



مجلة القانون والأعمال الدولية

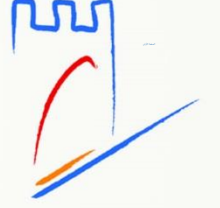
Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{ER}

www.Droitentreprise.com

جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{ER}



مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات والأبحاث في القانون والأعمال، تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول - سطات)

الإدارة العلمية: الدكتور رياض فخري - المدير المسؤول: الدكتور مصطفى الفوري - إدارة التحرير: الأستاذ محمد أفقيير

مجلة

القانون والأعمال الدولية

العدد 29 - خشت 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تم نشر هذا المؤلف بتمويل من ميزانية
جامعة الحسن الأول بسطات لأجل دعم البحث العلمي

مجلة القانون والأعمال

الإيداع القانوني : ISSN: 2665-7910 - 2019 PE0018

ملف الصحافة : 2017 / 05

المدير المسؤول : الدكتور مصطفى الفوري

الهاتف : 0662226677

البريد الإلكتروني : Mforki22@gmail.com

جميع الحقوق محفوظة - مجلة القانون والأعمال الدولية 2020 ©



INTERNATIONAL Scientific Indexing

Fresh Ideas for Growing your Citations

Certificate

This is to certify that **مجلة القانون والأعمال** is indexed in International Scientific Indexing (ISI). The Journal has Impact Factor Value of **0.821** based on International Citation Report (ICR) for the year **2018-19**. The URL for journal on our server is <https://isindexing.com/isi/journaldetails.php?id=8854>

Editor ICR Team
(ISI)

International Scientific Indexing
(ISI)



الإدارة العلمية

الدكتور رياض فزري : مدير مخبر البحث قانون الأعمال جامعة الحسن الأول بسطات
الدكتور طارق مصدق : أسناذ النعيلع العالي بجامعة الحسن الأول بسطات

المدير المسؤل

الدكتور مصطفى الفوركى : أسناذ زائر بكليات الحقوق

نواب المدير المسؤل

الدكتورة منى كامل تركى: أسناذ القانون الدولي بكليات الامارت - مدك دولي
الأسناذ محمد أمين اسماعيلي : باحث في العلوم القانونية - الادارة التقنية

مدير التحرير

الأسناذ محمد أفقىر : باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات

روابط مهمة

الموقع الإلكتروني : www.droitentreprise.com
صفحة المجلة : www.facebook.com/droitentreprise
البريد الإلكتروني : MFORKI22@GMAIL.COM

قانون الأعمال

- الدكتور رياض فخري : مدير مختبر البحث قانون الأعمال جامعة الحسن الأول بسطات - المغرب
- الدكتور طارق مصدق : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات - المغرب
- الدكتور عبد الكريم عباد : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتور رشيد الطاهر : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتورة منى مسلومي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتور عز الدين بنستي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء- المغرب
- الدكتور عبد الرحيم شميعة : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمكناس- المغرب
- الدكتورة نادية قايدي : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتورة عائشة فضيل : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات-المغرب
- الدكتور مشرفي عبد القادر : أستاذ محاضر أ كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم - الجزائر
- الدكتور بن قادة محمود أمين : أستاذ محاضر أ بجامعة وهران 2 محمد بن أحمد - الجزائر
- الدكتورة نادية حميدة : أستاذة محاضرة أ كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم - الجزائر

القانون المدني

- الدكتور أبو بكر مهمم : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتور عبد الرحمان الشرقاوي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بالرباط - المغرب
- الدكتور محمد بخنيف : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس - المغرب
- الدكتور منير مهدي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بالرباط - المغرب
- الدكتورة زينب تاغيا : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب

قانون الشغل

- الدكتور عبد اللطيف الخالفي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمراكش - المغرب
- الدكتورة فاطمة حداد : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسلا-المغرب
- الدكتورة أمينة رضوان : رئيسة مجلة الرائدة في العلوم القانوني - المغرب

قانون المعاملات الإلكترونية

- الدكتورة بشرى النية : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس- المغرب
- الدكتور ضياء علي احمد نعمان : أستاذ زائر بكليات الحقوق بالمغرب

القانون الضريبي

- الدكتور عبد القادر تيعلاتي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات-المغرب
- الدكتور أحمد العلاللي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور خنفوسي عبد العزيز : أستاذ محاضر أ كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الدكتور الطاهر مولاي بسعيدة - الجزائر

القانون العقاري و الأسرة

- الدكتور ادريس الفاخوري: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور ادريس بلحساني : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتورة زهدود كوثر : مديرة مختبر القانون العقاري و البيئة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم -الجزائر
- الدكتور مخلوف كمال : أستاذ محاضر بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة البويرة - الجزائر

القانون الجنائي

- الدكتور عبد الرحمان أسامة : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور بناصر حاجي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور أحمد العاللي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور حسن الرحيبة : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس- المغرب

القانون العام و العلوم السياسية

- الدكتورة سهام براهيمى : أستاذة بمعهد الحقوق والعلوم السياسية المركز صالحى احمد بالنعامة - الجزائر
- الدكتور بدير يحيى : أستاذ مساعد بالمركز الجامعي عين تموشنت - الجزائر
- الدكتور زغودي عمر : أستاذ بالمركز الجامعي افلو - الجزائر
- الدكتورة قاصدي فايزة : أستاذة محاضرة أ بجامعة ابن خلدون تبارت - الجزائر
- الدكتورة نجات ساسي : أستاذة محاضرة بكلية الحقوق جامعة الجزائر 1 - الجزائر

القانون الإداري و الدستوري

- الدكتور خالد القاضي : رئيس محكمة الاستئناف بالقاهرة - مصر
- الدكتور اكرامى بسيونى عبد الحى خطاب : أستاذ بجامعة شقراء - المملكة العربية السعودية

القانون الدولي

- الدكتورة : منى كامل تركي : أستاذ القانون بكليات الحقوق - بالإمارات العربية المتحدة
- الدكتور محمد بوبوش : أستاذ التعليم العالي مساعد بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور - المغرب
- الدكتورة وافي حاجة: نائبة رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم - الجزائر
- الدكتور مراد كواشي : أستاذ مساعد أ بجامعة عباس لغرور خنشلة الجزائر
- الدكتور عبد الوهاب كريم : أستاذ التعليم العالي جامعة قابوس - سلطنة عمان

العلوم الأمنية و الاسرائيلية

- الدكتور عبد القادر تيعلاتي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتور توفيق عطاء الله : أستاذ محاضر أ - كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبار لغرور خنشلة - الجزائر

من المغرب

- د. سعد بهتي : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الشريعة بالسماة
- د. عالي طوير : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق السوسية الرباط
- د. ياسين المفقود : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق بسطات
- د. : يونس الأزرق الحيسوني : دكتور في الحقوق اطار في الوكالة القضائية للمملكة
- د. الحسن اليوسي : دكتور في الحقوق إطار بوزارة الاقتصاد و المالية
- د. أسماء مقاص : دكتورة في الحقوق - مسؤولة العلاقات العامة بالمجلة -
- د. حكيمة مؤدن : دكتورة في العلوم القانونية والسياسية
- د. المهدي بوي : دكتور في الحقوق
- د. إبراهيم اشويعر : دكتور في الحقوق
- د. ياسين الكعيوش : دكتور في الحقوق
- د. محمد بلحاج الفحصي : دكتور في الحقوق
- د. عبد الواحد الدافي : دكتور في القانون الخاص
- ذ. محمد الحبيب بداع : باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات
- ذ. حيدا عز الدين : اطار بوزارة الاقتصاد و المالية باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات
- ذ. هشام بلخنفر : محام بهيئة أكادير - باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق وجدة
- ذ. محمد أوبالالك : محام بهيئة الرباط
- ذ. يونس مليح : باحث بصف الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط
- ذ. عدنان زرزوري : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بمكناس
- ذ. خالد هيدان : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- ذ. محمد بومديان : باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق سلا
- ذ. يونس الصالحي : باحث بصف الدكتوراه
- ذ. محمد حقو : باحث في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق وجدة
- ذ. وصال الشرقي : باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق السوسية
- ذ. قمرية قباب : باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق جامعة محمد الخامس الرباط
- ذ. دبنيشي يونس : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- ذ. خديجة جليلي : باحثة بصف الدكتوراه بدار الحديث الحسنية
- ذ. حسناء جبران : باحثة في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- ذ. مريم خراج : باحثة بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- ذ. فاطمة أفقير : محامية متمرنة بهيئة أكادير

من خارج المغرب

- ذ. محمد يحظيه ولد البكاي : باحث بصف الدكتوراه بجامعة انواكشوط العصرية موريتانيا - ممثل المجلة في موريتانيا
- ذ. مصطفى رمضان عبد القادر - مدرس مساعد بجامعة دهوك التقنية - معهد ناكري - ممثل المجلة في العراق
- ذ. محمد عبد الجليل الشيخ القاضي : باحث بسلك الدكتوراه / أستاذ زائر بكلية الشريعة والقانون بجامعة العلوم الإسلامية بالعيون-موريتانيا

محتويات العدد

كلمة افتتاحية

- 11 إدارة مجلة القانون والأعمال الدولية
محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية
حالة الطوارئ الصحية بالمغرب: التنزيل القانوني والإجراءات المواكبة
- 16 مراد فارسي
المسؤولية الضريبية لمسيرى الشركات التجارية وفق مقتضيات المادة 98 من مدونة تحصيل الديون العمومية
- 25 عزيزة تابتي
قراءة في الاحكام التطبيقية لشروط وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجنائي المغربي
- 40 الخني عبد السلام
جريمة الواسطة والمحسوبة والمحابة " وفق القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 المعدل لقانون مكافحة الفساد الفلسطيني "
- 55 علي أبو مارية
مدى تأثير جائحة كورونا على عقود العمل في سلطنة عمان والأردن
- 73 يوسف احمد نوافله
حق المرور في القانون الجزائري وتطبيقاته المعاصرة
- 107 لعشاش محمد
الرقابة على التشغيل في القانون الجزائري
- 122 مكي خالدية
حق الزوجة في مسكن الزوجية والإنفراد به بين التأصيل الشرعي والفراغ التشريعي
- 141 كريمة نزار
الآليات القانونية لتسوية المنازعات الدولية الناشئة عن الأزمة الخليجية 2017
- 156 فاطمة عبد اللطيف العبد الله
إشكالية الملكية الفكرية في نشر البحوث العلمية في المواقع الإلكترونية
- 190 سنوسي علي
دور التحول الرقمي في تجويد الخدمة العمومية بالمغرب
- 206 بدر بوخولوف
مشكلة النفايات الصناعية و كيفية التخلص منها في التشريع الجزائري
- 221 سي يوسف زاهية حورية

	المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري المغربي
232	عبد الغني السرار
	التأمين التكافلي بالمغرب ... الإطار التشريعي والأفاق
257	يونس الرياحي
	حماية الامن العام كغرض من أغراض الضبط الإداري - في القانون القطري
269	فاطمة العبدالله - خلود الكعبي
	السلطة التقديرية للقاضي الأسري في دعاوى الرابطة الزوجية
288	جواد بولويحة
	السند القانوني للفوائد البنكية
306	حنان آيت إبراهيم
	مبدأ الاحتياط في عقود الخدمات السياحية - في ظل انتشار وباء كورونا -
314	حمزة انوي
	فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية
328	رانيا جعفر
	القضاء الاستعجالي في المادة التجارية
366	محمد برهان الدين
	حدود سلطة المشغل عند تعديل وإنهاء عقد الشغل
380	عواطف بلخضر- حمد أفكار
	الوساطة الجنائية على ضوء التشريعات المقارنة
390	فيصل كرمات
	التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة
402	أحمد محمد براك حمد
	تداعيات كورونا و خيار الشغل عن بعد
444	لحسن بنبوطة
	أزمة المالية العمومية في زمن كورونا
455	حسن بوغشي
	الطفل ضحية الاعتداءات الجنسية بين أوجه الحماية الجنائية و المحدودية
464	كوثر زركان
	الأمراض المهنية والمرض المترتب عن فيروس كورونا أية علاقة ممكنة؟
475	عبد الإله شني
	مضمون الآليات الوطنية للقانون الدولي الإنساني

484 حمد علي عبد الله الزعابي - نعمان عطا الله الهيتي	
	إثارة الصعوبة في تنفيذ المقررات القضائية من قبل المحافظ العقاري	
509 حمزة بوعلالة	
	ضوابط إستعمال المحامي لوسائل التواصل الإجتماعي والإعلام	
534 سعد بوجناني	
	التعاون الضريبي الدولي في إطار تبادل المعلومات الجبائية	
542 زروالي جهان	
	المشاركة السياسية للنساء في الانتخابات الجماعية والجهوية المنظمة يوم 4 شتنبر 2015، على مستوى إقليمي سطات وبرشيد	
550 نجود مدراني	
	الاحتيايل المعلوماتي على الذمة المالية للأشخاص	
564 عز الدين بوزلماط	
	محور التعليق على القرارات القضائية	
	تعليق على حكم محكمة التمييز القطرية الدائرة المدنية والتجارية رقم 212 / 2011 تاريخ الجلسة 28/02/2012	
576 شاكر المزوغي	
	محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية	
	Fusion- Acquisition : L'assise juridique de l'acte de garantie existe –elle en Droit Marocain ?	
	Zineb Fassi Fihri	591
	La pandémie COVID-19 et situation socio-économique marocaine : quel impact ?	
	Sami KANOUNI	598
	La pandémie du Covid-19 : Quel impact sur les relations commerciales ?	
	ZAHRAOUI Naima	603
	la procédure et les effets du recours en annulation de la sentence arbitrale en Droit Marocain	
	Ihoussaine OUHSSAINE	609
	Les entreprises en difficulté à la lumière de l'état d'urgence sanitaire au Maroc	
	Meftouh Hajar	617
	La numérisation des services publics face à la propagation du coronavirus et ses effets juridiques	
	Imane EL youssfi	624
	Saveurs exquises en quête de label Région Est du Maroc Produits du terroir	
	Asmae Hlal	632

محور الدراسات والأبحاث باللغة الإنجليزية

Reflections on the health emergency in Morocco

Amina Redwane 643

The contribution of Islamic financial institutions to achieving economic well-being (the role of Islamic banks in achieving economic growth)

Sebaa fatma Zahra - Nadia Nahli 646

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
جميع الحقوق محفوظة لمجلة القانون و الأعمال الدولية © 2020

كلمة افتتاحية

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ... وبعد،

يعد النشر العلمي من المتطلبات الأساسية لدعم وتنشيط البحث العلمي في مختلف المجالات وشتى التخصصات، حيث يوفر للباحثين فرصة عظيمة لتقييم بحوثهم عن طريق التحكيم العلمي الذي تخضع له البحوث العلمية كشرط أساسي لإجازة نشرها، كما يمكن النشر العلمي هولاء الباحثين من عرض نتائج بحوثهم أملاً في الوصول إلى من يتبنى هذه البحوث وتلك النتائج لتوظيفها في خدمة المجتمعات، فأرقى المجتمعات هي التي تبني نهضتها على العلم والمعرفة.

فمما لا شك فيه أن المعرفة تكون أكثر فاعلية عندما يكون الوصول إليها سهلاً، ولقد كان النشر الورقي، حتى وقت قريب، هو الوسيلة الوحيدة المتاحة للنشر العلمي، أما اليوم فقد أصبح النشر الإلكتروني هو الوسيلة المثلى للنشر العلمي، وذلك لما يتميز به من مزايا عديدة لا يتسع المجال لحصرها، أهمها على الإطلاق سهولة الوصول وسرعة الانتشار، فمن يكتب يعلم الكثير عن مشكلات النشر وإحباطاته وإهداره للوقت والجهد، وتعنت بعض الناشرين، وعدم موضوعية بعضهم الآخر، ومن يقرأ يعرف أكثر عن العوز إلى المعلومة والتكلفة العالية للحصول عليها، والجهد الكبير الذي يبذل من أجل الحصول عليها، والذي قد يصل في بعض الأحيان إلى قطع آلاف الأميال وترك الأهل والأوطان بحثاً عن المعرفة.

وقد أتاح النشر الإلكتروني الفرصة أمام من يكتب ومن يقرأ للاقتصاد في الوقت والجهد في مجالي النشر والبحث عن المعرفة، وبالتالي توجيه الجزء الأكبر من جهودهم إلى عمليات التحليل والتفسير والاستنتاج والتنبؤ والكشف عما هو جديد.

وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة للنشر الإلكتروني فما زالت المكتبة العربية الإلكترونية تعاني نقصاً كبيراً في هذا المجال، لذا يجب على دور ومؤسسات النشر والمؤسسات والهيئات العلمية في الوطن العربي، والتي مازالت حتى هذه اللحظة بعيدة عن مجال النشر الإلكتروني، أن تسرع الخطى لولوج هذا المجال، خاصة وأن البشرية تسير نحو عالم وعلم بلا ورق، حيث نبذل قصارى جهدنا لكي نتبوا مكانة متميزة في مجال النشر العلمي ليس فقط على المستوى الإقليمي، وإنما أيضاً على المستوى العالمي، يساندنا

في ذلك هيئة علمية من أساتذة القانون الاجلاء بكليات الحقوق والمراكز البحثية والحقوقية من مختلف دول العالم، لتقييم البحوث العلمية التي ترد إلى المجلة.

وها أنا أنتهز الفرصة وأدعو كل الزملاء الباحثين المتخصصين في فروع القانون المختلفة لنشر بحوثهم وإنتاجهم العلمي بمجلة القانون و الأعمال، وذلك طبقاً لقواعد النشر المعلنة على موقع المجلة، على وعد منا بأن نكون عوناً لكل باحث جاد مجتهد يرغب في نشر نتاج فكره وحصاد جهده، وأن نكون معين علم لكل باحث عن المعرفة التي تتصل بمجالات عمل المجلة، ليكون النشر بالمجلة وكافة الخدمات التي نقدمها مجانية، مساهمة منا في خدمة العلم والعلماء.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل.

إدارة مجلة القانون والأعمال الدولية

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية

حالة الطوارئ الصحية بالمغرب: التنزيل القانوني والإجراءات المولكة

✍️ **مراد فارسي**

دكتور في العلوم القانونية والسياسية،
جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

ملخص المقال

تماشيا مع ما أقرته منظمة الصحة العالمية من اعتبار فيروس كورونا المستجد كوفيد-19 "وباء عالميا"، وما تعرفه الساحة الدولية من سرعة تفشي هذا الفيروس، أعلن المغرب حالة الطوارئ الصحية بمرسوم قانون، لإعطاء المشروعية القانونية لجميع تدخلاته على جميع المستويات، وذلك بسبب حالة الاستعجال التي تتطلب السرعة والدقة في التدخل للحيلولة دون انتشار هذا الوباء، وذلك باتخاذ جميع التدابير الضرورية التي تتطلبها هذه المرحلة. لذلك قمنا بهذه الدراسة القانونية، لتعريف حالة الطوارئ الصحية، ومعرفة القوانين المؤطرة لها، والوقوف على الاجراءات التي اتخذتها الدولة للتخفيف من تأثيرها على الحياة الاجتماعية والاقتصادية للأسر والمقاولات، والمعوقات التي تعترضها.

In line with the World Health Organization decision of declaring the novel corona virus outbreak a pandemic, and due to the rapid spread of this virus worldwide, Morocco has decided to declare a state of health emergency by decree-law. The decree-law gives the Moroccan government a legal legitimacy to all its interventions at all levels. Also as a matter of urgency, the quickly taken measures were to contain the spread of Covid-19 pandemic.

Therefore, we have conducted this legal study to define the state of health emergency, and to describe its decree-laws within their contexts. Also to find out the measures taken by government to mitigate the current situation impact on the social and economic life of families as well as on businesses.

تمهيد:

أعلن المدير العام لمنظمة الصحة العالمية تيدروس أدهانوم غيبريسوس الأربعاء 11 مارس 2020 أن المنظمة التابعة للأمم المتحدة باتت تعتبر فيروس كورونا المستجد المسبب لمرض "كوفيد-19" والذي يتفشى في مختلف أرجاء المعمورة "وباء عالميا".

وقال أمام ممثلي الدول الأعضاء في المنظمة بجنيف "هذه جائحة يمكن السيطرة عليها، ولكن لا يمكن محاربة فيروس إذا كنت لا تعرف مكانه. وهذا يعني أنك بحاجة إلى مراقبة قوية للعثور على كل حالة وعزلها واختبارها ومعالجتها، مضيفا أن على كل بلد اعتماد نهج شامل يتكيف مع وضعه، ويعد احتواء الفيروس ركيزة أساسية. ودعا البلدان إلى إيجاد توازن عادل بين حماية الصحة وتجنب إحداث قلق اقتصادي واجتماعي، واحترام حقوق الإنسان.

وتماشيا مع ما أقرته منظمة الصحة العالمية وما تعرفه الساحة الدولية من سرعة تفشي هذه الجائحة، أعلن المغرب حالة الطوارئ الصحية يوم الجمعة 20 مارس 2020 عند الساعة السادسة مساء إلى غاية 20 أبريل 2020.

فما هي إذن حالة الطوارئ الصحية؟ وما هي القوانين المؤطرة لها؟ وماهي الاجراءات التي اتخذتها الدولة، والضمانات المقدمة للتخفيف من تأثيرها على الحياة الاجتماعية والاقتصادية للأسر والمقاولات؟ وماهي الإكراهات التي تواجهها؟.

كل هذه الأسئلة وغيرها سنحاول الاجابة عليها من خلال نقطتين:

- النقطة الأولى: مفهوم حالة الطوارئ الصحية والقوانين المنظمة لها.
- النقطة الثانية: إعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب: الإجراءات والضمانات.

النقطة الأولى: مفهوم حالة الطوارئ الصحية والقوانين المنظمة لها.

إن مواجهة الحالات الصحية الطارئة يستدعي السرعة في اتخاذ القرارات والتعامل معها بجديّة، والحيولة دون انتشار المرض على الصعيد الوطني والدولي، والحماية منه ومكافحته ومواجهته، باتخاذ تدابير في مجال الصحة العمومية بالدرجة الأولى، والمجالات الأخرى الاجتماعية والاقتصادية وغيرها، على نحو يتناسب مع المخاطر المحدقة، ولن يتأتى ذلك إلا بتحديد مفهوم حالة الطوارئ الصحية وتمييزها عن الحالات المشابهة لها (أولا)، وبتنزيلها المنزلة القانونية التي تؤطرها، في جو يسوده تطبيق القانون واحترام الحريات الفردية والجماعية (ثانيا).

أولا: تحديد مفهوم حالة الطوارئ الصحية.

حسب اللوائح الصحية الدولية لسنة 2005، التي تم إقرارها من قبل جمعية الصحة العالمية الثامنة والخمسين¹، والذي يعتبر المغرب عضوا فيها، تعني عبارة "طارئة صحية عمومية تسبب قلقا دوليا" حدثا استثنائيا:

1- يشكل خطرا محتملا يحدق بالصحة العمومية للدول، وذلك بسبب انتشار المرض دوليا؛

2- قد يقتضي استجابة دولية منسقة².

1 - بتاريخ 23 ماي 2005، وبدأ نفاذها في 15 يونيو 2008.

2 - اللوائح الصحية الدولية لسنة 2005، منظمة الصحة العالمية، الطبعة الثانية، ص:9.

ولإعلان حالة الطوارئ الصحية العالمية، يستشير المدير العام لمنظمة الصحة العالمية لجنة الطوارئ الصحية التابعة للمنظمة، ويستعين بالمعلومات المقدمة من طرف الدول الأطراف، والخبراء، وخطر الإلتشار الدولي للمرض، وخطر التأثير على التجارة والسفر الدوليين، ويتخذ القرار النهائي لإعلانها.

ويؤدي الإعلان عن حالة طوارئ صحية عالمية، إلى تقديم توصيات إلى جميع البلدان، تهدف إلى منع انتشار المرض عبر الحدود أو الحد منه، مع تجنب التدخل غير الضروري في التجارة والسفر.

وتعتبر جائحة كورونا كوفيد-19 المرة السادسة التي أعلنت فيها المنظمة "حالة طوارئ صحية عامة تثير قلقا دوليا"، فكانت سابقاتها على النحو الآتي: إنفلوانزا الخنازير (H1N1) سنة 2009، وشلل الأطفال سنة 2014، وإيبولا سنة 2014، وزیکا سنة 2016، وإيبولا سنة 2019.

و ينص البند الرابع من المادة الثالثة من اللوائح الصحية لسنة 2005 على أنه: "تتمتع الدول، عملا بميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي، بالحق السيادي في وضع التشريعات وتنفيذها وفقا لسياساتها الصحية. وينبغي لها لدى القيام بذلك دعم الغرض المتوخى من هذه اللوائح³."

من خلال قراءة في هذه المواد يمكن أن نستنتج أن إعلان حالة الطوارئ الصحية بالنسبة للدول، يبقى قرارا سياديا للدولة تعلنه من خلال تشريعاتها الوطنية عند الاقتضاء وانسجاما مع قرارات منظمة الصحة العالمية، كلما كانت حياة الأشخاص وسلامتهم مهددة جراء سرعة تفشي العدوى واتساع نطاقها، أو قصور النهج الذي تتبعه الدولة للسيطرة عليها.

وبالرجوع إلى التشريع المغربي فإننا لا نجد ينظم حالة الطوارئ الصحية بقانون، لكن يتطرق لبعض الحالات الاستثنائية المشابهة لإعلان حالة الطوارئ الصحية، والتي تقتضي ضرورة التوفيق بين ممارسة الحرية ومتطلبات المحافظة على النظام العام، ومن بين هذه الحالات نجد حالة الاستثناء (الفصل 59 من الدستور⁴)، وحالة الحصار (الفصل 49 و74 من الدستور).

فحالات الاستثناء والحصار، تختلفان عن حالة الطوارئ الصحية من خلال شروط موضوعية وأخرى شكلية. فالشروط الموضوعية تتمثل في تهديد حوزة التراب الوطني، أو وقوع أحداث من شأنها أن تعرقل السير العادي للمؤسسات الدستورية (حالة الاستثناء)، أو أن يكون أمن الدولة ومؤسساتها في خطر داخلي أو خارجي. أما الشروط الشكلية التي لابد من توفرها، فبالنسبة لحالة الاستثناء فهي تعلن بظهير ملكي بعد استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، ورئيس المحكمة الدستورية وتوجيه خطاب إلى الأمة. وتعلن حالة الحصار أيضا بمقتضى ظهير ملكي يوقع بالعطف من قبل رئيس الحكومة، بعد التداول بشأنه في المجلس الوزاري.

3 - اللوائح الصحية الدولية لسنة 2005، مرجع سابق، ص: 11.

4 - دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بشأن تنفيذ الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011.

ومن ثم فإن حالة الطوارئ الصحية تعد أقل خطورة من حالتها الاستثنائية والحصار، لكون السير العادي للدولة يبقى مستمرا من خلال مؤسساتها الدستورية ومرافقها الادارية في جو يطبعه السلم و الأمن، وأن الخطر يهدد الجانب الصحي الذي يمكن احتواءه بتدابير صحية، وقائية وتوعوية، اجتماعية واقتصادية...

وفي ظل غياب قانون ينظم حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، يمنح المشرع للحكومة آليات قانونية يمكن عن طريقها التشريع عوض البرلمان، والغاية منها ضرورة تأمين السير العادي لمرافق الدولة التي لا تقبل التوقف مهما كانت الظروف، ومواجهة المستجدات التي تطرأ، والتي قد تكتسي صبغة الاستعجال ولا تحتل التأخير. فما هي إذن هذه الآليات القانونية وكيف يتم تفعيلها؟

ثانيا: القوانين المنظمة لحالة الطوارئ الصحية بالمغرب.

إن الحالات التي تتعلق بحلول الحكومة محل البرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية تكون ناتجة عن:

- تفويض التشريع بمقتضى القانون أثناء دورات انعقاد البرلمان، وهو ما يعرف بالمراسيم التفويضية (الفصل 70 من دستور 2011).
- التشريع في الفترة الفاصلة بين انعقاد الدورات البرلمانية، وهو ما يعرف بمراسيم الضرورة (الفصل 81 من الدستور).

إن الفرق بين التفويض في إطار الفصل 70 من الدستور، والتفويض في إطار الفصل 81 من الدستور، هو أن الأول تفويض إرادي بحيث يمكن للبرلمان أن يأذن للحكومة بالتشريع في مجال من مجالات القانون، كما يمكن له أن يمتنع عن ذلك. في حين أن التفويض في إطار الفصل 81 هو تفويض بحكم الدستور أثناء عطلة البرلمان.

لذلك استندت الحكومة على الفصل 81⁵ من الدستور لإصدار مرسوم بقانون⁶ رقم 2.20.292 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020 الذي يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الذي تزامن مع الفترة الفاصلة بين الدورات.

إذ لا بد من توافر أربعة شروط لإصدار مثل هذه المراسيم:

- وجود ضرورة ملحة تفرض إصدارها؛
- أن يكون ذلك خلال الفترة الفاصلة بين دورات البرلمان، أي بين دورة أكتوبر ودورة أبريل؛
- أن يقع بالاتفاق مع اللجنة التي يعينها الأمر؛
- أن يتم عرض المراسيم المتخذة على مصادقة البرلمان في أقرب دورة عادية.

فإذا أقر البرلمان هذه المراسيم استمر سريان مفعولها، أما إذا رفض المصادقة عليها، فإنه يزول ما كان لها من قوة القانون، ويتوقف سريان مفعولها، إلا أن هذا الرفض لا يسري بأثر رجعي احتراماً للمراكز القانونية والحقوق المكتسبة.⁷

5 - ينص الفصل 81 من الدستور: "يمكن للحكومة أن تصدر، خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وباتفاق مع اللجان التي يعينها الامر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان، خلال دورته العادية الموالية".

6 - الجريدة الرسمية عدد 6867 مكر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1782.

7 - عبد الحليم العربي: الحريات العامة وحقوق الإنسان في القانون المغربي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس- السنة الجامعية 2001-2002، ص: 33.

فالفصل 81 من الدستور يعتبر الإطار الدستوري لإصدار هذا المرسوم بقانون، لكن لكي يكون هذا المرسوم مطابق لمبدأ المشروعية وملزماً للأفراد ومرضياً لهم، استندت الحكومة إلى الفصول 21 و24 من الدستور.

حيث يجب أن تضمن السلطات العمومية سلامة السكان، وسلامة التراب الوطني، في إطار احترام الحريات والحقوق الأساسية المكفولة للجميع (الفصل 21 من الدستور)، ما يمكن ملاحظته بشأن الفصل 21 أنه لم يذكر كلمة "قانون" التي يمكن للحكومة أن تعتمد لتقييد حق المواطن في سلامته، فهو حق مطلق لا يمكن التصرف فيه.

لكن تجد الحكومة سندها في الفصل 24 من الدستور بقراءة الفقرة الرابعة منه بمفهوم المخالفة للتدخل وفق القانون قصد تقييد حرية التنقل، عبر التراب الوطني والخروج منه والعودة إليه، وما يترتب عن خرق هذه المقتضيات من تدابير. والهدف من اتباع هذه التراتبية القانونية هو إعطاء المشروعية لمرسوم قانون حالة الطوارئ الصحية رقم 2.20.292.

واستناداً إلى الفصلين 90 و92 من الدستور بالإضافة إلى مرسوم قانون حالة الطوارئ الصحية السالف الذكر... تم إعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا كوفيد-19 بمرسوم رقم 2.20.293 بتاريخ 24 مارس 2020.

ومن تم فهناك مرسومين ينظمان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، هما:

- مرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020 الذي يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها. (عام: يمكن استعماله مستقبلاً)
- مرسوم رقم 2.20.293 الصادر بتاريخ 24 مارس 2020 بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد-19. (خاص بفيروس كوفيد-19)

فما هي إذن التدابير والإجراءات التي نصت عليها هذه القوانين؟ وما هي العقوبات التي تطال المخالفين؟ وما هي الإجراءات الموازية المعلن عنها من طرف الحكومة للتخفيف من تأثير حالة الطوارئ الصحية على الأسر والمقاولات؟

النقطة الثانية: إعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب: الإجراءات والضمانات.

سارعت الحكومة المغربية لاتخاذ مجموعة من الإجراءات الصارمة والتدابير الوقائية والاحترازية غير المسبوقة، بهدف الحد من انتشار جائحة كورونا كوفيد-19، ومواجهة تداعياته الصحية والاقتصادية والاجتماعية.

فما هي إذن هذه الإجراءات الصارمة، والتدابير المتخذة لمواجهة هذا الفيروس (أولاً)، وما هي الالتزامات والضمانات التي قدمتها الدولة بالمقابل لفائدة الأسر والمقاولات (ثانياً).

أولاً: الإجراءات والتدابير المتخذة لمواجهة تفشي فيروس كورونا كوفيد-19 بالمغرب.

بناءً على المرسوم بقانون رقم 2.20.292 يمكن للحكومة اتخاذ جميع التدابير اللازمة التي تقتضيها هذه المرحلة، بواسطة مراسيم أو مقررات تنظيمية وإدارية، أو مناشر أو بلاغات.

لذلك تم إعلان حالة الطوارئ الصحية بالمرسوم رقم 2.20.293 وتضمن:

- مكان وزمان تطبيق حالة الطوارئ الصحية: بسائر أرجاء التراب الوطني إلى غاية 20 أبريل 2020 في الساعة السادسة مساءً؛
- اتخاذ التدابير اللازمة من أجل عدم مغادرة الأشخاص لمحل سكنهم ومنع التنقل إلا في حالات الضرورة القصوى؛
- منع أي تجمع أو تجمهر... وإغلاق المحلات التجارية التي تستقبل العموم؛
- اتخاذ جميع التدابير التنفيذية التي يستلزمها حفظ النظام العام الصحي (تدابير الشرطة الإدارية)؛
- تمكين الموظفين والأعوان والمأجورين التابعين لمرافق الدولة و الجماعات الترابية والمؤسسات العمومية والمقاولات العمومية وكل مقاول أو مؤسسة خاصة، من رخص استثنائية للعمل تحمل أسماءهم، قصد الإدلاء بها عند الاقتضاء لدى السلطات العمومية المكلفة بالمراقبة.
- وفي إطار المرسوم بقانون 2.20.292 تم تفريد العقاب بالنظر لخطورة الأفعال بين ماهو زجري وماهو جنائي، فكانت العقوبات على مخالفة حالة الطوارئ هي الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة 300 و1300 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، دون الإخلال بالعقوبة الجنائية الأشد، وهذه الصيغة تحيل على إمكانية تطبيق العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي⁹ ولاسيما الفصول 300 إلى 302¹⁰ منه، وهي فصول تصل العقوبة فيها إلى خمس سنوات حبسا.

لكن مقابل ما فرضته الحكومة من إجراءات و تدابير المنع والتضييق على الحريات الفردية والجماعية وما أتبعته من عقوبات للمخالفين، كان لابد لها من إعطاء ضمانات والقيام بتدابير للتخفيف من حدة حالة الطوارئ الصحية، فما هي إذن هذه الضمانات والتدابير المواكبة؟

ثانيا: الضمانات والتدابير المواكبة لإعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب.

من بين الضمانات التي تقدمها الحكومة نجد:

- ضمان استمرارية المرافق العمومية الحيوية وتأمين الخدمات المقدمة للمرتفقين.
- يجوز للحكومة اتخاذ بصفة استثنائية أي إجراء اقتصادي أو مالي أو اجتماعي أو بيئي يكتسي صبغة الاستعجال، وكمثال على ذلك:

9 - ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253.

10 - الفصل 300: كل هجوم أو مقاومة، بواسطة العنف أو الإيذاء ضد موظفي أو ممثلي السلطة العامة القائمين بتنفيذ الأوامر أو القرارات الصادرة من تلك السلطة أو القائمين بتنفيذ القوانين أو النظم أو أحكام القضاء أو قراراته أو الأوامر القضائية يعتبر عصيانا. والتهديد بالعنف يعتبر مماثلا للعنف نفسه.

الفصل 301: إذا وقعت جريمة العvisان من شخص أو شخصين، فعقوبة الحبس من شهر إلى سنة والغرامة من ستين إلى مائة درهم، فإذا كان مرتكب الجريمة أو أحد مرتكبيها مسلحا، فإن الحبس يكون من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم. الفصل 302: جريمة العvisان التي تقع من أكثر من شخصين مجتمعين يعاقب عليها بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألف درهم.

ويكون الحبس من سنتين إلى خمس والغرامة من مائتين إلى ألف درهم إذا كان في الاجتماع أكثر من شخصين يحملون أسلحة ظاهرة. أما إذا وجد أحد الأشخاص حاملا لسلاح غير ظاهر، فإن العقوبة المقررة في الفقرة السابقة تطبق عليه وحده.

- تخصيص مبلغ مالي من الصندوق الخاص بتدبير جائحة كورونا¹¹، لبعض الفئات المتضررة مباشرة من الحجر الصحي. وإن كانت هذه العملية جد معقدة بالنسبة للأسر التي تشتغل في القطاع غير المهيكل، والغير مسجلة في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، والتي لا تستفيد من خدمة "راميد"، خصوصا في ظل غياب سجل اجتماعي موحد، والذي أصبح ضرورة ملحة يجب الاسراع بإخراجه مستقبلا، لذلك يمكن أن تساعد الجماعات الترابية والسلطات المحلية الحكومة في الاستهداف السريع لهذه الفئات.
- السماح للفلاحين ببيع منتجاتهم مباشرة إلى المستهلك دون المرور عبر الأسواق.
- إصدار الحكومة مجموعة من المراسيم¹² يقضي بعضها بتمديد وقف استيفاء رسم الاستيراد المفروض على القمح اللين ومشتقاته إلى غاية 15 يونيو 2020، والبعض الآخر بوقف استيفاء رسم الاستيراد المفروض على القمح الصلب، العدس، الحمص، الفول، الفاصوليا العادية ابتداء من فاتح أبريل 2020.
- اعتماد بنك المغرب مجموعة من التدابير¹³ الجديدة سواء في مجال السياسة النقدية أو على الصعيد الاحترازي، سعيا منه إلى دعم ولوج الأسر والمقاولات إلى القروض البنكية، ومن شأن هذه التدابير الرفع بثلاثة أضعاف القدرة على إعادة تمويل البنوك لدى بنك المغرب... وتعزيز برنامجه الخاص بإعادة تمويل المقاولات الصغيرة جدا والصغيرة والمتوسطة، عن طريق إدماج القروض التشغيلية إلى جانب قروض الاستثمار، والرفع من وتيرة إعادة تمويلها.
- في المقابل لجأت البنوك إلى كافة وسائل إعادة التمويل المتاحة، وتشمل هذه الاجراءات بناء على طلب من الزبون، تأجيل سداد أقساط القروض ابتداء من شهر مارس 2020 وحتى شهر يونيو 2020، بدون أن يترتب عن ذلك أي مصاريف أو غرامات عن التأخير، وتهتم هذه التدابير أيضا بالتأجيل عن الطلب لأقساط الاعتمادات القابلة للاستهلاك، والتأخير حتى 30 يونيو 2020 دون رسم أو غرامات تأخير، للأسر والشركات التي تتأثر مباشرة بهذه الظرفية.
- إيقاف سريان مفعول جميع الأجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة الطوارئ الصحية. ويستأنف احتسابها ابتداء من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة. وتستثنى آجال الطعن بالاستئناف الخاصة بقضايا الأشخاص المتابعين في حالة اعتقال، وكذا مدد الوضع تحت الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي.
- اعتماد التعليم عن بعد في إطار إجراءات احتواء فيروس كورونا المستجد، وهذا شيء محمود. إلا أن تطبيقه في المغرب تعثره مجموعة من النقائص، من بينها:

11 - مرسوم رقم 2.20.269 صادر في 21 من رجب 1441 (16 مارس 2020) بإحداث حساب مرصد لأموال مخصصة يحمل اسم " الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا " كوفيد-19 " ، الجريدة الرسمية عدد 6865 مكرر بتاريخ 22 رجب 1441 (17 مارس 2020)، ص: 1540.

12 - الجريدة الرسمية عدد 6869 بتاريخ 5 شعبان 1441 (30 مارس 2020)، ص: من 1803 إلى 1807.

13 - بنك المغرب، بلوغ صحفي، للجراءات التي اتخذها بنك المغرب من أجل دعم الاقتصاد والنظام البنكي، الرباط 29 مارس 2020. www.bkam.ma

- غياب تكافؤ الفرص، بالنسبة للتلاميذ والطلبة الذين لا يتوفرون على الوسائل المسهلة للتعليم عن بعد، سواء في المجال الحضري أو القروي.
- غياب تكوين للأساتذة في هذا المجال، وانعدام التجهيزات الضرورية للقيام بهذه المهمة.

في الختام، ومن خلال الخوض في هذا الموضوع، يلاحظ أن تنزيل القانون المؤطر لحالة الطوارئ الصحية بالمغرب والعمل به، أعطى الحكومة مجموعة من الصلاحيات للتدخل في جميع السلطات: السلطة التنفيذية، السلطة التشريعية (مراسيم الضرورة)، والسلطة القضائية في الجانب الإجرائي المتعلق بوقف انعقاد الجلسات. وهذه الصلاحيات فرضتها الظرفية الطارئة التي يمر منها المغرب، وراجعة إلى "تعاون السلط" الذي نص عليه الفصل الأول من الدستور، والتي تخضع لا محالة لقاعدة ربط المسؤولية بالمحاسبة.

ففي فرنسا مثلا، يتم إبلاغ أعضاء البرلمان دون تأخير بالتدابير التي اتخذتها الحكومة أثناء حالة الطوارئ الصحية¹⁴، وقد يطلب أي معلومات إضافية في سياق المراقبة والتقييم. كما سيتم تحليل تطبيق هذا القانون من قبل لجنة علمية ستعلن بمرسوم، تتكون من رئيس يتم تعيينه من قبل رئيس الجمهورية، وعضوين آخرين يحددهما على التوالي رئيسا الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، بالإضافة إلى شخصيات مؤهلة أخرى، وبالتالي قد تطلب هذه اللجنة من الحكومة تقديم حساباتها¹⁵.

وإذا كان لجائحة كورونا "كوفيد-19" جوانب سلبية مأساوية على البشرية فإن لها أيضا جوانب إيجابية للتفكير في المستقبل، وتغيير النهج المتبع من طرف السلطات، وذلك من خلال:

- تنفيذ إصلاحات بشكل أفضل من خلال حكمة جيدة، ونخب قادرة على رفع التحديات؛
 - البحث عن نماذج اقتصادية مستدامة تستهدف كل ما هو إنساني، اجتماعي، صحي، وعلمي، لبناء مجتمع متماسك منعم بالاستقرار والعدالة والأمن؛
 - جعل الدولة ومرافقها ومواردها في خدمة المواطن، وتشجيع البحث العلمي وجعله من بين الأولويات، واحتضان الكفاءات، وبث إعلام هادف.
- وأخيرا يجب علينا أن نكون يدا واحدة، حكومة وشعبا لمواجهة هذا التحدي، والانضباط، والتحلي بالصبر، والالتزام بكل ما يصدر عن الجهات المختصة لاجتياز هذا الامتحان بدون خسائر فادحة.

14 - كانت فرنسا قد أعلنت حالة الطوارئ بمرسوم قانون رقم 290-2020 بتاريخ 23 مارس 2020 للتصدي لجائحة كوفيد-19، الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 0072 بتاريخ 24 مارس 2020 نص رقم 2.

15 - Anais Thiébaux. Loi d'urgence sanitaire en France : ça veut dire quoi? , Le journal des Femmes, 03 avril 2020. [https://sante.journaldesfemmes.fr/fiches-maladies/2627081-loi-etat-urgence-sanitaire-france-coronavirus-covid-19-definition-evolution-mesures-duree-journal-officiel/?](https://sante.journaldesfemmes.fr/fiches-maladies/2627081-loi-etat-urgence-sanitaire-france-coronavirus-covid-19-definition-evolution-mesures-duree-journal-officiel/)

لائحة المراجع

- عبد الحليم العربي: الحريات العامة وحقوق الإنسان في القانون المغربي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس- السنة الجامعية 2001-2002، ص:33.
- اللوائح الصحية الدولية لسنة 2005، منظمة الصحة العالمية، الطبعة الثانية، بتاريخ 23 ماي 2005، وبدأ نفاذها في 15 يونيو 2008.
- دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بشأن تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011.
- ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253.
- مرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020 الذي يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص:1782.
- مرسوم رقم 2.20.269 صادر في 21 من رجب 1441 (16 مارس 2020) بإحداث حساب مرصد لأموال خصوصية يحمل اسم " الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا "كوفيد-19" ، الجريدة الرسمية عدد 6865 مكرر بتاريخ 22 رجب 1441 (17 مارس 2020)، ص: 1540.
- مرسوم رقم 2.20.293 الصادر بتاريخ 24 مارس 2020 بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا كوفيد-19، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر، بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص:1783.
- مرسوم قانون رقم 2020-290 بتاريخ 23 مارس 2020 بإعلان حالة الطوارئ الفرنسي للتصدي لجائحة كوفيد-19، الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 0072 بتاريخ 24 مارس 2020، نص رقم 2.
- بنك المغرب، بلاغ صحفي، الاجراءات التي اتخذها بنك المغرب من أجل دعم الاقتصاد والنظام البنكي، الرباط 29 مارس 2020
- www.bkam.ma
- *Anais Thiébaux. Loi d'urgence sanitaire en France : ça veut dire quoi? , Le journal des Femmes, 03 avril 2020
- <https://sante.journaldesfemmes.fr/fiches-maladies/2627081-loi-etat-urgence-sanitaire-france-coronavirus-covid-19-definition-evolution-mesures-duree-journal-officiel/>

المسؤولية الضريبية لمسيرى الشركات التجارية وفق مقتضيات المادة 98 من مدونة تحصيل الديون العمومية

عزينة تابتى

دكتورة فـي الحقوق

تهدف دعوى المسؤولية الضريبية لمسيرى الشركات التجارية إعمالا لمقتضيات المادة 98 من مدونة تحصيل الديون العمومية¹⁶، إلى حماية الشركات التجارية من الأعمال التدليسية التي ترتكب أثناء تسييرها من طرف الأجهزة المكلفة بالإدارة والتسيير، إذ تمثل هذه الأخيرة الضحايا الأولى والأساسية للتعسف واستغلال السلط والصلاحيات المخولة للمسيرين بشكل يتعارض مع مصالحها الاقتصادية والاجتماعية.

بحيث يتوخى مشترع مدونة تحصيل الديون العمومية من وراء إقرار هذا النوع من المسؤولية إلى التوسع إلى أكبر حد ممكن متابعة الأفعال الاحتيالية للمسيرين وبالتالي معاقبة كل الأخطاء والمخالفات المرتكبة أثناء تسيير الشركة.

والملاحظ أن مجال دعوى المسؤولية الضريبية ضيق جيدا، بحيث لا يسمح بمتابعة مسيرى الشركة، إلا عند عدم كفاية موجوداتها وعجزها عن أداء ديونها الضريبية، وإثبات العلاقة السببية بين الأعمال الاحتيالية للمسيرين واستحالة تحصيل الدين الضريبي.

ومن أجل رفع الغموض واللبس عن هذه الدعوى، والإحاطة بها من جميع جوانبها حتى يتسنى ويسهل تطبيق أحكامها على مرتكبيها، كان لزاما دراسة جميع عناصر إثارة دعوى المسؤولية الضريبية وفق ما نصت عليه مقتضيات المادة 98 من مدونة تحصيل الديون العمومية، باعتبارها مسؤولية خاصة، تتطلب توافر جملة من القواعد والعناصر لأجل إدانة المسير بتحمل الالتزام الضريبي للشركة، ومتابعته في ذمته الشخصية والمالية على سبيل التضامن بنفس الدين الضريبي، شريطة إثبات مسؤوليته التضامنية وفق الشروط المقررة في المادة السالفة الذكر.

16- تنص المادة 98 من م.ت.د.ع على أنه:

" إذا تعذر تحصيل الضرائب كيفما كانت طبيعتها والغرامات والزيادات وصوائر التحصيل المرتبطة بها الواجبة على شركة أو مقاوله نتيجة أعمال تدليسية مثبتة قانونا، أمكن جعل المديرين أو المتصرفين أو المسيرين الآخرين مسؤولين على وجه التضامن مع الشركة أو المقاوله عن أداء المبالغ المستحقة وذلك إذا لم يكونوا ملزمين بأداء ديون الشركة تطبيقا لأحكام أخرى. تثار هذه المسؤولية حسب الحالة بمبادرة من الخازن العام للمملكة أو المدير العام للضرائب أو مدير إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة الذين يقيمون دعوى لهذا الغرض أمام المحكمة الابتدائية ضد المديرين أو المتصرفين أو المسيرين الآخرين".

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لدعوى المسؤولية الضريبية

خروجا عن القواعد العامة وقانون الشركات ومدونة التجارة، التي تحمل المسير المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها بمناسبة إدارة وتسيير الشركة، فقد رتب المشرع حماية خاصة للدين الضريبي تشكل ضمانا لحقوق الخزينة العامة، والمتمثلة في تحمل المسيرين على وجه التضامن مع الشركة أداء المبالغ المستحقة عليها.

وعليه يكون المشرع قد حدد نطاق مسؤولية المسير عن تعذر تحصيل الضرائب الواجبة على الشركة في المسؤولية المدنية، وليست المسؤولية الجنائية التي تخضع لمبدأ هام وهو لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالأفعال التي تترتب عليها المسؤولية الجنائية محددة ومن تم تتحدد العقوبات المطابقة لها، بينما تخضع المسؤولية المدنية للمبدأ الذي نص عليه الفصل 77 من ق.ل.ع¹⁷، كل خطأ سبب ضررا للغير يستوجب التعويض، ولقد حصر المشرع في المادة 98 من م.ت.د.ع، الركن الأساسي لقيام دعوى المسؤولية الضريبية للمسير في ارتكابه أعمالا تدليسية، باعتبارها أخطاء لا تحصى ولا تعد.

وبالتالي تكون مسؤولية المسير عن أداء الديون الضريبية للشركة، مسؤولية مدنية أوسع نطاقا، ولا تحمل معنى الردع الذي تنطوي عليه المسؤولية الجنائية، وإنما تفيد معنى جبر الضرر الذي تسبب فيه الشخص المسؤول.

وعلى هذا الأساس تكون مسؤولية مسير الشركة في إطار المادة 98 من م.ت.د.ع مسؤولية مدنية، والتي يمكن أن تكون عقدية أو تقصيرية.

مما يثير السؤال حول نوع المسؤولية الضريبية للمسير، هل هي مسؤولية مدنية ذات طابع عقدي أم مسؤولية مدنية ذات طابع تقصيري؟

الفقرة الأولى: المسؤولية الضريبية للمسير ذات طابع عقدي

تترتب المسؤولية العقدية عن الإخلال بالتزام عقدي، فلما كان العقد شريعة المتعاقدين كان لزاما احترام مضمون هذه العلاقة وأي إخلال بها، إلا ويستوجب تحميل المسؤولية للطرف الذي تسبب في حصول هذا الإخلال¹⁸، وهذا ما عبر عنه المشرع المغربي في الفصل 263 من ق.ل.ع¹⁹، وبالتالي يستحق التعويض إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به.

والمسير عندما يقوم بالتزاماته نيابة عن الشركة بصفته الممثل القانوني لها، ويبرم العقود باسمها، فهو بهذه الصفة التمثيلية لا تربطه بالغير أية علاقة مباشرة، إلا بمقدار ما يمنحه نظام الشركة وعقد تأسيسها، والسلطات والصلاحيات المخولة له في إبرام العقود باسم الشركة بشكل مباشر، فمسير الشركة يتمتع بصلاحيات واسعة في إدارة الشركة لكن في حدود غرضها، وبالتالي تعتبر الأعمال والتصرفات التي يقوم بها، ويمارسها باسم الشركة ولفائدتها، ملزمة للشركة في مواجهة الغير

17- ينص الفصل 77 من ق.ل.ع على أنه: " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، أزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

18- حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص 10.

19- ينص الفصل 263 من ق.ل.ع على أنه: " يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء به وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين".

الذي يتعامل معها بحسن نية، ولها الرجوع على المسير بقيمة الضرر الذي لحق بها، إلا أنه في حالة عجز الشركة عن الوفاء بالتزاماتها اتجاه الغير، نتيجة عسرها أو تعرضها لصعوبات مادية يمكن متابعة المسير في ذمته المالية الشخصية للوفاء بالتزامات الضريبة للشركة، إذا ثبت وجود صلة مباشرة بين الأخطاء التي ارتكبها بمناسبة إدارة وتسيير الشركة، وعجز هذه الأخيرة عن الوفاء بديونها الضريبية.

إن عدم وجود أية علاقة تعاقدية بين المسير والإدارة الضريبية بصفة مباشرة، يجعل المسؤولية الضريبية للمسير مسؤولية مدنية غير قائمة على أي التزام عقدي بين الطرفين، والتي تتجسد في القيام بعمل غير مشروع أي ما عبر عنه المشرع في المادة 98 من م.ت.د.ع بالأعمال التدليسية، وليس الإخلال بالتزام عقدي.

الفقرة الثانية: المسؤولية الضريبية للمسير ذات طابع تقصيري

إن إعمال قواعد المسؤولية العقدية في إطار العلاقة التي تربط المتعاقدين ببعضهما نتيجة إخلال أحدهما بالتزامات العقدية وإتيانه الخطأ العقدي بوصفه العنصر اللازم لقيام هذا النوع من المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام عقدي، فإن المسؤولية التقصيرية تبنى على العمل غير المشروع، سواء وقع ارتكاب الفعل عن قصد أو عن خطأ أو عن تقصير، وسواء كان الخطأ جسيميا أو يسيرا ارتكب بسوء نية أو عن حسن نية عملا بمقتضيات المادة 78 من ق.ل.ع التي جاء فيها "...الخطأ هو ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"²⁰.

وكأساس تهدف قواعد المسؤولية التقصيرية ضد مسيري الشركات إلى جبر الضرر الذي تعرضت إليه الشركة أو المساهمين أو الأغيار، بحيث تتحقق المسؤولية التقصيرية للمسير بوقوع خطأ تسبب عنه إلحاق ضرر بالغير، ولا تكون ثمة صلة عقدية بين المدين والغير المضرور والذي غالبا ما يكون دائما للشركة.

وإعمالا لمقتضيات المادة 98 من م.ت.د.ع، يسأل مسيري الشركة عن الأعمال التدليسية والتي تأخذ صور متعددة كالتقصير أو الإهمال أو المخالفات والمناورات الاحتيالية... التي يرتكبونها بمناسبة مزاولتهم لمهام إدارة وتسيير الشركة، في حالة إلحاق ضرر بالذمة المالية للشركة ترتب عنه عجز هذه الأخيرة عن الوفاء بديونها الضريبية، وكان سبب هذا العجز هو الأعمال التدليسية المرتكبة من طرف المسير، مما يترتب عنه إحلال المسير محل الشركة في أداء ديونها الضريبية.

وفي هذه الحالة تكون مسؤولية المسير إما فردية، وذلك عندما تناط مهام التسيير بشخص واحد، وإما تضامنية تطال جميع مسيري الشركة في حالة التسيير الجماعي، مما يصعب معه تحديد نسبة كل واحد منهم في ارتكاب الخطأ²¹.

وبناء على هذه الاعتبارات تكون دعوى المسؤولية الضريبية للمسير، في حالة عجز الشركة عن أداء ديونها الضريبية نتيجة أعمال تدليسية مرتكبة من طرف المسير مسؤولية تقصيرية، لا يتم إعمالها إلا في حالة عسر الشركة، لأن الأصل هو تحمل الشركة مسؤولية الأضرار اللاحقة بالغير، لأن المسيرين يباشرون جميع أعمالهم باسمها ولفائدتها.

20 - أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، شركات المساهمة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، 2014، ص 170.

21- ربيعة غيث: الدور الجزري للقضاء تجاه شركة المساهمة، مسؤولية أعضاء أجهزة الإدارة والتدبير والتسيير، المجلة المغربية للقانون والأعمال والمقاولات، عدد 10، مارس 2006، ص 31.

ومعنى ذلك أن إدارة الضرائب ترجع في الأصل على الشركة باعتبارها المدين الأصلي بالدين الضريبي مادامت هذه الأخيرة قادرة على الأداء، ولا ترجع على المسيرين إلا في حالة عجزها عن الأداء، مما يجعل دعوى المسؤولية الضريبية دعوى احتياطية بامتياز.

وهكذا، تتميز دعوى المسؤولية الضريبية بكونها دعوى خاصة في المجال الضريبي، مرتبطة بقيام المسير بأخطاء في التسيير، تهدف إلى ردع المسيرين من جهة، وإلى ضمان سداد الدين الضريبي من جهة ثانية إذا توفرت الأركان الضرورية لقيامها.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية الضريبية

بحكم المهام الموكولة للمسير والمتمثلة في مباشرة جميع أعمال إدارة وتسيير الشركة، فإنه معرض لارتكاب العديد من الأخطاء المرتبطة بالتسيير مما يجعل مسؤوليته قائمة اتجاه الشركة والمساهمين والأغيار.

وهذه المسؤولية لا تشذ عن القواعد العامة للمسؤولية سواء المدنية أو الجنائية أو الضريبية، إذ تقوم المسؤولية على توفر ثلاث عناصر وهي وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

والمسؤولية الضريبية للمسير المثارة بموجب المادة 98 من م.ت.د.ع، لا تخرج بدورها عن العناصر التقليدية لقيام المسؤولية، مع بعض الخصوصيات والمتمثلة في توصيف الخطأ الموجب لقيام المسؤولية، الذي يجب أن يكون تدليسا، إضافة إلى عدم إعمال السلطة التقديرية للقاضي في تحديد قيمة التعويض عن الضرر.

الفقرة الأولى: الخطأ في التسيير ذو الطبيعة التدليسية

تهدف القوانين الموجبة لقيام مسؤولية المسير عن أخطاء الإدارة والتسيير إلى حماية الضمان العام للدائنين من جهة، وتوخي الحيطة والحذر عند مزاوله مهام التسيير بالشركة من جهة ثانية.

الأمر الذي قد يثقل كاهل المسير، ويترتب عنه العزوف عن تحمل مهام التسيير والمسؤولية المرتبطة بها، فلو كان المسير في كل مرة مجبر على تحمل مسؤولية الأعمال التي يقوم بها وتمس بمصالح الأغيار، لأدى ذلك إلى العزوف عن القيام بمهام التسيير، وعليه إذا ما كان المسير يتصرف لفائدة الشركة ولمصلحتها، فإن أقل شيء يمكن أن تقوم به الشركة اتجاه مسيرها، وهو تحمل تبعات أعمالهم العادية على الأقل باعتبارها الحاجز الذي يحمي المسيرين²²، ومنه يجب التمييز بين مجرد الخطأ في الإدارة والتسيير، وبين الأعمال التي تنطوي على الغش والاحتيال ومخالفة أحكام القانون والنظام الأساسي للشركة.

وفي هذا الإطار وتفاديا لأي خلط بين الأعمال العادية للمسير التي تتحملها الشركة، وبين الأعمال الموجبة لقيام المسؤولية الضريبية والتي تم توصيفها بالأعمال التدليسية، فيكون الخطأ في المسؤولية الضريبية خطأ تدليسيا يتحقق إثر قيام المسير بأعمال تدليسية، مما يثير السؤال حول ما المقصود بالأعمال التدليسية في إطار المسؤولية الضريبية المؤسسة بموجب المادة 98 من م.ت.د.ع.

22- MAXENCE(L): «L'introuvable Responsabilité Du Dirigeant Sociale Envers Les Tiers Pour Fautes De Gestion», Bulletin Mensuel D'information Des Sociétés Joly(BMIS), N°12,01/12/2003, P 1231 ss.

البند الأول: الخطأ التدليسي في الميدان المدني

يعرف الخطأ باعتباره ركنا أو شرطا أساسيا في المسؤولية التقصيرية بوجه عام بأنه: "إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال²³، أو انحرافه عن السلوك المألوف للرجل المعتاد"²⁴.

وهذا الإخلال بالالتزام القانوني أو الانحراف عن السلوك المعتاد يتحقق به الخطأ في المسؤولية التقصيرية، سواء كان عمديا، كما لو صدر عن الشخص بقصد الإضرار بالغير، أو غير عمدي، كما لو جاء نتيجة للإهمال أو لعدم التبصر وأخذ الحيطة والحذر²⁵.

ويعد التدليس واحد من أهم صور تطبيقات الخطأ العمدي في المسؤولية التقصيرية، حيث ينحرف به مرتكبه عن السلوك المألوف في التعامل، ويخل به الثقة المشروعة بينه وبين الطرف الآخر.

وبارتكاب المسير لأعمال تدليسية يخرج عن نطاق السلوك المألوف للرجل المعتاد، إذ يتحقق الخطأ التدليسي فيما يصدر عن مسير الشركة باعتباره الطرف المرتكب للتدليس، من سلوك أو نشاط تدليسي، يرمي إلى تضليل الطرف الآخر، أي الإدارة الضريبية، وإيهامها بغير الحقيقة، سواء كان هذا السلوك أو النشاط التدليسي قد تمثل بأعمال إيجابية للمسير، كما في الطرق أو الأساليب الاحتيالية المادية التي تتحقق بإدخال الزيف على عناصر أو صفات أو ظروف واقعة معينة بغية تحريف وتشويه الحقيقة من أجل إيقاع الغير في الخطأ، كمسك محاسبة وهمية أو إخفاء الوثائق المحاسبية، أو اختلاس أصول الشركة، أو الزيادة في خصومها بطريقة تدليسية قصد افتعال إعسارها....، أو بمجرد موقف سلبي من المسير، كالامتناع عن القيام بالفعل، كعدم إيداع الإقرار الضريبي أو عدم مسك المحاسبة أو رفض الخضوع للمراقبة الجبائية أو عدم أداء الضريبة في أجلها القانوني... إلخ.

وبالتالي يسهل اعتبار الامتناع عن القيام بالفعل تدليسا، لأنه صادر عن المسير باعتباره شخص ذو كفاءة وخبرة عالية في مجال التسيير، ولملم بجميع الواجبات الضريبية للشركة التي يسيرها، ولا يتوقع منه الإهمال أو التقصير أو أدنى تحايل أو إخفاء للحقيقة، ولما كان هذا السلوك الصادر من المسير يشكل خطأ عمديا، فإنه يجب أن يخضع في تقديره للخطأ العمدي في المسؤولية التقصيرية.

وهذا المعيار موضوعي مجرد، قوامه الانحراف عن السلوك الذي يجب أن يتحلى به مسير الشركة من واجب العناية والنزاهة والتبصر والحيطة والحذر أثناء ممارسته لمهام التسيير، وباعتبار الخطأ التدليسي يشكل أهم صور وتطبيقات الخطأ العمدي، بحيث تكون الأعمال التدليسية التي يرتكبها المسير بمناسبة ممارسة مهام الإدارة والتسيير بالشركة، ناتجة عن علم وإرادة منه، وبدافع التهرب من أداء الضريبة.

23- مأمون الكزبري: نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطابع دار القلم، بيروت، 1972 ص 370.

24- محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، 1976، ص 465.

25- سليمان مرفس: المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، مطبعة الجبلوي، الجزء الأول، القاهرة، 1971، ص 262 وما بعدها.

ويقع عبء إثبات الخطأ على عاتق من يدعي وقوعه، لأن الأصل في مسلك أي شخص أنه يتفق والسلوك المألوف للشخص العادي، فيكون لزاما على من يدعي خلاف هذا الأصل عبء إثباته.

وعلى هذا الأساس يقع عبء إثبات الخطأ الصادر من طرف المسير على عاتق الإدارة الضريبية، بكافة طرق الإثبات، لأن الخطأ التدليسي نوع من الغش، والغش يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية.

وبناء على ما سبق يشترط في الخطأ التدليسي الموجب لقيام المسؤولية التقصيرية للمسير، استعمال هذا الأخير حيل غير مشروعة قانونا، والتي يمكن أن تأخذ شكل أعمال غش أو أعمال تدليسية، على اعتبار أن التدليس في الميدان المدني يختلف كليا عن التدليس في الميدان الجبائي الذي تترتب عنه المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير.

إذ بتنصيب المشرع الجبائي على الأعمال التدليسية في المادة 98 من مدونة تحصيل الديون العمومية، والتي تقابلها المادة 1266 و المادة 1267 من كتاب المساطر الجبائية الفرنسي²⁶، لم يقصد بها الأعمال التدليسية المتعارف عليها في المجال المدني والتي تبشر من خلال اللجوء إلى تصرفات ووسائل احتيالية، ووقائع مادية ملموسة لإيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد، بحيث لولا هذه الوسائل الاحتياطية أو الخداع لما قام هذا المتعاقد بإبرام العقد، وإنما اعتبر المسير مدلسا بمجرد اتخاذ موقفا سلبيا أو عدم مبادرته إلى سداد الديون الجبائية للشركة بحلول أجل الوفاء بها، حفاظا على حقوق الخزينة العامة من الضياع.

الأمر الذي يدفعنا للبحث عن صور وأنواع الأعمال التدليسية في الميدان الجبائي المشكلة للخطأ التدليسي باعتباره أساس قيام المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير.

البند الثاني: التدليس في الميدان الجبائي

تشكل الأعمال التدليسية حجر الزاوية في قيام المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير، بحيث لا يمكن متابعة المسير بدعوى المسؤولية عن أداء الديون الضريبية للشركة، إلا عند ارتكابه لأعمال تدليسية مثبتة قانونا، مما يثير إشكالات الأول يتعلق بمفهوم الأعمال التدليسية، وصورها في الميدان الجبائي والثاني يتعلق بطرق إثباتها القانوني.

1. التحديد المفاهيمي للأعمال التدليسية

يعتري مفهوم الأعمال التدليسية جملة من الغموض، فهي تفتقد إلى تعريف دقيق ومحدد أو وجود معايير قانونية يمكن الاستناد إليها من أجل تأطيرها نظرا لأهميتها باعتبارها العنصر الأساسي لقيام مسؤولية المسير الضريبية.

ومن وجهتي نظرنا، إن غياب تعريف قانوني للأعمال التدليسية ليس بعيب أو خطأ ارتكبه المشرع أثناء صياغة المادة 98 من م.ت.د.ع، بل أحسن صنعا، باعتبار المفهوم مرتبط بمجال حيوي دائم التجديد والتطوير، الأمر الذي سيجعل الأعمال التدليسية تأخذ مظاهر وصور مختلفة، تختلف باختلاف التقنيات والوسائل الاحتياطية لا سيما في مجال ذو طبيعة تقنية كالمجال الضريبي، مما يجعل الأعمال التدليسية المرتبطة به لا تحصى ولا تعد ولا تأخذ صور ثابتة.

26- Livre des procédures fiscales (livre des procédures fiscales – dernière modification le 04 février 2018- document généré le 28 février 2018 copyright© 2007-2018 legisfrance). -

إلا أنه بالرجوع إلى الدورية الصادرة عن الخزينة العامة المتعلقة بتحصيل الديون العمومية²⁷، نجد أنها تحدد مفهوم الأعمال التدليسية كالتالي: "يقصد بالأعمال التدليسية الاستعمال المتعمد لوسائل أو طرق الغاية من ورائها عدم أداء الضرائب والرسوم التي في حكمها، والقيام بها بمعرفة كاملة بالسبب والتي لا يمكن اعتبارها أخطاءً أو إغفالات غير مقصودة".

وتبعا لهذا التعريف تفترض الأعمال التدليسية من جهة وجود عنصر القصد العام والمتمثل في الاستعمال المتعمد، أي ارتكاب الفعل من طرف المسير عن علم وإرادة، ومن جهة أخرى وجود عنصر القصد الخاص، أي الدافع أو الباعث من القيام بالأعمال التدليسية وهو عدم أداء الضرائب والرسوم التي في حكمها.

وذلك على غرار المشرع الفرنسي²⁸ الذي حدد مفهوم الأعمال التدليسية كالتالي: "يستلزم مفهوم الأعمال التدليسية استخدام طرق ينتج عنها إما إخفاء أو تقليص المادة الخاضعة للضريبة أو الحصول من الدولة على استرداد غير مبررة عندما لا يكون من الممكن اعتبار هذه الطرق بمثابة أخطاء تغتفر أو إغفالات لا إرادية، وإنما على العكس من ذلك نتيجة أعمال واعية وإرادية ترمي إلى إضفاء مظهر الصدق على تصريحات مقترفيها غير المطابقة للحقيقة في الواقع، وتفترض النية الظاهرة للإفلات كلياً أو جزئياً من الضريبة".

ولقد كرس القضاء الفرنسي في جل أحكامه نفس التعريف لمفهوم الأعمال التدليسية، والذي يتكون من عنصرين: من جهة "عناصر عمدية... تتمثل في الاعتراف الواعي لكل مخالفة ضريبية" ومن جهة أخرى "عناصر مادية ترمي إلى تمويه وجود المخالفة في شكل عملية قانونية على الوجه الأكمل"²⁹.

وبناء عليه، تفترض الأعمال التدليسية من جهة وجود عنصر مادي يتمثل في إضفاء مظهر المطابقة للقانون على أعمال ترمي إلى مخالفة الواجبات الضريبية، وهذه هي الحالة، مثلاً عندما يستخدم شخص شركات وهمية بهدف الحصول على فاتورات تمكنه بصفة خاصة من استرداد الضريبة على القيمة المضافة المضمنة في فاتورات صورية³⁰، ومن جهة أخرى وجود عنصر العمد المتمثل في الطابع الواعي للأعمال التدليسية المقترفة.

27- Instruction Relative Au Recouvrement Des Créances Publiques : Mais, 2011, P 185.

"On entend par manœuvres frauduleuses, la mise en œuvre de procédés ayant pour finalité d'éluider le paiement des impôts et taxes, accomplis en toute connaissance de cause et ne pouvant être considérés comme des erreurs ou des omissions involontaires".

28- الدورية الصادرة عن الإدارة الضريبية الفرنسية بتاريخ 1980/02/06 (BODGI 13 L-1-80) والمنشورة في ID العدد 10 لسنة 1980 من مجلة القانون الضريبي.

29 - قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1993/03/17 ملف عدد 74304.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1992/07/15 ملف عدد 90-12522.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1988/02/2 ملف عدد 86-17357.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1997/07/08 ملف عدد 95-14537.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 0979/03/02 ملف عدد 05712.

30- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1979/03/02 ملف عدد 5712.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1977/05/11 ملف عدد 3134.

وبالرجوع لمختلف التعاريف التي حاولت مقارنة التدليس الجبائي نجد أن جلها يتمحور حول مظاهر التملص من أداء الضريبة، باعتبار أن الأعمال التدليسية هي عبارة عن وسائل تستعمل عن وعي وإرادة بهدف عدم أداء الضريبة المستحقة والواجبة الأداء.

بحيث نجد الأستاذ Camille Rossier يعتبر التدليس الجبائي بأنه "الحركات المادية والعمليات القانونية والمحاسبية وكل الوسائل والترتيبات التي يلجأ إليها الملمزم أو الغير بهدف التملص من دفع الضريبة"³¹؛

أما الأستاذ Lusien Mehil فقد عرف التدليس الجبائي بأنه: "خرق للقانون الجبائي بهدف التهرب من فرض الضريبة وتخفيض أساسها"³²؛

أما على المستوى القضائي فمفهوم التدليس الجبائي اختلف باختلاف صور وأشكال الأعمال التدليسية المرتكبة في مجال إدارة وتسيير الشركات التجارية.

2. صور الأعمال التدليسية في الميدان الجبائي

لتحديد صور الأعمال التدليسية في الميدان الجبائي سنعمل على دراسة التشريعات المقارنة³³، التي تناولت مفهوم الأعمال التدليسية في إطار دعوى المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير.

انظر: الموقع الإلكتروني: <http://www.legisfrance.gouv.fr>

31- Cite par André Margairaz: La fraude fiscale et ses succédanées, Collection de la Nouvelle Ecole de Lausanne, l'impôt, 1997, p18.

- LUSIEN MEHIL: « Sciences Et Techniques Fiscales, Tome 2 », Puf, Themis Droit, 1984, P 733. 32

33- نص المشرع التونسي على المسؤولية الجبائية الخاصة للمسير في المادة 28 سابع من مجلة المحاسبة العمومية والذي أضيف بالقانون (عدد 1 لسنة 2012 المؤرخ في 16 ماي 2012) على ما يلي: "إذا تعذر استخلاص الديون الراجعة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الخاضعة ميزانيتها وتصرفها المالي والمحاسبي إلى أحكام القانون الأساسي للميزانية ومجلة المحاسبة العمومية والمتخلدة بذمة شخص معنوي تبعا لعمليات قام بها مسير أو مسيره قصد التملص من دفعها، فإنه يمكن تحميل المسير أو المسيرين المسؤولية التضامنية في تسديد الديون المعنية بالتملص وذلك بمقتضى حكم صادر بناء على دعوى يرفعها المحاسب العمومي المكلف بالاستخلاص أمام المحكمة الابتدائية التي يوجد مقره بدائلتها وذلك طبقا لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

ويتم رفع الدعوى إذا تبين أن المسير أو المسيرين قاموا إثر انطلاق عملية المراقبة أو المراجعة الجبائية أو إثر مباشرة إجراءات الاستخلاص وبهدف التملص من دفع الديون العمومية بإحدى أو بعض العمليات التالية:

- التغيير المتعمد للاسم الاجتماعي للشخص المعنوي أو لمقره دون إعلام مصالح الجباية؛

- القيام بعمليات تؤدي إلى تحويل ممتلكات الشخص المعنوي إلى الغير؛

- افتعال وضعيات قانونية غير حقيقية.

ويجوز للمحاسب العمومي ضمانا لاستخلاص الديون، اتخاذ تدابير تحفظية على مكاسب مسير أو مسيري الشخص المعنوي وذلك بناء على إذن من رئيس المحكمة المتعده طبقا للفصل 322 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. ولا تفقد هذه التدابير آثارها إلا في صورة رفض الدعوى المرفوعة من قبل المحاسب العمومي بمقتضى حكم اكتسب صبغة الحكم البات أو إذا تم خلاص الديون المتخلدة بذمة الشخص المعنوي.

ولا تطبق مقتضيات هذا الفصل على المسير أو المسيرين الملمزين شخصا وبحكم القانون طبقا لمجلة الشركات التجارية، أو بموجب حكم صادر ضدهم، بتأدية الديون المستحقة في ذمة الشخص المعنوي.

تطبق أحكام هذا الفصل بمفعول رجعي".

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 98 من م.ت.د.ع والتي جاء فيها ما يلي: "إذا تعذر تحصيل الضرائب كيفما كانت طبيعتها والغرامات والزيادات وصوائر التحصيل المرتبطة بها الواجبة على شركة أو مقاوله نتيجة أعمال تدليسية مثبتة قانوناً، يمكن جعل المديرين أو المتصرفين أو المسيرين الآخرين مسؤولين على وجه التضامن مع الشركة أو المقاوله عن أداء المبالغ المستحقة وذلك إذا لم يكونوا ملزمين بأداء ديون الشركة تطبيقاً لأحكام أخرى".

والمادة L267 من كتاب المساطر الجبائية الفرنسي³⁴ التي ورد فيها ما يلي: "حينما يكون مسيرو الشركات والأشخاص المعنوية والمجموعات، مسؤولين عن أفعال تدليسية أو عدم الامتثال المتكرر للالتزامات الضريبية استحلال معها تحصيل الديون الضريبية والجزاءات..."

وباستقراء هاتين المادتين نجد أن المادة 98 من م.ت.د.ع ، والتي تقابل المادة L 267 من كتاب المساطر الجبائية الفرنسي، مع وجود اختلاف جوهري هو أن المشرع الفرنسي حدد العنصر المادي للأعمال التدليسية في حالتين على سبيل الاختيار، وهما المناورات التدليسية أو الطابع الخطير والمتكرر لعدم مراعاة الالتزامات الجبائية، أي أن المحاسب المكلف بالتحصيل له الخيار في التمسك بإحدهما أو كلاهما، في حين أن المشرع المغربي اكتفى بالتنصيص على الأعمال التدليسية فقط، مما جعل دعوى المسؤولية الضريبية للمسير على مستوى التطبيق القضائي المغربي لم تنهج المسار الذي رسم لها. وبالرجوع إلى العمل القضائي الفرنسي نجده اعتمد على العنصرين لإثارة دعوى المسؤولية الضريبية للمسير كالتالي:

أ. المناورات التدليسية

تتمثل المناورات التدليسية حسب العمل القضائي الفرنسي فيما يلي:

- التستر على المداخل؛
- أداءات متستر عنها من أجل إنقاص مبلغ الرسوم الضريبية³⁵؛
- خصم مبالغ الرسوم من فاتورات مزيفة وغير حقيقية أو صادرة عن مقاولات لم تعد موجودة؛

ب. عدم الامتثال الخطير والمتكرر للواجبات الضريبية

يتجلى عدم الامتثال الخطير والمتكرر للواجبات الضريبية، حسب العمل القضائي الفرنسي، خاصة في عدم التصريح المتكرر بالضريبة على القيمة المضافة، خاصة إذا كان من شأن هذا التأخير أن يؤدي إلى تفاقم وضعية المقاوله وأيضاً في نقص مداخل الشركات وأرباحها.

وبناء عليه تشكل جميع الأعمال المقرونة بنية التملص من أداء الضريبة كلياً أو جزئياً مختلف الأشكال والصور التي يمكن أن تتمظهر بها الأعمال التدليسية في الميدان الجبائي، والتي لا يمكن حصرها، بل سنكتفي بإدراج بعض الأمثلة منها فقط التي اعتمد عليها القضاء الفرنسي في بعض الأحكام الصادرة عنه:

34 -ART L 267: " lorsqu'un dirigeant d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement, est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui on rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités..."

35 - قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1971/05/24 ملف عدد 384.

بحيث أقرت محكمة النقض الفرنسية بثبوت الأعمال التدليسية المتمثلة في:

- استخدام الحيل "البيع بدون فواتور بصورة متكررة" لإخفاء المداخيل ودفع الأجور خفية والنقص في المبالغ الضريبية المؤداة³⁶.
- استخدام الحيل للإفلات من الضريبة والتحويلات الوهمية المتكررة للمقر الاجتماعي للشركة (أربع مرات في فترة وجيزة) على إثر خضوعها لمراقبة ضريبية³⁷؛
- استخدام المسير لفواتور صورية³⁸؛ تقديم تصاريح ضريبية كاذبة لتمويه واقعة القيام باختلاسات كبيرة لأصول الشركة³⁹؛
- استخدام فواتور صورية بهدف خصم الضريبة على القيمة المضافة بدون وجه حق⁴⁰.

وهكذا جعل الاجتهاد القضائي الفرنسي صور الأعمال التدليسية تتمثل في كل الأعمال والوسائل والتصرفات المقرونة بنية التهرب من أداء الضريبة إما كلياً أو جزئياً.

وبالرغم من أن المشرع المغربي اقتصر على التنصيص على الأعمال التدليسية فقط، دون عدم الامتثال الخطير والمتكرر للواجبات الضريبية، فإننا نجد أن الإدارة الجبائية أثناء تحريكها لدعوى المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير تثير نفس الحالات التي أوردها المشرع الفرنسي، لا سيما عدم الامتثال الخطير والمتكرر للواجبات الضريبية، الأمر الذي أدى إلى إفراغ المادة 98 من م.ت.د.ع من محتواها، وجعلها محاطة بجملة من الإشكالات العملية والقضائية نظراً للغموض الذي يعتري مفهوم الأعمال التدليسية، وتكيفها مع الاجتهاد القضائي الفرنسي رغم الاختلاف الجوهرى بين النص الجبائي الفرنسي و النص الجبائي المغربي المؤطر لدعوى المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير.

إلا أن هذا لا يمنع من إدراج بعض نماذج صور الأعمال التدليسية التي اعتمدت في العمل القضائي المغربي كالاتي:

- استبدال مسيري الشركة بصفة متكررة بدون إشعار الخزينة العامة⁴¹؛
- تغيير المقر الاجتماعي للشركة أكثر من مرة دون إشعار الخزينة العامة؛
- عدم التصريح بالضريبة على القيمة المضافة وأدائها؛
- تغيير اسم الشركة أكثر من مرة دون إشعار الخزينة؛
- عدم أداء الضرائب وتوقف الشركة عن نشاطها⁴²؛
- تراكم ديون الشركة حتى توقفت عن مواصلة نشاطها⁴³؛

36- قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1971/05/24 ملف عدد 11867-37.

37- قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1980/07/10 ملف عدد 19589-87.

38 - قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1993/12/07 ملف عدد 12380-92.

39 - قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1995/05/27 ملف عدد 18746-93.

40 - قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 2004/01/21 ملف عدد 16089-00.

- انظر: الموقع الإلكتروني: <http://www.legifrance.gouv.fr>

41- حكم عدد 4677 ملف رقم 1475/02/05 صادر بتاريخ 19/09/06 عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، غير منشور.

42 - حكم عدد 2010/6/3451 صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، غير منشور

43 - قرار رقم 697/1 ملف عدد 2007/01/3793 صادر بتاريخ 2009/02/9 عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، غير منشور.

- عدم أداء الضريبة وتوزيعها على شكل أرباح وحصص على المساهمين؛

وتجدر الإشارة على أن بعض القوانين المقارنة نصت صراحة على صور الأعمال التدليسية، رفعا لكل لبس مثل القانون التونسي الذي حدد الأعمال التدليسية الموجبة لقيام المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير فيما يلي:

- التغيير المتعمد للاسم الاجتماعي للشخص المعنوي أو لقره دون إعلام مصالح الجباية؛
- القيام بعمليات تؤدي إلى تحويل ممتلكات الشخص المعنوي إلى الغير؛
- افتعال وضعيات قانونية غير حقيقية.

إلا أن الواقع العملي أثبت أنه لا يمكن تحديد الأعمال التدليسية، بمعزل عن الضرر الذي نتج عنها والمتمثل في استحالة التحصيل، بحيث يمكن اعتبار كل الأعمال والتصرفات التي يقوم بها المسير بسوء نية قصد الافلات من أداء الضريبة، وترتب عنها استحالة التحصيل يمكن إدراجها ضمن خانة الأعمال التدليسية بمفهوم المادة 98 من م.ت.د.ع.

الفقرة الثانية: الضرر والعلاقة السببية

تعد الأعمال التدليسية شرطا أساسيا لقيام المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير، لكنه غير كافي لإدانة المسير بدعوى المسؤولية الضريبية، بل يجب أن ينجم عن تلك الأعمال التدليسية ضررا، وذلك باعتباره الركن الثاني اللازم توافره لقيام وتحقق المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير، إضافة إلى ذلك أن تكون الأعمال التدليسية التي ارتكبتها المسير هي السبب المباشر والوحيد في حصول هذا الضرر، والمتمثل في استحالة التحصيل.

البند الأول: تعذر تحصيل الضرائب الواجبة على الشركة

يمثل الضرر الركن الثاني من أركان دعوى المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير، ويتمثل الضرر الذي ينال الإدارة الجبائية فيما تفقده هذه الأخيرة من مكاسب مادية كانت ستحصل عليها لولا وقوع الأعمال التدليسية، على أن يشترط في الضرر الذي لحقها أن يكون محقق الوقوع⁴⁴، وذلك بأن يكون قد وقع فعلا وأضر بمصالحها، وقت مطالبتها بالدين الضريبي، أما إذا لم يكن الضرر قد وقع بالفعل، فإنه حينئذ لا مجال لإعمال أحكام المسؤولية التقصيرية لجبر الضرر.

ونقصد بالضرر في دعوى المسؤولية الضريبية للمسير المساس بحقوق الإدارة الجبائية، فاستحالة التحصيل هو نتيجة الأعمال التدليسية التي ارتكبتها المسير أثناء تسيير الشركة مما ترتب عنه عجزها عن تسديد ديونها الضريبية، وبالتالي تفويت مبالغ مالية مهمة على الإدارة الجبائية، مما يجعله ضررا ذو طبيعة مالية واقتصادية.

وتكمن خصوصية التعويض في دعوى المسؤولية الضريبية، بكون التعويض يتمثل في أداء المسير للمبالغ الضريبية المدينة بها الشركة للإدارة الجبائية، ولا مجال لإعمال السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالأداء، بحيث ينحصر اختصاصه في التصريح بقيام المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير من عدمه دون أن يتعدى ذلك.

- حكم رقم 2329 ملف رقم 05/372/1 صادر بتاريخ 2011/11/01 عن المحكمة الابتدائية بالرباط، غير منشور.

44- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981، ص 1201.

وعموما يشكل التعويض في دعوى المسؤولية الضريبية أداء المبالغ الضريبية المتنازع بشأنها والذي لا يمكن أن يخرج عن المبالغ الضريبية المستحقة والواجبة على الشركة، والمتمثلة في أصل الدين الضريبي علاوة عن الغرامات والزيادات وصوائر التحصيل المرتبطة بها، عكس التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية، حيث يتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير الضرر التقصيري المادي الناتج عن الإخلال بمصلحة مالية للطرف المضرور.

فالتعويض في دعوى المسؤولية الضريبية، لا يعد أن يكون مجرد إحلال المسير محل الشركة في أداء الدين الضريبي وجميع المصاريف المرتبطة به الناتجة عن التأخير في الأداء وإجراءات التحصيل، وبالتالي تحويل الالتزام الضريبي من الشركة العاجزة عن الأداء إلى مسيرها المليء الذمة المالية.

ويقع على عاتق الإدارة الجبائية باعتبارها صاحبة الحق أو المصلحة في دعوى المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير عبء إثبات الضرر الذي نالها بسبب الأفعال التدليسية، والمتمثل في استحالة التحصيل، وذلك بكافة طرق الإثبات، لأن الضرر واقعة مادية يجوز إثباته بكافة الطرق القانونية للإثبات.

إلا أنه لا يمكن إدانة المسير بدعوى المسؤولية الضريبية الخاصة إلا باجتماع الأركان الثلاثة المؤسسة لدعوى المسؤولية بصفة عامة، والمسؤولية الضريبية بصفة خاصة، والمتمثلة في الخطأ "الأعمال التدليسية" والضرر "تعذر تحصيل الضرائب الواجبة على الشركة، والعلاقة السببية بين الخطأ "الأعمال التدليسية" والضرر "تعذر التحصيل".

البند الثاني: العلاقة السببية

يقصد بالعلاقة السببية كركن في المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الخطأ التدليسي، قيام علاقة أو صلة مباشرة بين الخطأ الذي صدر عن الطرف المدلس والمتمثل في سلوكه أو نشاطه التدليسي، والضرر الذي لحق بالطرف المدلس عليه⁴⁵. حيث لا يكفي لقيام المسؤولية الضريبية للمسير، أن تثبت الإدارة الجبائية وقوع الأعمال التدليسية من طرف المسير، وضرر أصابها، بل يجب أن تثبت أن الضرر الذي لحق بها كان نتيجة طبيعية ومنطقية للأعمال التدليسية التي ارتكبها المسير.

وبناء عليه تلعب العلاقة السببية دورا أساسيا في تحقق المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير، بحيث لا يمكن مسألة المسير في حالة ارتكابه أعمال تدليسية، وحصول ضرر للإدارة الجبائية، بل يجب، إضافة إلى ذلك، أن تكون الأعمال التدليسية التي ارتكبها المسير بمناسبة ممارسته لمهام الإدارة والتسيير بالشركة، هي السبب الوحيد في الضرر الحاصل للإدارة الجبائية، أي أنه يجب توافر علاقة سببية تجمع بين الخطأ والضرر، حيث تكون بهذا حلقة وصل بين الأعمال التدليسية وتعذر التحصيل، نظرا للدور القانوني الذي تلعبه العلاقة السببية في تبيان الخطأ الذي أدى إلى حدوث الضرر إذا كان هو السبب الوحيد في ذلك، أو تبيان النصيب الذي ساهم به كل عامل من العوامل الأخرى في حالة تعدد الأسباب⁴⁶.

45- سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، مطبعة الجيلوي، القاهرة، 1987 ص 496.

46- فريدة اليوموري: علاقة السببية بين الخطأ والضرر في مجال المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 1999-2000، ص 2.

ووفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، وباعتبار العلاقة السببية التي تقوم بين الأعمال التدليسية والضرر الذي أصاب الإدارة الجبائية، والمتمثل في تعذر تحصيل الضرائب الواجبة على الشركة، لا بد من إقامة الإثبات على الصلة القائمة بين ركني الخطأ والضرر، ويتحمل عبء الإثبات المتضرر وحده.

وهكذا لإدانة المسير بدعوى المسؤولية الضريبية الخاصة، لا بد من إثبات حصول الضرر أو بمعنى أصح تعذر التحصيل، نتيجة أعمال تدليسية مثبتة قانونا، مما يجعل دعوى المسؤولية الضريبية قائمة على الخطأ الثابت وليس المفترض، حيث ألقى المشرع على عاتق الإدارة الجبائية عند عجز الشركة عن أداء ديونها الضريبية، إثبات الأعمال التدليسية التي قام بها مسير الشركة والتي أدت إلى استحالة تحصيل الدين الضريبي، ومنه حمل المسير إلزامية أداء المبالغ الواجبة على الشركة، إلا أنه يمكن للمسير التخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقه إذا أقام الدليل على انتفاء العلاقة السببية بين الأعمال التدليسية وتعذر تحصيل الدين الضريبي.

قائمة المراجع

الكتب باللغة العربية

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، شركات المساهمة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، 2014.
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، 1979.
- سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، مطبعة الجبلاوي، الجزء الأول، القاهرة، 1971.
- سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، 1987.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981.
- مأمون الكزبري: نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطابع دار القلم، بيروت، 1972.
- محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، 1976.

الكتب باللغة الفرنسية

- Margairaz: La fraude fiscale et ses succédanées, Collection de la Nouvelle Ecole de Lausanne, l'impôt, 1997.
- LUSIEN MEHIL: « Sciences Et Techniques Fiscales, Tome 2 », Puf, Themis Droit, 1984.

الأطروحات

- فريدة اليوموري: علاقة السببية بين الخطأ والضرر في مجال المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 1999-2000.

المقالات

- ربيعة غيث: الدور الزجري للقضاء تجاه شركة المساهمة، مسؤولية أعضاء أجهزة الإدارة والتدبير والتسيير، المجلة المغربية للقانون والأعمال والمقاولات، عدد 10، مارس 2006.
- MAXENCE(L): « L'introuvable Responsabilité Du Dirigeant Sociale Envers Les Tiers Pour Fautes De Gestion », Bulletin Mensuel D'information Des Sociétés Joly(BMIS), N°12,01/12/2003 .

الأحكام والقرارات

- حكم رقم 2329 ملف رقم 05/372/1 صادر بتاريخ 2011/11/01 عن المحكمة الابتدائية بالرباط، غير منشور.
- حكم عدد 4677 ملف رقم 1475/02/05 صادر بتاريخ 19/09/06 عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، غير منشور.
- حكم عدد 2010/6/3451 صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، غير منشور.
- قرار رقم 697/1 ملف عدد 2007/01/3793 صادر بتاريخ 2009/02/9 عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، غير منشور.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 0979/03/02 ملف عدد 05712.
- قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1971/05/24 ملف عدد 384.
- قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1971/05/24 ملف عدد 37-11867.
- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1977/05/11 ملف عدد 3134.
- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1979/03/02 ملف عدد 5712.
- قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1980/07/10 ملف عدد 87-19589.
- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1988/02/2 ملف عدد 86-17357.
- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1992/07/15 ملف عدد 90-12522.
- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1993/03/17 ملف عدد 74304.
- قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1993/12/07 ملف عدد 92-12380.
- قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1995/05/27 ملف عدد 93-18746.
- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 1997/07/08 ملف عدد 95-14537.
- قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 2004/01/21 ملف عدد 00-16089.

الدوريات

- Instruction Relative Au Recouvrement Des Créances Publiques : Mais, 2011
- الدورية الصادرة عن الإدارة الضريبية الفرنسية بتاريخ 1980/02/06 (BODGI 13 L-1-80) والمشورة في ID العدد 10 لسنة 1980 من مجلة القانون الضريبي.

المواقع الالكترونية

- الموقع الالكتروني: <http://www.legifrance.gouv.fr>

قراءة في الأحكام التصحيحية لشروط وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجنائي المغربي

دكتور عبد السلام

دكتور في القانون الخاص

ملخص البحث: الأصل في صدور الأحكام هو تنفيذها ، لكن المشرع أجاز للقاضي الجنائي أن يأمر بإيقاف تنفيذها، وفق قناعاته وحريته في تطبيق ظروف التخفيف إذا ما توافرت بعض الشروط المخففة ومن بينها انعدام حالة العود أو السوابق القضائية والظروف الاجتماعية للمتهم.

إن هذا البحث يبرز الفرق الجوهرية بين شروط حكم وقف التنفيذ البسيط sursis simple الذي يعمل به المشرع المغربي والمصري من جهة، و من جهة أخرى القوانين الفرنسية والبلجيكية والكنديّة التي تعمل بشروطها الخاصة بوقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار sursis avec mise à l'épreuve , إن تسليط الضوء على الفرق والتباين الذي يظهر بين هذين الشكلين من صياغة الحكم بوقف التنفيذ يفيد البحث بشكل كبير، فهو يطرح أسئلة عن ماهية النصوص وإطارها وعن الأهداف التي ترمي إليها، خصوصا و ان التقصير التشريعي في النصوص يجعلها جامدة أو صعبة التطبيق ، خلافا للنصوص التي يكون في مقدورها إنتاج تطبيقات مرنة وسهلة وملائمة لمختلف الظروف والحالات والتي تؤدي الأهداف التي رصدت لأجلها، إذن يهتم الموضوع ببالغ الأهمية بتطوير النصوص التي تنظم الحكم بوقف التنفيذ .

Résumé :

En principe , la raison de chaque jugement pris par une juridiction est sa mise en application , mais par exception le législateur confère au juge pénal la compétence de suspendre cette application , selon son appréciation et sa liberté de considérer les conditions atténuantes présentées devant lui , comme celle de la non récidivité du suspect ou bien de l'auteur du crime ou bien celle des conditions sociales de ce dernier .

La présente recherche vise à distinguer entre les conditions cités du sursis simple qui s'applique par le législateur en Egypte et par le royaume du Maroc d'une part, et d'autres part les législations du France et canada et Belgique qui appliquent des conditions relatives au sursis avec mise à l'épreuve .

La dite distinction nous montre que la codification des deux types du sursis se diffère complètement de l'un de l'autre, ce qui oblige cette recherche à s'interroger sur la nature des textes législatives et leur finalités au niveau de la politique pénale, voir certains textes juridiques qui offrent des applications variés et dynamiques susceptibles de traités plusieurs types de délinquants et de faciliter leur réinsertion sociale.

يعتبر نظام وقف التنفيذ من الانظمة الجنائية و من بدائل العقوبات التي تعتمد مبدأ تفريد العقاب الذي يقوم بدوره على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع . ومن اجل جعل هذا النظام اكثر مرونة و بعيدا عن تعسف القضاء وسوء استعماله، قام المشرع بإحاطته بمجموعة من الشروط تتعلق بتحديد من يحق لهم الاستفادة من هذا النظام.

و حدد القانون المغربي في الفصل 55 من القانون الجنائي شروطا في الجريمة التي يجوز الحكم من اجلها بالعقوبة مع وقف التنفيذ، كما تطلب كذلك شروطا في المحكوم عليه، كما لا يستفيد المحكوم عليه من وقف التنفيذ الا اذا صرح القاضي بذلك في الحكم، فان سكت فمعنى ذلك انه قضى بالعقوبة مع النفاذ، اذ الاصل في العقوبات تنفيذها، و من ثم لا يوقف التنفيذ الا استثناء و حيث يقرر القاضي ذلك في حدود ما خوله القانون من سلطة تقديرية.

و من اجل كل هذا فان الموضوع يثير العديد من الاشكالات من بينها، ما هي الشروط الاساسية التي تخول الاستفادة من الحكم بوقف التنفيذ و ماهي تجليات هذه الشروط من حيث التطبيق و من ثم الى اي مدى يمكن مساهمة السلطة التقديرية للقاضي في الاخذ بتلك الشروط سواء تعلق الامر بالشروط المتعلقة بالمجرم او بالجريمة . و بالتالي فان الاجابة عن هذه الاشكالات تقتضي دراسة هذه الشروط و تبيان حدود نطاق وقف التنفيذ في مختلف التشريعات التي اخذت بهذا النظام و ذلك بإبراز الشروط المتعلقة بالتشريع (المطلب الاول) و الشروط المتعلقة بالسلطة التقديرية للقاضي (المطلب الثاني).

المحور الاول : الشروط المتعلقة بالتشريع

لقد وضع المشرع عدة شروط ينبغي على القاضي ان يأخذها بعين الاعتبار عند تمتيع المحكوم عليه بإيقاف التنفيذ، في اطار سلطته التقديرية في تفريد العقوبة و لما كان نظام إيقاف تنفيذ العقوبة اداة مهمة بيد القاضي فان القانون قد حدد نطاق تطبيق هذا النظام، و ذلك فيما يتعلق بالعقوبات التي اجاز للقاضي ان يشملها وقف التنفيذ، و كذا ظروف خاصة للمحكوم عليه تخوله الاستفادة من هذا النظام.

الفرع الاول: الشروط الخاصة بالعقوبة

فيما يتعلق بالعقوبات التي اجاز للقاضي ان يشملها وقف التنفيذ، فان جميع التشريعات الجنائية تتفق على عدم شمولية وقف التنفيذ على جميع العقوبات، فقد جعلتها منحصرة في عقوبات محددة دون سواها و بالتالي لا يجوز للقاضي ان يوقف عقوبة لم يصرح له القانون بإيقافها.

الفقرة الاولى : التشريعات الاجنبية

تتفق معظم التشريعات على جواز ايقاف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية و عقوبة الغرامة الجنائية، و تختلف بشأن ايقاف العقوبات الفرعية التي تشمل العقوبات التبعية و التكميلية. فقد نص قانون العقوبات المصري (المادة 55) على ايقاف تنفيذ عقوبة الحبس مدة لا تزيد عن سنة، كما اجاز ايقاف تنفيذ عقوبة الغرامة، و ذلك في الجنائيات و الجنج، و يلاحظ ان القانون المصري قد اجاز ايقاف تنفيذ عقوبة الغرامة مهما بلغ مقدارها، و بالتالي يجوز للقاضي ايقاف التنفيذ في الغرامة ، كما يجوز ايضا للقاضي اذا ما حكم بعقوبتي الحبس و الغرامة ان يوقف احدهما دون الاخرى، و يجوز له ايضا ايقافهما معا⁴⁷.

47. فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، دارالثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى لسنة 2014، ص211

واجاز قانون العقوبات الالمانى للقاضي وقف تنفيذ عقوبة الحبس مدة لا تزيد عن تسعة شهور، كما نص على جواز ايقاف تنفيذ عقوبة الحبس مدة اقل من سنة قانون العقوبات الايطالي (المادة 163) و في احوال خاصة اجاز هذا الاخير مدة تزيد عن سنة.

و هناك قوانين لم تضع مدة محددة لوقف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية كحد اقصى للعقوبة التي ينطق بها القاضي، و انما ربطت ذلك بالعقوبات المقررة لنوع معين من الجرائم، كقانون العقوبات السوري في المادة 1-168 الذي يقضي بوقف تنفيذ العقوبة الجنحية او العقوبة التكميلية⁴⁸. كما افصحت بعض التشريعات عن ان عقوبة الغرامة لا يجوز ايقاف تنفيذها، لأن الايقاف لا يحقق هنا علته المتمثلة في تفادي العقوبة السالبة للحرية، فاذا قرر القاضي الحكم بالغرامة، فهو بذلك يكون قد رأى ان هذا المتهم في حاجة الى انذار عن طريق الزامه بأداء مبلغ الغرامة، و هذا القصد يناقضه الامر بإيقاف تنفيذها بعد الحكم بها عليه⁴⁹.

و بالنسبة للحد الاقصى لعقوبة الحبس التي يجوز ايقاف تنفيذها، فان هناك خلافا في الفقه بشأن ما اذا كانت مدة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة يتم تحديدها تشريعا مرتبطة بالحد الاقصى المقرر للجريمة ام مرتبطة بمنطوق الحكم القضائي مع التحديد التشريعي للحد الاقصى للعقوبة التي ينطق بها القاضي محل ايقاف التنفيذ⁵⁰.

ولقد اشترط المشرع الفرنسي لإيقاف التنفيذ ان تكون العقوبة الصادرة حبسية بشرط الا تزيد مدتها عن خمس سنوات او غرامة مالية سواء في صورتها العادية او اليومية و ما يلاحظ هو ان المشرع الفرنسي ذهب ابعده من ذلك حينما اجاز ايقاف تنفيذ بعض العقوبات السالبة او المقيدة للحرية الواردة ضمن المادة 1-131 من القانون الجنائي كالمنع من القيادة و سحب رخصة القيادة..، على اساس انها عقوبات اصلية و اصبحت تحل محل العقوبات السالبة للحرية كبديل عنها، في اطار السياسة العقابية الحديثة للمشرع الفرنسي المبنية على اساس التقليل من اللجوء الى العقوبات السالبة للحرية و خصوصا قصيرة المدة. وتتجه التشريعات الى ذلك المسلك لاغتنائها فكرة تفريد العقاب، و ذلك في اعطاء سلطة تقديرية للقاضي في تخفيف العقوبة الى حدها الادنى، و بالتالي يجوز ايقاف تنفيذ تلك العقوبة المقترنة بظروف التخفيف اذا كانت اقل من الحد الاقصى الذي يشترطه القانون .

الفقرة الثانية: التشريع المغربي

ان الهدف من نظام ايقاف التنفيذ هو تجنيب المحكوم عليه مساوئ العقوبة السالبة للحرية، ويستفاد من مقتضيات الفصل 55 من القانون الجنائي ان ايقاف التنفيذ لا يجوز الا بالنسبة للعقوبات الحبسية، سواء تعلق الامر بجنحة او جنائية نتيجة لظروف التخفيف او لتوفر عذر مخفف بمعنى سواء كانت هذه العقوبة حسبها ام غرامة في غير مواد المخالفات⁵¹.

48 د. مصطفى فهمي الجوهري، تفريد العقوبة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص75

49 د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة 1973، ص556

50 د. فهد هادي جنتور، التفريد القضائي للعقوبة، مرجع سابق، ص216

51 انظر في ذلك الفصل 143 الى 151 من القانون الجنائي التي تقرر ظروف التخفيف المختلفة التي يمكن للقاضي الاخذ بها لتمتيع المحكوم عليه بالعقوبة الموقوفة التنفيذ .

و عليه فان ايقاف التنفيذ غير جائز في حالة الحكم بعقوبة السجن، و هذا ما اكده المجلس الاعلى في العديد من قراراته⁵²، حيث جاء في حيثيات احد قراراته " .. يفيد الفصل 55 من القانون الجنائي ان ايقاف التنفيذ غير جائز في عقوبة السجن، و ان المحكمة لما قضت بإيقاف تنفيذ عقوبة السجن التي قضت بها على المتهم في النازلة تكون قد خرقت الفصل المذكور.. " ⁵³.

و لقد اكد المشرع المغربي على ان تكون العقوبة حبسية لأجل تطبيق وقف التنفيذ، و ان تكون الغرامة ذات طبيعة جنائية بحتة، لذلك لا يجوز الامر بإيقاف التنفيذ بالنسبة للغرامات التي لها طبيعة مختلطة، كالتعويض و كتلك التي نصت عليها المادة 214 من مدونة الجمارك⁵⁴، اي يجب النظر الى كل عقوبة على حدة لمعرفة ما اذا كان من الممكن وقف تنفيذها ام لا، كما يتعين مراعاة مدة الاعتقال، اذ يجب خصمها من العقوبة المحكوم بها⁵⁵.

و ما يلاحظ بخصوص العقوبات السالبة للحرية التي يجوز ايقاف تنفيذها، ان مدتها تختلف باختلاف التشريعات غير ان ما يميز المشرع الفرنسي و نظيره المغربي، انهما رفا من هذه المدة من خلال تحديدها في فترة خمس سنوات و التي لها انعكاس ايجابي، يتمثل في توسيع دائرة الاشخاص المستفيدين من وقف التنفيذ من جهة، و ترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي دون تقييده في اعمال هذا البديل من جهة اخرى⁵⁶.

و بقراءة مقتضيات الفصل 55 من القانون الجنائي يتضح ان ايقاف التنفيذ لا يسري الا على العقوبات الاصلية وحدها دون العقوبات الاضافية، و لا على صوائر الدعوى و التعويضات المدنية او فقدان الاهلية المترتبة عن الحكم الزجري.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالمحكوم عليه

ان الشروط التي يحددها المشرع بالنسبة للمحكوم عليه بوقف التنفيذ شروط متعددة و تتباين بين تشريعات الدول المختلفة و من خلال استقراء بعضها يمكن رصد اهمها كما يلي.

تطلب الشارع في المحكوم عليه الشروط التالية:

- 1- الفحص الدقيق لحالة المحكوم عليه قبل منحه وقف التنفيذ
- 2- دراسة ظروف ارتكاب الجريمة واستحقاق المحكوم عليه لوقف التنفيذ
- 3- يشترط ان لا يكون قد سبق الحكم عليه في جنائية او جنحة و ان لا يكون قد ارتكب جريمة اخرى مشمولة بوقف

التنفيذ⁵⁷

⁵²القرار عدد 83 ، الصادر في 1967/11/9 ، و القرار عدد 53 ، الصادر في 1967/06/9 ، منشور بمجموعة قرارات المجلس الاعلى في المادة الجنائية ، اعداد ادريس ملين ، 1966-1986 ، ص 441

⁵³ (قرار عدد4273، في الملف الجنحي رقم 18132/87 ، الصادر في 1988/06/14) ، منشور بمجموعة قرارات المجلس الاعلى في المادة الجنائية ، اعداد ادريس ملين ، 1966-1986 ، ص 442

⁵⁴ابو مسلم الحطاب ، نظرات في نظام ايقاف تنفيذ العقوبات الجنحية ، مجلة الاشعاع ، العدد 11 يوليو 1994 ، ص 27 .

⁵⁵ د. عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، الطبعة الاولى دار النهضة العربية. القاهرة 1998، ص103

⁵⁶د. جمال المباطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي و المقارن دراسة تحليلية و عملية، مرجع سابق، ص83

⁵⁷ عمار عباس الحسيني، مبادئ علمي الاجرام و العقاب، منشورات الحلبي بيروت، الطبعة الاولى سنة 2013، ص500

الفقرة الاولى: التشريعات الاجنبية

تجدر الاشارة الى ان المادة 52 من قانون العقوبات المصري القديم لسنة 1994 اشترطت للحكم بإيقاف التنفيذ الا يكون قد سبق الحكم على المتهم بعقوبة جنائية او بالحبس اكثر من اسبوع، اما قانون العقوبات الحالي فقد اكتفى بان ترى المحكمة " من اخلاق المحكوم عليه او ماضيه او سنه او الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يحمل على الاعتقاد بانه لن يعود الى مخالفة القانون (المادة 55 من قانون العقوبات)، ووفقا لهذا النص يجوز منح وقف التنفيذ لأي مجرم مبتدئ او مكرر تقدر المحكمة - في اطار سلطتها التقديرية - جدارته بذلك.

ويكفي حسب القانون المصري ان يقدر القاضي انتفاء الخطورة الاجرامية لدى الجاني و ان مجرد الانذار بتوقيع العقاب كاف لنفي احتمال العودة الى الاجرام، و من ثمة الحكم عليه بوقف التنفيذ⁵⁸. و يبدو ان توجه المشرع المصري يتماشى الى ابعاد الحدود مع نظام و نظرية تفريد العقاب، رغم ما يشوب تطبيق وقف تنفيذ العقوبة في حق المجرمين العائدين من تسيب و استهتار⁵⁹.

ووفقا لمذهب الشارع اللبناني يحرم من وقف التنفيذ من سبق الحكم عليه بعقوبة من نفس نوع العقوبة التي سوف يحكم بها عليه او اشد منها، اما اذا كانت عقوبته السابقة اخف من العقوبة التي يراد الحكم بها عليه جاز منحه وقف التنفيذ، و لكنه يحول دون وقف تنفيذ عقوبة الحبس البسيط او الغرامة، و يتعين ان يكون الحكم السابق قد صار نهائيا قبل اقرار الجريمة التالية التي يحظر وقف تنفيذها، و يجوز ان يكون ذلك الحكم اجنبيا⁶⁰.

و يلاحظ ان المشرع الفرنسي نحى منح مخالفا لباقي التشريعات الاخرى حينما نص في المادتين 30-132 و 33-132 من القانون الجنائي، بحيث لم يسبق الحكم على المتهم خلال الخمس سنوات السابقة على ارتكاب الجريمة - جناية او جنحة - بعقوبة السجن او الحبس من اجل جناية او جنحة، اي ان الجاني يستفيد من وقف التنفيذ خارج هذه المدة ولو ارتكب جريمة اخرى، فالمشرع حصر نطاق السوابق للمحكوم عليه في خمس سنوات⁶¹.

المشرع الفرنسي استلزم هو الاخر الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه حتى يمكن للقاضي منحه وقف التنفيذ، وهو ضرورة خلو صحيفة السوابق القضائية للمحكوم عليه من احكام جزائية معينة، و لكن يختلف عنه في بعض النقاط الاساسية، و لعل ابرزها اقرارها صراحة امكانية وقف تنفيذ العقوبة بالنسبة للأشخاص المعنويين ايضا، كما بينت ذلك المادتان 30-132 و 33-132 من القانون الجنائي على الشكل التالي :

بالنسبة للأشخاص الطبيعية في مواد الجنائيات و الجنح و المخالفات يشترط ان لا يكون قد سبق الحكم على المحكوم عليه خلال السنوات الخمس الماضية على ارتكابه الجريمة، بعقوبة السجن او الحبس في جناية او جنحة من جرائم القانون العام (المادتان 30-132 فقرة 1 و 33-132 فقرة 1 من القانون الجنائي الفرنسي).

58 د. رمسيس بنهام، النظرية العامة للمجرم و الجرائم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1992، ص 630

59 د. جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي و المقارن دراسة تحليلية و عملية، مرجع سابق، ص 75

60 المادة 29 من قانون العقوبات اللبناني

61 د. جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي و المقارن دراسة تحليلية و عملية، مرجع سابق،

ص 75

اما بالنسبة للأشخاص المعنوية، ففي مواد الجنايات و الجرح يشترط ان لا يكون قد سبق الحكم على الشخص المعنوي خلال السنوات الخمس الماضية على ارتكابه الجريمة، بعقوبة غرامة يزيد قدرها على 60.000 يورو في جنحة او جنحة من جرائم القانون العام، و في مواد المخالفات يشترط عدم سبق الحكم عليه خلال نفس المدة خمس سنوات بعقوبة غرامة تتجاوز 15.000 يورو في جنحة او جنحة من جرائم القانون العام62.

و تجدر الاشارة بان الاحكام السابقة في الجرائم السياسية في فرنسا لا تعد سابقة قضائية تمنع وقف تنفيذ العقوبة اذ لا تعتبر من جرائم القانون العام، و كذلك هو الشأن بالنسبة للأحكام التي تصدر في الخارج، اي ان الحكم الذي يعتبر سابقة يجب ان يصدر عن القضاء الفرنسي، بيد انه لا يشترط ان يكون هذا الحكم قد تم تنفيذه فعلا، فقد يصدر الحكم ولا يتم تنفيذ العقوبة، نظرا لصدور عفو خاص عنها او بسبب تقادمها63.

الفقرة الثانية: التشريع المغربي:

تتمثل هذه الشروط الخاصة بالمحكوم عليه في ان لا يكون الجاني قد سبق الحكم عليه بالحبس من اجل جنحة او جنحة ، فالغاية من هذا البديل هو وقاية المجرمين المبتدئين من تأثيرات السجون، و لذلك تم حصر نطاق الانتفاع به في حق الجناة الذين لم يسبق الحكم عليهم بالحبس من اجل جنحة او جنحة عادية .

ومن المعلوم ان السجل العدلي هو الذي يمكن القاضي من معرفة ماضي المجرمين و سوابقهم القضائية، بكونه الوثيقة او المستند الخاص بحفظ اثار الاحكام الجنائية و اداة لتحديد و ضبط السوابق القضائية64.

كما يجوز لها اصدار الامر بوقف التنفيذ في حالة ما اذا اعترف الظنين بارتكابه جرائم سابقة لم يحاكم من اجلها، لان العبرة في السوابق ليس بارتكاب جرائم سابقة لم يحاكم من اجلها، و انما هي بالأحكام الصادرة بالعقوبة عن هذه الجرائم65، و الهدف من هذه الضوابط التشريعية هو مساعدة القاضي في استعمال سلطته التقديرية و الاحتياط من سوء استخدامها الذي ينتج عنه منح الايقاف لمن لا يكون جديرا به.

و تقوم هذه الضوابط على افتراض انه لا يستحق الايقاف الا المجرمون المبتدئون، لكن على الرغم من صحة هذا الامر في غالب الاحوال الا انها ليست مطلقة كما اكد على ذلك بعض الفقه 66 .

و بالنسبة للمشرع المغربي فقد ذهب عكس ذلك حيث لم يمنح القاضي السلطة التقديرية المطلقة في تطبيق نظام وقف التنفيذ ، بل حصر نطاق تطبيق هذه الالية على نوع معين من المجرمين المبتدئين فقط، دون غيرهم، لان علة وقف التنفيذ تنعدم بالنسبة للمجرمين العائدين التي هي الانذار و التهديد، و هذا ما ذهبت اليه المحكمة الابتدائية لفكيك في احد

62 المادتان 30-132 و 2 و 33-132 فقرة 2 من القانون الجنائي الفرنسي

63 G.Stefani, 63, Dalloz, 20ème Ed, droit pénal général, B.Bouloc, G.Levasseur, 2007, p571

64 وقد عالج قانون المسطرة الجنائية المغربي احكام السجل العدلي في المواد من 654 الى 686 من ذات القانون

65 هذا ما اكده المجلس الاعلى (محكمة النقض حاليا) في احد قراراته الصادر بتاريخ 1962/04/02, عدد 490/62 في ملف عدد 8802, منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 55-56, ص : 288 و ما بعدها .

66 د. محمود نجيب حسني, علم العقاب, دار النهضة العربية, القاهرة 1973, ص 554

احكامها 67 الى انه : «... و حيث انه بالنظر الى عدم توفر الظنين على سوابق قضائية فان المحكمة ترى جعل عقوبة الحبس في حقه موقوفة التنفيذ...» .

كما يفيد الفصل 55 من القانون الجنائي على انه في حالة الحكم بعقوبة الحبس و الغرامة في غير مواد المخالفات اذا لم يكن قد سبق الحكم على المتهم بالحبس من اجل جناية او جنحة عادية يجوز للمحكمة ان تامر بإيقاف تنفيذ تلك العقوبة على المحكوم عليه على ان تعلق ما قضت به .

و يفيد هذا الفصل ان ايقاف التنفيذ غير جائز في حالة الحكم بعقوبات متعددة سابقة على المتهم . ، وان المحكمة لما قضت بإيقاف تنفيذ العقوبة التي قضت بها على المتهم ذي السوابق القضائية في النازلة تكون قد خرقت الفصل المذكور 68.

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالجريمة:

و يقصد بذلك الشروط المتعلقة بتصنيف القانون للجريمة، اي نوع الجريمة التي يمكن ان يستفيد مرتكبها من وقف التنفيذ، و اختلف الفقه في درجة خطورة الفعل الجرمي الذي يمكن اقصاؤه من الاستفادة من الحكم بإيقاف التنفيذ، فاقترنت معظم التشريعات بإجازة وقف التنفيذ في الجنائيات و الجنح بالغرامة او الحبس قصير المدة، ولم تجز وقف التنفيذ في المخالفات.

و يرى جانب من الفقه انه كان من الافضل ان يجاز وقف تنفيذ في المخالفات، لأنه ليس من العدالة ان يهتم شخص بجنحة و مخالفة، فيحكم عليه بوقف تنفيذ عقوبة الجنحة، ولا يستطيع ان يوقف تنفيذ عقوبة المخالفة.

الفقرة الاولى : التشريعات الاجنبية

بالنظر الى التشريع اللبناني، فقد حددت المادة 169 من قانون العقوبات شروطا لوقف التنفيذ على نوعين من الشروط : شروط تتعلق بالمحكوم عليه و شروط تتعلق بالعقوبة، ويعني ذلك ان القانون لم يتطلب شروطا في الجريمة، حيث ان وقف التنفيذ جائز في الجنح و المخالفات دون شك وهو جائز في الجنائيات اذا قضى من اجلها بعقوبات جنحية لتوافر سبب مخفف 69.

و تجدر الاشارة الى ان المشرع التونسي قد نص على امكانية ايقاف التنفيذ في الجنائيات بصريح نص الفقرة 13 من المادة 53 من المسطرة الجنائية لا تتجاوز عامين، كما اكد على عدم وقف تنفيذ عقوبات بعض القوانين الخاصة، كقانون 1992 المتعلق بالمخدرات (الفصل 12) والقانون المتعلق بالحالة المدنية لسنة 21/4/1964، حيث نص الفصل 36 مكرر من القانون المذكور على انه لا يجوز وقف تنفيذ العقوبة في جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية و الخيانة الزوجية 70.

67 – بحكم عدد 476 في ملف جنحي عادي رقم 09-41، الصادر بتاريخ 2009/04/21 و كذلك الحكم الصادر عن نفس المحكمة، عدد 892 في ملف جنحي عادي، رقم 210/05، الصادر بتاريخ 2008/05/31، وايضا القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط في الملف رقم 6411/2004 بتاريخ 2005/5/6 . و ايضا القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة، عدد 1258، في الملف الجنحي رقم 08-113، الصادر بتاريخ 2008/04/24 .
68 القرار 5161 الصادر بتاريخ 07 يونيو 1198 ملف جنحي 76/17021

69 د. محمد مصباح القاضي، النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترافي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، مرجع سابق، ص 290
70 الفصل 235 مكرر من المسطرة الجنائية التونسية

اجاز المشرع المصري وقف التنفيذ في المخالفات، فقد نصت المادة 55 من قانون العقوبات لوقف تنفيذ العقوبة ان تكون الجريمة جناية او جنحة، و قد علل ذلك بان " صحيفة السوابق لا تحتوي على ذكر الاحكام الصادرة في مواد المخالفات، فليس ثمة طريقة لمعرفة ما اذا كانت المخالفة المرتكبة هي اول جريمة ام لا، كما ان الحكم بغرامة في حالة المخالفة اولى من الحكم بالحبس و تعليق تنفيذه على شرط، " .

لكن اخراج المخالفات من نطاق وقف التنفيذ ليس مبررا، اذ لا يشترط في القانون الحالي ان يكون المجرم مبتدئا، كما ان القول بان تحصيل الغرامة اولى من الحكم بالحبس و ايقاف تنفيذه غير مفهوم، فالمشرع قد اجاز وقف تنفيذ الغرامة⁷¹. المشرع المصري استثنى بدوره بعض العقوبات الواردة ضمن القوانين الخاصة من نطاق ايقاف التنفيذ، حيث نصت المادة 9 من القانون رقم 48 لسنة 1941 المتعلق بقمع التدليس و الغش على انه لا يجوز ايقاف تنفيذ عقوبة الغرامة في الاحوال المنصوص عليها في هذا القانون⁷².

اما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد اجاز في المادتين 30-132 و 33-132 من القانون الجنائي الفرنسي كقاعدة وقف التنفيذ في كل الجرائم سواء كانت جنایات او جنح او مخالفات، طالما ان العقوبة المحكوم بها تتوافر فيها شروط وقف التنفيذ طبقا للمواد 31-132 و 32-132 و 34-132 من قانون الجنائي الفرنسي، و يشمل ايضا وقف التنفيذ في فرنسا الجرائم العسكرية و السياسية، و قد اعاد المشرع الفرنسي وقف التنفيذ بعد الغائه بموجب قانون 11 فبراير 1951 للنصوص ثم عاد الى منعه من جديد في قانون 11 يوليوز 1975 كعدم جواز وقف تنفيذ عقوبة سحب رخصة السياقة، باعتبارها عقوبة تكميلية في جريمة السياقة في حالة سكر⁷³.

الفقرة الثانية : التشريع المغربي:

بالنسبة للشروط المتعلقة بالجريمة للحكم بوقف التنفيذ هي ان مجالها الجنایات و الجنح، و لا مجال له في المخالفات فنطاقه يشمل كل طوائف الجنایات و الجنح الا اذا استبعدها القانون، بمعنى انه لا تنتفع المتهم من ايقاف التنفيذ و جب ان تكون العقوبة جنحية⁷⁴، سواء كانت الجريمة التي صدر فيها الحكم جنحة او جناية نظرا لوجود اسباب تخفيف دفعت المحكمة الى ادانة الجاني بعقوبة جنحية بدل العقوبة الجنائية، فلا يجوز وقف التنفيذ بالنسبة لعقوبات المخالفات او العقوبات الجنائية، لان العبرة هنا بالعقوبة الصادرة لا بنوع الجريمة.

و هذا ما داب عليه القضاء المغربي في كثير من الحالات اذ جاء في حيثيات الحكم الصادر عن ابتدائية بركان، ما يلي: «... و حيث لظروف الظنين الاجتماعية و لعدم سوابقه و لظروف النازلة لاسيما انتفاء العمد فيها ارتأت تمتيعه بظروف التخفيف و تمتيعه ايضا بميزة وقف تنفيذ العقوبة الحبسية⁷⁵. وتجدر الاشارة الى ان الية التجنيح تعد احدى اهم اليات

71 د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، مرجع سابق، ص 862 و 863

72 كما اكدت المادة 46 من القانون رقم 182 الصادر في سنة 1960، المتعلق بمكافحة المخدرات و تنظيم استعمالها و الاتجار فيها، على انه : « لا يجوز وقف تنفيذ الحكم الصادر بعقوبة الجنحة على من سبق الحكم عليه في احدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون

572 p, droit pénal généralop.cit. B.Bouloc, G.Levasseur,73G.Stefani

74 و هذا ما اكده المجلس الاعلى في العديد من قراراته، اذ جاء في احد القرارات الصادرة عنه على انه : «... يتجلى من تنصيصات الفصل 55

من القانون الجنائي ان الامر بإيقاف التنفيذ غير جائز في حالة الحكم بعقوبة السجن... »
75 حكم عدد 3068، في الملف الجنحي العادي، رقم 1749/06، الصادر بتاريخ 20/12/10

التفريد القضائي للعقوبة، اذ كلما تبين لهيئة الحكم ان عقوبة الجناية لا تتناسب مع الجريمة او عند انعدام حالة الخطر تعتمد هذه الاخيرة الى تغيير وصف جريمة معينة من درجة اعلى الى ادنى و تحويل وصف جناية الى جنحة، و بالتالي يمكن للقاضي الجزري تمتيع الجاني بإيقاف التنفيذ عند اصداره لعقوبة جنحية نظرا لظروف المتهم و خطورته الاجرامية .

المشرع المغربي اكتفى فقط بشرط صدور عقوبة حبسية دون تحديد لمدتها، بمعنى انه ترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي الجزري لتمتيع الجاني بإيقاف التنفيذ في الجنايات حينما تتوفر ظروف التخفيف⁷⁶، كما يتعين التأكيد على اهمية وجود نظام وقف التنفيذ في الجنايات ضمن مجموعة القانون الجنائي وهي خاصية ينفرد بها تشريعنا الوطني، حيث ان العديد من التشريعات المقارنة تستثني الجنايات من نطاق وقف التنفيذ بحجة جسامة و خطورة تلك الجرائم.

و اذا كان المشرع المغربي قد اكد على عدم جواز ايقاف تنفيذ العقوبات الواردة ضمن بعض القوانين الجنائية الخاصة، على اعتبار ان مرتكبي هذه العينة من الجرائم لا يستحقون الاستفادة من هذا النظام، الفصل 77 من ظهير 1917/10/10، المتعلق بالمحافظة على الغابات و استغلالها و الفصل 18 من ظهير 1923/04/11 المتعلق بمراقبة الصيد.

المحور الثاني: الشروط المتعلقة بالسلطة التقديرية للقاضي

في القضايا التي يحكم فيها بوقف تنفيذ العقوبة تتميز السلطة التقديرية المخولة للقاضي بهامش كبير مقارنة مع الاحكام الاخرى، و قد يقتضي الامر اجراء خبرة او بحث في شان المحكوم عليه و نمط حياته السابق على ارتكابه للفعل الجرمي، فالشروط التي ينبغي اخذها بعين الاعتبار تنقسم الى شروط مرتبطة بالجريمة او مرتبطة بالمجرم او مرتبطة بالعقوبة.

الفرع الاول : من حيث منح ايقاف التنفيذ

يضع القانون شروطا يتعين على القاضي الالتزام بها عند تقرير الحكم بإيقاف التنفيذ، من هذه الشروط ما يتعلق بالجاني و ما يتعلق بالعقوبة، بالإضافة الى ضوابط اخرى يجب على القاضي مراعاتها و الا كان حكمه معرضا للنقض، منها ما نصت عليه بعض القوانين من وجوب تسبب الاحكام و توجيه انذار للمحكوم عليه عند الامر بالإيقاف و ما تضمنته التشريعات من رقابة محكمة النقض على منح ايقاف التنفيذ، واخيرا اجراء فحص لشخصية المتهم في الحالات التي يحتمل فيها الايقاف⁷⁷.

الفقرة الاولى: من حيث سلطة القاضي في تقدير العقوبة

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في الامر بإيقاف التنفيذ عند توافر شروطه وضوابطه المنصوص عليها في التشريعات الجنائية المتباينة⁷⁸، و بعبارة اخرى لا يلتزم القاضي بوقف التنفيذ اذا توافرت شروطه السابقة بل ان له رفضه على الرغم من توافرها، و يصدر استعمال هذه السلطة عن ضوابط مستمدة من الوظيفة العقابية لنظام وقف التنفيذ، كتقدير « ما اذا كان ثمة احتمال قوي في ان يتحقق تأهيل المحكوم عليه دون الحاجة الى تنفيذ العقوبة فيه⁷⁹»، و يستنبط القاضي هذا الاحتمال من فحصه لشخصية المدعى عليه و دراسته لظروفه المختلفة.

76 حسب ما نص عليه الفصل 146 من القانون الجنائي المغربي

77 د. فهد هادي جيتور، التفريد القضائي للعقوبة، مرجع سابق، ص 219

78 د. محمد عبد الحميد حسنين، وقف التنفيذ في القانون الجنائي المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1997، ص 229 .

79 محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات. القسم العام، مرجع سابق، ص 1169

و ايضا في نفس الاتجاه لا يلتزم القاضي بوقف التنفيذ اذا توافرت شروطه ولو طلبه المحكوم عليه، اذ يعتبر حقا مكتسبا لهذا الاخير، و انما هو رخصة متروكة لمشيئة القاضي التقديرية ، كما ان رفض القاضي لطلب ايقاف التنفيذ لا يصلح وجها للطعن على حكمه، كما لا تلتزم محكمة الاساس بالرد الصريح على طلب المدعى عليه منحه وقف التنفيذ، بل ان عدم اجابته اليه يعتبر رفضا ضمنيا له، ولا تلتزم المحكمة بتعليل هذا الرفض 80.

فالقاضي يستظهر مبررات وقف التنفيذ من اي ظروف تتعلق بالجاني وبالجرمة التي اقترفها، فهو جوازي متروك لتقديره و ليس حقا قرره القانون للمتهم، فقد قضت محكمة النقض المصرية 81 " ان تقدير مسوغات الحكم بوقف التنفيذ من الامور الموضوعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع " ، و اذا تعدد المتهمون في قضية واحدة فان القاضي ليس ملزما بالفصل في وقف التنفيذ او عدمه جملة واحدة بالنسبة للجميع، بل يراعي مدى توافر شروط واسباب الايقاف لدى كل منهم على حدة 82.

و من عوامل نجاح هذا النظام ان يسانده « فحص سابق على الحكم » و على القاضي في ضوء نتائج هذا الفحص ان يبحث فيما اذا كان تأهيل المدعى عليه يتطلب تطبيق اساليب المعاملة العقابية عليه ام ان هذا التأهيل يمكن ان يتحقق بشكل افضل دون تطبيق لهذه الاساليب، و في ضوء اجابته على هذا التساؤل يقدر ملاءمة التنفيذ او وقفه، كما يجوز له ان يمنح الوقف للمدعى عليه وان لم يطلبه، لكن لا يجوز للمدعى عليه رفض وقف التنفيذ الذي قدر القاضي ملاءمته له، و يجوز منحه له و لو كان غائبا عن المحاكمة اذا كان في وسع القاضي ان يستظهر الاعتبارات التي تقرر ملائمة الامر بوقف التنفيذ 83.

