الضرر⁽³⁾.

ومتى تبينت للقاضي الطريقة المناسبة لإصلاح كافة الأضرار اللاحقة بالمضرر، سعى لتقدير التعويض عنها وله في سبيل الوصول إلى هذا الهدف سلطة مطلقة، فهو غير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر هاته الأضرار، وإنما له كامل الصلاحية.

إلا أن هذه السلطة أو الصلاحية تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية بحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه وميوله، فتقدير التعويض هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند الاضطلاع بها استبعاد كل إجحاف أو مغالاة فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره.

وفي سبيل تحقيق ذلك مكن المشرع القاضي بموجب المادة 125 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والادارية⁽⁴⁾ من اللجوء إلى ذوي الخبرة والاختصاص، إذا استعصت عليه أي مسألة يكون من شأن الكشف عليها إما إعطاء الوصف الحقيقي أو التكييف القانوني للوقائع بما فيها تحديد جسامة الضرر، ما لم يكن الأمر يتعلق بما يدخل

¹- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار الكتاب الحديث، مصر، الطبعة الثانية، 1979، ص 156.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 824/823.

³- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 531.

⁴- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 21، السنة 45.

في سلطته. ذلك أن الخصوم ملزمين بتقديم الوقائع، في حين يلتزم القاضي بتطبيق القانون على الواقع المعروض عليه، ولا يجوز له أن يفوض فيه أحدا غيره¹، وللقاضي اعتماد ما وصل إليه الخبير في حكمه وله رفضها، كما بإمكانه الأمر بخبرة مضادة للوقوف على الضرر الفعلي

فتقدير أعمال الخبير أمر تستقل به محكمة الموضوع ولا رقيب عليها فيها من المحكمة العليا. كما وضع المشرع مجموعة من العناصر والمعايير أوجب على القاضي الاعتماد عليها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، فلا يجوز له أن يستبعد عنصرا منها أو يضيف لها عناصر جديدة، وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا. وتتمثل هاته العناصر في : وجوب مراعاة :

- الضرر المباشر المحقق.
- الضرر المتغير.
- مالق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.
- الظروف الملازمة ومدى حسن النية.

وستكتفي في هذا المجال بدراسة العنصرين الأخيرين مستبعدين عنصري الضرر المباشر المحقق والضرر المتغير.

المطلب الثاني : المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تقدير التعويض :

يعتمد القاضي في تقدير التعويض على معايير متغيرة، يمكن تعداد أهمها في الآتي :

الفرع الأول : معيار الخسارة الواقعة والكسب الفائت :

تنص المادة 182 من التقنين المدني على ما يلي " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض مالق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ...".

فيتضح من نص هذه المادة أن القاضي ملزم عند تقديره للتعويض في المسؤولية العقدية أن يدخل في حسابه مالق الدائن من ضرر وما فاته من كسب، وهذا المعيار قديم إذ عرفه القانون الروماني⁽²⁾.

والمقصود بالخسارة اللاحقة الضرر المباشر الذي لحق حقا أو مصلحة مشروعة للمضروب.

أما الكسب الفائت فيخص كل الثمرات الطبيعية للشيء المتلف أو محل الالتزام والأرباح المتوقعة في المسؤولية العقدية، يضاف إليها الأرباح غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية طالما كانت محققة⁽³⁾، بأن يتأكد المضروب أنه كان سيحصل عليها لو تم تنفيذ الالتزام، أو لو لم يقع الفعل الضار عن هذا الكسب.

فهذان العنصران يستعملهما القاضي في المسؤولية العقدية، بتقدير ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية، أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ، ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب.

وهذان العنصران لا تستأثر بهما المسؤولية العقدية بل يجب الاعتداد بهما في نطاق المسؤولية التقصيرية، ذلك أن نص المادة 182 من التقنين المدني وإن كان قد جاء بصدد التعويض عن المسؤولية العقدية، إلا أنه جاء

مطلقا مما يبيح ضمنا تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية عما لحق المضروب من ضرر، وما فاته من كسب، فللمصاب في حادث أن يعرض عما أصابه في جسمه من ضرر وألم وما بذل من مال في سبيل علاجه، وهذا كله تتضمنه الخسارة اللاحقة به، كما أن لهذا المصاب الحق في أن يعرض عن الكسب الذي ضاع عليه⁽⁴⁾، فإن كان عاملا

¹-مقدم السعيد. التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الحداثة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1985، ص 256.

²-مقدم السعيد. التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الحداثة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1985، ص 256.

¹- فؤاد قواف كلة، اثار المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري (الدعوى والتعويض)، رسالة ماجستير، 1975-1976، ص 78.

⁴- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 538.

أو تسبب الحادث في ععوده عن العمل فيدخل في الكسب الفائت ما كان سيجنيه من عمله طوال المدة التي سيقعد فيها عن العمل.

وغني عن البيان أنه لا يكون ثمة محل للتعويض إذا لم يصب الدائن بضرر، فلم يفته كسب ولم تلحقه خسارة، لأن التعويض لا يتقرر إلا إذا تحققت المسؤولية بعناصرها الثلاث.

الفرع الثاني : معيار الظروف الملازمة ومدى توفر حسن النية :

تنص المادة 131 من التقنين المدني " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملازمة ...".

والظروف الملازمة هي الظروف التي تلابس المضرور، ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تحيط بالمضرور، وهذه تقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي مجرد فننظر إلى المضرور نظرة شخصية، لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات دون غيره، فيدخل في الظروف الشخصية حالة المضرور الجسمية والصحية، فالانزعاج الذي يصيبه من حادث يكون ضرره أشد مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب⁽¹⁾.

والأعور الذي أصيبت عينه السليمة كان الضرر الذي يصيبه أقدر من الضرر الذي يلحق شخصاً أصيبت إحدى عينيه السليمتين⁽²⁾.

والرسم الذي يصاب في أصابعه التي يرسم بها ويتقوت منها يكون ضرره أكبر من غير الرسام. ويكون محلاً للاعتبار حالة المضرور العائلية والمالية، فمن يعول زوجة وأطفالاً يكون ضرره أشد من الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه، ولكن هذا لا يعني أنه إذا كان المضرور غنياً، يقضى له بتعويض أقل مما لو كان فقيراً، إذ أن العبرة بجبر الضرر، وهذا الضرر يتحدد باختلاف الكسب، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يلحق به أشد⁽³⁾. كذلك ما جاءت به المادة 126 من التقنين " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

فقد يتعدد المسؤولون عن العمل غير المشروع، بأن ينسب إلى كل منهم خطأ يساهم في إحداث ذات الضرر، فيمكن للقاضي استناداً لهذه المادة أن يوزع المسؤولية بالتساوي، كما له أن يحدد نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض، وبديهي أن أساس التقسيم في هذه الحالة هو مدى جسامة الخطأ.

وهو ما يتناسب والعدالة فمتى استطاع القاضي أن يحدد مدى جسامة الخطأ لكل من الفاعلين، فلا يعقل أن يوزع المسؤولية بالتساوي فيما بينهم، في الوقت الذي يكون خطأ أحدهم جسيماً بينما خطأ آخر يسيراً. كذلك إذا ساهم المضرور بخطئه في إحداث الضرر، فإن ذلك يوجب تخفيف المسؤولية برفع جزء من التعويض عن كاهل المسؤول، وقد يعفى تماماً من التعويض، وذلك حسب مدى جسامة الخطأ المنسوب للمضرور، فتنبص المادة 177 من التقنين المدني " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أولاً يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول ص 971.

² - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 217.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري. المرجع السابق، ص 972-973.

اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"، فتكون جسامة الخطأ الصادر من المسؤول محل اعتبار في تحديد نصيبه في التعويض، وتوزيع المسؤولية بينه وبين المضرور⁽¹⁾.
وبالنسبة لرأي القضاء عندنا، فإن المحكمة العليا تذهب في عدة قرارات لها إلى الاعتداد بالظروف الملازمة للمضرور دون المسؤول.

حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 93/01/06 ما يلي " ... وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدان قريبتهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره ..."⁽²⁾.

ولقد تعرضت مختلف التشريعات لعنصر حسن النية كما أوردها المشرع الجزائري في عدة مواضع من التقنين المدني.

على أنه تجدر الإشارة إلى أنه كأصل لا دخل لحسن النية في توافر المسؤولية، فتتوافر المسؤولية ولو حسنت نية المسؤول مادامت أركانها قائمة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وإنما يكون لها أثرها في تقدير التعويض⁽³⁾، ومثاله ما نصت عليه المادة 399 من التقنين المدني فيما يخص بيع ملك الغير والتي تنص على أنه "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية".

فالمسؤولية طبقاً لهذه المادة تقوم في حق البائع ولا أثر لحسن نية هذا الأخير في منع توفرها⁽⁴⁾.
ويأخذ عنصر حسن النية مظاهر متعددة⁽⁵⁾.

فقد يأخذ مظهر التيقن القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفاً ما يطابق ما يتطلبه القانون، فيرتب القانون على ذلك آثاراً لحماية الشخص حسن النية، ومثاله ما نصت عليه المادة 837 فقرة 1 من التقنين المدني "يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار مادام حسن النية ..."

وتضيف المادة 838 من نفس التقنين "يكون الحائز سيئ النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية".

ويستفاد من هذا بأنه إذا ألزم الحائز برد الشيء إلى مالكه، فإن ما يلتزم برده هو الشيء ذاته، أما الثمار فلا يلزم بردها ولا بالتعويض عن قيمتها متى كان حسن النية.

وقد يقصد بحسن النية الاستقامة والنزاهة والإخلاص وانتفاء الغش، كما في الحالة التي تنص عليها المادة 107 الفقرة الأولى من التقنين المدني "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية..."

فيجب أن تتوفر حسن النية عند تنفيذ العقد فيستبعد المتعاقدان كل معنى للغش، وإذا أحل أحدهما بالتزامه وترتب مسؤوليته فإن التعويض يختلف قدره بحسب ما يكون من حسن نية الفاعل أو سوءها، فيكون التعويض كاملاً جابراً لجميع الأضرار في حالة ارتكاب خطأ جسيم أو غش طبقاً للمادة 182 الفقرة الأخيرة من التقنين المدني. فيسأل

¹- محمد إبراهيم دسوقي. المرجع السابق ص 461 - 464.

²- قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا. ملف رقم 87411 بتاريخ 93/01/06. نشرة القضاة عدد 50 ص 55.

³- حسن عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 544.

⁴- ويكون للمشتري حسن النية مطالبة البائع بالتعويض ولو كان هذا الأخير حسن النية أما إذا كان سوء النية في جانب المشتري بأن كان يعلم بأن البائع لا يملك المبيع فهذا يكون له أثر في التعويض فيسقط حقه في ذلك، أنظر مقدم السعيد، المرجع السابق ص 247.

⁵- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع نفسه، ص 542 - 558.

المدين عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع ويعوض عنهما، أما إذا كان المدين حسن النية فلا يكون ملزما إلا بما كان متوقعا من الضرر.

ونشير في هذا السياق أن تقدير حسن النية وتحديدتها يتم من خلال مراعاة الظروف الخارجية للشخص، وذلك قياسا على مسلك الرجل العادي في يقظته وذكائه فللقاضي في تقدير حسن النية أو سوئها أن يدخل في اعتباره مدى إدراك المدين بالالتزام للأمر، وقلة تجاربه أو انعدامها، وإذا كانت الظروف الخارجية المحيطة به من شأنها أن تجعله يعلم بحقيقة الأمر أولا.

المبحث الثاني. رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض :

سبق لنا أن بينا في المبحث الأول من هذا البحث أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض دون معقب عليه من المحكمة العليا.

إلا أنه وإن كان هذا التقدير يدخل في سلطة قاضي الموضوع، فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض⁽¹⁾، ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض السابق شرحها بعين الاعتبار.

المطلب الأول. رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه :

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توفرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض. ولئن كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا، لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع⁽²⁾.

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه إحتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، والأمثلة في هذا الصدد كثيرة منها ما جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة البلدية بتاريخ 2000/05/20 تحت رقم 2000/209: "حيث أن إخلال المدعي عليها بالتزام تعاقدية قد ألحق ضررا بالمدعية، مما يتعين القول بأن طلبها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانونا...".

فلحكم جاء خاليا من تحديد للضرر الذي لحق المدعي عليها، في عناصره أو شروطه، مما يجعله حكما معيبا قابلا للنقض، وقد جاء في هذا الشأن في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/25 ما يلي "حيث أن قضية الاستئناف اكتفوا بحساب الغرامة المحكوم بها من طرف القاضي الاستعجالي فقط، في حين أنه وبناء على المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية، يلتزم قضاة الموضوع بتحديد الضرر وتقديره قصد مراجعة وتصفية الغرامة"⁽³⁾.

1-مقدم السعيد، المرجع السابق، ص 253.

2- سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 184.

3-ملف رقم 215762، صادر بتاريخ 2002/07/25، مجلة قضائية، العدد الأول، لسنة 2002، ص 279.

كما نقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 86/07/08 حكما صادرا عن محكمة الجنايات صرح بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لأن هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون أن تبين نوع الضرر، فقد جاء في حيثيات هذا القرار.

"حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاءهم لا بطلان دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقتها وأنه لم يلحقه أي ضرر. وحيث أن الضرر يكون إما مادي أو معنوي.

وحيث أن القضاة راعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط.

وعليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضاءهم ناقضا..."⁽¹⁾.

المطلب الثاني. رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض :

إن للمحكمة العليا ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض ، وليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما نريد اختياره أو إغفاله من بين هذه العناصر، وهذا هو المبدأ.

إلا أن هناك بعض قرارات المحكمة العليا تسير ضد هذا المبدأ، وذلك في تقديري لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو نصاب معين أو قيمة ثابتة وبين عناصر تقدير التعويض.

فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لما توضح له من جسامه أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجسامه أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا، وتنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب الضرر.

فإذا كان القاضي بصدد تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت فعليه أن يبين الواقعة الموضحة في الدعوى المثبتة، التي تصدق عليها وصف الخسارة أو الكسب.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملازمة، ومن وجوب اعتداد القاضي بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، عدد الأشخاص الذين يعيلهم. وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2001/02/14⁽²⁾ عن المحكمة العليا ما يلي "حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني".

فلم يشترط هذا القرار أن يضمن القاضي في حكمه العناصر التي استعملها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، بل اكتفى بوجود معاينة الطابع التعسفي للتسريح، والضرر المادي والمعنوي الناتج عنه.

¹- ملف رقم 42308، قرار صادر بتاريخ 86/07/08، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1990 ص 254.

²- ملف رقم 214574، قرار صادر بتاريخ 2001/02/14، مجلة قضائية، العدد الأول، لسنة 2002، ص 195.

ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى لها تأخذ بالمبدأ المذكور أنفاً وتوجب ذكر العناصر التي اعتمدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2002/07/25⁽¹⁾ ما يلي :

إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضاً بسبب الضرر به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال واعتمدوا في ذلك على عناصر تقرير الخبرة وعلى محضر معاينة المحرر بتاريخ 96/11/17 وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا.

وجاء أيضاً في قرار لها صادر بتاريخ 94/05/24 "حيث من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد الأطراف.

وحيث تكريسا لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض.

وحيث بالعودة إلى القضية نجد أن القرار المنتقد منح تعويضات هامة 47 مليون، بغير تحديد العناصر (فواتير ومستندات أخرى) التي بها قدر التعويض.

وحيث أنه تأسيساً على ما تقدم يكون الوجه مؤسسا ويترتب عنه النقص"⁽²⁾.

كما اشترطت في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف الملازمة وأناطتها بتلك التي تلبس المضرور فقط، مما يمكن معه القول بأن المحكمة العليا تأخذ بالرأي القائل بوجوب الاعتداد بالظروف التي تلبس المضرور دون المسؤول، فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لم تبين ظروف المضرور.

وجاء في قرار لها صادر بتاريخ 99/07/14 عن الغرفة المدنية: "... كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية على عاتق سائق القطار وبالنظر إلى القانون رقم 90-35 أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيل مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها ونوع الضرر أو الأضرار اللاحقة بالمستحقين، وأن يخصصوا تعويضات معينة لكل واحد من هؤلاء المستحقين"⁽³⁾.

وبخصوص الضرر المعنوي فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجبها المشرع والمستعملة في ذلك لارتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية وإنما هو شخصي.

فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 81/12/10⁽⁴⁾ ما يلي "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي.

حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل خاص علماً بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساساً إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوض عنه".

¹-ملف رقم 215762، قرار صادر بتاريخ 2002/07/25، مجلة قضائية، العدد الأول، لسنة 2002، ص 279.

²-ملف رقم 109568، قرار صادر بتاريخ 94/05/24 عن الغرفة الجنائية، مجلة قضائية، العدد الأول، لسنة 1997، ص 123.

³-ملف رقم 183066، قرار صادر بتاريخ 99/07/14، غير منشور أورده الأستاذ مختار رحمان في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه والقضاء، مجلة قضائية، العدد الأول لسنة 2001، ص 101.

⁴-ملف رقم 24500، قرار صادر بتاريخ 81/12/10، مجلة الاجتهاد القضائي، ص 87.

الخاتمة :

تناول المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات مسألة تقدير التعويض كجزء لقيام المسؤولية المدنية من خلال ربطها بثلاث مصادر للتقدير حسب المادة 182 من التقنين المدني وهي القانون، الاتفاق، القاضي. ولقد تناولنا في هذا البحث المصادر الثالث لتقدير التعويض، وهو القاضي، وفي حالة عدم وجود نص أو اتفاق بتقدير التعويض أطلقت يد القاضي في تقديره وسلطته في هذا الصدد واسعة ولا رقابة للمحكمة العليا عليه من حيث تحديد قيمة التعويض، إلا أن هذه السلطة تحكمها ضوابط إذ أنه يجب على القاضي أن يحدد الأضرار التي يقوم بالتعويض عليها من حيث نوعها وشروطها.

أما شروط الضرر فهي أن يكون شخصيا، مباشرا، محققا وماسا بمصلحة مشروعة أو حق ثابت، وعلى القاضي التثبت من توفر جميع هاته الشروط وذلك تحت رقابة المحكمة العليا.

كما على القاضي أن يبين كيفية توصله لتقدير التعويض ويظهر العناصر التي استعملها في ذلك والتي حددها القانون متوخيا في كل هذا الوصول إلى تناسب بين الضرر والتعويض، وذلك لتمكين المحكمة العليا من ممارسة رقابتها، باعتبار أن تطبيق عناصر التقدير على الواقع هو من قبيل التكيف القانوني الذي يفسح المجال لتدخل المحكمة العليا بالرقابة.

قائمة المراجع :

أولا : النصوص القانونية :

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 21، السنة 54.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم لاسيما بالقانون 05-10.

ثانيا : المؤلفات :

1. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقديرية والعقدية، توزيع دار الكتاب الحديث الطبعة الثانية، 1979.
2. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات الجزء الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، دار الكتاب الحديث، مصر، الطبعة الخامسة، 1988.
3. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
4. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1984.
5. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر لسنة 1984.
6. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة المقارنة، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1985.
7. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، توزيع دار الفكر العربي، مصر.

ثالثا : المجلات القضائية الجزائرية :

1. المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1990.
2. المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2001
3. المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1997.
4. المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2002.
5. المجلة القضائية، العدد الخاص، لسنة 2003.
6. مجلة الاجتهاد القضائي، لسنة 85 الصادرة عن وزارة العدل.
7. النشرة القضائية، الصادرة عن وزارة العدل، العدد، 50.

الوسائل البديلة لتسوية النزاعات مدخل أساسي لإصلاح القضاء: التحكيم والوساطة



د. الحاجي حميد : باحث في العلوم القانونية والسياسية

e-mail : elhajiamid@hotmail.com

مقدمة :

من أهم الانتقادات الموجهة للقضاء أنه يشكل أكثر مؤسسات الدولة جمودا وصلابة، مما يجعله غير قادر في مسايرة الواقع والتجارب مع متطلبات العصر ومستجداته. هذا، وقد امتدت هذه الانتقادات لتشمل أيضا النظم القانونية العريقة التي لم تترد هي الأخرى في انتقاد القضاء خاصة فيما يخص ظاهرة التثاقل وتراكم الملفات المعروضة على القضاء، إضافة إلى تعقيدات الإجراءات وصعوبة المساطر المتبعة في الطعون وغير ذلك من الإشكالات التي تمس مصالح المتقاضين، وتنعكس سلبا على طبيعة علاقات الأفراد ومعاملاتهم¹.

لهذه الأسباب وغيرها، يلاحظ خلال العقود الثلاثة الأخيرة أن هناك تزايدا في عدد المطالبين بضرورة إصلاح النظام القضائي الحالي قصد إيجاد حلول مناسبة لإشكالاته المتعددة، وجعله قادرا على مواجهة المتغيرات المحلية والإقليمية والدولية، خاصة ما يتعلق بالجانب التجاري والاقتصادي والمالي، وذلك حتى يتمكن من مسايرة إكراهات العولمة وإيجاد أجوبة مناسبة لانعكاسات تطبيق سياسات الانفتاح الاقتصادي وتحرير التجارة العالمية².

هذا، وتجب الإشارة أن مجموعة من الدول قد اختارت اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات كمدخل أساسي لإصلاح منظومة القضاء ومعالجة المشاكل التي تتخبط فيها. لذلك نسجل في السنين الأخير اهتماما كبيرا بهذه الوسائل، ويظهر ذلك من خلال جهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي ومنظمة التجارة العالمية، إضافة إلى تضاعف الاهتمام بهذه الوسائل من طرف رجال الفقه والقضاء، وتزايد عدد المراكز المختصة بتسوية المنازعات التجارية ونجاحها في حل مجموعة من المنازعات على الصعيدين الإقليمي والدولي³.

وبشكل عام، فالوسائل البديلة لتسوية المنازعات هي مجموع الآليات التي يلجأ إليها الخصوم كبديل عن القضاء العادي، الوطني منه والدولي، في حالة وقوع نزاع بينهم وذلك بهدف إيجاد حل للمشكل موضوع الخلاف. وهذه

1 - د- حسين عبد العزيز عبد الله النجار، البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية «التحكيم والوساطة والتوفيق»، -دراسة مقارنة-، 2014، ص: 7.
2 - نفس الصفحة.
3 - نفس الصفحة.

الوسائل تشكل طرقا استثنائية لتسوية الخصومات، إذ تخرج عن إطار القضاء العادي أو الرسمي، وذلك لكون القضاء يعد الوسيلة الأصلية التي يلجأ إليها لحل الخلافات التي تقع بين الأفراد داخل مجتمع معين¹.

وتجدر الإشارة أن من جملة الخصائص التي ساهمت في تطور الوسائل البديلة نجد الفصل السريع في قضايا المنازعات في فترة زمنية معقولة وفي منأى عن الضغط الزمني الذي ينتج عن كثرة الملفات المعروضة على القضاء العادي. كما تتميز هذه الوسائل بالسهولة والبساطة ومحدودية التكاليف، ويتجلى ذلك خاصة في تحررها من القواعد القانونية موضوعية كانت أم إجرائية، فهي تمكن أطراف النزاع من الاتفاق على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع الخلاف مع الأخذ بعين الاعتبار شروط العقد والأعراف التجارية والتقاليد المرعية. زيادة على هذا، فاعتماد هذه الوسائل لا يتطلب إجراءات معقدة ولا يكلف رسوما باهضة الثمن.

وجدير بالذكر أيضا، أن من مميزات هذه الوسائل أيضا نجاعتها في الحفاظ على أسرار الخصوم خاصة تلك التي لهم مصلحة في عدم إفشائها. لذلك يقع على كاهل القائمين على هذه الوسائل مسؤولية كتمان السر المهني تحت طائلة التعرض للعقوبة الجنائية. كذلك فهي تضمن استمرارية العلاقات بين أطراف النزاع، وهذا الأمر راجع في الأساس إلى حرص كلا الطرفين المتنازعين على التوصل إلى حلول ودية خاصة في النزاعات الناشئة عن المعاملات التجارية، حيث تعطى الأولوية للمصالح المشتركة للطرفين المتنازعين وليس للقواعد القانونية.

وعليه وبالنظر للأهمية القصوى التي أصبحت تحتلها الوسائل البديلة في التصدي للمنازعات بمختلف أشكالها، يكون جديرا بنا في هذا البحث أن نقف عن قرب بالشرح والتحليل عند أهم هذه الوسائل وأكثرها شيوعا بين الأفراد. ونحاول في نفس الوقت معرفة مدى قدرة هذه الوسائل على أن تساهم في إصلاح منظومة القضاء.

للإجابة على هذه الإشكالية يقتضي الأمر التركيز على التحكيم باعتباره من الأمور التي أصبحت اليوم مألوفة في حل المنازعات. هذا، وتتجلى أهمية التحكيم في سرعة البث في النزاع، وفي سرية جلساته، وفي عدم نشر أحكامه وفي تخفيف العبء على المحاكم، إضافة إلى كونه يعد من الوسائل الناجعة لجلب الاستثمار الذي أصبح اليوم أكثر من أي وقت مضى الرهان الأكبر للعديد من الدول للدفع بعجلة النمو الاقتصادي (المبحث الأول). بعد ذلك سيتم التطرق للوساطة التي تعتبر مرحلة متقدمة من التفاوض وتتم بمشاركة طرف ثالث، مهمته هي العمل على تسهيل الحوار بين الأطراف المتنازعة ومدها بالمساعدة قصد التوصل لتسوية المشكل موضوع الخلاف (المبحث الثاني).

المبحث الأول : التحكيم L'arbitrage :

يعتبر التحكيم من أقدم المؤسسات التي يلجأ إليها لحل المنازعات وتسويتها، حيث صاحب الإنسان منذ عهود قديمة، وعرف هذا الأسلوب تطورات مهمة بتطور التجارة الدولية، حتى أصبح أمرا مألوفا في العقود التجارية الدولية، ذلك أن الغالبية الكبرى من هذه العقود تتضمن اتفاق التحكيم الذي يشكل الحل الأمثل لفض المنازعات عند معظم الشركات أو المؤسسات التجارية. فالتحكيم يعتبر ضمانا حقيقية للمستثمرين الأجانب وكذا للشركات الأجنبية الراغبة في الاستثمار على الصعيد الدولي، والسبب يرجع بالأساس إلى كون هاته الشركات لا ترغب في الخضوع للقوانين المحلية عند نشوء أي نزاع له علاقة بالاستثمار.

¹ - د- حسين عبد العزيز عبد الله النجار، مرجع سابق، ص: 8-9.

وجدير بالذكر أن التحكيم أصبح اليوم يحتل مكانة الصدارة بين مجموع الوسائل البديلة مما يجعل منه منافسا كبيرا للقضاء. هذا وما يزيد من أهمية التحكيم هو غياب أو عدم وجود جهة قضائية واحدة للنظر في القضايا المترتبة عن المعاملات التجارية الدولية، إضافة إلى غياب قواعد قانونية موحدة تخضع لها تلك المعاملات، حيث إن الأطراف المتعاملة في التجارة الدولية تتردد في طرح نزاعاتها أمام المحاكم الوطنية وذلك تفاديا للخضوع للقوانين الداخلية، التي تكون في الغالب مجهولة للمستثمر الأجنبي ولا تتماشى مع الأعراف التي تتطلبها التجارة الدولية.

ولهذا أصبح المستثمرون يبحثون على الجو الملائم للاستثمار أمواهم من قبيل البحث عن الدول التي توفر العدالة والسرعة في حل النزاعات وتخضع الأطراف لقوانين مرنة وسريعة، ولا غرابة أن يكون التحكيم على رأس الوسائل البديلة التي تستجيب لهذه الشروط والتي بمقدورها تجاوز تعقيدات القضاء العام وطول إجراءاته.

وحتى يتمكن المغرب من مواكبة التطورات الاقتصادية ومستجدات العولمة والانفتاح الاقتصادي وتحفيز المستثمرين على استثمار أمواهم بالمغرب، قام المشرع المغربي بسن قوانين جديدة تتجاوب مع المتطلبات الجديدة لتطوير الاقتصاد الوطني، حيث أصدر القانون رقم 08.05 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 06 ديسمبر 2007، والخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

لمعالجة موضوع التحكيم لا بد من التطرق أولا لمفهوم التحكيم وطبيعته القانونية (المطلب الأول). بعد ذلك سنقوم بدراسة أهمية التحكيم وأهم أنواعه في الوقت الحاضر مركزين البحث على مفهوم التحكيم الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية :

1- مفهوم التحكيم :

يعرف الفقه التحكيم بأنه وسيلة لحل النزاعات وتسويتها من قبل المحكم أو المحكمين، ولغة معناه التفويض في الحكم، يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما أي فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك¹. وفي الاصطلاح القانوني هو اختيار الأطراف لقاضيهم عن طريق إعمال شرط التحكيم² أو مشاركة التحكيم³. وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة ينص الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية كما تم تعديله وفق مقتضيات القانون رقم 08.05 الصادر بالظهير الشريف المؤرخ في 30 نوفمبر 2007 المعدل لقانون المسطرة المدنية:

"يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم". أما الفصل 307 من نفس القانون فقد عرف اتفاق التحكيم بأنه "... التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية".

إضافة إلى ما سبق، نشير إلى أن موضوع التحكيم قد حظي باهتمام متزايد وكبير من طرف فقهاء القانون ووضعت له مجموعة من التعاريف، هذا وقد عرفه جانب من الفقه أنه اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى جهة قضائية اختيارية لحل نزاعاتهم الطارئة أو المتوقعة بواسطة شخص أو عدة أشخاص معينين من قبلهم أو يتم تعيينهم من طرف هيئة متخصصة⁽⁴⁾. ويعرفه فقهاء آخرون بأنه "لجوء المتنازعين إلى أحد الخواص يطلبون منه فض النزاع

¹ - محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الجزء 12، 1990، ص: 42.

² - La clause compromissoire.

³ - Le compromis.

⁴ - عبد اللطيف الناصري، التحكيم وعلاقته بالقضاء، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 109، ص: 221.

القائم بينهم" ⁽¹⁾، إنه " نظام تعاقدى يلجأ إليه فريقان لأجل حل الخلاف الناشئ بينهما بواسطة شخص أو أكثر من غير القضاة" ⁽²⁾. إضافة لما ذكر، عرفه جانب آخر من الفقه بأنه الاتفاق على عرض النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه، وقد يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته ويسمى الاتفاق في هذه الحالة مشاركة التحكيم أو عقد التحكيم **Le compromis** وقد يتفق أطراف النزاع مقدما، وقبل قيام النزاع على عرض النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل على التحكيم، ويسمى الاتفاق في هذه الحالة شرط التحكيم **La clause compromissoire**.

ومن خلال هذه التعريفات يتبين أن التحكيم له صبغة اتفاقية وتعاقدية من جهة ووظيفة قضائية من جهة أخرى، هذا الأمر يترتب عليه أن التحكيم يتميز بالتراضي في مرحلة الانعقاد ثم بالإلزام في مرحلة التنفيذ. هذه الأمور يقودنا إلى دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم.

2- الطبيعة القانونية للتحكيم :

بخصوص الطبيعة القانونية للتحكيم، نجد أن هناك ثلاث نظريات متباينة، فالأولى تعتبر أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، والثانية تنص على أن له طبيعة قضائية، والثالثة تقول أنه ذو طبيعة مختلطة.

- الطبيعة التعاقدية للتحكيم :

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم الدولي له طبيعة تعاقدية ³ لأنه قائم على أساس رغبة أطراف النزاع في حل ودي لموضوع الخلاف بمنأى عن القضاء الرسمي، وذلك عن طريق إحلال شخص ثالث هو المحكم والذي يمكن أن يكون وطنيا أو أجنبيا، على غرار القضاء حيث لا يمكن أن يمارسه إلا قاضي وطني. وعليه، فالتحكيم يبنى بالأساس على إرادة الأطراف في التصالح، كما أن الاتفاق على اللجوء للتحكيم هو في أساسه اتفاق ضمني على التنازل عن الدعوى بمحض إرادتهم. وعليه، فإن هذه السلطة ليست ذات طابع قضائي، بل هي علاقة تعاقدية أساسها إرادة الأطراف والمعبر عنها في الاتفاق القائم بينهم. ويضيف أصحاب هذه النظرية أن اتفاق التحكيم وحكم المحكمين يشكلان كلا واحدا لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، وهذا راجع إلى كون اتفاق التحكيم يتضمن تعيين المحكم أو المحكمين أو وسيلة اختيارهم والقانون الواجب التطبيق والإجراءات المتبعة... وحيث أن اتفاق التحكيم يشكل عقدا، فكذلك يأخذ حكم التحكيم نفس خصائص الاتفاق. ومما يدعم هذا الرأي حسب أصحاب هذا الاتجاه هو أن التحكيم يهدف في العمق إلى تجنب القضاء وحل النزاع الذي يثور بين الأطراف بطريقة ودية، إضافة إلى كون التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة الأطراف، في حين أن القضاء يرمي أساسا إلى تحقيق المصلحة العامة ⁴.

وقد أخذ المشرع المغربي بالنظرية الاتفاقية، وذلك من خلال بعض فصول قانون المسطرة المدنية المغربي خاصة الفصول 306 و 307 و 308 و 309 و 311، كما نجد أن القضاء المغربي في بعض اجتهاداته قد تبنى هذا

¹ - Grandjean (PH), l'évolution du référé commerciale », Revue jurisp. Com., 1993, p. 177.

² - أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، 1988، ص: 325.

³ - KLEIM (F.E), autonomie de la volonté et arbitrage, Revue Critique, 1958, p. 281.

⁴ - عبد الرحيم رضاكي، التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، نونبر 2010، ص: 11، أنظر أيضا، د- حسين عبد العزيز عبد الله النجار، مرجع سابق، ص: 55.

الرأي، حيث جاء في قرار لمحكمة استئناف الدار البيضاء ما يلي: " تبعا لذلك فإن حكم المحكمين المطابق لاتفاقية الأطراف لها طبيعة تعاقدية، ولا تصل إلى درجة القرارات القضائية"¹.

- الطبيعة القضائية للتحكيم :

يعتبر أصحاب هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة قضائية، فهم يعتبرون أنه بمجرد اتفاق أطراف النزاع على التحكيم يصبح قضاء إجباريا ويحل بصفته هاته محل القضاء العادي. كذلك يعتبرون أن المحكم وبمحكم مهمته التي هي الفصل في المنازعات فهو يعد بحد ذاته قاضيا، وأن سلطته تستمد بالأساس من إرادة المشرع وليس من اتفاق الأطراف. إضافة إلى أنهم يؤيدون رأيهم بكون الحكم الصادر عن المحكم لا ينفذ إلا بأمر تنفيذ من قبل الدولة صاحبة السيادة، وهو الرأي الذي تسطره قواعد القانون الوضعي في مجموعة من الدول حيث تؤكد على أن الأحكام الصادرة عن الهيئة التحكيمية طبقا لقواعد القانون تكتسي حجية الأمر المقضي به، وتنفذ تنفيذا جبريا كالحكم القضائي الذي يصدر عن القضاء².

وبناء على هذه الآراء، اعتبر أنصار هذه النظرية أن حكم المحكم يعتبر بحد ذاته نوعا من أنواع القضاء، وأن كل ما يصدر عن المحكم يعد من قبيل الأعمال القضائية. وجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية قد صرحت في إحدى قراراتها بأن أطراف النزاع بالتجائهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم بمنح الغير سلطة قضائية.

كما نجد أن مجموعة من بنود القانون 08.05 لسنة 2007، خاصة الفصول 321 و 327/29 و 327/32، قد أخذت بالنظرية القضائية خاصة عند وضع الصيغة التنفيذية، وكذا عند تعذر اتفاق الهيئة التحكيمية على حكم موحد وكذلك في اختيار هذه الهيئة.

وقد حظيت هذه النظرية بتأييد المحكمة العليا الفرنسية، حيث أشارت إلى أن التحكيم يعتبر قضاء استثماريا، يملك فيه المحكم سلطة ذاتية ومستقلة للفصل في النزاعات التي يطرحها عليه الخصوم³.

- الطبيعة المختلطة للتحكيم :

يرى أنصار هذه النظرية أن للتحكيم طبيعة مختلطة أو مركبة عقدية وقضائية، وذلك لأنه يبدأ تعاقديا باتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم، ثم يكتسي بعد ذلك طابعا قضائيا بصدور مقرر التحكيم الذي لا يختلف في شيء عن الحكم القضائي، لأنه يجوز حجية الأمر المقضي به.

المطلب الثاني : أهمية التحكيم وأهم أنواعه في الوقت الحاضر :

1- أهمية التحكيم ومزاياه :

أصبح التحكيم يحتل اليوم مكانة بارزة لفض المنازعات خاصة المرتبطة بالمعاملات التجارية عموما، وبالعلاقات التجارية الدولية خصوصا. ويعود الفضل في احتلال هذه المكانة المتميزة للتحكيم لما له من مزايا لا نظير لها في القضاء العادي. لكن هذا الواقع لا يعني بناتا الانتقاص من مكانة القضاء الذي يعتبر صمام الأمان لسيادة العدالة والحقوق، فالتحكيم والقضاء لا يشكلان تناقضا، بل بالعكس يوجدان في علاقة تكاملية، فكلاهما يكمل الآخر.

¹ - قرار محكمة استئناف الدار البيضاء الغرفة التجارية 13-4-1976 رقم 565 ملف مدني عدد 4779 (غير منشور)، أورده محمد أخياط، التحكيم البحري، مجلة القصر، العدد 1، يناير 2002، ص: 39.

² - عبد الرحيم رضاكي، مرجع سابق، ص: 13، أنظر أيضا، د- حسين عبد العزيز عبد الله النجار، مرجع سابق، ص: 55.

³ - أورده محمد أخياط، التحكيم البحري، مجلة القصر، العدد 1، يناير 2002، ص: 12.

يضاف إلى ذلك أن التحكيم دعت إليه ضروريات الحياة الاقتصادية وتنمية الاستثمارات خاصة الانفتاح على الاستثمارات الأجنبية. والمكانة المتميزة التي أصبح يحتلها التحكيم يعود الفضل فيها إلى مجموعة من المزايا نجملها كما يلي :

- **التحكيم والحفاظ على أسرار الأطراف** : يتميز التحكيم بكونه يحافظ على أسرار الأطراف المتنازعة، وهذه الخاصية، أي سرية الإجراءات تحفز الشركات والمستثمرين في المعاملات التجارية الدولية، فإذا كان القضاء العادي يعتمد مبدأ العلانية، فإن المتعاملين في الميدان التجاري يفضلون الحفاظ على أسرار المهنة ويحرصون على عدم إفشائها. وتجدر الإشارة أن هذه الخاصية أصبحت يوم تتراجع نسبيا حيث أصبح جانب من الفقه يتحدث عن بداية تراجع سرية التحكيم¹. هذا، ونشير أيضا، أن هناك جدلا فقها حول مبدأ السرية في التحكيم التجاري، حيث أن جانبا من الفقه يفترض السرية حتى في غياب التنصيص عليها وذلك استنادا للطابع الخصوصي والتعاقدي للتحكيم². وعلى نقيض هذا الرأي، هناك تيار فقهي آخر لا يعترف بوجود السرية خارج التنصيص عليها في اتفاقية التحكيم أو في نظام مركز التحكيم، وذلك بسبب انعدام سند لمبدأ السرية في القوانين الوطنية وفي المعاهدات الدولية³. وهكذا يتبين أنه وعلى الرغم من تباين الآراء بخصوص مبدأ السرية، فإن الاتجاه الفقهي السائد لا يكرس هذا المبدأ ضمنا وبداهة خارج التنصيص عليه صراحة. وعليه يتم الاعتراف بنظام مركز التحكيم إذا قام بمعالجة هذا الأمر، وإلا يستحسن أن تعالج هيئة التحكيم هذه المشكلة مع أطراف النزاع، بطريقة استباقية، لتوقيع اتفاق يقضي بالحفاظ على السرية.

- **حرية اختيار المحكم من قبل الأطراف المتنازعة** : سواء قبل النزاع بواسطة شرط التحكيم وهذا ما نص عليه الفصل 317 من القانون 08.05 أنه " أن ينص في شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين وإما عن طريقة تعيينهم". أو بعد نشوء النزاع بواسطة ما يسمى مشاركة التحكيم وهذا ما نص عليه الفصل 315 من القانون 08.05.

- **بساطة القواعد الإجرائية** : يتميز التحكيم ببساطة قواعده الإجرائية وعدم تعقيدها، كما أن التحكيم يتميز بالسرعة الإجرائية مما يجعل منه أداة مفضلة عند المتعاملين في التجارة الدولية.

- **الانخفاض تكلفة التحكيم** : يتميز التحكيم أيضا بانخفاض تكلفته مقارنة بالقضاء العادي، الذي يحتاج عادة إلى مصاريف كبيرة.

2- مفهوم التحكيم الدولي :

حسب نص الفصل 40-327 من قانون المسطرة المدنية المغربية كما تم تعديله خاصة وفق مقتضيات القانون رقم 08.05 : « يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج. يعتبر التحكيم دوليا إذا :

1- كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الإتفاق مؤسسات بدول مختلفة؛

¹ - Arnaud de Gasté et Louis Deplanu, «Confidentialité et arbitrage international: un principe remis en question», in <http://www.village-justice.com/articles/Confidentialite-arbitrage,862.html> (Consulté le 21 avril 2014).

² - عبد الحق الجناتي الإدريسي، التحكيم التجاري بين ميزة السرية ومطلب الشفافية، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، العدد: 9 ، 2009، ص: 13.

³ Christophe Müller, «La confidentialité en arbitrage commercial international : un trompe-l'œil», ASA Bulletin, Vol. 2, juin 2005, pp. 216-240, cité par 13 نفس المرجع، ص: 13.

2- أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعا خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف :

أ) مكان التحكيم عندما يكون منصوصا عليه في اتفاق التحكيم أو معينا بمقتضى هذا الإتفاق؛

ب) كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة وثيقة؛

3- أو كان الأطراف متفقين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد.

لأجل تطبيق مقتضيات الفقرة 2 من هذا الفصل، يطبق ما يلي :

أ) إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مؤسسة، فإن المؤسسة الواجب اعتمادها هي المؤسسة التي تربطها صلة وثيقة باتفاق التحكيم أكثر من غيرها؛

ب) إذا لم تكن لأحد الأطراف أية مؤسسة قام مقامها محل سكنه الاعتيادية.

وهذا التوجه اقتبسه المشرع المغربي من الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون النموذجي الذي وضعتة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 ومن الفصل 1492 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية. ومن قراءة الفصل 40-327 من قانون المسطرة المدنية المغربية يلاحظ أن المشرع المغربي بتتبعه في النقطة الثالثة على أن التحكيم الدولي يوجد " عند اتفاق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد" ، يكون بذلك قد أعطى لاتفاق الأطراف دورا كبيرا في تحديد ما إذا كان هناك تحكيم دولي من عدمه عوض أن تسند عملية التكييف للقضاء¹.

وقد اختار المشرع الجزائري نفس اتجاه القانون المغربي حيث ينص الفصل 430 مكرر "يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو محل إقامة في الخارج"². وجدير بالذكر أن المشرع المغربي بأخذ بالطابع الاقتصادي بالإضافة للحالات التي الواردة بالفصل 40-327 من قانون المسطرة المدنية المغربية، يكون قد حسم النقاش في المقصود بمصالح التجارة الدولية، أهي المصالح التجارية التي تتعدى الحدود الجغرافية لأكثر من دولة أم الدولة الواحدة حيث لا يهم مثلا حسب الفصل 1492 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية أن تكون مصالح التجارة الدولية تجمع مواطنا فرنسيا وموطنا آخر في دولة أخرى بل يكفي أن تكون العملية التجارية تهتم مصالح التجارة الدولية ولو تعلق الأمر بمواطنين فرنسيين ويعيشان في فرنسا. في حين اعتبر المشرع المغربي دوليا ليس فقط التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية بل الذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج³.

هذا، وقد ساهم القضاء الفرنسي وبشكل كبير في بلورة مفهوم مصالح التجارة الدولية حيث اعترفت محكمة كولار الفرنسية بالطابع الدولي للتحكيم وذلك بمناسبة تصدير الشعير من فرنسا إلى إيطاليا بين شركة فرنسية وأخرى إيطالية وذلك راجع لتعلق هذه العملية بمصالح التجارة الدولية⁴.

1 - عبد الرحيم رضاكي، التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، نونبر 2010، ص: 20.

2 - نفس الصفحة.

3 - عبد الرحيم رضاكي، التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، نونبر 2010، ص: 21.

4 - نفسه الصفحة.

هذا، وتطبيقا لمقتضيات الفصل 1492 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية، صرح القضاء الفرنسي أنه يكفي أن تحقق العملية الاقتصادية انتقالا للأموال والخدمات عبر الحدود، ليكون هناك تحكيم دولي، وبالمقابل ليست لجنسية الأطراف والقانون المطبق على العقد أو التحكيم ومكان التحكيم أي دور في هذا التحديد. ويعتبر نفس القضاء أن النزاع القائم بين شركتين فرنسيتين خاضعتين للقانون الفرنسي وموجودتين بفرنسا لا يجب عن التحكيم طابعه الدولي¹.

وعليه فالمقصود بالتحكيم التجاري الدولي كل نزاع ينشأ عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، سواء كانت هذه العلاقة عقدية أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال وليس الحصر توريد السلع، الخدمات، الوكالات التجارية، عقود البناء، التأمين والنقل، عمليات البنوك...².

المبحث الثاني: الوساطة La Médiation :

الوساطة وسيلة قديمة لفض المنازعات وتقريب وجهات النظر بين الأطراف في القضايا المتنازع بشأنها. وقد وجدت هذه الوسيلة في أغلب الحضارات الإنسانية، وتم التعامل بها، وأصبحت بعد ذلك إحدى الآليات البديلة عن القضاء في البحث عن حلول للمنازعات³.

وتشكل هذه الوسيلة أسلوبا ناجعا للبحث في العديد من المنازعات خاصة تلك المترتبة عن علاقة الزبناء مع المصارف والأبنك والبورصة والتأمين والملكية الفكرية وعقود الشغل... إضافة إلى دورها الحاسم في حل النزاعات الأسرية والمسؤولية التقصيرية⁴.

وجدير بالذكر أن الأدوار الإيجابية التي تلعبها الوساطة في حل مجموعة من المنازعات قد ضاعف اللجوء إليها إلى درجة أن أطراف النزاع لا تلجأ في الغالب إلى التحكيم إلا بعد استنفاد هذه الوسيلة. فلا غرابة إذن أن نجد أن بعض النظم القضائية تحت أطراف النزاع وبصفة صريحة على اللجوء إلى هذه الوسيلة قبل البث في موضوع النزاع. بل نجد أن هناك من النظم القضائية من ترفض قبول الدعوى في مسألة اتفق فيها أطراف النزاع على اللجوء إلى الوساطة، وذلك إلى حين استنفاد الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة⁵، وفي هذا الصدد مثلا ينص الفصل 64-327 من قانون المسطرة المدنية المغربية على ما يلي :

"يجب على المحكمة المحال إليها نزاع في مسألة أبرم الأطراف في شأنها اتفاق وساطة وفقا لمقتضيات هذا الفرع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة".

لمعالجة موضوع الوساطة، نتطرق أولا لخصائص الوساطة وأنواعها وطبيعتها (المطلب الأول). ثم نتطرق ثانيا للإجراءات العملية الكفيلة بتفعيل الوساطة في الواقع المغربي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصائص الوساطة وأنواعها وطبيعتها :

تعتبر الوساطة كآلية لحل المنازعات، أسلوبا ذا طابع إنساني أكثر منه قضائي أو قانوني، ذلك أن الهدف منها ليس تحديد الطرف الخاسر أو الرابح من بين أطراف الخلاف، بل هدفها هو الوصول إلى أفضل النتائج بطريقة ودية

1 - نفس الصفحة.

2 - د- حسين عبد العزيز عبد الله النجار، مرجع سابق، ص: 70.

3 - نفس المرجع، ص: 189.

4 - نفس المرجع، ص: 189.

5 - نفس المرجع، ص: 190.

تضمن استمرار العلاقات بين أطراف النزاع. بالإضافة إلى أن بعض النظم القضائية باتت تحت أطراف النزاع على اللجوء إليها وكذلك بالنسبة لبعض مراكز التحكيم التي تلجأ إلى الوساطة قبل البدء في تطبيق إجراءات التحكيم. الوساطة التي تهمنا في هذا البحث هي تلك التي تتم خارج القضاء، أي تلك التي تبرز حين لجوء أطراف النزاع لطرف ثالث بعد التراضي والاتفاق بينهما على لعب دور الوساطة بينهما. وفي هذه الحالة تأخذ الوساطة صورة الوساطة الاتفاقية. هذا إن كانت الوساطة تتم خارج القضاء، إلا أن تأثير هذا الأخير عليها قد يبرز حين يكون موضوعها محل طعن، كأن يكون موضوع النزاع غير قابل للصالح أو يكون متعارضاً مع قواعد ومبادئ النظام العام مثلاً¹.

1- ماهية الوساطة :

رغم الإقبال الكبير على الوساطة كأسلوب لحل المنازعات، إلا أنه يلاحظ غياب تعريف دقيق ومحدد لها. ولعل هذا الفراغ كانت هناك محاولات كثيرة لرجال الفقه والقانون لوضع تعريف لها أو تحديد مفهومها بشكل عام. وفي هذا الإطار يمكن جمع التعاريف التي أعطيت لها من طرف الفقه بالقول: بأن الوساطة هي وسيلة لحل المنازعات، بمقتضاها يقوم شخص من الغير، محايد يسمى الوسيط بتسهيل وتنسيق المفاوضات التي يعقدها أطراف النزاع من أجل التوصل إلى اتفاق بينهم².

والوساطة عملية تطوعية بطبيعتها ولا يملك الوسيط سلطة اتخاذ قرار بات في جوهر النزاع، بل إن دوره ينحصر في تقريب وجهات نظر أطراف النزاع وحثهم على قبول اقتراحاته وتوصياته، والعمل على استخراج الحلول البديلة وطرها على أطراف النزاع دون فرضها عليهم، فدوره إذن يشبه المحلل النفسي الذي يشخص مكامن الخلل ليقوم بعد ذلك باقتراح الحلول المناسبة وذلك بتلخيصه وجهات النظر قصد تقريب الأطراف من الحل الذي يحضى بقبولهم³.

ففي إطار الوساطة إذن نجد أن أطراف النزاع هم الذين يتوصلون إلى التسوية، أي هم الذين يصنعون النتيجة، أما دور الوسيط فلا يتجاوز تيسير التواصل والتفاوض بين أطراف النزاع واستخدام مجموعة من المهارات التقنية والفنية التي تعزز قدرة الأطراف على التفاوض قصد الوصول إلى النتائج المرضية لجميع المتنازعين⁴.

وتبعاً لذلك، تعتبر الوساطة وسيلة من الوسائل البديلة لحل المنازعات حيث أنها تتميز بتدخل شخص ثالث ينحصر دوره في التقريب بين وجهات النظر المختلفة، وذلك بخلق أجواء ملائمة تضمن استمرارية الحوار بين الأطراف من أجل مساعدتهم على الوصول إلى ابتكار الحل الذي يحضى بقبولهم دون أن يقرر الحل بدلاً عنهم، وذلك بغرض تفادي وصول النزاع إلى القضاء. وهذا ما نص عليه الفصل 68-327 من قانون المسطرة المدنية المغربية "يجوز للوسيط أن يستمع إلى الأطراف وأن يقارن بين وجهات نظرهم لأجل تمكينهم من إيجاد حل للنزاع القائم بينهم".

وبذلك، فالقرار الصادر عن الوسيط لا يجوز حجية الأمر المقضي، وبالتالي فهو قرار غير ملزم للأطراف. أما الحكم فيوجد في مركز أقوى من الوسيط من حيث السلطة التي يتمتع بها، فهو في الحقيقة قاض من نوع خاص،

1 - د. حسين عبد العزيز عبد الله النجار، مرجع سابق، ص: 192.
2 - د. رأفت الدسوقي، التحكيم في قانون العمل، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر، المحلة الكبرى، جمهورية مصر العربية، 2008، ص: 22-23. أنظر أيضاً توفيق عزوزي، الوساطة في نزاعات الشغل، المجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد 3، 2009، الرباط، ص 11.
3 - دة. أسماء أمولود، اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض المنازعات مدخل أساسي للنجاعة القضائية، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد: 6 دجنبر 2012، ص: 28.
4 - عبد الرحيم زسماكي، مرجع سابق، ص: 16.

ويترتب على ذلك أن القرار الصادر عن المحكم يكون ذا طابع إلزامي لأطراف النزاع ولا يمكن الرجوع عنه إلا في حالة صدور قرار قضائي يقضي بإيقاف تنفيذه أو إلغائه.

وعليه، فالوساطة شأنها شأن التحكيم تعد وسيلة تطوعية واختيارية مصدرها إرادة أطراف النزاع وبدون تدخل أي جهة كانت، إلا أننا نلاحظ في بعض الحالات تدخل القضاء، خصوصا عندما يطلب القاضي من أطراف النزاع اللجوء للوساطة أو تعيينه للوسيط في محاولة لإيجاد حل لموضوع النزاع¹.

2- خصائص الوساطة :

بخصوص خصائص الوساطة، يتبين من خلال تعريفات الفقهية أنها ليست مجرد أداة لحل النزاعات، بل هي في حقيقتها تشكل أسلوبا حضاريا ومدنيا لتكريس وتوطيد دعائم السلم الاجتماعي وبناء مجتمع التعايش والتسامح. ذلك أن الوساطة لا تهدف للاقتصاص أو الانتقام من أحد طرفي النزاع، بل تهدف بالأساس إلى إيجاد توافق من شأنه أن ينزع أي شعور بالغبين أو الظلم². وإجمالا، يمكن تلخيص خصائص الوساطة كما يلي:

- الوساطة وسيلة غير قضائية، إذ في الغالب ما تكون الوساطة مستقلة عن القضاء، حيث أن الحلول التي ينتجها الوسيط تتم بعيدا عن سلطة القاضي. لكن هذه الخاصية لا تمنع وجود بعض الروابط مع القضاء خصوصا عندما يتعلق الأمر بالوساطة القضائية أو في الحالات التي يتم فيها تعيين الوسيط من طرف القاضي.

- الوساطة وسيلة ودية تتم برضى أطراف النزاع واتفاقهم، سواء تحصل الاتفاق بالكتابة أو بطريقة شفوية. فمصدر الوساطة إذن هو الإرادة الذاتية للأطراف، فهي وسيلة طوعية ولا تلزم الأطراف بتبني نتائجها، وهذه الخاصية هي التي تميزها بالأساس عن التحكيم، لأن قرار التحكيم يكون ملزما لأطراف النزاع. ويترتب على هذا، أن قرار الوسيط لا يستند على حجية، بمعنى أنه قرار غير ملزم، ولا يمكن الاستناد إليه حين اللجوء إلى القضاء في حالة فشل عملية الوساطة.

- الوساطة وسيلة تعتمد على السرية، حيث تفرض أطراف النزاع على الوسيط الحفاظ على الأسرار التي راجت في جميع مراحل الوساطة. وبالرجوع إلى الفصل 66-327 من قانون المسطرة المدنية المغربية نجد أنه " يلزم الوسيط بوجوب كتمان السر المهني"، بل إن القانون الجنائي المغربي في الفصل 442 إلى الفصل 448 يجرم الأشخاص الذين يعتبرون من الأمناء على الأسرار حين إفشاء الأسرار المطالبون بكتمانها³.

- تتميز الوساطة بطابع المرونة وتفتح المجال لأطراف النزاع للمساهمة في اتخاذ القرار المناسب، إضافة إلى أن القرار الذي يتم بهذا الأسلوب المرن يسمح لا محالة باستمرار العلاقات الودية بين الخصوم، ذلك أن فلسفة القرار في الوساطة لا تسعى للبحث عن صاحب الحق بل لتحقيق الصلح والحفاظ على العلاقات الودية بين الأطراف. للإشارة أيضا، فالوساطة تختلف عن المصالحة التي تتم بناء على أمر قضائي أو عن طريق الهيئات ذات الطابع المهني، ذلك أن مثل هذه المصالحة تتطلب عادة وقتا طويلا وصبرا واستعدادا على مواصلة الحوار.

- تتميز الوساطة بسرعة الأداء وفعاليتها من أجل بلوغ الحل الأمثل الذي يحضى بقبول طرفي النزاع، حيث يغلب على الإجراءات المتخذة البساطة والمرونة، لذلك تتميز الوساطة عن التحكيم بمحدودية التكاليف.

1 - د- حسين عبد العزيز عبد الله النجار، مرجع سابق، ص: 199.

2 - د- حسين عبد العزيز عبد الله النجار، مرجع سابق، ص: 199.

3 - أنظر الفصل 66-327 من قانون المسطرة المدنية، وأيضا الفصول 442 إلى الفصل 448 من القانون الجنائي المغربي.

- تتميز الوساطة بكونها وسيلة فعالة للمساهمة في إصلاح القضاء، إذ أنها تساهم في تخفيف عدد الملفات والقضايا المطروحة على القضاء.

إذن يمكن القول أن مجموع الخصائص التي تميز الوساطة تأهلها للعب دور فعال في إصلاح منظومة القضاء، خصوصا أننا نلاحظ اليوم اهتماما متزايدا بالوساطة من طرف رجال القانون والتشريع في ظل تنامي ثقافة الحلول البديلة لتسوية المنازعات.

المطلب الثاني : تفعيل الوساطة في الواقع المغربي :

إن مجموع الخصائص التي تميز الوساطة تجعل من هذه الوسيلة أداة فعالة لحل النزاعات والتخفيف من مشاكل القضاء وبالتالي المساهمة في إصلاح منظومة القضاء والرقى بها.

لمعالجة تفعيل الوساطة في الواقع المغربي، يقتضي الأمر أن نتطرق في نقطة أولى للعناصر التي تأهل الوساطة للعب دور مهم في الواقع المغربي (1). ثم نتطرق بعد ذلك لدور الوساطة في إصلاح القضاء (2).

1- دور الوساطة في الواقع المغربي :

يمكن للوساطة أن تلعب دورا مهما في الرقي بالنسيج الاقتصادي والاجتماعي المغربي، فهي تعتبر وسيلة فعالة للوصول إلى حلول مرضية لطرفي النزاع خاصة في مجال النزاعات التجارية، كما أن للوساطة دورا فعالا بالنسبة للنزاعات المترتبة عن الملكية المشتركة وكذا بالنسبة للنزاعات الأسرية والمنازعات المرتبطة بعقود الشغل سواء الفردية أو الجماعية¹. فالوساطة تلعب دورا محوريا عندما يتعلق الأمر بنزاعات مرتبطة بالأمثلة المسروقة. ذلك أن مثل هذه النزاعات تتميز بتشابك المصالح، مما يجعل اللجوء إلى القضاء لمعالجتها أمرا صعبا ويتطلب تكاليف باهضة، إضافة إلى طول الفترة الزمنية التي يتطلبها صدور حكم قضائي.

فالوساطة إذن تعد الوسيلة الناجعة لحل المشاكل التي ترتبط بها المصالح المشتركة للأفراد، ففي علاقات الشغل مثلا ينتظر من الوساطة عدم المساس بعقد الشغل والحفاظ على استمرارية ودوام الشغل حفاظا على نشاط المقاول وحفظا لها من الإفلاس.

تجدر الإشارة أيضا أن الوساطة تشكل أسلوبا ناجعا لحل المنازعات خصوصا في ظل العولمة والانفتاح الاقتصادي الذي انتهجه المغرب منذ فترة طويلة. حيث أن المقاولات اليوم تحتار اللجوء إلى الوساطة من أجل تكريس أجواء الشفافية والانفتاح على الأسواق العالمية وذلك بهدف الحفاظ على سمعتها وصورتها من جهة، ومن جهة أخرى قصد مساندة الإصلاحات التي كرسها التوجه الليبرالي والذي جعل منه المغرب خيارا استراتيجيا من شأنه أن يشكل رافعة أساسية للاقتصاد المغربي ويكسب المقاول المغربي مناعة تنافسية.

يضاف إلى هذا أن الاقتصاد المغربي يتكون بالأساس من المقاولات الصغرى والمتوسطة، لذا فإنه من الأنسب لهذه المقاولات اللجوء إلى الوساطة وذلك لتفادي التكاليف الكبيرة المترتبة عن اللجوء إلى القضاء العادي بل حتى اللجوء إلى التحكيم قد يكون مكلفا في بعض الأحيان لمثل هذه المقاولات خاصة حين يبدي أحد الأطراف عدم نيته في التعاون خلال مسطرة التحكيم². كذلك، هناك أسبابا أخرى نجملها كما يلي :

¹ - ذ. إسماعيل اوبلعيد، مدى إمكانية نجاح تفعيل الوساطة في الواقع المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد: 6 دجنبر 2012، ص: 58.

² - ذ. إسماعيل اوبلعيد، مقال سابق، ص: 58-59.

- تزايد دور المجتمع المدني في الانخراط في العملية التنموية التي يعرفها المغرب في السنوات الأخيرة. ذلك أن الجمعيات والتعاونيات أصبحت تلعب دورا مهما في تحريك عجلة الاقتصاد الوطني، لكن هذا الدور المتزايد لهذه الفعاليات لا يمنع حقيقة أنها ما زالت حديثة العهد بالعملية التنموية، لذلك قد تكون وهي تخوض هذا المسار عرضة لبعض الأخطاء. وعليه، فالمشاكل المترتبة على المعاملات التي تبرمها فعاليات المجتمع المدني يكون من الأنجع حلها في إطار الوساطة التي توفر أجواء ملائمة من التواصل والحوار من أجل الوصول إلى حلول ترضي جميع أطراف النزاع. يضاف إلى هذا أن فعاليات المجتمع المدني هي في حاجة مستمرة للتكوين المستمر، والوساطة تعد إطارا مناسباً من أجل تعميق التجارب والاستفادة من أجل بلوغ مستوى أفضل يسمح لهذه الفعاليات بالانخراط في مشاريع تنموية أخرى يكون لها وقع إيجابي على الاقتصاد الوطني.

- إصلاح العدالة اليوم أصبح في حاجة ماسة إلى الحكامة الجيدة، فالوساطة توفر أجواء مناسبة لسيادة منطق الحكامة داخل منظمة العدالة، حيث أن الوساطة تسمح بمشاركة المواطنين ولوجههم إلى العدالة والقانون. لذلك يتعين تشجيع التعامل بالوسائل البديلة لحل المنازعات وإحداث مراكز جهوية للتحكيم والوساطة من أجل تقريب مثل هذه الخدمات من المواطنين وتحسيسهم بأهميتها¹.

- يمكن القول إذن أن الواقع المغربي يعد مؤهلاً أكثر من أي وقت مضى لتكريس ثقافة الوسائل البديلة لحل النزاعات، خاصة أن النسيج الاقتصادي والاجتماعي المغربي في تطور مستمر وتسيطر عليه المقاولات العائلية والصغرى والمتوسطة، مما يحتم التعامل بمنطق الصلح والوساطة مراعاة للمصالح المشتركة للأفراد المكونين لهذه المقاولات وأيضاً حرصاً على استمرارية هذه المقاولات في أداء مهمتها التنموية في أحسن الأجواء وبما يعود بالنفع على جميع الشركاء. يضاف إلى هذا أن تزايد دور المجتمع المدني في الانخراط في النسيج الاقتصادي والاجتماعي يقتضي اللجوء إلى الوساطة بدلاً من القضاء العادي وذلك من أجل التقليل من عدد القضايا المعروضة على القضاء وأيضاً لإعطاء هذه الفعاليات فرصة لابتكار حلول تناسبها وتناسب تجربتها الجديدة.

2- دور الوساطة في إصلاح القضاء :

تجدر الإشارة أن الوساطة تشكل أداة فعالة للمساهمة في إصلاح القضاء المغربي، حيث أن اعتماد الوساطة بشكل كبير سيساهم في التخفيف من كثرة القضايا المعروضة والمتراكمة أمام المحاكم. وبالفعل فإن نشر ثقافة حل النزاعات عن طريق اللجوء إلى الوساطة سيساهم في تخفيف عدد القضايا المعروضة أمام القضاء مما سينعكس إيجاباً على القضاء الذي سيتمكن من النظر في القضايا المعروضة عليه بعمق وتأن، وهذا الوضع من شأنه أن يساهم في الرفع من جودة الأحكام التي تصدرها المحاكم المغربية، ويكون أيضاً صمام أمان في وجه الأخطاء التي يمكن أن يقع فيها القاضي نتيجة الضغط الذي تمارسه كثرة القضايا، مما سيعطي في النهاية أحكاماً قضائية تتخطى دائرة الشرعية إلى العدل والإنصاف².

جدير بالذكر أيضاً أن الوساطة تعتبر وسيلة فعالة لتكريس ثقافة السلم الاجتماعي، حيث أن الوساطة تعتمد أساساً على الحوار والتواصل من أجل الوصول إلى تفوضية بين أطراف النزاع، مما سيسمح لأفراد المجتمع بتقديم

¹ - ذ. إسماعيل اوبليعيد، مقال سابق، ص: 59.
² - مداخلة الدكتور إدريس الضحاك في إطار الندوة الجهوية الحادية عشر المنعقدة بالعيون بداية نونبر 2007 والتي نشرت أعمالها تحت عنوان "الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهاد المجلس الأعلى" الناشر، جمعية التكافل الاجتماعي لقضاة وموظفي المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007 ص: 8، أنظر ذ. إسماعيل اوبليعيد، مقال سابق، ص: 61.

تنازلات متبادلة تراعي مصالح الطرفين بعيدا عن منطق الخصومة والانتصار للذات بدل الانتصار للحق والعدالة. والنتيجة النهائية لمثل هذا السلوك الراقي هو تناقص عدد الملفات والقضايا المعروضة على القضاء الذي سيجد الوقت الكافي لتطوير أداءه والخروج من الإكراهات المترتبة على كثرة القضايا. يضاف إلى ما سبق أن ثقافة السلم تسمح بتواصل أفراد المجتمع بدل الانقطاع والحقد، هذا الوضع سيسمح بتفرغ أفراد المجتمع للتنمية والابتكار بدل العداوة والشنآن.

أيضا تجب الإشارة أن الوساطة تسمح باقتصاد تكاليف مادية كبيرة، عكس القضاء الذي يتطلب مصاريف كبيرة نتيجة كثرة المساطر والخبرات والإجراءات خاصة عند لجوء الأطراف إلى طرق الطعن المخولة قانونا. هذا الوضع تكون له انعكاسات سلبية على الأطراف من حيث التكاليف الباهظة وطول المدة التي يتطلبها إنجاز المساطر القضائية، يضاف إلى ما سبق أن ارتفاع عدد الوقائع الثانوية المرتبطة بالدعوى يؤدي إلى انعكاسات سلبية على القضاء حيث يستنزف إمكانيات القضاء ويشغله عن التركيز على القضايا المحورية في موضوع النزاع¹.

لهذه الأسباب وغيرها، فاعتماد الوساطة يكون في جميع الأحوال إيجابيا، حيث أن التكاليف غير مكلفة ومدة حل النزاع في الوساطة لا تتعدى عموما ثلاثة أشهر. يضاف إلى هذه الإيجابيات كون الوسيط يعفى من القيود المسطرية والقوانين الوطنية بشرط عدم المس بالنظام العام، والإعفاء من المساطر والقوانين راجع بالأساس إلى أن الوسيط يركز على عدم تفاقم المشكل موضوع النزاع ومحاولة احتوائه قدر الإمكان عن طريق تقديم تنازلات متبادلة.

لهذه الأسباب وغيرها أصبح اليوم من الضروري تجاوز جميع معيقات تفعيل الوساطة في المنظومة القانونية المغربية، ذلك أنه إذا كان مألوف اللجوء إلى الوساطة في النزاعات المترتبة عن العلاقات التجارية الدولية، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للنزاعات الداخلية حيث تغلب عقلية الخصومة والجنوح إلى القضاء العادي. لذلك أصبح لزاما تحسيس كافة أفراد المجتمع بأهمية ثقافة الصلح كأداة فعالة للحفاظ على شبكة العلاقات الاجتماعية وحمايتها من التفكك. لذلك أصبح بديها ترسيخ الوسائل البديلة واللجوء إليها باعتبارها تؤدي أدوارا إيجابية في الحفاظ على وحدة المجتمع، وأيضا باعتبارها وسيلة قانونية لإصلاح القضاء.

إن تجاوز النظرة التقليدية التي تعتبر القضاء العادي المصدر الوحيد لفض النزاعات رهين، من جهة، بإصلاحات جادة تأخذ بعين الاعتبار ضرورة نشر ثقافة السلم الاجتماعي والصلح والاستعداد لتقديم التنازلات بما فيه مصلحة جميع الأطراف وتحسيس الأطراف بالانعكاسات الإيجابية للوساطة من حيث الاقتصاد في المصاريف والربح في الوقت والجهد، ومن جهة أخرى يقتضي نجاح هذا الرهان تقوية المراكز المتخصصة في حل المنازعات عن طريق الوسائل البديلة والعمل على إمدادها بالأطر البشرية المتخصصة والكفاءات المهنية المطلوبة، وكذا بالموارد المالية التي من شأنها أن تمنحها مساحة كبيرة للتحرك.

وفي الأخير نشير أن تفعيل الوساطة في الواقع المغربي رهين بسيادة عنصر الثقة في الوسيط والوساطة كآلية ضامنة للوصول إلى عدالة تفاوضية لا يوجد فيها غالب ولا مغلوب. وفي المقابل يقتضي الأمر أن تسند مهنة الوسيط للأشخاص الذين تتوفر فيهم الكفاءة والدراية والإلمام بالواقع المغربي وخصوصياته. كما يقتضي الأمر تفعيل الجانب المؤسسي وذلك من خلال دعم وتطوير المراكز المتخصصة في الوساطة والتحكيم والعمل على مأسسة الوساطة وجعلها إجراء قبليا لرفع أي دعوى قضائية وكذا تحويل القضاء سلطة فرض اللجوء إلى هذه الآلية في الحالات التي

¹ - ذ. إسماعيل اوبليعد، مقال سابق، ص: 61.

يجب أن تحدد بنص القانون¹. إضافة إلى ما سبق، يقتضي تفعيل الوساطة اتخاذ مجموعة من الإجراءات الوقائية، وعلى رأسها إدراج بند الوساطة والتحكيم في العقود والتي يجب الاعتماد في كتابتها على الممارسين ذوي الاختصاص.

خاتمة :

من خلال ما سبق يمكن أن نستنتج أن العلاقة التي تربط بين القضاء والوسائل البديلة لفض المنازعات (التحكيم والوساطة) هي علاقة تكاملية، حيث أن الاعتماد المتزايد على التحكيم في المعاملات التجارية اليوم أملتته ضرورات الانفتاح الاقتصادي وخلق أجواء مناسبة لتحفيز المستثمرين على استثمار أموالهم خارج حدود بلدهم. كما أن الاعتماد المتزايد على الوساطة أملتته ضرورة إصلاح منظومة القضاء الذي يعاني من كثرة الملفات المعروضة عليه. وبناء على ما سبق يمكن القول أن التحكيم والوساطة يشكلان المدخل الأمثل لإصلاح منظومة القضاء، دون أن يعني ذلك التنقيص من قيمة القضاء العام باعتباره الضامن الأول لحقوق الأفراد والجماعات.

1 - ذ. إسماعيل اوبلعيد، مقال سابق، ص: 69.

التعسف في استعمال حق الطلاق على ضوء قانون الأسرة الجزائري



من إعداد : الأستاذ سنوسي علي باحث في الدكتوراه
في القانون الخاص - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر

يعد التعسف في استعمال الحق في الطلاق من أهم تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية؛ خصوصاً عند القائلين منهم بوجود نفقة المتعة، إذ أن الرجل يُعتبر متجاوزاً ومتعسفاً في استعمال حقه في الطلاق إذا قصد من طلاقه الضرر بزوجه، ولم يكن هناك من سبب معقول للطلاق، بحيث يكون الضرر الذي يصيب الزوجة يفوق الفائدة التي يجنيها الزوج من طلاقه لزوجه، والمصلحة التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب البتة مع ما يصيب زوجته من ضرر من جراء طلاقه إياها.

ويمكن اعتبار الزوج متعسفاً بطلاقه في حالتين أكدتين هما : طلاق الفار، والطلاق بلا سبب معقول، وهناك صور فيها شبهة التعسف، ولكنها عند التحقيق تُعدُّ تجاوزاً وخروجاً عن حدود الحق، كالطلاق البدعي بصوره الثلاث: الطلاق في الحيض، وفي طهر مسهاً فيه، وبلفظ الثلاث¹.
الفرع الأول : مفهوم الطلاق التعسفي وإثبات صورته.

بعد أن تقرر أن الطلاق هو أحد الصور التي تنفك بها الرابطة الزوجية، وهو من حقوق الزوج، التي يمكن أن يمارسها متى شاء، بدواعٍ شرعية، وضوابط قانونية، غير أن الزوج قد يقصد الإضرار بزوجه، لحاجة في نفسه، فيلجأ إلى ممارسة هذا الحق، ويكُون متعسفاً في استعماله، فما معنى الطلاق التعسفي؟ وكيف يمكن إثبات صورته؟
أولاً: مفهوم الطلاق التعسفي :

كما سبق بيانه أن التعسف يكون إذا مارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل - بمقتضى حق شرعي ثبت له -، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية. ومنه يكون الطلاق وباعتباره حقاً مشروعاً، يخضع مثل سائر الحقوق للقيود العام، وهو عدم التعسف في استعماله بما يناقض مقصود الشارع، أو بنية الإضرار، بحيث يصير مقيداً بالحاجة الضرورية، فلا يسوغ إيقاع الطلاق بدون

1 : محمد علي الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص101، ود/محمفوظ بن صغير؛ الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته؛ ص 559 وما يليها.

حاجة، وبدون سبب إليه، لما فيه من الإضرار بالغير بدون سبب¹، فإن خالف الطلاق هذه المحترزات كان طلاقاً تعسفياً².

وكانت أول نشأة للطلاق التعسفي مرتبطة بما قضت به محكمة مصر الكلية، بتاريخ 01/20 / 1926 م، ويتلخص موضوع الدعوى، في: "أن سيدهً تقدمت لمحكمة مصر، مدعية أنها كانت تشتغل بمهنة التدريس، وتتقاضى مرتباً قدره 11 جنيهاً، فعرض عليها المدعى عليه الزواج، فترددت في قبول عرضه، لعلمها أنه يجب عليها قانوناً - سابقاً - عند قبوله تقديم استعفائها من مهنتها التي تزاولها، وأخيراً قبلت الزواج، وقدمت الاستقالة، وفي شهر أكتوبر 1924، تم العقد بينهما ودخل بها. ولم يمض على هذا الزواج إلا مدة وجيزة، حيث طلقها المدعى عليه في ديسمبر 1924.

فرفعت المدعية دعوها، مطالبة المدعى عليه، بأن يدفع لها خمسة آلاف جنيه بصفة تعويض، لأن هذا الطلاق أضرَّ بها مادياً وأدبياً، وأنه ليس للزوج بمقتضى الشريعة الغراء أن يُوقع هذا الطلاق إلا لضرورة ملحة، فإذا انتفت الضرورة كان الزوج في إيقاعه هذا الطلاق مخطئاً، بل آثماً، وما دام هناك ضررٌ وخطأٌ كان التعويض واجباً، وأنه وإن كان الطلاق حقاً مشروعاً، إلا أنه من المبادئ المقررة قانوناً، أنه لا يجوز للشخص أن يسيء استعمال حقه - بحسب نظرية التعسف - وإلا كان ملزماً بالتعويض، لا سيما إذا لوحظ أن المدعى عليه غررَ بالمدعية، وأوهمها أنها ستستعيض عن حياتها المدرسية بحياة زوجية دائمة الرباط، وكان دفاع الزوج أن الطلاق حق مشروع في الشريعة، وأنه ليس للزوجة المطلقة إلا مؤخر صداقها ونفقة عدتها. ولكن محكمة مصر الكلية رفضت هذا الدفاع، وقضت بإلزام المدعى عليه، بأن يدفع للمدعية مبلغ ألف جنيه، بصفة التعويض³.

ثانياً: صور الطلاق التعسفي:

أجاز الشارع اللجوء إلى الطلاق، كآخر حل، وبعد فشل كل محاولات الإصلاح، وقيد الزوج في استعماله هذا الحق بعدم التعسف أو قصد الإضرار بالزوجة، فإذا وقع خلاف هذا كان الزوج متعسفاً، وعليه تتعدد صور هذا التعسف، وتتخذ أشكالاً تكون مؤشراً على ذلك التعسف.

I. : الطلاق بغير سبب :

إنَّ الطلاق وإن كان حقاً بيد الزوج، غير أنه مقيدٌ بأسبابه، وذلك بما لا يضر الزوجة، أو يسئ إليها، فقد قيد الشارع إيقاع الطلاق بقيود، حتى لا يجرد عن الحكمة والقصد من تشريعه، وهذا التقييد يرجع لكون الزواج نعمة والطلاق قطعاً لها، لكن إذا حدث وأن طلق الزوج زوجته بلا سبب وجيه ومعقول، فماذا يترتب عليه؟ إن وقوع الطلاق من الزوج بهذه الحالة يعدُّ تعسفاً، وقرينة قائمة على قصد إيذاء زوجته، لذا فقد رتب الشارع المتعة وجوباً⁴، عدا المطلقة قبل الدخول التي سُمي صداقها⁵.

1 : مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مرجع سابق؛ ص 07

2 : وسمي الطلاق تعسفياً لأن الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع من إيقاع الطلاق وقد قرر الشارع أنه لا يجوز استخدام الطلاق وسيلة لإيذاء الزوجة.

3 - مقتبس عن: ساجدة عفيف ومحمد رشيد عتبلي، مرجع سابق، ص 40.

4 المتعة هي ما يدفعه الزوج لزوجته من مال أو غيره عوناً وإكراماً لها، وتقديرها مفوض للقاضي.

5 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 2008، ص 100.

لِقَوْلِهِ تَعَالَى : لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236):1، وقوله : وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (241) 2.

وإعمالاً لهذه النصوص الشرعية، ولأن الطلاق التعسفي ضياعٌ لمستقبل الزوجة، وتفويتٌ لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوطٌ به إنصاف المظلومين، وعليه معاقبة من لا يحسن أو يسيء التصرف سواءً، فمن طلق زوجته وأصابها ضرراً من جراء ذلك، ولم يكن هناك من سببٍ شرعي يدعو إليه، فالطلاق تعسفيٌ يجب فيه التعويض. وحتى لو افترضنا أن المطلقة لم تتعرض لأية آثار مادية، كونها غنية أو عاملة، فإنها بلا ريب ستتعرض لنوع أقسى من الأضرار، وهي الآثار المعنوية للطلاق، لأن للطلاق أثراً كبيراً على نفس المطلقة، خاصة إذا كان من غير سببٍ أو مبرر مقبول، ولم يكن بينها وبين زوجها من المشاكل ما يمكن أن يتوقع معه حدوث الطلاق. وأهم هذه الآثار، حالة اكتئاب وقلق نتيجة لنظرة المجتمع إلى المطلقة، وربما اتهامها من قبل المجتمع بأنها ما طلقت إلا لريبة أو تهمة³، وحرمانها من نعمة النكاح، وكسر قلبها بالفراق الذي لم تكن ترضاه، وربما يكون هذا زواجها الأول والأخير، وذلك لعدم رغبة الرجال بالزواج من المطلقة غالباً⁴. فلأجل كل هذا شرعت المتعة جبراً لخاطرها وتخفيفاً عليها.

أما من زاوية القانون الوضعي، فقد قضى المشرع الجزائري للمطلقة التي ثبت تعسف زوجها في طلاقها، في المادة 52 ق أ ج بالتعويض⁵. كما أن تكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا، أمرٌ متروك للسلطة التقديرية للقاضي، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة، هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم لتقديرية⁶. وعليه لما كان التعسف في الطلاق إثباته من عدمه أمام الجهة القضائية لأنها وحدها المخولة لتحديد طبيعة الطلاق، ومعيار التعسف فيه، فمما لا شك فيه أن معيار السلطة التقديرية للقاضي وحدها كفيلة بتحديد حالة ودرجة التعسف، باعتبار أن القاضي فيها هو قاضي أساس، يراعي فيه معيار حالة التوازن طبقاً للقاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار"، وهذا ما تجسده سلطته الموضوعية التقديرية، لأن المحكمة جهاز حيادي في كل الأحوال، ولمن رأى أنه مظلوم رفع أمره إلى الجهات القضائية العليا⁷.

وعليه فإذا طلق الزوج زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسفٌ في طلاقه دونما مبرر شرعي وسبب معقول، والزوجة في هذه الحالة سيصيبها ضرراً، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض

1- سورة البقرة، آية 236.

2- سورة البقرة، آية 241.

3- عمرو عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، 1418هـ، ص 181.

4- عمرو عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 181.

5- المادة 52: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وقد صدرت عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة سعيدة أحكاماً في فترات متقاربة، ومنحت نفس مقدار المتعة تقريباً، فقضت بتاريخ 2008/3/22، بتكليف المطلقة من تعويض قدره 30.000 دج، وهو نفس المبلغ الذي قضت به للمطلقة بموجب الحكم الصادر في 2009/06/27، معتبرة في كلا الحكمين الطلاق تعسفياً، لأن الزوج صمم على الطلاق، والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع، دون أن تُحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره.

6- المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 1969/05/29، النشرة السنوية للقضاة، 1969، ص 114.

7- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2006/2007، ص 56.

عادل¹. أما في حال ثبوت تعسف الزوج في طلاقه، فإن للمطلقة حقها في المتعة، إضافة إلى التعويض على الضرر الذي لحقها جراء تعسف الزوج².

ومنه فإن المشرع الجزائري بقضائه الحكم بالتعويض للزوجة المطلقة بدون سبب معقول كان مستنده مبدأ التعسف في استعمال حق الطلاق، لأن انتفاء السبب المشروع يعتبر قرينة للضرر وهو - كما سبق - مبدأ مستمد من الفقه الإسلامي، الذي يقضي بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير³، وهذا في حد ذاته تطبيق لمبدأ التعسف في معياره الذاتي، الذي يعتد بالباعث والدافع في استعمال الحق.

وعليه فبإعمال معيار اعتبار الوصف التعسفي في استعمال الحق وتطبيقاته على الطلاق التعسفي فإنه يمكن إيراد قول الدكتور فتحي الدريني في بيان حقيقته وطبيعته: لما قال: «يقوم التعسف

على وجه يخالف الحكمة التي من أجلها شرع الحق، والمخالفة أو المناقضة تظهر من وجهين:

أولاً من حيث الباعث والدافع الذي حرّك إرادة ذي الحق إلى أن يتصرف بحقه لتحقيق غرض غير مشروع، من الإضرار بالغير، أو هدم قواعد الشرع، بتحليل مُحَرَّم، أو إسقاط واجب، تحت ستار الحق.

وثانياً من جهة النتيجة، أو الواقعة المادية، أو الثمرة التي تترتب على استعمال الحق بحد ذاتها، بقطع النظر عن العوامل النفسية، فإذا كانت تلك النتائج أضراراً أو مفاصد راجحة، مُنع التسبب فيها، أي مباشرة الحق، ووجه المناقضة هنا ظاهر، لأن الحقوق لم تشرع كوسائل لتحقيق مضار، أو مفاصد غالبية، الأمر الذي لا يتفق مع أصل الشريعة، من أنها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاصد⁴.

وعليه فالتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، بمعنى مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص⁵.

وبناء على ذلك وضع فقهاء الشريعة معايير للوصف التعسفي تساعد القضاء في ضبط هذا الفعل وتحديد ماهيته، بحيث لا يمكن الحكم على تصرف ما بالتعسف إلا إذا انطبقت عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق. وهذا ما يعني أن هناك عدة معايير يُعرف بها الوصف التعسفي في استعمال الحق، فبالإضافة إلى المناقضة بين قصد الفاعل وقصد الشارع، وقصد الإضرار بالغير، توجد معايير فرعية أخرى كاختلال التوازن بين المصالح والضرر الفاحش⁶.

ثالثاً: إسقاط معايير الوصف التعسفي على حالة الطلاق بلا سبب :

لا شك أن إيقاع الطلاق على المرأة فيه ضرر عليها، فإذا كان المطلق متعسفاً في استعماله لهذا الحق، فإنه يكون قد تسبب في إيقاع الضرر، فينبغي أن يتحمل مسؤولية ذلك. ومن الأضرار التي تقع على المرأة نتيجة الطلاق، حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة التي فيها السكينة والطمأنينة، وهي بالطلاق فقدت حق الإعالة في زوجها،

1 : لأنه من المقرر شرعاً أن الطلاق حق للرجل صاحب العصمة ، وأنه يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره.

2 : هذا ما قضت به المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35912، بتاريخ 1985/04/08: "أنه من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي.

3 : العربي بلحاج، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 238

4- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص 26 .

5 محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص 556.

6- ساجدة عفيف ومحمد رشيد عتبلي، مرجع سابق، ص 37.

وأصبحت فرصة زواجها مرة أخرى ضعيفة، وبالتالي فإنها من ألم الفراق ربما تفقد الثقة بالناس وبنفسها. وفي الطلاق كبتٌ لغريزتها الجنسية، وما ينشأ عن الكبت من آثار نفسية، علاوة على ذلك فإن المجتمع ينظر إلى المطلقة نظرة فيها بعض القسوة. وإذا كان الأصل في الطلاق الحظر، فإنه يترتب على ذلك أن الأصل في كل طلاق يقع على الزوجة أنه طلاق تعسفي¹.

وإذا كان الأصل في الطلاق الحظر، فإنه يترتب على ذلك أن الأصل في كل طلاق يقع على الزوجة أنه طلاق تعسفي². وينبغي على هذا أن المطلقة ليست بحاجة لإثبات أن زوجها متعسف باستعمال حقه، فيكفي منها إثبات إيقاعه الطلاق عليها ليحكم لها بالتعويض. فإذا ادعى أنه طلقها بسبب، كان عليه عبء الإثبات، ولا تُكَلَّف المطلقة لإثبات التعسف في الطلاق. فالأصل أن كل طلاق لا يستند إلى سبب معقول، هو طلاق تعسفي، وأن إثبات كون الطلاق لم يكن تعسفياً يقع على عاتق الزوج، فإذا أثبت الزوج أن الطلاق كان لسبب معقول، فلا وجه للزوجة بالمطالبة بالتعويض، أما إذا عجز عن إثبات دفعه، فإن طلاقه يكون تعسفياً، ويحق للزوجة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها. وعليه استقر الاجتهاد القضائي أن عبء إثبات السبب المشروع للطلاق يقع على عاتق الزوج، فإن لم يُثبت السبب المشروع الذي دفعه للطلاق اعتبر متعسفاً بمجرد إيقاع الطلاق، إلا إذا أثبت العكس.

وبناء على كل هذا فإن الوصف التعسفي على حالة الطلاق بلا سبب، يتم تقريره بإعمال معيارين رئيسيين هما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، واللذان يندرج تحتها بعض المعايير الفرعية.

I. المعيار الشخصي (الذاتي):

سبق بيان أن هذا المعيار يتناول:

- معيار ابتغاء مصلحة غير مقصودة للشارع:

إن استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله يُعدُّ ظلماً، وبيان ذلك أن الطلاق شرع ليكون الحل السليم للخلافات الزوجية والتي لا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، ولم يُشرع الطلاق إلا لهذا المقصد، واستعمال الحق في إيقاع الطلاق لغير هذا السبب يكون تعسفاً. فالطلاق لم يشرع إلا للحاجة، وذلك عندما يستحكم الخلاف والنزاع بين الزوجين، ولا يبقى مجال للإصلاح، ولم يحقق الزواج مقاصده التي أمر الله بها، والحاجة هي دفع الضرر. فإن قصد الزوج إيقاع الطلاق من أجل إلحاق الضرر بالزوجة، فهذا مناقض لمقصد الشارع وتعسف في استعمال حق الطلاق³.

- معيار تمحض قصد الإضرار:

وهنا ننظر في العامل النفسي الذي حرك إرادة الرجل إلى إيقاع الطلاق، ونتعرف على الأسباب التي دعت إلى الطلاق، وما هي الأخطاء التي ارتكبتها الزوجة والتي تسوغ له إيقاع الطلاق، مع الكراهة الشديدة في إيقاعه، والتنفير الشرعي العام منه؟ فإذا كانت من التفاهة بحيث لا تُعدُّ سبباً للتطليق، كان الزوج قاصداً الإضرار بها، والضرر ممنوع⁴، فقد يكون الرجل قصد الإضرار بالزوجة، وذلك بإيقاع الطلاق عليها، ولا يوجد ثمة منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق، سوى الإضرار بالزوجة. وقد يكون الدافع لذلك الانتقام والكراهية وذلك عندما يطلق الزوج زوجته بلا مسوغ شرعي من جلب مصلحة أو دفع مفسدة سوى الإضرار بها، والكراهية والانتقام، لأن الأصل في الطلاق

1: محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 568.

2: محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 568.

3: عليان بوزيان، مرجع سابق، النشرة 05، 2009.

4: القدومي عبير زكي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عمان، دار الفكر، 1428 هـ، ص 206.

الحظر والكراهة، ولا يُشرع إلا لضرورة، فإذا أوقع الزوج الطلاق بلا حاجة دفعته، ولا ضرورة ملحة، فيكون متعسفاً في استعمال حقه، وناقضاً قصد الشارع من المحافظة على النسل، وديمومة الحياة الزوجية واستقرارها، ولم يقصد سوى الإضرار، والضرر حرام، ويجب عليه رفعه إما بمراجعتها، أو تعويضها عما لحقها من أضرار. هذا عن المعيار الذاتي، وكيفية إسقاطه على الطلاق لتوصيفه بالتعسف، ومنتقل الآن إلى تفصيل المعيار الموضوعي .

II. المعيار المادي (الموضوعي) :

- معيار الضرر الفاحش :

" فطلاق المرأة يجلب لها جملة من الويلات الاجتماعية والمادية، فالمرأة المطلقة تحوم حولها جملة من التساؤلات، والمجتمع يقسو على المرأة المطلقة، فضلا عن العوز والفقر التي سوف تتعرض له، وقلما تجد لها زوجا يطلبها للزواج، فتقف حياتها، وتبقى في زمرة النساء المعنفات اجتماعيا، والسبب أنهن مطلقات، وذلك لأن الزوج إن طلق زوجته بعد فترة من حياتهما معا، واعتمادهما في النفقة عليه، ثم يحدث الطلاق وقد بلغت من العمر أزدله أو قاربت، فإن في الطلاق قذفا لها في الهاوية، وإضرارها بها ضررا فاحشا تتعطل فيه حياتها، ولا مستقبل لها، وقد باتت في هذا السن، والزوج في ذلك مُضِرُّ بها ضرراً كبيراً، وقد لا تكون له حاجة، أو تكون له بدائله من التعدد مثلا، فلا يعقل أن يترك في ذلك بل يؤخذ على يده"¹ .

- اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :

قد يكون للزوج مصلحة من إنهاء الحياة الزوجية، واستئنافها مع أخرى، وتجديد حياته، وجلب المنافع له ودفع المضار الناتجة من استمراره في الزواج لكن قد تكون المضار التي سوف تقع على الزوجة و الأبناء والأسرة وعلى المجتمع تفوق بكثير المضار التي سيدفعها عنه بإنهاء الحياة الزوجية². وبعنى أدق أن الزوج بإيقاعه للطلاق قد تكون له أحيانا أسبابه أو مبرراته التي يراها دواعي للطلاق، وإن فعلة كان لدفع الضرر عن نفسه في معاشرته من لا يريد. وإذا قمنا بالموازنة بين الضرر المترتب على الطلاق وهو الذي يمس فئة كبيرة من الأشخاص، من الزوجة والأبناء، والمجتمع عموما، وقد يمس الزوج شيء منه، وبين الضرر المترتب على استمرار الزوج في حياته، والبحث عن وسائل جديدة تجدد حياتهما، وتبعد عنها الرتابة والملل، من استذكار خير الزوجة، والنفع الذي جلب معها، فيرجح الضرر الأول، ويكون دفعه أولى، ويكون الطلاق جلبا لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه وهذا ممنوع. فإذا تساوت المصلحة المرجوة من الطلاق مع الضرر الذي يلحق بالمرأة، فإن الرجل يكون متعسفا أيضا عملا بالقاعدة الشرعية " درء المفسد أولى من جلب المنافع"³. فإذا انطبقت معايير التعسف على واقعة الطلاق، وأصر على عدم الإرجاع، فإنه يترتب على طلاقه الجزء الأخرى الذي وضعه الشارع، والمتمثل في الإثم كما يترتب عليه التعويض للمطلقة عما ألحقه بها من ضرر مادي ومعنوي.

بهذا يكون قد اتضح الوصف التعسفي للطلاق بإعمال المعيارين المذكورين، ويجب التطرق الآن إلى موقف بعض التشريعات في البلاد العربية من هذا الطلاق .

1 : القدومي، مرجع سابق، ص 207

2- جمانة فوزي النيمات، الطلاق التعسفي ومعايير التعسف في استعماله، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني www.jumana-jfc.com، 2010.

3: محمد بكر إسماعيل ، مرجع سابق، القاعدة الرابعة عشر، ص 107.

الفرع الثاني : موقف بعض التشريعات العربية من الطلاق التعسفي.

وعلى هذا المنهج الذي يعتمد على أعمال المعيارين الرئيسيين المذكورين سالفاً، سارت معظم التشريعات العربية¹، رغم تفاوت مواقف المحاكم الشرعية وقوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي من مسألة الطلاق التعسفي والتعويض عنه، فقد ذهب المشرع الفلسطيني إلى أن قضايا الطلاق التعسفي ينعقد فيها الإختصاص لمحاكم الصلح، والسبب في هذا أن قضايا الطلاق التعسفي لم تُبحث ضمن قانون حقوق العائلة الفلسطيني، إنما أُدرجت ضمن قانون العقوبات الذي عدّ الطلاق الواقع بدون رضی الزوجة، وبدون حكم قضائي طلاقاً تعسفياً، ويترتب على هذا الطلاق حبس الزوج لمدة 6 أشهر².

أما موقف المشرع المصري، فقد جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري لعام 1956 والذي ورد فيه أنه: "إذا كان الطلاق بعد الدخول بغير رضاها تكون لها متعة، هي نفقة سنة بعد انتهاء العدة وتُقطع إذا تزوجت"³. وما يلاحظ على مشروع هذا القانون هو الأخذ بمبدأ التعويض من خلال متعة الطلاق، وهذا يؤكد وجود توجه فقهي قوي يربط الطلاق التعسفي بالمتعة، كما ربطه بحالة عدم رضی الزوجة، فقد يكون الزوج محقاً بطلاقه والزوجة غير راضية.

في حين يظهر موقف المشرع المغربي من خلال المادة 52 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية⁴ التي مفادها: "يُلزم كل مُطلّق بتمتع مطلقته، إذا كان الطلاق من جانبه، بقدر يُسرّه وحالها، إلا التي سُمّي لها الصداق وطلّقت قبل الدخول". وإذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعيّن عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار⁵.

وما يلاحظ هنا تأكيد العمل بالمتعة بدلا من تعويض الطلاق التعسفي، وذلك بعد الدخول أو قبل الدخول وتسمية المهر، كما أن المدونة تعطي الزوجة الحق في المطالبة بزيادة المتعة إذا أثبتت أن طلاقها كان بدون مبرر.

1 : مروة صبري، الطلاق التعسفي - دراسة فقهية مقارنة - مجلة الجامعة، 2009، عدد 13، ص 29.

2 المادة 181، قانون العقوبات الفلسطيني، لعام 1977: "كل من أجرى طلاقاً وهو يعلم أنه محذور حسب القانون أو يعلن بأن الشخص المطلق يرتكب جرماً بإجرائه يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر".

3 : محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 286.

أما القانون الأردني فيُنصُّ في مادته 134 ق.أ.ش على أنه " إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن يطلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط ألا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة." ، فالملاحظ أن القانون الأردني أعطى للمطلقة تعويضاً عن التعسف ولكنه وضع حداً أعلى بما لا يزيد عن نفقة سنة .

أما المشرع السوري فقد جاء في المادة 117 ق.أ.ش السوري أنه: " إذا طلق الرجل زوجته لغير سبب معقول وتبين للقاضي أن الزوجة فقيرة وأنها تتعرض للبلس والفاقة بسبب هذا الطلاق جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بنسبة التعسف ودرجته، بشرط ألا يتجاوز التعويض نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال." .

ومنه نلاحظ أن المشرع السوري قد جعل حق المطلقة في التعويض مرتبطاً بالبلس والفاقة، وهذا يعني أنها لو كانت غنية فلا حق لها في التعويض .

أما موقف المشرع التونسي فقد ورد في الفصل 31 من القانون التونسي ما يفيد بتعويض من تضرر من الزوجين نتيجة الطلاق بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي .

والملاحظ في هذا القانون أن المرأة تُعوّض عن الضرر المادي بمنحة تدفع لها بعد انقضاء العدة شهرياً، على قدر ما إعتادته من عيشٍ في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن، وهذه المنحة قابلة للمراجعة إرتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات، وتستمر المنحة إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن هذه المنحة... إلا إذا اختارت حصولها عن التعويض عن الضرر المادي في شكل دفعة واحدة .

4: تم إلغاؤها وتعويضها بمدونة الأسرة سنة 2004.

5 : عبد العزيز توفيق، مدونة الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1997م، ص 55.

وبنظرة عامة في القوانين التي تطرقت لمسألة الطلاق التعسفي، نجد أن قسماً منها ألزم الزوج بنفقة مطلقة بعد انتهاء العدة الشرعية، على خلاف بينهم في مدة الإنفاق، وهذا أمرٌ مخالفٌ للشرعية، وفيه إلزامٌ بأمر لا يلزم، لأن الزوج يُلزمٌ بالإنفاق على زوجته بموجب عقد الزواج، والإلتزام ينتهي بانتهاء الرابطة الزوجية، ويُلحقٌ بذلك فترة العدة على خلافٍ بين الفقهاء في نفقة المعتدة البائن. كما أن فتح باب تقدير المتعة بناء على إيقاع الطلاق بدون مبرر، قد يدخلنا في سلبيات المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي بلا ضابطٍ يحدده.

وكخلاصة عامة لما سبق، يمكن القول أن الزوج وإن تعسف في الطلاق، فقد تعسفت القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض في مقدار العقوبة المالية، وفي تكييفها لها، وهذا هو شأن القانون البشري الذي مهما بلغ فلن يحل المشكلة الإجتماعية الناتجة عن الطلاق، ولن يُقلل من نسبته، والبديل هو تغيير القانون بفرض المتعة لكل مطلقة، أما معالجة تعسف الزوج في إيقاعه للطلاق، فلا تكفي المعالجة القانونية القضائية، بل يجب أن توازيها المعالجة التربوية الإجتماعية والدينية، لتتصافر الجهود وتؤتي أكلها.

بعد توضيح حالة الطلاق بلا سبب كونه أحد أهم صور الطلاق التعسفي، نتحول الآن إلى صورة أخرى للطلاق التعسفي، وهو الطلاق في مرض الموت، وبيان مواقف فقهاء الشريعة والقانون من هذا.

الفرع الثالث : الطلاق في مرض الموت¹.

تتعدد صور فك الرابطة الزوجية، بينما يكون صادراً من الزوج أو من الزوجة، أو بتراضٍ منهما، أو بطلب التّطليق باللجوء إلى القضاء، غير أنّ الحالة الأولى يمكن أن تكون في عدة أحوال، ومنها ما لو طلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت، وعليه فما المقصود بمرض الموت؟ وما حكم الطلاق الصادر في هذه الحالة، وأين يكمن وجه التعسف في هذا الطلاق؟ وما موقف القانون من كل هذا؟

أولاً: المقصود بمرض الموت وصورة التعسف في هذا الطلاق.

قد يطلق لزوج زوجته وهو في فراش الموت، مما يجعل الشكوك تحوم حول نيته، ودافعه إلى اللجوء إلى هذا الفعل، فهل يحق للزوج ممارسة هذا الحق؟ أم تصرفه هذا يكون مشوباً بشبهة التعسف ونية الإضرار بزوجه؟.

I. المقصود بمرض الموت.

المريض بمرض الموت، هو مَنْ مرض مرضاً يمنع صاحبه من إقامة مصالحه بنفسه، ويكون الغالب في ذلك المرض موت صاحبه منه²، ويسمى بمرض الموت لاتصال الموت بذلك المرض. وعليه فإنّ مرض الموت هو المرض الذي يُفضي بصاحبه إلى الموت، ويمنع فيه صاحبه من بعض التصرفات. ولهذا فإنّ مرض الموت الذي تمنع به التصرفات هو ما تحقّق في أمرين :

أن يكون مرضاً يحدث منه الموت غالباً، وأن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به³.

وسواء كان هذا بسبب مرض أصيب به، لا يُشفى منه عادةً، وينتهي به إلى الموت كالأزمات المستعصية في هذا الزّمان. ويُلحقُ بالمريض مرض الموت كذلك من قُدّم للقتل قوداً، أو قِصاصاً أو حدّاً⁴، وذلك لما في هذه الصُّور من

1 : لم يثبت في الكتاب ولا في السنة حكم طلاق المريض بمرض الموت، إلا ما ورد من قضاء عثمان - ض - في امرأة عبد الرحمن بن عوف بالميراث منه لما طلقها في مرضه الذي مات فيه، وكذلك قضى عليٌّ لامرأة عثمان لما طلقها لما حُوصر.

2 : ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج3، دار الفكر، بيروت، ط2، 1979م، ص 383.

3 : محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 314.

4 : محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 316.

معنى مشترك مع المرض، وهو الإفضاء والاتصال بالموت. كما أن المحكمة العليا قد عرّفت مرض الموت الذي يبطل به التصرف، بأنه هو المرض الأخير إذا كان خطيراً، ويجرُّ إلى الموت، وبه يفقد وعيه وتمييزه¹.

II. صورة التعسف في هذا الطلاق.

ويظهر تعسف الزوج، في قصد الإضرار الذي يريد إلحاقه بزوجته، وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله و تأباه المروءة. إذ كيف يطلق الرجل هذه المرأة في آخر أيامه، بعد أن قطعت معه أشواط العمر، وربما تحملته و صبرت على أذيته ليفاجئها بهذه النهاية المحزنة، والإشكال الثائر هو هل تترث هذه المرأة المطلقة أم لا تترث ؟ .

لذلك فهذه التطبيقات وغيرها يظهر فيها جلياً مبدأ التعسف في استعمال الحق، في الطلاق و الضرر الذي يصيب الزوجة و الزوج على طرفي سواء، وذلك مثل الطلاق في الحيض و طلاق الثلاث بلفظ واحد، فقد يكون الرجل قاصد الإضرار بالزوجة، وذلك بإيقاع الطلاق عليها، ولا يوجد ثمة منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق سوى الإضرار بها وحرمانها من الميراث. وقد يكون الدافع لذلك الانتقام والكراهية، وذلك عندما يطلق الزوج زوجته وهو على فراش الموت، أو في أي حالة تلحق بهذا، وليس له من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، سوى الإضرار بها، والكراهية والانتقام، ولأن الأصل في الطلاق الحظر والكراهية، ولا يشرع إلا لضرورة، فإذا أوقع الزوج الطلاق بلا حاجة دفعته، ولا ضرورة ملحة، فيكون قد تعسف في استعمال حقه، وناقض قصد الشارع من المحافظة على النسل وديمومة الحياة الزوجية واستقرارها، وهدم الوفاء والتعامل بالحسنى لمن شاركته حياته، ويظهر أنه لم يقصد سوى الإضرار، والضرر حرام في كل صورته، ومهما كانت مبرراته.

ثانياً: حكم الطلاق في مرض الموت .

تباينت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم هذا الطلاق، ولجوء أحد الزوجين إليه، وما يترتب عليه من آثار، كما انسحب كل هذا على الفقه والقانون الوضعيين، مما أدى إلى تعدد إجتهدات المحكمة العليا في هذه المسألة.

I. من منظور الفقه الإسلامي.

يذهب بعض الفقهاء في التعبير عن طلاق المريض بطلاق الفارِّ، لفراره من الإرث ظاهرياً²، والفرار كما يكون من الزوج، يكون من الزوجة أيضاً، كما لو كان الزوج قد فوّض إليها أمر طلاقها، فطلّقت في مرضها، وكما لو تسببت في فسخ النكاح في حال مرضها.

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المريض مرض الموت، يقع طلاقه كما يقع الطلاق من الصحيح، مادام المرض لم يؤثر على قواه العقلية، ويجعله ملحقاً بالجنون، ويترتب عليه جميع الآثار التي تترتب على الطلاق الصحيح، ولا يختلف عنه إلا في استحقاق الإرث عند الموت بعد الطلاق، واستحقاق الإرث يختلف باختلاف صفة طلاق المريض، من كونه رجعيًا أم بائناً.

الرأي الأول: إذا كان الطلاق رجعيًا.

وصورته إذا طلق المريض مرض الموت ومن في حكمه زوجته طلاقاً رجعيًا، ومات وهي في العدة ورثته زوجته، كما لو طلقها في حال صحته، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح، ولأن الزوجية قائمة بعد الطلاق، وقبل انقضاء العدة، حتى جاز له مراجعتها في العدة بلا عقد ولا مهر جديدين، بل دون توقف على إذنها ورضائها، والنكاح القائم من كل وجه سببٌ لاستحقاق الإرث من الجانبين، كما لو مات أحدهما قبل الطلاق، ويستوي أن يكون الطلاق برضاها

1 : المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1984/07/09، ملف رقم 33719. نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق.

2 ; ويعتبر الزوج فارا من الميراث إذا كان الطلاق بائنا، وكان الزوج في الطلاق طائعا وبغير رضاها وكانت هي مستحقة للميراث من وقت الطلاق حتى وقت الوفاة من مرض الموت الذي طلقها فيه.