ان السلطات المخولة للقاضي لتحديد العقوبة التي ينطق بها لا تنفذ فورا، ولكن يتم وقف تنفيذها، اي ان وقف التنفيذ هو صورة لتطبيق العقوبة، وهو على هذا النحو نظام ملحق باستعمال القضاء سلطته التقليدية في تحديد العقوبة، فوقف التنفيذ سلطة للقاضي، و ليس حقا للمتهم و بناء على ذلك فلا يجوز النعي على المحكمة بانها اغفلت طلب وقف التنفيذ المقدم من المتهم.

الفقرة الثانية : تعليل الحكم و الرقابة على قرار القاضي

اذا نطق القاضي بالعقوبة ثم امر بوقف تنفيذها فيجب عليه تسيب الحكم ، لان الاصل في الاحكام وجوب تنفيذها، و الا كان الحكم باطلا واجبا نقضه، فقد نصت المادة 55 من قانون العقوبات المصري بوجوب بيان اسباب الحكم بوقف التنفيذ و يتم التوصل بذلك من خلال بحث حالة المجرم قبل ان يقرر وقف التنفيذ 84.

80 محكمة النقض السورية، قرار الغرفة الجنائية رقم 335 في 22 نيسان سنة 1968 مجموعة القواعد القانونية رقم 1778 ص 978 . ماخوذ من محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، ص 1169 .

81 نقض 10 يناير 1999، مجموعة احكام النقض، ص63، رقم 29992، دورية صادرة عن المركز المصري للمعلومات القانونية، العدد الاول، يناير، 1999، ص74

82 محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص868

83 محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات .القسم العام، مرجع سابق، ص1170

84 د. فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، مرجع سابق، ص 226

فضلا على انه غير ملزم ببيان اسباب عدم وقف التنفيذ و رفضه لوقف التنفيذ، حيث يعترف له القانون بسلطة تقديرية ليدرس ظروف كل حالة على حدة، ولا تملك محكمة النقض ان تراقب قاضي الموضوع عندما يستعمل سلطته التقديرية، و الفصل في الوقائع يخرج من اختصاص محكمة النقض، اي انه ليس لمحكمة النقض اية رقابة على السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في ظل الحدود السابقة، و لها ذلك فقط في حالة مخالفة للقانون، كما لو اجازت الايقاف في غير ما يسمح فيه بذلك⁸⁵.

ويتمتع القاضي الجزري بسلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن، فوقف التنفيذ ليس حقا للمحكوم عليه، كما انه لا يطبق بقوة القانون، و في ذلك تقول محكمة النقض المصرية ان وقف التنفيذ «... لم يجعل الشارع للمتهم شان فيه، بل خص به قاض الدعوى ولم يلزمه باستعماله، بل رخص له في ذلك و تركه لمشيئته وما يصير اليه رايه⁸⁶...».

الفرع الثاني : من حيث تحديد العقوبة و اضافة واجب او اكثر

في الفرع السابق تم عرض مجموعة من المعطيات التي تشرح الشروط التي يشتغل بها قاضي الموضوع في شان الحكم بوقف تنفيذ العقوبة، ولكن هناك زوايا اخرى تثيرها الدراسة من قبيل هل السلطة التقديرية للقاضي تنحصر في النطق بإيقاف التنفيذ ام تمتد الى وقف تنفيذ عقوبة معينة دون العقوبات الاخرى ؟ وايضا هل يجوز للمحكمة ان تامر بإيقاف التنفيذ عن جزء من عقوبة الحبس ؟ وهل يجوز للحكم بوقف التنفيذ ان يشترط على المحكوم عليه الالتزام بواجب معين اثناء فترة التجربة ؟

الفقرة الاولى: من حيث تحديد العقوبات

اذا تعددت العقوبات فان للقاضي تحديد ما اذا كان وقف التنفيذ يشملها جميعا ام بعضها دون بعض : فاذا كان الحكم بالحبس والغرامة معا، فللقاضي-حسب تقديره ان يقرر ما اذا كان الوقف يقتصر على الحبس فقط ام الغرامة فقط ام يشملهما معا، ولكن لا يجوز للقاضي ان يأمر بتنفيذ جزء من الحبس دون جزء، او مقدار من الغرامة دون مقدار اخر ذلك ان الغرض الذي يستهدف عن طريق وقف تنفيذ جزء من العقوبة يفوته عن طريق تنفيذ الجزء الاخر، فتكون معاملة المحكوم عليه ذات جانبيين متناقضين⁸⁷.

لقد اجاز المشرع الفرنسي للقاضي تجزئة وقف تنفيذ العقوبة الواحدة⁸⁸، اذ يستطيع ان يقضي بوقف تنفيذ جزء من العقوبة و تنفيذ الجزء الباقي، ويبدو ذلك صريحا بالنسبة لعقوبة الحبس و بصورة ضمنية بالنسبة لعقوبة الغرامة حسب المادة 132-39 من القانون الجنائي الفرنسي Code. Pénal .

85 د. مصطفى فهمي الجوهري، تفريد العقوبة في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 90

86 قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 13 يناير 1969، مشار اليه عند عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 116 .

87 محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات. القسم العام، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص1171

88 و يجب هنا عدم الخلط بين تجزئة وقف التنفيذ و تجزئة العقوبة، اذ ان تجزئة وقف التنفيذ تفترض ان المحكوم عليه سوف ينفذ جزءا من العقوبة المحكوم بها اما الجزء الاخر فيمكن ان يعفى من تنفيذه اذا انقضت فترة التجربة دون الغاء وقف التنفيذ، في حين ان تجزئة العقوبة هي احد اساليب التفريد القضائي للعقوبة، التي تلزم المحكوم عليه بتنفيذ العقوبة كاملة ولكن على شكل دفعات خلال المدة التي حددها القاضي.

لم يخول المشرع المغربي هذه الامكانية للقاضي، لكن المجلس الاعلى اجاز للمحكمة تجزئة ايقاف التنفيذ في احد القرارات الصادرة عنه، اذ جاء في احد حيثياته: «... حيث انه ما دامت المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه قررت ايقاف التنفيذ، فان لها مطلق السلطة في تحديد ذلك سواء انصب على الكل حبسا او غرامة او على جزء من الحبس او جزء من الغرامة، وانه ما دام لا يوجد نص قانوني يمنعها من استعمال هذا الحق، فانه لا مجال للقول بخرق الفصول 55 و 56 و 57 من القانون الجنائي 89»

و تجدر الاشارة الى ان قرار المجلس الاعلى المذكور يعد معييا في جزء منه، حينما اجاز تجزئة ايقاف التنفيذ، اما فيما يتعلق بتجزئة وقف تنفيذ العقوبة الحبسية و الغرامة اي الامر بوقف تنفيذ احدهما، فإننا نعتبره توجهها محمودا و تبعا لذلك نرى ضرورة ان تكرر محكمة الموضوع من الناحية العملية هذا التوجه لئلا من نتائج ايجابية 90.

و ايضا لا يجوز لمحكمة الموضوع ان تعلق وقف تنفيذ العقوبة على شرط مستقبلي لم يتحقق، فأنها تكون قد خالفت القانون ولأنها تجاوزت السلطة المخولة لها باستحداثها شرطا لم ينص عليه القانون، فضلا عن مخالفتها لما يجب على القاضي ان يراعيه عند الحكم بوقف التنفيذ من النظر الى ظروف الدعوى كما هي معروضة عليه، وعدم بناء قضائه بذلك على واقعة مستقبلية 91.

لا بد من تعليل المحكمة المصدرة لأمر وقف التنفيذ قرارها تعليلا كافيا، كان تذكر بان المجرم ارتكب الجريمة بالصدفة او تحت اغواء الغير، لان الاصل في الاحكام وجوب تنفيذها والامر بإيقاف تنفيذها هو الاستثناء، و لذلك فان القاضي الذي رفض منحه لا يحتاج ان يبين اسباب الرفض لكون النظر فيها يرجع الى السلطة التقديرية للمحكمة 92.

هذا عكس المشرع الفرنسي الذي الزم القاضي ببيان الاسباب التي دفعته الى تطبيق عقوبة حبسية في جنحة دون وقف تنفيذها، الامر الذي يستفاد منه ان هذا الاخير الزم القاضي بذلك في حالة الحكم بالحبس و ان يتعلق الامر بجنحة فقط، بمعنى انه يستبعد هذا المقتضى في حالة الحكم بالغرامة دون وقف تنفيذها و في حالة الحكم في جناية او مخالفة 93.

ومن ثم فان الفرق الجوهرى و الاهم الذي تجدر الاشارة اليه هو ان المشرع الفرنسي قد خالف نظيره المغربي بجعله وقف تنفيذ عقوبة الحبس في مواد الجنح هو الاصل، و ذلك منذ صدور القانون الجنائي الجديد سنة 1992، بحيث الزم - طبقا 19-132-2- التي يحكم بعقوبة الحبس الجنحية دون وقف التنفيذ ببيان الاسباب التي دفعته الى ذلك، وهذا

89 قرار صادر عن المجلس الاعلى، عدد 1515، بتاريخ 19/02/1987

90 د. جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي و المقارن دراسة تحليلية و عملية مرجع سابق، ص 85

91 د. فهد هادي حيتور، التفريد القضائي للعقوبة، مرجع سابق، ص 227

92 هذا ما اكده المجلس الاعلى في العديد من قراراته، من ذلك :

- القرار عدد 737/1، في الملف الجنحي رقم 916/2002، الصادر في 2002/22، منشور بمجلة الملف عدد 6، ص : 334 .

- القرار عدد 605، الصادر في 1964/4/1، منشور بمجلة القضاء و القانون، عدد مزدوج 68-69، ص : 385 .

93 المادة 19-132 من القانون الجنائي الفرنسي

معناه ان للقاضي سلطة وقف تنفيذ عقوبة الحبس دون ان يكون ملزما بتسيب حكمه، و هذا خلافا للتشريعات العربية حيث يلتزم القاضي بهذا التسيب⁹⁴.

و في نفس السياق ذهب المشرع السويسري حيث اكد على انه في حالة ما اذا كانت العقوبة الحبسية لا تتجاوز ثمانية عشر شهرا، فانه يتعين ان تكون مصحوبة بإيقاف التنفيذ، و اذا لم تقرنها المحكمة بالإيقاف وجب عليها ان توضح بطريقة مقنعة مبررات ذلك.

و نظرا لأهمية و خطورة الاحكام التي يقررها الفصل 56 من القانون الجنائي على وضعية المحكوم عليه بوقف تنفيذ العقوبة، حيث يعود هذا الاخير الى الاجرام من جديد، فقد لزم المشرع في الفصل 58 من القانون الجنائي القاضي بان ينذر المحكوم عليه اذا كان حاضرا بالجلسة و بمجرد النطق بالحكم بإيقاف التنفيذ، بانه اذا حكم عليه مرة اخرى فسوف تنفذ عليه فعلا هذه العقوبة بالإضافة الى العقوبة التي قد يحكم بها عليه فيما بعد دون اي ادماج، كما انه سوف يتعرض اذ ذاك الى عقوبات مشددة بموجب حالة العود⁹⁵.

الفقرة الثانية: من حيث جواز اضافة واجب او اكثر الى وقف التنفيذ

تتجه كثير من القوانين الى وضع شروط معينة عند الامر بوقف التنفيذ يجب على المحكوم عليه مراعاتها و الالتزام بها و يؤدي اخلاله بها الى الغاء وقف التنفيذ، مثال ذلك قانون العقوبات النرويجي في المادة 4/52 التي تنص بان " على المحكمة ان تامر بدفع التعويضات التي يستحقها المجني عليه و طالب بها عن الاضرار المالية التي لحقت به من جراء الجريمة و التي تجد المحكمة ان بإمكان المحكوم عليه اداؤها "، كما تنص المادة 3/41 من قانون العقوبات السويسري على ان " للقاضي عند امره بوقف التنفيذ ان يلزم المحكوم عليه بإصلاح الضرر خلال مدة معينة⁹⁶".

و في قانون العقوبات اللبناني نصت المادة 170 من قانون العقوبات اللبناني على ان للقاضي ان ينيط وقف التنفيذ بواجب او اكثر من الواجبات الآتية :

- 1- ان يقدم المحكوم عليه كفالة احتياطية
- 2- ان يخضع للرعاية
- 3- ان يحصل المدعى الشخصي على تعويضه كله او بعضه في مدة لا تتجاوز السنتين في الجنحة و الستة اشهر في المخالفة⁹⁷.

و المشرع الالماني اجاز بدوره -بموجب القانون الجنائي الصادر في 14 اكتوبر 1953- للمحكمة التي اصدرت الحكم القاضي بإيقاف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار ان تفرض واحدا او اكثر من الالتزامات الخاصة على المحكوم عليه، مع

94 محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص549

95 كما ذهب المشرع الفرنسي في نفس السياق، حيث اوجبت المادة 19-132 من القانون الجنائي الفرنسي على القاضي الرئيس انذار المحكوم عليه المستفيد من وقف التنفيذ اذا كان حاضرا بالنتائج التي تترتب على الحكم عليه بسبب ارتكاب جريمة جديدة خلال مدة التجربة المنصوص عليها في المادتين 53-132 و 37-132 من القانون الجنائي الفرنسي.

96 د. فهد هادي حيتور، التفريد القضائي للعقوبة، مرجع سابق، ص233

97 محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات. القسم العام، مرجع سابق، ص 1171

الاخذ بعين الاعتبار ان كان هذا الاخير قد قام بإصلاح الاضرار الناشئة عن الجريمة، و احترام القواعد الخاصة بالإقامة او التكوين المهني 98.

وقد اراد المشرع بتحويل القاضي سلطة اضافة هذه الواجبات ان يواجه عيبا يشوب نظام وقف التنفيذ، ذلك ان المعاملة العقابية التي ينطوي عليها تتسم بطابع سلبي، اذ تقتصر على مجرد التهديد بتنفيذ العقوبة، و تخلو من تدابير الرقابة و المساعدة، و تتجرد تبعا لذلك من الفحوى التهذيبي او التأهيلي، فالمحكوم عليه يترك و شأنه دون اي اشراف على سلوكه او مساعدة له على مغالبة تأثير العوامل الجرمية التي تهدده على الرغم من انه قد ثبت احتياجه اليها لأنه قد ارتكب الجريمة فعلا99.

و هناك قوانين تجيز للقاضي ربط وقف التنفيذ بشرط التزام المحكوم عليه باتباع قواعد سلوك معينة من ابرزها الإقامة في مكان معين و الحرمان من الإقامة في مكان معين، و الالتزام بتعليم حرفة، و الامتناع عن تناول المسكرات و الامتناع عن قيادة السيارات، و الخضوع لمعالجة طبية100، مثال ذلك القانون النرويجي و السويسري والهولندي.

و قد قيل بتفضيل نظام الاختبار الذي يفترض تعليق النطق بالعقوبة او تعليق تنفيذها مع تحميل المدعى عليه بالتزامات و اخضاعه لرقابة شخصية، و تستهدف الالتزامات و الرقابة المساعدة على المغالبة تأثير العوامل الجرمية و التحقق من مدى جدوى هذا الاسلوب من المعاملة العقابية101.

و قد رأى الشارع تطوير نظام وقف التنفيذ في ضوء نظام "الاختبار" بحيث يستمد منه عنصره التهذيبي و التأهيلي ازاء المدعى عليهم الذي يثبت انهم في حاجة الى ذلك العنصر، اما ذلك الفريق الاخر الذي يكفي لخلق ارادة التأهيل لدى افراده مجرد الانذار المتمثل في الحكم بالعقوبة ووقف تنفيذها، فان نظام وقف التنفيذ في صورته التقليدية ما زالت المعاملة العقابية الملائمة لهم، و على القاضي ان يحدد صنف المدعى عليه من حيث مقتضيات تأهيله، و ما اذا كان يكفي في شأنه مجرد الانذار ام انه في حاجة الى مزيد من تدابير المساعدة التي تفرض عليه102.

كما تجيز بعض القوانين وقف التنفيذ بالزام المحكوم عليه بالقيام بعمل للمصلحة العامة، مثال ذلك قانون العقوبات الفرنسي الذي يجيز للمحكمة الزام المحكوم عليه بالقيام بعمل للمصلحة العامة لدى احدى الجمعيات التي تقوم بأعمال للمنفعة العامة، و ذلك لمدة اربعين ساعة الى مائتين و اربعين ساعة،103 و هذا ما اكدته مقتضيات المادة 132-54 من القانون

98. جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي و المقارن دراسة تحليلية و عملية، مرجع سابق، ص94

99 محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات. القسم العام، مرجع سابق الثاني، ص. 1172

100 د. جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي و المقارن دراسة تحليلية و عملية، مرجع سابق، ص96

101 محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات . مرجع سابق، ص. 1173

102 محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات. القسم العام، مرجع سابق، ص. 1173

103 د. فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، مرجع سابق 2014، ص235

الجنائي الفرنسي، و لتطبيق هذا البديل يتعين ان يكون المتهم حاضرا في الجلسة و ان يوافق على الخضوع لهذا النظام فهو لا يفرض عليه، بمعنى لا يجوز للمحكمة ان تامر به في حالة اذا ما رفضه المتهم 104.

و يخضع المحكوم عليه خلال المدة التي تحددها المحكمة للقيام بالعمل لفائدة المصلحة العامة لبعض التدابير التي تقترب الى حد كبير من التدابير التي تفرض على المتهم في حالة وقف التنفيذ المصحوب بالوضع تحت الاختبار، بالإضافة الى التزامه بالقيام بعمل محدد 105.

الخاتمة

ان دراسة الشروط الاساسية التي تخول الاستفادة من نظام وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجنائي المغربي تبرز لنا ان هناك تباينا هاما بين مختلف التشريعات الجنائية، فمن جهة نص قانون العقوبات المصري في مادته 55 على ايقاف تنفيذ عقوبة الحبس في مدة لا تزيد عن سنة، كما اشترط القانون الجنائي الفرنسي في المادة 132 ان تكون العقوبة حبسية بشرط الا تزيد عن خمس سنوات كما اضاف بعض العقوبات السالبة و المقيدة للحرية، اما القانون الجنائي المغربي فقد اشترط في مادته 55 ان ايقاف تنفيذ العقوبة لا يجوز الا في العقوبات الحبسية .

وبشكل عام فيمكن القول انه فيما يتعلق بالعقوبات التي اجاز للقاضي ان يشملها وقف التنفيذ تتفق معظم التشريعات على جواز ايقاف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية و عقوبة الغرامة الجنائية، و تختلف بشأن ايقاف العقوبات الفرعية التي تشمل العقوبات التبعية و التكميلية.

ان ايقاف التنفيذ غير جائز في حالة الحكم بعقوبة السجن و لقد اكد المشرع المغربي على ان تكون العقوبة حبسية لأجل تطبيق وقف التنفيذ كما ان ايقاف التنفيذ لا يسري الا على العقوبات الاصلية وحدها دون العقوبات الاضافية، و لا على صوائر الدعوى و التعويضات المدنية او فقدان الاهلية المترتبة عن الحكم الزجري .

بالنسبة للمحكوم عليه بوقف التنفيذ، فهو يخضع لشروط متعددة و تتباين بين تشريعات الدول المختلفة و من خلال استقراء بعضها يمكن تلخيصها في الفحص الدقيق لحالة المحكوم عليه قبل منحه وقف التنفيذ و دراسة ظروف ارتكاب الجريمة، واستحقاق المحكوم عليه لوقف التنفيذ، كما يشترط ان لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية او جنحة و ان لا يكون قد ارتكب جريمة اخرى مشمولة بوقف التنفيذ .

و نستخلص من استقراء الشروط هذه الشروط ان توجه المشرع المغربي كان متوافقا مع السياسة العقابية الحديثة المعمول بها في التشريعات العربية و اللاتينية و القائمة على اساس التقليل من اللجوء للعقوبات السالبة للحرية.

104 د. جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي و المقارن دراسة تحليلية و عملية، مرجع سابق، ص 96

105 د. جمال المجاطي، بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي و المقارن دراسة تحليلية و عملية، مرجع سابق، ص 97

جريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة

"وفق القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 المعدل لقانون مكافحة الفساد الفلسطيني"

د. علي أبو مارية

أستاذ القانون المشارك

كلية الحقوق/جامعة فلسطين الأهلية

الملخص

تعد جريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة من الجرائم المستحدثة في التشريع الجنائي الفلسطيني، فلم يتناولها المشرع في قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 النافذ في الضفة الغربية، كما لم يتناولها قانون العقوبات المصري رقم 74 لسنة 1936 المطبق في قطاع غزة، وإنما كان يتم تناولها ضمن أحكام جريمة الرشوة، كما لم ينظمها المشرع في قانون الكسب غير المشروع رقم 1 لسنة 2005 والذي أصبح يعرف فيما بعد بقانون مكافحة الفساد بعد التعديل الذي أجري على القانون بموجب القرار بقانون رقم 7 لسنة 2010 والذي نظمت بشأنه جريمة الوساطة والمحسوبية كأحدى أشكال الفساد، إلا أن تنظيمها بصورتها النهائية ومنحها خصوصية من حيث وصف التجريم والعقوبة على إتيانها لم يتم بشكل واضح إلا في القرار بقانون رقم 37 لسنة 2018، وتكمن أهمية الدراسة في أنها الدراسة الأولى التي تتناول هذه الجريمة بعد التعديلات الجوهرية التي أدخلت على قواعدها في القرار بقانون سابق الذكر مما يدعو للوقوف عليها وبيان أهم الآثار التي ترتبت عليها سواء من حيث المفهوم أو العقوبة أو وصف التجريم.

Abstract:

The crime of intermediation, favoritism and nepotism is one of the new crimes in the Palestinian criminal legislation. It has not been covered by the legislator in the Jordanian Penal Code No. 16 of 1960 implemented in the West Bank. Nor has it been covered by the Egyptian Penal Code No. 74 of 1936 applied in the Gaza Strip. It has only been covered within the rulings of the bribery crime. In turn, these rulings have not been regulated by the legislator in the Illegal Earning Law No. 1 of 2005 which has been referred to later as the Anti-Corruption Law after the amendment made to the law in accordance with Resolution No. 7 of 2010 on which the crime of instrumental intermediation and favoritism has been classified as a form of corruption. However, its regulation in its final form and granting it privacy in terms of describing criminalization and the penalty for its imposition have not made clear except in Resolution No. 37 of 2018. The importance of the study lies in the fact that it is the first study (up to my best knowledge) that deals with this crime after the fundamental amendments that have introduced to its rules in regard to implementing the aforementioned law. This has nictitated investigating it and clarifying its consequences, whether in terms of concept, punishment or description of criminalization.

مقدمة

ظاهرة الفساد بكافة أشكالها بحسبانها ظاهرة اجتماعية تعتبر من الظواهر السلبية التي رافقت ما وصلت إليه المجتمعات المعاصرة من تطور ورقي، هذا التطور والرقي في غالب الاحيان ما يكون مبنيا على قوانين وأنظمة من شأنها أن تقيد أو تحد من حريات أفراد المجتمع، والمعروف عن الانسان أنه يحاول أن يقاوم بكل ما أوتي وبغض النظر عن الوسيلة والآثار الناتجة عنها كل ما من شأنه أن يقيد من حريته، وبما أن هذا التطور والرقي وما رافقه من تنظيم شمل جميع جوانب الحياة بما فيها الخدمات التي تقدمها الإدارات لأفراد المجتمع قاصدة تنظيم حياتهم وسد احتياجاتهم فالأصل في فيهم الالتزام بالقوانين والأنظمة التي تفرضها هذه السلطة أو تلك، إلا أن قلة قليلة من أفراد المجتمع دائما ما تحاول من خلال استغلال ما قد يعترى هذه القوانين والأنظمة من ثغرات تحقيق مكاسب مادية أو معنوية بغير وجه حق وعلى حساب غيرهم من الأفراد مقدمين المصلحة الخاصة على المصلحة العامة وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى تعطيل أو تأخير أي تقدم تسعى الدولة إلى تحقيقه مما يجعل من أمة تفتشت فيها هذه الآفات في ذيل الأمم بحيث تعجز عن السير في ركب الحضارة والتقدم والرقي، ولذلك صنفت الامم التي تفتشت فيها هذه الظواهر بوصفها دول العالم الثالث.

ولذلك جرت محاولات دولية للقضاء أو للحد من هذه الظواهر عن طريق عقد الاتفاقات الأممية والاتفاقات الثنائية وكانت اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد، لا بل قامت الدول بسن التشريعات الداخلية في محاولة منها للقضاء على كل أشكال وصور الفساد ونجحت العديد من الدول التي طبقت تشريعاتها تطبيقا صارما على الأقل من الحد من ظواهر وممارسات الفساد. وكانت ظاهرة الوساطة والمحسوبية والمحاباة من أكثر أشكال الفساد انتشارا ولذلك سمتها بعض التشريعات من ضمن جرائم الفساد ووضعت لها عقوبة خاصة.

وبما أن المبدأ العام في التجريم وفق القانون الأساس الفلسطيني هو الأخذ بمبدأ المشروعية، الذي يقضي بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"¹⁰⁶، فقد جرم المشرع الفلسطيني فعل الوساطة والمحسوبية والمحاباة بموجب قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005 الذي سمي فيما بعد بقانون مكافحة الفساد والمعدل بموجب القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010 ومؤخرا بموجب القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 حيث سمي هذه الجريمة من ضمن جرائم الفساد، وذلك عندما عرف الفساد بشكل عام في المادة الأولى من القرار بقانون المعدل رقم (37) لسنة 2018 بالقول "يعتبر فساداً لغايات تطبيق أحكام هذا القرار بقانون الجرائم المبينة أدناه... 11- قبول الوساطة والمحسوبية والمحاباة التي تلغي حقاً أو تحقق باطلاً".

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في كون جريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة من الجرائم ذات الانتشار الواسع التي يشعر بها المواطن العادي يوميا عند إجراء معاملاته في شتى مناحي حياته ليس فقط في نطاق المعاملات العامة وإنما الخاصة منها أيضا، وبالتالي فهي تحتاج من الباحثين تسليط الضوء عليها باستمرار، خاصة وأن التعديلات الأخيرة التي أجراها المشرع الفلسطيني على قانون مكافحة الفساد شملت هذه الجريمة على نطاق واسع بحيث تغيرت العقوبة المقررة لها مما استتبع تغيير وصف التجريم الخاص بها من جنائية إلى جنحة، وعلى حد علمنا لم يتناولها أي باحث في أية دراسة ما استوجب إبراز أهم الآثار الناتجة عن هذه التعديلات.

106 المادة (15) من القانون الأساس الفلسطيني، وقد طبق هذا المبدأ الدستوري في نص المادة الثالثة من قانون العقوبات الأردني الساري في فلسطين حيث جاء فيها "لا يقضى بأي عقوبة لم ينص القانون عليها حين اقرار الجريمة...".

أهمية الدراسة

من وجهة نظر الباحث تسهم هذه الدراسة في تسليط الضوء على جريمة من أهم جرائم الفساد وأكثرها انتشاراً، وتكمن أهميتها في كونها الدراسة الأولى التي تتناول التعديلات الجوهرية الأخيرة التي أجراها المشرع على قانون مكافحة الفساد والخاصة بهذه الجريمة في قرار بقانون رقم (37 لسنة 2018) لتكون مقدمة لمزيد من الدراسات المستقبلية التي يجب أن لا تنقطع حتى يتم محو آثار هذا الوباء الاجتماعي الذي يمس بالعديد من المبادئ القانونية كمبدأ المساواة أمام القانون ومبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ سيادة القانون.

أسئلة الدراسة

يثير البحث في هذه الجريمة وخاصة بعد التعديلات الأخيرة العديد من التساؤلات أهمها:

- 1- ما هو المقصود بهذه الآفة المجتمعية كأحد أهم صور الفساد انتشاراً، وما هي خطورتها، وأسباب انتشارها؟
- 2- ما هي أركانها؟ وهل يتصور الشروع فيها؟
- 3- ما هي العقوبة المقررة لها، وهل يجوز إسقاطها أو التخفيف منها؟
- 4- ما هي طبيعة التنفيذ المعجل للأحكام الصادرة على مرتكبي هذه الأفعال؟
- 5- كما تجيب الدراسة في ثناياها عن أهم التعديلات التي أجراها المشرع على أحكام هذه الجريمة.

منهج الدراسة

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي وذلك بتناول نصوص القانون الخاصة بهذه الجرائم وتحليلها وفقاً للقرار بقانون رقم (37 لسنة 2018) وبيان مواطن الاختلاف والجديد الذي أتى به المشرع مقارنة بالقواعد محل التعديل في القانون الأصلي رقم (1 لسنة 2005)، بالرغم من أن ندرة السوابق القضائية الصادرة عن محكمة جرائم الفساد لم تسعف الباحث إجراء دراسة تطبيقية لإكمال مثلث البحث القانوني المتمثل في النص والفقه واحكام القضاء.

مشتملات الدراسة

سيتم تناول هذه الدراسة في عديد من المطالب والفروع ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول: ماهية جريمة الوسطة والمحسوبة والمحابة.

المبحث الثاني: أركان جريمة الوسطة والمحسوبة والمحابة والعقوبة المقررة لها.

المبحث الأول: ماهية جريمة الوسطة والمحسوبة والمحابة¹⁰⁷

جريمة الوسطة والمحسوبة والمحابة من أكثر جرائم الفساد انتشاراً في المجتمع الفلسطيني، وبالرغم من ذلك فإن المشرع لم يتناول هذه الجريمة بالتنظيم التشريعي إلا بصدر القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010 وإعادة تنظيمها وتعديل أحكامها بموجب القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 المعدلة لقانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005.

¹⁰⁷تم تعديل وصف هذه الجريمة بموجب القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 المعدل لقانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 وتعديلاته وذلك بإضافة فعل المحابة .

وتتطلب دراسة هذه الجريمة التطرق لتعريفها ومن ثم بيان أسباب انتشارها ومدى خطورتها وخصائصها وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف جريمة الوساطة والمحاسبة والمحاباة

لا بد حتى نتعرف على مدلول هذه الجريمة من البحث في مفهومها اللغوي والاصطلاحي أولاً ثم الوصول إلى المدلول القانوني كما أورده المشرع في القانون محل الدراسة:

فالوساطة لغة: ما يتوصل به إلى الشيء، والفعل منها توسط بفلان: أي اتخذته واسطة فيقال "توسط بقريبه لقضاء حاجته"¹⁰⁸ وفي معنى آخر لها، فهي العلة، فيقال هو الوساطة بينهما، أي الوسيط، وهو واسطة لكذا أي علة كذا، وبواسطة كذا أي بعلّة كذا، وهي الوسيلة، فيقال: هذا الأمر واسطة لكذا، أي وسيلة له، وهي التوصية فيقال: توصل إلى مركزه بالواسطة، وهي طلب معروف بواسطة صديق، والوسيط هو من يتوسط شقيقاً، وتوسط أي توسل وترجى معونة أو مساعدة.¹⁰⁹ والمحسوبية لغة: هي مصدر حسب (بمعنى النسب لا العد) وهي مصدر صناعي من محسوب: وتعني إسناد الوظائف أو منح الترقيات على أساس الرعاية والنفوذ، لا على أساس الكفاءة، ويرجع تراخي الموظفين وتوكلهم إلى تفشي المحسوبية.¹¹⁰

أما المحاباة في اللغة: فهي من مصدر حابى، يقال: حاباه محاباة و حباء: اختصه ومال إليه ونصره.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فالمحاباة هي إعطاء أحد المتماثلين أو الحط عنه أكثر من الآخرين بغير وجه صحيح كالهبة لأحد أولاده دون بقيةهم من غير مبرر لذلك.¹¹¹

وبالرغم من هذا الاختلاف في المعنى بين هذه المصطلحات إلا أن المشرع الفلسطيني قد وحد بينها في الحكم واستعملهما بمعنى واحد حينما عرّف الوساطة والمحسوبية والمحاباة في المادة الأولى من قانون مكافحة الفساد بأنها: "قيام الموظف بعمل من أعمال وظيفته أو امتناعه عن القيام بعمل من أعمال وظيفته أو إخلاله بواجباته لرجاء أو توصية أو لاعتبارات غير مهنية، كالانتماء الحزبي أو العائلي أو الديني أو الجهوي".¹¹²

يضاف إلى هذا التعريف نتيجة قيام فعل الوساطة والمحسوبية والمحاباة والمتمثلة والتي "تلغي حقاً أو تحق باطلاً" وهي النتيجة التي أوردها المشرع في الفقرة الحادية عشرة من تعريفه للفساد معدداً أشكاله ومقدماً الوساطة على المحسوبية ومضيفاً إليها فعل المحاباة عندما ذكر بأن "الواسطة والمحسوبية والمحاباة التي تلغي حقاً أو تحق باطلاً".

108 المعجم الوسيط: عن قاموس المعاني الجامع المنشور على الموقع الإلكتروني <http://www.almaani.com>.

109 شاهين، عطية، قاموس المعتمد، بيروت، دار صادر للنشر والتوزيع (2000)، ص. 788.

3 قاموس المعاني، الجامع، الموقع الإلكتروني <http://www.almaani.com> بتاريخ 2020/3/1

4 قاموس المعاني، الجامع، الموقع الإلكتروني <http://www.almaani.com> بتاريخ 2020/3/1

5 وهو التعريف الذي أورده المشرع في القرار بقانون المعدل رقم (37) لسنة 2018 معدلاً التعريف الأصلي الوارد في القرار بقانون رقم 7 لسنة 2010 حيث كان يعرف الوساطة والمحسوبية بأنها: "اتخاذ الموظف قراراً أو تدخلاً لصالح شخص أو جهة غير مستحقة أو تفضيلها على غيرها لاعتبارات غير مهنية كالانتماء الحزبي أو العائلي أو الديني أو الجهوي للحصول على منفعة مادية أو معنوية"

وقد ذهب البعض في الفقه¹¹³ إلى تعريف الوساطة والمحسوبة مميزاً في ذلك بينهما اصطلاحاً، فعرف الوساطة بأنها: "السعي بين اثنين بأي وسيلة كانت بهدف تحقيق مصلحة ذاتية أو مصلحة للغير لدى ذي صلاحية أو سلطة للحصول على حق أو على غير حق".

كما عرف ذات الفقه المحسوبة بأنها "طلب العون والمساعدة من شخص ذو نفوذ وحظوة لدى من بيده القرار لتحقيق مصلحة معينة لشخص لا يستطيع تحقيقها بمفرده، أو هي عملية يباشرها شخص يمكن تسميته المتوسط، بناء على طلب شخص آخر هو المتوسط له أو طالب المتوسط لدى شخص ثالث هو المتوسط لديه".

وفي اعتقادي فإن المشرع الفلسطيني عندما عرف الوساطة والمحسوبة والمحابة كأفعال يشكل كل منها جريمة قائمة بذاتها لم يأخذ بعين الاعتبار الفرق اللغوي في المعنى بقدر ما نظر إليها باعتبارها تشكل جريمة واحدة، بل نظر إلى وحدة الهدف والنتيجة من وراء ارتكاب أي فعل منها، حيث يظهر الهدف واضح والنتيجة واضحة وتتمثل في أن كل منها يلغي حقاً أو يحق باطلاً بهدف الحصول على منافع مادية أو معنوية أو حتى دون أن يتحقق هذا الهدف، وعليه أقترح على المشرع الفلسطيني تعديل التعريف الذي أورده في المادة الأولى ليصبح كالآتي:

" الغاء حق أو إحقاق باطل عن طريق قيام الموظف بعمل من أعمال وظيفته أو امتناعه عن القيام بعمل من أعمال وظيفته أو إخلاله بواجباته لرجاء أو توصية أو لاعتبارات غير مهنية، كالانتماء الحزبي أو العائلي أو الديني أو الجهوي " مع الغائه لعبارة " التي تلغي حقاً وتحق باطلاً" الواردة في الفقرة الحادية عشرة من صور الفساد.

المطلب الثاني: أسباب انتشار جريمة الوساطة والمحسوبة والمحابة

تتعدد أسباب انتشار جريمة الوساطة والمحسوبة وتنوع بحسب المجتمع الذي تنتشر فيه، وفي مجتمعنا الفلسطيني تم رصد أهم أسباب انتشارها وتتمثل بما يلي:

أولاً: الإرث العشائري

فالوساطة والمحسوبة والمحابة في المجتمعات العربية ومنها الفلسطيني إنما هي إرث عشائري يتناقله الخلف عن السلف، وتتداولها العشائر جيلاً بعد آخر، حتى يكون لها حضور في الوظيفة العامة، ويكون لأفرادها الحظوة لتسيير أمورهم، فيعتبر طلب شيخ العشيرة مصلحة معينة لأحد أفراد عشيرته أمراً يتلقاه الموظف العمومي لشعوره بأن رد الطلب من مثل هذه الشخصية يتنافى مع مفاهيم المجتمع والأخلاق السائدة.

ثانياً: تمييز الموظفين العموميين بين طالبي الخدمة من المواطنين

وفي ذلك انهيار للمثل والقيم وعدم احترام لواجبات الوظيفة، ما أدى إلى شعور المواطن بالظلم وإيمانه بأن حل المشاكل والوصول إلى الخدمة لا يتأتى إلا بطريق الوساطة والمحسوبة والمحابة، دون النظر إلى قانونية تقديم الخدمة أو استحقاقها¹¹⁴.

1 براك، أحمد، دراسة تأصيلية تحليلية حول جريمة الوساطة والمحسوبة في القانون الفلسطيني: أمان، بحث منشور في سلسلة تقارير الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة رقم (85)، فلسطين: (2014) ص.5

1 براك، أحمد، دراسة تأصيلية تحليلية حول جريمة الوساطة والمحسوبة في القانون الفلسطيني، مرجع سابق، ص.7

ثالثاً: الانفراد بالسلطة واتخاذ القرار

فطالما أن المسؤول ينفرد بسلطة اتخاذ القرار، سواءً على المستوى الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي وكنتيجة لضعف التشريعات التي تمكنه من هذه السلطات ستصبح حاجات الناس مرهونة بمدى تصور المسؤول لكيفية ادارة شؤونهم وتلبية احتياجاتهم وهو ما يدفع الأفراد للتفكير في اللجوء للواسطة والمحسوبية¹¹⁵.

رابعاً: التعقيدات المكتنبة والمعاملة السيئة وطول الإجراءات المعيقة في بعض الإدارات الحكومية بسبب ضعف التشريعات.

خامساً: عدم تفعيل نظام الكفاية الإدارية والجدارة والاستحقاق في قرارات السلطة التنفيذية، سواء في التعيين أو الترقيات أو في ميدان تقديم الخدمات المباشرة للمواطنين¹¹⁶.

المطلب الثالث: خصائص جريمة الواسطة والمحسوبية والمحاباة

تتسم جرائم الواسطة والمحسوبية - باعتبارها نموذجاً إجرامياً مستحدثاً - بعدة سمات خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم، وهو ما خصها بعدة خصائص أهمها:

أولاً: هي ظاهرة اجتماعية

فعمل الواسطة والمحسوبية يكتسب صفته كظاهرة بتكرار حدوثه وتواتر وقوعه باستمرار بين الفينة والأخرى. على أن تواتر هذا الفعل واستمراره ملحوظ بوضوح في وسطنا الاجتماعي حتى أصبحت من الأفعال التي تمارس بشكل يومي، وأصبح هناك شعور لدى الأفراد بأن الواسطة لا غنى عنها لإنجاز الأعمال رغم عدم شرعيتها، وهو ما يجعل جريمة الواسطة والمحسوبية مستوفاة لشروط وصفها بأنها ظاهرة اجتماعية¹¹⁷.

ثانياً: استعمال ألفاظ قانونية غامضة

من مميزات النصوص التي تجرم فعل الواسطة والمحسوبية أنها تحمل ألفاظاً قانونية غامضة، كاستعمال لفظ (الواسطة، تلغي حقاً، تحقق باطلاً) فهذه الألفاظ كمكونات لنصوص التجريم تجعل تحديد مدلولها الدقيق والوصول إلى قصد المشرع بشأنها مسألة صعبة، وتنعكس هذه الصعوبة عند تطبيق النصوص على الوقائع.

ثالثاً: صعوبة إثباتها

ما يميز هذه الجريمة أيضاً بأنها من الجرائم التي لا يسهل اثباتها، كون الفعل المؤسس لها يتم في أجواء يعترتها التكتم، ضماناً للوصول إلى الحاجة التي يسعى أطراف الواسطة والمحسوبية إلى تحقيقها، بحيث لا يكون من اليسير إثباتها لحدوثها في الخفاء.

رابعاً: اتساع مدلول النص

يتسم نص تجريم فعل الواسطة والمحسوبية باتساع مدلوله، فمؤدى هذا الاتساع أن يصبح تطبيق النص شاملاً لكل حالة قبول للواسطة أو الاستجابة للمحسوبية التي فيها اعتداء على الحق أو إحقاق للباطل، ودلالة هذا الاتساع ما نص عليه

9 الكيلاني، فاروق، جرائم الفساد، الطبعة الأولى، بيروت، دار الرسالة العالمية. (2011)، ص.424

3 براك، أحمد، دراسة تأصيلية تحليلية حول جريمة الواسطة والمحسوبية في القانون الفلسطيني، مرجع سابق، ص.7

1 في هذا المعنى: الرقاد، محمد و الكساسبة، فهد، جريمة قبول الواسطة في التشريع الأردني وإشكالية التطبيق، دراسة مقارنة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، العدد 1، المجلد 43، جامعة تكريت، العراق (2016) ص101.

المشرع حينما أورد في المادة الأولى من القانون عبارة " ... التي تلغي حقاً وتحق باطلاً" فيمكن تصور القيام بفعل يشكل القيام به اعتداء على حق نتيجةً لقبول الوساطة أو استجابة للمحسوبة، فهذا الفعل يشكل نموذجاً اجرامياً لجريمة محددة، بالإضافة لكون قبول الوساطة والمحسوبة في حد ذاته يشكل جريمة،

ومثال ذلك " أن يقبل موظف تسجيل الأراضي- استجابة منه للوساطة- بنقل ملكية عقار بطريقة غير مشروعة" فنقل الملكية دون إرادة المالك ودون الأسباب الموجبة فيه اعتداء على حق المالك، وقبول الوساطة والمحسوبة في حد ذاته يشكل جريمة أخرى من جرائم الفساد، وبهذا يمكن أن يطلق على هذا الفعل الواحد وصفين، الأول جريمة جزائية من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات وهي جريمة التزوير،

والثاني- وبما أن الفعل جاء استجابة للوساطة والمحسوبة- فهو يشكل جريمة من جرائم الفساد، وبهذا يتضح بأن جريمة قبول الوساطة والمحسوبة من الجرائم المنصوص عليها بنص والتي تطبق حال توافر شروطها بغض النظر عن أن الفعل نفسه حمل وصفاً لجريمة أخرى منصوص عليها في قانون آخر.

خامساً: جريمة الوساطة والمحسوبة والمحاباة من الجرائم الوقتية

فبالرغم من طول المدة التي يستغرقها الأثر المترتب على جريمة الوساطة والمحسوبة والمحاباة، من حيث أنه يرتب مراكز قانونية (كتعيين شخص بغير حق)، إلا أن عناصر هذه الجريمة لا يستغرق سوى وقت قصير، إذا ما علمنا بأن المعيار للتمييز ما بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة يقاس بالزمن الذي يستغرقه تحقق عناصر الجريمة.¹¹⁸

سادساً: جريمة الوساطة والمحسوبة والمحاباة من الجرائم البسيطة

فمعيار تقسيم الجرائم الى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد، يرجع الى وحدة السلوك الاجرامي وتكراره، فإن كان مكون الجريمة سلوك اجرامي واحد ودون اشتراط لتكراره من أجل تجريمه فنحن بصدد جريمة بسيطة¹¹⁹، أما إن تطلب المشرع تكرار السلوك فنحن بصدد جريمة اعتياد، وحيث أن جريمة الوساطة والمحسوبة لم يتطلب فيها المشرع اعتيادها حتى تصبح جريمة يعاقب عليها، فهي إذا من الجرائم البسيطة.

سابعاً: جريمة الوساطة والمحسوبة والمحاباة من الجرائم الإيجابية

فالنشاط الإيجابي المتمثل في قبول الوساطة والمحسوبة هو المكون للسلوك الإجرامي الذي يتألف منه الركن المادي لهذه الجريمة، بغض النظر عن شكل هذا القبول.¹²⁰

المطلب الرابع: خطورة آثار جريمة الوساطة والمحسوبة والمحاباة

تكمن خطورة الآثار التي تخلفها جريمة الوساطة والمحسوبة في عدة جوانب اجتماعية واقتصادية وقانونية، نبرز أهمها فيما يلي:

118 للتمييز بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة يراجع: حسني، محمود نجيب، (1984): شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، بدون طبعة، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص317-ص320.

119 المجالي، نظام، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (2010)، ص56.

120 الرقاد، محمد و الكساسبة، فهد، جريمة قبول الوساطة في التشريع الأردني وإشكالية التطبيق، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص102.

أولاً: الإساءة إلى سمعة الوظيفة العمومية

فمن شأن ارتكاب جريمة الوساطة والمحسوبية أن تسيء إلى سمعة الوظيفة العمومية، وكنتيجة لانتشارها تصبح الوظيفة العمومية عبارة عن سلعة يتم تداول الخدمات التي تقدمها لإرضاء دوافع المحاباة، كما أن من شأنها أن تزعزع الثقة بهذه الوظيفة.

ثانياً: فقدان الثقة بحكم وسيادة القانون

يؤدي انتشار هذه الجريمة إلى فقدان الثقة في حكم وسيادة القانون وعدالته من قبل المواطن، فأبعد ما يكون عن القانون وسيادته اتخاذ القرار نتيجة تدخل الغير في الوظيفة العمومية بطريق الوساطة والمحسوبية، وهو ما قد يؤدي الى انهيار المنظومة القيمية والقانونية.

ثالثاً: إرهاب المجتمع

فعندما يشعر المواطن بأن العدالة لا يمكن أن تتحقق الا من خلال أصحاب النفوذ، وعن طريق الوساطة والمحسوبية، فهذا من شأنه أن يؤدي الى ارهاب المجتمع الذي ينشد العدالة الاجتماعية.

رابعاً: الإخلال بميزان العدالة

فمن شأن انتشار هذه الجريمة أن تقلب ميزان العدالة لصالح تغليب الشؤون الدنيا الفردية على حساب المصلحة العليا الجماعية، فهي تملك من لا يستحق، بحيث تجعل اللص شريفاً وذو مكانة اجتماعية مرموقة وأما الشريف فلا يستطيع أن يحصل على الحد الأدنى من الخدمة، وهو ما ينتج عنه الإخلال بالتوازن الاجتماعي الناشئ عن الوساطة والمحسوبية حيث يؤدي الى نشوء طبقة جديدة فاسدة في المجتمع تحقق مكاسب بطرق غير مشروعة تعمل على تدمير البنية الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع.¹²¹

خامساً: الإخلال بمبدأ المساواة

فانتشار هذه الظاهرة المجرمة يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة الوارد في المادة التاسعة من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 والتي جاء فيها: " الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"، فأى قرار يتخذه الموظف العام يجب أن يسند إلى هذا المبدأ الدستوري، وإلا عدّ مرتكباً لجريمة يعاقب عليها القانون.

المبحث الثاني: أركان جريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة والعقوبة المقررة لها

بالإضافة الى مبدأ المشروعية الذي يقرر بأن " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " والذي يمثل الركن القانوني للجريمة، تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان، تتمثل في الركن المفترض والركن المادي والركن المعنوي، كما وضع المشرع عقوبة خاصة لهذه الجريمة تتناسب والضرر الذي يمكن أن تلحقه بالمجتمع واعتبرها من جرائم الجح، وعليه نتناول أركان هذه الجريمة في المطلب الأول والعقوبة المقررة لها في المطلب الثاني كما يلي:

121 الكيلاني، فاروق، جرائم الفساد، مرجع سابق، (2011)، ص.426

المطلب الأول: أركان جريمة الوساطة والمحسوبة والمحابة

سبق وذكرنا أعلاه أن هذه الجريمة تقوم على أركان ثلاث تناولها فيما يلي من فروع:

الفرع الأول: الركن المفترض لجريمة الوساطة والمحسوبة والمحابة (صفة الجاني)

يفترض المشرع حتى تقوم هذه الجريمة صفة معينة في مرتكبها تتمثل في كونه موظفاً عمومياً.

ويستدل على هذا الركن المفترض من تعريف المشرع لجريمة الوساطة والمحسوبة والمحابة عندما عرفها في المادة الأولى بأنها " قيام الموظف بعمل من أعمال وظيفته أو امتناعه عن القيام بعمل من أعمال وظيفته أو إخلاله بواجباته لرجاء أو توصية أو لاعتبارات غير مهنية، كالانتماء الحزبي أو العائلي أو الديني أو الجهوي ".¹²²

فمطلع هذا التعريف يشير بصراحة إلى أن هذه الجريمة ترتكب من قبل موظف، على أن تعريف الموظف كما ورد في نص المادة الأولى من القانون المعدل هو " أي شخص يشغل وظيفة عمومية أو من المشمولين بأحكام قانون الخدمة في قوى الأمن أو يعد في حكم الموظف العمومي وفقاً للقانون في المجالات التنفيذية أو التشريعية أو القضائية أو الإدارية سواء كان معيناً أم منتخبا دائماً أو مؤقتاً أو مكلفاً بخدمة عامة، بأجر أم بدون أجر، ويعتبر موظفاً لغاية الملاحقة كل شخص مشمولاً في المادة (2) من هذا القانون بالرغم مما ورد في قانون العقوبات أو أي قانون آخر "

أما المادة (169) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 فقد عرّفت الموظف تعريفاً يقترب من التعريف الوارد في قانون مكافحة الفساد، حيث جاء في النص بأنه " يعد موظفاً بالمعنى المقصود في هذا الباب: كل موظف عمومي في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط من ضباط السلطة المدنية أو العسكرية أو فرد من أفرادها وكل عامل أو مستخدم في الدولة أو في إدارة عامة".

ويعرف بعض الفقه الإداري الموظف العمومي بأنه " الشخص الذي يعين بصفة مستمرة غير عارضة للمساهمة في عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو الحكومة المركزية أو السلطات اللامركزية بطريق مباشر".¹²²

وبالرغم من أن المشرع قد توسع في تعريفه للموظف في القرار بقانون المعدل رقم 37 لسنة 2018 صارفاً النظر عن التعريف الوارد في قانون العقوبات أو أي قانون آخر لغايات تطبيق هذا أحكام هذا القرار بقانون، إلا أنه وفي المادة الثانية من القانون المعدل 37 لسنة 2018 قد توسع في المشمولين بهذا القانون حيث نصت على ما يلي " يخضع لأحكام هذا القانون:

- 1- رئيس الدولة ومستشاروه ورؤساء المؤسسات التابعة للرئاسة.
- 2- رئيس وأعضاء مجلس الوزراء ومن في حكمهم.
- 3- رئيس وأعضاء المجلس التشريعي.
- 4- أعضاء السلطة القضائية والنيابة العامة.
- 5- رؤساء المؤسسات والهيئات والأجهزة المدنية والعسكرية، وأعضاء مجالس إدارتها، إن وجدت.

122 زين الدين، بلال، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن مقارنة بالشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي (2009)، ص 17.

- 6- المحافظون ورؤساء وأعضاء مجالس الهيئات المحلية، والعاملون فيها.
- 7- الموظفون العامون المعينون بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية أو العسكرية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية، أيا كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها، وأعضاء السلك الدبلوماسي ومن في حكمهم.
- 8- رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الشركات والعاملون فيها التي تكون الدولة أو أي من مؤسساتها مساهماً فيها.
- 9- المساهمون في الشركات غير الربحية والعاملون فيها.
- 10- المحكمون والخبراء والحراس القضائيون ووكلاء الدائنين والمصفون.
- 11- رؤساء وأعضاء مجالس إدارة الجمعيات الخيرية والتعاونية والهيئات الأهلية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وبالاستقلال المالي والإداري، والأحزاب والنقابات والاتحادات والأندية ومن في حكمهم، والعاملون في أي منها، حتى وإن لم تكن تتلقى دعماً من الموازنة العامة.
- 12- الأشخاص المكلفون بخدمة عامة بالنسبة للعمل الذي يتم تكليفهم به.
- 13- أي شخص غير فلسطيني يشغل منصباً في أي من مؤسسات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية، وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح أي جهاز عمومي أو منشأة عمومية أو منظمة أهلية تابعة لبلد اجنبي أو مؤسسة ذات طابع دولي.
- 14- مسؤولو وأعضاء الجهات التي تساهم بها الدولة أو تتلقى موازنتها أو أي دعم من الموازنة العامة للدولة والعاملون فيها.
- يتضح من سرد المشرع في النص السابق بأن المشرع قد وسّع من دائرة المشمولين بقانون مكافحة الفساد، لا بل كان في الفقرة الخامسة عشرة من القرار بقانون المعدل رقم (7) لسنة 2010 قد ترك المجال مفتوحاً لإضافة أشخاص آخرين بقرار من مجلس الوزراء اعتقاداً بأن في ذلك سداً للنقص في التعريفات السابقة التي أوردها المشرع في القوانين للموظف العمومي، فكل من ارتكب ممن سبق ذكرهم فعلاً يشكل جريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة يكون خاضعاً لأحكام هذا القانون وما يفرضه من عقوبات.

الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة

الركن المادي لأية جريمة يتمثل في مظهرها الخارجي، فهو السلوك أو الفعل الخارجي ذو الطبيعة المادية المحسوسة، ويقع في شكل اعتداء على مصلحة محمية قانوناً، أو يعرضها على الأقل للخطر، ولا تقوم أية جريمة بغير توافر ركنها المادي، إذ أية جريمة لا بد لقيامها من ماديات تتجسد فيها الإرادة الإجرامية لمرتكبيها.¹²³ على أن الركن المادي يتكون من ثلاثة عناصر وهي السلوك المجرّم والنتيجة الجرمية المتحققة ورابطة السببية بين السلوك والنتيجة.¹²⁴

وعلى صعيد جريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة، فتتحدد عناصر الركن المادي من خلال النص التجريمي الذي أورده المشرع في المادة الأولى من القانون المعدل رقم (1) لسنة 2005 حيث يتحقق الركن المادي بسلوك يصدر أولاً عن المتوسط

123 الرقاد، محمد و الكساسبة، فهد، جريمة قبول الوساطة في التشريع الأردني وإشكالية التطبيق، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 99.

124 الحدبثي، فخري و الزعبي، خالد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (2010)، ص 86.

يتمثل في الرجاء، وذلك باستعطاء واستمالة الموظف (المتوسط لديه) أو دعوته في تزلف لقضاء حاجة¹²⁵، أو يصدر في شكل توسط وهو الطلب من المتوسط لديه (الموظف) بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بالإخلال بالواجبات الوظيفية تحقيقاً لمصلحة

شخص ثالث (متوسط له)، فهي بمثابة طلب لحساب الغير¹²⁶، وإما أن تصدر في شكل توصية تتمثل في التأثير من قبل أصحاب النفوذ على الموظف صاحب القرار.

أما السلوك الثاني المكون للركن المادي فهو سلوك الموظف (المتوسط لديه) ويتمثل في الاستجابة لما ورد في طلب الوساطة والمحسوبية والمحاباة بحيث يتخذ قراراً أو تدخلاً يقضي بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة يحقق مصلحة المتوسط أو المتوسط له، وهذا هو السلوك الجرمي لدى الموظف¹²⁷، وهو يعني الاستجابة لمضمون الرجاء أو الوساطة أو التوصية، ويفترض ذلك الاستماع في جدية ثم الوعد بالتنفيذ.

وحتى يتحقق الركن المادي لجريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة فإنه لا يكفي بقبول الطلب أو الوعد بالتنفيذ، وإنما لابد أن تترجم هذه الاستجابة أو الوعد إلى اتخاذ القرار أو تنفيذ الأمر موضوع الوساطة والمحسوبية والمحاباة، فبغير اتخاذ القرار أو تنفيذه لا تعتبر الجريمة قائمة.

وأما الصورة الثانية والتي اعتبرها المشرع جريمة قائمة بذاتها حتى ما قبل اتخاذ القرار أو التنفيذ، وهي صورة قيام الموظف بالتدخل لدى موظف آخر لإصدار القرار الباطل والمجرم أو التدخل في صنع القرار موضوع الجريمة، إذ في هذه الصورة لا يلزم لقيام الركن المادي في جريمة الوساطة والمحسوبية إتمام الجريمة باتخاذ القرار، بل يكفي التدخل بأي صورة كانت لصناعة هذا القرار.¹²⁸

ولابد لقيام الركن المادي لجريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة من أن يرتبط فعل التوسط أو الرجاء أو التوصية برابطة سببية تربطه بالنتيجة الجرمية المتمثلة في الاستجابة والقيام بالعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، فالفعل الإيجابي أو السلبي المرتكب لا يشكل جريمة في حد ذاته ما لم يحدث نتيجة أو مالم يكن سبباً في تحقق النتيجة، وعليه فإن رابطة السببية في جريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة يتمثل في إن كان فعل الرجاء أو التوسط أو التوصية هي سبب اتخاذ الموظف العمومي للقرار المخالف، أو سبباً للقيام بالعمل أو الامتناع أو الإخلال بالواجبات الوظيفية، بحيث لولا فعل الغير لما حصلت النتيجة الجرمية.

الفرع الثالث: الشروع في جريمة الوساطة والمحسوبية والمحاباة

يعرّف الشروع وفق المادة (68) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 بأنه " البدء في تنفيذ فعل من الأفعال الظاهرة المؤدية الى ارتكاب جنائية أو جنحة، فإذا لم يتمكن الفاعل من اتمام الأفعال اللازمة لحصول تلك الجنائية أو الجنحة لحيلولة أسباب لا دخل لإرادته فيها عوقب على الوجه الآتي..."

125 سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، القاهرة، نقابة المحامين (1991)، ص 63.

126 حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، بدون طبعة، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر (1984) ص 640.

127 براك، أحمد، دراسة تأصيلية تحليلية حول جريمة الوساطة والمحسوبية في القانون الفلسطيني، مرجع سابق، ص 11.

128 براك، أحمد، دراسة تأصيلية تحليلية حول جريمة الوساطة والمحسوبية في القانون الفلسطيني، مرجع سابق، ص 12.

ولم يعالج المشرع الفلسطيني الشروع في جريمة الوساطة والمحسوبة في قانون مكافحة الفساد، مما يستوجب الرجوع الى القواعد العامة في قانون العقوبات الساري والذي بموجبه تصنف جريمة الوساطة والمحسوبة من ضمن الجنايات والشروع في الجنايات مفترض لا يحتاج الى نص خاص كما يفهم من المادة (71) من قانون العقوبات حيث تنص على أنه "لا يعاقب على الشروع في الجنحة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة"، بحيث يفهم من هذا النص أن عدم إتيان المشرع على ذكر الشروع في الجنايات بأنه يفترض حال تحقق شروطه.

وعليه كان الشروع في جريمة الوساطة والمحسوبة متصور سواء في حالة القيام بعمل أو الامتناع عن عمل بموجب القرار بقانون رقم (7 لسنة 2010 المعدل لقانون الكسب غير المشروع) الذي كان يصنف هذه الجريمة من ضمن الجنايات من خلال العقوبة المقررة على ارتكابها وهي الحبس من ثلاث سنوات حتى خمسة عشرة سنة بالإضافة إلى العقوبات الماسة بالذمة المالية كالغرامة والرد وهو ما ورد في نص المادة 14 من القرار بقانون والمعدلة للمادة 25 من القانون الاصيلي حيث جاء فيها "فيما لم يرد فيه نص في قانون العقوبات أو أي قانون آخر نافذ يعاقب كل من أدين بأحد الجرائم المحددة بهذا القانون بعقوبة من ثلاث سنوات إلى خمسة عشر سنة وغرامة مالية تصل إلى قيمة الأموال محل الجريمة أو بإحدى هاتين العقوبتين ورد الأموال المتحصلة من الجريمة"، وعليه ووفقاً لهذا النص والنصوص الواردة في قانون العقوبات لو شرع الموظف بالقيام بالعمل المطلوب منه أو المتوسط فيه استجابة منه للرجاء أو التوصية أو الوساطة ولم يحقق النتيجة المطلوب تحقيقها والمتمثلة في إحقاق باطل أو إبطال حق اعتبرت محاولته شروعاً يستوجب العقاب وفق القواعد العامة، كون الشروع ليس بحاجة الى نص خاص في هذه الحالة، فيعاقب بعقوبة الشروع الواردة في الفقرتين الأولى والثانية من المادة (70) من قانون العقوبات، وليس بالعقوبة المقررة للفعل التام الواردة في قانون مكافحة الفساد.¹²⁹

ولكن بعد تعديل نص المادة 25 من القانون الأصلي بموجب المادة 20 من القرار بقانون 37 لسنة 2018 أصبح الشروع في جريمة الوساطة والمحسوبة والمحابة غير متصور ذلك أن المشرع في هذا القرار بقانون تدارك ما كان يعتبر القانون الأصلي من حيث أنه يساوي في العقوبة بين جميع جرائم الفساد التي لم يتناولها المشرع بالتجريم في قانون العقوبات دون أن يميز بينها من حيث الأثر وبالتالي من حيث شدة العقوبة، وهو ما تنبه له المشرع في التعديل الجديد حيث فرض عقوبة أخف على جرائم الوساطة والمحسوبة والمحابة وهو ما غير وصف التجريم لهذه الجريمة من جناية إلى جنحة بحث أصبح يعاقب على هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات بالإضافة إلى عقوبتي الغرامة والرد، حيث ورد في المادة 20/2/ب ما يلي: "يعاقب كل من أدين بجريمة إساءة استعمال السلطة أو قبول الوساطة والمحسوبة والمحابة بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسمئة دينار ولا تزيد عن خمسة آلاف دينار ورد الأموال المتحصلة من الجريمة" وقد أحسن المشرع صياغة هذا النص حينما نص صراحة على عقوبة الحبس التي لم يكن لها ذكر في القرار بقانون 7 لسنة 2010 كما أحسن المشرع حينما اعتبر الغرامة عقوبة تكميلية وليست بديلة كما كان عليه النص في القرار بقانون المذكور، وعليه وبعد أن تغير وصف التجريم بحيث أصبحت هذه الجريمة تشكل جنحة وليست جناية أصبح من غير المتصور الحديث عن جريمة

129 أما في الحالات التي يختلط فيها فعل التدخل بالشروع، كتدخل الموظف لدى موظف آخر مختص لاتخاذ قرار لصالح المستفيد، فيكون من الصعوبة تصور توجيه تهمة الشروع والعقاب عليها، في هذا المعنى، براك، أحمد، دراسة تأصيلية تحليلية حول جريمة الوساطة والمحسوبة في القانون الفلسطيني، ص 13.

شروع في فعل الوسطة والمحسوبة والمحابة وفقا للمعيار الذي اتخذته المشرع في سياسة التجريم وفق قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 .

الفرع الرابع: الركن المعنوي في جريمة الوسطة والمحسوبة والمحابة

لا تقوم الجريمة فقط على ارتكاب مادياتها المتمثلة في الركن المادي بعناصره، ولكن لا بد من توافر علاقة نفسية بين الفاعل وهذه الماديات التي تشكل السلوك الإجرامي .

على أن هذه العلاقة تتجسد في كون ارادة مرتكب الفعل المجرّم قد اتجهت الى إحداث ماديات الجريمة، بحيث يجب أن تتوافر في مرتكب الجريمة ارادة أئمة لمخالفة القانون.¹³⁰

ويتجسد الركن المعنوي للجريمة بما يعتريه من نشاط إجرامي وذهنى ونفسى للجاني في أحد صورتين:

الصورة الأولى: تتمثل في القصد الجنائي والذي يعبر عن اتجاه ارادة الفاعل إلى إحداث السلوك الجرمي وتحقيق النتيجة الجرمية.

الصورة الثانية: تتمثل في الخطأ الجنائي والذي يعبر عن اتجاه الإدارة لإحداث السلوك المجرّم دون اتجاه الإرادة إلى تحقيق النتيجة الجرمية.¹³¹

وفي جريمة الوسطة والمحسوبة وحتى يقوم الركن المعنوي بشأنها لا بد من توافر عنصريه المكونان له وهما اتجاه ارادة من قام بالفعل أو من امتنع عن القيام به إلى قبول الوسطة والمحسوبة مع علمه وإدراكه بأن هذا القبول من شأنه أن يلغي حقاً أو يحق باطلاً، وهو فعل معاقب عليه، وأن يكون إقدامه على ارتكاب الفعل صادر عن وعي بعنصري الركن المادي وهما الإدراك والتمييز، وأنه نابع من ارادة حرة غير مكرهة.¹³²

وعليه وبما أن جريمة الوسطة والمحسوبة تتطلب توافر الركن المعنوي فإن هذه الجريمة لا تقوم إلا بتوافره.

أما من حيث كون هذه الجريمة من الجرائم المقصودة أو غير المقصودة، فقد اختلف بشأنها الفقه بين من يرى بأنها جريمة مقصودة ومن يرى بأنها غير مقصودة، ولكل وجهته في هذا السياق، فمن يرى بأنها من الجرائم المقصودة يؤسس رأيه على أنه يشترط لقيامها أن تتجه ارادة الموظف لقبول الوسطة أو الاستجابة للمحسوبة مع علمه بأنه يقوم بعمل غير محق يترتب عليه إحقاق باطل أو الغاء حق، وأن تنصرف إرادته للاستجابة للوسطة والمحسوبة، أما إن كانت إرادته لم تتجه لإلغاء حق أو تحقيق باطل فلا تقوم هذه الجريمة.¹³³

أما من يرى من الفقه بأن هذه الجريمة من الجرائم غير المقصودة فيؤسس رأيه على أن ركن هذه الجريمة المعنوي يمكن أن يؤسس على الخطأ، أي القيام بالسلوك الجرمي دون أن تتجه الإرادة نحو تحقيق النتيجة الجرمية، وذلك عند

130 عبد الستار، فوزية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية (1992)، ص 467 .

131 الحديثي، فخري و الزعبي، خالد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 174 وما يليها.

132 الرقاد، محمد و الكساسبة، فهد، جريمة قبول الوسطة في التشريع الأردني وإشكالية التطبيق، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 107

133 فاروق الكيلاني، جرائم الفساد، مرجع سابق، ص 429.

ارتباط السلوك الإرادي بالنتيجة غير الإرادية برابط سببية نتيجة للإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة المعمول بها.¹³⁴

ويميل أغلب الفقه¹³⁵ وأوأيدهم في ذلك إلى ترجيح اعتبار هذه الجريمة من الجرائم المقصودة بحيث تؤسس على أنه يكفي لقيامها توافر القصد العام كون جريمة الوساطة والمحسوبة والمحاباة يحتاج قيامها إلى قبول المتوسط لديه والمستجيب للمحسوبة، إذ لا يمكن أن تقع هذه الجريمة نتيجة للإهمال أو التقصير.

المطلب الثاني: العقوبة المقررة لجريمة الوساطة والمحسوبة والمحاباة والإعفاء أو التخفيف منها وتنفيذها وتقادماها:

الفرع الأول: العقوبة المقررة لجريمة الوساطة والمحسوبة والمحاباة

بعد أن كان المشرع الفلسطيني في قانون مكافحة الفساد رقم (1 لسنة 2005) والقرار بقانون المعدل رقم (7 لسنة 2010) ينظر إلى جميع جرائم الفساد من ذات المنظور وبغض النظر عن مدى خطورتها وآثارها السلبية وتشدده في العقاب عليها دون أن يراعي هذه الفروقات من حيث شدة الجريمة كان يعتبر بأن إتيان إحدى هذه الجرائم يشكل جنائية يعاقب عليها بعقوبة ماسة بالحرية وهي الحبس لمدة تتراوح بين ثلاث سنوات حتى خمسة عشرة سنة وعقوبات ماسة بالذمة المالية تتمثل في الغرامة التي تقدر بمقدار القيمة المتحصلة من الجريمة ورد ما استولى عليه الجاني من ارتكابه للفعل وفق نص المادة 14 من القرار بقانون 7 لسنة 2010 والمعدلة للمادة 25 من القانون الأصلي 1 لسنة 2005 حيث جاء فيها "فيما لم يرد فيه نص في قانون العقوبات أو أي قانون آخر نافذ يعاقب كل من أدين بأحد الجرائم المحددة بهذا القانون بعقوبة من ثلاث سنوات إلى خمسة عشر سنة وغرامة مالية تصل إلى قيمة الأموال محل الجريمة أو بإحدى هاتين العقوبتين ورد الأموال المتحصلة من الجريمة" وكان يؤخذ على هذا النص بالإضافة إلى عدم تمييزه بين الجرائم وخصوصية كل منها أنه لم يأتي على ذكر عقوبة الحبس¹³⁶ وبأنه ترك للمحكمة سلطة تقديرية للاختيار بين العقوبة السالبة للحرية وبين الغرامة المقدرة بقيمة الأموال محل الجريمة بالإضافة إلى رد ما حصله الجاني من ارتكابه للفعل.

أما وفق التعديل الجديد للقانون بموجب القرار بقانون (37 لسنة 2018) فقد تدارك المشرع ما اعتور القانون السابق من ثغرات ومايز بين جرائم الفساد من حيث خطورتها واعتبر بأن فعل الوساطة والمحسوبة والمحاباة يشكل جريمة جنحية نص صراحة على عقوبتها التي تتمثل في عقوبة ماسة بالحرية وهي الحبس من سنة حتى ثلاث سنوات وعقوبات ماسة بالذمة المالية تتمثل في الغرامة من خمسمائة دينار إلى خمسة آلاف دينار وبرد المتحصلات من الجريمة ويحسب للمشرع أنه جمع بين العقوبتين بحيث لم يترك للمحكمة الاختيار بينهما كما كان عليه النص السابق كما حدد مقدار الغرامة صراحة بعد أن كانت محددة ضمنا ومرتبطة بمقدار المتحصلات من الجريمة وهذا ما ورد في نص المادة 20/2/ب من القرار بقانون 37 لسنة 2018 المعدل حيث ورد فيها ما يلي: "يعاقب كل من أدين بجريمة إساءة استعمال السلطة أو قبول الوساطة والمحسوبة

134 الحديثي، فخري و الزعبي، خالد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 174 وما يليها.

135 براك، أحمد، دراسة تأصيلية تحليلية حول جريمة الوساطة والمحسوبة في القانون الفلسطيني، ص 16، مكي، محمد، جريمة الاتجار بالنفوذ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، (2007) ص 234، أبو الروس، أحمد، قانون جرائم التزييف والتزوير والرشوة واختلاس المال العام من الوجهة القانونية والفنية، دون طبعة، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث (1997)، ص 704

136 لمام، مازن، جريمة الوساطة والمحسوبة في التشريع الجزائري الفلسطيني، "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، (2018)، ص 55.

والمحابة التي تلغي حقا أو تحق باطلا أو عدم الاعلان أو الافصاح عن استثمارات أو ممتلكات أو منافع تؤدي إلى تضارب في المصالح إذا كانت الأنظمة والقوانين تستوجب ذلك ويكون من شأنها تحقيق منفعة شخصية مباشرة أو غير مباشرة للممتنع عن إعلانها أو إعاقه سير العدالة بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسمئة دينار ولا تزيد عن خمسة آلاف دينار ورد الأموال المتحصلة من الجريمة"

إلا أن المشرع لم ينص صراحة على عقوبات أخرى تكميلية لا في قانون مكافحة الفساد ولا في قانون العقوبات كما فعل المشرع المصري الذي نص على العقوبات التبعية في المادة 24 والمادة 25 من قانون العقوبات رقم (58 لسنة 1937 المعدل بالقانون رقم 95 لسنة 2003) وهذه العقوبات تتراوح ما بين العزل من الوظيفة والحرمان من بعض الامتيازات، اللهم ما ورد في المادة 31 من قانون مكافحة الفساد من حرمان من ارتكب إحدى جرائم الفساد من تولي الوظيفة العمومية، حيث ورد فيها "كل شخص صدر بحقه حكما باتا بارتكاب أية جريمة الفساد يحرم من تولي أية وظيفة عامة"، ولكن أرى بأن هذه العقوبات التكميلية في القانون الفلسطيني تخضع للأحكام العامة في القوانين المتفرقة التي تحرم من ارتكب الجرائم الماسة بالأمانة من بعض الحقوق كما ورد مثلا في قانون الانتخابات رقم (1 لسنة 2007)¹³⁷ الذي يحرم وفق المادة 4/45 من أدين بجريمة مخلة بالشرف والأمانة من الترشح لعضوية المجلس التشريعي، وكما ورد في قانون السلطة القضائية رقم (1 لسنة 2002)¹³⁸ الذي يمنع في مادته 3/16 المحكوم عليه من محكمة في جريمة مخلة بالثقة والأمانة من تولي القضاء أو التعيين في النيابة العامة، كذلك الأمر في قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10 لسنة 2005)¹³⁹ الذي يمنع بموجب المادة 18 منه المحكوم بجناية أو جنحة من الترشح لعضوية الهيئات المحلية، أضف إلى ذلك ما ورد في المادة الثانية من قانون تنظيم أعمال الوكلاء التجاريين رقم (2 لسنة 2000)¹⁴⁰.

الفرع الثاني: الإغفاء والتخفيف من العقوبة

بالرغم من تجريم فعل الوساطة والمحسوبة والمحابة إلا أن المشرع وكباقي جرائم الفساد أعفى من العقوبة المقررة في المواد السابقة كل من ارتكب جريمة أو اشترك فيها إن قام قبل الكشف عنها بتبليغ السلطات العامة عن ارتكابه لهذه الجريمة أو اشتراكه فيها وافصح عن الأموال المتحصلة منها وهو ما نص عليه المشرع في المادة "3/25 من القرار المعدل رقم (37 لسنة 2018) حيث جاء فيها "إذا بادر مرتكب جريمة الفساد أو الشريك فيها إلى إبلاغ السلطات العامة عن الجريمة قبل كشفها وعن المال المتحصل منها ورده، أعفى من العقوبة المقررة لهذه الجريمة على أن يقوم برد الأموال المتحصلة" على أن هذا الإغفاء لا يمنع عن المبلغ وصف التجريم ولكنه يمنع إنزال العقوبة فهو بمثابة العفو.

وتحفيزا لمرتكب الفعل أو الشريك فيه قرر المشرع أيضا وبعد الكشف عن الجريمة تخفيض عقوبة الحبس إلى النصف والإغفاء من الغرامة للفاعل أو الشريك الذي يتعاون مع السلطات العامة أثناء التحقيق ويعينها في الكشف عن الجريمة وعن مرتكبي الفعل المجرم أو الشركاء فيه وهو ما نص ورد في الشطر الثاني من النص السابق حيث جاء فيه "وإذا أعان

137 منشور في العدد رقم 72 من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2007/9/9

138 منشور في العدد رقم 40 من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2002/5/18

139 منشور في العدد رقم 57 من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2005/8/18

140 منشور في العدد رقم 32 من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2000/2/29

مرتكب جريمة الفساد أو الشريك فيها أثناء التحقيق معه على كشف الجريمة ومرتكبيها تخفض العقوبة إلى النصف ويعفى من عقوبة الغرامة" وبالرغم من هذا التوجه المحمود للمشرع الفلسطيني إلا أنه لم يراعي حسن الصياغة التشريعية لهذا الشق من النص وذلك عندما أورد عبارة " تخفض العقوبة إلى النصف " دون أن يبين مقصوداً بأن عقوبة الحبس هي التي تخفض إلى النصف، إذ قد يفهم من هذه الصياغة بأن الغرامة ليست جزءاً من العقوبة وذلك حينما أكمل النص بعبارة " ويعفى من عقوبة الغرامة"، فكان يجب عليه النص على تخفيض عقوبة الحبس إلى النصف والإعفاء من عقوبة الغرامة، وفي اعتقادي كان يتوجب على المشرع في حالة التخفيف - وكما اشترط للإعفاء من العقوبة- أن يشترط رد الأموال المتحصلة التي استولى عليها الفاعل أو الشريك المتعاون إن كان أي منهما قد استولى على شيء منها أو على الأقل الإدلاء بمعلومات عن مكان وجود هذه الأموال.

الفرع الثالث: عدم سقوط جريمة الوساطة والمحسوبية والمحابة والعقاب عليها بالتقادم وتعجيل التنفيذ

أما عن تقادم جريمة الوساطة والمحسوبية والمحابة وتقادم عقوبتها فبين المشرع بأن العقوبة على هذه الجريمة والعقوبة على ارتكابها وكغيرها من جرائم الفساد المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد والدعاوى المتفرعة عنها كدعوى الاسترداد والتعويض لا تنقضي بمرور الزمن وهو ما ورد في المادة (33)¹⁴¹ من قانون مكافحة الفساد المعدلة بموجب المادة 21 من القرار بقانون المعدل رقم (37 لسنة 2018) حيث جاء فيها "لا تسقط بالتقادم الدعاوى والعقوبات المتعلقة بجرائم الفساد وكذلك دعاوى الاسترداد والتعويض المتعلقة بها"

أما عن تنفيذ العقوبات المقررة وفق هذا القرار بقانون فبين المشرع بأنها واجبة التنفيذ تنفيذاً عاجلاً وهو ما يعني بأن الطعن في الأحكام الصادرة بشأن أي من جرائم الفساد بأية طريقة من طرق الطعن ليس من شأنه وقف تنفيذ العقوبة لحين البت في الطعن ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 4/25 من قانون مكافحة الفساد المعدلة بموجب المادة 20 من القرار بقانون 37 لسنة 2018 حيث ورد فيها "يكون التنفيذ المعجل واجب بقوة القانون لجميع الأحكام الصادرة بحق من أدين بإحدى الجرائم المحددة في هذا القرار بقانون ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك"

ونلاحظ بأن المشرع كان قد استحدث هذا الحكم الذي لم يرد بشأنه نص سواء في قانون مكافحة الفساد رقم (1 لسنة 2005) أو في القرار بقانون المعدل رقم (7 لسنة 2010) وهو نهج محمود للمشرع ويعد تطوراً في منظومة مكافحة الفساد بحيث لا يترك مجالاً للمدان لتهرب الأموال المحصلة من الجريمة أو إخفاء بعض الأدلة على ارتكابه الفعل.

ولكن يؤخذ على النص بأنه بعد أن جعل النفاذ المعجل واجب بقوة القانون أعطى سلطة تقديرية للمحكمة لتقرر تأخير تنفيذ الحكم، فهذا النص ظاهره أنه جعل النفاذ المعجل واجب بقوة القانون أي نفاذ معجل قانون والأصل فيه أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلافه، إلا أن باطنه ومن خلال السلطة التي منحها للقاضي يدل على أنه قضائي متروك للمحكمة أن تقرر خلافه، وإذا كان قصد المشرع كذلك، أي أن يكون التنفيذ المعجل قضائياً فكان يتوجب على المشرع أن يلزم القاضي الذي يقرر تأخير تنفيذ الحكم أن يفرض كفالة عينية أو شخصية بحسب العقوبة المفروضة تساعد في إمكانية تنفيذ الحكم بعد البت في الطعن المرفوع للمحكمة، أو النص صراحة على إصدار قرار بمنعه من السفر أو التحفظ على أمواله.

141 فقد ورد في النص الأصلي ما يلي "لا تخضع للتقادم قضايا الفساد وكل ما يتعلق بها من إجراءات"

الخاتمة

بعد أن تم تناول جريمة الوساطة والمحسوبية والمحابة من حيث مبررات تجريمها وخصائصها وأركانها والعقوبة عليها والاعفاء والتخفيف منها وطريقة تنفيذ الأحكام الصادرة بشأنها، كان لا بد من أن نختم لهذه الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات وفقا لما يأتي:

الاستنتاجات

بما أن هدف الدراسة كان يتمحور حول الجديد الذي أتى به المشرع في القرار بقانون رقم 37 لسنة 2018 المعدل لقانون مكافحة الفساد فقد توصلت ومن خلال تتبع التعديلات إلى النتائج التالية:

- 1- أضاف المشرع إلى وصف جريمة الوساطة والمحسوبية فعل المحابة أي التفضيل والميل بعد أن كانت الجريمة قاصرة على الوساطة والمحسوبية.
- 2- عدل المشرع في المادة الأولى من تعريفه لجريمة الوساطة والمحسوبية ليتلاءم التعريف مع تعديل وصف الجريمة، وبحيث اعتبر المشرع أن السلوك المنشئ لهذه الجريمة يتمثل في صورة فعل أو امتناع بعد أن كان التعريف السابق قاصرا على الفعل أي السلوك الايجابي دون السلبي.
- 3- عدل المشرع في وصف التجريم لهذه الجريمة بحيث أصبح ارتكابها يشكل جنحة بعد أن كان يشكل جناية حتى يكون هناك موافقة بين خطورة الفعل والعقوبة المقررة، وذلك من خلال تخفيض عقوبة جريمة الوساطة والمحسوبية والمحابة من الحبس من ثلاث سنوات حتى خمسة عشرة سنة إلى الحبس من سنة حتى ثلاث سنوات بالإضافة إلى تحديد الغرامة المالية لتصبح من خمسمائة دينار إلى خمسة آلاف دينار واسترداد المتحصلات من الجريمة، بعد أن كانت العرامة تقدر بقيمة المتحصلات واسترداد هذه المتحصلات.
- 4- بعد أن كان الشروع في جريمة الوساطة والمحسوبية متصورا وفقا للقواعد العامة في قانون العقوبات على اعتبار هذه الجريمة كانت تشكل جناية، أصبح الشروع غير متصور لجريمة الوساطة والمحسوبية والمحابة ذلك أن وصف التجريم قد تغير إلى جنحة والشروع في الجنح غير متصور إلا بنص قانوني خاص وهذا ما خلا منه قانون مكافحة الفساد.
- 5- إن جريمة الوساطة والمحسوبية والمحابة والعقوبة عليها لا تتقادما بمرور الزمن وأضاف المشرع في التعديل الأخير عدم تقادم دعاوى الاسترداد ودعاوى التعويض الناشئة عنها.
- 6- أكد المشرع وتشجيعا للفاعلين والشركاء على سقوط العقوبة دون وصف التجريم عن أي منهما إذا بادر قبل كشف الجريمة إلى الإبلاغ عن الجريمة ومرتكبيها ورد المتحصلات منها، كما أكد على تخفيض عقوبة الحبس إلى النصف وإسقاط الغرامة إن أتت هذه المبادرة بعد الكشف عن الجريمة وأثناء التحقيق.
- 7- اعتبر المشرع أن الأحكام الصادرة بحق مرتكبي هذه الجريمة وكغيرها من جرائم الفساد مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون ولكنه ترك للقاضي إمكانية النص على خلاف ذلك ودون أن يقيد القاضي بأية قيود وهو ما يقرب التنفيذ المعجل القانوني بهذه الصورة من التنفيذ المعجل القضائي.

التوصيات:

- 1- توجب على المشرع أن يراعي حسن الصياغة التشريعية للفقرة الثالثة من المادة 25 والخاصة بتخفيض العقوبة وذلك عندما أورد عبارة " تخفض العقوبة إلى النصف " دون أن يبين مقصده بأن عقوبة الحبس هي التي تخفض إلى النصف، إذ قد يفهم من هذه الصياغة بأن الغرامة ليست جزء من العقوبة وذلك حينما أكمل النص بعبارة " ويعفى من عقوبة الغرامة"، فكان يجب عليه النص على تخفيض عقوبة الحبس إلى النصف والإعفاء من عقوبة الغرامة.
- 2- كان يتوجب على المشرع في حالة التخفيف - وكما فعل في الاعفاء من العقوبة- أن يشترط رد الأموال المتحصلة التي استولى عليها الفاعل أو الشريك المتعاون إن كان أي منهما قد استولى على شيء منها أو على الأقل الإدلاء بمعلومات عن مكان وجود هذه الأموال.
- 3- كان يتوجب على المشرع بعد أن جعل النفاذ المعجل واجب بقوة القانون ألا يعطي للقاضي سلطة تقديرية لتقرر تأخير تنفيذ الحكم، فهذا النص ظاهره أنه جعل النفاذ المعجل واجب بقوة القانون أي نفاذ معجل قانوني والأصل فيه أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلافه طالما أنه متعلق بالنظام العام، إلا أن باطنه ومن خلال السلطة التي منحها للقاضي يدل على أنه تنفيذ معجل قضائي متروك للمحكمة أن تقرر خلافه، وإذا كان قصد المشرع كذلك، أي اعتبار التنفيذ المعجل قضائيا فكان يتوجب عليه تقييد سلطة القاضي الذي يقرر تأخير تنفيذ الحكم أن يفرض كفالة عينية أو شخصية بحسب العقوبة المفروضة تساعد في إمكانية تنفيذ الحكم بعد البت في الطعن المرفوع للمحكمة، أو على الأقل اتخاذ تدابير من شأنها أن تضمن تنفيذ الحكم بعد صيرورته قطعيا كتقديم كفالة عينية أو شخصية، أو منع المحكوم عليه من السفر.

أولاً: الكتب

- أبو الروس، أحمد، قانون جرائم التزيف والتزوير والرشوة واختلاس المال العام من وجهة النظر القانونية والفنية، دون طبعة، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث (1997)
- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، القاهرة، نقابة المحامين (1991)
- زين الدين، بلال، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن مقارنة بالشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي (2009)
- شاهين، عطية، قاموس المعتمد، بيروت، دار صادر للنشر والتوزيع (2000)
- الكيلاني، فاروق، جرائم الفساد، الطبعة الأولى، بيروت، دار الرسالة العالمية. (2011)
- الحديثي، فخري و الزعبي، خالد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (2010).
- عبد الستار، فوزية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية (1992)
- مكّي، محمد، جريمة الاتجار بالنفوذ، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، (2007)
- 9. حسني، محمود نجيب، الوجيز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية (1993)
- حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، بدون طبعة، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر (1984)
- المجالي، نظام، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (2010)

ثانياً: القوانين

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003.
- قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 وتعديلاته.
- قانون الكسب غير المشروع رقم (1) لسنة 2005.
- قرار بقانون مكافحة الفساد رقم (7) لسنة 2010 بتعديل قانون الكسب غير المشروع.
- قرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 بتعديل قانون مكافحة الفساد.

ثالثاً: الدوريات

- براك، أحمد، دراسة تأصيلية تحليلية حول جريمة الوساطة والمحسوبية في القانون الفلسطيني: أمان، بحث منشور في سلسلة تقارير الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة رقم (85)، فلسطين: (2014)
- الرقاد، محمد و الكساسبة، فهد، جريمة قبول الوساطة في التشريع الأردني وإشكالية التطبيق، دراسة مقارنة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، العدد 1، المجلد 43، جامعة تكريت، العراق (2016)

رابعاً: الرسائل العلمية

- لحام، مازن، جريمة الوساطة والمحسوبية في التشريع الجزائري الفلسطيني، "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، جامعة القدس، (2018).

خامساً: المواقع الإلكترونية

- <http://www.almaani.com>

مدى تأثير جائحة كورونا على عقود العمل في سلطنة عمان والاردن

د. يوسف احمد نوافله

استاذ مساعد- كلية الحقوق/جامعة السلطان قابوس-

قسم القانون الخاص

الملخص بالعربية

تهدف الدراسة الى بيان مدى تأثير جائحة كورونا على علاقات العمل في كل من سلطنة عمان والمملكة الاردنيه في ظل القرارات الصادر بالبلدين من الجهات المختصة بمتابعة الجائحه، كما تهدف الى معرفة طبيعة الجائحه القانونيه وهل هي قوه قاهره أم انها ظرف طارئ ومدى مواءمة التشريعات المعمول بها للتعامل مع الجائحه وكذلك مدى قانونية القرارات الصادرة عن اللجان المختصة بالجائحه مع احكام القانون.

وتركزت الدراسة على مشكلة تتعلق بقانونية القرارات الصادرة عن اللجنه العليا لمتابعة مستجدات كوفيد19 وعدم توافق هذه القرارات مع احكام قانون العمل العماني والاردني.

وانتهت الدراسة لضرورة تعديل التشريع العماني وتضمينه نصوصا تتعلق بوقف عقد العمل والاسباب الاقتصادية لانتهاؤه.

الكلمات الداله:

1-الجائحه 2-القوه القاهره 3-الظرف الطارئ 4-اللجنه 5-كورونا 6-اوامر الدفاع 7-قرارات اللجنه العليا

Abstract:

It is the study to indicate the extent of the corona passports impact on work relations in both the Sultanate of Oman and the Kingdom of Jordan in light of the decisions issued with the pandemic, as well as the extent of the legality of the decisions issued by the committees concerned with the pandemic with the provisions of the law.

The study focused on a problem that results from the legality of the decisions issued by the Supreme Committee to follow-up developments of Covid 19 and the incompatibility of these decisions with the provisions of the Omani and Jordanian labor law.

The study concluded that the Omani legislation should be amended by implementing provisions for the suspension of the work contract and the economic reasons for a point.

Key words:

1.The pandemic 2-Force Majeure 3.The emergency envelope. 4.The Committee 5.Corona 6.Defense orders. 7.The decisions of the Supreme Committee

أهمية الموضوع: انطلاقاً من الأوضاع الاقتصادية العالمية والمحلية لحالية، ولكون هذا الموضوع ذا أهمية حساسة لعلاقته المباشرة بالاقتصاد العماني وسوق العمل الذي قد انعكس سلبي على العمل والعمال بسلطنة عمان في الظروف الراهنة رأينا ضرورة التطرق إلى موضوع جائحة كورونا وتأثيرها على سوق العمل والعمال.

مشكلة البحث:

ندرة البحوث والمقالات القانونية التي تتحدث عن الجوائح والأزمات وتأثيرها في عقود العمل وكذلك عدم المقدرة للاطلاع على الكتب القانونية ذات العلاقة بسبب الوضع الراهن وإغلاق المكتبات الأمر الذي تسبب لنا بصعوبة الحصول على المصادر العلمية.

إشكالية البحث:

إزاء كل هذه القرارات الصادرة من اللجنة العليا في سلطنة عمان والمشكلة من الحكومة والقرارات الصادرة عنها حول وضع العمال في ظل قرارات العديد من الشركات بتسريح العمال أو تخفيض أجورهم أو وقف عقودهم يثور التساؤل عن مدى قانونية تلك القرارات، وذلك ما نحاول الإجابة عليه في ضوء أحكام قانون العمل العماني رقم 35 لسنة 2003 ، ويتوجب علينا أن نلقى النظر على عدد من النظريات القانونية (القوة القاهرة والظرف الطارئ) التي تمهد لوضع إجابة عن التساؤل المثارة، وهو مدى قانونية ما اتخذته الشركات واللجنة المشكلة من قبل الحكومة من إجراءات حيال العاملين في القطاع الخاص على النحو المبين سلفاً. وتلك الإشكالية الرئيسية تثير تساؤلات كثيرة فرعية يحاول أن يجيب عليها الباحث في هذه الدراسة وهي كالتالي:

هل تحدث المشرع حول مفهوم القوة القاهرة أو الظرف الطارئ في قانون العمل العماني؟

ما هي حالات القوة القاهرة التي يعتد بها القانون؟

ما هي حالات الظرف الاستثنائي التي يعتد بها القانون؟

هل توجد في قانون العمل العماني مواد تتحدث عن إدارة الإزمات؟

هل قانون العمل العماني تعامل بالفصل بالسبب الاقتصادي؟

هل يجوز لصاحب العمل تخفيض الرواتب للعاملين لديه في ظل هذه الظروف؟

هل يحق لصاحب العمل اجبار الموظفين على استغلال إجازاتهم السنوية في ظل هذه الظروف؟

هل يجوز لرب العمل إلزام موظفيه بسياسات العمل عن بعد في ظل هذه الظروف؟؟

هل قيام صاحب العمل في ظل هذه الظروف بالاستغناء عن العمال يعتبر من قبيل الفصل التعسفي؟

منهجية الدراسة:

جاءت هذه الدراسة تحليلية، إذ اعتمدنا في بحث هذا الموضوع على تحليل النصوص التشريعية الخاصة لقانون العمل، وقواعد قانون المعاملات المدنية ذات العلاقة وذلك لاستخلاص أحكام وقواعد عامة وكذلك النظر الي المبادئ الصادرة عن المحكمة العليا التي تحدثت حول موضوع القوة القاهرة والظرف الطاري.

هيكلية الدراسة: اعتمدنا لتقسيم هذا البحث إلى مبحثين المبحث الاول يضيء على القوة القاهرة والظرف الطارئ. والمبحث الثاني من هذه البحث فيتمحور حول الآثار القانونية المترتبة عن قرارات اللجنة المشكلة لمتابعه فيروس كورونا. مقدمة:

يواجه العالم في الوقت الحالي ازمة حادة نتجت عن فيروس كوفيد-19 او كورونا أدت الى توقف تام لكثير من المرافق الاقتصادية في الدول ونتج عنها آثارا قانونية واقتصادية سيئه وطرح العديد من المشكلات والتساؤلات امام الخبراء من اقتصاديين وقانونيين وأدت للإخلال بكثير من الالتزامات.

لقد انطلقت كل نظريات وآراء الاقتصاديين من أن الأساس في الاقتصاد هو التوازن والاستقرار، وأن الاستثناء هو الأزمات، لكن وتيرة الأزمات الاقتصادية المتكررة وتلاحقها عالميا تعارضت مع ذلك حتى أصبحت القاعدة هي الأزمات والمشاكل الاقتصادية، وصار الاستثناء هو الاستقرار وهذا لما شهده تاريخ دول العالم من أزمات اقتصادية كل أزمة تختلف عن الأخرى وتتعدد أنواعها، وتتنوع حسب المواقف والأحداث التي تنشأ بسببها تبدأ كأزمات إقليمية تصيب أسواقاً واسعة غالباً ما تتحول إلى أزمات عالمية كما حصل في ثلاثينات القرن الماضي وخلال الثمانينات ثم التسعينات من نفس القرن في السوق الآسيوية، وكما يحصل الآن في العالم من جائحة كورونا.

وقد ادت الجائحة التي تسود العالم الان الى اثارا سلبية على الاقتصاد نتج عنها العديد من المشاكل القانونية واهمها ما يتعلق بسوق العمل حيث سرح الاف العمال من وظائفهم واصبحو بدون مصدر دخل مما أثر على النواحي الاجتماعيه والسياسيه والاقتصادية للدول وتنوعت الاراء حول طبيعة هذا التسريح وأسبابه ومبرراته ما بين الاسباب الاقتصادية او القوة القاهرة والظرف الطارئ.

ونظرا لأهمية العلاقة بين العامل ورب العمل وتأثر ذلك على النواحي الاجتماعيه والاقتصادية والسياسيه للدول فقد ارتائنا من خلال هذا البحث دراسة تأثير ازمة جائحة كورونا على علاقات العمل وتسريح العمال.

وسيتم تناول هذه الدراره من خلال مبحثين ومطالب لكل مبحث وفروع

المبحث الاول:الطبيعه القانونيه لفيروس كورونا

المطلب الاول:امكانية اعتباره قوه قاهره

المطلب الثاني:امكانية اعتباره ظرف طارئ

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن القرارات الصادرة عن اللجنة المشكلة لمتابعة الفيروس في من سلطنة عمان والاردن

المطلب الاول: التعليق على قرارات منشآت القطاع الخاص واللجنة المشكلة لمتابعة الفيروس في سلطنة عمان

المطلب الثاني: التعليق علي أمر الدفاع 6 بالمملكة الأردنية الهاشمية

المبحث الاول

الطبيعة القانونية لفيروس كورونا

أثارت جائحة فيروس كورونا الخوف والرهبة في عالم المال والأعمال على صعيد شخصي وحكومي ومؤسستي. ويوجد عالم الأعمال نفسه اليوم أمام تحديات جسيمة تجبره على اتخاذ قرارات صعبة جدا. ومما لا شك فيه أن انتشار وباء فيروس كورونا أدى إلى حدوث أزمة اقتصادية كبيرة في عدد من الأنشطة والقطاعات الاقتصادية، مثل قطاع السياحة والنقل والطيران وغيرها من القطاعات الأخرى التي تأثرت بصورة سلبية جراء هذا الوباء. وبالمقابل هناك قطاعات اقتصادية أخرى ازداد رواجها واستفادت من الأزمة وحققت معدلات ربحية لم تكن تحققها قبل الأزمة، على سبيل المثال قطاعات صناعات المطهرات والمعقمات وشركات الأدوية والصيدليات وطلبات التوصيل. وفي نطاق الأنشطة التي تأثرت سلباً من جراء انتشار فيروس كورونا وكرد فعل للخسائر التي منيت بها تلك الأنشطة، وفي محاولة لوقف نزيف تلك الخسائر اتخذت بعض من الشركات قرارات اختلفت في حداثها ولكنها جميعاً أثرت على دخول العاملين بها ما بين خفض للرواتب او انهاء للعلاقات العقدية¹⁴².

جائحة كورونا التي اجتاحت العالم واخترقت الحدود والفئات والطبقات من الوقائع التي ستسجل في التاريخ إلى جانب وقائع مماثلة عرفها سكان الكرة الأرضية في القرن العشرين مثال ذلك الحربين العالميتين الأولى والثانية، وكذلك الأزمة الاقتصادية لسنة 1929، وانهييار المعسكر الشرقي، وسقوط جدار برلين. ستكون الجائحة موضوع دسم لبحوث ودراسات وندوات ومناقشات علمية وعملية لمراكز البحوث ولقادة الفكر الاستراتيجي، من كل الزوايا الاقتصادية والاجتماعية والنفسية والجيوسياسية، من أجل بيان التحولات المحتملة على النظام العالمي وعلاقات القوة وتوازنها وانتقالات مركزها، ومنذ الآن بدأت تظهر القراءات والتحليل في المستويات المشار إليها.

¹⁴². تم انهاء عقود كثر من 150 الف عامل في الولايات المتحدة وقامت شركات الطيران البريطانيه بعرض اجازات بدون اجر لموظفيها البالغ عددهم اثر من 45 الف وفي السلطنة تم خفض اجور العمال وكذلك في السعوديه. لمزيد من التفاصيل انظر مقالا بعنوان: الآثار القانونية لفايروس كورونا كوفيد-19، مكتب محمد بن عفيف للمحاماه، متاح على الموقع الالكتروني affilaw.com تاريخ الدخول: 200/117 الساعة 9:35 مساء.

لكننا في هذا البحث اخترنا أن نثير باختصار أهم الاشكاليات حول التحولات الطارئة أو المحتملة لهذه الأزمة على مستوى منظومة العمل والعمال بالقطاع الخاص ومدى تأثيرها بسوق العمل بسلطنة عمان خصوصا وتنتقل الي الحلول والمقترحات التي قدمتها اللجنة العليا المكلفة ببحث آلية التعامل مع التطورات الناتجة من انتشار فيروس كورونا التي لم تدخر اللجنة العليا جهدها اذ رصدت منذ الوهلة الاولي لانعقادها الكثير من القرارات الاستباقية للحد من انتشار الفيروس للتعامل مع هذا الوباء وشملت القرارات غلق ما نسبته 45% من المحلات التجارية وتقليل حركة الافراد وتقليص عددا لعاملين في كل القطاعات وتقييد حركة الطيران المدني الامر الذي أوجدت تلك القرارات الكثير من الازمة لدي مجموعه من شريحة المجتمع وتأثر بها فعليا شريحة كبيرة منهم حيث أن تلك القرارات قد أصابت مفاصل الاقتصاد العماني بالشلل شبه التام وتلك القرارات بطبيعتها الحال وسيؤدي إلى نزاعات تنشأ بين الأطراف المتعاقدة بسبب الآثار التي خلفتها هذه الجائحة يتطلب الوضع تحليلاً قانونياً دقيقاً من قبل المؤسسات تجاه زبائنها، وأرباب العمل اتجاه عمالها. الدائنين تجاه المدينين والمزودين تجاه المستهلكين والأهم من ذلك، ما إذا كان يمكن أن تعتبر جائحة مبررا لمثل هذه التصرفات قانوناً أم لا. ومن هنا كان لا بد لنا من ان نتطلع الي الخوض في هذا الحديث حول اثار هذه الجائحة على قانون العمل ولكن قبل الخوض في ذلك لا بد لنا أولاً ان نتطرق الي الحديث حول مفهوم القوة القاهرة والظروف الاستثنائية ومدى إمكانية ربطه الجائحة بها من عدمه ومن ثم نتحدث حول تلك الاثار ومدى انسجامها مع قانون العمل العماني والقرارات الصادرة لتنفيذه.

المطلب الأول : امكانية اعتبار الجائحة قوة قاهرة

قد يواجه عقد العمل بعد اجتماع عناصره ما يعوقه ويجعل من تنفيذه مستحيلا وللاستحالة أنواع اختلف الفقه حول تقسيمها، لذلك سنتعرض في هذا المطاب انواع الاستحالة التي قد يمر بها هذا العقد (نظرية القوة القاهرة)، وإذا كانت الاستحالة هي قوام نظرية القوة القاهرة فهي أيضا قوام نظرية الظروف الطارئة، لذلك سنلقي النظر في (المطلب الثاني) على نظرية الظروف الطارئة باعتبارها نظاما قانونيا يتشابه مع نظرية القوة القاهرة لإزالة اللبس والغموض بين النظريتين.

عقد العمل، كأى عقد او التزام اخر، يولد وينشأ ويتبرع ثم ينتهي بحلول أجله المحتوم، وهو ينقضي بطرق مختلفة قد تلعب فيها الإرادة المنفردة لأحد أطراف علاقة العمل دورا رئيسيا كالاستقالة بالنسبة للعامل، أو كالإعفاء بالنسبة لصاحب العمل¹⁴³، كما قد ينتهي عقد العمل بالإرادة المشتركة لطرفين في نطاق الصلح أو الإقالة الاختيارية الي جانب هذه الحالات قد ينتهي عقد العمل بفعل قوة قاهرة وبعض القوانين لم تنص صراحة على القوة القاهرة كسبب من أسباب انتهاء عقد العمل، مثل ما هو عليه الوضع في قانون العمل العماني أما البعض الآخر وعدده قليل فقد نص عليها صراحة كما هو الشأن بالنسبة للقانون التونسي لسنة 1966 والذي نص في الفصل 14 على أنه : «ينتهي عقد الشغل... عند تعذر الإنجاز الحاصل إما من أمر طارئ أو قوة قاهرة حدثت قبل أو أثناء إنجاز العقد أو وفاة العامل " .

¹⁴³ د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1983، بيروت ص 233-234.

وقد أخذ المشرع المصري بنظرية القوة القاهرة في عقود العمل في المادة 697 من القانون المدني المصري والتي تنص على "لا يفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل ويراعى في فسخ عقد العمل لوفاة العامل أو لمرضه مرضاً طويلاً أو لسبب قاهر آخر....".

وبالنسبة للقانون المغربي، نص الفصل 745 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "إجارة الصنعة وإجارة الخدمة تنفيضان... باستحالة التنفيذ الناشئة إما بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة".

أما المشرع العماني في قانون العمل فلم يتطرق للقوة القاهرة كسبب لانتفاء علاقته التعاقدية بين العامل ورب العمل وبالتالي يمكن اللجوء للقواعد العامة الوارد في قانون المعاملات المدنية العماني المادتين 159 و172.

والقوة القاهرة مفهوم غير دقيق وعرفها الفقه "كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، غير متوقع الحصول عند التعاقد، وينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد مرهقا إرهاقا شديدا، ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن حد المألوف"¹⁴⁴ وعرفها الفقيه الفرنسي أو لبيان بأنها "كل قوة لا يمكن¹⁴⁵ مقاومتها"، وتعرف القوة القاهرة أيضا بأنها "صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه وبين الضرر الذي لحق بالمدعي، كما تعرف على أنها كل حادث خارجي عن الشيء، لا يمكن توقعه، ولا يمكن دفعه مطلقاً"¹⁴⁶، كما عرفت بأنها "كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه ولم يمكنه توقعه ولا منعه ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلا"¹⁴⁷.

ومن أجل الإحاطة أكثر بمعناها لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون حيث تعرف القوة القاهرة بأنها هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية والفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد وغارات العدو وفعل السلطة الذي يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه، والقوهالقاهرة تجد مصدرها في الشريعة الاسلاميه في باب الجوائح وهي كل ما لا يمكن دفعه كالبرد والحر والنار والجراد وغيرها¹⁴⁸. وقد أفرز الاجتهاد القضائي عدة تطبيقات للقوة القاهرة ورتب عنها آثارا قانونية، تتراوح ما بين الصرامة في تطبيق شروط القوة القاهرة حفاظا منه على استقرار العمل، وبين المرونة في فهم واقع العمل المتردي تارة أخرى. وهكذا احتدم النقاش بين أطراف علاقة العمل حول طبيعة الأزيمة الاقتصادية الخانقة التي تصيب الاعمال وهل يجب اعتبارها قوة قاهرة أم لا؟ وقد أدلى الفقه بدلوه في هذا النقاش الهام

144. د. خالد الحميري، القوة القاهرة والظروف الطارئة اتفاق واختلاف، مقال متاح على موقع صحيفة الاقتصادية، aleqt.com تاريخ الدخول السب11/2007/10 الساعة 10 مساء.

145 محمد شتا ابو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، العددان 393-394، سنة 74، مصر، ص 1

146 اللاتزامات التعاقدية خلال «البأئة» تخضع لنظريتي «القوة القاهرة» و«الظروف الطارئة»، مقال على موقع لوسيل الاخباري متاح على الموقع الإلكتروني: <https://lusailnews.net/article/knowledgegate/files/26/04/2020/> تاريخ الدخول 2020/7/12 الساعة 11 صباحا.

147. د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، مصر 1949 ص 412.

148 المستشار محمد موسى مرعي، اللاتزام بعقود العمل في الشريعة الإسلامية، مقال متاح على موقع مقال:

<https://mqqal.com/2020/04/> تاريخ الدخول 2020/7/10 الساعة 3 عصرا.

كما أن القضاء لم يبق بمعزل عنه. غير أن الأهم في كل ذلك هو الوقوف عند الشروط القانونية التي تتحقق من خلالها القوة القاهرة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يشترط في القوة القاهرة التي ينقضي بها التزام المدين ان تكون امرا لا قبل للمدين بدفعه او التحرز منه، ويترتب عليه استحالة تنفيذ التزام الشركة بدفع الفوائد...." ¹⁴⁹

الفرع الاول: شروط القوة القاهرة

تعرف «القوة القاهرة» على أنه صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه، وبين الضرر الذي لحق بالمدعي؛ أي أنه يمثل كل حادث خارجي عن الشيء لا يمكن توقعه، ولا يمكن دفعه مطلقاً. وتنشأ القوة القاهرة إما عن فعل الطبيعة، كالزلازل والصواعق والفيضانات والثلوج، أو عن فعل الإنسان، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

وقد أخذ المشرع العماني بنظرية القوة القاهرة في قانون المعاملات المدنية حيث تنص المادة 172 منه على أنه: "١ - في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

٢ - إذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء الذي استحال تنفيذه، وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط إعدار المدين ¹⁵⁰.

ومن خلال هذا التعريف تبين لنا ان شروط القوة القاهرة هي كالتالي:

• شرط عدم التوقع:

القضاء يرفض الدفع بالقوة القاهرة إذا كان في استطاعة المدين أن يتوقع حدوثها، ونضرب مثالا على هذا الأمر بالنسبة لأحد أرباب العمل الفرنسيين الذي تجاوز الحد المسموح له من أجل توظيف أو تشغيل عمال أجنبى ولما رفضت السلطة الإدارية المختصة تجديد بطاقات عمل البعض منهم لم يفلح في أن يتذرع بالقوة القاهرة كسبب لإنهاء عقد العمل لأنه كان في وسعه توقع عدم موافقة الإدارة على التجاوز في تشغيل العمال الأجنبى كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن حالة غرق مصنع بسبب فيضان نهر يحدث دورياً هو أمر متوقع وبالتالي ليست هناك قوة القاهرة. ومعيار عدم التوقع معيار موضوعي يتطلب أن يكون عدم التوقع مطلقاً، فلا يكفي فيه أن يكون غير ممكن التوقع من جانب المدين، وإنما أيضاً يجب أن يكون غير ممكن التوقع من جانب أكثر الناس حيطة وحذراً. ويترتب على ذلك أنه إذا كان الحادث متوقعاً، فإنه لا يعفي من المسؤولية، ومثال ذلك سقوط الثلوج في فصل الشتاء في مدينة معروف عنها حدوث ذلك كل موسم هو أمر متوقع ومن ثم لا يعد قوة قاهرة، ويختلف الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه عدم إمكانية التوقع تبعاً لنوع المسؤولية، ففي المسؤولية العقدية يجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع

¹⁴⁹ د. عبد الحكيم فودة، آثار الظرف الطارئ والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية 2014 ص 176-177.

¹⁵⁰ قانون المعاملات المدنية العماني رقم 29 لسنة 2013.

لحظة انعقاد العقد، أما في المسؤولية التقصيرية فيجب توافر عدم إمكان التوقع لحظة وقوع الحادث¹⁵¹. ويقول الفقيه كامرانك في كتابته¹⁵² بخصوص ربط القوة القاهرة بالأزمة الاقتصادية والجوائح، فهي لا تغيب عن ذهن رجال الأعمال ويمكنهم توقعها. ولا تعد قوة القاهرة ولن يقبل منهم مثل هذا الدفع بل يمكن أحيانا دفعها والتغلب عليها إن توافرت الإمكانيات والإرادات الحسنة¹⁵³.

• شرط عدم الدفع

هذا الشرط فالحقيقة مرتبطة بالشرط السابق. لأن المرء كلما استطاع توقع الخطر الذي يهدد مصالحه، سهل عليه بالتالي دفع هذا الخطر في غالب الأحيان، أو على الأقل يتمكن من أخذ الاحتياطات الضرورية. **ولهذا جاز القول باختصار بأنه كلما توقع دفعه فلا يكفي لقيام القوة القاهرة عدم إمكانية توقع الحادث، بل يجب إضافة لذلك أن يستحيل دفعه، ومعنى ذلك أن الحادث يجب أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام مطلقة، فإذا استطاع المدين دفع الحادث ولم يفعل، فلا يعفي هذا الحادث المدين من المسؤولية حتى لو كان غير ممكن التوقع. ولا فرق هنا بين أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام مادية، كالزوال، أو أن تكون الاستحالة معنوية، كما لو التزم شخص بالقيام بعمل معين في يوم محدد، وأخل بذلك نتيجة وفاة والده، ومن ثم تعفي من المسؤولية إذا كانت غير ممكنة التوقع أيضاً، وهذا الشرط هو تطبيق للقاعدة القائلة: "لا التزام بمُحال". وعلى ضوءه قضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في القضية المعروفة بقضية فندق مرعبا، قضت بما يلي: «حيث إن رب العمل إذا كان مضطراً إلى إغلاق مؤسسته من أجل القيام ببعض الإصلاحات في البناية أو غيرها فإنه لا يحق له إنهاء عقد العمل الذي يظل معلقاً أو متوقفاً عن إنتاج آثاره القانونية ليس إلا. وذلك إلى حين استئناف المؤسسة لنشاطها الطبيعي وكل خروج عن هذا المبدأ يقع تحت طائلة التعسف في استعمال الحق ولا يعتبر هذا الإغلاق بمثابة قوة القاهرة ما لم تتوفر شروطها القانونية¹⁵⁴.**

• أن يكون الحادث خارجياً لا علاقة للمدين فيه

أي إلا يكون هناك خطأ من المدعى عليه، فإذا تسبب المدعى عليه بوقوع الحادث أو ساعد على وقوعه، فلا يعدّ الحادث قوة القاهرة حتى لو توافر فيه الشرطان السابقان؛ ومن ثم لا يعفي من المسؤولية. مثال علي ذلك قيام

¹⁵¹ قضت محكمة النقض المصريه بانه "يصح اعتبار الفيضان العالي غير المنتظر قوه قاهره يكون من اثرها إعفاء المدين من تنفيذ التزامه، ولا ينفي اعتباره كذلك سبق وقوعه في الماضي-فإذا كان الحكم المطعون فيه يفيد ان الفيضان على إطلاقه لا يعتبر قوه قاهره لإمطان توقعه، ولم يبحث ما تمسك به الطاعن من أن الفيضان الذي اتلف زراعته كان فيضانا استثنائياً لم يكن في الوسع توقعه، فإن الحكم قد شابه قصور في التسييب"

د. عبد الحكيم فوده، مرجع سابق، ص 178-179.

¹⁵² د. خالد بنى حمد، الفرق بين القوه القاهرة والظروف الطارئة: دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، المجلة الاردنية للدراسات الاسلاميه، العدد 2، 2006، ص 4.

¹⁵³ د. عبد القادر ورسمه غالب، القوه القاهرة في العقود، مقال متاح على صحيفة عمان، الموقع الالكتروني:

<https://www.omandaily.com/?p=495512> تاريخ الدخول 2020/7/11 الساعة 11 ليلا، د. خالد بنى حمد، مرجع سابق، ص 5.

¹⁵⁴ د. محمد محيي الدين، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دار المطبوعات الجامعيه، مصر، 2007، ص 529.

صاحب العمل الذي أقام مصنعه بجانب نهر يتعرض لفيضانات دورية فلا يستطيع هنا صاحب العمل بأن يدفع بالقوة القاهرة لكون صاحب العمل قد أخطأ في مكان وجود المصنع في موقع تقع عليه فيضانات كما هو معروف¹⁵⁵.

• استحالة تنفيذ

إن تحقيق هذا الشرط هو نتيجة لتوافر الشروط الثلاث الأولى أو هو خلاصة لها، بمعنى أنه إذا لم يستطع صاحب العمل توقع القوة القاهرة ولم يتمكن من دفعها ولم يصدر عنه أي خطأ، فمن المحتمل جدا أن يتعذر عليه تنفيذ عقد العمل الذي يربطه بالعامل¹⁵⁶ وهو ما يسمى بالاستحالة في تنفيذ الالتزام وهو شرط ضروري بمعنى أن توافر الشروط الأولى لا تغني عن شرط الاستحالة لنضرب مثال علي ذلك حريق اندلع في مصنع، فبالرغم من كونه حدثا فجائيا غير قابل للتوقع، ولا للدفع ولا يد للمدين فيه، فلا يمكن اعتباره قوة القاهرة من شأنها أن تنهي عقد العمل طالما أن صاحب العمل عرض على العامل استئناف العمل بعد مدة من الحريق . وهكذا نلمس في هذا المثال بأن الاستحالة لم تكن مطلقة بالنسبة لهذا المدين، وإنما هي استحالة نسبية لأنها محدودة في ظرف زمني معقول. ويرى الفقه¹⁵⁷ والقضاء أن تنفيذ الالتزام إذا لم يكن مستحيلا، وإنما صاحبه ظروف جعلت من تنفيذه أكثر كلفة أو أكثر إرهاقا بالنسبة للمدين، فإنه لا يسوغ التمسك بالقوة القاهرة، رغم ما ينطوي على ذلك من خسائر مادية فادحة بالنسبة للمدين. من كل ما سبق نخلص إلى أن الاستحالة في التنفيذ، إما أن تكون مؤقتة، أو نسبية، وإما أن تكون نهائية، أو مطلقة. فالاستحالة لمدة قصيرة لا تشكل قوة القاهرة مادام هناك أمل يلوح في الأفق لاستئناف علاقة العمل بين الطرفين أما الاستحالة المدة طويلة فهي تقضي على عقد العمل من غير أن يعزى الإنهاء لهذا الطرف أو ذاك. وقد تكون الاستحالة أيضا جزئية، بمعنى أنها تصيب جزءا فقط من العمل وتدمره. أما الجزء الباقي من العمل قد يظل سالما ويمكن أن يستمر تنفيذ عقد العمل في هذا النطاق، إن كان ذلك ممكنا، وعلى العموم الاستحالة النسبية هي أفضل من المطلقة لأنها ترفق بحال المتضررين، وتضمن للعامل استقرار العمل على عكس الاستحالة المطلقة التي تبدد كل أمل في ضمان الحفاظ على مصدر لقمة العيش، وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حكما في قضية حاول فيها صاحب العمل أن يقنع القضاء بأنه لازال من المستحيل عليه تشغيل العامل على ظهر باخرة لأنها توجد بها رهن الحجز، فكان جواب المحكمة بأن العامل يعمل مع شركة وليس مع سفينة وحفاظا على مبدأ استقرار العمل يجب أن تشغله في المرافق الأخرى للشركة غير السفينة¹⁵⁸ ويرى بعض الفقهاء أن التوقف عن العمل بفعل استحالة مؤقتة قد ينقلب إلى استحالة مطلقة - أي إلى قوة القاهرة - إن طال أمد هذا التوقف وعندئذ لم يعد لتنفيذ عقد العمل أي معنى فهل عنصر الزمن هو المعيار الأساسي الذي يمكن اعتماده لأجل التمييز بين ما هو نسبي وبين ما هو مطلق في شرط الاستحالة؟ حيث يقول هؤلاء الفقهاء ليس المستبعد أن نقبل بهذا المعيار، لكنه وحده يعد غير كاف ما لم نتعرف على طبيعة الأزمة التي حلت بالعمل هل هي عرضية أم بنيوية. فإذا كانت الأزمة أو الحادث الفجائي عابرا وعرضيا، فإنه يمكن القول بأن عامل الزمن وحده

¹⁵⁵ د. خالد بنني حمد، مرجع سابق، ص 4.

¹⁵⁶ أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي حميد اية صالح ريسلة ماجستير جامعه الفاتح كلية القانون ليبيا، 2009 ص

2.

¹⁵⁷ خالد بنني حمد، مرجع سابق، ص 5.

¹⁵⁸ د. عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 517.

كفيل بإرجاع الأمور إلى نصابها، شريطة ألا تتجاوز هذه الأزمة مدة زمنية معقولة، وبعدها يمكن لأي طرف أن ينهي عقد العمل من غير أن يتحمل مسؤولية هذا الإنهاء. ومثال هذه الحالة بانقطاع التيار الكهربائي الأسباب تقنية تهم مصلحة توزيع الكهرباء أو قلة المواد الأولية لأسباب سياسية أو دولية (كحصار الدولة اقتصادياً)، وبديهي أننا نفترض مسبقاً أن صاحب العمل لم يرتكب من جانبه أي خطأ تسبب في وقوع هذه الأزمة العرضية. أما إذا كانت القوة القاهرة تمس بنية العمل كزلزال أو حريق دمر مؤسسة أو مصنع وحولها إلى ركام من تراب في ظرف زمني لم يتعدى بضع دقائق، أو ساعة من الزمن، فإنه لم يعد هناك أمل في استئناف علاقة العمل بين الطرفين، والتي انتهت فوراً بسبب هذا الحادث¹⁵⁹.

هذه هي الشروط الأربعة التي يجب توافرها لكي تتحقق القوة القاهرة وإن كان البعض يرى أن اجتماعها أمر استثنائي أو نادر ويجب علينا أن نوضح أن من يدعي وجود القوة القاهرة يقع عليه عبء إثباتها وغالباً ما يكون هو صاحب العمل لأنه مدين بتقديم العمل إلى العامل الذي يجد نفسه أمام الأمر الواقع ولا يمكنه أن يغير من مجراه شيئاً. ويكون لقاضي الموضوع سلطة لتقدير الوقائع المعروضة عليه للقول بوجود قوة القاهرة أم لا ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا¹⁶⁰.

الفرع الثاني: أثر القوة القاهرة

وفقاً للمادة 172 من قانون المعاملات المدنيّة إذا توافرت شروط القوة القاهرة فإن الأثر الطبيعي الذي يترتب عليها هو انتفاء مسؤولية المدين التعاقدية عن نتائج عدم التنفيذ إذا كانت الاستحالة تامه أما إذا كانت الاستحالة جزئية فينقضي الجزء الذي استحاله تنفيذه، ولا يقتصر أثر القوة القاهرة على ذلك فقط بل يمتد إلى انفساخ العقد بحكم القانون وبهذا فإن القوة القاهرة تعد سبباً لانقضاء العقد واختفائه لا سبباً للحفاظ عليه وبقائه¹⁶¹. وقد قضت محكمة النقض المصريّة في الطعن رقم 26 سنة 23 ق جلسة 1956/12/27 ص 1022 على "تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوه قاهره هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية ما دامت قد اقامت قضاءها على اسباب سائغه"، كما قضت بتاريخ 1983/5/25 المكتب الفينال سنة 34 رقم 258 ص 1311 على انه:....وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوه قاهره هو تقدير تملكه محكمة الموضوع بشرط أن تلتزم هذه الاسس القانونيه وأن تقيم قضاءها على اسباب سائغه تكفي لحمله¹⁶².

المطلب الثاني: امكانية اعتبار الجائحه ظرفاً طارئاً

159. د. عبد الحكيم فوده، مرجع سابق، ص 169-189، د. محمد محيي الدين، مرجع سابق، ص 530.

160. د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ص 338، بدون سنة ودار طبع.

161. اية صالح حميد، مرجع سابق، ص 3

162. د. عبد الحكيم فوده، مرجع سابق، ص 181-183.

إن الأزمات اليوم كما قلنا سابقا سمة العصر، بل قد أصبح يترتب عليها نتائج كارثية بالغة القسوة كالارتفاع الجنوني في الأسعار، أو الانخفاض الشديد لقيمة العملة، وعدم حصول الاجير على أجره وهذه الأزمات لا تقتصر على الظروف الاقتصادية -وان كانت اغلبها هي كذلك- بل قد تكون ظروف سياسية أو إدارية أو أية ظروف أخرى تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي. ويترتب على هذه الظروف إصابة الضرر في العلاقة التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة وهو ما سندرسه في مجال العقود العمالية، فالعامل وصاحب العمل قد يجدون أنفسهم في حال يرثى لها لا سيما أن هذه الظروف لم تكن في مخيلتهم عندما أبرموا العقود، وإنما طرأت أثناء تنفيذ العقد بصورة مفاجئة وغير متوقعة.

فالعقد بالنسبة لطرفيه يقوم مقام القانون فهو قانونهما الاتفاقي وتقوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على الاحترام المتبادل لكل من المتعاقدين لما التزموا به وتؤدي إلى استقرار المعاملات. وهذه القاعدة ملزمة للقاضي أيضا كقاعدة عامة حيث لا يمكنه تعديل العقد الا في حالات استثنائية قد نظمها المشرع بيد سلطة القاضي التي تجعل تنفيذ العقد أمرا مرهقا للمدين وحرصا من القضاء على تمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية في ظل هذه الظروف الطارئة ، ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة والتي استطاع من خلالها معالجة الآثار التي تحدث أثناء تنفيذ العقود بتقرير حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء الظروف الطارئة من أجل تمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته للمحافظة على الاستمرار بانتظام واطراد حيث أوجزت المادة (١٥٩) من قانون المعاملات المدنية العماني هذه النظرية حيث نصت إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وقت التعاقد وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

الفرع الاول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن هناك ثمة شروط يتعين توافرها حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة علي أرض الواقع، فقد تشدد القضاء في وجوب توافر هذه الشروط مجتمعة وهي كالتالي:

• أن يكون الالتزام تعاقديا

عقد. إذ إن يشترط في تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الالتزام الملقى على عاتق المدين ناشئا عن: وبصدد هذا الشرط يمكن أن يثار التساؤل الآتي كل التزام لا ينشأ عن عقد لا تسري عليه أحكام هذه النظرية هل يسري تطبيق النظرية على جميع أنواع العقود أو لا بد من التمييز بين هذه العقود من حيث طبيعتها والمدة التي تستغرق لتنفيذها؟ إن الإجابة عن التساؤل السابق تتطلب البحث في طبيعة العقود التي تنطبق عليها النظرية، والبحث في عامل المدة بالنسبة للعقود التي تنطبق عليها هذه النظرية وعلى النحو الآتي¹⁶³

إن إطلاق النص في القانون المدني يوحى بان تطبيق النظرية يشمل جميع أنواع العقود، إلا أن شرط عدم توقع الحادث الاستثنائي، وهو أحد الشروط الرئيسية التي تقوم عليها النظرية والذي يوجب استبعاد تطبيقها على العقود الاحتمالية لأن هذه العقود تقوم على احتمال الخسارة والكسب. ولا يستطيع فيها كل من المتعاقدين

¹⁶³ صادق عطية قنديل. " أثر الظروف الطارئة على أجره العامل في الفقه الإسلامى، خالد بنى حمد، مرجع سابق، ص5.

تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد؛ إذ إنها لا تتحدد إلا فيما بعد تبعا لوقوع أمر محدد كعقود التأمين؛ لذلك لا يسمع فيها ادعاء الخسارة المرهقة من حادث غير متوقع؛ لأن الأساس الذي يبنى عليه هو الخسارة المتوقعة التي يتحملها أحد المتعاقدين¹⁶⁴ أما فيما يتعلق بعامل المدة بالنسبة للعقود التي تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة فنجد أن النظرية تطبق على العقود المحددة التي تتغير فيها الالتزامات المتقابلة عند تكوين العقد، إلا إن هذه العقود تختلف من حيث زمن تنفيذها؛ فمنها ما يكون تنفيذه فوريا فيطلق عليه الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، أي أنه يرد على أداء يمكن تنفيذه في الحال مثل عقد البيع الذي يلتزم فيه البائع بنقل ملكية الشيء إلى المشتري، ومنها ما يكون تنفيذه متعاقبا متراجيا (فيطلق عليه) عقد المدة أو العقد الزمني (لأنه يحتاج إلى زمن يستمر فيه التنفيذ، ويكون الزمن عنصرا جوهريا فيه كما في عقد الإيجار وعقد العمل¹⁶⁵). وللتمييز بين العقد الفوري والعقد الزمني نتأخر في ضرورة الأعدار في العقد الفوري لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ، في حين لا يكون للأعدار أي ضرورة في عقد المدة؛ لأن تأخر المدين في تنفيذ التزامه المستمر يجعل تنفيذه غير ممكن على الأقل بالنسبة لما فات منه. وهذا الاختلاف في التنفيذ يقودنا إلى إثارة التساؤل الآتي: هل يتقيد تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالعقود المتتابعة التي تستلزم بطبيعتها تأجيل التنفيذ (عقود المدة) أو أنه يشمل جميع العقود؟ إن إعمال النظرية يشترط فيه أن يكون العقد من العقود المتراجية التنفيذ، سواء أكان العقد في أصل طبيعته من عقود المدة أي من العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ أم كان من العقود الفورية لتنفيذ ولكن كان تنفيذه مؤجلا، ويرجع السبب في ذلك لاحتمال تغير الظروف في أثناء سريان تلك العقود. أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها فلا يتصور الأخذ بشأنها بنظرية الظروف الطارئة¹⁶⁶.

• حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد

يتعين لقيام نظرية الظروف الطارئة أن يحدث الظرف الطارئ خلال فترة تنفيذ العقد وليس بعدها أو قبلها، وهذا الظرف الطارئ يتخذ صورة عدة فقد يكون عبارة عن أحداث طبيعية، أو أحداث سياسية، أو حتى من فعل السلطة.

• أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع للمتعاقدين

أن من أهم الشروط التي يجب توافرها لتطبيق هذه النظرية أن يكون الظرف الطارئ غير متوقعا للمتعاقدين وقد عبر مجلس الدولة المصري عن هذا الشرط في قرار صادر في 14 مايو سنة 1999 بقوله يجب أن يكون التغيير الذي حصل في أسعار الأشياء أو في أجره العمل أو في تكاليف الالتزام قد تعدى بكثير ما كان يتوقعه عقلا الرجل الحرص وقت التعاقد¹⁶⁷.

¹⁶⁴ د. محمد محيي الدين، مرجع سابق، ص 187.

¹⁶⁵ د. محمد محيي الدين، مرجع سابق، ص 151 وما بعدها.

¹⁶⁶ د. ياسر باسم ذنون، رؤى خليل إبراهيم "نظرية الظروف الطارئة و أثرها على الأحكام القضائية : دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة

الإمارات/السنة 28، العدد 57 يناير 2014

¹⁶⁷ د. محمد محيي الدين، مرجع سابق، ص 267.