أو بغيره، وسواءً كانت مسلمة وقت الطلاق، أم كتابية ثم أسلمت في العدة قبل موته، لأن النكاح كما سبق بعد الطلاق الرجعي يضل قائماً من كل وجه مادامت العدة قائمة، ولأنه لا يشترط أهليتها للإرث منه في الطلاق الرجعي وقت الطلاق، بل الشرط أن تكون مسلمة وقت موته¹ وبالنظر إلى مذاهب و آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فإننا نستنتج مايلي :

ذهب أغلب فقهاء الشافعية أن المطلقة في مرض الموت طلاقاً بائناً لا ترث، ومثلها في ذلك المطلقة طلاقاً بائناً في الصّحة، لأن الزوجية ارتفعت بمحصول الطلاق البائن قبل الموت، وهي سبب التوارث بين الزوجين، ولا عبرة بمظنة الفرار، لأن الأحكام لا تُنط بالأمور غير الظاهرة .

وفي هذا يقول الإمام الشافعي -رحمه الله- : كل زوج عاقل غير مغلوب على عقله يجوز طلاقه، سواءً كان صحيحاً أو مريضاً، فإن طلق الرجل امرأته ثلاثاً، أو تطليقة لم يبق له عليها من الطلاق غيرها، أو لاعنها وهو مريض، فحكم ذلك في وقوعه على الزوجة وتحريمها حكم صحيح وكذلك لو طلقها طليقة واحدة قبل الدخول، وكذا كل فرقة لا يملك فيها الزوج رجعة².

غير أن فقهاء الحنفية³ والمالكية⁴ والحنابلة⁵، يرون أن الزوجية قد أُزيلت بقصد إبطال حق الزوجة في الإرث، فيرد على المطلق قصده ما بقيت العدة لبقاء آثار الزوجية، وإذا كانت الفرقة من جانب الزوجة في مرض الموت، وكانت طائعة مختارة، ولم يكن ما كان منها برضا الزوج، فإنها تُعتبر فارةً، ويستحق زوجها الميراث إذا ماتت وهي في العدة، لأنها قصدت حرمان زوجها من الميراث فيرد قصدها عليها. غير أن المالكية توسّعوا في المسألة فقالوا أن المطلقة في مرض موتٍ مُطلقها ترث زوجها سواءً انقضت عدتها أو لم تنقض، بل وسواءً تزوجت أو لم تتزوج بعده⁶. وقد استدلوا في مذهبهم هذا بفعل عثمان -ع- لما ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته، ولم يخالفه أحد من الصحابة فعُد ذلك إجماع منهم.

وذهب الحنابلة إلى التركيز على أنها ترث ما لم تتزوج، ولو انقضت عدتها، فإذا تزوجت سقط حقها في الميراث، وهذا في المطلقة المدخول بها، باعتبار أن المطلق فارٌّ من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة. كما أن المطلق قصداً فاسداً فعوقب بنقيض قصده، كالقاتل الذي قتل مورثه استعجالاً للميراث، فإنه يعاقب بحرمانه منه⁷.

1 : علاء الدين الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ص 218. و الشيخ زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنوز الدقائق، ج3، دار المعرفة، بيروت، ط2، (د س ط) ، ص 43.

2 : محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، دار الفكر، ط1، 1980، ص 145.

3: زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق في شرح كنوز الدقائق، ج3، ط2، دار المعرفة، بيروت، (د س ن)، ص 15 وما بعدها؛ سيد أحمد الطحطاوي الحنفي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، ج2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط 3، 1975، ص 83 وما بعدها.

4: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر ، بيروت، لبنان، ط5، (د س ن) ، ص 115.

وينظر الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق ؛ أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير، مطبوع مع بلغة السالك، ج2، ط4، دار المعرفة بيروت، (د س ن)، ص 71 وما بعدها.

5: أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، على هامش المغني، ج7، مرجع سابق، ص 129 وما بعدها ؛ علاء الدين أبي الحسن علي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج3، تحقيق محمد حامد الفقي، ط1، 1957، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص70-75.

6 : ابن عبد البر، الإستذكار، ج17، دار أبو عين ، القاهرة، وثقه : عبد المعطي أمين قلعجي ، ص 264.

غير أنه وبالتدقيق في المسألة فإننا لا نجد أي أثر يدل على استحقاتها الميراث بعد زواجها ، وكل ما في الأمر أن المالكية بنوا حكمهم هذا على أن المطلق في المرض قصد الفرار من الميراث فعوقب بنقيض قصده بإثبات الميراث للمرأة، واستحقاقها له دون النظر إلى ما لها بعد ذلك..

7 : ابن قدامة المقدسي، المغني، ج7، دار الكتاب العربي، 1972م، ص 218.

الرأي الثاني : إذا كان الطلاق بائناً.

إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً، بينونة صغرى أو كبرى، فإن كان ذلك في حال الصحة ومات أحدهما بعده، لم يرثه الآخر، ولو كانت المطلقة لا تزال في العدة، وسواء كان الطلاق برضاها أم بغير رضاها، لأن الطلاق البائن يقطع حكم الزوجية من حين وقوعه دون التوقف على انقضاء العدة. أما إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها، طلاقاً بائناً بينونة صغرى أو كبرى في حال مرضه مرض الموت، فإن كان برضاها فلا خلاف بين الفقهاء في أنها لا ترثه لعدم تحقق الفرار منه، كما لا يرثها، فإن كان الطلاق بغير رضاها فإنها ترثه إذا مات في مرضه هذا ولم تكن عدتها قد انتهت، ولا يرثها هو كذلك، لأن الوارث يتعلق حقه بمال مورثه من أول وقت مرض موته، فكان طلاقها في مرضه القصد منه إبطال حقه بعد تعلقه فراراً من إرثها، فيلحق بالعدم في حق إبطال الإرث في الحال، ويرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء عدتها كقاتل المورث تماماً¹.

وفي هذا ذهب الشافعية في القول الصحيح، إلى أن من بتَّ طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت، أنها لا ترثه كما لا يرثها، لأن الزوجية هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالبينونة كما الطلاق في الصحة تماماً. والقول الثاني عندهم أنها ترثه لأنه متهم بقطع إرثها فورثت. غير أن الحنابلة يذهبون في أشهر الروايتين أن من طلق زوجته في مرض الخوف، ثم مات من مرضه، فإنها ترثه في العدة وبعدها، ما لم تتزوج ومادامت مدخولاً بها، لأن سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، ولم يرثها المطلق لو ماتت قبله². ويذهب الحنفية إلى أنها ترثه مادامت في العدة، فإن انقضت فلا ميراث لها، وهذا إن طلقها من غير سؤالها، فإن سألتها الطلاق فلا ميراث لها، وذلك لاعتبارهم أن الحقوق الزوجية تنتهي بانقضاء العدة³.

وبناء على كل ما سبق، وبالنظر في جملة الأدلة التي ساقها المذاهب الإسلامية المذكورة آنفاً يتبين أن سبب اختلاف الفقهاء في ميراث المبتوتة في مرض الموت، راجع إلى مدى أخذهم وعملهم بمبدأ سد الذرائع، حيث أن المطلق اتخذ الطلاق الثابت له حقاً شرعياً كذريعة إلى أمر ممنوع شرعاً، وهو حرمان الزوجة من الإرث قصداً. وفي هذا يقول الإمام ابن رشد - رحمه الله -

وسبب الخلاف إختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يُتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع لم يوجب لها ميراثاً، وذلك أن هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه، لأنهم قالوا: إنه لا يرثها إن ماتت، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها... . وأما من رأى أنها ترث في العدة، فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية، وروي هذا القول عن عمر وعائشة⁴ وأما من اشترط توريثها ما لم تتزوج فإنه لاحظ إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين، واختلفوا إذا طلبت هي الفراق، أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها، فقال أبو حنيفة: "لا ترث أصلاً، وفرق الأوزاعي بين التملك والطلاق، فقال: ليس لها الميراث في التملك، ولها في الطلاق، وسوى مالك في ذلك كله، ...⁴. لذا فإن الحكم بتوريث المطلقة في مرض الموت هو للحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع أو المصلحة غير المشروعة التي توخاها المريض مرض الموت، وهو

1 : أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص128.

2 : ابن قدامي المقدسي، المغني، ج7، مرجع سابق، ص 217-218.

3: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، ج1، دار صادر، بيروت، 1991، ص462.

4: أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، ط1، 2008، تحقيق محمود بن الجميل، ص 83-

حرمانها من الإرث، وهكذا قد قام الدليل على وجوب إبطاله لمناقضة قصد الشارع في كل تصرف يراد به إسقاط واجب أو تحليل حرام¹.

وعليه لما كان الطلاق حقاً مشروعاً، فإنه لا يجوز التعسف فيه قصد غايات ضارة بالملقة فإذا ما ثبت هذا التعسف من الزوج، أو أتهم به كان الحكم بخلاف قصده بوقوع الطلاق، كونه قاصداً له، ويحكم بتوريث المبتوتة ولو بعد زواجها، وهذا إعداماً لهذا التصرف من المجتمع مهما كان الدافع إليه، وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور في أعمال نظرية التعسف².

II. موقف القانون الجزائري من هذا الطلاق.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى طلاق المريض مرض الموت بنص خاص في قانون الأسرة، مما يبين أنه يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية³، وما ثبت في الفقه الإسلامي، غير أنه وبقراءة نص (المادة 132) ق.أ.ج: «إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث». وما يفهم من منطوق هذا النص تقييد المشرع الجزائري لميراث المطلقة من زوجها المتوفى بأن تكون الوفاة قبل انقضاء العدة، وعلى اعتبار أن النص عام في الطلاق ولا يوجد ما يخصه بكونه في مرض الموت أو غيره، فإنه يمكن سحبه على الطلاق في مرض الموت، إن مات خلال عدتها قبل نهايتها، أي أن المشرع يميل إلى الأخذ بقول الأحناف الذين قضوا بميراثها خلال العدة فقط.

كما اطردت المحكمة العليا على تعويض الطلاق التعسفي، فقد شددت في قراراتها على أن التعويض واجب على من طلق زوجته تعسفاً⁴، ومن بين القرارات التي يظهر فيها جليا اعتماد المشرع الجزائري لنظرية التعسف في استعمال الحق، في إيجاب التعويض عن الطلاق التعسفي، بدل المتعة ما يأتي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي"⁵، ولقد قضت محكمة سيدي محمد بتاريخ 1984/10/28 بمبلغ 20000 دج كتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، طبقاً لسلطتها التقديرية، طالما أن المشرع لم يحدد حداً أقصى، ولا حد أدنى للتعويض الذي يقدم للمطلقة في حالة التعسف في الطلاق.

وقد حكم القضاء الجزائري بأن حق الطلاق مخول في الشريعة للزوج، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها، ونفقة عدتها، التي يراعي في تقديرها حالة المطلق المالية حيث جاء ما يلي: "القرار المطعون فيه قد خالف أحكام الشريعة في الطلاق الذي هو ملف في عصمة الزوج الذي ما فتى في كل مراحل الخصام يطلب رجوع زوجته و الحكم بتطبيقها من جانب قضاء الموضوع لا مبرر له"⁶. "غير أنه إذا كان

1 : فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 148.

2 فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 149..

3- وقد صرح المشرع الجزائري بهذه الإحالة صراحة بنص المادة 222: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."، وفي هذا توسع من الشرع وعدم تقيده بأي مذهب فقهي.

4- المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم (53017)، المجلة القضائية، 1991، العدد الأول، ص 56.

5- المحكمة العليا غ.أ.ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية، 1989، العدد الثاني، ص 09.

6 : محكمة المدية 1969/02/12، مجلة المحاماة، 1974، العدد الثاني، ص 35 المحكمة العليا.

الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه، وجب على المطلق المتعسف التعويض، لما لحق الزوجة من أضرار بسبب هذا الطلاق" (1).

وفي قرار للمحكمة العليا صادر في 22 نوفمبر 1982 مؤداه أن للمطلقة الحق في النفقة و التعويض و سائر توابع العصمة إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، ولو كان الزواج غير مسجل بالحالة المدنية (2).

ثالثا: التعويض عن الطلاق التعسفي.

وكانت هذه المسألة من أبرز نقاط الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، والتي انبنت عليها عدة اتجاهات فقهية، كان لها الأثر المباشر في نشوء إجتهدات قانونية، نادى بها أبرز فقهاء القانون الوضعي، حيث ذهب البعض إلى وجوب التعويض، ونادى بعضهم بجوازه فقط، وهذا ما سنفصله بالتطرق إلى قضية وجوب التعويض من عدمه.

لما كان المقرر في الشريعة الإسلامية أن الأصل في الطلاق الحظر، وأنه لا يباح إلا لحاجة ملحة، كان الطلاق التعسفي منهياً عنه نهياً باتاً، بل إن صاحبه آثم شرعاً، وذلك لتعسفه في استعمال الطلاق، مما يستوجب الحكم عليه بالتعويض، ذلك أن التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعاً وعقلاً، وقانوناً وعرفاً، جبراً للضرر، ورعاية للحقوق، وزجراً للمعتدين، وتوفيراً للاستقرار، وتحقيقاً للعدل، وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الأضرار.

ورغم أهمية هذه المسألة لم يرد مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح جديد أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية تبعا للنظريات الفقهية، وتمشيا مع بعض الآراء عند بعض الفقهاء، بأن الأصل في الطلاق هو الحظر، ومن ثم تستحق المطلقة طلاقا تعسفيا التعويض، إذا كان طلاقها بدون سبب مشروع، للأضرار العديدة التي تلحق بها نتيجة الطلاق، حيث ضياع مستقبلها، وفقدان المأوى، وقلة الرغبة بها زوجة في أسرة جديدة، ويجوز إطلاق التعسف والعنت والمضارة بهذا التقييد على نوع خاص من الظلم، وهو الظلم الناشئ عن استعمال الحق، أو التصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع من شرعه³.

1: مجلس قضاء تلمسان 18 جانفي 1967، رقم الملف 12717 م.ج 1968 ص04؛ محكمة الجزائر 1967/04/12.

2: المحكمة العليا 22 نوفمبر 1982، رقم الملف 20013، الاجتهاد القضائي. المرجع السابق. ص45-46.

3: محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ج 1، ص116.

فخلافًا لقلة من الفقهاء الذين يرون عدم مشروعية استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، كونه حق جائر للزوج، يسوغ له إيقاعه ولأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، لذلك متى وجدت هذه الحاجة، ووقع الطلاق على أساسها، فليس من الصواب فرض التعويض على الزوج المطلق¹. ويرى غالبية العلماء المعاصرين وجوب التعويض في مقابل الضرر اللاحق بها من جراء تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، قياسًا على الخلع، فكما المرأة تدفع للزوج ما يتفقان عليه مقابل الخلع، فإن الزوج يلتزم بالتعويض مقابل الطلاق². كما قاسوا مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي على مشروعية متعة المطلقة³ حيث قال ابن حزم⁴، وأحمد في قول له بأنها واجبة لكل مطلقة⁵، وقال مالك بأنها مستحبة لكل مطلقة⁶، والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة.

فأبو حنيفة يرى أنها واجبة على كل من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقًا مسمى، والشافعي يرى أنها واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله، إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول، فلا متعة لها، وعلى هذا جمهور العلماء⁷. وعليه يمكن تحصيل مذهبين لدى العلماء المعاصرين في هذه المسألة على النحو الآتي:

ذهب فريق من العلماء المعاصرين ومنهم الدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور عبد الرحمن الصابوني، والشيخ عبد الوهاب خلاف، والدكتور مصطفى السباعي، والدكتور عبد الفتاح عمرو، والدكتور عيبر القدومي، وغيرهم إلى أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون سبب معقول، وبمجرد تعنت منه، كان الزوج متعسفًا في استعمال حقه، وجزاء التعسف هنا هو التعويض المالي، وقد استدلوا بأن الطلاق إنما أبيض حاجة، فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص، فطلاقه واقع وهو آثم.

شرعًا، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه، وإساءة استعمال الحق توجب التعويض لما يوقعه من ضرر بالمطلقة⁸. ويذهب رأي ثان إلى القول: "صحيح أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع، ولا يباح إلا الحاجة، لكن هذه الحاجة تقديرية، قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، فالطلاق من هذه الناحية يشبه ما يسمى بالقانون بالحق التقديري، وهو الذي يكون صاحبه الحكم الوحيد في تقدير الواجب الملقى على عاتقه حين يستعمل هذا الحق، والحق التقديري لا يوصف من يستعمله بالتعسف، ولا يؤدي استعماله إلى مسؤولية صاحبه تطبيقًا لنظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك لخروجه عن نطاق هذه النظرية"⁹.

1: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 332، وقال: "وقد اخطأ من حكم بالتعويض من اجل الطلاق".

2: محفوظ بن صغير؛ مرجع سابق، ص 580.

3: مجيد علي العبيدي، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

4: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، ج 3، ط 4، دار الآفاق الحديثة، بيروت، لبنان، (د س ن)، ص 37.

5: علاء الدين أبي الحسن علي المرادوي، مرجع سابق، ص 78.

6: أبو الوليد بن رشد، مرجع سابق، ص 112-115.

7: سبق تفصيل هذه الآراء. ص 108 من هذه المذكرة.

8: وأشهرهم وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته؛ ج 1، ص 499؛ محمد علي الصابوني، ص 117؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، ص 142؛ أحمد حسن محجوب السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 5 / 276؛ و عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 182، والقدومي، التعسف في استعمال الحق، ص 193.

9: زكي شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 381.

لكن ذهب الفريق الآخر إلى القول بعدم مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي¹، وقد استدلت هؤلاء بأن الطلاق حقٌّ مباحٌ للزوج في الشريعة الإسلامية، لا يتقيد في استعماله بوجود الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر كان مستعملاً حقه المخوّل له شرعاً ولم يوجد منه إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق².

وعند التحقيق في المسألة، يلاحظ أنه إذا كانت المتعة مشروعة في حالة الطلاق غير التعسفي على خلاف بين العلماء في وجوبها أم استحبابها، دفعا لضرر متوقع، فإن تقرير التعويض في الطلاق التعسفي مع ما فيه من أضرار، وألم للفراق، وتفويت لنعمة المتعة الزوجية التي ربما تحرم منها مدى الحياة، وسط تزايد مشكلة العنوسة، فإن تقرير التعويض يكون من باب أولى³.

وعليه فإذا طلق الرجل زوجته دون سبب مقبول، فإنه يكون قد تسبب بإيقاع الضرر بتعسفه في استعمال حقه، دون إبراز أسباب جدية تحت سلطة القاضي التقديرية، فإن الضرر يكون ثابتا ومفترضا، ولا يمكن تداركه بالإزالة، فيتدارك عندئذ بالتعويض القضائي، وذلك جبرا للضرر، وتخفيفا من الألم الذي لحق بها، بما يتناسب مع حالة الزوج المالية ودرجة التعسف⁴.

وقد يثور السؤال فيما لو كانت الزوجة مفوضة بتطبيق نفسها من زوجها أثناء انعقاد الزواج وطلقت نفسها من زوجها دون أسباب، بل لمجرد رغبتها في الخلاص منه، والإضرار به، وأنه لم يوافق على ذلك، فهل يمكن تصور التعسف باستعمال حق الطلاق من جانب الزوجة المفوضة بتطبيق نفسها؟ فهناك من يرى وجوب شمول الزوجة أيضا بالتعسف في استعمال حق الطلاق، إذا كانت موكلة به أو مفوضة، وأساءت استعماله بتطبيق نفسها من زوجها، دون سبب أو مصلحة جدية، وإنما فقط بقصد الإضرار بالزوج، فعليها تحمّل التعويض أيضا، لأنه أساس استعمال الحق. ولكن هذا الرأي مرجوح، لأنه وإن لم يكن هناك مانع من شمول الزوجة بهذا التعسف بناء على إساءة استعمال الحق إذا كان الاستعمال بقصد الإضرار فقط، ولكن قد تكون مصلحة الزوجة في الفراق عن زوجها أجدى وأنفع من استمرار الزواج، بالإضافة إلى أن الزوج عندما يفوض زوجته بتطبيق نفسها منه متى شاءت، يكون على علم بأن زوجته قد تلجأ إلى هذا الحق المكتسب للخلاص منه، بناء على التفويض أو التوكيل ولو بدون موافقة.

1: وعلى رأسهم محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 285؛ زكي شعبان، مرجع سابق، ص 381؛ و محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ص 60؛ عبد الكريم زيدان، الفصل، ج 6، ص 358.

2 زكي شعبان، مرجع سابق ص 380؛ محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ج 1، ص 101.

3: جمانة فوزي النعيمات، مرجع سابق، ص 118.

4: محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 583.

النشريات المواكبة لنطور زراعة الكيف بالمغرب



من إعداد الاستاذ عبد السلام بوهلال

باحث في سلك الدكتوراه، مختبر الدراسات

والأبحاث في التنمية الترابية، كلية الآداب القنيطرة

المقدمة :

يرتبط الكيف (القنب الهندي) بالمغرب في أذهان الكثيرين زراعةً وتصنيعاً وتسويقاً بالأقاليم الشمالية عموماً، و بمنطقة كتامة تحديداً. والتي تخصص سكانها منذ القديم في هذه الزراعة التي انتقلت من زراعة تكميلية إلى نظام الزراعة الأحادية.

تثير زراعة الكيف العديد من الإشكالات القانونية والاجتماعية والمجالية، حيث نجد أن العديد من الفلاحين في الأقاليم الشمالية، لازالوا يعتمدون عليها كمصدر عيش رئيسي، رغم أنها تصنف من الناحية القانونية في دائرة اللاشعري منذ مدة طويلة؛ فهذه الزراعة تحتج مساحات جد شاسعة قدرتها المنظمة الدولية لمكافحة الجريمة والمخدرات في تقريرها الصادر سنة 2004 بحوالي 134000 هكتار.

ومقابل هذه الامتدادات المجالية السريعة للكيف لجأت الدولة إلى سن مجموعة من القوانين بغية الحد من انتشارها في الأقاليم الأخرى من المملكة المغربية.

فماهي التدابير والإجراءات القانونية التي اتخذها المشرع المغربي لمواكبة تطور زراعة الكيف بالبلاد؟ سواء على المستوى الوطني او العربي والدولي؟

1 التشريع الوطني في مجال مكافحة زراعة الكيف :

إذا تتبعنا النصوص القانونية الصادرة في ميدان زراعة الكيف بالمغرب، نجدها مرت بمجموعة من المراحل: فقد حاول المشرع إيجاد إطار قانوني لضبط الزراعة في البداية، قبل أن يلجأ إلى تجريمها ومنعها بشكل مطلق في النهاية.

1-1 النصوص القانونية المنظمة لمكافحة زراعة الكيف قبل الاستقلال :

تميزت هذه المرحلة بجواز أو " شرعنة" زراعة الكيف، فلكي يسمح للفلاح بالزراعة، عليه أن يتقدم إلى إدارة "سكا تبغ" للحصول على الرخصة من اجل مزاولة زراعته بحرية مطلقة. يفهم من هذا أن زراعة الكيف كانت تتم وفق ترخيص من شركة التبغ. وقد تخصص مركزان في هذا النوع من الزراعة: مركز بمنطقة مراكش في الجنوب: "الحوز"، ومركز في منطقة الحسيمة: "كتامة".

ويحق لشركة التبغ وحدها تسليم الرخص للفلاحين التي تعينهم بنفسها لجمع المحصول لحسابها، وتقوم بتوجيه لائحة بأسماء هؤلاء إلى السلطات المعنية. ونظم هذا ظهيرين :

أ- ظهير 1919 11/5 في ضبط زراعة الكيف¹؛

ب- ظهير 12 رجب 1351 الموافق ل 12 نونبر 1932 يجعل نظام لأنواع التبغ و الكيف بالمغرب² ، ومن أهم سمات هذه المرحلة، القضاء نهائيا على زراعة الكيف بالمنطقة الاستعمارية الفرنسية؛

ثم جاء ظهير 20 شعبان 1313 الموافق ل 24 أبريل 1954 المتعلق بمنع زراعة الكيف³ والذي ألغى صلاحيات التراخيص التي كانت تمنحها شركة التبغ مع القيام بمراقبة صارمة لشبكات الإنتاج⁴. ولتشجيع موظفي الدولة المكلفين بذلك، تم إصدار مرسوم رقم 2.56.038 بتاريخ 27 ذو القعدة 1375 الموافق ل 30 يونيو 1956، يقضي بإعطاء جوائز مالية للأعوان المكلفين بزجر ترويج مادة الكيف⁵.

لكن رغم ذلك فالأمر كان مختلفا في المنطقة الاستعمارية الإسبانية، لأن مجال تطبيق ظهير 1954 كان يقتصر على المنطقة الخاضعة للسيطرة الفرنسية، وعليه كان يتعذر تطبيق النصوص الصادرة عن السلطات الفرنسية على مجمل التراب الوطني. فبقي الشمال بدون تغطية قانونية إن صح التعبير.

1 - 2 النصوص القانونية المنظمة لمكافحة الكيف بعد سنة 1956.

إن المنطقة الشمالية بما في ذلك طنجة لم يطبق عليها القوانين التي كانت تسري في المنطقة الجنوبية ، إلا بعد صدور قرار نائب رئيس الوزارة ووزير المالية ووزير الصحة العمومية في 11 يناير 1960، وظهير شريف رقم 1.60.138 في تتميم الظهير⁶ الصادر في 20 شعبان 1373 الموافق ل 24 أبريل 1954، يمنع بموجبه زراعة الكيف بشكل نهائي في المنطقة الشمالية من المملكة المغربية.

ومن أجل تقوية حجية منع الكيف في المغرب وسد النقائص الكثيرة التي اعترت الميدان التشريعي في هذا المجال، جاء ظهير⁷ 28 ربيع الثاني 1394 الموافق ل 21 ماي 1974. المتعلق بزجر الإدمان على المخدرات السامة

1 الجريدة الرسمية عدد 342 بتاريخ 1919/11/17، ص 736.

2 نفسه عدد 1060 بتاريخ 1933/02/17، ص 245.

3 نفسه عدد 2167 بتاريخ 1954/04/07، ص 1363.

4 كتاب أبيض، نونبر 1994 : سياسة المغرب العامة في مجال مكافحة المخدرات ومن أجل التنمية الاقتصادية لأقاليم الشمال، ص 8

5 الجريدة الرسمية عدد 2284 بتاريخ 1956/08/03، ص 1300.

6 الجريدة الرسمية عدد 2512 بتاريخ 1960/12/16، ص 3751.

7 وهو التشريع المعمول به حاليا في ميدان المخدرات في القضاء المغربي.

ووقاية المدمنين على هذه المخدرات¹، إذ « يعاقب بالحبس من خمسة إلى عشر سنوات وبغرامة يتراوح قدرها من 5000 إلى 50000 درهم كل من استورد أو أنتج أو نقل أو صدر أو أمسك بصفة غير مشروعة المواد أو النباتات المعتبرة مخدرة» (الفصل الثاني من ظهير) 1974².

وهكذا انتظر المغرب عدة قرون - إذا اعتبرنا القرن الخامس عشر هي بدايات الانتشار الأولى لزراعة الكيف به - حتى يصبح له قانون يحرم بصفة هذه الزراعة في كافة التراب الوطني، أي تغلغت داخل مجتمعات المناطق الجبلية وأضحت تشكل لدى السكان المصدر الرئيسي لدخلهم السنوي.

فالمنع جاء في ظرفية تاريخية حرجة بالنسبة للسكان المعتمدين على محصول الكيف في جميع الميادين، لهذا لم يكن من السهل القضاء عليه؛ لأن الأجيال، توارثته وكونت بصدده رصيذا ثقافيا هاما (صناعة الحبال؛ تغذية الدواجن، سجاد للأرض؛ استعمالات طبية...)، فضلا عن المرودية الاقتصادية المهمة للمنتوج. إلا ان هذا الوضع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي لم يتم مراعاته، مما جعل القانون المذكور يفشل في انتزاع النبتة من أعالي الريف³.

وبالإضافة إلى هذه المقاربة القانونية، لجأت السلطات الحكومية إلى مقاربة إدارية، تمثلت في إحداث لجنة وطنية للمخدرات من أجل مكافحة المخدرات بموجب مرسوم رقم 2.77.626 بتاريخ 19 شوال 1397 الموافق ل 31 أكتوبر 1977⁴، وهي هيئة وزارية تستوحي من توصيات منظمة الأمم المتحدة، وتعمل بتعاون الإدارة العامة للأمن الوطني و الدرك الملكي و القوات المساعدة و القوات المسلحة الملكية ومصالح الجمارك وشركة التبغ والسلطة المحلية⁵، وضعت تحت الرئاسة الفعلية لوزارة الصحة العمومية، تضم ممثلين عن الوزارات المهتمة بظاهرة المخدرات، وتتولى هذه اللجنة اقتراح إجراءات تطبيق الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية في مجال مكافحة المخدرات، وإعداد البرامج الإعلامية حول مخاطر المخدرات، وبحث الوسائل الكفيلة بتحقيق مكافحة فعالة للإنتاج والترويج غير مشروع. وحياسة وبيع ونقل واستعمال المخدرات⁶

2 مواكبة التشريع المغربي للتشريع الدولي في ميدان مكافحة القنب الهندي :

يشكل التعاون الدولي في مجال الخدرات عنصرا أساسيا وفاعلا في مواجهة هذه الآفة والحد منها والسيطرة عليها، لأن مشكلة المخدرات تعتبر مسؤولية عامة ومشتركة، وتتطلب اتباع نهج متكامل ومتوازن يتوافق مع الأغراض والمبادئ المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة المخدرات.

وانطلاقا من هذا الواقع، أصبح تعزيز التعاون الدولي والإقليمي بين الأجهزة والهيئات المعنية في مجال مكافحة المخدرات ضرورة ملحة للحد من انتشارها وبالتالي العمل على منعها نهائيا...! بدل تثمينها وتوظيفها في مجالات أخرى.

¹ الجريدة الرسمية عدد 3214، بتاريخ 05 / 06 / 1974، ص 1525

² محمد بن يحيى (2002): قانون المخدرات و المؤثرات العقلية؛ منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة "نصوص ووثائق" العدد 65؛ الطبعة الأولى؛

ص 168

³ عبد السلام بوهلال: (2006) الانسان والمجال والتنمية بجامعة عبد الغاية السواحل "إقليم الحسيمة"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الآداب القنيطرة.

⁴ الجريدة الرسمية عدد 3390 بتاريخ 19/10/1977؛ ص 3036

⁵ كتاب أبيض، نونبر 1994 : مرجع سابق؛ ص 24

⁶ محمد اديب السلاوي (1997): : مرجع سابق؛ ص 118 .

ووعيا منه بخطورة المخدرات، بادر المغرب إلى الانخراط في مجال التعاون الدولي، من أجل كبح انتشار المخدرات عموما والكيف بشكل خاص، باعتباره "المخدر" الأكثر شيوعا داخل البلاد، وذلك بمصادقته على جل الاتفاقيات الدولية والعربية المتعلقة بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية.

لقد جاءت الاتفاقيات الدولية في مجال محاربة المخدرات. في شكل شمولي عمت جل المواد المخدرة، ولم نعثر على اتفاقية خاصة بمحاربة الكيف وحده؛ لذا سوف نتطرق في هذا الفصل للاتفاقيات المتعلقة بالوقاية من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، مثل الكيف ومشتقاته.

2 - 1 مصادقة المغرب على النصوص القانونية العربية في مجال مكافحة الكيف :

يعتبر المغرب عضوا نشيطا في جامعة الدول العربية، ويساهم بشكل فعال في بناء استراتيجية عربية موحدة ومشاركة لمكافحة المخدرات بالوطن العربي. هذه الاستراتيجية تبلورت عبر ثلاث مراحل أساسية¹ :

المرحلة الأولى : مرحلة المكتب الدائم لشئون المخدرات: بتاريخ 26 غشت سنة 1950م صدر قرار اللجنة السياسية لجامعة الدول العربية بإنشاء مكتب بالأمانة العامة للجامعة يتكون من ممثل لكل دولة من دول الجامعة ويكون من اختصاصه مراقبة التدابير المتخذة في كل دولة عربية لمكافحة إنتاج وتهريب المخدرات بين الدول العربية.

المرحلة الثانية : مرحلة المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة: وافق مجلس جامعة الدول العربية على إنشاء المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة في 10 أبريل سنة 1960م، بغرض العمل على دراسة أسباب الجريمة ومكافحتها ومعاملة المجرمين، وتأمين التعاون المتبادل بين الشرطة الجنائية في الدول العربية ومكافحة المخدرات.

المرحلة الثالثة : مرحلة مجلس وزراء الداخلية العرب: اعتمد المؤتمر الاستثنائي لوزراء الداخلية العرب (الرياض، فبراير 1982) النظام الأساسي لمجلس وزراء الداخلية العرب، وتمت المصادقة عليه من قبل مجلس جامعة الدول العربية بدور انعقاده الثامن والسبعين بقرار رقم 4218 في 23 سبتمبر سنة 1972م، وعقد المجلس أول دوراته في الدار البيضاء بالمغرب. وحل المجلس محل المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة ونقلت إليه مكاتبها.

اعتمد مجلس وزراء الداخلية العرب الاستراتيجية العربية لمكافحة المخدرات في نهاية عام 1986م وفي العام التالي اعتمد في دورته السادسة بقراره رقم 93 لعام 1987 الخطة المرحلية الأولى للاستراتيجية، ومدتها خمس سنوات اعتبارا من أول يناير سنة 1988م حتى نهاية دجنبر سنة 1992م، ثم توالت الخطط: الخطة المرحلية الثانية لمدة خمس سنوات (1994 - 1998م) بقراره رقم 213 لعام 1994، الخطة المرحلية الثالثة (1999م - 2003م) بقراره رقم 309 لسنة 1999م، الخطة المرحلية الرابعة لمدة ثلاث سنوات (2004-2006م)، والخطة المرحلية الخامسة لمدة ثلاث سنوات (2007م - 2009م) وأخيراً قام فريق عمل مكون من ممثلين لعدد من الدول العربية

¹ محمد فتحي عيد (2009) : الاستراتيجية العربية لمكافحة الاستعمال غير المشروع للمخدرات والمؤثرات العقلية منشورات جامعة نايف للعلوم الأمنية؛ السودان ص 5.

والأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب وجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية¹، بإعداد مشروع الخطة المرحلية السادسة لمدة ثلاث سنوات (2010م-2012م)².

كما صادق مجلس وزراء الداخلية العرب³ بدورته الرابعة سنة 1986م، على القانون العربي الموحد للمخدرات النموذجي، وهو قانون يواكب أحدث المستجدات الدولية في مجال مكافحة المخدرات.

واعتمد ذات المجلس في دورته الحادية عشر سنة 1994م على الخطة الاعلامية العربية الموحدة لمكافحة ظاهرة المخدرات، التي استهدفت حماية وتحصين جميع فئات المجتمع ضد آفة المخدرات. كما صادق المجلس في نفس الدورة على الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات⁴. وهذه الاتفاقية تضم نصوصاً تتعلق بتسليم المجرمين والتعاون القانوني والقضائي المتبادل والتعاون الإجرائي، لتيسير التبادل السريع والمأمون للمعلومات المتعلقة بجرائم المخدرات...

كما وافق مجلس وزراء الداخلية العرب بدورته العشرين المنعقدة سنة 2003 على القانون العربي الاسترشادي لمكافحة غسل الأموال. وتعتبر المخدرات أهم وسيلة يلجأ إليها لغسل الأموال.

وبهذا تكون الدول العربية، قد هيأت مرجعية قانونية صلبة ومتينة في مجال مكافحة المخدرات. ليبقى التساؤل المطروح والمشروع ماهي الإضافات التي جاءت بها النصوص الدولية في هذا المجال؟

2- 2 مصادقة المغرب على النصوص الدولية في مجال مكافحة الكيف :

بدأت مكافحة المخدرات في العالم بسياسة جنائية وطنية عمادها القانون الجنائي، وأداتها الشرطة والجمارك وقوات حرس الحدود والمصالح الأخرى ذات الصلة. وكان أول تشريع لمكافحة المخدرات صدر في العالم هو الذي أصدرته السلطات الاستعمارية الفرنسية التي كانت تحتل القطر المصري سنة 1800م والذي ينص على منع تعاطي الحشيش في مصر، ويعاقب على مخالفة أحكامه بالحبس لمدة ثلاثة أشهر ومصادرة الحشيش المضبوط . وجاء بعده القانون الفرنسي الصادر في 19 يوليو عام 1845. ثم توالى صدور التشريعات، وخاصة بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى حيث قامت الدول بسد ما نقص في قوانينها أو إعادة صياغة تشريعات جديدة.

وكان أول جهاز متخصص أنشئ لمكافحة المخدرات في العالم هو مكتب المخابرات العام للمواد المخدرة، الذي أنشئ في مصر بتاريخ 20 مارس عام 1928، وفي العام التالي أنشئ الجهاز المتخصص في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم توالى إنشاء الأجهزة المتخصصة في جميع أنحاء العالم.

وكانت أول خطوة دولية كشفت عن رغبة الدول في التعاون، من أجل مكافحة المخدرات هي مؤتمر شنغهاي الذي عقد في الصين في شهر فبراير عام 1909 وشاركت فيه 13 دولة من مختلف دول العالم، تلتها مجموعة من

1الجهاز العلمي لمجلس وزراء الداخلية العرب.

2 محمد فتحي عيد (2009) : مرجع سابق ص13.

3صالح محمد السعد(2006) : جهود الأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب في مجال مكافحة المخدرات، منشورات جامعة نايف للعلوم الأمنية الرياض ص167.

4مقام المغرب بنشر هذه الاتفاقية بموجب ظهير رقم 1.96.178 صادر في 29 ربيع الأول 1422 الموافق ل 22 يونيو 2001 (الجريدة الرسمية عدد5001 بتاريخ 2002/05/06؛ ص 1269).

المؤتمرات والندوات والتي تمخض عنها ثلاث اتفاقيات أساسية، وهي التي تحكم التعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات¹ وتتجلى في :

- الاتفاقية الوحيدة للمخدرات الصادرة سنة 1961

-اتفاقية المؤثرات العقلية الصادرة سنة 1971

-اتفاقية الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية الصادرة سنة 1988.

إن المغرب سيصادق على جميع هذه الاتفاقيات بإصدار :

- مرسوم ملكي رقم 66.236 بتاريخ 7 رجب 1386 الموافق ل 22 أكتوبر 1966 حيث صادق بموجبه المغرب على الاتفاقية الوحيدة للمخدرات الموقعة بنيويورك²1961

- ظهير 9 صفر 1401 الموافق ل 17 دجنبر 1980 المتعلقة بالمصادقة على الاتفاقية الدولية حول العقاقير المخدرة الموقعة بفيينا³1971

- ظهير رقم 1.92.283 صادر في 15 ذي القعدة 1422 الموافق ل 29 يناير 2002 المتعلق بنشر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية الموقعة بفيينا في 20 دجنبر 1988⁴.

لم يكتفي المغرب بالمصادقة على الاتفاقيات الدولية فحسب، بل سارع إلى الانخراط في المؤسسات الدولية المعنية مباشرة بمكافحة المخدرات والجريمة. حيث انظم إلى منظمة "الأنتربول" سنة 1956، وفتح بالرباط مركزا وطنيا لمكافحة الجريمة وترويج المخدرات⁵. كما وقع على العديد من البروتوكولات والاتفاقيات الثنائية مع العديد من الدول في مجال مكافحة المخدرات.

خاتمة :

إذا كان هناك إختلاف في أصل وتاريخ وصول الكيف إلى المغرب، فإنه من الثابت إن البدايات الأولى للإنتشار المحلي كانت مع ترخيص السلطان الحسن الأول لبعض القبائل بجبال الريف زراعته في أواخر القرن 18م، ثم إنتقلت إلى مجالات أخرى كحوز مراكش. وأمام المنع التي تعرضت له هذه الزراعة في مناطق نفوذ الاحتلال الفرنسي، أصبحت بعض المناطق في جبال الريف المختص الوحيد في الزراعة المفضلة لدى الفلاحين. علما ان أهمية "الكيف" ومشتقاته ستزداد مع تصنيعه في سبعينات القرن الماضي، حيث سيصبح للمنطقة إشعاعا وطنيا ودوليا مما سيرفع من الريع العقاري للكيف. هذه المردودية المرتفعة ستحفز ساكني المجالات المجاورة على إدخالها في أنظمتهم الزراعية، مما ساهم في اتساع الرقعة الجغرافية الكيف على حساب الزراعات المعاشية والقطاع الغابوي.

ومن أجل الحد من توسع زراعة الكيف لجأ المشرع المغربي الى مبدأ التدرج :

¹ أحمد فتحي عيد (2006)، مقومات التعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات، منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض ص 13.

² الجريدة الرسمية عدد 2283، بتاريخ 1966/12/17؛ ص 1401

³ نفسه عدد 3590؛ بتاريخ 1981/08/19؛ ص 394

⁴ نفسه عدد 4999 بتاريخ 2002/24/29؛ ص 1128

⁵ كتاب أبيض، نونبر 1994 : مرجع سابق؛ ص 17

- حيث سيحاول التحكم في هذه الزراعة بداية من خلال اصدار: ظهير 11/5 1919، في ضبط زراعة الكيف كمرحلة أولى.

- ثم سيقوم بلجنتاات زراعة الكيف من منطقة الاحتلال الفرنسي عن طريق ظهير 20 شعبان 1313 الموافق ل 24 أبريل 1954، المتعلق بمنع الكيف.

- قبل أن يعمل على منعها بشكل نهائي بواسطة ظهير 28 ربيع الثاني 1394 الموافق ل 21 ماي 1974، المتعلق بزجر الإدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على هذه المخدرات. كما عزز المغرب منع هذه الزراعة بمصادقته على مجموعة من الاتفاقات الدولية والنصوص العربية التي اهتمت بمحاربة المخدرات.

فهل نجح المشرع المغربي في القضاء على زراعة الكيف واسطة هذه المقاربة القانونية المحضة ؟

يبدو أن المغرب لم يتمكن من ذلك لأن واقع الحال يؤكد على أن زراعة الكيف مازالت تشكل مصدر العيش الوحي للسكان في جبال الريف حيث قدرتهم المنظمة الدولية لمكافحة الجريمة والمخدرات في تقريرها الصادر سنة 2004 بحوالي 800000 شخص، كما أنها تستوعب عددا هائلا من العمال الزراعيين خلال مواسم الحرث والحصاد والتصنيع، كما تشكل المنطقة سوق استهلاكية مهمة، يلجأ إليها التجار من مناطق مختلفة لتصريف منتجاتهم وسلعهم المختلفة، مما يجعل منها منطقة ذات إشعاع اقتصادي واجتماعي وثقافي في إطار هذا الاقتصاد المفتوح¹.

إن عدم فعالية المقاربة القانونية الأمنية في انتزاع الكيف من جبال الريف، سيدفع بالمغرب إلى تبني مقاربة إجتماعية تتمحور حول البحث عن بديل زراعي للكيف لكن مألها كان الفشل، لأنه ثبت باللموس أن ليس هناك في الوقت الحالي أي زراعة يمكن أن تضاهي مردوديتها مردودية الكيف في تلك الظروف الطبيعية الهشة والصعبة، زيادة على تمسك السكان المحليين و تشبثهم بزراعتهم المفضلة على جميع المستويات.

لقد أدى محدودية مقاربات الدولة في القضاء على زراعة الكيف إلى تبلور فريق يدعو إلى تقنينها وحجتهم في ذلك أن للكيف ومشتقاته فوائد طبية وصناعية عديدة... يتكون هذا الفريق من مجموعة من الفاعلين على رأسهم الائتلاف المغربي من أجل الاستعمال الطبي والصناعي للكيف، إضافة إلى بعض الباحثين الجامعيين وبعض السياسيين والحقوقيين... الخ

إذن، لقد حان الوقت في اعتقادنا لكي تعترف الجهات الرسمية باستحالة إيجاد البديل الزراعي للكيف، ومن تم البحث عن صيغة ملائمة لتقنين هذه الزراعة²، مع توجيه الانتاج إلى الطب، الصيدلة، الصناعة، النسيج... الخ ومن شأن مثل هذه الخطوة أن تنقل مجالات زراعة الكيف إلى نظام سوسيو اقتصادي جديد، ستتغير معه مختلف الميكانزمات المحددة للتنمية المحلية المستدامة سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي.

¹ BOUDOUAH, M (2005) : L'Evolutino de l'organisation de l'espace et son in pact sur la population locale dans le Rif Central. IN

L'espace campagnard marocain :spécificités et mutations. Groupe de recherche sur les campagnes marocaines

.F.L.S.H ;Kénitra.pp :1-9

²عبد السلام بوهلال: (2006) الانسان والمجال والتنمية بجامعة عبد الغاية السواحل "إقليم الحسيمة"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الآداب القنيطرة.

المعالجة القانونية لظاهرة اختطاف وإسغلال الأطفال في الجزائر بين معرفة الأسباب وضرورة التصدي



من إعداد : الأستاذة غربي صورية والأستاذ عبد الحكيم بوجاني
باحثان في القانون من جامعة أبي بكر بلقايد - ولاية تلمسان

مقدمة :

تعتبر الجريمة ظاهرة من ظواهر الحياة الاجتماعية ، و هي ظاهرة غير سوية ، فالجريمة هي انحرافا طبيعيا لشريحة غير سوية من المجتمع ، و على هذا الأساس فإن جهود الباحثين في الجريمة تهدف إلى تلافي العوامل التي تهيئ الفرصة لارتكابها و خفض معدلاتها ، أما القضاء عليها بشكل نهائي فيظل غاية مثلى لكل المجتمعات¹.
و من بين الجرائم المنتشرة و التي شغلت الباحثين و المشرعين هي جريمة اختطاف الأطفال لسهولتها بسبب صغر سن الطفل و قلة حيلته و ليت يكتفي المختطف بالاختطاف بل غالبا ما يصاحبه اعتداءات كانت الهدف من وراء خطفه فقد تكون إما جنسية أو مادية أو حتى الانتقام من والديه .

فنظرا لضعف هذا المخلوق البشري ينبغي أن تعمل كل هيئات المجتمع و الدولة على حمايته لأن الطفولة غير سوية تنشئ شباب متطرف منحرف فأطفال اليوم هم شباب الغد ، و هذا ما حاول المشرع الجزائري فعله في التعديل الجديد لقانون العقوبات 2014 بموجب القانون رقم 01-14 و الذي حاول فيه تدارك النقص التشريعي و تشديد العقوبة على مرتكبي هذه الاعتداءات لعل تفيده و تضع حد لهذه الانتهاكات .

و عليه نطرح الأشكال التالي : ما هي الأسباب الحقيقية التي تدفع بالمجرم إلى ارتكاب الاختطاف ؟ وما هي السياسة الناجعة والضرورية للتصدي ومحاربة هذا النوع الخطير من الجرائم؟ وإلى أي مدى يمكن أن نعتبر انتشار ظاهرة اختطاف الأطفال واستغلالهم قرينة على ضعف إيقاع الردع العام بالنسبة للعقوبات المقررة في هذا الخصوص؟.

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا الموضوع إلى ثلاث مطالب، في المطلب الأول نتحدث عن الأسباب الجنسية، أما المطلب الثاني ففيه الأسباب المالية ، أما المطلب الأخير فسنتكلم عن الأسباب القانونية.

¹- أنظر ، علي بن فهد بن علي المسردي ، جرائم خطف الأحداث في ضوء الشريعة الإسلامية ، دراسة نظرية تطبيقية من واقع ملفات القضايا بمحاكم الرياض ، مذكرة ماجستير في التشريع الجنائي الإسلامي ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية ، 1422هـ - 2001 ، ص.01.

المطلب الأول : الأسباب الجنسية لاختطاف الأطفال :

نظرا للتطور الهائل في مجال الإعلام و الاتصال و خاصة الإنترنت و توافد الشباب عليها عن طريق الشبكات المختلفة أنشأ لدينا شباب ميوله بالدرجة الأولى جنسي بسبب المواقع الإباحية و الفراغ و الحرمان الجنسي ، و أهم ظاهرتين للاختطاف الجنسي للأطفال هما الشذوذ الجنسي و الاغتصاب.

الفرع الأول : الشذوذ الجنسي :

يعرف الشذوذ لغة على أنه مخالفة العادة و غرابة الأطوار¹، فشدّ يشدّ شذوذاً أي خرج عن طبيعة ما هو مألوف بين عامة الناس². أما اصطلاحاً فيعرف على أنه ممارسة جنسية مهما كان شكلها تتم بين شخصين من نفس الجنس و هو ما يسمى باللغة الفرنسية³ *homosexualité*، و يجب الإشارة أن الشذوذ يكون من طرف الرجل و من طرف المرأة فإذا كان بين الرجال سمي اللواط و إذا تم بين النساء سمي سحاقاً. أما أسباب الشذوذ الجنسي فقد اختلف العلماء فمنهم من أرجعه لأسباب نفسية و اجتماعية و منهم من أرجعه لأسباب بيولوجية و منهم من اعتبره عمل غير سوي ليس لديه مبرر.

أولاً : الأسباب النفسية و الاجتماعية :

قبل سنة 1973 كان الشذوذ مدرجا في قائمة الاضطرابات النفسية في الكتاب التشخيصي الإحصائي للاضطرابات النفسية ، هذا الكتاب كان يعتبر المصدر الرئيسي في تشخيص الاضطرابات النفسية في أمريكا و دول العالم . لكن نظرا لضغوطات جمعيات الشذوذ الجنسي لم يتم اعتبار الشذوذ اضطراب نفسي ، و معظم الشواذ يكونون قد تعرضوا لاعتداءات جنسية في الطفولة ، فالأطفال المعتدى عليهم جنسيا اليوم هم شواذ المستقبل⁴. أما الأسباب الاجتماعية فتتمثل بالدرجة الأولى في التربية غير الصحيحة و المحيط و الاضطهاد و الإحباط و تحريم كل أنواع العلاقات الإنسانية بين الجنسين حتى مهما كانت درجتها و طريقتها و لو كانت بريئة ، مما يربي حساسية تجاه الجنس الآخر.

كذلك عدم الاهتمام بمطالب الشخص الجنسية و حرمانهم من إشباعها يدفعهم إلى الشذوذ مثل السجناء و معسكرات الجنود... الخ.

ثانياً : الأسباب البيولوجية :

هناك نظريات علمية تحاول تفسير هذا الشذوذ من بينها :

1- نظرية الفروق التشريحية :

و التي قام بها العالم الشاذ جنسيا Simon Le Vay سنة 1991 ، و الذي توصل فيه إلى وجود فروق في حجم الجزء الأمامي من المخ بين الرجال الشواذ و الرجال الطبيعيين ، غير أنه تعرض لانتقاد كبير و تم استبعاد هذه النظرية لعدم صحتها.

¹ - أنظر ، ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، 1997 ، ص.1627.

² - أنظر ، مجد الدين يعقوب الفيروزي آبادي ، القاموس المحيط ، ط2 ، مؤسسة الرسالة ، 1958 ، ص.1239

³ - أنظر ، نسيم طوبال ، الجريمة الأخلاقية الشاذة ، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 18، الجزائر ، 2007-2008 ، ص.04.

⁴ - أنظر ، نسيم طوبال ، الجريمة الأخلاقية الشاذة ، المرجع السابق ، ص.06.

2- نظرية الجين الشاذ :

و التي قام بها العالم الأمريكي Dean Hymer ، و الذي لاحظ فيه بأن هناك جينية مميزة على الكروموزوم X 33 تم اكتشافهم على 40 شاذ جنسيا تم إجراء تجارب عليهم¹.

لكن بعد ذلك تم إثبات عدم صحة هذه النظرية و خلصوا على أن الشذوذ الجنسي سلوك و اختيار.

3- النظرية البيولوجية :

و محتواها أن الشاذ يكون نتيجة تعرض الأم إلى ضغوط نفسية شديدة أثناء فترة الحمل ، و هذا ما يسبب اضطراب هرموني يؤثر في تكوين الجنين. و لإثبات هذه النظرية حاول العلماء إيجاد علاقة بين درجة تعرض بعض الأجنة لبعض الهرمونات في أرحام أمهاتهم و بين الشذوذ الجنسي عن طريق قياس طول أصابع الشواذ و مدى قدرتهم على السمع ... الخ و نفس الشيء تعرضت هذه النظرية للانتقاد الشديد لعدم قدرتها إثبات ذلك و لعدم قطعيتها².

لكن حسب اعتقادنا السبب ليس بيولوجي و إنما نفسي اجتماعي و انعدام الوازع الديني و سعي الإنسان دائما إلى إشباع غرائزه بأي طريقة ، و انفتاح المجتمع الجزائري على العالم عبر وسائل الإعلام ساهم في وجودهما في الجزائر و إن كانت خفية بسبب استنكار المجتمع و الدين لها لكن بدأت تظهر من خلال الاختطافات للأطفال و الاغتصابات التي تتم عليهم ففي القديم كنا نسمع باغتصاب الرجل للمرأة لإشباع شهوته لكن الآن أصبح حتى الذكر على الذكر و خاصة الأطفال.

الفرع الثاني : الاغتصاب :

يعتبر الاغتصاب من أخطر جرائم العرض فما بالك ما إذا كان الضحية طفل ، و يعرف الاغتصاب بأنه وطء لامرأة يكون تاما و غير مشروع و بدون رضاها³، و يعتبر صغر سن الضحية قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على انعدام الرضا ، فعدم الرضا هنا حكمي يفترضه القانون و إن خالف الواقع ، و ذلك على اعتبار أن هذا الرضا من السهل أن يصدر من الصغيرة نظرا لعدم إدراكها ماهية فعل الجاني و لخطورته⁴.

فالحاجة الجنسية للمنحرفين تجعل الاختطاف الوسيلة الوحيدة لاغتصاب الضحية و أسهل ضحية هو الطفل لعدم إدراكه و قلة قوته و عادة ما تبدأ بالمداعبة و الإغراءات لإدراج الطفل إلى مناطق معينة و اغتصابه فيها ، بل و قد يتم تعريضه عمدا لمشاهدة أفلام أو صور فاضحة قصد إثارة غرائزه الجنسية مبكرا⁵.

¹ - WUNCH .Serge, Thèse de Doctorat sur le comportement homosexuel, EPHE – Sorbonne ,Paris , 2007 , p. 89.

² - WUNSH.Serge, op.cit.,p.89.

³ - أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 1982 ، ص.36.

⁴ - أنظر ، بدر الدين حاج علي ، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2009 - 2010 ، ص.65.

⁵ - أنظر ، بلقاسم سويقات ، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة ، 2010 - 2011 ، ص.90.

و قد أحصت مصالح الدرك الوطني وجود 850 حالة اغتصاب للأطفال خلال الفترة الممتدة ما بين جانفي و سبتمبر 2009¹، و قد كشفت منظمة غير حكومية أن أكثر من 10.000 طفل يقعون كل سنة ضحية للاعتداءات من بينهم 2000 طفل يتعرضون للاغتصاب².

المطلب الثاني : الأسباب المالية لخطف الأطفال :

قد يكون السبب في خطف الأطفال البحث عن المال و ذلك بطرق كثيرة فقد يستعملون في الدعارة، كما قد يستعملون كوسيلة للتسول دون أن ننسى أهم ظاهرة و هي المتاجرة بأعضاء الأطفال.

الفرع الأول : استغلال الطفل في الدعارة :

إن اختطاف الأطفال قد يكون بسبب استعمال هؤلاء في الدعارة لجلب المزيد من الأموال و هذا الأمر ينتشر في الدول النامية كالجزائر و لا يكتفي المختطف باستعمال الطفل في الدعارة بل يقوم بتصوير أعضاء الطفل أو و هو يمارس الجنس و وضعها عبر الانترنت لجلب المزيد من الزبائن.

و محاربة هذه الظاهرة جاء في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1999 و أدرج الجرائم المرتكبة ضد الأطفال ضمن الجرائم التي تختص بها المحكمة و قد أدرجت الاغتصاب ، أو الاستعمال الجنسي ، أو الإكراه على البغاء أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي ضمن الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية طبقا للمادة السابعة منه³.

أما في الجزائر فقد انتشرت هذه الظاهرة حيث تم إحصاء سنة 2007 حوالي 429 حالة استغلال الأطفال في الدعارة⁴، و كانت أغلب هذه الحالات يتم القبض على مجرميها في شكل عصابات مختصة ، و أحيانا أخرى تكون هذه العصابات دولية⁵.

الفرع الثاني : استغلال الطفل في التسول :

و إن كان هذا السبب ليس مضر بقدر الأسباب الأخرى إلا أن له تأثير على نفسية الطفل ، فقد انتشرت ظاهرة التسول ، خاصة ظاهرة جلوس نساء في وسط المدينة أو أمام الساجد أو في الأسواق و وضع أطفال غريبيين عنهم إلى جانبهم بحجة أنهم أبناءهم من أجل استعطاف قلوب الناس و حصد أكبر قيمة من الأموال.

الفرع الثالث : استغلال الطفل للمتاجرة بأعضائه :

لقد ازدهرت تجارة الأعضاء عبر العالم نتيجة للجريمة المنظمة ، بل أصبحت لها مواقع عبر الإنترنت للتواصل مع زبائنها و لاستقطاب نسبة أكبر من المتبرعين أو أي شخص يحصل على أعضاء.

و يعتبر خطف الأطفال من بين الوسائل التي توفر للعصابات أعضاء لبيعها بالملايين و إذا لم نقل بالملايير ، و السبب هو سهولة استدراج الأطفال و خطفهم و بتالي نزع أعضائهم لبيعها.

¹ - أنظر ، جريدة الأحرار الموقع : swt-alahran.net/oldsite/modules.php?name=new

² - أنظر ، قناة الجزيرة ، بتاريخ 25 سبتمبر 2013 ، www.youtube.com/watch?

³ - أنظر ، بدر الدين حاج علي ، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص.74-75.

⁴ - أنظر الموقع :

aokas-aitsmail.forumactif.info/votre-1-er-forum-f1/la-societe-algerienne-face-a-la-pedophilie-t2011.htm

⁵ - أنظر ، بدر الدين حاج علي ، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص.75.

المطلب الثالث : ضعف السياسة العقابية :

تمثلت في عدم ردية العقوبات التي جاء بها المشرع و الدليل على ذلك مدى انتشار ظاهرة اختطاف الأطفال في الآونة الأخيرة ، حيث تم إحصاء 500 طفل مختطف بين 2010 و 2012 ، و هذا رقم هائل لا بد من تخفيضه.

الفرع الأول : السياسة العقابية قبل تعديل 2014:

فبالنسبة لعقوبة خطف الأطفال فقد نصت عليها المادة 326 من قانون العقوبات " كل من خطف أو ابعده قاصرا لم يكمل الثامنة عشر و ذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار.

و إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج و لا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله." غير أن هذه الجريمة قد تتحول إلى جنائية إذا ما صاحب الاختطاف أعمال عنف و يعاقب حسب المادة 293 مكرر من 10 سنوات إلى 20 سنة و بغرامة من 1000000 إلى 2000000 و يعاقب الجاني بالسجن المؤبد إذا ما تعرض المخطوف للتعذيب.

المشرع لم يأتي بمادة خاصة باغتصاب القاصر بل أنه حتى لم يعرف لنا الاغتصاب و إنما تكلم عن هتك العرض في المادة 336 من قانون العقوبات و عقوبتها هي السجن المؤقت من 5 سنوات إلى 10 سنوات. أما إذا مورس فعل نخل بالحياء على قاصر فقد شدد المشرع العقوبة بالمقارنة مع الاغتصاب حيث جعلها في المادة 335/2 من قانون العقوبات 10 السجن سنوات حتى 20 سنة.

و بالنسبة لعقوبة التحريض عن الدعارة فالمشرع جعلها في المادة 342 من قانون العقوبات السجن من 5 سنوات إلى 10 سنوات و غرامة من 500 إلى 25000 ، و هي في الحقيقة عقوبة غير رادعة بمقابل الجريمة المرتكبة و نفس الشيء للجرائم الأخرى مما كان يتطلب تدخل من طرف المشرع لتعديلها.

الفرع الثاني : السياسة العقابية بعد تعديل 2014:

كان المشرع بتعديله لقانون العقوبات في محله ، و قد جاء بإضافات تصب في مصلحة القاصر ، و من بينه أنه جاء بمادة خاصة باستغلال الأطفال في التسول و هي المادة 195 مكرر حيث عاقب فيها الجاني بالحبس من 6 أشهر سنتين. بالإضافة إلى أنه ضاعف عقوبة الخطف حيث أصبحت عقوبتها من 10 سنوات إلى 20 سنة طبقا للمادة 291 من التعديل الجديد ، بل أكثر من ذلك قام المشرع بوضع مادة خاصة باختطاف القاصر و هي المادة 293 مكرر 1 من قانون العقوبات وعاقب فيها الجاني الذي يخطف قاصر لم يبلغ 18 سنة بالسجن المؤبد ، و إذا صاحب الاختطاف أعمال عنف أو تعذيب أو اعتداء جنسي يعاقب الجاني بالإعدام طبقا للمادة 263 من قانون العقوبات. كذلك ما أحسن المشرع فعله أنه جاء بمادة خاصة بالمتاجرة بالأطفال و هي المادة 319 مكرر و عاقب الجناة بالحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة و بغرامة من 500000 إلى 1500000 دج ، و إذا كان مرتكب الجريمة جماعة إجرامية منظمة أو عابرة للحدود يعاقب أصحابها بالسجن من 10 إلى 20 سنة و بغرامة من 1000.000 إلى 2000.000 دج.

كما قام بإضافة مادة و هي 333 مكرر يعاقب فيها كل شخص يمارس أنشطة جنسية أو يقوم بتصوير الأعضاء التناسلية للقاصر من أجل إنتاج إباحي يعاقب بالحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات بغرامة من 500.000 إلى 1000.000 دج .

الخاتمة :

لقد عرف المجتمع الجزائري في الآونة الأخيرة انتشار رهيب لظاهرة اختطاف الأطفال بشكل ملفت للانتباه وبشكل يؤثر على الشعور العام للأسرة الجزائرية التي أصبحت لا تأمن على أطفالها خاصة والحال أن وسائل الإعلام قد تعاطت مع الموضوع بكثير من الاهتمام بهدف تسليط الضوء على هذه الظاهرة والذي وصل إلى حد التهويل والإلقاء باللوم على الأجهزة الأمنية واتهامها بالعجز في كثير من الأحيان عن توقيف المتورطين في هذه الجرائم من جهة، ومن جهة أخرى التساؤل عن جدوى المنظومة التشريعية إذا لم تحقق الردع العام المرجو من وراء سنها. رغم الإحصائيات المرتفعة لاختطاف الأطفال إلا أن المشرع حاول في التعديل الأخير القضاء عليها برفع العقوبات، لكن هذا لا يكفي لأن العقاب ليس الحل الوحيد للقضاء على هذه الظاهرة بل لابد أن يتم محاربتها من جميع الجوانب القانونية والاجتماعية وحتى الاقتصادية.

الآليات القانونية الدولية المقررة لحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة



من إعداد فضيلة الأستاذ بوزيدي خالد
أستاذ مساعد "ب" كلية الحقوق والعلوم
السياسية جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

مقدمة :

يعد النزاع مفهوما تقليديا، و سمة من سمات البشر ظهر منذ الأزل، و يتجلى ذلك في النزاع الذي كان قائما بين ابني سيدنا آدم عليه السلام " قابيل و هابيل "، ومع الزمن تطورت النزاعات إلى أن تبلورت في شكل حروب، و لم يعد من الممكن في وقتنا الحاضر لأي أحد أن يتجاهل هذه الواقعة، أو ينكر الأضرار التي يمكن أن تترتب عنها و التهديد الذي تلحقه بالإنسان بصفة عامة، و الأطفال بصفة خاصة، الذي تظهر فيهم صفات الضعف و عدم القدرة على حماية أنفسهم، مما يجعلهم عرضة لمخاطر كثيرة أثناء النزاعات المسلحة، لذلك اتفق المجتمع الدولي على ضرورة حماية هذه الفئة الضعيفة و البريئة من المجتمع.

و قد بدأ هذا الاهتمام بعد نهاية الحرب العالمية الأولى، التي أسفرت عن قتل أعداد غير معروفة من الأطفال أو جرحت أو هجرت أو يتمت أو أخذت رهائن¹، و قد تجلت أول مبادرة فعلية لمساعدة الأطفال في بروكسل ببلجيكا سنة 1913، و في سنة 1920 تأسس الاتحاد الدولي لمساعدة الطفل برعاية اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تلاها بعد ذلك سنة 1923 نشر إعلان جنيف و الذي وافقت عليه عصبة الأمم آنذاك سنة 1924. إلا أنه و عقب الحرب العالمية الثانية فقد لوحظ نقص في مجال القواعد الخاصة بحماية الأطفال، و هو ما دفع المجتمع الدولي إلى التحرك من جديد و بذل مزيد من الجهد لوضع قواعد قانونية دولية تكفل إلى حد ما حماية الأطفال في النزاعات المسلحة، وهو ما توج بإبرام اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949، و التي تعززت فيما بعد بروتوكولين اضافيين، و كان ذلك في مؤتمر دبلوماسي عقد من سنة 1974 إلى سنة 1977، غطى البروتوكول الأول المنازعات المسلحة الدولية، في حين غطى البروتوكول الثاني المنازعات المسلحة غير الدولية، و توالت الجهود الدولية أيضا بعد ذلك إلى أن توجت هي الأخرى سنة 2000 بروتوكول اختياري خاص بإشراك الطفل في النزاع المسلح.

¹- OUSSEINI OUEDRAOGO , La Protection de l'enfant en droit international humanitaire, Edition universitaire Européennes, 2011, page 8

ولا شك أن دراسة هذا الموضوع يكتسب أهمية قصوى، لاسيما في ظل الظروف الراهنة التي يعيشها العالم، أين بدأت تلوح في سماء العلاقات الدولية كثرة النزاعات المسلحة، لعل أبرزها النزاع في كل من العراق و فلسطين و أفغانستان. فالوضع الكارثي الذي يعيشه الأطفال بصفة خاصة كل يوم في هاته البلدان، يجعلنا نستشعر بأهمية هذه الدراسة التي تقودنا إلى معرفة ما إذا قد كفلت للطفل حماية أثناء النزاعات المسلحة أم لا، وما إذا كانت كفاية في ظل تطور النزاعات التي أصبحت تستخدم فيها وسائل و أسلحة محرمة دوليا.

و من ثم فإن اشكالية هذه الدراسة ستنحصر حول مدى كفاية الحماية الدولية المقررة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية؟ و ما مدى فاعلية آليات تنفيذ الأحكام الخاصة بهذه الحماية؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية فقد اعتمدنا في دراستنا على كل من المنهج الوصفي عند تحديد مفهوم الأطفال في النزاعات المسلحة، كما استعنا بالمنهج المقارن للوقوف على أحكام اتفاقيات جنيف لسنة 1949 من جهة و اتفاقية حقوق الطفل من جهة أخرى.

وقد قسمنا دراستنا هذه إلى قسمين، نتعرض في القسم الأول إلى الوضع القانوني للأطفال في النزاعات المسلحة، و في القسم الثاني نتعرض إلى الآليات الدولية المقررة لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة.

أولا : الوضع القانوني للأطفال في النزاعات المسلحة :

أ- مفهوم الطفل موضوع الحماية :

حتى نحدد مفهوم الطفل¹ في النزاعات المسلحة الذي تشمله الحماية المقررة بموجب القانون الدولي في النزاعات المسلحة، فإنه يتعين علينا الرجوع إلى مجموع الاتفاقيات الدولية و المتعلقة بالنزاعات المسلحة، و التي يمكن أن نستشف من مجمل نصوصها عدم وجود تعريف محدد للطفل، و إنما تعددت المعايير التي على أساسها تبتدئ و تنتهي مراحل الطفولة، و منه الوضع القانوني للطفل في النزاعات المسلحة.

فبالعودة إلى نصوص اتفاقيات جنيف لسنة 1949 و البروتوكولين الإضافيين لسنة 1977، نجدها قد وضعت عدة معايير لتحديد مفهوم الطفل الذي تشمله الحماية، فالمادة 38 من اتفاقية جنيف الرابعة تعتبر بأن الطفل الذي لم يبلغ 15 سنة من عمره، يعد من السكان المدنيين الذين يكمن إدخالهم في المستشفيات أو المناطق الآمنة²، و بالتالي و حسب هذا النص فإن من تجاوز سن 15 لا يستفيد من الحماية المنصوص عليها، و هو الأمر الذي أكدته المادة 37 فقرة 2 من البروتوكول الأول و المادة 4 فقرة 3 من البروتوكول الثاني³، حيث نصت على أن يستفيد الاطفال دون 15 سنة من حماية خاصة سواء كانوا أسرى حرب أم لا.

¹ -الطفل لغة يعني المولود، و قانونا يعني الإنسان الكامل الخلق و التكوين لما يمتلك من قدرات عقلية و روحية و عاطفية و بدنية و حسية، للمزيد حول هذا الموضوع، أنظر ممدوح خليل البحر، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة و السلامة البدنية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة السابعة و العشرون، سبتمبر 2003، الكويت، صفحة 207

² -راجع الفقرة 2 و 5 من المادة 38 من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 أوت 1949

³ -و قد صادقت الجزائر عليهما بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-68 المؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق ل 16 ماي سنة 1989، و المتضمن الانضمام إلى البروتوكولين الإضافيين إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أوت 1949، و المتعلقين بحماية ضحايا المنازعات المسلحة (البروتوكول 1) و المنازعات المسلحة غير الدولية (البروتوكول 2) المصادق عليهما بجنيف في 8 أوت سنة 1977، الجريدة الرسمية عدد 20 مؤرخة في 17 ماي 1989، الصفحة 532

بينما نجد نصوصاً أخرى قد أقرت سناً مخالفاً لذلك السن الذي أشارت إليه النصوص السالفة الذكر، كما هو الحال بالنسبة للمادة 68 فقرة 4 التي نصت على عدم جواز إصدار حكم بإعدام شخص محمي تقل سنه عن 18 سنة وقت اقتراح المخالفة، وهو ما يعني أن كل من لم يتجاوز سن 18 سنة يعد في حكم الأطفال الذين تشملهم الحماية، بعدم جواز أن يصدر في حقه حكم يقضي بإعدامه، في حين أن نصوصاً أخرى في مقابل ذلك، قد جاءت خالية تماماً من الإشارة إلى سن الطفل الذي يستفيد من الحكم الوارد في النص المعني، مثلما هو عليه الأمر بالنسبة للمادة 78 من البروتوكول الأول والتي تحدثت عن إجلاء الأطفال بصفة مطلقة دون أن تحدد سناً معينة للطفل الذي يتمتع بهذا الحق¹.

و علاوة على اتفاقيات جنيف الأربع و البروتوكولين الإضافيين، فقد حددت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989²، في مادتها الأولى مفهوم الطفل بأنه (كل إنسان لم يتجاوز 18 ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه)، وبالتالي لا اعتبار الإنسان طفلاً محمياً بموجب هذه الاتفاقية، يستوجب توافر شرطين، يكمن الشرط الأول في عبارة "لم يتجاوز 18" و يتضمن هذا الشرط أمرين، يتمثل الأول في اعتبار الإنسان طفلاً ما لم يصل إلى سن 18، و يمكن الأمر الثاني بمفهوم المخالفة في أن الإنسان لا يعتبر طفلاً إذا وصل أو تجاوز سن 18. و يتمثل الشرط الثاني في عبارة "ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه" الذي يعتبر بموجبه الإنسان طفلاً إذا بلغ أو تجاوز سن الرشد وفقاً للقانون المنطبق عليه في بلده.

و انطلاقاً من الشرطين اللذين أخذت بهما اتفاقية حقوق الطفل، فقد زادت حدة التعقيد أكثر نوعاً ما على ما هو عليه الحال في اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949، إذ كاد الأمر أن يكون أكثر بساطة لو احتكمت المادة 1 أعلاه إلى شرط واحد، فالشرط الثاني الذي أورده المادة الأولى و الذي يعد استثناءً من قاعدة السن التي حددتها كمييار أساسي لتحديد مفهوم الطفل، يمكن أن تستعمل من قبل البعض حسب الكثير من المتبعين لتبرير رفض الحقوق الواردة في الاتفاقية، للأطفال الذين لا ينطبق عليهم تعريف الطفل بموجب القانون الوطني³.

و من ثم يمكن القول بأنه و في حالة عدم وجود سن في نص الاتفاقية، فإن منطق الأشياء يقول أنه لا بد من أن يستفيد الطفل من أعلى سن أعطي في اتفاقية حقوق الطفل و هو 18 سنة.

أما في حالة وجود نص فإن المنطق هنا يقضي بالأخذ بالسن الذي حدده النص. بينما إذا أخذنا بعين الاعتبار الشرط الثاني الذي نصت عليه المادة 1 من اتفاقية حقوق الطفل، فنكون بصدد 3 حالات :

ففي الحالة الأولى يعتبر الإنسان طفلاً إذا لم يتجاوز 18 عشر، و لم يبلغ سن الرشد بموجب قانون بلده قبل أن يتجاوز 18، فلو كنا أمام إنسان لم يبلغ من العمر 18 سنة و قد حدد قانون بلده سن الرشد ب 16 سنة مثلاً اعتبرناه طفلاً. بينما لا يعتبر الإنسان طفلاً في الحالة الثانية إذا لم يتجاوز 18، لكنه بلغ سن الرشد بموجب قانون بلده قبل أن يتجاوز 18، وهذه الحالة تجد مثلها في إنسان يبلغ من العمر 17 سنة و قد حدد القانون في بلده سن الرشد

¹ - و هو ما ذهب إليه الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل و رفاهيته لسنة 1990 الذي عرف الطفل بأنه (كل إنسان لم يتجاوز 18)، للمزيد أنظر محمد سامح عمرو، القانون الدولي الانساني آفاق و تحديات، الجزء الأول، تأصيل القانون الدولي الانساني و آفاقه، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 1، 2001، ص 305.

² - اعتمدت و عرضت للتوقيع و التصديق و الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، و دخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1990 وفقاً للمادة 49 منها.

³ - أنظر منتصر سعيد حموده، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام و الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 16

ب 16 سنة، فهذا الشخص لا يعتبر طفلاً. أما في الحالة الثالثة فتجد تفسيرها في الشخص الذي يتجاوز 18 سنة، فإنه لا يعتبر طفلاً أياً كان تحديد قانون بلده لسن الرشد، كما هو الحال مع ابن 19 سنة الذي لا يجب أن نعتبره طفلاً أياً كان تحديد قانون بلده لسن الرشد، وهي الحالة التي تنطبق على الجزائر التي حددت سن الرشد ب 19 سنة في المادة 40 من القانون المدني الجزائري¹، حيث تنص المادة 40 منه على ما يلي: (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد 19 سنة كاملة).

كما تنطبق هذه الحالة أيضاً على مصر، التي حددت سن الرشد في المادة 44 من القانون المدني المصري² ب 21 سنة بقولها (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد هي إحدى و عشرون سنة ميلادية كاملة). و على العموم و بناء على ما تقدم توضيحه، سنين في النقطة الموالية التدابير الدولية المقررة لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة.

ب- التدابير الدولية المقررة لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة :

يمنح القانون الدولي للنزاعات المسلحة حماية عامة للأطفال، بصفتهم أشخاصاً مدنيين لا يشاركون في الأعمال العدائية، كما يمنحهم حماية خاصة لكونهم أفراداً ضعفاء، و للتأكد من مدى كفاية و فعالية الحماية الدولية المقررة للأطفال، سوف نحلل الأحكام الواردة في نصوص اتفاقيات جنيف الأربعة و اتفاقية حقوق الطفل خاصة، علاوة على الاتفاقيات و الاعلانات الدولية ذات الصلة بموضوع حماية الأطفال في النزاعات المسلحة، من خلال الوقوف على عنصرين أساسيين يتعلق الأول بالتدابير العامة المقررة لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة، أما العنصر الثاني فيشمل التدابير الخاصة المقررة لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة.

1- التدابير العامة المقررة لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة :

إن البعد و الغرض الأساسيين الذي أقرت من أجله هذه التدابير العامة، هو ضرورة احترام الحقوق الأساسية للإنسان، التي تنطبق على جميع الأشخاص المحميين أثناء النزاعات المسلحة الدولية، و بما أن الأطفال جزء من هذه المنظومة المحمية التي تتمتع بحقوق أساسية هي الأخرى، فكان منطقياً و بديهي أن تنطبق هذه التدابير عليهم. و حتى يتمتع الأطفال بهذه الحقوق الأساسية يجب حمايتهم ضد تجاوزات الأطراف المعادية أو ضد إساءة استخدام السلطة، بتمكينهم من الاستفادة من الأحكام العامة التي تنطبق على أراضي طرف النزاع و الأراضي المحتلة. و تتمثل الحماية ضد تجاوزات الأطراف المعادية في 13 عنصراً، نصت عليها المادة 27 من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، وذلك باحترام أشخاص الأطفال و شرفهم و حقوقهم العائلية و عقائدهم الدينية و عاداتهم و تقاليدهم، و معاملتهم معاملة إنسانية في جميع الأوقات و حمايتهم بشكل خاص ضد جميع أعمال العنف أو التهديد، و ضد السباب و فضول الجماهير، و هي على هذا الأساس و بالضرورة حقوق

¹- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، الصفحة 999، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007، الجريدة الرسمية عدد 31 مؤرخة في 13 ماي 2007، الصفحة 3.

²- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، المؤرخ في 9 رمضان سنة 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948، الوقائع المصرية عدد رقم 108 مكرر (أ)، مؤرخة في 29 جويلية 1948.

تضمن السلامة البدنية و المعنوية للطفل ، و التي تعتبر أهم حق على الإطلاق¹. إذ يشمل حق السلامة البدنية حظر المساس بحياة الطفل أو صحته ، و من ثم وجب معاملته معاملة انسانية تجعله بمنأى عن أي عرضة للإبادة أو القتل أو التعذيب ، و التجارب التي لا يستوجبها العلاج الطبي ، كون أن هذه الاعمال تعد و باتفاق الفقهاء² أعمالا مخلّة بواجب المعاملة الانسانية ، على الرغم من عدم وجود تعريف موحد و محدد لهذه الأخيرة.

و أما حق السلامة المعنوية فهو يعني احترام كل القيم الأخلاقية المكونة للتراث الانساني ، إذ يجب حماية الأطفال من القذف و السباب و جميع أنواع المساس بالشرف ، كما ينبغي كذلك أن تحترم معتقدات الأطفال الدينية و عاداتهم و تقاليدهم و كذا حقوقهم العائلية ، فالمادة 82 من اتفاقية جنيف الرابعة تنص على أن يقيم أفراد العائلة الواحدة ، و على الأخص الوالدان و الاطفال معا طوال مدة الاعتقال في معتقل واحد... و يجوز للمعتقلين أن يطلبوا أخذ أطفالهم غير المعتقلين و الذين يتركون دون رعاية عائلية ليعتقلوا معهم ، كما نصت المادة 49 من ذات الاتفاقية على أنه و في حالة قيام دولة الاحتلال بإخلاء جزئي لمنطقة معينة فعليها أن تضمن عدم التفريق بين أفراد العائلة الواحدة. و هي كلها تدابير فرضتها شدة المعاناة التي قد يسببها انتهاك مثل هذه الحقوق، و ما تركه في نفسية الطفل من قسوة و خوف ، و ما يؤكد هذا القول هو ما توصلت إليه الدراسة التي أجرتها منظمة الأمم المتحدة للتربية و التعليم و الثقافة بشأن الأطفال و الحرب سنة 2001 ، إلى أنه (عندما ندرس طبيعة المعاناة النفسية للطفل الذي يقع ضحية للحرب ، فإننا نكتشف أن ما يؤثر في انفعالاته و عواطفه ليست هي وقائع الحرب ذاتها ، كالقصف و العمليات العسكرية ، فإن روح المغامرة وسيلة إلى التخريب و الحركة ، يمكنها التكيف مع أسوأ المخاطر ، و لا يحس الطفل بالمهالك المحدقة به طالما يظل قريبا ممن يحميه ، فهذا يجعل الشعور بالأمان مجسدا في قلبه الصغير ، و أن ما يؤثر على الطفل هو وقع الأحداث على الروابط العاطفية في أسرته ، و انقطاع سياق حياته المعتادة ، و أفسى ما يؤثر على الطفل أن ينفصل عن أمه فجأة)³.

و فضلا عن التدابير العامة المقررة لحماية الأطفال ضد تجاوزات الأطراف المعادية في النزاعات المسلحة ، المشار إليها أعلاه ، يتمتع الطفل أيضا بوصفهم مدنيين ، بحماية أثناء العمليات العسكرية ، و التي تكمن أساسا في ضرورة احترام القواعد المتعلقة بإدارة الاعمال الحربية ، التي تقوم على التمييز بين المدنيين و المقاتلين ، و حظر شن هجمات على المدنيين من جهة و اتخاذ احتياطات أثناء الهجوم من جهة أخرى ، وهو ما نصت عليه المادة 48 من البروتوكول الأول التي أكدت على مبدأ التمييز بين المدنيين و المقاتلين ، وذلك بحثها على أن لا توجه العمليات العسكرية نحو المدنيين طالما أنهم لا يشاركون في القتال ، و لتحقيق ذلك يجب قصر العمليات العسكرية ، و إن لم ترد هذه الكلمة في نص المادة بشكل صريح ، إلا أنها تستفاد من عبارة "الاهداف العسكرية التي تشمل القوات المسلحة ، منشآتها و

¹- YVES Sandoz, commentaire convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 1 aout 1949, op.cit, traitement, article 27, page 214.

²- إذ يرى سالم جويلي أن المعاملة الانسانية ليس لها تعريف تحدّد لتباينها مع الظروف ، و ما تعريفها إلا مسألة حس سليم و نية حسنة، كما يرى أنها الحد الأدنى من المتطلبات لحياة مقبولة ، للمزيد حول هذا الموضوع أنظر سليم جويلي ، المدخل لدراسة القانون الدولي الانساني ، درا النهضة العربية ، مصر ، 2002 ، ص 203

³- أنظر حسين الحمدي بواوي ، حقوق الطفل بين الشريعة الاسلامية و القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة 2005 ، 1 ، ص 101

وسائل نقلها"¹، و بالتالي عدم التعرض للمدنيين المسالين و أعيانهم ما دام أن هؤلاء لا يشاركون مباشرة في العمليات العسكرية، و لا يقومون بدور فعال في المجهود الحربي، و يتعدون قدر الإمكان عن دائرة الاهداف العسكرية، و هو ما أكدته المادة 51 من البروتوكول الأول، التي قضت بضرورة مراعاة مجموعة من القواعد أثناء القيام بالعمليات العسكرية، و شن الهجمات على مواقع معينة، من بينها:

- عدم جواز جعل السكان المدنيين محلا للهجوم؛
- وجوب تمتع الأشخاص المدنيين بالحماية طالما هم بعيدين عن مباشرة الأعمال العدائية؛
- حظر الهجمات العشوائية التي تعتبر كذلك متى وجهت إلى هدف عسكري محدد، أو استخدمت فيها طريقة أو وسيلة للقتال لا يمكن حصر آثارها²، وهو ما يعني أن من شأن الهجمات في هذه الحالة أن تصيب الأهداف العسكرية و الأشخاص المدنيين أو الأعيان المدنية دون تمييز.

2- التدابير الخاصة المقررة لحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة :

فضلا على التدابير العامة المقررة لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة، فقد منح القانون الدولي لهاته الفئة حماية خاصة بسبب حالة الضعف المرتبطة بسنهم³، وهو ما يستشف من اتفاقيات جنيف الأربعة و التي تعززت بالبروتوكول الأول الملحق بها، و تتمثل هذه التدابير الخاصة في ضرورة إعطاء الأولوية للأطفال عند توزيع شحنات الإغاثة و العون للسكان المدنيين⁴. و حضر القيام بتدبير إجلاء الأطفال من قبل أي طرف في النزاع، حسب ما جاء في الفقرة 1 من المادة 18 من البروتوكول الأول، و إن كان هذا الحضر غير مطلق كونه يحمل استثناءا يتمثل في الاجلاء المؤقت، الذي تقتضيه أسباب قهرية تتعلق بصحة الطفل أو علاجه الطبي أو تتطلبه سلامته في اقليم محتل.

كما نصت المادة 23 من اتفاقية جنيف الرابعة على ضرورة السماح بحرية مرور رسالات الامدادات الطبية، و مهمات المستشفيات المرسلة للمدنيين حتى و لو كانوا من الأعداء، و كذلك حرية مرور جميع الرسائل الضرورية من المواد الغذائية و الملابس و المقويات المخصصة للأطفال دون 15، و فيما يتعلق بالأطفال الذين يعتقل آباؤهم فقد نصت المادة 81 من الاتفاقية على عدم ترك هؤلاء الأطفال بدون مسانلة، و يجب على الدولة الحاجزة أن تقوم بإعالة الأشخاص الذين يعولهم المعتقلون، إذا لم تكن لديهم وسائل معيشة كافية أو كانوا لا يستطيعون التكسب.

¹- أنظر عليوة سليم، حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية، ماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون دولي انساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، كلية الحقوق، 2009-2010، ص 63 .

²- راجع المادة 49 من البروتوكول الأول .

³- فحالة الضعف هاته تجعل الأطفال غير قادرين على حماية أنفسهم من آثار العمليات العسكرية، و عدم تحملهم للإصابات التي يمكن أن تلحق بهم من جراء ذلك، علاوة على التأثير النفسي الكبير و الخوف المرتبط بالسن من جراء حالة الدمار و القصف و الحرب التي يرونها أمامهم. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر سهيل حسين الفتلاوي، عماد محمد ربيع، القانون الدولي الانساني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2007، الأردن، ص 226.

⁴- راجع الفقرة 1 من المادة 30 من البروتوكول الأول .

كما يتعين على أطراف النزاع أن تضمن في جميع الاحوال قيام الاطفال دون 15 الذين تبنوا أو انفصلوا عن أسرهم بممارسة شعائر دينهم و مواصلة تعليمهم¹، وبغية تحقيق هذا الهدف فقد ألزمت المادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة دولة الاحتلال بتسهيل الادارة الجيدة لجميع المنشآت المخصصة لتعليم الأطفال².

أما فيما يخص الأطفال المحتجزين أو المعتقلين، فقد أشارت المادة 76 من الاتفاقية الرابعة إلى ضرورة توجيه العناية نحو المعاملة الخاصة الواجبة للصغار المعتقلين في الدولة المحتلة، وذلك بمنحهم أغذية إضافية، وتخصيص ملاعب للأطفال و الشباب في جميع المعتقلات³.

و علاوة على ذلك و في نفس السياق فقد نصت المادة 68 من اتفاقية جنيف الرابعة على عدم جواز إصدار حكم الاعدام في أي حال من الأحوال على شخص محمي، إذا كانت سنه تقل عن 18 سنة وقت ارتكاب الجريمة، إلا أنه و على الرغم من كثرة هذه النصوص فقد عرفت ظاهرة إعدام الأطفال أثناء النزاعات المسلحة تزايدت كبرا، يصعب معها تحديد نسبة دقيقة، لاسيما و أن عددا كبيرا منهم قد دفن في مقابر جماعية، و لعل أبرز الإعدامات التي يندى لها الجبين تلك التي وقعت من طرف الاحتلال الاسرائيلي و الأمريكي في كل من فلسطين و العراق، أكثرها تمت عشوائيا و من دون محاكمة⁴.

و حرصا منها على عدم الزج بالأطفال في مسألة النزاعات المسلحة و الأعمال العدائية، و حتى لا يكون وسيلة لتحقيق هدف عدائي معين، و لسهولة التغيرير بهذه الفئة الصغيرة في هكذا أمور لعدم إلهامه الكامل بهذه المسائل، فقد جاءت أحكام البروتوكول الأول محققة لهذا الغرض عندما نص في الفقرة 2 من المادة 77 منه، على أنه يجب على أطراف النزاع اتخاذ كافة التدابير المستطاعة التي تكفل عدم اشتراك الاطفال الذين لم يبلغوا سن 15 في الأعمال العدائية بصورة مباشرة، و على هذه الأطراف أن تمتنع عن تجنيد هؤلاء الصغار في قواتها المسلحة⁵. و على نحو مماثل أيضا نصت الفقرة 2 و 3 من المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، التي أكدت هي الأخرى على ضرورة اتخاذ كافة التدابير الممكنة عمليا لكي تضمن ألا يشترك الأشخاص الذين لم يبلغ سنهم 15 سنة، اشتراكا مباشرا في الحرب، و في هذا الإطار يرى الفقه⁶ أن الحكم الوارد في المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل يكتسب أهمية من

¹ فلا شك أن التعليم مرحلة مهمة و أساسية تساهم و بشكل فعال في القضاء على ظواهر خطيرة أخرى، إذ أن انعدام التعليم أثناء النزاعات المسلحة يجعل من السهل على الأطراف المتنازعة جلب هؤلاء الأطفال و استغلالهم و اشراكهم كأطراف مقاتلة في الحرب. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر أمل يازجي، القانون الدولي الانساني آفاق و تحديات، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، لبنان، ص 308

² -وقد خلقت عبارة " تسهيل الإدارة الجيدة لجميع المنشآت المخصصة لتعليم الأطفال " تساؤلات عديدة لدى الفقه، تتعلق حسب " بالأساليب المعتملة لإدارة المدارس، و المناهج المتبعة في إعداد المناهج الدراسية أو السياسات اللغوية، من طرف أطراف النزاع المسلح، التي ستحددها غالبا دون مراعات الجانب اللغوي أو الديني أو العرقي للأطفال موضوع الحماية المقررة في المادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة". للمزيد حول هذا الموضوع راجع:

Kevin Watkins, Irina Bokova, The Hidden crisis (Armed conflicts and education), EFA Global Monitoring Report, 2011, page 171

³ -راجع المادة 89 و 94 من اتفاقية جنيف الرابعة

⁴ -أنظر عماد الدين باقي، الحق في الحياة، إعدام الأطفال دراسة عن الجذور و الحلول الفكرية و الفقهية، الشبكة العربية لمعلومات حقوق الانسان، 2009، ص 27-29.

⁵ -و هو الحكم الذي تأكد في المادة 4 من البروتوكول الثاني الذي حظر تجنيد من هم دون سن 15 في المنازعات المسلحة غير الدولية.

⁶ -أنظر فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ص 361.

ناحيتين، الأولى أنه يعيد تأكيد الأحكام الواردة في اتفاقية جنيف الرابعة و البروتوكول الثاني الاضافيين، أما من الناحية الثانية فإنه يوفر حماية للأطفال في النزاع المسلح بالنسبة للدول التي لم توقع و تصدق على أحكام البروتوكولين.

و بناء على ذلك وفي 14 مارس 2012، و في سابقة قضائية دولية مهمة بشأن تجنيد الأطفال، أصدرت المحكمة الجنائية حكمها في قضية "توماس لوبانغا ديبلو"، و أدانته بارتكاب جريمة حرب تمثلت في تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر، إلزاميا أو طوعيا في القوات الوطنية لتحرير الكونغو، و استخدامهم بشكل فعال في الأعمال القتالية¹.

إلا أنه و رغم هذه الجهود المبذولة في سبيل الحد من ظاهرة تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة، إلا أنه و من الناحية العملية يبقى العديد من الأطفال في الكثير من الدول يجندون للقتال².

ثانيا : الآليات الدولية لحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة :

إن وضع التدابير المشار إليها أعلاه، لضمان حماية قانونية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، لا يعدوا أن يكون خطوة أولى، إذ لا بد من وضع آليات تضمن احترام و تنفيذ هاته التدابير، على أن هذه الآليات الدولية منها ما أنشئت بموجب اتفاقيات القانون الدولي الانساني، و أخرى أوجدها القانون الدولي العام، و سنتناول هذه الآليات على النحو التالي :

أ- آليات القانون الدولي الانساني لحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية :

يوجد على مستوى القانون الدولي الانساني المنظم للنزاعات المسلحة فيما يتعلق بتنفيذ التدابير المقررة لحماية الاطفال في النزاعات المسلحة، ثلاثة آليات دولية، هي اللجنة الدولية للصليب الأحمر؛ الدولة الحامية؛ و لجنة تقصي الحقائق.

ففيما يخص اللجنة الدولية للصليب الأحمر، و على الرغم من أنها تعمل لصالح جميع ضحايا النزاعات المسلحة حسب احتياجاتهم و دون تمييز³، فإنها تولي اهتماما خاصا لقضايا الأطفال، كون احتياجاتهم تختلف جوهريا عن تلك

¹ - أنظر التقرير السنوي للممثلة الخاصة للأمين العام المعنية بالأطفال و النزاعات المسلحة، رادريكا كوماراسوامي، مجلس حقوق الانسان، الدورة الحادية و العشرون، صفحة 9. A/HRC/21/38, 28 Juin 2012

² - إذ يشير تقرير منظمة العفو الدولية إلى اشتراك أطفال دون الثامنة عشر من العمر في القتال في أكثر من 20 من الصراعات الكبرى في العالم منذ عام 2001، و قاتل البعض في صفوف الجماعات المسلحة و البعض الآخر في صفوف القوات الحكومية. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر :

Unicef, Manuel pratique pour le protocole facultatif relatif à l'implication d'enfants dans les conflits armés, New York, Mai 2004, page 35-36

1- إذ ينص النظام الأساسي للجنة الدولية للصليب الأحمر على أن المهمة الأساسية التي تتبناها هي العمل على تطبيق القانون الدولي الانساني بأمانة و مساعدة المدنيين و العسكريين في النزاعات المسلحة و الاضطرابات الداخلية على أساس من الحياد و عدم التحيز، راجع المادة 45 من النظام الأساسي للجنة الدولية للصليب الاحمر، ففي اجتماعها في 24 يونيو/حزيران عام 1998 أقرت الجمعية العامة للجنة الدولية للصليب الأحمر نظاما أساسيا جديدا للجنة. فعندما اتخذت الجمعية العامة القرارات التي انبثقت عن مشروع المستقبل (أنظر "اللجنة الدولية تتطلع إلى المستقبل" المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 322، مارس/آذار 1998، ص 126-136) قامت أيضا بإقرار هيكل داخلي جديدة للمنظمة وبالتالي كان لا بد أن يستتبع ذلك تعديل مواد النظام الأساسي ذات الصلة، ولقد ألغى النظام الأساسي الجديد النظام السابق الذي صدر في 21 يونيو/حزيران 1973. وبدأ العمل بالنظام الجديد في 20 يوليو/تموز 1998.

الخاصة بفئات الضحايا الآخرين، فهي تؤدي عملها المتعلق بحمايتهم قبل اندلاع النزاع المسلح و بعده، بالإضافة إلى ما تظلم به أثناء الحرب، و من أبرز القرارات التي اعتمدها اللجنة الدولية للصليب الأحمر في هذا المجال، تلك التي اعتمدها مؤخرا أثناء المؤتمر الدولي 26 للصليب الأحمر والهلال الأحمر سنة 1995، حيث وضعت خطة عمل بغية حماية الأطفال في ظل النزاعات المسلحة سنة 1995، شددت من خلالها على تعزيز مبدأ عدم التجنيد و عدم الاشتراك في النزاعات المسلحة للأطفال دون سن 18، و ألزمت في سبيل ذلك الدول باتخاذ تدابير ملموسة لحماية و مساعدة الاطفال ضحايا النزاعات المسلحة، أي تلبية الحاجيات النفسية و البدنية للأطفال¹.

كما تعد الدولة الحامية هي الأخرى من الآليات الدولية التي يمكن أن تساهم في تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية الأطفال في حال قيام نزاع مسلح، و الدولة الحامية هي دولة تكلفها دولة متنازعة تسمى دولة المنشأ برعاية مصالح مواطنيها حيال دولة أخرى طرف في النزاع تعرف باسم دول المقر²، حيث يجوز لها في سبيل ذلك تعيين ممثلين من موظفيها الدبلوماسيين أو القنصليين أو مندوبين من رعاياها أو رعايا دول أخرى محايدة، تكلفهم بمهمتهم التي لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتجاوزا حدودها³، و الذين يسهرون في مقابل ذلك على تقديم مساعيهم الحميدة من أجل تسوية الخلافات في جميع الحالات التي ترى فيها أن ذلك في مصلحة الأشخاص الحميين، و خاصة عند عدم اتفاق أطراف النزاع على تطبيق أو تفسير أحكام القانون الدولي الإنساني.

أما فيما يخص لجنة تقصي الحقائق، فقد أنشأتها المادة 90 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لسنة 1949، بغية تأمين حصول الأطفال و المدنيين ضحايا النزاعات المسلحة على الضمانات المكفولة لهم بموجب القانون الدولي الإنساني، و قد شكلت هذه اللجنة رسميا سنة 1991⁴. تتمثل مهمتها في التحقيق في أي عمل يوصف بأنه خرق أو انتهاك جسيم بمقتضى القانون الدولي الإنساني، كما أنها تقوم بفضل المساعي الحميدة التي تبذلها، بتسهيل العودة إلى الالتزام بموجب القانون الدولي الإنساني، فهي من حيث المبدأ تتولى إجراء التحقيقات عن طريق غرفة تحقيق مكونة من 7 أعضاء⁵.

و الملاحظ فيما يخص فعالية اللجنة هو أن تعثر عملها يكمن في نص إنشائها، إذ تقضي المادة 90 فقرة (ب) من البروتوكول الأول بأنه لا يحق للجنة إجراء التحقيقات إلا بعد موافقة الطرف الآخر المعني أو الأطراف الأخرى المعنية، أي أن اللجنة لا يمكنها مباشرة التحقيق الذي يطالب به الطرف المتضرر إلا بعد موافقة الطرف المنتهك للقانون الدولي الإنساني، و هذا أمر يصعب تحقيقه إن لم نقل يستحيل تطبيقه.

كما أنه لا يجوز للجنة أن تنشر علنا النتائج التي توصلت إليها، إلا إذا طلب منها ذلك جميع أطراف النزاع، و هذا أيضا أمر يستبعد قبوله من الطرف المنتهك.

¹ - أنظر عبد الله علي محمد سواي، حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية، العدد الأول، 2010، ص 11

² - أنظر محمد فهاد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 322

³ - راجع المادة 9 من اتفاقية جنيف الرابعة.

⁴ - و هي لجنة دولية دائمة إذ تختلف كليا عن لجان تقصي الحقائق المؤقتة التابعة للأمم المتحدة، و التي يقوم بإنشائها مجلس الأمن بموجب قرارات، مثل ما حدث في 2002 عندما اتخذ القرار رقم 1405 للتحقيق في المجازر و الجرائم التي ارتكبتها القوات الاسرائيلية في مخيم جنين، للمزيد من المعلومات حول اللجنة الدولية لتقصي الحقائق راجع أحسن كمال، آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني في ضوء التغييرات الدولية للقانون الدولي المعاصر، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جماعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 60-62.

⁵ - أنظر المادة 90 من البروتوكول الأول الإضافي.

ب- آليات القانون الدولي العام لحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة :

إضافة إلى آليات القانون الدولي الانساني المقررة لحماية الاطفال أثناء النزاعات المسلحة، توجد أيضا آليات القانون الدولي العام التي تعنى هي الأخرى بحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة، وهي عديدة و متنوعة نذكر منها منظمة الأمم المتحدة، والمنظمات المتخصصة التابعة لها كصندوق الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسيف)، ومفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ومنظمة الصحة العالمية، والمنظمات غير الدولية المشغلة بحماية حقوق الانسان بصفة عامة، كالمنظمة الحقوقية هيومن رايتس وتش، ومنظم العفو الدولية، والمنظمة الدولية ضد التعذيب، تساهم كل واحد من هذه المنظمات حسب قدرتها في حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة.

و نظرا لكثرة هذه الآليات و استحالة التعرض لمساهمة كل واحدة منها في هذا المقام، سنكتفي بالنظر في آلية منظمة الأمم المتحدة باعتبارها هيئة عالمية عامة¹، أنشأت لغرض الحفاظ على السلم و الأمن الدوليين²، إلا أن المتبع للأحداث التي طالت العالم منذ تشكيلها يلحظ عجز هذه الهيئة في أكثر من مناسب لمنع الحرب، حيث ازدادت عدد النزاعات المسلحة الدولية و خاصة في الآونة الأخيرة، ومادام أنها قد عجزت في الحد من المظاهر المسلحة التي حكمت العلاقات الدولية، فمن المفروض أنها تبقى ملتزمة بواجب آخر يتمثل في حماية المدنيين العزل و بخاصة الأطفال من ويلات هذه الحروب.

و في هذا الشأن نتطرق إلى كل من مجلس الأمن الدولي و الجمعية العامة كآليتين مهمتين لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة.

ففيما يخص مجلس الأمن الدولي، فقد توالى مواقف المنددة و المؤكدة في نفس الوقت على مبدأ حماية الاطفال في النزاعات المسلحة، نذكر منها القرار رقم 1460 المؤرخ سنة 2003³، الذي حث فيه الدول على أن تنقيد تقيدا تاما بأحكام القانون الدولي الانساني ذات الصلة بحقوق الاطفال و حمايتهم أثناء الصراعات المسلحة، ولا سيما اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949، و منها على وجه الخصوص الاتفاقية المتعلقة بحماية المدنيين وقت الحرب، كما دعى جميع أطراف الصراعات المسلحة إلى احترام الالتزامات المحددة التي تعهدت بها للممثل الخاص للأمين العام المعني بالأطفال و الصراعات المسلحة، و إلى التعاون التام مع منظومة الأمم المتحدة فيما يتعلق بتنفيذ التزامات تلك الأطراف. و على نحو مماثل أيضا ذهب قرار مجلس الأمن رقم 1612 لسنة 2005⁴، أين أكد على ضرورة اعتبار حماية الأطفال في الصراعات المسلحة جانبا مهما في أية استراتيجية شاملة لفض الصراعات، كما أبدى في نفي الوقت تخوفه و امتعاضه الشديد من تنامي ظاهرة تجنيد أطراف المنازعات المسلحة للأطفال، و استخدامها الجنود الأطفال في انتهاك الالتزامات الدولية السارية عليها، و سائر الانتهاكات و أعمال الايذاء الأخرى التي ترتكب في حق الاطفال في حالات النزاعات المسلحة، و ما عزى بمجلس الأمن إلى إقرار خطة عمل تقدم بها الأمين العام بشأن إنشاء آلية للرصد و الإبلاغ معنية بمسألة الأطفال و النزاعات المسلحة، أين شدد القرار على أن دور الآلية هو جمع و تقديم معلومات موضوعية و دقيقة و موثوقة في الوقت نفسه، عن عمليات تجنيد الأطفال و استخدام الجنود

¹ - فهي تضم جميع دول العالم باستثناء دويلات غاية في الصغر، إذ بلغ عدد الدول الأعضاء فيها إلى حد الآن 192 دولة، للمزيد حلو قائمة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، أنظر في الموقع الرسمي لهيئة الأمم المتحدة <http://www.un.org/ar/members>

² - راجع المادة 1 من ميثاق الأمم المتحدة.

³ - القرار رقم 146 لسنة 2003، الذي اعتمده مجلس الأمن في جلسة 4695 المعقودة يوم 30 كانون الثاني/يناير 2003 (2003) S/RES/1460

⁴ - القرار رقم 1612 لسنة 2005، الذي اعتمده مجلس الأمن في جلسة 5235 المعقودة يوم 26 تموز/يوليو 2005 (2005) S/RES/1612.

الأطفال في انتهاك أحكام القانون الدولي المعمول بها، وعن سائر الانتهاكات و أعمال الايذاء التي ترتكب في حق الأطفال المتضررين بالصراعات المسلحة، كما شدد كذلك على وجوب أن تعمل هذه الآلية في إطار من التشارك و التعاون مع الحكومات الوطنية، و هيئات الأمم المتحدة و جهات المجتمع المدني الفاعلة ذات الصلة.

أما فيما يخص الجمعية العامة فيمكن أن نشير إلى القرار رقم 3318 لسنة 1974¹، و الذي تمخض عنه إصدار الإعلان الخاص بحماية النساء و الاطفال في حالات الطوارئ و المنازعات المسلحة، أين جرم هذا الأخير كل أنواع الأفعال التي تمس بسلامة و أمن و صحة و شرف الأطفال أثناء النزاعات المسلحة، بما في ذلك القمع و المعاملة القاسية و اللاإنسانية للأطفال، و الحبس و التعذيب و الإعدام و تدمير المساكن و الطرد قسرا، التي يرتكبها المتحاربون أثناء العمليات العسكرية أو في الأقاليم المحتلة.

و انطلاقا من ذلك ورغم هذه الجهود، إلا أن دور هيئة الأمم المتحدة يبقى محدودا في مجال حماية الأطفال في النزاعات المسلحة، و لا يليق بسمعة الهيئة و المهمة المسطرة لها في مجال حفظ السلم و الأم الدوليين. و يمكن إرجاع هذه المحدودية إلى خلافات الدول حول هذا الموضوع، فبينما تدفع فرنسا كعضو دائم في مجلس الأمن نحو اهتمام أكبر بحماية الاطفال في النزاعات المسلحة، اظهرت الدول الأربعة الأخرى الدائمة في بعض الحالات بطأ في التحرك، بحجة عدد من التحفظات السياسية لدى بعض الاعضاء منها الصين وروسيا، التي أبدت كل منهما تخوفها من احتمال أن يفتح الاهتمام بقضايا موضوعاتية كقضية الاطفال في النزاعات المسلحة، الباب لقضايا أخرى ليست على الأجندة الرسمية للمجلس².

و من بين القضايا الأخرى التي ينقسم بشأنها أعضاء الأمم المتحدة فيما يتعلق بالأطفال و النزاعات المسلحة، ما إذا كان ينبغي تطبيق العقوبات، أم يكتفي بإرسال خطابات إنذار للمجموعات المتورطة في تجنيد الاطفال و استخدامهم في النزاعات المسلحة.

الخاتمة :

تعد القواعد و الآليات المقررة لحماية الاطفال أثناء النزاعات المسلحة في القانون الدولي، معاملة تفضيلية لهاته الفئة، بغية تخفيف العبء عنها، كونها لم تشترك في اتخاذ قرار القتال أصلا، مما ينبغي ضرورة تخفيف الآثار المباشرة و غير المباشرة، الجسدية و النفسية عن الأطفال.