وعليه يعد شرط عدم التوقع هو أحد الشروط الجوهرية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فالحادث الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد يجب أن يكون غير متوقع لحظة إبرام العقد حتى يمكن للمتعاقد الاستناد إلى تلك النظرية. فيتعين أن يكون مرد الخسارة الجسيمة التي لحقت بأطراف العقد، والمراد تخفيف عبئها بنظرية الظروف الطارئة، إلى ظروف لم تكن في الحسبان ولا يملك لها دفعا أو علاج ولا كان في وسعه توقعها والتحوط لها. وبالتالي لا تنطبق هذه النظرية إذا كان خطأ أحد أطراف العقد قد وقع في أمور متوقعة قبل تنفيذ العقد وفقا للسير الطبيعي للأمر والنظام المعتاد للعمل¹⁶⁸ ويأخذ الظرف الطارئ غير المتوقع صوراً عديدة مثل إصدار الدولة بعض القوانين الاجتماعية التي يترتب عليها ارتفاع الأسعار؛ أو الأجور عن الحد الذي يطيقه المتعاقد؛ أو ما لا يستطيع مواجهته. أو تثبيت الأسعار لانتهاج الدولة سياسة الاقتصاد الموجه؛ أو فرض ضرائب جديدة تضيف إلى الطارق العقد أعباء إضافية لا يستطيع تحملها وتهدهدده بخسائر لتجاوزها. أما إذا كان هذا الظرف الطارئ من المخاطر العادية التي لا تتجاوز ما كان مفروضاً على المتعاقد أن يتوقعه عند إبرام العقد فيتحمل المتعاقد وحده آثاره حيث كان ينبغي عليه توقعه وقت إبرام العقد؛ وإلا تحمل نتيجة إهماله وتقصيره. ومناطق تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حادث استثنائي عام غير ممكن التوقع وغير ممكن الدفع، والمقصود بالحادث الاستثنائي الحادث الذي يندر وقوعه فإذا كان الحادث معتاد الوقوع فلا تنطبق نظرية الظروف الطارئة لعدم تحقق الصفة الطارئة للحادث خاصة وأنه غالباً ما يكون متوقفاً فتنفي بذلك صفة عدم التوقع ومن أمثلة الحوادث الاستثنائية الحروب والانتشار الفجائي للأوبئة، والهزات الأرضية الفجائية، والتقلبات الفجائية في الأسعار¹⁶⁹.

• **ويجب أن يكون الحادث الاستثنائي كذلك حادثاً عامة**

غير مقصور على المدين، فإذا تعلق بالمدين فقط كإفلاسه أو مرضه أو اضطراب أعماله أو حريق ممتلكاته، فلا تنطبق نظرية الظروف الطارئة، ويكتفي لاكتساب الحادث صفة العمومية أن يتعلق بمنطقة أو طائفة معينة وليس بالضرورة أن يصيب جميع المناطق وجميع الأفراد. ويستقل قاضي الموضوع وحده -التمييز بين المخاطر العادية التي يتحمل أثرها المتعاقد. والمخاطر الغير العادية.

• **أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين**

يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين ولا دخل لإرادتهما في حدوثه فإذا كان هذا الظرف من صنع المتعاقد أو الإدارة أو كان لإرادتهما دخل في حدوثه فإنه لا يمكن تطبيق تلك النظرية لانتفاء شرط من شروطها. فإذا كان المتعاقد هو المتسبب بخطئه أو إهماله في حدوث هذا الظرف فإنه يجب أن يتحمل النتائج المترتبة على ذلك التي نتج عن تلك الظروف قلب اقتصاديات العقد.

• **أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد**

يعد هذا الشرط من أهم الشروط المقررة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا بد لتطبيق النظرية أن تلحق بالمتعاقد خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، أي يلحق به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، مما

¹⁶⁸، فوزي الغلاب. "مدى تأثير الظروف الطارئة على الالتزام التعاقد في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه والقانون، العدد 45 سنة 1431

¹⁶⁹ د. محمد محيي الدين، مرجع سابق، ص 267.

يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد اختلالاً جسيماً، ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فتكون بذلك الخسارة واضحة متميزة.

• أن تجعل هذه الظروف تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً

يمكن تعريف الإرهاق بأنه "وصف يلحق بالالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهبطاً أياً بخساره فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بطرفاً بعد إبرام العقد"¹⁷⁰، فالإرهاق كما يبدو يتصف بالمرهنة ويختلف من شخص لآخر ومن زمان لآخر وبالتالي فقد تباينت المعايير لتقدير وجود الإرهاق بين المعيار الموضوعي الذي يعتمد الإرهاق بذاته ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه "تقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ومناطق هذا الإرهاق الاعتبارية الموضوعية بالنسبة للصفحة ذاتها لا للظروف المتعلقة بشخص المدين"¹⁷¹، وبين الإرهاق في مدها بمعنى أن يكون الإرهاق غير مألوف في التعامل بأن تكون الخسارة فادحة وغير مألوفة في التعامل وقد جسدهت محكمة النقض المصرية بقولها "تدخل القانون لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقاً لمادة 2/147 من القانون المدني رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينه أهمها شرط الإرهاق المهبط بخسارة فادحة"¹⁷².

فيشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى جعل التزام المدين مرهقاً؛ إذ يهدده بخسارة جسيمة إذا نفذ التزامه كما هو؛ لذلك لا عبرة لتطبيق النظرية إذا كان من شأن هذه الظروف أن تجعل التزام المدين ثقيلًا لا مرهقًا كبيرًا. فالعبرة بهذا الصدد هو مدى ما يتحملة المدين من خسارة¹⁷³، فإذا كانت هذه الخسارة فادحة وغير طبيعية كان هناك مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أما إذا كانت الخسارة التي لحقت المدين من المألوف حدوثها في نطاق هذا النوع من المعاملات فلا محل لتطبيق هذه النظرية والعبرة في تقدير جسامه الخسارة الحاصلة للمدين هو بموقف الشخص العادي في هذا العقد، فالمعيار موضوعي وليس ذاتياً؛ ولذلك إذا كان من شأن تنفيذ الالتزام كما هو حدوث خسارة فادحة للمدين طبقت النظرية حتى ولو كان هذا المدين في واقع الأمر واسع الثراء ولا يتأثر في حقيقة الأمر بالحادث الطارئ، فمثلاً لو كان المدين الملتزم بتوريد سلعة معينة ارتفعت أسعارها بشكل فادح قد احتفظ في مخازنه بمخزون من هذه السلعة فلن يتأثر بارتفاع أسعارها، أما إذا كان من شأن الحادث الاستثنائي جعل التزام المدين مستحيلاً لا مرهقاً فلا تنطبق النظرية؛ لأن الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، أما الإرهاق فلا يؤدي إلى ذلك بل يكون سبباً لطلب رد الالتزام إلى الحد المعقول. وبصدد هذا الشرط يمكن أن نميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة؛ لأنه وإن كان الجامع بينهما هو صفة المفاجأة؛ إذ إن كليهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلا أن الفارق بينهما هو أن الأولى لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، بل إلى جعله مرهقاً للمدين؛ لذلك يكون الجزاء فيه رداً لالتزام إلى الحد

170. د. محمد محيي الدين، مرجع سابق، ص 282.

171. نقض مدني 1977/3/1- طعن رقم 580 لسنة 43 ق، محمد كمال عبد العزيز، لبتقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، مصر 1980 ص 423.

172. محمد عبد العزيز، مرجع سابق ص 423.

173. فوزي الغلاب. "مدى تأثير الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه والقانون، العدد 45 سنة 1431.

المعقول، أما الثاني وهو القوة القاهرة فمن أثره استحالة تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين وانقضائه تبعاً لذلك، ولا يتحمل المدين تبعاً عدم تنفيذه التزامه¹⁷⁴ كما انه على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظروف الطارئ مادام التنفيذ في ذاته ممكنة ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة القاهرة تحول دون التنفيذ، فإذا توقف عن الوفاء بالتزاماته استناداً إلى الظرف الطارئ فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات عليه، ولا يجديه الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ. وهو ما كانت أكدت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر عندما قررت بأنه: لما كانت الهيئة العامة للإنتاج الزراعي قد توقفت عن تنفيذ العقد المبرم بينها وبين وزارة الدفاع بعد أن نفذت الجانب الأكبر منه، فإن دواعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة لها، إذ كان يتعين عليها أن تستمر في التنفيذ حتى تحتفظ بحقوقها في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط إعمالها.¹⁷⁵

الفرع الثاني: آثار نظرية الظروف الطارئة

إذا توافرت الشروط المتقدمة البيان وجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فيجوز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. أي أن على القاضي أن يقوم بتعديل وتحقيق التوازن بين التزامات الطرفين وتوزيع الخسارة بينهما إن أمكن ذلك، والقاضي عندما يقوم بهذا التعديل لا يزيل كل الخسارة التي تلحق المدين وإنما يقوم بهذا التعديل للحد من هذه الخسارة الفادحة التي تصيب المدين بقصرها على الحد المعقول. وتحقيق هذا التوازن يترك تقديره لسلطة القاضي التقديرية، فقد يقوم بإنقاص التزام المدين أو زيادة الالتزام المقابل وفقاً للظروف.

وإذا أجاز للقاضي أن يزيد أو ينقص في الالتزامات، أو يوقف العقد، أو يمنح المدين أجلاً للتنفيذ، فلا يجوز له أن يحكم بفسخ العقد بناء على طلب المدين، لأن نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى إعادة التوازن بين المتعاقدين وتوزيع الخسارة عليهما، أما في فسخ العقد بناء على طلب المدين، فإن الدائن هو الذي يتحمل الخسارة كلها وحده، وبالعكس يجوز للدائن أن يطلب فسخ العقد دون تعويض، وفي ذلك تخفيف لموقف المدين بإعفائه من تنفيذ الالتزام المرهق. ويلاحظ أخيراً أن قاعدة جواز تعديل العقد إذا طرأت ظروف استثنائية عامة تعد قاعدة متصلة بالنظام العام ولذلك لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعادها مقدماً بتضمين العقد شرطاً يمنع القاضي من استعمال سلطة التعديل، وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٩) من قانون المعاملات المدنية صراحة¹⁷⁶.

¹⁷⁴ د. ياسر باسم دنون، رؤى ابراهيم "نظرية الظروف الطارئة و أثرها على الأحكام القضائية: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة الامارات/السنة 28، العدد 57 يناير 2014،

¹⁷⁵ مفهوم الظرف الطارئ في نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في الكويت مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مؤلف علي الظفيري

¹⁷⁶ د. محمد محيي الدين، مرجع سابق، ص 416-421.

وأخيرا نوه الى عدم جواز الاتفاق على استثناء تطبيق نص المادة 159 من قانون المعاملات المدني من التطبيق بين المتعاقدين لنص المشرع ببطان الاتفاق على مخالفة نص المادة 159 معاملات مدنيه.¹⁷⁷

المبحث الثاني

الأثار القانونية المترتبة عن القرارات الصادرة عن اللجنة المشكلة لمتابعه الفيروس في من سلطنة عمان والاردن

كما قلنا سابقا كان لانتشار وباء فيروس كورونا في الآونة الأخيرة تداعيات وأثار غير مسبوقه على الصعيد الدولي والمحلي. حيث سارعت كافة الحكومات باتخاذ إجراءات احترازية لمواجهة تفشي هذا الوباء ومنها حكومة سلطنة عمان، وكانت تلك التدابير عبارة عن تدابير استباقية للحد من انتشار الوباء فقامت بإصدار قرارات بتقليل الموظفين بجميع الوزارات والهيئات والمؤسسات العامة الي ما نسبته 30%، وكذا غلق بعض الأنشطة الخاصة وصولا إلى فرض الحظر الجزئي لبعض محافظات البلاد، فضلا عن تقييد حركة الطيران المدني بينها وبين الدول الأخرى علاوة على وقف وسائل المواصلات العامة وسيارات الأجرة وذلك توخيا لمنع انتشار الوباء والسيطرة عليه. مما نتج عن كل هذه الإجراءات وتلك الاحتياطات القائمة حالة واقعية تمثلت في التأثير على الاقتصاد العماني بل وإصابة مفاصل الاقتصاد العماني بشلل شبه كامل، وهو الأمر الذي فرض ضرورة بحث أثرها على الالتزامات العقدية القائمة إزاء انتشار هذا الوباء والإجراءات التي اتخذت للحد من تفشيه بين الناس. وهنا يثور التساؤل أهم تساؤل دار عند القانونيين عما إذا كانت هذه الجائحة القائمة تندرج تحت مسمى القوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية استحالة مطلقة، أم هي حالة خاضعة لأحكام نظرية الظروف الاستثنائية؟ وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي البدء بالإقرار أولا أن الآثار القانونية الحاصلة عن هذه الأزمة ليست متساوية وإنما تختلف باختلاف طبيعة الالتزام ذاته. ذلك أنه ليس كل التزام عقدي يتأثر بهذه الأزمة بذات الدرجة كغيره من باقي الالتزامات. فهناك التزام يستحيل تنفيذه وآخر ممكن ولكن أدائه مرهق في حين أنه هناك التزامات قابلة للتنفيذ بحالتها ودون صعوبات تذكر في الوفاء بها أو دون ارهاق يصيب المدين من جراء تنفيذها كما هو الحال في بعض عقود البرمجيات التي يكون محلها برامج و سلع إلكترونية ومنتجات غير مادية يسهل تصنيعها وتوريدها وتركيبها عن بعد وعبر الإنترنت. ومن هذا المنطلق نبادر بالقول -حسبما نرى- أن الحالة الراهنة بسبب انتشار هذا الوباء لا تعد حتى الآن ونحن بصدد كتابتنا لهذا البحث حالة من حالات القوة القاهرة التي يستحيل بسببها تنفيذ الالتزامات إلا إذا ارتقت هذه الحالة الراهنة مستقبلا إلى وصف القوة القاهرة أدى إلى استحالة تنفيذها استحالة مطلقة وليس مجرد استحالة زمنية أو مؤقتة. تطبيقا لما نص عليه قانون المعاملات المدنية المادة (١٧٢)

١ - في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

¹⁷⁷ انظر في تفصيل ذلك واختلاف الاتفاق بين ما قبل التعاقد وما بعد حدوث الامر الطارئ :د.محمد محيي الدين، مرجع سابق ص373 زما بعدها.

٢ - إذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء الذي استحال تنفيذه، وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط إعدار المدين. ونصت المادة (٣٣٩) من ذات القانون ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه. وتدل النصوص السابقة في أساسها المشترك أنه لا بد من أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب أجنبي سواء في العقود الملزمة لجانب واحد أو الملزمة للجانبين حتى ينقضي الالتزام، بدليل أن استحالة التنفيذ لسبب أجنبي الذي لا يد فيه لطرف أو الطرفين هو المعيار لانقضاء الالتزام على النحو الذي تقرره أحكام القانون المدني في هذا الخصوص. ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة 172 و339 سالفه الذكر من أنه إذا أصبح التزام أحد الطرفين مستحيلا لسبب أجنبي لا يدله فيه انقضى هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه. وفي هذا السياق فإن الحالة الراهنة لتفشي وباء كورونا المستجد وما اتخذ بشأنه من إجراءات احترازية من اللجنة -في رأينا- لا تتصف بحالة من حالات القوة القاهرة الغير متوقعة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة وبالتالي انقضاء الالتزامات، أو على أقل الفروض فهذا رأينا حتى الآن تحسبا لما قد يستجد من إجراءات أخرى تتفاقم معها الحالة الوبائية -لا قدر الله- بما يؤدي إلى الوصول إلى استحالة تنفيذ الالتزام الذي يكون من شأنه قد يتغير وجهة رأينا في هذا الخصوص. نأخذ في الاعتبار - أنه نستثني من ذلك - أن هناك بعض العقود التي قد ينقضي الالتزام فيها لاستحالة تنفيذها في ظل الظروف الحاضرة بسبب تعلق تنفيذ الالتزام فيها بزمن معين ويستحيل تنفيذه في ذلك الزمن المتفق عليه بسبب الاجراءات الاحترازية القائمة حالية التي تحول دون تنفيذ الالتزام في موعده الزمني المتفق عليه. أبرز مثال علي ذلك ممكن ان نقيسه في هذا الاستثناء الغاء مواعيد استجار قاعات الاعراس. وتبعاً لما تقدم فإن المرجح (في ضوء الوضع الراهن) أن الحالة الراهنة بوضعها الحالي تحكمها نظرية الظروف الاستثنائية المنصوص عليها بالمادة (١٥٩) من قانون المعاملات المدنية إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

والمقصود بالحوادث أو الظرف الاستثنائي كما ذكرنا سابقا أن يكون خارج عن المألوف أي نادر الوقوع وبعض الحوادث تعتبر استثنائية بطبيعتها كالحروب وانتشار الأوبئة، كما يرى بعض فقهاء القانون المدني ذلك -علاوة على أن بعض الحوادث بطبيعتها أمرا مألوف ولا تعتبر استثنائية كهطول الثلوج في بعض البلدان الأوروبية إلا إذا بلغت هذه الحوادث حد من الجسامه الغير متوقعة، كما أنه لا بد أن يكون الظرف ظرفا استثنائية عاما غير ممكن توقعه ولا يكفي أن يكون الحادث غير ممكن توقعه إذا كان يمكن تحاشي وقوعه. ولا يشترط في الظرف الاستثنائي الغير متوقع -الوارد بالنص المشار إليه - أن يترتب عليه جعل التزامات المدين مستحيلا استحالة تامة ومطلقة لأن تحقق هذه الاستحالة لا يشترط إلا في حالة القوة القاهرة التي ينقضي بها الالتزام وينفسخ العقد وفقا لنصوص المواد سالف ذكرها في مستهل ما تقدم فيما يخص استحالة التنفيذ. وإنما يكفي في الظرف الاستثنائي أن يترتب عليه جعل الوفاء مرهقا للمدين ارهاق يهدده بخسارة فادحة، إلا أنه لا يشترط فيه أن يصير وفاء المدين بالتزامه مستحيلا، كما لا يكفي أن يصبح أكثر كلفة للمدين بل يجب أن تصل هذه الكلفة حد الإرهاق الذي يصبح معه

من الظلم إجبار المدين على الوفاء بما التزم به كاملاً في العقد بصرف النظر عن وسع ثراء المدين من عدمه. وأثر القانون فيما يتعلق بالظروف الاستثنائية هو رد الالتزام المرهق للمدين إلى الحد المعقول، وليس رفع الإرهاق كله عن المدين بأن يخفضه فقط للحد المعقول فيما يقدره قاضي الموضوع في هذا الشأن وهو ما تقتضيه مبادئ العدالة في توزيع الخسارة الغير متوقعة على كل من طرفي العقد. كما حرص المشرع في عجز النص المشار إليه بالمادة 159 على تقرير البطلان في كل اتفاق على خلاف ما جاء بالنص، مما يدل على عدم جواز الاتفاق في العقود على مخالفة ما ورد بحكم هذا النص من خلال هذه المقدمة البسيطة سوف نتطرق الي التعليق حول مدي تأثير جائحة كورونا على عقود العمل في كل من سلطنة عمان ومملكة الأردن الهاشمية وذلك من خلال مطلبين.

المطلب الاول

التعليق على قرارات منشآت القطاع الخاص

واللجنة المشكلة لمتابعه الفيروس في سلطنة عمان

شهدت الأوساط القانونية بسلطنة عمان جدلاً واسعاً حول الأثر المترتب على انتشار وباء كورونا من الناحية القانونية على عقود العمل السارية وتحديد مدي حق صاحب العمل بأنهاء القوى العاملة في هذا الوضع ومدى التزام أرباب العمل بالوفاء بأجور عامليهم في ظل توقف العمل في منشآتهم لأسباب متباينة تتمحور إحداها حول غلق تلك المنشآت وإيقاف العمل فيها بقرارات صادرة عن السلطة العامة، ومدى أحقية صاحب العمل من إلزام القوى العاملة الوافدة من الخروج في إجازات سنوية تتناولها فيما يلي:

الفرع الأول / إنهاء الخدمة

استغلت بعض منشآت القطاع الخاص لهذه الازمة وتعمرها في فصل موظفيها تحت ذريعة (الظروف القاهرة)، الموجودة بقانون المعاملات المدنية أو (الظروف الاستثنائية)، والتي لا يجوز قانوناً ولا يمكن استخدام هذه المواد في غير محلها، لما فيها من الإضرار بمصلحة الموظفين لكون ان قانون العمل العماني الصادر بالمرسوم السلطاني السامي رقم (35) لسنة 2003م ينظم العلاقة بين العامل وصاحب العمل. وقد راعى قانون العمل التوازن بين أطراف هذه العلاقة، مع الأخذ بعين الاعتبار أن العامل هو الطرف الأضعف الذي له الأولوية في الحماية، وعلى الأخص من الفصل التعسفي ويعتبر قانون العمل قانون حمائي وفقاً لقواعده اي هدفه حماية العامل ومراعاة مصلحة رب العمل احياناً ونصت المادة 3 من قانون العمل العماني رقم 35 لسنة 2003 على انه "يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على العمل به إلا إذا كان أكثر فائدة للعامل. كما يقع باطلاً كل إبراء أو مصالحة أو تنازل عن الحقوق الناشئة عن هذا القانون إذا كان مخالفاً لأحكامه. ويستمر العمل بأية شروط أفضل تكون مقررة للعامل بموجب القوانين واللوائح والقرارات المعمول بها في تاريخ العمل بهذا القانون".

وحتى نعرف ما هو الفصل التعسفي علينا أن نعرف متى يكون إنهاء الخدمة صحيحاً، لأن خلاف الصحيح يكون تعسفاً، فإنهاء الخدمة الصحيح له صورتان، الأولى أن يكون بسبب سوء سلوك العامل ومخالفته لأنظمة المنشأة التي يعمل بها،

وذلك بعد قيام صاحب العمل باتباع الإجراءات المطلوبة لإثبات سوء السلوك وتوافر حالات الفصل الواردة بالمادة (40) من قانون العمل، وكذلك الواردة في لائحة الجزاءات الخاصة بالمنشأة، والالتزام بقواعد وشروط تطبيق هذه الجزاءات حتى يكون الفصل صحيحاً. والثانية هي وجود ظرف اقتصادي حقيقي وجدي تضطر معه المنشأة إلى فصل العامل، وفق ما نصت عليه بعض المبادئ التي قررتها المحكمة العليا بهذا الشأن -علماً أن قانون العمل العماني لم يتطرق للفصل لأسباب اقتصادية في مواد القانون-. فإذا لم يكن هناك سلوك مخالف من العامل لأنظمة المنشأة، أو لم يوجد ظرف اقتصادي تحققت شروطه وأوضاعه القانونية، فإن الفصل بلا شك يكون تعسفياً، ويكون على المنشأة أن تلغي قرارها وأن تعيد العامل إلى عمله ثانية، أو تقوم بتعويضه عن هذا الفصل التعسفي.

وقد قامت العديد من المنشآت في السلطنة بإنهاء خدمات الكثير من العاملين العمانيين وغير العمانيين فما هي قانونية هذا الإنهاء؟

لا شك أن قرارات الإنهاء تعتبر مخالفة لقانون العمل العماني ولائحة التنفيذ وإن كانت بعض هذه القرارات قد صدرت استناداً للقرارات الصادرة عن الهيئة العليا المشكّلة لمتابعة تطورات الجائحة إلا أنه ومن رأيي فإن قرارات اللجنة لا ترقى لمستوى تعطيل نصوص القانون ومخالفتها فلا يمكن إلغاء القانون أو تعطيل مواده إلا بقانون مساو له، وبالتالي فإن قرارات الإنهاء -خاصة المتعلقة بغير العمانيين- تعتبر قرارات تعسفية ويجب على رب العمل إعادة العامل إلى عمله أو اعتبار الإنهاء تعسفاً بحق العامل، وفي ظل عدم وجود نص صريح للتعامل مع الوضع الراهن فقد كان على المشرع التدخل بقانون مؤقت يضيف نصوصاً جديدة لقانون العمل كوقف العقد والأسباب الاقتصادية للفصل والقوة القاهرة وحيث لم يفق فأرى بعد إمكانية تعطيل نصوصه بقرارات اللجنة العليا¹⁷⁸.

الفرع الثاني / تخفيض الأجر

قام أرباب العمل -من باب التخفيف عن نفسه وتقليل خسارته في كلفة العملياً- بتخفيضها في السوق العماني وكان ذلك بتجيه من اللجنة العليا للتعامل مع كوفيد19 المشكّلة بالسلطنة والتي أصدرت قرارات سبق ونوهنا لها وقد تضمن القرار "3- يجوز في ظل الظروف الحالية لشركات ومؤسسات القطاع الخاص المتأثره التفاوض لتخفيض أجور العاملين لديها لفترة ثلاثة أشهر مقابل تخفيض ساعات العمل بعد استنفاد رصيد إجازات الموظف المدفوعة الأجر كاملة على أن يطبق هذا

¹⁷⁸ تضمن القرار الصادر عن اللجنة العليا المكلفة ببحث آلية التعامل مع التطورات الناتجة عن كوفيد19 جملة من القرارات مما يتعلق بدعم القطاع الخاص القوي العاملة: 1- عدم إنهاء خدمات القوى العاملة العمانية" والقرارات الصادرة لدعم القطاع الخاص وفيما يتعلق بالقوى غير العمانية: "3- بحث مؤسسات وشركات القطاع الخاص المتأثره على ترجيل القوى العاملة غير العمانية نهائياً"

www.omannews.gov.om

د. يوسف احمد نوافله، الحماية الموضوعية والاجرائية للعامل من الفصل التعسفي، دراسة مقارنة في قانون العمل الاماراتي والاردني والعماني، مجلة دراسات الشريعة والقانون/الجامعة الاردنية، المجلد 46، عدد 3، 2019، ص 465 وما بعدها.

الاجراء في حال اقتضى الامر اعتبارا من مايو2020"وقابلت اللجنة العليا هذا القرار بحزمة للتسهيل على العامل المخفض أجره كتأجيل سداد قروض البنوك وفواتير الكهرباء والمياه وهي ليست محل دراستنا¹⁷⁹.

ويلاحظ من هذا القرار-مع التحفظ عليه- بأن اللجنة ذكرت بأن من الممكن للمنشآت المتأثرة اللجوء اليه ولكن لنا عليه ملاحظات اهمها:1-اللجنة لم تبين ما هي القطاعات المتأثرة والقطاعات غير المتأثرة بالتالي فإن وروده بصيغته يسمح لأي شركة اللجوء اليه وكان على اللجنة تحديد القطاعات المتضرره.2-يلاحظ من القرار أن اللجنة اجازت ضمنا للشركات إجبار العامل على أخذ كافة إجازاته وهو أمر يتنافى مع القانون حيث أن العامل له الحريره في إختيار وقت قضاء إجازته والتمتع بها.3-ذكرت اللجنة في القرار ان لأصحاب الشركات التفاوض مع العمال وهنا يكمن الخطر فما عي إرادة العامل في ظل هذه القرارات بالتفاوض وهل هناك إرادته حقيقية للعامل في التفاوض وإبداء موقفه بالارفض؟؟ كلنا يعلم أن القانون وضع لحماية العامل في الوضع الطبيعي فكيف سيتمكن العامل من التفاوض في ظل الوضع الراهن.

فموقف الفقه من هذه المسألة وإن لم أفق على نص يفهم في ضوء ما سبق ذكره، أنه يجوز ذلك بالاتفاق بينهما بشرط الرضى من العامل، ولا يحق لصاحب العمل أن يجبره؛ لأن الأجرة بعد استحقاقها أصبحت دينا في ذمة رب العمل، يجب عليه الوفاء به؛ إلا إذا أسقط عنه العامل جزءا منها برضى نفس لكون الالتزامات بين العامل وصاحب العمل ملزمة لطرفين بموجب عقد العمل؛ فلا يفسخ العقد، ولا تعدل بنوده حذفاً أو إضافة إلا برضاها وبطبيعة الحال قانون العمل بشكل عام في كل التشريعات هو قانون حمائي جاء لحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة وهو العامل ولم يتحدث القانون عن إمكانية تخفيض الأجور للقوى العاملة بأي شكل من الاشكال وإن كانت تحدثت عن الية الاستقطاع من الاجر وفق المادة 59 من ذات القانون الا ان الظروف الاستثنائية لم تكن منها. فنحن نرى بأن قرار اللجنة من إعطاء الضوء الأخضر للشركات المتأثرة من هذه الجائحة بشكل مباشر بعمل مفاوضات مع القوى العاملة لتخفيض الاجور مع تقليل ساعات العمل هو إجراء **من وجه نظرنا جائز قانونا** لكون اللجنة اعتبرت الجائحة هي ظرف استثنائي أرهقت صاحب العمل وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أرادت أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول **الا انه يفتقر وفق رأينا الخاص الي السند التشريعي** لكون اللجنة المكلفة لمتابعة الفيروس ليس لها السلطة التشريعية وقانون العمل العماني لم يتطرق في مواده للظروف الطارئة والاقتصادية فقرار اللجنة يعتبر تصرف غير قانوني¹⁸⁰. أما قيام مجموعة من الشركات بالقطاع الخاص من تخفيض الأجور دون الرجوع الي العامل هو يعتبر مخالفة قانونية صريحة لنص المادة3و من قانون العمل العماني59 يستوجب على المعنين الوقوف عليها واتخاذ الازم.

الفرع الثالث /الخروج في الاجازات السنوية

¹⁷⁹ قرارات اللجنة العليا بشأن العماله ودعم شركات القطاع الخاص www.omannews.gov.om

¹⁸⁰ تنص المادة 3 من قانون العمل العماني على بطلان كل تنازل او غبراء يقوم به العامل عن حقوقه" يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على العمل به إلا إذا كان أكثر فائدة للعامل.كما يقع باطلاً كل إبراء أو مصالحة أو تنازل عن الحقوق الناشئة عن هذا القانون إذا كان مخالفاً لأحكامه."

د.محمدحسين منصور،قانون العمل،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الاولى،2010،ص55 وما بعدها.

تنص المادة 61 من قانون العمل العماني (للعامل الحق في إجازة سنوية بأجر شامل لا تقل عن ثلاثين يوما ويتمتع العامل بالإجازة حسب مقتضيات مصلحة العمل ولا يجوز له القيام بالإجازة الاعتيادية قبل انقضاء ستة أشهر من تاريخ التحاقه بالعمل (لدي صاحب العمل) تبدو إن أهمية الإجازة السنوية في الأصل في انهاء وسيلة لتجديد نشاط العمال واستعادة قواهم المادية والمعنوية ومن ثم الاقبال علي العمل الامر الذي ينعكس إيجابيا في الإنتاجية وهو حق اصيل له الا ان مسألة تنظيم تلك الاجازات تقع علي عاتق صاحب العمل لكونه هو الاقدر بمعرفة مصلحة العمل وفق ما اشارت اليها نص المادة المذكورة سابقا والتي توضح بأنها سلطة رسمها المشرع لصاحب العمل وليست سلطة متروكة للاتفاق بين كل العامل وصاحب العمل و نضرب مثال علي ذلك إن بعض المدارس الخاصة تعطي الاجازات السنوية للعاملين لديها وفق فترات معينة مرتبطة لصالح العمل وهي عند خروج الطالب في إجازات نهاية العام الدراسي لذلك نري ان قرار الشركات من إخراج بعض من العمال من إجازاتهم السنوية في هذه الظروف هو حق اصيل وتنظيم إداري اعطي لها الحق المشرع في ذلك وحماية للعامل في نفس الوقت من استقطاع أجره في ظل هذه الظروف ولا يعتبر مخالفة قانونية ولا يحق للقوى العاملة ان تطالب بتعويض.

الفرع الرابع / العمل عن بعد

يعرف العمل عن بعد المعروف كذلك بالعمل عبر المنزل أو العمل عبر الإنترنت، هو تنظيم للعمل يكون فيه الموظف غير مضطر للتنقل لمركز العمل، كالمباني المكتبية أو المتاجر. وفي ظل ظروف أزمة الفيروس اضطرت بعض من الشركات ان تلزم موظفيها بالعمل عن وذلك بعد صدور قرار اللجنة العليا لمتابعة مستجدات الفيروس من تقليل نسبة العمال في الشركات بهدف التباعد الاجتماعي وهنا ظهرت إشكالية تحديد أهم نقطه في العمل عن بعد وهي كيفية تحديد ساعات العمل عن بعد وبالرجوع الي نص المادة الاولي من قانون العمل العماني وتعريفه لساعات العمل التي نصت على إنها الوقت الذي يكون فيه العامل تحت تصرف صاحب العمل ولا تدخل فيه فترات الراحة. المشرع العماني كيّف ساعات العمل تكيفاً قانونياً دقيقاً من وجه نظرنا ولم يحدد ساعات العمل مكانياً ولا زمانياً بل حددها وفق معيار واسع من الممكن استخدامه قياساً بالعمل عن بعد من خلال تحديد ساعات العمل عن بعد في الساعات التي يكون بها العامل تحت تصرف وإدارة صاحب العمل. أي ان الوقت الذي يكون فيه العامل يعمل عن بعد وهو تحت إدارة صاحب العمل وتنظيمه تحسب من ضمن ساعات العمل المقرر عليه.

الفرع الخامس / الخروج في إجازة بدون أجر

الإجازة بدون أجر هو إجراء لم تطرحه اللجنة العليا لمتابعة مستجدات الفيروس في بياناتها الا ان بعض من الشركات قامت بإلزام عمالها بأخذ إجازات بدون راتب وبالرجوع الي قانون العمل العماني تبين لنا بأن المشرع لم يتحدث عن هذا النوع من الاجازات الا انه من وجه نظرنا الخاص إذا ما وجد اتفاق بين كل من العامل وصاحب العمل على الاجازة من دون راتب دفعا للضرر الذي قد يقع عليه صاحب العمل وخوفا من فقدان العامل لوظيفيته في المستقبل في حال ما أعلنت الشركة إفلاسها بسبب هذه الظروف فنري بأنه اتفاق صحيح غير مخالف للنظام العام وقدنظمة المشرع المصري في قانون العمل المصري والتي أجازت وقف العمل جزئياً او كلياً مثل وقف العقد بسبب تجنيد العامل او ولادة المرأه الحامل وغيرها¹⁸¹.

¹⁸¹. لمزيد من التفاصيل: د. عبد الحكيم فودة، رجع سابق، ص 492 وما بعدها

أخيرا فإننا كنا نتمنى من المشرع العماني أن يتدارك النقص التشريعي الموجود في نص قانون العمل بإصدار تعديلات مؤقتة بقانون العمل الحالي بحيث تضاف الى النصوص نظرية وقف العقد المأخوذ بها في الشريع المصري أو نظرية الظروف الاقتصادية أو الحق بالحصول على إجازة بدون راتب وذلك من أجل تغطية الوضع القائم بصورة تشريعية صحيحة لا أن يتم إصدار قرارات تخالف القانون المعمول به من قبل اللجنة العليا.

وف عقد العمل يعني "تعليق آثار العقد لفترة محددة على ان يستأنف العقد جميع آثاره بعد زوال السبب العارض الذي استلزم وقف"، ويشترط الفقه لوقف العقد شروط يبينها عجالا:1- وجود مانع يحول دون تنفيذ العقد كما في حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.. ان يكون المانع مؤقتا وليس دائما فإذا كان دائما انفسخ العقد 3- الا تكون مدة التنفيذ عنصرا اساسيا في العقد كما لو كان العقد محدد المدة فهنا الاستحالة تؤدي الى انفساخ العقد وليس وقفه¹⁸².

المطلب الثاني

التعليق علي أمر الدفاع 6 بالمملكة الأردنية الهاشمية

أثار أمر الدفاع رقم 6 الذي أصدره رئيس الوزراء بتاريخ 8 نيسان 2020 والذي تضمن سلسلة من القرارات الاقتصادية الهامة والمتعلقة بأصحاب العمل وشركات القطاع الخاص والعمالين فيها، العديد من التساؤلات بعد ورود نصوص غير مفهومة ومبهمه وبحاجة إلى توضيح أكثر، والذي جاء ما أجل تقليل الآثار السلبية المترتبة على الصعيد الاقتصادي في ظل الأزمة الحالية، ومن هذا المنطلق التمسنا ضرورة إيجاد شرح تفصيلي عن القرارات المتضمنة في أمر الدفاع وتوضيحها لكل من أصحاب العمل والعمال وهي كتالي:

الفرع الأول / المادة الاولي من امر الدفاع رقم 6

أمر دفاع رقم (6) لسنة 2020 الصادر بمقتضى قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992:

"حيث إن الهدف الأساسي من حظر التجول هو حماية حياة الأردنيين وصحتهم، ولبذل ما يمكن من جهود للقيام بالإجراءات اللازمة لتقليل الآثار الاقتصادية السلبية على المشغلين وشركات القطاع الخاص والعمالين فيها، ولغايات تمكين الاقتصاد من استعادة عافيته بعد انتهاء الأزمة الحالية، مع دراسة إمكانية التدرج في فتح وتشغيل القطاعات الاقتصادية وفق ضوابط السلامة والصحة العامة والأولويات الوطنية، أقرر إصدار أمر الدفاع التالي:

أولا: أ - يستحق جميع العاملين في مؤسسات ومنشآت القطاع الخاص أو أي جهة أخرى خاضعة لقانون العمل أجورهم المعتادة عن الفترة من 2020 / 3 / 18 ولغاية 2020 / 3 / 31، على أن لا يستحق أي من العاملين في القطاعات المستثناة من

د.فاطمة الرزاز، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية/القااهرة، 2004، ص341 وما بعدها. د.محمد حسين منصور، قانون¹⁸² العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2010، ص390 وما بعدها.

قرار مجلس الوزراء بالتعطيل أجراً إضافياً عن عملهم خلال تلك الفترة، إلا إذا تم تكليفهم بعمل إضافي وفقاً لأحكام المادة (59) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996.

ب - لغايات إعمال الفقرة (أ) من هذا البند، يوقف العمل بالفقرة (ب) من المادة (59) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996 فيما يتعلق بالأحكام القانونية المتعلقة بالعمل أيام العطل الرسمية فقط.

ثانياً: أ - تحدد القطاعات أو المؤسسات أو المنشآت المستثناة من القطاع الخاص أو من أي جهة أخرى خاضعة لقانون العمل من قرار التعطيل والتي سيصرح لها بالعمل بعد الحصول على موافقة من وزير الصناعة والتجارة والتموين ووزير العمل والصحة والوزير المختص مجتمعين.

ب - لغايات إعمال الفقرة (أ) من هذا البند يفوض وزراء العمل و الصناعة و التجارة و التموين والصحة بتحديد أسس وإجراءات وشروط الحصول على الموافقة بموجب تعليمات تصدر عنهم مجتمعين لهذه الغاية. ثالثاً:- لتسهيل آليات العمل "عن بعد" بشكل كلي أو جزئي وتمكين القطاعات الاقتصادية في هذه الظروف من القيام بنشاطاتها الاقتصادية واستمرارها بالإنتاج أقر ما يلي:- أ - لمؤسسات ومنشآت القطاع الخاص وأي جهة أخرى خاضعة ممارسة أعمالها "عن بعد" بشكل كلي أو جزئي.

ب - يوقف العمل بأحكام المواد (3) و(5) و(8) و(10) و(12) من نظام العمل المرن رقم (22) لسنة 2017 وذلك لغايات تنفيذ الفقرة (أ) من هذا البند.

ج - يفوض وزير العمل باتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لتنظيم العمل المرن "عن بعد" بموجب تعليمات يصدرها لهذه الغاية.

رابعاً:- اعتباراً من تاريخ 1/4/2020 تحدد أجور العاملين في مؤسسات ومنشآت القطاع الخاص وفي أي جهة أخرى خاضعة لقانون العمل كما يلي: أ - يستحق العاملون الذين يؤدون أعمالهم في مكان العمل أجورهم كاملة، على أنه يجوز الاتفاق بإرادة العامل الحرة على تخفيض أجره، على أن لا يتجاوز مقدار التخفيض 30% من أجر العامل المعتاد، وأن لا يتم اللجوء لهذا الخيار إلا إذا كان التخفيض شاملاً لرواتب الإدارة العليا للمنشأة.

ب - يستحق العاملون الذين يقومون بأداء أعمالهم "عن بعد" بشكل كلي في المؤسسات والمنشآت المصرح لها بالعمل أو تلك المشمولة بقرار التعطيل أو غير المصرح لها بالعمل كامل أجورهم، وكما يستحق العاملون "عن بعد" بشكل جزئي في المؤسسات والمنشآت المصرح لها أو تلك المشمولة بقرار التعطيل وغير المصرح لها بالعمل أجورهم حسب ساعات العمل الفعلية، وبما لا يقل عن الحد الأدنى المحدد لأجر الساعة الواحدة، أو وفق الأجر المنصوص عليه في الفقرة (هـ) من هذا البند أيهما أعلى.

ج - يستحق العاملون المنصوص عليهم بالفقرتين (أ) و(ب) من هذا البند والذين يكلفون بعمل إضافي أجراً إضافياً وفقاً لأحكام الفقرة (أ) من المادة (59) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996 فقط.

د- لغايات إعمال الفقرتين (أ) و (ب) من هذا البند يوقف العمل بالفقرة (ب) من المادة (59) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996 فيما يتعلق بالأحكام القانونية المتعلقة بالعمل أيام العطل الرسمية فقط.

هـ- لصاحب العمل في المؤسسات والمنشآت المصرح لها بالعمل بصورة جزئية بالنسبة للعاملين غير المكلفين بعمل أو تلك المشمولة بقرار التعطيل ولم يصرح لها بالعمل، التقدم بطلب لوزير العمل للسماح له بدفع ما لا يقل عن 50% من قيمة الأجر المعتاد لهؤلاء العمال على أن لا يقل ما يتقاضاه العمال من الأجر عن الحد الأدنى للأجور.

و- تحدد الأسس والشروط التي يتم بموجبها السماح لأصحاب العمل بدفع ما لا يقل عن 50% من قيمة الأجر الأصلي بموجب تعليمات يصدرها وزير العمل لهذه الغاية.

ح - يوقف العمل بنص المادة (50) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996 لغايات تنفيذ الفقرتين (هـ) و(و) من هذا البند.

خامساً:- لصاحب العمل غير القادر على دفع الأجور على النحو الوارد في البند "رابعاً" أعلاه في مؤسسات ومنشآت القطاع الخاص وأي جهة أخرى خاضعة لقانون العمل والمصرح لها بالعمل، أو من تلك المشمولة بقرار التعطيل وغير مصرح لها بالعمل، التقدم بطلب للجنة مشتركة يشكلها كل من وزيرى الصناعة والتجارة والتموين والعمل لإيقاف العمل في مؤسسته أو منشأته كلياً، ووقف عقود العمل لجميع العمال. وعلى صاحب العمل أن لا يتخذ أي إجراء بهذا الشأن إلا بعد الحصول على موافقة تلك اللجنة، وعلى أن يرفق بالطلب كشفاً يبين أسماء العمال وطبيعة وشكل عقد كل منهم ومدته وأوقات الدوام ومقدار أجره وفق ما هو مسجل في المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي، ويترتب على صدور القرار بالموافقة على الإيقاف ما يلي:-

أ- لا يجوز لصاحب العمل الذي أوقف العمل بمنشأته بصورة كلية مزاوله أي عمل أو أي نشاط خلال فترة الإيقاف.

ب- ألا تنقطع العلاقة التعاقدية بين صاحب العمل والعامل خلال فترة الإيقاف، ولا يلزم صاحب العمل بدفع أجر العامل خلال هذه الفترة.

ج- لا تحتسب فترة وقف العمل من مدة عقد العمل.

د- تبقى جميع الالتزامات المالية والتعاقدية المترتبة على صاحب العمل قائمة خلال فترة الإيقاف باستثناء أجور العاملين.

هـ- لا يستفيد صاحب العمل في مؤسسات ومنشآت القطاع الخاص وأي جهة خاضعة لقانون العمل من المصرح لها بالعمل من أي برامج للحماية الاقتصادية للقطاع الخاص من تاريخ الإيقاف .

و- يتم وضع إشارة منع التصرف على الأموال المنقولة وغير المنقولة للعائدة للمنشأة خلال فترة الإيقاف بقرار من اللجنة.

سادساً:- أ- مع مراعاة ما ورد بالفقرة (هـ) من البند خامساً أعلاه، يحق لصاحب العمل في مؤسسات ومنشآت القطاع الخاص وأي جهة خاضعة لقانون العمل والمشمولة بقرار التعطيل وغير المصرح لها بالعمل، الاستفادة من برامج الحماية الاقتصادية وفق الشروط المقررة لكل منها.

ب- تعمل الحكومة على منح حوافز تشجيعية لأصحاب العمل الملتزمين بدفع أجور العمال كاملة من بداية العمل بقانون الدفاع وحتى انتهاء العمل به بالإضافة لاستفادتهم من برامج الحماية الاقتصادية وفق الشروط المقررة لكل منها.

سابعاً:- تسعى الحكومة وعلى ضوء إمكاناتها بتقديم الدعم اللازم لتأمين احتياجات الحياة الأساسية لعمال المياومة الأردنيين من غير المشتركين في الضمان الاجتماعي شريطة اشتراكهم بالضمان الاجتماعي وفق آلية يتم تحديدها لاحقاً.

ثامناً:- أ- لا يجوز لصاحب العمل ممارسة ضغوط على العامل لإجباره على الاستقالة أو القيام بإنهاء خدماته أو فصله عن العمل إلا وفقاً لأحكام الفقرتين (ج) و (د) من المادة (21) والفقرات (أ، ز، ح، ط) من المادة (28) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996

ب- لغايات تنفيذ الفقرة (أ) من هذا البند يوقف العمل بالمادة (23) وبنصوص الفقرات (ب، ج، د، هـ، و) من المادة (28) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996 ويفوض وزير العمل باتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لتطبيق الفقرة (هـ) منها

ج- على كل صاحب عمل قام بإجبار أي عامل لديه على الاستقالة أو أنهى خدماته أو قام بفصله عن العمل في غير الحالات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذا البند وخلال الفترة الممتدة من تاريخ 18/3/2020 حتى تاريخ صدور أمر الدفاع رقم (6) لسنة 2020 بإعادتهم إلى العمل خلال أسبوع من تاريخ نشر الأمر في الجريدة الرسمية.

تاسعاً: يعتبر كل تعهد أو اتفاق أو وثيقة يتنازل فيها العامل عن أي من حقوقه أو تؤدي إلى الانتقاص من تلك الحقوق منذ تاريخ 18/3/2020 باطلة، ولا يعتد بها قانوناً، وعلى صاحب العمل اتخاذ الإجراءات اللازمة لإلغائها خلال أسبوع من تاريخ نشر أمر الدفاع هذا في الجريدة الرسمية.

عاشراً: أ- تتم إعادة النظر بما ورد في أمر الدفاع هذا والتعليمات الصادرة بمقتضاه بشكل شهري أو كلما اقتضت المصلحة ذلك بمقتضى بلاغات يصدرها رئيس الوزراء لهذه الغاية.

ب- تحدد أسس وشروط استفادة صاحب العمل من كل برنامج من برامج الحماية الاقتصادية من الجهة الرسمية المختصة بموجب تعليمات تصدرها لهذه الغاية.

ج- يصدر رئيس الوزراء البلاغات والأوامر اللازمة لتنفيذ ما جاء بأمر الدفاع هذا.

حادي عشر: أ- يعاقب كل من يخالف أيّاً من إجراءات الحصول على الموافقة المشار إليها في البند (ثانياً) من أمر الدفاع هذا بإغلاق المنشأة المخالفة لمدة ستين يوماً

ب- يعاقب من يخالف أي حكم آخر من أحكام أمر الدفاع هذا والبلاغات الصادرة عن رئيس الوزراء أو الوزراء المكلفين بمقتضاه بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبالغرامة ثلاثة آلاف دينار

ج- لا تحول العقوبات المنصوص عليها في أمر الدفاع هذا دون حق العامل بالمطالبة بحقوقه العمالية وفقاً لأحكام قانون العمل رقم (8) لسنة 1996.

يلاحظ من امر الدفاع رقم 6 اعلاه بأنه يستحق كافة العاملين في مؤسسات ومنشآت القطاع الخاص او أي جهة أخرى خاضعة لقانون العمل أجورهم المعتادة عن الفترة من 2020/3/18 ولغاية 2020/3/31، على ان لا يستحق أي من العاملين في القطاعات المستثناة من قرار مجلس الوزراء بالتعطيل أجراً اضافياً عن عملهم خلال تلك الفترة، إلا إذا تم تكليفهم بعمل اضافي وفقاً لأحكام المادة (59) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996.

للفترة من 2020/3/18 ولغاية 2020/3/31: فإنه وبحسب البند الأول من قانون الدفاع رقم 6، يستحق العامل في أي من مؤسسات ومنشآت في القطاع الخاص أو أي جهة أخرى خاضعة للضمان الاجتماعي أجره كاملاً من تاريخ 2020/3/18 ولغاية 2020/3/31، سواء كانت هذه المؤسسات من القطاعات المستثناة من قرار مجلس الوزراء بالتعطيل أو غير المستثناة. فيما يتعلق بالقطاعات المستثناة من قرار مجلس الوزراء بالتعطيل فلا يستحق العامل فيها أي أجر إضافي مقابل عمله في هذه الفترة إلا إذا تم تكليفه بعمل إضافي بما يفوق ساعات العمل اليومية أو الأسبوعية على أن يتقاضى عن كل ساعة عمل إضافية أجراً لا يقل عن 125% من أجره المعتاد. وهذا هو الأصل الطبيعي وتماشياً مع ما نهجت عليه أغلب دول العالم المتضررة من هذه الجائحة وتطبيقاً لقواعد قانون العمل الأردني الذي كان من المفترض من منشآت القطاع الخاص العمل به لكون أن الجائحة لم يمر عليه الا شهر واحد فقط فليس من المنطق ما قامت به بعض المنشآت من اقتطاع جزء كبير من رواتب العمال وكذلك ما قامت به مجموعة منها بإنهاء خدمات موظفيها أما القرار الاخر فيما يتعلق عدم استحقاق العامل أجر إضافي فهذا القرار جاء مبهم وغير الواضح المقصود منه وما هو الهدف من وجوده في أمر الدفاع لان أمر الدفاع لم يأتي بجديد هذه تساؤلات وردت لدي الكثير يجب علينا توضيحها من خلال التالي :

أمر الدفاع اعتبر الفترة من 2020/3/18 ولغاية 2020/3/31 م عطلة رسمية يحق العامل التي كانت منشأته التي يعمل عليها واقع بها تعطيل العمل ويستحق أجره كاملاً اما المقصود بالقطاعات المستثناة من قرار مجلس الوزراء بالتعطيل مثل المستشفيات الخاصة اعفي صاحب العمل من الاجر إضافي فلا يعتبر ذلك عملاً إضافياً وإنما يستحق الأجر الطبيعي لتلك الفترة وهذا يعتبر نوعاً ما غير منصف فكان من الاجدر من مجلس الوزراء ان يلمح من إمكانية استحقاق تلك الفئة عند نهاية الازمة إجازة تعويضية وذلك من باب الانصاف والعدالة والتكريم.

وإن على كل منشأة قامت بإنهاء خدمات عمالة خلال تلك الفترة مخالفاً لما نص عليه قانون العمل فيما يتعلق بإنهاء الخدمات وجب إعادة العامل إلى عمله خلال أسبوع اعتباراً من 2020/4/9 مع دفع الاجر عن الايام التي تم خلالها الاستغناء عن خدمات العامل، ولكن يثار تساؤل هنا وهو اذا انتهى عقد عمل العامل في الفترة من 18/3/2020 وقبل صدور أمر الدفاع رقم 6 هل يلزم صاحب العمل بإعادة العامل بموجب أمر الدفاع؟ يعتبر صاحب العمل غير ملزم بإعادة العامل الذي انتهى عقده محدود المدة خلال الفترة أو كان خلالها في فترة التجربة بشرط توافر الشروط المطلوبة لإنهاء الخدمة من خلال الاخطار وفق ما نص عليه القانون والا اعتبر صاحب العمل متعسفا في إنهاء خدماته. ويكون ملزم بإعادة العامل صاحب العقد غير محدد المدة.

الفرع الثاني: فترة العمل من تاريخ 2020/4/1 وما بعد- :
فهنا يجب التفرقة بين نوعين من العمل- :

العمل بدوام كلي القطاعات المصرح لها بالعمل: أي أن الموظف الذي يعمل عملة بالشكل المعتاد وبذات ساعات العمل المحددة في قانون العمل (8) ساعات يستحق الأجر الطبيعي له دون أية خصومات. ولكن يجوز للعامل أو صاحب العمل بالاتفاق فيما بينهم وبإرادة العامل المنفردة أن يتم الخصم من الأجر بمقدار لا يتجاوز (30%) من راتب العامل من تاريخ 2020/4/1 إلى أن يتم إصدار قرار بوقف ذلك وبشرط أن لا يقل عن الحد الأدنى من الأجور , وحيث أن أمر الدفاع رقم (6) لسنة 2020 لم يشترط موافقة وزارة العمل وإنما ترك الاختيار للعامل وصاحب العمل. ومن وجهة نظري الشخصية جاء هذا القرار متسرعاً نوعاً ما فكان من الأفضل من مجلس الوزراء عدم المساس بالأجور مباشرة لأننا ما زلنا في المراحل الأولية من الأزمة وكان من الأجدر أن يتجه أمر الدفاع الي البحث في الية استنفاد الاجازات السنوية والاجازات الأخرى المستحقة للعامل قبل ذلك. وعند الرجوع لأمر الدفاع فيما يتعلق بتخفيض الاجر بنسبة 30% لم يراعي من وجه نظري الشخصية الاستقطاعات الأخرى المفروضة علي العامل فلنتصور عامل توجد عليه قروض بنكية تصل لنسبة 40 % وقروض اخري للمنشأة تصل لما نسبته 15 % فهل ما تبقي للعامل يكفي لعيل به أسرته وقضاء حاجاتها الضرورية وليست الكمالية وكان من الأجدر من المجلس الوزراء عند حديثه عن مسالة تخفيض الأجور أن يتحدث وبشكل حازم عن توقيف وتجميد كل الاستقطاعات المترتبة علي العامل في تلك الفترة كما ان ترك امر تخفيض الرواتب غير مفهوم فهو في بداية الامر ترك الخيار بالإرادة المنفردة للموافقة من قبل العامل دون غيره وفي الفقرة الأخيرة ترك الامر لكل من صاحب العمل والعامل وهنا اري من وجه نظري الشخصية بأن امر الدفاع كان تائه ومتخوفا ومرتبكا من أصدره هذا القرار.

الفرع الثالث العمل بدوام جزئي القطاعات الغير مستثناة: -

أن بعض أصحاب العمل ممن يكون لديهم أعداد كبيرة من العمال يتم انقسام العمال إلى قسمين جزء من العمال مازال مستمر بالعمل بالشكل المعتاد والجزء الآخر من العمال يكون العامل في حالة الإجازة. فأن الجزء الأول من العمال المستمرين بالعمل يستحق العامل كافة الأجر دون خصومات، ولكن يجوز للعامل أو صاحب العمل بالاتفاق فيما بينهم وبإرادة العامل المنفردة أن يتم الخصم من الأجر بمقدار لا يتجاوز (30%) من راتب العامل، ودون موافقة وزارة العمل.

*وعند النظر للحالة الثالثة التي تمثل دوام العاملين بشكل جزئي عن بعد القطاعات الغير مستثناه نظراً لأن طبيعة بعض المهام التي يؤديونها تتطلب وجودهم في موقع العمل، مما يعني عدم تمكنهم من أداء أعمالهم بشكل كامل عن بعد، فإن على المنشأة دفع الأجور عن ساعات العمل الفعلية بما لا يقل عن 220 دينار او عن 50% من اجر العامل ايهما اعلى. وأري إن هذه الفئة هي الفئة التي سوف يكثر الشكاوي العمالية في القريب العاجل وذلك لعدة أسباب منها الية العمل عن بعد الأصل انها لا تفرض الا علي الاعمال المكتبية او الاعمال الفنية المرتبطة بالحاسب الالي فقط فكيف نتصور وجود عمل عن بعد لا بد من وجود العامل في موقع العمل في أن واحد فهنا أتصور بان القرار امر الدفاع جاء مبهما وفيه نوع من الغموض الامر الذي قد تستغله المنشآت في تقليص أجور عمالها مستندين لهذا القرار ويجب علي مجلس الوزراء النظر فيه .

*إما الجزء الآخر من العمال الذي يكون العامل في حالة الإجازة القطاعات الغير مستثناة يستحق العامل نصف الأجر وبشرط ألا يقل عن الحد الأدنى من الأجور وبشرط موافقة وزارة العمل هنا نري أن قرار أمر الدفاع كان مجحفا لحق العامل لأنه بطبيعة الحال الاجازة السنوية التي خرج عليها العامل مضطرا لتخفيف الأعباء المالية للشركة في وقت غير مناسب له لان بطبيعة الحال الاجازة لا تؤخذ الا للراحة والاستجمام واسترجاع الطاقة والرحلات والتنزه فهل يكفي بعد خصم راتبه ويصل لما يقارب النصف في ظل هذه الظروف. وبطبيعة الحال يتم منح صاحب العمل فترة أسبوع فقط وتخالف المنشآت ويطبق عليها العقوبات الواردة بأمر الدفاع وتحديد الفقرة ب من البند 11 يعاقب من يخالف أي حكم آخر من أحكام أمر الدفاع هذا والبلاغات الصادرة عن رئيس الوزراء او الوزراء المكلفين بمقتضاه بالحبس حتى مدة ثلاث سنوات والغرامة ثلاثة الاف دينار.

وفيما يتعلق بالحالة الرابعة المرتبطة بالعمال غير القادرين على العمل عن بعد نظراً لأن طبيعة أعمالهم تستلزم وجودهم في موقع العمل مثل العاملين في المصانع والتجارة، فإن العامل يستحق كامل اجوره، كما يستطيع صاحب العمل دفع ما لا يقل عن 50% من قيمة الأجور شريطة ان لا يكون الاجر اقل من 220 دينار بموافقة الوزارة.

وتأكيدا على ذلك فقد خالف أمر الدفاع رقم 6 قانون الدفاع ذاته الذي قضى في المادة 11 من قانون الدفاع منه بأنه اذا تعذر تنفيذ اي عقد او التزام بسبب مراعاة احكام هذا القانون او اي امر او تكليف او تعليمات صادرة بمقتضاه او بسبب الامتثال لهذه الاحكام فلا يعتبر الشخص المرتبط بهذا العقد مخالفا لشروطه بل يعتبر العقد موقوفا الى المدى الذي يكون فيه تنفيذ العقد متعذرا ويعتبر ذلك دفاعا في اي دعوى اقيمت او تقام على ذلك الشخص او اي اجراءات تتخذ ضده من جراء عدم تنفيذه للعقد او الالتزام، وهذا يعني أن المادة المذكورة قد اعتبرت كافة العقود بما فيها عقود العمل موقوفة حكما، ومما تجدر الاشارة اليه في هذا المقام أن استخدام المادة 11 من قانون الدفاع مصطلح "العقد الموقوف" لا يعني بحال ذات المعنى لهذا المصطلح الوارد في القانون المدني الاردني في المادة (171) التي عرفت العقد الموقوف على أنه العقد الموقوف النفاذ على الاجازة اذا صدر من فضولي في مال غيره او من مالك في مال له تعلق به حق الغير او من ناقص الاهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع الضرر او من مكره او اذا نص القانون على ذلك، أي أن العقد الموقوف وفقا لأحكام القانون المدني هو عقد نشأ صحيحا لتوافر كافة أركانه وشروطه، لكنه معلق النفاذ على اجازته ممن له اجازته، فإن لم يُجزه اعتبر كأن لم يكن، اما اذا لحقت به الاجازة فينفذ العقد وتترتب آثاره من وقت انعقاده وليس من تاريخ صدور الاجازة، واعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وذلك استناداً لنص المادة (1/175) من القانون المدني، اي ان العقد معلقا على شرط واقف، أما المعنى المراد للعقد الموقوف الوارد في المادة (11) من قانون الدفاع هو استحالة تنفيذ بعض العقود بشكل مؤقت بسبب ظرف طارئ لا دخل لإرادة المتعاقدين فيه، أو بعبارة أدق هو وقف العقود مؤقتا على نحو يؤدي الى وقف آثارها ومفاعيلها بصورة مؤقتة لتعذر تنفيذها بسبب مراعاة احكام قانون الدفاع او اي امر او تكليف او تعليمات صادرة بمقتضاه او بسبب الامتثال لهذه الاحكام، وبالتالي فلا يعتبر الشخص المرتبط بهذه العقود مخالفا لشروطها بل يعتبر العقد موقوفا الى المدى الذي يكون فيه تنفيذ العقد متعذراً، وهو ما يؤدي الى القول بأن العقد يبقى صحيحا وتبقى العلاقة العقدية قائمة بين طرفيه، وذلك على الرغم من توقف تنفيذ الالتزامات العقدية بينهما، بسبب المانع الموقت الذي طرأ على عليها والمتعلقة بحالة حظر التجوال، وتطبيقا لذلك، وفي مجال الحديث عن عقود العمل، فإن هذه العقود تبقى صحيحة ونافاذة بمواجهة طرفيها، الا أنها توقفت مؤقتا

نتيجة حظر التجوال ومنع اصحاب العمل الغير مصرح لهم بفتح منشآتهم مؤقتاً تنفيذاً لأوامر الدفاع الصادرة استناداً لقانون الدفاع والتي منعت العامل من تنفيذ التزامه المتمثل بتقديم العمل، وبالتالي أثرت على التزام صاحب العمل بأداء المقابل لهذا العمل وهو الأجر، ومن جهة أخرى فإنه لا يرد القول في مجال الحديث عن عقود العمل بأن وقفها خلال فترة المنع ينطوي تحت حكم المادة (50) من قانون العمل، حيث جاءت الفقرة (ح) من البند رابعا من أمر الدفاع رقم (6) وأوقفت العمل بأحكام المادة المذكورة، وهو الامر الذي يثير الاستهجان والغرابة، خاصة وأن الابقاء على هذه المادة أولى من وقفها وتعطيلها في مثل هذه الظروف، كونها تجد المدى الصحيح في تطبيقها في مثل هذه الظروف، فضلا عن أن الوقف لهذه المادة والاستعاضة عنها بما تضمنته الفقرتين (هـ ، و) من البند رابعا من أمر الدفاع رقم (6) من منح الحق لصاحب العمل في المؤسسات والمنشآت المصرح لها بالعمل بصورة جزئية بالنسبة للعاملين غير المكلفين بعمل أو تلك المشمولة بقرار التعطيل ولم يصرح لها بالعمل التقدم بطلب لوزير العمل للسماح له بدفع ما لا يقل عن 50% من قيمة الأجر المعتاد لهؤلاء العمال، على أن لا يقل ما يتقاضاه العمال من الاجر عن الحد الادنى للأجور، إنما جاء بصورة تفتقر الى المشروعية، باعتبار أن رئيس الوزراء قد مارس وظيفة تشريعية تخرج أصلا عن نطاق صلاحياته المحددة بتعطيل بعض نصوص القوانين، عندما قام بتعديل ما تضمنته المادة (50) من أحكام بعد وقف العمل بها، وفرض على اصحاب الاعمال أداء كامل اجور العاملين لديهم عن الفترة من 2020/3/18 ولغاية 2020/3/31، وألزم أصحاب الاعمال بتأدية 50% من أجور العاملين غير المكلفين بعمل لدى المنشآت المشمولة بقرار التعطيل دون تحديد للمدة وبما لا يقل عن الحد الادنى للأجور. 183.

الفرع الرابع: أما قرار امر الدفاع رقم 6 فيما يتعلق بجواز طلب صاحب العمل إيقاف مؤسسته وفق شروطا معينه

فأري بأن القرار جاء مائلا لكفة صاحب العمل دون أن يوضح مصير العامل بتلك المنشأة مع ما يتصور من القاء العبء المالي على الحكومة من خلال الاستقطاع من الصناديق الحكومية المعدة لذلك الغرض ورفع يد المنشأة من تحمل تكاليف الأجور بعد مرور فترة زمنية قصيرة من الزمن هو قرار خاطئ حيث جاء القرار على النحو التالي خلال التالي:

- 1- الحق منح لصاحب العمل دون غيره
- 2- عدم إلزام صاحب العمل بدفع اجور العمال
- 3- استمرار نفاذ كافة الالتزامات المالية والتعاقدية المترتبة على صاحب العمل باستثناء أجور العمال.
- 4- وضع اشارة منع التصرف على الاموال المنقولة وغير المنقولة للعائدة للمؤسسة بقرار من اللجنة
- 5- عدم السماح لصاحب العمل بمزاولة اي عمل أو أي نشاط
- 6- عدم انقطاع الصلة التعاقدية بين العامل وصاحب العمل
- 7- عدم احتساب فترة الايقاف من مدة عقد العمل

الفرع الخامس: عمال المياومة

¹⁸³ مقال منشور بشبكة الانترنت <https://www.ammonnews.net/article/> 534751 تاريخ الدخول 2020/5/8 م في تمام الساعة 10:30

صباحا للدكتور محمد عبد الله الظاهر بعنوان مدي مشروعية امر الدفاع رقم 6 لسنة 2020

تسعى الحكومة وعلى ضوء امكانياتها بتقديم الدعم اللازم لتأمين احتياجات الحياة الأساسية لعمال المياومة الأردنيين من غير المشتركين في الضمان الاجتماعي شريطة اشتراكهم بالضمان الاجتماعي وفق آلية يتم تحديدها لاحقاً. كما اري بأن قرار امر الدفاع رقم 6 جاء كثيراً متحيز لصاحب العمل دون العامل من خلال منح الكثير من الامتيازات والدعم الحكومي دون ان يتطرق الامر الي حماية العامل الضعيف في تلك العلاقة الذي كان لا حول له ولا قوه. وظهر ذلك جلياً من خلال نص المادة السادسة من امر الدفاع الذي نص أ-مع مراعاة ما ورد بالفقرة (ه) من البند خامساً أعلاه، يحق لصاحب العمل في مؤسسات ومنشآت القطاع الخاص وأي جهة خاضعة لقانون العمل والمشمولة بقرار التعطيل وغير المصرح لها بالعمل، الاستفادة من برامج الحماية الاقتصادية وفق الشروط المقررة لكل منها.

ب-تعمل الحكومة على منح حوافز تشجيعية لأصحاب العمل الملتزمين بدفع اجور العمال كاملة من بداية العمل بقانون الدفاع وحتى انتهاء العمل به بالإضافة لاستفادتهم من برامج الحماية الاقتصادية وفق الشروط المقررة لكل منها.

وعند الحديث عن العمال اليمامة نصت المادة السابعة علي أن تسعى الحكومة وعلى ضوء امكانياتها بتقديم الدعم اللازم لتأمين احتياجات الحياة الأساسية شريطة اشتراكهم بالضمان الاجتماعي الذي كان واضح من امر الدفاع بأن لا زالت الية استفادة هذه الفئة من الحماية الاجتماعية لم تدرس ويخطط لها لحين صدور امر الدفاع وكان من وجهة نظري الشخصية ان تنظر أولاً الحكومة لتلك الفئة قبل الفئات الأخرى لكون أكثر تضرراً من هذه الازمة.

*الخاتمة

الحقيقة إن هذه الظروف المستجدة، وبسببها توقف دولا ب القطاع الخاص وأصبح شبه متوقف وأدى بطبيعية الحال الي شح الإنتاج وبالتالي تدهور الأوضاع الاقتصادية ومجال الأعمال رأينا بأن قانون العمل العماني وقف شبه عاجز من تحقيق دورة الأساسي الذي أنشاء من أجله ومن هنا أري، أنه من الاجدر وبالضرورة القصوى، أن يقوم المشرع بالنظر الي الوضع والمستجدات الجديدة الحاصلة في سلطنة عمان ومن ثم وضع قواعد قانونية أكثر صرامة يلتزم بها الجميع، وعدم ترك الأمر لكل حالة بحالها. وهذا بالطبع، يتطلب إعادة النظر في قانون العمل الساري وقراراته وكذلك عقود العمل المبرمة بين أصحاب العمل والعمال. ونظراً لأن جميع أطراف العلاقة أصبحوا يعانون من هذ الازمات وليس طرف واحد، أصبح الامر الحتمي أن يكون هنالك بعض التضحيات من الجميع وفق أسس مدروسة شاملة. لأنه كما قلنا سابقاً في بداية المقدمة لهذا البحث بأن لقد انطلقت كل نظريات وآراء الاقتصاديين من أن الأساس في الاقتصاد هو التوازن والاستقرار، وأن الاستثناء هو الأزمت، لكن وتيرة الأزمت الاقتصادية المتكررة وتلاحقها عالمياً تعارضت مع ذلك حتى أصبحت القاعدة هي الأزمت والمشاكل الاقتصادية، وصار الاستثناء هو الاستقرار وسوف نقوم في نهاية هذا البحث بتقديم مجموعة من النتائج التي توصلنا اليها وأهم التوصيات التي نري بضرورة المشرع القيام بها تحقيقاً لاستقرار القطاع الخاص.

النتائج:

- المشرع في قانون العمل العماني لم يتحدث عن الظروف الاستثنائية ولا عن القوة القاهرة.
- ان الظروف التي تمر عليها السلطنة والعالم بشكل عام لحين كتابة البحث هذا من الممكن أن نقول عليها ظروف استثنائية أرهقت صاحب العمل وليس قوة القاهرة أصبح تنفيذ الالتزام فيها مستحيلا.
- قانون العمل العماني لم يواكب العديد من التطورات الحاصلة في العالم ومن اهمها توريد نصوص إدارة الازمات الاقتصادية التي يكون لها تأثير سلبي لتنفيذ التزامات أصحاب العمل والعمال.
- تبين لنا ان من حق صاحب العمل أن يقوم بتنظيم الاجازات السنوية وفق مقتضي مصلحة العمل.
- الاجازة بدون أجر هو إجراء غير منصوص عليه في قانون العمل العماني الا انه من الممكن الاخذ به في حالة اتفاق الأطراف.
- المشرع العماني في قانون العمل العماني لم يتحدث عن إنهاء الخدمة بالسبب الوضع الاقتصادي وترك الامر لتقدير قاضي الموضوع فقط.
- ما ذكر أعلاه أري من وجه نظري الشخصية بأن نجد أن أمر الدفاع المذكور جاء مخالفا لمبدأ المشروعية، حيث انطوى على مخالفة صريحة لنص المادة 124 من الدستور التي حددت صلاحيات رئيس الوزراء بتعطيل بعض نصوص القوانين من خلال اوامر الدفاع، دون أن تمتد الى صلاحية التشريع أو وضع قواعد قانونية ناظمة للعلاقات المختلفة ومن ضمنها علاقات العمل من حيث تحديد اجور ورواتب العاملين بناء على استمرار العمل او توقفه بصورة جزئية او كلية، حيث تعتبر هذه الحالة ثغرة قانونية واضحة قد يقع عليها قضايا سوف تنهال علي الحكومة خصوصا بان امر الدفاع رقم 12 اعطي للمتضررين حق المطالبة بالتعويض. وكذلك وفق نص المادة الأخيرة من أمر الدفاع رقم (لا تحول العقوبات المنصوص عليها في امر الدفاع هذا دون حق العامل بالمطالبة بحقوقه العمالية وفقاً لأحكام قانون العمل رقم (8) لسنة. 1996). الامر الذي سوف نري في القريب العاجل قضايا عمالية فيما يتعلق بهذا الخصوص.
- أمر الدفاع لن يرضي أي طرف بشكل كامل والا جاء ذلك على حساب الطرف الآخر وبشكل عميق لذا امر الدفاع جاء ليقول مطلوب من الجميع ان يضحي ويتنازل.
- أمر الدفاع جاء ليقول يجب أن نقف مع صاحب العمل ونقدر اعباءه، فإذا لم تدعمه فلن يوجد عمل، وان هذا هو البديل الوحيد المتبقي عن عملية التسريح الجماعي للعاملين.
- أمر الدفاع جاء لتخفيف أعباء الازمة التي وقعت مؤقت على عاتق أطراف الإنتاج وليس لتنظيم العمل.

التوصيات:

- ضرورة اسراع الحكومة في إنشاء صندوق إعانات الطوارئ للقوى العاملة بالقطاع الخاص أسوة بجمهورية مصر العربية الذي أنشاء الصندوق في عام 2002 وفق القانون رقم 156. والمملكة الأردنية الهاشمية المسمى بصندوق إعانات لمتضرري الكوارث الطبيعية لعام 2016.
- نقترح على غرفة تجارة وصناعة عمان ممثل منشآت القطاع الخاص من أن يبادر في إنشاء صندوق طواري يعمل على تأمين سيولة نقدية لدفع أجور عمالها في حالة وقوع ظروف استثنائية تحدد الية صرف مثل تلك الأجور وشروطها وفق ضوابط معينة.
- نقترح أن يعدل نص المادة 25 من قانون العمل العماني ليتمكن صاحب العمل من ان يوكل العمال أعمال تختلف عن طبيعة عمله في حالة الظروف القاهرة والاستثنائية ونقترح أن يكون النص كالتالي (لا يلزم العامل بالقيام بعمل يختلف اختلافاً بيناً عن طبيعة العمل المتفق عليه في عقد العمل إلا إذا دعت الضرورة الى ذلك منعاً لوقوع حادث او لإصلاح ما نجم عنه او في حالة القوة القاهرة وفي الاحوال الاخرى التي ينص عليها القانون على ان يكون ذلك في حدود طاقته وفي حدود الظرف الذي اقتضى هذا العمل).
- نقترح أن يضاف نص جديد في قانون العمل العماني يتحدث عن إمكانية عمل مفاوضات بين صاحب العمل في حالة الظروف الطارئة لتحقيق توازن بين مصلحة الطرفين في ظل تلك الازم ونقترح أن يكون النص كالتالي (إذا طرأت ظروف استثنائية غير متوقعة ترتب على حدوثها أن تنفيذ أحد الطرفين للاتفاقية أو لحكم من أحكامها أصبح مرهقا وجب على الطرفين سلوك طريق المفاوضة الجماعية لمناقشة هذه الظروف والوصول إلى اتفاق يحقق التوازن بين مصلحتهما. فإذا لم يصل الطرفان إلى اتفاق كان لأي منهما عرض الأمر على الجهة الإدارية المختصة لاتخاذ ما يلزم نحو أتباع إجراءات المفاوضة)
- نقترح على المشرع العماني الإسراع في توريد نصوص قانونية تنظم العمل عن بعد وله في ذلك أن يقتبس من التشريعات الأوربية التي عملت بتنظيمه منذ فترة من الزمن خصوصا المشرع السويسري والبلجيكي والبولندي والبريطاني.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

الكتب باللغة العربية

- 1- دانور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1983، بيروت.
- 2- د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، بدون سنة ودار طبع.
- 3- د. عبد الحكيم فودة، آثار الظرف الطارئ والقوة القاهرة على الاعمال القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2014.
- 4- د. فاطمة الرزاز، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية/القاهرة، 2004.
- 5- د. محمد محيي الدين، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
- 6- محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، مصر، 1980.
- 7- د. محمد حسين منصور، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2010.

الرسائل العلمية

- 1- د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، مصر، 1949.
- 2- حميد ايه صالح، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي رسالة ماجستير جامعه الفاتح كلية القانون ليبيا.

المقالات

- 1- خالد بنى حمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة: دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، المجلة الاردنية للدراسات الاسلاميه، العدد 2، 4، 2006.
- 2- صادق عطية قنديل. "أثر الظروف الطارئة على أجرة العامل في الفقه الإسلامي"، مجلة الجامعه الاسلاميه للدراسات الشرعية والقانونيه، غزه، مجلد 26، العدد الاول، 2018.
- 3- علي الظفيري، مفهوم الظرف الطارئ في نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في الكويت مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية 4.
- 4- فوزي الغلاب "مدى تأثير الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدية في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه والقانون، العدد 45 سنة 1431
- 5- محمد شتا ابو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، العددان 393-394، سنة 74، مصر.

6- د. ياسر باسم ذنون، رؤى خليل ابراهيم "نظرية الظروف الطارئة و أثرها على الأحكام القضائية : دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة الامارات/السنة 28، العدد 57 يناير 2014.

7- يوسف احمد نوافله، الحماية الموضوعية والاجرائية للعامل من الفصل التعسفي، دراسة مقارنة في قانون العمل الاماراتي والاردني والعماني، مجلة دراسات الشريعة والقانون/الجامعة الاردنية، المجلد 46، عدد 3، 2019.

القوانين والقرارات

القوانين والقرارات:

- 1- قانون المعاملات المدني العماني.
- 2- القانون المدني المصري.
- 3- قانون العمل العماني.
- 4- قانون العمل المصري.
- 5- قانون العمل الاردني.
- 6- قانون الدفاع الاردني.

المقالات المنشورة عبر الانترنت

1- د. خالد الحميري، القوة القاهرة والظروف الطارئة اتفاق واختلاف، مقال متاح على موقع صحيفة الاقتصادية، الموقع الالكتروني: www.aleqt.com.

2- الالتزامات التعاقدية خلال «الجائحة» تخضع لنظريتي «القوة القاهرة» و«الظروف الطارئة»، مقال على موقع لوسيل الاخباري متاح على الموقع الالكتروني: <https://lusailnews.net/article/knowledgegate/files/26/04/2020>

3- قرارات اللجنة العليا بشأن العماله ودعم شركات القطاع الخاص: www.omannews.gov.om

4- د. محمد عبد الله الظاهر بعنوان مدي مشروعية امر الدفاع رقم 6 لسنة 2020 متاح على الموقع الالكتروني: www.ammonnews.net

5- د. عبد القادر ورسمه غالب، القوة القاهرة في العقود، مقال متاح على صحيفة عمان، الموقع الالكتروني: www.omandaily.com

6- المستشار محمد موسى مرعي، الالتزام بعقود العمل في الشريعة الإسلامية، مقال متاح على موقع مقال: www.mqqal.com

7- الاثار القانونية لفايروس كورونا كوفيد-19، مكتب محمد بن عفيف للمحاماه، متاح على الموقع الالكتروني: www.afiflaw.com

حق المرور في القانون الجزائري وتطبيقاته المعاصرة

د. لعشاش محمد

أستاذ محاضر قسم (أ)، بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة البويرة، دولة الجزائر

الملخص بالعربية

يعد حق المرور لمالك الأرض المحصورة حصرا تاما أو جزئيا عن الطريق العام من القيود القانونية المقررة بقوة القانون، فهو يمنح متى توفرت الشروط القانونية مقابل تعويض عن الضرر الذي لحق بالأرض المجاورة نظرا لما يشكله من عبء عيني يثقل كاهلها، ما لم يكن الحصر ناتجا بإرادة المالك نفسه أو ممنوح له على سبيل الاتفاق أو التسامح.

يخضع حق المرور لاكتسابه بالتقادم، كما أنه ينقضي كما تنقضي حقوق الارتفاق كقاعدة عامة في حالات محددة قانونا.

الكلمات المفتاحية: حق المرور- الأرض المحصورة- التقادم- المالك- الجزاء.

Abstract:

The right of passage to the owner of the confined land, totally or partially, by public road, is a legal restriction established by the force of law. It is granted when the legal conditions are fulfilled, in exchange for compensation for damage to the neighboring land, in view of the in-kind charges that falls on it, unless the restriction is the result of the will of the owner himself, or is granted to him by way of agreement or tolerance.

The right of passage is subject to its acquisition by statute prescription, as it extinguishes the same as the easement rights as a general rule in legally defined cases.

Keywords : Right of passage – Confined land – Prescription – Owner– Sanction

مقدمة

يخوّل حق الملكية العقارية المالك حق ممارسة جميع السلطات بكل حرية ودون قيد أو شرط مع احترامه للقوانين والأنظمة⁽¹⁸⁴⁾، فله أن يمنع غيره من المرور في أرضه من دون إذنه، غير أنه نظرا لطبيعة الملكيات المجاورة والمتلاصقة وما تثيره من إشكالات ومنازعات فقد فرض المشرع الجزائري قيودا قانونية ترد عليها بقوة القانون، من بينها تقرير حق المرور للأرض المحصورة عن الطريق العام بالتراضي أو بالتقاضي مقابل تعويض عن الضرر اللاحق بالمالك المجاورين⁽¹⁸⁵⁾.

ما لم يكن الحصر ناتجا عن فعل المالك نفسه أو كان ممنوحا له على سبيل الاتفاق أو التسامح أو كان محل نزاع ما لم يتم الفصل فيه نهائيا من طرف الجهة القضائية المختصة، لذلك فإن تقرير حق المرور يتم وفقا للأحكام القانونية المقررة لاسيما من حيث نطاقه وموضعه وكيفيات استعماله، وهو يخضع لاكتسابه بالتقادم.

وعليه نطرح الإشكالية الآتية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تقريره لحق المرور في تحقيق التوازن بين مصلحة مالك الأرض المحصورة عن الطريق العام ومالك الأرض المجاورة من خلال الأحكام القانونية المقررة لهذا الحق؟.

نجيب على هذه الإشكالية من خلال المحاور الآتية، حيث نتناول شروط تقرير حق المرور في القانون الجزائري (محور أول)، ثم حالات عدم جواز المطالبة بحق المرور (محور ثان)، وأخيرا أحكام تقرير حق المرور (محور ثالث).

المحور الأول: شروط تقرير حق المرور

تنص المادة 693 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك".

لذلك يتضح طبقا لهذه الأحكام أن شروط تقرير حق المرور تتمثل فيما يلي:

أولا- أن يكون صاحب الأرض المحصورة مالكا حقيقيا

يجب أن يكون صاحب الأرض المحصورة عن الطريق العام مالكا حقيقيا، أي أنه صاحب حق عيني أصلي يتوفر على عقد ملكية رسمي⁽¹⁸⁶⁾، يكون خاضعا لإجراءات الشكل الرسمي مسجلا ومشهرا بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا⁽¹⁸⁷⁾، أو على سند إداري كالدفتر العقاري في الأراضي المسوَّحة، أو على سند ملكية محرر طبقا لأحكام القانون رقم 02-07⁽¹⁸⁸⁾، أو

184- انظر المادة 674 من الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 26 سبتمبر 1975 معدل ومتمم

185- تم تنظيم حق المرور بموجب المواد من 693 إلى 703 من القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه
186- عرّف المشرع الجزائري العقد الرسمي وذلك بموجب المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري جاء فيها: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

187- تطبيقا لأحكام المادتين 324 مكررا و793 من القانون المدني، المرجع السابق.
188- قانون رقم 02-07 مؤرخ في 27 فبراير 2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم شهادات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج ر عدد 15، الصادر في 28 فبراير 2007

على حكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه ومشهر، أو على عقد إداري (بيع- تنازل- مبادلة...) محرر من طرف الجهة الإدارية المختصة كال عقود التي تحررها إدارة أملاك الدولة باعتبارها موثق الدولة.

وعليه فإنه لا يجوز لمن لا تتوفر فيه صفة المالك الحقيقي المطالبة بحق المرور على الأراضي المجاورة المملوكة للغير، تحت طائلة رفض الدعوى لانعدام الصفة⁽¹⁸⁹⁾.

وتطبيقا لذلك فلا يجوز للشاغل العرضي للعقار المحصور كالمستأجر أو الحائز على سبيل التسامح أو الإجازة أو المزارع المطالبة بحق المرور لعدم توفرهم على صفة المالك لأنهم لا يتمتعون سوى بحق شخصي على العين المحصورة وليس على حق عيني⁽¹⁹⁰⁾، وهو ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية تطبيقا للقانون⁽¹⁹¹⁾.

وفي هذه الحالة يتعين على الشاغل العرضي إذا كانت العين المؤجرة محصورة الرجوع للمالك المؤجر لطلب حق المرور على ملك الغير للوصول للطريق العام، أو طلب توسعة الممر إذا كان غير كاف كما لو تم توسعة نشاط الاستغلال فأصبح يتطلب ممرا أوسع، وهو التزام يقع على عاتق المؤجر لتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طبقا لمقتضيات عقد الإيجار المبرم بينهما، وأما إذا امتنع المؤجر عن تلبية طلب المستأجر فيمكن لهذا الأخير طلب فسخ عقد الإيجار لإخلال المؤجر بالالتزام عقدي طالما أن حق الممر يعد من بين لوازم التمتع بالعين المؤجرة على الوجه المعتاد والمألوف.

وأما أصحاب الحقوق العينية الأخرى كالمتنفع وصاحب حق الاستعمال والسكنى والحكر فإنه من المتفق عليه فقها وقضاء أنه يجوز لهم المطالبة بحق المرور على الأملاك المجاورة متى كانت الأرض محصورة عن الطريق العام شأنهم في ذلك شأن المالك الحقيقي، وذلك لأنهم أصحاب حقوق عينية على الأرض المحصورة وليست مجرد حقوق شخصية ولأن مصلحة هؤلاء لا تقل أهمية عن مصلحة المالك ذاته⁽¹⁹²⁾.

ثانيا- أن يكون الحصر العام كلياً أو جزئياً

يشترط لتقرير حق المرور توفر حالة الحصر التام أو الجزئي⁽¹⁹³⁾، لذلك فإن الحصر شرط جوهري وأساسي لتقرير حق المرور على أرض الغير بغض النظر عن طبيعة استغلال الأرض المحصورة⁽¹⁹⁴⁾، فمتى وجد الاتجاس وجد الحق في المرور⁽¹⁹⁵⁾، لذلك فإن الحصر يأخذ صورتين:

189- انظر المادة 13 فقرة 1 من القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008

190- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(حق الملكية)، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، القاهرة 1968
191- قرار المحكمة العليا(غ ع) رقم 64966 مؤرخ في 14/04/2011، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2011، ص 153 جاء فيه: " لا يحق للمستأجر باعتباره شاغلا عرضيا، إنشاء حق ارتفاع مرور في ملك الغير".

192- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان 2002، ص 489
193- وهو ما قضت به أيضا المحكمة العليا الجزائرية حيث جاء في أحد قراراتها رقم 4474 مؤرخ في 15/11/1989، مجلة القضاة، العدد 2، الجزائر 1990، ص 29 جاء فيه

"من المقرر قانونا أن إنشاء حق ارتفاع على ملك الغير يشترط فيه أن يكون السكن محصورا، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مبرر ويستوجب رفضه".

194- محمد شكري سرور، تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 2000، ص 254

195- محمد حسين قاسم، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية 2006، ص 70

1- الحصر التام

ويقصد به كذلك بالحصر المطلق أو الحصر الكلي عن الطريق العام، وهو يتحقق متى كانت الأرض محاطة من كل الجهات بأراضي الغير دون وجود منفذ لها يصلها بالطريق العام، أو بسبب موقعها الطبيعي بحيث تنعدم بها وسيلة الاتصال، لذلك فإنه يتقرر حق المرور لهذه الأرض بقوة القانون سواء كانت أرضا زراعية أو صناعية أو تجارية أو معدة لغرض البناء والسكن، أو أرضا فضاء أو عبارة عن بساتين وحدائق مسيجة أو غير مسيجة، وسواء كانت ملكا خاصا أو ملكا عاما متى كان تقرير حق المرور في هذه الحالة الأخيرة لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال العام⁽¹⁹⁶⁾⁽¹⁹⁷⁾، شرط أن تكون مما يمكن أن ينصرف إليها وصف الأرض، وأن يكون الحصر فعليا حيث لا يعتد بالحصر الاحتمالي أو المستقبلي.

كما يتقرر حق المرور إذا كان الحصر بفعل الإنسان كقيام الملاك المجاورين بأعمال مادية أدت إلى سد الممر المقرر للأرض المحصورة، أو في حالة كان للأرض المحصورة منفذ إلى مرفأ للسفن صالح لهذا الغرض، ولكن استعمالها واستغلالها يقتضيان أن تكون متصلة بطريق بري، فالمرفأ وإن كان ملكا عاما إلا أنه لا يعتبر طريق عام، ولا يكفي أن تكون الأرض متصلة بملك عام متى كان هذا الملك غير مخصص للمرور فيه⁽¹⁹⁸⁾، فالملك العام في هذه الحالة ليس طريقا عاما لذلك يحق للمالك المطالبة بفتح منفذ له إلى الطريق العمومي ولو على الأراضي المجاورة بقوة القانون، ويقصد المشرع بذلك أي منفذ ولو كان صعب الولوج إلى الطريق أو السلوك فيها، وعليه فإن حق المرور يتقرر كلما كان التمسك به للوصول إلى الطريق العام هو الوسيلة الوحيدة والممكنة، أو كلما كان البديل عنه يتطلب نفقة باهظة أو مشقة كبيرة⁽¹⁹⁹⁾.

2- الحصر الجزئي

ويقصد به الممر غير الكافي أو غير الممكن في مفهوم المادة 694 من القانون المدني جاء نصها:

"يعتبر الممر على الطريق العام غير كاف أو غير ممكن، إذا كان ذلك يكلف مشاق كبيرة لا يمكن تسويتها ببذل أعمال

باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار

ويعتبر الممر عكس ذلك كافيا إذا كانت الأضرار عارضة يمكن إزالتها بنفقات قليلة، أو إذا وجد الممر على وجه الإباحة

ما دام لم يمنع استعماله".

وعليه يتضح أن الممر غير الكافي أو غير الممكن للوصول إلى الطريق هو الممر الذي يكلف المالك مشاقا كبيرة، وتكون هذه المشاق كبيرة إذا كانت تتطلب لتسويتها بذل أعمال باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار بأن تفوق قيمته أو أنها تؤدي إلى الانتقاص من قيمته، كما يقصد بالممر غير الكافي الممر الضيق والذي لا يكفي للاستغلال الأمثل للأرض المحصورة، كأن يكون الممر يكفي للمشاة الراجلين فقط لكنه لا يتسع لمرور الدواب والمواشي والآلات المستعملة للفلاحة إذا كانت الأرض

196- همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية- حق الملكية- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، ص 193

197- وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 228461 مؤرخ في 2002/06/28، المجلة القضائية، العدد 2، الجزائر 2002، ص 401 جاء

فيه: "يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص لهذا المال".

ولما استبان من القرار المطعون فيه تقرير صفة المدعى عليهم في الطعن في استعمال حق ارتفاق المرور على الأرض من نوع عرش، فإن

قضاة الموضوع يكونوا قد أصابوا في تطبيق القانون".

198- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 755

199- همام محمد محمود الزهران، المرجع السابق، ص 297

زراعية⁽²⁰⁰⁾ أو أنه لا يكفي مرور سيارات النقل ومختلف العربات والشاحنات إذا كان العقار معدا للاستغلال الصناعي أو التجاري.

كما قد يكون الممر غير ممكن إذا كان شديد الانحدار يصعب استعماله كأن تكون الأرض وعرة أو رخوة أو منحدره انحدارا شديدا، أو به موانع وعوائق لا تسمح باستعماله كوجوده أسفل جبل تتساقط منه الحجارة مما يكلف المالك بذل نفقات باهظة ومكلفة لاستعماله، أو يكون الممر معرضا لانهدامات نتيجة انجراف التربة، أو أن استعماله يكلف نفقات باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار أو يكبد المالك مشقة كبيرة، كما لو كان يمكن للمالك العقار البعيد عن الطريق العام نقل منتجاته عن طريق الأشخاص بممر قائم، في حين أن هذا يكلفه نفقات باهظة ومشقة عما لو كان النقل بسيارة.

ويشترط لاعتبار الممر غير كاف ألا تكون الأضرار الناجمة عارضة بحيث يمكن إزالتها بنفقات قليلة وغير مكلفة أو باهظة، كما لو كان الممر لا يتطلب إلا بذل نفقة قليلة تتناسب وقيمة المنفعة من العقار المحصور، لذلك فمتى كانت الأضرار عارضة كان الممر كافيا ويعتبر الممر كافيا كذلك إذا كان ممنوحا على سبيل الإباحة ما دام لم يمنع المالك من استعماله⁽²⁰¹⁾.

لذلك فإنه يتضح أن تقدير كفاية الممر من عدمه هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في مجال اختصاص السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فمثلا إذا كانت الأرض المحصورة زراعية وقد تم التوسع في استغلالها لغرس الأشجار وتربية المواشي والدواجن وتشييد أبنية وإسطبلات ومخازن وغيرها، فإن الممر الكافي لهذه الأرض هو الممر اللازم لاستغلالها الجديد، شرط ألا تكون هذه الأبنية هي التي تسببت في الحصر أو زادت في حدة الانحصار أو في أعباء حق المرور⁽²⁰²⁾، فالمالك حر في تجديد أنواع النشاط للانتفاع أكثر لذلك لا يجوز تقييده ما دام نشاطه في نطاق الوجه المألوف لاستغلال أرضه⁽²⁰³⁾.

وأما إذا كانت الأرض فضاء دون أي نشاط فإنه يكفيها ممر يكون أقل ومحدود من حاجة الأراضي الفلاحية أو العامرة والمأهولة بالسكان وهكذا، لذلك فإن استغلال العقار هو وحده الذي يتقرر على ضوءه كفاية الممر من عدمه⁽²⁰⁴⁾.

3- أن يكون حق المرور مقابل تعويض مناسب

إذا كان من حق مالك الأرض المحصورة طلب الحصول على حق المرور للوصول إلى الطريق العام، فإن أقل ما يستحقه مالك الأرض المجاورة الذي تقرر حق المرور على أرضه الحصول على تعويض يتناسب مع الأضرار التي لحقت به يقدر على

200- جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 179572 مؤرخ في 17/03/1999، مجلة القضاة 1999، العدد 01، ص 106: " حيث أن قضاة الموضوع سببوا قرارهم بأن ملكية الطاعنين غير محصورة لأن لهم منفذ عرضه واحد متر، إلا أنه بالعودة للخبرة تؤكد أن هذا الممر غير كاف لتمير مواد البناء".

201- انظر المادة 694 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق

202- مما يعني في هذه الحالة تطبيق أحكام المادة 695 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بعدم جواز المطالبة بحق المرور أو توسعته إذا كان الحصر ناتجا بإرادة المالك.

203- ولد خصال محمد، قيود الملكية العقارية الخاصة- قيد حق المرور لمالك الأرض المحصورة، مقال منشور بمجلة معارف، قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة، العدد 19، كلية الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر 2015، ص 33

204- انظر قرار المحكمة العليا رقم 390680 مؤرخ في 17/01/2007، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، الجزائر 2007، ص 411

أساس الضرر تطبيقاً لأحكام المادة 693 فقرة 2 من القانون المدني⁽²⁰⁵⁾، ذلك لأن حق المرور يشكل عبئاً عينياً عقارياً يحد من منفعة الأرض المجاورة.

ويشترط في التعويض أن يتناسب مع ما لحق المالك الجار الذي تقرر حق الممر على أرضه من ضرر مؤكد يتم تحديده بالتراضي أو بالتقاضي.

وتجدر الإشارة في هذه الحالة إلى أنه لا يعتد في تقدير التعويض بالفائدة التي عادت على الأرض المحصورة من جراء زوال انحباسها عن الطريق العام، حتى ولو كانت فائدة كبيرة وأكبر قيمة من الضرر الحاصل، ولا يعتد بالقيمة المالية للأرض المحصورة فالعبرة بقيمة الضرر لا بقيمة الفائدة⁽²⁰⁶⁾.

ويترتب على كون التعويض يدفع في مقابل المرور أنه إذا لم يعد حق المرور ضرورياً بأن اتصلت الأرض بالطريق العام، فإنه يكون لصاحب الحق أن يسترد جزءاً مما دفعه من تعويض يتناسب مع ما لم يقع من أضرار، فالتعويض يكون عن الأضرار التي تترتب فعلاً لا على ما لم يقع، لذلك لا يحق طلب تعويض إضافي إذا تحققت أضرار أخرى نتيجة لتعديل طارئ على حق الممر إذا كان هذا التعديل قد تم بفعل مالك الأرض المجاورة وليس بفعل مالك الأرض المحصورة، غير أن التعويض يكون مستحقاً في حالة طلب توسعة الممر لعدم كفايته إذا طلب مالك الأرض المجاورة ذلك.

يكون التعويض مستحقاً من تاريخ تحديده يسدد دفعة واحدة وقبل استعمال حق المرور، إلا أنه بالعودة إلى القانون المدني فإنه لا يشترط أن يدفع التعويض مقدماً لذلك يمكن أن يدفع على أقساط متساوية⁽²⁰⁷⁾، وفي حالة عدم الاتفاق على كيفية تسديده كان للمحكمة المختصة تحديد طرق دفع التعويض المستحق، إلا أنه إذا لم يدفع هذا التعويض بعد تحديده فللمالك الجار (الدائن) رفع دعوى تعويض ضد مالك الأرض المحصورة لإجباره على دفع التعويض، وفي حالة امتناعه يجوز له من استعمال الممر تطبيقاً لقواعد الحق في الحبس لغاية استيفاء الدين واجب الأداء الذي في ذمة المدين⁽²⁰⁸⁾، ولا يجوز للمدين في هذه الحالة إجبار الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى بل أن الشيء المستحق أصلاً هو الذي يكون به الوفاء، كما لا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، وإذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن استيفاء الجزء المعترف به فليس للمدين رفض الوفاء بهذا الجزء⁽²⁰⁹⁾.

205- وهو ما قضت به المحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها رقم 181874 مؤرخ في 1998/10/28، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، الجزائر 1999، ص 105

"وحيث أن الاعتراف للمدعى عليه بحق المرور على القطعة المملوكة للمدعى في الطعن في هذه الأحوال ودون أن يعرض المدعى عليه تعويضاً طبقاً للمادة 693 من القانون المدني، تجعل حداً لحصر محتمل لملكيته يعد خرقاً للقانون يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه" 206- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 772

207- نصت على ذلك المادة 701 من القانون المدني جاء فيها:

"وإذا استحق صاحب العقار المرتفق به تعويضاً، فإنه يمكن أن يحتوي ذلك التعويض على مبلغ مالي يسدد دفعة واحدة أو على أقساط متساوية تتناسب مع الضرر الناجم من استعمال الممر".

208- انظر المادة 200 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق

209- انظر المادة 276 و 277 وما بعدها من القانون المدني، المرجع نفسه

وللمالك الجار الذي تقرر حق المرور على أرضه حق المطالبة بالتعويض مقابل الممر طوال مدة التقادم وهي خمسة عشر سنة كاملة من استحقاقه، وهو أجل تقادم الدعوى وتقادم الحقوق طبقاً للقواعد العامة⁽²¹⁰⁾، إلا أنه في حالة سكوت مالك العقار المرتفق به عن المطالبة بالتعويض طيلة مدة التقادم فإن حقه في التعويض يسقط بالتقادم⁽²¹¹⁾، وكذلك الحال إذا كان التعويض مبلغاً يدفع على شكل أقساط محددة فإن كل قسط يتقادم بمضي خمسة عشر عاماً دون مطالبة، ونفس الحكم ينطبق إذا كان دفع التعويض يتم دورياً بمضي أجل التقادم⁽²¹²⁾.

المحور الثاني: حالات عدم جواز المطالبة بحق المرور

نصت على هذه الحالات المادة 695 من القانون المدني الجزائري جاء فيها:

"لا يجوز لمالك الأرض المحصورة أو التي لها ممر كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان الحصر ناتجاً عن إرادته هو:

وليس له أن يطالب أيضاً بحق المرور إذا كان يتمتع إما بحق المرور على وجه الاتفاق وإما بحق المرور على وجه الإباحة، ما دام المرور الإتفاقي لم ينقض بعد وحق الإباحة لم يزل".

وعليه يتضح أن حالات عدم المطالبة بحق المرور تتمثل فيما يلي:

أولاً- إذا كان الحصر إرادياً

يكون الحصر إرادياً إذا كان ناتجاً عن فعل المالك بإرادته هو، بمعنى أن المالك هو من تسبب في حصر أرضه عن الطريق العام بفعله الإرادي الناتج عن تصرفه المادي أو القانوني وهو المتفق عليه فقها وقضاء.

وسواء كان هذا التصرف الذي يأتيه مالك الأرض المحصورة إيجابياً أو سلبياً، كما لو قام بفعل إيجابي كالبناء فسد به الممر المؤدي إلى الطريق العام، أو أدى ذلك إلى إفساده بشكل كلي أو جزئي فأصبح غير صالح للاستعمال أو غير كاف وكان بإمكانه تفادي هذا الانحصار لو احترم مخطط البناء أو ترك منفذاً أو ممراً يصله بالطريق العام⁽²¹³⁾.

أو قام بفعل سلبي كتنازله بمحض إرادته عن الممر الذي كان مقرراً له، أو أنه لم يستعمله طيلة مدة التقادم وهي خمس عشرة سنة من تقريره فسقط حقه في الممر بالتقادم نتيجة إهماله وتركه، إلا أن هذا لا يعني عدم أحقيته في المطالبة بممر جديد طالما بقيت أرضه محصورة عن الطريق العام مقابل تعويض جديد، لأن حق المرور هو قيد قانوني يتقرر بقوة القانون لمصلحة الأرض المحصورة وليس لمصلحة المالك قصد الاستعمال العادي لها⁽²¹⁴⁾.

210- المرجع نفسه

211- انظر قرار المحكمة العليا رقم 200906 مؤرخ في 2000/06/28، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج2، ص415 جاء فيه: " حيث أنه ما دام النزاع يتعلق بالتعويض عن ممر موجود منذ أكثر من 15 سنة كما عاينه قضاة الموضوع، فلا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التعويض تطبيقاً للمادة 700 من القانون المدني ولا مجال لتطبيق المادتين 693 و701 من ق.م كما يطالب به الطاعن، ذلك أن أصل النزاع لا يتعلق باستحداث ممر جديد لوجود ملكية محصورة ومن ثمة تبين أن هذين الوجهين غير مؤسسين ويجب رفضهما".

212- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص491

213- وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 303259 مؤرخ في 2005/03/23، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، الجزائر 2005، ص261

214- رمضان زرقين، عن بعض جوانب ارتفاق المرور، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2004، ص55

يسمى الانحصار الناتج عن فعل المالك بالانحصار الإرادي المفتعل لأنه نشأ عن واقعة مادية بفعل المالك كالبناء، أو أنه نشأ عن واقعة قانونية (تصرف قانوني) كبيع المالك لجزء من أرضه أو تجزئته دون إنشاء حق مرور، أو تنازله عن حق الممر بمحض إرادته، فلا يمكن أن تتحمل الأملاك المجاورة أعباء حق المرور طالما كان الحصر بفعل المالك من جراء تصرفه الإرادي. وأما إذا وقع الحصر بسبب أجنبي كما لو كان بفعل الإدارة كحالات الاستيلاء على جزء من العقار، أو نزع ملكية جزء منه للمنفعة العامة وبقي للمالك الجزء المحصور، أو قيامها بأعمال وأشغال بغرض التحسين فأدى ذلك إلى حالة حصر، فإن حق المرور يتقرر لصالح مالك الجزء المحصور على أملاك الغير بقوة القانون⁽²¹⁵⁾.

ثانيا- إذا كان حق المرور ممنوحا على سبيل الاتفاق

لا يجوز لمالك الأرض المحصورة المطالبة بحق المرور طالما يتمتع بحق مرور ممنوح له على سبيل الاتفاق (حق مرور اتفاقي)، ما لم ينقض هذا الاتفاق بعد بأي سبب من الأسباب⁽²¹⁶⁾. وحق المرور الاتفاقي هو اتفاق ينشأ بين مالك الأرض المحصورة وبين مالك الأرض التي تقرر عليها حق المرور فهو يؤدي إلى اكتساب حق المرور بموجب تصرف قانوني مدني كالبيع، أو بالميراث أو بالتقادم⁽²¹⁷⁾، يترتب آثاره القانونية تتعلق بكيفية تعيين الممر وطرق استعماله والمدة ومبلغ التعويض المستحق وطرق تسديده، وأما إذا انقضى الاتفاق ولم يجدد وبقيت الأرض محصورة فإنه يجوز للمالكها طلب حق المرور يمنح له بقوة القانون.

ثالثا- إذا كان حق المرور ممنوحا على سبيل التسامح

لا يجوز كذلك طبقا لأحكام المادة 695 من القانون المدني مالك الأرض المحصورة المطالبة بحق المرور على أرض الغير إذا كان يتمتع بحق مرور ممنوح له على سبيل التسامح أو الإباحة طالما حق الإباحة لم يزل، وطالما بقي يمارس حقه في المرور بشكل طبيعي دون اعتراض من جاره أو منعه من المرور على أرضه.

وأما إذا زال حق المرور المقرر على سبيل التسامح بحيث يصبح الممر في هذه الحالة وكأنه غير موجود، لذلك يجوز للمالك المطالبة بتثبيت حق المرور بقوة القانون⁽²¹⁸⁾. وتجدر الإشارة إلى أنه قد يكون الممر محل نزاع بين مالك الأرض المحصورة ومالك الأرض المجاورة أمام القضاء المختص ولم يتم بعد الفصل في القضية، ولم يمنع من استعماله، فإنه لا يجوز للمالك طالما بقي يستعمل الممر المطالبة بحق المرور إلا بعد الفصل النهائي في موضوع النزاع.

إلا أن جانبا من الفقه⁽²¹⁹⁾ يرى جواز رفع مالك الأرض المحصورة دعوى قضائية لطلب تثبيت حق المرور الممنوح له على سبيل التسامح أو محل نزاع نظرا لأن وضعه مهدد وغير مستقر، ويتعين في هذه الحالة على الجهة القضائية المختصة ألا ترفض الدعوى المطالبة بتثبيت حق المرور على أرض الغير، ولكنها توقف ويتوقف مصيرها على البت في النزاع القائم، فإن

216- انظر المادة 695 فقرة 2 من القانون المدني، المرجع السابق

217 - سليمان الهادي وشهيدة قادة، المسؤولية الناجمة عن مزار الجوار غير المألوفة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية

الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2016، ص 108

218- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 480

219- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 756

كسب مالك الأرض المحصورة الدعوى خسر دعوى المطالبة بحق المرور، ويكون له الحق في رفع دعوى المطالبة بتقرير حق المرور إذا خسر الدعوى الأولى.

المحور الثالث: أحكام تقرير حق المرور

ويقصد بها كفاءات مباشرة حق المرور في حالات خاصة وهي:

أولا-الحصر الناجم عن تجزئة العقار

يتحقق ذلك عندما يقوم المالك بتجزئة عقاره بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو أية معاملة أخرى أدت إلى حصر جزء أو بعض أجزاء العقار محل التجزئة، فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات⁽²²⁰⁾. وعليه فإن الأراضي التي وقعت عليها تلك المعاملات هي من تتحمل عبء تقرير المرور لأي جزء أصبح محصورا بفعلها، دون الأراضي المجاورة المملوكة للغير طالما أن المالك هو من تسبب في الحصر فعل تصرفه.

ومثال ذلك أن يقوم المالك ببيع جزء من عقاره لشخص آخر أصبح غير متصل بالطريق العام واستبقى لنفسه الجزء المتصل بالطريق العام، فإن حق المرور يتقرر في هذه الحالة على الجزء الذي بقي بحوزة المالك فهو من يلتزم بضمان حق المرور للمشتري وليس على ملكية الغير والعكس صحيح، وكذلك بالنسبة للمقايضة أو الهبة أو الوصية، أو في حالة إجراء قسمة للعقار المملوك على الشيوع⁽²²¹⁾ فإن الأراضي التي شملتها تلك المعاملات العقارية هي وحدها من تتحمل عبء ارتفاع المرور دون الأراضي المجاورة المملوكة لأشخاص آخرين⁽²²²⁾، وهو ما أكدته المحكمة العليا تطبيقا للقانون⁽²²³⁾، وحتى ولو كان تقرير المرور يلحق بالمالك صاحب التصرف ضررا أشد وليس ضررا أخف أو حتى إذا كان موضع الممر ليس مناسباً بالنسبة له، لأن المالك ملزم قانونا بضمان حق الممر للمشتري باعتباره من توابع العقار وهو التزام يقع على عاتقه دون المشتري، ويكون تقرير الممر من حيث المبدأ مجانا وبدون مقابل خلافا للقاعدة العامة ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، وأما في الحالة التي يستبقى فيها المالك لنفسه الجزء المحصور ويبيع الجزء المتصل بالطريق العام، فإن حق المرور يتقرر لهذا الجزء على الجزء الذي بحوزة المشتري إذا كان هو السبيل الوحيد للوصول إلى الطريق العام وذلك على أساس فكرة العدالة لا الضمان⁽²²⁴⁾.

220- وهو ما نصت عليه المادة 697 من القانون المدني جاء نصها: " إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو من أي معاملة أخرى، فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات".

221- انظر قرار المحكمة العليا رقم 311362 مؤرخ في 2005/09/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، الجزائر 2005، ص 321 جاء فيه: " لكن حيث أنه بالرجوع إلى ملف الدعوى والقرار المطعون فيه تبين أن المدعين في الطعن والمدعى عليه في الطعن وبموجب حكم مؤرخ في 1999/12/22 الصادر عن محكمة عين الكبيرة أنها حالة الشيوع بموجب قسمة لملكية العقارات المشاعة بينهم مما ينتج عنه حصر لأرض المدعى عليه في الطعن نتيجة تجزئة العقار بسبب القسمة.

وحيث بالرجوع إلى نص المادة 697 من القانون المدني فإنها تنص على أنه إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو أية معاملة أخرى، فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات، ومن هنا يكون قضاء المجلس بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون".

222- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية العقارية أو التبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر 2011، ص 239

223- جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 229229 مؤرخ في 2004/05/22، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج2، ص422:

" لا يطلب حق المرور بالنسبة للأرض المحصورة نتيجة معاملة ما (بيع - مبادلة- قسمة) إلا على الأرض محل المعاملة".

224- تامامي جميلة، حق المرور للأرض المحصورة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 2000، ص9.

لذلك فإن علة عدم جواز المطالبة بحق المرور في حالة التجزئة هو أنه يفترض في كل من المتصرف والمتصرف إليه أن يكونا على علم بأن هذا التصرف قد تنجم عنه حالة انحباس، ولهذا السبب يجب أن يتحمل كل منهما الآخر نظرا لخطورة حق المرور على الملكيات المجاورة.

ثانيا- أن يؤخذ الممر من الجهة التي تحقق أقل ضرر ممكن

وهو ما نصت عليه المادة 696 من القانون المدني الجزائري جاء نصها:

"يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالمالك المجاورين".

يتضح من هذه الأحكام وجوب مراعاة شرط ألا يلحق حق المرور ضررا فادحا بالملكيات المجاورة، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة ومناسبة والتي تحقق أقل ضرر بالمالك المجاورين، وهو ما قضت به المحكمة العليا تطبيقا للقانون⁽²²⁵⁾، لذلك فإن المقصود بالمسافة الملائمة إلى الطريق العام لا تعني بالضرورة المسافة الأقصر، فقد تكون مسافة الممر أقصر إلا أنها تلحق بالأمالك المجاورة ضررا أكبر على خلاف لو كان الممر أطول، كما لو كان الممر الأقصر إلى الطريق العام تتخلله بساتين وأشجار مثمرة يترتب عليه ضررا فادحا، كما يكون التعويض عنه مرهقا لمالك الأرض المحصورة، ففي هذه الحالة يعدل الممر إلى ممر أطول يكون أخف ضررا وأقل كلفة.

فالممر الملائم هو الذي يكون متناسبا مع حجم الأضرار المترتبة وعلى القاضي أن يتبين أن تكاليف المرور أقل وأن الأضرار الناجمة عن فتح الممر أخف على أصحاب الأمالك المجاورة، وأن لا يكون ذلك سببا في تحمل المالك أعباء إضافية أو يزيد من نفقات استغلاله لأرضه، حيث يمكنه في هذه الحالة طلب نقل الممر إلى موضع آخر أخف ضررا وأقل عبئا⁽²²⁶⁾، وله أن يطلب تضيق الممر إذا كان يلحق به ضررا كبيرا ويكفي لاستغلال الأرض المحصورة، وأما إذا لم تعد الأرض المحصورة في حاجة للممر المقرر لها كما لو تم فتح طريق عمومي يمكن استعماله ما لم يكن بعيدا ومرهقا⁽²²⁷⁾، فإنه يجوز لمالك الأرض المجاورة طلب التخلص من هذا الممر طالما أصبح بإمكان المالك استعمال ممر آخر.

ثالثا- اكتساب حق ارتفاع المرور بالتقادم، وأثره القانوني

1- اكتساب حق ارتفاع المرور بالتقادم

ثار جدال حول الطبيعة القانونية لحق المرور، ما إذا كان قيد قانوني يتقرر بقوة القانون وهو الأصل، أم أنه حق ارتفاع يكتسب بالتقادم⁽²²⁸⁾، إلا أن المتفق عليه فقها وقضاء هو أن للتقادم أثره القانوني على سقوط حق مالك الأرض التي تقرر

225- انظر قرار المحكمة العليا رقم 55985 مؤرخ في 15/11/1989، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، الجزائر 1991، ص 242 جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بأملاك المجاورين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".

226- شرط الحصول على إذن من صاحب العقار المحصور لاسيما إذا مرت على قاعدة الارتفاق مدة التقادم وهي خمسة عشر سنة من تحديدها تطبيقا لأحكام المادة 698 من القانون المدني الجزائري.

227- وهو ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في قرارها رقم 148810 مؤرخ في 25/06/1997، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر 1997، ص 145

228- عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان 1978، ص 124

عليها حق المرور في الاعتراض، أما حق المرور في ذاته فهو - من حيث المبدأ- يتقرر بقوة القانون فلا محل لإثارة فكرة اكتسابه بمرور الزمن، وإنما يرد على تعيين الممر وكيفية استعماله غير أن جانباً من الفقه يرى أنه يؤخذ على هذا الرأي أن التقادم المكسب يرد على الحقوق العينية ولا يجوز بغير نص أن يقال أنه يرد على موضع وطريقة المرور⁽²²⁹⁾.

وأما المشرع الجزائري فله رأي آخر وهو ما نستشفه من أحكام المادة 698 من القانون المدني والتي جاء نصها: "إن القاعدة والكيفية التي يتم بهما ارتفاع حق المرور بسبب الحصر تحددان بتقادم خمسة عشر سنة، فإذا اكتملت هذه المدة فلا يجوز لصاحب العقار المحصور تغيير قاعدة الارتفاع، ولا تحويلها أو نقلها من طرف صاحب العقار المرتفق به دون إذن من صاحب العقار المحصور".

ومن أحكام المادة رقم 699 جاء نصها:

"إن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر سنة، يعد بمثابة سند ملكية للارتفاع تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله، وإذا كان ارتفاع المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه عارضا كان، أو نهائيا".

وعليه يتضح من أحكام هاتين المادتين من جهة أن ارتفاع المرور لاسيما القاعدة والكيفية التي يتم بهما المرور تكتسب بالتقادم طبقاً للقواعد العامة، أي بمرور خمسة عشر سنة من تاريخ تحديدها⁽²³⁰⁾، شرط أن تنصب الحيازة على قاعدة ارتفاع المرور وكيفية استعماله وأن تكون الحيازة قانونية وصحيحة ومستوفية للمدة القانونية، إلا أنه في حالة عدم إثبات المدة القانونية للاستعمال الممر فإنه لا يعدو ذلك أن يكون استعمال الممر على سبيل التسامح ولا يصلح أن تكون وقائع يحتج بها للمطالبة باكتساب حق المرور بالتقادم.

وأما من جهة أخرى فقد اعتبر المشرع الجزائري حيازة الممر لمدة خمسة عشر بمثابة سند ملكية للارتفاع تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله فلا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه عارضا كان أو نهائيا⁽²³¹⁾.

2- الأثر القانوني لاكتساب ارتفاع المرور بالتقادم

يرتب التقادم أثره القانوني على حيازة القاعدة والكيفية التي يتم بهما ارتفاع المرور فلا يمكن لصاحب العقار المحصور باكتمال المدة تغيير قاعدة الارتفاع، ولا تحويلها أو نقلها من طرف صاحب العقار المرتفق به دون إذن من صاحب العقار المحصور.

229- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 489

230- وهو ما قضت به المحكمة العليا فجاء في أحد قراراتها رقم 195764 مؤرخ في 26/04/2000، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج2، ص411: "ولكن حيث أنه يستخلص من القرار المطعون فيه بأن قضاة الاستئناف قد توصلوا استناداً إلى محضر المعاينة المصغر في 01/07/1991 بأن الممر المتنازع عليه كان موجوداً منذ 1972 وقد تم سده بالبناء الذي شرع فيه المدعون في الطعن. وترتباً على ذلك، فقد طبقوا عن صواب أحكام نص المادة 698 من ق. م، ما دام أنهم توصلوا إلى القول بأن الارتفاع قد اكتسب عن طريق التقادم".

231- وهو ما قضت به المحكمة العليا تأكيداً لأحكام المادة 699 من القانون المدني الجزائري، فجاء في أحد قراراتها رقم 264490 مؤرخ في 2004/07/21، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، الجزائر 2004، ص 281 جاء فيه: "لا يزول ارتفاع المرور بعد توفر أجل التقادم المكسب بزوال الحصر بصفة مؤقتة أو نهائية".

كما أن حيازة الممر المستعمل طيلة مدة التقادم يعد بمثابة سند ملكية لصالح مالك الأرض المحصورة تابعا للعقار المحصور شرط أن تكون الارتفاقات المكتسبة بالتقادم ظاهرة بما فيها حق المرور⁽²³²⁾، ومتى توفرت شروط اكتساب حق ارتفاق المرور بالتقادم المكسب لصالح من تقرر له طبقا للقانون فإن هذا يغني عن البحث في مدى توفر حالة الحصر.

وأما حق المطالبة بالمرور فإنه لا يسقط بالتقادم طالما بقيت حالة الحصر قائمة، حتى ولو بعد مرور مدة التقادم على حالة الحصر، فهو حق غير مقيد بزمن معين، ولا يسقط بعدم الاستعمال ولو لمدة طويلة على غرار عدم سقوط حق الملكية بعدم الاستعمال، إلا أنه إذا تم تعيين الممر وتم قبض التعويض ولم يباشر مالك الأرض المحصورة المرور طيلة مدة التقادم فإن حقه في هذا الممر يسقط بالتقادم، دون أن يسقط حقه في طلب المرور من جديد طالما بقيت حالة حصر، غير أنه إذا أراد طلب المرور من جديد وجب عليه دفع تعويض جديد حتى ولو أنه أدى تعويض عن الممر القديم، وأما إذا سكت صاحب الأرض محل الممر عن المطالبة بالتعويض طيلة مدة التقادم سقط حقه هو الآخر في التعويض⁽²³³⁾.

كما أنه إذا باشر مالك الأرض المحصورة المرور في موضع مختار غير الموضع القانوني المقرر، ولم يعترض مالك الأرض المجاورة على استعمال هذا الممر طيلة مدة التقادم ثبت حق المرور في الموضع الجديد لصاحبه بالتقادم، ويكون التقادم في هذه الحالة بالنسبة لمالك الأرض المجاورة مسقطا حيث يتقادم حقه في الاعتراض على الموضع الجديد لسكوته طيلة مدة التقادم⁽²³⁴⁾.

والحكم نفسه في حالة استعمال ممر في الملكية المجاورة لم يتعين لا بالتراضي ولا بالتقاضي دون اعتراض طيلة مدة التقادم إما بمنعه من استعمال الممر المختار، أو اقتراح عليه ممرا آخر في موضع آخر في نفس الأرض يتفق مع نمط الاستغلال، أو في أرض أخرى له يكون المرور فيها أخف ضررا من الموضع الذي اختاره صاحب الأرض المحصورة أو في أرض لجار آخر، فإن حق المرور المختار يستقر لصاحب الأرض المحصورة على وضعه بمرور مدة التقادم تخص القاعدة والكيفية التي يتم بهما المرور حتى ولو كان هذا الممر يلحق به ضررا أشد وليس ضررا أخف.

خاتمة

نخلص في نهاية هذه الدراسة إلى القول بأن حق المرور هو قيد قانوني يرد على الملكية العقارية بقوة القانون متى توفرت حالة الحصر مقابل تعويض عن الضرر اللاحق بالأمالك المجاورة رغم أنه يشكل عبئا عينيا ينقل كاهل هذه الأملاك، ما لم يكن الحصر ناتجا بفعل المالك نفسه أو ممنوحا له على سبيل الإباحة أو التسامح أو كان محل نزاع ولم يفصل فيه نهائيا، وهو حق مخول للمالك فقط.

قد يتحول حق المرور إلى ارتفاق مرور يكتسب بالتقادم متى توفرت شروط الحيازة الصحيحة والمدة القانونية، كما يسقط حق المطالبة بالتعويض بمضي مدة التقادم وهي خمس عشرة سنة من تحديده.

232- انظر قرار المحكمة العليا رقم 423451 مؤرخ في 2007/11/14، المجلة القضائية، العدد 2، الجزائر 2007، ص 95، وقرارها رقم 299255 مؤرخ في 2005/02/23، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005، ص 213.

233- وهو ما نصت عليه المادة 700 من القانون المدني الجزائري جاء نصها: " لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التعويض إذا سكت حتى حصل صاحب الأرض المحصورة بالاستعمال والحيازة على حق المرور بالتقادم لمدة خمسة عشر سنة".

234- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 101.

لذلك نقترح ما يلي:

- تقرير حق مالك الأرض المحصورة لرفع الدعوى القضائية للمطالبة بتثبيت الممر الممنوح له على سبيل التسامح حتى لا يبقى مصيره معلقا على مكرمة الجار.
- عدم تطبيق نظام التقادم على حق المرور لكونه قيد قانوني وليس حق ارتفاق إرادي، كما لا يجب إسقاط حق المطالبة بالتعويض بمرور مدة التقادم.

التوصيات:

- نوصي بتعديل المادتين 698 و699 من القانون المدني الجزائري
- تنظيم قيود الملكية العقارية من بينها حق المرور بموجب قانون خاص ومستقل

المراجع

أولا: الكتب

- 1- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان 2002
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية)، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، القاهرة 1968
- عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان 1978
- محمد شكري سرور، تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 2000
- محمد حسين قاسم، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية 2006
- همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية- حق الملكية- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006
- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية العقارية أو التبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر 2011

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

- تاممي جميلة، حق المرور للأرض المحصورة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 2000
- سليمي الهادي وشهيدة قادة، المسؤولية الناجمة عن مزار الجوار غير المألوفة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2016

ثالثا: المقالات

- رمضان زرقين، عن بعض جوانب ارتفاق المرور، الاجتهاد القضائي للعقارية، ج2، قسم الوثائق المحكمة العليا، الجزائر 2004
- ولد خصال محمد، قيود الملكية العقارية الخاصة- قيد حق المرور للمالك الأرض المحصورة، مقال منشور بمجلة معارف، كلية الحقوق، جامعة البويرة، قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة، العدد19، الجزائر 2015

رابعاً: النصوص القانونية

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 26 سبتمبر 1975 معدل ومتمم
- قانون رقم 07-02 مؤرخ في 27 فبراير 2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم شهادات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج ر عدد15، الصادر في 28 فبراير 2007
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد21، الصادر في 23 أبريل 2008

رابعاً: القرارات القضائية للمحكمة العليا

- قرار رقم 4474 مؤرخ في 15/11/1989، مجلة القضاة، ع/2، 1990، ص ص 29-32 - قرار رقم 55985 مؤرخ في 15/11/1989، م/ق، ع/1991، ص ص 242-245
- قرار رقم 148810 مؤرخ في 25/06/1997، م/ق، ع/1، 1997، ص ص 145-149
- 3 - قرار رقم 181874 مؤرخ في 28/10/1998، م/ق، ع/1، م/ق-ع/2 الجزائر 1999 ص ص 105-109

- قرار رقم 179572 مؤرخ في 17/03/1999، م/ق-ع/1، 1999، ص ص 106-1093
- قرار رقم 200906 مؤرخ في 28/06/2000، وقرار رقم 229229 مؤرخ في 22/05/2004، ص ص 515-518،
- قرار رقم 195764 مؤرخ في 26/04/2000، ص ص 411-414، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج2، 2005،
- قرار رقم 228451 مؤرخ في 28/06/2002، م/ق-ع/2، الجزائر، 2002، ص ص 401-404
- قرار رقم 303259 مؤرخ في 23/03/2005، م/ق، ع/1، 2005، ص ص 261-264
- 9 - قرار رقم 311362 مؤرخ في 14/09/2005، م/ق، ع/2005، 01، ص ص 321-324
- 10- قرار رقم 390680 مؤرخ في 17/01/2007، م/ق، ع/2007، 2، ص ص 411-414 -11 قرار رقم 423451 مؤرخ في 14/11/2007، م/ق، ع/2، 2007، ص ص 95-99
- 12- قرار المحكمة العليا(غ ع) رقم 64966 مؤرخ في 14/04/2011، م/ق للمح/ع/1، 2011، ص ص 153-155

الرقابة على التشغيل في القانون الجزائري

مكي خالدية

أستاذة محاضرة -أ-

مديرة مخبر تشريعات حماية النظام البيئي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة ابن خلدون تيارت

الملخص:

إن اعتراف الدولة للمواطنين بالحق في العمل يعني الإقرار بالحق لكل شخص في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره ويقبله بحرية، وهذا لا يكون إلا باتخاذ تدابير مناسبة تكفل الحصول عليه على قدم المساواة مع المواطنين الآخرين الذين يشترك معهم في نفس المؤهلات دون تمييز بينهم.

في ظل الانفتاح الاقتصادي أصبح أهم سوق يحتاج إلى ضبط ورقابة هو سوق العمل لضمان حصول طالبي العمل على مناصب عمل مناسبة وحصول المستخدمين على الكفاءات التي يرغبون فيها، وللوصول إلى هذا الهدف أوكلت الدولة مهمة الرقابة على التشغيل للمرفق العمومي للتنصيب.

Abstract

The state's recognition of the right to work to the citizens means the acknowledgement of the right of every person to have the opportunity to earn his living by doing a job that he freely chooses and accepts. In light of the economic openness, the labor market has become the most important market which needs regulation and control to ensure that job seekers obtain appropriate job positions and the employers obtain the competencies they want. To attain such goal, the state has entrusted the overseeing of the employment mission to the public facility for nomination.

المقدمة:

يعتبر مبدئي المساواة وتكافؤ الفرص من أهم المبادئ التي تقوم عليها علاقات العمل، ويعد هذين المبدأين من النظام العام يؤدي خرقهما إلى بطلان أحكام عقود العمل والاتفاقيات المتضمنة فيها، كما يعدان من مؤشرات توفير العمل اللائق الذي تعرفه منظمة العمل الدولية بأنه⁽²³⁵⁾ "العمل المنتج للنساء والرجال في ظروف من الحرية والعدالة والأمن والكرامة الإنسانية ويتضمن فرص العمل المنتجة التي توفر دخلا مجزيا والأمن في موقع العمل والحماية للعاملين وأسرهم وفرص أفضل لتحقيق الذات وتطويرها وتشجيع الاندماج الاجتماعي وأن تتاح للناس حرية التعبير والمشاركة في القرارات التي تؤثر على حياتهم ويؤمن الفرص المتساوية والمعاملة المتساوية للجميع"

هذا يؤكد أن الأهم من الحصول على منصب عمل هو الحصول على منصب عمل لائق، وهذا لن يتأتى إلا من خلال وضع آليات قانونية تضمن المساواة وتكافؤ الفرص⁽²³⁶⁾ في الوصول إليه في ظل أزمة البطالة، فالمساواة هي محاولة لإعطاء الجميع فرصا مماثلة بقدر الإمكان لينتفع كل منهم بما قد يكون بين يديه من إمكانيات، ومن ثم تعني أن كل فرد سيعمل حسبما تؤهله إمكانياته، وأن كل مكانة يقلدها القانون لمواطن غيره في مثل ظروفه، ستلصق به هو أيضا، وأنه متى قرر المجتمع معاملة البعض معاملة تتميز عن المعاملة التي يلقاها الآخرون في ذات ظروفهم وإمكانياتهم، يعد انتهاكا لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص⁽²³⁷⁾.

لذلك فقد حرصت الدساتير المعاصرة والمواثيق الدولية على تقرير هذا الحق، ولم يخرج المشرع الجزائري عن ما ذهب إليه الاتفاقيات الدولية والتشريعات العمالية الحديثة فنص على هذا المبدأ في القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽²³⁸⁾ المؤرخ في 1990/04/21 من خلال المادة 17 منه التي تقضي "تعد باطلة وعديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في

235 - تبنت هذا التعريف خلال دورتها 87 سنة 1999

236 - صادقت الجزائر على العديد من المعايير الدولية التي تحث على ضمان تكافؤ الفرص منها بروتوكول حقوق المرأة في أفريقيا الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المعتمد من طرف الجمعية العامة لرؤساء دول وحكومات الاتحاد الأفريقي أثناء انعقاد قمته العادية الثانية في العاصمة الموزمبيقية، مابوتو في 11 جويلية 2003، طبقا له يقصد بالتمييز ضد المرأة "أي تمييز أو إبعاد أو تقييد، أو أي معاملة تمييزية على أساس الجنس، تستهدف أو ينتج عنها إضعاف أو إبطال الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في جميع ميادين الحياة بغض النظر عن حالتها الاجتماعية، أو تضعف أو تبطل تمتع المرأة أو ممارستها لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

أكد في المادة 13 منه على ضرورة أن تتخذ الدول الأطراف تدابير تشريعية، وغيرها من التدابير، لكفالة تكافؤ الفرص للمرأة في العمل والتدرج والوظيفي وفي هذا الصدد تقوم بتعزيز المساواة في فرص الحصول على العمل، وضمان الشفافية في توظيف وترقية المرأة وفصلها، وكفالة حرية اختيار المهنة للمرأة وحمايتها من الاستغلال من قبل صاحب العمل بما يشكل انتهاكا واستغلالا لحقوقها الأساسية المعترف بها والمكفولة بموجب الاتفاقيات والقوانين والنظم المعمول بها.

الميثاق العربي لحقوق الإنسان اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس في 23 ماي 2004 صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 06-62 المؤرخ في 11/02/2006، الجريدة الرسمية عدد 8 المؤرخة في 15/02/2006 ينص في مادته 3 تتعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بأن تكفل لكل شخص خاضع لولايتها حق التمتع بالحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الميثاق من دون تمييز خاصة في مجال العمل من خلال مادته 34 تنص أن العمل حق طبيعي لكل مواطن لذلك تعمل الدولة على توفير فرص العمل قدر الإمكان لأكبر عدد ممكن من المقبلين عليه مع ضمان الإنتاج وحرية العمل وتكافؤ الفرص

237 - شحاتة أبو زيد شحاتة دياب، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، دون تاريخ مناقشة، ص 103

238 - الجريدة الرسمية رقم 17 المؤرخة في 1990/04/25، ص 562.

الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أو عقد العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال كيفما كان نوعه في مجال الشغل أو الأجرة أو ظروف العمل على أساس السن والجنس أو الوضعية الاجتماعية أو النسبية والقرابة العائلية والقناعات السياسية والانتماء إلى نقابة أو عدم الانتماء إليها.

يهدف هذا النص إلى حماية العامل الطرف الضعيف في علاقة العمل نتيجة عدم التوازن بين طرفي هذه العلاقة، لكن الملاحظ على هذا النص أنه تعرض لعدم التمييز بين العمال فقط وأعفل التأكيد على المبدأ أثناء مرحلة التوظيف ولعل مرد الأمر هو الانتقال من مرحلة ضمان العمل إلى مرحلة الاعتراف بالحق في العمل فقط.

إذا كان القطاع الحكومي أو قطاع الوظيف العمومي تحكمه نصوص صارمة تتعلق بشروط الإعلان عن التوظيف وأجاله ومواعيد إجراء المسابقات وكيفية الطعن في النتائج، فإن القطاع الاقتصادي وفي ظل الانفتاح الاقتصادي بقي ولمدة طويلة يخضع لحرية التعاقد في مجال التشغيل أو بالأحرى ولأكثر دقة يخضع لحرية المستخدم في اختيار من يشغل دون قيود ودون رقيب.

حقيقة أن المستخدم وهو ينشئ مؤسسته يمارس سلطته التنظيمية يحدد ما هي المهن والوظائف التي يحتاجها ويحدد الشروط الشخصية والمهنية فيمن يريد شغلها بهدف الوصول إلى تحقيق الهدف الأسمى الرجل المناسب في المكان المناسب، لكن في ظل اقتصادياتنا الضعيفة التي لا تحتاج في غالبها لمؤهلات خاصة يصبح جميع من يحملون نفس المؤهل متشابهون في نظر المستخدم في إنكار تام لوجود الفوارق الشخصية والمهنية، بالإضافة إلى هذا وفي غياب الفصل بين شخصية المستخدم المعنوية وشخصية المالك تبقى الحرية في التعاقد من جهة والاعتبار الشخصي والمحسوبية من جهة أخرى أهم معايير الانتقاء.

سنة 2004 تفتن المشرع للأمر وسد هذا الفراغ من خلال إصداره القانون 19-04 المؤرخ في 25/12/2004 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل⁽²³⁹⁾، والذي عن طريقه أسس المرفق العمومي للتنصيب ومراقبة التشغيل نشاطه يهدف إلى إقامة علاقة بين طالبي العمل والمستخدمين لتمكينهم من إبرام عقود عمل

إذا كان هذا ما يعانیه الأصحاء من طالبي العمل فإن المعوق زيادة على ذلك غالباً ما يحرم من حق المساواة إما بسبب النظرة الاجتماعية له والتي تجعل المجتمع يجعله في مرتبة أدنى، أو بسبب التمييز الصريح أو الضمني الذي يمارس ضده المستخدمون معتبرينه شخصاً معيقاً لأي تقدم في العمل، وهذا رغم المساواة الرسمية بين فئات المجتمع التي تقرها الأحكام الدستورية والتشريعات الوطنية، أمام هذا الواقع ما كان على المشرع إلا أن يتدخل بإقرار حصة الواحد بالمائة من مناصب العمل التي يلزم المستخدم بتخصيصها لهذه الفئة

من هنا تبرز إشكالية هذا العمل، كونه يحاول التعريف بحالة قانونية يتداخل فيها البعد الإنساني والاجتماعي مع البعد الاقتصادي، كيف وفق المشرع الجزائري بين حق الاختيار الممنوح للمستخدم وبين التزامه بتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص بين المترشحين للعمل؟

هذا ما سنتعرض له من خلال عرض الاهتمام الوطني بتنظيم هيئات التشغيل كآلية لضبط وتنظيم سوق العمل ودعم دورها من خلال جهاز الرقابة مفتشية العمل.

أولاً: المرفق العمومي للتنصيب آلية لضبط سوق العمل:

في ظل سيطرة مبدأ سلطان الإرادة كان الفقه يعتبر أن التدخل التشريعي لتنظيم التعاقد يشكل نوع من أنواع تقييد حرية الإرادة وبالتالي فهو ظاهرة تشريعية استثنائية يجب عدم التوسع فيها، لكن إذا كان من اليسير حقاً أن يفرض القانون مبدأ المساواة القانونية بما يفترض قدرة كل فرد على الدفاع عن مصالحه تجاه الآخرين غير أن المساواة الاقتصادية والاجتماعية تتطلب تدخلاً قانونياً أكثر أهمية حيث يكون المشرع مسؤولاً عن اتخاذ كل ما من شأنه إزالة أو تقليص مجالات انعدام المساواة⁽²⁴⁰⁾ فلم يعد العقد شأنًا يخص الأطراف أو اتفاقاً حراً ناتجاً عن إرادتين تتمتعان بالمساواة والاستقلال، بل هو يفلت باطراد من سيطرة طرفيه ليصبح عملية قانونية موجهة من خلال تأثير المشرع على الإرادة في مرحلة التعاقد خاصة عن طريق وضع نظام معين للتعاقد أو شروط معينة للتعاقد أو فرض فئة معينة للتعاقد معها من طرف المستخدم⁽²⁴¹⁾ وفرض ذلك عن طريق الضغط على الفرد مع ترك حرية الامتناع له عن التعاقد مقابل توقيع جزاء عليه.⁽²⁴²⁾

إن الانتقال إلى نظام اقتصادي يعتمد على قوانين السوق أصبح يستلزم وجود هيئة تضبط سوق العمل وتلعب دور الوسيط بين عارضي العمل والطالبين له للوصول إلى المعرفة الدقيقة لسوق العمل من ناحية العرض والطلب على العمل، والتنسيق بين الطرفين لإحداث التوازن وفرض الرقابة على سوق العمل وتحقيق تكافؤ الفرص بين طالبي العمل من خلال ضبط قنوات وأجهزة عرض وطلب العمل، وهذا النشاط هو ما أطلق عليه المشرع التنصيب الذي يقصد به طبقاً للمادة الخامسة من القانون 19-04 المؤرخ في 2004/12/25 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل ذلك النشاط الذي يهدف إلى إقامة علاقة بين طالبي العمل والمستخدمين لتمكينهم من إبرام عقود عمل وفق التشريع والتنظيم المعمول بهما.

ويقوم بهذا النشاط في الجزائر المرفق العمومي للتنصيب المتمثل في الوكالة الوطنية للتشغيل والهيئات الخاصة المعتمدة وتتولى البلديات هذا الدور في المناطق التي لا تتوفر في حدود اختصاصها الإقليمي هذه الهيئات مع إلزامها بإبرام اتفاقية مع الوكالة الوطنية للتشغيل على أن تتقيد بدفتر الأعباء النموذجي⁽²⁴³⁾.

أ- الوكالة الوطنية للتشغيل:

المرفق العمومي للتنصيب عرفته الجزائر مع بداية الاستقلال من خلال المرسوم 63-153 المؤرخ في 1963/04/25 المتعلق بالتشغيل وتنصيب العمال⁽²⁴⁴⁾، إقامة هذا الجهاز كان استجابة وتطبيقاً للاتفاقية رقم 2 المتعلقة بالبطالة لسنة 1919 التي دعت منظمة العمل الدولية من خلالها الدول في مادتها الثانية إلى إنشاء شبكة من مكاتب الاستخدام عامة ومجانية تساعد طالبي العمل للحصول على عمل، والاتفاقية رقم 88 المؤرخة في 1948/06/17 المتعلقة بتنظيم إدارات التوظيف التي يوكل

240 - عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، دار النهضة العربية مصر، 2005، ص 7

241 - أحمد شرف الدين، فكرة القانون الاقتصادي، دراسة في التحولات الاقتصادية، دون دار نشر، مصر، 1988، ص 79

242 - حسن عبد المؤمن بدران، العقد والجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 133، وأيضاً محمد لبيب شنب، دروس في نظرية

اللائزات، دار النهضة العربية، مصر، 1977، ص 67

243-المادة 8 من القانون 19-04 المرجع السابق.

244 - الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخة في 1963/05/03، ص 407

إليها بالتعاون مع الهيئات العامة والخاصة تنظيم سوق العمل وتتبع التغير الذي يمس النشاط الاقتصادي واليد العاملة عبر الإقليم الوطني، ومساعدة طالبي العمل المسجلين لديها في الحصول على منصب عمل ومساعدة أصحاب العمل في توظيف العمال المناسبين بعد إخطارها بالوظائف الشاغرة لديهم، أي أن تلعب دور الوساطة بين طرفي عقد العمل، والهيئات التي تلعب هذا الدور في الجزائر يطلق عليها المرفق العمومي للتنصيب.

نظرا للتوجه الاشتراكي للدولة الجزائرية غداة الاستقلال والذي استمر إلى غاية نهاية الثمانينات من القرن الماضي بقيت الدولة خلال هذه المدة هي المستخدم الوحيد وترتب على هذا احتكار المرفق العمومي لمهمة التنصيب الذي جسد من خلال إصدار المرسوم 99-62 المؤرخ في 1962/11/29 المتضمن إحداث المكتب الوطني لليد العاملة⁽²⁴⁵⁾ ثم صدر الأمر 42-71 المؤرخ في 1971/06/17 ينظم هذا المكتب⁽²⁴⁶⁾ باعتباره هيئة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية.

سنة 1990 تم صدور المرسوم التنفيذي رقم 90-259 المؤرخ في 8 سبتمبر 1990 المتضمن تنظيم المكتب الوطني لليد العاملة وتغيير تسميته⁽²⁴⁷⁾ بموجبه نشأت الوكالة الوطنية للتشغيل خلفا لهذا المكتب دون تغيير في طبيعتها القانونية تعمل تحت وصاية الوزير المكلف بالتشغيل تعمل طبقا للمادة 3 من هذا المرسوم على التقريب بين طالبي العمل وعارضيه كما تبحث عن كل الفرص لتنصيب العمال الجزائريين خارج الوطن، كما تدرس طلبات الترخيص بتشغيل العمال الأجانب وإمكانية تسليم رخص لهم.

بقي الوضع على ما هو عليه إلى غاية عام 2004 بصور القانون 04-19 المؤرخ في 2004/12/25 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل الذي ألغى احتكار هذه الوكالة لنشاط تنصيب العمال بالنص ومن خلال المادة 7 منه على أن تتولى هذه الوكالة مهمة تنصيب العمال لكن يشاركها في ذلك هيئات خاصة معتمدة من طرف الوزارة

تطبيقا لهذا النص كان لزاما إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للتشغيل عن طريق المرسوم التنفيذي 06-77 المؤرخ في 2006/02/18 المحدد لمهام الوكالة الوطنية للتشغيل وتنظيمها وسيرها⁽²⁴⁸⁾ طبقا له تعد الوكالة الوطنية للتشغيل مؤسسة عمومية ذات تسيير خاص تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تعمل تحت وصاية الوزير المكلف بالعمل يتولى تسييرها مجلس إدارة ويديرها مدير عام، يتشكل مجلس الإدارة من ممثلين عن الوزارات المكلفة بالعمل والداخلية والمالية والتشغيل والتكوين المهني والتخطيط والوظائف العمومي والمؤسسات والصناعات الصغيرة والمتوسطة والمدير العام للديوان الوطني للإحصاء أو ممثله وثلاث ممثلين عن كل من النقابات الأكثر تمثيلا للعمال ولأرباب العمل طبقا لأحكام المادة 6 من المرسوم التنفيذي 06-77 المؤرخ في 2006/02/18 المحدد لمهام الوكالة الوطنية للتشغيل وتنظيمها وسيرها.

245-المرسوم 99-62 المؤرخ في 1962/11/29 المتضمن إحداث المكتب الوطني لليد العاملة، الجريدة الرسمية العدد 6 المؤرخة في 1962.11.30، ص 76.

246-الأمر 42-71 المؤرخ في 1979/06/17 المتضمن تنظيم المكتب الوطني لليد العاملة، الجريدة الرسمية العدد 53 المؤرخة في 1971/06/29، ص 882.

247-المرسوم التنفيذي 90-259 المؤرخ في 1990/09/08 المتضمن تنظيم المكتب الوطني لليد العاملة وتنظيمه وسيره، يعدل ويتمم الأمر 42-71 المؤرخ في 1979/06/17، الجريدة الرسمية العدد 39 المؤرخة في 1990/09/12، ص 1224.

248 - الجريدة الرسمية عدد 9 المؤرخة في 2006/02/19

ب- الهيئات الخاصة المعتمدة لتنصيب العمال:

طبقا للمادة 02 من المرسوم التنفيذي 123-07 المتعلق بضبط شروط وكيفيات منح الاعتماد للهيئات الخاصة لتنصيب العمال وسحبها منها ويحدد دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بممارسة الخدمة العمومية لتنصيب العمال⁽²⁴⁹⁾ يقصد بالهيئة الخاصة المعتمدة لتنصيب في مفهوم هذا المرسوم كل شخص من أشخاص القانون الخاص يكلف بتقديم خدمات تتعلق بسوق العمل

إذن يمكن أن تساهم أيضا في الخدمة العمومية لتنصيب الهيئات الخاصة المعتمدة من طرف الوزارة المكلفة بالتشغيل بعد أخذ رأي اللجنة الوزارية المشتركة للاعتماد المنصبة لهذا الغرض، ويمنح الاعتماد لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد طبقا للمادة 9 من القانون 19-04، تتولى هذه الهيئات جميع المهام التي تتولاها الوكالة الوطنية للتشغيل لكن ينحصر مجال عملها في الإقليم الوطني وتقديم خدمات للمواطنين لكن يمنع عليها تنصيب اليد العاملة الوطنية بالخارج أو تنصيب اليد العاملة الأجنبية بالجزائر أو وضع اليد العاملة تحت التصرف لصالح الغير. وقد جاء اعتماد هذه الهيئات بالتزامن مع مصادقة الجزائر⁽²⁵⁰⁾ على الاتفاقية الدولية رقم 181 بشأن وكالات الاستخدام الخاصة المعتمدة بجنيف بتاريخ 19/06/1997 بموجب المرسوم الرئاسي 61-06 المؤرخ في 11/02/2006

لا يمكن لهذه الهيئات أن تباشر عملها إلا بعد الحصول على الاعتماد من الوزارة المكلفة بالتشغيل التي تتأكد من توافرها على الشروط التقنية والمادية والبشرية لتأدية مهامها⁽²⁵¹⁾، وإبرام اتفاقية مع الوكالة الوطنية للتشغيل التي تعمل تحت رقابتها، فضبط السوق من صلاحيات السلطة العامة وعليه أي متدخل في هذا المجال يمكن أن يمس بالنظام العام والاستقرار في المجتمع إذا ترك دون رقابة خاصة أن اليد العاملة في ظل الفقر والبطالة يمكن أن تتعرض للمتاجرة بها واستغلالها، وعليه لا يمكن للخوادم ممارسة هذا النشاط دون ترخيص مسبق ودون رقابة من صاحب الاختصاص لهذا خص المشرع للقيام بهذا النشاط فقط المواطنين الجزائريين المقيمين داخل الوطن⁽²⁵²⁾

بعد حصولها على الاعتماد الوزاري وقبل بدأ نشاطها تبرم كل واحدة من هذه الهيئات اتفاقية مع الوكالة الوطنية للتشغيل، يبين هذا الاتفاق بناء على الوسائل البشرية والتقنية خاصة مؤهلات المستخدمين المكلفين بالتنصيب- إذ يشترط فيمن يديرها أن تكون له شهادة علمية في مجال التشغيل أو تسيير الموارد البشرية وخبرة مهنية لا تقل عن ثلاث سنوات- المجال الإقليمي وميدان النشاطات الذي يجب أن يقتصر تدخلها فيه أي اعتماد مبدأ التخصص للوصول لفعالية التدخل.

249- المرسوم التنفيذي رقم 123-07 المؤرخ في 24/04/2007، المتعلق بضبط شروط وكيفيات منح الاعتماد للهيئات الخاصة لتنصيب العمال وسحبها منها ويحدد دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بممارسة الخدمة العمومية لتنصيب العمال، الجريدة الرسمية العدد 28 المؤرخة في 02/05/2007.

250- المرسوم الرئاسي 61-06 المؤرخ في 11/02/2006 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية رقم 181 بشأن وكالات الاستخدام الخاصة المعتمدة بجنيف بتاريخ 19/06/1997، الجريدة الرسمية العدد 7 المؤرخة في 12/02/2006، ص16.

251- المواد من 4 إلى 9 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 123-07 المؤرخ في 24/04/2007، المتعلق بضبط شروط وكيفيات منح الاعتماد للهيئات الخاصة لتنصيب العمال وسحبها منها ويحدد دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بممارسة الخدمة العمومية لتنصيب العمال، الجريدة الرسمية العدد 28 المؤرخة في 02/05/2007.

252- المادة 7 من المرسوم التنفيذي 123-07 المتعلق بضبط شروط وكيفيات منح الاعتماد للهيئات الخاصة بتنصيب العمال وسحبها منها ويحدد دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بممارسة الخدمة العمومية لتنصيب العمل

طبقا للمرسوم التنفيذي 123-07 المتعلق بضبط شروط وكيفيات منح الاعتماد للهيئات الخاصة بتنصيب العمال وسحبه منها ويحدد دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بممارسة الخدمة العمومية لتنصيب العمال⁽²⁵³⁾ تقدم هذه الهيئات خدماتها مجانا لطالبي العمل⁽²⁵⁴⁾ فلو كانت خدماتها بمقابل لكان من شأنها أن تجعل طالبي العمل تحت سيطرتها يخضعون لابتزازها فتقدم من تشاء وتبعد من تشاء ضاربة عرض الحائط الهدف من وجودها وهو تسهيل وصول طالبي العمل إلى عروض العمل المتوفرة على قدم المساواة وبما يتناسب مع مؤهلاتهم وطموحهم، وبأن تحترم الأولوية في التسجيل طالبي العمل لديها عندما تقدم للمستخدمين قائمة المرشحين لاجتياز مسابقة التشغيل بما يتوافق والشروط المطلوبة من المستخدم، لكن وفي غياب النص الجزائي الذي يعاقب هذه الهيئات في حالة المطالبة بمقابل لتقديم خدماتها قد نقع في عكس ما كان يصبو إليه النص.

وباعتبار المرفق العمومي للتنصيب له صلاحية التنقيب عن مناصب العمل الشاغرة لدى المؤسسات يمنع عليه التعامل مع مستخدم واحد أو مستخدمين بعينهم لمنع الاحتكار لضمان حصول كل مستخدم على الكفاءات التي يحتاجها.

تلزم الهيئات الخاصة المعتمدة فصليا بإعلام الوكالة المحلية للتشغيل الكائنة بمقر الولاية التي توجد بها بالمعلومات الإحصائية المتعلقة بطالبي العمل المسجلين وبعروض العمل المقدمة إليها والمعلومات المتعلقة بالعمال الذين تم تنصيبهم⁽²⁵⁵⁾ للوقوف على الوضع الحقيقي لسوق العمل سواء من حيث عدد طالبي العمل والمؤهلات التي يتوافرون عليها ومناصب العمل الشاغرة خاصة وأنها تحتاج هذه المعلومات عندما يطلب موافقتها بخصوص تشغيل الأجانب.

لهذه الأسباب تخضع هذه الهيئات للرقابة الدورية من طرف المصالح التابعة للوزارة المكلفة بالتشغيل والوكالة الوطنية للتشغيل ومفتشية العمل، تنصب هذه الرقابة على مدى احترام هذه الهيئات للتشريع والتنظيم المعمول بهما لاسيما فيما يخص علاقات العمل وتنصيب العمال ومراقبة التشغيل، واحترام تساوي حظوظ طالبي الشغل في الحصول على العمل ونوعية الخدمات المقدمة لطالبي العمل والمستخدمين⁽²⁵⁶⁾. إذن توخيا لتعزيز تكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة في الحصول على عمل ومزاولة مهن معينة، تتحقق الدولة عن طريق تجهيزها أن الهيئات الخاصة بالتنصيب تعامل العمال دون تمييز على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الانتماء الوطني أو الأصل الاجتماعي أو أي شكل آخر من أشكال التمييز التي تغطيها القوانين والممارسات الوطنية، وبوجه خاص السن أو الإعاقة.⁽²⁵⁷⁾

253-المرسوم التنفيذي رقم 123-07 المؤرخ في 2007/04/24 المتعلق بضبط وشروط وكيفيات منح الاعتماد للهيئات الخاصة بالتنصيب العمال وسحبه منها ويحدد دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بممارسة الخدمة العمومية لتنصيب العمال، الجريدة الرسمية العدد 28 .

254 - المادة 06 من القانون 19-04 و المادة 10 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 123-07 المؤرخ في 24/04/2007، المتضمن ضبط شروط وكيفيات منح الاعتماد للهيئات الخاصة لتنصيب العمال وسحبه منها ويحدد دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بممارسة الخدمة العمومية لتنصيب العمال، الجريدة الرسمية العدد 28، سنة 2007 .

255 - المادة 17 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي 123-07

256 - المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 123-07.

257 - المادة 5 من الاتفاقية رقم 181 بشأن وكالات الاستخدام الخاصة المعتمدة من طرف المؤتمر العام الدولي للعمل في دورته الخامسة والثمانين المنعقدة بجنيف في 3 جوان 1997، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 61-06 المؤرخ في 11/02/2006، الجريدة الرسمية عدد 7 المؤرخة في 12/02/2006

ومن هنا يتعين على الأعوان المكلفين بعمليات المراقبة تسجيل الزيارات والمعاينات في سجل مرقم ومؤشر عليه مفتوح لهذا الغرض مع إعداد محضر وإرساله في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام إلى الوزير المكلف بالتشغيل بعد إعلام المفتشية العامة للعمل والوكالة الوطنية للتشغيل على أن تبلغ نسخة من هذا المحضر إلى الهيئة الخاصة المعتمدة للتنصيب في أجل أقصاه ثمانية أيام.

إذا ثبت لأعوان المراقبة مخالفة هذه الهيئات للمهام الموكلة إليها بوجه لها إعدار تلزم بالانصياع له خلال ثمانية أيام من تبليغها وفي حالة عدم احترام الإعدار تتعرض لإحدى العقوبات إما غلق المؤسسة لمدة لا تتجاوز شهرين أو التوقيف المؤقت لممارسة النشاط لمدة ثلاثة أشهر⁽²⁵⁸⁾.

ج- مهام المرفق العمومي للتنصيب:

يتولى هذا المرفق الوساطة بين طالبي العمل وعارضيه، والتنقيب عن عروض العمل لدى الشركات الاقتصادية الناشطة في الجزائر، لكن يجب في هذا المجال أن نفرق بين دورها في تشغيل المواطنين الجزائريين ودورها في تشغيل الأجانب.

1- دور المرفق العمومي للتنصيب في تشغيل المواطنين

أوكل المشرع للمرفق العمومي للتنصيب مهمة جمع عروض العمل لدى المؤسسات المستخدمة من خلال استقبال رغباتهم وتسليم لهم ترشيحات طالبي العمل، أي أنها تشكل همزة وصل بين طرفي عقد العمل فهي تربط بينهم لتمكنهم من إبرام عقود عمل.

لكن لا يتوقف عمل هذه الهيئات عند الوساطة بل تسبقها عملية التنقيب عن مناصب العمل الشاغرة في القطاع الاقتصادي وعرض خدماتها على المستخدمين من خلال الرقابة المستمرة وتلحقها مراقبة عملية التنصيب أي مراقبة مدى احترام المستخدم سير عملية التشغيل ومدى احترام المستخدم مبدأ تكافؤ الفرص بين المرشحين لها، ومتابعة تطور عمل اليد العاملة الأجنبية حتى ولو كان القانون لا يؤهلها للتدخل في تشغيل هؤلاء.

ومن خلال هذا الجهد تتولى تنظيم المقاصة بين عروض وطلبات العمل على المستوى الوطني والجهوي والمحلي، وتشجيع الحركية الجغرافية والمهنية لطالبي العمل كما تساهم في تطبيق عمليات التحويل المهني أو التكوين التكميلي لطالبي العمل.

يلزم المشرع كل طالب⁽²⁵⁹⁾ عمل بالتسجيل لدى المرفق العمومي للتنصيب سواء العام أو الخاص ولا يشترط في طالب العمل أن يكون في حالة بطالة، كما يلزم من جهة أخرى ومن خلال المادة 18 من القانون 19-04 كل مستخدم أن يبلغ الوكالة المؤهلة أو البلدية أو الهيئة الخاصة المعتمدة بالمناصب الشاغرة لدى مؤسسته والتي يريد شغلها، وأن يرسل المعلومات المتعلقة بالاحتياجات من اليد العاملة والتوظيف الذي قام به إلى الوكالة المؤهلة (المادة 19)، وطبقا للمادة 3 من دفتر الشروط

258 - المواد من 30 إلى 32 من المرسوم التنفيذي رقم 07-123 .

259 - لا يشترط في طالب العمل أن يكون شخص في حالة بطالة، فقد يكون الشخص يشغل منصب عمل دون مؤهلاته أو منصب عمل لا يرغب فيه، وعليه عدد طالبي العمل لا يتطابق مع عدد الأشخاص دون عمل.

النموذجي الملحق بالمرسوم 123-07 تقدم الهيئات الخاصة خدماتها لأرباب العمل مقابل أجره تحسب تبعاً لجدول مرجعي يعده الوزراء المكلفون بالتشغيل والعمل والتجارة على أساس كلفة عملية التنصيب للعامل، وعدد العمال المنصبيين والشروط الخاصة بالتنصيب.

يلزم المرفق العمومي للتنصيب بالاستجابة لطلب المستخدم خلال واحد وعشرون يوماً وذلك بأن تقدم له قائمة طالبي العمل المسجلين لديه والذين يستوفون المؤهلات والشروط المطلوبة من طرف المستخدم، وفي حالة عدم الاستجابة يكون له حق التوظيف المباشر.

في حالة الاستجابة لطلبه يكون لصاحب العمل الحق في تعيين من يقع عليه اختياره ممن رشحهم له المرفق العمومي للتنصيب، فقط تقترح الوكالة جهاز التنصيب على صاحب العمل قائمة من طالبي العمل، ففي هذه الحالة يكون الإيجاب مقترن دائماً بتحفظ ضمني يعرف بالتحفظ بالموافقة بمقتضاه لا يبرم العقد إلا مع الشخص الذين تتم الموافقة عليه⁽²⁶⁰⁾، فيختار المستخدم من يختاره بكل حرية بشرط مراعاة المرشحين ضمن القائمة التي يعدها جهاز التنصيب وأن لا يثبت أي تمييز في سلوك المستخدم وأن يكون الاختيار من بين المرشحين على أساس المؤهلات التي يتطلبها منصب العمل، لهذا تقتصر رقابة مفتشية العمل على ثبوت ممارسات تمييزية مباشرة أو غير مباشرة أثناء المسابقة والاختيار.

لكن لا يوجد ما يلزم المستخدم بالتوظيف من بين المرشحين له، فقد يخضعهم للامتحان ثم يدعي أنهم لا يتوافقون على المؤهلات المطلوبة حتى ولو كانوا يحملون الشهادات المطلوبة، وفي هذه الحالة يلجأ إلى التوظيف المباشر لأن هيئة التنصيب لم تستجب لطلبه

ألزم القانون المستخدم على التعاقد مع من يرشحهم المرفق العمومي للتنصيب لأنه لم تجدي قيود النظام العام والآداب والقيود الموضوعية التي فرضها المشرع على الإرادة⁽²⁶¹⁾ لتحقيق تكافؤ الفرص بين المرشحين للعمل. يجب التنويه بأن الاعتبار الشخصي لشخصية العامل بالنسبة لصاحب العمل في عقد العمل لا يعد في بعض الأحيان خرقاً لمفهوم المساواة بين العمال أو شكلاً من أشكال التمييز، فمفهوم الثقة الضرورية المتبادلة بين صاحب العمل وبعض العمال لديه قد يبرر المعاملة التفضيلية ولاسيما فيما يتعلق بالمناصب القيادية لذلك استبعد المشرع الجزائري استخدام مسيري المؤسسات⁽²⁶²⁾ لإشراف المرفق العمومي للتنصيب⁽²⁶³⁾

260 - محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة، ص 74

261 - حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 109.

262- تنص المادة 04 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل "تحدّد عند الاقتضاء أحكام خاصة، تتخذ عن طريق التنظيم والنظام النوعي لعلاقات العمل التي تعني مسيري المؤسسات ومستخدمي الملاحة الجوية والبحرية ومستخدمي السفن التجارية والصيد البحري والعمال في المنزل والصحفيين والمسرحيين والممثلين التجاريين ورياضيي النخبة ومستخدمي البيوت، وذلك بغض النظر عن أحكام هذا القانون، و في إطار التشريع المعمول به."

تطبيقاً لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي 90-290 المؤرخ في 29/09/1990 المتعلق بالنظام الخاص لعلاقات العمل الخاصة بمسيري المؤسسات، الجريدة الرسمية رقم 42 المؤرخة في 03/10/1990 ص 1318.

263 - المادة 4 من القانون 04-19 المؤرخ في 25/12/2004 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل، الجريدة الرسمية العدد 83

إذن الهدف الأساسي من وجود هذا المرفق ضمان تكافؤ الفرص بين المواطنين في الحصول على فرصة عمل، ويعد وجودها تطبيقاً لأحكام الدستور والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر ذلك أن المادة 32 من الدستور الجزائري⁽²⁶⁴⁾ لسنة 1996 تمنح ممارسة أي تمييز بين المواطنين بنصها " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي"، كما تنص الفقرة الأولى من المادة 38 من الدستور الجزائري: " الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة"

من هنا كانت الجزائر سباقة للمصادقة على المواثيق الدولية وإعلانات حقوق الإنسان التي تقر الحماية القانونية لمبدأ تكافؤ الفرص، فصادقت الجزائر من خلال أول دستور لها على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽²⁶⁵⁾ الصادر عام 1948 الذي تنص المادة السابعة منه أن كل الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة من دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على التمييز، كما تضمن هذا المبدأ العهد الدولي بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽²⁶⁶⁾ الصادر عام 1966 إذ " تقرر المادة 7/ج من هذه الاتفاقية على أن "تقر الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بحق كل فرد في المجتمع بشروط عمل صالحة، وعادلة تكلف بشكل خاص فرص متساوية لكل فرد بالنسبة لترقيته في عمله إلى مستوى أعلى مناسب دون خضوع في ذلك لأي اعتبار سوى اعتبارات الترفيه والكفاءة

ولم يغفل العهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية الصادرة عام 1966 هذه المبادئ بنصه في مادته 25 لكل مواطن الحق والفرصة دون أي تمييز... ودون قيود غير معقولة.

أما الاتفاقية الدولية الخاصة بإزالة جميع أشكال التمييز العنصري⁽²⁶⁷⁾ المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1965 نصت على ضرورة تعهد الدول بمنع وإزالة التمييز العنصري بجميع أشكاله وضمن المساواة بين الأفراد في التمتع بالحق في العمل في الفقرة هـ(5) من مادتها الخامسة.

كما دعت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽²⁶⁸⁾ المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 من خلال مادتها 11 الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما الحق في العمل

(264) - الجريدة الرسمية رقم 76 لسنة 1996.

(265) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد من طرف الأمم المتحدة سنة 1948، انضمت إليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963 الصادر بموجب الاستفتاء المؤرخ في 08/09/1963، الجريدة الرسمية رقم 64 المؤرخة في 10/09/1963، ص 888.

266- تم انضمام الجزائر إليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16/05/1989، الجريدة الرسمية رقم 20 المؤرخة في 17/05/1989، ص 531.

267 - صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر 66-348 المؤرخ في 15/12/1966، الجريدة الرسمية رقم 7 المؤرخة في 20/01/1967، ص 114

268 - انضمت إليها الجزائر مع التحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 22/01/1996، الجريدة الرسمية العدد 6، المؤرخة في 24/01/1996، ص 4

بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر، والحق في التمتع بنفس فرص العمالة، بما في ذلك تطبيق معايير اختيار واحدة في شؤون الاستخدام...

هذه الأحكام تنطبق على تشغيل المواطنين أما بالنسبة لتشغيل الأجانب تعد الوكالة الوطنية للتشغيل وحدها المختصة دون الهيئات الخاصة المعتمدة

2- دور المرفق العمومي للتنصيب في تشغيل الأجانب:

طبقا للمادة 21 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل عندما لا توجد يد عاملة وطنية مؤهلة يجوز للمستخدم توظيف العمال الأجانب حسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

عرفت الجزائر وجود العمال الأجانب منذ الاستقلال، وأمام نقص وضع اليد العاملة الوطنية آنذاك لم يتم وضع قيود خاصة على تشغيل الأجانب، لكن بالمقابل وعيا المشرع بالدور الكبير الذي تلعبه الهيئات المستخدمة في التكوين أُلزم القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26/07/1963 المتعلق بتوظيف الأموال⁽²⁶⁹⁾ المؤسسات المقبولة بالقيام بالتكوين وتعبئة عمالها وإطاراتها الجزائرية من خلال مادته الثانية، وبعدها بسنة أصدر المشرع المرسوم رقم 64-214 المؤرخ في 03/08/1964 المتضمن إجبار المؤسسات على إحداث مصلحة للتكوين المهني وتأهيل العمال⁽²⁷⁰⁾.

سنة 1966 صدر الأمر رقم 66-283 المتضمن قانون الاستثمار⁽²⁷¹⁾، الذي جعل الاستفادة من الإعفاءات الجبائية متوقف على عدة عوامل من بينها الجهد المبذول في التكوين المهني وترقية الإطارات الوطنية وهذا من خلال مادته 15 للمساهمة في توفير الاحتياجات الوطنية من اليد العاملة المؤهلة.

مع بداية السبعينات من القرن الماضي، أقامت الدولة منظومة وطنية للتكوين المهني لليد العاملة واعتبرتها جزء من المنظومة الوطنية للتعليم في ظل الاستعانة باليد العاملة الأجنبية للعمل والتكوين، فكان القانون 81-10 يعد أول نص ينظم شروط تشغيل الأجانب⁽²⁷²⁾، طبقا له مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الجزائر مع الدول الأجنبية، وحفاظا على مصلحة اليد العاملة الوطني يلزم كل أجنبي مقبل على ممارسة نشاط مأجور أن يكون حائزا على جواز أو رخصة للعمل المؤقت تسلمها المصالح المختصة التابعة للوزارة المكلفة بالعمل وهي مديرية التشغيل على مستوى الولاية التي تبلغه للمديرية المركزية لوزارة العمل طبقا للمادة 6 من نفس القانون .

269 - تم ذكر هذا النص في حيثيات المرسوم رقم 64-214 المؤرخ في 03/08/1964 المتضمن إجبار المؤسسات على إحداث مصلحة للتكوين المهني وتأهيل العمال، الجريدة الرسمية رقم 22.

270 - الجريدة الرسمية رقم 22 المؤرخة في 11/08/1964، ص 328، الذي أُلزم من خلال مادته الأولى كل مصنع مسير ذاتيا عموميا كان أو شبه عمومي أو خاص يستخدم على الأقل 100 شخص أن يكون مجهزا بمصلحة التكوين المهني وتعبئة العمال تتكلف بتنظيم تسيير التكوين المهني والتعبئة العمالية في المؤسسة المذكورة، وفي المؤسسات التي تستخدم أكثر من عشرين عاملا وأقل من 100 شخص أُلزم بتأسيس منظمة بين مؤسسات أو بين مهنية للتكوين المهني والتعبئة العمالية، على أن تحوز تلك المنظمة على قبول مندوبية التكوين المهني وتعبئة الإطارات بناء على اقتراح المنظمات المهنية المعنية، وتحمل تكاليف التكوين على عاتق المؤسسات.

271 - الجريدة الرسمية رقم 80 المؤرخة في 17/09/1966، ص 1202.

272 - القانون 81-10 المؤرخ في 11/07/1981 المتعلق بشروط تشغيل الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 26 المؤرخة في 14/07/1981

هذه الرخصة لا تمنح إلا إذا كان منصب العمل المتوفر لا يمكن أن يشغله عامل جزائري بما فيهم العمال المغتربين، وأن يتمتع الأجنبي بمستوى تقني على الأقل، مع ضرورة تقديم صاحب العمل تقرير معلل يتضمن رأي ممثلي العمال⁽²⁷³⁾ والرأي المسبق للوكالة الوطنية للتشغيل طبقاً للمادة 7 من المرسوم 510-82 المؤرخ في 1982/12/25 المحدد لكيفيات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب⁽²⁷⁴⁾، إذن فهذه الوكالة يعود إليها مراقبة تطور اليد العاملة الأجنبية في الجزائر وتنظيم البطاقة الوطنية للعمال الأجانب وتسييرها

إذا كان هذا حال الأصحاء فإن المعوقين أكثر فئات المجتمع حاجة لضمان تكافؤ فرصهم مع أفراد المجتمع الآخرين.

ثانياً: الرقابة على تشغيل المعوقين

في مجال العمل عرفت منظمة العمل الدولية لسنة 1955 اصطلاح المعوق بأنه " فرد نقصت إمكانياته للحصول على عمل مناسب والاستقرار وفيه نقصاً فعلياً نتيجة لعاهة جسمية أو عقلية"⁽²⁷⁵⁾. أما الاتفاقية 159 بشأن التأهيل المهني والعمالة (المعوقون) لسنة 1983 عرفتته بأنه " فرد انخفضت درجة كثيرة احتمالات ضمان عمل مناسب له والاحتفاظ به والترقي به نتيجة لقصور بدني وعقلي به قانوناً "

أما على المستوى العربي فالاتفاقية العربية رقم 17 بشأن تشغيل وتأهيل المعوقين عرفت المعوق في فقرتها أولاً من القسم الأول " هو الشخص الذي يعاني من نقص في بعض قدراته الجسدية أو الحسية أو الذهنية نتيجة مرض أو حادث أو سبب خلقي أو عامل وراثي أدى لعجزه كلياً أو جزئياً عن العمل أو الاستمرارية أو الترقي فيه وكذلك اضعف قدرته على القيام بإحدى الوظائف الأساسية الأخرى في الحياة ويحتاج إلى الرعاية والتأهيل من أجل دمج أو إعادة دمج في المجتمع ".

أما المادة 2/1 من الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 23 / 12 / 2006 التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي⁽²⁷⁶⁾ 09 - 188 المؤرخ في 12/05/2009 نصت أنه يشمل مصطلح الأشخاص ذوي الإعاقة كل من يعانون من عاهات طويلة الأجل بدنية أو عقلية أو ذهنية أو حسية قد تمنعهم لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة أو فعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين "

من هنا وإدراكاً من المجتمع الدولي أن الإعاقة تحدث بسبب سوء التفاعل مع الأشخاص المصابين بعاهة والحواجز في المواقف والبيئات المحيطة التي تحول دون مشاركتهم مشاركة فعالة في مجتمعهم على قدم المساواة مع الآخرين تم اعتماد اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 61/61، المؤرخ في 13 ديسمبر 2006 ، أكدت هذه الاتفاقية من خلال مادتها 5 أنه يحظر أي تمييز على أساس الإعاقة وعلى هذا الأساس يكفل للأشخاص ذوي الإعاقة الحماية القانونية المتساوية والفعالة من التمييز على أي أساس، ومنه يجب اتخاذ جميع الخطوات المناسبة

273 - نفس الأحكام نص عليها القانون رقم 08-11 المؤرخ 25 يونيو 2008 المتعلق بشروط دخول الجانب الى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها ،في مواده 16 و17 و28، الجريدة الرسمية العدد 36 المؤرخة في 2008/07/02

274 - الجريدة الرسمية العدد 56

275 - التوصية رقم 99 المتعلقة بالتأهيل المهني للمعوقين، والتوصية رقم 168 بشأن التأهيل المهني والعمالة - المعوقون 1983

276 - الجريدة الرسمية رقم 33 المؤرخة في 2009/05/31

لكفالة توافر الترتيبات التيسيرية المعقولة لهؤلاء الأشخاص، ويشمل هذا الحق في إتاحة الفرصة لهم لكسب الرزق في عمل يختارونه أو يقبلونه بحرية في سوق عمل وبيئة عمل منفتحتين أمامهم ويسهل، من خلال سن التشريعات لتحقيق حظر التمييز على أساس الإعاقة فيما يختص بجميع المسائل المتعلقة بكافة أشكال العمالة منها شروط التوظيف والتعيين والعمل، واستمرار العمل، والتقدم الوظيفي، والبرامج العامة للتوجيه التقني والمهني، وخدمات التوظيف، والتدريب المهني والمستمر، فضلا عن تقديم المساعدة على إيجاد العمل والحصول عليه والمداومة عليه والعودة إليه، والعمل على تشغيل الأشخاص ذوي الإعاقة في القطاع العام، وتشجيع عمالة هؤلاء في القطاع الخاص من خلال انتهاج سياسات واتخاذ تدابير مناسبة، قد تشمل البرامج التصحيحية، والحوافز، وكفالة توفير ترتيبات تيسيرية معقولة لهم

ودعت القواعد الموحدة بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للمعوقين المعتمدة من طرف الجمعية العامة دورتها الثامنة والأربعون بتاريخ 20 ديسمبر 1993 في القاعدة 7 منها الدول إلى ضرورة تبني مخططات الحصص أو الوظائف المحجوزة أو المخصصة، أو القروض أو المنح المقدمة إلى الأعمال الربحية الصغيرة، أو منح عقود حصرية أو أولوية في حقوق الانتاج، أو الامتيازات الضريبية، أو مراعاة أحكام العقود، أو غير ذلك من ضروب المساعدة التقنية أو المالية المقدمة إلى المؤسسات التي تستخدم عاملين معوقين.

في خضم هذا التفاعل الدولي مع حقوق المعوقين ما كانت الجزائر لتتأخر عن بذل الجهد من أجل ترقية هذه الفئة والتمكين لها، حيث أصبحت في صلب النشاطات والمبادرات التي تشرف عليها وزارة التضامن الوطني بمشاركة القطاعات الوزارية الأخرى التي تسهر على تحسين فرصهم في الحصول على العمل من خلال إلزام المستخدمين بتوظيفهم من خلال اعتماد نظام الكوتا أو الحصص في تشغيل المعوقين من خلال المادة 16 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽²⁷⁷⁾ المعدل والمتمم المؤرخ في 21/04/1990 التي تفرض على المؤسسات المستخدمة تخصيص مناصب عمل للأشخاص المعوقين، وتأكيدا لهذا نصت المادة 27 من القانون 02-09 المؤرخ في 08 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم أنه يجب على كل مستخدم أن يخصص نسبة 1% على الأقل من مناصب العمل للأشخاص المعوقين المعترف لهم بصفة العامل وعند استحالة ذلك عليه دفع اشتراك مالي سنوي تساوي قيمته حاصل عدد مناصب العمل المخصصة في المبلغ السنوي للأجر الوطني الأدنى المضمون يدفع للصندوق الخاص للتضامن الوطني⁽²⁷⁸⁾، مع استفادة هؤلاء المستخدمين الذين يهيئون مناصب عمل للمعوقين طبقا للمادة 28 من نفس القانون من تحفيظات منها الجبائية ومنها تخفيضات في اشتراكات الضمان الاجتماعي⁽²⁷⁹⁾

277 - الجريدة الرسمية رقم 68.

278 - المرسوم التنفيذي 14-214 المؤرخ في 30/07/2014 يضبط الكيفيات المتعلقة بتخصيص مناصب العمل وتحديد الاشتراك المالي ومنح

الاعانات قصد تهيئة وتجهيز مناصب العمل للأشخاص المعوقين، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 03/08/2014، ص 7

279 - المرسوم التنفيذي 97-425 المؤرخ في 11/11/1997 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 163 من الأمر 95-27 المؤرخ في 30/12/1995

المتضمن قانون المالية لسنة 1996 الخاص بتخفيض اشتراك صاحب العمل في الضمان الاجتماعي بالنسبة للمستخدمين الذين يشغلون

الأشخاص المعوقين، الجريدة الرسمية عدد 75 المؤرخة في 12/11/1997، ص 18

عملا من الدولة على تجسيد المواد السابقة على أرض الواقع وضمان إدماج الأشخاص المعوقين واندماجهم على الصعيدين الاجتماعي والمهني لاسيما توفير مناصب عمل لهم⁽²⁸⁰⁾، نص هذا القانون في مادته 18 على تأسيس لجنة ولائية للتربية الخاصة والتوجيه المهني تسهر على البحث عن مناصب الشغل والوظائف الملائمة التي يمكن أن يشغلها الأشخاص المعوقون واقتراحها (المادة 19) وتعيين المؤسسات والمصالح التي تساهم في استقبال المعوقين وإدماجهم مهنيا، والسهر على عدم إقصاء أي مرشح بسبب إعاقته من مسابقة أو اختبار أو امتحان مهني يتيح الالتحاق بوظيفة عامة إذا أقرت لجنة التربية والتوجيه المهني عدم تنافي إعاقته مع الوظيفة (المادة 24)، ولضمان فعالية عمل هذه اللجنة نصت المادة 20 من نفس القانون على أن قراراتها ملزمة للهيئات المستخدمة

تطبيقا لأحكام المادة 18 المذكورة أعلاه من قانون حماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، صدر المرسوم التنفيذي 333-03 يبين تشكيلة اللجنة وكيفية سير عملها⁽²⁸¹⁾، الذي نص على أنه يرأس اللجنة مدير النشاط الاجتماعي للولاية عندما تنطرق اللجنة إلى المسائل المتعلقة بالتشغيل والتوجيه والإدماج المهنيين، ومدير التكوين المهني للولاية بالنسبة للمسائل الخاصة بالتكوين المهني للأشخاص المعوقين.

تشكل اللجنة من مدير الصحة والسكان للولاية، مدير التشغيل للولاية، مدير الشباب والرياضة للولاية، ممثل عن المجلس الشعبي الولائي، مفتش العمل للولاية، ممثل عن أرباب العمل، ممثلان عن جمعيات أولياء التلاميذ المعوقين، ممثل عن الجمعية الوطنية للمساعدة الاجتماعية لفائدة المعوقين ذهنيا، ممثل عن الفدرالية الجزائرية للصم والبكم، ممثل عن فدرالية جمعيات المعوقين حركيا، ممثل عن الفدرالية الوطنية لأولياء التلاميذ المتخلفين ذهنيا، مدير مدرسة التعليم الأساسي، مدير مركز التكوين المهني، مدير مؤسسة متخصصة للأشخاص المعوقين، متخصص في علم النفس، طبيب، مستشار تقني تربوي، مستشار التوجيه المدرسي والمهني، يمكن للجنة أن تستدعي أي شخص مختص لمساعدتها في أشغالها. يعين أعضاء هذه اللجنة بقرار من الوالي بناء على اقتراح السلطات والجمعيات المنتميين إليها لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

هذه التشكيلة المتنوعة تكفل للجنة أن تقوم بعملها بكل كفاءة خاصة أنها تشكل من مسؤولي المديرية على مستوى الولاية الذين يمكنهم اتخاذ القرارات وتوفير الوسائل المناسبة لتنفيذها فلا يبقى القانون مجرد حبر على ورق فهم ممثلو الحكومة والمدراء التنفيذيون لبرامجها وقوانينها على المستوى المحلي.

ثالثا- دور مفتشية العمل في الرقابة على عملية التشغيل:

إن قانون العمل لا يمكن أن يحقق أهدافه، دون أن يكون وراءه جهاز بشري فني يسهر على حسن تطبيقه وتنفيذه، هذا الجهاز يتمثل في نظام تفتيش العمل، الذي يؤكد تدخل الدولة في روابط العمل الحر بهدف تحقيق الصالح الاقتصادي العام وإقامة الأمن الاجتماعي في البلاد .

280- المادة 3 فقرتها الخامسة من القانون 09-02 المؤرخ في 08 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، الجريدة الرسمية

رقم 34

281 - الجريدة الرسمية رقم 61

وقوام هذا النظام أن يقوم موظفون متخصصون هم مفتشو العمل بالتفتيش على أماكن العمل لضبط جرائم العمل التي تقع بالمؤسسات بالمخالفة لأحكام القوانين المتعلقة بالعمل، طبقا للمادة 138 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المادة 23 من القانون 04-19 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل "يعاين مفتشو العمل ويسجلون المخالفات لأحكام هذا القانون"

يقع على عاتق مفتش العمل مراقبة التطبيق الصارم لهذا القانون، وفي هذا المجال مراقبة تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتصريح بالاحتياجات من اليد العاملة وإجراءات التوظيف طبقا للمادة 2 من القانون 90-03 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بمفتشية العمل⁽²⁸²⁾ والمرسوم التنفيذي رقم 11-261 المؤرخ في 30 جويلية 2011 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتهين لسلك مفتشي العمل⁽²⁸³⁾.

وهذا يتطابق مع نص اتفاقية العمل الدولية رقم 81 لعام 1947 التي تنيط بتفتيش العمل كفالة تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بشروط العمل وحماية العمال أثناء قيامهم بعملهم مثل الأحكام الخاصة بساعات العمل والأجور والسلامة والصحة المهنية والترفيه واستخدام الأحداث والمراهقين وما يتصل بذلك من أمور وذلك في حدود اختصاص مفتش العمل.

لقيام بهذه المهام منح القانون مفتشي العمل سلطات تتناسب مع حجم العمل المرجو، منها الدخول إلى أماكن العمل، نهارا أو ليلا أثناء أوقات العمل الرسمية، أو في غير أوقاته، وتقتصر هذه السلطة على أماكن العمل وحدها، فإذا كانت أماكن العمل موجودة، في محل ذي طابق سكني تتم الزيارة أثناء وقت العمل (المادة 5 من قانون 90-03 المتعلق بمفتشية العمل) ، تفتيش أماكن العمل في حدود ما يقتضيه التحقيق، فحص الدفاتر والأوراق التي لها علاقة بأحكام قانون العمل، طبقا للمادة 6 من قانون 90-03 المتعلق بمفتشية العمل "يمكن مفتشي العمل أن يقوموا بأي فحص أو مراقبة أو تحقيق يرونه ضروريا للتحقيق من احترام الأحكام القانونية والتنظيمية فعلا ، وطلب البيانات اللازمة من أصحاب الأعمال أو من ينوب عنهم خاصة طلب الاطلاع على دفاتر العمال التي يلزم المستخدمون بمسكها وتدوين فيها كل ما يخص عمالهم منذ بداية تشغيلهم.

في مجال جرائم العمل يقوم مفتشو العمل بجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق والدعوى العمومية، وقبول التبليغات والشكاوي التي ترد إليهم بشأن جرائم العمل، وأن يبعثوا بها فورا إلى المحكمة، وإجراء المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم، أو التي يعلنون بها بأية كيفية كانت، واتخاذ جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة جرائم العمل.

إثبات جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر موقع عليها منهم، يبين بها صفة المخالف وبيانات بالمخالفات بوضوح مع ذكر المواد الخاصة بالالتزام والعقوبة، وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها، ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة للتصرف في التهمة طبقا للمادة 7 من القانون 90-03 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بمفتشية العمل مفتشو العمل أعوان

282 - الجريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 07/02/1990، ص 237

283 - الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 03 أوت 2011، ص 14

محلّفون يؤهلون في إطار مهمتهم وحسب الأشكال المنصوص عليها في التنظيم للقيام بالأعمال التالية الملاحظات الكتابية، توجيه الإغذارات، وتحرير محاضر المخالفات⁽²⁸⁴⁾، ويتمتعون بصفة الشرطة القضائية طبقا للمادة 14 من نفس القانون أي أن محاضرهم توجه مباشرة للنيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير.

بعد تحرير المحضر يقدم مباشرة إلى السلطة القضائية ويعود الاختصاص في مثل هذه الدعاوى إلى القسم الاجتماعي أو القسم الجزائي حسب نوع المخالفة إذا أثبت مفتشو العمل إرتكاب هيئات التنصيب أو المستخدمين تمييز بين المرشحين وتم بناء عليها تحرير محاضر مخالفات يعاقب هؤلاء طبقا للمادة 295 مكرر من قانون العقوبات المعدل والمتمم، فإذا كان مرتكب العّل شخص طبيعي يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 50 ألف إلى 150 ألف دينار جزائري، ويعاقب بنفس العقوبة مسير الشخص المعنوي المرتكب لجنحة التمييز.

فإذا كان مرتكب الفعل شخص معنوي يعاقب بغرامة من 150 ألف إلى 750 ألف دينار جزائري ويمكن للقاضي أن يحكم عليه بالعقوبات التكميلية منها الحل أو الغلق أو توقيف النشاط المؤقت لمدة لا تتجاوز الخمس سنوات، أو الحكم بنشر أو تعليق حكم الإدانة.

لكن المشرع استثنى من حالات التمييز رفض التشغيل المرتكز على الحالة الصحية للشخص التي تمنعه من ممارسة العمل والثابتة بشهادة طبية صادرة عن طبيب العمل التابع للهيئة المستخدمة، أو بسبب جنس المرشح للعمل إذا كان الانتماء لجنس معين شرطا أساسيا لممارسة العمل أو النشاط المهني.

كما يعاقب كل مستخدم في حالة عدم التبليغ عن عروض العمل التي تتوافرها مؤسسته بغرامة من عشرة آلاف إلى ثلاثون ألف دينار جزائري عن كل منصب شاغر لم يتم التبليغ عنه وفي حالة العود تضاعف الغرامة المنصوص عليها، كما يعاقب كل مخالف لأحكام المادة 19 من هذا القانون والمتعلقة بالمعلومات الواجب إرسالها إلى الوكالة المؤهلة بغرامة من عشرة آلاف إلى ثلاثون ألف دينار جزائري عن كل توظيف تم وفي حالة العود تضاعف الغرامة المنصوص عليها طبقا للمادة 25 من القانون 19-04 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل.

ما يلاحظ على هذه العقوبات أنها ليست ردعية، فكان الأولى على المشرع بدل النص على العقوبات المالية فقط، النص أيضا على بطلان التوظيف الذي تم خرقا للقانون وإلزام المستخدم بإعادة مسابقة التوظيف من جديد.

أما بالنسبة لمخالفة تشغيل الأجانب طبقا للمادة 25 من قانون 10-81 لسنة 1981 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، يعاقب العامل الأجنبي المخالف لأحكام هذا القانون بغرامة تتراوح بين 1000 و5000 دج، وبالحبس لمدة تتراوح بين 10 أيام وشهر واحد أو بإحدى العقوبتين فقط، دون الإخلال بالإجراءات الإدارية الأخرى التي تتخذ ضده وأهمها إبعاده من الجزائر، ويعاقب كل عامل في مؤسسة وفق صلاحياته يرخّص بتشغيل عامل أجنبي دون رخصة بغرامة من 1000 إلى 5000 دينار جزائري عن كل مخالفة وفي حالة العود يعاقب بالاضافة للغرامة السابقة بالحبس من شهر إلى ستة أشهر أو بإحدى هاتين

284 - تنص المادة 8 من قانون 03-90 المتعلق بمفتشية العمل التي ينص: "يجرر مفتشو العمل الملاحظات الكتابية والإغذارات ومحاضر المخالفات كلما عابنوا تفصيلا في تطبيق التشريع والتنظيم المتعلقة بالعمل والمعمول بهما"

العقوبتين، ويعاقب كل مستخدم يشغل عمال أجانب دون رخصة بغرامة تتراوح بين 200000 و800000 دينار جزائري طبقا للمادة 49 من القانون 11-08 المؤرخ في 2008/06/25 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

أما بالنسبة لأحكام الكوتا بالنسبة لتشغيل المعوقين فإن المشرع لم يرتب على مخالفتها أي جزاء وهذا يجعل مفتشي العمل مكتوف الأيدي ويجعل إقرار الحصة مجرد أمنية ينتظر حصولها الجميع

إن القواعد المقررة لمبدأ المساواة ذات صفة أمرة، وتعتبر هذه الصفة من أهم الخصائص المميزة لأحكام وقواعد قانون العمل المتعلقة بالنظام العام وتتجلى الصيغة الأمرة لقواعد قانون العمل في أنها تهدف بصورة أساسية إلى الحماية الطبقة العمالية خاصة بعد تراجع الدولة عن التدخل في المجال الاقتصادي وكونها المستخدم الأول، يترتب على مخالفة القواعد الأمرة لقانون العمل البطالان، أن هذا البطالان لا يترتب ضياع حقوق العامل وإنما تحل محله بقوة القانون أحكام قانون العمل⁽²⁸⁵⁾

الخاتمة:

إن الهدف من تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص هو الحد من الشعور بالتقسيم الطبقي، وتجنب الإحساس بالظلم هذا من جهة، ومن جهة أخرى هو وسيلة لتهيئة الطريق لاختيار الأكفاء وتنصيب كل شخص في المكان والمنصب المناسب له، فيستتبع ذلك إنتاج أفضل، وتقدما اقتصاديا أوفر لذلك فقد حرصت كثير من الدساتير المعاصرة والمواثيق الدولية على تقرير هذا الحق.

إلا أن الحماية القانونية لهذا الحق قد تكون شكلية فقط أي لا يقابلها تطبيق فعلي في واقع الحياة العملية، نظرا لانتشار المحسوبية، والمحاباة الشخصية أو الحزبية، مما يكون له أسوأ الأثر في نفوس المواطنين، وإضعاف روحهم المعنوية، وهو ما ينال بالتالي من رغبتهم في العمل وتنامي غريزة الانتقام من الذات ومن المجتمع.

من جهة أخرى إن دمج المعوق في المجتمع هو حق من حقوقه الأساسية وإن نجاح هذه العملية يرتبط بتأمين الشروط والظروف الضرورية لجعله قادرا على الاعتماد على نفسه، وهنا يظهر دور الدولة الضروري فيما تتخذه من تدابير وقائية للحد من ظاهرة الإعاقة وكذلك تفعيل دور منظمات أصحاب العمل والعمال في مجال رعاية المعوقين وتأهيلهم وتشغيلهم لضمان الرقي بهم اجتماعيا ومهنيا حتى لا تبقى هذه الفئة عالة على المجتمع.

إن تأهيل المعوق أو إعادة تأهيله للاستفادة بما يملكه من قدرات وتأمين العمل له بما يتناسب مع التأهيل الذي تلقاه هما الضمانة الأكيدة لتحقيق ذاته وإفساح المجال أمامه للمساهمة في العملية الإنتاجية.

ما يمكن ملاحظته في الأخير أن أحكام القانون الجزائري تحتاج إلى الكثير من التعديل والتحديث خاصة من خلال دعم صلاحيات هيئات التنصيب، وفرض عقوبات جزائية رادعة في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها سابقا.

285- أمال بطاهر، النظام القانوني لحماية الأجور في القانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 81.

قائمة المراجع

أولاً: النصوص القانونية

- دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-483 المؤرخ في 07/12/1996 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 76 لسنة 1996
- -الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد من طرف الأمم المتحدة سنة 1948، انضمت إليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963 الصادر بموجب الاستفتاء المؤرخ في 08/09/1963، الجريدة الرسمية رقم 64 المؤرخة في 10/09/1963، ص 888.
- -العهد الدولي بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عام 1966 تم انضمام الجزائر إليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16/05/1989، الجريدة الرسمية رقم 20 المؤرخة في 17/05/1989، ص 531.
- -الاتفاقية الدولية الخاصة بإزالة جميع أشكال التمييز العنصري المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1965، انضمت إليها الجزائر مع التحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 22/01/1996، الجريدة الرسمية العدد 6، المؤرخة في 24/01/1996،
- -اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، انضمت إليها الجزائر مع التحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 22/01/1996، الجريدة الرسمية العدد 6، المؤرخة في 24/01/1996،
- -الاتفاقية رقم 181 بشأن وكالات الاستخدام الخاصة المعتمدة من طرف المؤتمر العام الدولي للعمل في دورته الخامسة والثمانين المنعقدة بجنيف في 3 جوان 1997، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 06-61 المؤرخ في 11/02/2006، الجريدة الرسمية عدد 7 المؤرخة في 12/02/2006
- -الميثاق العربي لحقوق الإنسان اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس في 23 ماي 2004 صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 06-62 المؤرخ في 11/02/2006، الجريدة الرسمية عدد 8 المؤرخة في 15/02/2006
- -الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 23/12/2006 التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 09-188 المؤرخ في 12/05/2009، الجريدة الرسمية رقم 33 المؤرخة في 31/05/2009
- الأمر رقم 66-283 المتضمن قانون الاستثمار، الجريدة الرسمية رقم 80 المؤرخة في 17/09/1966، ص 1202.
- -الأمر 71-42 المؤرخ في 17/06/1979 المتضمن تنظيم المكتب الوطني لليد العاملة، الجريدة الرسمية العدد 53 المؤرخة في 29/06/1971
- القانون 81-10 المؤرخ في 11/07/1981 المتعلق بشروط تشغيل الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 26 المؤرخة في 14/07/1981
- -القانون 90-03 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بمفتشية العمل، الجريدة الرسمية العدد 6 المؤرخة في 07/02/1990، ص 237
- -القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم المؤرخ في 21/04/1990، الجريدة الرسمية رقم 17 المؤرخة في 25/04/1990،
- -القانون 02-09 المؤرخ في 08 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، الجريدة الرسمية رقم 34.
- القانون 04-19 المؤرخ في 25/12/2004 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل، الجريدة الرسمية العدد 83
- القانون رقم 08-11 المؤرخ 25/06/2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية العدد 36 المؤرخة في 02/07/2008
- المرسوم 62-99 المؤرخ في 29/11/1962 المتضمن إحداث المكتب الوطني لليد العاملة، ج رسمية العدد 6 المؤرخة في 30.11.1962،
- المرسوم 63-153 المؤرخ في 25/04/1963 المتعلق بالتشغيل وتنصيب العمال، الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخة في 03/05/1963،
- المرسوم رقم 64-214 المؤرخ في 03/08/1964 المتضمن إجبار المؤسسات على إحداث مصلحة للتكوين المهني وتأهيل العمال. الجريدة الرسمية رقم 22 المؤرخة في 11/08/1964،

- المرسوم 510-82 المؤرخ في 1982/12/25 المحدد لكيفيات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 56
- المرسوم التنفيذي 259-90 المؤرخ في 1990/09/08 المتضمن تنظيم المكتب الوطني لليد العاملة وتنظيمه وسيره، يعدل ويتمم الأمر 71-42 المؤرخ في 1979/06/17، الجريدة الرسمية العدد 39 المؤرخة في 1990/09/12،
- المرسوم التنفيذي 425-97 المؤرخ في 1997/11/11 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 163 من الأمر 95-27 المؤرخ في 1995/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 1996 الخاص بتخفيض اشتراك صاحب العمل في الضمان الاجتماعي بالنسبة للمستخدمين الذين يشغلون الأشخاص المعوقين، الجريدة الرسمية عدد 75 المؤرخة في 1997/11/12،
- المرسوم التنفيذي 333-03 يبين تشكيلة اللجنة الولائية للتربية والتوجيه المهني وكيفية سير عملها، الجريدة الرسمية رقم 61
- المرسوم التنفيذي 77-06 المؤرخ في 2006/02/18 المحدد لمهام الوكالة الوطنية للتشغيل وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 9 المؤرخة في 2006/02/19
- المرسوم التنفيذي رقم 123-07 المؤرخ في 2007/04/24، المتضمن ضبط شروط وكيفيات منح الاعتماد للهيئات الخاصة لتنصيب العمال وسحبها منها ويحدد دفتر الأعباء النموذجي المتعلق بممارسة الخدمة العمومية لتنصيب العمال، الجريدة الرسمية العدد 28، سنة 2007.
- المرسوم التنفيذي رقم 261-11 المؤرخ في 30 جويلية 2011 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتميين لسلك مفتشي العمل، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 03 أوت 2011، ص 14
- المرسوم التنفيذي 214-14 المؤرخ في 2014/07/30 يضبط الكيفيات المتعلقة بتخصيص مناصب العمل وتحديد الاشتراك المالي ومنح الاعانات قصد تهيئة وتجهيز مناصب العمل للأشخاص المعوقين، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 2014/08/03،

مراجع متنوعة:

- أحمد شرف الدين، فكرة القانون الاقتصادي، دراسة في التحولات الاقتصادية، دون دار نشر، مصر، 1988
- أمال بطاهر، النظام القانوني لحماية الأجور في القانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013
- حسن عبد المؤمن بدران، العقد والجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، 1993
- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007
- شحاتة أبو زيد شحاتة دياب، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، دون تاريخ مناقشة
- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2005
- محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة
- القواعد الموحدة بشأن تحقيق تكافؤ الفرص للمعوقين المعتمدة من طرف الجمعية العامة دورتها الثامنة والأربعون بتاريخ 20 ديسمبر 1993
- بروتوكول حقوق المرأة في أفريقيا الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المعتمد من طرف الجمعية العامة لرؤساء دول وحكومات الاتحاد الأفريقي أثناء انعقاد قمتها العادية الثانية في العاصمة الموزمبيقية، مابوتو في 11 جويلية 2003

حق الزوجة في مسكن الزوجية والإنفراق به بين التأصيل الشرعي والفرغ التشريعي

كريمة نزار

(أستاذة محاضرة صف أ)

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي اليابس - الجزائر

ملخص:

من أهم حقوق الزوجة التي كفلها الشرع الإسلامي لها حقها في مسكن زوجي كقاعدة عامة، ووجوب الاستقلال به عما يمكن أن يعكر صفو الحياة الزوجية على الوجه الخاص، هذا الحق الذي يفترض في الزوج أن يكفله لها باعتبار السكن أحد مشتملات النفقة شرعا وقانونا، وهو ضرورة أساسية لا غنى عنها كونه يحفظ لها حياة زوجية حرة كريمة، كما أن لانفراد الزوجة بمسكن بعيد عن أهلها وأهله أهمية بالغة في تحقيق الاستقرار الأسري، ونجد البعض من التشريعات العربية أولته من الأهمية بأن أفردت له عديد النصوص التي تعكس مدى الحرص على حماية هذا الحق، واستيعاب أهميته في حماية الأسرة من التفكك الأسري، في حين اكتفى البعض الآخر بالإشارة إليه كجزء من النفقة مخلفا فراغا تشريعيًا ومن ثم فتح باب التأويلات، الأمر الذي يصعب مهمة القاضي عند الفصل في نزاع من هذا القبيل كونه سيكون مظطرا للخوض في آراء الفقه الإسلامي .

الكلمات المفتاحية: المسكن الزوجي، النفقة، الأسرة، الزوج، الزوجة.

Abstract:

One of the most important rights of the wife, which is guaranteed by Islamic law, is her right to my husband's residence as a general rule, and the necessity of independence for him from what could disturb the marital life in particular. It goes without saying that it preserves a free and dignified marital life for her.

The fact that the wife is alone in a residence far from her family and his family is extremely important in achieving family stability, and we find some of the Arab legislations of his first importance by devoting to him several texts that reflect the extent of concern to protect this right, and to understand its importance in protecting the family from family disintegration, while it is sufficient Others by referring to him as part of the alimony, leaving a legislative void, and then opening the door for interpretation, which makes it difficult for the judge to decide when to settle such a dispute, as he will be forced to delve into the views of Islamic jurisprudence.

Keywords:

Marital home, alimony, family, husband, wife

مقدمة

كرمت الشريعة الإسلامية المرأة عموماً والزوجة خاصة، بأن منحها من الحقوق ما لم تتكرم به أية ديانة أخرى عليها، فقد جاء الإسلام ليعطي المرأة حقها في الميراث وحرية التصرف في مالها الخاص، ومباشرة المعاملات الاقتصادية والمالية على غرار إبرام العقود والإجارة والهبة وغيرها من الحقوق.

ومن أهم الحقوق التي تنشأ للمرأة جراء عقد الزواج، حقها في النفقة الواجبة على زوجها، هذه الأخيرة التي تشمل كأصل عام الطعام والكسوة والسكن وهي النفقة الأصلية الواجبة، إضافة إلى مشتقات أخرى كالخادم ونفقة العلاج اختلف فيها الفقهاء²⁸⁶، وعلى الرغم من أهمية هذه النفقات بأنواعها المختلفة فإن نفقة السكن تعتبر الأكثر أهمية مقارنة ببقية النفقات لما للسكن من آثار اجتماعية وأخلاقية ونفسية فضلاً عن الآثار الشرعية والقانونية.

فالمسكن بالنسبة إلى الزوجين هو المكان الذي يأويهما ويكون لهما فيه مطلق الحرية في الخلوة والاستمتاع ببعضهما بعيداً عن مرأى ومسمع الغير فضلاً عن كونه مكاناً للمأكل والمشرب والغسل والتنظيف وقضاء الحاجات الإنسانية الأخرى كما أنه مكان للراحة والاستقرار من أعباء الحياة ومتطلباتها.²⁸⁷

ومما لا شك فيه أن انفراد الزوجة بزوجها في مسكن بعيد عن أهلها وأهلها يعود بالنفع على الزوجين من الناحية الاجتماعية بحيث يجنبهما المشاكل العائلية التي قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى إنهاء الرابطة الزوجية، كما أن عدم استقلال الزوجين بمسكنهما الخاص قد يؤثر عليهما من الجانب الاقتصادي أو المادي نتيجة تكفل الزوج في بعض الأحيان بالإنفاق على العائلة.

لكن رغم هذه الأهمية التي يكتسبها هذا الحق، إلا أنه مرهون بالقدرة المالية للزوج من جهة، وبالروابط الاجتماعية والأخلاقية من ناحية أخرى حيث قد يكون الزوج رغم قدرته المالية عاجزاً عن الانتقال من بيت العائلة نظراً لعجز الأبوين بسبب السن أو المرض.

من خلال هذا العرض التقديمي للموضوع نريد أن نطلع على الأساس الشرعي لحق الزوجة في السكن وموقف الشريعة الإسلامية من مسألة انفراد الزوجة بمسكن الزوجية، وهل جعلت منه حقاً مطلقاً، أم وضعت له ضوابط واستثناءات، وهل هذا المشرع الجزائري حذو الشريعة الإسلامية في ما أقرته؟ أم أنه خالفها في ذلك؟ وهل كانت له نفس رؤية التشريعات العربية؟ وما دور الاجتهاد القضائي في تكريس هذا الحق من عدمه؟

كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عنها من خلال ما سيأتي تفصيله عند الكلام عن:

التأصيل الشرعي لحق الزوجة في المسكن الزوجي والانفراد به (المطلب الأول)،
وموقف القانون من حق الزوجة في مسكن الزوجية والاستقلال به (المطلب الثاني).

286 عبد الرحمن الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ - 2003، ص. 486، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص. 189.
287 محمد مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص. 455.

المطلب الأول: التأصيل الشرعي لحق الزوجة في المسكن الزوجي والانفراد به

أوجب الدين الإسلامي على الزوجة طاعة زوجها في غير معصية، حيث يجب عليها طاعته فيما أمر الله عز وجل، وقد بين القرآن حكيم "الكريم" ذلك في قول الله عز وجل: " وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ، وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ، وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ " ²⁸⁸، وفي مقابل ذلك على الزوج أن ينفق عليها، لأن المرأة إذا سلمت نفسها إليه على الوجه الواجب عليها، فلها عليه جميع حاجاتها من مأكّل ومشرب ومسكن ²⁸⁹، وأن لا يلزم الزوجة شيئاً من هذا سواء كانت مالكة وغنية أم لا، ولا تحديد لحجم النفقة وكيفيةها ²⁹⁰، وفي هذا يقول تعالى: " لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِّرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا اللَّهُ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا " ²⁹¹

فمن بين ما تشتمل عليه النفقة المسكن الشرعي، حيث أوجب الإسلام على الزوج أن يوفر لزوجته المسكن المحتوي على كافة اللوازم الشرعية كي تتحقق به الغاية المرجوة من الزواج بعيداً عن أية منغصات، وأنه لا يمكن أن تتحقق هذه الغاية بدونه، ويعتبر حق الزوجة في السكن الشرعي حقاً ثابتاً في الشريعة الإسلامية بإجماع الفقهاء باعتباره من مقومات النفقة الشرعية.

كما أجمعوا على أنه ليس للزوج أن يشرك غيرها معها متى كان المسكن الزوجي عبارة عن غرفة واحدة، بينما اختلفوا حول جواز إشراك الغير معها في حال كان مسكن الزوجية يتكون من عدد من الغرف.

وسنبين فيما سيأتي الأساس الشرعي لحق الزوجة في السكن الزوجي (الفرع الأول) ثم نرجع إلى موقف الفقه الإسلامي من حق الزوجة في الانفراد بالمسكن الشرعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس الشرعي لحق الزوجة في السكن

يعتبر المسكن الزوجي حقاً متعلقاً بالأسرة، هذه الأخيرة التي يتوقف صلاح المجتمع على استقرارها باعتبارها إحدى ركائز الأمة إن لم تكن ركيزتها الأساس، فلا أمة بلا مجتمع ولا مجتمع بلا أسرة ولا أسرة بلا استقرار، ولن تتحقق الغاية من خلق الإنسان إن لم تطبق أحكام الله في الأرض، حيث الزواج سبيل لتكوين الأسرة الصالحة المبنية على أساس صحيح سليم فيها الرجل صاحب القوامة ورب الأسرة والمنفق عليها والذي يرفع شؤونها ويسير حاجاتها، وفيها المرأة صاحبة التربية والنشأة القويمة.

ولا بد لهذا الزواج من مقومات أساسية لبنائه وهي كثيرة وذلك ابتداء من اختيار الزوجة إلى الإتفاق عليها إلى غير ذلك من المقومات، ولكني اخص بالذكر هنا المسكن إذ هو دعامة أساسية في استقرار الأسرة وديمومة الزواج، فالسكن هو الحامي والجامع لعناصر الأسرة إذ تحتاج هذه الأخيرة إلى قاعدة ترتكز عليها وسكن يلم شملها يحقق لها الراحة المطلوبة والديمومة المنشودة، فمن البديهي أن يكون السكن إحدى دعائم عقد الزواج وأساساً له.

288 سورة البقرة، الآية 288.

289 موفق الدين بن محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي وشمس الدين عبد الرحمان بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني والشرح الكبير الجزء 8، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، ص.195.

290 اليوسف عبد الرحمان بن عبد الخالق اليوسف، الزواج في ظل الإسلام، الدار السلفية، الكويت، الطبعة 3، 1408هـ، 1988م، ص.103.

291 سورة الطلاق، الآية 7.

وقد أقرته الشريعة الإسلامية باعتباره جفا من حقوق الزوجة على زوجها، فلم يغفله القرآن الكريم بل تحدث عنه بشكل مباشر في قوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ"²⁹².

وقال سبحانه وتعالى: "وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"²⁹³.

فوجه الاستدلال في الآية الأولى هو قوله تعالى "أَسْكِنُوهُنَّ.."، وهو أمر بالإسكان والأمر على الإطلاق يقتضي الوجوب، وإذا كانت الآية قد أفادت وجوب سكن المطلقة لورودها في شأنها فوجوبها لمن هي في عصمة الزوج أولى.²⁹⁴ كما أن معنى الآية: أسكنوا المعتدات بعض أماكن سكناكم، على قدر طاقتكم، ولا تلحقوا بهن ضررا، لتضيقوا عليهن في السكنى.²⁹⁵ وقد تضمنت الآية أمرا ونهيا، أمرا يوجب على الأزواج إسكان مطلقاتهم في زمن العدة، حيث يسكنون وحسب الإمكان الذي يكون لهم، ونهيا عن مضارتهن قولا وفعلا بقصد التضيق عليهن²⁹⁶

أما وجه الاستدلال في الآية الثانية فهو أن من مقتضى المعاشرة بالمعروف بين الزوجين إسكانها في بيت لأنه ضروري لمصلحتها ولمصلحة الزوج على الدوام، ولأن الزوجة لا يمكن أن تستغني عن المسكن فقد جرى هذا الأخير مجرى النفقة والكسوة من حيث الوجوب.²⁹⁷

أما فيما يخص السنة النبوية فقد روى أحمد ومسلم عن الشعبي أن فاطمة بنت قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم في المطلقة ثلاثا أنه قال: "ليس لها سكنى ولا نفقة"²⁹⁸.

ووجه الاستدلال في الحديث نفي حق السكن للمطلقة ثلاثا بمنطوقه، فأفاد بدلالة المفهوم المخالف إيجابه للزوجة²⁹⁹، هذا وقد أجمع الفقهاء المسلمون على وجوب السكن للزوجة عند قيام الرابطة الزوجية ولم يكتفوا بذلك بل بينوا الشروط التي يجب توافرها في المسكن وإلا اعتبر عقدا غير شرعي ولا تلتزم الزوجة بالطاعة فيه شرعا ولا يعد خروجها منه نشوزا مسقطا لنفقتها³⁰⁰.

ولا يكون المسكن شرعيا إلا إذا توافرت فيه الأمور الآتية:³⁰¹

292 سورة الطلاق، الآية 6.

293 سورة النساء، الآية 19.

294 د.أحمد عثمان، آثار الزواج في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، لجنة البحوث، الرياض، 1981، ص.172.

295 لجنة من علماء الأزهر، المنتخب في تفسير القرآن الكريم، الجزء 1، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الطبعة 18، 1416هـ-1995م، مؤسسة الأهرام، مصر، ص.835.

296 دروزة محمد عزت، التفسير الحديث، الجزء 8، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1383هـ، ص.341.

297 د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، الدار العلمية، عمان، الأردن، 2002، ص.221.

298 الإمام مسلم أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق فؤاد عبد الباقي، الجزء 10، الطبعة 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص.102.

299 د.أحمد عثمان، المرجع السابق، ص.172، 173.

300 د.طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، دراسة مقارنة، الطبعة 1، 2012، المكتب الجامعي الحديث، ص.42.

301 د.رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص.208.

- أن يكون ملائماً لحال الزوج المالية، فإذا كان مثله يسكن في دور أو شقة وجب عليه أن يسكنها في ذلك، وإن كان مثله يسكن في حجرة، كان المسكن الشرعي لزوجته حجرة تأمين فيها على نفسها.
- أن يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكنى من أثاث وفراش وأدوات منزلية لازمة، وأن يكون له من مرافق ضرورية، وهي التي تلزم للسكنى .
- أن يكون المسكن خالياً من مسكن الغير ولو كان من أهل الزوج وأولاده من غيرها إلا إذا ولده من غيرها صغيراً أو غير مميز .
- أن يكون السكن بين جيران صالحين تأمين فيه على نفسها.

وخلاصة القول أن المسكن يجب أن يكون لائقاً بحالهما معا خالياً من أهله وولده وغيرهم إلا برضاها.

ثم إن من المعقول أن المرأة لا تستغني عن السكن للاستتار عن الأعين والاستمتاع وحفظ المتاع، والتصرف في شؤونها فوجب لها السكن تحقيقاً³⁰².

انطلاقاً مما سبق نقول أنه لا خلاف من الناحية الشرعية على أن السكن واجب على الزوج وهو ملزم بتبهيئته لزوجته لأنه من مقومات نفقتها التي تجب عليه بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول،

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من حق الزوجة في الانفراد بالمسكن الشرعي

إن إزام الزوج بتبهيئة مسكن منفرد لزوجته مرتبط شرعاً بحجم المسكن من جهة وبصفة الشخص الساكن مع الزوجة في المسكن من جهة أخرى، فإن كان المسكن عبارة عن غرفة واحدة، فقد أجمع الفقهاء على أنه ليس للزوج أن يشرك معها غيرها في الغرفة كالأبوين والإخوة والأخوات أو الضرة أو ذوي رحمه، لأنها لا تأمين على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع واستثنوا من ذلك الولد الصغير من غيرها إن كان لا يفهم الجماع، فللزوج إسكانه معها³⁰³.

وفي هذا الإطار ذهب الحنفية عند تعريفهم لمسكن الزوجية إلى أنه "يجب لها السكنى في بيت خال عن أهله وبيت منفرد من دار له غلق، زاد في الاختيار والعيني، ومرافق، ومراده لزوم كنيف، ومطبخ، وينبغي الإفتاء به لحصول المقصود هداية"³⁰⁴، كما قال الأحناف: تجب لها السكنى في بيت ليس فيه أحد من أهله، ولا من أهلها، إلا أن يختاراً ذلك، لأن السكنى حقها، إذ هي من كفايتها فتجب لها كالفقعة، وقد أوجبها الله تعالى مقروناً بالنفقة بقوله: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ..."³⁰⁵، أي وأنفقوا عليهن من وجدكم، وهكذا قرأها ابن مسعود، وإذا كان حقاً لها فليس له أن يشرك

302 د. عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، الطبعة 4، 1963، دار المعارف، ص.35. د. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.3، 1964، ص.41.

303 د. عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.348، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.456، د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقانون والقضاء، الجزء 1، مطبعة الإرشاد بغداد، 1997، ص.146، زكي الدين شعبان الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، الطبعة 2، 1971، ص.328.

304 ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المختار على الدر المختار، الجزء 3، الطبعة 2، 1992، ص.600

305 الطلاق الآية 6

غيرها فيها كالتفقة، وهذا لأن السكنى مع الناس يتضرران بها فإنهما لا يأمان على متاعهما، ويمنعهما من الاستمتاع والمعاشرة إلا أن يختارا ذلك لأن الحق لهما فلهما أن يتفقا عليه.³⁰⁶

وعليه يجب عندهم أن يكون المسكن الزوجي خاصا بالزوجة، تنفرد به، وله باب يعلق بالإضافة إلى المرافق من حمام ومكان للطبخ، وذلك حتى يتم تحقيق المقصود من الزواج، وحتى لا يتضرر كل من الزوجين من السكن مع الغير.

وبالنظر إلى المطلوب في المسكن من شروط، نرى أنها تحقق المصلحة من الزواج، من أمن الاطلاع على أحوال الزوجة، وأمن اللصوص، والمرافق أمر مسلم به في البيوت من حمام ومطبخ على ما هو عليه العرف الآن في بناء المساكن .

وبالنسبة للمالكية فقد ذكروا أن الدار التي يعدها الزوج ينبغي أن تكون مسكنا مستقلا يتوفر فيه كل المنافع الضرورية والمطبخ، فالدار عندهم ليست الحجرة المعدة للنوم فقط وإنما منزل متكامل يحوي كل اللوازم الضرورية.³⁰⁷

كما قال المالكية: "ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه"³⁰⁸، لأن لها الاستقلال بالمسكن، لأنها تتضرر بذلك³⁰⁹، باطلاعهم على أحوالها وما تريد ستره عنهم.³¹⁰

أما الشافعية، فيرون أن المنزل الزوجي يكون دارا أو حجرة أو غيرهما، وهذا يعني أن يكون المنزل مشتملا على عدد من الغرف إذا كان دارا، أو حجرة مع مرافقها أو ما تحتاج إليه الزوجة³¹¹، وكذلك قال الشافعية: " ينبغي استقلال الزوجة بالمسكن إن تضررت من إسكان أهل الزوج."³¹²

بينما يذهب الحنابلة إلى أنه على الزوج أن يسكنها في مسكن يتحقق فيه الاستتار عن العيون، وفي التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع، ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما، ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام، فجرى مجرى النفقة والكسوة.³¹³، فالمسكن عندهم يجب أن يكون ساترا لمن بداخله، يحقق الغرض من بنائه من العيش وحفظ الأمتعة وسائر الأغراض.

من خلال ما عرضناه من مواقف فقهاء المذاهب الأربعة نلاحظ أنهم أجمعوا على وجوب أ، يكون لها مسكنا مستقلا تتصرف فيه براحتها، إلا أن ما يلاحظ على موقف الحنابلة أنهم أخذوا بعين الاعتبار الحالة المادية للزوج، كما أن الأولوية عندهم ليست الانفراد بالبعد عن أهل الزوج وإنما يكفي أن يوفر الاستتار عن الغير بما يضمن حرية التصرف والاستمتاع.

306 الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن اسماعيل بن يونس الشلبي، الجزء 3، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة 1، 1313هـ، ص.58.

307 الدردير سيدي أحمد الدردير أبو البركات المالكي، الشرح الكبير، تحقيق محمد عياش، لجزء 2، دار الفكر، بيروت، ص.342.

308 ضياء الدين الجندي خليل بن إسحاق المالكي المصري، مختصر خليل، المحقق أحمد جاد، دار الحديث القاهرة، ص.136.

309 الدردير، المرجع السابق، ص.215.

310 عليش محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ص.395.

311 أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، الجزء 4، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، 1995م ص. 75.

312 السنيكي زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الغرر البهية، الجزء 4، المطبعة الميمنية، ص.392.

313 ابن قدامة، المرجع السابق، ص.200.

المطلب الثاني: موقف القانون من حق الزوجة في السكن والانفراد به

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أولت عناية بالغة لحق الزوجة في السكن كما بين فقهاؤها وموقفهم من حقها في الانفراد به تبعاً لما أسلفنا، فإن القوانين العربية المنظمة للأحوال الشخصية والأسرة انقسمت إلى اتجاهين، حيث أولت بعضها لهذا الحق حماية تشريعية فائقة بدليل ما أفردته من نصوص خاصة به، وهو ما اشتركت فيه غالبية التشريعات (الفرع الأول)، ومنها ما يتبين من خلال تشريعاتها أنها أشارت إلى أصل الحق بصورة عرضية بأن اكتفت بالتنويه إلى أن من بين ما تشمله النفقة السكن وكان ذلك موقف المشرع الجزائري إلى جانب بعض المشرعين الذين ساروا على النهج ذاته على غرار المشرعين المغربي والتونسي والمصري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رؤية التشريعات العربية التي فصلت في حق الزوجة في السكن.

تقر كل التشريعات العربية بأن النفقة حق من حقوق الزوجة التي تتحقق لها بموجب عقد الزواج والتي تجب على الزوج، كما يجمع المشرعون على أن هذه النفقة تشمل السكن إضافة إلى مشتقات أخرى على غرار الغذاء والكسوة بينما أقرت غالبية التشريعات العربية حق الزوجة في السكن المنفرد وأفردت لهذا الحق من النصوص ما يعكس أهمية هذا الحق بالنسبة للزوجة من جهة، ويسهل على القاضي مهمة الفصل في النزاعات من هذا القبيل.

ومن التشريعات التي فصلت في حق الزوجة في السكن والانفراد به التشريع العراقي³¹⁴، حيث نص في المادة 24 من قانون الأحوال الشخصية على مشتقات النفقة بقولها: "... تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وأجرة الطيب..."، ثم يفصل في الفقرة 2 من المادة 25 من ذات القانون بأن السكن الزوجي إذا لم يكن متوفراً على الشروط المتطلبية فيه، كان للزوجة أن لا تلتزم بمطوعة زوجها دون أن تعتبر ناشراً³¹⁵.

وقد جاء نصها كالتالي: "... لا تلتزم الزوجة بمطوعة زوجها، ولا تعتبر ناشراً إذا كان الزوج متعسفا في طلب المطوعة قاصداً الإضرار بها أو التضييق عليها، ويعتبر من قبيل التعسف والإضرار بوجه خاص:

(أ) عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتاً شرعياً يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية.

(ب) إذا كان البيت الشرعي المهياً بعيداً عن محل عمل الزوجة بحيث يتعذر معه التوفيق بين التزاماتها البيتية والوظيفية.

(ج) إذا كانت الأثاث المجهزة للبيت الشرعي لا تعود للزوج...."

هذا وقد كانت المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية العراقي تنص قبل تعديلها على أنه " ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضررتها في دار واحدة بغير رضاها وليس له إسكان أحد من أقاربه معها إلا برضاها سوى ولده الصغير غير المميز".

314 القانون رقم 188 لسنة 1959 المؤرخ في 19-12-1959 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي.

315 د.احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء 1، الزواج والطلاق، الطبعة 2، 2006، المكتبة القانونية، بغداد، ص.

104، د. طه صالح الجبوري، المرجع السابق، ص.24.

يستخلص من هذا النص أنه يحظر على الزوج أن يسكن مع زوجته غيرها سواء تعلق الأمر بضرتها أو أحد من أقاربه ما لم تكن راضية، باستثناء أبنائه الصغار من غيرها دون سن السابعة وهي سن التمييز حسب القانون العراقي، ويبدو أن المشرع العراقي لم يأخذ بعين الاعتبار الجانب الاجتماعي والأخلاقي الذي يفرض على الزوج البر بوالديه والإنفاق عليهما وإسكانهما معه إن لم يستطع تهيئة مسكن مستقل لهما، لاسيما إذا كانا عاجزين عن الكسب لشيخوختهما أو مرضهما وكذلك تجاه أولاده³¹⁶.

هذه المسائل كلها أخذها المشرع العراقي بعين الاعتبار عند تعديله لنص المادة 26 لتصبح كالآتي:

- 1- ليس للزوج أن يسكن مع زوجته بغير رضاها ضرتها في دار واحدة.
 - 2- للزوج أن يسكن مع زوجته في دار الزوجية ولده من غيرها حتى سن البلوغ.
 - 3- على الزوج إسكان أبويه أو أحدهما مع زوجته في دار الزوجية وليس للزوجة الاعتراض على ذلك.
 - 4- للزوج أن يسكن مع زوجته في دار واحدة من يكون مسؤولاً عن إعانتهم شرعا بشرط أن لا يلحقها ضرر من ذلك.
- ومن بين ما لوحظ على هذا النص أنه رغم أهميته ومراعاته لنقائص النص القديم، إلا أنه لم يضع شروطاً أو ضوابط محددة بجواز إسكان الغير مع الزوجة، ويفترض وضعها لمصلحة الزوج و الزوجة على حد سواء، لاسيما فيما يتعلق بإسكان ولده من غيرها وهنا يحتمل أن يكون ذكراً أو أنثى، فإن كانت أنثى وجب إسكانها إلى غاية زواجها لأسباب اجتماعية وأخلاقية وكذلك بالنسبة للولد فكان من الأفضل إسكانه إلى ما بعد البلوغ لاسيما إذا كان طالبا ما لم يؤد زوجته.³¹⁷

كذلك مما ينبغي التنويه إليه هو أن المشرع العراقي أوجب على الزوج إسكان والديه مع زوجته بصفة مطلقة دون ضوابط، فإن كان الأبوان بصحة جيدة وموسرين فلا داعي لإسكانهما مع الزوجة، وبمفهوم المخالفة يجب عليه إسكانهما معها متى كانا عاجزين عن الكسب أو محتاجين للرعاية بحكم مرضهما أو لشيخوختهما.

وقد ذهب المشرع السوري في ذات اتجاه المشرع العراقي من حيث إقرار حق الزوجة في السكن والانفراد به، وخصص له عدداً من النصوص القانونية وذلك في المواد من 65 إلى 69 من قانون الأحوال الشخصية³¹⁸ فقد نصت المادة 65 على وجوب أن يسكن الزوج زوجته في سكن أمثاله³¹⁹ ويقصد بأمثاله من يتساوى معهم في الحالة المادية فلا يجوز للزوج إسكان زوجته في مسكن لا يليق بحالته المادية و ثروته³²⁰، وتأكيداً من المشرع السوري على حق الزوجة في السكن المنفرد نص في المادة 67 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها ولها العدول بعد ذلك إن تضررت"³²¹ وهو ما أكدته المادة 68 "عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن"، وتضيف المادة 69 من القانون ذاته أنه: "ليس للزوج أن يسكن مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها"

316 د. طه صالح الجبوري، المرجع السابق، ص.128.

317 د. طه صالح الجبوري، المرجع السابق، ص.129.

318 المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 07-09-1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

319 ونصها كالآتي: "على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله"

320 شروط ومواصفات المسكن الشرعي في القانون السوري، منشورات نادي المحامي السوري، www.syrian-lawyer.club تاريخ النشر 24-11-2019، تاريخ الزيارة، 22-03-2020.

321 وهو النص المعدل بموجب القانون رقم 04 لعام 2019 القاضي بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية السوري.

يتبين من هذين النصين أن الزوج إذا جمع زوجته في مسكن واحد مع أحد أقاربه أو مع الضرة وطلبت الانتقال بعيدا عنهم وجبت الاستجابة لطلبها.³²²

هذا ولقد أوجب قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976³²³ على الزوج أن يهيئ المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حال الزوج، حيث نصت المادة 35 منه على أنه: " يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله. "

كما قرر المشرع الأردني حق الزوجة في الاستقلال بالمسكن وعدم جواز إسكان الزوج أولاده من غيرها وأقاربه في السكن الذي أعده لها بغير رضاها، واستثنى أولاد الزوج غير المميزين ووالدي الزوج الفقيرين إن لم يستطع الزوج الإنفاق عليهما استقلالاً وتعين وجودهما عنده³²⁴، كما منع المشرع الأردني الزوجة إسكان أولادها وأقاربها في السكن الذي أعده لها إلا برضاها وفي ذلك نصت المادة 38 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي: " ليس للزوج أن يسكن أهله وأقاربه أو ولده المميز معه بدون رضا زوجته في المسكن الذي هيأه لها، ويستثنى من ذلك أبواه الفقيران العاجزان إذا لم يمكنه الإنفاق عليهما استقلالاً وتعين وجودهما عنده، ودون أن يحول ذلك من المعاشرة الزوجية، كما أنه ليس للزوجة أن تسكن معها أولادها من غيره، أو أقاربها بدون رضا زوجها. "

الفرع الثاني: الشغور القانوني في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية

إذا كانت عديد التشريعات العربية - كما سبق بيانه - فصلت في حق الزوجة في مسكن الزوجية والانفراد به، فإن جانباً من القوانين العربية أغفلت ذلك، مكتفية بالإشارة إلى أن السكن يعتبر من مشتقات النفقة، لا أكثر ولا أقل، ومن ذلك المشرع الجزائري، حيث لم يتطرق صراحة إلى مسكن الزوجية عموماً والشروط المتطلبية فيه، ولا إلى حق الزوجة في المطالبة بمسكن منفرد بعيد عن أهل الزوج أو حتى فرضية رضاها من عدمه بمشاركة ضررتها مسكن الزوجية - وإن كانت هذه المسألة الأخيرة لا تطرح كثيراً أمام القضاء بحكم أن التعدد لا يعرف انتشاراً في المجتمع الجزائري بالقدر الذي تشهده عادة المجتمعات الشرقية على وجع العموم والخليجية على الوجه الخاص، وذلك قد يعود إلى أن المشرع الجزائري يقيد التعدد بضوابط وشروط - مقارنة بالدعاوى المتعلقة بالزام الزوج بتوفير مسكن منفرد بعيد عن أهله، واكتفى شأنه في ذلك شأن المشرع المصري والمغربي وحتى التونسي بالإشارة إلى السكن يشكل جزءاً من النفقة الواجبة على الزوج لزوجته.

وبتصفحنا لقانون الأسرة الجزائري³²⁵ نجد نص في المادة 78 منه على ما يلي: " تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته... " وما دام السكن الزوجي أحد عناصر النفقة الزوجية، فلا بد أن نشير إلى أن المشرع الجزائري وضع ضوابط لتقدير هذه النفقة حيث تقضي المادة 79 من ذات القانون بأنه: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم. "

322 أديب استانبولي وسعدي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء 1، الطبعة 3، دمشق، 1997، ص. 217.

323 قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 المنشور على الصفحة 2756 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2668 بتاريخ 01-12-1976.

324 عياش، د. شفيق موسى، وعساف محمد مطلق، نظرات جلية في شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة 1، 2002، ص. 96.

325 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 72-02-2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

وتجدر الإشارة هنا أن إلى أن المشرع الجزائري لم يشر إلى النفقة ضمن حقوق الزوجة، حيث لم يعد هناك ما يعرف أصلا بحقوق الزوجة والزوج بل، أضحت كل الحقوق مشتركة بين الزوجين، لنجده يتكلم على النفقة ضمن آثار الطلاق، وكأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بعد الطلاق في حين تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها الأمر الذي تؤكد المادة 74 من قانون الأسرة والتي جاءت هي الأخرى ضمن ما اعتبره المشرع آثارا للطلاق حيث يفترض أن يرد هذا النص ضمن آثار الزواج وعلى وجه التحديد حقوق الزوجة.

بناء على ما سبق نستنتج أن هناك فراغ تشريعي فيما يتعلق بشروط مسكن الزوجية، والأهم من ذلك حق الزوجة في المطالبة بسكن منفرد بعيد عن أهل الزوج والضوابط المتعلقة بالمطالبة بهذا الحق سواء تعلق الأمر بالضوابط الاجتماعية أو الأخلاقية، لأن المحاكم الجزائرية تشهد يوميا مثل هذه القضايا التي لا يجد القاضي لها في قانون الأسرة ما يعينه على فضها، علما أنه يفترض في القاضي في مثل هذه الأحوال أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة³²⁶، التي تقر للزوجة بحقها في الاستقلال بمسكن الزوجية مع بعض الاختلافات كما أسلفنا، إذ هناك من يقرر لها هذا الحق مطلقا وهناك من يقرنه بتضررها من أهله، وهناك من أخذ بعين الاعتبار الحالة المادية للزوجين.

لذلك كان على المشرع أن يفرد لهذه المسألة نصوصا قانونية مفصلة الغرض منها ليس تقرير حق الزوجة في السكن المنفرد وإنما الأهم من ذلك هو إرساء الضوابط التي تحكم هذا الحق، كما هو الشأن بالنسبة للتشريعات العربية التي فصلت في ذلك على غرار المشرعين العراقي والسوري والأردني وغيرهم ممن فصلوا في هذا الحق.

هذا وإذا كان تشريع الأسرة الجزائري يغلب عليه الشغور القانوني فيما يتعلق بهذا الحق، فإن المحكمة العليا أكدت في عديد قراراتها على أن من حق الزوجة المطالبة بمسكن منفرد بعيد عن أهل الزوج.

ومن بينها القرار الصادر عنها بتاريخ 1971-03-03 والذي مضمونه كالآتي: " إن القواعد الشرعية تقرر للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله ولو لم تكن تحفظت بذلك الحق حين عقدة النكاح أو سبق لها أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت الضرر بسبب جوارهم."³²⁷

وتأكيدا لهذا القرار نجد قرارا آخر مؤرخ في 1985-11-04 يقضي بأنه: " من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين أبرم عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ، وعليه يستوجب نقض القرار الذي أزم باستئناف الحياة الزوجية بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائد في العاصمة"³²⁸

واستقرت اجتهادات المحكمة العليا على المبدأ ذاته بدليل القرار الصادر بتاريخ 1997-05-13 والذي قضى بأنه: " من المقرر شرعا أنه يحق للزوجة أن تطلب سكنا منفردا هن أهل الزوج وذلك لقول خليل في مختصره في باب النفقة ولها أن

326 تنص المادة 222 من قانون الأسرة على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

327 المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، نشرة القضاة، العدد 2، 1972، ص.35

328 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 38331، نشرة القضاة رقم 1، 1986، ص.101.

تمتتع من أن تسكن مع أقاربه"³²⁹، وكذا القرار المؤرخ في 16-02-1999 المتضمن الآتي: "مطالبة الزوجة بحقها في سكن مستقل لا يعد مساسا بالطاعة الواجبة عليها.... من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في المطالبة بسكن مستقل عن أهل الزوج..."³³⁰، كما أكدت المحكمة العليا على أنه لا يمكن اعتبار الزوجة ناشز في حال امتناعها عن الرجوع مادام الزوج لم يوفر لها مسكنا منفردا، وذلك في القرار الصادر في 10-11-2011 ومضمونه كما يلي: "لا يعد نشوزا امتناع الزوجة عن الرجوع في حالة عدم توفير الزوج المسكن المستقل المحكوم به قضاء."³³¹

وهذه مجرد عينة على قرارات المحكمة العليا التي تؤكد دائما على استقرار مبادئها فيما يخص أحقية الزوجة في المسكن المستقل البعيد عن أهل الزوج، وهذا يفترض فيه أن يشكل حافزا لدى المشرع الجزائري لتخصيص جملة من النصوص لتنظيم هذا الحق لاسيما وأن الفراغ التشريعي بقي على حاله رغم تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27-02-2005 ورغم كون المنازعات التي تثار حول هذا الحق تعد من القضايا الراجحة أمام قضاة شؤون الأسرة.

ونجد المشرع المغربي هو الآخر قد أجحف في العناية بحق الزوجة في السكن الزوجي والاستقلال به شأنه في ذلك شأن المشرع الجزائري إلا أن هناك بعض الملاحظات التي ينبغي الوقوف عندها فيما يتعلق بمشتملات النفقة، حيث، لم ينص صراحة على أن السكن يعد من قبيل ذلك إذ بالاطلاع على مدونة الأسرة المغربية³³² وعلى وجه الخصوص القسم المتعلق بالنفقة نجده في المادة 189 ينص على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد مع مراعاة المادة 168 من نفس المدونة...".

ما يبدو من قراءة هذا النص أن المشرع المغربي لم يعتبر السكن من مشتملات النفقة، مع ذلك بالرجوع إلى نص المادة 196 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "المطلقة رجعيًا يسقط حقها في السكن دون نفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر...". نستشف وجوب السكن للزوجة .

كما أن الملاحظ على مدونة الأسرة المغربية أن المشرع استعمل مصطلح المساكنة الشرعية عند تعداد الحقوق المشتركة بين الزوجين، وذلك في المادة 51 منها حيث تنص على الآتي: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد..."، فهل المقصود بذلك المعاشرة الشرعية أم السكن الزوجي؟ فهذا سؤال يطرح نفسه كون المشرع المغربي اعتبره من الحقوق المشتركة، فإذا كان يقصد بالمسكنة الشرعية السكن الزوجي، لماذا يدرجه ضمن الحقوق المشتركة علما أنه حق خالص للزوجة وواجب على الزوج، هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يمكننا أن نجزم بأنه يقصد المعاشرة لأنه ينص في ذات المادة على المعاشرة بالمعروف³³³.

329 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 159732، المجلة القضائية، العدد 2، 1997، ص.100.

330 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 218754، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص.222.

331 المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 653323، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2012، ص.234.

332 ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 ه الموافق ل 03 فبراير 2004 م بتنفيذ القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة.

333 تنص المادة 51 من مدونة الأسرة: "...-2- المعاشرة بالمعروف ..."

وهنا نشير إلى أن الدكتور محمد الشافعي يرى بأن المقصود بالمساكنة الشرعية، المسكن الذي يجتمع فيه كل من الزوجين وأن الزوج هو الذي يختار هذا المسكن الذي يفترض فيه أنه يكون متناسبا مع حالته المادية، وفي المكان الذي يراه ملائما له، وعلى الزوجة أن تنتقل إلى المنزل الذي اختاره، وأن لا تمتنع عن ذلك إلا لأسباب مشروعة.³³⁴

هذا ونقول أن المشرع المغربي لم يولي حق الزوجة في السكن والانفراد به -على غرار المشرع الجزائري- اهتماما لا من حيث مواصفاته والشروط المتطلبية فيه، ولا من حيث تقرير حق الزوجة في عدم مشاركة غيرها لها في مسكن الزوجية، مع ذلك نجد الاجتهاد القضائي المغربي يضمن للزوجة هذا الحق.

ومن ذلك ما قضت به المحكمة الابتدائية سيدي قاسم مركز القاضي المقيم بأحد كورت، ملف شرعي رقم 55-11 بتاريخ 26-10-2011 "إذا اقتضت المحكمة بإفراد السكن للزوجة فإنه لا يمكن للزوج مطالبتها بالرجوع للبيت المشترك مع أهله"، ورأت المحكمة أنه من غير المستساغ إلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية الذي يشتركه مع أهله إذا قضت المحكمة على الزوج بإفراد سكنا مستقلا عن أهله، كما ذهب ، محكمة الاستئناف بوجدة الغرفة الشرعية في قرار رقم 11/1992 صادر بتاريخ 05-01-2012 ومما جاء في القرار أنه "من حق الزوجة أن تسكن منفردة وليس لزوجها أن يسكنها مع غيرها من دون رضاها لذلك فطلب المدعية مؤسس ويتعين الاستجابة له".³³⁵

ولا يختلف موقف القانون التونسي عن نظيره الجزائري والمغربي من حيث الفراغ التشريعي المتعلق بحق الزوجة في مسكن الزوجية والانفراد به حيث يقتصر الأمر على النص في الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية³³⁶ على أن المسكن يعتبر من مشتملات النفقة ونصه كالآتي: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وعلى النهج ذاته سار المشرع المصري، حيث لم يتعرض صراحة إلى موضوع مسكن الزوجية بوجه عام، وانفراد الزوجة به على وجه الخصوص، إذ الأمر لا يتعدى في قانون الأحوال الشخصية المصري النص على أن السكن هو أحد عناصر النفقة، وفي ذلك تنص المادة 1 من القانون رقم 100 لسنة 1985³³⁷ "...وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع".

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث ومن خلال ما عرضناه من آراء أهل العلم، والتعرف على حدود الحماية التشريعية المتباينة لمختلف المشرعين لحق الزوجة في مسكن الزوجية والانفراد به نخلص إلى النتائج التالية:

- حق الزوجة في السكن الشرعي حق ثابت في الشريعة الإسلامية بإجماع الفقهاء، والقوانين الوضعية باعتباره من مقومات النفقة الشرعية.

334 د. محمد الشافعي، الزواج وانطلاقه، في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية 24، ص.112.

335 مجلة مغرب القانون، www.maroclaw.com، منشور بتاريخ 29-10-2017، تاريخ الزيارة 22-03-2020.

336 أمر 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

337 وهو القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري..

- أكد الفقهاء المسلمون على وجوب احتواء المسكن الزوجي على المرافق الضرورية والأثاث واللوازم المنزلية مع الاشتراط أن يكون صالحا لاقامة الزوجين.
 - أجمع الفقهاء على أنه ليس للزوج أن يشرك الغير مع زوجته من ضرة أو أهله إلا بموافقتها، واستثنوا من ذلك الولد الصغير غير المميز من غيرها.
 - لا يعتبر المسكن الزوجي حقا متعلقا بالزوجة وحدها وإنما بالأسرة ككل كونه أحد عوامل استقرارها، وحمايتها من التفكك الأسري.
 - -من الثابت شرعا وفي عديد التشريعات العربية أنه يحق للزوجة المطالبة ببيت زوجي منفرد بعيد عن أهله.
 - إن انفراد الزوجة بزوجها في مسكن بعيد عن أهله وأهلها يعود بالنفع على الزوجين من الناحية الاجتماعية.
 - تنقسم التشريعات العربية من حيث تقنين هذا الحق إلى فرقتين، منها ما فصل تقرير هذا الحق وحمايته على غرار المشرعين العراقي والسوري والأردني، ومنها ما أجهف في حق الزوجة بالتقصير في حماية هذا الحق رغم أهميته وكثرة النزاعات حوله أمام القضاء، ومن ذلك المشرعين الجزائري والمغربي والتونسي والمصري.
- وبناء على هذه النتائج نتقدم بالاقترحات الآتية:
- ضرورة تعديل قانون الأسرة الجزائري وسائر التشريعات التي تعرف شغورا قانونيا بالنسبة لحق الزوجة في المسكن الزوجي والانفراد به.
 - وجوب أن يكون التعديل بالقدر الذي يعكس أهمية هذا الحق في استقرار الأسرة وعدم تفككها، وذلك بسن جملة من النصوص القانونية المفصلة والتي يجب فيها مراعاة ما يلي:
 - ضرورة استيفاء المسكن للشروط الشرعية .
 - الحالة المادية للزوج عسرا ويسرا عند الحكم بتوفير المسكن الزوجي المنفرد.
 - الحالة الاجتماعية والصحية لوالدي الزوج.
 - أبناء الزوج من غير زوجته لاسيما القصر منهم .

قائمة المراجع والمصادر

- عبد الرحمن الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ-2003.
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.
- محمد مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
- موفق الدين بن محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي وشمس الدين عبد الرحمان بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني والشرح الكبير الجزء 8، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.
- يوسف عبد الرحمان بن عبد الخالق اليوسف، الزواج في ظل الإسلام، الدار السلفية، الكويت، الطبعة 3، 1408هـ، 1988م.
- د.أحمد عثمان، آثار الزواج في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، لجنة البحوث، الرياض، 1981.
- لجنة من علماء الأزهر، المنتخب في تفسير القرآن الكريم، الجزء 1، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الطبعة 18، 1416هـ-1995م، مؤسسة الأهرام، مصر.
- دروزة محمد عزت، التفسير الحديث، الجزء 8، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1383هـ.
- د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، الدار العلمية، عمان، الأردن، 2002.
- الإمام مسلم أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق فؤاد عبد الباقي، الجزء 10، الطبعة 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- د. طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، دراسة مقارنة، الطبعة 1، 2012، المكتب الجامعي الحديث.
- د. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
- د. عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، الطبعة 4، 1963، دار المعارف.
- زكي الدين شعبان الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، الطبعة 2، 1971.
- د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقانون والقضاء، الجزء 1، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1997.
- ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي، رد المختار على الدر المختار، الجزء 3، الطبعة 2، 1992.
- الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن اسماعيل بن يونس الشلبي، الجزء 3، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة 1، 1313هـ.
- الدردير سيدي أحمد الدردير أبو البركات المالكي، الشرح الكبير، تحقيق محمد عياش، لجزء 2، دار الفكر، بيروت.
- ضياء الدين الجندي خليل بن إسحاق المالكي المصري، مختصر خليل، المحقق أحمد جاد، دار الحديث القاهرة.
- عليش محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة.
- أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، الجزء 4، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، 1995م.
- السنيكي زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الغرر البهية، الجزء 4، المطبعة الميمنية.
- د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء 1، الزواج والطلاق، الطبعة 2، 2006، المكتبة القانونية، بغداد.

- أديب استانبولي وسعدي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء 1، الطبعة 3، دمشق، 1997.
- عياش، د. شفيق موسى، وعساف محمد مطلق، نظرات جلية في شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة 1، 2002.
- د. محمد الشافعي، الزواج وانحلاله، في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية 24، ص.112.
- د. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.3، 1964.

المجلات:

- نشرة القضاة، العدد 2، 1972.
- نشرة القضاة رقم 1، 1986.
- المجلة القضائية، العدد 2، 1997.
- المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2012.

المواقع الالكترونية

- شروط ومواصفات المسكن الشرعي في القانون السوري، منشورات نادي المحامي السوري، www.syrian-lawyer.club: تاريخ النشر 11-24-2019، تاريخ الزيارة، 2020-03-22.
- مجلة مغرب القانون، www.maroclaw.com، منشور بتاريخ 2017-10-29، تاريخ الزيارة 2020-03-22.

القوانين

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 72-02-2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 07-09-1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري .
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 المنشور على الصفحة 2756 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2668 بتاريخ 01-12-1976.
- أمر 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.
- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424ه الموافق ل 03 فبراير 2004 م بتنفيذ القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة
- القانون رقم 188 لسنة 1959 المؤرخ في 19-12-1959 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي.

الآليات القانونية لتسوية المنازعات الدولية الناشئة عن الأزمة الخليجية 2017

✍️ فاطمة عبد اللطيف العبد الله

باحثة في مجال العلوم القانونية

الملخص

يتناول هذا البحث الآليات القانونية لتسوية المنازعات الدولية الناشئة عن الأزمة الخليجية ٢٠١٧، وذلك من خلال مبحثين، تناول المبحث الأول منه الأزمة الخليجية والآليات السلمية لتسويتها، وذلك من خلال التعرض للأزمة القطرية الخليجية ٢٠١٧ من حيث نشأتها وأسبابها وما ترتب عليها من آثار.

بالإضافة إلى ذلك، تم بيان الآليات الدبلوماسية والسياسية والقضائية التي تم اللجوء إليها في سبيل تسوية هذه الأزمة، من خلال توضيح دور الوساطة والمساعي الحميدة والمنظمات الدولية ومحكمة العدل الدولية في تسوية هذه الأزمة، من خلال المبحث الثاني.

كما أننا توصلنا من خلال هذا البحث إلى العديد من النتائج، ومن أهم هذه النتائج، هو تعدد الأسباب التي أدت إلى قيام الأزمة الخليجية بالإضافة إلى أن هذه الأزمة ترتب عليها العديد من الآثار الاقتصادية والآثار الإنسانية أو الاجتماعية.

Abstract

This paper studies the legal mechanisms on the settlement of the international conflicts that grew after what is known as “The Gulf Crisis”, which have sparked in 2017. The first chapter will be dedicated to studying the crisis itself and the means of peaceful settlement. The study will focus on the forming, reasons, and outcomes of the Qatari-Gulf crisis.

Furthermore, In Chapter two, there will be a brief outlook of the means of settlement that was used during the period of crisis up until today, which include the diplomatic approach, the political approach, and the judicial approach. Additionally, we will discuss the mediation and good offices roles and trials, from the International Court of Justice and from International Organizations.

We have also reached through this research to many of results, and the most important of these results is that the reason of the gulf crisis vary, and it had had many effects on different levels, whether on the political, economical, humanitarian, or social level.

المقدمة:

الآليات السلمية لتسوية المنازعات هي الآليات التي يتم اللجوء إليها في حالة نشوب صراع أو نزاع بهدف الحفاظ على السلم والأمن الدوليين وعدم تعريضهم إلى الخطر، وذلك على خلاف الآليات القسرية التقليدية التي من الممكن أن تعرض السلم والأمن الدوليين إلى الخطر.

ومن قبيل المنازعات الدولية التي تمثل خطراً على السلم والأمن الدوليين والتي تمثل موضوع هذا البحث هي الأزمة الخليجية القائمة منذ ٢٠١٧ حتى يومنا هذا، بين كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية من جهة، ودولة قطر من جهة أخرى.

ومن ثمّ من خلال بحثنا هذا سوف نسلط الضوء على نشأة وأسباب الأزمة الخليجية وما ترتب عليها من آثار، بالإضافة إلى الآليات السلمية التي تم اللجوء إليها في سبيل تسويته، متمثلة في اللجوء إلى المنظمات الدولية ومحكمة العدل الدولية، دون أن يتم التطرق إلى اللجوء إلى مجلس الأمن أو الجمعية العامة للأمم المتحدة كوسيلة من الوسائل التي يتم من خلالها تسوية المنازعات الدولية التي تعرض السلم والأمن الدوليين للخطر.

وعليه سوف يتم تقسيم البحث إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المقدمة

المبحث الأول: الأزمة القطرية الخليجية ٢٠١٧

المطلب الأول: نشأة الأزمة الخليجية وأسبابها

المطلب الثاني: أثر الأزمة الخليجية

المبحث الثاني: الآليات السياسية والقضائية في تسوية الأزمة الخليجية

المطلب الأول: دور الوساطة والمساعي الحميدة في تسوية الأزمة الخليجية

المطلب الثاني: دور المنظمات الدولية في تسوية الأزمة الخليجية

المطلب الثالث: دور محكمة العدل الدولية في تسوية الأزمة الخليجية

المبحث الأول: الأزمة القطرية الخليجية ٢٠١٧

لم تكن الأزمة القطرية الخليجية الحالية هي الأزمة الوحيدة التي نشبت بين دولة قطر وغيرها من دول الخليج، فقد سبق هذه الأزمة غيرها من الأزمات الأخرى التي تم اللجوء إلى العديد من الوسائل في سبيل حلها، إلا أن في هذا المبحث سوف نتطرق إلى الأزمة القطرية الخليجية من حيث نشأتها وأسبابها وما ترتب عليها من آثار؛ ولذلك سوف نتطرق في

المطلب الأول إلى نشأة الأزمة الخليجية وأسبابها، كما سوف ننظر في المطلب الثاني إلى ما ترتب على هذه الأزمة من آثار سواء من الناحية الاقتصادية أم من الناحية الإنسانية.

المطلب الأول: نشأة الأزمة الخليجية وأسبابها

أعلنت بعض الدول الخليجية متمثلة في المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وغيرها من الدول العربية مثل جمهورية مصر العربية واليمن وحكومة شرق ليبيا في الخامس من يونيو عام ٢٠١٧ عن قطع علاقاتها الدبلوماسية مع دولة قطر، فيما قامت دول أخرى بتخفيض مستوى التمثيل الدبلوماسي فقط، وذلك مثل المملكة الأردنية الهاشمية. وسوف نتطرق في هذا المطلب إلى نشأة الأزمة الخليجية في الفرع الأول، وأسباب هذه الأزمة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: نشأة الأزمة الخليجية

إن الأزمة الخليجية بين المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية لا تعد مستقلة عن أزمات أخرى سابقة معلنة وصامتة شهدتها منطقة الخليج العربي³³⁸.

أما بالنسبة للأزمة الخليجية القائمة في وقتنا الراهن، فهذه الأزمة قد بدأت بالظهور منذ مارس ٢٠١٤ عندما قامت كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين بسحب سفرائهم من دولة قطر، وقامت بتعليق هذا القرار في بيان مشترك تم صدوره عن كلٍ منها بأن دولة قطر تتدخل في شؤون دول الخليج الداخلية مما يؤدي إلى تهديد الاستقرار الأمني والسياسي لتلك الدول³³⁹، وهذه الأزمة لم تستمر طويلاً، فهي استمرت لمدة ثمانية أشهر³⁴⁰.

إلا أن مظاهر هذا النزاع بدأت في الظهور مجدداً في ٢٣ مايو ٢٠١٧ عندما تم اختراق موقع وكالة الأنباء القطرية، والقيام بث تصريحات منسوبة إلى أمير دولة قطر الشيخ تميم بن حمد آل ثاني، في حين أن دولة قطر قد سارعت بتكذيب الادعاءات، ودعت وسائل الإعلام إلى تجاهلها، كما أن وكالة الأنباء القطرية قد قامت في تاريخ ٢٤ مايو ٢٠١٧ بإعلان قرصنة حسابها على أحد برامج التواصل الاجتماعي "تويتر"³⁴¹.

وفي الخامس من يونيو ٢٠١٧ أعلنت كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية بمقاطعتها لدولة قطر، وقطع العلاقات الدبلوماسية والقنصلية معها، كما أنها قامت بإغلاق المنافذ البرية والبحرية والجوية، ومنع أن يتم العبور في أراضيها وأجوائها ومياهها الإقليمية، بالإضافة إلى أنها قامت بمنع مواطنيها

338 ميمونة سعد آدم أبو قارب، تقديم الملف: الأزمة الخليجية القطرية، مجلة السودان، س٧، ع١، مركز السودان للبحوث والدراسات الإستراتيجية، ٢٠١٨، ص١.

339 د. جمال عبد الله، أزمة سحب السفراء من الدوحة: البواعث والتداعيات، مركز الجزيرة للدراسات، ٢٠١٤، على الرابط:

<https://studies.aljazeera.net/ar/reports/2014/03/201432413826345572.html>

340 مقال بعنوان: عودة سفراء الإمارات والسعودية والبحرين لقطر، ١٧ نوفمبر ٢٠١٤، على الرابط:

<https://www.skynewsarabia.com/middle-east/703015-عودة-سفراء-الإمارات-والسعودية-والبحرين-لقطر>

341 تقرير بعنوان: مسار قرصنة وكالة الأنباء القطرية وصولاً للإمارات، موسوعة الجزيرة، على الرابط:

<https://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2017/7/18/مسار-قرصنة-وكالة-الأنباء-القطرية-وصولاً-للإمارات>

من السفر إلى دولة قطر، وأمهلت المقيمين والزائرين من مواطنيها فترة محددة لمغادرتها، ومنع المواطنين القطريين من دخول أراضيها وإعطاء المقيمين والزائرين منهم مهلة أسبوعين للخروج منها³⁴².

بالإضافة إلى ذلك، قامت هذه الدول بتسليم دولة قطر قائمة تتألف من ثلاثة عشر مطلبًا؛ حتى يتم إنهاء هذا الحصار الاقتصادي والدبلوماسي، وقامت بناءً على ذلك بمنح دولة قطر ١٠ أيام للامتثال لهذه المطالب أو مواجهة عواقب غير محددة³⁴³، ومن أهم هذه المطالب أن يتم طرد كل اسم تم ذكره في قائمة الإرهاب التي أصدرتها هذه الدول والتي تضم ٥٩ اسمًا، كما أنها طالبت بالقيام بطرد الإخوان المسلمين من دولة قطر، وإغلاق قناة الجزيرة، كما أنها تضمنت القيام بطرد كل من قد تم ذكر اسمه في لائحة الإرهاب الأمريكية³⁴⁴، بالإضافة إلى قطع علاقاتها مع إيران باستثناء العلاقات التجارية والاقتصادية.

إلا أن الرد القطري كان سلبياً فيما يتعلق بهذه المطالب، حيث اعتبرت دولة قطر أن الكثير من هذه المطالب غير واقعي وغير منطقي، بالإضافة إلى أن القيام بتنفيذ البعض الآخر من هذه المطالب يؤدي إلى المساس بالسيادة القطرية³⁴⁵.

الفرع الثاني: أسباب الأزمة الخليجية

تعود أسباب الأزمة الخليجية ٢٠١٧ التي أدت إلى عزل دولة قطر إقليمياً ومقاطعتها إلى قضية قوية ضد دولة قطر من حيث قيامها بدعم الإرهاب والعلاقات مع إيران، فيرى البعض أن الهدف من وراء القيام بتعريض دولة قطر لهذه الأزمة هو أن يتم إيقافها من القيام بدعم الحركات المناهضة في المنطقة العربية بشكل عام والإخوان المسلمين بشكل خاص³⁴⁶، ومن الجدير بالذكر أن أسباب الأزمة الخليجية كما ادعت الدول المحاصرة لدولة قطر تتلخص في الآتي:

١- موقف دولة قطر من إيران: من الأسباب الرئيسة للغضب الخليجي على دولة قطر ما تم نقله من تصريحات عن أمير دولة قطر الشيخ تميم بن حمد آل ثاني، والتي انتقد فيها العداء الأمريكي لإيران، على الرغم من أن دولة قطر صرحت بأن هذا الخبر قد تم نشره عن طريق القراصنة الذين قاموا باختراق وكالة الأنباء القطرية.

بالإضافة إلى ذلك، تم اتهام دولة قطر أيضاً بأنها تقوم بدعم الحوثيين في اليمن على الرغم من أن دولة قطر قامت بالمشاركة في التحالف الذي تقوده السعودية في اليمن.

342 طلال فلاح مدلول الشمري، دور الدبلوماسية الكويتية في حل النزاعات الخليجية ٢٠١١-٢٠١٨، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠١٩، ص ٥٢.

343 An article entitled: Qatar given 10 days to meet 13 sweeping demands by Saudi Arabia, 23 of June 2017, on the line: <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/23/close-al-jazeera-saudi-arabia-issues-qatar-with-13-demands-to-end-blockade>

344 عبد الرحمن عثمان عمر حداد، الأزمة الخليجية: قراءة في التداييات، مجلة السودان، ص ٧، ع ١، مركز السودان للبحوث والدراسات الاستراتيجية، ٢٠١٨، ص ٣٤.

345 صياح عزام، الأزمة الخليجية الراهنة: جذورها وأسبابها، مجلة الفكر السياسي، ص ١٨، ع ٦٤، اتحاد الكتاب العرب، ٢٠١٧، ص ٦١.

346 عبد العزيز سامي الصمد، اعتماد الجمهور الكويتي على مواقع التواصل الاجتماعي كمصدر للمعلومات حول الأزمة الخليجية ٢٠١٧، دراسة ميدانية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٨، ص ٥٢.

٢- حماية الإخوان المسلمين: أتاحت دولة قطر بعد عزل الرئيس الأسبق محمد مرسي الحماية للعديد من أعضاء جماعة الإخوان المسلمين³⁴⁷، وهي تعد جماعة محظورة حالياً من قبل الحكومة المصرية، كما أنها من الجماعات التي تم تصنيفها بأنها جماعة إرهابية من جانب كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة.

٣- حرب إعلامية: سارعت وسائل الإعلام المختلفة في كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية بانتقاد قطر انتقاداً لاذعاً تجاه ما تم نشره من تصريحات منسوبة إلى أمير دولة قطر الشيخ تميم بن حمد آل ثاني حول نقده لعداء أمريكا لإيران.

٤- الصراع في ليبيا: وفقاً لما تمر به ليبيا من حالة فوضى منذ أن تم الإطاحة بالزعيم السابق معمر القذافي في عام ٢٠١١، فقد قام القائد العسكري خليفة حفتر باتهام دولة قطر بأنها تقوم بدعم الجماعات الإرهابية في ليبيا³⁴⁸.

٥- موقف دولة قطر من الثورات العربية: مثلت الثورات العربية نقطة خلاف رئيسية بين دولة قطر والدول المحاصرة لها، فقامت كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة بمساندة الاتجاهات القريبة منها أو الأنظمة القديمة، وفي الاتجاه الآخر قامت دولة قطر بمساندة بعض الجماعات التي تؤيد الثورات.

٦- التدخل في الشؤون الداخلية لدول الخليج: تم اتهام دولة قطر من قبل الدول الخليجية التي تمثل أطراف النزاع بأن دولة قطر تتدخل في الشؤون الداخلية لها، وأن دولة قطر تعمل على شق الصف الداخلي السعودي، وزعزعة أمن البحرين، كما أنها تقوم بمنح جنسيتها لمعارضين خليجيين³⁴⁹.

المطلب الثاني: أثر الأزمة الخليجية

لا تقتصر آثار الأزمة الخليجية على السياسة فقط، فقد ترتب على قيام الأزمة الخليجية بين كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية من ناحية، ودولة قطر من ناحية أخرى العديد من الآثار، ومن الآثار التي ترتبت على الأزمة الخليجية الأثر الاقتصادي الذي سوف نتطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب، والآثر الإنساني والاجتماعي وهو ما سوف نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أثر الأزمة الخليجية من الناحية الاقتصادية

أبرزت الأزمة الخليجية العديد من الآثار على مجلس التعاون الخليجي والسوق الخليجي المشترك لدول مجلس التعاون الخليجي، وذلك لما رافق قطع العلاقات الدبلوماسية من إجراءات اقتصادية من بينها القيام بإغلاق الحدود البرية والبحرية والقيام بمنع استخدام المجال الجوي، حيث تم وضع مشروع السوق الخليجي المشترك أمام مفترق طرق.

347 نفس وزير الخارجية القطري، محمد بن عبد الرحمن آل ثاني، دعم بلاده لجماعة الإخوان المسلمين أو لجهة النصر، مؤكداً أن الدوحة لم تدعم الإخوان في مصر بل ساندت الرئيس الأسبق، محمد مرسي، لأنه كان منتقياً من الشعب المصري.

<https://arabic.cnn.com/middle-east/article/2019/10/15/atar-fm-we-did-not-support-muslim-brotherhood>

348 مقال بعنوان: أربعة أسباب وراء توتر علاقات قطر مع جيرانها، ٥ يونيو ٢٠١٧، على الرابط: <https://www.bbc.com/arabic/middleeast> 40164799

349 سليمان سعد أبو ستة، الخلاف الخليجي: الأسباب والدلالات، البيت الخليجي للدراسات والنشر، ٢٠١٧، على الرابط: <https://gulfhouse.org/posts/2159/>

فترتب على الحصار الدبلوماسي والاقتصادي، والعقوبات التي فرضتها كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية على دولة قطر، تعطل الكثير من الاتفاقيات الاقتصادية المبرمة بين دولة مجلس التعاون الخليجي على كل من الصعيد المالي والتجاري، وهو ما يعتبره بعض الأشخاص والدول بأنه يشكل بداية لنهاية مجلس التعاون الخليجي³⁵⁰.