و من خلال الدراسة التي قمنا بها حول هذا الموضوع يمكن أن نخلص من خلالها إلى أن القواعد التي توفر الحماية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية خاصة موجودة و كافية إلى حد بعيد، غير أن الاشكال ما زال يطرح بشأن التنفيذ الذي يعد أمرا أساسيا في تفعيل هذه القواعد، و تبقى الممارسات الدولية العامل الأهم في اختبار مدى قدرة أحكام الحماية في التصدي لآثار النزاعات المسلحة. و بالتالي حتى نفعل هذه القواعد، نوصي بأن يتم الاعتماد على معيار قانوني يحاكم كل من ينتهكها، و حتى تكفل هذه القوانين الحماية الحقة و الفعالة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة.

¹-القرار رقم 3381 المؤرخ في 14 كانون الأول، ديسمبر سنة 1974، المعتمد في جلسة الجمعية العامة المعقودة يوم 14 كانون الأول /ديسمبر 1974 A/RES/3318.

²-René Jean Dupuy The development of the role of the security council, Martinus Nijhoff, Netherlands, 2006, page 169-175

قائمة المراجع :

أولا : المراجع العامة :

1- باللغة العربية :

1- محمد سامح عمرو، القانون الدولي الانساني آفاق و تحديات، الجزء 1، تأصيل القانون الدولي الانساني و آفاقه، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 1، 2001.

2- سليم جويلي، المدخل لدراسة القانون الدولي الانساني، درا النهضة العربية، مصر، 2002.

3- محمد فهاد الشلالدة، القانون الدولي الانساني، منشأة المعارف، مصر، 2005.

4- سهيل حسين الفتلاوي، عماد محمد ربيع، القانون الدولي الانساني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة 1، 2007، الأردن.

5- أمل يازجي، القانون الدولي الانساني آفاق و تحديات، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، لبنان

2- باللغة الفرنسية :

- YVES Sandoz, commentaire convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 1 aout 1949, op.cit

3- باللغة الانجليزية :

- René Jean Dupuy The development of the role of the security council, Martinus Nijhoff, Netherlands, 2006.

ثانيا : المراجع الخاصة :

1- الكتب :

أ- باللغة العربية :

1- عبد الله علي محمد سوادي، حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية، مجلة رسالة الحقوق، السنة 2، العدد الأول، 2010

2- عماد الدين باقي، الحق في الحياة، إعدام الأطفال دراسة عن الجذور و الحلول الفكرية و الفقهية، الشبكة العربية لمعلومات حقوق الانسان، 2009

3- منتصر سعيد حموده، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام و الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007

4- حسين الحمدي بواوي، حقوق الطفل بين الشريعة الاسلامية و القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، 2005

5- فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007

ب- باللغة الفرنسية :

- OUSSEINI OUEDRAOGO , La Protection de l'enfant en droit international humanitaire, Edition universitaire Européennes, 2011.

- Unicef, Manuel pratique pour le protocole facultatif relatif à l'implication d'enfants dans les conflits armés, New York, Mai 2004.

ج- باللغة الانجليزية :

- Kevin Watkins, Irina Bokova, The Hidden crisis (Armed conflits and education), EFA Global Monitoring Report, 2011.

2- مذكرات التخرج :

- 1- أحسن كمال، آليات تنفيذ القانون الدولي الانساني في ضوء التغيرات الدولية للقانون الدولي المعاصر، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جماعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
 - 2- عليوة سليم، حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية، ماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون دولي انساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، كلية الحقوق، 2009-2010.
- ثالثا : المقالات :

- 1- عبد الله علي محمد سوادي، حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية، مجلة رسالة الحقوق، السنة 2، العدد الأول، 2010.
 - 2- اللجنة الدولية تتطلع إلى المستقبل، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 322، مارس/آذار 1998.
 - 3- ممدوح خليل البحر، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة و السلامة البدنية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة السابعة و العشرون، سبتمبر 2003، الكويت، صفحة 207.
- رابعا : القوانين :

1- القوانين الجزائرية :

- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، الصفحة 999، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007، الجريدة الرسمية عدد 31 مؤرخة في 13 ماي 2007، الصفحة 3.
- 2- القوانين الأجنبية :

- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، المؤرخ في 9 رمضان سنة 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948، الوقائع المصرية عدد رقم 108 مكرر (أ)، مؤرخة في 29 جويلية 1948.
- خامسا : القرارات :

- ¹- القرار رقم 3381 المؤرخ في 14 كانون الأول، ديسمبر سنة 1974، المعتمد في جلسة الجمعية العامة المعقودة يوم 14 كانون الأول /ديسمبر 1974. A/RES/3318.
- 2- القرار رقم 146 لسنة 2003، الطي اعتمده مجلس الأمن في جلسة 4695 المعقودة يوم 30 كانون الثاني /يناير 2003 (2003) S/RES/1460.
- ³- القرار رقم 1612 لسنة 2005، الذي اعتمده مجلس الأمن في جلسة 5235 المعقودة يوم 26 تموز/يوليو 2005 (2005) S/RES/1612.
- 4- التقرير السنوي للممثلة الخاصة للأمين العام المعنية بالأطفال و النزاعات المسلحة، رادিকা كوماراسوامي، مجلس حقوق الانسان، الدورة الحادية و العشرون. A/HRC/21/38, 28 Juin 2012.

نظام الدفع الإلكتروني بين المزايا والمخاطر



من إعداد : هداية بوعزة أستاذة متعاقدة وطالبة بصف الدكتوراه

بجامعة أبي بكر بلقايد عضو بمخبر القانون المقارن بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر : Hidayetb@ymail.com

الملخص :

أفرز التطور العالمي مجموعة من الظواهر و المفاهيم الجديدة، و لعل أبرزها ظاهرة العولمة بمختلف أبعادها، خاصة العولمة الاقتصادية بشقيها المالية و المصرفية، هذه الأخيرة التي ألفت بظلالها على النظام المصرفي الجزائري، فبات أمرا ضروريا و حتميا العمل على تحديث و تقوية الجهاز المصرفي باعتباره لب النظام المالي و نظرا لأهمية الدور الحيوي الذي يلعبه في التنمية الاقتصادية.

حيث أدركت البنوك في مختلف دول العالم بأن تطوير و تحديث وسائل الدفع يعد أولوية هامة بالنسبة لجميع الاقتصاديات، خاصة و أن وسائل الدفع التقليدية كثرت عيوبها و لم تعد فعالة في عصر يستوجب السرعة في تسوية المعاملات و الصفقات لاسيما بظهور التجارة الإلكترونية.

لقد سمح التطور التكنولوجي بخلق وسائل دفع حديثة، غير مكلفة و مجردة من المادة كبطاقات الائتمان و الشيكات و النقود الإلكترونية. غير أن نظام الدفع الحديث من خلال هذه الوسائل الإلكترونية يواجه مجموعة من التحديات الهامة تتمثل في محاربة تبييض الأموال الإلكترونية، مواجهة الغش، توفير درجة أمن عالية و حماية أكبر وكذا ضرورة وضع إطار و تنظيم قانوني لها. و الجزائر هي الأخرى مدركة تماما لهذه الضرورة، ليس فقط من أجل إجبارية وضع وسائل دفع الكترونية استجابة لمتطلبات العولمة المصرفية ولكن أيضا لضرورة تطوير و عصرنة الوسائل التقليدية القليلة الاستعمال.

سنحاول من خلال هذه المقالة البحث في ما إذا كانت وسائل الدفع الحديثة قد أثبتت فعاليتها مقارنة مع الوسائل التقليدية مما يسمح لها بأخذ مكان هذه الأخيرة بصورة تامة ..؟

مقدمة :

بدخول العالم في سياق جديد يعرف بالرقمنة والمعلومات، و الراجع إلى الطفرة التي حدثت في مجال تكنولوجيا الإعلام و الاتصال عن بعد، كان لزاما على البنوك و المؤسسات المالية أن تكون السباق نحو الاستفادة القصوى مما أتاحتها هذه التكنولوجيات الحديثة بما يمكنها من توفير ميكانيزمات جديدة لأساليب الدفع و تطوير جودة خدماتها للارتقاء الى مستوى التحديات التي تمكنها من الاستمرار في عصر العولمة وظهور التجارة و البنوك الإلكترونية .

لقد ظهرت وسائل الدفع الالكترونية كنتيجة للتطور التكنولوجي و كحل للمشاكل و العراقيل التي أفرزتها وسائل الدفع التقليدية، و بالفعل عرفت الوسائل الحديثة سرعة في الانتشار، و قد ساعد في ذلك الجهود الكبيرة المبذولة من طرف البنوك لجذب أكبر عدد ممكن من العملاء و جعلهم يختبرون مصداقية، فعالية ومزايا هذه الوسائل الحديثة.

و مع ظهور هذه الوسائل بدأت الآراء تتضارب حول امكانية احلالها محل الوسائل التقليدية بحيث تجرد الوسائل من طابعها المادي او الورقي و يتم الاعتماد على الالكترونيات.

و بالمقابل كانت هناك آراء أخرى، ترجح عدم اختفاء وسائل الدفع التقليدية في ظل ظهور الحديثة التي لم تكتسب بعد الثقة الكاملة نظرا لحداثتها بالإضافة إلى تميز تلك التقليدية بتعود العملاء على نظام كامل يطلعون على خباياه من خلال النظام القانوني الذي ينظم أحكامه.

في إطار ما تقدم، سنحاول تقييم وسائل الدفع الالكترونية، و البحث في الجوانب الايجابية التي يمنحها استخدامها، و كذا الجوانب الأخرى التي تشكل عراقيل تحد من اكتسابها لثقة جميع الأعوان الاقتصاديين ومن أن تحظى بمكانة الوسائل التقليدية.

و على هذا الأساس ارتأينا تقسيم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين اثنين :

مبحث أول : مزايا الدفع الالكتروني

مبحث ثاني : مخاطر الدفع الالكتروني

على أن نستهل بمبحث تمهيدي، نتطرق فيه الى مفهوم الدفع الالكتروني، و أنواعه.

المبحث التمهيدي : مفهوم الدفع الالكتروني و أنواعه :

يعتبر الأمر 03-11¹ المتعلق بالنقد و القرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الالكتروني الحديث في القطاع المصرفي، و يتضح ذلك من خلال المادة 69 التي تضمن نصها ما يلي : " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموالها مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل ". يتبين من خلال هذا النص نية المشرع الجزائري في الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل دفع حديثة الكترونية.

كما استعمل المشرع مصطلح " وسائل الدفع الالكتروني " في المادة الثالثة من الأمر 05-06² المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، حيث اعتبرها المشرع من بين التدابير و الإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب.

و بذلك انتقل المشرع من مصطلح " مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل " الوارد في المادة 69 أعلاه الى مصطلح أكثر دقة والتمثل في وسائل الدفع الالكتروني الوارد في المادة الثالثة من الأمر المذكور.³ و بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، أضاف المشرع فقرة ثالثة للمادة 414 فيما يتعلق بوفاء السفتجة نص على : "... يمكن أن يتم التداول بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع و التنظيم المعمول بهما ". و قد تم إضافة نفس هذه الفقرة الى المادة 502 بمناسبة تقديم الشيك للوفاء.

¹ - الجريدة الرسمية العدد 64 لسنة 2003 .

² - الجريدة الرسمية العدد 64 لسنة 2005 .

³ - الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب، الجريدة الرسمية 05/64 2005 .

كما أضاف المشرع بموجب القانون 05-02 المؤرخ ب 06 فيفري 2005 بابا رابعا الى الكتاب الرابع من القانون التجاري و المعنون بالسندات التجارية، الفصل الثالث منه يتضمن بطاقات السحب و الدفع و ذلك في المادة 543 مكرر 23، و بذلك اعتبر المشرع الجزائري البطاقات أوراقا تجارية حديثة تضاف الى الأوراق التجارية الكلاسيكية المعروفة و هي السفتجة و الشيك و السند لأمر.

يتضح مما سبق أن المشرع قد استحدث نظام الوفاء الالكتروني لمفهومه الواسع. و سنحاول فيما يلي تسليط الضوء على مفهوم الدفع الالكتروني لننتقل بعد ذلك إلى تحديد وسائل الدفع الالكتروني و أنواعه، و ذلك من خلال مطلبين على التوالي.

المطلب الأول : مفهوم الدفع الالكتروني :

وسائل الدفع في الانترنت هي عبارة عن الصورة أو الوسيلة الالكترونية التقليدية للدفع و التي نستعملها في حياتنا اليومية، الفرق الأساسي بين الوصيلتين هي أن وسائل الدفع الالكترونية تتم كل عملياتها و تسير الكترونيا، و لا وجود للحوالات و لا للقطع النقدية.¹

إن تعريف الدفع الالكتروني يقتضي منا التعريف أولا بمصطلح " الالكتروني " ، لنتطرق بعد ذلك إلى تحديد جوهر تقنية الدفع الالكتروني.

الفرع الأول : التعريف بمصطلح " الالكتروني " :

قدمت التشريعات الغربية تعريفات عديدة لمصطلح الكتروني، ففي قانون الولايات المتحدة الأمريكية الموحد يعرف المصطلح " الكتروني " بأنه : " تقنية كهربائية، رقمية، مغناطيسية، بصرية، الكترومغناطيسية أو أي شكل آخر من أشكال التكنولوجيا، يضم إمكانات مماثلة لتلك التقنيات " .

أما في القانون الفرنسي، فإن مصطلح الكتروني له أيضا معنى واسع بحيث يشمل كل قطاعات الاتصال عن بعد، حيث عرف جانب من الفقه التجارة الالكترونية بأنها : " استخدام لكل قطاعات الاتصال عن بعد".²

الفرع الثاني : مفهوم تقنية الدفع الالكتروني :

عرف التقنين التجاري الموحد الأمريكي التحويل الصادر عن المصدر المصرفي بأنه : " مجموعة الخطوات التي تبدأ بأمر التحويل الصادر عن المستفيد بهدف الدفع للمستفيد من الأمر، و يتم ذلك شفويا، الكترونيا أو كتابيا و يشمل ذلك أي أمر صادر عن بنك الأمر أو بنك الوسيط يهدف الى تنفيذ أمر الأمر بالتحويل، و يتم النقل بقبول بنك المستفيد دفع قيمة الحوالة لمصلحة المستفيد المبين في الأمر"

كما عرفت العديد من التشريعات العربية تقنية التحويل المصرفي بأنها : " عقد بين الأمر بالتحويل المصرفي و البنك مصدر الحوالة يلتزم بموجبه أن يدفع بنفسه أو بواسطة غيره مبلغا من النقود يعادل قيمة الحوالة الى المستفيد مقابل عمولة متفق عليها ".³

¹ - بن رجدةال جوهر، الأنترنت و التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، قسم علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2002، ص 83 .

² -Hubert de Vauplane ,le droit bancaire et la mondialisation des marchés financiers ,R.J.C ,le droit des affaires du XXI siècle ,p190-191.

³ -محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الالكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2006، ص 23.

وقد عرفت المادة الثانية من قانون التجارة الالكترونية التونسي وسيلة الدفع الالكتروني بأنها: " الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات "1. كما عرفت وسائل الدفع الالكتروني على أنها: " عملية يتم من خلالها استبدال القيمة المالية بالبضاعة أو بالخدمات أو بالمعلومات، وهي تستخدم وسيطا لتسهيل عملية التبادل مثل البنك "2.

الى جانب ذلك فقد جاءت عديد من التعاريف للدفع الالكتروني مسيرة لأوضاع و متطلبات التجارة الالكترونية، فنجد القانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال الصادر في عام 1992 عن لجنة الأمم المتحدة يعرف التحويل المصرفي بأنه: " مجموعة العمليات التي تبدأ بأمر الدفع الصادر عن الأمر بهدف وضع قيمة الحوالة تحت تصرف المستفيد "3.

كما عرف المجلس الاقتصادي الفرنسي الدفع الالكتروني بأنه: " مجموعة التقنيات الإعلامية، المغناطيسية أو الالكترونية تسمح تحويل الأموال دون دعامة ورقية و التي ينتج عنها علاقة ثلاثية مابين البنك، البائع و المستهلك " . و يعرف الدفع الالكتروني على أنه: " عملية تحويل الأموال هي في الأساس ثمن لسلعة أو خدمة بطريقة رقمية أي باستخدام أجهزة الكمبيوتر، وإرسال البيانات عبر خط تلفوني أو شبكة ما أو أي طريقة لإرسال البيانات "4.

المطلب الثاني: أنواع الدفع الالكتروني :

إن وسائل الدفع الالكتروني عديدة و سريعة التطور، لذلك سنكتفي بالوقوف على أهمها :
أولا : التحويل المصرفي الالكتروني :

ان تعريف التحويل المصرفي الالكتروني لا يختلف عن تعريف التحويل المصرفي العادي، سوى بوجود وسائل الكترونية تسمح بالقيام بالعملية عن بعد، و التي تتم بعلاقة عقدية بين المؤسسات المالية. و قد اهتم كل من الفقه و التشريع بتعريفه، حيث عرف قانون تحويل الأموال الالكترونية الأمريكي التحويل المصرفي الالكتروني بأنه: " عملية تحويل للأموال تبدأ أو تنفذ من خلال وسيلة الكترونية كالهاتف، الحاسوب أو شريط مغناطيسي بهدف أمر أو توجيه أو تفويض منشأة مالية بإجراء قيد دائن أو مدين في الحساب ".

و يضيف القانون فيعرف الاتصال الالكتروني بأنه: "الرسالة المرسله الكترونيا بين العميل و المنشأة المالية بصورة تسمح بعرض و رؤية النص بواسطة وسيلة عرض كشاشة الحاسوب " و يكاد هذا التعريف أن يكون التعريف التشريعي الوحيد الموجود لعقد التحويل المصرفي الالكتروني⁵ وعلى العموم يقصد بالتحويل الالكتروني القيام بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن، و هذه العملية تحتاج إلى تدخل وسيط يعمل على إتمام إجراءات الوفاء بين مصرفي العميل و التاجر⁶.

و تجدر بنا الإشارة في هذا المقام إلى أن الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض و باستقراء نصوصه لاسيما المادة 51، و التي تنص على أنه: " يمكن للبنك الجزائري القيام بكافة العمليات البنكية مع البنوك و المؤسسات المالية التي

¹ -حجازي بيومي عبد الفتاح، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، ص 25.

² - البرواني طارق، نظم الدفع الالكتروني، الموقع الالكتروني، www.alwatan.com

³ - محمد عمر ذوابة، المرجع السابق، ص 19 .

¹¹ - حيدر أمير، الدفع الالكتروني من يحميه، الموقع الالكتروني، www.islamonline.net

⁵ - محمد عمر ذوابة، المرجع السابق، ص 24.

⁶ - محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 105.

تنشط في الجزائر و مع كافة البنوك المركزية الخارجية " .وبناء على ذلك يمكننا الاستنتاج بأن التحويل المصرفي الإلكتروني عملية قانونية منصوص عليها في النظام البنكي الجزائري اعتمادا على عبارة : " كل العمليات " الواردة بالمادة السالفة الذكر ، و التي تعتبر فقرة نحو تطوير النظام البنكي الجزائري ، و تطوير تقنيات نشاطه ما بين المؤسسات المالية و البنوك .

ثانيا : الشيك الإلكتروني :

يعتبر الشيك الإلكتروني المكافئ الإلكتروني للشيكات التقليدية الورقية التقليدية ، و هو عبارة عن رسالة إلكترونية موثقة و مؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلمه ليعتمده و يقدمه للبنك الذي يعمل عبر الإنترنت ، ليقوم أولا بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك ، و بعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك و إعادته إلكترونيا إلى مستلم الشيك ليكون دليلا على أنه قدم على صرف الشيك فعلا ، و يمكن لمستلم الشيك أن يتأكد من أنه قد تم بالفعل تحويل المبلغ إلى حسابه.¹

ثالثا : بطاقات الدفع الإلكترونية :

وهي البطاقات البلاستيكية و المغناطيسية التي تصدرها البنوك لعملائها للتعامل بها بدلا من حمل النقود. فهي بطاقة بلاستيكية مستطيلة الشكل تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها ، و شعارها و توقيع حاملها ، و بشكل بارز على وجه الخصوص رقمها و اسم حاملها و رقم حسابها و تاريخ انتهاء صلاحيتها ، فهي وسيلة دفع حديثة تفوقت مميزاتها عن تلك التي تقدمها وسائل الدفع التقليدية ، مما أدى إلى انتشارها عبر مختلف دول العالم .

عرف المشرع الفرنسي بطاقات الدفع في المادة 57-1 من المرسوم التشريعي المؤرخ في 30-10-1935 بأنها : " كل بطاقة تسمح لحاملها بسحب أو بنقل الأموال ، و لا يمكن أن تصدر إلا من طرف هيئة قرض أو مؤسسة مالية أو مصلحة مرخص لها بوضع وإصدار البطاقات كالمصارف ، الخزينة العامة ، مصالح البريد " .

رابعا : البطاقة الذكية :

يعتبر تطوير البطاقات الذكية من أهم الابتكارات الحديثة في قطاع الدفع بالبطاقات ، و هي عبارة عن بطاقة بلاستيكية ذات حجم قياسي تحتوي في داخلها على شرائح للذاكرة تعمل بواسطة ميكروكومبيوتر يزودها بطاقة تخزينية للبيانات أكبر بكثير من تلك التي تستوعبها البطاقات ذات الشرائط الممغنطة و لكنها أعلى منها تكلفة. حيث تحتوي هذه البطاقة معالجا دقيقا يسمح بتخزين الأموال من خلال البرمجة الأمنية ، و هذه البطاقة تستطيع التعامل مع بقية الكمبيوترات ، و لا تتطلب تفويضا أو تأكيدا لصلاحية البطاقة من أجل نقل الأموال من المشتري إلى البائع ، و إن التطورات في تقنية المعالجات في المستقبل القريب ستخفض قيمة الخطأ بصورة مستمرة المعالجات الموجودة في البطاقات الذكية تستطيع أن تتأكد من سلامة كل معاملة من الخداع عندما يقدم صاحب البطاقة بطاقته إلى البائع ، فان المعالج الدقيق الموجود في مسجل النقد الإلكتروني للبائع يتأكد من جودة البطاقة الذكية من خلال قراءة التوقيع الرقمي المخزن في معالج البطاقة ، يتم تكوين هذا التوقيع الرقمي من خلال برنامج يسمى الخوارزمية الشفرية ، و هذه الأخيرة عبارة عن برنامج أمن يتم تخزينه في معالج البطاقة ، هذا البرنامج يؤكد لمسجل النقد الإلكتروني بأن البطاقة الذكية أصلية و لم يتم العبث بها أو تحويلها ، و لذلك فان نظام البطاقات الذكية المفتوح لتحويلات الأموال الإلكترونية ، فان صاحب البطاقة لا يحتاج أن يثبت هويته من أجل البيع و الشراء ، فمثل الأموال المعدنية فان مستخدم البطاقة الذكية يستطيع أن يظل مجهولا و لا يوجد هناك داع للتحويل باجراء المعاملات من خلال خدمات اتصالية

¹ - منير الجهني و ممدوح الجهني ، البنوك الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 49 .

مكلفة، فعندما يستخدم صاحب البطاقة بطاقته الذكية فان قيمة الشراء ينقصها بطريقة أوماتيكية من بطاقة المشتري و يتم إيداع هذه القيمة في أجهزة الكترونية للبائع ومن ثم يستطيع البائع أن يحول ناتج عمليات البيع و الشراء لليوم الى بنكه عن طريق الوصلات التلفونية، هذا يسمح للعمليات أن تتم في ثواني معدودة.¹

خامسا : بطاقات الائتمان :

يطلق على بطاقات الائتمان مصطلح النقود البلاستيكية، و هي بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله لكي تمكنه من الحصول على السلع و الخدمات من محلات و أماكن معينة عند تقديمه لهذه البطاقة الخاصة.²

و تقوم هذه الوسيلة على أن إحدى المؤسسات المالية أو شركات الاستثمار تصدر بطاقات مصنعة ذات تصميم عالي التقنية، ويصعب العبث بها، و يمكن لحاملها أن يقدمها للبائع عندما يشتري بعض السلع ليقوم هذا الأخير بتدوين بيانات البطاقة على فاتورة يصدرها و يوقعها حامل البطاقة لترسل إلى البنك كمعتمد لتلك البطاقة ليتم الوفاء بالمشتريات.³ ثم يقوم حامل البطاقة بسداد دفعة البنك مع الفوائد خلال أجل متفق عليه.

ولا تمنح البنوك هذه البطاقات إلا بعد التأكد من ملائمة العميل أو بعد تقديمه ضمانات عينية أو شخصية كافية.⁴

وتصدر بطاقات الائتمان من مؤسسات علمية أهمها مؤسسة الفيزا العالمية، مركزها لوس أنجلوس بولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، و مؤسسة " ماستر كارد " و مركزها الولايات المتحدة الأمريكية

يتبين مما سبق أنه يوجد نوعين من بطاقات الدفع، النوع الأول يسمح لحاملها بالوفاء بالسلع و الخدمات التي يحصل عليها بدلا من الوفاء النقدي، و ذلك في حدود مبلغ معين دون أن يمنحه الائتمان ومنها " البطاقة الزرقاء " بفرنسا، و بطاقة " فيزا إلكترون " في دولة الإمارات.

أما النوع الثاني فيعطي لحاملها ائتمانا فعليا من البنك المصدر لهذه البطاقة بحيث لا يلتزم فوراً بالسداد، إنما له الحق في تسهيلات ائتمانية يتفق على شروطها من حيث وقت الخصم و المبلغ المسموح به و مواعيد الوفاء و غيرها، و هذا النوع من البطاقات البلاستيكية تسمى بطاقات الائتمان مثل : " فيزا "، " ماستر كارد " و " أميركان اكسبريس " .⁵

المبحث الأول : مزايا الدفع الالكتروني :

إن الانتشار الواسع لأنظمة الدفع الالكترونية يترجم المزايا و الراحة التي توفرها للعملاء ، فلهذه الأنظمة إيجابيات و خصائص تميزها عن الأنظمة التقليدية و تجعل البعض يفضلها عنها . كما أنه و رغم حداثة وسائل الدفع الالكترونية فانه يمكن تقييمها و استنتاج العوامل التي ساعدت على نجاحها .

وعليه سنحاول تحديد العوامل التي ساعدت على نجاح وسائل الدفع الالكترونية من خلال المطلب الأول لهذا المبحث، على أن نتطرق إلى مزايا وسائل الدفع الالكترونية في المطلب الثاني.

¹ - نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص 49.

² - نفس المرجع، ص 55.

³ - محمد الكيلاني، التشريعات التجارية و المعاملات الالكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، 2004،

⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 58.

- عدنان إبراهيم سرحان، الوفاء الالكتروني، بحوث المؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون المنعقد في 10-12 مايو 2003 بكلية الشريعة و

⁵ القانون و غرفة التجارة و الصناعة دبي، المجلد الأول، ص 286.

المطلب الأول : العوامل المساعدة على نجاح وسائل الدفع الالكترونية :

هناك عدة عوامل ساعدت على نجاح و وسائل الدفع الالكترونية و إحلالها محل التقليدية ،خاصة مع ظهور الانترنت و توسع مجال التجارة الالكترونية التي دعمت عملية الدفع الالكتروني .و سنحاول اختصار باقي العوامل المساعدة فيما يلي :

الفرع الأول : ظهور البنوك الالكترونية و الخدمات المصرفية الجديدة :

في ظل وجود شبكة الانترنت و شيوعها و ازدياد مستخدميها ،و استغلالها في ميدان النشاط التجاري الالكتروني ،ظهر ما يسمى بالبنوك الالكترونية .

و البنك الالكتروني هو بنك له وجود كامل على شبكة الانترنت و يحتوي موقعه على كافة البرمجيات اللازمة للأعمال المصرفية ،حيث يتيح هذا البنك للزبون القيام بكافة أعماله الخاصة بالبنك عن طريق أي مكان موجود به ،و ذلك بواسطة خط يوفره له البنك يسمح له بانجاز كافة معاملاته دون أن يضطر الى الذهاب بنفسه الى مقر البنك.¹ ولهذا البنوك عدة مزايا و منافع ،يمكن اختصارها فيما يلي :

1- تنظيم الدفعات : حيث أن الاتفاق على وقت الاقتطاع و تسديد قيمة التحويلات المالية يكفل تنظيم عمليات الدفع دون أية ريبة في امكانية السداد في الوقت المحدد.

2- تسيير العمل : ألغت عملية المقايضة الآلية حاجة العميل الى زيادة البنك لإيداع قيمة التحويلات المالية ،مما يعني تسيير العمل و رفع فعاليته.

3- السلامة و الأمن : أزال التحويلات المالية الالكترونية الخوف من سرقة الشيكات الورقية و الحاجة إلى تنقل الأموال السائلة.

4- تقليل الأعمال الورقية : تقليل الاعتماد على النماذج الورقية و الشيكات التقليدية و غيرها من المعاملات الورقية.

5- زيادة رضا العملاء : تكفل سرعة عمليات التحويل الالكتروني و انخفاض كلفتها تحقق رضا العملاء.

6- توفير المصاريف : تتضمن عملية افتتاح فرع بنك ما مصاريف تشغيلية ،مثل تكاليف شراء الموقع و تأثيثه و تكاليف العمالة و الصيانة و غيرها ،غير أن تلك المصاريف معدومة نهائيا في حالة البنوك الالكترونية.

ليست البنوك الالكترونية وحدها من يستخدم شبكة الأنترنت ،بل ان البنوك العادية هي الأخرى تقدم خدمات مالية الكترونية عن طريق هذه الشبكة ،مما أدى الى ظهور خدمات مصرفية جديدة و تنامي المعاملات المصرفية الالكترونية

و بما أن البنوك الالكترونية و المعاملات المصرفية الالكترونية تتم عن طريق شبكة الأنترنت ،فمن الطبيعي أن يتم التعامل بوسائل الدفع الالكترونية مما يشجع على استعمال هذه الوسائل بالاضافة الى الخدمات المصرفية الجديدة التي تستوجب التعامل بتلك الوسائل ،ومن أهم تلك الخدمات مايلي :

1- الخدمات المصرفية الالكترونية عبر الصرافات الآلية :

ظهرت أجهزة الصراف الآلي في السبعينات كبديل لموظفي الصرافة في الفروع المصرفية لتقليل عدد المعاملات داخل البنك.وتعتبر الصرافات الآلية أولى آلية لتطور العمل المصرفي حيث تعتمد على وجود شبكة من الاتصالات تربط فرع البنك الواحد أو فروع كل البنوك في حالة قيامها بخدمة أي عميل من أي بنك.لكن هذه الأجهزة تطورت فلم

¹ -منير الجنيهي وممدوح الجنيهي ،البنوك الالكترونية ،مرجع سابق ،ص10.

تعد تقتصر على مجرد الحصول على النقود، بل حاليا تقوم بوظائف جد متقدمة تمكن العمال و الموظفين من استلام رواتبهم و حقوق الضمان الاجتماعي، كما تسمح لهم الوصول الى حساباتهم الجارية مع توفر خيار استخدام لغات أجنبية عبر هذه الأجهزة، و أصبحت حاليا تقدم جملة من الوظائف نذكر منها: التعرف على رصيد الحساب، القيام بسحب نقدي من الحساب، إجراء تحويلات نقدية بين الحسابات، طلب دفتر الشيكات، إجراء ايداعات نقدية، سداد الفواتير.

2- الصيرفة عبر الهاتف الجوال :

إن انتشار الهواتف النقالة أدى الى تطور الخدمات التي يمكن أن تقدمها بسرعة فائقة، خاصة منها المصرفية، فقد ظهر ما يسم بالبنوك الخلوية التي تقوم على فكرة تزويد الخدمات المصرفية للزبائن في أي مكان و في أي وقت، و تشمل هذه الخدمات الاستعلام عن الأرصدة و الاطلاع على عروض المصارف و أسعار العملات و غيرها من الخدمات الاستعلامية كما تشمل الخدمات المالية كتحويل النقود من حساب لآخر و خدمات الدفع النقدي و فتح الحسابات و غلقها.

الفرع الثاني : الاستفادة من وسائل الأمن عبر شبكة الانترنت :

تتميز وسائل الدفع الحديثة عن الوسائل التقليدية، بالاستفادة من وسائل الأمان عبر شبكة الانترنت، مما ساعد على زيادة انتشارها. وتعد هذه الوسائل بمثابة حماية تقنية للدفع الالكتروني ككل. وقد عرف الأستاذ محمد دباس الحميد أسلوب الحماية التقنية على أنها: "حماية جميع أنواع المعلومات و مصادر الأدوات التي يتعامل معها وتعالجها من منظمة وغرفة تشغيل الأجهزة ووسائل التخزين و الأفراد من السرقة و التزوير و التلف و الضياع و الاختراق"¹. ان الطابع غي المادي للدفع الالكتروني دفع إلى ضرورة إيجاد الميكانيزمات التقنية لحماية الدفع الالكتروني، ووسائل أمان توضع تحت تصرف المتعاملين بها كي يضمن أكبر قدر ممكن من الثقة من خلال استعمالها و كذلك إنجاحها من خلال تعميم استعمالها في كافة المعاملات المالية و التجارية. وتتمثل هذه التقنيات في استخدام الرقم السري و التوقيع الالكتروني و الرقمي و تشفير المعلومات و البيانات المرسله على الخط، كما لم تقف محاولات التأمين عند هذا الحد بل توصلت الى وضع برامج آمنة ينصح الزبائن باستعمالها تسمى بالبروتوكولات المؤمنة.

الفرع الثالث : ظهور منظمات و مؤسسات مالية عالمية في مجال المدفوعات :

إن من بين العوامل المساهمة في انتشار وسائل الدفع الالكترونية، ظهور منظمات و مؤسسات مالية عالمية أصبحت رائدة في إنتاج و تسويق هذه الوسائل لمختلف بلدان العالم، و الجهات المصدرة للبطاقات البنكية و التي تعد أشهر وسائل الدفع الالكترونية .

ومن أشهر هذه المنظمات العالمية المصدرة للبطاقات نذكر منظمة فيزا العالمية، و ماستركارد العالمية . أما بالنسبة للمؤسسات المالية العالمية، و التي تشرف بنفسها على إصدار البطاقات المصرفية دون ضرورة منح تراخيص الإصدار لأي مصرف، فنذكر من بينها: أميركان اكسبريس، الدينيرز كليب .

¹ - محمد دباس الحميد، حماية أنظمة المعلومات، دار الحامد، عمان الأردن، 2007، ص 34 .

المطلب الثاني : مزايا وسائل الدفع الالكترونية :

يمكن تلخيص المزايا التي تتمتع بها وسائل الدفع الالكترونية فيما يلي :

الفرع الأول : مزايا البطاقات البنكية :

تمنح البطاقات البنكية عدة فوائد و مزايا سواء لحاملها أو للبنك المصدر لها أو حتى للتاجر .

1- الميزات التي تقدمها البطاقات البنكية لحاملها :

تعطي البطاقات البنكية لحاملها العديد من المميزات و الخدمات التي يستنفع بها أثناء تعاملاته ، و أهم هذه المزايا :

- الأمان : حيث تجنب البطاقة العميل حمل النقود و ما ينتج عن ذلك من مخاطر السرقة أو الضياع.
- المرونة : تكسب البطاقة حاملها المرونة في الحصول على احتياجاته من سيولة نقدية و سلع وخدمات من مصادر متنوعة في أي مكان من العالم و في أي وقت و بأية عملة.
- مكانة مميزة في المجتمع : حيث تشكل البطاقات مظهرا من مظاهر التقدم ، لذلك تعطي لحاملها وضعاً مميزاً و مكانة اجتماعية و رضاً نفسياً و ثقة كبيرة في معاملاته التي تتم باستخدامها.

2- الميزات التي تقدمها البطاقات للبنك المصدر لها :

إن إصدار البنك للبطاقات البنكية يجلب له العديد من المنافع و الأرباح و التي يمكن تلخيصها فيما يلي :

- كبر حجم عائد هذا نظام البطاقات البنكية قياساً الى أعبائه.
- البطاقات البنكية وسيلة سهلة و دقيقة في تسوية المعاملات بين البنوك المختلفة بصرف النظر عن أماكن إتمامها و العملات التي تمت على أساسها .
- تعتبر مصدراً مربحاً من خلال ما يحصل عليه البنك من رسوم الاشتراك و الزيادات الربوية على تسديد الدفع للعمليات المالية و النقدية ، و العمولات التي تتقاضاها البنوك من التجار ، بالإضافة إلى النسب العقابية نتيجة تأخر العميل عن السداد...

- تقليل الضغط على البنوك و تجنب الطوابير الطويلة نتيجة استخدام بطاقات الصراف الآلي.

3- الميزات التي تقدمها البطاقات للتاجر :

يستفيد التاجر هو الآخر من جراء استعماله للبطاقات من أجل شراء سلعه أو الاستفادة من خدماته ، و ذلك كالتالي :

زيادة المبيعات : يساعد استعمال البطاقات التجار على زيادة مبيعاتهم من مختلف السلع و الخدمات وبالتالي الى زيادة أرباحهم ، فالبطاقة تشجع حاملها على الزيادة في الاستهلاك لعدم التزامه بالسداد الفوري.

تقليل المخاطر : إن قبول التجار التعامل بالبطاقات يجنبهم تواجد النقود في محلاتهم ، مما يجنبهم احتمالات قبول عملات مزورة أو التعرض للاختلاسات من قبل موظفيهم ، أو حتى قبول الشيكات التي يمكن أن تكون بدون رصيد...¹

الفرع الثاني : مزايا البطاقات الذكية :

تعتبر البطاقات الذكية أكثر أمناً من البطاقات البنكية العادية ، و هو ما جعل العديد من البنوك تستخدمها بدلاً منها ، و هذا بالإضافة إلى مزايا أخرى عديدة ، نختصرها فيما يلي :

¹ - عبد المطلب عبد الحميد ، البنوك الشاملة عملياتها و ادراجها ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 114.

- أ- تعد البطاقة الذكية أفضل من الشريط المغناطيسي و ذلك لأن هذا الأخير نسبة الخطأ فيه تصل إلى 250 لكل مليون معاملة، بينما نسبة الخطأ للبطاقات الذكية تصل إلى 100 مليون معاملة.
- ب- انخفاض تكلفة البطاقات الذكية مقارنة مع بقية الوسائل .
- ت- قدرتها على تخزين أكثر من 100 ضعف من المعلومات أكثر من بطاقة بشريط مغناطيسي.
- ث- صعوبة تزويرها، فعكس البطاقات المغناطيسية فان البطاقات الذكية لا يمكن قراءتها و صعوبة ان لم تكن مستحيلة التقليد.

الفرع الثالث : مزايا النقود الالكترونية : تتلخص مزايا النقود الالكترونية فيما يلي :

- أ- السرية : إذ يمكن للمشتري أن يقوم بعملية الشراء دون أن يكون مضطرا لتقديم أية معلومات .
- ب- الأمان : يتيح نظام النقود الرقمية أعلى درجات الأمان الممكنة و ذلك لاعتماده على وسائل الأمان المبتكرة لحماية المعلومات المالية المستعملة على شبكة الانترنت.
- ت- انخفاض التكاليف : حيث تنعدم تكاليف المقاصة أو التسوية لأن العملية تتم أوتوماتيكيا.
- ث- لا تخضع للحدود : حيث يمكن تحويل النقود الالكترونية من أي مكان وفي أي وقت، كونها تعتمد على شبكة الانترنت التي لا تعترف بالحدود الجغرافية أو السياسية، و ذلك دون أن تؤثر في التكلفة.¹

الفرع الرابع : مزايا التحويلات المالية الالكترونية :

- مع التطور التكنولوجي أصبحت عملية تحويل الأموال تتم الكترونيا بعد أن كانت تتم بإجراءات بنكية معقدة و مرهقة لتطلبها وقتا كبيرا، حيث أن التحويل الالكتروني للأموال له عدة مزايا أخرى تتمثل فيما يلي :
- أ- تقليل أو إلغاء الخدمات التي تقدمها الصناديق المتعلقة بتجميع الشيكات .
- ب- تقليل مصاريف معالجة الشيكات إلى الحد الأدنى نتيجة عدم استخدام الشيكات الورقية
- ت- تقليل الخدمات التي تقدمها البنوك لتسوية الحسابات الجارية مع الشركات و الأفراد، بمأن إدخال النظام الالكتروني يحل محل استخدام الشيكات الورقية من عمليات الدفع التي تتم من شركة لشركة أخرى ومن الشركة إلى العملاء، و تقل طبقا لذلك الحاجة إلى إعداد كشوف تسوية الحسابات بمقدار استخدام النظم الآلية.
- ث- توفير النقدية بصورة فورية: إذ يؤدي هذا النظام إلى تحسين التدفق النقدي و كذا تسريع دورة النقد.

الفرع الخامس : مزايا الشيكات الالكترونية :

- تتميز الشيكات الالكترونية بعدة مزايا :
- أ- توفر 50 بالمائة من رسوم التشغيل مقارنة بالبطاقات البنكية .
- ب- يتم تسوية المدفوعات من خلال الشيكات الالكترونية في 48 ساعة فقط مقارنة مع الشيكات العادية التي يتم تسويتها في وقت أطول من خلال المقاصة .
- ت- يقضي على مشاكل الشيكات العادية كالضياع و التأخير.

¹ -حماد عبد العالي طارق، التجارة الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003.

المبحث الثاني : مخاطر و عيوب الدفع الالكتروني :

استطاعت وسائل الدفع الالكترونية تحقيق مزايا عديدة لم تتمكن التقليدية من تحقيقها، حيث خفضت التكاليف و قللت من معاناة العملاء و أعطت للوقت قيمته، بل إنها شجعت البنوك على تقديم خدمات جديدة تصب كلها في المصلحة العامة سواء للبنوك أو العملاء. غير أنه يمكن ملاحظة عدة عوامل تعرقل تقدم و تطور هذه الوسائل الحديثة و تؤدي إلى تهرب و تخوف الجمهور منها (المطلب الأول)، كما أن هذه الوسائل ليست مثالية، حيث أنها أفرزت عدة مشاكل و تحديات (المطلب الثاني).

المطلب الأول : العوامل المعرقة لنجاح وسائل الدفع الالكترونية :

هناك جملة من العوامل التي تعرقل نجاح وسائل الدفع الالكترونية و تؤدي إلى انعدام الثقة بهذه الوسائل الحديثة، فرغم النجاح و الراحة و المزايا التي حققتها هذه الوسائل إلا أن هناك عوامل جعلت من هذا النجاح ناقصا، حيث ظهر نوع من الجرائم التي ترتكب في حق البطاقة البنكية و الإعلام الآلي مما أفرز مخاطر تنجم عن التعامل بوسائل الدفع الحديثة .

الفرع الأول : الجرائم الالكترونية و مخاطر المعاملات الالكترونية :

تعتبر الجرائم الالكترونية من الجرائم الحديثة التي انتشرت في الفترة الحالية و هي تتميز بكونها لا تعرف الحدود الجغرافية ، وأنه يتم ارتكابها بأداة الحاسب الآلي عن طريق شبكة الأنترنت و بواسطة شخص على دراية فائقة بهما.¹

وقد كان لظهور وسائل الدفع الالكترونية عاملا مساهما في ظهور هذا النوع من الجرائم، و التي يمكن تلخيصها فيما يلي :

1- انتحال شخصية الفرد :

يتم هذا النوع من الجرائم عندما يستغل اللصوص بيانات شخص ما على الشبكة الالكترونية أسوأ استغلال من أجل الحصول على بطاقات بنكية ائتمانية، حيث أن تلك البيانات تمكنهم من التقدم بطلبات لاستخراج البطاقة البنكية عبر الانترنت غالبا من خلال الهياث التي لا تتخذ إجراءات أمنية صارمة عبر الشبكة.

2- جرائم السطو على أرقام البطاقات :

أصبح السطو على أرقام البطاقات عبر شبكة الانترنت عملية سهلة، لذلك تزايدت هذه الحوادث التي أعقبتها عمليات الابتزاز لارجاع تلك الأرقام أو لعدم استخدامها.

3- جرائم غسيل الأموال باستخدام البطاقات البنكية :

يقصد بغسيل الأموال عملية تحويل المصدر غير المشروع للأموال كالمخدرات إلى أموال مصدرها مشروع كالتجارة بالسيارات، و أبسط طرق هذه العملية عي القيام بسحب مبالغ كبيرة على دفعات من الصراف الآلي في بلد أجنبي من ثم يقوم فرع المصرف الذي سحب المبلغ من ماكينته بطلب تحويل المبلغ من الفرع الذي أصدر البطاقة، فتتم عملية التحويل بحصم المبلغ من رصيد العميل الذي يكون قد تهرب من دفع رسوم التحويل و استطاع أن يغسل أمواله.²

¹ - الجنيبي محمد و الجنيبي ممدوح، جرائم الانترنت و الحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 13.

² - بداوي مصطفى، غسيل الأموال الالكتروني، مجلة آفاق، العدد 05، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة البليدة، سبتمبر 2005، ص 61.

تعتبر الانترنت من أحدث طرق غسيل الأموال المشبوهة خاصة أنها أسهل استخداما و أيسر في التعامل مع البنوك ، و ضغطة مفتاح تفتح له أفاق الدخول في حسابات و أنشطة مالية و مصرفية من أي جهة في العالم ، فيقوم المجرمون بالاعتماد على عملية التحويل الالكتروني للأموال من خلال البنوك بإيداع الأموال المسروقة في حسابات متعددة للبنوك ، ثم تحول إلى عدة فروع في بلدان مختلفة .

4- جرائم السلب بالقوة الالكترونية :

حيث يتم استخدام الحاسب في التلاعب بالمعلومات و ذلك بإدخال بيانات زائفة من جانب المتحايل باختلاق دائنين كأجور يجب دفعها أو فواتير يجب سدادها ، وذلك عن طريق اختلاق مدينين غير حقيقيين يجب عليهم سداد فواتير صادرة عن الحاسب ، أما المدين المعتدى عليه فلن يتمكن من إثبات كونه غير مدين لوجود فواتير معلوماتية و هكذا يستغل المتحايل طرق الدفع الآلية للحصول على أموال غير شرعية.

5- جرائم البطاقات البنكية :

مع ازدياد استعمال البطاقات البنكية، تعددت وسائل الاحتيال في استعمالها و تنوعت صورها، و يمكن تقسيم الجرائم المرتكبة باستخدام هذه البطاقات إلى جرائم يرتكبها حامل البطاقة و جرائم يرتكبها الغير :

أولا : الجرائم التي يرتكبها العميل بسبب إساءة استعمال البطاقات البنكية :

إن العميل نفسه مالك البطاقة قد يستعملها لارتكاب جرائم مخالفة للعقد المبرم بينه وبين البنك، و ذلك بطبيعة الحال للحصول على أموال بأية طريقة كانت. و يمكن ذكر بعض هذه الجرائم أو المخالفات فيما يلي :

1- تجاوز الحامل لرصيده بالسحب خلال أجهزة الصراف الآلي : و تقع هذه الجريمة عندما يقوم حامل البطاقة بالسحب من الآلية للنقود بمبلغ يزيد عن رصيده بالبنك ، أو يتجاوز الحد الأقصى المصرح له به.¹

2- إساءة استعمال بطاقة الوفاء : قد يقدم العميل على شراء لع أو خدمات تتجاوز قيمتها المبلغ الذي يضمه البنك أو الجهة المصدرة كحد أقصى لها ، أو يقوم بشراء السلع و الخدمات لا يتجاوز قيمتها المبلغ الذي يضمه البنك و إنما تتجاوز الرصيد الموجود في حسابه.²

3- استخدام بطاقة انتهت مدة صلاحيتها : لكل بطاقة مدة صلاحية معينة ، و بعد مرور هذه المدة لا بد على العميل ردها للبنك أو الجهة المصدرة لها و ذلك إما لتجديدها أو التخلي عنها ، و في حال لم يفعل ذلك فقد اعتبر البعض بضرورة اعتباره جرما مثل ما قضي به في فرنسا.³

4- استخدام البطاقة الملغاة : قد يقوم البنك أحيانا بإلغاء البطاقة و وقف عملها و وفقا لذلك يطلب من العميل ردها ، ففي حال امتنع العميل عن ذلك و قام باستعمالها ، فإن ذلك يعد اعتداء على مال الغير لأن العميل سيوهم الآخرين بملكيتها البطاقة و بائتمان مالي لدى البنك مستعينا بالشهادة الصادرة من البنك و التي تقر بموجبها بائتمان للعميل .

ثانيا : الجرائم التي يرتكبها الغير بسبب إساءة استعمال البطاقة الالكترونية :

يمكن للغير أيضا ارتكاب جرائم باستخدام البطاقات ، و ذلك على النحو التالي :

¹-حجازي بيومي عبد الفتاح، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،

²-سامح محمد عبد الحكيم ، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان -جرائم بطاقات الدفع الالكتروني -، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2003، ص 72 .

³-المناعسة أسامة أحمد ، الزغبي جلال محمد و الهواوشة صايل فاضل ، جرائم الحاسب الآلي و الانترنت ، دار وائل ، عمان ، 2001 ، ص 175 .

1- استعمال البطاقة المسروقة أو المفقودة من قبل الغير : إن سارق البطاقة أو من عثر عليها قد يستخدمها في سحب نقود من الموزع الآلي، و قد يستخدمها في الحصول على السلع و الخدمات من التجار .وهو الفعل الذي تعتبره بعض الدول جرما يطبق عليه جريمة النصب.

2- السحب ببطاقة الكترونية مزورة : قد يقوم الغير بتزوير بطاقات الدفع أو السحب عن طريق بطاقات ائتمان مسروقة، و استبدال بياناتها كما قد يتم ذلك بالتواطؤ مع صاحب البطاقة الذي يتركها للغير لاستعمالها في السحب و تزوير توقيعه، ثم يقوم بالاعتراض على السحب و يطعن في توقيعه حتى لا يخصم المبلغ من حسابه الخاص¹. إن أغلب عمليات الاحتيال فيما يخص البطاقات تقع في الولايات المتحدة، و قد تعددت جرائم البطاقات حتى على شبكة الانترنت، حيث أصبحت هناك عصابات دولية تنشط على هذه الشبكة بهدف تجميع أكبر عدد ممكن من أرقام البطاقات، و هو الأمر الذي جعل التجارة الالكترونية ليست في المستوى المتوقع لها، بسبب تردد المستهلكين في الكشف عن بياناتهم الشخصية و استعمال بطاقاتهم على شبكة مفتوحة، وهو الأمر الذي يستدعي قوانين عقابية، تكفل حماية جزائية كاملة للبطاقات بوصفها أداة دفع.

المطلب الثاني : التحديات الجديدة التي تفرزها وسائل الدفع الالكترونية :

إن وسائل الدفع الالكترونية ليست مثالية، فكما لها ميزات ومحاسن فهي أيضا تعاني من عيوب و مخاطر مما يؤثر على سمعتها بين الجمهور، و يؤدي ذلك إلى اتخاذ الحيطة و الحذر عند استعمالها، و يمكن الإشارة إلى أهم مخاطر و عيوب هذه الوسائل كما يلي :

الفرع الأول : التحديات التي تواجه النقود الالكترونية :

للقود الالكترونية مخاطر أمنية، قانونية و أخرى تتعلق بالسرية :

1- المخاطر الأمنية للنقود الالكترونية :

قد يحدث الخرق الأمني للنقود الالكترونية إما نتيجة لعمل إجرامي عمدي مثل التزوير و التزييف، و إما كنتيجة لعمل غير عمدي مثل محو أو تخريب موقع من مواقع الانترنت، و إما الإخلال بتصميمات الأنظمة الالكترونية و القرصنة الالكترونية، فمن شأن كل هذه التصرفات و التهديدات السابقة أن تؤدي إلى آثار قانونية و أمنية و مالية خطيرة، فانه من المهم ان تتأكد الجهة المصدرة للنقود الالكترونية من توافر كافة الضمانات الأمنية سواء بالنسبة للمستهلك أو بالنسبة للتاجر .وسواء كان ذلك متعلقا بالنقود الالكترونية التي تأخذ شكل البطاقات البلاستيكية أو التي يتم التعامل بها عبر الانترنت.

2- المخاطر القانونية للنقود الالكترونية :

تنبع هذه المخاطر من خلال انتهاك القوانين و اللوائح مثل جرائم غسيل الأموال، إفشاء أسرار العميل و انتهاك السرية، و من ناحية أخرى تتولد هذه المخاطر القانونية عندما تقنن حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة بالنقود الالكترونية بطريقة غير دقيقة.

كما أن موضوع حماية المستهلك يعد من أهم المخاطر القانونية التي يمكن أن تفرزها النقود الالكترونية و من المتوقع كذلك أن يصاحب انتشار النقود الالكترونية تزايد في جرائم التهرب الضريبي إذ سيكون من الصعب على الجهات الحكومية المكلفة بتحصيل الضرائب القيام بربط الضريبة على تلك الصفقات التي تتم بواسطة النقود الالكترونية نظرا لأن تلك الصفقات تتم خفية عبر شبكة الإنترنت .

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 123 .

الفرع الثاني : التحديات التي تواجه البطاقات البنكية :

بالإضافة إلى الجرائم التي ترتكب في حق البطاقات البنكية و التي سبق الإشارة إليها، فإنها تفرز مجموعة من العيوب و المشاكل سواء لحاملها أو للمصارف المصدرة لها، و تتجلى أهم هذه المشاكل فيما يلي :

- 1- محدودية أثر البطاقات في رفع الاستهلاك على المدى الطويل، إذ أن رفع القدرة الاستهلاكية لا يتوقف على وسائل الدفع بقدر ما يعتمد على نمو و انحصار الدخل الحقيقي للفرد .
- 2- الخطر على سيولة المصرف نظرا لكبر حجم التعامل.
- 3- كبر حجم المنافسة التي تواجهها المصارف من المؤسسات المصدرة للبطاقات الخاصة بها كمحطات البنزين مثلا، مما قد يقلل من حجم المتعاملين مع المصرف.
- 4- بالنسبة للدول الإسلامية فإن البطاقات الائتمانية تكتنفها بعض المحظورات الشرعية، كالفائدة التي يأخذها البنك عند تأخر العميل عن السداد، و كذا العمولة التي يتقاضاها البنك من التجار فهناك من الفقهاء من يعتبرها فائدة محرمة.

الفرع الثالث : التحديات القانونية و الرقابية للبطاقات الذكية :

من الناحية القانونية فإن البطاقات الذكية لا تخضع للقوانين التجارية التي تنظم الشيكات و الحوالات وغيرها، لأن المستخدم فيها لا يستعمل أداة مكتوبة مما يثير مشاكل الإثبات. تثير هذه البطاقات قضايا تتعلق بمراعاة إجراءات براءات الاختراع من طرف مؤسسات إصدار البطاقات و تجهيزها بالإضافة إلى شؤون الملكية الفكرية و ترخيص التكنولوجيا.

الخاتمة :

لقد قدمت وسائل الدفع الالكترونية حلولاً كثيرة للقصور الذي كانت تعاني منه الوسائل التقليدية خاصة لما تتميز به من سرعة و تدني في التكاليف، و لكن في المقابل لم تكن هذه الوسائل مثالية حيث أفرزت عدة مشاكل، عيوب و مخاطر عرقلت مسار نجاحها.

و يعتبر أهم مشكل لهذه الوسائل الحديثة هو تسارع انتشارها دون أن يواكبها تنظيم قانوني يناسب تحدياتها و طبيعتها و خصوصيتها، فهي ما تزال غير خاضعة لتنظيم قانوني يوحد أحكامها كالذي تتمتع به الوسائل التقليدية، مما يجعلها رهن جملة من المشاكل و النزاعات التي تتطلب سرعة في حلها، في ظل مشكل آخر هو حجية الاثبات، باعتبار أن الدفع يتم الكترونياً دون حاجة لاستعمال واثق ورقية.

زيادة على ذلك سجلت هذه الوسائل ارتفاعاً للجرائم الالكترونية التي استقطبت المجرمين و القراصنة الذين عملوا على اختراق أنظمة التشفير و نشر المواقع المزورة و نشر الفيروسات المدمرة لأنظمة الدفع مما يؤدي الى تخوف الجمهور من هذه الوسائل الحديثة مما يفسر بقاء الوسائل التقليدية للوفاء و عدم اختفائها من الوجود خاصة و أن الاهتمام اليوم يتجه نحو تطوير و عصنة وسائل الدفع التقليدية باستغلال التطور التكنولوجي لصالحها ونذكر على سبيل المثال ظهور نظام المقاصة الالكترونية و المعالجة الالكترونية لبعض الأوراق التجارية كالسفتجة المغنطة.. الخ و في الأخير يمكن القول بأن دفع عجلة التجارة الالكترونية بالجزائر من خلال إنشاء وسائل الدفع الالكترونية لا يتوقف عند اعتماد بطاقات دفع الكترونياً عالمية، إنما يتعدى ذلك إلى توفير مناخ ملائم للتعامل بهذه الوسائل و ذلك من خلال إتباع السبل الآتية :

- وضع أطر قانونية و تشريعية تحكم المعاملات المالية الالكترونية.
- توفير المعلومات اللازمة عن وسائل الدفع الالكترونية المتوفرة و المتاحة في الجزائر و ذلك عن طريق الإشهار في وسائل الإعلام المختلفة.
- وضع إجراءات و آليات لاسترجاع الثقة بين الجهاز المصرفي الجزائري و الزبائن .
- توفير غطاء إعلامي للتحسيس حول كيفية استعمال وسائل الدفع الالكترونية.
- الاعتماد على التجارب الرائدة في مجال الدفع الالكتروني.
- توفير ضمانات لأمن استعمال هذه الوسائل من خلال الاحتكاك بخبرات أجنبية لتطوير هذا المجال.

الحكمة والناطير مدخل لناهيل المقاوله



إعداد الأستاذ: الحسين الصفاوي أستاذ زائر بكلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي - الرباط

مقدمة :

في ظل الأزمة العالمية الخانقة، وتأثيرها على البلدان النامية منها والمتقدمة أصبح من الضروري التعامل مع هذه الوضعية الاقتصادية بحذر، وهكذا أصبح لزاما على المقاولات التي تخلق الثروة انتهاج سياسة حديثة بعيدة عن الطريقة النمطية في التسيير، والاحتكام إلى الموضوعية والحذر في اتخاذ القرارات التي تمس الهياكل الداخلية للمقاوله، بل أكثر من ذلك التعامل بمنطق الجودة والترشيد، وتثمين الموارد البشرية، إضافة إلى إعادة النظر في سبل تسييرها. وهكذا تعتبر الحكامة¹ إحدى المقدمات في تأهيل المقاوله سواء منها الرسمية أو غير المهيكلة، سواء أكانت مقاولات صغرى أو متوسطة ولدعم الثقة بين جميع الشركاء بات من الضروري اعتماد مدونة خاصة بالمعاملات الجيدة²، تتماشى وخصوصية المقاولات الصغرى والمتوسطة في أفق إرساء أسس التحديث والمردودية. ولن يتأتى ذلك إلا بتضافر جهود كل الفاعلين أو المتدخلين في هذا القطاع، وأخص بالذكر القطاعات الوزارية كوزارة المالية، ووزارة التجارة والهيئات المهنية والتمثيلية كالاتحاد العام لمقاولات المغرب CGEM، وأصحاب الخبرة في هذا المجال على اعتبار أن الحكامة الجيدة أصبحت مطلبا ضروريا وملحا للمستثمرين وذلك لما توفره لهم من حماية قبلية وبعديّة لمشاريعهم³.

وفي المقابل يجب على المقاولين احترام مبادئ وقواعد الحكامة المقاولاتية، كما ينبغي تحليل الترسنة القانونية والتنظيمية، وكذا البنيات المؤسساتية المنخرطة في عملية إنعاش ممارسة الحكامة الجيدة، وتحديد قاعلة الأهداف التي تسعى المقاولات الصغرى والمتوسطة إلى تحقيقها، والوسائل الضرورية لذلك مع ضمان مراقبة النتائج⁴. إذ أن الحكامة

¹ - هجر حيمر : "المقاوله المغربية بين تداعيات الأزمة العالمية ومتطلبات التأهيل" - مجلة القانون المغربي عدد 15 لسنة 2010 - ص 41.

² - حول مفهوم الحكامة أو الحكم الصالح راجع: حسين كريم "الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية" بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمتها مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويدي بالأسكندرية الطبعة الثانية - بيروت مارس 2006 - من ص 95 إلى ص 123.

³ - أنظر دور الحكامة الجيدة في جلب الاستثمارات في المغرب <http://www.aswat.com/en/mode707>

⁴ - هجر حيمر - مرجع سابق - ص 41.

الجيدة أصبحت عامل ثقة، يساعد المقاول على التأهيل في مناخ الاقتصاد العالمي¹، وهي كذلك تركز على العلاقة بين إدارة المقاولات وبين مجالسها الإدارية وكذا مع المساهمين في رأسمالها، من أجل متابعة الأهداف المطابقة لمصالح الشركة والمساهمين فيها وتيسير مراقبة فعلية للتأجيل المحققة.

وبهذه العلاقة ستمكن المقاولات الصغرى والمتوسطة من تقوية دور لجن الافتحاص، وتحسين مناخ الأعمال، والرفع من تنافسية الاقتصاد الوطني².

وعلى هذا الأساس أصبحت الحكامة المقاولاتية تحتل مكانة هامة عند رجال الأعمال والباحثين والاقتصاديين في الآونة الأخيرة³ وأصبحت بذلك مطلبا ملحا من طرف العديد من مصادر التمويل، وبشكل خاص في رأسمال المجازفة والبورصة علاوة على أن الحكامة الجيدة هي ممارسة تديرية ذات الأداء الجيد والتي تضمن استمرارية المقاوله وحسن تأطيرها⁴.

وهي مكونا أساسيا ومهما لتأهيلها، رغم عدم نشر مبادئها في المغرب ومفاهيمها بين أوساط الفاعلين الاقتصاديين إلا مؤخرا إلى أن استفحل الداء على غرار بعض الدول الأجنبية⁵ وهكذا يمكن اعتبار الحكامة المقاولاتية تدير يتوخى منه تحديث البنيات الداخلية والقطع مع الممارسات التقليدية، بغية تجاوز ما يصطلح عليه بالمقاولات العائلية واعتماد مقاولات وفق أسس تستطيع مواكبة التحديث، ومجاراة عولة السوق المغربي في أفق ضمان استمراريته، هذا وبالرغم من أهمية تدابير خلق مقاولا، فلحاجة إلى إنعاشها ومواكبتها تبقى مسألة أساسية مما يتطلب تكثيفا مركزا للجهود وتنسيقا حكيما للمؤسسات وتوزيعا منصفيا لاختصاصات يراعي خصوصيات الجهات المتدخلة وبرامج منصبة على المشاكل المستجدة في عالم التجارة والصناعة والأعمال بغية تخطي الأزمات المستجدة⁶ في هذه الفضاءات، مما يتطلب العمل على التأهيل البنيوي لهذه المقاولات من خلال إيجاد تمويل لها، والنظر في كيفية تسييرها، وتكوين العاملين بها، إضافة إلى انسياب المعلومة بين مكوناتها وهكذا ستنصب دراسة موضوعي على مقومات التأهيل البنيوي للمقاوله (المبحث الأول) وفي مبحث ثان تأطير المقاوله.

المبحث الأول : التأهيل البنيوي للمقاوله المغربية :

تعرف المقاولات المغربية الصغرى والمتوسطة في معظمها صعوبات بنيوية متعددة سواء على مستوى الهيكلة المالية أو على مستوى الهيكلة التنظيمية فبالنسبة للمقاولات البسيطة، يعتبر التمويل أهم العراقيل التي تواجهها عكس المقاولات الكبيرة التي تعتمد بنسبة كبيرة على إمكانياتها الذاتية، ولا تلتجأ إلى القروض من الأبنك إلا بنسبة

¹ -Hind BENNANI/chafik BENTALEB "la gouvernance de l'entreprise et sa responsabilité sociale, une approche par la justice organisationnelle

² - هجر الحيمر مرجع سابق ص 40-41.

³ - Introduction générale, Gouvernance et entreprises familiales, la place de l'éthique et du développement durable, actes du colloque international, Marrakech 10 et 11 Mai 2007.

⁴ - المقاولات الصغرى والمتوسطة عنصر فاعل لتحقيق التنمية المستدامة، الاجتماع الثالث والعشرون للجنة الخبراء الحكومية الدولية، الأمم المتحدة، اللجنة الاقتصادية لإفريقيا، مكتب شمال إفريقيا 10-13 مارس 2008 ص 12-13 (غير منشور).

⁵ - سفيان فخري "الانفتاح الاقتصادي وفرضية تراجع الدولة بالمغرب" مساهمة في دراسة الإصلاحات الليبرالية منذ برنامج التقويم الهيكلي إلى اليوم " أطروحة في الحقوق جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء 2005-2006 ص 448-449.

⁶ - هجر الحيمر مرجع سابق ص 27.

15%¹ فقط بينما تواجه المقاولات الصغرى والمتوسطة مشكلات التمويل والقروض على اعتبار أن ذلك مرتبط بالضمانات التي عادة تفتقر إليها أو تكون غير كافية.

ولحل هذه الإشكاليات التي تتعلق بالتمويلات هناك إمكانية مساعدتها على تحقيق مشاريعها من خلال انفتاح هذه الوحدات على رأس المال الاستثماري الذي يعتبر من أحدث وسائل التمويل في العالم وهي تقنية تقوم على أساس تقديم هيئات متخصصة أموال ذاتية للمقاولات بدون فوائد بشرط مشاركتها في التدبير المالي للمقاولات الممولة ثم الانسحاب بعد مرور مدة معينة مع تحقيق فائض قيمة مهم كما أن المقاول الصغرى والمتوسطة تعاني من النمطية في تسييرها حيث يغلب عليها الطابع العائلي، حيث يتولى المقاول تسييرها بنفسه أو من طرف أفراد عائلته على اعتبار شركائه في المشروع مما ينذر بزوال هذه المقاول، لذا كان الضروري إعادة هيكلتها لضمان بقائها واستمرارها.

المطلب الأول : انفتاح المقاولات الصغرى والمتوسطة على رأس المال الاستثماري.

رغم أن المقاولات الصغرى والمتوسطة تقوم بدور مهم في الناتج الخام الداخلي، كما تساهم في حل أزمة التشغيل بشكل كبير، إلا أنها في المقابل تتميز في الغالب بطابعها العائلي والشخصي المتعلق، حيث يكون رأس مالها مملوكا لعدد قليل من المساهمين الذين غالبا ما يكونون ينتمون لنفس العائلة رغم اتخاذها لشكل شركة مساهمة، فإنها مقاولات شخصية أو عائلية، حيث يقوم المقاول بتدبيرها وتسييرها، لغياب الفصل بين الملكية والتسيير، فالقرارات المتخذة ينفرد بها المسير المالك ولا يفوض للغير هذا الحق، وهو بذلك يقوم بإتباع المقاول الاستراتيجية التي تعتمد على الرؤية القصيرة المدى وعدم الدقة، بحيث لا يمكن الاعتماد عليها لإعطاء تقييم حقيقي لوضعيتها، وهو ما لا يحفز الغير على الانخراط فيها، أو التفكير في تمويلها خاصة مع صعوبة اقتناء أو تفويت أسهمها، وما يزيد في حدة انكماشها إن لم نقل اندثارها عدم وجود سوق مالية كفيلة باستقبال هذا النوع من المقاولات².

ونظرا للصعوبات التي تواجهها المقاولات الصغرى والمتوسطة و عدم رغبتها في أن تكون مستقبلا مقاولا كبيرة، وإنما الحفاظ على حياتها التقليدية المعاشية التي تشكل هدفها الأساسي فإنها لا تهتم بتنوع أنشطتها ولا توزيع الأرباح فالمسير يرى ضرورة الاحتفاظ بالأرباح لضمان التمويل الذاتي للمقاول.

ونظرا لانغلاق المقاولات الصغرى والمتوسطة المغربية على نفسها، فإنها تجد صعوبة في تمويلها عبر فتح رأس المال لأن ذلك سيفسح المجال أمام مساهمين جدد قد يشكلون خطرا على المساهمين المالكين الممثلين للأغلبية داخل المقاول وذلك من خلال فقدانه للمراقبة والسلطة ويزداد هذا التخوف كلما كان المساهم الجديد عبارة عن هيئة متخصصة في قبض المساهمات أو شركة مالية حيث تكون تدخلاتها مقرونة بحق مراقبة صارمة للمقاول³.

ونظرا للطابع الشخصي والعائلي للمقاولات المغربية فإن المقاول يكون حاجسه الأقل هو الربح والاستقلال المالي، فهو لا يجذب فكرة دخول شركاء جدد عبر فتح رأس المال .

ومثل هذا التصرف يقلص من فرص حصول مثل هذه المقاولات على تمويلات أخرى، ويواجه دعم الأموال الذاتية لهذه المقاولات عدة عراقيل أهمها أن التشريع الضريبي المغربي يشجع التمويل بالاستدانة في التمويل

¹ محمد مطار :رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص في موضوع التأهيل التقني والمالي للمقاول بالمغرب بين النصوص والتطبيق جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2006-2007 ص 148_149

² بشرى سليم: رأس المال الاستثماري وتمويل المقاول رسالة سلك دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء موسم 2002-2003 ص 40.

³ محمد مطار مرجع سابق ص 149.

بالأموال الذاتية، مما يجعل المستثمرين يفضلون تكمص دور المقرض بدلا من دور الشريك حيث يلاحظ أن الزيادة في رأس المال بواسطة الحصص النقدية تخضع للتضريب بنسبة 0.5% و ينطبق الأمر نفسه على الزيادة في رأس المال بإدماج الاحتياطي أو فائض القيمة الناجم عن إعادة تقييم الأموال¹ وهناك فوائد عديدة لطريقة الاستدانة بالنسبة للمقاولات منها أن الفوائد الناجمة عن القروض تكون قابلة للخصم عند احتساب الضريبة على الشركات في حين أن الأموال الذاتية تخضع للتضريب المزدوج سواء على مستوى المقاوله لخضوعها للضريبة على الشركات أو على مستوى المساهمين حيث تخضع للضريبة العامة على الدخل ويضاف إلى ذلك أن الفوائد الناجمة في الحسابات الجارية للشركاء لا تكون قابلة للخصم دائما خلافا للفوائد الناجمة عن القروض البنكية، ومن جهة أخرى فإنه على مستوى قوانين الشركات تعتبر الزيادة في رأس المال أحد طرق تعزيز الأموال الذاتية للمقاوله.

ونظرا لعدم كفاية الأموال الذاتية لمواكبة تطور المقاولات الصغرى والمتوسطة، فإنها تلجأ إلى القروض كوسيلة للتمويل، إلا أنها تصطدم بعدة معيقات منها أن التمويل البنكي والكافي وخاصة بالنسبة للمقاولات البسيطة لا يجد طريقة إلى هذه الوحدات لكون البنك يتعامل انطلاقا من الأموال المودعة لديه، وعلى هذا الأساس فإنه يعمل على حماية نفسه ضد المخاطر المرتبطة بمنح القروض بالحصول على الضمانات الكافية، وذلك بعدما يقوم بتحليل الموازنات والحسابات لتحديد وضعية المقاوله ومثل هذا التوجه يؤدي إلى استبعاد فئة عريضة من المقاولات في إمكانية الحصول على القروض.

وجراء هذه الوضعية، تقوم المقاولات الصغرى والمتوسطة بالاعتماد على وسيلة جديدة تمكنها من التأهيل من جهة و الاستمرارية في نشاطها من جهة ثانية وذلك عبر تمويلها بواسطة رأس مال الاستثماري أو ما يسمى كذلك برأس مال المجازفة كما سماه المشرع المغربي في إطار ميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة فهو يجنب المقاوله ضرورة البحث عن ضمانات خلافا لما عليه بالنسبة للقروض، فهو أداة دعم للمسيرين مع مستوى تدبير المقاوله، حيث يعيش كل من مؤسسي المقاوله وهيئات رأس المال الاستثماري جنبا إلى جنب في كل ما يرتبط بشؤون المقاوله وخصوصا التدبير المالي لها بهدف تطوير مشروعها، وقد يستمر هذا الترابط لمدة يمكن أن تدوم عدة سنوات سنجد بعدها هيئات التمويل محققة فائض قيمة مهم² على اعتبار أن رأس المال الاستثماري أو رأس مال المجازفة هي طريقة حديثة تغني المقاولين الذين تعوزهم أموال ذاتية أو أولئك الذين يقومون بتأسيس مشاريعهم لأول مرة ضمن اللجوء إلى مقرضين يكون مهمهم تأمين استرداد أموالهم وذلك بالحصول على ضمانات من خلال التأكد من مدى سلامة ذمة الكفيل وكفايته بتحقيق التزاماته *honor ses engagements* إزاء مقرضيه وخاصة فيما يتعلق بالضمانات العينية المقدمة من طرفه وبهذا تكون هذه الطريقة الحديثة أحسن السبل لتسهيل انطلاق المقاوله أو نموها أو حتى معالجة صعوبتها، بحيث تكون هذه الهيئات المقدمة لتلك القروض بمثابة شريك في المال غير أنها تمتاز إضافة لذلك بكونها فاعلا إيجابيا ونشيطا يكون له الدور الكبير في نجاح المقاوله وذلك عن طريق المؤازرة والمساندة للمقاولين المؤسسين ليس عبر تقديم الأموال فقط و إنما أيضا عن طريق المعرفة التي تتوفر عليها في مجال تسيير وتدبير المقاولات لأنها غالبا ما تستثمر في المجال ذات أنشطة معتادة عليها.

¹ M.El Haloui, Banques-entreprises : fragilité d'une relation, édition Berada, Juillet 1997p 34-40.

² F.El Akay, la stratégie financière de l'entreprise : essai sur le financement participatif D.E.S.A au sciences économiques, université Hassan II Faculté des sciences juridiques économiques et sociales- Ain chok Casablanca, année 2003 p :35-36.

وهذا يتجلى أن رأس المال الاستثماري يساعد المقاولات الصغرى والمتوسطة على تجاوز تلك المعوقات التي تعترضها عند طلب التمويل، فالأبنك تضع نصب أعينها الضمانات كتأمين عن الأموال المقدمة من طرفها، ولو كان ذلك على حساب وجود واستمرارية المقاوله عكس رأس المال الاستثماري الذي يقوم على مرافقة المقاوله ومساعدتها على الاستمرار، وبذلك تعتبر هذه المبادرات خير ضمان لاسترداد أموالها، وعلى هذا الأساس يمكن أن تحقق فائضا للقيمة، ورغم هذه التمويلات والمساعدات التقنية المصاحبة يبقى تأهيلها بعيد المنال إن لم نقل مستحيلا بسبب تركبتها ونمطية تسييرها.

المطلب الثاني : إعادة هيكلة المقاولات العائلية :

إن أعظم المقاولات الصغرى والمتوسطة لا تسير التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الحديثة، فهي بذلك تعتمد على بنيات تنظيمية وإستراتيجية تقليدية يغلب عليها الطابع العائلي، فتكون المقاوله مرتبطة في إدارتها بالأشخاص حيث تندمج المقاوله في العائلة وهذا التسيير النمطي تعرفه معظم المقاولات المغربية المتوسطة منها و الصغرى، فهي لا تخضع للتسيير الإداري الحديث ولا لتدبير مالي محكم، يعتمد على محاسبة منتظمة، كما أن هذا الصنف من المقاوله غالبا ما لا يتوفر على الأطر الكفئة، حيث يشغل أشخاصا يغلب فيه المواقول الثقة على الكفاءة، وذلك لعدة أسباب منها أنه يخاف من منافسته للبضاعة أو المنتج أو الخدمات من طرف موقول آخر. كما تعتبر المقاوله وسيلة مدرة للدخل بحيث لا يفصل بين ميزانيته الخاصة وميزانية المقاوله وبين نفقاته الشخصية ومصاريف المقاوله، كما أن الأرباح المتأتية من مداخيلها غالبا ما تنفق في مسائل الاستهلاك الشخصي لنفسه أو قد يضعها في الأبنك أرسدة جامدة غير مستعملة¹ عوض استعمال تلك الأموال في توسيع وتحديث وعصرنة المقاوله لتواكب التطور المستمر الذي تعرفه المقاوله في عالم يسوده الابتكار ونقص في التكلفة وجودة في الخدمات والمنتج، ونظرا للانفتاح الاقتصادي للمغرب إزاء العالم، وما ينتج عنه من تدفق للسلع والخدمات من البلدان الأجنبية نظرا لانخراطه في اقتصاد السوق الحر، أصبحت المقاولات العائلية مجبرة على تغيير منهجية عملها، واتخاذ إستراتيجية تروم الرقي بمنهج التدبير المالي والتأطير وتوفير الوسائل اللوجيستكية والمالية المناسبة للخروج من الوضعية الحالية، التي تتسم بضعف المردودية وفائض القيمة من خلال إتباع الشفافية في التسيير والتدبير واحترام قواعد المقاوله، خاصة في عالم فيه حركية مستمرة، تسودها المنافسة الشرسة، هذا إضافة أن هذه المقاولات المغربية تواجه عدة إكراهات خارجية في إطار العولة والتبادل الحر، مما يتحتم عليها مواكبة مناخ الأعمال وذلك بالإسراع بهيكلة نفسها للعموم أمام التحديات التي يعرفها المحيط الاقتصادي العالمي، مع العلم أن المقاولات المغربية عمليا لا تلتزم ببرنامج التأهيل التقني والهيكلة المالية لها زيادة على سوء التدبير، مما قد يعرضها للاندثار نظرا لعدم قدرة هذه الوحدات الاقتصادية على المواكبة والمسيرة التقنية والاقتصادية التي يتطلبها العصر الحديث لضعف إمكاناتها المالية مما قد لا يشجع الدولة من خلال الهبات أو الصناديق المخصصة لذلك من مساعدتها ماليا لتجاوز تلك الإكراهات، ونتيجة لذلك فإن 1/3 المقاولات المغربية سيكون مصيرها الاندثار والإقبار نهائيا من الحياة الاقتصادية².

ولا يمكن للمقاوله أن تصل إلى الهدف المنشود رغم تلك الإمدادات المالية المصاحبة للمساعدة التقنية المقدمة من طرف رؤوس الاموال في تدبير شؤونها او فتح رأسمال المقاوله للغير كضمان لتحمل أفراد تلك المؤسسة للمسؤولية ،

¹ Saâd Belghazi : les problèmes posés aux micro entreprises Revue critique économique 1ere année automne 2000 p45-46

² عبد القادر تيعلاتي : مداخلة في إطار عروض السلك الثالث في مادة الأنظمة الجمركية، السنة الثانية من دبلوم الدراسات العليا المعمقة في وحدة التكوين والبحث القانون التجاري المقارن، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق، وجدة الموسم الجامعي 2005-2006.

والعزوف عن خلق مقاولات عائلية ، ولكن يتطلب أيضا توفر المقاول على يد عاملة مؤهلة ، تواكب التطورات التكنولوجية الحديثة في التسيير والتدبير عبر القيام بتكوينات تتلاءم ومتطلبات سوق الشغل مع التحسيس بالانتماء لهذه المقاولات.

المبحث الثاني : تأطير المقاولات :

لا يمكن للمقاول في ظل هذه الأزمة الخانقة التي يعرفها العالم وما تفرضه العولمة من تحديات ان تواكب نشاطها وتحافظ على ديموميتها الاستيعاب الوسائل الحديثة للتسيير وذلك بالرفع من كفاءات العاملين بها ولن يتأتى ذلك الا بتأطير كل مساهم في عملية الإنتاج عبر التكوين (المطلب الاول) والتنسيق بين مكونات الإنتاج (المطلب الثاني).

المطلب الأول : التكوين:

إذا كان اختزال القدرة على استمرارية المقاول يجد سنه في كفاءة التدخلين في عملية الإنتاج اولئك الفاعلين الاساسيين الذين يتحكمون في مصير ومستقبل المقاول، لذلك يكتسي التكوين أهمية بالغة تحتم الاهتمام به وإعطاؤه الدور الذي يستحقه¹. فهو عامل محوري ومهم للتنافسية، وسيادة المنافسة المشروعية، الشيء الذي يتطلب تشجيع وإعطاء حملات في هذا الباب حتى يكون التكوين والخبرة دوافع أساسية لإنشاء المقاولات وليس الحال وحده في مواكبتها.

وهكذا فإن نمو المشروع يحتم على صاحبه التكيف ومسايرة التطور الذي تعرفه المقاولات.

كما أن التداريب والمهارة تمكن من حل المشاكل التي تعترض المقاول في عالم التجارة والصناعة والأعمال²، كما يجب دعم التكوين لفائدة الأطر، وتقديم المعلومات الضرورية المتعلقة بدراسة المشاريع والمقاولات وطرق تسييرها، وانفتاحها على محيطها بغية الوصول إلى جودة الخدمات.

كما أن التجربة أبانت تدني ثقافة التسيير واعتماد الجودة لدى مسيري المقاولات، لذا كان لابد من تحسيسهم على الانخراط في عملية تبادل التجارب وتحسين العلاقات مع مختلف الشركاء، سواء على المستوى الأفقي أو على المستوى العمومي من خلال التنسيق مع الهيئات المعنية فيما يخص برنامج التكوين.

لهذا فالتكوين يجب أن يشمل إلى جانب التكوين المهني المساهمة في النشاط العادي للمقاول عن طريق التدبير الذي يمكن أن يكون قصير الأمد للاستجابة للحاجيات الملحة للمقاول من خلال الاستفادة من كفاءات مهنية كما يمكن أن يكون طويل الأمد للإستجابة لحاجيات المستقبلية والدائمة للمقاول وذلك من خلال تمكين المتدربين من كفاءات جديدة في المجالات الضرورية.

واعتماد نظام التكوين الجهوي حتى يتمشى مع مقاصد المقاولات مع التوجيه العام الذي ينهجه المغرب في اتجاه الجهوية الموسعة، واعتبار الجهة قطب اقتصادي أولا وأخيرا، حتى يمكن امتصاص الأزمات.

وللتمكين من بلوغ هذه الأهداف، بات من الضروري إجراء إصلاحات تشريعية، حيث أن القانون المطبق ينحصر فقط في تنظيم عقد التمهين الذي يخص فئة معينة من العمال دون غيرهم³.

¹ Lassaad MAZGHANI, « la transmission de l'entreprise familiale a SFAX : état de lieux et prospecteurs », gouvernance et entreprises familiale, la place de l'éthique et du développement durable, Actes du colloque international, Marrakech 10 et 11 Mai 2007 In Revue marocaine d'économie et de droit comparé, N° 48 Université Cadi Ayyad, Faculté des sciences juridiques et sociales, Marrakech, p225.

² - جيم شل، كيف تدبر مشروعا صغيرا ص 284-285.

³ - هجر الحيمر: مجلة الاقتصاد المعاصر، م.س - ص 39.

وهكذا فإن استقلالية المقاوله وضمنان استمراريتها رهين بالانخراط في المجالات المتعلقة بالتكوين والاستشارة وتوفير المعلومات، إضافة إلى تحسيس المقاولين الذين لا يهتمون برهانات التكوين والمعلومات والاستشارة. وهكذا فإن المقاولات الصغرى والمتوسطة تبقى في غياب التأطير مجرد هياكل قانونية تفتقر للتفعيل، ومعرضة في كل وقت وحين للتأثير بالأزمات، في غياب تام لتحصين ناجع وفعال، ضد تقلبات السوق الدولية المتميزة بكثرة التقلبات، لذا فالظرفية ملحة لوضع برامج وطنية وجهوية لتأطير المقاولين وتكوينهم، وبغية تأهيل مواردها البشرية، وعصرنة أساليب تسييرها وهذا لن يكون له وقع على المقاوله إلا إذا تم وضع سياسات جهوية، ومحلية من خلال مختلف الفاعلين، قوامها التحسين والتكوين، والحث على التنظيم الذاتي وتشجيع المبادرات الخاصة¹. كما أن التجارب أثبتت أن ارتفاع نجاح المقاولات، رهين بالانخراط في التكوين والإعلام والاستشارة². لذا يجب تكييف منهجية التكوين الجامعي مع متطلبات السوق.

المطلب الثاني : تماسك طرفي الإنتاج :

إذا كان الحديث عن تقسيم العمل لدى سميث في كتابه عن أسباب ثروة الأمم الذي نشرته سنة 1776، والذي أصبح في الوثائق الأساسية التي سمحت بتكوين أسس علم الإقتصاد، فإن الحديث عن المؤسسة لم يكن واضحا لدى الفكر الكلاسيكي والنيوكلاسيكي على اعتبار أن المنتج كمفهوم أو قوة فاعلة في السوق قد يتم تعظيم هذه المنفعة بإدخال كل من تكاليف مدخلاته مقارنة إلى أسعار مخرجاته³ وفي هذه الظروف، ظروف الأزمات التي تصبح ملاذا لخلفاتها كالبطالة وانحسار النشاط وانخفاض وتيرة النمو عامة، فإن الدول السائرة في طريق النمو أصبحت تزداد بها مسؤولية ودور كل من الأطراف الفاعلة ذات العلاقة المباشرة بالمؤسسة كالمالكين،المسيرين والمستخدمين في رسم استراتيجيات فعالة، وتحقيق أداء جيد فيها، وهو ما يمكنهم من مواجهة المنافسة المتزايدة التي يعرفها الإقتصاد الوطني⁴. وأصبح بذلك نظام التسيير على أنه المسار النظامي للقرار الذي يجدد الأهداف،ينظم ويحرض ويحرك المساهمات الجماعية للأفراد أو مجموعة الأشخاص لتحقيق النشاطات المسطرة في إطار تنظيمي، فتسيطر الأهداف، التنظيم، المراقبة وتحريك الأفراد أو الموارد البشرية للمؤسسة يعتبر من أسس بناء الإستراتيجية للمؤسسة⁵. وهكذا فتبادل المعلومات والتنسيق بين هذه المكونات يهدف إلى تحقيق هدف الكل حتى يتحدد مستوى الهدف الذي يجب أن تصل إليه كل مجموعة في مهمتها،وهذا ما يسمح بضبط سلوك مختلف الوظائف والنشاطات في المؤسسة، ويجعل أو يترك عمل الأفراد يتم بالتنسيق،واستقرار هذا النظام يضمن السير التنظيمي الحسن والجيد واستغلال كل الموارد برشد خاصة وأنه تم تحديد مستوى هدف كل مجموعة، هذا النوع من التنظيم يسمح بحل المشاكل الداخلية التي قد تعاني منها المؤسسة.

¹ - مجلة الإقتصاد المعاصر، هجر الحيمر - مرجع سابق - ص 40.

² : le livre blanc , la petite et la moyenne entreprise, moteur de la croissance économique , délégué auprès du première ministre chargé des affaires générale du gouvernement, ouvrage réalisé en partenariat avec USAID dans les code du projet DYNA-EHE p 80.

³ Revue : Reformes économiques et intégration à l'économie mondiale (Ecole supérieure de commerce Alger التأهيل، عملية لتطبيق الحكومة في المؤسسة الصغيرة والمتوسطة الجزائرية هشام سفيان صلواتشي. 05-2008
⁴ قد اهتمت الجزائر بتنمية قطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مع ظهور قوانين مشجعة للاستثمار الخاص سنة 1982 وما بعدها، ومن أهم البرامج الوطنية الهادفة إلى رفع أداء هذه المؤسسات نجد برنامج تأهيلها الذي انطلق تطبيقه منذ سنة 1996.

⁵ Ahmed Bouyacoub, De la gouvernance des PME-PMI (Regards croisés France-Algérie) ed L'Harmattan, Paris 2006 , p :10.

ومن بين الفاعلين في هذه الدورة الاقتصادية، المسيرين الذين تقع على عاتقهم ترتيب أهداف المؤسسة حسب الأهمية والضرورة من أجل وضع طريقة تسيير أكثر فعالية في محيط متحرك، ويمكن تلخيص دور هؤلاء الفاعلين فيما يلي: الإشباع "satisfaction" العقل نية النسبية "Rationalité limitée"، الأهداف "Objectifs" الاتصال بالهدف الرجعي "Feed-back" الإجراءات التنظيمية "Procédures organisationnelles" التفاهم "Coalition" القرار "Décision" وهذا الدور الذي يقوم به المسيرون يتحصل عليه في المالكين عن طريق عقد الوكالة الذي بموجبه يتم تحويل ملكيتهم إليهم (المسيرين) في جانبها الإستعمالي من خلال عقد عدد من الصفقات مع مختلف الأطراف ذات العلاقة أو المصلحة بالمؤسسة ابتداء من العمال، الموردين الزبائن لتحويل ملكية عوامل الإنتاج التي يحتاجها المسير لأداء نشاط المؤسسة.

ونلاحظ أن العلاقات التعاقدية التي تجمع بين الأطراف ذات المصلحة، وعلى الخصوص الأفراد العاملين في المؤسسة، وبالربط مع نظرية الصفقات التي ترى حالياً أن المؤسسة ما هي إلا عقدة للعقود "Nœud de contrats" يمكن القول وبتعميم هذه الفكرة¹. أن لنظرية الوكالة مكانة ودور في المؤسسة بارتباطها بالجانب البشري ودوره، تأثيره ومدة هذه العقود، يمنح للمؤسسة وزنا سوسيو-اقتصادي بشكل أوسع من الجانب الاجتماعي. وهكذا يرى Jarnion أن المؤسسة كنظام سياسي تظهر عند إعداد أهداف المؤسسة وبرامجها أو خططها² وكما كانت العملية تتم بشكل متوازن ومشاركة أوسع كانت ظروف نجاح المؤسسة في تحقيق أداء جيد أوفر، لأن هذا لا يرتبط بالنتائج المالية فقط بقدر ما يرتبط بالجوانب الإدارية والسلوكية أو الأداء الاجتماعي للموارد البشرية. وهذه الميكانيزمات الوظيفية للفاعلين في المؤسسة يجعل المسيرين خاضعين إلى ميكانيزمات وظيفية داخلية وخارجية في اقتصاد السوق الذي يعتبر أكثر تعقدا وعالمية، حيث أصبحت حوكمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وحسن تسييرها مهمة في الاقتصاد نظرا لما تعرفه في ديناميكية دائمة حيث عرفت منظمة التعاون الاقتصادي للتنمية "OCDE" تلعب المؤسسات الصغيرة والمتوسطة دورا مهما بالمساهمة في نمو اقتصادي دائم ولخلق مناصب الشغل³.

وهكذا تتجلى الميكانيزمات الخارجية التي يجب على المسيرين تطبيقها التأمين على حقوق المساهمين من جهة، وكذا التأمين على المصالح التي قد تنشأ بفعل المعاملات التي تقوم بين المؤسسة، والمتعاملين معها كالصفقات مثلا، إلا أن هذه الميكانيزمات يجب أن تكون مدعومة بميكانيزمات داخلية، رقابية تقوم على المحافظة على التسيير الجيد والتنظيم الحسن للنظام الداخلي للمؤسسة.

لكن الدور الفعال الذي يلعبه مجلس الإدارة يجعله يحتل مكانة مركزية في المؤسسة والذي يعرف بالميكانيزم المركزي، ومما هو مشكل من أطراف يمثلون مسيرين، المالكين، المستخدمين وحتى البنوك.

¹- Yuon Pesqueux, Le gouvernement de l'entreprise comme idiologie, (Spécialite groupe HEC) ed ellipses, Paris 2000, p 171.

²- Jarnion : l'entreprise comme système politique ed Sirey 1982.

³- Le financement des PME, synthèse de l'OCDE, Fev 2007, 19-22 [18.02.2008] Available from internet : URL : http://www.eurosfairer.prd.fr/7pc/doc/1202808615_fiche-pme-olde -2007.

الفقرة الأولى : الميكانيزم المركزي للمقابلة :

1 - العلاقات بين مكونات الإنتاج :

أ- العلاقة بين المالك والمسير :

وفي هذه الحالة لا يوجد في أغلب الأحيان انفصال في الملكية بين المالك والمسير خاصة في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، إلا أن ما يجب الإشارة إليه في خضم هذه الظاهرة، يجب معرفة شكلها القانوني: شركة ذات مسؤولية محدودة... كما أن هذه المؤسسات عادة ما تفتح رأسمالها إلى مساهمين غرباء عن هذه المؤسسات، ومثال على ذلك الهيئات المالية كالبنوك خاصة مع ظهور وتوسع رأسمال المجازفة *Capital risque* كما تتجلى هذه العلاقة بصفة خاصة في حالة المؤسسة الصغيرة والمتوسطة العائلية والتي تم فيها تحويل الملكية إلى مسير ليس من العائلة، فنقل هذه الملكية (تحويلها) تعتبر بحق عملية تدخل في منظور حوكمة¹.

ومن أجل تنمية وتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، فإن هذه الأخيرة تقوم بالاعتماد على مساهمين ماليين أكثر مما تحاول البحث عن مسيرين ذوي كفاءات، وفي الغالب فإن أصحاب هذه المؤسسات يجذبون تسيير مؤسساتهم بأنفسهم خاصة إن كانت عائلية، كما يعمل أصحاب هذه المؤسسات بتوكيل مسير وفتح رصيده في السوق المالي مما يتنافى و الحوكمة الجيدة لهذه المؤسسات، مما يتطلب وجود مجلس للإدارة يمكنه من التسيير المحكم لهذه المؤسسات وإذا كان انصهار المالك والمسير والعامل في تشخيص واحد في إدارة وتسيير المؤسسات الصغيرة جدا (TPE) مما تنعدم فيه الشروط الضرورية لوجود نظام الحوكمة، وهي الفصل بين الملكية واستعمال رأس المال أو وجود أكثر من شريك فيها وخاصة في النشاطات الحرفية الصغيرة فعلى العكس من ذلك فإن وجود أكثر من طرف خارج الشخص الوحيد في تسيير هذه المؤسسات تفرض وجود نظام للحوكمة فيها من خلال نظام (Shareholders) الذي يوحد بين العلاقات المختلفة فيها².

ب- علاقة مؤسسة - حقوق :

إذا كانت المقابلة، وخاصة المؤسسة الصغيرة والمتوسطة في حالة انصهار المالك والمسير في شخص واحد تهتم أكثر بالعلاقات مع الأفراد الخارجيين المتعاملين معها، فإنها تكون ملزمة باحترام العقود المبرمة بينها وبين الزبائن والموردين واحتراف العقود المتعلقة بالقروض، إلا أن احترام بنود وشروط منح هذه القروض تكون مقيدة بتلك الميكانيزمات الخارجية المرتبطة بالمتعاملين معها، كذلك ترتبط بميكانيزمات داخلية وإن كان المالك هو المسير مما يفرض في هذه الحالة على البنوك التمسك بوجود مجلس إدارة لهذه المؤسسات، تقوم بمتابعة الحالة المالية لها، كما تتجلى تلك الحقوق كذلك في الشفافية التي تطبع عمل المؤسسة الصغيرة والمتوسطة ونشر المعلومات الاقتصادية المالية والبشرية لهذه المؤسسة عن طريق تواجد نظام معلوماتي فعال وتقوية المراقبة³.

¹ - صلواتشي هشام سفيان - ناصر دادي عدون: تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مدخل لتطبيق الحوكمة وتحسين الأداء، رسالة ماجستير كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير جامعة البليدة 2008 ص 48-49.

² - Revue : Reformes économiques et intégration en économie mondiale N° 05-2008 op acte p :145

³ - Revue : Reformes économiques et intégrations en économie mondiale

التأهيل عملية لتطبيق الحوكمة في المؤسسة الصغيرة والمتوسطة الجزائرية - ناصر دادي عدون- صلواتشي هشام سفيان ص:146

ج - علاقة مؤسسة - مستخدمين :

تعتبر الموارد البشرية الرافد الأساسي للتنمية ، وتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مقارنة بالمؤسسات الكبرى نظرا لقلّة اليد العاملة التي تعمل بها، لهذا فالحكامة في تدبير هذا العنصر يبقى عنصرا جوهريا في تطورها نظرا لقدرته على إنشاء القيمة واكتسابه لكفاءة وتجربة¹.

وهكذا يتوجب على مالكي هذه المؤسسات الاعتناء والاهتمام بهذا العنصر البشري وذلك بتخصيص موارد مالية من أجل الرفع من قدراته الفكرية، ولإكسابه الكفاءة بتلقيه تداريب، وتحفيزه على العطاء إما بملازمة أجره بما يقدمه من نتائج مرضية يساهم من خلالها في تنمية هذه المؤسسة أو إدماجه فيها كمساهم في رأس مالها، ليشعر أنه جزء منها، وهذه المهمة منوطة بالمسيرين الذين تقع على عاتقهم البحث في سوق الشغل عن الكفاءات على اعتبار أن العنصر البشري يعتبر قطب الرحى في أية عملية تهتم تطوير والرفع في مردودية أداء المؤسسة، لذا كان لزاما على المسيرين العمل بنظام تقييمي لهذا العنصر من أجل قياس أدائه داخل وحدات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. وهكذا تعتبر علاقة التأهيل بالحكامة في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة هو مسار متواصل للتطور، وكسب ميزات جديدة تعود بالفائدة على المؤسسة وتنعكس إيجابيا على مسؤولي المؤسسات الصغيرة والمتوسطة فيما يتعلق بطريقة تفاعلهم مع التقلبات المحيطة بهم، وإكسابهم سلوكا جديدا متميزا بالمرونة والاتصال والتفاعل مع البنية البشرية للمؤسسة².

مرورا بتغيير القيادة ونمط إدارتها مع تحليل المحيط التي تعمل به هذه المؤسسات المنافسة³.

وهذا التكامل بين طرفي الإنتاج نجد في المقاولات غير المهيكلة التي تكون عبارة وفي الغالب عن مؤسسات صغيرة ومتوسطة يصطدم بعقبات، خاصة في المؤسسات العائلية، حيث نجد أن مجلس إدارتها مشكل من عدة أطراف من العائلة، كما يمكن تسميتهم بالمساهمين الرئيسيين الذين تجمعهم مع أطراف خارج أفراد العائلة عن طريق عقد وكالة (تفويض) في حالة عدم اعتمادهم على أنفسهم في تسييرها، نجدهم يتعاقدون مع مسيرين، إلا أن هذه العلاقة التبعية التي عبارة عن تكلفة وكالة تفرض على رؤساء هذه المؤسسات متابعة ومراقبة لهؤلاء المسيرين، وحضور دائم إلى المؤسسة، إلا أن هذه الإجراءات تكون عديمة الجدوى إذا لم يتم اختيار المسيرين المناسبين لإدارة هذه المؤسسات من خارج العائلة حتى يتم تغيير ثقافة إدارة حركية هذه المؤسسات من فكر مؤسسة عائلية إلى فكر مؤسسة اقتصادية، لئلا يكون هنالك خلطا بين الذمة العائلية وذمة المؤسسة.

ولنجاح المقاوله يجب أن لا يقتصر التفويض من المالك إلى المسير بل يجب ترسيخ ثقافة التفويض أيضا من المسير إلى نوابه والتقنيين الذين ينشطون في فرعه مما سيؤدي إلى توسيع التفويضات داخل هياكل المؤسسة، ولا تركز القرار وتحسين الاتصال مابين أطراف المؤسسة، والشفافية في إدارة الموارد البشرية (توظيف، تقييم، ترفيه) مما ينعكس إيجابا على المستخدمين من خلال إحساسهم بالإنتماء إليها في أفق مواصلة نشاطها وبقائها.

¹ - La gouvernance d'entreprise dans la PME ;[on line], 22-22 [18.02.2008] Available from internet URL : <http://www.tanmia.ma-article.php3? Id article = 45238& lang= f>.

² - صلواتي هشام سفيان: تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مدخل لتطبيق الحوكمة وتحسين الأداء، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة البليدة، 2008 ص 48-49.

³ - A.Lamiri, La mise à niveau : « enjeux et pratique des entreprises Algériennes » Revue des sciences commerciales et de gestion, N °2, Alger juillet 2003.

الفقرة الثانية : التدبير التشاركي وطرق تعزيز العلاقات بين العاملين :

التعريف : إن التدبير التشاركي فلسفة في التدبير والتنظيم، كما يعرفه¹ أحد الفقهاء ب : طريقة عامة للعلاقات وللأفعال الجماعية داخل المقولة تسعى إلى ربط وتعزيز العلاقات بين العاملين ومجموع الهيكلية، يقتضي توفر شروط معينة لوضعه حيز التطبيق ولترسيخه منها خلق الجودة وعموما عمل الفرق.

1- خلق الجودة :

وحسب تعريف سيربيكس (H.Serieyx)² "إن خلق الجودة هي فرق صغيرة تضم خمسة أو ستة عاملين أو موظفين ينتمون إلى نفس الورشة أو المكتب، يجتمعون بانتظام (ساعة أو ساعتين في الأسبوع أو خلال نصف الشهر) تحت إشراف الرئيس الإداري المباشر من أجل التفكير في سبل تطوير العمل وجودة الإنتاج ووسائل العمل ومحيط العمل ومن أجل اقتراح تدابير تحسينية وتنفيذ الحلول ومراقبة النتائج " .

للإشارة فإن أسلوب عمل الفريق يتسم بتنظيم العمل داخل المقولة وما يترتب عن ذلك من التزام بالواجبات وتحمل للمهام المهنية مع السهر على تطبيقها أفقيا و عموديا، علما أن الفلسفة الحديثة التي تروم إشراك أعضاء المقولة في إدارة مؤسستهم، تفرض عليهم إشراكهم في تحديد الأهداف مع ما يتطلب ذلك من توفر لوسائل العمل وتوزيعه، و الإشتراك في عملية التفكير والتخطيط والتنفيذ لمشروع الفريق من بدايته إلى نهايته.³

وهذه التحولات في تدبير المقولة، جعلت من العامل البشري أساسا لاستقرارها، فتكامل طرفي الإنتاج عامل ومقولة يعبر عن تجسيد الحاجات الإنسانية خدمة لمعالجة الطرفين، فعوض انتهاج الأسلوب التقليدي في القيادة المبني اتخاذ قرارات أحادية تتسم بالعقوبات المادية والجزرية في حق العامل، بدأت أنماط من الطرق في البزوغ تتوخى الاستجابة إلى الحاجيات الإنسانية للأفراد وتشركهم في عملية صياغة القرارات⁴ حيث ولى التدبير الذي يعتمد على الفرد كوحدة مستقلة عن المجموعة التي ينتمي إليها ليحل محله فلسفة أخرى تعنى بإشراك الفريق في رسم وتحديد معالم سلوك أحد طرفي الإنتاج وهذا التدبير التشاركي يتمحور عبر ثلاث محطات.

أ- مجموعات الإستشارة :

ويتوخى من هذه المجموعات خلق نوع من التقارب بين طرفي الإنتاج من خلال اشراك العاملين به على إيجاد الحلول للمشاكل التي تقع داخل المقولة، وهذه المجموعات قد أخذت في السابق شكل فرق البحث لتحسين ظروف العمل، ومجموعات التجديد ومجموعات التقدم ...

ب- طرق التعبير المباشر :

وهي طريقة تهدف إلى تعبئة العاملين نحو هدف موحد وهو اشراكهم في تدبير العمليات الإنتاجية وتحسين ظروف العمل، فإذا كانت مثلا فرنسا قد عملت على وضع قانون يتعلق بالتعبير المباشر للعاملين والجماعي حول مضمون وتنظيم العمل، فعلى العكس من ذلك فإن المقولة المغربية في الوقت الراهن لم تتبنى وتنزل شروط التدبير التشاركي، ويرجع بالأساس إلى عدم إعطاء أهمية لهذا التدبير وما يزكي هذا الطرح هو ندرة شبه كاملة للمعطيات

¹ -حسب Dassault ذكر في مقالة :

Lahbabi, M.K. 1979 « Reflexion sur la gestion participative gestion et societeK N° 4,1979.I.S.C.A.E (Revue p 133).

² - H.Serieyx été dans livre. Haissouni,M ,1993 ,Gestion des ressources humaines, croissances de l'entreprise imprimerie les belles lettres p18.

³ مجلة معالم وأفاق في التسيير والاقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقولة المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص:9

⁴ مجلة معالم وأفاق في التسيير والاقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقولة المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص:10

حول تدبير المقاوله والتي تعتمد فيها أساسا على بعض البحوث لرسم ملامح تدبير الموارد البشرية داخل المقاوله المغربية، وهكذا نجد فرقا شاسعا في التدبير في الشركات الكبرى مقارنة مع المقاوله الصغرى والمتوسطة ففي الشركات التي نجدها تعتمد على تقنيات حديثة بينما في البنيات الصغرى والمتوسطة، فنادرا ما تنهج الممارسات المتطورة والمبادئ الفعالة والحديثة في التدبير¹.

زيادة على أن التدبير لا يرقى إلى مستوى ديناميكية الأفراد، وهكذا فعلى مستوى تنظيم العمل لازالت المقاوله تنهج "التنظيم العلمي للعمل": تقسيم العمل إلى مهام وأشغال ضئيلة المحتوى، التفريق بين عمل الفكر والتخطيط وأنشطة التنفيذ، هيكله تنظيمية تراتبية، كثرة المستويات التنظيمية الانغلاق بين المصالح².

كما أن التنظيم العملي للعمل لا ينسجم مع طبيعة العلاقات الإنسانية التي توجد بالمقاوله المغربية مما ينجم عنه ذلك في بعض الأحيان خرقا للقوانين المنظمة للعمل من طرف العمال، وهو ما يؤثر سلبا على تطور وانتشار المعرفة المهنية داخلها³.

ولنجاح هذه المنهجية في تنمية المقاوله، لابد من إيجاد بعض الحلول لبعض الصعوبات البنيوية التي تعترض المقاوله المغربية والمتمثلة في النقاط التالية :

- قطاع تقليدي للقيادة
- تركيز السلطة،
- غياب الهيكله أو تواجدها بشكل رسمي .
- نهج مبدأ "فرق تسد".
- صعوبة تحديد شبكة العمليات الحقيقية.
- الرفض لكل فكرة تسعى للتغيير أو لإعادة النظر في الأنماط التديريه القائمة.
- قوة الانتشار لثقافة الخضوع.
- نقص الرسملة.
- التداخل في المقاوله والعائلة⁴.