ومن الآثار الاقتصادية التي ترتبت على الأزمة الخليجية ما يلي:

١- تراجع التجارة البينية: حيث إن من المتوقع أن تؤثر الأزمة الخليجية بصورة سلبية على التجارة البينية بين دول مجلس التعاون الخليجي، خاصة وأن هناك مساعي من دولة قطر تشير إلى أن رغبتها تتجه نحو تنويع تجارتها بعيداً عن دول الحصار، خاصة وأن نسبة التجارة البينية بين دول مجلس التعاون أقل من ١٠٪، وبالنسبة لصادرات قطر لدول الحصار في عام ٢٠١٦ فقد بلغت أكثر من ١٠٪ من إجمالي صادراتها، كما أن أصبح هناك قلق من أن أرباح الخطوط الجوية القطرية سوف تتأثر سلباً مما سيؤدي إلى زعزعة الثقة وبطء النمو الاقتصادي وإعاقة الاستثمار³⁵¹.

٣- ضرب المناخ الاستثماري: عانت العديد من الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي من الناحية الاقتصادية، منذ أن هبطت أسعار النفط هبوطاً حاداً في منتصف عام ٢٠١٤، وترتب على ذلك تراجع الإيرادات المالية بشكل حاد وواضح مما تطلب إعادة النظر في مختلف السياسات الاقتصادية؛ وذلك بهدف التأقلم مع الأوضاع الجديدة، وبالتالي فإن استمرار الأزمة الخليجية سوف يؤدي إلى إلحاق الضرر بالثقة في الأعمال التجارية وضرب فرص نمو الائتمان في المنطقة³⁵².

٣- تعثر المشاريع المالية: أهم المشاريع التي تأثرت سلباً من خلال الأزمة هو مشروع إصدار العملة الخليجية الموحدة لجميع دول مجلس التعاون الخليجي، وهذا المشروع قد تعطل في بدايته في عام ٢٠١٠، وعلى الرغم من تواتر الدعوات بين فترة وأخرى إلى إجراء محادثات لإعادة إحياء هذا المشروع، إلا أن الأزمة الخليجية الحالية ستؤدي إلى إضافة مزيد من العراقيل أمام إطلاق عملة خليجية موحدة³⁵³.

وبالنسبة لدولة قطر فقد استطاعت أن تقوم بمواجهة آثار الحصار الذي تم فرضه عليها، وما ترتب عليها من انعكاسات سلبية على اقتصادها، على الرغم من أن أطراف النزاع كانت تهدف إلى إحداث تغييرات في سلوك دولة قطر الإقليمي وسياستها الخارجية في سبيل ضرب البنية الاقتصادية لها، وذلك وفقاً لنظرتهم للاقتصاد القطري بأنه لن يستطيع الاستمرار أمام سلسلة من الإجراءات التي تم اتخاذها بشكل مفاجئ، خاصة وأن دول الخليج ترتبط فيما بينها باتفاقيات تنظم عملها من ناحية نقل البضائع والسلع والمواد الغذائية والمواد التي ترتبط بالبنية التحتية، بالإضافة إلى أن دولة قطر كانت قد اعتمدت على أن تقوم بنقل البضائع والسلع بحراً من دولة الإمارات عن طريق ميناء جبل علي، وبراً من المملكة العربية السعودية عن طريق منفذ سلوى³⁵⁴.

350 عبد الرحمن عثمان عمر حداد، مرجع سابق، ص ٣٩.

351 شذى زكي حسن، الأزمة القطرية وانعكاساتها على العلاقات الخليجية - الخليجية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ص ٨، ٤٤، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الإستراتيجية، ١٨ . ٢، ص ٢٦٤

352 عبد الرحمن عثمان عمر حداد، مرجع سابق، ص ٣٩.

353 شذى زكي حسن، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

354 عام على الأزمة الخليجية: كيف نجحت قطر في هزيمة الحصار؟، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، يونيو ١٨، ٢، ص ٢، على الرابط:

<https://www.dohainstitute.org/ar/Lists/ACRPS-PDFDocumentLibrary/One-Year-On-Qatar-Beat-the-Blockade.pdf>

إلا أن الهدف الذي كانت تسعى إليه هذه الدول لم يتحقق، فالاقتصاد القطري لم ينهر، والعملة القطرية ظلت محافظة على قوتها، والشعب القطري لم يفتقد احتياجاته، كما أن دولة قطر لم تنزل عن العالم، والأسواق لم تخل من البضائع الاستهلاكية، ولا حتى الاستثمارات والمشاريع تأخرت أو توقفت، ويعود ذلك إلى أن دولة قطر قد سعت إلى المسارعة في تعزيز علاقاتها الاقتصادية مع كل من دولة الكويت وسلطنة عمان، وغيرهم من الدول الآسيوية والأوروبية، ومنها تركيا وأذربيجان والهند وألمانيا وإيطاليا؛ ما ساهم في تنويع مصادر الاستيراد وذلك بهدف الحفاظ على استقرار الأسواق المحلية والحفاظ على مستويات الأسعار وتوفير مختلف السلع؛ وذلك بهدف توفير الطمأنينة للمستهلكين في دولة قطر سواء مواطنين أم مقيمين، كما أن رئيس غرفة تجارة وصناعة قطر الشيخ خليفة بن جاسم بن محمد آل ثاني أكد أن الاقتصاد القطري قوي بما يكفي لتجاوز الأزمة الحالية³⁵⁵.

ومن الجدير بالذكر أن دولة قطر قامت باتخاذ العديد من التدابير والإجراءات في سبيل مواجهة الآثار المترتبة على هذا الحصار، ولذلك قامت الشركة القطرية لإدارة الموانئ بإطلاق خمسة خطوط ملاحية مباشرة بين ميناء حمد الذي يعد بوابة قطر الرئيسية للتجارة مع العالم، وغيره من الموانئ في المنطقة وخارجها؛ حتى يتم ضمان عدم تأثر حركة السفن والملاحة البحرية والشحن في دولة قطر بما ترتب على الحصار من إغلاق للمناذ البرية والبحرية والجوية.

وفي سبيل مواجهة الآثار الاقتصادية للحصار قامت دولة قطر بتشجيع وتحفيز الصناعة المحلية؛ وذلك حتى تصبح دولة قطر من الدول المنتجة³⁵⁶. كما أن مدير إدارة النقل الجوي في الهيئة العامة للطيران المدني، أشار إلى أن دولة قطر قامت بإنشاء جسور جوية في الأشهر الأربعة الأولى لبدية النزاع؛ وذلك في سبيل تأمين احتياجاتها من السلع والبضائع من خلال ٥٠٠ رحلة شحن مما أدى إلى نمو حركة الشحن الجوي في الدولة بنسبة ١٣٪ آنذاك³⁵⁷.

كما أن سعادة السيد أكبر الباكر الرئيس التنفيذي لمجموعة الخطوط الجوية القطرية أشار في خطاب مهم له إلى أن الهدف الذي كانت تسعى إليه الدول المحاصرة لدولة قطر هو أن تتم زعزعة الاقتصاد القطري، وذلك من خلال تهديد سبل عيش المواطنين والمقيمين في دولة قطر قد فشل، ويعود ذلك إلى صمود دولة قطر والخطوط الجوية القطرية في وجه التهديدات التي تم توجيهها إليهم، وذلك في سبيل حماية الدولة والشعب والاقتصاد والمسافرين. كما أشار سعادته إلى أن الدول الأطراف في النزاع قامت بمنع الطائرات القطرية من التحليق فوق أجوائها أو تشغيل أية رحلات إلى مطاراتها، مما ساهم في التأثير سلباً على عمليات النقل الوطنية القطرية من خلال تقليص عدد الممرات الجوية التي تقوم باستخدامها من ثمانية عشر ممراً إلى ممرين فقط، كما أن هذه الدول لم تكتم بذلك، بل قامت بإغلاق مكاتب الخطوط الجوية القطرية فيها بالقوة وبدون سابق إنذار³⁵⁸.

355 مقال بعنوان: بالتفاصيل.... هكذا أفشل القطريون الحصار، ٨ يوليو ٢٠١٧، على الرابط:

<https://www.alaraby.co.uk/economy/2017/7/7/بالتفاصيل-هكذا-أفشل-القطريون-الحصار/>

356 تقرير بعنوان: كيف استثمرت دولة قطر الحصار وحولت تبعاته إلى مكاسب، غرفة تجارة قطر، على الرابط التالي:

<https://qatarchamber.com/blockade-turned-into-gains/?lang=ar>

357 تقرير بعنوان: جسور جوية لـ ٥٠٠ رحلة شحن أمنت احتياجات قطر بداية «الحصار»، الهيئة العامة للطيران المدني، ٢٦ مارس ٢٠١٩، على الرابط:

<https://www.caa.gov.qa/ar-qa/News/Pages/500-رحلة-شحن-أمنت-احتياجات-قطر-بداية-«الحصار».aspx>

358 مقال بعنوان: الباكر: دولة قطر والناقلة صمدتا في وجه التهديدات والحصار الجائر، ١٥ مايو ٢٠١٨، على الرابط:

<https://s.alarab.qa/1312761>

الفرع الثاني: أثر الأزمة الخليجية من الناحية الإنسانية والاجتماعية

تنوعت الآثار الإنسانية والاجتماعية التي نتجت عن الحظر الذي تم فرضه على دولة قطر منذ الخامس من يونيو ٢٠١٧، فاللجنة الوطنية لحقوق الإنسان في دولة قطر تقوم بتسلم العديد من القضايا يوميًا؛ وذلك نتيجة لقطع العلاقات الدبلوماسية مع دولة قطر من قبل المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية، وإقامة الحظر الجوي عليها³⁵⁹. كما أن دول الحصار حاولت في سبيل تشديد الحصار على دولة قطر أن تقوم بإغلاق جميع حدودها معها، ودعت مواطنيها المقيمين في قطر إلى العودة إليها خلال أربعة عشر يومًا، كما أنها دعت المواطنين القطريين بمغادرة أراضي هذه الدول خلال هذه الفترة ذاتها، وهذه القرارات نتج عنها وضع العديد من العائلات في مواجهة خطر التششت³⁶⁰.

ونتيجة لذلك يمكننا القول بأن هذا الحصار ترك آثارًا سلبية على شعوب هذه الدول لما تسبب به من خلل في تركيبة النسيج الاجتماعي القبلي والعائلي، نظرًا لامتداد العلاقات الاجتماعية عبر دولة قطر، وهذه الدول أو علاقات النسب والقرابة المباشرة بين العائلات، خاصة وأن المكون الاجتماعي لهذه الدول الخليجية حساس، ويتأثر بالمواقف السياسية والأزمات³⁶¹.

وذكر السيد علي بن صميخ المري -النائب العام القطري- أن هذه الإجراءات التي تم اتخاذها تجاه مواطني دولة قطر ومواطني دول مجلس التعاون المحاصرة لدولة قطر قد ترتب عليها العديد من التأثيرات السلبية والإنسانية، فهذه الانتهاكات اشتملت على انتهاك العديد من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمدنية والثقافية، كما أن هذه الانتهاكات قد امتدت إلى الحق في التعليم، والحق في الصحة، والحق في حرية التنقل، وغيرها من الحقوق³⁶²، وذلك ما سوف نقوم ببيانه وتوضيحه فيما يلي:

١- الحق في التعليم: هذا الحق تم انتهاكه عن طريق كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية، حيث قامت بمنع الطلاب القطريين أو الحاصلين على الإقامة القطرية من متابعة تعليمهم فيها، كما أنها قامت بمنع الطلاب الذين يتمتعون بجنسية هذه الدول في دولة قطر من إكمال تعليمهم وطلبت منهم العودة الفورية إلى بلادهم³⁶³، وبلغ عدد الطلاب الذين طلب منهم العودة الفورية إلى بلادهم ٧٠٦ طالبًا³⁶⁴. وبالتالي

359 مقال بعنوان: النتائج الاجتماعية والإنسانية للحصار ضد قطر، على الرابط:

<https://al-sharq.com/opinion/19/06/2017/النتائج-الاجتماعية-والانسانية-للحصار-ضد-قطر>

360 يوسف حسني، الآثار الإنسانية لمقاطعة قطر تحدث "صدمة" عالمية، ١٠ يونيو ٢٠١٧، على الرابط:

<https://alkhaleejonline.net/مجتمع/الآثار-الإنسانية-لمقاطعة-قطر-تحدث-صدمة-عالمية>

361 قاصد محمود، الأزمة الخليجية ٢٠١٧: البعد الآخر، مجلة دراسات شرق أوسطية، مج ٢١، ع ٨٢، مركز دراسات الشرق الأوسط، ٢٠١٨، ص ١٠٠.

362 تقرير بعنوان: المري: قرارات المقاطعة لقطر تحولت لانتهاكات صارخة لحقوق الإنسان، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، ٧ يونيو ٢٠١٧، على الرابط:

<https://nhrc-qa.org/المري-قرارات-المقاطعة-لقطر-تحولت-لانتهاكات>

363 تقرير بعنوان: المؤسسات التعليمية في دول الحصار وجهة تعليمية غير آمنة: ماذا عن مستقبل الطلبة في ظل انتهاك الحق في التعليم، ٥ سبتمبر ٢٠١٧، ص ٢، على الرابط:

<https://www.nhrc-qa.org/wp-content/uploads/2017/09/تقرير-التعليم.pdf>

364 An article entitled: UN examines siege countries' violation of Qatari students' rights, 19 January 2019, on the link:

<https://www.gulf-times.com/story/619684/UN-examines-siege-countries-violation-of-Qatari-st>

بالإضافة إلى ذلك، فإن هذه الانتهاكات التي وقعت على الحق في الملكية بلغ عددها ١٢٣٤ انتهاكاً منذ بداية الأزمة حتى نهاية عام ٢٠١٨³⁷⁰.

٤-الحق في ممارسة الشعائر الدينية: في بداية الأزمة الخليجية وضعت المملكة العربية السعودية العديد من العراقيل أمام مواطني دولة قطر والمقيمين فيها أثناء ممارستهم للشعائر الدينية، كما تم تطبيق القرارات الناتجة عن الأزمة الخليجية بشكل مفاجئ ودون أن يتم إعطاؤهم مهلة زمنية كافية لعودتهم إلى قطر، وذلك بغرض إيقاع أكبر ضرر ممكن. بالإضافة إلى ذلك تم تسجيل العديد من حالات الإهانة والطرده من الأماكن المقدسة، وإلغاء حجوزات الفنادق³⁷¹، إذ بلغ عدد الانتهاكات للحق في ممارسة الشعائر الدينية ١٦٥ انتهاكاً³⁷².

وبعد ذلك، تم حرمان المواطنين القطريين والمقيمين في دولة قطر من أداء فريضة الحج والعمرة؛ وذلك بسبب تعنت السلطات السعودية منذ بداية الأزمة³⁷³، وذلك على الرغم من المطالبات التي صدرت عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة قطر بأن يتم تقديم كافة التسهيلات لمواطنين دولة قطر والمقيمين فيها، كما يتم تقديمها لمواطني دول مجلس التعاون الخليجي والدول العربية والإسلامية الأخرى؛ وذلك لأن الرحلات الجوية المباشرة من الدوحة إلى جدة لا تزال محظورة، كما أن المنفذ البري الوحيد لا يزال مغلقاً، وهو ما يتسبب في الكثير من العراقيل لذوي الدخل المحدود الذين يتعذر عليهم السفر جواً ممن يرغبون في زيارة بيت الله الحرام، كما أنه لا يزال الحظر المتعلق بالحصول على التصاريح اللازمة لحملات الحج والعمرة القطرية سارياً؛ مما يعني عدم قدرة هذه الحملات على تأمين سلامة وأمن وصحة الحجاج والمعتمرين³⁷⁴.

إلا أن المملكة العربية السعودية متمثلة في وزارة الحج والعمرة أعلنت عن افتتاح موقع إلكتروني يسمح للقطريين بالتسجيل في الحج، ومع ذلك صدر تصريح من اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان في دولة قطر بأن التسجيل للحج كان مستحيلًا؛ وذلك بسبب قيام المملكة العربية السعودية بإغلاق النظام الإلكتروني الذي تستخدمه وكالات السفر للحصول على تصاريح للحجاج، بالإضافة إلى عدم إمكانية منح القطريين تأشيرات؛ بسبب عدم وجود بعثات دبلوماسية تابعة لدولة قطر في المملكة³⁷⁵.

370 مقال بعنوان: سياسة الكراهية ضد قطر تسقط أمام المنظمات الحقوقية، ٨ مارس ٢٠١٩، على الرابط:

<https://al-sharq.com/article/08/03/2019/استمرار-سياسة-التعنت-والكراهية-ضد-قطر>

371 مقال بعنوان: السعودية تمارس التمييز العنصري ضد الحجاج والمعتمرين القطريين والمقيمين، ٢٤ يونيو ٢٠١٨، على الرابط:

<https://al-sharq.com/article/24/06/2018/السعودية-تمارس-التمييز-العنصري-ضد-الحجاج-والمعتمرين-القطريين-والمقيمين>

372 مقال بعنوان: سياسة الكراهية ضد قطر تسقط أمام المنظمات الحقوقية، مرجع سابق.

373 مقال بعنوان: تسييس الحج والعمرة حرم القطريين من زيارة البيت الحرام عامين متتاليين، ٩ ديسمبر ٢٠١٨، على الرابط:

<https://al-sharq.com/article/09/12/2018/تسييس-الحج-والعمرة-حرم-القطريين-من-زيارة-البيت-الحرام-عامين-متتاليين>

374 بيان وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الذي تطالب به السلطات السعودية بإزالة كافة العراقيل أمام القطريين والمقيمين الراغبين بأداء العمرة وفريضة الحج، مكتب الاتصال الحكومي، على الرابط:

<https://www.gco.gov.qa/ar/2019/05/09/statement-from-qatars-ministry-of-endowments-awqaf-and-islamic-affairs/>

375 An article entitled: Qatar Accuses Saudi Arabia of Blocking Qatari Citizens from Hajj; Saudi Arabia Claims the converse, Doha at Fault, 20 August 2018, on the link: <https://insidearabia.com/qatar-hajj-saudi-arabia/>

٥- الحق في التنقل: ترتب على إغلاق كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية الأجواء والمنافذ البرية والبحرية والجوية أمام وسائل النقل القطرية انتهاكاً صارخاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان، وخرقاً لقواعد حسن الجوار، كما أنه ينطوي على مخالفة للاتفاقيات والمعاهدات والمواثيق الدولية³⁷⁶.

٦- الحق في العمل: أدت الأزمة الخليجية إلى الحرمان من الحق في العمل، والذي يعد من أهم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، كما ترتب على هذه الأزمة العديد من الانتهاكات، ومنها الإضرار بقطاع الأعمال وذلك بسبب ترابط المصالح التجارية والعمالة، بالإضافة إلى ذلك نتج عن القرارات التعسفية الصادرة من دول الحصار بقاء مئات الأشخاص العاطلين عن العمل بسبب فقدانهم لأعمالهم ووظائفهم.

ومن الجدير بالذكر أيضاً، أن العديد من المواطنين الموظفين في شركات عامة أو خاصة أو حكومية في دول الحصار تم قطع مصدر دخلهم لأسباب لا علاقة لهم بها سوى الجنسية، وبالتالي أصبحوا عاطلين عن العمل دون أن يتم تعويضهم، كما أن العديد من مواطني دولة قطر من أصحاب الاستثمارات في دول الحصار والعديد من مواطني الدول المحاصرة من أصحاب الشركات في دولة قطر اتجهوا إلى إغلاق شركاتهم خوفاً من الإجراءات العقابية التعسفية التي فرضتها دول الحصار، مما ألحق بهم خسائر وأضرار نفسية ومادية³⁷⁷. وبلغ عدد هذه الانتهاكات ١١٠ انتهاكاً، بواقع ٦٧ انتهاكاً من المملكة العربية السعودية، و٦ انتهاكات من دولة الإمارات العربية المتحدة، و٣٧ انتهاكاً من مملكة البحرين³⁷⁸.

٧- الحق في حرية الرأي والتعبير: تعرض الحق في حرية الرأي والتعبير للعديد من الانتهاكات منذ اندلاع الأزمة الخليجية، وذلك لما صدر عن السلطات السعودية بفرض عقوبة الحبس لمدة خمس سنوات والغرامة المالية التي من الممكن أن تصل إلى ثلاثة ملايين ريال سعودي بسبب التعاطف مع دولة قطر³⁷⁹، وكذلك فرضت دولة الإمارات العربية المتحدة عقوبة الحبس من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة وغرامة مالية تصل إلى ٥٠٠ ألف درهم، وذلك لمجرد التعاطف مع دولة قطر³⁸⁰، كما أن مملكة البحرين فرضت عقوبة لكل من يتعاطف مع دولة قطر تنطوي على الحبس لمدة لا تزيد عن خمس سنوات والغرامة³⁸¹.

ونتيجة لذلك أشارت منظمة العفو الدولية إلى أن هذه المحاولات لإسكات الأصوات الناقدة لهذه السياسات التعسفية تعد محاولات فاشحة، إضافة إلى أن القيام بمقاضاة أي شخص بسبب تعبيره السلمي أو انتقاده لقرار حكومي يشكل انتهاكاً

376 مقال بعنوان: قرارات الإغلاق خرق لقواعد حسن الجوار والاتفاقيات الدولية، ١ يونيو ٢٠١٧، على الرابط:

<https://www.raya.com/home/print/f6451603-4dff-4ca1-9c10-122741d17432/e6c2df74-62c5-4fd0-b002-d5680cbc3744>

377 مقال بعنوان: ١١ انتهاكات للحق في العمل بسبب الحصار، ٨ يونيو ٢٠١٨، على الرابط:

<https://www.raya.com/locals/2018/6/7/110-انتهاكات-للحق-في-العمل-بسبب-الحصار>

378 التقرير العام الخامس، مرجع سابق، ص ٢١

379 مقال بعنوان: انتهاكات واسعة لحرية التعبير في دول الحصار، ٨ يونيو ٢٠١٨، على الرابط:

<https://www.raya.com/locals/2018/6/7-انتهاكات-واسعة-لحرية-التعبير-في-دول-الحصار>

380 An article entitled: UAE bans expressions of sympathy towards Qatar – media, 7 June 2017, on the link:

<https://www.reuters.com/article/gulf-qatar/uae-bans-expressions-of-sympathy-towards-qatar-media-idUSL8N1J40D2>

381 مقال بعنوان: البحرين: التعاطف مع حكومة قطر جريمة عقوبتها السجن ٥ سنوات، ٨ يونيو ٢٠١٧، على الرابط:

<https://www.albayan.ae/one-world/arabs/2017-06-08-1.2971457>

واضحاً للحق في حرية التعبير³⁸². كما أن هذه الدول لم تكتفِ بالعقوبات التي تم فرضها، بل إنها قامت بالمطالبة بإغلاق قناة الجزيرة³⁸³.

٨- الحق في التقاضي: ثبتت انتهاكات جسيمة للحق في التقاضي في الدول المحاصرة لدولة قطر، ومن أبرز هذه الانتهاكات إعاقة القطريين والمقيمين في دولة قطر من حقهم في التقاضي أمام محاكم دول الحصار، بالإضافة إلى عدم السماح للقطريين والمقيمين في دولة قطر من الحضور أمام هذه المحاكم نتيجة لعدم قدرتهم على الدخول لأراضي هذه الدول؛ ما يمثل بشكل واضح انتهاكاً للحق في التقاضي، وما يرتبط به من حقوق مثل الحق في الدفاع، بالإضافة إلى العمل على إعاقة الوكلاء القانونيين للأشخاص المتضررين من خلال وضع صعوبات أمامهم لمباشرة الدعاوى بالنيابة عنهم، ورفض مكاتب المحاماة في دول الحصار توكيل المتقاضين القطريين والمقيمين لهم³⁸⁴.

٩- خطاب الكراهية والتحرّيش: بعد اندلاع الأزمة الخليجية تمكنت اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان من رصد العديد من الحالات التي ظهر فيها خطاب الكراهية والتحرّيش على العنف، كما وصلت بعض هذه الخطابات إلى حد التحريض على استهداف دولة قطر بعمليات تخريبية وإرهابية، كما امتد التحريض على الكراهية والعنف إلى بعض الأعمال الفنية والغنائية، وتسخير هذه الأعمال في سبيل تهريب المواطنين والمقيمين في دولة قطر³⁸⁵.

١٠- انتهاك الحق في لم شمل الأسر: ترتب على الأزمة الخليجية العديد من الأمور، ومن أهمها تأثر العديد من الأسر الخليجية بالإجراءات التعسفية التي صدرت من دول الحصار؛ وذلك بسبب وجود العديد من الأسر المختلطة، فنتج عن ذلك عدم رؤية الأقارب وتشتت العائلات وانقطاع العلاقات³⁸⁶.

وننتج عن الحصار أيضاً، إبعاد العديد من الآباء قسراً عن أبنائهم وأزواج عن زوجاتهم، كما تم منع أفراد أسر من القيام بزيارة أهاليهم المسنين والمرضى³⁸⁷. وفي حين أن وسائل التواصل الاجتماعي كانت أحد الوسائل التي تمكن الأقارب من

382 مقال بعنوان: انتهاكات واسعة لحرية التعبير في دول الحصار، مرجع سابق.

383 مقال بعنوان: هيومن رايتس ووتش: قطر داعم مستمر لحرية التعبير، ٢٤ يوليو ٢٠١٧، على الرابط:

<https://al-sharq.com/article/24/07/2017/هيومن-رايتس-ووتش-قطر-داعم-مستمر-لحرية-التعبير>

384 مقال بعنوان: اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان القطرية: رصدنا آلاف الشكاوى ودول الحصار تحرم القطريين من حق التقاضي، ٨ أغسطس ٢٠١٨، على الرابط:

<http://www.assabahnews.tn/article/189999-اللجنة-الوطنية-لحقوق-الإنسان-القطرية-رصدنا-آلاف-الشكاوى-ودول-الحصار-تحرم-القطريين-من-التقاضي>

385 تقرير بعنوان: اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان تصدر بياناً حول "تصاعد خطاب الكراهية والتحرّيش على العنف من جانب دول الحصار"، ٢٩ نوفمبر ٢٠١٧، على الرابط:

<https://nhrc-qa.org/للجنة-الوطنية-لحقوق-الإنسان-تصدر-بيا/>

386 مقال بعنوان: الحصار ضرب النسيج الاجتماعي الخليجي وشنت شمل الأسر، ٦ يونيو ٢٠١٩، على الرابط:

<https://al-sharq.com/article/06/06/2019/الحصار-ضرب-النسيج-الاجتماعي-الخليجي-وشنت-شمل-الأسر>

387 تقرير بعنوان: انتهاكات حقوقية بسبب عزل قطر، ١٣ يوليو ٢٠١٧، Human Rights Watch، على الرابط:

<https://www.hrw.org/ar/news/2017/07/13/306595>

التواصل مع بعضهم البعض إلا أنها قد لعبت دوراً كبيراً في التسبب بالصراعات والحساسيات بين الأقارب³⁸⁸. وأخيراً مما يجدر بنا بيانه، بأن عدد الانتهاكات للحق في لم شمل الأسر بلغ ٦٤٦ انتهاكاً³⁸⁹.

ومن وجهة نظرنا، نرى أنه يجب على الدول المحاصرة لدولة قطر أن تقوم بإبعاد المواطنين القطريين عما تقوم باتخاذ من إجراءات تجاه دولة قطر؛ وذلك لأن هذا النزاع القائم بين هذه الدول ودولة قطر نزاع سياسي، ولا يجب أن يتم اقحام المواطنين فيه.

المبحث الثاني: الآليات السياسية والقضائية في تسوية الأزمة الخليجية

لعبت الآليات السياسية والقضائية لتسوية المنازعات دوراً واضحاً في سبيل تسوية الأزمة الخليجية، وذلك من خلال ما قامت به دولة الكويت وغيرها من الدول من وساطة ومساعٍ حميدة في سبيل تسوية الأزمة الخليجية، وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه في المطلب الأول من هذا المبحث، كما أن هناك العديد من المنظمات الدولية التي لعبت دوراً فعالاً في سبيل تسوية الأزمة الخليجية، وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الثاني، وأخيراً سوف نتطرق إلى دور محكمة العدل الدولية في تسوية الأزمة الخليجية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: دور الوساطة والمساعي الحميدة في تسوية الأزمة الخليجية

لعبت الوساطة والمساعي الحميدة دوراً واضحاً في سبيل تسوية الأزمة الخليجية، وذلك من خلال ما قامت به دولة الكويت وغيرها من الدول من وساطة أو مساعٍ حميدة بين كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين من جهة ودولة قطر من جهة أخرى، وبالتالي سوف نقوم بتوضيح الجهود التي قامت بها دولة الكويت في سبيل تسوية الأزمة الخليجية في الفرع الأول من هذا المطلب، كما أن هناك العديد من الدول الأجنبية أو العربية التي بذلت جهوداً لتسوية الأزمة الخليجية، وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: جهود تسوية الأزمة الخليجية من خلال الوساطة الكويتية

كان لدولة الكويت دورٌ مهمٌ في بداية الأزمة الخليجية، حيث شهدت هذه الأزمة تحركاً دبلوماسياً في سبيل إنهاء هذا النزاع بين قطر والدول الخليجية المحاصرة، وبدأت هذه الوساطة من خلال مكالمات هاتفية قام بها أمير دولة الكويت الشيخ صباح الأحمد الصباح لأمير دولة قطر الشيخ تميم بن حمد آل ثاني طالباً منه أن يتجه إلى التهدئة وعدم التصعيد.

وانعكس على الاتصال الذي تم بين أمير دولة الكويت الشيخ صباح الأحمد الصباح مع أمير دولة قطر الشيخ تميم بن حمد آل ثاني التصريح الذي صدر من وزير خارجية دولة قطر الشيخ محمد بن عبد الرحمن آل ثاني والذي قال فيه بأن الخطاب الذي كان من المقرر أن يقوم بإلقائه أمير دولة قطر الشيخ تميم بن حمد آل ثاني تم تأجيله، وذلك في سبيل إعطاء فرصة للجهود الكويتية في سبيل تهدئة أطراف النزاع أو حل الأزمة الخليجية³⁹⁰.

388 مقال بعنوان: الحصار ضرب النسيج الاجتماعي الخليجي وشتت شمل الأسر، مرجع سابق.

389 مقال بعنوان: سياسة الكراهية ضد قطر تسقط أمام المنظمات الحقوقية، مرجع سابق.

390 صدام حسين مقابلة، دور مجلس التعاون لدول الخليج العربية في الأزمة القطرية ٢٠١٣-٢٠١٨، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن،

٢٠١٩، ص.٦.

وظهرت معالم هذه الوساطة لحل الأزمة الخليجية بشكل بارز من خلال ما صدر عن أمير دولة الكويت الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح من زيارات إلى كل من دولة قطر والمملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة في سبيل حل الأزمة الخليجية، ولتأكيد ما تتمتع به دول مجلس التعاون الخليجي من وحدة وتماسك³⁹¹.

ومن الجدير بالذكر، أن دولة الكويت من خلال ما تقوم به من وساطة بين دولة قطر ودول الخليج المحاصرة لها قامت في الثاني والعشرين من يونيو ٢٠١٧ بتسليمها قائمة بمطالب هذه الدول المحاصرة لها، وذلك بعد إعلان وزارة الخارجية الأمريكية أن الدول المحاصرة لدولة قطر سوف تقوم بتقديم مطالبها³⁹².

إلا أنه وفي الثالث من يوليو ٢٠١٧ أرسلت دولة قطر ردها على هذه المطالب إلى دولة الكويت، والذي عبرت فيه عن رفضها لهذه المطالب على الرغم من استعدادها للدخول في حوار مع هذه الدول في ظروف مناسبة³⁹³، إلا أن هذه الدول أعلنت أن المطالب التي قامت بإرسالها إلى دولة قطر في سبيل تسوية الأزمة الخليجية غير قابل للتفاوض³⁹⁴.

ومن وجهة نظرنا، نرى أنه يجب على هذه الدول أن تقوم بالتنازل عن هذه المطالب، أو أن تجعل هذه المطالب قابلة للحوار والنقاش مع دولة قطر، دون أن تقوم بمحاولة فرض رأيها، على الرغم من عدم دخولها في حوار مباشر مع دولة قطر، ولكن هذا الأمر يتطلب أن يتم تعزيز ثقافة الحوار في مجتمعنا الخليجي بشكل خاص والعربي بشكل عام.

وفي السابع من سبتمبر ٢٠١٧ تم عقد مؤتمر صحفي بين كل من أمير دولة الكويت الشيخ صباح الأحمد الصباح والرئيس الأمريكي دونالد ترامب³⁹⁵، كما نقلت وكالة الأنباء الكويتية (كونا) عن الشيخ صباح الأحمد أن "البنود الثلاثة عشر ليست مقبولة جميعاً، والحل يكمن في جلوس هذه الدول مع بعضها البعض والاستماع للنقاط التي تضر بالمنطقة وبالذول الأصدقاء". كما ذكر أن "دولة قطر مستعدة لتلبية المطالب الثلاثة عشر والتحدث مع الجميع فيما يتعلق بالخلاف مع الأطراف الخليجية"³⁹⁶.

391 أحمد رشدي عرفات، علاء الدين، دور الوساطة في حل أزمة قطع العلاقات مع دولة قطر، المركز المصري للدراسات والأبحاث الإستراتيجية، ١٩ يونيو ٢٠١٧، على الرابط:

<http://efsregypt.org/دور-الوساطة-في-حل-أزمة-قطع-العلاقات-مع-د/>

392 مقال بعنوان: الكويت تسلم قطر مطالب دول الحصار، ٢٢ يونيو ٢٠١٧، على الرابط:

<https://www.aljazeera.net/news/arabic/2017/6/22/واشنطن-مطالب-مقاطعي-قطر-يجب-أن-تكون-واقعية>

393 مقال بعنوان: قطر تسلم الكويت ردها على مطالب الدول المقاطعة الأربع، ٣ يوليو ٢٠١٧، على الرابط:

<https://www.bbc.com/arabic/middleeast-40477339>

394 An article entitled: Qatar rejects coalition demands, 6 July 2017, on the link: <https://www.trtworld.com/video/news-videos/qatar-rejects-coalition-demands/5a40bd3841736a1f528ae3ed>

395 مؤتمر صحفي مشترك للرئيس الأمريكي دونالد ترامب وأمير الكويت صباح الأحمد الصباح، شاهد:

<https://www.youtube.com/watch?v=MK7MNMk4do>

396 مقال بعنوان: أمير الكويت: قطر مستعدة لبحث المطالب الـ١٣، على الرابط:

<http://akhbar-alkhaleej.com/news/article/1088090>

كما ذكر أمير دولة الكويت الشيخ صباح الأحمد الصباح في الجلسة الافتتاحية لمجلس الأمة الكويتي بتاريخ الرابع والعشرون من أكتوبر ٢٠١٧، أنه يجب على الجميع أن يعلم بأن وساطة الكويت هدفها إصلاح ذات البين وترميم البيت الخليجي، وحمائته من التصدع والانهييار³⁹⁷.

ومما يجدر بنا ذكره، أن وساطة دولة الكويت لا تزال مستمرة حتى يومنا هذا، إلا أنها لم تسفر حتى الآن عن حل للأزمة الخليجيّة، إلا أننا نرى ضرورة التوصل إلى حل سريع لتسوية هذه الأزمة من خلال وساطة دولة الكويت؛ وذلك حتى لا يتأثر البيت الخليجي من هذه الأزمة المستمرة منذ الخامس من يونيو ٢٠١٧.

ومن وجهة نظرنا، نرى بأن جهود دولة الكويت في سبيل تسوية الأزمة الخليجية قد توقفت عند حد المساعي الحميدة ولم تصل إلى درجة الوساطة، وذلك لأن الفرق فيما بين الوساطة والمساعي الحميدة هو اختلاف في الدرجة؛ حيث أن الشخص يمكن أن يتمتع باختصاصات الوساطة، ولكن يتوقف الدور الذي يقوم فيه عند حد المساعي الحميدة، ويكون ذلك لعدة أسباب، إما لعدم نجاحه في جلب أطراف النزاع إلى طاولة المفاوضات، أو لنجاحه في ذلك، دون أن يقوم بالمشاركة في المفاوضات الخاصة بتسوية النزاع.

الفرع الثاني: جهود تسوية الأزمة الخليجيّة من خلال الوساطة والمساعي الحميدة الأجنبيّة والعربيّة

تعددت ردود الفعل فيما يتعلق بالأزمة الخليجيّة فكانت هناك العديد من الدول قد أبدت رغبتها في المساهمة في حل الأزمة الخليجيّة سواء من خلال الوساطة أو من خلال المساعي الحميدة، وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه فيما يلي:

- **الولايات المتحدة الأمريكية:** أعرب الرئيس الأمريكي دونالد ترامب أنه مستعد للتدخل وأخذ دور الوسيط في الأزمة الخليجيّة، وذلك من خلال المؤتمر الصحفي الذي عقد بينه وبين أمير دولة الكويت الشيخ صباح الأحمد الصباح عندما قال بأنه "مستعد للتدخل والوساطة بين دولة قطر من جهة ودولة الإمارات العربيّة المتّحدة والمملكة العربيّة السّعوديّة من جهة، وأعرب عن اعتقاده بإمكانية التوصل إلى اتفاق سريع"³⁹⁸، ونتيجة لذلك، كلف الرئيس الأمريكي دونالد ترامب، وزير الخارجية الأمريكي ريكس تيلرسون بأن يقوم بجهود دبلوماسية في سبيل التوسط لتسوية الأزمة الخليجيّة، وجاء ذلك بعد عدة اتصالات قام بها الرئيس الأمريكي مع قادة دول الخليج³⁹⁹.

ومن الجدير بالذكر أن خلال هذه الزيارة التي قام بها وزير الخارجية الأمريكي ريكس تيلرسون، تم توقيع مذكرة تفاهم بين كل من دولة قطر والولايات المتحدة الأمريكية فيما يتعلق بمكافحة تمويل الإرهاب، وجاء ذلك نتيجة للنزاع القائم بين دولة قطر وعدد من جيرانها الإقليميين، إلا أن هذه الدول متمثلة بالمملكة العربيّة السّعوديّة ودولة الإمارات

397 كلمة سمو الأمير الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح في الجلسة الافتتاحية لمجلس الأمة الكويتي ٢٤-١٧-٢٠١٧، شاهد:

<https://www.youtube.com/watch?v=VedevzYev6Q>

398 An article entitled: Trump offers to mediate talks on Qatar crisis, 7 September 2017, on the link:

<https://www.reuters.com/article/us-gulf-qatar-usa/trump-offers-to-mediate-talks-on-qatar-crisis-idUSKCN1BI2SG>

399 مقال بعنوان: واشنطن تبدأ وساطة لحل الأزمة الخليجيّة، ٩-٦-١٧، على الرابط:

<https://alkhaleejonline.net/سياسة/واشنطن-تبدأ-وساطة-لحل-الأزمة-الخليجيّة>

العَرَبِيَّةُ الْمُتَّحِدَةُ ومملكة البحرين وجمهورية مصر العَرَبِيَّةُ أصدرت بياناً مشتركاً أشارت فيه إلى أن هذه المذكرة لم تكن كافية؛ حتى يتم إنهاء هذا النزاع القائم مع دولة قطر⁴⁰⁰.

كما أنه عقب المؤتمر الصحفي الذي تم في واشنطن وبتنسيق من الرئيس الأمريكي دونالد ترامب، قام أمير دولة قطر الشيخ تميم بن حمد آل ثاني بالاتصال بولي عهد المملكة العَرَبِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ الأمير محمد بن سلمان آل سعود في التاسع من سبتمبر ٢٠١٧، أبدى فيه رغبته في الحوار والقيام بمناقشة مطالب الدول الأربع بما يضمن مصالح الجميع⁴⁰¹.

- فرنسا: قام رئيس الخارجية الفرنسي جان إيف لودريان بجولة خَلِيْجِيَّة في سبيل تهدئة سريعة للأوضاع الناتجة عن الأزمَة الخَلِيْجِيَّة غير المسبوقة بين قطر وبعض دول مجلس التَّعَاوُن الخَلِيْجِي ومصر⁴⁰². وبدأت هذه الجولة في العاصمة القَطْرِيَّة الدوحة في الخامس عشر من يوليو ٢٠١٧، حيث أعلن وزير الخارجية الفرنسي جان إيف لودريان أن باريس ترغب في مساعدة الوساطة التي تقوم بها دولة الكويت فيما يتعلق بالأزمَة الخَلِيْجِيَّة بين كل من المملكة العَرَبِيَّةُ السُّعُودِيَّة ودولة الإمارات العَرَبِيَّةُ الْمُتَّحِدَةُ ومملكة البحرين وجمهورية مصر العَرَبِيَّة من جهة ودولة قطر من جهة أخرى⁴⁰³.

- روسيا: في بداية الأزمَة الخَلِيْجِيَّة أعلنت روسيا أن ما يحدث هو شأن خاص بالدول العَرَبِيَّة والخَلِيْجِيَّة، إلا أن روسيا اتجهت بعد ذلك إلى دعوة الدول الخَلِيْجِيَّة الأطراف في الأزمَة إلى الحوار، بالإضافة إلى أنها قامت بعرض مساعدتها للتوسط في الخلاف المتفاقم بين هذه الدول الخَلِيْجِيَّة⁴⁰⁴.

- تركيا: حاولت تركيا أن تقوم بدور الوساطة مبكراً في الأزمَة الخَلِيْجِيَّة، إذ قامت بإرسال وفد في مطلع يونيو ٢٠١٧ وذلك بهدف لقاء مجموعة من المسؤولين في المملكة العَرَبِيَّةُ السُّعُودِيَّة ودولة قطر، إلا أن هذه المحاولة لم تأتِ بأية نتيجة. كما فوجئت تركيا بعد ذلك بالإجراءات التي قامت بها الدول الخَلِيْجِيَّة المحاصرة لدولة قطر في الخامس من يونيو ٢٠١٧⁴⁰⁵.

- المملكة المغربية: أعلنت المملكة المغربية من خلال البيان الصادر من وزارة الخارجية والتَّعَاوُن الدَّوْلِيَّ المغربي استعدادها للقيام ببذل المساعي الحميدة في سبيل تشجيع الدول الخَلِيْجِيَّة باللُّجُوء إلى الحوار الصريح الشامل

United States and Qatar Sign Memorandum of Understanding Regarding Terrorism Financing. (2017), Previous 400 reference, P.1023-1026

401 مقال بعنوان: اتصال بين أمير قطر وولي عهد السُّعُودِيَّة بـ"تنسيق" من ترامب، على الرابط:

<https://arabic.cnn.com/middle-east/2017/09/09/qatar-emir-saudi-crown-prince-phone-call>

مقال بعنوان: وساطة فرنسية لحل الأزمَة الخَلِيْجِيَّة، ١٢ يوليو ٢٠١٧، على الرابط: 402

<https://www.elkhabar.com/press/article/123923/وساطة-فرنسية-لحل-الأزمَة-الخَلِيْجِيَّة/>

403 An article entitle: France wants mediator role in Qatar crisis, 15-7-2017, on the link:

<http://www.rfi.fr/en/france/20170715-france-wants-mediator-role-qatar-crisis>

404 بدر علي محمد الرمضاني، الأزمَة الخَلِيْجِيَّة: السياق والمواقف، مجلة المنارة للدراسات الفَنُونِيَّة والإدارية، ١٨، ص ٩٧

405 مقال بعنوان: نتائج الدور التركي في الأزمَة الخَلِيْجِيَّة، ٢١ سبتمبر ٢٠١٧، على الرابط:

<https://www.turkpress.co/node/39664>

فيما يتعلق بالأزمة التي تشهدها منطقة الخليج العربي، كما دعا الرئيس المغربي هذه الدول إلى تسوية الأسباب التي أدت إلى هذه الأزمة بشكل نهائي، كما أكد هذا البيان أن منذ بداية الأزمة الخليجية قام العاهل المغربي الملك محمد السادس باتصالات موسعة ومستمرة مع مختلف أطراف النزاع⁴⁰⁶.

- **العراق:** أعلن الرئيس العراقي فؤاد معصوم بأن العراق مستعد لبذل جهوده في سبيل تقريب وجهات النظر والوساطة للقيام بحل أي خلاف أو مشكلة بين الدول الشقيقة سواء الدول الخليجية أو غيرها من الدول وذلك بعامل الصداقة والمصالح المشتركة⁴⁰⁷.

- **الأمين العام للأمم المتحدة:** قامت دولة قطر باللجوء إلى الأمين العام للأمم المتحدة بعد اندلاع الأزمة الخليجية مباشرة؛ وذلك حتى يتم الاطلاع على مستجدات الأزمة الخليجية والإجراءات التي صدرت من كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية ضد دولة قطر؛ لما تمثله هذا الإجراءات من انتهاكات خطيره للمواثيق والمعاهدات الدولية⁴⁰⁸. إلا أن الأمين العام للأمم المتحدة لم يقيم ببذل أية جهود ملموسة في سبيل تسوية الأزمة الخليجية.

- **جامعة الدول العربية:** أعلن الأمين العام لجامعة الدول العربية أحمد أبو الغيط، تأييد جامعة الدول العربية لدور أمير دولة الكويت الشيخ صباح الأحمد الصباح في سبيل حل الأزمة الخليجية والتي أدت إلى توتر العلاقات بين الدول العربية⁴⁰⁹، إلا أنه لم يقيم بأي جهد آخر يذكر في سبيل تسوية هذه الأزمة.

المطلب الثاني: دور المنظمات الدولية في تسوية الأزمة الخليجية

لعبت المنظمات الدولية دوراً واضحاً وفعالاً في سبيل تسوية الأزمة الخليجية، وفي هذا المطلب سوف نتطرق إلى دور منظمة التجارة العالمية في تسوية الأزمة الخليجية، وذلك من خلال الفرع الأول من هذا المطلب، كما سوف نتطرق إلى دور منظمة الطيران المدني الدولي في تسوية الأزمة الخليجية، وذلك من خلال الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: دور منظمة التجارة العالمية في تسوية الأزمة الخليجية

لجأت دولة قطر إلى منظمة التجارة العالمية من خلال رفع عدة شكاوى ضد الدول المحاصرة لدولة قطر، ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية ومملكة البحرين، وذلك بسبب خرق هذه الدول لقوانين واتفاقيات أساسية لمنظمة التجارة العالمية، وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا الفرع.

406 مقال بعنوان: المغرب يعلن استعداده لبذل "مساع حميدة" في الأزمة الخليجية، ١١-٦-١٧، ٢، على الرابط:

<https://www.aa.com.tr/ar/839543/الدول-العربية-المغرب-يعلن-استعداده-لبذل-مساع-حميدة-في-الأزمة-الخليجية>

407 مقال بعنوان: الرئيس العراقي مستعدون للتوسط في الأزمة الخليجية، ١٢-٦-١٧، ٢، على الرابط:

https://arabic.rt.com/middle_east/883310/الرئيس-العراقي-قطر-الأزمة-الخليجية/

408 مقال بعنوان: قطر تهدد باللجوء لمجلس الأمن، ٢٨-٧-١٧، ٢، على الرابط:

https://arabic.rt.com/middle_east/890992/قطر-تهدد-الخليج-مجلس-الأمن/

409 رفيدة أحمد حسين، المبادرات العربية الدولية لحل الأزمة القطرية، مجلة السودان، س٧، ع١، مركز السودان للبحوث والدراسات الإستراتيجية،

١٨، ص٧٨.

أولاً: شكوى دولة قطر ضد دولة الإمارات العربية المتحدة

قامت دولة قطر برفع دعوى ضد دولة الإمارات العربية المتحدة خاصة بالتدابير المتعلقة بالتجارة في السلع والخدمات والجوانب المتعلقة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية في يوم الإثنين الموافق ٣١ يوليو ٢٠١٧.

وفيما يلي سوف نتطرق إلى سبب لجوء دولة قطر إلى منظمة التجارة العالمية ضد دولة الإمارات العربية المتحدة، والتدابير الصادرة من دولة الإمارات العربية المتحدة تجاه دولة قطر والمواطنين القطريين، والمخالفات المترتبة على التدابير الصادرة من دولة الإمارات العربية المتحدة للاتفاقيات الدولية.

أ) سبب لجوء دولة قطر إلى منظمة التجارة العالمية:

تم رفع هذه الدعوى من قبل دولة قطر بسبب جميع التدابير المكتوبة وغير المكتوبة والمنشورة وغير المنشورة التي تم اتخاذها من دولة الإمارات العربية المتحدة لمحاولة عزل دولة قطر اقتصادياً قسراً؛ مما يؤثر على التجارة في السلع والخدمات والجوانب المتعلقة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية.

وبالتالي، جاءت هذه الشكوى نتيجة لما قامت به دولة الإمارات العربية المتحدة من حظر استيراد أو تصدير أو بيع أو شراء أو ترخيص أو نقل أو تسلم البضائع المصنوعة في قطر أو التي مرت عبر قطر أو منها إلى دولة الإمارات العربية المتحدة.

كما أن دولة الإمارات قامت باتخاذ بعض التدابير التي تمنع من خلالها المواطنين القطريين من السفر إليها والبقاء فيها، بالإضافة إلى حظر تقديم الخدمات عن طريق موردي الخدمات القطريين الموجودين في دولة الإمارات العربية المتحدة. وهذه التدابير تشمل أيضاً فرض حظر على توفير الخدمات الرقمية وغيرها من قطر إلى المستهلكين في دولة الإمارات. بالإضافة إلى الحظر الذي قامت بفرضه دولة الإمارات العربية المتحدة على مواطنيها من السفر إلى دولة قطر أو البقاء فيها في سبيل استهلاك الخدمات القطرية.

أما فيما يتعلق بالجوانب المتعلقة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية، تنطوي محاولات دولة الإمارات القسرية للعزلة الاقتصادية على التدخل في حقوق الملكية الفكرية التي يتمتع بها مواطنو دولة قطر، فتحدداً تنطوي هذه التدابير على فرض حظر أو قيود على عرض المحتوى التلفزيوني الذي يتمتع المواطنون القطريين بحقوق النشر والبث له⁴¹⁰.

ب) التدابير الصادرة من دولة الإمارات العربية المتحدة

قامت دولة الإمارات العربية المتحدة باتخاذ تدابير تجاه دولة قطر والمواطنين القطريين دون أن تقوم بتحديد نطاق الوصف العام لها، وهذه التدابير تتمثل في عدة أمور ومنها:

١- إغلاق دولة الإمارات العربية المتحدة لحدودها البحرية مع دولة قطر، بالإضافة إلى حظر الطائرات القطرية من المرور في مجالها الجوي.

410 WT/DS526/1, United Arab Emirates – measures relating to trade in goods and services, and trade-related aspects of intellectual property rights, P.1-2, on the link:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds526_e.htm

- ٢- حظر دولة الإمارات العربية المتحدة السفن المملوكة لدولة قطر أو المواطنين القطريين أو الشركات القطرية من الدخول إلى موانئها، بالإضافة إلى منع جميع السفن التي تحمل العلم القطري من الدخول إليها.
- ٣- قامت دولة الإمارات العربية المتحدة بحظر تفريغ أي بضائع يتم شحنها من دولة قطر في موانئها.
- ٤- حظر دولة الإمارات العربية المتحدة القيام بتحميل أي بضاعة إلى دولة قطر من موانئها.
- ٥- حظر دولة الإمارات العربية المتحدة الرحلات الجوية من وإلى دولة الإمارات عبر الطائرات المسجلة في دولة قطر، كما أنها تمنع الطائرات القطرية من الهبوط في مطاراتها.
- ٦- إغلاق دولة الإمارات العربية المتحدة مكاتب محددة لموردي الخدمات القطريين فيها.
- ٧- منع دولة الإمارات العربية المتحدة من الوصول إلى بعض مواقع موردي الخدمات القطريين فيها.
- ٨- قامت دولة الإمارات العربية المتحدة بإزالة قنوات موردي الخدمات السمعية والبصرية القطرية من المنشآت السياحية في إمارة أبو ظبي والشارقة.
- ٩- حظر دولة الإمارات العربية المتحدة وفرضها لقيود على القيام بـث وتشغيل المحتوى الإعلامي لبعض موردي الخدمات القطريين في المؤسسات التجارية في إمارة أبو ظبي.
- ١٠- تعليق دولة الإمارات العربية المتحدة من جانب واحد التعامل مع المواد والطرود البريدية الدولية الصادرة من شركة قطر للخدمات البريدية أو مخصصة لها⁴¹¹.

ت) المخالفات المترتبة على التدابير الصادرة من دولة الإمارات للاتفاقيات الدولية

١- التدابير المخالفة للاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة:

يتضح لنا مخالفة دولة الإمارات للمادة (١) من الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات ١٩٤٧)، وذلك من خلال قيام دولة الإمارات العربية المتحدة بإغلاق حدودها البحرية ومجالها الجوي مع دولة قطر، بالإضافة إلى قيامها بحظر دخول السفن المملوكة لدولة قطر أو المواطنين القطريين أو الشركات القطرية أو السفن التي تحمل العلم القطري إلى موانئها، كما أنها منعت الطائرات القطرية من الهبوط في مطاراتها، وحظر تفريغ أي بضائع يتم شحنها من دولة قطر في موانئها، إضافة إلى حظر دولة الإمارات العربية المتحدة من تحميل أي بضائع إلى دولة قطر من خلال موانئها أو مطاراتها⁴¹².

وذلك لأن هذه المادة نصت في فقرتها الأولى على أن ".... فيما يتعلق بجميع القواعد والإجراءات المتعلقة بالاستيراد والتصدير، وفيما يتعلق بجميع الأمور المنوه عنها في الفقرتين الثانية والرابعة من المادة (٣) فإن الأفضليات والامتيازات أو

411 استأنفت دولة الإمارات خدمة البريد مع قطر بعد نحو ثلاث سنوات من تعليقها بسبب فرضها -إلى جانب السعودية والبحرين ومصر- حصاراً على الدوحة، وذلك عقب اجتماع مع اتحاد البريد العالمي، وتبعتها السعودية ومصر.

<https://www.aljazeera.net/news/politics/2020/2/10/الإمارات-تستأنف-خدمة-البريد-مع-قطر-بعد-توقفها-بسبب-الحصار>

412 WT/DS526/1, Previous reference, P.2

الإعفاءات الممنوحة من قبل أي طرف متعاقد للمنتج المصنع في أو القاصد لأي بلد آخر يجب أن تمنح فوراً ودون اشتراط للمنتج المماثل المصنع في أو القاصد لأقاليم كافة الأطراف المتعاقدة الأخرى⁴¹³.

فبالتالي يتبين لنا، أن دولة الإمارات العربية المتحدة من خلال هذه التدابير تفشل في منح المنتجات التي يتم إنتاجها في دولة قطر أو تصديرها إليها ذات الأفضليات، والامتيازات، والحصانات التي تمنحها دولة الإمارات العربية المتحدة على الفور ودون قيد أو شرط للمنتجات التي يتم إنتاجها في دول أخرى أو يتم تصديرها إليها⁴¹⁴.

كما أن الإجراءات السابق ذكرها تخالف أيضاً ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (5) من الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات 1947) والتي نصت على أن "2- يجب أن يكون هناك حرية النقل بالعبور (الترانزيت) عبر إقليم كل طرف متعاقد عن طريق مسالك الطرق الأكثر ملاءمة للترانزيت الدولي وحرية النقل إلى أو من أراضي الأطراف المتعاقدة الأخرى، ويجب ألا يكون هنالك أي تمييز على أساس علم المراكب أو مكان المنشأ أو المغادرة أو الدخول أو الخروج أو الوجهة (بلد المقصد) أو على أي ظروف تتعلق بملكية البضائع أو المراكب أو وسائل النقل الأخرى".

وذلك لأن دولة الإمارات العربية المتحدة تظهر من خلال هذه التدابير أنها تنكر حرية العبور عبر أراضيها، عبر الطرق الأكثر ملاءمة للنقل الدولي وللحركة أثناء العبور من وإلى دولة قطر، وتقوم بالتمييز على أساس علم السفينة أو مكان تسجيل الطائرات أو مكان المنشأ أو المغادرة أو الدخول أو الخروج أو الوجهة أو في الظروف التي تتعلق بملكية البضائع أو السفن أو غيرها من وسائل النقل.

بالإضافة إلى أن هذه التدابير تخالف الفقرة الأولى من المادة (11) من الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات 1947) والتي نصت على أن "1- لا يجوز أن يتم فرض حظر أو قيود بخلاف الرسوم، والضرائب، أو الرسوم الأخرى، سواء كانت نافذة من خلال الحصص، أو تراخيص الاستيراد أو التصدير أو غيرها من التدابير، يتم تأسيسها أو صيانتها من خلال أي طرف متعاقد عند استيراد أي منتج من أراضي أي طرف متعاقد آخر أو عند التصدير أو البيع لتصدير أي منتج موجه إلى إقليم أي طرف متعاقد آخر".

وذلك لأن دولة الإمارات العربية المتحدة قامت بفرض حظر وقيود على خلاف الرسوم والضرائب أو الرسوم الأخرى على استيراد المنتجات من دولة قطر، وعلى تصدير المنتجات إلى دولة قطر⁴¹⁵. كما أن هذه التدابير التي ذكرناها مسبقاً تخالف أيضاً ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (13) من الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات 1947) والتي نصت على أن "1- لا يجوز لأي طرف متعاقد أن يفرض أي حظر أو قيد على استيراد أي منتج من إقليم أي طرف متعاقد آخر أو على تصدير أي منتج إلى إقليم أي طرف متعاقد آخر إلا إذا كان استيراد أو تصدير المنتج المماثل من أو إلى جميع البلاد الأخرى خاضعاً لحظر أو قيد مماثل".

413 الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات 1947)

https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/agrmntseries2_gatt_e.pdf

414 WT/DS526/1, Previous reference, P.3

415 WT/DS526/1, Previous reference, P.3

وذلك لأن الحظر والقيود التي قامت بتطبيقها دولة الإمارات العربية المتحدة على استيراد المنتجات من دولة قطر وعلى تصدير المنتجات إلى دولة قطر، لم يلحقها أي حظر أو قيود مقابلة على استيراد المنتجات المشابهة من أي دولة أخرى أو تصديرها إلى أي دولة أخرى⁴¹⁶.

٢- التدابير المخالفة للاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات:

ما قامت دولة الإمارات العربية المتحدة باتخاذها من تدابير تتعلق بمنع موردي الخدمة التابعين لدولة قطر من تقديم الخدمات في دولة الإمارات العربية المتحدة سواء كانوا أشخاص أم سفن أم طائرات، أم مواقع تقوم بتقديم الخدمات، أم قنوات فضائية أم شركة بريد⁴¹⁷، يخالف ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (٢) من الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ١٩٩٥ والتي نصت على أن "١- فيما يتعلق بأي تدبير مشمول في هذه الاتفاقية، يتعين على كل عضو أن يمنح فوراً ودون قيد أو شرط الخدمات أو موردي الخدمات لأي عضو آخر معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي يتم منحها لذات الخدمات وموردي الخدمات من أي بلد آخر"⁴¹⁸.

وذلك لأن دولة الإمارات العربية المتحدة فشلت في منح الخدمات وموردي الخدمات من دولة قطر في مختلف القطاعات وعبر أوضاع متعددة فوراً ودون قيد أو شرط معاملة بذات الأفضلية التي يتم منحها لذات الخدمات وموردي الخدمات من دولة أخرى⁴¹⁹. كما أنها تخالف ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (١٦) من الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ١٩٩٥ والتي نصت على أن "١- فيما يتعلق بالوصول إلى الأسواق من خلال طرق التوريد المحددة في المادة (١)، يتعين على كل عضو أن يمنح الخدمات وموردي الخدمات لأي عضو آخر معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك المنصوص عليها في الشروط والقيود المحددة في جدولته". وذلك لأن دولة الإمارات العربية المتحدة تقيد الوصول إلى السوق دون مبرر للخدمات القطرية أو لموردي الخدمات، وبالتالي تمنحهم معاملة أقل تفضيلاً من تلك المنصوص عليها في الشروط والقيود المتفق عليها والمحددة في الجدول.

٣- التدابير المخالفة لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية:

فيما يتعلق باتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ١٩٩٤، فإن دولة الإمارات العربية المتحدة اتخذت بعض الإجراءات التي تخالف هذه الاتفاقية، ومنها ما يجعل من المستحيل على حاملي تراخيص حقوق النشر والعلامات التجارية وغيرها من أشكال الملكية الفكرية التي يملكها المواطنين القطريين أن يقوموا بالوفاء بالتزاماتهم بموجب اتفاقيات الترخيص. بالإضافة إلى أن هذه الإجراءات تؤدي إلى استحالة قيام مالكي حقوق النشر والعلامات التجارية وغيرها من أشكال الملكية الفكرية، وأصحاب الترخيص من مواطني دولة قطر من استخدام هذه الحقوق المتعلقة بالملكية الفكرية في دولة الإمارات العربية المتحدة⁴²⁰.

416 WT/DS526/1, Previous reference, P.4

417 WT/DS526/1, Previous reference, P.5

418 الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ١٩٩٥

https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf

419 WT/DS526/1, Previous reference, P.4-5

420 WT/DS526/1, Previous reference, P.5

وبالتالي فإن هذه الإجراءات تخالف الفقرة الأولى من المادة (٣) من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ١٩٩٤ والتي نصت على أن "١- يلتزم كل من البلدان الأعضاء بمنح الأعضاء مواطني البلدان الأخرى الأعضاء معاملة لا تقل عن المعاملة التي تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها بالفعل في كل من معاهدة باريس (١٩٦٧)، ومعاهدة برن (١٩٧١)، ومعاهدة روما، ومعاهدة الملكية الفكرية فيما يتصل بالدوائر المتكاملة....".⁴²¹ وذلك لأن دولة الإمارات فشلت في منح مواطني دولة قطر معاملة لا تقل تفضيلاً عن منحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية.

كما أن هذه التدابير تخالف ما ورد في المادة (٤) من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ١٩٩٤ والتي نصت على أن "فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية، فإن أي ميزة أو تفضيلاً أو امتياز أو حصانة يمنحها بلد عضو لمواطني أي بلد آخر يجب أن تمنح على الفور ودون أية شروط لمواطني جميع البلدان الأعضاء الأخرى....".

وذلك لأن دولة الإمارات العربية المتحدة فشلت في منح مواطني دولة قطر على الفور ودون أي قيد أو شرط المزايا والامتيازات والحصانات الممنوحة لمواطني الدول الأخرى فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية.⁴²²

ثانياً: شكوى دولة قطر ضد المملكة العربية السعودية

قامت دولة قطر برفع دعويين أمام منظمة التجارة العالمية في مواجهة المملكة العربية السعودية، ومنها:

1 - الشكوى الخاصة بالتدابير المتعلقة بالتجارة في السلع والخدمات والجوانب المتعلقة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية، في يوم الإثنين الموافق ٣١ يوليو ٢٠١٧:

استندت دولة قطر في هذه الدعوى على ذات الانتهاكات التي تم توجيهها إلى دولة الإمارات العربية المتحدة، فتم رفع هذه الدعوى بسبب جميع التدابير المكتوبة وغير المكتوبة والمنشورة وغير المنشورة التي تم اتخاذها من المملكة العربية السعودية لمحاولة عزل دولة قطر اقتصادياً قسراً، مما يؤثر على التجارة في السلع والخدمات والجوانب المتعلقة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية.

كما استندت دولة قطر في هذه الشكوى على ذات المواد التي تم انتهاكها في الشكوى التي تم تقديمها ضد دولة الإمارات العربية المتحدة من الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات ١٩٤٧)⁴²³، والاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ١٩٩٥، وأخيراً اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ١٩٩٤.

421 اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ١٩٩٤

[https://www.nlk.gov.kw/Upload/Bibliogra/Trips\(1\)831201621700PM.pdf](https://www.nlk.gov.kw/Upload/Bibliogra/Trips(1)831201621700PM.pdf)

422 WT/DS526/1, Previous reference, P.6

423 WT/DS528/1, Saudi Arabia – measures relating to trade in goods and services, and trade-related aspects of intellectual property rights, P.1-4, on the link:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds528_e.htm

إلا أن دولة قطر أضافت انتهاك المملكة العربية السعودية للمادة (١٨) من الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ١٩٩٥ والتي نصت على أن "يجوز للأعضاء التفاوض بشأن الالتزامات المتعلقة بالتدابير التي تؤثر على التجارة في الخدمات التي لا تخضع للجدولة بموجب المادتين السادسة عشر والسابعة عشر، بما في ذلك تلك التي تتعلق بالمؤهلات أو المعايير أو المسائل المتعلقة بالترخيص. كما يجب أن يتم إدراج هذه الالتزامات في جدول العضو". وذلك لأن المملكة العربية السعودية قامت بانتهاك التزاماتها الإضافية التي تتعلق بخدمات النقل البحري وخدمات الاتصالات، على النحو الوارد في جدول الالتزامات المحددة للمملكة العربية السعودية؛ لأن المملكة العربية السعودية قامت باتخاذ عدة تدابير تتعلق بمنع موردي الخدمة التابعين لدولة قطر من تقديم الخدمات في المملكة العربية السعودية سواء كانوا أشخاص أم سفن أم طائرات، أم شركة بريد⁴²⁴.

2 - الشكوى الخاصة بانتهاك المملكة العربية السعودية لحقوق الملكية الفكرية العائدة لهيئات قطرية ومواطنين قطريين، إضافة إلى انتهاكها للحقوق التجارية لقطر وشركائها التجاريين:

ذكرت وزارة الاقتصاد والتجارة أن دولة قطر قامت باتخاذ إجراءات لرفع دعوى قضائية ضد المملكة العربية السعودية أمام هيئة تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية⁴²⁵، وذلك بسبب ما قامت به شبكة قرصنة تحمل اسم "بي أوت كيو" بشكل غير قانوني ببث المحتوى الإعلامي لقنوات "بي إن سبورت" المحمي بموجب اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ١٩٩٤ في المملكة العربية السعودية وخارجها في أغسطس ٢٠١٧، بالإضافة إلى أنها قامت ببيع اشتراكات الشبكة المقرصنة، وأجهزة فك التشفير، كما قامت بإنتاج أجهزة استقبال خاصة بشبكة "بي أوت كيو"؛ وذلك حتى يتم تمكين الأفراد من مشاهدة البث الفضائي لها⁴²⁶.

وأشارت دولة قطر إلى أن المملكة العربية السعودية قد رفضت اتخاذ أي خطوات جادة ضد الشبكة المقرصنة وعرقلت جهود "بي إن سبورت" فيما يتعلق باتخاذ إجراءات قانونية لدى المحاكم السعودية⁴²⁷. فيتبين من خلال ذلك بأن المملكة العربية السعودية قد قامت بانتهاك صارخ وصريح لالتزاماتها الدولية والأخلاقية، بما يعكس فشلها في الالتزام بواجباتها في حماية حقوق النشر والبث الإذاعي والتلفزيوني، وكذلك حقوق العلامات التجارية.

ونتيجة لذلك قامت مجموعة "بي إن" بإعلان أنها قامت بإطلاق تحكيم دولي استثماري ضد المملكة العربية السعودية بعد أن تم إخراجها من السوق السعودي بشكل غير قانوني، وتعرضها لأكبر عملية قرصنة يشهدها العالم، وأوضحت أيضاً هذه المجموعة بأن بعد إعلان المملكة العربية السعودية مقاطعتها لدولة قطر، قامت باتخاذ عدة إجراءات استهدفت إخراج

424 WT/DS528/1, Previous reference, P.5-6

425 مقال بعنوان: قطر تقاضي السعودية و "بي إن" تطلب تعويضا بمليار دولار، ١٠-١٨-٢٠١٨، على الرابط:

<https://www.aljazeera.net/amp/news/arabic/2018/10/1/قطر-تبدأ-إجراءات-لمقاضاة-السعودية-ما-السبب/>

426 مقال بعنوان: منظمة التجارة العالمية توافق على طلب قطر للبت في الدعوى القضائية المرفوعة ضد السعودية، ١٨ ديسمبر ٢٠١٨، على الرابط:

<https://al-sharq.com/article/18/12/2018-منظمة-التجارة-العالمية-توافق-على-طلب-قطر-للبت-في-الدعوى-القضائية-المرفوعة-ضد-السعودية>

427 WT/DS567/1, Saudi Arabia – Measures Concerning the protection on intellectual property rights, P.2, on the link:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds567_e.htm

"بي إن" من السوق السعودي؛ وذلك لتدمير قيمة استثماراتها، ودعمت نشاط شبكة القرصنة التلفزيونية المسماة "بي أوت كيو" مما ساهم في تكبدها خسائر كبيرة بسبب الإجراءات التعسفية والتمييزية التي قامت بتنفيذها المملكة العربية السعودية⁴²⁸.

كما أن من الجدير بالذكر، أن القواعد الخاصة بمنظمة التجارة العالمية تهدف إلى أن يتم تسوية المنازعات سلمياً بقدر الإمكان، ويتم ذلك من خلال تشجيع الدول على أن يتم التشاور فيما بينهم؛ لكي يتم تعديل سياستها بما يتماشى مع القواعد الدولية، وذلك بدلاً من اللجوء المباشر للتقاضي، وحسب القواعد والإجراءات التي تعنى بتسوية المنازعات، وفي حالة أن يتم تقديم شكوى من قبل أحد أعضاء المنظمة، يتم بناءً على ذلك إعطاء مدة ٦٠ يوماً؛ حتى يتم تسوية النزاع عن طريق التشاور، وذلك قبل اللجوء إلى إجراءات التقاضي.

ونتيجة لذلك، قامت دولة قطر بطلب عقد مشاورات مع المملكة العربية السعودية عن طريق هيئة تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، ولكن رفضت المملكة العربية السعودية؛ ذلك مما ترتب عليه مخالفة قواعد المنظمة المتعلقة بتسوية المنازعات، متذرة بالأمّن القومي⁴²⁹.

كما ذكرت دولة قطر بأن المملكة العربية السعودية قد قامت بعرقلة القطريين ومنعهم من حماية ممتلكاتهم الفكرية وغيرها، بالإضافة إلى حقوق النشر والعلامات التجارية وأي نوع آخر من حقوق الملكية الفكرية⁴³⁰. مما يخالف الفقرة الأولى من المادة (٣) من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ١٩٩٤ والتي نصت على أن "١- يلتزم كل من البلدان الأعضاء بمنح الأعضاء مواطني البلدان الأخرى معاملة لا تقل عن المعاملة التي تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها بالفعل في كل من معاهدة باريس (١٩٧٦)، ومعاهدة برن (١٩٧١)، ومعاهدة روما، ومعاهدة الملكية الفكرية فيما يتصل بالدوائر المتكاملة، وفيما يتعلق بالمؤدين ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة، لا ينطبق هذا الالتزام إلا فيما يتعلق بالحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية...".

إضافة إلى ذلك، ذكرت دولة قطر بأن المملكة العربية السعودية فشلت في منح مواطني دولة قطر ذات الامتيازات والأفضليات التي يتم منحها لمواطني الدول الأخرى للأعضاء للقيام بحماية حقوق الملكية الفكرية، بما فيها حقوق البث، والعلامات التجارية، وحقوق النشر، وذلك بالمخالفة لنص المادة (٤) من ذات الاتفاقية والتي نصت على أن "فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية، فإن أي ميزة أو تفضيل أو امتياز أو حصانة يمنحها بلد عضو لمواطني أي بلد آخر يجب أن تمنح على الفور ودون أية شروط لمواطني جميع البلدان الأعضاء الأخرى...".

كما ذهبت دولة قطر إلى أن المملكة العربية السعودية فشلت في تزويد مؤلفي المصنفات بشتى أنواعها، بما في ذلك البرامج مسبقاً التسجيل، والبرامج المباشرة التي تتمتع بالحقوق الحصرية المخولة لهم وغيرها من الأمور، مثل، إعادة الإنتاج، أو البث، أو إعادة البث وفقاً لما هو مطلوب من قبل اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية⁴³¹.

428 مقال بعنوان: قطر تقاضي السعودية و"بي إن" تطلب تعويضا بمليار دولار، مرجع سابق.

429 مقال بعنوان: منظمة التجارة العالمية توافق على طلب قطر للبت في الدعوى القضائية المرفوعة ضد السعودية، مرجع سابق.

430 WT/DS567/1, Previous reference, P.2

431 WT/DS567/1, Previous reference, P.2

مما يشكل مخالفة للمادة (٩) من ذات الاتفاقية والتي تنص على أن "١-تلتزم البلدان الأعضاء بمراعاة الأحكام التي تنص عليها المواد من ١ وحتى ٢١ من معاهدة برن (١٩٧١) وملحقها، غير أن البلدان الأعضاء لن تتمتع بحقوق، ولن تتحمل التزامات بموجب هذه الاتفاقية فيما يتعلق بالحقوق المنصوص عليها في المادة (٦) مكررة من معاهدة برن أو الحقوق النابعة عنها. ٢-تسري حماية حقوق المؤلف على النتاج وليس على مجرد الأفكار أو الإجراءات أو أساليب العمل أو المفاهيم الرياضية".

كما ذكرت دولة قطر بأن المملكة العربية السعودية قد فشلت أيضاً في منح هيئات البث التي تملك حقوق النشر الحق في أن تقوم بمنع الهيئات غير المصرح لها من تعديل أو إعادة انتاج أو إعادة البث عبر الشبكات اللاسلكية للبث⁴³².

فيترتب على ذلك مخالفة الفقرة الثالثة من المادة (١٤) من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ١٩٩٤ والتي نصت على أن "يحق لهيئات الإذاعة منع الأفعال التالية عندما تتم دون ترخيص منها: تسجيل البرامج الإذاعية وعمل نسخ من هذه التسجيلات، وإعادة البث عبر وسائل البث اللاسلكي، ونقل هذه المواد للجمهور بالتلفزيون، وحيث لا تمنح البلدان الأعضاء هذه الحقوق لهيئات الإذاعة، تلتزم بمنح مالكي حقوق المؤلف على المادة موضوع البث إمكانية منع الأفعال المذكورة أعلاه مع مراعاة أحكام معاهدة برن (١٩٧١)".

وذكرت دولة قطر أيضاً أن المملكة العربية السعودية فشلت في تزويد أصحاب العلامات التجارية المسجلة (بما في ذلك، على وجه الخصوص المالكين القطريين) بالحق الحصري في منع جميع الأطراف الثالثة من الحصول على موافقة المالك من استخدام، بغرض التجارة، علامات متطابقة أو متشابهة للسلع أو الخدمات لتلك التي تم تسجيلها بخصوصها مما يؤدي إلى تشويش الأفراد⁴³³.

مما يخالف الفقرة الأولى من المادة (١٦) من ذات الاتفاقية والتي نصت على أن "يتمتع أصحاب العلامة التجارية المسجلة بالحق المطلق في منع جميع الأطراف الثالثة التي لم تحصل على موافقة صاحب العلامة من استخدام العلامة ذاتها أو علامة مماثلة في أعمالها التجارية بالنسبة للسلع والخدمات ذاتها أو المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها العلامة التجارية حين يمكن أن يسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبس، ويفترض احتمال حدوث لبس في حالة استخدام علامة تجارية مطابقة بالنسبة لسلع أو خدمات مطابقة. ويحظر أن تضر الحقوق الموصوفة أعلاه بأية حقوق سابقة قائمة حالياً، أو أن تؤثر في إمكانية منح البلدان الأعضاء حقوقاً في العلامات التجارية على أساس الاستخدام" ..

كما ادعت دولة قطر أن المملكة العربية السعودية قد قامت بعرقلة أصحاب حقوق الملكية الفكرية من القيام بمتابعة الدعاوى المدنية الخاصة بهم أمام المحاكم السعودية، كما فشلت المملكة العربية السعودية في ضمان توفير إجراءات الإنفاذ ضد الانتهاكات التي تتم لحقوق الملكية الفكرية، مما يؤدي إلى فشلها في ردع الانتهاكات المماثلة في المستقبل.

وذلك يشكل مخالفة للفقرة الأولى من المادة (٤١) من ذات الاتفاقية والتي تنص على أن "١-تلتزم البلدان الأعضاء بضمان اشتغال قوانينها لإجراءات الإنفاذ المنصوص عليها في هذا الجزء لتسهيل اتخاذ تدابير فعالة ضد أي تعدد على حقوق

432 WT/DS567/1, Previous reference, P.3

433 WT/DS567/1, Previous reference, P.3

الملكية الفكرية التي تغطيها هذه الاتفاقية، بما في ذلك الجزاءات السريعة لمنع التعديات والجزاءات التي تشكل رادعاً لأي تعديات أخرى. وتطبق هذه الإجراءات بالأسلوب الذي يضمن تجنب إقامة حواجز التجارة المشروعة ويوفر ضمانات ضد إساءة استعمالها".

بالإضافة إلى ذلك، أخفقت المملكة العربية السعودية في إتاحة الإجراءات القضائية المدنية لأصحاب الحقوق فيما يتعلق بإنفاذ حقوق الملكية الفكرية التي تغطيها اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية.

مما يخالف نص المادة (٤٢) والتي نصت على أن "تتيح البلدان الأعضاء لأصحاب الحقوق إجراءات قضائية مدنية فيما يتصل بإنفاذ أي من حقوق الملكية الفكرية التي تغطيها هذه الاتفاقية...".

وأخيراً ذكرت دولة قطر بأن المملكة العربية السعودية فشلت في توفير الإجراءات الجنائية والعقوبات الواجب تطبيقها في حالات تزيف العلامات التجارية المتعمد أو قرصنة حقوق النشر على نطاق تجاري⁴³⁴.

مما يخالف نص المادة (٦١) التي تنص على أن "تلتزم البلدان الأعضاء بفرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية على الأقل في حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية المسجلة أو انتحال حقوق المؤلف على نطاق تجاري، وتشمل الجزاءات التي يمكن فرضها الحبس و/أو الغرامات المالية بما يكفي لتوفير رادع يتناسب مع مستوى العقوبات المطبقة فيما يتعلق بالجرائم ذات الخطورة المماثلة وفي الحالات الملائمة، وتشمل الجزاءات التي يمكن فرضها أيضاً حجز السلع المخالفة أو أية مواد أو معدات تستخدم بصورة رئيسة في ارتكاب الجرم، ومصادرتها، وإتلافها، ويجوز للبلدان الأعضاء فرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية في حالات أخرى من حالات التعدي على حقوق الملكية الفكرية، لا سيما حين تتم التعديات عن عمد وعلى نطاق تجاري".

ثالثاً: شكوى دولة قطر ضد مملكة البحرين

قامت دولة قطر برفع دعوى ضد مملكة البحرين تتعلق بالتدابير الخاصة بالتجارة في السلع والخدمات والجوانب المتعلقة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية، في يوم الإثنين الموافق ٣١ يوليو ٢٠١٧.

وقد استندت دولة قطر في هذه الدعوى على ذات الانتهاكات التي تم توجيهها إلى كل من دولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية

وفي نهاية هذا الفرع، يتضح لنا بأن قيام دولة قطر باللجوء إلى منظمة التجارة العالمية بشأن التدابير والإجراءات التي اتخذتها كل من دولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية ومملكة البحرين والتي كانت تهدف إلى العزل الاقتصادي القسري لدولة قطر يعد إجراءً صائباً، وذلك بسبب انتهاك جميع هذه الدول للعديد من القواعد الدولية، مما يشكل انتهاكاً صارخاً لعدة اتفاقيات دولية ومنها الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة، والاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات، واتفاقية حول الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية كما ذكرنا سابقاً.

بالإضافة إلى ذلك، يتضح لنا من خلال ما ورد في اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية الانتهاك الواضح والصريح الذي قامت به المملكة العربية السعودية متمثلاً في قرصنة شبكة "بي إن" وبث ما تقوم ببثه على شبكة أخرى "بي أوت كيو"، ولذلك يحق لدولة قطر رفع هذه الدعوى أمام منظمة التجارة العالمية، حتى يتم وقف هذا الانتهاك لما يتسبب به من خسائر على دولة قطر وشبكة "بي إن".

الفرع الثاني: دور منظمة الطيران المدني الدولي (إيكاو) في تسوية الأزمات الخليجية

قامت دولة قطر باللجوء إلى منظمة الطيران المدني الدولي في يونيو ٢٠١٧ وطلبت منها التدخل بعد أن قامت كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية بإغلاق مجالاتها الجوية أمام الطائرات التابعة لدولة قطر، والتي من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالأمن والسلامة الجوية.⁴³⁵

وجاء ذلك على الرغم من أن هيئة الطيران المدني في دولة قطر أعلنت مباشرة بعد هذا الحصار أنها توصلت إلى ترتيبات دولية تهدف إلى تحديد ممرات ملاحية جوية للطيران التابع لدولة قطر فوق المياه الإقليمية والدولية، وذلك في سبيل مواجهة ما صدر عن المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية من إجراءات تعسفية.⁴³⁶

ومن الجدير بالذكر، أن الهيئة العامة للطيران المدني في كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية أعلنت تخصيصها لتسعة ممرات للطوارئ الجوية؛ لئتم استخدامها من قبل الطائرات المسجلة في دولة قطر، كما هو معمول به في الحالات التي يتم فيها إغلاق المجالات الجوية الإقليمية.⁴³⁷ إلا أن الهيئة العامة للطيران المدني في دولة قطر قامت بنفي ما تم إعلانه حول تخصيص ممرات طوارئ للطائرات المسجلة في دولة قطر.⁴³⁸

وبناءً على ذلك قامت دولة قطر بموجب المادة (٨٤) من اتفاقية الطيران المدني الدولي لعام ١٩٤٤ (اتفاقية شيكاغو للطيران المدني) والتي تنص على أنه "إذا نشأ خلاف بين دولتين متعاقدتين أو أكثر على تفسير أو تطبيق الاتفاقية أو ملاحقتها (أو اتفاقية العبور)، وتعذر تسوية الخلاف عن طريق التفاوض، يبت فيها المجلس بناء على طلب أي دولة طرف في الخلاف"⁴³⁹، بتقديم إحدى طلباتها إلى منظمة الطيران المدني الدولي في ٢٠ أكتوبر ٢٠١٧ ضد المملكة العربية السعودية

435 مقال بعنوان: قطر قهرت الحصار باللجوء للمنظمات الدولية، ٤ أغسطس ٢٠١٧، على الرابط:

<https://al-sharq.com/article/04/08/2017/قطر-قهرت-الحصار-باللجوء-للمنظمات-الدولية>

436 تقرير بعنوان: إضاءة على حظر طيران القطرية في دول الحصار، موسوعة الجزيرة، على الرابط:

<https://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2017/8/1/إضاءة-على-حظر-طيران-القطرية-في-دول-الحصار>

437 وكالة الأنباء السعودية - هيئة الطيران المدني: تخصيص ممرات طوارئ جوية ضمن إجراءات إغلاق الأجواء أمام الطائرات القطرية، على الرابط:

<https://www.spa.gov.sa/1652355>

438 مقال بعنوان: قطر تنفي تخصيص دول الحصار ممرات طوارئ لطائراتها، ٣ يوليو ٢٠١٧، على الرابط:

<http://mubasher.aljazeera.net/news/قطر-تنفي-تخصيص-دول-الحصار-ممرات-طوارئ-لطائراتها>

439 اتفاقية شيكاغو للطيران المدني ١٩٤٤.

ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر، بالإضافة إلى تقديمها لطلبها الآخر بموجب الفقرة الثانية من المادة (٢) من اتفاقية النقل الجوي الدولي (اتفاقية العبور) لعام ١٩٤٤⁴⁴⁰، ضد دولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية، وقامت دولة قطر من خلال هذين الطلبين بعرض الانتهاكات التي قامت بها هذه الدول، كما تقدمت بطلب إلى المنظمة بأن تقوم بالفصل في حظر الطيران والإعلان بأنه إجراء غير قانوني⁴⁴¹.

ومن الجدير بالذكر أن منظمة الطيران المدني الدولي (إيكاو) قبلت النظر في الشكوى المقدمة من دولة قطر وذلك في سبيل فتح الممرات الملاحية الجوية التي أغلقتها هذه الدول المحاصرة أمام الطيران القطري⁴⁴².

ونتيجة لذلك قررت منظمة الطيران المدني الدولي (إيكاو) رفع ملف قضية المجال الجوي بين كل من المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربية من جهة ودولة قطر من جهة أخرى إلى محكمة العدل الدولية؛ وذلك نتيجة ما صدر منهم من ادعاء بعدم اختصاص منظمة الطيران المدني بنظر مثل هذا النزاع⁴⁴³.

وجاء هذا الإجراء وفقاً لما ورد في البيان الصادر من وكالة الأنباء السعودية "واس" بسبب صدور قرار من مجلس منظمة الطيران المدني "إيكاو" بمنح دولة قطر فرصة الاستماع لمطالبها؛ وذلك لأن هذه الدول ترى بأن منظمة الطيران المدني قامت بممارسة اختصاصها الفني بشكل كامل من خلال تعاون هذه الدول مع المكتب الإقليمي للمنظمة في القاهرة لوضع خطوط طيران دولية بديلة للطائرات التابعة لدولة قطر في الأجواء الدولية⁴⁴⁴.

إلا أن مجلس منظمة الطيران المدني الدولي (إيكاو) قرر رفض الطعون المقدمة من هذه الدول بشأن عدم اختصاص المنظمة بالنظر في الشكوى المقدمة من قبل دولة قطر⁴⁴⁵. وعلى الرغم من رفض منظمة الطيران المدني الدولي لهذه

440 See Section 2 of Article II of International Air Services Transit Agreement, signed at Chicago, on 7 December 1944 which states that "If any disagreement between two or more contracting States relating to the interpretation or application of this Agreement cannot be settled by negotiation, the provision of Chapter XVIII of the above-mentioned Convention shall be applicable in the same manner as provided therein with reference to any disagreement relating to the interpretation or application of the above-mentioned Convention.

441 An article entitled: Qatar submits rejoinders in two cases before ICJ, 30 July 2019, on the link: <https://m.gulf-times.com/story/637826/Qatar-submits-rejoinders-in-two-cases-before-ICJ>

442 تقرير بعنوان: قطر تلحق الحصار بمنظمتي التجارة وإيكاو - قناة الجزيرة، ٣١ يوليو ٢٠١٧، على الرابط: https://www.youtube.com/watch?v=JXuMrr_gXcw

443 مقال بعنوان: "الدول الأربع" ترفع قضية المجال الجوي مع قطر لمحكمة العدل الدولية، ٢٧ يونيو ٢٠١٨، على الرابط: <https://www.albayan.ae/one-world/arabs/2018-06-27-1.3301945>

444 وكالة الأنباء السعودية، المملكة والإمارات والبحرين ومصر تقرر رفع ملف قضية المجال الجوي السيادي لها مع قطر إلى محكمة العدل الدولية، ٢٧-٦-٢٠١٨، على الرابط: <https://www.spa.gov.sa/1779400>

445 تقرير بعنوان: "إيكاو" ترفض الطعون المقدمة من دول الحصار ضد قطر، ٢٧ يونيو ٢٠١٨، على الرابط: <https://www.caa.gov.qa/ar-qa/News/Pages/aspk-ترفض-الطعون-المقدمة-من-دول-الحصار-ضد-قطر>

الادعاءات المقدمة بشأن عدم اختصاصها بنظر هذا النزاع، قامت هذه الدول باللجوء رسمياً إلى محكمة العدل الدولية للنظر في هذا الشأن في الرابع من يوليو ٢٠١٨⁴⁴⁶.

ومن وجهة نظرنا نرى أن ما قامت به دولة قطر من اللجوء إلى منظمة الطيران المدني الدولي جاء مطابقاً لما ورد في المادة (٨٤) من اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي ١٩٤٤ والفقرة الثانية من المادة (٢) من اتفاقية النقل الجوي الدولي (اتفاقية العبور ١٩٤٤) بأنه إذا نشب خلاف بين أطراف الاتفاقية وتعذر تسوية الخلاف عن طريق التفاوض، يتم اللجوء إلى منظمة الطيران المدني الدولي لتسوية هذا الخلاف.

المطلب الثالث: دور محكمة العدل الدولية في تسوية الأزمة الخليجية

في الحادي عشر من يونيو ٢٠١٨ لجأت دولة قطر إلى محكمة العدل الدولية في سبيل إقامة دعوى ضد دولة الإمارات العربية المتحدة بصفتها الجهاز القضائي الرئيس للأمم المتحدة؛ وذلك بسبب الانتهاكات المزعومة للاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥ التي تعد كل من دولة قطر ودولة الإمارات العربية المتحدة طرفاً فيها.

أولاً: الادعاءات المقدمة من دولة قطر أمام محكمة العدل الدولية

ادعت دولة قطر أن دولة الإمارات العربية المتحدة قامت باتخاذ العديد من التدابير التمييزية ضد القطريين بشكل صريح بناءً على أصلهم القومي والتي لا تزال سارية حتى يومنا هذا؛ مما أدى إلى انتهاك العديد من حقوق الإنسان.

فوفقاً لما ذكرته دولة قطر بأن في الخامس من يونيو ٢٠١٧ وبعده، قامت دولة الإمارات العربية المتحدة بطرد المواطنين القطريين من أراضيها، وبالتالي قامت بمنعهم من الدخول أو المرور عبر دولة الإمارات العربية المتحدة، كما أنها قامت بإغلاق المجال الجوي والموانئ الإماراتية في مواجهة دولة قطر والمواطنين القطريين.

بالإضافة إلى أن دولة الإمارات العربية المتحدة قامت بالتدخل في حقوق القطريين الذين يمتلكون عقارات في دولة الإمارات العربية المتحدة، كما أنها قيدت حق القطريين في التعبير عن دعم قطر أو عن معارضتهم للتدابير التي تم اتخاذها ضدها، وقامت دولة الإمارات العربية المتحدة أيضاً بإغلاق المكاتب المحلية لشبكة الجزيرة الإعلامية، إضافة إلى أنها قامت بمنع قناة الجزيرة وغيرها من وسائل الإعلام القطرية من القيام بث برامجها⁴⁴⁷.

ونتيجة لذلك، قامت دولة قطر بالادعاء بأن هذه التدابير التي قامت باتخاذها دولة الإمارات العربية المتحدة تتعارض مع عدة حقوق، ومنها الحق في الزواج والحق في اختيار الزوج، بالإضافة إلى انتهاك الحق في حرية الرأي والتعبير والحق

446 Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates v. Qatar, on the link:

<https://www.icj-cij.org/en/case/173>

447 The State of Qatar institutes proceedings against the United Arab Emirates and requests the Court to indicate provisional measures, P.1, on the link: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/172/172-20180611-PRE-01-00-EN.pdf>

في التعليم والحق في العمل، والحق في الصحة العامة والرعاية الطبية والمشاركة في الأنشطة الثقافية، كما أن هذه التدابير تؤثر على حقوق القطريين في امتلاك العقارات والتمتع بحق المعاملة على أساس المساواة أمام المحاكم⁴⁴⁸.

إضافة إلى هذه التدابير التي تشكل انتهاكاً لجملة من الحقوق الأساسية، لم تقم دولة الإمارات العربية المتحدة بإدانة الكراهية والعنصرية ضد دولة قطر والمواطنين القطريين، إنما قامت بتشجيعها من خلال عدة أمور ومنها، تجريم التعبير عن التعاطف مع دولة قطر والمواطنين القطريين، بالإضافة إلى السماح لقيام حملة دولية إعلامية معادية لدولة قطر والترويج لها وتمويلها، والقيام بإسكات الإعلام القطري، والدعوة لهجمات جسدية على الكيانات القطرية، كما أنها أخفقت في توفير الحماية الفعالة وسبل الانتصاف للقطريين لطلب التعويض عن أعمال التمييز العنصري من خلال المحاكم والمؤسسات الإماراتية⁴⁴⁹.

ثانياً: الطلبات المقدمة من قبل دولة قطر لمحكمة العدل الدولية

لأن ما قامت به دولة الإمارات العربية المتحدة يخالف ما ورد في المادة (٢) و(٤) و(٥) و(٦) و(٧) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري⁴⁵⁰، والتي أكدت المحكمة بأنها تهدف إلى حماية الأفراد من التمييز العنصري⁴⁵¹، قامت دولة قطر بتقديم طلب للمحكمة بأن تأمر دولة الإمارات العربية المتحدة بأن تقوم باتخاذ جميع الخطوات اللازمة للامتثال لالتزاماتها بموجب اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، ومنها:

(أ) أن تقوم بوقف وإلغاء التدابير التمييزية فوراً، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، التوجيهات ضد التعاطف مع المواطنين القطريين وأي تشريعات وطنية تمييزية بحكم القانون أو بحكم الواقع ضد القطريين استناداً إلى أصلهم الوطني.

(ب) أن تقوم بوقف جميع التدابير التي تحرض على التمييز بما في ذلك الحملات الإعلامية ودعم نشر الرسائل التمييزية والقيام بتجريم هذه التدابير.

(ت) أن تقوم بالامتثال لالتزاماتها بموجب اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، بإدانة التمييز العنصري العلني ضد المواطنين القطريين، ومتابعة سياسة القضاء على التمييز العنصري، واعتماد التدابير اللازمة لمكافحة هذا التحيز.

(ث) الامتناع عن اتخاذ أي تدابير أخرى من شأنها التمييز ضد القطريين الخاضعين لولايتها أو سيطرتها.

448 Rossi, C. R. (2019). Game of thrones: The Qatar crisis, forced expulsions on the Arabian Peninsula. Penn State Journal of Law and International Affairs, 7(1), P. 5

449 The State of Qatar institutes proceedings against the United Arab Emirates and requests the Court to indicate provisional measures, Previous reference, P.1-2

450 انظر المادة (٢) و(٤) و(٥) و(٦) و(٧) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ١٩٦٥، على الرابط: https://www.un.org/ar/events/torturevictimsday/assets/pdf/325_PDF1.pdf

451 ميثاء طالب المحنا المري، اختصاص محكمة العدل الدولية بإقرار تدابير مؤقتة قضية قطر ضد الإمارات العربية المتحدة نموذجاً، رسالة ماجستير، جامعة قطر، ٢٠١٩، ص ١١٩.

ج) استعادة حقوق القطريين في عدة أمور من بينها الزواج واختيار الزوج، وحرية الرأي والتعبير، والحق في الصحة العامة والرعاية الطبية، والحق في التعليم، والملكية، والعمل، والمشاركة في الأنشطة الثقافية، والمعاملة على أساس المساواة أمام المحاكم، واتخاذ تدابير لضمان احترام هذه الحقوق.

ح) تقديم ضمانات بعدم تكرار السلوك غير القانوني لدولة الإمارات العربية المتحدة.

خ) تقديم تعويض كامل، بما في ذلك التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمواطنين القطريين نتيجة لأعمال دولة الإمارات العربية المتحدة التي تنتهك اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.⁴⁵²

وفي الحادي عشر من يونيو ٢٠١٨ قامت دولة قطر بتقديم طلب لاتخاذ تدابير مؤقتة لحماية حقوق القطريين وعائلاتهم من الأذى الإضافي الذي لا يمكن إصلاحه بموجب اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ومنع تفاقم النزاع أو تمديده؛ حتى يصدر الحكم النهائي في القضية،⁴⁵³ وجاء ذلك استناداً على المادة (٤١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي نصت على أن "١- للمحكمة أن تقرر التدابير المؤقتة التي يجب اتخاذها لحفظ حق كل من الأطراف، وذلك متى رأت أن الظروف تقضي ذلك. ٢- إلى أن يصدر الحكم النهائي يبلغ فوراً أطراف الدعوى ومجلس الأمن نبأ التدابير التي يرى اتخاذها".⁴⁵⁴

ثالثاً: الفصل في طلب دولة قطر باتخاذ تدابير مؤقتة تجاه دولة الإمارات العربية المتحدة

بناءً على ما سبق ذكره، قررت محكمة العدل الدولية في الثالث والعشرين من يوليو ٢٠١٨ اتخاذ بعض التدابير المؤقتة بأغلبية ثمانية أصوات مقابل سبعة، فذهبت إلى عدة أمور، وهي:

- 1 - أنه يجب على دولة الإمارات العربية المتحدة أن تقوم بلم شمل الأسر القطرية الإماراتية والتي تم فصلها من خلال التدابير التي اتخذتها دولة الإمارات العربية المتحدة في الخامس من يونيو ٢٠١٧.
- 2 - إتاحة الفرصة للطلاب القطريين المتأثرين بالتدابير التي اتخذتها دولة الإمارات العربية المتحدة في الخامس من يونيو ٢٠١٧ بأن يقوموا بإكمال تعليمهم في دولة الإمارات العربية المتحدة أو الحصول على سجلاتهم التعليمية إذا كانت لديهم رغبة مواصلة تعليمهم في مكان آخر.
- 3 - السماح للقطريين المتأثرين من التدابير التي قامت دولة الإمارات العربية المتحدة باتخاذها في الخامس من يونيو ٢٠١٧ بالوصول إلى المحاكم وغيرها من الأجهزة القضائية للإمارات العربية المتحدة.⁴⁵⁵

452 Hofer, A. (2018). Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates): Request for the Indication of Provisional Measures (I.C.J.). International Legal Materials, 57(6), doi:10.1017/ilm.2018.48, P.977

453 The State of Qatar institutes proceedings against the United Arab Emirates and requests the Court to indicate provisional measures, Previous reference, P.2

454 النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ١٩٤٥.

<https://www.nhrc-qa.org/wp-content/uploads/2014/01/النظام-الأساسي-لمحكمة-العدل-الدولية.pdf>

455 Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Request for the indication of provisional measures, order of 23 July 2018, P.31-32, on the link:

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/172/172-20180723-ORD-01-00-EN.pdf>

كما قررت المحكمة بناءً على أحد عشر صوتاً مقابل أربعة أصوات، بأن يجب على كل من دولة قطر ودولة الإمارات العربيّة المتّحدة الامتناع عن اتخاذ أي إجراء قد يؤدي إلى تفاقم النزاع أو تمديده أمام المحكمة أو جعل حله أكثر صعوبة⁴⁵⁶.

رابعاً: طلب دولة الإمارات العربيّة المتّحدة باتخاذ تدابير مؤقتة تجاه دولة قطر

بعد فصل محكمة العدل الدوليّة في الطلب المقدم من قبل دولة قطر بشأن اتخاذ تدابير مؤقتة تجاه دولة الإمارات العربيّة المتّحدة، قامت دولة الإمارات العربيّة المتّحدة بتقديم طلب إلى محكمة العدل الدوليّة يتعلق بتقرير تدابير مؤقتة تضمن الحفاظ على حقوقها في العدالة الإجرائية وتكافؤ الفرص في عرض قضيتها وإقامة العدل بشكل صحيح، والتي زعمت دولة الإمارات العربيّة المتّحدة أنها مهددة بسبب متابعة دولة قطر لإجراءات موازية أمام المحكمة ولجنة القضاء على التمييز العنصري فيما يتعلق بذات النزاع.

كما أشارت إلى أن التدابير المؤقتة ضرورية، وذلك لمنع دولة قطر من زيادة تفاقم النزاع أو تمديده بين الطرفين في انتظار القرار النهائي، وفي هذا الصدد تدعي دولة الإمارات العربيّة المتّحدة أن دولة قطر قد زادت من حدة النزاع، وساهمت في امتداده إلى حد كبير عن طريق إحالة المسألة مرة أخرى إلى لجنة القضاء على التمييز العنصري في التاسع والعشرين من أكتوبر ٢٠١٨، بعد أن تخلت عن تلك الإجراءات من خلال إقامة الدعوى أمام هذه المحكمة في الحادي عشر من يونيو ٢٠١٨. كما أنها تدعي أن دولة قطر تقوم بعرقلة محاولات دولة الإمارات العربيّة المتّحدة لمساعدة المواطنين القطريين، من خلال حظر الوصول إلى موقع حكومة دولة الإمارات العربيّة المتّحدة داخل أراضيها، والذي بواسطته يمكن للمواطنين القطريين تقديم طلب الحصول على تصريح للعودة إلى دولة الإمارات العربيّة المتّحدة. بالإضافة إلى قيام دولة قطر بنشر الاتهامات الكاذبة المتعلقة بدولة الإمارات العربيّة المتّحدة من خلال مؤسسات دولة قطر الوطنية ووسائل الإعلام المملوكة للدولة والتي تسيطر عليها وتمولها⁴⁵⁷.

خامساً: الفصل في الطلب المقدم من قبل دولة الإمارات العربيّة المتّحدة باتخاذ تدابير مؤقتة تجاه دولة قطر

في الرابع عشر من يونيو ٢٠١٩ رفضت محكمة العدل الدوليّة بأغلبية خمسة عشر صوتاً مقابل صوت واحد طلب دولة الإمارات العربيّة المتّحدة فيما يتعلق بتقرير تدابير مؤقتة تجاه دولة قطر⁴⁵⁸.

وأخيراً، يجدر بنا الإشارة إلى أن الدعوى المرفوعة من قبل دولة قطر ضد دولة الإمارات العربيّة المتّحدة لا زالت مستمرة أمام محكمة العدل الدوليّة ولم يتم الفصل فيها بشكل نهائي.

456 تقرير محكمة العدل الدوليّة، ١ آب/أغسطس ٢٠١٨، ٢٠١-٢٠٢ تموز/يوليه ٢٠١٩، الأمم المتّحدة، ص ٥٦-٥٧، على الرابط:

<https://www.icj-cij.org/files/annual-reports/2018-2019-ar.pdf>.

انظر أيضاً تطبيق الاتفاقية الدوليّة لقمع تمويل الإرهاب والاتفاقية الدوليّة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (أوكرانيا ضد الاتحاد الروسي)، التدابير المؤقتة، قرار ١٩ أبريل ٢٠١٧، تقارير محكمة العدل الدوليّة ٢٠١٧، ص ١٥١.

457 Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), The united Arab emirates requests the court to indicate provisional measures, 25 March 2019, P.1, on the link: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/172/172-20190325-PRE-01-00-EN.pdf>

458 An Article entitled: World Court rejects UAE demands for immediate measures against Qatar, 14-6-2019, on the link: <https://www.euronews.com/2019/06/14/world-court-rejects-uae-demands-for-immediate-measures-against-qatar>

الخاتمة

تتعدد الوسائل التي يمكن أن يتم من خلالها تسوية المنازعات الدوليّة، إلا أن الوسائل التي تم من خلالها محاولة تسوية الأزمة الخليجيّة تتمثل في الوساطة الصادرة من أمير دولة الكويت الشيخ صباح الأحمد الصباح ممثلاً الوسيط الأساسي في هذه الأزمة، بالإضافة إلى الوساطة والمساوي الحميدة الأجنبيّة والعربيّة، وذلك إضافة إلى ما قامت به دولة قطر من اللجوء إلى منظمة التجارة العالمية في سبيل تسوية هذه الأزمة وإزالة ما ترتب عليها من آثار اقتصادية وأثر إنسانيّة أو اجتماعيّة، من خلال عدة شكاوى قامت برفعها ضد المملكة العربيّة السعوديّة ودولة الإمارات العربيّة المتّحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربيّة؛ وذلك لمخالفة الإجراءات والتدابير التي تم اتخاذها من جانب هذه الدول للعديد من الاتفاقيات والقواعد الدوليّة، بالإضافة إلى رفعها لعدة شكاوى تتعلق بالمجال الجوي ضد الدول ذاتها أمام منظمة الطيران الدوليّ المدني (إيكاو)، وذلك بسبب إغلاق هذه الدول لمجالها الجوي؛ مما أدى إلى قيام العديد من الصعوبات أمام شركة الطيران التابعة لدولة قطر، كما أن من خلال بحثنا هذا، تبين لنا أن دولة قطر لم تكتفِ باللجوء إلى هذه المنظمات الدوليّة فقط في سبيل إزالة الآثار المترتبة على هذه الأزمة، وإنما قامت باللجوء إلى محكمة العدل الدوليّة من خلال رفعها لدعوى تتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد دولة الإمارات العربيّة المتّحدة، وذلك بسبب الانتهاكات الصادرة منها تجاه المواطنين القطريين.

وقد توصلنا من خلال هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج

- ١- بدأت ملامح الأزمة الخليجيّة الحالية في الظهور في مايو ٢٠١٧ عندما تم اختراق موقع وكالة الأنباء القطريّة والقيام بث تصريحات منسوبة إلى أمير دولة قطر، على الرغم من أن دولة قطر قامت بتكذيب الادعاءات ودعت وسائل الإعلام إلى تجاهلها.
- ٢- قامت الدول المحاصرة لدولة قطر بتسليمها قائمة تتألف من ثلاثة عشر طلب؛ حتى يتم إنهاء هذا الحصار الدبلوماسي والاقتصادي إلا أن دولة قطر رفضت هذه المطالب؛ لأنها رأت بأن أغلب هذه المطالب غير واقعي وأن تنفيذ البعض الآخر يؤدي إلى المساس بالسيادة القطريّة.
- ٣- تعددت الأسباب التي قامت بسببها الأزمة الخليجيّة وفقاً للادعاءات الصادرة من الدول المحاصرة لدولة قطر، ومن هذه الأسباب موقف دولة قطر من الثورات العربيّة، وموقفها من إيران، وقيامها بحماية الإخوان المسلمين، رغم أن دولة قطر أعلنت أنها لا تستضيف أي مقيم بصورة غير شرعية على أراضيها سواء من الإخوان أو غيرهم .. وغيرها.
- ٤- ترتب على الأزمة الخليجيّة العديد من الآثار الاقتصادية ومنها تراجع التجارة البينية والآثار الإنسانية أو الاجتماعيّة ومنها الحق في ممارسة الشعائر الدينية.

٥- لعبت الآليات السلميّة السياسيّة والدبلوماسيّة دوراً واضحاً في سبيل تسوية الأزمة الخليجيّة القائمة، وذلك من خلال ما قامت به دولة الكويت وغيرها من الدول العربيّة والأجنبيّة من وساطة ومساوي حميدة، بالإضافة إلى الدور الواضح

الذي قامت به المنظمات الدوليّة متمثلة في منظمة التجارة العالمية ومنظمة الطيران المدني الدوليّ في سبيل تسوية الأزمّة الخليجيّة.

٦- لعبت محكمة العدل الدوليّة دوراً مهماً في سبيل تسوية الأزمّة الخليجيّة وذلك من خلال الدعوى التي قامت دولة قطر برفعها ضد دولة الإمارات العربيّة المتّحدة فيما يتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، وظهر دور هذه المحكمة من خلال التدابير الوقتية التي قامت بالقضاء بها لصالح دولة قطر والمواطنين القطريين ضد دولة الإمارات العربيّة المتّحدة.

ثانياً: التوصيات

١- تنازل الدول الأطراف في النزاع عن قائمة المطالب التي قاموا بتقديمها لدولة قطر في سبيل تفعيل المفاوضات الدبلوماسية معها، أو فتح مجال الحوار مع دولة قطر حول هذه المطالب.

٢- ضرورة نشر ثقافة الحوار في المجتمع الخليجي، وذلك من أجل تقريب وجهات النظر، ومحاولة حل المنازعات التي تنشأ بين دول مجلس التعاون الخليجي عن طريق الحوار دون وجود حاجة إلى اللجوء إلى غيره من الوسائل المعنية بحل المنازعات بصورة سلمية.

٣- التعاون مع دولة الكويت من أجل تفعيل الوساطة التي تقوم بها، وذلك من خلال وقف جميع أشكال التعدي على الدول الأخرى الأطراف في النزاع، من قبل جميع الدول الأطراف في هذه الأزمّة.

٤- وقف جميع أشكال التجاوزات القانونيّة من قبل الدول الأطراف في الأزمّة الخليجيّة، وذلك من خلال السعي إلى وقف التصعيد الإعلامي بين أطراف الأزمّة، ووقف التدابير القسرية في سبيل إتاحة فرصة فعالة لتسوية الأزمّة الخليجيّة.

٥- قيام المملكة العربيّة السعوديّة ودولة الإمارات العربيّة المتّحدة ومملكة البحرين وجمهورية مصر العربيّة باتخاذ مبادرات إنسانيّة تجاه المواطنين القطريين؛ وذلك من أجل التخفيف من الآثار الإنسانيّة أو الاجتماعيّة التي لحقت بهم بسبب هذه الأزمّة.

٦- الأخذ في الاعتبار أن الخلاف القائم بين الدول الخليجيّة الثلاث وجمهورية مصر العربيّة من جانب ودولة قطر من جانب آخر هو خلاف سياسي وليس خلافاً دينياً أو قومياً، وبالتالي إبعاد المواطنين القطريين عن الأزمّة بوصفها أزمّة سياسية.

٧- سرعة فصل محكمة العدل الدوليّة في النزاع القائم بين عدة دول خليجيّة بالإضافة إلى جمهورية مصر العربيّة ضد دولة قطر في سبيل إنهاء الأزمّة القائمة؛ وذلك لمنع الآثار الاقتصاديّة والإنسانيّة والاجتماعيّة الضارة ذات الأثر الممتد التي تلحق بالمواطنين القطريين والمقيمين في دولة قطر.

٨- طرح مقرر خاص في موضوع تسوية المنازعات الدوليّة والقيام بتدريبه لطلاب البكالوريوس والدراسات العليا بكليات القانون وغيرها من الكليات التي تهتم بمجال الشؤون الدوليّة.

٩- ضرورة احترام الخصوصية التي تتمتع بها كل دولة من دول مجلس التعاون الخليجي، وذلك من خلال الابتعاد عن السلوكيات التي تمثل مساساً بالسيادة الداخلية، وتدخلها في الشؤون الداخلية لكل دولة من الدول الأعضاء في هذا المجلس.

إشكالية الملكية الفكرية في نشر البحوث العلمية في المواقع الإلكترونية

منوسى علي

أستاذ محاضر- كلية الحقوق والعلوم السياسية -
عضو مخبر الدراسات القانونية بالكلية
جامعة: ابن خلدون- تيارت- الجزائر

مقدمة:

يحتل موضوع البحث العلمي اهتماماً كبيراً في مختلف الأوساط العلمية الجامعية وذلك نتيجة للوعي المتنامي حول القيمة المضافة التي تنجم عن وجود بحث جامعي متميز تعكس آثاره الإيجابية على مختلف القطاعات الإنتاجية والعلمية. ومما لا شك فيه أن مسألة نشر البحوث العلمية على الشكل الإلكتروني مسألة جديدة نسبياً ووليدة ثورة تكنولوجيا الاتصالات الحديثة وما انبثق عنها من تطبيقات عملية أثرت على مختلف مناحي الحياة وأصبحت تساهم بنسبة عالية في الناتج الإجمالي للدول المتقدمة التي تواكب التطورات الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات باعتباره قطاعاً واعداً يساهم في خلق فرص عمل جديدة تحتاج إلى مهارات عالية يتطلبها السوق القائم على الاقتصاد الرقمي الذي يتطلب قدرات كبيرة في مجال توليد وصناعة المعرفة ذات القيمة والعائد الكبير.

وفي إطار تفعيل دور الجامعات لإثراء البحوث على الانترنت ، كون أن هناك إنتاج علمي كبير في الجامعات و في كل التخصصات إلا أنه غير منشور على شبكة الانترنت بسبب أن حجم التعامل العلمي الموجود على الانترنت منخفض كثيرا إذا يبلغ مستوى الولوج العلمي البحثي على شبكة الانترنت بحوالي 1% من جملة التعامل والاتصال بشبكة الأنترنت للأغراض البحثية العلمية.

ويقصد بالمحتوى الرقمي (*Digital content*) المواد المعرفية المكتوبة والتي تعد للنشر على شبكة الانترنت والشبكات التي تقع علي شاكلتها، سواء كان هذا المحتوى يأخذ شكل النص الحرفي أو المادة السمعية البصرية أو الأشكال أو البرامج والقطع البرمجية.

ويشترط في المادة حتى تعتبر محتوى علمي رقمي أن تكون منشورة للعموم بحيث يستفيد منها متصفح الانترنت دون الحاجة إلى الدخول بكلمة مرور، كما يشترط أن تكون المادة موثقة ومفهرسة بشكل يسهل التعامل معها وليس الاكتفاء بتكديس المواد كما وردت من المصدر على الشبكة.

وفي إطار تفعيل دور الجامعات في مجال إثراء المحتوى الرقمي على الانترنت، جاءت فكرة الدراسة من أن هناك إنتاج علمي كبير بشكل عام إلا أنه غير منشور على شبكة الانترنت، كما أن حجم المحتوى البحثي الموجود على الانترنت منخفض عالمياً إذا يبلغ المحتوى العلمي المنشور على شبكة الانترنت بحوالي 1% من جملة الإنتاج المنشور.

وحيث تسعى هذه الورقة لتحقيق الأهداف التالية :

التعرف على معوقات النشر الإلكتروني والتعرف على أسباب عدم الاستفادة من مصادر المعلومات الإلكترونية بالتطرق تفصيلا للنقاط التالية:

- تحديد مفهوم النشر الإلكتروني وأهم خصائصه ومميزاته.
- تحديد مفهوم الملكية الفكرية للنشر الإلكتروني القانونية والشرعية.
- محاولة التعرف على أهم التحديات الثقافية والاجتماعية والاقتصادية التي تواجه النشر الإلكتروني.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للنشر الإلكتروني ومراحل تطوره : (Electronic Publishing).

عند حاجتنا لتعريف النشر الإلكتروني يتوجب علينا قبل ذلك التعرّيج على النشر المكتبي (- Desk Top Publishing

(DTP)⁴⁵⁹.

المطلب الأول: مفهوم النشر الإلكتروني.

يمكننا إدراج عدة مفاهيم لمصطلح النشر الإلكتروني كمايلي:

(1) أنه استخدام الحواسيب في طباعة النصوص المكتوبة على صفحات الـ (word).

(2) هو نظام إنتاج طباعي قليل الكلفة، له القدرة على تركيب وتشكيل وتجميع كل من النص المكتوب والمخطوطات والأشكال المرسومة على شاشة عالية الجودة (*Highly Resoluted*) مع برمجيات خاصة لهذا الغرض وضعت وصممت لجعل الطباعة عملية يمكن إتقانها والقيام بها من قبل أي شخص بعد تدريب بسيط.

(3) النشر الإلكتروني هو عبارة عن برمجيات خاصة مع حواسيب مايكروية وطابعات ليزيرية غير مكلفة تنتج صفحات منظمة ومعدة بصورة جذابة يمكن من خلالها الحصول على خطوط بأنواع وأشكال مختلفة ومتنوعة وتنفيذها⁴⁶⁰.

وغيرها الدكتور شوقي سالم كمايلي: ⁽¹⁾ هو تطبيق ناشئ للحواسيب لتصميم وطباعة وثائق عالية الجودة بشكل كامل في المكتب ذاته دون إرسال أي معلومات أو أعمال طباعية إلى الخارج، أو عند الانتهاء من إعداد الصورة الأصلية للوثائق فيمكن عندئذ إرسالها إلى شركة طباعية لإنتاج كميات منها⁴⁶¹.

⁽²⁾ هو أحد تطورات نظم أجهزة معالجة النصوص التي تحولت من شكل آلي لتنفيذ الحروف إلى شكل إخراجي متميز بأحجام مختلفة من حروف الطبع مع مستوى إخراج قد يصعب حتى على المحترف القيام به بمستوى الحاسب نفسه⁴⁶².

1 : أيمن السامرائي وعامر قنديلجي " النشر المكتبي الإلكتروني " رسالة المكتبة، م30، ع 3 (أيلول 1995م) ص308.

460: جبريل بن حسن العريشي، النشر الإلكتروني، مجلة لمعلوماتية، العدد الثاني متاح في <http://informatics.gov.sa/section.php?id=2>

461: : شوقي سالم، صناعة المعلومات: دراسة لمظاهر تقنية المعلومات المتطورة وآثارها على المنطقة، دار الفكر العربي، لبنان، 2016. ص123

462: شوقي سالم، المصدر نفسه، ص125.

ورد في المعجم الموسوعي لمصطلحات المكتبات والمعلومات المقصود بالنشر الإلكتروني مرحلة يستطيع فيها كاتب المقال أن يسجل مقاله على إحدى وسائل تجهيز الكلمات (*Word-Processing*) ثم يقوم ببثه إلى محرر المجلة الإلكترونية، الذي يقوم بالتالي بجعله متاحاً في تلك الصورة الإلكترونية للمشاركين في مجلته، وهذه المقالة لا تنشر وإنما يمكن عمل صور منها مطبوعة إذا طلب أحد المشاركين ذلك.

وفي هذا السياق أورد الدكتور حسن أبو خضرة تعريفاً للنشر يأتي في أحد ثلاثة أشكال:

1. استخدام الحاسب الآلي لتسهيل إنتاج المواد التقليدية .
2. استخدام الحاسب الآلي ونظم الاتصالات لتوزيع المعلومات إلكترونياً عن بعد .
3. استخدام وسائط تخزين إلكترونية .

ومعظم ما جاء في هذا التعريف يتفق مع الاتجاه العام لمفهوم النشر الإلكتروني ويزيد هذا التعريف بإدخاله استخدام الحاسب الآلي. ولذلك فإن إصدار الدوريات والكتب وغيرها عبر شبكة الإنترنت أو على قرص (*CD*) وتوزيعها على المستخدمين يمثل شكلاً من أشكال النشر الإلكتروني. ومن هنا يمكننا تعريف النشر الإلكتروني (*EP*) بأنه: «استخدام أجهزة وأنظمة تعمل بالكمبيوتر في الابتكار والإبداع والصف وإعداد الصفحات وإنتاج صفحات نموذجية وإخراجها كاملة ومنتهية»

المطلب الثاني: مراحل تطور النشر الإلكتروني.

ونتناول بالتفصيل: مراحل تطور تقنية المعلومات، و مراحل تطور النشر الإلكتروني، مفهوم النشر الإلكتروني، أشكال النشر الإلكتروني، مزايا النشر الإلكتروني وخصائصه، أهداف النشر الإلكتروني، تأثير النشر الإلكتروني على المكتبات، و مفهوم حقوق النشر والملكية الفكرية، المهيدات التي تهدد النشر الإلكتروني. وتتناول مراحل التطور تقنية المعلومات لارتباطها القوي مع تطور النشر الإلكتروني كمايلي:

الفرع الأول: مراحل تطور تقنية المعلومات.

لقد مر التطور في مجال تقنية المعلومات بثلاث مراحل متداخلة يمكن إيجازها فيما

المرحلة الأولى: وهي مرحلة الطباعة التقليدية الورقية لنشر الكتب والدوريات وغيرها من مصادر المعلومات الورقية.

المرحلة الثانية: وفي هذه المرحلة كانت بدايات النشر الإلكتروني حيث ظهرت مشروعات تحويل مصادر المعلومات من شكلها التقليدي الى الشكل الإلكتروني . ولقد ساهمت تقنية الأقراص الضوئية في دعم هذا التوجه حيث تسابقت العديد من دور النشر العالمية في مضمار النشر الإلكتروني الذي لاقى رواجاً واستحساناً من قبل المؤسسات الثقافية والباحثين على حد سواء، ومن أهم تلك الأعمال العلمية التي تم تحويلها من الشكل الورقي الى الآلي على سبيل المثال : الموسوعة البريطانية (*Britannica*) قاموس أكسفورد (*Oxford English Dictionary*)، الكتب المطبوعة المتاحة (*Books In Print*) موسوعة علوم المكتبات والمعلومات (*Encyclopedia of Library and Information*)، و (*Sciences*)، كتاب حقائق العالم (*World Factbook*).

المرحلة الثالثة: بدأ في هذه المرحلة نشر المعلومات إلكترونيا فقط دون أن يكون لمصدر المعلومات أصلا ورقيا . وفي الغالب ، فان ما نجده متاحا على شبكة الانترنت خير شاهد على هذه المرحلة .
نشر تقليدي === نشر تقليدي والإلكتروني متوازي === نشر إلكتروني .

في ظل هذه الظروف أصبح من الصعب على أمناء المكتبات توفير جميع ما يحتاجه المستفيدون من مصادر معلومات في الشكل المطبوع، علاوة على ميل كثير من الباحثين والقراء الشباب الى مصادر المعلومات الإلكترونية حتى مع توفر نسخا مطبوعة منها أكثر شمولا ، لما لها من إمكانيات بحث متطورة وجاذبية تتفوق بها على المصادر التقليدية . فقد نشرت المجلة الطبية البريطانية (*BMJ*) أن حوالي 40% من (20.000) زائر أسبوعي لموقع المجلة على الانترنت نادرا ما يشاهدون النسخة الورقية أو أنهم لا يشاهدونها على الاطلاق .

الفرع الثاني: مراحل تطور النشر الإلكتروني.

المرحلة الأولى: استخدام الحاسوب لإصدار المنشورات التقليدية المطبوعة على الورق، وإن الآلات المعلومات الميكانيكية تستخدم لتوليد الناتج الورقي، ويمكن أيضاً أن تستخدم لأهداف أخرى، ويمكننا أن ندع هذه المرحلة كمرحلة الأسلوب المزدوج لأن المنظورات المطبوعة على الورق تتعايش مع نظيراتها الإلكترونية جنباً إلى جنب .

المرحلة الثانية: وهي ظهور مطبوعات جديدة بصورة تامة وهذه موجودة بشكل إلكتروني فقط... ومن أوضح الأمثلة على هذه مرادد المعلومات والآلات المختلفة، وهذه يمكن الوصول إليها عن طريق الخط المباشر فقط لعدم وجود نظير لها مطبوع على ورق .

المرحلة الثالثة : لهذا التطور هي حلول الإلكترونيات محل المطبوعات التقليدية على الورق. وأن هذه المرحلة لم يصل إليها الإنسان ولكن بكل تأكيد فهو على عتبة هذه المرحلة، وبكل تأكيد فإن مرحلة الإحلال سوف تؤثر على أنماط عديدة من المنشورات التقليدية بالنمط نفسه الذي تحرك خلال مرحلة الأسلوب المزدوج، وأن المنشورات الضخمة والمكلفة مالياً وغيرها من المنشورات التي تتطلب التحديث باستمرار يجب أن تكون أول من تنتج لتحل محلها المطبوعات الإلكترونية. في حين أن الأنماط الأخرى من المنشورات التقليدية ومن بينها الدوريات العلمية فإنها ستتأثر بهذا التحول مستقبلاً.

المرحلة الرابعة: مرحلة المصغرات، وخلال أعوام الستينيات والسبعينيات صرفت الأموال بكل سخاء لتطوير تقنيات المصغرات في مجال النشر، وأن أكبر دعم لهذه البحوث كان من مجلس مصادر المكتبات الذي تم تأسيسه عام 1956 لهدف المساعدة في حل مشاكل المكتبات عامة، ومكتبات البحوث خاصة، فأخذ يقوم بالبحوث بخصوص الطرق الجديدة والإجراءات الحديثة في هذا الصدد، ونشر نتائج البحوث، والاتصال ببقية المعاهد العلمية لإجراء البحوث المماثلة بالإضافة إلى القيام بدور القيادة في هذا المضمار لكي ينسق الجهود لمزيد من التعاون بينهما:

المطلب الثالث: أشكال النشر الإلكتروني.

توالت التطورات في مجال تقنية المعلومات وتعددت الوسائل والطرق والوسائط المستخدمة في تخزين المعلومات واسترجاعها وتبادلها عبر شبكات الحاسب المحلية والإقليمية والدولية ، وكان من أهم نتائج تلك التطورات هذا النمو المضطرد في مجال النشر الإلكتروني ، فعلى سبيل المثال كشفت إحدى الدراسات التي أجريت بين عامي 2009م - 2018م أن عدد

قواعد المعلومات المتاحة بالاتصال المباشر يزداد بنسبة 28% في العام ، وأن عدد قواعد المعلومات المخزنة على أقراص مدمجة ينمو بنسبة 100% في العام ، بينما لا تتجاوز نسبة النمو في المطبوعات التقليدية عن 12 - 15% في العام ، وهو الأمر الذي دعت إليه بعض المبررات التي من أهمها ما يلي⁴⁶³.

الفرع الأول: إيجابيات النشر الإلكتروني.

ان اللجوء الى مصادر المعلومات المخزنة قد يشكل حلا مثاليا للقضاء على مشكلة ضيق المكان المخصص لمصادر المعلومات التقليدية التي تعاني منها المكتبات نظرا لصغر حجم الوسائط المخزنة وعظم ما تحتويه من معلومات .

كما تتيح مصادر المعلومات المحسبة الفرصة لاستخدامها من قبل عدد كبير من الباحثين أينما كانوا دونما اعتبار لحدود المكان أو الزمان . إضافة إلى سهولة التوزيع وسرعته علاوة على انتفاء مشكلة نفاذ النسخ ، فهي تحت الطلب في أي مكان وزمان ، فنسخة واحدة من الكتاب كافية للوصول الى ملايين القراء في أنحاء العالم وفي الوقت ذاته ، كذلك سهولة والمرونة في تحديث البيانات وإصدار الطباعات الجديدة على فترات مناسبة وحيث تعتمد مصادر المعلومات المحسبة على نظم آلية متطورة في الكشف واسترجاع المعلومات تمكن الباحث من إجراء عمليات الربط بين الواصفات وتقييدها أو توسيع دائرة البحث وتضييقها بما يحقق نتائج مرضية ، وهذا ملا يمكن تحقيقه باستخدام المصادر التقليدية.

كما يمكن إجراء عدد من العمليات كنتيجة لعملية واحدة باعتماد النظم الآلية في تخزين ومعالجة المعلومات، فمثلا بعد تخزين السجلات البليوجرافية الخاصة بمصادر المعلومات المتوفرة في مكتبة ما يمكن استخراج قائمة بليوجرافية وقائمة بأسماء المؤلفين وكشاف للعناوين وكذلك للناشرين وقائمة برؤوس الموضوعات ، ومع قلة تكاليف النشر الإلكتروني للكتب وغيرها من مصادر المعلومات كما يتم في المكتبات توفير المبالغ التي تصرف في إجراءات التزويد والطلب والشحن والتجليد والترميم وكذلك تكاليف اشتراكات الدوريات واختصار الجهود التي تبذل في متابعتها ، حيث يمكن دمج الاشتراك في عدد كبير من الدوريات كاملة النص على أقراص مدمجة . وتشكل الدوريات المطبوعة على وجه الخصوص إحدى المشكلات المالية المزممة لأمناء المكتبات ، إذ أن تكاليف الاشتراك فيها في ازدياد ملموس ، كما أن معدل ما يصدر منها في نمو مستمر يقابله تقليص في بنود الصرف عليها عاما بعد عام ، ذلك ما دفع ببعض المكتبات البحثية في الولايات المتحدة إلى إلغاء الاشتراك في دوريات تصل قيمتها إلى 21 مليون دولار ما بين عام 2009 الى 2012 .

الفرع الثاني: أهم صور النشر الإلكتروني.

إذا كان أساس تقنية النشر الإلكتروني متنوعاً لذلك فإن النشر الإلكتروني يأخذ صوراً منها:

- بث خدمات غير تفاعلية (*non-interactive*) مثل التيليتكست.
- خدمات تفاعلية (*Interactive services*) مثل الفيديو تيكست، والبحث المباشر.
- منتجات منفصلة مثل أسطوانات الفيديو، أشرطة الفيديو، البرمجيات.
- غير ذلك مثل الصحف الإلكترونية، المنتجات المهجنة⁴⁶⁴.

وهناك العديد من النماذج للنشر الإلكتروني: من بينها على سبيل المثال لا الحصر:

463: بشار عباس، دور الإنترنت والنشر الإلكتروني، مجلة مكتبة الملك فهد الوطنية، م 3 ع 2 - ذو الحجة .

464 :Gurnsey, John – The Information Professions in the Electronic Age. London, Clive Bingley, 1985. P 3 .

- النشر من طريق الأقراص (CD-ROM).
- النشر على الخط المباشر مثل مشروع مركز أوهايو "GCLC".
- النشر من طريق شبكة الانترنت مثل مشروع تيوليب "TULIP"، مشروع رد سيح "Sage Red"،

نظام بريموس "Primus" للطبع الإلكتروني... الخ .

وقد كانت بداية ظهور المبادرات والمشاريع للمكتبة الرقمية في الولايات المتحدة 1994 من خلال تبني مكتبة الكونجرس وعدد من الهيئات العاملة في مجال الحواسيب دراسة جدوى تنفيذ هذا المشروع على أرض الواقع⁴⁶⁵، إضافة إلى مشروع مطبوعات الجمعية الكيميائية الأمريكية الذي يتيح حوالي 425000 صفحة من مطبوعات الجمعية على شبكة الإنترنت ومبادرة المكتبة البريطانية التي تتيح ما يقارب من 18 مليون مجلد من مقتنياتها على الشبكة، وكتيحية طبيعية لما في النشر الإلكتروني من مميزات فقد تزايدت إتاحة الدوريات الإلكترونية بصورة كبيرة على شبكة الإنترنت، إذ إنها وصلت إلى أكثر من 500 دورية خلال عام 1995 بعد أن كانت 1991 حوالي 100 دورية وتعتزم إحدى دور النشر الكبيرة في أوروبا على وجه التحديد هولندا "Elsevier" إتاحة جميع دورياتها على شبكة الإنترنت البالغ عددها 1100 دورية⁴⁶⁶.