وحتى تتمكن المقاوله المغربية من تطوير منظومتها التديريه، لابد وأن تركز على أساس قواعد ومبادئ تنسجم مع المركب النفسي للأفراد المؤسس على معتقداتهم الإسلامية⁵ وفي هذا الاتجاه يعتبر النموذج الياباني أفضل بلد تطبق فيه التدبير التشاركي، فالمقاوله اليابانية تهدف إلى تعزيز تماسك العاملين بها وارتباطهم بثقافتها مدى حياة العمل المهني وإذا كان التحفيز يقوم على أساس الأقدمية، فله تفسير وحيد كون الأقدمية تعبر عن مدى ارتباط العامل بالمقاوله المشغله، وهذا الارتباط العاطفي والتعاوني بين العامل ومقاولته يترجم من خلال مشاركته في اتخاذ

¹ مجلة معالم وآفاق في التسيير والاقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقاوله المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص:12

² Haissoune 1993 p :18 op cité .

³ Akasbi, A.1994 « enquête sur les mondes de GRH dans les entreprises marocaines : note méthodologie », la problématique des ressources humaines au Maghreb, GERRH p 134.

الأطر العليا % 4، الأطر المتوسطة % 6، موظفو المكاتب % 6، العمال المؤهلون % 43، اليد العاملة % 41، حسب تقرير البنك الدولي 1993 .

⁴ مجلة معالم وآفاق في التسيير والاقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقاوله المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص:13-

14.

⁵ باقر الصدر، محمد، اقتصادنا، دار التعارف للمطبوعات بيروت لبنان 1987 ص 7-23 .

القرارات، بحيث توزع المعلومات الضرورية لعملية اتخاذ القرار بشكل يحقق الفعالية في العمليات الإدارية والإنتاجية¹.

وحسب بعض الفقهاء "المقولة تشكل عائلة أو مكانا للإقامة بامتياز اليابانيين. مكان مهني وكذلك خاص: الزواج والسفر ينظمان داخله. بدخولها في الحياة الخاصة للعامل، تعمل المقولة على توجيه توجهاته وأفكاره وطرق تفكيره "

كما أن مبدأ التوظيف مدى الحياة يشكل خاصية مميزة للنظام الياباني، وبتطبيقه تراهن المقولة اليابانية على تكريس الارتباط بها.

وإذا كانت المقولة اليابانية تتبنى البعد العاطفي المتمثل في سعيها إلى الإنصات إلى مشاكل العمال، واستقبالهم وحميتهم والعمل على تحفيزه، فإنها تهدف من وراء ذلك إلى خلق جو يسوده السلام والانسجام أو الحلقة كترجمة حرفية له، على اعتبار أن الجودة اليابانية هي ثمرة تهيب نفسي وعقلي وللثقافة السائدة المتمثلة في الوثام بين مكونات طرفي الإنتاج وليس لتطبيق تقني صرف.

وإذا كانت الشورى أساسا لمبدأ التدبير التشاركي، فإن هذه الشورى تتجسد في المشاركة في عملية اتخاذ القرار والعمل على تنفيذه، وهي بذلك علاقة تجددية تربط المخلوق بخالقه عبر الإيمان به سبحانه وتعالى وما جاء به خدمة لعباده قبل تكريسها بين بني الإنسان، وهكذا فالسعي إلى تحسين علاقته مع خالقه سبحانه وتعالى تحدد علاقته مع الآخرين، "والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون"². وهكذا يكرس هذا المبدأ قيم التعاون والإنسجام والتآزر بين أفراد الفريق، وبالتالي يستجيب للحاجيات النفسية للأفراد ويخدم الهدف الإقتصادي للمقولة³.

إلا أن الشورى كقاعدة للتدبير التشاركي لا بد وأن تنسجم مع بعض المبادئ الضرورية كي تحقق النتائج المرجوة والمتعلقة بسير حسن المقولة، منها كشرط تنظيمية، أسباب العولة، إعادة النظر في الأدوار داخل المقولة وكذا ظروف العمل وتوزيع الدخل.

ج- الشروط التنظيمية :

يعتبر تنظيم وتقسيم العمل داخل المقولة إلى مهام في إطار وحدات منفردة لكنها تشتغل بتنسيق بينها من أهم العوامل التي تؤثر في عملية الإنتاج، وهكذا يعتبر التدبير التشاركي التدبير والطريقة الأمثل التي تؤدي إلى تعزيز العوامل التي تحدث تأثيرات إيجابية على مستوى البعد الاقتصادي والجانب النفسي-الإجتماعي⁴. وهكذا يجب على المقاولات المغربية إعادة النظر في أنماط تدبير السياسة الإنتاجية داخل المؤسسة من خلال اشراك طرفي الإنتاج في جميع القرارات التي تحدد المعالم المستقبلية للمقولة، وبالتالي تيسير السهر على تنفيذها على اعتبار أن إنجاح المقولة يتطلب تظافر جهود العاملين بها.

¹ مجلة معالم وآفاق في التسيير والاقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقولة المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص:15.

² الشورى الآية 38.

³ مجلة معالم وآفاق في التسيير والاقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقولة المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص:16.

⁴ مجلة معالم وآفاق في التسيير والاقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقولة المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص:16-

ج- التواصل والإعلام :

إن نجاح المقابلة يتطلب انسياب المعلومة، وتواجدها في الزمان والمكان المناسب، وبالنسبة بالأفراد المناسبين عكس النموذج التقليدي الذي كان ينتهج سياسة تلقي التعليمات والأوامر أفقياً من الأعلى إلى الأسفل، وبالتالي يكون الخنوع والخضوع لتلك التعليمات دون التمكن مناقشتها أحد أسباب عدم الانسجام في طرفي الإنتاج مما يكون انعكاساً على مردودية المقابلة، خلافاً للنموذج الحديث الذي يعرف انسياب المعلومة في جميع الاتجاهات أفقياً، عمودياً، دائرياً، مما يتيح للعاملين الذين يمتثلون بالزبناء والذين يعملون في أسفل الهرم الهيكلي للمقابلة في اتخاذ القرار المناسب نظراً لتوفرهم على المعلومة التي تؤهلهم إلى فهم كيفية التعامل مع طرفي الإنتاج، وكذا شركاء المؤسسة، إضافة إلى عقد اجتماعات منتظمة داخل المؤسسة سواء على مستوى كل مصلحة، وانسياب المعلومة بين الأطر المسيرة، وكذا إحداث جريدة للمقابلة قصد إخبار العاملين بالمؤسسة بكل طارئ أو تصحيح نهج في تدبير المصالح، إلا أن هذه التدابير تبقى ناقصة المفعول إذا لم يواكبها سلسلة في التعامل بين طرفي الإنتاج.

ح- إعادة النظر في الأدوار :

إذا كانت العقلية السائدة قديماً في تدبير المقابلة هو تبني الانضباط، والخنوع لتعليمات الأفقية فإن التدبير التشاركي يتطلب توفر المسيرين على كفاءات ومهارات، والقدرة على الحوار والإنصات، وتخطيط تدبير برامج التكوين، وكذا تدبير الخلافات بين الأفراد والاعتراف بالكفاءات عبر التحفيز، وترك هامش الحرية للعاملين بإبداء رأيهم خدمة للمقابلة فلبمبادرات الحرة، والاسراع في إنجاز المهام بنجاح يتطلب لامركزية القرار، ويعتبر بحق عامل محدد لنجاح المدراء والمسيرين في عملية اشراك العاملين في تدبير شؤون المقابلة.¹

إلا أن هذه الحركية، والتجاوب بين العاملين والمسيرين أو المديرين لا يكفي لنجاح المقابلة إذا لم تصاحبها وتواكبها إجراءات أخرى.

خ- ظروف العمل وتوزيع الدخل :

أولاً : تنظيم العمل داخل المقابلة :

إن تنظيم العمل داخل المقابلة يساعد على مشاركة العاملين بها في أورش التخطيط والتنظيم والتنسيق بغية الوصول إلى إنتاجية جيدة، فتنظيم ساعات العمل، داخل المقابلة يساهم في رفع الحواجز بين العاملين عبر التواصل المهني الضروري في أفق معالجة المشاكل المتعلقة بالمقابلة.²

ثانياً : توزيع الدخل :

وبالمقابل فإن التوزيع العادل والمناسب للكفاءات والعمل المبذول الوظيفة التدبير تقتضي تعزيزها بالاستجابة لرغبات العاملين بالمقابلة، حيث يعد مطلب الزيادة في الأجر أهم المطالب الأساسية للعامل المغربي، فلاستجابة لهذه المطالب تعزز مشاركته، بل انخراطه في عملية التدبير التشاركي بفعالية إيماناً منه بأن الإخلاص في العمل يقابله جزاء دنيوي يتمثل في العلاوات، والزيادة في الأجر وأخروي يتمثل بما يتصف العامل المؤمن من إيمان يجعله يقوم بواجبه على أحسن ما يرام مصداقاً لقوله تعالى : " ما جزاء الإحسان إلا الإحسان " صدق الله العظيم.

إضافة لمجموعات الاستشارة، وطرق التعبير تم تبني صناديق الأفكار.

¹ مجلة معالم وآفاق في التسيير والإقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقابلة المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص: 18.

² مجلة معالم وآفاق في التسيير والإقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقابلة المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص: 19.

ثالثا : صناديق الأفكار:

وهي تقنية تتبنى إشراك العامل في تدبير استراتيجية العمل داخل المقابلة من أجل التشجيع على تحفيز الإبداع من أجل تخفيض التكاليف العامة وتبسيط المساطر وتحسين ظروف العمل.¹ وتعتبر شركة Citroeu أحد الرواد في انتهاج هذه الطريقة، حيث كانت النتائج ايجابية: ارتفاع نسبة الأفكار في الصناديق إلى 1.5 للشخص بعد أن سجلت 0.24 سنة 1989، بنسبة مشاركة 3.8% من الأفراد. أما على مستوى المردودية الإقتصادية فقد لوحظ توفير اقتصادي يمثل 3.83% من حجم مجموع الأجور مقابل علاوات تحفيزية تساوي 0.24².

وخلاصة القول إن التحديات التي تعرفها المقابلة المغربية تتجاوز الإطار الإقتصادي لتشمل الاطار الأخلاقي، فإن إشراك العامل في تدبير المقابلة من خلال الإنصات إليه، وإعطائه هامش من الحرية في التدبير، وإعطائه مكانة اعتبارية داخل المؤسسة أو المقابلة تجعله من أداة انتاجية فعالة، على اعتبار أن العامل النفسي لدى العامل، والشعور بانتمائه لهذه المقابلة، يساهم انجاح المقابلة عبر التضحيات لأنها تعتبر مصدر رزقه.

بالمقابل يجب على المقابلة المغربية أن تتسم بالسخاء، وأن تتعنى بالعامل عبر التحفيز، وخلق مجال أوفر للإعتناء به وأفراد عائلته من خلال خلق مرفقا للشؤون الاجتماعية.

الخلاصة :

نظرا للسياسات الحمائية المتجاوزة، تعتبر إعادة هيكلة المقابلة المغربية غير المنظمة من أهم متطلبات المرحلة، مما يتوجب عليها التأقلم مع المتغيرات الاقتصادية، وضرورة التكتل من أجل إدماجها اقتصاديا في المناخ الاقتصادي العالمي، وأخص بالذكر المقاولات الصغرى والمتوسطة التي تعاني إكراهات بنيوية ساهمت في إضعاف استمراريته وقدرتها التنافسية في ظل الانفتاح والعولمة السائدة، وأصبحت المقابلة المغربية بغض النظر عن حجمها أو نشاطها مكرهة على تغيير بعض السلوكات والانتقال من نظم تقليدية إلى نظم عصرية باعتبارها فاعلا اقتصاديا مهما يقوم بدور أساسي كمحرك لتطوير ونشر قيم التقدم والعقلانية داخل هذه المقاولات.³

¹ مجلة معالم وآفاق في التسيير والإقتصاد والتنمية، العدد الثالث 2002: المقابلة المغربية: شروط نهج التدبير التشاركي العربي الهداني ص: 11.

² Pertti, Jean. Marie 1998 Ressources humaines et gestion du personnel, vuibert, Paris p 202-203.

³ إدريس خروز، رهان اجتماعي حاسم، المجلة المغربية للاقتصاد والاجتماع العدد 4 السنة 2001 ص 17

المسؤولية الجنائية للدولة بين مؤيد و معارض



نصيرة نهاري : أستاذة باحثة

في حقوق الانسان بكلية الحقوق

والعلوم السياسية بجامعة وهران

المقدمة :

تعتبر المسؤولية الدولية من المواضيع التي استهلكها الفقه الدولي مبكرا، كما رمت بثقلها على العمل والقضاء الدوليين كذلك، فكان لها نصيب وافر منهما إلى درجة أن جزءا هاما من قواعدها يستند في الوقت الراهن إلى ممارسات دولية وإلى أحكام القضاء الدولي وإلى جملة من آراء ومذاهب الفقهاء¹.

ويمكن تعريف المسؤولية الجنائية للدولة بأنها "مسئالة دولة ما عن ارتكابها فعلا يعتبره القانون الدولي جريمة دولية ومعاقتها من قبل المجتمع الدولي بالعقوبات المقررة للجريمة الدولية المرتكبة أو التي تكفل ردعها عن تكرار جريمتها الدولية"².

و موضوع مسؤولية الدولة الجنائية كان وما يزال من الموضوعات التي تثير الجدل والنقاش في الفقه والقضاء، على أساس أن المسؤولية تقوم على الإدراك والإدارة ولا يتصور إسناد الجريمة إلى من لا يدرك أو لا إرادة له، وهذا ينطبق على الشخص المعنوي الذي تعد الدولة صورة له، كونه افتراض، فإذا ما أقرت مسؤوليته فان ذلك يعد معارضة لما أرسى عليه المسؤولية الجزائية أساسها فضلا عن تعارضه ومبدأ شخصية العقوبة.

فإذا كان السائد في الفقه الدولي التقليدي العام أنه ليس للفرد أي نصيب من الشخصية القانونية الدولية، فانه لا يمكن اعتبار هذا الرأي من الأمور المتفق عليها، إذ تتنازع في هذه المسألة من مسائل القانون الدولي العام مذاهب متباينة تثير جدلا فقهيها حول من يتحمل المسؤولية الدولية أهو الدولة وحدها أم الفرد وحده؟ أم تكون المسؤولية مزدوجة بينهما؟³.

¹ - لخضر زازة، أحكام المسؤولية الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دراسة مدعمة بأمثلة والسوابق القضائية وأعمال لجنة القانون الدولي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 5.

² - كما ويمكن القول بوجه عام أن المسؤولية الدولية تترتب قبل الدولة وقبل أي شخص من أشخاص القانون الدولي إذا ما أتى ذلك الشخص أمرا يستوجب المؤاخظة وفقا للمبادئ والقواعد القانونية السائدة في المجتمع الدولي: بشرى سلمان حسين العبيدي، الانتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص 119.

³ - محمد الصالح روان، الجريمة الدولية في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة منتوري بقسنطينة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2008 - 2009، ص 250.

لهذا كان لموضوع المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم التي ترتكب باسم الدولة نصيب وافر من النقاش على المستوى الدولي، ومن قبل الفقه والهيئات العلمية، فبالرغم من إقرار الفقه الدولي بفكرة المسؤولية الجنائية، إلا أن هناك خلافا حول من يتحمل هذه المسؤولية، حيث انقسمت الآراء في هذا الشأن بين مؤيد (المبحث الأول) ورافض لها (المبحث الثاني)¹.

المبحث الأول : الاتجاه المؤيد للمسؤولية الجنائية للدولة :

يرى هذا الاتجاه بأن الدولة وحدها هي التي تتحمل المسؤولية الجنائية الدولية، لأن الدولة هي الشخص الوحيد الذي يرتكب جريمة القانون الدولي لأن هذا القانون لا يخاطب إلا الدول، وهو الذي ينظم العلاقات ما بينها، وأن الفرد لا يستطيع أن يشترك في العلاقات الدولية ولا في إنشاء القواعد الدولية، ومن ثم فإن الفرد يمكن اعتباره موضوعا للقانون الدولي وليس شخصا من أشخاصه².

وقد استند هذا الرأي على مجموعة من الحجج سنتعرض لها فيما يلي :

المطلب الأول : حجج الاتجاهات الفقهية :

اعتمدت هذه الاتجاهات على مجموعة من الحجج لتبرير موقفها نجملها فيما يلي :

الفرع الأول : المساواة في السيادة بين الدول :

إن أساس المسؤولية في القانون الدولي هو مبدأ المساواة بين الدول بشأن مسألة السيادة، فالتخلي عن الفكرة القديمة حول السيادة المطلقة للدولة في تصرفها مع الدول الأخرى واستبدالها بفكرة السيادة النسبية التي تراعي ما للدول الأخرى من سيادة ماثلة وتتوازى مع المصالح العامة المشتركة لجميع الدول، هو الذي أعطى القانون الدولي صفته الملزمة وجعل من أمر هذه المسؤولية ممكنا، فكل نشاط للدولة يخالف أو ينتهك قاعدة قانونية دولية يولد مسؤوليتها الدولية، لأن مسألة سيادة الدولة وإقرارها لا تتعارض مع مسألة إقرار المسؤولية الجنائية للدولة إذا ما انتهكت قوانين المجتمع الدولي³.

ولما كانت الجريمة فعلا غير مشروع بنص القانون، فإن الاهتمام بمكافحتها أصبح من الضرورة، إذ لم تعد سياسة مكافحة الجريمة قاصرة على النطاق الداخلي فقط، بل تعدته لتشمل الإطار الدولي بالنسبة للجرائم ذات الخطورة والانتشار الدولي، دون الاهتمام الكبير بمبدأ السيادة المطلقة الذي أصبح قييدا يعرقل الجهود الدولية المبذولة في هذا المجال⁴.

فالمسؤولية الدولية إذن هي المقابل للسيادة، هذه السيادة ليست مطلقة إلا إذا نظرنا إليها من وجهة نظر أصيلة⁵، فالاعتراف بسيادة الدولة لا يتعارض مع تقرير المسؤولية الدولية الجنائية في حالة خرق الدولة لقواعد القانون

¹ - أحمد بشارة موسى ، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص30.

² - أحمد بشارة موسى ، المرجع السابق، ص 31.

³ - بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 122.

⁴ - الحسن بن مهني، العقوبات التي تواجه حظر التعذيب في القانون الدولي المعاصر، مذكرة ماجستير، تخصص: القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة الحاج لخضر بباتنة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2009 - 2010، ص 130.

⁵ - عبد العزيز العشوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، الجزء الأول، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 246.

الدولي، ومن ثم فإن ما ترتكبه الدولة من أفعال غير مشروعة تضر بالنظام والصالح العام للمجتمع الدولي يعتبر جرائم دولية يجب العقاب عليها¹.

الفرع الثاني : الاكتفء بالعمل غير المشروع وضمن ضرره :

يتخذ أصحاب هذا الاتجاه من انتهاك القانون الدولي والعمل غير المشروع الناجم عنه، عمل موضوعي تقوم عليه دلائل يمكن إثباتها بسهولة كأساس للمسؤولية الدولية، أي أن المسؤولية الدولية الموضوعية هي ما يأخذ به القانون الدولي، فليدهم تؤسس المسؤولية على رابطة السببية بين نشاط الدولة والعمل غير المشروع الذي ينتهك القانون الدولي، فوفقاً لهذا الاتجاه تقوم المسؤولية الدولية على فكرة الضمانة المتبادلة بين الدول وعلى فكرة احترام متطلبات الأمن الدولي.

الفرع الثالث : درجة مخالفة القانون الدولي والجزاء الموجه ضد الدولة :

تبنى هذا الاتجاه عدد كبير من فقهاء القانون الدولي، فمنهم من يرى بأن نظرية المسؤولية إنما تقررت في القانون الدولي لتساعد على وضع قواعده موضع التنفيذ الفعلي، فالإخلال بقواعد القانون الدولي في حد ذاته موجبا للمسؤولية فيكفي لإثبات قيام العمل غير المشروع مجرد الإخلال بقواعد القانون الدولي، و عليه فالمسؤولية جزاء فعال لضمان احترام القانون الدولي.

الفرع الرابع : إن الدولة شخص ذو وجود حقيقي وليس كائنا افتراضيا :

تأثر أصحاب الاتجاه بنظرية " واقعية الشخص المعنوي " التي تبناها الفقه الألماني، إذ يرى أصحابه أن الشخص المعنوي هو كائن ذو وجود حقيقي وله إرادة خاصة به ومستقلة عن إرادة الأفراد المؤسسين له، وهو ليس افتراضيا قانونيا بل انه يتمتع بأهلية ارتكاب العمل غير المشروع ويتحمل المسؤولية عن خطئه سواء المدني أم الجنائي مثله مثل الشخص الطبيعي، ويؤكد أصحاب هذا الرأي بأن للدولة إرادتها الخاصة و بوسعها ارتكاب الجرائم، كذلك أن للدولة إرادة وان هذه الإرادة يمكن أن تكون إجرامية².

المطلب الثاني : حجج اتجاهات لجنة القانون الدولي :

إن أهم الاتجاهات المؤيدة للمسؤولية الجنائية للدولة في إطار عمل لجنة القانون الدولي هي :

الفرع الأول : الاتجاه الأول :

يؤكد عدم استبعاد مسؤولية الدولة من مشروع قانون الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها لأن الأفعال التي تم سردها على أنها جرائم مخلة بسلم الإنسانية وأمنها لا ترتكب إلا من جانب الدول كجريمة العدوان ونتيجة للدور المميز للاتجاه المؤيد لمسؤولية الدولة الجنائية فان مشروع القانون هذا بصيغته المعتمدة في القراءة الأولى عام 1991 قد اشتملت على نص يقرر مسؤولية الدولة على الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها إذ جاء في المادة 5 منه : " ليس في محاكمة فرد من الأفراد على جريمة مخلة بسلم الإنسانية وأمنها ما يعفي الدولة من أي مسؤولية يرتبها القانون الدولي على فعل أو امتناع يمكن إسناده إليها".

أما تعديل هذه المادة فقد ورد في المادة 4 " لا يخل ما تنص عليه هذه المدونة بخصوص مسؤولية الأفراد عن الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها بأي مسألة تتعلق بمسؤولية الدول بمقتضى القانون الدولي.

¹ - مريم نصري، فعالية العقاب على الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، مذكرة ماجستير، التخصص القانون الدولي الإنساني، جامعة الحاج لخضر بباتنة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2008-2009، ص 85.

² - بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 123، 124.

الفرع الثاني : الاتجاه الثاني :

لقد أقر في إطار مناقشات اللجنة لمشروع المواد المتعلق بمسؤولية الدول بأن مفهوم المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية مقبولا في نظم قانونية مختلفة وأن محكمة نورمبورج عدت العديد من الأشخاص الاعتبارية جانية، كذلك المبادئ التوجيهية لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي دعى الدول الأعضاء إلى إسناد المسؤولية الجنائية ليس فقط للأشخاص الذين تصرفوا نيابة عن مؤسسة أو شركة وإنما أيضا إلى المؤسسة أو الشركة ذاتها، وبين أن الدول لها شخصية قانونية وليس ثمة ما هو غير اعتيادي في المفهوم القائل أن الدول تملك الأهلية لارتكاب جناية دولية ومن ثم إمكان مساءلتها جنائيا عنها.

الفرع الثالث : الاتجاه الثالث :

لقد تبني هذا الاتجاه عدد من أعضاء لجنة القانون الدولي عند مناقشتها للمادة "19" من مشروع المواد بشأن مسؤولية الدول لاسيما حول تحديد الأساس لمفهوم جنایات الدول، فقد تمت الإشارة إلى اجتهاد محكمة العدل الدولية كدليل على أن جنایات الدول، تشكل جزءا من مجموعة القوانين الدولية وأن هذا المفهوم يحظى على نحو متزايد بالقبول.

كذلك أشير إلى المرافعات والقرارات الأولى بشأن انطباق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية (البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا) إذ تدل على أن الاعتراف في م"1" من الاتفاقية بأن الإبادة الجماعية جريمة دولية بموجب القانون الدولي لا يعني أن الجرائم التي يرتكبها أعوان الدول هي وحدها مشمولة وأن دراسة اللجنة لفعل يتعلق بالإبادة الجماعية قام بارتكابه حكام أو موظفون عموميون بموجب م"4" من الاتفاقية لا يستبعد مسؤولية الدولة عن أفعال أجهزتها ولم تستبعد هذه المادة شكل من أشكال مسؤولية الدولة بما فيها الجنائية¹.

المبحث الثاني : الاتجاه الرافض للمسؤولية الجنائية للدولة :

بالرغم من تسليم أنصار الاتجاه السابق بفكرة مسؤولية الدولة جنائيا، إلا أنهم ذهبوا إلى أن تلك المساءلة محلها الأشخاص الطبيعيين الذين يتصرفون باسم الدولة ولحسابها، فالدولة ما هي إلا مجموعة من الأفراد، ومساءلة هؤلاء عما ارتكبوه من جرائم دولية تعد في الوقت ذاته مساءلة للدولة التي يحملون جنسيتها².

لهذا فقد ذهبت اتجاهات أخرى في القانون الدولي الجنائي إلى رفض فكرة المسؤولية الجنائية للدولة عما يرتكب باسمها من انتهاكات جنائية دولية والاقتصر على مساءلة الأفراد الذين ارتكبوا هذه الانتهاكات، وهذا الرفض كان له أنصار من الفقهاء ومن لجنة القانون الدولي³.

المطلب الأول : حجج الاتجاهات الفقهية :

لقد اعتمدت هذه الاتجاهات على مجموعة من الحجج لتبرير موقفها نجملها كالآتي :

الفرع الأول : معيار السيادة :

أصحاب هذا الاتجاه من مؤيدي مبدأ السيادة المطلقة للدولة ويرون أن القول بمسؤولية الدولة قانونا عن أعمالها يشكل تعارضا مع ما تتمتع به من سيادة وان سيادة الدولة يجعل منها المرجع الوحيد للفصل فيما يترتب على

¹ - بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 125، 126.

² - أحمد بشارة موسى، المرجع السابق، ص 34.

³ - بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 126.

سلوكها من نتائج، وما قيامها بإصلاحات للضرر الذي قد يقع نتيجة لسلوكها هذا فان أساسه يعود إلى رغبتها المنفردة في التعويض¹.

فالإقرار بالمسؤولية الجنائية للدولة تتبعه إمكانية توقيع جزاءات جنائية عليها، ومن هنا يثور التساؤل عن السلطة التي ستوقع هذه الجزاءات هل هي سلطة أعلى من الدولة، أم سيعطي للدولة المضرورة هذا الحق، وفي كلتا الحالتين نجد أن مبدأ السيادة يؤدي إلى رفض الدول توقيع أي عقوبة عليها من طرف أي سلطة كانت². إلا أنه يرد على هذا الرأي بأن سيادة الدولة لا تغير شيئاً من مسؤوليتها لاسيما و أن القانون الدولي عقب الحرب العالمية الأولى قد تطور إلى أن أحل فكرة سيادة القانون محل سيادة الدول، وهذا المبدأ يعني وجود جزاء فعلي لفرض أحكامه على الأشخاص الدولية العامة المخاطبين بها - وهم الدول - وهذا الجزاء يتم في صورة المساءلة الجنائية للدولة وإنزال العقاب بها إن كانت معتدية³.

فضلا عن أن فكرة السيادة المطلقة للدولة لا وجود لها وان الأخذ بها يؤدي إلى الاصطدام بفكرة الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الدول ومن ثم إلى نفي التعاون الدولي اللازم بين الدول لدوام الحياة في المجتمع الدولي، كما أن السيادة لا تتعارض مع المسؤولية لأن قيام المسؤولية يعد نتيجة لتمتع الدولة بسيادتها الكاملة إذ أنها تسأل عن أعمالها غير المشروعة التي قامت بها بكامل حريتها وسيادتها⁴.

الفرع الثاني : فكرة الإسناد المعنوي :

و استند أصحاب هذا الاتجاه إلى القانون الجنائي الداخلي الذي يتجه نحو الفردية على أساس أن العقوبة الجنائية مقررة فيه على قدر النصيب الأخلاقي المعنوي الذي أسهم به الجاني في الفعل المكون للجريمة و الذي يتركز على علاقة السببية المعنوية بين النتيجة المتحققة و السلوك الإرادي المرتكب وهو ما يسمى في فقه القانون الجنائي "الإسناد المعنوي" و الذي قوامه الإدراك و الاختيار - أي المسؤولية الأخلاقية - و لا مسؤولية من دون هذا الإسناد، و عليه فان القانون الجنائي المعاصر لا يطبق إلا على الشخص الطبيعي ساندا المسؤولية الجنائية و العقوبة إلى إرادة هذا الشخص الآثمة سوءا بشكل عمدي أم غير عمدي⁵.

وبما أن الدولة شخص معنوي فلا يتوفر لها القصد الجنائي الذي يعتبر أحد عناصر الركن المعنوي في الجريمة الدولية، و من ثم لا يمكن أن تقوم في حقها المسؤولية الجنائية، فالأفراد الطبيعيون وحدهم من تتقرر عليهم هذه المسؤولية الجنائية، بسبب ما اقترفوه من مساس بالمصالح العليا للمجتمع الدولي⁶.

¹ - نفس المرجع، ص 131.

² - مريم نصري، المرجع السابق، ص 85.

³ - فقد ذكرت محكمة العدل الدولية في حكمها في قضية مضيق "كورفو" بعد أن نسبت إلى ألبانيا إهمالها في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحذير السفن القريبة من مكان حقل الألغام الذي وضعته في مياهها الإقليمية، إن المحكمة انتهت إلى أن ألبانيا مسؤولة وفقا لأحكام القانون الدولي على الانفجارات التي حدثت في 22 أكتوبر 1946 في المياه الألبانية و الأضرار و الخسائر في الأرواح التي نتجت عن ذلك، وأنه ينبغي على ألبانيا أن تدفع التعويض للمملكة المتحدة. سيمر محمد فاضل، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة النووية وقت السلم، عالم الكتاب للنشر، مصر، 1976، ص 67.

⁴ - بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 131.

⁵ - نفس المرجع السابق، ص 126.

⁶ - مريم نصري، المرجع السابق، ص 86.

و مثل هذه المبادئ موجودة في القانون الدولي الجنائي، فعلى حسب هذا الاتجاه لم يعترف هذا القانون إلا بالمسؤولية الجنائية الدولية المترتبة على الأفراد و ليس على الأشخاص المعنوية وهو بذلك رفض مفهوم المسؤولية الجنائية الجماعية¹، ولم يحمل عبء هذه المسؤولية إلا إلى الأفراد الذين تصرفوا باسم الدولة و لحسابها. إلا أنه يرد على هذا الاتجاه بأن مبدأ الربط بين المسؤولية و الإسناد المعنوي و العقوبة أمر مقبول، لكن الربط بين الإسناد المعنوي و فكرة الاختيار و إن كان لازماً للعقاب فإنه غير لازم لقيام المسؤولية و إن امتنع العقاب فالإسناد المعنوي يتمثل في مدى الإثم الأخلاقي الذي ينتج عن الجريمة أي في علاقة السببية بين الفعل و النتيجة دون الاعتداد بالإرادة التي يظهر أثرها في وجود الجريمة و في إمكانية العقاب عليها².

الفرع الثالث : طبيعة الشخصية المعنوية للدولة :

يرى الكثير من الفقهاء أن نظرية الشخصية المعنوية مجرد خيال و أن الرأي الذي يقول بأن للدولة وجود حقيقي و تمتلك إرادة خاصة مستقلة عن إرادة المجموع أو إرادة الشعب بحسب المفاهيم السياسية يشكل صعوبة في نسبة الخطأ إلى إرادة الشعب بشكل عام، و أن القبول بمثل هذا المنطق يعني إقرار مسؤولية الفرد عن خطأ ارتكبه غيره و هذا يخالف ما استقر عليه النظام القانوني الداخلي و الدولي من مبادئ قانونية خاصة بالمسائلة الجنائية. و قد عبر أصحاب هذا الاتجاه عن عدم ملائمة الإرادة الجماعية لسريان القانون الجنائي بالقول " أن الكلام عن إيقاع العقوبة بالدولة ناجم عن سوء فهم لمبادئ القانون الجنائي و طبيعة الشخصية القانونية للشخص المعنوي ذلك لأن أشخاص القانون الجنائي أشخاص طبيعيين أي كائنات مفكرة تتمتع بشعور و إرادة، أما الشخص المعنوي فهو كائن لا يتمتع بهذه الصفات على الرغم من أن إرادة بعض الأفراد تعد إرادة الشخص المعنوي عن طريق التمثيل و نظام الإدارة، إلا أن ذلك يكون لأغراض محددة، وعليه يجب أن تتوافر إرادة فردية لغرض سريان القانون الجنائي أما الإرادة التمثيلية فلا يمكن أن تحقق ذلك الغرض.

و يرد على هذا الاتجاه بأن مساءلة الدولة كشخص قانوني دولي مستقل عن الأشخاص الطبيعيين الذين يسرونه لا يتعارض مع طبيعة الدولة كشخص معنوي، و لا يناقض حقيقة أن هذا الشخص لا يمكن أن يتصرف إلا من خلال أشخاص طبيعيين يمثلونه و يعبرون عنه، و ذلك لأن الأساس في مسؤولية الدولة لا يكمن في تقييم سلوك الأفراد الذين يعملون باسمها و لحسابها، وإنما يكمن في حقيقة أنها عضو في مجتمع دولي يتكون من مجموعة دول ذات شخصيات معنوية مثلها تحكمها قواعد قانونية دولية تلائم طبيعتها، تحدد حقوقها و واجباتها و تفرض جزاء - بغض النظر عن نوعه و مداه - على الإخلال بها، و هذا هو المغزى من مسؤولية الدولة دولياً بشكل مستقل عن مساءلة الأفراد الذين يعبرون باسمها، و لهذا ينبغي التفريق بين المسؤولية الجنائية الجماعية التي لا يمكن قبولها قانوناً و المسؤولية الجنائية الدولية للدولة بوصفها شخصاً دولياً عاماً و هو أمر ثابت لا يمكن إنكاره و أمر هام و ضروري لبقاء قواعد القانون الدولي و احترامها، لا يمكن التخلي عنه³.

¹ - لقد كانت المسؤولية الدولية في العصور الوسطى مسؤولية جماعية، تقوم على التضامن بين كافة الأفراد المكونين للجماعة التي وقع الفعل الضار من أحد أعضائها، وكانت الصورة المألوفة لاقتضاء التعويض أن يلجأ الفرد الضحية إلى السلطات المختصة في دولته لكي يحصل على ما يسمى " بخطاب الانتقام" وهو عبارة عن وثيقة صادرة من السلطات للوصول لهذا الهدف، وقد ظل نظام خطابات الانتقام مطبقاً في سائر الدول الأوروبية حتى أواخر القرن السابع عشر: مريم ناصري، المرجع السابق ص 90.

² - بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 126، 127.

³ - بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 128، 129.

الفرع الرابع : محل المسؤولية الدولية :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأفراد الذين يتصرفون لحساب الدولة هم محل المسؤولية الجنائية الدولية و ليس الدولة، و ذلك لأن القانون الدولي الجنائي يفرض واجبات على الأفراد كما يفرضها على الدول و من ثم فإنهم يكونوا أهلا للمسؤولية الجنائية الدولية بموجب هذا القانون، إذ أن أساس كل من القانون الداخلي و القانون الدولي واحد و هو الشخص الطبيعي و سلوكه و من ثمة يكون هو المسؤول دوليا، و الدليل على ذلك عند أصحاب هذا الرأي¹.

أن مبدأ مسؤولية الأشخاص الطبيعيين من دون الدولة قد تقرر في م 327 من معاهدة فرساي التي قررت محاكمة " غيلوم الثاني " بوصفه مسؤولا كإمبراطور سابق لألمانيا عن الأعمال الحربية كافة التي ارتكبتها ألمانيا ضد الأخلاق الدولية و قدسية المعاهدات، وأن معاهدة فرساي اقتضت على محاكمة هذا الإمبراطور السابق بوصفه شخصا طبيعيا و لم تناد بمحاكمة ألمانيا جنائيا بوصفها دولة².

كما أن محكمة نورمبورج قررت في حكمها، أن الأشخاص الطبيعيين وحدهم الذين يرتكبون الجرائم و ليست الكائنات النظرية و من ثم حاكمت الأشخاص الطبيعيين و لم تحاكم الدولة الألمانية³.

و يرد على هذا الرأي بأنه يظهر نصف الحقيقة و يتجاهل نصفها الآخر و هو أن القانون الدولي الجنائي إنما يفرض الواجبات على الأفراد الطبيعيين بمناسبة صفاتهم الرسمية الملتصقة بالشخصية القانونية الدولية العامة لدولهم و لولا هذا ما كانوا محلا لخطاب القانون الدولي الجنائي مباشرة، فضلا عن أن القبول بضرورة مساءلة هؤلاء الأشخاص الطبيعيين عما يرتكبونه من جرائم دولية باسم دولهم، إلا أنه لا يمكن إثبات الحكم للفرع و نفيه عن الأصل ولهذا فان المسؤولية الجنائية الدولية للدولة هي الأصل والأساس، وتأتي بعدها مسؤولية الأشخاص الطبيعيين الذين أتوا أعمالا مجرمة دوليا باسم دولهم وبهذا فان الحقوق والواجبات المفروضة على الدولة كشخص معنوي عام في المجتمع الدولي، تقابلها مسؤولية دولية تقع على عاتقها لتكمل جانب الجزاء لهذه الحقوق والواجبات الدولية، وبهذا تكون الدولة هي المحل الأصلي والأساسي للمسؤولية الجنائية الدولية و صحيح أن مسؤولية الشخص الطبيعي عن الجرائم التي يرتكبها داخليا ودوليا ضرورية وأن أساس القانون كله مبدأ تنظيم السلوك الإنساني، إلا أنه من غير الممكن الاحتجاج بذلك لنفي مسؤولية الدولة جنائيا عما تأتيه من أعمال مخالفة للقانون الدولي، إذ أن وحدة الأساس في كل من القانون الداخلي والقانون الدولي لا تعني ترتيب الجزاء على أحد أطراف أي من القوانين من دون الطرف الآخر وإلا انتفت الحاجة إلى التفرقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي ولما عادت هناك حاجة لوجودهما منفصلين وهذا ما لا يمكن قبوله واقعا ومنطقيا وقانونيا⁴.

¹ - من أنصار هذا الرأي نذكر : الفقيهين الفرنسيين " ليون دوجي " و "جورج سل"، والفقيه اليوناني " بولتيس": للمزيد من التفصيل ارجع إلى محمد الصالح روان، المرجع السابق، ص 253.

² - بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 129.

³ - بدر الدين محمد شبل، المرجع السابق، ص 36.

⁴ - بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 129، 130.

المطلب الثاني : حجج اتجاهات لجنة القانون الدولي :

إن أهم الاتجاهات الراضة للمسؤولية الجنائية للدولة في إطار عمل لجنة القانون الدولي هي :
الفرع الأول : الاتجاه الأول :

نظر بعض أعضاء اللجنة، في غضون مناقشتهم لمشروع تقنين الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها، إلى مسؤولية الدول عن الأفعال التي تشكل انتهاكا للسلم والأمن الدوليين، بأنها مسؤولية سياسية تقع في إطار عمل الأمم المتحدة وليست مسؤولية قانونية تستند إلى مشروع التقنين، وأن مجرد إحالة الموضوع إلى لجنة القانون الدولي لا تكفي لنقله من المجال السياسي ليصبح مستقبلا موضوعا مستقلا في مجال القانون، وعلى ما يبدو أن أصحاب هذا الاتجاه لم ينظروا إلى التدابير التي يتخذها مجلس الأمن وفقا للفصل السابع بمثابة عقوبات.

إلا أن هذا الاتجاه جاء منسجما مع ما ورد في التقرير الأول للمقرر الخاص للجنة عن مشروع التقنين، إذ يرى بأنه من الصعب إرغام الدول على الانصياع لقرارات دولية خارج نطاق القرارات التي لا يمكن اتخاذها في إطار الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وهي على حد تعبيره "تدابير وليست جزاءات جنائية بمصر المعنى" مؤكداً أن "حمل دولة ما على المثول أمام سلطة قضائية جنائية دولية يبدو محالاً".
الفرع الثاني : الاتجاه الثاني :

يرى هذا الاتجاه الذي تبناه عدد من أعضاء لجنة مناقشة مشروع المواد بشأن مسؤولية الدول، أنه من المسلم به على نطاق واسع أن الدول لا ترتكب جنایات، وأن ركنين من الأركان الثلاث المكونة للدولة - الإقليم والسكان - لا يمكن بداهة أن تستند إليهما المسؤولية عن الجنایة وأن الدول بالنسبة للركن الثالث - أجهزة الحكم - لها مواقف مختلفة، وأن الدولة نفسها معفاة من المسؤولية الجنائية لأنها وحدها لها أسباب وجيهة لكي تعاقب ولا يمكن أن تعاقب نفسها.

الفرع الثالث : الاتجاه الثالث :

أما الاتجاه الثالث و الذي أيضا قد ورد في نطاق مناقشات اللجنة لمشروع المسؤولية فقد خلص بعض الأعضاء من أصحاب هذا الاتجاه إلى عدم تصور نسبة المسؤولية الجنائية إلى الدولة و ذلك لعدم توافر الجهاز القضائي لحكومة الدولة و معاقبتها و أن اختصاص محكمة العدل الدولية - وهي الجهاز القضائي الدائم و الوحيد لتسوية المنازعات التي تنشأ في المجتمع الدولي - يتركز على القبول الاختياري كما لا يمكن النظر إلى سلطات مجلس الأمن استنادا إلى الفصل السابع من الميثاق على أنها تنطوي على اختصاص قضائي.

الفرع الرابع : الاتجاه الرابع :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن استناد عدد من الأعضاء الآخرين إلى اجتهاد محكمة العدل الدولية بشأن انطباق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية و المعاقبة عليها في دعوى البوسنة و الهرسك ضد يوغوسلافيا بوصفه دليلا على أن جنایات الدول تشكل جزءا من مجموعة القوانين الدولية، غير صحيح لأن الدعوى لا تتضمن أي إشارة سوءا في بيانات المحكمة أم في مرافعات الأطراف من شأنها أن توحي أن اتفاقية الإبادة الجماعية تقصد المسؤولية الجنائية للدول بالمعنى الجنائي فضلا عن ذلك أوضحت الأعمال التحضيرية بأن م 9 من الاتفاقية - منع الإبادة - لا تشير إلى المسؤولية الجنائية للدول.

إن نفي المسؤولية الجنائية الدولية عن الدولة يؤدي إلى هدر و إلغاء قواعد القانون الدولي و تهديد للنظام الدولي، إذ سيؤدي ذلك إلى السماح للدول أن تعتدي و تنتهك حرمت القانون الدولي و حقوق أشخاصه كيفما

تشاء، من دون رقيب أو حسيب و هذا أمر مرفوض تماما، لذا لا جدال في قيام المسؤولية الدولية اتجاه الدولة التي تنتهك أو تخل بإحدى التزاماتها وواجباتها التي يفرضها عليها القانون الدولي¹.

الخاتمة :

وبناء على كل ما تقدم يمكننا القول بأن المسؤولية الجنائية الدولية للدولة تعد في القانون الدولي الجنائي خاصة والقانون الدولي عامة، مبدأ متطورا ومعترفا به من جانب كبير من فقه القانون الدولي ونصت عليه موثيق دولية عديدة، فضلا عن أن المسؤولية الجنائية الدولية للدولة لا يسقطها أي اعتبار فالدولة يمكن إدانتها بارتكاب انتهاكات جنائية دولية²، لأن الاعتراف بالشخصية القانونية الدولية للدولة يتضمن أيضا الاعتراف بالمسؤولية الجنائية لها من دون الإخلال بمسؤولية الأشخاص الطبيعيين الذين تسببوا في ارتكاب هذه الانتهاكات إذ تجب معاقبتهم هم أيضا عن ذلك، فضلا عن أنه ما دام بالإمكان مساءلة الدولة مدنيا فلا داعي لاستثنائها من المسؤولية الجنائية³.

وعليه فالمسؤولية الدولية تعني تعاون الوحدات الدولية في إقامة سلام يتأسس على القانون، ولذا فان قواعد المسؤولية تعتبر قواعد مكملة لكافة قواعد القانون الدولي الأخرى، ومن هنا فان البعض يصفها بأنها إجراءات دولية، وتعتبر المسؤولية الدولية رديف لا غنى عنه للحق فكل حق دولي تعايشه مسؤولية تحميه على حد قول محكمة العدل الدولية في قضية مصنع " متورزاو"⁴.

¹ - فقد ورد في تقرير الأمم المتحدة (اليونيسيف) " وضع الأطفال في العالم 2002": أن الحل لوضع حد الانتهاكات التي يواجهها أطفال العالم في حقوقهم، هو خضوع الحكومات والمؤسسات الدولية للمساءلة والحاسبة على واجباتها القيادية تجاه الأطفال، ورفاههم، وأن يخضع من يخفق في تحقيق ذلك للمساءلة: بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 135.

² - تأخذ حالي الانتهاك المبيته أعلاه نفس الحكم أي انتهاك دولي فعلى سبيل المثال جريمة الإبادة الجماعية تعد انتهاكا دوليا لحقوق الإنسان سواء ارتكبت من الدولة ضد أطفالها أم أطفال دولة أخرى كذلك النزاعات المسلحة هناك نزاعات مسلحة داخلية وأخرى دولية وكلا حالتين الانتهاك واحد: بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 136.

³ - نفس المرجع، ص 135، 136.

⁴ - غازي حسين صباريني، الوجيز في القانون الدولي العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2007، ص 299.

دراسات وأبحاث بالفرنسية :

Le cadre législatif et réglementaire des bandes magnétiques



Docteur wafaa fares Professeur
fac de droit de mohammedia

La loi protège les écritures authentiques, publiques, commerciales ou bancaires et privées. Jusqu'à maintenant, une écriture était assimilée au papier comme support des informations, ce qui recouvre des lettres, des relevés de banque, des actes, des télégrammes.

Le faux ou la falsification était défini par référence à tout support matériel d'expression de la pensée, mais cette condition de matérialité a été supprimée afin d'éviter qu'elle ne soit interprétée comme excluant le faux informatique.

En effet, constitue un faux, au sens de l'article 351 du code pénal marocain, toute altération de la vérité dans un écrit ou autre support d'expression de la pensée. Par cette large définition, la qualification de faux n'est plus désormais réservée aux seules écritures, elle trouve à s'appliquer à tout ce qui permet l'expression de la pensée, à tout ce qui lieu d'instrument à cette fin.

Mais avec l'évolution des technologies de l'information et la mise à la disposition du public des moyens les plus sophistiqués, des « graines de fraudeurs » issues d'écoles d'ingénieur ou d'universités aiment se frotter aux systèmes les plus complexes, et parfois les plus sensibles. A l'instar de certains faussaires du début de ce siècle qui osaient duper les plus grandes Institutions Nationales en reproduisant dans les règles de l'art et à l'identique les bons du trésor ou les billets de banque, certains opportunistes actuels continuent de défier l'autorité, de gruger les meilleurs experts, de contourner les obstacles les plus performants, mais avec de nouveaux moyens et sur d'autres supports que ceux de l'imprimerie traditionnelle.

Désormais, il existe à côté du faux en écriture traditionnel, un faux spécifique pour les falsifications informatisées. Pour que l'infraction soit constituée, encore faut-il mettre en œuvre un procédé informatique tendant à modifier la réalité de façon à ce que le contenu et / ou la portée juridique du document change de manière à causer un préjudice à autrui.

Il en résulte que la formule permet de comprendre outre le traditionnel faux en écriture, la falsification commise non seulement sur des supports matérialisés mais encore sur tout document informatisé, quelle qu'en soit la nature¹, avec cette perspective prometteuse de permettre des applications sur des éléments qui relèvent encore de la fiction, mais dont l'invention ou la découverte trouveront de suite une couverture juridique et une protection pénale.

Le cadre légal et réglementaire marocain destiné plus particulièrement à faire sortir l'acte de faux en écriture de tout embarras et reconnaître que c'est un acte qui porte atteinte à la personne, à la collectivité, aux biens, à l'Etat, aux mœurs ...etc ; qu'il devrait le prohiber et l'entourer des sanctions les plus graves.

Au-delà, ce sont les enjeux de la protection de la personne, plus que des données personnelles seules, qui se révèlent capitaux. La protection du consommateur, de l'internaute passe par la mise en place de mécanismes de prévention et de protection, mais dont la portée dépasse largement celle des lois spécifiques qui traitent de ces cas.

Le faux en écriture a connu, avec le temps, une grande évolution, et ce, avec la croissance économique qui permet à la personne de se munir, sans le rechercher des moyens qui lui faciliteraient toute fraude ou tentative de fraude. On a connu du faux en écriture publique et authentique, que je qualifierais de faux en écriture classique réprimé sévèrement vu l'atteinte portée à la société en général ; du faux en écriture privé, de commerce ou de banque qui ne cesse d'accroître avec le temps et implique l'émergence de nouvelles infractions spécifiques qui se rapportent, le plus souvent aux entreprises commerciales et enfin des faux certificats et attestations reconnu comme des écritures qui méritent de leur réserver des dispositions pénales analogues.

¹- Comme le note la circulaire du 14 mai 1993 (p 291) : « c'est la raison pour laquelle les incriminations spécifiques de falsification de documents informatisés et d'usage de documents informatisés, falsifiés prévues par les actuels articles 462-5 et 462-6 du code pénal n'ont pas été reprises ans le chapitre du livre III consacré aux atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données ».

Toutefois, l'arsenal juridique a omis de pénaliser les atteintes portées contre la signature électronique qui ne cesse d'évoluer, comme a été déjà dit auparavant, sans pouvoir suivre l'exemple français et adopter des dispositions incriminant les falsifications et les atteintes qui perturbent son existence.

Le cadre légal donne à la signature numérique¹ une existence juridique. Ces règles de droit répondent à la problématique de la preuve sur Internet, de la sécurisation des échanges et de la reconnaissance de la valeur juridique d'une transaction électronique. Ce cadre vise à répondre aux questions suivantes :

- ✓ Comment apporter la preuve qu'un échange dématérialisé a bien eu lieu ?
- ✓ Quelle est la valeur probante de l'écrit électronique ?
- ✓ La signature électronique a-t-elle la même valeur que la signature manuscrite?

Alors que la signature manuscrite est quasi-immuable, la signature électronique est changeante. Les deux identifient le signataire. Cependant, en matière de sécurité la signature électronique semble être moins falsifiable que la signature manuscrite. De ce fait, la signature électronique porte en elle une certaine force probatoire. Elle authentifie le contrat.

A- La valeur juridique des différents moyens d'expression de la pensée

L'économie des comptoirs semble avoir fait la preuve de ses limites sous la pression du développement des échanges et des nouvelles technologies de l'information et de communication. La circulation des personnes et des biens n'est plus des mythes lorsqu'on analyse de près le commerce électronique.

Les opérations réalisées via Internet sont de plus en plus nombreuses. Les échanges du courrier et des documents en temps réel ; les achats en ligne avec une carte bancaire ; les

¹- Données ajoutées à une unité de données ou transformation cryptographique d'une unité de données permettant à un destinataire de prouver la source et l'intégrité de l'unité de données et protégeant contre la contrefaçon (le destinataire, exemple). En outre, la définition de la signature numérique, telle qu'elle a été normalisée par l'ISO (International Organization for Standardization) indique qu'il s'agit de « données ajoutées à une unité de données ou transformation cryptographique d'une unité de données permettant à un destinataire de prouver la source et l'intégrité de l'unité de données et la protégeant contre la contrefaçon » (ISO 7 498-2). Cette définition recouvre deux principes fondamentaux que sont l'authentification et l'intégrité des données.

Cette approche fonctionnelle a été par la suite complétée par une définition juridique apportant une valeur légale à cette signature (voir partie. 2.3). Dans tous les cas, la signature électronique n'a rien à voir avec une signature numérisée (image d'une signature manuscrite qui a été numérisée ou scannée) qui n'a aucune valeur ni légale ni en terme de sécurité des systèmes d'information.

passations des ordres de bourse. Toutefois, cette vaste opération de consommation génère des questions juridiques nouvelles liées aussi bien à l'applicabilité des normes qu'à la compétence juridictionnelle.

Le contrat électronique est résolument marqué par trois caractéristiques : il est immatériel, est à vocation internationale et s'adresse essentiellement aux consommateurs plutôt qu'aux commerçants.

Avec la dématérialisation de l'acte juridique, l'écrit sur le support en papier, l'*instrumentum* qui, jusque là, confère au *negotium* un caractère formel semble disparaître ou alors réduit à une apparence de photocopie.

1- la matérialité du support informatisé :

L'écrit au sens traditionnel, c'est le titre original revêtu d'une signature manuscrite et matérialisée dans un document papier.

Cependant, l'écriture électronique ne sera valablement admise que si elle présente les mêmes caractéristiques de sécurité que l'écriture manuscrite, étant destinée à la même fonction: l'expression de la volonté, la marque du consentement et l'identification du contractant. Il en est de même pour la signature électronique.

L'on reconnaît, toutefois, que la signature manuscrite est juridiquement équivalente à une signature électronique ¹. Ainsi, un document numérisé sur lequel est apposé une signature électronique à la même valeur qu'un document original portant la signature manuscrite des parties lorsqu'il présente des garanties fiables quant au maintien de son intégrité à compter du moment où il a été créé pour la première fois sous forme définitive.

La conclusion des contrats à distance, etc. sont des raisons d'utilisation de la signature ² électronique. En effet, lorsqu'un contrat n'est soumis par le droit à aucune forme, il peut être

¹- La signature électronique se définit comme un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte qui en garantit l'intégrité. L'utilisation de la cryptographie constitue la base technique pour la reconnaissance de la signature électronique. Or, une grande partie des logiciels de cryptographie sont développés par des sociétés qui ont leur siège aux Etats-Unis. Ces derniers ont pourtant mis en place des restrictions à l'exportation pour les logiciels les plus performants et les plus sûrs en matière de cryptographie. Par conséquent, les consommateurs et commerçants situés hors des Etats Unis ne bénéficient pas de la dernière version de ces logiciels et les normes de sécurité du commerce électronique sont intérieures au niveau techniquement possible.

²- La signature est la marque de consentement et d'autonomie de la volonté qui valide une convention. La fragilité de la signature du fait d'un manque de fiabilité ne peut que fragiliser la convention elle-même. La similitude entre la copie et l'original, la possibilité d'intrusion malveillante, le nombre d'atteintes à la foi d'autrui etc. sont autant d'éléments qui fragilisent la preuve électronique en particulier. Plusieurs problèmes se posent quant à la fiabilité des opérations.

conclu par la voie électronique, par exemple par courrier électronique ou par une réponse à une offre en ligne faite sur un réseau de transmission de données comme Internet.

La signature électronique ¹ repose sur l'apposition à un écrit sous forme électronique d'un supplément sous forme de symboles. En pratique les ordinateurs et les moyens de télécommunication codent ces informations sous une forme binaire (bits), de sorte qu'un écrit électronique et la signature apposée sont, pour un envoi à distance, sous forme numérique. En même temps, pour que le commerce électronique se développe pleinement, la conclusion des contrats doit pouvoir se faire en ligne, sans être entravée par des règles qui ne seraient pas appropriées (par exemple l'obligation de rédiger les contrats sur support papier).

L'objectif de la signature électronique est d'authentifier le signataire. Les atteintes à la foi d'autrui sont des infractions courantes commises en ligne. Ainsi, la signature électronique peut-elle être le résultat d'un faux et usage.

Le législateur a définitivement institué l'équivalence fonctionnelle entre signatures manuscrites et signatures électroniques. Le rôle de la signature électronique est désormais analogue à celle de la signature manuscrite. Elle doit garantir l'authenticité de l'identité de celui qui a effectué l'opération et l'intégrité du document échangé. La signature doit être exclusivement attachée à la personnalité de son auteur qui en a la totale maîtrise et rester l'expression de l'autonomie de sa volonté. Elle doit être l'instrument le plus sûr et le plus immédiat de l'identification de son auteur. Son caractère inimitable devrait garantir la sécurité des contrats. La signature électronique peut désormais conférer à un message électronique une valeur juridique certaine. L'admission de la signature électronique en tant que mode légal de preuve semble bouleverser le formalisme de la pratique contractuelle. On sort désormais de la preuve d'un support et de la rigidité conceptuelle à laquelle elle peut renvoyer.

2- La portée juridique :

Selon le professeur VAN GERVEN une écriture est l'expression d'une langue (également la langue informatique) qui par le biais de signes compréhensibles ou traduisibles (alphabet, abréviations, vidéogrammes, mais aussi des microfiches et même des bandes vidéo, du moment

¹ - La signature électronique se compose de mots ou phrases cryptées qu'une clé secrète ou publique permet selon les cas de décrypter. Cela nécessite une convention préalable entre les intervenants. Le principe de signature électronique repose sur l'utilisation d'un couple de clés, l'une privée, l'autre publique, liées l'une à l'autre. « Telle une signature manuscrite, elle ne peut être produite que par une unique personne, le détenteur de la clé privée correspondant à la clé publique utilisée pour la vérification : c'est la garantie sur la personne dont le document provient.

qu'elles contiennent des signes lisibles) et fixé sur un support ayant une durabilité relative ' du papier, un film, mais également un écran ou une bande magnétique).

Cette définition vaste permet de considérer de la même manière des données d'ordinateur comme une écriture.

Pierre DELVAL estime que les activités des faussaires évoluent à cette fin de XX siècles au rythme de notre époque, laquelle est marquée par la multiplication des possibilités techniques de production, d'échange et de communication.

Le support pourrait par exemple être le disque dur d'un bloc d'informatique ou plutôt son contenu que l'on peut non seulement lire, mais aussi imprimer ou la mémoire (boîte aux lettres) d'un site sur internet. Il en va de même de diverses formes d'enregistrement des images (DVD, K7, etc.) et plus généralement de l'information, dont l'écrit bien évidemment. Sont cités par les travaux préparatoires : la confection de fausses cartes de crédit ou de paiement, les faux contrats numériques, les faux e-mail

Le législateur ayant élargi le domaine de l'incrimination à tous supports d'expression de la pensée. Tous les supports sont concernés, même non écrits. L'image par exemple, et plus particulièrement les appareils photographiques, numériques.

Quelle que soit l'autorité personnelle des auteurs en question, ce point de vue ne saurait convaincre alors que : d'une part le code pénal, ne définissait pas le faux, n'apporte aucune entrave à la prise en compte de l'évolution technique et que, d'autre part, si les signes inscrits sur une bande magnétique ne sont pas visibles à l'œil nu, ils sont tout de même lisibles par les procédés appropriés, en sorte qu'il ne faut pas confondre la visibilité et le caractère ostensible.

B- L'arsenal juridique :

La délinquance informatique a considérablement augmenté ces dernières années. Les infractions de droit commun étaient peu adaptées à ce nouveau type de délinquance. Pour combler ce vide juridique, le législateur aussi bien marocain que français a prévu de nouveaux délits intentionnels. Une nouveauté a été introduite par le nouveau texte qui envisage une altération de la vérité de manière globale, à l'écrit manuscrit à la bande magnétique en passant par la bande informatique.

L'arsenal répressif français compte également divers textes ayant vocation à protéger les données et informations détenues par une entreprise et représentant le plus souvent une valeur considérable. Ces textes sont, pour les uns, d'un intérêt certain, parce que résultant d'une intervention législative récente, pour d'autres, d'une utilité limitée à l'heure actuelle, appelant

une adaptation en raison des progrès technologiques. La loi n° 88-19 adoptée en France en date du 05 janvier 1988 et réglementant de la criminalité informatique en introduisant un nouveau délit qui est du « faux informatique » dans le code pénal. On parle, désormais d'une altération frauduleuse de la vérité ... dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée.

Il s'agit, en l'occurrence et d'après l'article 462¹ dudit code d'une altération, d'une suppression, d'une entrave ou d'une modification de données contenues dans un système ou dans un document informatisé quelle que soit sa forme et de nature à causer un préjudice

Les éléments constitutifs qui peuvent ressortir de ces dispositions législatives peuvent être :

Les éléments constitutifs de cette infraction sont :

- une intention générale de violer la loi pénale ;
- un préjudice ou une possibilité d'un préjudice ;
- la réalisation d'un faux en écriture électronique de commerce ou de banque par un certain nombre de moyens.

Apparemment, le législateur a incriminé au même rang que le faux en écriture celui qui commet un faux, en introduisant dans un système informatique, en modifiant ou effaçant des données, qui sont stockées, traitées ou transmises par un système informatique ou en modifiant par tout moyen technologique l'utilisation possible des données dans un système informatique, et par là modifie la portée juridique de telles données, Toutefois, une différence est requise en matière d'éléments constitutifs généraux qui s'apparentent à l'élément intentionnel qui semble ne pas être requis, mais son existence reste sanctionnée.

¹- En effet, L'article 462-2 du code pénal français : : « Quiconque, frauduleusement, aura accédé ou se sera maintenu dans tout ou partie d'un système de traitement informatisé de données sera puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2 000 F à 50 000 F ou de l'une de ces deux peines. S'il en sera résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, l'emprisonnement sera de 2 mois et l'amende de 10 000 à 100 000 F ».

l'article 462-5 du code pénal stipule que : « Quiconque aura procédé à la falsification de documents informatisés quelle que soit leur forme, de nature à causer un préjudice à autrui sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 20 000 F à 2 000, 00 F ».

Dans le même contexte, l'article 462-6 du même code stipule que : « Quiconque aura sciemment fait usage des documents informatisés visés à l'article 462-4 sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 20 000 F à 2 000, 00 F ou de l'une de ces deux peines ».

Quant à la doctrine, une partie limite cependant la notion de faux à la modification de « signes visibles » de sorte qu'elle la repousse à propos des falsifications apportées à des pistes magnétiques ou des disques.

L'on souffre de l'inexistence saine de dispositions relative à la fraude informatique et la fausse écriture informatisée ; mais on peut se référer à un projet de loi non ratifié dans son article 607-6 qui stipule « sous réserve des dispositions particulières, la falsification de documents informatisés, quelle que soit leur forme, de nature à causer un préjudice à autrui, est puni d'un emprisonnement de deux à dix ans et d'une amende de 1.000.000 à 3.000.000 de dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement. Sous réserve des dispositions particulières, la même peine est applicable à quiconque fait sciemment usage des documents informatisés visés à l'alinéa précédent »

Le développement du commerce électronique requiert un cadre juridique susceptible de créer un climat de confiance entre les différents intervenants. Dès lors il s'est avéré nécessaire d'assurer à la signature électronique une valeur juridique fiable, reconnue par les juridictions nationales, communautaires et internationales.

Si la signature électronique est reconnue équivalente à une signature manuscrite, elle contribuera à l'essor rapide des services financiers. Comme ces services représentent un domaine particulièrement sensible en matière de protection du consommateur. Désormais, le consommateur devrait au moins disposer de la même protection que dans le commerce traditionnel.

Le faux en écriture est une infraction qui concerne beaucoup le commerce et les affaires en général. Le commerce électronique qui est ventes et achats à distance est particulièrement exposé à ce type d'infraction dans la mesure où l'intrusion frauduleuse est toujours possible en dehors du cadre sécurisé par le tiers certificateur et des prestations de cryptologie.

Le support du faux doit avoir une valeur probatoire. Aujourd'hui, le support devient une acception très large. L'écrit et la signature électronique, la disquette... sont admis à titre de preuve.

L'Internet n'est-il pas un terrain fertile pour le faux et usage de faux ?

Les délits d'atteinte à la foi d'autrui sont multiples (la publicité trompeuse, la tromperie, etc.) et trouvent un terrain facile sur le Web. Il faut noter des cas où des consommateurs peuvent faire des achats à crédit et donner des fausses références bancaires alors que le commerçant doit envoyer simultanément le bien acheté à une adresse provisoire (hôtel, maison pourquoi pas ? Il

suffirait de trouver un faux prénom et dire que rien n'a jamais été commandé et rien n'a été livré non plus).

L'accusé de réception permet de corriger les premières erreurs de livraisons non payées. Plusieurs commerçants font leurs livraisons par la poste où s'effectue le paiement. Là on sort du paiement en ligne mais la signature électronique reste utile pour la conclusion du contrat qui est conclu en ligne.

Il est également possible de créer une société fictive, vendre à des clients contactés via Internet qui après avoir payé à distance sur un compte bancaire ouvert à court terme ne recevront jamais leurs biens.

Il faut offrir aux professionnels et aux consommateurs, un cadre bien défini tant au point de vue juridique qu'en matière de sécurité. L'une des préoccupations de la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique qui est de créer un cadre juridique de sécurité aux transactions en ligne.

Il s'agit donc d'une innovation majeure qui consiste en la redéfinition de la preuve littérale en la détachant de son support, elle résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous les autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. Par contre, lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie.

Un écrit sous forme électronique peut désormais être signé par un procédé nommé signature électronique, dont le rôle est analogue à celui d'une signature manuscrite pour un manuscrit.

Alors que la signature manuscrite est quasi-immuable, la signature électronique est changeante. Les deux identifient le signataire. Cependant, en matière de sécurité la signature électronique semble être moins falsifiable que la signature manuscrite. De ce fait, la signature électronique porte en elle une certaine force probatoire. Elle authentifie le contrat.

La signature électronique bénéficie d'une mesure de sécurité particulière par l'utilisation de la cryptographie qui est la combinaison de la cryptanalyse et de la cryptographie¹. Cela implique la mise en place d'un dispositif sécurisé de création de la signature électronique.

¹- La cryptographie est la science dont la finalité est de garder les informations secrètes tandis que la crypto analyse est la science qui sert à décoder des informations secrètes

Pour cette raison il faut s'intéresser, un instant, au monde des communications et du traitement d'informations numériques. On parlera de la signature numérique d'un document numérique.

Ces garanties pénales ne seront d'une totale efficacité que si le plus grand nombre peut s'en prévaloir, même au-delà du cadre national ou alors si elles s'accordent avec les autres législations. Il convient désormais d'harmoniser les différentes dispositions réglementant ces abus nouvellement créés avec ceux qui les antécédent.

LA GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA CONSTITUTION MAROCAINE



Mohamed EL YOUSSEFI

Chercheur en droit public

Faculté des Sciences juridiques,

Economiques et Sociale, Fès

Introduction :

Depuis le début des années 1990, le Royaume du Maroc est entré dans « une phase de réformes », destinées à assurer le respect des droits fondamentaux¹ et ainsi se rapprocher du modèle dit de l'État de droit ; ce dernier est défini par Claude GOYARD comme « un système dans lequel les règles de droit sont posées, connues, garanties par l'édition de sanctions juridiques, de sorte que les dispositions qui figurent dans les diverses collections d'actes juridiques prévues dans l'ordonnement juridique, ne restent point des déclarations, affirmations, proclamations privées de substance et dépourvues d'effets juridiques ; que si les règles ont été transgressées, il existe des voies de recours qui permettent de redresser ou d'anéantir les actes incompatibles avec elles dans l'ordonnement juridique»². Cette définition pose ainsi deux conditions pour qu'il y ait un État de droit : qu'il existe dans cet État d'une part un corpus de règles juridiques claires, et d'autre part des mécanismes juridiques effectifs destinés à sanctionner les violations de ces règles.

¹Les droits fondamentaux sont « un ensemble évolutif de droits considérés en raison de leur importance comme s'imposant au législateur et au pouvoir réglementaire et qui englobe actuellement pour l'essentiel les droits de l'homme et des droits sociaux comme le droit de grève », alors que les droits de l'Homme sont définis comme les « droits inhérents à la nature humaine, donc antérieurs et supérieurs à l'État et que celui-ci doit respecter non seulement dans l'ordre des buts, mais aussi dans l'ordre des moyens » ; GUILLIEN R. et VINCENT J., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2003, 14^{ème} éd., p. 227-228.

² GOYARD Claude, « État de droit et démocratie » in *Mélanges René CHAPUS, Droit administratif*, Paris, Ed. Montchrestien, 1992, p. 301.

A cet égard, la « dynamique de réformes »¹ a franchi une nouvelle étape en 2011 avec la révision constitutionnelle du 29 juillet de la même année², laquelle fait figurer parmi ses sept fondements majeurs « la consolidation de l'Etat de droit et des institutions, l'élargissement du champ des libertés individuelles et collectives et la garantie de leur exercice, ainsi que le renforcement du système des droits de l'Homme dans toutes leurs dimensions, politique, économique, sociale, culturelle, environnementale et de développement »³. Cette réforme constitutionnelle est intervenue dans le contexte tendu du « printemps arabe », lequel a vu les peuples de plusieurs pays du monde arabe se soulever pour réclamer la fin de régimes qualifiés de dictatoriaux. Au Maroc, alors que les manifestations de contestation se multipliaient, pour la plupart orchestrées par le « Mouvement 20 février »⁴, le Roi Mohammed VI a pris l'initiative d'annoncer dans son discours du 9 mars 2011.

C'est ainsi que la présidence de cette commission ad hoc de révision de la Constitution – la Commission consultative de révision de la Constitution (CCRC) – fut confiée dans le même discours à Abdellatif MENNOUNI, juriste et constitutionnaliste marocain de renom. Elle fut composée de 18 membres tous désignés par le roi⁵, pour la plupart professeurs universitaires spécialistes du droit public, mais également de militants au sein d'associations nationales de défense des droits de l'Homme (OMDH, FIDH, etc.)⁶. Par ailleurs, ce processus de révision se voulant participatif, d'une part, les différents acteurs politiques et associatifs furent invités à échanger leurs visions de la révision au sein du « Mécanisme politique de suivi de la réforme constitutionnelle », instance créée spécialement à cet effet et présidée par un proche conseiller du roi, M. Mohammed MOATASSIM ; d'autre part, la CCRC a procédé à l'audition de 33 partis politiques, de syndicats, d'associations ainsi que de certains jeunes activistes afin qu'ils

¹ DUPRET Baudouin et FERRIÉ Jean-Noël, « La nouvelle architecture constitutionnelle et les trois désamorçages de la vie politique marocaine », *Confluences Méditerranée*, 2011/3, n°78, p. 26 ; site du CAIRN :

<http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=COME_078_0025>.

² L'on fait communément référence, notamment dans les journaux, à la « révision constitutionnelle du 1^{er} juillet 2011 », date de la tenue du référendum d'acceptation de la nouvelle Constitution. Cependant, en tant que juristes, nous nous devons de retenir la date de publication du nouveau texte constitutionnel au Bulletin Officiel du Royaume du Maroc, soit le 29 juillet : <http://www.sgg.gov.ma/BO/bulletin/FR/2011/BO_5964-BIS_Fr.pdf>. C'est pourquoi nous parlerons de la « révision constitutionnelle du 29 juillet 2011 ».

³ Discours du roi Mohammed VI du 9 mars 2011 : <<http://www.bladi.net/discours-du-roi-mohamed-vi-9-mars-2011.html>>.

⁴ Le Mouvement du 20 février est un mouvement populaire marocain qui a vu le jour durant le « printemps arabe » suite à l'appel de jeunes marocains, notamment via les réseaux sociaux et les blogs, à manifester à travers tout le pays le 20 février 2011, pour réclamer de larges réformes politiques, économiques et sociales (le mouvement revendique, entre autres, plus de libertés, de justice sociale, ainsi que l'instauration d'une monarchie parlementaire qui offrirait davantage de pouvoirs au gouvernement et au parlement et limiterait les pouvoirs du monarque. Il regroupe des militants de gauche et des indépendants (les membres du mouvement islamique *Justice et Bienfaisance* s'étant retirés du mouvement). Il a notamment appelé au boycott du référendum constitutionnel du 1^{er} juillet 2011 et des élections législatives du 25 novembre 2011.

⁵ Omar Azziman, Abdellah Saaf, Driss El Yazami, Mohamed Tozy, Amina Bouayach, Ahmed Herzenni, Rajae Mekkaoui, Nadia Bernoussi, Albert Sasson, Abderrahmane Leibek, Lahcen Oulhaj, Brahim Semlali, Abdelaziz Lamghari, Mohamed Berdouzi, Amina Messoudi, Zineb Talbi, Mohamed Said Bennani, Najib Ba Mohamed.

⁶ Pour tout le paragraphe : TOURABI Abdellah, « Réforme constitutionnelle au Maroc: une évolution au temps des révolutions », novembre 2011, p. 4 et s. Site internet *Arab Reform Initiative*, <<http://www.arab-reform.net/spip.php?article5090>>.

exposent leur conception de la réforme constitutionnelle en l'appuyant par les documents étayant leurs idées (le manque d'audace des propositions semble cependant à regretter). C'est ainsi qu'après que les grandes lignes du projet rédigé de Constitution aient été présentées aux partis politiques et aux syndicats début juin, celui-ci a été remis au roi Mohammed VI le 10 juin, lequel annonça dans un discours télévisé le 17 du même mois la tenue d'un référendum soumettant au peuple le projet et l'appelant à voter favorablement. Ce fut chose faite le 1^{er} juillet 2011, le « oui » remportant à une majorité écrasante de 98,5% pour un taux de participation de 73%¹. Après la validation des résultats du référendum par le Conseil constitutionnel le 14 juillet, le nouveau texte constitutionnel fut publié dans le Bulletin Officiel le 29 juillet, date qui signe son adoption définitive².

IL convient de préciser au préalable ce qu'il faut entendre de l'expression « garantie des droits fondamentaux ». (I), puis, on examinera la proclamation et l'effectivité des droits fondamentaux dans la Constitution marocaine (II).

I. La notion « garantie des droits fondamentaux » :

A. La notion de « la garantie »

La garantie est définie par le dictionnaire le Petit Robert, comme « l'obligation d'assurer quelqu'un la jouissance d'une chose, d'un droit ou de le protéger contre un dommage éventuel. Elle suppose la reconnaissance d'une chose ou un droit, que l'on a par voie de conséquence l'obligation de protéger »³. Cette reconnaissance s'entend de la proclamation et de la consécration dudit droit dans un ordre juridique.

B. La notion de « droits fondamentaux » :

La notion de « droits fondamentaux » n'est pas aisée à définir, car elle semble être justiciable de plusieurs acceptions. De plus, elle cohabite avec des notions voisines ou synonymes telles que celles de « libertés fondamentales », « droits de l'homme », « libertés publiques », si bien que l'emploi de l'une ou l'autre de ces notions prête parfois à équivoque.

C'est ce qu'exprime le Pr SUDRE, lorsqu'il pose le constat que les termes « droits de l'homme » et « droits fondamentaux » apparaissent interchangeable et sont parfois indifféremment utilisés par la doctrine⁴. Pour le Pr LECLERCQ, la notion de « droits fondamentaux » s'apprécie plutôt par rapport au droit public interne de chaque Etat, étant admis

¹ « Maroc: très large victoire du "oui" au référendum », L'EXPRESS.fr, publié le 02/07/2011 à 10:00,

<http://www.lexpress.fr/actualite/monde/maroc-tres-large-victoire-du-oui-au-referendum_1008552.html>.

² Bulletin Officiel du Royaume du Maroc : <http://www.sgg.gov.ma/BO/bulletin/FR/2011/BO_5964-BIS_Fr.pdf>.

³ J. REY-DEBOVE, A. REY (dir.), *Le Petit Robert, Dictionnaire de la Langue Française*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 2003, p. 1159.

⁴ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989, p. 118.

que l'internationalisation des « droits de l'homme » limite la souveraineté étatique et l'arbitraire, toujours possible de chaque Etat. Il lui adjoint, du reste, comme synonyme la notion de « libertés publiques ».

Le Pr René DEGNI SEGUI estime, quant à lui, qu'un lien est déductible de l'interpénétration entre ces différentes notions : l'homme. Ce dernier en est le centre névralgique, car c'est sa dignité qui est recherchée. A ce propos, le Pr. BEDJAOUI a pu dire que les « droits fondamentaux » sont des droits primaires, des droits premiers qui préexistent à toute formation sociale, à tout droit et leur confèrent le caractère universaliste¹. Les « droits fondamentaux » renvoient donc à une certaine éthique, pour reprendre l'expression du Pr SUDRE, qui pense que l'usage du terme « droits de l'homme » renvoie plus au domaine de l'« imaginaire », et que c'est celui de "libertés publiques" qui sied au droit positif. Celles-ci désignent de manière générale « les droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles »², écrit-il.

Dans l'approche répandue, l'expression « droits fondamentaux » recouvrent l'ensemble des droits et libertés protégés par des textes constitutionnels ou internationaux dont la valeur est supérieure à celle de la loi dans la hiérarchie des normes. A travers un tel régime protecteur, les droits fondamentaux correspondent à ceux qui sont opposables au pouvoir législatif et auxquels il ne peut porter atteinte³.

Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution marocaine de 2011 une référence particulière est faite aux droits fondamentaux. Toutefois, certaines ambiguïtés dominent ce régime constitutionnel. Ces ambiguïtés concernent au premier abord la question de la détermination des droits fondamentaux. Le constituant s'est orienté vers l'importance du régime protecteur de ces droits pour les qualifier de fondamentaux. Les ambiguïtés au second abord la valeur du référentiel universel. Dans ce cas, le problème est de situer la valeur du droit international de protection des droits fondamentaux par rapport au droit interne.

Par ailleurs, la réglementation du pouvoir par un certain nombre de procédures est un fait dans la majorité des sociétés humaines, qu'elles soient traditionnelles ou modernes. Comme le relève le Pr Charles DEBBASCH, au sein des sociétés modernes, ce pouvoir est soumis à la

¹ Mohamed BEDJAOUI, « la difficile avancée des droits de l'homme vers l'universalité », in *R, U, D, H, V.I.*, 1989, p.9.

² Ibid., p.10.

³ De cette protection, Kéba MBAYE écrit : « est protection des droits de l'homme, tout système comportant, à l'occasion d'une allégation d'une ou plusieurs violations d'un principe ou d'une règle relatifs aux droits de l'homme et édictés en faveur d'une personne ou d'un groupe de personnes, la possibilité pour tout intéressé de soumettre une réclamation et éventuellement de provoquer une mesure tendant à faire cesser la ou les violations ou à assurer aux victimes une réparation jugée équitable ».

Voir : K. MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Ed. A. Pedone, 1992, p.70.

règle de droit et doit s'insérer dans un cadre juridique qui lui fixe des normes. Ce cadre juridique de l'Etat est la Constitution. Dans un Etat, la Constitution vise un double objet : déterminer l'organisation des pouvoirs publics et fixer la liste des droits et libertés individuels des citoyens¹. Depuis son accession à l'indépendance, le Maroc a connu six constitutions. En ce sens, Le Maroc a connu « une évolution » qui l'a conduit depuis l'indépendance et l'adoption de ses différentes constitutions de la proclamation des droits fondamentaux et la reconnaissance des droits humains par la fameuse disposition du préambule de la Constitution selon laquelle le Royaume du Maroc « réaffirme son attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus ».

II. La garantie et l'effectivité des droits fondamentaux :

La proclamation des droits de l'homme a sans doute été l'une des préoccupations majeures des autorités publiques au lendemain de l'indépendance.

A cet égard, l'aventure des droits de l'homme s'est ouverte par la charte des libertés publiques du 15 novembre 1958 annoncée par Mohammed V dans un message du 8 mai 1958 en des termes qui méritent d'être rappelés : « Nous avons tenu notre promesse et libéré pays. Maintenant nous allons entreprendre votre émancipation. Nous allons garantir à chacun ses droits et ses libertés... Désireux de permettre également à nos sujets d'exercer les libertés fondamentales et de jouir des droits de l'homme nous leur garantiront la liberté d'opinion, d'expression, de réunion et d'association. Cette garantie n'aura pour limite que le respect dû au régime monarchique, la sauvegarde de l'Etat et les impératifs de l'intérêt général ».

Cette première étape va être rapidement suivie d'une seconde plus solennelle puisqu'il s'agit de l'adoption par le référendum du 7 décembre 1962 de la Constitution qui sera publiée le 14 décembre suivant². Au cours des années ultérieures la Constitution connaîtra plusieurs révisions qui confirmeront les droits et libertés. Certes la révision de 1992 « réaffirme l'attachement du Maroc aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus ». Mais on ne réaffirme que ce que l'on déjà affirmé ! d'autant plus que le Maroc avait entre temps, en 1979, ratifié les deux pactes de 1966 par lesquels les Nations Unies développaient les droits civils et politiques ainsi que les droits sociaux économiques et culturels proclamés en 1948.

La réforme constitutionnelle aboutit à une consécration généreuse de droits fondamentaux qui doivent bénéficier aux citoyens marocains. (A), mais il est apparu rapidement que leur protection était très largement obérée par les vicissitudes de la vie politique mais aussi les insuffisances des institutions (B).

¹Ch. DEBBASCH et alii, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e éd., Paris, Economica, 2001, p. 81.

² Michel ROUSSET, « Les droits humains et l'Etat de droit », *REMALD*, n°double81-82, juillet-octobre, 2008, p.22.

A. La proclamation des droits fondamentaux dans les constitutions marocaines :

L'instauration d'un régime de monarchie constitutionnelle à base de séparation des pouvoirs et garantissant l'exercice de droits et libertés a été solennellement promise par le Roi Mohamed V dès son retour d'exil. De 1955 à 1962, de nombreux textes législatifs concernant les libertés publiques seront promulgués. Ce processus sera couronné par l'établissement de six constitutions¹. La succession rapide de textes relatifs aux libertés publiques dénote tout l'intérêt que le régime marocain porta très tôt à celle-ci.

- La Charte royale du 8 mai 1958 fixant comme limite « le respect dû régime monarchique, la sauvegarde de l'Etat et les impératifs de l'intérêt général » proclame et garantit l'exercice de « la liberté d'expression, de presse, de réunion et d'association ».

S'ajoutant au Dahir du principe de la liberté syndicale, trois Dahirs du 15 novembre 1958 formant le code des libertés publiques viennent organiser respectivement le droit d'association, le droit de réunion et la liberté de la presse²

La promulgation de la loi fondamentale par le Dahir du 2 juin 1961 apporte à l'édifice législatif existant le couronnement d'une solennelle déclaration de principe. Cette nouvelle charte, est très explicite en matière des droits et libertés. Les articles 7 et 8 de la loi fondamentale affirment respectivement le principe de l'égalité de tous les marocains en droits et devoirs ainsi que l'obligation faite à l'Etat de protéger la dignité des personnes et des libertés publiques et privées.

Les articles 9 et 10 traitent du droit pour tout Marocain de se faire rendre la justice et des garanties qui s'attachent à ce droit, telles séparation des pouvoirs, indépendance de la magistrature, légalité des délits et des peines, personnalité des peines.

L'article 11 de la loi fondamentale met à la charge de l'Etat la protection des personnes contre les abus de ceux qui exercent la puissance publique. Alors qu'avec l'article 14, l'Etat doit dispenser l'instruction une orientation nationale.

Enfin au chapitre des devoirs des citoyens, la loi fondamentale inscrit ceux d'œuvrer en vue de recouvrer l'intégrité et l'unité du territoire (art.4), de concourir à l'union de tous (art.6), de participer à la mobilisation de tous les nationaux dans un cadre planifié.

¹Six **constitutions marocaines** se sont succédé 1962 à 2011 : une première Constitution a été adoptée sous **Hassan II** par **référendum le 7 juillet 1962**. Depuis lors, le pays a connu cinq autres constitutions adoptées par **référendum** : toujours sous Hassan II, en 1970 et 1972, pendant les « **années de plomb** », puis en 1992 et 1996, et enfin sous **Mohammed VI** en 2011.

²J.P. Blanc et R. Zeidguy, *Code de libertés publiques*, (Dahirs du 15 novembre 1958), Casablanca, Sochepress Université, p.35, 1993.

En effet, la Constitution marocaine de 1962 fait un simple énoncé des droits et devoirs du citoyen qu'elle consacre solennellement et définitivement, car ils ne pourront désormais plus être remis en cause que dans les limites qu'elle autorise.

Contrairement à la constitution française de 1958, l'ensemble des libertés fondamentales ne se trouve pas dans le préambule mais dans le titre I. Le problème de la valeur juridique de la réaffirmation des principes fondamentaux ne se pose pas, puisque les dispositions sont intégrées au sein même de la Constitution et présentent donc la même valeur juridique obligatoire que le texte constitutionnel lui-même.

En matière des droits et devoirs individuels, la Constitution est fort explicite, puisqu'elle range dans deux rubriques différentes les droits politiques d'une part, les droits économiques et sociaux d'autre part.

Les droits politiques des citoyens énumèrent :

- L'égalité des droits politiques de l'homme et de la femme et la définition du droit à l'électorat ;
- Les libertés de l'individu proprement dites qui concernent la circulation, l'établissement, l'opinion, l'expression et la réunion, ainsi que le droit d'association complète par le droit de se syndiquer et d'adhérer à un parti politique (art.9) ;
- La sûreté de la personne en cas d'arrestation, de détention ou de punition, complétée par l'inviolabilité du domicile (art.10) et le respect du secret de la correspondance (art.12) ;
- Le droit d'accès, enfin, aux fonctions et emplois publics est garanti à tous « dans les mêmes conditions » (art.12). Sous le titre « des droits économiques et sociaux du citoyen » le droit à l'éducation et au travail (art.13), le droit de grève (art.14), le droit de propriété (art.15). L'ensemble des droits consacrés trouve une limite dans « les devoirs » qui en sont la contrepartie.

Le devoir est tantôt la forme négative du droit lui-même. Ainsi, des libertés de l'individu (art.9) ou de la sûreté de la personne (art.10), du droit de grève¹, du droit de propriété (art.15) qui trouvent une limite dans la loi elle-même, voire le cas du droit de grève par une loi organique. Le devoir est tantôt encore une obligation positive qui définit une contre-prestation due par le citoyen à l'Etat. Ainsi de la défense de la patrie (art.16), de la participation aux charges publiques (art.17) et aux charges résultant des calamités nationales (art.18).

Ces dispositions qui ne peuvent être remises en cause que dans les cas prévus par la Constitution (état de siège, art.48 ; état d'exception, art.35 ou révision, titre XI), sont complétées par celles qui tendent à organiser les garanties données aux citoyens, telles que l'indépendance

¹ Art.14.

de l'autorité judiciaire¹, dont l'inamovibilité des magistrats du siège (art.85) est la condition, ou celles qui organisent la responsabilité pénale des membres du gouvernement pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. Toutes ces dispositions qui constitutionnalisent le domaine des libertés et droits fondamentaux, ont été pour l'essentiel formellement maintenues par les révisions constitutionnelles de 1970, 1972, 1992, 1996 et 2011.

La Constitution de 1992, tout comme ses devancières, comporte dans son titre premier, un certain nombre de dispositions relatives aux droits et libertés.

Naturellement je ne vais pas énumérer la liste des droits et libertés, mais il est cependant nécessaire d'insister sur certains points peut être plus fondamentaux que les autres : la prohibition du parti unique et la reconnaissance du pluralisme politique comme un droit constitutionnel. Enfin le Maroc affirme sa nature Monarchique, démocratique et sociale ; reprenant une distinction bien connue on observe que cette Constitution présente deux aspects : en proclamant les droits de l'homme civil et politique elle présente comme une Constitution loi dont la mise en œuvre est sous la dépendance de la volonté et des décisions des autorités publiques.

En revanche en proclamant les droits économiques et sociaux (droit au travail, droit à l'éducation, droit à la santé) la Constitution fait partie des Constitutions programmes : l'existence de ces droits ne peut pas être assurée uniquement par le droit, et c'est une situation identique qui concerne à plus forte raison les droits de la troisième génération (droit au développement durable et droit à un environnement sain).

Ainsi est maintenue une tendance traditionnelle consistant à consacrer constitutionnellement des normes de nature législative². Mais en affirmant d'une manière préambulaire « l'attachement du royaume aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus », le texte de 1992 et 1996 permet l'incorporation en son sein de normes d'origine conventionnelle³.

La Constitution de 2011 poursuit le processus de constitutionnalisation des droits et des libertés. A la lecture du texte, il ressort clairement que la Monarchie tend à se fonder sur la protection des droits et des libertés des citoyens du Royaume. En son article 1^{er}, alinéa 2, la nouvelle Constitution dispose « Le régime constitutionnel du Royaume est fondée sur la séparation, l'équilibre et la collaboration des pouvoirs, ainsi que sur la démocratie citoyenne et

¹ Art.82.

² Chaouki Serghini, « La constitution est les libertés publiques » in *Trente ans de vie constitutionnelle au Maroc*, collectif dirigé par MM. Basri, Rousset et Vedel, Paris, L.G.D.J., coll. « Edifications d'un Etat moderne », 1993, p.159.

³ Saïd Ihri, « Les droits de l'homme dans la Constitution marocaine » in *Le Maroc est les Droits de l'homme*, collectif dirigé par MM. Basri, Rousset et Vedel, Paris .G.D.J., coll. « Edifications d'un Etat moderne », 1993, p.187.

participative, et les principes de bonne gouvernance et de la corrélation entre la responsabilité et la reddition des comptes ». Le cadre constitutionnel ainsi défini se révèle être un cadre favorable à une consécration consolidée des droits et des libertés. Ce à quoi procède le titre II de la Constitution intitulé : « libertés et droits fondamentaux ».

L'article 19 de la Constitution de 2011 dispose que « l'homme et la femme jouissent, à égalité, de droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent Titre et dans les autres dispositions de la constitution... »¹. Cette égalité va être instaurée suite aux dispositions prises par l'autorité pour la parité.

Quelle interprétation peut-on faire de ce corpus juridique ainsi enrichi ? Sur le plan du rapport des droits interne et international, il semble clair que la Constitution marocaine consacre la prééminence de la législation d'origine internationale en plaçant cette dernière au rang de la norme constitutionnelle.

Il en résulte un véritable « bloc de constitutionnalité » qui s'impose à tous les pouvoirs publics du « législateur au juge »² : les dispositions conventionnelles relatives aux droits de l'homme et leurs limites³ sont aussi impératives que le sont les dispositions constitutionnelles y afférentes et leurs restrictions⁴. Cette logique permet de déclarer toute atteinte aux Droits de l'homme tels qu'ils sont formulés dans les instruments internationaux comme violation de la Constitution.

Certes, mais cela suppose réglé le problème de la réceptivité des droits incorporés et levés les obstacles à leurs application.

La réceptivité de la norme conventionnelle se pose en termes d'incompatibilité entre le contenu de celle-ci et certaines dispositions constitutionnelles, en l'occurrence celles relatives à l'ordre public islamique. Il s'agit des dispositions considérées comme incompatibles avec le droit religieux, le libre choix de la religion et le droit de mariage. Ces deux incompatibilités soulevées naguère par le ministère marocain de la Justice n'ont pas été prises en considération lors de la ratification sans réserve par le Maroc des deux Pactes le 3 mai 1979. Cette attitude s'explique, semble-t-il, par le fait que l'Etat marocain peut invoquer à tout moment la clause de sauvegarde de l'ordre public comme il ressort expressément de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En tout cas, et conformément à, l'article 27

¹ Art. 19 de la Constitution marocaine de 2011.

² Paul DECROUX, *Droit Privé*, Tome I, *Source du Droit*, Rabat, la Porte, 1963, p.13.

³ Les instruments internationaux prévoient des dérogations au respect des droits de l'homme. Ainsi en est-il des articles 28 et 29 de la Déclaration universelle de 1948 qui autorisent, pour des raisons liées à l'ordre public et à la sécurité nationale, des restrictions à la liberté de la pensée, de conscience, d'expression, de religion, d'association, de réunion et de circulation. Ces restrictions sont enfermées dans des conditions strictes. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques autorise les Etats à suspendre, en cas de crise grave et de situation exceptionnelle, les obligations découlant pour eux de l'acceptation des dispositions du Pacte.

⁴ Sans être en contradiction avec la norme conventionnelle, la Constitution prévoit deux situations-état d'exception et état de siège –des limites à l'exercice des droits proclamés.

de la Convention de Vienne sur le droit des traités à laquelle le Maroc a adhéré, « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Aussi, les dispositions conventionnelles relatives aux droits de l'homme produisent leurs effets au niveau du contenu et de l'application de la loi.

Le Conseil constitutionnel au sommet et le juge ordinaire s'instituent ainsi gardiens de la constitutionnalité et de la légalité dans le domaine des droits de l'homme.

IL faut du reste et pour une meilleure application de ceux-ci lever certaines hypothèques qui sont autant d'obstacle de nature diverses.

B. Un grand décalage entre le texte et l'effectivité :

En général le problème qui s'est posé au cours de toute cette période a été celui de la protection des droits de l'homme qui avaient été proclamés et c'est toute la question de leur effectivité.

Autrement dit, la réalité des droits de l'homme au Maroc permet cependant d'observer que le processus d'intégration de ces droits reste non seulement inachevé, mais jonché d'obstacles qui affaiblissent leur garantie. De même, l'influence des pouvoirs publics sur les institutions nationales intervenant dans le champ des droits de l'homme relativise la portée de l'action de ces dernières.

Les droits fondamentaux se doivent ainsi, dans toute société, d'être reconnus, respectés, mais surtout, protégés, afin que les citoyens puissent véritablement en bénéficier.

Au Maroc, Sommes-nous si éloignés d'une protection fiable des droits fondamentaux devant aboutir à un véritable Etat de droit au sein de l'Etat marocain ? La réponse ne doit pas prêter à équivoque.

Dans l'interview accordée à l'hebdomadaire français « Le Nouvel Observateur » publiée le 14 juillet 1999, le Roi Hassan II reconnaissait que « dans les années tumultueuses et incertaines » qu'avait traversé le Maroc, il était advenu que la raison d'Etat « prévale sur les droits légitimes des individus ».

Cette formule résume en peu de mots les difficultés qui ont fait obstacle à l'effectivité d'un certain nombre de droits de l'homme en raison de ce que j'ai appelé les vicissitudes de la vie politique au cours des années 70 et 80¹.

Mais ces difficultés ont été aggravées par diverses insuffisances institutionnelles qui ont été progressivement comblées. Celles-ci sont bien connues : L'absence d'un contrôle efficace

¹ La connaissance de la théorie des libertés publiques et des droits de l'homme est indispensable mais elle ne suffit pas pour évaluer la réalité de l'Etat de droit ; elle doit en effet impérativement être reliée à l'évolution de la vie politique du pays si l'on veut prendre une exacte mesure de son effectivité.

des autorités policières et des dispositions protectrices des droits des personnes poursuivies dans le code de procédure pénale ; l'absence d'un contrôle efficace des opérations électorales ; l'absence d'un mécanisme efficace de contrôle juridictionnel des décisions de l'administration ; l'insuffisance généralisée dans les instances administratives d'une « culture des droits de l'homme » sont les manifestations les plus criantes de ces insuffisances institutionnelles ; la conséquence en a été un décalage de plus en plus visible entre le droit des codes, de la justice officielle et la réalité sociale, juridique et politique.

Ce décalage mettait en péril le système dans sa globalité c'est-à-dire la démocratie et l'Etat de droit qui ne peuvent s'accommoder d'une défaillance permanente d'une protection efficace des droits et libertés. Dès 1992 et la révision constitutionnelle il est établi que le Maroc réaffirme sa volonté de respecter les droits et libertés universellement reconnus. Dans le même temps est créé le Conseil constitutionnel avec des pouvoirs et des mécanismes de saisine élargis par rapports à l'ancienne Chambre constitutionnelle de la Cour suprême.

Sans doute jusqu'aujourd'hui la Haute juridiction n'a pas eu l'occasion de statuer sur les droits et libertés en dehors du contentieux ; mais c'est peut être surtout parce qu'elle n'a pas été fréquemment saisie d'une question concernant le contrôle de la constitutionnalité des lois. Toutefois lorsqu'elle l'a été il semble qu'elle ait parfois préféré éviter le débat sur le fond au profit d'une argumentation fondée sur la forme (affaire du décret loi sur les paraboles)¹, voire accepter d'une façon contestable et que l'on peut qualifier de « contra légem » la rétroactivité d'une disposition de la loi de finance².

En 1990 dans son discours du 8 mai le Roi Hassan II annonce la création des tribunaux administratifs et du Conseil Consultatif des Droits de l'Homme³.

Ces deux institutions ont joué et jouent de plus en plus un rôle essentiel dans ce que l'on peut appeler le rattrapage des mécanismes de protection.

Les tribunaux administratifs confrontés aujourd'hui par les cours administratives d'appel et sous le contrôle de cassation de la Cour suprême.

Par ailleurs, depuis son avènement le Roi Mohammed VI a poursuivi cette politique de « libéralisation » ; c'est toute la signification de « la nouvelle conception de l'autorité » qui ne concerne pas seulement tel ou tel ministère mais toute l'administration et pas seulement l'administration de l'Etat mais aussi l'administration locale.

¹ Mohammed Amine BENABDALLAH, « Le Conseil constitutionnel et la loi sur les paraboles », *REMALD*, n°9, 1994, p.9.

Voir aussi, Contribution à la doctrine du droit constitutionnel marocain, *REMALD*, Collection Manuels e travaux universitaires, n°60, 2005, p.14.

² Omar BENDOUROU, « Le Conseil constitutionnel et les droits fondamentaux », *REMALD*, n°56, 2004, p.23.

³ Le Roi Hassan II a procédé à l'instauration des tribunaux administratifs par les dispositions de la loi n° 41- 90 promulguée par le dahir n° 1- 91-255 du 10 septembre 1993.

A cet égard, la création du wali al Mathalim¹ en 2001 chargé de « redresser les torts » de l'administration envers les citoyens.

En outre le Roi a été soucieux d'apurer le passé avec la création de l'instance « Equité et réconciliation », L'Instance Equité et Réconciliation conçue comme un mécanisme de justice transitionnelle², a été chargée de régler le dossier des violations graves des droits de l'Homme du passé, de contribuer à asseoir les fondements de l'Etat de droit et la consécration des droits de l'Homme au Maroc. L'IER a disposé de 23 mois pour examiner une période de 43 ans, allant de 1956 à 1999, date d'approbation par le Roi de la création de l'instance indépendance d'arbitrage³.

Aux termes de sa mission, cette instance a rédigé un rapport final, comportant les résultats et les conclusions des investigations et analyses se rapportant aux violations et leurs contextes, ainsi des recommandations et suggestions de réformes susceptibles de préserver la mémoire et garantir la non répétition des violations, mais ce mécanisme est insuffisant pour garantir les droits et libertés des citoyens.

Malgré ces initiatives et réformes, les écarts de plus en plus grands entre ceux qui bénéficient des progrès réalisés et les laissés pour compte de la modernisation économique ont atteint un niveau considéré comme une menace pour la cohésion sociale. La protection des enfants abandonnés, des femmes battues, des handicapés, des chômeurs, ne peut pas être assurée uniquement par le droit. Des textes existent, par exemple la loi 10-03 du 12 mai 2003 relative aux accessibilités qui doit permettre une meilleure intégration sociale et professionnelle de ceux qui souffrent d'un handicap moteur. De même du nouveau code du travail (2004) est élément positif pour la protection des travailleurs mais cela ne suffit pas à assurer le droit à l'emploi. De même la Mouadawana⁴ assure une protection juridique de la femme mais ne la protège pas des violences conjugales.

De même le Maroc s'est engagé depuis quelques décennies à se donner des moyens ayant pour finalité la protection et la garantie des droits de l'Homme. Toutefois, il faut souligner que l'efficacité de ces moyens n'est pas évidente, surtout quand il s'agit d'ordre juridictionnel.

¹ Une institution créée par le droit musulman.

² Le champ de recherche de la justice transitionnelle est relativement nouveau, n'ayant été fondé que vers la fin de la guerre froide (Hinton, 2008; Arthur, 2009), pour devenir un champ d'étude et de défense des Droits de l'Homme à part entière dans les années 1990 (Roht-Arriaza, 2006). Le terme « justice transitionnelle » ne serait d'ailleurs apparu qu'en 1991 (Teitel, 2008). La littérature offre de nombreuses définitions du concept. De manière large, la justice transitionnelle peut être définie comme suit : « ensemble des mesures judiciaires et non judiciaires qui ont été mises en œuvre par différents pays afin de remédier à l'histoire de violations massives des droits humains en temps de conflits et / ou de répression par l'État. Ces mesures comprennent les poursuites pénales, les programmes de réparation, diverses réformes institutionnelles et les commissions de vérité ».

⁴ Le code de la famille marocaine a été promulgué en février 2004.

Conclusion :

Il semble que La Constitution actuelle constitue une nouvelle étape dans la constitutionnalisation des droits et libertés, Toutefois, il reste ainsi des écarts entre le texte et la pratique. Autrement dit, la mise en pratique de ces droits et libertés reste très restreinte en l'absence de garanties constitutionnelles – surtout judiciaires – pour leur sauvegarde et pour la non-impunité des auteurs de leur violation ; en outre, la suprématie des pactes internationaux des droits humains dans la Constitution ne peut dépasser le plafond des particularités illustré par les dispositions de la Constitution, de la législation locale et de l'identité nationale ce qui constitue une contradiction vidant de tout sens la mention de cette suprématie (Préambule).

Cette révision constitutionnelle ayant été présentée par les pouvoirs publics marocains comme « le grand tournant démocratique du Maroc »,¹ notamment en matière de l'attachement du Royaume aux droits de l'Homme tels qu'ils sont reconnus universellement.

Cependant, la réalité des droits de l'homme au Maroc permet d'observer que le processus d'intégration de ces droits reste non seulement inachevé, mais jonché d'obstacles qui affaiblissent leur garantie. De même, l'influence des pouvoirs publics sur les institutions nationales intervenant dans le champ des droits de l'homme relativise la portée de l'action de ces dernières.

BIBLIOGRAPHIE :**1- OUVRAGES :**

- BLANC, François-Paul, et ZEIDGUY, Rabha, Code de libertés publiques, (Dahirs du 15 novembre 1958), Casablanca, Sochepress Université, 1993.
- CHAHDI, Hassan Ouazzane, La pratique marocaine du droit des traités, essai sur le droit conventionnel Maroc CHERFI, Rachida, le Makhzen politique au Maroc, Afrique Orient, Casablanca ,1988.
- DEBBASCH Ch. Et alii, Droit constitutionnel et institutions politiques, 4^e éd., Paris, Economica, 2001.
- DECROUX, Paul, Droit Privé, Tome I, Source du Droit, Rabat, la Porte, 1963.
- GOYARD, Claude, « État de droit et démocratie » in Mélanges René CHAPUS. Droit administratif, Paris, Ed. Montchrestien, 1992.
- MADIOT, (Y), La protection des droits fondamentaux, Publications de la faculté de droit et des Sciences sociales-Poitiers, actes du colloque organisé à Varsovie du 9 au 15 mai 1992 par les Facultés de droit de Varsovie et de Poitiers, PUF, tome XXII, 108, Boulevard Saint Germain, Paris, 1993 .
- MARIE PONTIER, Jean, Droits fondamentaux et libertés publiques, 2^{ème} éd, Hachette Supérieur, 2005.

¹ Voir notamment le site de l'Ambassade du Royaume du Maroc en France : http://www.ambmaroc.fr/constitution/Grandes%20lignes%20constitution_note1.pdf.

- MOUAQUIT, Mohamed, Le mouvement des droits de l'homme au Maroc du Makhzen à l'Etat de droit », Annuaire de l'Afrique du Nord, tome 34, CNRS Editions, 1995.
- SIDI HIDA Bouchra, MANCAS –THILLOU Céline, Mouvements sociaux et logique d'acteurs : Les ONG de développement face à la mondialisation, et à l'Etat au Maroc, Ed, l'Harmattan, 2007.
- SUDRE, Frédéric, Droit international et européen des droits de l'Homme, PUF, Droit fondamental, 2001.
- TOZI Mohamed, Monarchie et islam politique au Maroc, Paris, Presse des Sciences Po, 1999.

2- ARTICLES :

- BENABDALLAH, Mohammed Amine, « Le Conseil constitutionnel et la loi sur les paraboles », REMALD, n°9,1994.
- BENDOUROU, Omar, « Le Conseil constitutionnel et les droits fondamentaux », REMALD, n°56, 2004
- COHEN-JONATHAN, Gérard, « Les droits de l'Homme, une valeur internationalisée », Droits fondamentaux, n°1, juillet-décembre, 2001.
- FLORENCE, Jean, « Le statut de la femme marocaine dans la réforme constitutionnelle globale ». REMALD, série « Thèmes actuelles », n° 77, 2012.
- HIBOU, Béatrice, « Le mouvement du 20 février, le Makhzen et l'antipolitique », Mai 2011.
- HIBOU, B. et TOZY M., « La lutte contre la corruption au Maroc : vers une pluralisation des modes de gouvernement ? », Droit et Société, 72, 2009.
- LEVEAU, Rémy, « Réussir la transition démocratique au Maroc », Le monde diplomatique, novembre 1998.
- RAMBAUD, Thierry, « La garantie des droits et des libertés dans la Constitution marocaine de 2011 », REMALD, série « Thèmes actuels », n°77, 2012.
- ROUSSET, Michel, « Les droits humains et l'Etat de droit », REMALD, numéro double 81-82, juillet-octobre 2008.
- STORA, Benjamin, « Le Maroc, histoires plus proches », Esprit, Août /septembre 2000.
- TUBIANA, Michel, « La Constitution marocaine, entre universel et universalité », Le Monde, 6 juillet 2011.

3- LEGISLATIONS :

- La Constitution marocaine de 1962.
- La Constitution marocaine de 1970.
- La Constitution marocaine de 1972.
- La Constitution marocaine de 1992.
- La Constitution marocaine de 1996.
- La Constitution marocaine de 2011.
- La charte des libertés publiques du 15 novembre 1958 annoncée par Mohammed V dans un message du 8 mai 1958.

- Discours du Roi Mohamed VI à l'occasion du 60^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (10/12/2008).
- L'instauration des tribunaux administratifs par les dispositions de la loi n° 41- 90 promulguée par le dahir n° 1-91-255 du 10 septembre 1993.
- Le ministère chargé des droits de l'Homme a été créé le 11 novembre 1993 et le décret n° 2-94-33 du 24 mai 1994 a fixé son organisation et ses attributions.
- CCDH a été créée par le dahir n° 1-90-12. Du 20 avril 1990.
- Dahir n°1.11.19 du 25 rabii1432 (1^{er} mars 2011) portant création du Conseil National des Droits de l'Homme, B.O., n°5922du 27 rabbi 1 1432(3mars 2011).
- B .O, numéro 5982 du 1er Doul Al Kaâda 1432 de l'Hégire, correspondant au 29 septembre 2011 a publié la composition du Conseil national des droits de l'Homme (CNDH).
- Dahir Royal (IRCAM) (n°1-01-299) portant la création de l'Institut Royal de la Culture Amazighe et son organisation et formant son statut général.
- Code de la famille marocaine a été promulgué en février 2004.

4- DICTIONNAIRE :

- J .REY-DEBOVE,A.REY(dir.), Le Petit Robert, Dictionnaire de la Langue Française, Paris, Dictionnaire Le Robert, 2003 .

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 2336-0615