ومما سبق يمكن القول بان هناك تداخل مواضع المكتبة الإلكترونية والنشر الإلكتروني على وجه التحديد على شبكة الإنترنت، إذ إن النشر الإلكتروني على شبكة الإنترنت يعد محصلة طبيعية أدت إلى إيجاد نصوص إلكترونية على شبكة الإنترنت، الأمر الذي ساعد على نشأة فكرة المكتبات الرقمية الافتراضية على الشبكة حيث تقدم خدمات معلوماتية مثل نصوص كاملة لكل ما يستجد من تقارير الاجتماعات الرسمية وأبحاث ودراسات المؤتمرات والندوات العلمية بأشكالها المختلفة، إضافة للاسترجاع الذكي للوثائق بصورها المختلفة واستخدام اللغات الطبيعية في عملية البحث وإمكانية الاتصال بمختلف أنحاء العالم.

المبحث الثاني: خصائص النشر الإلكتروني وأهدافه ومتطلباته في إطار حماية حقوق الملكية الفكرية

لعل من أبرز خصائص النشر الإلكتروني التفاعلية حيث يؤثر المشاركون في عملية النشر الإلكتروني على أدوار الآخرين وأفكارهم ويتبادلون معهم المعلومات، وهو ما يطلق عليه الممارسة الاتصالية والمعلوماتية المتبادلة أو التفاعلية. فمن خلال منصات النشر الإلكتروني سيظهر نوع جديد من مندييات الاتصال والحوار الثقافي المتكامل والمتفاعل عن بعد، مما سيجعل المتلقي متفاعلاً مع وسائل الاتصال تفاعلاً إيجابياً.

المطلب الأول: الأول: خصائص النشر الإلكتروني وأهدافه.

الفرع الأول: خصائص النشر الإلكتروني.

يتميز النشر الإلكتروني بجملة من الخصائص تميزه عن باقي أنواع النشر الأخرى وهي:

01: اللاجماهيرية (Demassification): حيث يمكن توجيه النشر الإلكتروني إلى فرد أو مجموعة معينة من الأفراد.

465: أبو بكر محمود الهوش. التقنية الحديثة في المعلومات والمكتبات: نحو استراتيجية عربية لمستقبل مجتمع المعلومات. ط2 .. القاهرة: دار

الفجر للنشر والتوزيع، 2017. ص 56

466: محمد أديب رياض غنيمي. شبكات المعلومات: الحاضر والمستقبل.. (سلسلة دراسات مستقبلية). القاهرة: المكتبة الأكاديمية، 1997. ص

- 102: اللاتزامنية (*Asynchronization*): حيث يمكن عن طريق النشر الإلكتروني القيام بالنشاط الاتصالي في الوقت المناسب للفرد دون ارتباط بالأفراد الآخرين أو الجماعات الأخرى.
- 103: الحركية (*Mobility*): التي تعني إمكان نقل المعلومات عن طريق النشر الإلكتروني من مكان لآخر بكل يسر وسهولة.
- 104: القابلية للتحويل (*Convertibility*): أي القدرة على نقل المعلومات عن طريق النشر الإلكتروني لها من وسيط لآخر.
- 105: الشبوع والانتشار (*Ubiquity*): بمعنى الانتشار حول العالم وداخل كل طبقة من طبقات المجتمع.
- 106: العالمية أو الكونية (*Globalization*): على أساس أن البيئة الأساسية الجديدة للنشر الإلكتروني ووسائل الاتصال والمعلومات أصبحت بيئة عالمية.
- 108: القضاء على مركزية وسائل الإعلام والاتصال، إذ ستعمل الأقمار الصناعية على القضاء على المركزية في نشر المعلومات والبيانات، ولن يرتبط الناس بوسائل الإعلام من خلال المسافات الجغرافية فقط، وإنما سيرتبطون معا من خلال اهتماماتهم المشتركة.
- 109: زوال الفروق التقليدية بين وسائل نشر المعلومات المتمثلة في الصحف والكتب والمجلات، حيث أصبح مضمون أي وسيلة منها عن طريق النشر الإلكتروني متاحاً ومشاعاً في جميع الوسائل الأخرى وبأشكال وأساليب عرض وتقديم مختلفة ومتطورة.
- 110: أصبح النشر الإلكتروني والإنترنت بمنزلة مكان يعج بالناس والأفكار تستطيع زيارته والتجول في جنباته، مما أتاح إيجاد ما اصطلح على تسميته بعالم الواقع الافتراضي (*Cyber Space*) والذي يزيل حواجز المكان والمسافة وقيود الزمان بين مستخدميه، حيث يستطيعون التواصل فيما بينهم بصورة تكاد تكون طبيعية، بغض النظر عن المسافات والتوقيتات التي تفصل بعضهم عن بعض.
- 111: على المستوى العلمي والبحثي والجامعي فإن النشر الإلكتروني يتيح الفرصة أمام الباحثين والجامعيين إلى توجيه الجزء الأكبر من جهودهم إلى عمليات التحليل والتفسير والاستنتاج والتنبؤ والكشف عن الظواهر والمتغيرات الجديدة - وهو ما يمثل العمود الفقري للعملية البحثية - وذلك بديل عما كان يحدث قبل ذلك من ضياع نسبة كبيرة من جهد الباحثين في الحصول على المعلومات، وهو ما سوف يؤدي إلى تطوير المعرفة وتحديثها في المجالات البحثية المختلفة، وازدهار الابتكار والبحث العلمي.
- 112: أن النشر الإلكتروني يضمن للجامعات ومراكز الأبحاث الجودة العالية للمخرجات المطبوعة التي أصبحت بتطور البرمجيات والطابعات، تضاهي كفاءة منتجات المطابع المحترفة وجودتها، بشكل يصعب التفريق بينهما أحياناً.
- 113: ضمان الاقتصاد الملموس في الوقت والجهد والمال. فالمرحلة المعروفة في إعداد النسخ للطباعة كالتنضيد والإجراءات والمتطلبات البشرية والمالية والأجهزة والمعدات التي تستهلكها هذه المرحلة قبل أن تصل النسخة إلى آلة الطباعة هي العامل المؤثر والمباشر في ارتفاع كلفة الطباعة في المطابع، والتأخير والأجور المرتفعة للأيدي العاملة الفنية. النشر الإلكتروني اختصر هذه العمليات كلها وأصبحت الكلفة الحالية تقدر بعُشر كلفة الطباعة التقليدية.

14: السرعة العالية في الإنجاز مع ضمان الجودة والكفاءة العالية وبأقل جهد⁴⁶⁷

كما يتميز النشر الإلكتروني عن النشر التقليدي بخصائص وصفات أوردها الدكتور عماد عبد الوهاب الصباغ في الآتي:

1. إمكانية إنتاج وتوزيع المواد الإلكترونية بشكل سريع .
2. إمكانية إجراء التعديلات بشكل فوري.
3. لا يوجد حاجة للوسطاء والتوزيع التقليدي .
4. مساهمة عدد من المؤلفين أو الكتاب في إنتاج المادة الإلكترونية بشكل تعاوني .
5. يمكن توزيع المادة الإلكترونية لكل أرجاء الأرض دون الحاجة لأجور التوزيع .
6. يمكن للمستفيد شراء المقالة أو الدراسة الواحدة فقط ، بعكس الدوريات التقليدية التي يتم شراء الدورية كاملة.⁴⁶⁸

وبعد هذا العرض للمميزات وصفات وخصائص النشر الإلكتروني نوضح الفروق بين عملية النشر التقليدي والإلكتروني:

الفرع الثاني: أهداف النشر الإلكتروني.⁴⁶⁹

- 467: سليمان الميمان: استثمار الإنترنت في الدعوة إلى الله، ورقة عمل مقدمة لندوة الكتاب الإلكتروني المصاحب لمعرض الكتاب الإلكتروني المنعقد في مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية - 21-30 / 12 / 1420 هـ.. ص142.
- 468: عماد عبد الوهاب الصباغ، النشر بين التقنية والأصالة، مجلة روافد البرمجة، عدد09، دار الكناثر، الأردن، 2015، ص 19.
- 469: تأثير النشر الإلكتروني علي المكتبات.
- أن التوجه نحو استخدام مصادر المعلومات الإلكترونية من قبل المكتبات إلى جانب ما لديها من مصادر تقليدية أو التحول التدريجي عنها نحو البديل الجديد له فوائد جمة للمكتبة نذكر منها :
- 1- أن التعامل مع مصادر المعلومات الإلكترونية سيؤمن الاستفادة من جهة عريضة جدا من المعلومات في موضوع متخصص او اكثر . وهذا يتحقق بشكل أساس عن طريق البحث الآلي المباشر (Online) للاستفادة من قواعد وبنوك معلومات وبشكل تفاعل حيث وفرت شبكات الاتصالات قدرات الربط و الاتصال مع أنظمة متعددة .
 - الاقتصاد في النفقات و التكاليف كآلاتي :
 - الاقتصاد في نفقات الاشتراك بالدوريات بشكلها الورقي وشراء الكتب وبكميات لا تتناسب مع احتياجات المستفيدين ولكنها تشكل عبئا ماليا كبيرا أيضا لا يتناسب والطلب عليها . أما في حالة المصادر الإلكترونية فيكون الدفع و النفقات للخدمة و المعلومات المطلوبة فقط و التي تلبى حاجة المستفيد تماما .
 - توفير المبالغ التي كانت تصرف كما هو مذكور 2/2 أعلاه لمجالات أخرى كالاشتراك في خدمات المعلومات الإلكترونية الجديدة او اقتناء قواعد جاهزة على (CD-ROM) لاغناء المجموعة و تلبية احتياجات المستفيدين بشكل افضل .
 - توفير الكثير من المبالغ التي كانت تصرف في إجراءات التزويد وطلب المطبوعات و أجور الشحن والنقل و نفقات الإجراءات الفنية وكلفة تجليد المطبوعات و فقدان المطبوعات وغيرها .

كانت أهداف النشر الإلكتروني تنحصر في هدف واحد هو قدرة الشبكات على نقل الملفات النصية لخدمة الأغراض العسكرية . حتى بدأت أهداف النشر الإلكتروني تتعدى إلى المؤسسات الأكاديمية والجمعيات العلمية وغيرها بما في ذلك

النشر التقليدي	النشر الإلكتروني
1. وهذا ما يصعب عمله في الوثائق التقليدية ويطول عمله وهو مستحيل في الشكل الصوتي .	1. إمكانية تجميع الوثيقة بأشكال متعددة صوتية، نصية، وصورية.
2. وعلى العكس في الوثائق التقليدية، حيث تحتاج إلى وقت طويل.	2. إمكانية الإنتاج السريع والعالي لكم كبير من الوثائق الإلكترونية.
3. عدم القدرة على الإضافة والحذف لأن هذا سوف يشوه مظهرها.	3. تضل الوثيقة الأصلية على جودتها ومن الممكن أن تضيف تحسين وتعديل عليها
4. عدم القدرة على استخدام البيانات والتعديل فيها ، يعطى الوثيقة ثقة تامة وضبط ، حيث تضمن سلامتها من العبث .	4. إمكانية التعديل والتجديد وإعادة استخدام البيانات ، قد يطرح مشكلة في درجة الثقة والضبط .
5. صعوبة نشر الوثيقة بسبب الإجراءات الطويلة التي تمر بها، وهذا قد يكون ميزة وعيب.	5. إمكانية التوزيع السريع للوثيقة بشكل سريع وفي أي مكان
6. وهنا على العكس حيث تضمن الحقوق كامل من ناحية الإيداع وضمان حقوق المؤلف .	6. صعوبة تحديد وتطبيق الحقوق الفكرية وتطبيق القوانين الإيداعية

الأفراد وأصبحت أهدافه تتركز في النهاية فيما يلي:-

1. تسريع عمليات البحث العلمي في ظل السباق التكنولوجي.
2. توفير النشر التجاري الأكاديمي .
3. وضع الإنتاج الفكري لبعض الدول على شكل أوعية إلكترونية .
4. تعميق فرص التجارة الإلكترونية .

المطلب الثاني: متطلبات وجود النشر الإلكتروني في إطار احترام حق الملكية الفكرية.

لا يزال العالم العربي مبتدئاً في مجال النشر الإلكتروني، إلا أننا نشاهد تحركات جيدة في بعض الدول وضحلة في بعضها الآخر. إن إمكانيات النجاح متوفرة، والكمون الموجود في العالم العربي واعد، والمسألة الجوهرية في نجاحنا في هذا الاتجاه هو وجود الرؤية الاستراتيجية الشاملة لتحقيق أهداف محددة في هذا المجال.

الفرع الأول: متطلبات وجود النشر الإلكتروني: يجب أن تضم هذه الرؤية الشاملة معالجة الموضوع من كل جوانبه،

فمتطلبات وجود الأعمال الإلكترونية في العالم العربي هي في المجالات التالية:

(1) البنية التحتية اللازمة (اتصالات، حواسيب، معلومات، نظم، توزيع...) يمكن للأعمال الإلكترونية الانتشار في مجتمع دون وجود بنية تحتية أساسية لازمة لهذه الأعمال. والبنية التحتية اللازمة تتألف من مركبات مثل:

- وجود الحواسيب الشخصية في المؤسسات والمنازل والتي عن طريقها يتم إجراء الأعمال الإلكترونية
- انتشار شبكات الاتصالات بأنواعها
- واقع وجود الحواسيب على الإنترنت .
- واقع وجود مخدمات آمنة *Secure Servers* على الإنترنت

- (2) الأطر البشرية من حيث التكوين ومن حيث التدريب.
- (3) البحث والتطوير والدراسات اللازمة لتوطين هذا الاقتصاد.
- (4) التشريعات الضرورية لإيجاد البيئة التنظيمية لتسهيل انتشار الأعمال الإلكترونية.
- (5) دعم حكومي وفق مبادرة وطنية مبنية على رؤية واستراتيجية.

الفرع الثاني : حقوق الملكية الفكرية للناشر الإلكتروني.

تتميز الأوعية الإلكترونية بالعديد من المميزات والخصائص منها : سهولة نسخ هذه الأوعية وتداولها في أشكال قابلة للقراءة آلياً، وعادة ما تكون هذه النسخ الجديدة مطابقة للأصل تماماً، وأحياناً تكون ذات جودة عالية، وكذلك سهولة تمرير الأوعية الإلكترونية وسط الملايين من المستفيدين منها وملايين من الأفراد المتوقع استفادتهم منها مستقبلاً، وقد يكون نسخ وتحويل الأوعية الإلكترونية مقابل قيمة مالية منخفضة أو بدون مقابل في بعض الأحيان.

ومن المعروف ان كل الأوعية المتواجدة على شكل قابل للقراءة الآلية، والتي تشمل الصور الرقمية والبريد الإلكتروني، والمواد المحملة من مواقع الإنترنت أو مخدم الويب، الدوريات الإلكترونية بالإضافة إلى كافة المواد المتواجدة على شبكة الإنترنت وتكون في شكل افتراضي فكلها تحتاج إلى حقوق خاصة بالنشر بغرض الحفاظ على الحقوق والأدبية للمؤلفين وفي البداية تعريف الحق لغةً واصطلاحاً:

أولاً: مفهوم الحق :

01- لغةً: إن المعنى العام لكلمة الحق تعني: الثبوت والوجوب، ولم يبتعد علماء الفقه عن هذا المعنى اللغوي كثيراً، ومن هذه المعاني:

- الثبوت والوجوب: وفي هذا المعنى تفيد ثبوت الحكم ووجوبه كقوله تعالى: "لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون" ⁴⁷⁰.
- الأمر الثابت: أي الأمر الموجود كقوله تعالى: "ونادى أصحاب الجنة أصحاب النار أن قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً، فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم فأذن مؤذن بينهم أن لعنة الله على الظالمين" ⁴⁷¹.

470: سورة يس من الآية 07.

471: سورة الأعراف من الآية 44.

- الحق ضد الباطل: كقوله تعالى: " ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون " ⁴⁷².
الحق عبارة عن فائدة مادية أو أدبية يحافظ عليها القانون بوساطة منح صاحبها قوة يعمل بها الأعمال اللازمة للتمتع بهذه الفائدة" ⁴⁷³

02 اصطلاحاً: عرف الدكتور السنهوري الحق: بأنه مصلحة ذات قيمة عالية يحميها القانون. ⁴⁷⁴

فالملكية الفكرية هي حق يكفله القانون لمؤلف أحد المنتجات الإبداعية ومن جانب آخر تكفل الملكية الفكرية للمؤلف والفنان الحق في تحديد أوجه التصرف في أعمالهم فيحددون متي وكيف تستخدم. فعندما نحمي الملكية الفكرية يحصل المؤلفين والمبرمجين والمبدعون بشكل عام علي حقوقهم وأرباحهم وهو حقهم المشروع بعد ما بذلوه من جهد ومال ووقت. ولذا تشجع حماية الملكية الفكرية المؤلفين والمبرمجون علي إنتاج المزيد من الأعمال. وبدون الحماية لن يخاطر المؤلف بإنتاج أعمال جديدة وسينتهي عصر المعلومات و الفنون التي نعرفه رأي الدين في موضوع حقوق الملكية الفكرية ⁴⁷⁵

الملكيّة الفكرية حقّ مقرر لأصحابه ، و منها حقوق التأليف و النشر فإذا حُفظت هذه الحقوق لمؤلف الكتاب أو طابعه أو ناشره أو غيرهم بموجب عقدٍ صحيح ، وجب تمكينه من حقّه و عدم التعدي عليه ، و ذلك لأنّ المؤلف سابق إلى مباحٍ فهو أحقّ به ، و له أن ينزل عن حقّه بعوض أو بغير عوض إلى من يشاء و عليه فإنّ أيّ كتاب منصوصٍ على حفظ حقوقه لشخصٍ أو جهةٍ ما ، لا يجوز إعادة طبعه أو تصويره أو نسخه أو نشره على غير الصورة التي يجيزها صاحب حقّ التصرف فيه ، و كذلك الحال إن حُفظت حقوق النشر عُرفاً و إن لم يكن ذلك مكتوباً ، لما رواه البخاري معلقاً و أبو داود و الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم « المُسلّمون عند شُرُوطِهِمْ » ، و لأنّ القاعدة الفقهيّة تقول : (المشروط عُرفاً كالمشروط شرطاً).

ثانيا: مدى الاعتراف بالحق .

نتيجة لما سبق اتفقت الدول الأعضاء في اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا التابعة للأمم المتحدة ومكتب اليونسكو للدول العربية في القاهرة على ما يلي ⁴⁷⁶

الاعتراف بحقوق الملكية الفكرية وتطبيقها ومبدأ حرية تدفق المعلومات جزءاً لا يتجزأ من حقوق الإنسان الأساسية. ومن الأهمية بمكان أن نكتشف الطريقة الكفيلة بتحويل مجتمع المعلومات إلى أداة لخدمة احتياجات البلدان النامية بطريقة مباشرة. وتهدف الرؤية الإقليمية إلى الوصول إلى نقطة تحوّل تتاح عندها الفرصة للبلدان لتسخير تكنولوجيا المعلومات

472: سورة البقرة الآية 42.

473: أحمد محمد العنزاوي، الوثيقة العربية و دورها في خدمة المجتمع حقوق الملكية الفكرية وطرق حمايتها بين الفقه والقانون، الندوة العلمية الأولى حول الوثيقة العربية ، دمشق، 2001م المحور الثاني، ص 312.

474: المرجع السابق، ص 314.

475: <http://parde.jeeran.com/law.page.htm>

476: القمة العالمية لمجتمع المعلومات تقرير المؤتمر الإقليمي لمنطقة غربي آسيا للقمة العالمية لمجتمع المعلومات (بيروت، 6-4 فبراير 2003، ص 156.

والاتصالات من أجل تشكيل مستقبلها دون المخاطرة بضياع هويتها الثقافية. وينبغي أن يساعدها هذا الإعلان أيضاً في تحويل أخطار وتحديات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والعملة إلى فرص للتنمية.

ولقد اشتمل البيان الختامي للمؤتمر التأسيسي للإتحاد العربي للنشر الإلكتروني تكوين لجنة حماية الحقوق الأدبية والملكية الفكرية، لذا فقد وجب التنويه عن اهم التوصيات كما اشار اليها العنزايوي والتي من اهمها ما يلي:

وجوب التزام الأمانة العلمية ، و ذلك بتوثيق الأخبار بالأسانيد، وفق الضوابط المرسومة في علم مصطلح الحديث .

2. تخريج النصوص بنسبتها إلى أصحابها ، وعزوها إلى المصادر التي استقيت منها بدقة و أمانة .
3. تحريم قرصنة الكتب و المؤلفات، بأي شكل كانت، و كشف من مارس سرقة عمل غيره و انتحاله لنفسه.
4. التخليد، أو ما يسمى اليوم (الإيداع) والذي عرف لوناً منه اليونان، وعرفه المسلمون، فقد كان كبار العلماء في العصر العباسي يخلدون أعمالهم في دار العلم في بغداد التي أنشأها البويهبي سابور بن أردشير عام 382هـ.
5. صنعة الاستنساخ التي كانت رائجة و يكتسب بعض الناس بها لمعشتهم.
6. مسألة أخذ الأجرة عن التحديث، وقد احتج من قال بصحة ذلك بالقياس على أخذ الأجرة على كتاب الله. فقد صح عن النبي ﷺ قوله أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله (البخاري، رقم الحديث 5296).

7. إن هذا السبق العلمي أو الأدبي أو الفني ملك لصاحبه بمعنيين: بالمعنى الأدبي: بأن لا ينتحل من قبل الآخرين، وبالمعنى المادي: بأن يملك صاحبه أن يستثمره لنفسه أو يسمح لغيره بأن يستثمره يجعله مباحاً يملك من شاء أن يستفيد منه.

وفي الختام نقول: هذا ما يمكن تصنيفه من مجامع الاستدلال للخلاف في هذه المسألة، والناظر يعرف الراجح من الموازنة بين أدلة القولين (الفقه والقانون)، وما على المرء إلا أن يسلك مسلك الورع تحقيقاً لخلوص النية وتجريدها مما يشوبها من الخلاف.

المطلب الثالث: النشر الإلكتروني. كمهدد للملكية الفكرية.

الفرع الأول: مهددات صناعية⁴⁷⁷:

تواجه صناعة النشر الرقمي للمحتوى الفكري والثقافي العربي عبر الإنترنت الكثير من التحديات والمشاكل المرتبطة وفي رأبي أن أهم تلك الصعوبات تتمثل في:

أولاً: الفجوة الهائلة بين حجم الشكل التقليدي والشكل الإلكتروني للمعلومات العربية : فما هو متاح في شكل إلكتروني لا يمكن مقارنته بما تحتزنه المكتبة العربية من مخطوطات ومؤلفات ومعارف تم إنتاجها جمعاً وتأليفاً وتحقيقاً لمئات السنين ونشير هنا إلى أن ما يتاح حالياً في شكل رقمي القسم الأعظم منه هو ما تنتجه وسائل الإعلام الصحفية والتي

477: محمد محمد عليوة تحديات إتاحة المحتوى العربي عبر شبكة الإنترنت إشكاليات توفير وإتاحة قواعد المعلومات الرقمية ورقة عمل مقدمة من: (رئيس مجلس إدارة المجموعة المتحدة لنظم المعلومات والاتصالات) مؤتمر اتحاد الناشرين العرب الرياض، ديسمبر 2009. ص 89.

بدأت منذ النصف الثاني من التسعينات في التواجد على شبكة الإنترنت بالإضافة إلى جهود غير منظمة لتحويل كتب التراث الإسلامي في هيئة نصوص وإتاحتها في المواقع المختلفة.

ثانياً: مشاكل الإتاحة : التصنيفات العامة لطبيعة للمحتوى هي في الأساس مبنية على طبيعة الناشر وتختلف مشاكل الإتاحة باختلاف طبيعة الناشر، فيما يلي الأنواع الرئيسية لقواعد المعلومات والبيانات وبعض المشاكل المصاحبة لإتاحتها في شكل رقمي:

ثالثاً: المحتوى الصحفي والإعلامي: تتمثل قواعد المعلومات المتخصصة في المحتوى الإعلامي في تجميع المواد الصحفية بأنواعها (مقالات، أخبار، تحقيقات، حوارات...) حيث تتركز مشاكل الإتاحة لهذا النوع في توفير الاستثمارات اللازمة لرقمنة الأرشيف الصحفي خاصة مع ضخامة هذا الأرشيف بالإضافة إلى تمويل عملية الفهرسة والتوثيق لهذا الأرشيف لصحف أو مجلات يمتد صودورها لأكثر من مائة عام في بعض الأحيان. إن عدم تناسب الدخل المتوقع من إتاحة هذا النوع من المحتوى قد ضاعف من حجم المشكلة.

رابعاً: المحتوى الرسمي والحكومي: المعلومات الرسمية والحكومية من بيانات وإحصائيات ومعلومات رسمية تعتبر من أهم مصادر الدراسات والبحوث التي يعتمد عليها آلاف الباحثين والمتخصصين وتتمثل أهم الإشكاليات في هذا النوع من المحتوى في القوانين المنظمة لإتاحة المعلومات والتحفظات الكثيرة التي تمنع في كثير من الأحيان من إتاحة كافية لمصادر معلومات موثقة من الجهات الرسمية.

خامساً: المحتوى الأكاديمي والعلمي: الدوريات العلمية المحكمة أو المتخصصة التي تنشرها الكليات ومراكز البحوث الجامعية تعاني من مشاكل متعددة في شكلها التقليدي خاصة الجانب التمويلي وعلى الرغم من مبادرة عدد من الجامعات نشر أعداد من هذه الدوريات رقمياً من خلال شبكة الإنترنت إلا أن هذا المجهود لا يقارن بحجم العدد الكلي للدوريات المحكمة العربية (في حدود 3000 دورية) وتتشابه مشاكل الإتاحة مع المصادر الصحفية من حيث الحاجة لميزانيات للرقمنة وميزانيات للتوثيق والفهرسة والتكشيف فضلاً عن تغطية تكاليف النشر في حد ذاته خاصة وأن غالبية هذه المجالات متاحة للباحثين بأسعار رمزية. على جانب آخر تمثل إشكالية إتاحة قاعدة معلومات للرسائل والأطروحات الجامعية مشكلة أخرى خاصة في ما يتعلق بالقوانين المنظمة لعملية النشر والملكية الفكرية والحقوق الموزعة بين الباحث والمشرّف والجامعة.

سادساً: إصدارات دور النشر الخاصة: يمثل هاجس النشر الإلكتروني عند كثير من الناشرين عامل سلبي ومشكلة حقيقة تحتاج لتوعية بأهمية النشر الإلكتروني سيدفع بالنشر إلى آفاق أرحب كثيراً من أكثر من زاوية: عدد القراء مع تجاوز الحدود الجغرافية إقليمياً وعالمياً، التخلص من نفقات الطباعة التي تمثل مشكلة رئيسية في عملية النشر التقليدي.

سابعاً: الإصدارات المرجعية (الأدلة): تمثل الأدلة أحد الأنواع المهمة لقواعد المعلومات والبيانات وتتمثل المشاكل الرئيسية في حالة قواعد معلومات الأدلة في عملية التحديث المستمر للبيانات فضلاً عن الاعتماد شبه الكامل على محركات البحث الأجنبية لتغطية معظم هذه الأدلة.

ثامناً: مشاكل الاستثمارات وقناعات الجهات المانحة : وهذه من أهم التحديات الحالية حيث لم تصل العقلية العربية في مجال الاستثمار أو الأعمال إلى درجة الدخول في هذا المجال عن قناعة وفي الغالب اقتصرت المحاولات حتى الآن

على منح ومعونات ومساعدات من جهات حكومية أو شبه حكومية أو مصادر لا تهدف للربح ومن ثم واجهت المحاولات التي تمت في صناعة المحتوى الرقمي العربي مشاكل تمويل أدت في معظم الحالات إلى توقف هذه المحاولات في بداياتها ولم يتسن لها فرص حقيقية لإثبات جدوى الاستثمار في هذه الصناعة وتجدر الإشارة إلى أن ما حدث عام 1999 وعام 2000 من ضخ بعض الاستثمارات في شركات عاملة في مجال الإنترنت كان بعيداً تماماً عن صناعة المحتوى وإلى حد كبير كان نموذج العمل المطروح آنذ يركز على بناء بوابات عربية تجتذب أعداداً كبيرة من الزائرين أو الذين يسجلون أنفسهم في قوائم بريدية وكان هذا المعيار الرئيسي في قياس نجاح النموذج من عدمه.

إن المبادرات التي تتم هنا أو هناك بواسطة الحكومات سوف لن تنهض بالصناعة وأن قناعة المستثمرين والمؤسسات المالية بضرورة وجدوى الاستثمار في صناعة النشر الرقمي هي الداعم الفعلي لهذه الصناعة.

- الفرع الثاني: مهددات قانونية:

أولاً: مشاكل حقوق الملكية الفكرية: هي من التحديات الرئيسية التي تواجه الصناعة ومشكلة حقوق الملكية الفكرية قديمة ومعروفة في عالم النشر التقليدي بأنواعه: المطبوعة والسمعية والبصرية ومما لا شك فيه أن صناعة المحتوى الرقمي هي امتداد لصناعة النشر بشكله التقليدي غير أن البعد التقني في الموضوع سوف يؤدي إلى الإسراع بإيجاد حلول قد لا تكون كاملة ولكنها في الغالب ستمثل حلاً مرحلياً للمشكلة. في تصوري أن هناك بعداً لمشاكل حقوق الملكية الفكرية هما:

ثانياً: المشاكل القانونية: وتنصب على مفهوم الملكية ونشير هنا إلى أن معظم التعاقدات التي تمت قبل ظهور الشكل الإلكتروني للأعمال الفكرية والإبداعية لم يكن يتناول الشكل الإلكتروني الجديد ومن ثم وجب على المشرع الإسراع بإيجاد حل للمشكلة، أضف إلى ذلك ما يتعلق بمفهوم الحقوق المثار حالياً والخاص بالمقالات المنشورة في الدوريات (صحف أو مجلات) وكيفية التعامل مع الملكية بين الناشر والكاتب فضلاً عن الفترة الزمنية المتعارف عليها لانقضاء حماية الملكية الفكرية.

ثالثاً: المشاكل المالية: أكاد أجزم بأن أحد المعوقات الرئيسية لسوق النشر في شكله التقليدي أو الإلكتروني - بالإضافة إلى مشاكل التوزيع والاستثمار - هو المشاكل المرتبطة بتوزيع العائد وكيفيته وتوقيتته وهناك محاولة خاصة تمت بخصوص ذلك في رأيي أنها قد تساهم جذرياً في توفير حل لهذه المشكلة.

خاتمة:

في نهاية هذا البحث يمكننا أن ندرج هذه المقترحات في سبيل النهوض بمستوى النشر الإلكتروني كرافد للتنمية وآلية من آليات المحافظة على الحقوق الفكرية للباحثين في المؤسسات البحثية المختلفة.

أولاً: تشجيع التأليف النوعي للكتب الهامة ذات الارتباط الوثيق بقضايا المجتمع العربي وتحديات العصر وتقديم الحوافز المادية والأدبية لأهم الكتب التي تصدر سنوياً وتنتشر إلكترونياً.

ثانياً: الاهتمام بحركة التأليف والبحث التي تساهم في بلورة وصوغ مشروع وطني وتشجيع الأعمال الجماعية الميدانية في هذا المجال. ونشر نتائجها إلكترونياً.

ثالثاً: تهيئة المناخ الإبداعي للشباب في مجال التأليف بتقديم الدعم المناسب لإصدار العمل الإبداعي الأول.

رابعاً: أهمية تنسيق الجهود والمبادرات لتشجيع انتشار الكتاب الإلكتروني وإزالة المعوقات التي تحد من تدفقه وتداوله عبر شبكة المعلومات.

خامساً: دعم وتنسيق الجهود العربية الرسمية والخاصة والأهلية في مجال حماية المخطوطات وأهمية إصدار فهرس شامل للمخطوطات العربية وضرورة إصدار تشريعات تحمي المخطوطات العربية.

سادساً: تعزيز موقع الكتاب الرقمي، وتنسيق شتى المؤسسات العربية العاملة في هذا المجال، وأهمية كفالة حقوق المؤلف المادية والمعنوية في ما ينشر على شبكة الإنترنت، وإصدار معجم عربي شامل للمصطلحات والمفاهيم في مجال المعلوماتية.

سابعاً: دعم الجهود والمبادرات الكفيلة بحماية حقوق الملكية الفكرية للكتاب والدعوة إلى ميثاق أخلاق يضمن الحقوق المتبادلة للمؤلفين والناشرين معاً.

ثامناً: الاهتمام بدعم المكتبات العامة وتطويرها بما يتناسب مع العصر الرقمي والوسائل الحديثة لتدقيق المعلومات والأفكار، ودعم وتعميم المكتبات المتنقلة في القرى والأماكن البعيدة، تجسيدياً لمبدأ القراءة للجميع وضرورة إيجاد السبل في لجان الترقيات للاعتراف بالأبحاث المنشورة على الانترنت و العمل على توعية الناشرين بأهمية النشر الإلكتروني. مع العمل على مساعدة بعض الشركات العاملة في مجال النشر الإلكتروني التي بها ضعف في مستوى الاداء. و العمل على تشريع قوانين تحمي حقوق الملكية الفكرية للباحثين عند رغبتهم في نشر أبحاثهم من خلال المكتبات الإلكترونية ، و تدريب الباحثين على تقنية المعلومات، العمل على تيسير بعض المكتبات بالمجان للباحثين.

كما يجب ضرورة تحكيم الأبحاث والمقالات التي تنشر في المجالات الإلكترونية من محكمين أو ثلاثة محكمين مشهود لهم بالنزاهة العلمية.

المصادر والمراجع المعتمدة

- أبو بكر محمود الهوش. التقنية الحديثة في المعلومات والمكتبات: نحو استراتيجية عربية لمستقبل مجتمع المعلومات.. ط 2.. دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة: د.س ن.
- أحمد محمد العزاوي، الوثيقة العربية و دورها في خدمة المجتمع حقوق الملكية الفكرية وطرق حمايتها بين الفقه والقانون، الندوة العلمية الأولى حول الوثيقة العربية، دمشق، 2001م المحور الثاني
- أيمن السامرائي وعامر قنديلجي "النشر المكتبي الإلكتروني" رسالة المكتبة، م30، ع 3 (أيلول 1995م).
- بشار عباس، دور الإنترنت والنشر الإلكتروني، مجلة مكتبة الملك فهد الوطنية، م 3 ع 2 - ذو الحجة .
- جبريل بن حسن العريشي، النشر الإلكتروني، مجلة لمعلوماتية، العدد الثاني متاح في <http://informatics.gov.sa/section.php?id=2>
- حسين أبو خضرة: النشر الإلكتروني، رسالة المكتبة - ع 23 - أيلول 1988م
- خالد بن عبدالرحمن الجبري، مصادر المعلومات بين الإتاحة والتملك، مجلة المعلوماتية العدد الثاني عشر متاح في <http://informatics.gov.sa/details.php?id=123>
- شوقي سالم، صناعة المعلومات: دراسة لمظاهر تقنية المعلومات المتطورة وأثارها على المنطقة العربية، الكويت، شركة المكتبات الكويتية، 1990م .
- سليمان الميمان: استثمار الإنترنت في الدعوة إلى الله، ورقة عمل مقدمة لندوة الكتاب الإلكتروني المصاحب لمعرض الكتاب الإلكتروني - المنعقد في مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية - 21-30 / 12 / 1420هـ..
- القمة العالمية لمجتمع المعلومات تقرير المؤتمر الإقليمي لمنطقة غربي آسيا للقمة العالمية لمجتمع المعلومات (بيروت، 4-6 فبراير 2003)
- محمد أديب رياض غنيمي. شبكات المعلومات: الحاضر والمستقبل.. (سلسلة كراسات مستقبلية).. القاهرة: المكتبة الأكاديمية، 1997.
- محمد محمد عليوة تحديات إتاحة المحتوى العربي عبر شبكة الإنترنت إشكاليات توفير وإتاحة قواعد المعلومات الرقمية ورقة عمل مقدمة من : (رئيس مجلس إدارة المجموعة المتحدة لنظم المعلومات والاتصالات) مؤتمر اتحاد الناشرين العرب الرياض، ديسمبر 2009
- <http://parde.jeeran.com/law.page.htm>
- هاني شحادة الخوري، النشر الإلكتروني ومستقبل الكلمة المطبوعة، مجلة عربية مجلة شهرية علمية محكمة ،
- Gurnsey, John – The Information Professions in the Electronic Age. London, Clive Bingley, 1985. P 3
- <http://ar.wikipedia.org/wiki>.
- 16- خالد بن عبدالرحمن الجبري، مصادر المعلومات بين الإتاحة والتملك، مجلة المعلوماتية العدد الثاني عشر متاح في <http://informatics.gov.sa/details.php?id=123>
- 17- هاني شحادة الخوري، النشر الإلكتروني ومستقبل الكلمة المطبوعة، مجلة عربية مجلة شهرية علمية محكمة ،
- 18- أيمن السامرائي وعامر قنديلجي "النشر المكتبي الإلكتروني" رسالة المكتبة، م30، ع 3 (أيلول 1995م).
- 19- شوقي سالم، صناعة المعلومات: دراسة لمظاهر تقنية المعلومات المتطورة وأثارها على المنطقة

دور التحول الرقمي في تجويد الخدمة العمومية بالمغرب

بدر بوخلوف

دكتور في القانون العام

-تخصص المالية العامة-

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض بمراكش

ملخص الدراسة:

حاولت هذه الورقة البحثية رصد أهمية مشروع التحول الرقمي في المغرب وقياس آثاره في حل مشكلات الإنسان من ناحية، وفي تفعيل التنمية وتعزيز استدامتها من ناحية ثانية. في ذات الصدد؛ سعت المقالة إلى مقارنة حدود اسهام التحول الرقمي في تجويد الخدمة العمومية، مستعرضة أهم سياقات ودواعي تنبي ورش الرقمنة عبر آلية الإدارة الالكترونية، محددة في الآن نفسه أبرز خصائصها ومميزاتها بالمقارنة مع نظيرتها التقليدية. كما عملت على رصد واقع تفعيل مشروع الرقمنة ومعوقات تنزيله في ظل عالم متحول.

الكلمات الدالة: التحول الرقمي - الخدمة العمومية - الإدارة الالكترونية - التنمية المستدامة.

Abstract:

This paper attempts to monitor the importance of digital transformation in Morocco, and measure its effects in solving human problems on the one hand, and promoting and sustaining development on the other. This paper also seeks to approach the limits of the digital transformation contribution in improving the public service through presenting the most important contexts and reasons for adopting the digitization project via the electronic administration mechanism. Also, this paper will determine its most important characteristics and advantages compared to its traditional counterpart. Moreover, this paper seeks to monitor the reality of digitization and the obstacles to downloading it in a changing world.

Keywords: Digital transformation - public service - electronic administration – sustainable development.

تقديم:

أدى التطور السريع لتقنيات المعلومات والاتصالات إلى بروز نموذج جديد من الإدارة في ظل التنافس والتحديات المتزايد أمام الإدارات البيروقراطية، وذلك في سبيل تحسين مستويات أعمالها وجودة خدماتها، وهو ما اصطلح على تسميته بالإدارة الرقمية أو إدارة الحكومة الإلكترونية أو الإدارة الإلكترونية. وبالتالي؛ فإن ظهور الإدارة الإلكترونية جاء بعد التطور النوعي والسريع للتجارة الإلكترونية، والأعمال الإلكترونية وانتشار شبكة الأنترنت⁴⁷⁸.

في هذا السياق الدولي انخرط المغرب في استراتيجية وطنية للرقمنة منذ سنة 1999، والتي كانت من خلال اعتمادها على ثلاث مخططات خماسية، كان آخرها استراتيجية المغرب الرقمي، والتي همت الفترة الممتدة ما بين 2009 و2013؛ بحيث تضمنت أربع أولويات شملت التحول الاجتماعي، الخدمات العمومية الموجهة للمرتفقين، تشجيع المقاولات الصغرى والمتوسطة على الانتقال الرقمي لتحسين تنافسيتها، وأخيرا تطوير صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصال. والتي أعقبها الإعلان عن استراتيجية أخرى للرقمنة بدءا من سنة 2014 إلى سنة 2020، والهادفة إلى تعزيز تموقع المغرب كمركز إقليمي للتكنولوجيا.

إن اعتماد المغرب على الإدارة الإلكترونية⁴⁷⁹ كآلية لتحديث المرفق العام وتحسين خدماته، جاء تفاعلا مع ارتفاع الطلب على خدمات المرفق العام وتضاعف المعاملات الإدارية وارتفاع وثيرتها، ورغبة من الدولة المغربية في تجاوز القصور والاختلالات التي تنتجها الإدارة الكلاسيكية، فالإدارة الإلكترونية باعتبارها عملية الانتقال من تقديم الخدمات الإدارية بالطرق التقليدية اليدوية إلى طريقة الكترونية عن طريق استغلال ما تتيحه التكنولوجيا الحديثة من وسائل وأدوات تهدف لاستخدام أمثل للوقت والجهد و المال⁴⁸⁰.

أهمية الموضوع:

يكتسي موضوع الإدارة الرقمية أو الإلكترونية وعلاقته بتجويد الخدمات العمومية للمرتفقين أهمية جد بالغة، وذلك من منطلق كون التحول من الإدارة الورقية إلى أخرى رقمية معاصرة يعد من بين المداخل الأساس لترشيد الخدمات العمومية وتحسينها، والنهوض بجهودها بما يؤسس لتطوير نظام إدارة الحكم والشؤون العامة. كما ويمتصح الموضوع راهنيتها من اعتباره أحد أهم محاور ورش الإصلاح الإداري بالمغرب وتطويره وتحديثه، وجعل الإدارة في خدمة المواطن وفي خدمة التنمية والاقتصاد السوسيو-اقتصادي ببلادنا.

478- ياسين سعد غالب، "الإدارة الإلكترونية وأفاق تطبيقاتها العربية"، المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، 2005، ص: 03.

479- تقوم فكرة الإدارة الإلكترونية على عدة ركائز أهمها:

- استخدام التقنيات ووسائل الاتصال الحديثة من الحاسوب وشبكة الانترنت لتحسين الأداء؛
- تحويل كافة الأعمال والخدمات الإدارية التقليدية من طول الانتظار واستخدام الأوراق إلى أعمال وخدمات الكترونية تنفذ بسرعة عالية ودقة متناهية باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة.
- أنها إدارة بلا أوراق وبلا مكان وبلا زمان.

480- لبنى الجبراري، "الإدارة الإلكترونية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الكدال-الرباط، 2007-2008، ص: 10

تأسيسا على ما تقدم؛ تسعى هذه الورقة البحثية أولا إلى إزالة الغموض الذي لازال يحيط بمفهوم الإدارة الإلكترونية وتأثيرها على ترشيد الخدمة العمومية. وثانيا محاولة قياس مدى استثمار الفاعل الاداري ببلادنا لتقنيات وتطبيقات الإدارة الإلكترونية كما هو متعارف عليه عالميا. وثالثا العمل على تقييم التجربة المغربية في مجال الاستعانة بالوسائل والتقنيات الحديثة للاتصال والتواصل، وذلك بغية رصد ما حققته الإدارة الرقمية ببلادنا على مستوى إصلاح المنظومة الإدارية وتطوير المرفق العام، وما تواجهه من إكراهات ومعيقات في الممارسة والتطبيق، خاصة مع سعي المشرع المغربي إلى ترسيم العمل عن بعد في الادارات العمومية، وذلك بحكم ما أفرزته جائحة كوفيد 19 من تحديات مرتبطة بالتزام التباعد الاجتماعي واتخاذ جملة من التدابير والاجراءات الاحترازية.

تعد الإدارة الإلكترونية من ثمار المنجزات التقنية في العصر الحديث⁴⁸¹؛ حيث أدت التطورات في مجال الاتصالات إلى التفكير الجدي من قبل الحكومات في الاستفادة من منجزات الثورة التقنية باستخدام الحاسوب وشبكات الأنترنت في إنجاز الأعمال وتقديم الخدمات للمواطنين إلكترونيا. وبالتالي المساهمة بشكل فعال في حل العديد من المشكلات، وفي مقدمتها الحد البطء والروتين الاداري وتجنب وقوف المواطنين بطوابير طويلة أمام الإدارات العمومية. لقد جاءت الإدارة الإلكترونية كرد فعل واقعي من خلال الاستعانة بتطبيقات الحاسوب الآلي في مجال تقديم الخدمة العمومية وتديريها، وكذا لدعم التواصل ما بين الإدارة الحكومية وفروعها، وما بينها وبين المواطنين، وذلك لبلوغ مبتغى الإدارة العامة الرشيدة⁴⁸².

اشكالية الدراسة:

إذن ومن خلال ما تقدم؛ يمكن طرح الإشكال التالي: ما حدود اسهام التحول الرقمي بالمغرب في تطوير وتنمية الإدارة العمومية وزيادة مؤشرات حكومتها المؤسساتية وفاعليتها الخدماتية في ظل عالم متحول؟

تنبثق عن هذا الإشكال السابق أسئلة واستفسارات فرعية جملة من قبيل:

- ما مميزات الإدارة الإلكترونية؟ وما متطلبات تطبيقها عمليا؟
- ما تجليات ومظاهر التحول الرقمي على مستوى الخدمة العمومية المقدمة من الإدارات المغربية؟ ثم أيضا كيف أسهمت الرقمنة في ترشيد وعقلنة أداء المرفق العام ببلادنا؟
- هل الإدارة الرقمية هي فقط واجهة إلكترونية وخدمات معلوماتية، أم أنها تشكل قاطرة لمراجعة وضعية المرفق العام وتحسين فعالية الإدارة العمومية؟
- وأخيرا؛ ماهي أبرز التحديات والإكراهات التي تقف أمام مشروع التحول الرقمي بالادارة العمومية المغربية اليوم؟

فرضيات الدراسة:

الفرضية الأولى: الإدارة المغربية ومرافقها العمومية استفادت من تحولات الثورة الرقمية.

الفرضية الثانية: الخدمات المقدمة من المرافق العمومية لا زالت قاصرة عن استثمار ما جادت به الثورة الرقمية من مكاسب ومنجزات.

481- بلجيلح شهيناز، "إدارة الإلكترونية وترشيد الإدارة العامة -التجربة الجزائرية-"، مذكرة مكملة لنيل متطلبات شهادة الماستر في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص: إدارة وحكومة محلية، جامعة المسيلة، كلية الحقوق، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 03.

482- بلجيلح شهيناز، "إدارة الإلكترونية وترشيد..."، مرجع سابق، ص: 04.

إن محاولة مقارنة الإشكال السابق والإجابة عن الأسئلة المرتبطة به ستتحقق من خلال تقسيم الموضوع إلى مطلبين، يخصص الأول إلى ماهية الإدارة الإلكترونية وخصائصها ودواعي اعتمادها، فيما يخصص الثاني إلى قياس أثر التحول الرقمي على جودة الخدمة العمومية ببلادنا.

المطلب الأول: لماذا الحاجة ملحة اليوم إلى الإدارة الإلكترونية؟

فرض التطرق إلى موضوع التحولات الرقمية ودورها في تجويد خدمات الإدارات العمومية وتحديد آليات الإدارة الإلكترونية، ومحاولة مقارنة ما يحيط بها من إشكالات البدء أولاً بتحديد الإطار المفاهيمي عبر تعريف الإدارة الإلكترونية (الفرع الأول)، وثانياً الوقوف على أبرز السمات والخصائص التي تميزها عن باقي الآليات الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الإدارة الإلكترونية وأهميتها

بالرغم من حداثة مصطلح الإدارة الإلكترونية (Electronique management) وفق ما تشير إليه أدبيات الفكر الإداري المعاصر، إلا أن هناك تقارب ما بين العديد من التعاريف التي قدمت لهذا المصطلح، غير أن الملاحظ فيها هو وجود تداخل مفاهيمي بين مصطلحي الحكومة الإلكترونية والإدارة الإلكترونية. وفي هذا الصدد؛ عرفت الإدارة الإلكترونية بأنها "منظومة إلكترونية متكاملة تهدف إلى تحويل العمل الإداري العادي من إدارة يدوية إلى إدارة باستخدام الحاسب، وذلك بالاعتماد على نظم معلوماتية قوية تساعد في اتخاذ القرار الإداري بأسرع وقت وبأقل التكاليف"⁴⁸³. فيما عرفها البعض بأنها "استخدام الوسائل والتقنيات الإلكترونية بكل ما تقتضيه الممارسة أو التنظيم أو الإجراءات أو التجارة أو الإعلان"⁴⁸⁴. أما الحكومة الإلكترونية فهي "نظام حديث تتبناه الحكومات باستخدام الشبكة العنكبوتية العالمية والإنترنت في ربط مؤسساتها بعضها ببعض، وربط مختلف خدماتها بالمؤسسات الخاصة والجمهور عموماً، ووضع المعلومة في متناول الأفراد، وذلك لخلق علاقة شفافة تتصف بالسرعة والدقة تهدف للارتقاء بجودة الأداء". ويعتقد أن أول استخدام لمصطلح "الحكومة الإلكترونية" قد ورد في خطاب الرئيس الأمريكي بيل كلينتون عام 1992⁴⁸⁵.

لقد أدى التطور السريع لتقنيات المعلومات والاتصالات إلى بروز أنموذج ونمط جديد من الإدارة في ظل التنافس والتحدي المتزايد أمام الإدارات البيروقراطية كي تحسن من مستوى أعمالها، وجودة خدماتها، وهو ما اصطلح على تسميته "بالإدارة الرقمية"، أو إدارة "الحكومة الإلكترونية"، أو "الإدارة الإلكترونية". وإذا كان البعض قد ربط ظهور الإدارة الإلكترونية بتطور التجارة والأعمال الإلكترونية وانتشار شبكات النت. فإن بعض الدراسات ترى أن الاهتمام بهذا النوع من الخدمة قد بدأ مع اهتمام الحكومات وتوجهها نحو تحقيق شفافية العمل، وتعميق استخدام التكنولوجيا الرقمية لخدمة أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية⁴⁸⁶.

483- تعريف وارد على الموسوعة الحرة ويكيبيديا: <https://ar.wikipedia.org>، تاريخ الزيارة 05/05/2020 على الساعة 34: 15.

484- الطعامة، محمد محمود، طارق العلوش شريف، "الحكومة الإلكترونية وتطبيقاتها في الوطن العربي، الأردن"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2004، ص: 10-11.

485- التعريف ورد بموسوعة الحرة على الرابط التالي: <https://urlz.fr/aedw>، بتاريخ 31 يوليوز 2019 على الساعة الثامنة مساءً وأربع وأربعين دقيقة.

486- سعيد بن معلا العمري، "المتطلبات الإدارية والأمنية لتطبيق الإدارة الإلكترونية - دراسة مسحية على المؤسسة العامة للموانئ -"، رسالة ماجستير غير منشورة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص: 14.

وتظهر أهمية الإدارة الإلكترونية في اعتبارها أحد مفاهيم الثورة الرقمية التي تقودنا إلى عصر المعرفة، كما أن الطبيعة التحويلية القوية لهذه التكنولوجيا، أضحت لها تأثير عميق على الطريقة التي يتعامل بها الناس، ويعملون فيما بينهم، ويتبادلون العلاقات الاجتماعية، ويتواصلون في شتى بقاع العالم⁴⁸⁷. إن نشأة الإدارة الإلكترونية كمفهوم حديث هي نتاج تطور نوعي أفرزته تقنيات الاتصال الحديثة، في ظل ثورة المعلومات، وازدياد الحاجة إلى توظيف التكنولوجيات الحديثة في إدارة علاقات المواطن والمؤسسات، وربط الإدارات العامة والوزارات عبر آلياتها. وبالتالي؛ التحول الجذري في مفاهيم الإدارة التقليدية وتطويرها. أما تطبيقها فكان بصورة مصغرة وبأساليب بسيطة، ولم تصل إلى الصورة الرسمية إلا بشكل متأخر؛ بحيث بدأت بالظهور في أواخر عام 1995 بولاية فلوريدا الأمريكية في هيئة البريد المركزي، ومفهوم الإدارة الإلكترونية يدل على أن كل شخص يستطيع الحصول على الخدمات من خلال الحاسوب دون الذهاب إلى المؤسسة المعنية⁴⁸⁸.

إذن ومما سبق؛ يمكن اعتبار الإدارة المرقمنة بمثابة بديل جديد يعيد النظر في طبيعة العلاقة بين الدولة والمواطن، وذلك انطلاقاً من التغيير الحاصل في مفاهيم الإدارة العامة، ومضامين الخدمة العامة، كمحصلة للتحوّل في عمل الأجهزة والمؤسسات الحكومية من الشكل التقليدي إلى شكل يركز أساساً على تقنيات: الأنترنت (Internet) - الانترانت (intranet) - الإكسترنات (extranet)، والبرمجيات، لتلبية حاجيات المواطنين بشكل يزيد من رضا الأفراد على عمل الإدارات والحكومات.

الفرع الثاني: الإدارة الإلكترونية: الخصائص والمميزات

تتميز الإدارة الإلكترونية المعاصرة عن نظيرتها التقليدية بجملة من السمات الجوهرية⁴⁸⁹، والتي في مقدمتها أنها إدارة تسعى إلى زيادة الإتقان في أداء الخدمة العمومية، وذلك من خلال المعالجة الفورية للطلبات والدقة والوضوح التام في إنجاز المعاملات. وعليه؛ فإن إدخال الإدارة الإلكترونية إلى المرفق العام ببلادنا سيقص من كمية النماذج الورقية والمستندات والتوقيعات الواجب استيفاءها أثناء المعاملات الإدارية. في المقابل تعوضها مستندات وتوقيعات إلكترونية مرتبطة بينوك المعطيات ومواقع على الشبكة العنكبوتية⁴⁹⁰. علاوة على مسألة تخفيض التكاليف؛ بحيث إذا كانت الإدارة الإلكترونية في البداية تحتاج لاعتمادات مالية معتبرة بهدف دفع عملية التحوّل، فإن انتهاء نموذج المنظمات الإلكترونية بعد ذلك سيوفر ميزانيات مالية ضخمة، بحيث لن تعد الحاجة في تلك المراحل لليد العاملة ذات العدد الكبير. كما أنها ستساعد على نهج سياسة علمية حديثة تتجاوز أساليب العمل التقليدي التي تعتمد على أعداد كبيرة من الموظفين، كما أنها تساعد على الكشف عن الفائض في الوحدات الإدارية. وبالتالي تسهل عملية إحصاء الموظفين، وتحديد أماكن عملهم ومؤهلاتهم مما يسهل أمر توزيعهم داخل المرافق والإدارات. أيضاً اعتماد الإدارة الإلكترونية سهل من تجاوز مركزية القرار الإداري؛ بحيث مكنت

487- المرجع نفسه، ص: 14.

488- بلجيج شهيناز، "الإدارة الإلكترونية وترشيده..."، مرجع سابق، ص: 13.

489- إيهاب خميس أحمد مير، "متطلبات تنمية الموارد البشرية لتطبيق الإدارة الإلكترونية، (دراسة تطبيقية على العاملين بالإدارة العامة للمرور بوزارة الداخلية في مملكة البحرين)"، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص: 23، 24. مرجع ذكرته بلجيج شهيناز، مرجع سابق.

490- أدم خابا، "دور الإدارة الإلكترونية في إصلاح الإدارة وتجديد المرفق العام"، مقال منشور على موقع مجلة القانون والأعمال على الرابط التالي: <https://urlz.fr/afnY>، آخر زيارة تمت يوم 31 يوليوز 2019 على الساعة الرابعة وست وعشرين دقيقة.

الوحدات الإدارية من حرية أكبر في التعامل. مع الإبقاء على روابط الإخبار والتفاعل مع المركز وفقا للوحة قيادة تتضمن توجيهات وتوصيات ممارسة ذلك النشاط الإداري، كما وتؤمن تتبعا لمساره⁴⁹¹.

إن من بين الأسباب المباشرة التي أدت إلى اعتماد تقنيات الرقمنة في تدبير الخدمات العمومية هي تعقد المساطر الإدارية وتعددتها وتشعبها، وهو ما أضعف من فعالية المرافق العامة وقلص من مردوديتها، وساهم في تزايد السخط وعدم الرضى لذا عموم المواطنين والمرتفقين، كل هذا وازاه تزايد الدعوات الرامية إلى تبسيط الإجراءات وتيسير المساطر. أمام الحاجة للتحديث والعصرنة الإدارية عملت جل الإدارات العامة على إدخال المعلومات إلى مصالحتها، وحرصت على استخدامها الاستخدام الأمثل، لما لها من إمكانيات وقدرات في تلبية حاجات المواطنين بشكل مبسط وسريع، خاصة في ظل تنوع الفئات التي تستهدفها أنشطة المنظمات العامة.

في هذا السياق؛ أضحت الجودة في تقديم الخدمات للمرتفقين من المبادئ الدستورية التي تحكم المرفق العمومي ببلادنا. والإدارة الإلكترونية تساهم في تفعيل هذا المبدأ عن طريق تجاوز الأخطاء اليدوية الناتجة عن تأدية الموظف لمهامه بالطريقة الورقية التقليدية. هذه الأخطاء الوقوع فيها نادر في حالة استعمال الوسائل التكنولوجية، لأن المعطيات فيها مرتبطة بقاعدة للبيانات مبرمجة بطريقة تلقائية ومضبوطة، ما يساهم في الرفع من عدد المرتفقين في الإدارات التي يلجؤون إليها. وبالتالي تجاوز عدم الرضى الذي يطبع العلاقة بين المرفق والمرتفق⁴⁹².

ينضاف إلى ما تقدم سعي صناع القرار الحثيث إلى تحقيق الشفافية عبر أعمال أسلوب الإدارة الإلكترونية، حيث أن الشفافية الكاملة داخل المنظمات التي تعتمد على التقنيات الحديثة هي محصلة لوجود الرقابة الإلكترونية، التي تضمن المحاسبة الدورية على كل ما يقدم من خدمات. وفي هذا الإطار، تعرف الشفافية بأنها "الجسر الذي يربط بين المواطن ومؤسسات المجتمع المدني من جهة، والسلطات المسؤولة عن مهام الخدمة العامة من جهة أخرى، فهي تتيح مشاركة المجتمع بأكمله في الرؤية"⁴⁹³.

وإذا كانت هذه هي أبرز الملامح التي وسمت الإدارة الإلكترونية في عصرنا الحالي، فإن مسألة الانتقال من الإدارة التقليدية إلى أخرى مرقمنة يفرض تقسيم ذلك العبور إلى عدة مراحل⁴⁹⁴، تبدأ أولا بتفعيل الإدارة التقليدية الفاعلة ومحاولة تنميتها وتطويرها، وهو أمر لا بد أن يوازيه الشروع في تنفيذ الإدارة الإلكترونية؛ بحيث يستطيع المواطن من خلالها أن يكون قادرا على تخليص معاملته، وإجراءاته بشكل سهل ودون أي روتين، أو مماطلة، في الوقت الذي يستطيع فيه كل فرد

491 - Sauret Jacques, "Efficacité de l'administration et service à l'administré : les enjeux de l'administration électronique", Revue Française d'administrations publique, N°:110, 2004. P : 288.

492- سي محمد البقالي، "إدخال المعلومات إلى إدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في المالية العامة، كلية الحقوق عين الشق، الدار البيضاء، سنة 2000-2001، ص: 45.

493- أحمد درويش، "الشفافية والنزاهة حلمنا القادم"، نشرية تكنولوجيا الإدارة، العدد الثامن، فبراير / مارس 2007، وزارة الدولة للتنمية الإدارية، مصر، ص: 03.

494- علي حسن باكير، "المفهوم الشامل للإدارة الإلكترونية"، مجلة آراء حول الخليج، الإمارات العربية المتحدة، العدد 23، مركز الخليج للأبحاث 2006، ذكرته بلجيلح شهيناز، "إدارة الإلكترونية وترشيدها..."، مرجع سابق، ص: 20.

يملك حاسب شخصي أو عبر الأكشاك، الاضطلاع على نشرات المؤسسات والإدارات والوزارات وأحدث البيانات والإعلانات عبر الشبكة الإلكترونية، مع إمكانية طبع أو استخراج الاستمارات اللازمة، وتعبئتها لإنجاز أي معاملة.

وتلي هذه الخطوة ثانيا مرحلة الفاكس والتلفون الفاعل؛ أي تفعيل تكنولوجيا الهاتف والفاكس؛ بحيث يتمكن المتعامل أو المواطن من الاعتماد على الهاتف المتوفر في كافة الأماكن والمنازل، والذي يوفر خدمات بشكل معقول التكلفة، إذ يمكن الأفراد من الاستفسار عن الإجراءات، والأوراق والشروط اللازمة لإنجاز أي معاملة بشكل سهل، كما يمكن للأشخاص في هذه المرحلة استعمال الفاكس لإرسال واستقبال الأوراق والاستمارات وغيرها، وفي هذه المرحلة يكون أغلب الأفراد أو المتعاملين وطالبي الخدمة العامة، قد تمكنوا من اكتساب تجربة فيما يتعلق بنمط الإدارة الإلكترونية.

أما كبار التجار والإداريين والمتعاملين فإن اكتسابهم لتجربة أولية للتعامل عن طريق تقنيات الإدارة الإلكترونية في هذه المرحلة، يؤدي بهم إلى التمكن من إنجاز معاملاتهم عن طريق الشبكة الإلكترونية، نظرا لأن عدد مستخدمي الأنترنت في هذه المرحلة يكون متوسط، كما أنه من الطبيعي أن تكون التعرفة في هذه المرحلة أكبر من الهاتف والفاكس. وتلي هاتين المرحلتين مرحلة الإدارة الإلكترونية الفاعلة، وهي الخطوة الثالثة والأخيرة وفق ما يرى أصحاب هذا الاتجاه، إذ يتم من خلالها التخلي عن الشكل التقليدي للإدارة، بعد أن يصبح عدد المستخدمين للشبكة الإلكترونية يقارب 30 بالمائة من المواطنين.

ويجب أن يصاحب ذلك توفر الحواسيب، سواء بشكل شخصي أو عن طريق الأكشاك، أو في مناطق عموميته؛ حيث تكون تكلفتها أيضا معقولة وميسرة لجميع المواطنين، مما يمكن كل الأفراد من استعمال الشبكة الإلكترونية لإنجاز أي معاملة إدارية بالشكل المطلوب وبأسرع وقت، وأقل جهد، وأيضا بأقل تكلفة ممكنة، وبأكثر فعالية كمية ونوعية، وبذلك يكون الرأي العام قد تفهم الإدارة الإلكترونية، تقبلها، وتفاعل معها، وتعلم طرق استخدامها.

لكن وبعد الرجوع لتلك المراحل الخاصة بالتحويل الرقمي نحو الإدارة الإلكترونية التي يقدمها أصحاب هذا التوجه، فالملحوظ أنها ركزت على خطة انتقال تساعد على اندماج المجتمع بشكل تدريجي، لكي يكون هناك تقبل طوعي لاستراتيجية الإدارة المرقمة، بما يؤدي إلى تخفيض شدة مقاومة التغيير التنظيمي، التي تنتج غالبا عندما يكون هناك مشروع يتعلق بتحول جذري، ومفاجئ في الأساليب الإدارية. لكن ما يعاب على وجهة نظر هؤلاء هو أنهم قد أولوا اهتمامهم بالمعدات والأجهزة الإلكترونية اللازمة، وهذا شيء منطقي، انطلاقا من أن التحويل للإدارة الإلكترونية يتطلب توفير البنية التحتية الداعمة للأعمال الإلكترونية، غير أن ذلك لا يمكن أن يفتح المجال واسعا لإنجاح مبادرات الإدارة الإلكترونية، لأن هذه الأخيرة تتطلب بالأساس وجود وعي ثقافي، ومستوى تعليمي وعلمي مناسب، يتماشى وبيئة العمل الإلكترونية، فمرحل

إن التحويل نحو الإدارة الرقمية لا بد وأن يصاحبه القضاء على الأمية الإلكترونية، عن طريق بناء مجتمع معلومات، وتكوين حلقات التواصل الإلكتروني⁴⁹⁵.

495- بلجيلح شهيناز، "الإدارة الإلكترونية وترشيد..."، مرجع سابق، ص: 23.

في سياق آخر ركزت إحدى الدراسات التي تناولت موضوع الإدارة الإلكترونية الحكومية (الحكومة الإلكترونية) على ضرورة توفير ثلاث خطوات متكاملة في تطبيق الحكومة الإلكترونية وهي⁴⁹⁶: أولاً؛ البدء في عملية ربط كافة المكاتب داخل كل قطاع وزارى على حدا إلكترونيا. وثانياً؛ تعزيز عملية التشبيك الإلكتروني بين كافة القطاعات الوزارية في الدولة. وثالثاً؛ تعزيز نظم اتصال هذه القطاعات بمؤسسات الحكومة.

لقد عملت بلادنا على تنزيل ورش التحول الرقمي بغية إحداث طفرة نوعية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهي المسألة التي ما فتئت المؤسسة الملكية تنادي بها، من خلال الدعوة إلى الاستفادة مما توفره تكنولوجيا المعلومات للإسراع بتحقيق أهداف التنمية المنشودة ببلادنا، لاسيما في خطاب العرش لسنة 2018، والرسالة الملكية في السنة نفسها الموجهة إلى القمة الإفريقية الاستثنائية بكيجالي بدولة روندا. في هذا السياق؛ وبعد انتهاء استراتيجية المغرب الرقمي تم الإعلان عن استحداث وكالة التنمية الرقمية⁴⁹⁷ بموجب القانون رقم 61.16 والتي سنذكر بعضاً من المهام المنوطة بها وهي:

- تصميم وتنفيذ مشاريع الإدارة الإلكترونية؛
- إقتراح التوجهات العامة على الحكومة في مجال التنمية الرقمية؛
- إبداء الرأي في كل المسائل المحالة إليها من الحكومة ذات الصلة بالتنمية الرقمية؛
- تطوير الخدمات الرقمية في إطار برنامج الحكومة الإلكترونية؛
- تشجيع نشر الوسائل الرقمية وتطوير استخدامها بين المواطنين.

هذا بالإضافة إلى جملة من المهام، والتي تصب جُلها في تطوير التحول الرقمي عبر الاستثمار الأمثل في التكنولوجيا الرقمية والتقنيات الحديثة، وابتكار أنماط جديدة توفر الراحة للمرتفقين في علاقاتهم بالإدارة العمومية، وتخلق جواً إيجابياً يرفع من تنافسية المقاولات المغربية لاسيما في مجال الاقتصاد الرقمي وتيسر التجسيد الفعلي لطموح المغرب في الاندماج الاقتصادي الإفريقي⁴⁹⁸. لكن؛ وعلى الرغم من المجهودات التي بذلها الفاعلون الرسميون في بلورة مشروع التحول الرقمي عبر آلية الإدارة الإلكترونية، إلا أن هذا الورش لازالت تعترضه جملة من الصعوبات البنيوية والبشرية/السيكولوجية والتقنية، والتي ستحاول الدراسة التطرق إليها من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الرقمنة والمغرب الممكن: أي واقع؟ وبأية رهانات؟

إذا كان تفعيل ورش المغرب الرقمي يكتسي أهمية بالغة لما له من دور فعال في توفير خدمة عمومية ذات جودة عالية تستجيب لمطالب ورغبات جموع المواطنين والمرتفقين⁴⁹⁹. فإن تنزيل هذا المشروع لا يخلو من صعوبات ومعوقات إدارية أو

496- صلاح مصطفى قاسم، "التحديات الأمنية للحكومة الإلكترونية - دراسة مسحية لتجربة دبي في دولة الامارات العربية المتحدة -"، قدمت هذه الرسالة

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العلوم الإدارية، قسم العلوم الإدارية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص: 51.

497- ظهير شريف رقم 1.17.27 صادر في 8 من ذي الحجة 1438 (30 أغسطس 2017)، بتنفيذ القانون رقم 61.16 المحدثه بموجب وكالة

التنمية الرقمية، ج ر ع 6604- ذو الحجة 1438 (14 سبتمبر 2017).

498- مقتطف من كلمة رئيس الحكومة بمناسبة الاجتماع الثاني لمجلس إدارة وكالة التنمية الرقمية بحضور عدد من الوزراء ومسؤولين في

مختلف القطاعات الحكومية، وممثلين عن القطاع الخاص، وذلك يوم الجمعة 18 يناير 2019، موقع رئاسة الحكومة على الرابط التالي:

<https://www.cg.gov.ma>، الزيارة تمت يوم 07 غشت 2019، على الساعة السادسة وسبع دقائق مساءً.

499 - Cour des comptes (2014), Évaluation de la Stratégie Maroc Numeric 2013, Rapport Particulier N° 05/13/CH IV, février,

www.courdescomptes.ma/fr/Page-27/publications/rapportparticulier/evaluation-de-la-strategie-maroc-numeric2013/3-85 et sa

synthèse: http://www.courdescomptes.ma/upload/MoDUle_20/File_20_137.pdf.

سياسية أو قانونية أو تقنية أو بشرية... (الفرع الأول)، والتي تفرض على صناع القرار الانكباب أكثر من أي وقت مضى على تجاوزها ورفع رهانات رقمنة الخدمة العمومية ومسايرة الركب الدولي في هذا الإطار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإدارة الإلكترونية بين ضرورات التفعيل ومعوقات التنزيل

لقد أدى التحول نحو الإدارة الإلكترونية داخل المرفق العام إلى تحقيق نتائج إيجابية جمّة، في مقدمتها جعل الإدارة أكثر قربا عن طريق تزويدهم بدخول سهل وسريع عبر الشبكة العنكبوتية. وبالتالي ستعمل هذه الإدارة المرقمنة على إعادة بناء علاقات جديدة بين المرفق والمرتكب من خلال التمكن من الآليات الحديثة لتقنيات المعلومات، ولاسيما الحاسب الآلي الذي يعتمد في الواقع على برامج المعلومات التي هي من حيث المبدأ لا تؤمن بالعلاقة العاطفية، وما قد ينتج عنها من المخاطر التي يتعرض لها المرتفق⁵⁰⁰، بسبب مزاجية الموظف المخول له القيام بالعمل الإداري. من هذا المنطلق عملت بعض القطاعات الوزارية على الاستفادة من هذا التحول الرقمي من خلال فتح وابتكار طرق جديدة للاتصال تقوم على التوظيف الأمثل لهذه الوسائل في عملية التواصل اليومي مع المواطنين، حيث قامت وزارة الداخلية مثلا بفتح موقع إلكتروني على شبكة الأنترنت لتسجيل المواطنين في اللوائح الانتخابية سنة 2015⁵⁰¹ علاوة على موقع آخر خاص بخدمة الحصول على شواهد الحالة المدنية.

وفي الإطار نفسه قامت وزارة العدل بإنشاء بوابة للخدمات الإدارية والقضائية عبر الخط، والتي تندرج ضمن الدعامات الأساس التي تعتمدها الوزارة من أجل تفعيل استراتيجياتها المتعلقة بتحديث الإدارة القضائية عبر التجسيد اللامادي للمساطر والإجراءات القضائية. وتمكن هذه البوابة من القيام بالطلبات عن بعد من أجل الحصول على مجموعة من الوثائق المتعلقة بالدعوى القضائية والملفات الراجعة لدى جل محاكم المملكة. كما أنها تمكن المواطنين من الاطلاع على الأحكام القضائية أو الحصول على نسخة من سجلاتهم العدلية أو التجارية أو الشكايات⁵⁰². النهج نفسه سارت على خطاه المديرية العامة للضرائب، حيث سمحت للمستوردين والمعشرين من إنجاز الإجراءات الإدارية عبر الخط بواسطة الآليات حديثة للاتصال في إطار برنامجي "BADR" و"SAODC" المعمول بهما من طرف هذه المديرية، والتي من بينها: نقل التصريح وتسجيله وطلب تصحيحه، الاطلاع على مسار التصريح وكذا الواجبات والرسوم، نشر شهادة الإبراء، طلب رخصة لإزالة السلع، الأداء الإلكتروني للحقوق والرسوم... وكل هذه التقنيات الحديثة قد مكنت من التحكم الجيد للعمليات الجمركية وسهولة كبيرة لمستعلي الجمارك سواء كانوا مواطنين، مقاولات أو إدارات وأيضا للجمركيين أنفسهم. كما عملت وزارة التربية الوطنية والتعليم العالي على الاستعانة بالخدمات الإلكترونية لتلبية حاجة مرتفقيها عن بعد، وفي هذا الصدد وفر قطاع التعليم العالي للطلبة مجموعة من الخدمات ومن أهمها المنحة الجامعية والتغطية الصحية والاستفادة من الحي الجامعي وكذا تتبع مسارهم الجامعي... علاوة على ما تقدم تم اعتماد الأداء عبر الهاتف النقال من خلال شراكة بين القطاعين العام والخاص، علاوة على بروز عدد من المقاولات المغربية الناشئة النشيطة وتألقت شركات مغربية رائدة في مجالي الاداءات الإلكترونية والتطبيقات المعلوماتية .

500 - Chatillon (G), « Administration électronique et Services Publics », L'actualité juridique de droit administratif, 2001, P :617.

501 - www.listeselectorales.ma

502- للاطلاع على هذه الخدمات يرجى زيارة الموقع الرسمي لوزارة العدل على الرابط التالي: www.justice.gove.ma

لكن؛ وبالرغم مما حققته الإدارة الإلكترونية من مزايا كمية وكيفية في تحسين الأداء الإداري، إلا واقع تفعيل تقنيات التحول الرقمي عبر هذه الآلية داخل مجموعة من المرافق والخدمات العمومية أبان عن تواجد جملة من التحديات والصعوبات التي تقف أمام تطوير أي ممارسة حقيقية في هذا الاتجاه، وهو ما فرض ضرورة الوقوف عند أبرزها، والتي يمكن إجمالها⁵⁰³ في النقاط التالية:

أولاً؛ الصعوبات المالية والتقنية: وتتجلى في ارتفاع تكاليف تجهيز البنى التحتية للإدارة المرقمنة، وهو ما يحد من تقدم مشاريع التحول الإلكتروني، قلة الموارد المالية لتقديم برامج تدريبية للموظفين، والاستعانة بخبرات معلوماتية في ميدان تكنولوجيا المعلومات ذات كفاءة عالية، ضعف الموارد المالية المخصصة لمشاريع الإدارة الإلكترونية، إكراه الصيانة التقنية لبرامج الإدارة الإلكترونية، علاوة على صعوبة الوصول المتكافئ لخدمات شبكة الانترنت نتيجة ارتفاع تكاليف الاستخدام لدى الكثير من الأفراد.

ثانياً؛ المعوقات البشرية: والتي يمكن تحديد معالمها في انتشار الأمية الإلكترونية لدى العديد من شعوب الدول النامية وصعوبة التواصل عبر التقنية الحديثة، بالإضافة إلى غياب الدورات التكوينية والتكوين المستمر لموظفي الإدارة والأجهزة التنظيمية في ظل التحول الرقمي، زد على ذلك مساهمة الفقر وانخفاض الدخل الفردي في صعوبة التواصل عبر شبكات الإدارة الإلكترونية وتزايد الفوارق الاجتماعية بين فئات المجتمع وانقسامه بين فئات تمتلك أجهزة حاسوبية ومعداتها وأخرى تفتقدها، أدى إلى ازدياد حدة التفرق وأضعف مشاريع الإدارة الإلكترونية. يضاف إلى ما سبق؛ إشكالية البطالة التي يمكن أن تنجم عن تطبيق الإدارة الإلكترونية، وحلول الآلة محل الإنسان، هذا الأخير الذي يرفض ويقاوم التحول الإلكتروني خوفاً عن امتيازاته ومنصبه.

ثالثاً؛ المعوقات السياسية والقانونية: ويمكن تلخيصها في غياب الإرادة السياسية الفاعلة والداعمة لإحداث نقلة نوعية في التحول نحو الإدارات الإلكترونية، وتقديم الدعم السياسي اللازم لإقناع الجهات الإدارية بضرورة تطبيق التكنولوجيا الحديثة ومواكبة العصر الرقمي. بالإضافة إلى غياب هيئات على مستويات عليا في الأجهزة الحكومية تتبادل تشاور سياسي، وتنظر في تقارير اللجان المكلفة بتقويم برامج التحول الإلكتروني، لاتخاذ القرارات اللازمة لرفع مؤشر الجاهزية الإلكترونية وترقيته. وأيضاً عدم وجود بيئة عمل الكترونية محمية وفق أطر قانونية تحدد شروط التعامل الإلكتروني مثل: غياب تشريعات قانونية تحرم اختراق وتخريب برامج الإدارة المرقمنة، وتحدد عقوبات رادعة لمرتكبيها⁵⁰⁴. بالإضافة إلى الإشكالات التي تطرح في ظل التحول نحو شكل التوقيع الإلكتروني وحجية الإثبات في المراسلات الإلكترونية، وصعوبة معرفة المتعاملين عبر الشبكات، في ظل غياب تشريع قانوني يؤدي إلى التحقق من هوية العميل، وكل ما يتعلق بعنصر الخصوصية والسرية في التعاملات الإلكترونية.

503- عشور عبد الكريم، " دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر "، مذكرة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في العلوم السياسية و العلاقات الدولية، جامعة منتوري - قسنطينة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2010/2009، ص: 38.

504- المرجع نفسه، ص: 44.

رابعا؛ **الصعوبات ذات الارتباط الأمني**: والتي تتمثل في التخوف من التقنية وعدم الاقتناع بالتعاملات الإلكترونية، خوفا مما يمكن أن تؤديه من مساس وتهديد بعنصري الأمن والخصوصية في الخدمات الحكومية. كما ويعتبر فقدان الإحساس بالأمان تجاه الكثير من المعاملات الإلكترونية: كالتحويلات الإلكترونية والتعاملات المالية عن طريق بطاقات الائتمان، أحد المعوقات الأمنية التي تواجه تطبيق الإدارة الإلكترونية، بحيث أن من مظاهر أمن المعلومات بقاءها وعدم حذفها أو تدميرها⁵⁰⁵.

خامسا؛ **المعيقات الإدارية**⁵⁰⁶: والتي تتلخص في ضعف التخطيط والتنسيق على مستوى الإدارة العليا لبرامج الإدارة الإلكترونية، عدم القيام بالتغيرات التنظيمية المطلوبة لإدخال الإدارة الإلكترونية من إضافة أو دمج بعض الإدارات أو التقسيمات، وتحديد السلطات والعلاقات بين الإدارات العمومية وتدفق العمل بينها، وكذلك غياب الرؤية الاستراتيجية الواضحة بشأن استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، بما يخدم التحول نحو منظمات المستقبل الإلكترونية، زد على ذلك اعتماد الوحدات الإدارية والتنظيمية على أساليب تقليدية ومحاولة التمسك بمبادئ الإدارة التقليدية، وأيضا مقاومة التغيير في المنظمات والمؤسسات الوطنية من طرف العاملين خوفا على مناصبهم ومستقبلهم الوظيفي.

الفرع الثاني: رقمنة الخدمات العمومية: الأفاق والرهانات في ظل عالم متحول

تسعى بلادنا جاهدة إلى بناء إدارة عصرية دائمة الإصغاء لمحيطها الوطني والدولي. إدارة متوفرة على كل الآليات اللازمة للاستجابة لجميع حاجيات المجتمع أفراد وجماعات، ومهتمة بتقديم أفضل خدمة عمومية ذات جودة عالية، وقريبة من المواطنين، وبأقل تكلفة ممكنة⁵⁰⁷. في هذا الصدد؛ انخرط المغرب في ورش رقمنة المرافق العامة وجعله أحد المداخل الرئيسية للنهوض بالمرافق العامة وبلوغ التنمية الشاملة والمستدامة.

وفي هذا السياق؛ شكلت جائحة كورونا كوفيد 19 التي اجتاحت العالم، والتي لم تكن بلادنا في منأى عنها وفرضت جملة من التدابير الاحترازية، وفي مقدمتها التباعد الاجتماعي والحجر المنزلي واتخاذ إجراءات أخرى، الشيء الذي فرض توقيف مجموعة من المرافق العمومية، كالتعليم⁵⁰⁸ وفرض حالة الطوارئ الصحية وعدد من القيود على الاستفادة من خدمات المرافق والإدارات، وذلك دفعا لكل انتقال للعدوى وانتشارها. كل ما سبق؛ دفع بالعديد من الدول إلى تبني خيار العمل والدراسة عن بعد، ومنها بلادنا. وفي هذا الصدد؛ عملت الأجهزة الحكومية على بلورة مشروع ترسيم العمل عن بعد في الإدارات العمومية، وذلك لسد الفراغ التشريعي في هذا الإطار⁵⁰⁹.

505- بدر بن محمد المالك، " الأبعاد الإدارية والأمنية لتطبيقات الإدارة الإلكترونية في المصارف السعودية -دراسة مسحية-"، رسالة ماجستير في العلوم الإدارية غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص 43. ذكره، عشور عبد الكريم، " دور الإدارة الإلكترونية..."، مرجع سابق.

506- حمد قبلان آل فطيم، " دور الإدارة الإلكترونية في التطوير التنظيمي بالأجهزة الأمنية- دراسة مسحية على ضباط شرطة المنطقة الشرقية"، المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 42-43، ذكره عشور عبد الكريم، " دور الإدارة الإلكترونية..."، مرجع سابق.

507- جفري مراد، " الثورة الرقمية وتأثيرها على الإدارة العمومية بالمغرب"، مقال منشور على المجلة الإلكترونية قانونك على الرابط التالي: <https://url.fr/aedw>، تاريخ الزيارة 06 غشت 2019 على الساعة الثانية صباحا وسبع وثلاثين دقيقة.

508- تم توقيف الدراسة الحضورية بكل أسلاكها بالمغرب ابتداء من الجمعة 13 مارس 2020، على أساس استمرارها عن بعد.

509- مشروع المرسوم لازال قيد الدراسة التقنية للحكومة.

إن رهان الدولة اليوم هو الاستثمار الأمثل فيما توفره التكنولوجيا الحديثة وتقنيات الاتصال والتواصل في تجويد وتطوير العمل الإداري، وجعلها قاطرة حقيقية لتعزيز الدور التشاركي لجميع مكونات الإدارة العمومية. وفي هذا الصدد؛ احتل المغرب المركز الثاني إفريقيا خلال الربع الأول من عام 2019 كأوسع التغطيات الشبكية للاتصالات عبر تقنية الجيل الرابع، وفق تصنيف مؤسسة أوبن سنيل البريطانية. وفي السياق ذاته؛ أشار تقرير للمجلس الأعلى للحسابات حول تقييم الخدمات العمومية عبر الخط⁵¹⁰ إلى أن الطلب على الخدمات العمومية الإلكترونية في تزايد مهم، وذلك راجع لوصول الأنترنت إلى عدد كبير من المغاربة؛ بحيث ارتفعت حصيلة الاستفادة منها من 25 بالمئة إلى 70 بالمئة بين سنتي 2010 و2017. وهي الفترة نفسها التي تم إحراز تقدم كبير على مستوى الاستفادة من الخدمات الإلكترونية كالضرائب والجمارك والتجارة الخارجية والتحفيز العقاري. أما فيما يخص مؤشر الأمم المتحدة حول الحكامة الإلكترونية فقد أحرز المغرب ما بين عامي 2010 و 2014 تقدماً كبيراً، فمن المركز 126 في سنة 2010 إلى المركز 82 في سنة 2014، ليعود إلى المركز 110 في عام 2018⁵¹¹.

إلا أن المجلس الأعلى للحسابات اعتبر في تقريره السابق أن التطور الإيجابي المسجل لا يظهر على أرض الواقع، خاصة الخدمات المتعلقة بتأسيس الشركات وتسجيل السيارات وجمع المعلومات الإحصائية رغم إدراجها ضمن أهداف برنامج الحكومة الإلكترونية. وفي السياق ذاته وقف المجلس على قصور في الوظائف المتوفرة لتقديم الخدمات العمومية عبر البوابات الإلكترونية المؤسساتية؛ والتي من بينها النقص في شفافية تقديم الخدمات، وعدم نشر البيانات العمومية بطريقة تمكن من إعادة استخدامها بسهولة. ومن أجل تجاوز كل هذه التحديات والاكراهات، والتي تقف أمام تجويد ورش التحول الرقمي للإدارات العمومية والدفع به إلى الامام، فإن المجلس في تقريره أعلاه أوصى بتعزيز الإطار التنظيمي للخدمات عبر الإنترنت، وحث على انخراط كل القطاعات فيه، وخصوصاً تلك التي لا تستعين اليوم بألية الإدارة الإلكترونية، ونذكر هنا على سبيل المثال لا الحصر مسك السجل العدلي، فعلى الرغم من إمكانية سحبه إلكترونيا، إلا أن الإدارات الأخرى لا تزال ملتزمة بطلب النسخة الورقية بعلّة غياب الإطار التنظيمي الذي يحكم هذه الخدمة العامة. في ذات الصدد أشار التقرير إلى الدور المهم للتبادل الإلكتروني للمعلومات الإدارية بين الإدارات في مسألة تبسيط الخدمات العامة⁵¹² (المعلومات الموجودة في شهادة الميلاد، السجل العدلي، البطاقة البيومترية للتعريف الوطنية، الجواز البيوميتري، بوابة المستهلك، الشكايات عبر الخط، دليل المساطر الإدارية.. إلخ)، وذلك بغية إقامة هذا التبادل الرقمي وتزويله. وبالتالي فقد دعا كل الإدارات العمومية الى تحسين وتطوير نظم المعلومات الخاصة بهم، وتحديد البيانات الإدارية المطلوبة في هذا النوع من التبادل، وذلك عبر تطوير استراتيجية رقمية مفصلة، والمضي قدما في نشرها، من خلال ضمان دمج أهم مشاريع الخدمة عبر الإنترنت من الإدارات المختلفة تحقيقا للتماسك الشامل للخدمات العامة. كما أوصى بإعادة التفكير في الحكامة العامة للخدمات المقدمة عبر الإنترنت، وبشكل أكثر تحديدا العلاقة بين وكالة التنمية الرقمية بالمغرب -سبق الإشارة إليها فيما تقدم- والإدارات المختلفة، وخاصة أولئك المسؤولين عن الخدمة المدنية والداخلية⁵¹³.

510 -COUR DES COMPTES, « Evaluation des services publics en ligne - SYNTHÈSE- » 24 avril 2019, voir le site suivant : <https://urlz.fr/ahSF>, visite le 7 aout 2019, a 20 :28 mn.

511 -Revue Principes d'administration publique, Prestation de services administratifs, Maroc, Juin, 2019, P : 16, voir aussi : « <https://www.mmsp.gov.ma/uploads/documents/RevuePrestationServicesAdministratifs26Juin2019.pdf> ».

512 -للاطلاع على مجمل الخدمات الإلكترونية المفصلة يرجى زيارة الموقع التالي: <http://www.egov.ma/ar>

513 -COUR DES COMPTES, « Evaluation des services publics en ligne... » op, cite, P :115.

وفي السياق ذاته؛ أعلنت الوزارة المكلفة بإصلاح الإدارة والوظيفة العمومية أن الحكومة تراهن اليوم على تنزيل ورش الخدمات الإلكترونية، وذلك من خلال وضع مخطط توجيهي للتحويل الرقمي للخدمات الإدارية بالشراكة مع مختلف الوزارات والمؤسسات الحكومية⁵¹⁴، وذلك بالاعتماد على الدعامات الأربع التي تركز عليها في الخطة الوطنية لإصلاح الإدارة 2018 - 2021. كما سيتم الارتكان في إعداد هذا المخطط على تصاميم قطاعية للتحويل الرقمي للخدمات على مدى ثلاث سنوات، وذلك وفق نموذج سيتم إصداره بواسطة مرسوم حكومي يوجد في طور الإعداد حسب الوزارة. وسيتمكن هذا المخطط التوجيهي من ضبط مسارات التحويل الرقمي للخدمات الإدارية، ورصد العناصر والجوانب الأساس الموجهة لتطوير الخدمات الرقمية ورفع مستوى نضجها، وخصوصا بعد دراسة أنجزتها وزارة الوظيفة العمومية مؤخرا حول حصر الخدمات الرقمية وقياس مستوى نضجها، كشفت من خلالها أن 23 بالمائة من هذه الخدمات تصنف في المستوى الرابع؛ أي مستوى الخدمات المرقمة بالكامل، بينما 46 بالمائة من الخدمات لا زالت في المستوى الأول؛ أي أنها لا توفر سوى معلومات عن الخدمة المعنية، في حين لا تمثل الخدمات من المستوى الثالث، أي تلك المرقمة جزئيا، سوى 28 بالمائة.

ومن أجل مواكبة تنزيل هذا المخطط، وتوفير بيئة ملائمة للتحويل الرقمي للخدمات الإدارية، فالوزارة بتعاون مع السلطة الحكومية المكلفة بالاقتصاد الرقمي، عملت على إعداد مشروع قانون يتعلق بالإدارة الرقمية، تم تصميمه لسد الفراغ القانوني الذي تعانيه التعاملات الرقمية بين الإدارة والمرتفقين من جهة وبين الإدارات فيما بينها من جهة أخرى، وذلك لكي لا تعرقل النصوص القانونية المصممة للتعامل في بيئة ورقية التعامل مع الخدمات الرقمية⁵¹⁵.

وختاما؛ إن رصد أهمية التحويل الرقمي وقياس أثاره تكمن بالأساس في مدى قدرته على الإسهام في حل مشكلات الإنسان من ناحية، وفي تفعيل التنمية وتعزيز استدامتها من ناحية ثانية. وهو أمر يشمل جوانب اقتصادية، اجتماعية، بيئية (تحدي فيروس كورونا 19)، بل وثقافية أيضا. وتأتي التقنية لتكون عاملا مساعدا ومحفزا في كل هذه الجوانب. ولتقديم مثال مهم على ذلك لا بد من العودة إلى أهداف التنمية المستدامة "SDG" الـ 17 لعام 2030، ومستهدفاتها، والتي أعلنتها الأمم المتحدة عام 2015، إذ قام تقرير صادر عام 2017 عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD موضوعه "القضايا الرئيسية للتحويل الرقمي في الدول العشرين G20"، برصد وتحديد دور التقنية الرقمية في الإسهام في تحقيق جميع الأهداف الـ 17⁵¹⁶. وهكذا، يكون التحويل الذي تقوده التقنية شاملا لجميع توجهات التنمية المستدامة المنشودة على مستوى العالم، هذا الأخير الذي أضحى عرضة للحوادث، الشيء الذي يفتح المجال لطرح عدة أسئلة مصيرية حول مستقبل البشرية في ظل هذا الهجوم الوبائي بين الفينة والأخرى، ومدى قدرة الدول على محاصرتها وبالأحرى التصدي لها عبر اكتشاف لقاحات فعالة ومضادة.

514- كلمة السيد الوزير المنتدب المكلف بإصلاح الإدارة والوظيفة العمومية محمد بنعبد القادر بمناسبة اليوم الدراسي الذي نظمته المرصد المغربي للإدارة العمومية بشراكة مع جامعة القاضي عياض بمراكش حول "الإدارة الإلكترونية بالمغرب: الواقع والمتطلبات"، يوم الخميس 4 يوليو 2019 بالرباط، للاطلاع على تقرير الندوة يرجى زيارة الرابط التالي: <https://url.fr/aiRz>. الزيارة بتاريخ 01/07/2020 على الساعة 23:15 زوالا.

515- سعيد علي الحاج بكري، "التحول الرقمي وآفاق المستقبل"، مقال منشور على الجريدة الإلكترونية الاقتصادية على الرابط التالي: <https://url.fr/av6q>، تمت الزيارة يومه 06 ماي 2020، على الساعة الثامنة وعشر دقائق مساء.

516- سعيد علي الحاج بكري، "التحول الرقمي وآفاق المستقبل"، مرجع سابق.

البيبلوغرافيا

الكتب العامة

- ياسين سعد غالب، "الإدارة الإلكترونية وأفاق تطبيقاتها العربية"، المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، 2005.
- الطعامة، محمد محمود، طارق والعلوش، شريف، "الحكومة الإلكترونية وتطبيقاتها في الوطن العربي، الأردن، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2004.
- أحمد درويش، "الشفافية والنزاهة حلمنا القادم"، نشرية تكنولوجيا الإدارة، العدد الثامن، فبراير / مارس 2007، وزارة الدولة للتنمية الإدارية، مصر.
- علي حسن باكير، "المفهوم الشامل للإدارة الإلكترونية"، مجلة آراء حول الخليج، الإمارات العربية المتحدة، العدد 23، مركز الخليج للأبحاث 2006.

الأطروحات والرسائل:

- حمد قبلان آل فطیح، "دور الإدارة الإلكترونية في التطوير التنظيمي بالأجهزة الأمنية،- دراسة مسحية على ضباط شرطة المنطقة الشرقية"، المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008.
- بدر بن محمد المالك، "الأبعاد الإدارية والأمنية لتطبيقات الإدارة الإلكترونية في المصارف السعودية،-دراسة مسحية -"، رسالة ماجستير في العلوم الإدارية غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.
- عشور عبد الكريم، "دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر"، مذكرة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة منتوري - قسنطينة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2009/2010.
- صلاح مصطفى قاسم، "التحديات الأمنية للحكومة الإلكترونية (دراسة مسحية لتجربة دبي في دولة الامارات العربية المتحدة)"، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العلوم الإدارية، قسم العلوم الإدارية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.
- سي محمد البقالي، "إدخال المعلومات إلى إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في المالية العامة، كلية الحقوق عين الشق، الدار البيضاء، سنة 2001-2000.
- إيهاب خميس أحمد مير، "متطلبات تنمية الموارد البشرية لتطبيق الإدارة الإلكترونية، (دراسة تطبيقية على العاملين بالإدارة العامة للمرور بوزارة الداخلية في مملكة البحرين)"، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.
- سعيد بن معلا العمري، "المتطلبات الإدارية والأمنية لتطبيق الإدارة الإلكترونية، دراسة مسحية على المؤسسة العامة للموانئ"، رسالة ماجستير غير منشورة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003.
- لبنى الجيراري، "الإدارة الإلكترونية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال - الرباط، 2007-2008.
- بلجیلح شهیناز، "الإدارة الإلكترونية وترشيد الإدارة العامة -التجربة الجزائرية-"، مذكرة مكملة لنيل متطلبات شهادة الماستر في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص: إدارة وحكامه محلية، جامعة المسيلة، كلية الحقوق، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، السنة الجامعية 2012-2013.

المقالات البحثية والتدوات العلمية:

- آدم خابا، " دور الإدارة الإلكترونية في إصلاح الإدارة وتجديد المرفق العام"، مقال منشور على موقع مجلة القانون والأعمال على الرابط التالي: <https://urlz.fr/afnY>
- جفري مراد، " الثورة الرقمية وتأثيرها على الإدارة العمومية بالمغرب"، مقال منشور على المجلة الإلكترونية قانونك على الرابط التالي: <https://urlz.fr/aedw>
- كلمة السيد الوزير المنتدب المكلف بإصلاح الإدارة والوظيفة العمومية محمد بنعبد القادر بمناسبة اليوم الدراسي الذي نظمه المرصد المغربي للإدارة العمومية بشراكة مع جامعة القاضي عياض بمراكش حول " الإدارة الإلكترونية بالمغرب.. الواقع والمتطلبات"، يومه الخميس 4 يوليوز 2019 بالرباط.
- مقتطف من كلمة رئيس الحكومة بمناسبة الاجتماع الثاني لمجلس إدارة وكالة التنمية الرقمية بحضور عدد من الوزراء ومسؤولين في مختلف القطاعات الحكومية، وممثلين عن القطاع الخاص، وذلك يوم الجمعة 18 يناير 2019، موقع رئاسة الحكومة على الرابط التالي: <https://www.cg.gov.ma>

المراجع الأجنبية:

- Chatillon (G), « Administration électronique et Services Publics », L'actualité juridique de droit administratif, 2001.
- Sauret Jacques, "Efficacité de l'administration et service à l'administré : les enjeux de l'administration électronique", Revue Française d'administrations publique, N°:110, 2004.

Les revues et les rapports:

- Revue Principes d'administration publique, Prestation de services administratifs, Maroc, Juin, 2019. Voir aussi : «<https://www.mmsp.gov.ma/uploads/documents/RevuePrestationServicesAdministratifs26Juin2019.pdf>».
- COUR DES COMPTES, «Evaluation des services publics en ligne - SYNTHÈSE-» 24 avril 2019, voir le site suivant : <https://urlz.fr/ahSF>.
- Cour des comptes (2014), Évaluation de la Stratégie Maroc Numérique 2013, Rapport Particulier N° 05/13/CH IV, février, www.courdescomptes.ma/fr/Page-27/publications/rapportparticulier/evaluation-de-la-strategie-maroc-numeric2013/3-85 et sa synthèse :http://www.courdescomptes.ma/upload/MoDUle_20/File_20_137.pdf.

مشكلة النفايات الصناعية وكيفية التخلص منها في التشريع الجزائري

✍️ **سي يوسف زاهية حورية**

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري تيزي وزو- الجزائر

الملخص :

برزت في السنوات الأخيرة مسألة أخرى لا تقل أهمية عن مسألة حماية المستهلك، وهي حماية البيئة من مختلف النفايات وخصوصا النفايات الخطرة أي المخلفات الصناعية، كالبلاستيك، الزجاج، الورق، الحديد وغيرها، والتي تعتبر من أهم مظاهر التقدم الصناعي والتكنولوجي الذي تعرفه الإنسانية. وتشكل هذه النفايات خطرا حقيقيا على صحة الإنسان وعلى البيئة الذي يعيش فيها بكل مكوناتها من ماء، هواء وتربة.

تعد مشكلة النفايات الصناعية من المشاكل التي تعاني منها معظم دول العالم، والجزائر لم تكن بمنأى عن هذه المشكلة. فهي تعتبر من بين البلدان العربية التي تعاني من ظاهرة التلوث البيئي بسبب هذه النفايات، هذا ما دفع المشرع إلى وضع ترسانة من النصوص القانونية تتضمن آليات، منها وقائية لمنع النفايات قبل وقوعها في المصدر وأخرى علاجية والتي تتمثل في طرق التخلص منها بعد حدوثها.

الكلمات المفتاحية: النفايات، تلوث، البيئة، الحماية، المشرع الجزائري.

Abstract:

In recent years, an issue as important as consumer protection has emerged, namely, the protection of the environment from various wastes, especially hazardous wastes, i.e. industrial waste, such as plastics, glass, paper, iron and others, which are among the most important aspects of industrial and technological progress that humanity knows. These wastes pose a real threat to human health and to the environment in which they live with all their components, including water, air and soil.

The issue of industrial waste is one of the issues experienced by most countries of the world, and Algeria has not been unaffected by this problem. It is considered among the Arab countries that suffer from the phenomenon of environmental pollution due to this waste, which prompted the legislator to develop an arsenal of legal texts that includes preventive mechanisms to prevent waste before it occurs at the source and therapeutic ones, which are ways of disposing of it after it occurs.

Key words: waste, pollution, environment, protection, Algerian legislator.

مقدمة

برزت في السنوات الأخيرة إلى جانب الأخطار التي تسببها المنتجات الصناعية للمستهلك مشكلة أخرى لا تقل خطورة وهي مسألة النفايات الضارة والمهددة للبيئة والتي هي في تزايد مستمر نتيجة للزيادة في إنتاج المواد الصناعية المتطورة والتي أفرزها التطور الصناعي والتكنولوجي، خاصة مخلفات إنتاج المواد الكيميائية والمواد العضوية والتي تعد نفايات خطيرة ، مما أدى إلى تزايد كميات النفايات الصناعية بأشكالها المختلفة في المدن التي تشهد تمركزا سكانيا كثيفا⁽⁵¹⁷⁾.

أضحت أهمية دراسة هذه المسألة أي حماية البيئة من المخلفات الصناعية أي الخطرة من المسائل التي شغلت كثير من الدول وحظيت باهتمام كبير لكونها لها آثار سلبية على حياة الإنسان والحيوان والنبات، بالإضافة إلى الحيوانات التي تعيش في المياه. إذ لم يعد مشكل التلوث مسألة سهلة، ولذا أولاهها المشرع -كغيره من التشريعات- أهمية قصوى بوضع آليات بقصد التخلص منها أو على الأقل التقليل منها.

فالتساؤل المطروح : ما مفهوم النفايات الصناعية ؟ وما هي الآليات التي وضعها المشرع للتخلص منها؟

للإجابة على هذه الإشكالية يتعين دراسة النقاط التالية :

المبحث الأول : مفهوم النفايات الصناعية .

المبحث الثاني: آليات التخلص من النفايات الصناعية

المبحث الأول: مفهوم النفايات الصناعية

يتضمن مفهوم النفايات الصناعية ، دراسة المقصود منها ، تصنيفها، (المطلب الأول) ،

ثم تحديد الأسباب التي أدت أو تؤدي إلى انتشارها ؟ وما هي الآثار السلبية التي تتركها على البيئة والمحيط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالنفايات الصناعية ، وتصنيفها

تعد النفايات الصناعية من النفايات الخاصة إلى جانب النفايات الطبية والنوية مادامت تتوافر فيها صفات الخطورة. ولذا ينبغي تعريف هذه النفايات، وما هي تصنيفاتها.

الفرع الأول: تعريف النفايات الصناعية

لا يوجد تعريفا مانعا جامعا لمصطلح النفايات بصفة عامة وذلك لتعددتها.

517-ولقد أثبتت الإحصائيات، أنه قدرت خلال الثمانينات نفايات المناطق الصناعية والوحدات العمومية والخاصة لمدينة الجزائر لوحدها- والتي تلقي بنفاياتها في المزبلة العمومية لواد السمارة- بأكثر من 8000 طن يوميا متمثلة أساسا في الورق والكرتون والخشب والخردة، والحديد، والزجاج، البلاستيك، النحاس، النسيج ومختلف المواد الكيميائية الأخرى، معنى هذا أنها وصلت سنة 2000 إلى ما يفوق الـ 1.5 مليون طن سنويا. مأخوذ من مرجع:

ميلود تومي، النفايات في الجزائر وضرورة معالجتها اقتصاديا، مجلة قسنطينة، العدد 16، ديسمبر 2001، ص165.

إذ يقصد بالنفايات على العموم، بأنها مواد ملقاة أو مهملات لا يمكن الاستفادة منها بصورة مباشرة إلا بعد التحويل. كما تعرف، بأنها أي مادة لم يعد لها قيمة في الاستعمال⁽⁵¹⁸⁾. يقصد بالنفايات بصفة عامة، مجمل مخلفات الأنشطة الإنسانية المنزلية والزراعية والصناعية الإنتاجية والتي يعد تركها في مكان ما مهددا للصحة والسلامة العامة. وتعرف النفايات أيضا بأنها فضلات أو مهملات صلبة أو سائلة قابلة للمعالجة لاستفادة منها أو بإزالتها⁽⁵¹⁹⁾.

أما النفايات الصناعية، فهي مواد غير مرغوب بها تنتج عن الأنشطة والعمليات الصناعية المختلفة و تشمل على سبيل المثال المذيبات الكيميائية، الأصباغ، المعادن، الرماد، الدهانات، مواد التغليف، وأوعية التخزين الملوثة، وغيرها من المخلفات الصلبة، كما تشمل المخلفات السائلة كميّاه الصرف الصناعي، والزيت المستهلكة وغيرها⁽⁵²⁰⁾.

فبالنسبة لاتفاقية بازل لعام 1989 التي أبرمت لوضع تنظيم قانوني للنفايات الخطرة ومنها الصناعية، لم تضع تعريفا محدد لها من خلال تعريف لها في المادة 2 الفقرة الأولى، كما يلي: (النفايات هي مواد أو أشياء يجري التخلص منها أو مطلوب التخلص منها بناء على أحكام القانون الوطني).

أما بالنسبة لوكالة حماية البيئة الأمريكية، فقد عرفت النفايات الصناعية، بأنها عبارة عن نفاية أو خليط عدّة نفايات يشكل خطرا على صحة الإنسان أو الكائنات الحية الأخرى سواء على المدى القريب أو البعيد، غير قابلة للتحلل وتدموم في الطبيعة وأنها قد تسبب أثارا تراكمية ضارة⁽⁵²¹⁾.

جاء المشرع الجزائري في المادة 89 من قانون رقم 83-03 مؤرخ في 05/02/1983 المتعلق بحماية البيئة (الملغى)⁽⁵²²⁾، معرفا النفاية كما يلي: (تعتبر نفاية بمفهوم هذا القانون، كل ما تخلفه عملية إنتاج أو تحويل أو استعمال كل مادة أو منتج أو بصفة أعم كل شيء منقول أهمل أو تخلى عنه صاحبه).

كما عرف النفايات بموجب المادة 1/3 من قانون رقم 01-19 مؤرخ في 12 ديسمبر 2001 يتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها⁽⁵²³⁾، كما يلي: ((كل البقايا الناتجة عن عمليات الإنتاج والتحويل أو الاستعمال وبصفة عامة، كل مادة أو منتج وكل منقول يقوم المالك أو الحائز بالتخلص منه أو قصد التخلص منه أو يلزم التخلص منه أو إزالته).

وأورد تعريفا آخر للنفايات الخاصة في المادة الثالثة الفقرة الرابعة من نفس القانون كما يلي: (كل النفايات الناتجة عن النشاطات الصناعية والزراعية والعلاجية والخدمات وكل النشاطات الأخرى التي بفعل طبيعتها ومكونات المواد التي تحتويها لا يمكن جمعها ونقلها ومعالجتها بنفس الشروط مع النفايات المنزلية وما شابهها والنفايات الهامدة....).

518- أحمد عبد الوهاب عبد الجواد، النفايات الخطرة، دار العربية للنشر والتوزيع، القاهرة 1991، ص 21.

519- ميلود تومي، مرجع سابق، ص 162.

520 - <http://www.sepcoenvironment.com/hazardous/industrial-waste-management/>

521- رانا مصباح عبد المحسن عبد الرزاق، مشكلة النفايات الخطرة ومعالجتها في ضوء التشريع المصري (دراسة مقارنة)، بحث مقدم في المؤتمر

العلمي الخامس - القانون والبيئة، يومي 23 و24 أبريل 2018، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ص 6.

522- جريدة رسمية، عدد 06 المؤرخة في 08/02/1983.

523- جريدة رسمية، عدده 77، مؤرخة في 15 ديسمبر 2001.

يستخلص من هذه النصوص المذكورة أعلاه، أن النفايات الخاصة تشمل جميع أنواع النفايات ومنها النفايات الصناعية ماعدا النفايات المنزلية والهامة التي تخضع لطرق معالجة خاصة بها.

الفرع الثاني: تصنيف النفايات الصناعية

اختلفت التشريعات حول تصنيف النفايات الصناعية . فالقانون الإيطالي مثلا ، يصنف النفايات إلى ثلاثة أنواع: نفايات المدن ، نفايات خاصة ، نفايات الصناعية والضارة⁽⁵²⁴⁾. في حين المشرع الجزائري يصنف النفايات الصناعية ضمن النفايات الخاصة وذلك طبقا للمادة 3 الفقرة 04 من نفس القانون المذكور أعلاه والتي تنص على ما يلي: (النفايات الخاصة، كل النفايات الناتجة عن النشاطات الصناعية، الزراعية.....).

فالنفايات الخاصة الناتجة عن الصناعة ، قد تكون غير خطيرة أي ما يطلق عليها النفايات الحميدة وهي مخلفات ناتجة عن عملية التصنيع ولا يصاحب وجودها خطرا على البيئة لكونها تتحلل بسرعة بفعل عوامل طبيعية ، مثلا التغليف الورقي . وقد تكون خطيرة ، وهذه لكونها تحتوي على مركبات معدنية ثقيلة إشعاعية أو فسفورية تشكل خطرا على البيئة. لكونها تتولد عن الصناعة ومحطات توليد الكهرباء بالطاقة النووية⁽⁵²⁵⁾.

فمهما تنوعت هذه الأخيرة ، فهي تعتبر نفايات خاصة وخطرة و تتمثل في نفايات سائلة ، صلبة ، غازية أو مشعة .

أولا-نفايات صناعية سائلة: هي تلك التي تنتج من خلال استخدام المياه في عمليات التصنيع المختلفة أو بقايا مواد مصنعة مثل الزيوت أو مياه الصرف الصناعية التي تلقى في الأنهار أو البحار أو في الوسط الطبيعي.

ثانيا-نفايات صناعية صلبة: وهي النفايات التي تترتب أثناء مراحل التصنيع المختلفة أي عند تحويل المواد الأولية إلى مواد جاهزة . إذ كلما زادت مرحلة التحويل ، كلما زادت كمية النفايات ، ومعظمها مكونة من مواد معدنية ، زجاجية أو بلاستيكية تحتاج إلى مئات السنين للتحلل، ولذلك فهي تشكل خطرا على البيئة. فمثلا الأوحال الزيتية الناتجة عن عمليات إنتاج البترول تعد من أهم النفايات الصلبة الناتجة عن التصنيع⁽⁵²⁶⁾.

ثالثا-النفايات الصناعية الغازية: وهي تلك الغازات أو الأبخرة الناتجة عن التصنيع التي تتبعثر في الهواء من خلال المدخن الخاصة والمصانع مثل غاز أول أكسيد الكربون ، ثاني أكسيد الكبريت وأوكسيد النيتروجين، والجسيمات الصلبة العالقة في الهواء .

د-النفايات المشعة: هي المواد التي تحتوي على إشعاعات ناتجة عن استخدام الطاقة النووية⁽⁵²⁷⁾.

524- مأخوذ من مرجع: مراد بدران ، المسؤولية المدنية للجماعات المحلية في الأضرار المترتبة على النفايات المنزلية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، عدد 01، 2003، ص 99.

525- أمل جاسم ، النفايات الخطرة في دول الخليج العربي . محمول من الموقع: <http://www.4enveng.com/pdetails.php?id=160>
526- هناك من يقسم هذه النفايات الصناعية الصلبة إلى مواد تالفة كالأدوات والتلات والمواد الأولية التي تظهر عدم صلاحيتها لكونها معيبة أو أنها سليمة لكن ظهرت بدائل أخرى جديدة أكثر تطورا منها تتصف بالدقة وبالتالي تطلب الأمر التخلص منها . ومواد أخرى قابلة للإرجاع وهي مخلفات العملية الإنتاجية وهي قابلة للاستخدام من جديد، كمادة أولية من قبل المؤسسة نفسها أو من قبل مؤسسات أخرى متخصصة.

527- أمل جاسم ، النفايات الخطرة في دول الخليج العربي . محمول من الموقع: <http://www.4enveng.com/pdetails.php?id=160>

المطلب الثاني: أسباب انتشار النفايات الصناعية والآثار السلبية الناشئة عنها

توجد العديد من الأسباب والعوامل المؤثرة على انتشار وتراكم النفايات الصناعية، وهذه الأسباب تختلف من مجتمع إلى آخر حسب درجة التقدم الحضاري والوعي الإنساني بأهمية البيئة التي يجب أن تكون سليمة ونظيفة.

الفرع الأول: أسباب انتشار النفايات الصناعية

تتمثل أسباب انتشار النفايات الصناعية فيما يلي:

- سرعة التقدم الصناعي للمنتوجات ، وعدم اعتماد المنتج طرق سليمة مدروسة للتخلص من مخلفاته.
- نقص المسؤولية لدى أصحاب الصناعات ، دون البحث عن طريقة التخلص من نفاياتهم بطرق سليمة، لأن هدفهم الوحيد هو تحقيق الأرباح دون تكبدهم لمصاريف معالجتها.
- كثرة إقبال المستهلكين على اقتناء المنتوجات المعبئة إما في عبوات ورقية أو بلاستيكية أو زجاجية .
- زيادة الإقبال على الاستهلاك دون الأخذ في الاعتبار خطورة المنتوجات في غالب الأحيان.
- رمي العلب والزجاجات في أماكن غير مخصصة لذلك لانعدام ثقافة المحافظة على المحيط.
- غياب قوانين صارمة تمنع رمي مثل هذه النفايات وضرورة تشديد العقوبات.
- عدم انتظام مواقيت رمي النفايات والبطء في تجميعها من قبل عمال النظافة.
- عدم تخصيص حاويات لرمي النفايات كالزجاج، البلاستيك، وغيرها.

الفرع الثاني: الآثار السلبية للنفايات على البيئة

تتولد على النفايات الصناعية أثارا سلبية والمتمثلة في تلوث البيئة ومكوناتها .

تُعرف المادة 4 الفقرة 8 من قانون رقم 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁽⁵²⁸⁾ ، التلوث كما يلي: (كل تغيير مباشر أو غير مباشر للبيئة يتسبب فيه كل فعل يحدث أو يحدث وضعية مضرّة بالصحة وسلامة الإنسان والنبات والحيوان والهواء والجو والماء والأرض وكل الممتلكات الجماعية والفردية).

يتّضح من خلال هذه المادة، أن التلوث يكون بفعل فاعل والذي يتسبب في تضرر البيئة وصحة الإنسان أي ظهور العديد من الأمراض وتضرر الحيوان والنبات أيضا من جراء تلوث مكونات البيئة كالماء والتربة والهواء.

تلوث المياه، تعمل الصناعة على تلويث المجارى المائية والبحيرات بما تلقيه فيها من مخلفاتها ونواتجها الثانوية، سواء من السفن أو المصانع وتؤدى بذلك إلى القضاء على الحياة في المسطحات المائية أو في غالب الأحيان إلى تسمم الأسماك وبالتالي حدوث تسمم للإنسان أيضا⁽⁵²⁹⁾. وأبرز مثال على ذلك، تلوث بحيرة مريوط بالإسكندرية بسبب المخلفات الصناعية. إذ أصبح ماؤها قدرا ملوثا تطفو فوق سطحها الأسماك الميتة وحتى لو وجدت فيها أسماك حية ، فهي فاسدة شديدة السمية

528- قانون رقم 10-03 مؤرخ في 20/07/2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، جريدة رسمية ، عدد 43، لسنة 2003.

529- ومن أهم أعراض هذا التسمم صداع ودوار، شعور بالتعب والإرهاق، تلف الكلى، اضطرابات شديدة في الجهاز الهضمي وقد تحدث

الوفاء. محمول من الموقع : نفايات صناعية / <https://ar.wikipedia.org/wiki/>

على حياة مستهلكيها⁽⁵³⁰⁾. ولذا حاول المشرع الجزائري من خلال إصداره للقانون رقم 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، مسaire لما تم إقراره في اتفاقية جوهانسبورغ Johannesburg سنة 2002 في جنوب إفريقيا على ضرورة حماية المياه من التلوث⁽⁵³¹⁾. إذ تضمنت المادة 51 من هذا القانون ، منع كل رمي للنفايات أيًا كانت طبيعتها في المياه المخصصة لإعادة تزويد طبقات المياه الجوفية.

تلوث التربة : تتأثر التربة بمختلف النفايات الصناعية (الصلبة، السائلة) فتتدهور وتفقد طاقاتها وإمكاناتها الإنتاجية وتنخفض غلتها، كما يؤدي إلى نقص مواردها الطبيعية من ماء ونبات وهذا كله له أثر سلبي على حياة الإنسان والحيوان.

تلوث الهواء: تطرح الوحدات الصناعية الكثير من ملوثات الهواء كغازات السامة والغبار،

والدخان، وهذا يسبب الكثير من الأمراض ، كالسعال المزمن والأمراض التنفسية وخير دليل على ذلك بعض الحالات من هذه الأمراض المسجلة في المناطق القريبة من المصانع في المدن الجزائرية كحي وادي السمار والكاليتوس بالجزائر العاصمة وسكان المناطق المجاورة لمركب الإسمنت في قسنطينة أو بالشلف أو مركب الإسمنت الفوسفاتية لمدينة عنابة⁽⁵³²⁾. وما لهذه الأمراض طبعاً من آثار سلبية على الجانب الاجتماعي والاقتصادي للدولة .

المبحث الثاني: آليات التخلص من النفايات الصناعية

تزايدت النفايات الصناعية بسبب تزايد الإنتاج والاستهلاك في نفس الوقت . إذ ساهم التطور الصناعي في طرح منتجات كثيرة في السوق وصاحبه الإفراط من المستهلك في استعمالها واستهلاكها، فهذا كله أدى إلى تراكم النفايات وخاصة في المدن التي تشهد كثافة سكانية عالية. فللقضاء على هذه النفايات والحد من أضرارها، قامت العديد من الدول ومن بينها الجزائر ، بإصدار تشريعات تتضمن آليات للتخلص من هذه النفايات بطرق آمنة وسليمة قصد الحفاظ على صحة الإنسان والبيئة وتحقيق التنمية المستدامة ، وهذه تتمثل في آليات وقائية وعلاجية.

المطلب الأول: الآليات الوقائية

للتخلص من النفايات ، يجب إعمال مبدأ الحيطة أولاً وهو التفكير أثناء الإنتاج في تفادي وجود هذه النفايات. أي على المؤسسة الإنتاجية أن تعمل على منع التلوث في المصدر بدلاً من مكافحته. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 6 من قانون رقم 19-01 سالف الذكر ، كما يلي: (يلزم كل منتج للنفايات أو حائز لها باتخاذ كل الإجراءات الضرورية لتفادي إنتاج النفايات بأقصى قدر ممكن ، لاسيما من خلال:

-اعتماد واستعمال تقنيات أكثر نظافة وأقل إنتاجاً للنفايات،

-الامتناع عن تسويق المواد المنتجة للنفايات غير القابلة للانحلال البيولوجي،

-الامتناع عن استعمال المواد التي من شأنها أن تشكل خطراً على الإنسان ، لاسيما عند صناعة منتجات التغليف).

530- د/ ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1995، ص225.

531- شريف هنية ، التنظيم القانوني لتسيير النفايات في الجزائر، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامعي ، تمناست ، العدد 01 ، سنة 2020 ص118.

532- ميلود تومي ، مرجع سابق ، ص169.

وما ذهب إليه أيضا في المادة 5/3 من القانون رقم 10-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁽⁵³³⁾، إذ نص على ضرورة اعتماد مبدأ النشاط الوقائي وتصحيح الأضرار البيئية عند المصدر وذلك باستعمال أحسن التقنيات المتوفرة وبتكلفة اقتصادية مقبولة لمنع انتشار النفايات. مثلا، العمل على التقليل من النفايات بإنتاج مواد لا تترك مخلفات وعدم المبالغة أي الإكثار في وضع تغليف أو تعبئة مزدوجة للمنتوج.

كما جاء أيضا في المرسوم التنفيذي رقم 93-165 الذي ينظم إفراز الدخان والغاز والغبار والروائح والجسيمات الصلبة في الجو⁽⁵³⁴⁾، إلزام صاحب المنشأة الصناعية أو مستغلها بتثبيت تجهيزات خاصة في منشاتهم تكون مصممة بكيفية معينة تجعل إفرازه للغاز والدخان بطريقة لا تتعدى مقاييس الكثافة المعمول بها في التنظيم.

المطلب الثاني: الآليات العلاجية للتخلص من النفايات

تتمثل الآليات العلاجية للتخلص من النفايات في طمرها أي دفنها أو حرقها أو تدويرها. ويجب أن تتم عملية المعالجة هذه النفايات حسب طبيعتها ما إذا كانت خطيرة أو غير خطيرة بأنواعها المختلفة، سائلة، صلبة أو غازية.

الفرع الأول: دفن النفايات الصناعية أي ما يسمى بالطمر

هي عملية طمر النفايات الصناعية الصلبة في باطن الأرض وتتم هذه الطريقة في كثير من الدول وهي طريقة حديثة لمعالجة النفايات. إذ يتم تكوين حفرة في الأرض بعمق معين معتمد حسب كمية وطبيعة النفايات. ويتم تجهيزها بطبقة عازلة من الإسمنت حتى لا تكون باتصال مع المياه الجوفية ثم توضع النفايات فيها وترص وتغطى بالتراب. ويجب أن يتم في المواقع والمنشآت المخصصة لذلك. إذ تنص المادة 20 من قانون رقم 01-19 سالف الذكر على ما يلي: (يحظر إيداع وطرر وغمر النفايات الخاصة بالخطرة في غير الأماكن والمواقع والمنشآت المخصصة لها).

لهذه الطريقة إيجابيات منها، إمكانية استيعاب كميات كبيرة من النفايات، قلة التكلفة الاقتصادية وعدم تطلب تقنيات تكنولوجية حديثة لكن رغم هذه الإيجابيات التي تتميز بها عملية دفن النفايات، إلا أن لها سلبيات منها، تلوث المياه الجوفية، انبعاث الروائح الكريهة وإشعاعات نووية وغازات سامة مثل غاز الميثان القابل للانفجار بصورة تشكل خطورة على المباني القائمة في مواقع دفن سابقة للنفايات. والدليل على ذلك حوادث الانفجار المسجلة في مواقع دفن النفايات في بريطانيا وكذلك في مدينتي نيويورك وواشنطن. أضف إلى ذلك انبعاث غاز كبريتيد الهيدروجيني الناتج عن التحلل الهوائي للمواد العضوية.

الفرع الثاني: حرق النفايات الصناعية،

تعود هذه الفكرة إلى عام 1876 في بريطانيا. وتم إنشاء أول محرقة للنفايات في ألمانيا 1893، حيث يتم فيها حرق النفايات الصلبة الخطرة كنفايات المستشفيات والمصانع.

ويقصد بعملية حرق النفايات الصناعية، أسلوب المعالجة الحرارية وبمقتضاها تتعرض النفايات إلى درجة حرارة عالية لكي تتحول إلى مواد عديمة الضرر أو بخار أو غاز. تتم عملية الحرق في محارق خاصة سواء من قبل الأفراد أو من قبل

533- جريدة رسمية، عدد 43، مؤرخة في 20 يوليو 2003.

534- جريدة رسمية، عدد 46، مؤرخة في 14 يوليو 1993.

الصانع والمنتج . و هذه الطريقة معتمدة كثيرا في بعض الدول التي تفتقر إلى مساحات شاسعة كاليابان . وتستخدم عادة عملية الحرق بالنسبة للنفايات التي يصعب تدويرها أو التي تنعدم الاستفادة منها . لهذه الطريقة إيجابيات وسلبيات . فبالنسبة للإيجابيات أنها تقضي على الكائنات الحية المسببة للأمراض . كما تنقص من حجم النفايات إلى أبعد الحدود، هذا بالإضافة إلى إمكانية الاستفادة من الرماد الناتج عن الحرق لأغراض أخرى، كاستخلاص الطاقة الكهربائية⁽⁵³⁵⁾ . كما أنها لا تتسبب في تلوث المياه الجوفية .

لكن لها سلبيات تتمثل في تدفق الملوثات الغازية أثناء الحرق ، كما أن تحول النفايات إلى رماد له أثر سلبي على البيئة لما يحتويه من كميات هائلة من المواد السامة كالديوكسين والرصاص . إذ يؤدي إلى تلويث التربة (عدم صلاحيتها للزراعة)، وتلويث المياه الجوفية وكذا تهديد الغطاء النباتي محدثا خلافا في السلسلة الغذائية وزوال الغطاء النباتي، والذي يعني ظاهرة التصحر والانجراف مما يؤدي إلى تدهور الإنتاج الزراعي والفلاحي وانعكاساته على النمو الاقتصادي⁽⁵³⁶⁾ .

وما يلاحظ أن المنظمات البيئية العالمية تعتبر أن إنشاء وتشغيل محارق النفايات، سمة من سمات التخلف في الإدارة البيئية . حيث يتم حرق النفايات في بعض المدن بطرق خاطئة، مما يؤدي إلى تلوث الهواء بالدخان والغازات والرماد . وإذا هطلت الأمطار حملت معها هذه الملوثات إلى الأرض والمياه السطحية .

الفرع الثالث: إعادة تدوير أو رسكلة النفايات الصناعية

بدأت فكرة تدوير أو رسكلة⁽⁵³⁷⁾ النفايات في بداية السبعينات كنتيجة لأسباب معيئة ، منها قلة الموارد الطبيعية وارتفاع أسعار المواد الخام ، ارتفاع مستوى التلوث وكذا انتشار الوعي البيئي لدى السكان . يأتي هذا الإجراء بعد استنفاد كل الجهود لمنع حدوث التلوث، وذلك عندما يصبح منعه يشكل أمرا صعبا أو مستحيلا، فمن المحتم إذا اللجوء إلى مرحلة التدوير .

إن اللجوء إلى عملية تدوير النفايات الصناعية يكون لهدف التخفيف من الآثار السلبية، كتلوث البيئة والصحة وكذا المحافظة على المنظر العام . كما تحقق هذه العملية أيضا الحصول على منتجات أخرى بدل اللجوء إلى استيرادها وبالتالي تحسين مستوى معيشة الأفراد بتوفير حاجياتهم بأقل التكاليف بالإضافة إلى هدف آخر وهو توفير فرص صناعية جديدة أخرى وتقليص من نسبة البطالة مما يؤدي إلى تحسين اقتصاد الدولة . إذ قد ثبت من بعض الإحصائيات أن استرجاع 20% من نفايات البلاستيك والورق والزجاج، سمح بالفعل على الحصول على 3.5 مليار دينار لفائدة الخزينة العمومية⁽⁵³⁸⁾ .

535- بوفنارة فاطمة ، تسيير النفايات الحضرية الصلبة والتنمية المستدامة في الجزائر -حالة مدينة الخروب- مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في التهيئة الإقليمية ، كلية علوم الأرض ، الجغرافيا والتهيئة العمرانية ، قسم التهيئة العمرانية ، جامعة منتوري، قسنطينة ، جوان 2009، ص 35 .
536- المرجع نفسه .

537- هناك من يفرق بين عملية الرسكلة وعملية التدوير أي الاسترجاع رغم أن الهدف واحد . إذ يعتبرون أن الرسكلة ، تعني إدخال التصحيحات اللازمة على بعض القطع الإنتاجية المعيبة والتي تفتقد إلى المواصفات . أي وسيلة أساسية في يد المؤسسات الإنتاجية تستخدمها بهدف تقليص حجم النفايات من خلال التصحيح والتقويم . في حين التدوير والذي أطلقوا عليه الاسترجاع، وهي تحويل المواد المبددة أي النفايات إلى سلع جديدة من أجل استخدامها من جديد . أنظر في هذا الصدد: ميلود تومي، مرجع سابق، ص 172

538- زيدلمال صافية، حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على ضوء أحكام القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، تاريخ المناقشة ، 2013/02/27 ، ص 339 .

ويقصد بعملية تدوير النفايات أي رسكلتها، إعادة استخدامها في إنتاج مواد جديدة أقل جودة لكنها صالحة للاستخدام. فمثلا استخدام الورق الموجود في النفايات يساعد على تقليل استهلاك الأشجار المستخدمة في صناعة الورق والتي تقدر بـ 20 شجرة لإنتاج طن واحد من الورق وهذا كله لصالح البيئة. وأيضا تدوير القوارير الزجاجية والمعدنية المختلفة في النفايات، بهدف استخدامها في صناعة مواد أخرى جديدة وتدوير المواد البلاستيكية بأشكالها المختلفة بهدف تحويلها إلى ألعاب، ومواد منزلية، وأكياس، ومواد تعليب.

وفي هذا الصدد أبرمت وزارة البيئة مع وزارة التضامن الوطني اتفاقا لإنشاء مؤسسات صغيرة ومتوسطة متخصصة في استرجاع الأكياس البلاستيكية والتي أصبحت منتشرة في الطبيعة بشكل ملحوظ⁽⁵³⁹⁾. وتهدف الوزارتين من خلال ذلك إلى حل مشكل تلوث بيئي المتمثل في الحد من انتشار هذه الأكياس في البيئة وفي نفس الوقت الحد من مشكل البطالة، وخاصة أن الإحصائيات تؤكد بأن الجزائر تستهلك 15 مليار كيس سنويا⁽⁵⁴⁰⁾.

لكن عملية التدوير لا تتحقق إلا من خلال فرز المواد المشابهة معا وتخصيص حاويات معينة لكل مادة من المواد القابلة للتدوير، كالورق، الحديد والزجاج والبلاستيك، فهذه الأخيرة مثلا لا تتحلل بسرعة في الطبيعة، بل تحتاج إلى زمن طويل مما يؤثر على البيئة.

والجدير بالذكر، أن المؤسسة المنتجة للنفايات هي التي تقوم بتدويرها، لكن قد تقوم بها مؤسسات أخرى خاصة والتي يجب أن تحصل على ترخيص من جهة مختصة. كما أنه يجب مراعاة شروط معينة في التدوير، إذ لا يجب إعادة استخدام المغلفات المخصصة للمواد الكيميائية لاحتواء مواد غذائية عامة، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 09 من القانون رقم 01-19 سالف الذكر. وما نصت عليه أيضا المادة 10 منه، كما يلي: (يحظر استعمال المنتجات المرسكلة التي يحتمل أن تشكل خطرا على الأشخاص في صناعة المغلفات المخصصة لاحتواء مواد غذائية مباشرة أو في صناعة الأشياء المخصصة للأطفال....).

فالطرق المذكورة أعلاه للتخلص من النفايات، تقتصر على النفايات الصناعية الصلبة.

فبالنسبة لكيفية التخلص من النفايات السائلة، فقد عالجها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 93-160 مؤرخ في 10 يوليو 1993 ينظم النفايات الصناعية السائلة⁽⁵⁴¹⁾، موضحا كيفية صب أو تصريف النفايات الصناعية السائلة في الوسط الطبيعي. فطبقا للمادة 2 منه، يقصد بتصريف النفايات، كل صب أو تدفق أو قذف أو إيداع مباشر أو غير مباشر لنفاية صناعية سائلة في الوسط الطبيعي. كما أن كل عملية تصريف للنفايات، تخضع لرخصة يسلمها الوزير المكلف بالبيئة بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالري (المادة 6 من نفس المرسوم).

539- زيدلمال صافية، المرجع نفسه، ص 337.

540- Amel BLIDI, Algérie, 15 milliard de sachet en plastiques utilisé par an. Quotidien d'Oran du 11/11/2005.

541- جريدة رسمية، عدد 46 لسنة 1993.

إضافة إلى الحالات السابقة المذكورة للتخلص من النفايات ، أشار المشرع الجزائري إلى حالات أخرى لمعالجة النفايات الصناعية إما معالجة حرارية، فيزيوكيميائية، وبيولوجية .وهي عملية تغيير للخصائص الفيزيائية والكيميائية أو الإحيائية لنفايات قصد التقليل من درجة تلويثها أو درجة سميتها على البيئة.

وفي جميع الأحوال، يجب أن تتم معالجة النفايات الخاصة في المنشآت المرخص بها من قبل الوزير المكلف بالبيئة وهذا طبقا للمادة 15 من قانون 19-01 سالف الذكر. وإن اختيار مواقع لإقامة هذه المنشآت لمعالجة النفايات تخضع لدراسة مدى تأثيرها على البيئة وعلى صحة الإنسان ، ويجب على أصحاب هذه المنشآت أيضا اكتتاب تأمين يغطي حوادث التلوث⁽⁵⁴²⁾.

كما أنه تنفيذًا لأحكام المادة 44 من القانون 19-01، المشار إليه سلفا، أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 04-410 يحدد القواعد العامة لتهيئة واستغلال منشآت لمعالجة النفايات شروط قبول النفايات على مستوى هذه المنشآت⁽⁵⁴³⁾. ويقصد بهذه الأخيرة المنشآت الموجهة لتثمين النفايات وتخزينها وإزالتها، وهذا طبقا للمادة 3 من نفس المرسوم، والتي تنص على ما يلي: (.يقصد بمنشأة معالجة النفايات كل المنشآت الموجهة لتثمين النفايات وتخزينها وإزالتها، ولا سيما -مراكز الطمر التقني للنفايات الخاصة).

خاتمة

يتضح مما تقدم، أن مسألة النفايات الصناعية، هي مسألة خطيرة. إذ أنها تشكل تهديدا خطيرا على الصحة البشرية والبيئية. فهي لا تمس الأشخاص فقط، بل تتعدى أضرارها إلى المساس بالبيئة ومكوناتها ، كالمياه والغطاء النباتي والطبقة الجوية. ولذا أولت معظم التشريعات أهمية خاصة لظاهرة النفايات الناتجة على عمليات التصنيع والتي في ازدياد مستمر مواكبة للتطور الصناعي. ومن بينها المشرع الجزائري الذي وضع ترسانة من النصوص القانونية متضمنة آليات بهدف التقليل أو التخلص من حجم النفايات بطريقة آمنة وسليمة على البيئة. لكن رغم ذلك لا تزال تشهد مختلف المدن الجزائرية تراكما ملفتا للانتباه من النفايات وخاصة في المناطق القريبة من المصانع وهذا يدل على إهمال المنتجين عن إدارة نفاياتهم.

بالتالي من خلال دراستي لهذا الموضوع ، توصلت إلى بعض الاقتراحات :

- وجوبية نشر ثقافة بيئية وتوعية تحسيسية بخطورة النفايات على البيئة وصحة الإنسان.
- ضرورة تفعيل النصوص القانونية الموضوعة لهذا الغرض والحث على التطبيق الصارم لها.
- التوازن بين الضرورة الصناعية والحاجة للاستهلاك. أي بتعبير عدم الإكثار من الإنتاج إلا في حدود الحاجة .
- إنشاء مراكز لمعالجة النفايات تستجيب للمقاييس المعتمدة دوليا.
- تشجيع الاستثمار في مجال رسكلة أو تدوير النفايات، وجعلها أداة جديدة لتحقيق التنمية الاقتصادية.

542- شريف هنية ، مرجع سابق، ص 125.

543- مرسوم تنفيذي رقم 04-410 مؤرخ في 14 ديسمبر 2004 يحدد القواعد العامة لتهيئة واستغلال منشآت معالجة النفايات، جريدة رسمية ، عدد 81، مؤرخة في 19 ديسمبر 2004.

قائمة المراجع

الكتب

- أحمد عبد الوهاب عبد الجواد، النفايات الخطرة، دار العربية للنشر والتوزيع، القاهرة 1992 .
- ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية 1995.

-المقالات:

- ميلود تومي، النفايات في الجزائر وضرورة معالجتها اقتصاديا، مجلة قسنطينية، العدد 16، ديسمبر 2001.
- مراد بدران، المسؤولية المدنية للجماعات المحلية في الأضرار المترتبة على النفايات المنزلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، مجلة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 01، 2003.
- -شريف هنية، التنظيم القانوني لتسيير النفايات في الجزائر، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي، تلمسان، العدد 01، سنة 2020.
- أمل جاسم، النفايات الخطرة في دول الخليج العربي، محمول من الموقع: www.4enveng.com/pdetails.php

أطروحة دكتوراه:

- زيدلال صافية، حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على ضوء أحكام القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة، 2013/02/27 .

-مذكرة ماجستير

- بوفنارة فاطمة، تسيير النفايات الحضرية الصلبة والتنمية المستدامة في الجزائر - حالة مدينة الخروب- مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في التهيئة الإقليمية، كلية علوم الأرض قسم التهيئة العمرانية، جامعة منتوري قسنطينية، جوان 2009.

-مؤتمر علمي

- رانا مصباح عبد المحسن عبد الرزاق، مشكلة النفايات الخطرة ومعالجتها في ضوء التشريع المصري (دراسة مقارنة)، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الخامس -القانون والبيئة- يومي 23 و24 أبريل 2018، كلية الحقوق/ جامعة طنطا، مصر.

-النصوص القانونية

-نصوص تشريعية

- قانون رقم 83-03 مؤرخ في 05/02/1983 يتعلق بحماية البيئة (الملغى)، جريدة رسمية، 06، مؤرخة في 08/02/1983.
- قانون رقم 01-19 مؤرخ في 12 ديسمبر 2001 يتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، جريدة رسمية، عدد 77 مؤرخة في 15 ديسمبر 2001.
- قانون رقم 03-10 مؤرخ في 20/07/2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية، عدد 43، مؤرخة في 20 يوليو 2003.

-نصوص تنظيمية:

- -مرسوم تنفيذي رقم 93-160 مؤرخ في 10 يوليو 1993 ينظم النفايات الصناعية السائلة، جريدة رسمية، عدد 46، مؤرخة في 14 يوليو 1993.
- - مرسوم تنفيذي رقم 93-165 الذي ينظم إفراز الدخان والغاز والغبار والروائح والجسيمات الصلبة في الجو، جريدة رسمية، عدد 46، مؤرخة في 14 يوليو 1993.
- -مرسوم تنفيذي رقم 04-410 مؤرخ في 14 ديسمبر 2004 يحدد القواعد العامة لتهيئة واستغلال منشآت معالجة النفايات، جريدة رسمية، عدد 81، مؤرخة في 19 ديسمبر 2004.

المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري المغربي

عبد الغني السرار

دكتور في العلوم السياسية

كلية الحقوق الرباط

ملخص:

تحتل المعارضة البرلمانية أهمية كبرى، لأنها تعبير صريح عن وجود الرأي والرأي المخالف، وما تمتلكه المعارضة المشروعة من وسائل قانونية تمكنها من التعبير عن رأيها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن المعارضة في الأنظمة الديمقراطية، تعد جزءا لا يتجزأ من النظام السياسي كله، فالحزب السياسي المعارض يتعين عليه أن يتوجه بسهام النقد للسلطة التنفيذية التي يقودها الحزب المتصدر نتائج الاستحقاقات الانتخابية هذا من ناحية أخرى.

تحاول هذه الورقة تسليط الضوء على دور المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري المغربي، ومدى فعاليتها في أداء مهامها الرقابية والتشريعية، واکراهات هذه المعارضة سواء الذاتية أو الموضوعية، إضافة إلى التطرق للسياسات التاريخية التي جعلت جزء مهم من المعارضة البرلمانية ينتقل لقيادة الأغلبية الحكومية، مقابل انتقال الأغلبية لممارسة دور المعارضة.

كلمات مفتاحية: المعارضة - البرلمان - الحكومة - دستور - اكراهات.

Abstract

On the one hand, the parliamentary opposition is of paramount importance due to the fact that it is an explicit expression of the dissenting opinion or opinion, and also the legitimate possessions of the legal opposition that enable it to express its opinion.

On the other hand, the opposition in democratic systems is an integral part of the entire political system. The opposing political party must take an action of expressing disapproval towards the executive authority led by the leading party on the results of electoral entitlements, on the other hand.

Through this paper, we will try to shed light on the role of the parliamentary opposition in the Moroccan constitutional system, the extent of its effectiveness in performing its oversight and legislative tasks, and the coercion of this opposition, whether subjective or objective.

In addition, we will tackle the historical contexts that made an important part of the Moroccan parliamentary opposition move to the leadership of the governmental majority, in exchange for the majority moving to exercise the role of the opposition.

Key words: Opposition - Parliament - Government - Constitution - Constraints.

تقديم:

ارتبط ظهور المعارضة، بحسب ماكس فيبر، بتطور نظام الاقتراع، والمعارضة بمفهومها الحديث تحيل على تطور النظام الحزبي التنافسي، أو هي مصطلح يستخدم للدلالة على الأحزاب التي لم تحصل على الأغلبية في الانتخابات، ولكن تمارس عملها بشكل طبيعي داخل المؤسسة التشريعية، وأحيانا تنمو خارج النظام السياسي وترفض المشاركة في الانتخابات لتؤسس معارضة من خارج البرلمان، كما أن مفهوم المعارضة يقصد به الأحزاب التي تكون على خلاف جزئي أو كلي مع الحزب أو الأحزاب "الحاكمة" وتشير أحيانا للأحزاب التي تختلف مع سياسات الأغلبية الحكومية إزاء موضوع محدد أو مع توجهاتها بالكل، حيث تتكفل بعض الأحزاب وتحالف لتشكل قوة ضغط على الأغلبية الحكومية.

هذا، ويمثل البرلمان بالنسبة للمعارضة الإطار والفضاء المؤسساتي الذي يمكنها من لعب دورها على أحسن وجه، بحيث يسمح لها بالتواصل مع الحكومة والمواطنين معا، فتمثيل المعارضة في البرلمان عن طريق أحد أحزابها أو أية مجموعة أخرى يضيفي الصفة المؤسساتية على عملها لأن البرلمان هو القناة الرسمية التي تسمح لها بمراقبة الأغلبية الحكومية، والمشاركة في عمل اللجان البرلمانية ومناقشة التشريعات وصياغتها، وتقديم بدائل سياسية من خلال اقتراح خيارات وآراء إزاء السياسات التي تتبناها الأغلبية ومناقشة القوانين⁵⁴⁴.

وتكتسي المعارضة في النظم الديمقراطية أهمية كبرى من حيث ضرورة وجود الرأي والرأي المخالف وما تمتلكه المعارضة المشروعة من وسائل قانونية تمكنها من التعبير عن رأيها علاوة على ذلك، فإن المعارضة في هذه النظم تعد جزءا لا يتجزأ من النظام السياسي كله، فالحزب السياسي المعارض يتعين عليه أن يتوجه بسهام النقد للسلطة التنفيذية التي يقودها المتصدر نتائج الاستحقاقات الانتخابية، وما يجب التأكيد عليه، هو أن هذا النقد يجب أن يتناسب والظروف والسياقات السياسية وبما لا يؤدي للإخلال بقواعد الشرعية الدستورية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يتوجب على المعارضة تقديم البدائل للاختلالات التي أماطت عنها الستار مما يدل على توفرها على برنامج قابل للتنفيذ، كما يجب عليها أن تكون قادرة، إن هي نجحت في الوصول إلى السلطة، على تحمل مسؤوليتها في استمرارية المؤسسات الدستورية والمحافظة على استمرارية المرافق العامة دون اضطراب أو توقف أو تعطل⁵⁴⁵.

وقد أثبتت تجارب الدول الديمقراطية نجاح المعارضة وقدرتها على ممارسة هذا الدور عند وصولها إلى سدة الحكم، الشيء الذي يؤكد بأن الأحزاب المعارضة هي أحزاب لا تقل أهميتها عن الأحزاب التي تمارس السلطة. وهكذا، وبالرجوع إلى الدول التي تأخذ بنظام الثنائية الحزبية، يلاحظ أن المعارضة تؤدي دورها بشكل فعال وواضح المعالم، وذلك بفضل كفاءتها ووضوحها الإيديولوجي هذا من ناحية، وكذا لوجود علاقة ترابطية بين نتائج الاقتراع وممارسة السلطة، حيث نجد أن الحزب الذي يفوز بغالبية المقاعد في الانتخابات هو الذي يشكل الحكومة وعادة ما يتم تعيين رئيس الوزراء أو رئيس الحكومة منه وبتزكية من رئيس الدولة⁵⁴⁶.

544- ناجي عبد النور: دور المعارضة البرلمانية في مجال اقتراح التشريعات وتطويرها، التجربة الجزائرية أنموذجا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الخامسة - مايو 2017، الصفحة 293، 294.

545- نبيلة عبد الحليم كامل: الأحزاب السياسية في العالم المعاصر، دار الفكر العربي طبعة 1981 ص 87.

546- عبد اللطيف بكور: محاضرات في مادة الأنظمة الدستورية الكبرى، أقيمت على طلبية الفصل الثالث قانون عام 2007 بالكلية المتعددة التخصصات بأسفلى 2007 - 2008، ص17، غير منشور.

أما حزب الأقلية فيشكل المعارضة البرلمانية، والتي مفادها أن يكون الحزب المعارض يتابع نشاط الحكومة ويكون على أهبة لتولي منصب رئيس الوزراء أو رئيس الحكومة في حالة سقوط حكومة الأغلبية أو تقديم استقالتها، وبالتالي نستطيع والحالة هذه تسمية المعارضة بالحكومة البديلة⁵⁴⁷، فمن واجب المعارضة في النظام البريطاني، مثلا، أو غيره من الأنظمة الديمقراطية، ليس التبرص وانتظار سقوط الحزب الأغلي للسيطرة على البرلمان وتشكيل الحكومة من بين أعضائه وإنما من واجبها معارضة الحكومة ومراقبتها ومساءلتها.

فالتقاليد الدستورية بإنجلترا، على سبيل المثال، تملئ دائما أن تكون هناك معارضة قوية وبناءة ومسؤولة لأنها تدرك أنه فيما لو تغيرت الظروف ودعي حزب الأقلية المعارض لتشكيل الحكومة في المستقبل، فإن الوعود والنقد المنسوب له سيحسب عليه، لذلك فعلى المعارضة في بريطانيا كما يقول الدكتور سكوت والدكتور كوبرين أن تفكر مرتين في سياستها التي تتبعها في كشف العيوب وتسليط الأضواء عليها عن طريق النقد الموجه للحكومة، سواء من خلال الأسئلة أو الاستجابات الموجهة للوزراء أو عن طريق الرد على خطاب العرش⁵⁴⁸.

ويرى "هوريو" أن التفاوت والامتيازات بين الحكام والمحكومين هو الذي يغذي أساسا ما يسمى بالمعارضة⁵⁴⁹، فالمعارضة في معناها السياسي هي المراقبة ومراجعة الأغلبية، ويتضمن مصطلح المعارضة في الفكر السياسي الغربي الحق في نقد سياسة الحكومة ومخالفتها، والعمل على الحلول محلها بطرق سلمية وقانونية في ممارسة السلطة إن هي فشلت في ترجمة برامجها السياسية إلى مشاريع على أرض الواقع، فوظيفة المعارضة إذن هي وظيفة نقدية تتمثل في مراقبة ومراجعة الأغلبية التي تمارس السلطة، وتعمل على إعداد بدائل للاقتراحات التي تبني عليها الأغلبية استراتيجيتها في تسيير شؤون الدولة إن هي أخفقت.

وهذا لا يتم إلا عن طريق ما يعرف بالتناوب والتداول القائم على نقل السلطة من فريق سياسي إلى آخر أو من تحالف سياسي لآخر في إطار التنافس بطرق سلمية مؤطرة بألية الانتخاب من أجل الحسم بين الأحزاب. وبالتالي، فإن الحزب الذي يحصل على غالبية الأصوات يتولى مهمة تشكيل الحكومة، والحزب أو الأحزاب المنهزمة في الانتخابات يعترف لها بحق الأقلية الذي يضعها في الواجهة مع الأغلبية وهذا الحق هو حق المعارضة والسعي لكسب دعم الشعب للفوز بالانتخابات المقبلة والانتقال إلى الأغلبية لممارسة السلطة.

وإذا كان هذا هو المتعارف عليه في التجارب المقارنة وفي أدبيات القانون الدستوري والعلوم السياسية، فإن الأمر في المغرب دائما وفي جميع نواحي الحياة السياسية يبقى مؤطرا ببعض الخصوصيات التي تحدد وظيفة العمل الحزبي عامة ووظيفة المعارضة خاصة، وبالرغم من كون دستور 2011، أفرد فصلا خاصا (الفصل 10) تضمن مجموعة من المبادئ والأحكام التي من شأنها أن تساعد المعارضة البرلمانية على النهوض بمهامها على أحسن وجه والمساهمة في تقويم العمل البرلماني والحياة السياسية برمتها، خاصة وأنه طالما افتقدت الأخيرة لإطار دستوري يوضح حقوقها وصلاحياتها، فضلا عن الفصل 60

547- لغمان الخطيب: الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1983، ص 571.

548- لغمان الخطيب: نفس المرجع السابق، ص 574.

549- العربي بلا: المعارضة البرلمانية خلال الولاية التشريعية السادسة، ضمن التجربة البرلمانية المغربية السادسة 1997 - 2002، أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الدستورية والسياسية كلية الحقوق مراكش 2003، ص 175.

من الذي نص على أن: "المعارضة مكون أساسي في المجلسين، وتشارك في وظيفتي التشريع والمراقبة...". لكنه، في مقابل ذلك تم ربطها بنتيجة بأن فرض عليها التزاما يتجلى في المساهمة البناءة في العمل البرلماني والدبلوماسية، بالشكل الذي يعطي ثمارا وتحصل على نتائج إيجابية.

وهذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤلات التالية، كيف انتقلت المعارضة إلى ممارسة السلطة في التجربة المغربية؟، وكيف انتقلت الأغلبية إلى المعارضة؟، الشيء الذي يجعلنا نتناول تجربتين مختلفتين في تاريخ البرلمان المغربي، التجربة الأولى، تتطرق لكيفيات قيادة المعارضة البرلمانية لأول حكومة في تاريخ المغرب؟، والتجربة الثانية تتناول بالدراسة والتحليل التقلب في مواقف بعض الأحزاب المغربية التي اختارت في الأول الاصطفاف بجانب الأغلبية لتراجع فيما بعد عن هذا القرار وتقرر من جديد إعادة التموقع في صف المعارضة وهنا سنقتصر عن تجربة حزبي الأصالة والمعاصرة في التجربة الانتخابية لسنة 2007 والاستقلال الذي قرر الاصطفاف في صف المعارضة عقب الانتخابات التشريعية لسنة 2011، لنعرج في النهاية عن صعوبة المعارضة البرلمانية في تفعيل بعض الآليات الرقابية، وكذا البحث في أسباب الموضوعية والذاتية التي كانت وراء محدودية أداء المعارضة بالمغرب.

1. أداء المعارضة البرلمانية في الولاية التشريعية السادسة (1997-2002)

عرف المغرب منذ الاستقلال حتى يومنا هذا تسع ولايات تشريعية، تميزت الخمس ولايات التشريعية من (1963-1997)، باحتكار بعض الأحزاب للأغلبية بالبرلمان وقيادة الحكومة، وظلت العديد من الأحزاب مصطفة في موقع المعارضة، وهذا الوضع دفع بالسلطة إلى التفكير في آليات إدماج المعارضة البرلمانية في تدبير الشأن العام للبلاد، وبالفعل فقد تحقق هذا الأمر خلال الولاية التشريعية السادسة (1997-2002)، حيث انتقل جزء مهم من المعارضة البرلمانية، عبر تجربة التناوب التوافقي، إلى الأغلبية مقابل انتقال جزء من الأغلبية إلى المعارضة، وذلك بإرادة ملكية من أجل تحقيق التناوب السياسي⁵⁵⁰، الذي لم يشأ له أن يحقق عن طريق آلية الانتخابات التشريعية التي شهدها المغرب منذ 1963.

وهكذا، فقد أفرزت الانتخابات التشريعية لسنة 1997 الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس النواب الـ 325 على مستوى التحالفات السياسية النتائج التالية: حصلت أحزاب الكتلة على الرتبة الأولى ب 102 مقعدا أي بنسبة 31.38 %، أحزاب الوفاق حصلت على 100 مقعد أي بنسبة 30.77 %، أحزاب الوسط حصلت على 97 مقعد أي بنسبة 29.85 %، في حين حصلت باقي الأحزاب مجتمعة على 26 مقعد أي بنسبة 8 %⁵⁵¹، كما تميزت بتراجع أحزاب كل من الاتحاد الدستوري الذي فقد حوالي 4 مقاعد وحزب الحركة الشعبية الذي فقد 11 مقعدا أما الخاسر الأكبر فقد كان هو حزب الاستقلال الذي فقد 20 مقعدا، أما الرابع فهو حزب الاتحاد الاشتراكي الذي حل في المرتبة الأولى متقدما بأربعة مقاعد مقارنة بانتخابات 1993.

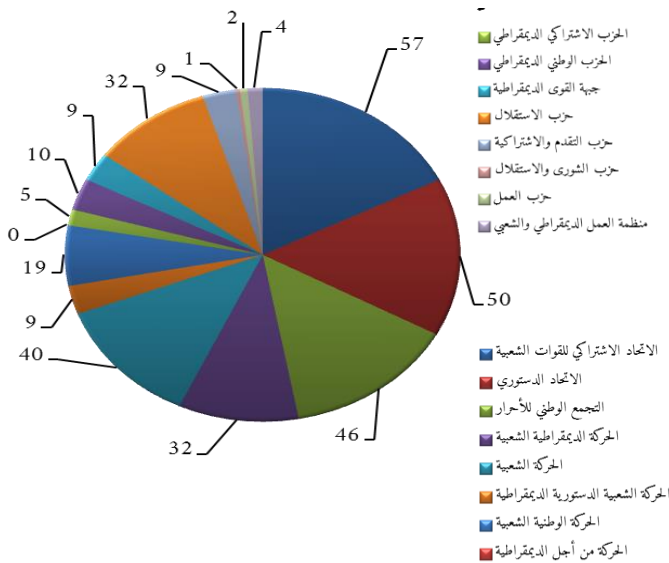
550- تعود الإرادة الملكية الأولى لتحقيق تناوب سياسي، لسنة 1992، حيث سبق وصرح الملك الحسن الثاني في حديث صحفي لجريدة لوموند الفرنسية في صيف 1992 بما يلي: "أعتقد أنه من المستحب أن يشارك اليوم في الحكم أولئك الذين لم يسبق لهم أن شاركوا في تسيير البلاد لسنوات، فموقعي كملك لجميع المغاربة وأمير المؤمنين يعطي ضمانا لأولئك الذين لم يشاركوا في الحكومة، فإذا اقترحت عليهم المشاركة في الحكومة، فذلك ليس لتوريثهم أو تهيدهم، فليس ذلك من شيمي، فأنا لا أتخلص عن طلبت منهم المشاركة في الحكم حتى في أصعب اللحظات". أوردته العربي بلا: المعارضة البرلمانية، م، س، ص 179.

551- كل شيء عن الانتخابات التشريعية لـ 1997، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة نصوص ووثائق 18 الطبعة الأولى 1998 ص 245.

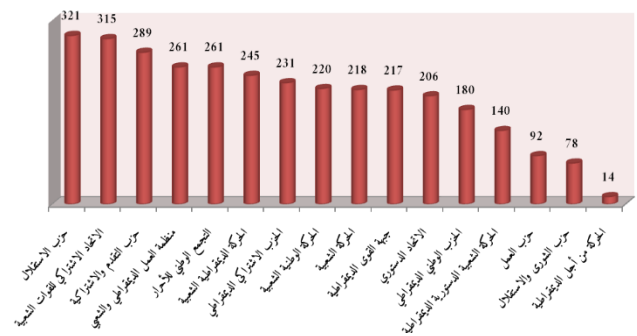
الأحزاب السياسية وعدد مرشحيها ومقاعدتها في انتخابات 1997⁵⁵²

عدد المقاعد	عدد المرشحين	الحزب
57	315	الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية
50	206	الاتحاد الدستوري
46	261	التجمع الوطني للأحرار
40	218	الحركة الشعبية
32	245	الحركة الديمقراطية الشعبية
32	321	حزب الاستقلال
19	220	الحركة الوطنية الشعبية
10	180	الحزب الوطني الديمقراطي
9	140	الحركة الشعبية الدستورية الديمقراطية
9	289	حزب التقدم والاشتراكية
9	217	جبهة القوى الديمقراطية
5	231	الحزب الاشتراكي الديمقراطي
4	261	منظمة العمل الديمقراطي والشعبي
2	92	حزب العمل
1	78	حزب الشورى والاستقلال
0	14	الحركة من أجل الديمقراطية
325	3288	المجموع

عدد المقاعد التي حصل عليها كل حزب في انتخابات 1997



عدد مرشحي الأحزاب السياسية للانتخابات التشريعية لسنة 1997



552- مجهود شخصي.

مقارنة بين انتخابات نوفمبر 1993 وانتخابات 1997⁵⁵³

الحزب	عدد المقاعد المحصل عليها في انتخابات 1993	عدد المقاعد المحصل عليها في انتخابات 1997	نسبة التقدم
الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية	5	57	+5
الاتحاد الدستوري	54	50	-4
التجمع الوطني للأحرار	41	46	+6
الحركة الشعبية	51	40	-11
الحركة الديمقراطية الشعبية	--	32	جديد
حزب الاستقلال	52	32	-20
الحركة الوطنية الشعبية	25	19	-6
الحزب الوطني الديمقراطي	24	10	-14
الحركة الشعبية الدستورية الديمقراطية	--	9	جديد
حزب التقدم والاشتراكية	10	9	-1
جبهة القوى الديمقراطية	--	9	جديد
الحزب الاشتراكي الديمقراطي	--	5	جديد
منظمة العمل الديمقراطي الشعبي	2	4	+2
حزب العمل	2	2	0
حزب الشورى والاستقلال	9	1	-8
الحركة من أجل الديمقراطية	--	0	جديد
المجموع	⁵⁵⁴ 322	⁵⁵⁵ 325	-----

من خلال التأمل في هذه الحصيلة يتبين لنا كيف أن الخريطة السياسية التي تمخضت عن المسلسل الانتخابي لسنة 1997 كانت مبلقنة وأن هذه الانتخابات التشريعية لم تفرز تناوب طبيعي، لأن أحزاب الكتلة المكونة (من الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية، الاستقلال، التقدم والاشتراكية ومنظمة العمل الديمقراطي الشعبي)، جاءت متقاربة من حيث النتائج (102)

553- مجهود شخصي.

554- استثنينا من هذه النتيجة عدد المقاعد التي تحصل عليها بعض الهيئات الأخرى في الاقتراع غير المباشر ويتعلق الأمر هنا بكل من: اللامنتمون 4 مقاعد، الكونفدرالية الديمقراطية للشغل 4 مقاعد والاتحاد المغربي للشغل 3 مقاعد. ومما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن البرلمان كان في الولاية التشريعية الخامسة 1993-1997، مكونا من غرفة واحدة، فتكون مجلس النواب من 333 عضوا، 222 انتخبوا بالاقتراع العام المباشر و111 عضوا بالاقتراع الغير المباشر من لدن هيئة ناخبة تألفت من أعضاء المجالس الحضرية والقروية ومن لدن هيئات ناخبة تألفت من المنتخبين في الغرف المهنية وممثلي المأجورين.

555- كان البرلمان في الولاية التشريعية السادسة 1997-2002، مكون من غرفتين، تكون مجلس النواب من 325 عضوا تم انتخابهم بالاقتراع العام المباشر لمدة خمس سنوات، 295 عضوا منهم انتخبوا على صعيد الدوائر الانتخابية المحلية و 30 عضوا على الصعيد الوطني.

مع أحزاب الوفاق (100)⁵⁵⁶، وبالتالي لم تتمكن من الحصول على أغلبية مريحة داخل الغرفة الأولى وهي 163 عضوا من أصل 325، وذلك من أجل تشكيل الحكومة⁵⁵⁷.

وفي سنة 1998 تم تعيين حكومة التناوب التوافقي برئاسة السيد عبد الرحمان اليوسفي، وتشكلت هذه الحكومة من ثلاثة أحزاب كانت في المعارضة لمدة طويلة وهي: الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية ب 13 حقبة وزارية، حزب الاستقلال ب 6 حقائب وزارية، حزب التقدم والاشتراكية ب 3 حقائب، بالإضافة إلى تحالف يتكون من أربعة أحزاب هي، التجمع الوطني للأحرار ب 6 حقائب، الحركة الوطنية الشعبية ب 3 حقائب، جبهة القوى الديمقراطية ب 2 حقائب ثم الحزب الاشتراكي الديمقراطي بحقبة واحدة، وتحولت الأحزاب المتبقية للقيام بدور المعارضة ويتعلق الأمر بكل من أحزاب، الاتحاد الدستوري، الحركة الشعبية، الحزب الوطني الديمقراطي، الحركة الديمقراطية الاجتماعية، حزب العمل، منظمة العمل الديمقراطي الشعبي، حزب الشورى والاستقلال، إضافة لحزب جديد دخل البرلمان لأول مرة هو حزب العدالة والتنمية، (حزب الحركة الدستورية الديمقراطية سابقا)، وهذه التجربة البرلمانية أبانت عن مجموعة من الإكراهات ما يهمنا فيها تلك المتعلقة بدور المعارضة.

فالتناوب السياسي أمارا للثام عن ضعف وتناقض المعارضة البرلمانية، خاصة وأن الأحزاب السياسية التي اعتادت قيادة الأغلبية لم تكن مهية للقيام بالدور الجديد الذي أنيط بها (أي دور المعارضة)، لذلك ظل دورها كمعارضة محدودا وشاحبا، خصوصا فيما يتعلق بمراقبة الحكومة، فإذا أخذنا، على سبيل المثال، عدد الأسئلة الشفهية التي طرحتها أحزاب المعارضة فنجده ضعيف جدا، مقارنة مع الأسئلة الشفهية التي طرحتها الأغلبية، وهذا وضع غير طبيعي لأن الأسئلة أداة يخولها الدستور للمعارضة من أجل مراقبة الأغلبية الحكومية.

جدول يوضح مجموع الأسئلة التي تقدمت بها الفرق البرلمانية خلال الولاية التشريعية السادسة (1997-2002)⁵⁵⁸

الفرق	الأسئلة الكتابية	الأسئلة الشفهية
مكونات الأغلبية الحكومية		
الاشتراكي	575	608
التجمع الوطني للأحرار	246	534
الاستقلالي	1825	751
التجديد والتقدم الديمقراطي	446	362
جبهة القوى الديمقراطية	460	256
الحركة الوطنية الشعبية	5	246
المجموع	3557	2757

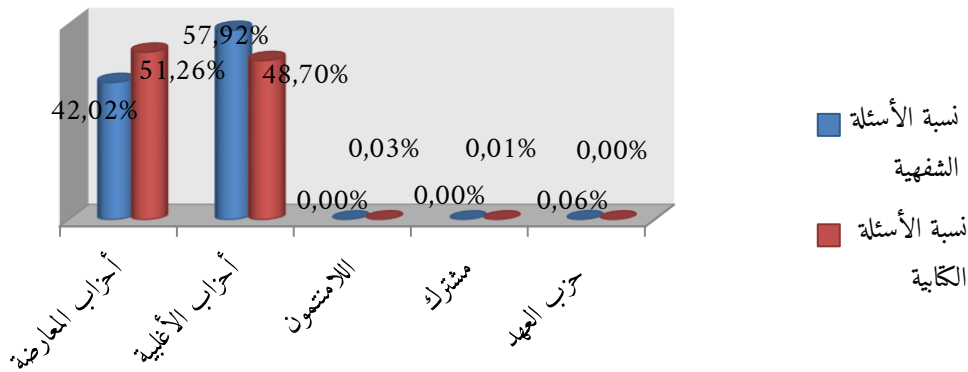
556- يضم أحزاب الحركة الشعبية (46)، الاتحاد الدستوري (50)، والحزب الوطني الديمقراطي المغربي (10)، الحركة الديمقراطية الشعبية (32).

557- العربي بلا: المعارضة البرلمانية خلال الولاية التشريعية السادسة، مرجع سابق الصفحة 177.

558- مجهود شخصي.

مكونات المعارضة البرلمانية		
548	321	الاتحاد الدستوري
499	330	الأصالة المغربية
181	165	الاتحاد الديمقراطي
493	250	الديمقراطي الاجتماعي
183	2077	العدالة والتنمية
89	598	منظمة العمل الديمقراطي الشعبي
7	3	المؤتمر الوطني الاتحادي
2000	3744	المجموع
-	1	مشترك
-	2	اللا منتمون
3	-	العهد
4760	7304	المجموع
12064		

النسبة المئوية للأسئلة التي تم طرحها على الحكومة خلال الولاية التشريعية السادسة 1997- 2002



يلاحظ أن أعلى نسبة من الأسئلة الشفهية التي توصلت بها الحكومة منذ بداية الولاية التشريعية كان مصدرها الأغلبية 2757 سؤال أي بنسبة مئوية تقدر بـ (57.92 في المائة)⁵⁵⁹، مقابل 2000 سؤال شفهي موجه من قبل المعارضة أي بنسبة (42.02 في المائة)، وهو نفس الأمر الذي ينطبق على الأسئلة الكتابية، بحيث يلاحظ بأن الأسئلة الكتابية التي تقدمت بها المعارضة

559- حيث وجه الفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية 751 سؤالاً شفهيًا يليه الفريق الاشتراكي بـ 608 سؤالاً شفهيًا ثم فريق التجمع الوطني للأحرار بـ 534 سؤالاً، ثم فريق التجديد والتقدم الديمقراطي بـ 362 سؤالاً شفهيًا، ثم فريق جبهة القوى الديمقراطية بـ 256 سؤالاً شفهيًا، بينما طرح كل من فريق الحركة الوطنية الشعبية 246 سؤالاً شفهيًا، مقابل حوالي 2000 سؤالاً شفهيًا تقدمت بها المعارضة ممثلة في الاتحاد الدستوري 548 سؤالاً شفهيًا فريق الأصالة المغربية 499 سؤالاً شفهيًا، الاتحاد الديمقراطي 181، الديمقراطي الاجتماعي 493، ومنظمة العمل الديمقراطي الشعبي 89، فريق العدالة والتنمية 183، أما حزب المؤتمر الوطني الاتحادي فقد طرح 7 أسئلة شفهيًا.

البرلمانية والأغلبية الحكومية تبقى متقاربة إلى حد ما، بحيث بلغت حوالي 3557 سؤالاً كتابياً تقدمت بها الأغلبية بمعدل (48.70 في المائة)⁵⁶⁰ مقابل حوالي 3744 سؤالاً كتابياً تقدمت بها فرق المعارضة البرلمانية أي بنسبة (51.26 في المائة)⁵⁶¹.

من خلال المعطيات أعلاه يتبين بأن توظيف الأغلبية والمعارضة لتقنية الأسئلة البرلمانية، التي هي في الأصل وسيلة قانونية ودستورية لمراقبة الأداء الحكومي غير منسجم مع مواقعها في النظام السياسي والدستوري، فالأغلبية البرلمانية أكثر من طرح الأسئلة 6314 سؤال شفهي وكتابي من أصل 12064، مقابل 5744 سؤال شفهي وكتابي للمعارضة البرلمانية من أصل نفس العدد، فالأغلبية طرحت العديد من الأسئلة في الوقت الذي كان من المفترض أن تساند الحكومة المنبثقة عنها، حيث فضل العديد من النواب إرضاء الرأي العام الوطني من خلال الظهور بمظهر المدافع عن مصالحه وأولوياته، ويظهر ذلك مثلاً من خلال الأسئلة الكتابية التي تم طرحها على وزارات اجتماعية، من قبيل، الداخلية 1505، التجهيز 516، التربية الوطنية 929، الصحة 418، ولكن ما يلاحظ بخصوص الأسئلة بالرغم من كثرتها إلا أنها لم تلامس بالفعل القضايا الأساسية للمواطن العادي، ولم تجب عن تساؤلاته وانتظاراته، بل كانت تعبر عن صراع خفي بين الأغلبية والمعارضة وتبادل الاتهامات بخصوص المسؤولية عن الوضعية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعيشها المغرب وهو صراع امتد حتى داخل مكونات الأغلبية⁵⁶².

أما بالنسبة لحزب العدالة والتنمية الذي يمثل ما سمي بالمعارضة الجديدة فإنه اكتفى بلعب دور المساندة النقدية إزاء العمل الحكومي والتي كان يعني بها سلوك سياسي حضاري يتمثل في تمكين الأغلبية الحكومية من أجواء مناسبة للعمل والإنجاز بالرغم من أنه اعتذر ولم يشارك فيها مع الاحتفاظ بحق المراقبة والمحاسبة عند الضرورة توخياً للترشيد والتسديد إن لم تحسن التدبير⁵⁶³، ولم ينتقل هذا الحزب إلى ما أسماه بالمعارضة الناصحة إلا بعد سنتين ونصف⁵⁶⁴ وذلك بعد أن تخلى عن موقف المساندة النقدية، وقد برزت بالضبط أولى تجليات هذا الموقف انطلاقاً من الدورة التشريعية لأكتوبر 2000، حيث سيغادر فريقه النيابي موقع العمل من داخل فرق الأغلبية ليصوت في دجنبر 2000 ضد مشروع القانون المالي لسنة 2001 واستمر في هذا الموقف حتى نهاية الولاية التشريعية، ولكن هذا الموقف الجديد، المتمثل في معارضة الحكومة، سيبلغ أوجه منذ أن قرر فريق الحزب توجيه عريضة طعن لدى المجلس الدستوري بخصوص بعض مقتضيات القانون المالي لسنة 2002⁵⁶⁵.

أما باقي الأحزاب التي لم تشكل الأغلبية والمتمثلة أساساً في أحزاب (الاتحاد الدستوري، الحركة الشعبية، الحزب الوطني الديمقراطي، حزب العمل، منظمة العمل الديمقراطي الشعبي، حزب الشورى والاستقلال، الحركة الديمقراطية

560- موزعة بين الفرق التالية: الاشتراكي 575، التجمع الوطني للأحرار 246، الاستقلالي 1825، التجديد والتقدم الديمقراطي 446، الحركة الوطني الشعبية 5، جبهة القوى الديمقراطية 460.

561- ممثلة أساساً في الاتحاد الدستوري 321، الأصالة المغربية 330، الاتحاد الديمقراطي 165، الديمقراطي الاجتماعي 250، ومنظمة العمل الديمقراطي الشعبي 598، فريق العدالة والتنمية 2077، المؤتمر الوطني الاتحادي 3، بالإضافة إلى 3 أسئلة واحد منها مشترك واثنين لا ينتمون.

562- العربي بلا: المعارضة البرلمانية خلال الولاية التشريعية السادسة، مرجع سابق الصفحة 185-186.

563- العربي بلا: نفس المرجع السابق ص 180.

564- سعد الدين العثماني: الإسلام السياسي وتحديات الإصلاح وتداول السلطة، المغرب نموذجاً، ورقة مقدمة لمركز الدراسات السياسية بالأردن يومي 13/12 يونيو 2004، الصفحة 4.

565- عبد الحكيم أبو اللوز: جدل الهوية والتنمية بصدد دخول الإسلاميين إلى البرلمان - الولاية التشريعية السادسة- ضمن التجربة البرلمانية المغربية السادسة 1997 - 2002، أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الدستورية والسياسية كلية الحقوق مراكش 2003، ص: 218.

الاجتماعية)، فسانددت التجربة الحكومية بقيادة حزب الاتحاد الاشتراكي ولم يكن لها موقف محدد كمعارضة لأنها كانت تفتقر للمرجعية التي تسمح لها للعب هذا الدور، ونعني بها هنا بعض أحزاب اليمين التي لا تملك برامج سياسية مبنية على فلسفة وإيديولوجية واضحة المعالم ولا تدافع عن أي مشروع مجتمعي محدد⁵⁶⁶ بقدر ما وجدت للحفاظ على التوازنات السياسية التي ترسمها المؤسسة الملكية لا الأحزاب الإدارية، لأنها أحزاب بلا ذاكرة سياسية ولا تتوفر على مواقف سياسية تساعد الباحث على دراسة ومعرفة مواقفها وتوجهاتها الاستراتيجية تجاه المشهد السياسي المغربي.

ولما ظهر عجز الأغلبية التي كانت تمثل معارضة ثورية في التجارب السابقة عن تحقيق الوعود التي كانت تعد بها في السابق، بدأت تبحث عن مبررات عديدة لهذا العجز والفشل، فانتشرت بشكل كبير مفاهيم جديدة لم سبق أن تم تسجيلها في التاريخ البرلماني المغربي، وهذه المفاهيم من قبيل: (الإرث السياسي الثقيل، خصوم وأعداء الديمقراطية....)، وهي مفاهيم كان يستعملها أي وزير في حكومة التناوب في حالة ما تعرض قطاعه لمشكل ما⁵⁶⁷، غير أن الواقع أظهر بأن العمل الحكومي في الحقيقة واجهته تحديات واختلالات وصعوبات من نوع آخر، وبالتالي انعكست عليه بشكل سلبي، وهذه الإكراهات من قبيل:

أولاً: صعوبة استيعاب الانتقال من المعارضة إلى الأغلبية، خاصة وأن الأغلبية الحكومية بقيادة الاتحاد الاشتراكي قضت سابقاً معظم أوقاتها في انتقاد الطابع المخزني للدولة المغربية.

ثانياً: صعوبة نابعة من طبيعة التشكيلية الحكومية نفسها، حيث لوحظ عنها عدم الانسجام والتفاهم بين جميع أعضائها، حيث كان يتعرض الأداء الحكومي للانتقاد الدائم من طرف حزب الإستقلال وكأن هذا الأخير يوجد في موقع المعارضة وليس الأغلبية ولم يستوعب تموقعه⁵⁶⁸. كل هذه المعطيات كان لها تأثير كبير على حصيلة العمل الحكومي بشكل عام وعلى حصيلة المعارضة بشكل خاص في مراقبة العمل الحكومي، كان من أهم مسباته:

1: التقاطع بين الإرادتين الملكية والحزبية وهو تقاطع يتجسد في تعاقد حول برنامج الحكومة، وهذا البرنامج هو الذي يتضمن محتويات العقد بين طرفين متكافئين سياسياً هو الذي يتم بمسطرة التوافق ويرتبط هذا العنصر الأساسي بآخر يتمثل في أن التوافق يبدو وكأنه يأتي لتصحيح وضعية انتقالية مؤقتة واستثنائية بواسطة حكومة انتقالية، في حين نجد أن حكومة عبد الرحمان اليوسفي جاءت في ظرفية عادية وطبيعية، وهذا يعني أنه إذا كانت هناك ظرفية حتمت على الملكية وأحزاب الحركة الوطنية البحث عن حلول سياسية للتناوب منذ بداية التسعينيات⁵⁶⁹، فإن التنازلات التي قدمتها المؤسسة الملكية لم ترق إلى مستوى التنازلات التي قدمتها أحزاب الحركة الوطنية، حيث نجد أن تنازلات أحزاب الحركة الوطنية بلغت مداها، وذلك بالعدول عن مطالبها بتعديل الدستور والمتمثلة أساساً في إقامة برلمان منتخب برمته عن الانتخابات

566 - محمد كلوي: المجتمع والسلطة، دراسة في إشكالية التكوين التاريخي والسياسي للمؤسسات والوقائع الاجتماعية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1/ 1995، ص 173 .

567 - العربي بلا : مرجع سابق، ص 181.

568 - العربي بلا : مرجع سابق، ص 181.

569 - إن المبادرة الملكية الأولى بالتناوب الإرادي الممنوح يعود تاريخها إلى 22 أكتوبر 1993 .

المباشرة، وإقامة هيئة دستورية تتولى مهمة الإشراف على تنظيم الانتخابات في حين نجد أن تنازلات الملكية تمثلت في الانتقال من عرقلة التناوب إلى البحث عن حلول إرادية له ظل يتحكم فيها هاجس مراقبة التناوب في حالة تحققه⁵⁷⁰.

2: الخطاب السياسي للمعارضة البرلمانية، سجل تراجع كبير عن مطلبها الخاص بالتعديل الدستوري بصفته سياسة مؤسساتية سامية ومدخل أساسي وكأولوية لتحقيق الإصلاح الدستوري والسياسي الذي يكمن مغزاه في التداول الديمقراطي للسلطة ليتم تعويضه بالسياسات المؤسساتية العادية أو الضابطة، وذلك من خلال تعديل مجموعة من القوانين التي تضبط الفعل العام⁵⁷¹ والتي في منظورها كفيلة بتحقيق النظام الديمقراطي، حيث عملت الأغلبية الحكومية بقيادة الاتحاد الاشتراكي على تعديل بعض الظواهر التي لها صلة بالحقوق والحريات العامة للمواطنين⁵⁷² واعتماد بعض الاتفاقيات التي لها صلة بحقوق الإنسان.

أما فيما يتعلق بالحصيلة التشريعية لحكومة التناوب التوافقي، فقد لوحظ عنها غلبة مشاريع القوانين التي تقدمت بها الحكومة، والتي حددت في 185 مشروع قانون، غطت العديد من القطاعات والمجالات، فتمت الموافقة على 176 مشروع قانون، 117 منها بالإجماع، و59 بالأغلبية أما فيما يتعلق بمقترحات القوانين التي تقدم بها النواب فلم ترق للمستوى المطلوب، حيث لم يتجاوز عددها سوى 143 مقترح، 79 مقترح منها بمبادرة النواب، و64 مقترح تقدم بها المستشارون، ولم يوافق البرلمان بصفة نهائية سوى على 20 وبقي 100 مقترح قيد الدرس، 58 للنواب، و42 للمستشارين، بينما تم رفض 5، 4 بموجب الفصل 51 من الدستور وواحد بالأغلبية، وتم سحب 18 مقترح قانون، 6 منها للنواب و12 للمستشارين⁵⁷³.

تأسيسا على هذه الحصيلة التشريعية والرقابية للمعارضة البرلمانية، فإنه يتبين بأن الرهان على المعارضة البرلمانية السادسة لم تنجح في عقلنة العمل البرلماني وتطويرة بالشكل الذي كان ينتظر منها خصوصا وأنه تم اعتمادها بآلية التناوب التوافقي وكان مرجوا منها ترشيد العمل البرلماني ومراقبة النشاط الحكومي، خاصة إن علمان بأن هذه المعارضة وجدت أصلا إما لمساندة الحكومة بشكل مطلق أو معارضة ميكانيكية، وبالتالي فحصيلة المعارضة خلال الولاية التشريعية السادسة 1997-2002، والسياق الذي جاءت فيه هذه يستنتج منه ملاحظة أساسية وهي أن أداءها كان محدودا، خاصة وان السياق الذي

570 - رقية المصدق: لماذا لم يكن التناوب تعاقديا توافقي بل إرادي ممنونا؟، ضمن التجربة البرلمانية المغربية السادسة 1997 - 2002، م س ص 72.

571 - محمد الغالي: الإصلاح ورهان الانتقال الديمقراطي في المملكة المغربية، مجلة أبحاث العدد: 57 / 2007، ص 15-16.

572- قانون رقم 77-00 يغير ويتمم بموجبه الظهير الشريف رقم 378-58-1 الصادر في 1958 بشأن قانون الصحافة، قانون رقم 75-00 يغير ويتمم بموجبه الظهير الشريف رقم 376-58-1 الصادر في 1958 بشأن تنظيم حق تأسيس الجمعيات، قانون رقم 76-00 يغير ويتمم بموجبه الظهير الشريف رقم 377-58-1 الصادر في 1958 بشأن التجمعات العمومية، ثم قانون رقم 02.06 يتعلق بتغيير وتتميم القانون التنظيمي رقم 31.97 المتعلق بمجلس النواب والذي جاء بهدف تحقيق نزاهة الإنتخابات التي تشكل المدخل الأساسي لمصادقية المؤسسات التشريعية وضمن التمثيلية الحقيقية للأحزاب السياسية عن طريق احترام الإرادة الحقيقية للناخبين، وكذا القانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، ومرسوم بقانون رقم 2.02.663 بشأن إنهاء احتكار الدولة في ميدان البث الإذاعي والتلفزي والقانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين أو مشروع القانون المتعلق بالتغطية الصحية وغيرها من القوانين المرتبطة بالمجال الحقوق والاجتماعي. لمزيد من التفاصيل يرجى الاطلاع على حصيلة النشاط الحكومي بالبرلمان بحسب الولاية التشريعية السادسة منشورات الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان.

573- للمزيد من التفاصيل، يرجى الاطلاع على حصيلة النشاط الحكومي بالبرلمان بحسب الولاية التشريعية السادسة ال (1997-2002)، منشورات الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني، متوفر على الموقع الإلكتروني للوزارة على

الرابط التالي: <http://www.mcrp.gov.ma/Bilan.aspx>

تمخضت عنه لم يكن سليما، الأمر الذي يؤكد بأن الحلول الفوقية لبعض الإشكاليات السياسية ليست دائمة مجددة إن لم تواكبها إرادة سياسية بعيدا عن الحلول السطحية المتمثلة في تغيير المواقع، لأن من انتقلوا للمعارضة لم تتوفر فيهم المقومات المطلوبة للقيام بالدور الجديد، لذلك جاءت فاقدة للفعالية ولم تحدث أي تحول نوعي أو ممارسة برلمانية يمكن الاستفادة منها لاحقا.

2. حزب الأصالة والمعاصرة: إكراهات التموثق وضعف في الأداء البرلماني

أفرزت نتائج الانتخابات التشريعية المجراة بتاريخ 7 شتنبر 2007، عن فوز حزب الاستقلال بـ 52 مقعدا متبوعا بحزب العدالة والتنمية 46 مقعدا، الحركة الشعبية 41 مقعدا، فيما حصل التجمع الوطني للأحرار عن 39 مقعدا، أما الاتحاد الاشتراكي فقد حصل على 38 مقعدا، بينما حصل التقدم والاشتراكية على 17 مقعدا، وفي 15 أكتوبر 2007 عين الملك الحكومة التي ضمت 34 عضوا ينتمون سياسيا لأربعة أحزاب هي: الاستقلال، التجمع الوطني للأحرار، الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية، وحزب التقدم والاشتراكية، إضافة إلى مستقلين⁵⁷⁴، ومن خلال التركيبة السياسية للحكومة التي يقودها حزب الإستقلال تبين بأنها تتوفر على أغلبية هيجنة وغير قارة على مستوى الغرفة التشريعية، وبمناسبة انتخاب هياكل مجلس النواب في بداية الولاية التشريعية الأولى (2007-2008) تم تشكيل فريق الأصالة والمعاصرة والذي تكون من 36 عضوا، حيث حددت مهمته في ضمان الأغلبية لحكومة الأقلية التي ترأسها عباس الفاسي، من 19 شتنبر 2007 إلى 3 يناير 2012⁵⁷⁵، وبالفعل فقد وفر لها دعما داخل الغرفة الأولى⁵⁷⁶، فيما اكتفت باقي الأحزاب بالاصطفاف في صف المعارضة، خاصة حزب العدالة والتنمية الذي حل في المرتبة الثانية بـ 46 مقعدا وكذا حزب الحركة الشعبية الذي جاء في المرتبة الثالثة بـ 41 مقعدا، لكن ما الذي سيقع؟

قبيل الانتخابات الجماعية 12 يونيو 2009 فوجئت الحكومة بقرار حزب الأصالة والمعاصرة المتمثل في سحب دعمه عن الأغلبية الحكومية والانضمام إلى المعارضة، وقرار الحزب هذا أعلن عنه أمينه العام آنذاك محمد الشيخ بيد الله الذي أكد بأنه الحزب سيتموضع في المعارضة، وأن سحب تأييده عن الحكومة اتخذ على إثر الأزمة المفتعلة حول الترشيحات الجماعية 12 يونيو 2009، والتي استهدفت على وجه الخصوص مرشحي حزب الأصالة والمعاصرة⁵⁷⁷، مع التأكيد على ممارسة معارضة تحدث قطيعة مع الماضي⁵⁷⁸.

574- الجريدة الرسمية عدد 5570 -6 شوال 1428 (18 أكتوبر 2007)، الصفحة 3408.

575- لأن حزب العدالة والتنمية حصل فيها على أول درجة من حيث عدد الأصوات (9.10 من المائة في اللائحة المحلية و4.13 في المائة بالنسبة لللائحة الوطنية) وبذلك حصل على 46 مقعدا = 40 بالنسبة لللائحة المحلية و6 بالنسبة لللائحة الوطنية، فيما حصل حزب الإستقلال على الدرجة الثانية (7.10 في المائة بالنسبة لللائحة المحلية و8.11 في المائة بالنسبة لللائحة الوطنية)، ولكنه حصل على عدد من المقاعد (52 = 46 بالنسبة لللائحة المحلية و6 بالنسبة لللائحة الوطنية).

تقرير المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، حول الانتخابات التشريعية المغربية لـ 7 شتنبر 2007، منشورات 2008، الصفحة 18.

576- استطاع فؤاد عالي الهمة الذي ترشح للانتخابات التشريعية بدون انتماء سياسي في تشكيل كتلة فريق نيابي ضم نواب عن أحزاب صغرى لم تستطع الحصول على عدد المقاعد التي تؤهلها لتشكيل فريق برلماني، وتكون هذا الفريق من يضم الحزب الوطني الديمقراطي، وأحزاب العهد، ومبادرة المواطن والتنمية، والاتحاد المغربي للديمقراطية ورابطة الحريات، والقوات المواطنة، إضافة إلى النواب الذين فازوا في لوائح مستقلة. 577- خاصة لما تبين عزم الحكومة تفعيل المادة 5 من القانون رقم 36.04 المتعلق بالأحزاب السياسية، بهدف منع البرلمانيين من الترشح في الانتخابات الجماعية القادمة بأحزاب غير الأحزاب التي فازوا باسمها خلال الانتخابات التشريعية ل2007.

578- مصطفى الفن: المهمة يهدد بإسقاط حكومة عباس الفاسي، جريدة المساء بتاريخ 15/05/2009.

وبالعودة لتداعيات قرار الأصالة والمعاصرة المتمثل في سحب التأييد عن الحكومة والاصطفاف في المعارضة نجده ما لبث أن تطور لتبادل الاتهامات بين الطرفين، بحيث اتهم الوزير الأول آنذاك عباس الفاسي الحزب بممارسة "التشويش" على الحكومة، وأبدى استغرابه من انتقال حزب كان يشتغل في إطار الأغلبية البرلمانية إلى المعارضة رغم ترصيته سياسيا، في إشارة إلى طي قضية المادة الخامسة من قانون الأحزاب التي كانت موضع جدل قبل أن يحسم فيها القضاء لصالح الأصالة والمعاصرة، وأكد الوزير الأول في إحدى تصريحاته بأنه لم يشهد سابقة لا في المغرب ولا في الخارج أن يكون حزب في الأغلبية ويلتحق بالمعارضة⁵⁷⁹ الأمر الذي دفع بأحد القياديين الاستقاليين (حميد شباط) للقول بأنه أنه لأول مرة يتأسس حزب إداري لمعاكسة العمل الحكومي، واصفا حزب الأصالة والمعاصرة بأنه تجسيدا للحكومة الإدارية التي تتحكم في كل شيء وليس فقط في الحكومة⁵⁸⁰.

ومن معالم المعارضة التي مارسها حزب الأصالة والمعاصرة في وجه الحكومة التي ترأسها حزب الإستقلال خلال الولاية التشريعية الثامنة 2007-2012، نجد على سبيل المثال إعلانه تشكيل خلية أزمة، مهمتها تتبع الأوضاع ورصد تطوراتها مع مختلف هيئاته الجهوية، وذلك على خلفية الفيضانات التي شهدتها عدة مناطق في المغرب نهاية سنة 2010، منتقدا تعامل الحكومة معها ومبرزا غياب استراتيجية حكومية لتدبير الكوارث سواء في الشق المتعلق بالتدابير الاحترازية والاستباقية، أو في الجانب المرتبط بالقدرة على المعالجة الفعالة.

ويندرج في المعارضة الحكومية لحزب الأصالة والمعاصرة، كذلك ما صدر على لسان رئيس فريق حزب الأصالة والمعاصرة بمجلس المستشارين، كون الحكومة لم تف بالالتزامات التي سبق وقطعتها في بداية ولايتها، وعبر حكيم بن شماس من خلال الجلسة العمومية المخصصة لمناقشة التصريح الحكومي الذي أدلى به الوزير الأول عن الخشية من أن لا "تؤهلنا حصيلة عملكم النهائي لمواعيد استراتيجية حاسمة، من قبيل تطبيق اتفاقيات التبادل الحر، بما تفرضه من ضرورة ربح رهان التنافسية، أو موعد انتخابات 2012"⁵⁸¹.

وما يمكن ملاحظته على المعارضة التي مارسها الأصالة والمعاصرة تجاه حكومة 2007، أنها لا مضبوطة أو معارضة من أجل المعارضة، بحيث لا تختلف عن المعارضة السابقة لها، وهكذا، وجد هذا الأخير نفسه بجانب خصمه في المعارضة الذي هو حزب العدالة والتنمية، والاتحاد الدستوري، وأحزاب اليسار ممثلة في الحزب الاشتراكي الموحد والحزب العمالي، بعد أن عاد حزب الحركة الشعبية أحد مكونات المعارضة التي تشكلت عقب تشكيل حكومة الفاسي في نسختها الأولى لموقعه الطبيعي الأغلبية في النسخة الثانية، لأنه حزب ارتبط ظهوره بالأحزاب التي تتم المناوأة عليها في كل أزمة لمساندة الأغلبية الحكومية.

وعلى الرغم من تواجد حزب الأصالة والمعاصرة بجانب أطراف سياسية مختلفة في المعارضة، فإنه لم ينجح في جعلها معارضة موحدة وملتزمة، بل أصبحنا أمام معارضة تناقضاتها أعمق بكثير من التناقضات الموجودة بين أحزاب الأغلبية،

579- رئيس وزراء المغرب يتهم الأصالة والمعاصرة بـ "التشويش رغم ترصيته"، جريدة الشرق الأوسط عدد 11144 بتاريخ 2 يونيو 2009.

580- منتصر حمادة: في الأثناء السياسي للأحزاب المغربية خلال العام 2010، حالة المغرب 2010/2011 منشورات وجهة نظر مرجع سابق ص68.

581- منتصر حمادة: في الأثناء السياسي للأحزاب المغربية خلال العام 2010، طلة المغرب 2010/2011 منشورات وجهة نظر، مرجع سابق ص56,57.

بمعنى أن المعارضة البرلمانية في الولاية التشريعية الثامنة لم تجمعها قواسم مشتركة على مستوى تحديد المواقف السياسية من الأغلبية، بل إن ما وحدها هو كونها توجد في موقع المعارضة، حيث سيادة عنصر التباعد في المواقف وعدم الانسجام وعدم التنسيق فيما بينها، فبالنسبة لحزب العدالة والتنمية الذي سبق واحترف المعارضة منذ تخليه عن مساندة حكومة اليوسفي انطلاقاً من الدورة التشريعية لـ 2000، فإن حزب الأصالة والمعاصرة استبعد التنسيق مع "خصمه" في المعارضة، وهو ما صدر على لسان أحد أعضاء المكتب الوطني لحزب الأصالة والمعاصرة، الذي صرح "بأنهم لا يعتبرون تواجدهم في صف المعارضة فضاء للالتقاء مع حزب العدالة والتنمية، ومن ثمة لا يمكن على الإطلاق تصور أي تنسيق بين المعارضة، فكل حزب معارضة نحن نعارض سياسة الحكومة ونعارض كذلك مشاريع سياسية بعينها"⁵⁸².

يمكن القول، بأن الحدود الفاصلة بشكل واضح بين الأغلبية والمعارضة، في الولاية التشريعية الثامنة (2007-2012) لم تكن موجودة بشكل واضح، لأنه هناك أحزاب تساند الحكومة، ولكن دون أن تشارك فيها، كما وقع مع حزب العدالة والتنمية باسم المساندة النقدية، فقد كان حزبا مساندا ومعارضاً في الوقت ذاته، وتكرر الأمر نفسه مع حكومة إدريس جطو من خلال الاتحاد الاشتراكي والعدالة والتنمية والمعارضة النقدية⁵⁸³،

وهو ما تكرر أيضاً مع تجربة المعارضة التي مارسها حزب الأصالة والمعاصرة الذي تحول من موقع الأغلبية إلى المعارضة بسهولة، بل الأغرب من هذا كيف لحزب يعارض حكومة كان مشاركا فيها بأحد الوزراء⁵⁸⁴، بعد أن أعلن عن تجميد عضويته، داخل الأجهزة المسيرة للحزب مبرراً هذا الإجراء بكونه "ينسجم مع مبادئ الحزب الهادفة إلى إرساء الوضوح في العمل السياسي".

وعموماً فالأحزاب المغربية خاصة في المعارضة لا تلتزم بمفهوم المعارضة الواضح والمتمثل في معارضة السياسات العمومية المتبعة من قبل الأغلبية المشكلة للحكومة، وهذا الوضع استفادت منه مثلاً الأغلبية الحكومية التي تكونت منها حكومة 2007، بحيث استطاعت ولو مبدئياً الحفاظ على انسجامها وأغليتها العددية على مستوى الغرفة الأولى، وإجراء تعديل وزارى وتجديد الثقة الملكية في الحكومة من أجل مواصلة عملها السياسي والإداري.

وفيما يتعلق بمراقبة العمل الحكومي خلال الولاية التشريعية الثامنة (2007-2012)، لوحظ بأن الحكومة تجاوبت مع البرلمان، في نطاق تفعيل مختلف آليات المراقبة والتتبع، وقد احتلت الأسئلة بمختلف أصنافها الكتابية والشفهية، باعتبارها آلية للمراقبة ووسيلة لتتبع أعمال الحكومة على مختلف المستويات، موقعا متقدما في مجال الرقابة البرلمانية، ويتضح من الأرقام المسجلة خلال السنوات التشريعية من الولاية التشريعية الثامنة مدى التجاوب الذي أبان عنه أعضاء الحكومة في الجواب عن الأسئلة الموجهة إليهم من طرف النواب والمستشارين.

مجموع الأسئلة المطروحة والمجاب عنها في الولاية التشريعية الثامنة (2007-2012)⁵⁸⁵

582- أحزاب المعارضة تستبعد التنسيق في مواجهة حكومة الفاسي في طبعها الثانية، جريدة المساء بتاريخ 2009/08/03.

583- محمد ضريف: الوضع الذي تعيشه المعارضة الحالية قد تستفيد منه الأغلبية الحكومية، جريدة المساء بتاريخ 2009/08/03.

584- يتعلق الأمر بالسيد أحمد أخشيشن وزير التربية الوطنية والتعليم العالي وتكوين الأطر في حكومة السيد عباس الفاسي.

585- مجهود شخصي.

السنة التشريعية الأولى 2007-2008		
المجلس	الأسئلة الكتابية المطروحة	الأسئلة الشفوية المجاب عنها
النواب	1967	707
المستشارين	173	404
المجموع	2140	1111
السنة التشريعية الثانية 2008-2009		
المجلس	الأسئلة الكتابية المطروحة	الأسئلة الشفوية المجاب عنها
النواب	1916	625
المستشارين	104	397
المجموع	2020	1022
السنة التشريعية الثالثة 2009-2010 ⁵⁸⁶		
المجلس	الأسئلة الكتابية المطروحة	الأسئلة الشفوية المجاب عنها
النواب	2529	708
المستشارين	153	518
المجموع	2682	1226
السنة التشريعية الرابعة 2010-2011		
المجلس	الأسئلة الكتابية المطروحة	الأسئلة الشفوية المجاب عنها
النواب	2396	690
المستشارين	129	420
المجموع	2525	1110

أما فيما يتعلق بالإنتاج التشريعي، فقد أبانت الحصيلة عن هيمنة الحكومة على العملية التشريعية، حيث أغلب النصوص القانونية المصادق عليها مصدرها هو الحكومة، علماً بأن الإنتاج التشريعي للمؤسسة البرلمانية تراجع بشكل ملحوظ مقارنة مع الولاية التشريعية السابعة (2002-2007)، حيث انتقل عدد القوانين المصادق عليها من 215، إلى 142⁵⁸⁷، في حين ظلت العديد من النصوص التشريعية قيد الدرس بعد اختتام كل سنة تشريعية، 12 مشروع بعد اختتام السنة التشريعية الأولى و37 مشروع بعد اختتام السنة التشريعية الثانية 2008-2009، 23 مشروع بعد اختتام السنة التشريعية الثالثة 2009-2010.

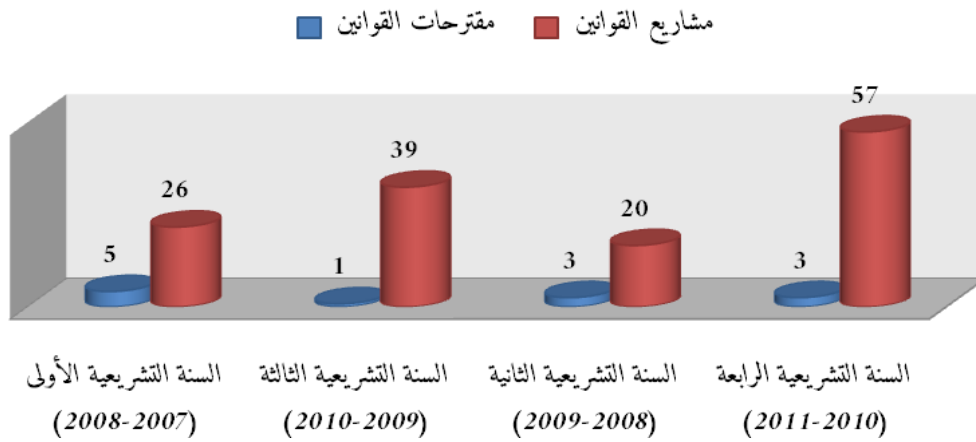
586- إلى غاية 08 شتنبر 2010.

587- استثنينا من هذا الرقم القوانين التي جاءت بمبادرة برلمانية (مقترحات القوانين).

حصيلة العمل التشريعي خلال الولاية التشريعية الثامنة (2007-2012)⁵⁸⁸

السنة التشريعية	مشاريع القوانين المصادق عليها	مقترحات القوانين المصادق عليها	المجموع
السنة التشريعية الأولى (2007-2008)	26	5	31
السنة التشريعية الثانية (2008-2009)	20	3	23
السنة التشريعية الثالثة (2009-2010)	39	1	40
السنة التشريعية الرابعة (2010-2011)	57	3	60

حصيلة العمل التشريعي خلال الولاية التشريعية الثامنة (2007-2012)



بالإضافة إلى ما سبق، نجد إشكالية خروج العديد من الأحزاب من نطاق الأغلبية والتموضع في صف المعارضة والتأسيس لممارسة سياسية دخيلة إلى حد ما على الحياة البرلمانية، وعلى سبيل المثال، فقد أفرزت الاستحقاقات التشريعية لـ 25 نونبر 2011، لانتخاب مجلس النواب (395 عضواً) عن فوز حزب العدالة والتنمية بـ 107 مقعداً، حزب العدالة والتنمية، حزب الاستقلال 60 مقعداً، حزب التجمع الوطني للأحرار 52 مقعداً، حزب الأصالة والمعاصرة 47 مقعداً، حزب الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية 39 مقعداً، حزب الحركة الشعبية 32 مقعداً، حزب الاتحاد الدستوري 23 مقعداً، حزب التقدم والاشتراكية 18 مقعداً، الحزب العمالي 4 مقاعد، فيما حصلت باقي الأحزاب مجتمعة على ما مجموعه 13 مقعداً⁵⁸⁹.

وبتاريخ 16 دجنبر 2011 وبعد المفاوضات التي أجراها الأمين العام لحزب العدالة والتنمية مع قادة الأحزاب، تم التوقيع على ميثاق الأغلبية الحكومية التي ستتشكل من أحزاب، أحزاب العدالة والتنمية والاستقلال والحركة الشعبية والتقدم والاشتراكية، وتم التأكيد في هذا الميثاق الموقع من لدن الأمناء العامين للأحزاب الأربعة بأن هذا الميثاق يشكل وثيقة

588- مجهود شخصي.

589- يتعلق الأمر بكل من حزب الحركة الديمقراطية الاجتماعية: مقعدان، حزب التجديد والإنصاف : مقعدان، حزب البيئة والتنمية المستدامة: مقعدان، حزب العهد الديمقراطي: مقعدان، حزب اليسار الأخضر المغربي: مقعد واحد، حزب الحرية والعدالة الاجتماعية: مقعد واحد، حزب جبهة القوى الديمقراطية: مقعد واحد، حزب العمل : مقعد واحد، حزب الوحدة والديمقراطية: مقعد واحد.

تعاقدية ومرجعا للعمل المشترك للأحزاب الأربعة وأساسا لالتزامها الواضح أمام المواطنين⁵⁹⁰، ولكن هذا التحالف الذي كان حزب الإستقلال أحد مكوناته لم يعمر طويلا إذ سرعان ما قرر الأخير سحب دعمه عن الحكومة التي يترأسها عبد الإله بنكيران وقرر الانسحاب منها مع توجيه دعوة لوزرائه للاستقالة ومطالبة فريقه البرلماني للانتقال من إلى المعارضة، وقد جاء موقف حزب الإستقلال بعد سلسلة من الحملات الإعلامية والتراشق بين قيادات حزبي الإستقلال والعدالة والتنمية، وذلك بعدما قرر المجلس الوطني لحزب الإستقلال، المجتمع بتاريخ 11 ماي 2013 الانسحاب من التحالف الحكومي الذي يقوده بنكيران، بتصويت 870 من أعضاء المجلس الوطني، البالغ عددهم 976 عن موافقتهم تجاه الخطوة، باعتبارها نتيجة طبيعية لغياب الحوار داخل الأغلبية التي يقودها حزب العدالة والتنمية⁵⁹¹.

والغريب هو أن اللجنة التنفيذية للحزب ووجهت، بتاريخ 9 يوليوز 2013، دعوة لوزراء الحزب إلى تقديم استقالاتهم إلى رئيس الحكومة انسجاما مع قرار الانسحاب، إلا أن أحد وزراء الحزب رفض، حيث قررت اللجنة الوطنية للتحكيم والتأديب التابعة للحزب مؤاخذة محمد الوفا عضو المجلس الوطني لحزب الإستقلال، ووزير التربية الوطنية، بارتكابه مخالفة قوانين الحزب وأنظمتها والإضرار بمصالح الحزب وعصيان مقرراته ومعاقبته تأديبيا باتخاذ في حقه قرارا بالطرد من صفوف حزب الإستقلال مع كل ما يترتب عن ذلك من أثر قانوني⁵⁹².

نفس الأمر تكرر مع حزب التقدم والاشتراكية الذي قرر مكتبه السياسي، يوم فاتح أكتوبر 2019، الانسحاب من الحكومة التي يقودها حزب العدالة والتنمية، وهذه الخطوة جعلت الحزب خارج الحكومة، وأعادته إلى المعارضة التي غاب عنها لأكثر من عشرين سنة،

ومن أبرز الأصوات التي عارضت خيار الانسحاب من الحكومة، وزير الصحة السيد أنس الدكالي، الذي غادر اجتماع اللجنة المركزية، ليؤكد في تصريح لاحق بأن الحزب لم يتخلى عن الحكومة فقط، "بل عن مرحلة تاريخية دخل إليها ببناء فكري وسياسي اشتغل عليه لسنوات".

وصرح نبيل بن عبد الله، الأمين العام لحزب التقدم والاشتراكية، الذي اختار الانضمام إلى المعارضة إن "قرار خروج الحزب من الحكومة" لم تمليه مصالح وزارية وأن الحزب قد يقبل بأن يكون بنصف مقعد، إذا كانت الحكومة حكومة إصلاح وذات توجهات قوية تعمل على بلورة مضامين الدستور، وأضاف قبيل الإعلان عن نتائج التصويت إن انضمام حزبه في المعارضة سيقوي الحزب أكثر وسيجعله أكثر استعدادا لانتخابات 2021،

ولكن انسحاب التقدم والاشتراكية من الحكومة لم يضع رئيس الحكومة، في إيجاد حلفاء جديد، في وضع صعب مثل ما حدث مع حكومة عبدالإله بنكيران في سنة 2013 بحيث لم يتوفق في تشكيل الائتلاف الحكومي بسبب عدم اتفاق بعض الأحزاب، واستمرت حكومة العثماني في قيادة الأغلبية الحكومية والبرلمانية بعد خروج حزب التقدم والاشتراكية من التحالف الحكومي.

590- ميثاق الأغلبية الحكومية الذي تم التوقيع يوم الجمعة 16 دجنبر 2011.

591- بيان حزب الإستقلال بتاريخ 30 جمادى الثانية 1431 الموافق ل 11 ماي 2013.

592- اللجنة الوطنية للتحكيم والتأديب الصادر بتاريخ 29 يوليوز 2013.

3. صعوبة تفعيل بعض الآليات الرقابية (ملتمس الرقابة)

ينص الفصل 105 من دستور 2011، على أنه لمجلس النواب أن يعارض في مواصلة الحكومة تحمل مسؤوليتها، بالتصويت على ملتمس الرقابة، الذي يعد من الآليات التي يملكها مجلس النواب بمكونيه (أغلبية ومعارضة) لمراقبة الحكومة وإثارة مسؤوليتها السياسية، بل قد يؤدي لإسقاطها في حالة ما توافر فيه النصاب المنصوص عليها دستوريا. وبالرجوع للتاريخ الدستوري والسياسي، نجد بأن المعارضة البرلمانية سبق لها وفعلت هذا المقتضى الرقابي مرتين، الأولى كانت حينما تقدمت أحزاب المعارضة البرلمانية بملتمس رقابة في يونيو سنة 1964، وكانت تهدف منه في الأصل إلى الضغط على نظام الحكم قصد إطلاق سراح المعتقلين اليساريين المنتمين لحزب الاتحاد الوطني للقوات الشعبية، وخاصة المحكوم عليهم بعقوبة بالإعدام، أمثال: محمد البصري، عمر بنجلون، ومومن الديوري، الذين توبعوا بتهمة محاولة الإطاحة بالنظام في يوليو 1961⁵⁹³، ولكن لم تنجح في ذلك⁵⁹⁴، رغم أنه حصول الملتمس على توقيع 24 نائبا برلمانيا، ولكن بالرغم من ذلك لم تستطع المعارضة إسقاط الحكومة، وفي مقابل ذلك كانت له تداعيات سياسية، تمثلت بالأساس في إقدام الملك الراحل الحسن الثاني على تفعيل مقتضيات الفصل 35 من دستور 1962⁵⁹⁵ وإعلانه عن حالة في 1965⁵⁹⁶، وكان من أسبابها أن رأى الملك بأن البرلمان أصبح يمضي وقته في سجلات سياسية بسبب الحسابات السياسية بين الأغلبية والمعارضة.

انعكس ملتمس الرقابة الذي تقدمت به المعارضة البرلمانية على أداء المؤسسة البرلمانية، وكنتيجة لذلك لم تتعد حصيلة برلمان 1965 سوى التصويت على ستة قوانين⁵⁹⁷، وهذا الأمر جعل الملك يقوم بحل البرلمان وتفعيل صلاحياتها الدستورية، بحيث أصبح الملك الحسن الثاني يشرع، في تلك الفترة، بموجب ظهائر ومراسيم ملكية في مجموعة من المجالات هي في الأصل من اختصاص المؤسسة التشريعية، بالإضافة إلى أنه أصبح يدعو إلى عقد مجالس وزارية ويقوم بصفة شخصية بترأس لجان وزارية كما أن القانون المالي أصبحت تتم المصادقة عليه بسرعة ودون حاجة إلى عرضه على أنظار مجلس النواب⁵⁹⁸.

أما الحالة الثانية، فكانت حينما لجأت أحزاب المعارضة لطرح ملتمس الرقابة، سنة 1990، وتقدمت به مجتمعة لدى مجلس النواب، والذي عكس تصور هذه الأحزاب للحالة والوضع السياسي في تلك الفترة والتي رأت أن الإصلاح الدستوري والسياسي أصبحا يفرضان نفسيهما بإلحاح بالنظر لنتائج الأزمة المالية على الوضع الداخلي للبلاد، وكان من نتائجه، رغم فشله، أن قامت أحزاب المعارضة برفع مجموعة من المطالب السياسية إلى الملك في مقدمتها المطالبة بإصلاحات دستورية،

593- سعيد خمري: روح الدستور، الإصلاح: السلطة والشرعية بالمغرب، منشورات دفاتر سياسية/ سلسلة نقد السياسة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2012 ص 60.

594- بحيث لم يحصل هذا الملتمس على تصويت الأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم مجلس النواب، كما كان ينص على ذلك الفصل 81 في فقرته الثانية.

595- الذي كان ينص على أنه: "إذا كانت حوزة التراب الوطني مهددة أو إذا وقع من الأحداث ما من شأنه أن يمس بسير المؤسسات الدستورية فيمكن للملك أن يعلن حالة الاستثناء بمرسوم ملكي بعد استشارة رئيسي المجلسين وتوجيه خطاب للأمة. وبسبب ذلك فإن له الصلاحية رغم جميع النصوص المخالفة في اتخاذ التدابير التي يفرضها الدفاع عن حوزة التراب ورجوع المؤسسات الدستورية إلى سيرها العادي".

596- مرسوم ملكي رقم 65.136، صادر بتاريخ 7 صفر 1385 (7 يونيو 1965)، بإعلان حالة الاستثناء، الجريدة الرسمية عدد 2745، بتاريخ 9 صفر 1385 (9 يونيو 1965)، الصفحة 1080.

597- سعيد خمري: روح الدستور، الإصلاح: السلطة والشرعية بالمغرب، مرجع سابق، الصفحة 61.

598- عبد الهادي بوطالب: نصف قرن في السياسة، منشورات الزمن، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، طبعة 2001. الصفحات 169- 173.

تتعيًا ترسيخ دولة المؤسسات وتعزيز سلطة القانون ودمقرطة الشأن العام وتحديث أجهزة ومؤسسات الدولة، وقد شكلت المسألة الحقوقية أحد أولويات مطالب الإصلاح السياسي والدستوري للمعارضة⁵⁹⁹، حيث طالبت في مذكرتها المرفوعة إلى الملك، بتاريخ 19 يونيو 1992، بإصلاح دستوري يضمن ترسيخ سلطة المؤسسات وتعزيز سيادة القانون وصيانة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وضبط العلاقات بين السلطات، وتعزيز سيادة القانون ودمقرطة أجهزة الدولة،...⁶⁰⁰، الأمر الذي دفع المؤسسة الملكية لتعديل دستوري تم إجراؤه في سنة 1992 وتعبير المؤسسة الملكية عن رغبتها في التناوب، بتاريخ 22 أكتوبر 1993، الذي لم يكتب له النجاح إلا في سنة 1998 بقيادة المعارضة البرلمانية ممثلة في حزب الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية للحكومة. وبعد تحليل الشروط اللازمة لتفعيل ملتصق الرقابة، نجد بأن المشرع الدستوري حصرها في شرطين أساسيين، ضرورة توقيعه على الأقل من قبل خمس الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا تصح الموافقة عليه من قبل مجلس النواب، إلا بتصويت الأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم، فهذه القيود الموضوعية التي وضعها المشرع الدستوري، تجعل من تفعيل هذه الآلية الرقابية من لدن المعارضة البرلمانية جد صعبة إن لم نقل مستحيلة، لأنه من الصعب جدا الحصول على تصويت بالأغلبية المطلقة أي من غير المنطقي أن تصوت الأغلبية الحكومية لصالح مبادرة رقابية مصدرها المعارضة.

إن الهدف من هذه القيود التي وضعها المشرع على هذه الآلية الرقابية هو تجنب دخول البلاد في أزمة سياسية ومؤسسية يكون من نتائجها حل البرلمان وإعادة الانتخابات، خصوصا أن هذه الأخيرة تكلف ميزانية الدولة أموالا كثيرة، وإذا كان هذا التخوف مشروع وله مبرراته، فإنه في مقابل ذلك لا يعقل أن يبقى البرلمان تابعا لسلطة تنفيذية تنفذ سياسات دون أن تتم إثارة مسؤوليتها أمام البرلمان، عن طريق تفعيل ملتصق الرقابة الذي يعد تقنية دستورية بيد المعارضة بغية إسقاط الحكومة بمبادرة برلمانية في حالة توفر شروطها.

4: في أسباب ضعف المعارضة البرلمانية

إن ضعف المعارضة أمثله العديد من الأسباب المتداخلة، منها ما هو موضوعي ومنها ما هو ذاتي.

أ: العوامل الموضوعية

حصر الأستاذ محمد معتصم، في أطروحته الجامعية، العوامل الموضوعية لضعف المعارضة البرلمانية المغربية، في بعض الإكراهات منها الداخلية النابعة من طبيعة النظام السياسي المغربي نفسه، ومنها ضغوط المحيط الاجتماعي فضلا عن أخرى خارجية دولية وإقليمية، وفيما يلي ذلك:

▪ طبيعة النظام السياسي المغربي

في ظل نظام سياسي يعتبر فيه الملك امتدادا عصريا لأمير المؤمنين⁶⁰¹، وكذلك انطلاقا من المفهوم الخصوصي للملكية الدستورية بالمغرب التي تنهل من المرجعية الدينية القائمة على إمارة المؤمنين، فإن هذه الخصوصية تحصن رئيس الدولة من

599- عبد اللطيف مستكفي: طبيعة الإصلاح السياسي والدستوري بالمغرب، مرحلة التسعينات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق الدار البيضاء، 2002-2003، الصفحة 51.

600- سعيد خمري: روح الدستور، الإصلاح: السلطة والشرعية بالمغرب، منشورات دفاتر سياسية/ سلسلة نقد السياسة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2012- الصفحة 189.

601- حسب منطوق الفصل 41 من دستور 2011.

كل معارضة، حيث تم وضع حد لمفهوم المعارضة البرلمانية التي تعتبر من وجهة الإسلام السياسي فتنة وتمرد، ففي نظام سياسي دينه الإسلام، وكل سكانه مسلمين ورئيسه يعتبر سبطا للرسول، فإن معارضته تعتبر معارضة للدين وخروجاً عن طاعة ولي الأمر⁶⁰²، ذلك أن الملكية الدستورية لا تعني تقييداً لصلاحيات الملك في إطار نظام برلماني يتضمن تمثيل مختلف المصالح عن طريق الأحزاب السياسية، بل إن الملك يسود ويحكم وهو المقرر الأصلي، في إطار ملكية وراثية رئاسية غير متوازنة، وباجتماع هذه الصفة مع صفة أمير المؤمنين التي تحول دون ظهور معارضة لرئاسة الدولة أو بروز أحزاب دينية⁶⁰³، وبموازاة مع سيطرة المؤسسة الملكية على الحقل السياسي والديني وتهميش الفاعلين الآخرين في هذا الحقل من أحزاب سياسية وزاويات وجمعيات دينية، ومعه غدت الملكية الفاعل الدستوري الأول في الحقل الديني⁶⁰⁴.

إضافة إلى أن استراتيجية الملكية في الحكم مبنية على التحالف مع العالم القروي من خلال الإبقاء على "الفلاح المغربي مدافعاً عن العرش"⁶⁰⁵، وهكذا، عملت الملكية على الحيلولة دون اكتساح الأحزاب للبوادي وتمنع تأطيرها للسكان، ما دام أن الجماعات المحلية كانت هي الأخرى تساهم بجانب الأحزاب في تأطير المواطنين من خلال نشر إيديولوجية المؤسسة الملكية⁶⁰⁶، التي تتوفر على مشروعية ثلاثية الأبعاد، دينية وتاريخية وشعبية، وبالتالي منعت الأحزاب من بناء قوتها ونفوذها بالعالم القروي، كما أن التاريخ السياسي يبين كيف أن بعض السلاطين قاموا بما يسمى "بالحرركات" ضد القبائل السائبة أو الثائرة للحد من إمكانية ظهور معارضة قوية، وبدسترة الملكية في المغرب، استمر نظام الحكم على رفض أية معارضة للملكية التي ارتضاها عموم المغاربة حيث تتميز هذه الأخيرة بكونها، وخلافاً لبعض أنظمة العالم الثالث، تسمح بالتعددية الحزبية وأن المعارضة البرلمانية هي معارضة لجلالة الملك لا معارضة لجلالة الملك بصفته أميراً للمؤمنين يتموقع فوق باقي الأحزاب⁶⁰⁷.

▪ ضغوط المحيط الاجتماعي

لا يمكن اعتبار استراتيجية المؤسسة الملكية في الحكم هي العامل الوحيد في إضعاف المعارضة البرلمانية بالمغرب، بل إن ضغوط المحيط الاجتماعي هي الأخرى، تضاف إليها لمحاصرة المعارضة في العالم القروي وإضعافها في المجال الحضري

602- محمد معتصم: التطور التقليدي للقانون الدستوري المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق الدار البيضاء، مارس 1988، الجزء الثاني، ص 299-300.

603- تنص المادة 4 من القانون التنظيمي رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية على ما يلي: "يعتبر باطلاً كل تأسيس لحزب سياسي يرتكز على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جهوي، أو بصفة عامة على أي أساس من التمييز أو المخالفة لحقوق الإنسان.

يعتبر أيضاً باطلاً كل تأسيس لحزب سياسي يهدف إلى المساس بالدين الإسلامي أو بالنظام الملكي أو المبادئ الدستورية أو الأسس الديمقراطية أو الوحدة الوطنية أو الترابية للمملكة"، الجريدة الرسمية عدد 5989 الصادرة بتاريخ 26 ذو القعدة 1432 الموافق لـ 24 أكتوبر 2011.

604- محمد معتصم: الحياة السياسية المغربية، 1962 - 1991، مؤسسة إيزيس للنشر، الدار البيضاء الطبعة الأولى ماي 1992 ص 90.

605 - ريمي لوفو: الفلاح المغربي المدافع عن العرش، ترجمة محمد بن الشيخ، منشورات وجهة نظر سلسلة أطروحات وبحوث جامعية (2)، الطبعة الأولى 2011.

606- لقد ميز المفكر والفيلسوف الإيطالي أنطونيو غرامشي الماركسيون الجدد بين نوعين من المجتمعات: المجتمع السياسي وهو الدولة التي تملك سلطة الإكراه والقوة، والمجتمع المدني الذي هو المدرسة، الكنائس... وكل المؤسسات التابعة للدولة.

والطبقة الحاكمة لكي تؤمن استمراريتها في ممارسة السلطة تقوم بنشر إيديولوجيتها من خلال مؤسسات المجتمع المدني، وربما هو نفس التكتيك أو الاستراتيجية التي توظفها المؤسسة الملكية بالمغرب عبر النخب المحلية والإدارية من أجل تسييح التغلغل الحزبي خاصة أحزاب المعارضة في العالم القروي وبالتالي منعها من بناء معارضة قوية.

607- محمد معتصم: التطور التقليدي للقانون الدستوري المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، الجزء الثاني ص 300-301.

أيضا، ففي البداية يسجل ضعف الوعي السياسي لحد الشعور بالمواطنة، فإن القرويين ينظرون للأحزاب على أنها آليات لتقوية نفوذها على السلطة ولا يعتبرون أنفسهم ملزمين بمبادئ الأحزاب السياسية وقد كانت نتيجة ذلك فشل أحزاب المعارضة في التغلغل بالعالم القروي⁶⁰⁸، أما في الوسط الحضري، حيث ارتفاع نسبة العاطلين عن العمل من سكان دور الصفيح، جعلت من يملكون عملا قارا يفكرون أساسا في الحفاظ عليه أكثر من اهتمامهم بالعمل السياسي المعارض، وبالتالي فإن سكان العالم الحضري من قاطني الأحياء الهامشية لا يشكلون بروتيتاريا حقيقية⁶⁰⁹، وهذا مؤشر آخر على صعوبة عمل المعارضة في وسط اجتماعي يتسم بالبطالة وغلبة الطابع التقليدي لقاطني الأحياء الهامشية الذين لا يعيرون اهتمام للعمل الحزبي.

أما العوامل الخارجية التي كان لها تأثير على ضعف المعارضة فهي تنحصر في سببين، الأول يخص مسألة الديمقراطية نفسها، حيث أنه بعد طول تأرجح ما بين خطاب الشرعية والبلانكية⁶¹⁰ الساعية لإقامة حزب وحيد ساد الخط الشرعي منذ سنة 1975، سنة إعلان قيام الإتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية المتمسك بالخيار الديمقراطي وهذا رغما من مشروعية التساؤل حول: "هل ديمقراطية الإتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية فعلا جماهيرية أم أنها فقط مواجهة شكلية لديمقراطية الحكم؟، وهل يمكن أن تختلف عن شقيقاتها الناصرية والبعثية؟".

أما الثاني، فيتمثل من جهة في انهيار نموذجها الناصري بعد تراجعها عقب هزيمة 1967 ووفاة جمال عبد الناصر سنة 1970 وحلول أنور السادات محله، والقطيعة مع نموذجها الجزائري التي فضلها الجناح المعتدل في الحزب على الخروج على الوحدة الوطنية في حرب الحدود سنة 1963، وهذا قبل أن تكشف مسألة الصحراء منذ 1975، عن الاستراتيجية الجزائرية المعادية للوحدة الترابية المغربية، وظهر في مواجهتها موقف مغربي موحد لم يكتف الإتحاد الاشتراكي في الانضمام إليه فقط، بل كان في بعض الأحيان أشد تصلبا في مواجهة الجزائر، التي شكلت في الستينيات نموذجه التنموي قبل أن تقطعه عنها فيما بعد مسألة الوحدة الترابية للمغرب في السبعينيات والثمانينيات، وانهيار النموذج الجزائري في التنمية سنة 1983 وصعود الإسلاميين للحكم وأقول نجم جبهة التحرير الجزائرية⁶¹¹.

608- محمد معتصم الحياة السياسية المغربية، مرجع سابق ص 10 .

609- جون واتربوري: أمير المؤمنين الملكية والنخبة السياسية المغربية، ترجمة عبد الغني أبو العزم، عبد الأحد السبتني، عبد اللطيف الفلق، مؤسسة الغني، الطبعة الثانية 2/ 2004، الصفحة 268-269.

610- في الخطاب اليساري، يشير مصطلح البلانكية إلى مفهوم الثورة الذي يُنسب بصفة عامة إلى لويس أوغست بلانكي، الذي اعتقد بأن الثورة الاشتراكية كان يجب أن يقوم بها مجموعة صغيرة نسبياً من الثوار الذين هم على درجة عالية من التنظيم والسرية، وبعد استيلائهم على السلطة، فإنه عليهم أن يستخدموا سلطة الدولة لتقديم الاشتراكية، فهي تعد نوعاً خاصاً من "الثورة" الذي يؤمن بالرأي القائل أن الثورة السياسية يجب أن تأخذ شكل التمرد المسلح أو الانقلاب، وتتميز البلانكية عن غيرها من التيارات الاشتراكية (وخاصة الماركسية) في العديد من الطرق، فمن جانب لم يؤمن أوغست بلانكي، على النقيض من ماركس، بالدور المهيمن للطبقة العاملة، كما أنه لم يكن يؤمن بالحركات الشعبية، وبدلاً من ذلك، فإنه كان يؤمن أن الثورة يجب أن يقوم بها مجموعة صغيرة من الثوار المحترفين المخلصين، الذين سوف يقيمون دكتاتورية مؤقتة بالقوة، وهذه الديكتاتورية سوف تسمح بتنفيذ أساس النظام الجديد، وبعد ذلك، تسلم السلطة إلى الشعب، ومن جانب آخر، كان بلانكي أكثر اهتماماً بالثورة نفسها وليس المجتمع المستقبلي الذي سينجم عنها، وإن استند فكره على المبادئ الاشتراكية بحذافيرها، فإنه نادراً ما يذهب إلى حد تصور مجتمع اشتراكي بحت، وبالنسبة للبلانكيين، فإن النظام الاجتماعي للبرجوازيين والثورة يعد أهدافاً كافية في حد ذاتها، على الأقل نظراً لأغراضها الفورية والسريعة.

611 - محمد معتصم الحياة السياسية المغربية، نفس المرجع السابق ص 94.

هذا بالإضافة إلى انهيار الأنظمة الشيوعية في نهاية الثمانينيات مما أدى إلى وضع حد للمعارضة اليسارية وهو الأمر الذي دفعها لتعدل عن مطالبها الاشتراكية لصالح الإقرار بشرعية النظام السياسي والتركيز على الديمقراطية وحقوق الإنسان...، بل إن خطاب حزب التقدم والاشتراكية قد تحول في خطابه السياسي وفي صحافته إلى نوع من الحزب الليبرالي المفتوح لكل الاتجاهات، كما أن حزب الاتحاد الاشتراكي قد سعى لإيجاد ثقافة سياسية جديدة⁶¹².

ب: العوامل الذاتية

بالإضافة العوامل الموضوعية، فإن ضعف المعارضة المغربية كان نتيجة لعوامل ذاتية لصيقة بها ونابعة منها، ورغم صعوبة حصر كل العوامل الذاتية، فإنه يمكن إجمالها في ضعف التنسيق، والصعوبات التي تواجهها بعض الأحزاب من أجل التموقع في صف المعارضة، فضلا عن الانشقاقات التي تعرضت لها أحزاب الحركة الوطنية وكذا عدم الوضوح الإيديولوجي.

▪ ضعف التنسيق

أثر ضعف التنسيق بين مكونات المعارضة البرلمانية على أداء جميع مكوناتها، وذلك بالرغم من كون الدستور يمنحها بعض الحقوق، بحيث يلاحظ ضعف التنسيق بين مكوناتها، فضلا عن الخليط الهجين للأحزاب التي تشكل منها هذه المعارضة، فقوة المعارضة تنبع من قدراتها على التنسيق بين كافة مكوناتها بغض النظر عن الاختلافات الإيديولوجية والسياسية لمكوناتها، لأن التنسيق أحد عوامل قوتها تجاه الأغلبية الحكومية التي تستفيد من الامتياز الحكومي لتهميش المعارضة وإضعاف شوكتها وجعلها غير قادرة على مجاراة العمل الحكومي⁶¹³.

▪ صعوبة التموقع

تشكلت المعارضة في الولاية التشريعية التاسعة (2011-2016)، من أحزاب اعتادت أصلا المشاركة في تدبير الشأن العام أكثر من ممارسة المعارضة، وبالتالي فهي أحزاب لا تتوفر على تجربة في مجال المعارضة، وهذا حال حزب الإستقلال الذي اعتاد التواجد في الأغلبية، أما حزب الأصالة والمعاصرة فتاريخه ليس سوى تاريخ حزب وجد من أجل محاصرة حزب العدالة والتنمية، وإن كان نجح نسبيا في هذه المهمة على المستوى القروي بالاعتماد على الأعيان وباستعماله رمز الجرار وما يمثله من دلالات في ذهن المواطن القروي، إلا أنه في مقابل ذلك لم ينجح في هذه المهمة على المستوى الحضري، حيث نسبة الوعي السياسي مرتفعة نسبيا مقارنة بالمجال القروي، وبالتالي فحزب الأصالة والمعاصرة لم يوجد من أجل ممارسة العمل السياسي بقدر ما كان الهدف منه محاصرة حزب معين ميدانيا وانتخابيا.

▪ الانشقاقات

تعتبر الانشقاقات الحزبية إحدى الأمراض المزمنة لأحزاب سليلة الحركة الوطنية، فهي إحدى العوامل الرئيسية التي أدت إلى ضعف المعارضة، سواء أكان انشقاق كتلة العمل الوطني كأول حزب مغربي، الذي كان مبعثه التنافس الشخصي بين علال الفاسي ومحمد بلحسن الوزاني أو خلافها في الطبع والمزاج أو اختلاف في المرجعية الإيديولوجية لهذا الحزب بين الجناح الذي يدعو إلى التحديث والعصرنة والنجاح الذي يتمسك بالمرجعية التقليدية المحافظة.

612 - محمد معتصم: الحياة السياسية المغربية، المرجع نفسه ص 94.

613- هذا الأمر جعل بعض زعماء الأحزاب المعارضة يتجه بساهمه نقده لرئيس الحزب الذي يقود الأغلبية الحكومية عوض معارضة السياسة العامة للحكومة وهو الأمر الذي أثار موجة سخرية عارمة داخل الوسط السياسي المغربي.

■ غياب الحكامة الحزبية

إن سعي الأحزاب السياسية سلبية الحركة الوطنية المعارضة لإقامة دولة ديمقراطية كغاية استراتيجية لعملها السياسي والنضالي، لم يواكبه مبدأ التنظيم الديمقراطي داخلها وفيما بينها وكان لغياب الحكامة الحزبية التي داخل بنية الأحزاب أثر بالغ الأهمية في ضعفها وبالتالي جعل من ظاهرة الانشقاق السبيل الوحيد لحل الخلافات الداخلية وذلك عوضا عن تداول القيادة بين مكونات المنظومة الحزبية وهو ما ساهم في إضعاف المعارضة بشكل عام.

■ عدم الوضوح الإيديولوجي

يمكن اعتبار أن أهمية عدم الوضوح السياسي والإيديولوجي عامل ذاتي آخر لضعف المعارضة المغربية ذلك أن عدم الوضوح الإيديولوجي والسياسي لهيئة سياسية ما يمكن أن يكون سببا في انشقاقها لأنها تضم تيارات متناقضة ومتنافرة وذلك بخلاف الهيئة الواضحة المرجعية والخط السياسي⁶¹⁴، فعلى خلاف الأحزاب السياسية الأوربية، فإن الأحزاب المغربية لا يمكن تصنيفها إلى أحزاب يمين و أحزاب يسار، ذلك أن هذين المفهومين يفترضان أن يكون هناك برنامج حكومي يرمي إلى تحقيق أهداف شعبية أو أهداف أوليغارشية برجوازية⁶¹⁵، وبالتالي فإن الأحزاب المغربية لا تتوفر عامة على برامج حكومية وفي حالة ما وجدت فإنها تتشابه.

خاتمة:

تأسيسا على ما سبق يتضح جليا بأن المعارضة البرلمانية المغربية ما زالت تعترتها مجموعة من الإكراهات والتحديات التي تعتبر بمثابة حجر عثرة أمام أدائها لمهامها الرقابية، حيث أثبتت هذه الأخيرة عجزها في مراقبة الأغلبية الحكومية بالاعتماد على الآليات الرقابية التي يتيحها لها الدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب، وهذا راجع لعدة أسباب منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي وإن كانت الغلبة للذاتي، فأبرز تحديات المعارضة البرلمانية بالمغرب يعود لإنعدام الثقافة الديمقراطية داخل المنظومة الحزبية بصفة عامة، حيث سيادة منطق الحساسية السياسية الذي ينحصر فقط في السجلات السياسية الفارغة المضمون، دون الأخذ بعين الاعتبار العامل الإيديولوجي الذي يقتضي تبني مواقف واضحة.

ورغم غياب الوضوح السياسي والإيديولوجي داخل الهياكل الحزبية بصفة عامة، والمعارضة خاصة، فإن الخطاب السياسي لدى هذه الأخيرة لم يبرح من توجيه سهام نقده اللادغ للدولة ومطالبتها باحترام المنهجية الديمقراطية في حين تتغاضى هي نفسها عن تطبيق هذا المبدأ، بحيث هناك تناقض ما بين الخطاب السياسي والممارسة عند المعارضة يجد أبرز تجلياته في تغليب المصلحة السياسية عوض الالتزام بقواعد المنهجية الديمقراطية التي تسمح بتجديد النخب والتداول على السلطة كما هي محددة في الدستور، مما نتج عنه مجموعة من التوترات بين الأغلبية الحكومية نفسها من جهة، وبين الأغلبية والمعارضة نفسها في الوقت الذي كان من المفترض أن تستمر المعارضة البرلمانية الآليات الديمقراطية التي من شأنها أن تجنبها العديد من الممارسات التي قادت في غالب الأحيان بعض الأحزاب إلى الاصطفاف إلى جانب الأغلبية تارة والخروج من الأغلبية للمعارضة تارة أخرى.

614- محمد معتصم: الحياة السياسية المغربية، مرجع سابق ص 102.

615 - ر. ريزيت: الأحزاب السياسية في المغرب، منشورات المجلة المغربية لعلم الاجتماع السياسي، الطبعة الأولى 1992 ص 229.

يعيش الفضاء السياسي المغربي منذ سنة 2011 على إيقاع مجموعة من التحولات السياسية والدستورية المتمثلة في التأسيس لمرحلة سياسية وحياة دستورية جديدة تضع حدا للممارسات والسلوكيات السياسية السابقة، التي أفرزت لنا أزمة (حكومة سياسية)، وذلك بتأهيل وتخليق العمل السياسي والممارسة الحزبية، ومن أجل إنجاح التطور الدستوري والسياسي وتحقيق الانتقال الديمقراطي المأمول في المغرب فإن ذلك يظل رهينا بقدرة الأحزاب السياسية برمتها بما في ذلك المعارضة البرلمانية على تجاوز الأزمة التي يتخبط فيها مكونات المشهد الحزبي المغربي، والمطلوب هو تكريس مبادئ جديدة داخل الأحزاب، وتقديم الأفضل لتكون في مستوى الرهانات والتحديات التي يقتضيها الانتقال الديمقراطي بالمغرب.

فالديمقراطية في نهاية المطاف هي دولة الأحزاب، لكن مرحلة ما بعد دستور 2011 إذا لم تصاحب بتغيير عميق في الثقافة السياسية السائدة داخل الأحزاب المغربية بصفة عامة، لن تنتج ممارسة سياسية جديدة تعيد الأمل والثقة للمواطن في المشاركة السياسية، وهذا الانتقال في طبيعة الثقافة السياسية لا يمكن تحقيقه بدون هيكلة البنيات الحزبية من جديد، لأن اللحظة السياسية الراهنة تتجاوز قدرات، كما أن المرحلة القادمة تتطلب أحزابا سياسية قادرة على المشاركة في ممارسة السلطة وعلى تحمل أعبائها كاملة غير منقوصة ومقرونة بالمحاسبة والمساءلة السياسية والمالية وحتى الإدارية، وبالتالي، فإن الأحزاب المغربية محتاجة أكثر من أي وقت مضى إلى تأهيل وتقوية قدراتها، فلم يعد مقبولا الاستمرار في مشهد حزبي فاقد لأدنى صفات ودلالات الديمقراطية كما هي متعارف عليها في التجارب المقارنة.

وصفوة القول هو أن مشروع دستور 2011 جاء بالعديد من المقتضيات التي من شأنها أن تؤهل المشهد الحزبي، و تخلق العمل الحزبي والممارسة السياسية عامة، ومن هذه المقتضيات أولا وقبل كل شيء نجد إعادة النظر في مفهوم الحزب السياسي بالمغرب، بحيث أصبح هذا الأخير بالإضافة إلى تأطير المواطنين والمواطنات المشاركة في ممارسة السلطة عبر آلية التناوب، ومن بين المقتضيات الإيجابية التي تضمنها دستور 2011 أيضا نجد النص على ضرورة أن يسير ويدبر الحزب وفق أحكام ديمقراطية تصون للأعضاء حقوقهم السياسية، وتخليق العمل الحزبي الذي عانت منه جميع الأحزاب السياسية، وبذلك يكون الدستور الجديد قد وضع حدا للإشكالية القانونية والدستورية وهنا يطرح تساؤل حول مدى قدرة الأحزاب السياسية المغربية على مسايرة التطورات التي تشهدها الساحة السياسية المغربية؟، وهل ستستمر الأحزاب في تدبير أمورها بنفس الطريقة التي ألفتها منذ زمن بعيد؟، وهل مستعدة لمشاركة ممارسة السلطة وتفعيل الآليات الرقابية الدستورية؟

لائحة المراجع

الكتب

- جون واتربوري: أمير المؤمنين الملكية والنخبة السياسية المغربية، ترجمة عبد الغني أبو العزم، عبد الأحد السبت، عبد اللطيف الفلق، مؤسسة الغني، الطبعة الثانية 2/ 2004.
- ر. ريزيت: الأحزاب السياسية في المغرب، منشورات المجلة المغربية لعلم الاجتماع السياسي، الطبعة الأولى 1992.
- ريمي لوفو: الفلاح المغربي المدافع عن العرش، ترجمة محمد بن الشيخ، منشورات وجهة نظر سلسلة أطروحات وبحوث جامعية (2)، ط 1 2011.
- سعيد خمري: روح الدستور، الإصلاح: السلطة والشرعية بالمغرب، منشورات دفا تر سياسية/ سلسلة نقد السياسة، مطبعة النجاح الجديدة، ط 1 2012.
- لغمان الخطيب: الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1983.
- محمد كلاوي: المجتمع والسلطة، دراسة في إشكالية التكوين التاريخي والسياسي للمؤسسات والوقائع الاجتماعية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1/ 1995.
- محمد معتصم: الحياة السياسية المغربية، 1962 - 1991، مؤسسة إيزيس للنشر، الدار البيضاء الطبعة الأولى ماي 1992.
- نبيلة عبد الحليم كامل: الأحزاب السياسية في العالم المعاصر، دار الفكر العربي طبعة 1981.

المقالات:

- العربي بلا: المعارضة البرلمانية خلال الولاية التشريعية السادسة، ضمن التجربة البرلمانية المغربية السادسة 1997 - 2002، أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الدستورية والسياسية كلية الحقوق مراكش 2003.
- ناجي عبد النور: دور المعارضة البرلمانية في مجال اقتراح التشريعات وتطويرها، التجربة الجزائرية أنموذجاً، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الخامسة - مايو 2017.
- التجربة البرلمانية المغربية السادسة 1997 - 2002، أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الدستورية والسياسية كلية الحقوق مراكش 2003.
- محمد الغالي: الإصلاح ورهان الانتقال الديمقراطي في المملكة المغربية، مجلة أبحاث العدد: 57 / 2007.
- عبد الحكيم أبو اللوز: جدل الهوية والتنمية بصدد دخول الإسلاميين إلى البرلمان - الولاية التشريعية السادسة- ضمن التجربة البرلمانية المغربية السادسة 1997 - 2002، أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الدستورية والسياسية كلية الحقوق مراكش 2003.
- سعد الدين العثماني: الإسلام السياسي وتحديات الإصلاح وتداول السلطة، المغرب نموذجا، ورقة مقدمة لمركز الدراسات السياسية بالأردن يومي 12/13 يونيو 2004.

الأطروحات الجامعية:

- محمد معتصم: التطور التقليدي للقانون الدستوري المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق الدار البيضاء، مارس 1988.
- عبد اللطيف مستكفي: طبيعة الإصلاح السياسي والدستوري بالمغرب، مرحلة التسعينات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق الدار البيضاء 2002-2003.

التقارير:

- تقرير المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، حول الانتخابات التشريعية المغربية لـ 7 شتنبر 2007، منشورات 2008.

التأمين التكافلي بالمغرب ... الإحصاء التشريعي والأفاق

يونس الرياحي

باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالجديدة

يتعرض الإنسان إلى أخطار عديدة ينتج عن تحققها خسارة مالية قد تصيبه أو قد تصيب أسرته أو تصيب غيره، وعادة ما تنتج مسبباتها عن ظواهر طبيعية لا قدرة له على منع تحقيقها وإن تحققت قد لا يكون في قدرته تحمل نتائجها وحده لهذا ظهرت حاجته إلى البحث عن وسائل عديدة تهتم بالتعامل مع هذه الأخطار أو مواجهتها وذلك من أجل التقليل من أثارها، فظهر التأمين كأحد هذه الوسائل وكأسلوب للتضامن والتكافل السابق لوقوع الخطر المحتمل، وكآلية لمعالجة الآثار المترتبة على تلك المخاطر عند تحققها من خلال التعويضات التي تدفع للمتضررين .

وفكرة التأمين⁶¹⁶ لم تكن وليدة اليوم، بل نشأت منذ القدم مع ظهور الحاجة للتعاون والتكافل بين الأفراد⁶¹⁷، وتطورت هذه الفكرة مع تطور حاجات الإنسان إلى أن وصلت إلى الحد الذي هي عليه الآن، حيث انتشر التأمين وتعددت صورته بعد أن أصبحت الحياة مليئة بالأخطار فظهر تأمين أفات الزراعة، وتأمين حوادث النقل الجوي، وتأمين المسؤولية من مزاوله المهنة وتأمين الديون وغيره من أنواع التأمين الذي أصبحت له أهمية في كافة الأنشطة الاقتصادية، وزيادة على اعتبار التأمين وسيلة للحماية من الأخطار، فهو يؤثر إيجابا في العديد من المتغيرات الاقتصادية، كما يعمل التأمين على تعبئة

616 - التأمين مشتق من لفظ أمن، ومن الألفاظ المشتقة منه، الأمن والأمان والأمانة، وقد جاء في لسان العرب في مادة أمن : الأمن والأمانة بمعنى، وقد أمنت فأنا أمن، وأمنت غيري من الأمن والأمان والأمن ضد الخوف والأمانة ضد الخيانة، في حين نجد المفكر الفرنسي J.Hemard عرف التأمين بأنه : عملية بموجبها يحصل طرف وهو المؤمن له على تعهد مقابل دفع القسط لطرف آخر هو المؤمن الذي يلتزم أن يدفع للغير مبلغ التأمين في حالة تحقق الخطر، وهذا المؤمن الذي يتحمل مجموعة من الأخطار يقوم بإجراء المقاصة عليها طبقا لقوانين الإحصاء، ومن الناحية الفنية يطلق مصطلح التأمين على مجموع الإجراءات التي يتم بموجبها تحويل الجزء الأكثر من عبء خطر معين من شخص طبيعي أو اعتباري هو المؤمن له إلى شخص اعتباري يسمى المؤمن - في التأمين التجاري -، أو إلى مجموعة أفراد - في التأمين التبادلي والتعاوني - أكثر قدرة منه واستعدادا للتحمل، ويتم ذلك عمليا بدفع مبلغ التأمين (أو التعويض) عند وقوع الخطر المؤمن منه، وذلك بهدف التعويض في عقود التأمين من الأضرار، وبهدف الادخار وتكوين رؤوس الأموال في عقود التأمين على الأشخاص .

617 - إن أول ما ظهر من التأمين مما شاع بين الناس اليوم مصطلحا ومعاملة بالتأمين التجاري، بدأ بالتأمين البحري في أواخر القرن 14 في أوروبا، على البضائع التي تنقلها السفن بين مدن إيطاليا وبلدان حوض البحر الأبيض المتوسط، فانطلاقا من الإستراتيجية التجارية المنتهجة إبان القرن 14 التي يقوم عليها الفكر الاقتصادي آنذاك والتي تعتمد على المبادلات التجارية كأساس لخلق الثروة خاصة على ضفتي البحر الأبيض المتوسط توصل التجار في ذلك الوقت إلى ما يعرف بالقرض البحري من ضمان التجارة بالسلع بحرا، فكان صاحب السفينة أو التاجر يقوم باقتراض مال مسبق من مالك رؤوس الأموال ويتعهد له بإرجاعها له مع إضافة فوائد معينة في حالة وصول السفينة بسلام، أما إذا أصابها أي خطر فيحتفظ بمبلغ القرض، وفي أواخر القرن السابع عشر، ظهر التأمين البري في إنجلترا في صورة التأمين من الحريق عقب حريق هائل نشب في لندن سن 1666م، قضى على أكثر من ثلاثة عشر ألف منزل ونحو مائة كنيسة، تم انتشار هذا النوع من التأمين بعد ذلك في ألمانيا، وفرنسا وأمريكا، وفي القرن الثامن عشر ظهر التأمين عن الحياة، تم بعد الثورة الصناعية وصناعة الآلة واحتكاك الإنسان معها ظهر التأمين عن حوادث العمل، في حين ظهر التأمين على المسؤولية في منتصف القرن التاسع عشر .

المدخرات في سبيل تمويل الاستثمارات المنتجة والتي تعتبر اليوم ركيزة التقدم لأي مجتمع، وبالتالي يلعب التأمين دورا مهما في حماية الممتلكات والثروات سواء كانت للأفراد أو الدول من الأخطار التي تتعرض لها، كما يعمل على استمرارية المنشآت الاقتصادية وممارسة عملها والحفاظة على رؤوس أموالها .

وتشهد الصناعة التأمينية اليوم نوعين مختلفين من التأمينات، الأول تجاري أو ما يعرف بالتأمين التقليدي، والثاني تعاوني والذي يندرج ضمنه كل من التأمين التعاوني التقليدي والتأمين التكافلي الإسلامي⁶¹⁸، حيث أن الأول يلعب منذ ظهوره دورا مهما في المجتمعات الحديثة، بتوفيره للحماية الاقتصادية للكثير من المشروعات ومساهمته في تجميع المدخرات المالية التي توجه لتمويل خطط التنمية في المجتمعات واستثمارها في المجالات الاقتصادية المختلفة، لكن وبالرغم من هذه الأهمية فقد شابه أي التأمين التجاري - التقليدي - في علم الاقتصاد الإسلامي⁶¹⁹ الكثير من الجدل بخصوص شرعية هذا النشاط، إذ تمنع أسس ومبادئ الاقتصاد الإسلامي كل المعاملات التي تتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية كعقود الغرر المشتملة على الغرر الفاحش وجميع أنواع القمار ومختلف أشكال الربا، وأمام كل ذلك، كان لابد من إيجاد البديل الشرعي الذي يلبي حاجة الفرد المسلم، فلم يكن خيار سوى تطوير التعامل بالتأمين التعاوني الإسلامي، وإيجاد تصور جديد واسع وفق مقاصد الشريعة الإسلامية يسمح بتكوين شركات تأمين إسلامية يكون التأمين التكافلي هو محور عملها وأساس معاملاتها .

ويقصد بالتأمين التكافلي، " اتفاق جماعة من المشتركين متعاونين في درء تحمل الخسائر الناتجة من مخاطر معينة، وذلك في دعم بعضهم بعضا، بدفع مبلغ من المال في صندوق مشترك باعتباره التزاما بالتبرع، وتستخدم حصيلة الصندوق لمساعدتهم ضد أنواع معينة من الخسائر والأضرار"⁶²⁰، ويعرف أيضا بأنه " صندوق لمجموعة من الأفراد، يلتزم بموجبه كل مشترك فيه بدفع مبلغ من المال على سبيل التبرع لتعويض المتضررين منهم على أساس التكافل والتضامن، عند تحقق الخطر المؤمن منه، تدار فيه العمليات التأمينية من قبل شركة متخصصة مقابل حصة معلومة من عائد استثمار هذه الأموال باعتبارها مضاربا، أو مبلغا معلوما باعتبارها وكيلًا، أو هما معا بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية"⁶²¹ .

618 - التأمين التعاوني التقليدي هو نظام يقوم على التعاون بين مجموعات أو أفراد يتعهدون على وجه التبادل بتعويض الأضرار التي تلحق بأي منهم عند تحقق المخاطر المتشابهة، وهؤلاء المساهمون في تحمل المخاطر لهم من المصالح ما للمؤمن الذي أصابه الضرر، أما عن التأمين التكافلي الإسلامي فهو انبثق عن فكرة التأمين التعاوني التقليدي ولكنه لا يقتصر على أصحاب مهنة معينة أو شريحة معينة من المجتمع من أفراد ومؤسسات وشركات وغير ذلك، كما أنه ينسجم مع أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية .

619 - نظام الاقتصاد الإسلامي أسلوب اقتصادي معتمد على الإسلام في استخدام الموارد من أجل توفير حاجات الناس، ويعرف نظام الاقتصاد الإسلامي أيضا بأنه نظام مرتبط بالعقيدة والأخلاق الإسلامية، يحتوي على مجموعة من الإرشادات التي تساهم في التحكم بالسلوك الاقتصادي، وتحديدًا في مجالات الادخار والإنفاق .

620 - عن : مجلس الخدمات المالية الإسلامية، المبادئ الإرشادية لضوابط التأمين التكافلي، ديسمبر 2009 م، ص : 2 .

621 - العيد قريشي، محاضرات في التأمين والتأمين التكافلي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم المالية والمحاسبية، جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل، ص : 48 .

ويعتبر علماء الاقتصاد الإسلامي أن من إنجازات صناعة التأمين التكافلي هي استكمال مكونات الطائر الإسلامي⁶²² الذي يشير إلى منظومة الاقتصاد الإسلامي وذلك من خلال بناء الركيزة الثالثة من ركائز الاقتصاديات الحديثة، وأيضاً يعزى سبب ظهور شركات التأمين التكافلي إلى انتقال شركات التأمين التجارية من الغرب إلى البلدان الإسلامية هذه الشركات التي تقوم على مبدأ الربح والطمع والجشع، واستغلال الموارد الإنسانية والطاقات البشرية، وتزيين مبدأ التعاون والتكافل في مواجهة الأخطار والمصائب التي تحل على المسلم والمجتمع، وغيرها من الدعايات البراقة التي اجتاحت بعض الدول الإسلامية لتحقيق غرضهم المادي والذي يقوم على جمع رؤوس الأموال لفئة قليلة من الناس⁶²³، مما أسفر عنه اتجاه الفقهاء والباحثون إلى دراسة التأمين التجاري، فعقدت الندوات والمؤتمرات⁶²⁴، واستقر الأمر على تحريم التأمين التجاري مع إيجاد البديل الشرعي، وهو شرعية التأمين التكافلي⁶²⁵.

622 - الطائر الإسلامي اسم مستعار للاقتصاد الإسلامي : (القطاع المصرفي - رأس الطائر)، (قطاع الاستثمار - الجناح الأيمن)، (قطاع التأمين - الجناح الأيسر)، يعني أن التأمين التكافلي يعتبر ركيزة أساسية من ركائز الاقتصاد الإسلامي .

623 - رغم أن للتأمين وظائف ومزايا إلا أن للتأمين عيوب أو سلبيات ومسئوليات تعود على الأفراد والمجتمع من ورائه وذلك من خلال كون :
- التأمين خسارة اقتصادية : إن قدراً كبيراً من أموال الأفراد والشركات والدول يذهب إلى صناديق التأمين في مختلف دول العالم دون سبب حقيقي، ولكن تهدف لمجرد التخفيف من أحداث ضارة قد تقع في المستقبل، وإن الرابع الحقيقي من التأمين في العالم هم أصحاب شركات التأمين والكثرة خاسرون هذه الأموال دون فائدة ظاهرة وملموسة .

- التأمين نزيف للأموال خارج البلاد : تنقسم دول العالم بالنسبة للتأمين إلى فئتين، فئة مصدرة للتأمين وفئة مستوردة له، ولأن التأمين خدمة مستقبلية غير ملموسة حيث لا يتم التبادل كالسلع الأخرى التي تدفع مقابلها وتحصل عليها، فالتأمين على خلاف ذلك حيث يتم دفع أقساط وفي جانب الطرف الأخر هناك تعهد بالتعويض عند تحقق الخطر، ولا شك أن الجهة المصدرة هي الرابحة والمستوردة هي الخاسرة، لأن الدول المصدرة تحصل على الكثير من الأموال بصورة مؤكدة، ولا ترد إلا القليل من الأموال بصورة احتمالية، والتأمين بما فيه من إعادة التأمين يمثل إنهاكاً لاقتصاد الدول الفقيرة، حيث تسحب به الدول المصدرة المالكة لشركات التأمين وإعادة التأمين مبالغ طائلة من ثروة الدول الفقيرة المستوردة للتأمين، مما يربك مدفوعات هذه الدول، ويحرمها من استثمار هذه الأموال في النهوض بالاقتصاد الوطني، ولا يعوض هذه الخسارة ما قد ترده شركات الدول المصدرة للتأمين من تأمين عند تحقق الحادث .

- التكلفة التأمينية معوق لقيام المشاريع : الكثير من بلدان العالم تمنع إقامة أي مشروع صناعي أو تجاري ما لم يؤمن عليه صاحبه مسبقاً، وقد تكون التكلفة التأمينية عبئاً ثقيلاً على هذه المشاريع، وخاصة الصغيرة منها، مما يقف عائقاً يحول دون قيامها وهذه الحقيقة أكثر وضوحاً في الدول النامية والفقيرة، ومن جهة أخرى تحمل المنشآت التجارية أقساط التأمين على التكلفة الإنتاجية، مما يؤدي إلى رفع أسعار السلع على المستهلك النهائي فيحجم عن شرائها، وهو ما يمثل إعاقة للمشاريع الإنتاجية القائمة بالفعل .

- التأمين يغري بإتلاف الأموال للحصول على التعويض : يعتمد بعض المؤمن لهم إتلاف المال المؤمن عليه بحريق أو غيره، ليحصل على مبلغ التأمين - التعويض - وخاصة إذا كانت البضاعة المؤمن عليها معيبة وفاسدة في الأسواق أو انتهت فترة الصلاحية المحددة لها، فيصطنع تلفها بحريق أو نحوه بما يوافق شروط البوليصة ليحصل على مبلغ التأمين من المؤمن .

- التأمين يثير التحفظات من الناحية الدينية : حيث أن المشرع المصري وضع عقد التأمين في الفصل الخاص بعقود الغرر بجوار عقود الرهان والمقامرة، ولأنه في أحيان كثيرة يتم دفع الأقساط دون أن يتحقق الخطر المؤمن منه، ومن تم تكون الأقساط قد دفعت دون مقابل مما يعد من أكل أموال الناس بالباطل، هذه السمة القمارية لعقد التأمين بجانب سمة أكل أموال الناس بالباطل، بالإضافة إلى مخالفات شرعية أخرى تجعل التأمين يثير التحفظات من الناحية الدينية في نفوس الناس، مما يجعلهم يجمعون عن التأمين، حتى لا يقعوا في المعصية، حيث لا شيء، أضر على الإنسان المسلم من معصية الله تعالى .

624 - أقيمت عدة مؤتمرات فقهية حول التأمين الإسلامي، كما أولت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عنايتها بالتأمين التكافلي فأصدرت معيارين : المعيار الشرعي رقم 26، والمعيار المحاسبي رقم 12 .

625 - حيث أنه من العلماء من حرم التأمين مطلقاً بجميع أنواعه، وهناك من العلماء من أباحه مطلقاً ولكل أدلته، إلا أن هناك فريق ثالث من العلماء جاء بين الرأيين فحرم التأمين التجاري وأجاز التأمين التعاوني، وهو الرأي الذي تبنته هيئات كبار العلماء في بعض الدول وأيدته قرارات

ويهدف التأمين التكافلي إلى تقديم نفس الخدمة التي يقدمها التأمين التجاري مع تجنب المحظورات الشرعية المصاحبة لهذا الأخير، والمتعلقة بالغرر المفسد للعقد والربا وغيرها، وذلك عن طريق تقديم المستأمن اشتراكات متبرعا بها كليا أو جزئيا لتكوين محفظة تأمينية لها شخصية مستقلة تدفع منها عند وقوع الضرر المؤمن ضده، وما يتحقق من الفائض بعد التغطية والمصاريف واقتطاع الاحتياطات يوزع على المستأمنين المشاركين في تكوين محفظة التأمين، ولهذا اعتبر التأمين التكافلي أحد أهم آليات الحماية الاجتماعية في الاقتصاد الإسلامي، لمساهمة في تحقيق نوع من العدالة الاجتماعية بين مختلف فئات المجتمع وخصوصا تلك الأكثر هشاشة، والتي لا تستطيع بإمكانياتها الخاصة مواجهة جميع المخاطر المحتملة.

ولعل أقدم شركة تعمل في مجال التأمين التكافلي الإسلامي شركة التأمين السالامية السودانية حيث تعد أولى شركات التأمين الإسلامي ظهورا في حيز الوجود، وكان ذلك في عام 1399 هـ / 1979 م، في الخرطوم والتي تم تأسيسها من قبل بنك فيصل الإسلامي السوداني في الخرطوم، ومافتئ التأمين التكافلي منذ ذلك الحين، ينتشر ويتوسع بصورة كبيرة لدرجة أن حجم سوق التأمين التكافلي قدر سنة 2007 بحوالي 5.6 مليار دولار، إلا أن هذا العدد تضاعف مرات كثيرة في غضون ثمان سنوات ليصل في سنة 2015 إلى 23.2 مليار دولار كما تشير بعض التوقعات إلى إمكانية تجاوزه لعتبة 52 مليار دولار بحلول سنة 2020 كما ارتفع عدد شركات التأمين التكافلي من 205 شركة سنة 2014 إلى 308 شركة سنة 2016⁶²⁶.

والمغرب باعتباره ثاني أكبر سوق للتأمينات التقليدية في القارة الإفريقية بعد جنوب إفريقيا والثالث على الصعيد العربي بعد المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة، اتسمت رؤيته للمالية الإسلامية بالحذر الشديد فكان من بين أوائل الدول العربية التي شرعت في وضع إطار قانوني للمالية التشاركية بنهج تدريجي، فعمل أولا على تقنين شهادات الصكوك بالقانون 05-14 القاضي بتغيير القانون رقم 06-33 المتعلق بتسنييد الأصول⁶²⁷، ثم بتاريخ 25 نونبر 2014 تم إصدار القانون رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها والذي تضمن القسم الثالث منه أحكام البنوك التشاركية⁶²⁸،

المجامع الفقهية (الفقيه ابن عابدين - مجمع البحوث الإسلامية - لجنة الفتوى بالأزهر - هيئة كبار علماء المملكة العربية السعودية - المجمع الفقهي الإسلامي) . للمزيد : عبد الفتاح محمد صلاح، التأمين من منظور إسلامي التأصيل للتكافل وإعادة التكافل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الاقتصاد الإسلامي، الجامعة الأمريكية المفتوحة - كلية الدراسات الإسلامية مكتب القاهرة قسم الاقتصاد الإسلامي، السنة الجامعية 1435 هـ / 2014 م .

- 626 - ولعل أشهر شركات التأمين الإسلامية وأسبقها تأسيسا وهي :
- شركة التأمين الإسلامية في السودان، وهي أولى شركات التأمين الإسلامي ظهورا حيث ظهرت إلى حيز الوجود في مطلع عام 1399هـ - 1979 م في الخرطوم من قبل بنك فيصل الإسلامي .
 - الشركة الإسلامية العربية للتأمين - إياك - في دبي وقد تأسست عام 1399هـ-1979م، من قبل بنك دبي الإسلامي .
 - الشركة الوطنية للتأمين التعاوني في المملكة العربية السعودية، التي تأسست عام 1405هـ-1985م، وهي شركة حكومية بالكامل .
 - الشركة الإسلامية للتأمين وإعادة التأمين في البحرين التي ظهرت عام 1412هـ-1985م .
 - شركة التأمين الإسلامية العالمية في البحرين، وقد ظهرت عام 1412هـ-1992م، وبنك البحرين الإسلامي، دور مهم في إنشائها واستثمار أموالها .
 - شركة التأمين الإسلامية في الأردن التي تأسست عام 1416هـ-1996م بدعم من البنك الإسلامي الأردني .
- 627 - ظهير شريف رقم 1.14.144، صادر في 25 شوال 1435 (22 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون رقم 05.14 المغير للقانون رقم 33.06 المتعلق بتسنييد الأصول .
- 628 - ظهير شريف رقم 1.14.193، صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها .

وبما أن التمويلات الإسلامية كل لا يتجزأ فلم يكن بالإمكان إطلاق منتوجات تمويلية في غياب منظومة التأمين تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية ومن أجل ملء هذا الفراغ أقر أخيراً المشرع المغربي سنة 2016 القانون 13-59 المغير والمتمم مدونة التأمينات وذلك بهدف إدماج التأمين التكافلي فيها⁶²⁹.

حيث جاء هذا القانون في إطار سعي المغرب إلى استكمال منظومته المالية ويعتبر استجابة لمتطلبات شرائح واسعة من المغاربة والحاجة المعبر عنها حول هذا النوع من التأمينات، إلا أن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية المنبثقة عن المجلس العلمي الأعلى⁶³⁰، أبدت مجموعة من الملاحظات حول هذا القانون الجديد⁶³¹ وتبين لها أن هناك حاجة ماسة لمراجعة التشريع الحالي المتعلق بالتأمينات في مجمله، وذلك لملائمته مع مبادئ وأسس التأمين التكافلي المنبثق من أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وفي هذا السياق ظهر مشروع القانون رقم 18-87 الرامي إلى تغيير وتنظيم القانون رقم 99-17 المتعلق بمدونة التأمينات لاسيما بعض البنود التي تخص التأمين التكافلي، حيث جاء بمجموعة من التعديلات الرامية بالأساس إلى ملائمته مع آراء وملاحظات اللجنة الشرعية للمالية التشاركية والمتعلقة خصوصا بإدخال بعض المصطلحات والتعريفات الجديدة، مع مراجعة تقنية لبعض مواد القانون الأخرى، وذلك بغية ملائمة الإطار القانوني الحالي للتأمين التكافلي مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها .

وفي هذه السنة تمت المصادقة النهائية على القانون 18-87 وإعلان نفاذه بنشره في الجريدة الرسمية⁶³²، هذا القانون الذي سوف يشكل بالفعل ترسيخ منظومة التأمين التكافلي بالمغرب وفتح آفاق له، حيث عمل هذا القانون على الإحاطة بالتأمين التكافلي من خلال المقتضيات التالية :

• تحديد الإطار المفاهيمي لمنظومة التأمين التكافلي :

القانون 18-87 عمل على تبيان مجموعة من المفاهيم المتعلقة بمنظومة التأمين التكافلي، كان أولها وضع تعريف للتأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي، حيث تم تعريف الأول⁶³³ " بأنه عملية تتم وفق الآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية كما تم تنميته، بهدف تغطية الأخطار المنصوص عليها في عقد التأمين التكافلي أو الاستثمار

629 - محمد حمزة، التأمين التكافلي بالمغرب : الواقع والآفاق، مقال منشور بالمجلة الإلكترونية إعجاز الدولية للتأمل والبحث العلمي، العدد الرابع، فبراير 2019، ص : 3 .

630 - اللجنة الشرعية للمالية التشاركية تم إحداثها بموجب ظهير رقم 1-15-02 وهي لجنة علمية متخصصة لدى الهيئة العلمية المكلفة لدى المجلس الأعلى، والمغزى من إحداث هذه اللجنة هو إبداء الرأي بشأن مطابقة الأنشطة والعمليات التجارية والمالية والاستثمارية التي تقوم بها بعض المؤسسات والهيئات المالية لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، هذه المؤسسات والهيئات المالية هي : مؤسسات الإئتمان والهيئات المعتمدة في حكمها - بنك المغرب - صندوق ودائع البنوك التشاركية - مقاولات التأمين وإعادة التأمين.

631 - رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 32 الصادر بتاريخ 19 ذي القعدة 1439 هـ ، الموافق 02 غشت 2018م، بشأن مشروع التعديلات المقترح إدخالها عليه بمقتضى مشروع القانون رقم 18.87 بتغيير وتنظيم القانون 99.17 المتعلق بمدونة التأمينات.

632 - القانون رقم 18-87 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.110 بتاريخ 07 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6806 بتاريخ 20 ذو الحجة 1440 (22 أغسطس 2019)، الصفحة : 5787 .

633 - المادة الأولى من مدونة التأمينات التي تم تغييرها وتنميتهما، بمقتضى المادة الأولى من القانون 18-87 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.19.110 بتاريخ 09 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6806 بتاريخ 20 ذو الحجة 1440 (22 أغسطس 2019)، الصفحة : 5787 .

التكافلي بواسطة صندوق التأمين التكافلي، يسير مقابل أجرة التسيير، من طرف مقاوله للتأمين وإعادة التأمين معتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي، ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن يترتب قبض أو أداء أي فائدة على عمليات التأمين التكافلي وعلى نشاط تسيير صندوق التأمين التكافلي من لدن مقاوله للتأمين وإعادة التأمين التكافلي، أما إعادة التأمين التكافلي : " عملية إعادة تأمين تتم وفق الآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى، بهدف تغطية الأخطار المنصوص عليها في اتفاقية إعادة التأمين التكافلي بواسطة صندوق إعادة التأمين التكافلي، يسير مقابل أجرة التسيير، من طرف مقاوله للتأمين وإعادة التأمين معتمدة لمزاولة عمليات إعادة التأمين التكافلي، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يترتب قبض أو أداء أي فائدة على عمليات إعادة التأمين التكافلي وعلى نشاط تسيير صندوق إعادة التأمين التكافلي من لدن مقاوله للتأمين وإعادة التأمين "، ويقصد في هذا القانون بمزاولة أو ممارسة عمليات التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي أو هما معا تسيير الصندوق المتعلق بالعمليات المذكورة من لدن مقاوله معتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي المشار إليها بعده بمقاوله التأمين وإعادة التأمين التكافلي، وقد تم تحديد صفة المتعاقد فيما يخص عقد التأمين التكافلي بكونه مشتركا⁶³⁴، وبعد وضع تعريف عام لكل من التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي، تم العمل على تحديد مجموعة من المفاهيم، والمتمثلة في التسييق التكافلي⁶³⁵ وحساب التأمين التكافلي⁶³⁶ وإعادة التأمين التكافلي⁶³⁷ وصندوق التأمين التكافلي⁶³⁸ وعقد الاستثمار التكافلي⁶³⁹.

• تبيان الأحكام المتعلقة بالتأمين التكافلي :

حيث نصت المادة 10-1 من مدونة التأمين على أنه تصدر الآراء بالمطابقة المتعلقة بعمليات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي عن المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 المشار إليه أعلاه .

634 - مكتب أو متعاقد : شخص معنوي أو طبيعي يبرم عقد تأمين لحسابه أو لحساب الغير ويلتزم بموجبه تجاه المؤمن بتسديد قسط التأمين، ويراد بالمكتب أو المتعاقد، فيما يخص عقد التأمين التكافلي، المشترك .

635 - التسييق التكافلي : مبلغ يؤدي من طرف مقاوله التأمين أو إعادة التأمين التكافلي لصندوق التأمين أو إعادة التأمين التكافلي لسد العجز الناجم عن عدم كفاية الأصول الممثلة للاحتياطيات التقنية لحسابات التأمين المكونة له مقارنة مع هذه الاحتياطيات والذي يمكن استرجاعه من الفوائض التقنية والمالية المستقبلية للحسابات المعنية، ولا يمكن أن تترتب عن التسييق التكافلي أي فائدة .

636 - حساب التأمين التكافلي : حساب يتكون من اشتراكات المشتركين في عملية للتأمين التكافلي ومن جميع عائدات هذا الحساب، بما في ذلك العائدات الناتجة عن استثمار رصيده ويتم من خلاله أداء المبالغ والتعويضات المستحقة برسم عقود التأمين والمصاريف الخاصة بهذا الحساب وكذا تكوين مختلف الاحتياطيات والمخصصات .

637 - حساب إعادة التأمين التكافلي : حساب يتكون على الخصوص من اشتراكات حسابات التأمينات التكافلي تدفع من قبل مقاوله التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي المحيلة المكلفة بتسيير هذه الحسابات ومن جميع عائدات هذا الحساب، بما في ذلك العائدات الناتجة عن استثمار رصيده ويتم من خلاله أداء المبالغ والتعويضات المستحقة برسم اتفاقيات إعادة التأمين والمصاريف الخاصة بهذا الحساب وكذا تكوين مختلف الاحتياطيات والمخصصات.

638 - صندوق التأمين التكافلي : صندوق ينشأ بمبادرة من مقاوله التأمين وإعادة التأمين التكافلي، يتمتع بالشخصية الاعتبارية وله ذمة مالية مستقلة ويتكون من مجموعة من الحسابات المنفصلة والمحدثة طبقا للقواعد المنصوص عليها في نظام تسيير الصندوق .

639 - عقد الاستثمار التكافلي : عقد يحصل بموجبه المشترك مقابل اشتراكات يؤديها إما دفعة واحدة أو في شكل دفعات دورية على مبلغ الرأسمال المكون من هذه الدفعات ومن ناتج توظيفاتها في عملية أو عمليات استثمارية، ولا يراعى فيه احتمال البقاء على قيد الحياة أو الوفاة عند تحديد المبالغ المحصل عليها .

- تحمل مجموع المشتركين في التأمين التكافلي الأخطار المضمونة، وذلك في حدود اشتراكاتهم في حسابات التأمين التكافلي، وبالنسبة لإعادة التأمين التكافلي، تتحمل صناديق التأمين التكافلي، من خلال حسابات التأمين التكافلي المعينة المكونة لها، الأخطار المعاد تأمينها وذلك في حدود اشتراكاتها في صندوق إعادة التأمين التكافلي⁶⁴⁰.

- توزيع الفوائض التقنية والمالية في التأمين التكافلي على المشتركين وفق نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي وذلك بعد خصم التسيقات التكافلية عند الاقتضاء، وتوزع الفوائض المذكورة في إعادة التأمين التكافلي على صناديق التأمين التكافلي وفق نظام تسيير صندوق إعادة التأمين التكافلي وذلك بعد خصم التسيقات التكافلية عند الاقتضاء⁶⁴¹.

- لا يمكن منح أي جزء من الفوائض التقنية والمالية لمقولة التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي المسيرة للصندوق، ولا يمكن توزيع الفوائض التقنية والمالية إلا بعد تكوين الاحتياطات والمخصصات، في حين تحدد بمنشور تصدره الهيئة⁶⁴² كيفية تحديد الفوائض التقنية والمالية.

- يجب على مقولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي أن تخبر عند الاقتضاء، المشتركين بوجود فوائض تقنية ومالية داخل أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ إعداد القوائم التركيبية المتعلقة بالحسابات السنوية لصندوق التأمين التكافلي، وتؤدي هذه الفوائض من طرف مقولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي داخل الأجل وحسب الكيفيات المحددة بمنشور تصدره الهيئة، على ألا يتعدى هذا الأجل ستة (6) أشهر من تاريخ اختتام حسابات صندوق التأمين التكافلي.

- تطبق على عمليات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي الأحكام الخاصة بها الواردة في هذا القانون، وعند عدم وجود أحكام خاصة بها، تطبق عليها باقي أحكام هذا القانون ما لم تتناف مع القواعد والمبادئ المنظمة للعمليات المذكورة وشروطها وطبيعتها، وذلك بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى، ويتخذ بنص تنظيمي، باقتراح من الهيئة، كل تدبير ضروري للتطبيق الكامل لأحكام هذا القانون فيما يتعلق بالتأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي وذلك بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى.

- تبيان البيانات الواجب توافرها في عقد التأمين التكافلي حيث أنه علاوة على البيانات المنصوص عليها في المادة 643¹² تطلب المشرع في عقد التأمين التكافلي تبيان حساب أو حسابات صندوق التأمين المعني أو المعنية بالعقد،

640 - المادة 10-2 من مدونة التأمينات .

641 - المادة 10-3 من مدونة التأمينات .

642 - حسب مقتضيات المادة 10-4 : " تعرض مسبقا على المجلس العلمي الأعلى مشاريع مناشير الهيئة المتعلقة بالتأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي قصد إبداء الرأي بالمطابقة بشأنها " .

643 - المادة 12 من مدونة التأمينات : " يورخ عقد التأمين الذي يبين الشروط العامة والخاصة في اليوم الذي تم فيه كتابته ويتضمن على وجه الخصوص :

- اسم وموطن الأطراف المتعاقدة - الأشياء المؤمن عليها والأشخاص المؤمن لهم - طبيعة الأخطار المضمونة - التاريخ الذي يبتدئ فيه ضمان الخطر ومدة صلاحية هذا الضمان - مبلغ الضمان الذي يلتزم به المؤمن - قسط أو اشتراك التأمين - شرط الامتداد الضمني إذا تم التنصيص

وأن دفع المشترك لمبلغ الاشتراك يتم على أساس الالتزام بالتبرع في حدود المبالغ والتعويضات المستحقة وكذا تكوين مختلف الاحتياطات والمخصصات، ما عدا عندما يتعلق الأمر بعقود الاستثمار التكافلي، وتبيان كيفية أداء أجرة مقابلة التأمين وإعادة التأمين التكافلي مقابل تسيير حساب أو حسابات صندوق التأمين التكافلي ومبلغ هذه الأجرة، وكيفية توزيع الفوائد التقنية والمالية لحساب أو حسابات صندوق التأمين التكافلي للمشاركين، إضافة إلى تحديد الشروط المتعلقة بالتوظيفات المالية لمقابلة التأمين وإعادة التأمين التكافلي بالنسبة لحساب أو حسابات صندوق التأمين التكافلي .

وضع المشرع أحكاما خاصة متعلقة بتقادم الدعاوى الناتجة عن عقود التأمين التكافلي⁶⁴⁴، حيث جاء ضمن مقتضيات المادة 36-1 " بالرغم من كل مقتضى مخالف، لا تتقادم الدعاوى الناتجة عن عقود التأمين التكافلي، وتقوم مقابلة التأمين وإعادة التأمين التكافلي بتحويل المبالغ التي لم يطالب بها المشتركون في العقود الاستثمارية التكافلي أو المستفيدين من هذه العقود داخل أجل عشر (10) سنوات من تاريخ حلول استحقاقها إلى صندوق الإيداع والتدبير المحدث بالظهير الشريف رقم 1.59.074 الصادر بتاريخ 10 رمضان 1378 (20 مارس 1959)، الذي يحوزها لحساب المشتركين أو المستفيدين المعنيين إلى حين المطالبة بها من قبلهم، ولهذه الغاية، توجه مقابلة التأمين وإعادة التأمين التكافلي، داخل أجل ستة (6) أشهر قبل انصرام مدة العشر سنوات السالفة الذكر، إعلاما مضمونا لوصول بهذا الشأن إلى المشتركين أو المستفيدين من العقود المتحمل أن يشملها هذا التحويل. وتحدد كيفية تحويل المبالغ المذكورة واسترجاعها من صندوق الإيداع والتدبير بنص تنظيمي، بالنسبة لعقود التأمين التكافلي، غير تلك المنصوص عليها في الفقرة الثانية أعلاه، تقوم مقابلة التأمين وإعادة التأمين التكافلي بإغلاق الملف المتعلق بأداء المبالغ التي لم تتم المطالبة بها وذلك بعد انقضاء أجل عشر (10) سنوات من تاريخ حلول استحقاقها، وفي هذه الحالة، تحذف المبالغ المذكورة من خصوم صندوق التأمين التكافلي وتدرج ضمن موارده، وفي حالة المطالبة بالمبالغ المذكورة بعد انصرام الأجل السالف الذكر، تقوم المقابلة بفتح ملف جديد خاص بتلك

عليه - حالات وشروط تمديد العقد أو فسخه أو انتهاء آثاره - التزامات المؤمن له عند الاكتتاب فيما يخص التصريح بالخطر والتأمينات الأخرى التي تغطي نفس الخطر - شروط وكيفية التصريح الواجب القيام به في حالة وقوع حادث - الأجل التي يتم خلالها أداء التعويض أو رأس المال أو الإيراد - المسطرة والقواعد المتعلقة بتقييم الأضرار من أجل تحديد مبلغ التعويض بالنسبة للتأمينات غير تأمينات المسؤولية...".
644 - حيث جاء في الباب الرابع المتعلق بالتقادم من مدونة التأمينات تبيان أمد تقادم الدعاوى الناتجة عن عقد التأمين التكافلي وبالضبط في المادة 36 " تتقادم كل الدعاوى الناتجة عن عقد التأمين بمرور سنتين (2) ابتداء من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى . غير أن هذا الأجل لا يسرى :

1 - في حالة إغفال أو تصريح خاطئ بشأن الخطر الساري، إلا ابتداء من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك .
2 - في حالة عدم دفع أقساط التأمين أو جزء من الأقساط، إلا ابتداء من اليوم العاشر (10) من حلول أجل استحقاقها .
3 - في حالة وقوع حادث، إلا ابتداء من اليوم الذي علم فيه المعنيون بالأمر بوقوعه إذا أثبتوا جهلهم له حتى ذلك الحين .
استثناء من أحكام الفقرة الأولى أعلاه، تتقادم الدعاوى الناتجة عن عقد لتأمينات الأشخاص بمرور خمس (5) سنوات ابتداء من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى .

يرفع أجل التقادم إلى عشر (10) سنوات في عقود التأمين في حالة الحياة والرسملة عندما يكون المستفيد شخصا آخر غير المكتتب . حين تكون دعوى المؤمن له ضد المؤمن ناتجة عن الرجوع الذي قام به أحد الأغيار، لا يسري أجل التقادم إلا ابتداء من اليوم الذي رفع فيه هذا الغير دعوى قضائية ضد المؤمن له أو قام فيه هذا الأخير بتعويضه .

المبالغ، ويحق للأشخاص المعنيين استرجاعها، ويحدد نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي الكيفيات التي يتم بموجبها استرجاع المبالغ المستحقة المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة " .

• التطرق للمقتضيات المتعلقة بمقاولات التأمين وإعادة التأمين التكافلي :

حسب مقتضيات المادة 185 من مدونة التأمينات " تخضع لأحكام هذا القانون وللنصوص المتخذة لتطبيقه، كل مقالة تعتمد القيام بعملية لها صفة عملية تأمين⁶⁴⁵ أو إعادة التأمين⁶⁴⁶ أو تعد في حكم عملية التأمين⁶⁴⁷ "، و حسب المادة 1-158 : " تطبق على المقاولات المعتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي الأحكام الخاصة بها الواردة في هذا القانون، وعند عدم وجود أحكام خاصة بها، تطبق عليها باقي أحكام هذا القانون ما لم تتناف مع طبيعة وغرض المقاولات المذكورة، وذلك بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى فيما يخص العمليات السالفة الذكر " .

وإن أهم ما جاء به القانون 87-18 هو إضافة " القسم الثاني مكرر " لمدونة التأمينات بمقتضى المادة الثالثة منه، وهذا القسم هو متعلق بتسيير صناديق التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي، وفي هذا الصدد فقد جاء في المادة 1-226 من مدونة التأمينات : " تقوم مقولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي بتسيير صندوق التأمين التكافلي أو صندوق إعادة التأمين التكافلي لأجل مصلحة المشتركين أو صناديق التأمين التكافلي المسيرة من طرف مقاولات التأمين المحلية، وذلك وفق أحكام هذا القانون ونظام تسيير الصندوق المعني "، وقد أضافت المادة 2-226 أن المشترك يوقع على نظام تسيير صندوق التأمين التكافلي وتسلم له مقولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي نسخة منه، عند اكتتاب عقد التأمين التكافلي، كما أن مقولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي المحلية توقع على نظام تسيير صندوق إعادة التأمين التكافلي وتسلم لها نسخة منه عند إبرام اتفاقية إعادة التأمين التكافلي⁶⁴⁸، وتعتبر مقولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي وكيلا بأجر لصندوق التأمين التكافلي أو لصندوق إعادة التأمين التكافلي، وذلك دون الإخلال بالالتزامات الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون، ويجب على مقولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي، بصفتها وكيلا بأجر لصندوق التأمين التكافلي أو صندوق إعادة التأمين

645 - حسب المادة 159 من مدونة التأمينات : " يراد بعمليات التأمين كل العمليات المتعلقة بتغطية أخطار تخص شخصا أو مالا أو مسؤولية، وترتب هذه العمليات حسب أصناف تحدد قائمتها بمنشور تصدره الهيئة " .

646 - حسب المادة 159 من مدونة التأمينات : " يراد بعمليات إعادة التأمين كل عمليات قبول أخطار محالة من مقولة التأمين وإعادة التأمين " .

647 - حسب المادة 160 من مدونة التأمينات : " إن العمليات التي تعد في حكم عمليات التأمين هي :
- العمليات التي تدعو للادخار من أجل الرسملة والتي تشمل تحمل التزامات محددة مقابل أداء واحد أو أداءات دورية، مباشرة أو غير مباشرة .
- العمليات التي تهدف اقتناء عقارات بواسطة تكوين إيرادات عمرية .

- العمليات التي تدعو للادخار بهدف جمع المبالغ المؤداة من طرف المنخرطين لأجل الرسملة المشتركة مع تمكين المنخرطين من الاستفادة من أرباح شركات تقوم مقولة التأمين وإعادة التأمين بتدبيرها أو إدارتها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

- العمليات التي تدعو للادخار من أجل الاستثمار الاستثمار التكافلي والتي يحصل بموجبها المشترك مقابل اشتراكات يؤديها إما دفعة واحدة أو في شكل دفعات دورية على مبلغ الرأسمال المكون من هذه الدفعات ومن ناتج توظيفاتها في عملية أو عمليات استثمارية، ولا يراعى فيها احتمال البقاء على قيد الحياة أو الوفاة عند تحديد المبالغ المحصل عليها .

- العمليات التي تدعو للادخار بهدف جمع المبالغ المؤداة من طرف المؤمن لهم لأجل الاستثمار المشترك مع تمكينهم من الاستفادة من أرباح الشركات التي تقوم مقولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي بتدبيرها أو إدارتها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة مع تحمل الخسائر المحتملة .

648 - تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بمنشور تصدره الهيئة .

التكافلي التقيد بالأحكام المتعلقة بالالتزامات المترتبة على الوكيل كما هي منصوص عليها في الباب السادس من الكتاب الثاني من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للالتزامات والعقود .

وقد عمل القانون الجديد على تبيان المهام المسندة لمقاولات التأمين وإعادة التأمين التكافلي والمتمثلة في : إعداد عقود التأمين التكافلي⁶⁴⁹ أو اتفاقيات إعادة التأمين التكافلي⁶⁵⁰ - قبض الاشتراكات واستخلاصها - سداد المبالغ والتعويضات المستحقة بموجب عقود التأمين أو بموجب اتفاقيات إعادة التأمين وذلك وفق أحكام هذا القانون ونظام تسيير الصندوق المعني - مسك محاسبة الصندوق - قبول التحكيم وإجراء الصلح - إجراء التبرعات وفق نظام تسيير الصندوق - توزيع الفوائد التقنية والمالية على المشتركين وعلى صناديق التأمين التكافلي المسيرة من طرف مقاولات التأمين المحيلة - تكوين مختلف الاحتياطيات والمخصصات - توظيف أموال الصندوق - إبرام اتفاقيات إعادة التأمين - إنجاز عمليات اقتناء الأصول وتديريتها وتفويتها وإنشاء الرهون المتعلقة بالصندوق وشطبها - حيازة كل سند أو وثيقة تمثل أو تنشئ الأصول المذكورة أو تكون تابعة لها - تمثيل الصندوق أمام الأعيان، وعند الاقتضاء، رفعا لدعاوى أمام القضاء للدفاع وللمطالبة بحقوق ومصالح المشتركين أو صناديق التأمين التكافلي المسيرة من طرف مقاولات التأمين المحيلة - القيام بكل إجراء ضروري لتحقيق أغراض الصندوق.

ولا يمكن لمقاولات التأمين وإعادة التأمين التكافلي أن تقوم بعمليات الإدماج أو الانفصال أو الضم إلا إذا نص نظام التسيير على ذلك، ويترتب على هذه العمليات إدماج أو انفصال أو ضم الصناديق التي تسييرها المقاولات المذكورة، وتحدد كليات خاصة بإجراء هذه العمليات بمنشور تصدره الهيئة بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى، ولا يمكن أيضا لهذه المقاولات تحويل جزء أو مجموع محفظات عقود التأمين المرتبطة بالحسابات المكونة للصناديق التي تسييرها إلا لحسابات صناديق التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي من نفس الصنف وفي جميع الحالات، ولا يمكن أن يتم هذا التحويل إلا إذا نص على ذلك نظام تسيير الصناديق المسيرة من لدن المقاول المقتوطة .

ويجب على مقاولات التأمين وإعادة التأمين التكافلي أن تدرج في خصومها وأن تمثل في أصولها، في كل وقت، احتياطات كافية لتغطية تكاليف تسيير صناديق التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي التي تسييرها، ويتم تكوين هذه الاحتياطات حسب أصناف الحسابات المكونة للصناديق، وتحدد شروط وكليات تكوين الاحتياطيات المذكورة وتقييمها

649 - حسب مقتضيات المادة 247-1 : " خلافا لأحكام الفقرات الثانية والثالثة والخامسة من المادة 247 أعلاه، يجب إرسال نماذج عقود التأمين التكافلي التي تعترزم مقاولو التأمين وإعادة التأمين معتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي إصدارها لأول مرة إلى الهيئة وذلك قبل إصدارها، وعلو على نماذج عقود التأمين، يجب إرسال جميع الوثائق ذات طابع تعاقدي أو إظهارية تتعلق بعمليات التأمين السالفة الذكر إلى الهيئة، وفي جميع الحالات لا يمكن توزيع نماذج عقود التأمين التكافلي وكذا الوثائق السالفة الذكر المتعلقة بها أو تسليمها أو نشرها إلا بعد موافقة الهيئة والرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى ."

650 - حسب مقتضيات المادة 247-3 : يجب أن تتضمن اتفاقية إعادة التأمين التكافلي على الخصوص : - الشروط العامة والخاصة لإعادة التأمين التكافلي - كيفية أداء أجرة لمقاولو التأمين وإعادة التأمين المعتمدة لمزاولة إعادة التأمين التكافلي مقابل تسيير حساب إعادة التأمين التكافلي ومبلغ هذه الأجرة - كيفية توزيع الفوائد التقنية والمالية على مقاولات التأمين وإعادة التأمين المحيلة من أجل إيداعها في حسابات التأمين التكافلي، المكلفة بتسييرها - الشروط المتعلقة بالتوظيفات المالية لمقاولو التأمين وإعادة التأمين المعتمدة لمزاولة إعادة التأمين التكافلي، بالنسبة لحساب إعادة التأمين التكافلي - علو على نماذج عقود إعادة التأمين التكافلي، يجب كذلك أن ترسل إلى الهيئة الشروط الخاصة لإعادة التأمين التكافلي في حالة مخالفتها للشروط العامة .

وتمثيلها وإيداعها بمنشور تصدره الهيئة بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى، وتطبق أحكام الفقرتين 3 و 4 من المادة 238 أعلاه على الحسابات المتعلقة بإيداع الأصول الممثلة للاحتياجات المخصصة لتغطية تكاليف التسيير، كما يجب عليها أن يشمل نظام الحكامة -⁶⁵¹ أيضا وظيفة للتقيد بأراء المجلس العلمي الأعلى، كما يجب أن يشمل نظام المراقبة الداخلية أيضا التعرف والوقاية من خطر عدم مطابقة هذه العمليات وأنشطة المقاولات المذكورة للآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى كما يشمل أيضا ضمان تتبع تطبيق الآراء بالمطابقة السالفة الذكر ومراقبة احترامها ولا سيما عبر وضع المساطر والدلائل الواجب اتباعها لضمان تطبيق هذه الآراء والتقيد بها .

يجب على جهاز التدقيق الداخلي⁶⁵² التابع لمقاولات التأمين وإعادة التأمين التكافلي أن يعد مرة في السنة على الأقل، تقريرا خاصا حول مدى احترام عمليات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي للآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى، ولهذا الغرض، يجب أن يتوفر هذا الجهاز على الموارد البشرية التي تتوفر فيها الكفاءات الضرورية في هذا المجال، ويرسل هذا التقرير إلى الهيئة التي تحيل بدورها نسخة منه إلى المجلس العلمي الأعلى فور توصلها به .

ويترتب على سحب الإعتماد كليا حل المقولة وتصفيتهما، وبالنسبة للتأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي، يؤدي سحب الإعتماد أيضا إلى حل وتصفية صناديق التأمين أو إعادة التأمين التكافلي عند الإقضاء وذلك مع مراعاة أحكام المادتين 231 و 232 من هذا القانون⁶⁵³، ويتعين على المصفي أن يصفي مقولة التأمين وإعادة التأمين التكافلي بصورة منفصلة عن الصناديق التي تسييرها، كما يتعين عليه أن يصفي حسابات صندوق التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي ويمسك محاسبتها، بصورة منفصلة⁶⁵⁴ .

ومن خلال هذا الإطار القانوني الذي وضعه المشرع للتأمين التكافلي، يكون الهدف هو إعطاء دفعة للمالية الإسلامية في وقت تعرف فيه أزمة سيولة تعيق تطورها، وفي نفس الوقت فتح آفاق للتأمين التكافلي بالمغرب .

وهناك مجموعة من المقتضيات التي توفر أرضية مناسبة لإعطاء انطلاقة قوية لصناعة التأمين التكافلي بالمغرب، حيث عمل التشريع المغربي على توحيد المرجعية الشرعية ليس فقط لشركات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي، بل لجميع مؤسسات المالية التشاركية بالمغرب، حيث جعل المشرع من المجلس العلمي الأعلى المرجعية الشرعية الوحيدة لجميع المؤسسات المالية على التراب المغربي بما فيها شركات التأمين التكافلي، وأحدث لذلك الغرض " اللجنة الشرعية للمالية التشاركية "، وبالتالي يكون من مهام اللجنة توحيد المرجعية الشرعية على مستوى قطاع المالية التشاركية في المغرب بالكامل

651 - حسب مقتضيات المادة 2-239 : يجب على مقاولات التأمين وإعادة التأمين أن تضع نظاما للمراقبة الداخلية يهدف إلى التعرف على الأخطار والوقاية منها وتقييمها وتبديرها ومتابعتها، كما يجب عليها وضع نظام للحكامة يتلاءم مع نشاطها ويضمن تسييرا سليما وشفافا لها ويحدد بوضوح مسطرة اتخاذ القرارات وكذا مهام ومسؤوليات الأشخاص المكلفين بإدارتها أو تسييرها وكذا الوظائف التي يجب أن تحدثها لضمان حسن سيرها .

652 - الفقرة الرابعة من المادة 2-239 : " ويجب على مقاولات التأمين وإعادة التأمين أن تتوفر أيضا على جهاز للتدقيق الداخلي تابع مباشرة لمجلس الإدارة أو الرقابة تكون مهمته على الخصوص التحقق من فعالية نظام المراقبة الداخلية. ويعد هذا الجهاز على الأقل مرة في السنة تقريرا عن نشاطه يسلمه لمراقبي حسابات المقاوله " .

653 - المادة 268 من مدونة التأمينات .

654 - المادة 269 من مدونة التأمينات .

والذي يشمل البنوك والتأمين وشركات الاستثمار، إضافة تخويل المجلس العلمي الأعلى وضعا متميزا إزاء النصوص التشريعية المتعلقة بالتأمينات وكذا النصوص التنظيمية والمناشير الصادرة عن هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي المشرفة على قطاع التأمين بالمغرب، وضمان استقلالية الهيئة الشرعية للفتوى المتمثلة في اللجنة الشرعية للمالية التشاركية ووضعها في منأى عن جميع أنواع المؤثرات والضغوط، زيادة على توفر المغرب على بيئة جماهيرية وأكاديمية وبحثية متميزة تضع المالية الإسلامية ضمن أولوياتها واختياراتها القيمية، إضافة إلى تأكيد العديد من الخبراء أن المغرب يتوفر على فرص كبيرة تمكنه من بناء مركز مالي إسلامي دولي، وما يعزز هذا الإطار القانوني الاستجابة لتطلعات المغاربة ومعهم مسؤولو الأبنك التشاركية لإخراج التأمين التكافلي إلى حيز الوجود في أسرع وقت ممكن لتحقيق انطلاقة كاملة لمنتجات المالية الإسلامية في المملكة، ولتلبية انتظارات وحاجيات الزبناء الذين منحتهم هذه الأبنك قروض بدون إرفاقها بتأمين تكافلي، مع تضمين العقد شرطا بالعودة لإبرام التأمين بعد صدور هذا القانون، ولعل من بين أهم المميزات التي يختص بها التأمين التكافلي الإسلامي، هو توزيع الفائض التأميني على المشتركين، وفي هذا السياق ألزم المشرع شركات التأمين التكافلي بتوزيع كل الفوائض التقنية والمالية المحققة على المشتركين بعد خصم التسيقات التكافلية، وما يعزز أفاق التأمين التكافلي بالمغرب جاهزية الشركات الكبرى للتأمين لتسويق منتج التأمين التكافلي مثل شركة أطلنطا للتأمين التي تسعى إلى توسيع معاملاتها وخدماتها من خلال منتج التأمين التكافلي الخاص بالمالية التشاركية، ولكي تتواجد شركة أطلنطا بشكل قوي في سوق التأمين التكافلي فقد وقعت شراكة مع مؤسسة قطرية ستكون شريكا لها .

و كل المؤشرات تدل على أن قطاع التأمين التكافلي مزال قطاعا خصبا قابلا للتطور والنمو، وأنه حقق نتائج إيجابية كبيرة على المستوى العالمي، مما دفع الكثير من الدول سواء الإسلامية أم الغربية إلى السماح بهذا النشاط وتشجيع إدماجه في النسيج الاقتصادي، والأهمية العملية تظهر أيضا من خلال اتصال التأمين في الوقت الحاضر بكافة مظاهر الحياة اليومية، وأصبح الكثير من أنواع التأمين إلزاميا في العديد من الدول كتأمين السيارات والتأمين الصحي وتأمين إصابات العمال على الأشخاص ويعتبر أداة من أدوات الادخار والاستثمار في المجتمعات الحديثة، ومنه فالتأمين التكافلي يساهم في اكتمال بناء النظام المالي من المنظور الإسلامي فيصبح لدينا بنوك لا تتعامل بالربا، ونظام تكافل قائم على التواد والتراحم، ووجود سوق مالية أولية تجمع المدخرات وتوجهها لإقامة مشروعات اقتصادية منتجة، وليست سوق ثانوية تعمها المغامرة والمقامرة، ولم تستطع تداولاتها التي تقدر بالمليارات من المساهمة في إقامة مشروع واحد على مر السنوات، ومنه فإن التأمين التكافلي سيساهم في الرقي بالاقتصاد الوطني وتوفير موارد أخرى، وخلق تنافسية بين شركات التأمين، الشيء الذي يساهم في جلب المستثمرين، الأمر الذي يعود على الوطن والمواطن بالنفع والازدهار

حماية الأمن العام كغرض من أغراض الضبط الإداري في القانون القطري

✍️ **خلود الكعبي**
باحث قانوني

✍️ **فاطمة العبد الله**
حاصلة على ماجستير في القانون العام من جامعة قطر

مقدمة

يُعتبر الأمن العام أحد أهم عناصر النظام العام والذي تصب الدولة جُل اهتمامها به ، لما يمثله من أساس جوهري لوجود دولة تتمتع بكافة مقومات الأمن والأمان ، ولهذا تهتم دولة قطر بالحفاظ على الأمن العام في الدولة بكافة جوانبها والتي تصل إلى الجانب الاقتصادي أيضاً ، فقامت باتخاذ كافة التدابير التي تساهم في المحافظة عليه، وذلك من خلال سن المشرع لمجموعة من القوانين التي تكفل هذه الحماية من أكثر من جانب ، بدايةً بالدستور القطري والقوانين التنظيمية الأخرى كقانون المرور مثلاً وقانون الشرطة وغيرها من القوانين التي نصت بين طياتها على مجموعة من التدابير والأساسيات التي من شأنها الحفاظ على أمن البلاد ونظامها من الجرائم والتجاوزات الفردية ومن أي تصرف قد يُهدد النظام العام ويشكل خطراً عليه ، إلا أنه هذا القوانين التنظيمية لا بد أن لا تأتي مطلقة فلا بد من أن يكون هناك توازن بين حماية الأمن العام وعدم تقييد حرية الإنسان والتعدي على حقوقه تحت طائلة الحفاظ على الأمن ، إلا في حالات ترى فيها الدولة متمثلة بالجهات المختصة أن هناك مبررات قوية وجديّة تلزم الدولة بمصادرة الحق لاعتبارات تمس الصالح العام.

خطة البحث

للحديث عن حماية الأمن العام ولاعتباره أحد عناصر النظام العام لا بد من الالتفات إلى الأخير وتوضيح مفهومه وبيان عناصره التقليدية والمستحدثة ، ومن ثم التطرق للقوانين التي نظمت الأمن العام في الدولة ، وذلك عبر الخطة التالية:

المبحث الأول: مفهوم النظام العام وعناصره

المطلب الأول: مفهوم النظام العام

المطلب الثاني: عناصر النظام العام

المبحث الثاني: حماية الأمن العام وفق القانون القطري

المطلب الأول: مفهوم الأمن العام و مظاهر حمايته

المطلب الثاني: الضوابط القانونية لحماية الأمن العام

المبحث الأول: مفهوم النظام العام وعناصره

ينتج الضبط الإداري إلى تحقيق العديد من الأهداف ومن أهم هذه الأهداف حماية النظام العام ومنع تعرضه للانتهاك والإخلال به، وتمارس الإدارة متى رأت ذلك ضرورياً سلطة الضبط الإداري حتى وإن لم ينص القانون على إجراء معين للحد من هذا الانتهاك أو الإخلال للنظام العام، والنظام العام يعد من أكثر المصطلحات التي تتسم بالتطور والمرونة، بحيث

تختلف من زمان لآخر ومن مكان لآخر، إلا أن ذلك لا يشكل عائقاً في البحث في مفهوم هذه الفكرة، ولمعرفة ماهية فكرة النظام العام، فإن هذا المبحث يقتضي بيان مفهوم فكرة النظام العام وعناصره.

المطلب الأول: مفهوم النظام العام

سنسلط الضوء في هذا المطلب على تعريف النظام العام من عدة اتجاهات، وهي اتجاه المشرع واتجاه الفقه وأخيراً اتجاه القضاء في تعريف النظام العام.

الفرع الأول: تعريف المشرع للنظام العام

إن العديد من التشريعات الإدارية لم تقوم بتحديد فكرة النظام العام في مجال الضبط الإداري تحديداً ووضوحاً ودقيقاً ويرجع السبب في ذلك إلى أن طبيعة النظام العام تتسم بالتطور والمرونة، وتكتفي بأن من أغراض النظام العام حفظ الصحة العامة والأمن العام⁽⁶⁵⁵⁾. ولكن لا يوجد شك بأن العالم كله يعنيه استقرار النظام العام، إلا أنه لم يذهب إلى الانشغال بوضع تعريف لمفهوم النظام العام، فحتى وإن كانت التشريعات تتضمن مفهوم النظام العام إلا أن هذا المفهوم يعنى بالهدف من النظام العام وليس تعريفه⁽⁶⁵⁶⁾.

وذهب القانون الخاص بهيئة الشرطة في جمهورية مصر العربية رقم 109 لسنة 1971 في المادة الثالثة منه على أن "تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام العام والأمن العام والآداب العامة وبحماية الأرواح والأعراض وعلى الأخص منع وقوع الجرائم وضبطها، كما تختص بكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في كافة المجالات وتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح"⁽⁶⁵⁷⁾.

وبالنسبة لدولة قطر، لقد تناولت المادة الخامسة من قانون قوة الشرطة رقم 23 لسنة 1993، والباقية وفقاً للمادة الثالثة من القانون رقم 31 لسنة 2005 الخاص بالخدمة العسكرية على أن "تختص قوة الشرطة بالمحافظة على الأمن العام والنظام العام والآداب العامة وحماية الأرواح والأعراض والأموال ومنع الجرائم وضبطها والتحقيق فيها وكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في جميع المجالات، وتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات". و يتضح من خلال ما تضمنته القوانين سابقة الذكر بأنها لم تتجه إلى بيان المقصود بمفهوم النظام العام، ومن ثم وجب علينا البحث عن المقصود بمفهوم النظام العام في كلاً من الفقه والقضاء⁽⁶⁵⁸⁾.

الفرع الثاني: تعريف الفقه للنظام العام

في المجال الفقهي تعددت وتنوعت التعاريف للنظام العام، ويرجع ذلك إلى اختلاف مفهوم النظام العام من حيث الزمان والمكان و مضمون النظام العام وشمول نطاقه من جهة أخرى⁽⁶⁵⁹⁾. اختلف الفقه الفرنسي عند قيامه بتحديد ماهية النظام العام، فإتجه الفقه التقليدي إلى التضييق من نطاق النظام العام، وقصره على الجانب المادي دون الجانب المعنوي، ويتمثل

(655) دكتور محمد فوزي نويحي، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري، 2016، ص 42

(656) الدكتور عبدالحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، 13-2014، ص 233

(657) دكتور محمد فوزي نويحي، مرجع سابق، ص 42

(658) دكتور عبدالحفيظ الشيمي، مرجع سابق، ص 233

(659) عبورة محمد رضا، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري بالإدارة الجزائرية "دراسه مقارنة"، 17-2018، ص 16

هذا الاتجاه فيما ذهب إليه الأستاذ Hauriou والذي قام ببيان النظام العام على أنه "النظام المادي المحسوس والذي يعتبر بمثابة حالة مناقضة للفوضى" وبالتالي يتبين من خلال ما ذهب إليه إلى أن النظام العام المعنوي والمتعلق بالأفكار والأحاسيس والمعتقدات لا يقع تحت اختصاصات سلطة الضبط الإداري، ومع ذلك يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن أي إخلال للنظام العام المعنوي يمكن أن يكون مهدداً للنظام العام المادي بصورة مباشرة وذلك لغرض حماية الجانب المادي منه. وذهب أيضاً الأستاذ Rivero إلى تأييد هذا الاتجاه أيضاً وقام بتأكيد أن الاحساس التي تسود في الأفكار والمعتقدات تخرج عن اختصاصات سلطة الضبط الإداري في الأنظمة الديمقراطية، بحيث أن متى تجاوزت العقائد حدود الوجدان، وأصبح لها مظهراً خارجياً بصورة تشكل تهديداً للنظام العام المادي، فإن في هذه الحالة يمكن لسلطة الضبط الإداري أن تقوم بالتدخل لحمايته⁽⁶⁶⁰⁾. أما بالنسبة للاتجاه الحديث في الفقه الفرنسي فقد قام بتبني المفهوم الواسع لفكرة النظام العام بحيث تكون شاملة للجانب المادي والمعنوي في آن واحد، حيث ذهب الأستاذ (MarcelWaline) إلى تعريف النظام العام بأنه "هدف عام للضبط الإداري ويتكون من أربع عناصر الأمن، النظام، السكينة والطمأنينة"⁽⁶⁶¹⁾. بينما اتجه الأستاذ (Burdeau) إلى تعريف النظام العام أنه "التنظيم الذي يتسع ليشمل جميع أبعاد النظام الاجتماعي، فهو بذلك يشمل النظام المادي والأدبي والنظام الاقتصادي"⁽⁶⁶²⁾. أما بالنسبة لتعريف الفقه العربي للنظام العام فذهب إلى تعريفه الأستاذ صلاح الدين فوزي بأن "النظام العام ما هو إلا حالة مادية أو معنوية لمجتمع منظم، فهو الأفكار الأساسية للقانون والمجتمع، فهو حالة وليست قانوناً وأحياناً أخرى تكون مادية فتوجد حينئذ في المجتمع برتمته وفي الأشياء أيضاً، كما أنها أحياناً أخرى تكون معنوية تسود المعتقدات والأخلاق، وحتى القانونية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وأحياناً أخرى تكون هذه الحالة هي الأمان معاً"⁽⁶⁶³⁾، كما عرف الأستاذ عليان بوزيان النظام العام بأنه "إن النظام العام ليس إلا وصفاً لوضع مجتمعي في حالة السلم، أو حالة يشعر بها الجميع عندما يقدم كل فرد على ممارسة حقوقه وحرياته بالمساواة دون حصول فوضى أو أية اضطرابات أمنية تهدد استقرار حياة المجتمع، فهو ليس إلا نتيجة وثمره لمجموعة الحدود والقيود التي تمكن الأفراد من ممارسة حرياتهم، بشكل يضمن عدم تأثر الاجتماع البشري إما بالتدخل السلبي أو الإيجابي من طرف السلطة الضبطية"⁽⁶⁶⁴⁾، ويذهب إلى تعريفه الأستاذ دايم بلقاسم إلى أن "النظام العام يشمل الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يركز عليها كيان المجتمع كما تحدده القوانين الداخلية، وهو يتسع وينحصر حسب النظام السياسي السائد في الدولة"⁽⁶⁶⁵⁾.

الفرع الثالث: تعريف القضاء للنظام العام

أصبح غموض فكره النظام العام يشكل سبباً رئيسياً في عدم تحديد ماهيتها بشكل دقيق وواضح في أحكام القضاء الإداري في العديد من الدول ومنها فرنسا ومصر، ففي فرنسا ذهب مفوض الدولة "LeLaurneur" في تقرير له بأن "فكرة

(660) القاضي الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، حدود سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 88-89.

(661) عمر بوقريط، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري، ٦-٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ١٨.

(662) القاضي الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، المرجع السابق، ص 89-90.

(663) جلطي عمر، الأهداف الحديثة للضبط الإداري، ١٥-٢٠١٦-٢٠١٧، ص ١٧.

(664) جلطي عمر، المرجع السابق ص 16.

(665) جلطي عمر، مرجع سابق، ص 16.

النظام العام مبهم، وإن الضبط الإداري ليس مكلفاً فقط بحماية الدولة ضد الأخطار التي تهددها، بل عليه أيضاً أن يحمي الأفراد من الأخطار التي لا يمكنه هو نفسه استبعادها، سواء كان مصدرها أفراد، أم كان مصدرها حيوانات أو ظواهر طبيعية، لذلك ليس من الممكن حصر تلك المقتضيات ذات المضمون المتغير داخل صيغة محددة، إن تلك حقيقة قد أدركها القضاء تماماً.⁽⁶⁶⁶⁾ ، اتجه القضاء الإداري الفرنسي كما ذكرنا سابقاً في البداية إلى تبني الاتجاه الذي يقوم على التضييق من نطاق فكرة النظام العام، وذلك بأنه قام على قصرها على الجانب المادي فقط دون الجانب المعنوي مما يؤدي إلى تقييد نطاق اختصاص سلطة الضبط الإداري، بحيث لا يمكن لها أن تتدخل في حماية الجانب المعنوي للنظام العام ما لم يكن ماساً بشكل مباشر بالجانب المادي لهذه الفكرة، وبناءً على ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بشرعية القرار الإداري الذي صدر بشأن عرض المطبوعات التي تتضمن عرض ووصف للجرائم التي تقع في الأماكن العامة باعتبار أن ذلك يتعلق بالآداب العامة بوصفه يثير نزعة الإجرام لدى الشباب. كما قضى أيضاً بأن "حماية المقيمين في المستعمرة من تعاطي المشروبات الروحية، يهم النظام العام مباشرة، بشكل يسمح للجهة الإدارية أن تتخذ كافة الإجراءات اللازمة حتى يتم حماية أبناء المستعمرة من تأثير المشروبات الروحية.."⁽⁶⁶⁷⁾ ويلاحظ من خلال هذه الأحكام السابقة وغيرها من الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي، والتي تعتبر أحكاماً فردية تهدف إلى حماية الآداب العامة، ولا تسمح لسلطة الضبط الإداري أن تتدخل لحمايتها ما لم يكن لها مظهر مادي ملموس خارجياً⁽⁶⁶⁸⁾، إلا أن نقطة التحول في قضاء هذا المجلس تتمثل بالحكم الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر عام ١٩٥٩ في قضية لوتيسيا حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى الاعتراف لسلطات الضبط الإداري بالحق في أن تتدخل في حالة المساس بالآداب العامة، وفي حالة عرض الأفلام السينمائية مثلاً التي من الممكن أن تؤدي بسبب طبيعتها غير الأخلاقية إلى حدوث اضطراب في النظام العام على الرغم من تمكن الجهات التي ساهمت في عرض هذه الأفلام السينمائية الحصول على رخصة من الجهات المختصة. وبعد صدور حكم لوتيسيا صدرت العديد من الأحكام الأخرى التي تذهب إلى تقرير التدخل لحماية النظام العام الخلقي لسلطة الضبط الإداري، وبالتالي أصبح هناك اهتمام واضح بالأخلاق والسلوك مما يساهم في حد ذاته في تشكيل هدفاً مشروعاً للضبط الإداري⁽⁶⁶⁹⁾ ومن جهة أخرى اتجه القضاء المصري من خلال الأحكام التي صدرت منه أيضاً على التوسع في مفهوم فكرة النظام العام، بحيث تكون شاملة لكل من الجانب المادي والجانب المعنوي في آن واحد، ويتبين ذلك من خلال ما قضت به محكمة القضاء الإداري بمدى مشروعية القرار الإداري الصادر بشأن رفض الترخيص بفتح محل تجاري في منطقة الجيزة في القاهرة، وذلك بسبب ما يتضمنه من مخالفه لمشروع تنسيقي قامت بإعداده الجهة الإدارية المختصة سابقاً، بإعتبار أن "الإدارة -بمالتها من وظيفة الضبط الإداري- مكلفة بمراعاة هدوء الأحياء السكنية وصيانتها من حيث الأمن والصحة والمظهر، وأنها قامت بإعداد المشروع التنسيقي لحسن أداء الموظفين..". كما قضت أيضاً بمشروعية القرار الإداري الذي صدر من خلال مجلس الوزراء بمصادرة كتاب "الفرقان لابن الخطيب" ومنع القيام بتداوله في جمهورية مصر العربية، وذلك بناءً على طلب صادر من شيخ المقاريء المصرية والأزهر، بإعتبار أنه "لا يشترط أن يقع بسبب التعرض للدين تكدير للسلم العام فعلاً بل يكفي أن يكون من شأن

(666) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، مرجع سابق ، ص 91

(667) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، مرجع سابق ، ص 96

(668) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، مرجع سابق ، ص 96

(669) عبورة محمد رضا ، مرجع سابق ، ص 17-18.

التعرض حصول هذا التكدير أي يكون ثمة احتمال أن ينشأ عنه ويترتب عليه كما أن هذا التكدير لا يلزم أن يكون مادياً بحدوث شغب أو حصول هياج، بل يكفي أن يكون معنوياً بإثارة الخواطر وإهاجة الشعور. " واستمرت أحكام القضاء المصري على الأخذ بذات الاتجاه في أحكامه اللاحقة، حيث قضت برد الدعوى التي قدمت بهدف إلغاء القرار الإداري الصادر بشأن سحب ترخيص سابق بعرض فيلم "خمسة باب" باعتبار أن "الإدارة العامة للرقابة قد اتخذت هذا القرار حرصاً على حماية الآداب العامة والمحافظة على الأمن والنظام العام ومصالح الدولة العليا، وذلك لما يتضمنه الفيلم من مشاهد فاضحة وعبارات ساقطة تصريحاً وتلميحاً، ومن ثم فإن القرار الصادر بسحب الترخيص المطعون فيه يكون قراراً صائباً قانوناً...." (670).

المطلب الثاني: عناصر النظام العام

في هذا المطلب سوف نقوم ببيان عناصر النظام العام، وهي العناصر التقليدية للنظام العام والعناصر الحديثة للنظام العام.

الفرع الأول: العناصر التقليدية للنظام العام

أولاً: الأمن العام

يقصد بالأمن العام كل ما يؤدي إلى اطمئنان الفرد على حياته وماله من أي مساس أو عدوان يقع عليه، وذلك يستلزم قيام سلطات الضبط الإداري المختصة بإتخاذ ما تراه لازماً من احتياطات حتى تقوم بتحقيق الاطمئنان للأفراد، ومنع وقوع الحوادث بشتى أنواعها سواء كانت حوادث بفعل الأفراد أو الحيوانات أو الحوادث الطبيعية (671).

وفيما يتعلق بالأمن العام، سوف نقوم بتسليط الضوء عليه تفصيلاً في المبحث الثاني.

ثانياً: السكينة العامة

يقصد بالمحافظة على السكينة العامة أن يتم الحفاظ على حالة الهدوء والسكون ومنع أي مظهر من مظاهر الإزعاج والمضايقات في الطرق والأماكن العامة (672). كما أن الفقيه (G.Vedel) قام بتعريف السكينة العامة على أنها "تجنب جميع مظاهر الإزعاج التي تتجاوز حدود الإضرار العادية للحياة في المجتمع" (673)، لذلك فأن من واجبات سلطة الضبط الإداري حماية السكينة العامة، متمثلة في السعي في مكافحة مظاهر الضوضاء المقلقة للراحة والتي تنشأ عن طريق أجهزة الراديو، ومكبرات الصوت، وأبواق السيارات، والتسجيلات الصوتية، وأصوات الآلات المزعجة في المحال والورش والمصانع، وذلك بالقيام بإخراجها من المناطق السكنية والأحياء (674) وهنا يلاحظ بأن هذه الأفعال ذاتها قد تكون مباحة كاستخدام الراديو أو مكبرات الصوت وأبواق السيارات وغيرها كما ذكرت سابقاً، ولكن حين يتجاوز هذا الفعل حداً معيناً يؤدي إلى إزعاج وقلق الأفراد تقوم الإدارة بالتدخل سواء بمنعه أو بتنظيم استخدامه (675). وترجع أهمية هذا العنصر المتمثل في المحافظة على

(670) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، مرجع سابق، ص 93-94-95

(671) الدكتور محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام - أسس وأصول القانون الإداري، كلية حقوق بني سويف - جامعة القاهرة، ص 116، 117

(672) الدكتور نواف كنعان، القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، كلية الحقوق - الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، 1993، ص 285.

(673) الأستاذ الدكتور مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، كلية الحقوق - جامعة مؤتة، ص 28.

(674) الدكتور نواف كنعان، المرجع السابق، ص 285

(675) الدكتور محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق، ص 168

السكينة العامة في أنه يساهم في منع الأمراض العصبية والنفسية والتي يطلق عليها أمراض العصر، فإنه يجب على سلطة الضبط الإداري أن تقوم باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لمحاربة الضوضاء⁽⁶⁷⁶⁾.

ثالثاً: الصحة العامة

المقصود بالمحافظة على الصحة العامة، هو حماية أفراد المجتمع من المقيمين على إقليم الدولة من الأوبئة والأمراض والسعي في اتخاذ كافة الإجراءات والوسائل اللازمة للوقاية منها⁽⁶⁷⁷⁾، مثل اللقاحات والأمصال المعدة للوقاية من الأمراض، وفحص السلع والمواد الغذائية والمواشي التي يتم استقدامها إلى البلاد. كما أنها تعمل على إقامة المحاجر الصحية لفحص المسافرين من البلاد أو القادمين إليها وتطعيمهم ضد الأمراض المعدية⁽⁶⁷⁸⁾. وازدادت أهمية هذا العنصر المتمثل في المحافظة على الصحة العامة، نتيجة لتطور وسائل الاتصال وازدياد عدد السكان مما يشكل عاملاً رئيسياً في انتشار الأوبئة والأمراض مما يهدد كيان المجتمعات الحديثة ولذلك تعد المحافظة على الصحة العامة من أهم الواجبات التي تقوم بها سلطة الضبط الإداري⁽⁶⁷⁹⁾. ومن الجدير بالذكر أيضاً بأن نطاق المحافظة على الصحة العامة يمتد إلى مجال المؤسسات التجارية والصناعية والمنشأة المصنفة، ويتم ذلك عن طريق وضع الشروط الصحية التي تكفل سلامة هذه الأماكن من الناحية العملية، وتحميها من التعرض للتلوث، كما أنها تفرض شروط السلامة مثل الحفاظ على تهوية هذا الأماكن وحرص على دخول أشعة الشمس إليها وسلامة التصميم والتنفيذ وذلك ضماناً لسلامة العاملين فيها⁽⁶⁸⁰⁾. ويتم ذلك أيضاً من خلال توفير احتياطات المصاعد الكهربائية أو المعدات اللازمة لإطفاء الحرائق، أو إقامة المعامل والمصانع على بعد معين من المناطق السكنية وغيرها⁽⁶⁸¹⁾. وأخيراً، من الجدير بالذكر بأن البيئة هي الوسط الذي يتصل بحياة الأفراد وصحتهم في المجتمع سواء كان ذلك الوسط قد تم من صنع الإنسان أم من صنع الطبيعة، وتشتمل البيئة على عناصر طبيعية كالبهار والأنهار والهواء والغابات، وأخرى صناعية كالمدن والمصانع والأراضي الزراعية وغيرها⁽⁶⁸²⁾، وبالتالي فإن تعرض البيئة للتلوث سواء في اليابسة أو في المياه أو في الهواء عن طريق أفعال الإنسان ووسائل مدينته الحديثة تعد من أهم المسببات التي تؤدي إلى إلحاق الضرر بصحة الإنسان مما يصيبه بالأمراض، لذلك فإن مكافحة تلوث البيئة تعد من أهم الوسائل للمحافظة على الصحة العامة كونها من الحقوق الأساسية للإنسان⁽⁶⁸³⁾. أما بالنسبة لدولة قطر، فقد ورد في الدستور القطري ما يثبت اعتبار الصحة العامة والحفاظ عليها من النظام العام وهي المادة (٢٣) والتي نصت على أن "تعنى الدولة بالصحة العامة، وتوفر وسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة وفقاً للقانون"⁽⁶⁸⁴⁾.

(676) الدكتور رمضان محمد بطيخ، الدكتور نوفان منصور العجارمة مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، ص ٧٠٣.

(677) الأستاذ الدكتور مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص 275

(678) دائل محمد إسماعيل الخلفي، الضبط الإداري والنظام العام دراسه تحليلية للأسس والمفاهيم النظرية، مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة العلوم والتكنولوجيا، ١٩٩٦، ص ١٤٤

(679) الأستاذ الدكتور مصلح ممدوح الصرايرة، مرجع سابق، ص 275

(680) جلطي عمر، مرجع سابق، ص 24-25.

(681) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، مرجع سابق، ص 119.

(682) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، مرجع سابق، ص 117.

(683) الدكتور ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية، بدون سنة نشر، ص ٤٤٢.

(684) اصدار الدستور الدائم لدولة قطر ٢٠٠٤.

الفرع الثاني: العناصر الحديثة للنظام العام أولاً: الآداب والأخلاق العامة

لقد كان القضاء الإداري الفرنسي سابقاً يقصر أغراض الضبط الإداري على العناصر الثلاثة السابقة والتي تمثل العناصر التقليدية للنظام العام، إلا أنه قام بعد ذلك بإضافة عنصر الآداب والأخلاق العامة عندما قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية "لوتيسيا" بحق سلطات الضبط الإداري في التدخل في بعض الحالات حتى تقوم بحماية الآداب والأخلاق العامة وكان ذلك في مجال حظر عرض الأفلام السينمائية إذا كان من شأن عرضها حدوث اضطرابات جسيمة في النظام العام بسبب الصفة غير الأخلاقية للفيلم محل العرض⁽⁶⁸⁵⁾، كما أن الأستاذ (Maurice Hauriou) أكد على ضرورة تدخل سلطات الضبط الإداري لحماية كل ما يعنى بالآداب والأخلاق العامة، والذي من شأنه أن يعكر النظام العام المادي للمجتمع وذلك بغرض كفالة الحياة المادية والمعنوية على حد سواء حيث أنه ذكر بأن "علاوة على النظام العام المادي الذي يعني عدم وجود الفوضى، يوجد النظام الخلقي الذي يرمي إلى المحافظة على ما يسود من معتقدات وأحاسيس وأفكار فإذا كان الاضطراب في النظام الخلقي قد بلغ درجة من الخطورة تهدد كيان النظام العام المادي يستوجب تدخل السلطات الإدارية الضبطية لوضع حد لذلك الاضطراب"⁽⁶⁸⁶⁾، ومن الجدير بالذكر بأن المقصود بالآداب والأخلاق العامة أنها "مجموعة القيم والمفاهيم الأخلاقية السائدة في مجتمع ما، والتي درج الناس على احترامها والنفور من مخالفتها، وتستمد هذه الآداب والأخلاق العامة من الأعراف والتقاليد والقيم الدينية التي يعتنقها أفراد مجتمع ما"⁽⁶⁸⁷⁾. فمن الواضح من خلال التعريف بأن فكرة الآداب والأخلاق العامة تتسم بأنها فكرة نسبية تتفاوت بتفاوت الجماعات وذلك لأن العبرة في مضمونها هي ماتعتبره كل جماعة في زمن ومكان معين من الأصول الأخلاقية الأساسية فيها، وهي تخضع أيضاً لما يحيط بها من ظروف تتعلق بالدين والعادات والتقاليد فيها، وبالتالي فإن تغير هذه الظروف مع مرور الزمن يؤدي إلى تغير فكرة الآداب والأخلاق العامة في المجتمع الواحد تبعاً لاختلاف الزمان والأجيال فيه. وتحضى فكرة الآداب والأخلاق العامة بأهمية خاصة في المجتمعات الإسلامية، حيث يعتبر الحفاظ على المشاعر الدينية والأخلاقية جزء لا يتجزأ من النظام العام⁽⁶⁸⁸⁾، كما أن معظم دساتير تلك الدول تنص إلى أن الإسلام هو دين الدولة الرسمي كما ورد النص على ذلك في الدستور القطري في المادة الأولى منه بأن "قطر دولة عربية مستقلة ذات سيادة. دينها الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها،....."⁽⁶⁸⁹⁾، ولذلك فإن مقومات العقيدة الإسلامية هي مقومات أخلاقية دينية تتسم بأنها ذات طابع اجتماعي، الأمر الذي يجعل من السلطة الضبطية مسؤولة عن حمايتها وعدم الأساءة إليها أو المساس بها⁽⁶⁹⁰⁾. وإضافة لما سبق أكد الدستور القطري على حماية النظام العام الأدبي وذلك من خلال نص المادة ٥٠ من الدستور القطري والتي نصت على أن "حرية العبادة مكفولة للجميع، وفقاً للقانون، ومقتضيات حماية النظام العام والآداب العامة" كما نصت المادة ٥٧ أيضاً على أن "احترام الدستور، والامتثال للقوانين الصادرة عن السلطة، والالتزام بالنظام العام والآداب العامة، ومراعاة التقاليد الوطنية والأعراف المستقرة، واجب

(685) الدكتور نواف كنعان، كلية الحقوق، مرجع سابق، ص ٢٨٦، ٢٨٧.

(686) عبورة محمد رضا، مرجع سابق، ص 20-21

(687) الدكتور مصلح ممدوح الصرايرة، مرجع سابق، ص 281

(688) بن ساسي بن الزين، عناصر الضبط الإداري، ١٣-٢٠١٤، ص 30

(689) الدستور الدائم لدولة قطر

(690) بن ساسي بن الزين، المرجع السابق، ص 30.

على جميع من يسكن دولة قطر، أو يحل بإقليمها" ⁽⁶⁹¹⁾ ، و ورد أيضاً في قانون قوة الشرطة القطري رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٣ أيضاً أنه من بين اختصاصات هيئة الشرطة المحافظة على النظام العام والأمن العام والآداب ⁽⁶⁹²⁾ .

ثانياً: جمال المنظر والرونق

يقصد بجمال المنظر والرونق "الاهتمام بجماليات الطرق، ومرافقها وبهائنها، بحيث تبعث الهدوء والراحة النفسية سواء بتجميل الشوارع أو وضع مواصفات معينة في المباني، بحيث يأتي منظر المدينة والشوارع منسقاً." ⁽⁶⁹³⁾ لم يكن هذا العنصر من ضمن أغراض سلطة الضبط الإداري وذلك لأنه لم يكن مندرجاً في مفهوم النظام العام بالمداول التقليدي ⁽⁶⁹⁴⁾ ، إلا أن جانباً من الفقه يذهب إلى أن جمال المنظر والرونق في الشارع يدخل ضمن عناصر النظام العام وذلك ترتيباً على أن سلطة الضبط الإداري يجب عليها أن تقوم بحماية الإحساس الجمالي والمشاعر الفنية لدى الأفراد كما هو واجب عليها حماية أموالهم وأنفسهم من أي اعتداء يتعرضون إليه من الغير، كون ذلك يدخل ضمن المصلحة العامة لأفراد المجتمع. وبذلك الاتجاه ذهب الأستاذ "بيرنارد" إلى أن حماية جمال المنظر والرونق تدخل بطبيعتها ضمن فكرة النظام العام، وذلك باعتبار أن على سلطة الضبط الإداري أن تعمل على حماية الجوانب المعنوية للأفراد كما هو دورها في حماية الجوانب المادية لهم، كونهما يمثلان جوانب لازمة للوجود البشري المتكامل ⁽⁶⁹⁵⁾ . لكن على عكس ذلك، يوجد جانب آخر من الفقه يرى بأن القانون الوضعي لا يهتم بجمال المنظر والرونق إلا إذا كان ذلك بناءً على نصوص قانونية خاصة مثل طلاء بعض المناطق السكنية بلون معين، أو عدم تجاوز أكثر من دورين للمباني السكنية في بعض المناطق، أو إخلاء المدن السكنية من أي منشأة صناعية أو تجارية وتعد هذه الإجراءات من ضمن أغراض الضبط الإداري الخاص ⁽⁶⁹⁶⁾ ،

ومن الجدير بالذكر بأن صدرت في دولة قطر العديد من التوجيهات الحكومية المحلية والاعلانات التي تحث الأفراد على الحفاظ على جمال المنظر والرونق في الشوارع وغيرها من الأماكن العامة، وتحظر إلقاء المخلفات في غير الأماكن المخصصة لذلك، أو القيام بإلقائها من نوافذ السيارات، كما أن هذه القرارات قد تضمنت ما يبين توقيع غرامات مالية على كل من يخالف هذه القواعد ⁽⁶⁹⁷⁾ . وأخيراً، يتبين بأن القضاء الإداري كان يأخذ بالرأي الذي يتجه إلى رفض النظر إلى جمال المنظر والرونق في الشارع على أنه من بين عناصر النظام العام، إلا أن القضاء عدل عن هذا الاتجاه في عام ١٩٣٦ وذهب إلى أنه جمال المنظر والرونق يعد من بين عناصر النظام العام، وفي هذا الصدد أقر مجلس الدولة الفرنسي قرار بحظر نشر المنشورات على المارة في الشارع خشية تمزيقها والقيام بإلقائها في الشارع بعد قراءتها، وهو ما يؤدي إلى الاخلال بجمال المنظر والرونق في الشارع ⁽⁶⁹⁸⁾ .

(691) الدستور الدائم لدولة قطر

(692) الدكتور / عبدالحفيظ الشيمي ، مرجع سابق ، ص 237.

(693) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، مرجع سابق ، ص ١٣٦.

(694) الدكتور رمضان محمد بطيخ، الدكتور نوفان منصور العجارمة ، مرجع سابق ، ص 309

(695) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، مرجع سابق ، ص ١٣٧.

(696) الدكتور / عبدالحفيظ الشيمي ، مرجع سابق ، ص 253.

(697) الدكتور / عبدالحفيظ الشيمي ، مرجع سابق ، ص 254.

(698) الدكتور عبدالحفيظ الشيمي ، مرجع سابق ، ص 254.

ثالثاً: النظام العام الاقتصادي

في البداية لم يكن النظام العام الاقتصادي من ضمن أهداف الضبط الإداري، ولكن نتيجة لإتساع نشاط الدولة في المجال الاقتصادي أصبح النظام العام الاقتصادي هدفاً من أهداف الضبط الإداري، وذلك بناءً على ما صدر من القاضي الإداري من إجازة مشروعية القرارات التي صدرت من سلطات الضبط الإداري للحفاظ على النظام العام الاقتصادي.

ويعد الأصل بأن مهمة المحافظة على النظام العام تقع على عاتق المشرع، وأن السلطات المنوط بها الضبط الإداري لا يمكن لها أن تتدخل في حماية النظام العام الاقتصادي إلا في حدود الإطار التشريعي، وبالتالي لا يمكن لسلطات الضبط الإداري أن تنظم من تلقاء نفسها مسألة النظام العام الاقتصادي إلا إذا كان ذلك بناءً على تفويض تشريعي، وذلك لكي لا يتم التوسع في مفهوم النظام العام لأن التوسع في هذا المفهوم يترتب عليه خطورة على الحقوق والحريات العامة. ولكن ما سبق ذكره لا يحول دون قدرة سلطات الضبط الإداري من التدخل بهدف الحفاظ على النظام العام وصيانتها، وذلك إذا كان الإخلال به يعود إلى أسباب اقتصادية وكان هذا الإخلال يهدد السكينة العامة والأمن العام⁽⁶⁹⁹⁾.

ومن قبيل سلطات الضبط الإداري في مجال النظام العام الاقتصادي ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بقراره في ٢٢ ديسمبر ١٩٤٩ بأن المحافظ يستطيع أن ينظم فتح مخازن الخبز، وأن يحظر نقله إلى المنازل في نطاق السياسة العامة للتغذية، وأن العمدة يملك لحماية مصالح المستهلكين أن يفرض التدابير الملائمة لمنع نقص المواد الأولية وكذلك الارتفاع الوهمي للأسعار⁽⁷⁰⁰⁾.

المبحث الثاني: حماية الأمن العام وفق القانون القطري

يعد الأمن العام أحد أهم عناصر النظام العام السالف ذكرهم، والذي تسعى دولة قطر جاهدة نحو المحافظة عليه ووضع كافة سبل ووسائل المحافظة عليه في إطار قانوني منظم، حتى يكون حجة على من تخول له نفسه تعريض أمن الدولة للخطر، فمسألة حماية الأمن العام واجب أساسي "ومن مسؤوليات الإدارة في الدولة، والتي يتوجب عليها اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتوفير الأمن ومنع وقوع الاعتداءات على الأفراد"⁽⁷⁰¹⁾ وليس هذا فقط، إنما يجب على سلطات الدولة الاضطلاع بمهمة منع وقوع أي حادث من شأنه تعريض سلامة المجتمع للخطر كحوادث المرور أو الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي، أو حتى تلك التي تمس بالأمن الاقتصادي وتهدد العملة الوطنية، "وكذلك الحال بالنسبة للأمن السياسي فالإدارة مكلفة بالعمل على الحفاظ على الأمن الاجتماعي من الإرهاب والعنف السياسي والتعسف في ممارسة الحقوق والحريات، وغيرها، والخلاصة على الإدارة أن تحفظ الأمن العام بأنواعه وأصنافه كافة"⁽⁷⁰²⁾.

المطلب الأول: مفهوم الأمن العام و مظاهر حمايته

سنسلط الضوء في هذا المطلب على بيان مفهوم الأمن العام، و مظاهر حمايته وفق للقانون القطري، خلال الفرعين

التاليين:

(699) الدكتور عبدالحفيظ الشيمي، مرجع سابق، ص255.

(700) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، مرجع سابق، ص143.

(701) د.محمد طه حسين الحسيني، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان، بدون سنة طبعة، ص176.

(702) د.محمد طه حسين الحسيني، المرجع السابق

الفرع الأول: تعريف الأمن العام.

أولاً: المفهوم اللغوي: عُرِفَت كلمة أمن في كتب اللغة بأكثر من معنى ففي معجم لسان العرب لابن المنظور ، جاءت أمن بأنها: الأمان والأمانة بمعنى ، وقد أمنت فأن أمن ، وأمنت غيري من الأمن والأمان ، والأمن ضد الخوف ، وفي التنزيل العزيز: وأمنهم (من خوف) ، ابن سيد: الأمن نقيض الخوف ، امن فلان يأمن أمنا وأمنا⁽⁷⁰³⁾ .

وفي التنزيل العزيز: وهذا البلد الأمين ؛ أي الآمن ، وهو من الأمنِ ، وقال أبو زياد: أنت في أمن من ذلك أي في أمان⁽⁷⁰⁴⁾ .

ثانياً: المفهوم الاصطلاحي: الأمن العام أو السلامة العامة وهو العنصر الثاني في النظام العام هدفه المحافظة على المواطن واطمئنانه على نفسه وماله من المخاطر التي يمكن أن تقع عليه في الطرق والأماكن العمومية وحمایته من الكوارث والأخطار العمومية كالفيضانات أو الحريق والأوبئة والحوادث التي تقع من الماجنين والاعتداءات المسلحة⁽⁷⁰⁵⁾ ،

وقد تضمنت أغلب كتب القانون الإداري على بيان مفهوم الأمن العام باعتباره من أغراض الضبط الإداري ، ويقصد به "توفير الأمان والحماية لأرواح السكان وأموالهم وأعراضهم من أي اعتداء عليها سواء كان مصدر الاعتداء الإنسان أو الحيوان أو من فعل الطبيعة وسواء كان الظرف الذي تمر به الدولة عادياً أو استثنائياً"⁽⁷⁰⁶⁾

ولاعتبار أن الأمن أحد العناصر الأساسية للنظام العام الذي هو هدف الضبط الإداري كما أشرنا سابقاً ، فيأتي الضبط الإداري لاستخدام أساليبه بقصد تحقيق الصالح العام الذي أصبح من المبادئ العامة للقانون ، ومن ضمنها الأمن العام والمقصود به حماية الأرواح والأموال من خطر الاعتداء ، بالإضافة إلى الوقاية مما يسبب اضطراب الأمن كالمظاهرات والاجتماعات الخطرة والفتن والمؤمرات الداخلية⁽⁷⁰⁷⁾ .

الفرع الثاني: مظاهر حماية الأمن العام في القانون القطري.

أشار الدكتور أحمد سلامة بدر في بيان مقصد المحافظة على الأمن العام بأنه "بث الثقة والطمأنينة بين الجمهور مواطنين ومقيمين بأن أرواحهم وأعراضهم في أمن وأمان ولذلك تعمل سلطات الضبط على اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق هذا الهدف"⁽⁷⁰⁸⁾ وقد ذكر بعض الإجراءات التي جاءت على سبيل المثال ،

وفي هذا السياق ستوجه إلى بيان بعض الإجراءات وأهمها التي تتخذها سلطات الضبط في دولة قطر في سبيل حماية الأمن العام بكافة جوانبه ، وسنلقي الضوء على النصوص القانونية التي تضمنت الإجراءات الواجب اتخاذها من قبل الجهات المختصة بالمحافظة على الأمن ، ومنها ما يلي:

(703) ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بدون سنة نشر.

(704) ابن منظور ، مرجع سابق.

(705) بن عبدي هشام ، الضبط الإداري بين الأمن العام والسكينة العامة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، 2012 ، ص101

(706) الدكتور عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2004 ص17.

(707) الدكتور محمود حلمي ، موجز مبادئ القانون الإداري ، دار الفكر العربي طبعة (1977-1978) ص 84

(708) د.أحمد سلامة بدر، القانون الإداري المصري والخليجي ، طبعة 2015، دار النهضة العربية ، ص240.

أولاً: الأمن العام في الدستور القطري

وقد جاء الدستور القطري كغيره من الدساتير العربية والأجنبية لينص صراحة على الأمن العام وإن اختلفت المترادفات إلى أن أغلب الدساتير قد نصت عليه صراحة ضمن الواجبات التي تقع على كاهل الدولة وتصورها وتحافظ عليها ، فقد نصت المادة (19) من الدستور القطري على أنه "تصون الدولة دعائم المجتمع، وتكفل الأمن والاستقرار، وتكافؤ الفرص للمواطنين" ، وإن لم يُذكر مصطلح الأمن العام فإن جملة "تكفل الأمن والاستقرار" يُستقى منها المفهوم الواسع للأمن العام ، وإن اختلفت المصطلحات ففي الدستور المصري يُسمى الأمن القومي حيث نصت المادة (86) من الدستور المصري 2014 على أنه "الحفاظ على الأمن القومي واجب، والتزام الكافة بمراعاته مسئولية وطنية، يكفلها القانون. والدفاع عن الوطن، وحماية أرضه شرف وواجب مقدس، والتجنيد إجباري وفقاً للقانون" . وبالإضافة إلى التشريعات الوطنية في دولة قطر والتي نصت على وضع تدابير لحماية الأمن والتي سوف نتناولها لاحقاً، فقد حرصت الدولة على الإنضمام إلى المواثيق الدولية التي تنص صراحةً على مراعاة الأمن العام والأمن الوطني والقومي، فقد صادقت دولة قطر في عام 2018 على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، حيث نصت المادة (12) البند (3) على أنه " لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم..."⁽⁷⁰⁹⁾ فإن القيود التي ترد على الحقوق والحريات تكون ملزمة للحفاظ على الأمن العام في الدولة ، وهنا يكمن دور الدولة في التوازن بين حق الفرد وحرية وبين المحافظة على النظام العام.

ثانياً: الأمن العام في قانون رقم 23 لسنة 1993 بشأن قوة الشرطة

لاشك أن أجهزة الشرطة في كل دول العالم تُعد دعامة أساسية لاستقرار المجتمع ، كما أن قياس تقدم الأمم لا يعود فقط إلى ما وصلت إليه من ثقافة وتقدم علمي ، إنما يُقاس أيضاً مدى استقرار الأمن برُبوع هذه الدولة ، واختصاصات الشرطة في تأمين المجتمع قد جاءت نابعة من القوانين المنظمة لاختصاصات الشرطة بمعظم دول العالم⁽⁷¹⁰⁾ ، ومنها دولة قطر التي أفرد المشرع القانون أعلاه ، متضمناً بين طياته اختصاصات الشرطة ومنها ما نصت عليه المادة (5) بأنه "تختص قوة الشرطة بالمحافظة على الأمن العام والنظام العام والآداب العامة وحماية الأرواح والأعراض والأموال ومنع الجرائم وضبطها والتحقيق فيها وكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في جميع المجالات، وتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات" ، وفي سبيل ممارسة قوة الشرطة لاختصاصاتهم في دولة قطر ، تم إنشاء مراكز شرطة في جميع مناطق الدولة ، تتضمن العناصر البشرية الأمنية وهم الضباط والأفراد المؤهلين لتلقي البلاغات وإتخاذ الإجراءات اللازمة لاستتاب الأمن في المنطقة ، بالإضافة إلى أن "المواطن يشعر بالأمن من خلال مشاهدته اليومية للدوريات الأمنية بكافة أنواعها وما يصل لعلمه من ضبط الجناة الذين ارتكبوا الجرائم علاوة على الحملات التفتيشية والأكمنة التي يصادفها خلال مباشرته لحياته اليومية"⁽⁷¹¹⁾ .

(709) مرسوم رقم (40) لسنة 2018 بالمصادقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(710) سامي هاشم ، اختصاصات الضبط الإداري لجهاز الشرطة لمنع الجريمة، المجلة العربية للدراسات الأمنية - جامعة نايف للعلوم الأمنية ، عام (1989) ص 103

(711) سامي هاشم ، مرجع سابق ، ص 106

كذلك من بين التدابير والإجراءات التي تعتبر من مهام وزير الداخلية للحفاظ على الأمن العام ومنع وقوع الجرائم ، هي مسألة تراخيص حمل الأسلحة فقد نظم القانون رقم (14) لسنة 1999 بشأن الأسلحة والذخائر والمتفجرات ، ما يتعلق بترخيص حمل الأسلحة ، حيث نصت المادة (6) على أنه " للوزير أو من ينييه رفض الترخيص أو تقصير مدته أو قصره على أنواع معينة من الأسلحة أو تقييده بأي شرط يراه. وله سحب الترخيص مؤقتاً أو إلغاؤه"

بالإضافة إلى ذلك فقد جاء القانون ليعين الشروط الواجب توافرها في طالب الرخصة كالعمر وحسن السيرة والسلوك ، خلو صحيفة سوابقه من أي جريمة اعتداء على النفس أو الجرائم الماسة بأمن الدولة ، وهذا ما نصت عليه المادة (9)⁽⁷¹²⁾ من ذات القانون ، وتطبيقاً لذلك ولندرة الأحكام القطرية بهذا الشأن فقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر على سبيل المثال برفض الطلب المقدم من أحد الأفراد لغرض الترخيص بحمل السلاح ، وذلك بسبب المعلومات المتوفرة عنه والتي دلت على رعونته ، مما قد يعرض الأمن العام للخطر⁽⁷¹³⁾ .

علاوة على ذلك فمن بين الاختصاصات المناط بها وزير الداخلية هي ما نصت عليه المادة (25) من قانون 21 لسنة 2015 **بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم** " استثناءً من أحكام أي قانون آخر، للوزير أن يصدر أمراً بترحيل أي وافد يثبت أن وجوده في الدولة ما يهدد أمنها أو سلامتها في الداخل أو الخارج أو يضر بالاقتصاد الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة "

ويأتي ذلك الإجراء من منطلق أن الدولة لها حق في اتخاذ كافة السبل والوسائل في حماية أرضها ومن عليها ، وإن كان ذلك قد يتعدى على حق الأفراد في السكن مثلاً إلا أنه طالما أن وجوده قد يهدد الأمن العام والصالح العام ، فإن للدولة أحقية في إبعاده ، وفي ذلك فقد قضت محكمة التمييز في العراق بأن (الجنسية هي علاقة تربط الفرد بالدولة وتتعلق بكيان الدولة ومقوماتها الأساسية وإن الدولة هي صاحبة الحق في منح الأجنبي جنسيتها واعتباره من رعاياها الذين يساهمون في تكوينها وبقائها والذود عنها أن رأته مواطناً صالحاً وإلا فمن حقها أن تسحب جنسيتها منه إن رأته مصدر خطر على سلامتها وأمنها وإبعاده خارج أرضها...)⁽⁷¹⁴⁾

(712) نصت المادة (9) من القانون رقم (14) لسنة 1999 بشأن الأسلحة والذخائر والمتفجرات على أنه " لا يجوز الترخيص بحيازة أو إجازة الأسلحة والذخائر المنصوص عليها في المادة (3) من هذا القانون للفئات التالية :

- 1- من تقل سنه عن 21 سنة.
 - 2- من لم يثبت حسن سيره وسلوكه .
 - 3- من حكم عليه بعقوبة جناية وكذلك من حكم عليه بعقوبة الحبس في جريمة من جرائم الاعتداء على النفس أو المال أو إحدى الجرائم المخلة بالشرف والأمانة أو الشروع في هذه الجرائم .
 - 4- من حكم عليه بعقوبة الحبس في جريمة من الجرائم الموجهة ضد الدولة أو الجرائم المتعلقة بالقوات العسكرية.
 - 5- من حكم عليه بعقوبة الحبس في جرائم المخدرات أو المسكرات.
 - 6- من حكم عليه طبقاً لأحكام هذا القانون أو من سبق إدانته طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1968 المشار إليه .
 - 7- من صدر ضده أمر من المحكمة المختصة بأحد التدابير الوقائية أو الاحترازية .
 - 8- من ثبت إصابته بمرض عقلي أو نفسي أو كان مصاباً بمرض أو عاهة تمنعه من استعمال السلاح على النحو السليم .
- وفي جميع الأحوال يلغى الترخيص الممنوح إذا طرأ على المرخص له أحد الأسباب المشار إليها في البنود من (2) إلى (8) من هذه المادة.

(713) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، مرجع سابق ، ص 110

(714) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، مرجع سابق ، ص 112

ثالثاً: الأمن العام في مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2007 بإصدار قانون المرور

يأتي دور الإدارة في حماية الأمن العام المتعلق بالطريق بالغ الأهمية، وذلك وفقاً لأن الطريق يعتبر المكان الذي يتجمع فيه أكبر عدد ممكن من الأفراد ويتواجدون فيه بشكل يومي وعلى مدار الساعة، فلا يخلى الطريق من المركبات والمشاة حتى في أوقات السكون والليل المتأخر لا بد من وجود مركبات وإن كانت لا تقارن مع تلك الموجودة في أوقات الذروة والنهار، فيتمثل دور الإدارة في "تهيئة الظروف اللازمة للأفراد لحياة هادئة بعيدة عن كل ما يهددها من أخطار، ويتحصل ذلك بإبعاد مسبباتها بما يؤدي إلى إشاعة الشعور بالطمأنينة لدى الأفراد على أرواحهم؛ وسلامة أجسادهم، وأموالهم. ومن هنا يجسد تنظيم المرور بما يتلافى معه الحوادث بحق الضبط الإداري العام من خلال حماية الأفراد ومركباتهم من الحوادث؛ سواء وقعت بسبب الاستهتار والرعونة، أو لمشكلات في العلامات الإرشادية أو الإشارات الضوئية⁽⁷¹⁵⁾، ومن جانبه فقد نص المشرع القطري في المادة (53) من قانون المرور المشار إليه أعلاه على ما يلي: "يلتزم سائقو المركبات بما يلي:

1- عدم تجاوز الحد الأقصى لسرعة سير المركبات الميكانيكية على الطريق، والذي يحدد بقرار من الوزير. ويستثنى من ذلك سائقو مركبات الشرطة والإسعاف والإطفاء والإنقاذ أثناء سيرها لتأدية خدمة عاجلة، وكذلك أي سائق مركبة ينقل مريضاً أو مصاباً في حالة خطرة، على أن يستعمل هؤلاء في تلك الأحوال وسائل الإنذار والتنبيه وضرورة التهدئة بقدر ما يلزم لسلامة السير أثناء عبور مفارق الطرق.

2- تقليل سرعة مركباتهم عند الاقتراب من أماكن عبور المشاة والمناطق المأهولة بالسكان والمنعطفات والمنحنيات والمنحدرات ومفارق الطرق والتقاطعات والدورات والجسور والأنفاق، وعند دخول الميادين، أو الاقتراب من المدارس والمستشفيات، وذلك للتأكد من سلامة الطريق.

3- السيطرة على مركباتهم، وتكييف سرعتها وفقاً لظروف وحالة الطريق وحالة المركبة وحمولتها والظروف الجوية، بحيث يمكنهم إيقافها أو تقليل سرعتها إذا لزم الأمر.

4- عدم سيطرة المركبة ببطء غير عادي لا يتفق وحالة الطريق وحالة المركبة وحمولتها والظروف الجوية، مما قد ينجم عنه عرقلة السير الطبيعي لبقية المركبات، ما لم يكن لذلك مبرر معقول.

5- عدم استعمال المكابح (الفرامل) بصورة مفاجئة بغرض تخفيف سرعة المركبة أو إيقافها، إذا لم تكن هناك ضرورة يتطلبها أمان وسلامة السير في الطريق.

6- التنبيه بطريقة واضحة وقبل وقت كاف عند البدء في تهدئة سرعة المركبة.

بالإضافة إلى إتيان المشرع بمحضورات يقع على السائق الالتزام بها أثناء القيادة على الطريق، فقد نصت المادة (57) على أنه: "لا يجوز لأي شخص أن يرتكب أي فعل من الأفعال التالية

1- سيطرة مركبة على الطريق برعونة أو عدم تحرز أو بكيفية تعرض حياة الأشخاص والأموال للخطر

(715) خليفة ثامر الحميدة، دور الضبط الإداري في حماية أمن الطرق: دراسة في التشريع الكويتي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 2005، ص 282.

2- سيطرة مركبة ميكانيكية تحت تأثير المسكرات أو المخدرات أو أي مؤثرات عقلية أخرى"

فعلى الدولة إتخاذ الإجراءات التي تنظم وبشكل فعال حركة المرور في الشوارع وتقييد السرعة عبر فرض غرامات على من يتجاوز الحد المسموح به ، وتنظيم وقوف المركبات في الأماكن المخصصة لها ، واستحداث أي إجراء من شأنه الحد من الإضرار والحوادث التي قد يتسبب فيها السائقين المخالفين للقواعد العامة للمرور ، ومثال على ذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال بمشروعية القرار الإداري الذي أصدره المحافظ ومنع بموجبه بيع المشروبات الكحولية من الساعة العاشرة مساءً وحتى الساعة السادسة صباحاً لغرض الحد من حوادث المرور وحماية الأمن العام في المحافظة ، كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن (للمحافظ حق في تعيين الشوارع التي تمر بها عربات الركوب وفي قصر هذا المرور على شارع دون غيره وفي منعه من شارع أو جزء من شارع كما أن له الحق في تنظيم المرور وذلك صيانة لأرواح الناس والمحافظة على الأمن العام)⁽⁷¹⁶⁾ .

رابعاً: الأمن العام في قانون رقم (5) لسنة 2003 بإنشاء جهاز أمن الدولة.

يأتي دور جهاز أمن الدولة في المحافظة على الأمن العام في الدولة جلياً وواضحاً ، وذلك من خلال اختصاصاتها بموجب القانون المذكور أعلاه ، حيث نصت المادة (2) منه على أنه :

يختص الجهاز بما يلي:

- 1- المحافظة على نظام الحكم في الدولة، ومؤسساتها الدستورية.
- 2- المحافظة على أمن الدولة وسلامتها، وحماية وحدتها الوطنية من أي أنشطة أو أعمال تخريبية أو هدامة في الداخل أو الخارج.
- 3- مكافحة الأنشطة الضارة بأمن الدولة واستقرارها ومكانتها وعلاقتها بالدول الأخرى .
- 4- حماية قيم الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية .
- 5- مكافحة الأنشطة الضارة باقتصاد الدولة ومواردها.
- 6- مكافحة التجسس .

وإن كانت هذه الاختصاصات تأخذ شكلاً تفصيلياً أكثر عن اختصاصات قوة الشرطة ، إلا أنها جميعها ترمي إلى نفس الهدف وهو المحافظة على الأمن العام ، فتأتي الاختصاصات المشار إليها أعلاه ، لتغطي كافة جوانب الأمن القومي من المظاهر الاجتماعية والسياسية والاقتصادية وحتى الدينية ، فحماية هذه القيم والحرص على عدم المساس بهم من قبل العابثين هو أحد أهم التدابير التي تحافظ على الأمن العام في الدولة ، فإن كانت قوة الشرطة تتواصل مع الجمهور بشكل مباشر وتقوم بحماية الأفراد واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة بعد وقوع الخطر ، فإن جهاز أمن الدولة يحاول تفادي أكبر الأخطار التي تهدد الأمن والسلم في الدولة ، وله في ذلك ممارسة وسائل متعددة قد نص عليها القانون في المادة (3) وهي كالتالي:

"يكون للجهاز في سبيل مباشرة اختصاصاته ما يلي:

(716) الدكتور حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، مرجع سابق ، ص 111

- 1- سلطة الرقابة والتحري بالوسائل الفنية والمهنية المختلفة وفقاً لأحكام هذا القانون، ولا يجوز إخضاع هذه السلطة لأي رقابة إلا بإذن خاص من الأمير.
- 2- تبادل المعلومات والتنسيق مع الأجهزة الأمنية الإقليمية والدولية في الأمور المتصلة بنشاطه.
- 3- التنسيق مع الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى والهيئات والمؤسسات العامة، والتوصية لدى هذه الجهات بما يقترح اتخاذه من إجراءات.

4- السلطة المقررة لقوة الشرطة في قانون الاجراءات الجنائية"

باستقراء النص أعلاه ، يتبين لنا أن في سبيل المحافظة على الأمن العام يحق لجهاز أمن الدولة باعتباره جهاز أمن مكلف بحماية أمن الدولة الداخلي والخارجي ، أن يقوم بالتنسيق مع الوزارات والأجهزة الحكومية في الدولة وتوصيتهم بما يراه من اقتراحات مناسبة ، فنطاق الحماية لديه أوسع وأشمل ، فحماية الأمن العام بالنسبة لسلطات جهاز أمن الدولة "تنصرف إلى كل ما من شأنه أن يعرض أمن الإنسان وأمن أسرته وأمواله خاصة للخطر ، وكذلك أمن المجتمع الذي يعيش فيه عامه ، إذا أن الأمن الخاص والعام صنوان لا ينفصلان ، فإذا شعر الإنسان بأنه يعيش في مجتمع آمن فإنه سوف يحس هو أيضاً بالأمن والاطمئنان" (717) .

خامساً: الأمن العام في قانون رقم (13) لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي.

ذكرنا سابقاً أن من مهمة الدولة منع وقوع أي حوادث من شأنها المساس بالأمن الاقتصادي ، حيث أنه مدلول الأمن العام يتوسع إلى الجانب الاقتصادي "كحماية العملة الوطنية من التهريب أو المضاربة غير المشروعة ، ومكافحة التهريب من الضرائب ودفع الرسوم الجمركية ، وتوفير المواد التموينية والرقابة على أسعارها وانتقالها من مكان لآخر ومراقبة تحرك رؤوس الأموال من وإلى خارج البلاد" (718) .

ولدولة قطر دور فعال في حماية الجانب المالي والاقتصادي من خطر الإضرار به ، ونذكر في ذلك التعميم رقم (ات م رقم 2018/6) الصادر من مصرف قطر المركزي بشأن عملة البتكوين ، وقد جاء في التعميم "حرصاً من مصرف قطر المركزي على سلامة الجهاز المالي والمصرفي ، يُرجى من جميع البنوك والمصارف العاملة بالدولة عدم التعامل بأي شكل من الأشكال بهذه العملة أو تبديلها بأي عملة أخرى أو فتح حساباتها للتعامل بها أو إرسال أو إستقبال أي حوالات مالية بغرض شراء أو بيع تلك العملة" (719) .

وقد جاء هذا الإجراء في سبيل المحافظة على الأمن العام فيما يتعلق بعملة الدولة والجانب الاقتصادي من التدهور ، حيث أنه كما ورد في التعميم بأنها عملة غير قانونية لعدم وجود أي التزام من جانب أي بنك مركزي أو حكومة في العالم لتبديل قيمتها ، كما أنها من الممكن استخدامها في الجرائم المالية والقرصنة الإلكترونية عملة البيتكوين عملة غير

(717) سعيد بن جعفر بن محمد الصارمي ، دور سلطات الضبط الإداري في المحافظة على النظام العام: دراسة مقارنة بين الأردن وعمان - رسالة ماجستير - كلية الدراسات العليا الأردن - 2001 ص 71

(718) د.محمد أحمد إبراهيم المسلماني . الوسيط في شرح القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي . طبعة 2017 . ص 233.

(719) <http://www.qcb.gov.qa/sitelists/CircularsToBanks/Lists/Circulars/Attachments/172/206%تعميم20رقم206%sanitized.pdf>

قانونية⁽⁷²⁰⁾، وقد أشار المصرف على توقيع العقوبات المقررة في أحكام قانون مصرف قطر المركزي أعلاه في حالة مخالفة هذا التعميم ، ويُعتبر هذا الإجراء من ضمن اختصاصات المصرف وذلك بموجب نص المادة (7) البند (12) "يتولى المصرف بوصفة الجهة العليا وفي إطار الرؤية الاستراتيجية الوطنية ، ووفقاً لأفضل المعايير والممارسات الدولية ، وضع وتنفيذ السياسة النقدية للدولة ، وسياسة سعر الصرف ، والسياسات المتعلقة بالتنظيم والرقابة والإشراف على الخدمات والأعمال والأنشطة المالية في الدولة ، ويكون له في سبيل ذلك ، القيام بما يلزم من أعمال ، وعلى الأخص ما يلي:

12- اتجاه الإجراءات والتدابير المناسبة للحد من ارتكاب الجرائم المتعلقة بالخدمات والأعمال والأنشطة المالية"

المطلب الثاني: الضوابط القانونية لحماية الأمن العام

أولاً: أن يكون التدبير الضبطي عاماً

ويكون كذلك عندما يكون التدبير موجه للعامة وليس لفرد معين ، فلا يصح أن يكون هناك تدبير ضبطي هدفه حماية الأمن العام وفي فحواه يكون بهدف حماية شخص بذاته ، وذلك لأن النظام الذي تحميه تدابير الضبط الإداري هو النظام العام وعليه فلا تكون هذه التدابير مبررة إلا إذا كان الخطر يهدد العامة ، فإذا جاء التدبير لحماية فرد معين من خطر يهدده أو تحقيقاً لمصلحة خاصة أو مصلحة طائفية أو حزبية معينة ، فيعد ذلك إنحرافاً جلياً في استخدام سلطات الضبط الإداري⁽⁷²¹⁾.

ثانياً: أن يكون التدبير ضرورياً ومتناسباً مع جسامة الخطر

وذلك أن يكون التدبير المتخذ لدرء الخطر ضروري ولازم ومتناسب معه ، فيجب أن لا يتجاوز التدبير الخطر بحجة جسامته ، وتقدر الضرورة بمدى جسامة التهديد الذي يخشى منه على النظام العام ، وسبب ذلك هو تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين حماية النظام العام ولندرة الأحكام الإدارية في دولة قطر بهذا الشأن ، "قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه إذا حدد التدبير الضبطي مدة لوقوف السيارة في شارع محدد أمام مداخل البيوت ، على نحو لا يعيق صعود السكان ونزولهم وحرمة التدبير في الوقت ذاته ، الوقوف في أي مكان آخر إذا طالت مدته ، مع السماح به في مكان قريب وبدون مقابل ، فإن التدبير الضابط لم يتعد حدود التناسب المطلوب ، لأنه راعى اعتبارات متعددة دون أن يغلب أي منها على الأخر. فهو لم يتلفت فقط إلى كثافة الزحام في هذا الشارع وما قد ينجم عنه من خطر على أمن المارة ، بل راعى حقوق أصحاب المنازل والمتاجر المطلّة على الشارع في الانتفاع المعقول بعقاراتهم وممارسة مهنة التجارة ، ومن أجل ذلك أعد مواقف مجانية لوقوف السيارات ، عند استتالة الوقوف ومجاورته المدة المقررة"⁽⁷²²⁾.

ثالثاً: إلا يترتب على التدبير مصادرة الحرية

كما ذكرنا مسبقاً أن القيود الواردة على الحقوق والحريات تكون ملزمة للحفاظ على النظام العام في الدولة ، ولا يجب أن يتم مصادرة كافة الحريات بحجة المحافظة على النظام العام ، فمسألة الحريات وتمتع الإنسان بها وممارسة حقوقه التي كفلها الدستور القطري بشكل صريح بين طياته ، فيجب على الإدارة التقيد بما إن كانت هذه الحريات من النوع التي يمكن أن تدخل فيه وتنظمه أم لا ، فلا يحق للإدارة مصادرة حرية الاعتقاد مثلاً ، إلا أنه يجوز حظر ممارسة الحرية لأسباب جدية

(720) المرجع السابق.

(721) رمضان محمد بطيخ ، الضبط الإداري وحماية البيئة ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، 2010 ص 297

(722) د.داود عبدالرزاق البار – تدابير حماية الأمن العام في إطار الطبيعة الوقائية للضبط الإداري بين الشريعة والقانون ، ص 93-94

تستدعي ذلك ، وشرط ذلك أن ترد عليه استثناءات مشروعة لصالح الحرية الأخرى ، فالحرية قابلة للتنظيم ولكن من غير أن يفرغها هذا التنظيم من مضمونها⁽⁷²³⁾.

الخاتمة

مما تم عرضه مسبقاً يتبين لنا بأن لا يوجد هناك تعريف جامع مانع للنظام العام، إذ أن كان ولا زال هناك اختلاف حول تعريف مفهوم النظام العام، فجميع التعريفات التي تم التطرق إليها سواء من جانب المشرع أو الفقه أو القضاء هي مجرد تعريف لماهية النظام العام وما الهدف منه وما يعد من ضمن عناصر النظام العام دون وجود تعريف للمفهوم ذاته، ونستخلص أيضاً بأن في البداية كانت عناصر النظام العام تنحصر فيما يسمى بالعناصر التقليدية وهي الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، ولكن هذه العناصر تم استحداثها باعتبار الآداب والأخلاق العامة وجمال المنظر والرونق وأخيراً النظام الاقتصادي من ضمن عناصر النظام العام. وأخيراً، تبين بأن المشرع القطري قد أحسن في سن مجموعة من التشريعات التي تنظم وظيفة الدولة في حفاظها على الأمن العام متمثلة بكافة أجهزتها الأمنية والقطاع المصرفي الذي يقوم بالمحافظة على عملة الدولة من أي خطر قد يلحق بها ، كذلك جاء تنظيم المرور ليبين حرص الدولة على أمن الطرق ومن فيها واضحاً ومتسقاً مع كافة الأخطار التي من المتوقع حدوثها في الشوارع .

النتائج:

- 1- لا يوجد تشريع خاص يظم كافة النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم الإجراءات المتخذة للحفاظ على الأمن العام في الدولة ، ولا يُعتبر ذلك معضلة إلا أنه يفضل أن يتم حصرها في كتاب يشمل كافة هذه القوانين.
- 2- ندرة الأحكام القطرية المتعلقة بالأمن العام خاصةً ، يُثير التساؤل حول إن هناك إشكاليات قد تصل إلى المحاكم أم لا ، وكيف يتم معالجتها والبت في هذا النوع من الدعاوى.

التوصيات:

- 1- توعية الجمهور فيما يتعلق بالحدود والضوابط التي يجب ألا يتجاوزوها في سبيل المحافظة على النظام العام.
- 2- نشر كتيبات إرشادية دورية خاصة بقواعد المرور ، على أن تكون بشكل مُبسط وسهل للفهم من قبل الكافة.
- 3- الإعلان عبر الإعلام القطري الرسمي (التلفزيون والصحف اليومية والحسابات الرسمية على مواقع التواصل الاجتماعي) في حال وجود أي تعاميم تستحق إعلام الكافة.
- 4- نشر الأحكام المتعلقة بالأمن العام إن وجدت ، مع الحفاظ على سرية الأسماء وبيانات الأشخاص.

قائمة المراجع

ثانياً: الكتب

- الدكتور / أحمد سلامة بدر، القانون الإداري المصري والخليجي، طبعة 2015. دار النهضة العربية.
- الدكتور/ حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، حدود سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية "دراسة مقارنة" ، منشورات الحلبي الحقوقية.
- الدكتور رمضان محمد بطيخ ، الدكتور نوفان منصور العجائمة مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية.
- الدكتور عبدالحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الإداري ، دار النهضة العربية، ٢٠١٣-٢٠١٤
- الدكتور ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية .
- الدكتور/ محمد أحمد إبراهيم المسلماني . الوسيط في شرح القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي . طبعة 2017
- الدكتور/ محمد أنس قاسم جعفر ، الوسيط في القانون العام - أسس وأصول القانون الإداري، كلية حقوق بني سويف - جامعة القاهرة.
- الدكتور/ محمد طه حسين الحسيني . مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان ، بدون سنة طبعة .
- الدكتور/ محمد فوزي نويجي ، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري ، 2016
- الدكتور/ مصلح ممدوح الصرايرة ، القانون الإداري، الكتاب الأول، ، كلية الحقوق - جامعة مؤتة.
- الدكتور نواف كنعان ، القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، ، كلية الحقوق - الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، ١٩٩٣،

ثانياً: المجلات العلمية

- بن ساسي بن الزين ، عناصر الضبط الإداري، ، ٢٠١٣-٢٠١٤.
- جلطي عمر، الأهداف الحديثة للضبط الإداري، ٢٠١٥-٢٠١٦
- خليفة ثامر الحميدة ، دور الضبط الإداري في حماية أمن الطرق: دراسة في التشريع الكويتي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 2005 ،
- دائل محمد إسماعيل الخلافي، الضبط الإداري والنظام العام دراسه تحليلية للأسس والمفاهيم النظرية، ، مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة العلوم والتكنولوجيا، ١٩٩٦.
- رمضان محمد بطيخ ، الضبط الإداري وحماية البيئة ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، 2010.
- سامي هاشم ، اختصاصات الضبط الإداري لجهاز الشرطة لمنع الجريمة، المجلة العربية للدراسات الأمنية - جامعة نايف للعلوم الأمنية ، عام (1989) .
- سعيد بن جعفر بن محمد الصارمي ، دور سلطات الضبط الإداري في المحافظة على النظام العام: دراسة مقارنة بين الأردن وعمان - رسالة ماجستير - كلية الدراسات العليا الأردن - 2001.
- عبورة محمد رضا ، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري بالإدارة الجزائر "دراسة مقارنة" ، ٢٠١٧-٢٠١٨.
- عمر بوقريط ، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري ٢٠٠٦-٢٠٠٧.

ثالثاً: القوانين

- الدستور القطري.
- قانون رقم (23) لسنة 1993 بشأن قوة الشرطة.
- قانون رقم (14) لسنة 1999 بشأن الأسلحة والذخائر والمتفجرات.

السلطة التقديرية للقاضي الأسري في دعاوى الرابطة الزوجية

✍ جولد بولويحة

طالب بسلك الدكتوراه

مختبر الدراسات الفقهية و القضائية و حقوق الانسان

كلية الشريعة و القانون - فاس

مقدمة

الحمد لله ذي الجلال والإكرام أحمده سبحانه وتعالى وأستعينه من لا حول له ولا قوة إلا به، وأصلي وأسلم على صاحب الدعوة التامة والرسالة العامة، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الغر الميامين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. فمن البديهيات المقررة أن الأسرة هي دعامة المجتمع، فهي نواته الصغرى التي يقوم عليها كيانه، وأي خلل يصيبها ينعكس على المجتمع سلباً، فبصلحها يصلح وبفسادها يفسد، لذلك فتقدم مجتمع ما رهين بسلامة الأسرة فيه، وتخلف مجتمع ما رهيناً بفساد الأسرة فيه

والسلطة التقديرية هي قدرة القاضي على الملائمة بين الظروف والواقعية للحالة المعروضة عليه، والحل الذي يقره فيها فهي في أبسط صورها قدرة على التحرك بين الاختيارات المتاحة للقاضي قانوناً، ولهذا فمن الخطأ أن تفهم السلطة التقديرية على أنها حرية تطبيق القاعدة القانونية في أحوال عدم النص التشريعي⁷²⁴.

وعندما نتحدث عن سلطة القضاء التقديرية في الدعاوى الأسرية، لا نعني بذلك كل الخلافات القائمة بين أفراد الأسرة وإنما نعني بذلك المنازعات التي تكون من وظيفة القضاء الأسري. والسلطة التقديرية للقاضي في الدعاوى الأسرية أغلبها إما أن تتعلق بالزواج (زواج القاصر، الإذن بالتعدد،) أو بالطلاق (الطلاق والتطليق، وحل المنازعات الأسرية).

وتتجلى سلطة القضاء التقديرية في المنازعات المتعلقة بالزواج والطلاق في العمل على استئصالها ووضع حد لها اعتماداً على الوسائل المبية والعمل على التقريب بين أفرادها وتبنيهم إلى أن الصراع والتعنت في المواقف يؤدي إلى تفكك الأسرة وانحلالها، ويكون الأطفال هم الضحايا حيث يصبحون عرضة للتشرد والضياع. فمهمة قضاء الأسرة إذن هي حماية الأسرة وإصلاحها فالمرجع أعطى للقضاء الأسري سلطة تقديرية واسعة، لذلك يتعين عليه أن يحسن استعمال هذه السلطة من أجل الحد من المنازعات الأسرية.

والإشكالية المؤطرة للموضوع هي: كيف يمارس قاضي الأسرة سلطته التقديرية لحل المنازعات المطروحة أمامه في دعاوى الزواج وانحلاله؟ وما هي السبل التي يعتمدها في ذلك؟

1 الطيب براءة: إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء: منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسة القضائية 1996م مطبعة المعارف الجديدة الرباط ص: 159.

وقد حاولنا الإجابة على هذه الإشكالية بتطرقنا إلى نقطتين أساسيتين:
أولاً: قاضي الأسرة وسلطته التقديرية في دعاوى الزواج.
ثانياً: مجال تدخل القاضي في مواجهات سوء النية في دعاوى انحلال ميثاق الزوجية.

المبحث الأول : قاضي الأسرة و سلطته التقديرية في دعاوى الزواج

إن سلطة القاضي التقديرية هي مكانة قانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون قوامها نشاط ذهني يقوم به القاضي وفقا لعدة مراحل تنتهي به إلى إصدار الحكم الذي يعبر عن نتيجة القياس القضائي الذي قام به ،⁷²⁵ فهذا يكمن في تحقيق الغاية الموضوعية للقانون ،يمارسها القاضي بحكم وظيفته و هي ملازمة لها ، و ذات طبيعة واحدة أيا كانت المنازعة، لذلك تعد من صميم العمل القضائي فأين وجدت السلطة القضائية أمكن الحديث عن السلطة التقديرية. و على ضوء ما سبق سنتناول نشاط قاضي شؤون الأسرة التقديرية بتخصيص الحديث في هذا الفصل عن الزواج الاستثنائي و ذلك من خلال الأذن بزواج القاصر والأذن بالتعدد (المطلب الأول) بينما نخصص (المطلب الثاني) للحديث عن سلطة القضاء في مواجهة سوء النية في مجال انحلال ميثاق الزوجية.

المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في الزواج الاستثنائي.

إن سلطة القاضي التقديرية في الزواج الاستثنائي و ذلك من خلال منح الأذن بزواج القاصر تساهم بشكل كبير في الحد من المنازعات الأسرية و ذلك من خلال الامتناع عن منع هذا الاذن ، إذا ظهر للقاضي أن عوامل نجاح هذا الزواج غير محققة والأذن بالتعدد (الفقرة الاولى) كما أن سلطته التقديرية في منح الأذن بالتعدد لها دور مهم بترتيب عن التعسف في التعدد من منازعات أسرية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : الاذن بزواج القاصر

يتمتع القاضي المكلف بالزواج بسلطة تقديرية واسعة في منح الأذن بزواج القاصر ، فقد يرغب القاصر في الزواج و يوافق وليه على ذلك لكن قد يظهر للقاضي حسب سلطته أن عوامل نجاح هذا الزواج غير متوفرة فيمنع هذا الاذن، و قد يقع نزاع بين الوالي و القاصر حول تزويج القاصر فيتدخل القاضي حسب سلطته التقديرية في ذلك.

- عند رغبة القاصر في الزواج و موافقة وليه

يتشترط المشرع المغربي لصحة عقد الزواج ، أن يكون كل من الزوجين، عاقلين بالغين سن الزواج وهو ثمان عشرة سنة شمسية، حسب المادة 19 من المدونة .

" رغم ذلك فإن تقرير القاعدة أعلاه لم يمنع المشرع، لاعتبارات اجتماعية و نفسية أو دينية من وضع استثناء يتعلق بزواج من لم سن الرشد " ⁷²⁶ حيث خصت المادة 20 من المدونة على أنه لقاضي الاسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى و الفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه بمقرر معلل يبين فيه المصلحة و الأسباب المبرزة لذلك،

725 - إدريسي الكريني السلطة التقديرية للقاضي الجزري رسالة الدكتوراه كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية فاس 2000. 2001 ص78

726 - محمد الكشور، شرح مدونة الاسرة الطبعة الثالثة 2015 ج1 ص:169.

بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي و الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، مقرر الاستجابة لطلب الأذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن.

و يلاحظ من خلال هذه المادة أنه يجوز لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى و الفتاة دون سن الاهلية المنصوص عليها في المادة 19 من المدونة و هي إتمام الفتى و الفتاة ثمان عشرة سنة شمسية، إذا كان في هذا الزواج مصلحة له و عليه فإن لقاضي الأسرة المكلف بالزواج سلطة تقدير هذه المصلحة فإذا وجد أن الاذن بالزواج لا يحقق مصلحة لأحد الخاطبين، و أن عوامل الاستمرار و نجاح هذا الزواج غير متحققة امتنع عن منح هذا الاذن بماله من سلطة تقديرية.⁷²⁷

و المصلحة يجب أن تكون أكيدة و أن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الاذن بالزواج و بالتالي منحه .

و لأن الشرع لم يبين هذه المصلحة فهي تستخلص من أقوال الأب أو الأم أو رأي الطبيب المختص أو تقرير من أنجز بحثا اجتماعيا في الموضوع أو من لقاء قد يتم بين القاضي و القاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج أو من باب المصلحة القوة الجنسية الجامحة⁷²⁸.

أو وجود أسباب أخرى يقدرها بناء على الخبرة الطبية أو بحث اجتماعي لأن الفتاة تبلغ سن البلوغ الشرعي في 14 سنة على الأكثر و قد يكون والدها لا يقدر على تربيتها و لا عن إطعامها و كسوتها فيكون الزواج لها أحسن و أحسن.

إذ ينقدها من الانحراف و العنت و العلاقات المشبوهة التي يتخبط فيها عدد كبير من الفتيات في حل المغريات القوية في الشوارع و المدارس و الإعلام و شبكة الانترنت⁷²⁹.

و محاولة من وزارة العدل المغربية التأكد من استثنائية منح الاذن بالزواج القاصر و خصوصا عندما يكون سن بعض الأزواج منخفضا جدا أصدرت منشورا⁷³⁰ أكدت فيه أنه قد توجد مبررات موضوعية و أسباب حقيقية تسمح بزواج الفتى و الفتاة قبل سن المذكور و تحقق المصلحة المتوخاة من تحديد سن الزواج في 18 سنة ، فقد خول المشرع لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بهذا الزواج و إيمانا معه و اقتناعا بأنه سوف يقدر الحالات و يتخذ القرار المناسب الذي يوفق بين الاستثناء و الأصل.

• سلطة القاضي التقديرية عند حدوث نزاع بين الوالي و القاصر حول تزويج القاصر

نصت المدونة في المادة 21 على أن القاضي الأسري يجب عليه أن يتدخل إذا امتنع النائب الشرعي عن تزويج القاصر الذي تحت ولايته، فمتى امتنع النائب الشرعي عن تزويج القاصر فإن لهذا الأخير أي القاصر رفع طلب الاذن بالزواج إلى القاضي الذي عليه أن يثبت فيه وفق الإجراءات السالفة الذكر⁷³¹.

727- ملف رقم 2014/10/10 الصادر بقسم الاسرة بتازة.

728 - محمد الكشور، شرح مدونة الاسرة ج 1 الطبعة الثالثة 2015.

729 - عبد الله بن الطاهر الثنائي مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته كتاب الزواج الطبعة الأولى 2005 النجاح الدار البيضاء ص: 87.

730 - منشور عدد 44 ص 2 الصادر بتاريخ 5 دجنبر 2006.

731 الطاهر كركري العدالة الأسرية الطبعة الأولى 2009 ص: 8.

و قد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه ليس للوالي أن يمنع وليته إذا دعت إلى كفاء، و بصداق مثلها و أنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها ما عدا الأب ففيه خلاف .

يقول ابن رشد و اتفقوا على أنه ليس للوالي أن يفضل وليته إذا دعت إلى كفاء و بصداق مثلها و أنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها ما عدا الأب فإنه اختلف فيه ⁷³².

يقول القاضي شريح : لا نكاح إلى بولي أو امرأة يفضلها و ليها فتأتي السلطان أو القاضي فيزوجها أو يأمر من يزوجها. إن موافقة النائب الشرعي تعتبر ضرورية لإبرام عقد الزواج، و ذلك بتوقيعه مع القاصر طلب الإذن بالزواج و بحضوره عند إبرام العقد.

و على فرض أن النائب الشرعي رفض الموافقة و حتى لا يبقى القاصر معلقا فإن قاضي الأسرة المكلف بالزواج يثبت في الموضوع حيث يتقصى أسباب امتناع النائب الشرعي حينها يقرر الإذن بالزواج أو رفضه ، بعد الوقوف على مد موضوعية هذا الامتناع ⁷³³.

فإذا امتنع الولي عن تزويج القاصر فإن الولاية تنتقل إلى القاضي الذي يحق له أن يأذن للقاصر بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة له حسب سلطته التقديرية.

ففي بعض الحالات يمتنع القاصر عن الزواج رغم موافقة وليه و يكون رفضه في البداية راجع إلى خوفه من تعرضه للعقاب، لكن بعد الاستماع إليه على انفراد من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج ييوح إليه بذلك، و كما جاء على لسان أحد القضاة أن في هذه الحالة لا يشير القاضي في مقرر رفض الإذن بزواج القاصر إلى أن القاصر يرفض الزواج و ذلك خوفا من تعرض القاصر للانتقام و إن كان تقرير الخبرة الطيبة يقرر عكس ذلك ، و هنا تتجلى إيجابية سلطة القاضي التقديرية ⁷³⁴.

و أجاز الشافعية للوالي من أب أو جد تزويج صغير مميز و لو أكثر من واحدة إن رآه الولي مصلحة، لأن تزويجه لمصلحته و قد تقتضي ذلك ، و أجاز الحنابلة أيضا للأب خاصة تزويج ابنه الصغير أو المجنون و إن كان كبيرا ... و أجاز المالكية للأب والوصي و الحاكم تزويج المجنون و الصغير لمصلحة كالخوف من الزنا و الضرر، أو ممن تحفظ له ماله و الصداق على الأب.

و من خلال ما سبق يتضح لنا أن قاضي الأسرة المكلف بالزواج له سلطة تقديرية واسعة في الإذن بالزواج القاصر و لهذا من الواجب عليه أن يستخدم هذه السلطة من أجل الوصول إلى الحق بالطرق الممكنة مادامت لا تخالف نصوصا شرعية فهو يحكم بالفراسة و القرائن التي يظهر له فيها الحق، و الاستدلال بالإمارات و أنه لا يحق مع مجرد ظواهر البيانات و الأحوال.

732 - ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد الطبعة السادسة 1982 دارالمعارف ج2 ص: 15.

733- محمد الازهر،شروح مدونة الاسرة الطبعة السادسة 2013 ص: 66.

734- محمد بوحزامة، سلطة القاضي التقديرية في الحد من النزاعات الأسرية في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، رسالة الماجستير في القضاء و التوثيق، كلية الشريعة فاس 2010 ص 20.

الفقرة الثانية: الاذن بالتعدد

إن نظام تعدد الزوجات، نظام قديم قدم البشرية فقد كان سائدا قبل ظهور الاسلام و أقرته الشرائع السماوية و لم يكن له عند أكثر الامم السابقة عدد محدد، إلا أن جاءت الشريعة الإسلامية فوضعت له نظاما حكيما للحفاظ على الأسرة والمجتمع فقصرت التعدد على أربع زوجات مع اشتراط العدل بينهما و القدرة على الإنفاق عليهن قال تعالى : ﴿فأنحكوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاثا وربعا﴾⁷³⁵.

غير أن تعدد الزوجات، و إن كان لا يخرج عن دائرة المباح ، فقد يتم استخدامه في غير ما أعد له ، فيتم التعسف في تفسيره و الأخذ بمقاصده الشرعية، فيصبح تعدد الزوجات أداة لإفساد الأسرة لما يقع بين الضرائر من منازعات، لا يقف عليهن بل تتعدى ذلك إلى الابناء.

و يشتد هذا النزاع و يستفحل عندما يميل الرجل إلى إحدى زوجاته أكثر من الأخرى، و كثيرا ما يؤدي ذلك إلى تشتت الأسرة و تشرذم الأبناء. وبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي نظم مسألة التعدد في الباب الثاني في القسم الثالث من الكتاب الأول المتعلق بموانع الزواج المواد 40 إلى 46 من المدونة⁷³⁶. وقد جاءت المدونة بمجموعة من المقتضيات الجديدة ذهبت في بعضها إلى حد منع التعدد كالحالة التي يكون فيها شرط في عقد الزواج يفرض على الزوج عدم التزوج على زوجته.

و هنا تتجلى أهمية السلطة التقديرية للقاضي في منح الاذن بالتعدد أو عدمه في الحد من المنازعات و الخصومات الأسرية التي قد تنتج عن هذا التعدد و تتجلى سلطة القاضي من خلال الاذن بالتعدد فيما يلي :

- مدى قدرة الزوج على العدل بين الزوجات

نصت مدونة الاسرة في المادة 40 على أنه " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات ".
و مما يلاحظ هنا أن المدونة نصت على أنه " إذا خيف عدم العدل بين الزوجات يمنع التعدد " و الخوف حالة مستقبلية لا يشعر بها إلا الخائف نفسه، و الخطاب في الآية : ﴿ إن خفتن ألا تعدلوا فواحدة ﴾⁷³⁷ موجهة إلى الأزواج الذين يريدون التعدد في شكل وعيد محذرا إياهم من التعدد الذي يؤدي إلى عدم العدل بين الأزواج، وعدم العدل ظلم و الظلم حرمه الله تعالى على نفسه و حرمه على خلقه، و هذا الاشتراط أمر سابق لأوانه، و لا يتصور إلا بعد وقوعه و الحكم على الشيء قبل وقوعه باطل⁷³⁸.

إن معرفة ما إذا كان طالب التعدد قادرا على العدل بين زوجاته أم لا لا سبيل للقاضي إليها فهذا الأمر ينبغي أن يقاس بقياس شخص فالله عز و جل أمكن إمكانية معرفة العدل من عدمه إلى ضمائر الأزواج ، فقال " فإن خفتن ألا تعدلوا .. " لأن الأزواج هم المعنيون بالخطاب الالهي⁷³⁹.

735 - سورة النساء الآية: 2.

736 - مدونة الاسرة، المواد من 40 إلى 46.

737 سورة النساء، الآية: 2.

738 عبد الله بن الطاهر الثنائي، م، س ص: 188.

739 محمد المهدي، ص: 63.

"فإذا توفرت قرائن يخاف معها عدم العدل بين الزوجات و هو ما نصت عليه المادة 40 فهذا في مدونة الأسرة لا يكتمل الفهم السليم لهذه المادة إلا إذا تمت مقارنتها بمواد أخرى مرتبطة بها في المعنى و السياق ، لأن المواد القانونية يكمل بعضها بعضاً، و بالتالي فالقاضي حسب سلطته التقديرية ألا يأذن بالتعدد لطالبه إن غلب على ظنه أن طالب الأذن لن يعدل إن عدد زوجاته و لقد تم النص على ضابط العدل مراعاة للالتزام بمقاصد الشريعة السمحاء في الحرص على العدل، و انسجاماً مع الآية القرآنية التي تشترط العدل في التعدد.

هذا بالإضافة إلى أن خضوع تعدد الزوجات لمراقبة القاضي يجعله يميز بين حالات وجود المصلحة في التعدد أو عدم وجودها لأن هناك أطفالاً قد يكونون ضحية التعدد في غياب هذه المراقبة⁷⁴⁰. لقد اتفق الفقهاء و المفسرون على أن هذين الشرطين (العدل و القدرة) على الإنفاق لا بد من توافرها لكل من يريد أن يتزوج و عنده زوجة بل قد اتفق الفقهاء على كل زواج يعتقد المتزوج عند إنشائه و لو كان الزواج الأول أنه لا يعدل مع أهله أو لا يستطيع الإنفاق فيه يكون حراماً⁷⁴¹ و العدل المقصود في الشريعة الإسلامية و في مدونة الأسرة هو العدل في المعاملة و سائر الأوضاع الظاهرة

و قد كان قانون الأحوال الشخصية ينص على نفس المقتضيات إذ خيف العدل بين الزوجات لم يجز التعدد.

و هكذا ظهر للمحاكمة ما يفيد أن الزوج قد لا يعدل بين زوجاته رفضت الأذن له بالتعدد، حسب سلطتها التقديرية، و هذا ما أكدته المحكمة الصادر عن قسم قضاء الأسرة بتازة⁷⁴² حيث جاء فيه أن المدعي له مشاكل عدة مع المدعي عليها و أنه لا يتفاهم معها و هو ما يفيد أن الطرفين في نزاع و هو ما يخاف معه عدم العدل بين الزوجات ، مما يكون معه الطلب غير مبرر و يتعين رفضه.

و أيضاً الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور⁷⁴³ و الذي جاء فيه و حيث إنه استناداً إلى مقتضيات المادة 40 من المدونة فإن المحكمة لا تأذن بالتعدد إذا توفرت قرائن يخاف معها عدم العدل بين الزوجات ، و حيث تبث للمحكمة من خلال مستندات الملف و وثائقه ، و كذا من إقرار المدعي في مقاله أن للزوجين موضوع ملف النازلة نزاعات و خصومات معروضة على القضاء الألماني ، كما أنها و منذ ثلاثة سنوات و هما يعيشان منفصلان ، و أن عيشهما على هذه الحالة يشكل قرائن يخاف معها عدم العدل بين الزوجات و في حالة الاستجابة لطالب الأذن بالتعدد مما سيتوجب التصريح برفض الطلب.

- مدى قدرة الزوج على إعالة الأسرتين

نصت المادة 41 من المدونة في فقرتها الثانية على أنه " لا تأذن المحكمة بالتعدد :

... إذا لم يكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين و ضمان جميع الحقوق من نفقة و إسكان و مساواة في جميع

أوجه الحياة "

740 عمرو لمزرع، عمز العيون في أحكام الزواج و تحليله الطبعة 2014 / 2، ص 42

741 محمد أبو زهر، محاضرات في عدد الزواج، دون تاريخ الطبعة ص: 143.

742 حكم رقم 165/09 ملف رقم 33/09/11 بتاريخ 16/02/2009 غير منشور.

743 حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور رقم 28 بتاريخ 29/10/2008 في ملف رقم 571 - 08 غير منشور.

و هكذا فالقاضي لن يأذن بالتعدد إذا ثبت له بأن الراغب في التعدد لا يملك موارد تغطي المطالب المعيشية لأُسرتين أو أكثر خصوصا منها مشمولات النفقة من إسكان و كسوة و علاج و غيرها من متطلبات الحياة، و تضيف الفقرة التالية من المادة 41 من المدونة في جميع الأوجه⁷⁴⁴.

تتعلق المواد الكافية لإعالة أُسرتين بمستوى دخل الراغب في التعدد، و مدى كونه كفيلا بضمان جميع الحقوق المترتبة لفائدة الأُسرتين و هذه مسألة واقع يشبها الطالب و تقدرها المحكمة، و يرى الدكتور الكشور أن المحكمة يجب أن تراعي في تقديرها ظروف الزمان و المكان⁷⁴⁵

و الظاهر أن إثبات شرط القدرة على إعالة أُسرتين لا يطرح إشكالا كثيرا لأنه يعتمد على الوضعية الاقتصادية للزوج الراغب في التعدد، و يتم هذا الإثبات بشهادة تثبت داخل الفرد أو رقم معاملته التجارية أو حجم ممتلكاته العقارية أو رصيده في البنك، و قد قررت المادة 42 من مدونة الأسرة أن يكون طالب الأذن بالتعدد مرفوقا بإقرار الوضعية المادية لمن يريد التعدد، و إلا وجب عدم قبول الطلب المقدم للمحكمة من طرفه.

و نعتقد أن وجود القدرة الكافية لإعالة أُسرتين من أمور الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع و التي يجب عليها أن تراعي ظروف الزمان و المكان أثناء ذلك التقدير، و هكذا فإن تأكدت المحكمة من الشروط الموضوعية القانونية للتقدير يستتبعه مباشرة الدخول في الإجراءات المرتبطة بالأذن بالتعدد و إلا وجب أن تحكم بعدم قبول الطلب المرفوع إليها⁷⁴⁶.

و لقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية على الراغب في التعدد و القدرة على الإنفاق حيث لا يحل شرعا الإقدام على الزواج سواء من واحدة أو أكثر إلا بتوفر القدرة على مؤون الزواج و تكاليفه، و الاستمرار في أداء النفقة الواجبة على الزوج لقوله صلى الله عليه و سلم " يا معشر الشباب من استطاع منح الباءة فليتزوج...."⁷⁴⁷

و هكذا فإن المحكمة لا تأذن بالتعدد إلا بعد أن تتأكد من مدى قدرة طالب التعدد على إعالة الأُسرتين.

غير أن بتتبع الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن يتضح مدى التضيق و التعسف في العديد من الحالات في تقدير المحكمة لمدى ملائمة دخل الزوج مريد التعدد في الوفاء بمتطلبات أُسرتين دون مراعات الظروف الزمانية و المكانية للطالب. فبينما اعتبرت المحكمة الابتدائية بطنجة دخلا يتراوح ما بين 6000 و 8000 درهم كافية لإعالة أُسرتين في ذات المدينة،⁷⁴⁸ و نجد ابتدائية تيزنيت تعتبر دخلا بمبلغ 6000 درهم، لا يكفي لإعالة أُسرتين بالواسط القروي، حيث جاء في حكم لها " ... و حيث إن الزوج ينشط في تجارة الماشية، و أن هذا النشاط يدر عليه دخلا قدره 6000 درهم شهريا حسب تصريحه، حيث إن هذا المدخول لا يكفي لتغطية حاجياته و حاجيات زوجته و أولاده الخمس القاصرين..."⁷⁴⁹

744 محمد الازهر شرح مدونة الأسرة الطبعة السادسة 2013 ص:103.

745 محمد الكشور شرح مدونة الأسرة ج 1 ص: 214.

746 - محمد الكشور الواضح في مدونة الأسرة الطبعة 3/2015 ص: 336.

747 - وهبة الزحلي الفقه الإسلامي وأدلته الطبعة الثانية 1985 ص: 168.

748 - حكم صادر بتاريخ 06/10/2005 نقل عن ذ. عبد الله أنوعوض، آثار الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة ص: 232.

749 حكم صادر بتاريخ 03/11/2011 غير منشور.

- مدى تحقيق المبرر الموضوعية الاستثنائي

نصت المادة 41 من مدونة الأسرة بأنه على الراغب في ممارسة تعدد الزوجات أن يقدم طلبا بذلك إلى المحكمة و أن يضمنه الأسباب الاستثنائية المبررة له.

و يقصد بتحقيق المبرر الموضوعي الاستثنائي أن يكون الطالب الرامي للتعدد مبني على سبب مشروع و حتى يكون كذلك لا بد أن تتوفر فيه صفتي الموضوعية و الاستثنائية و هما أمران متلازمان لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، و قد جاء في المدونة غير معطوفين أحدهما عن الآخر فتحقق صفة الموضوعية بدون صفة الاستثنائية يجعل الطلب غير مبرر و العكس صحيح، كذلك و لا بد من تحقيق الضرورات المبيحة للتعدد كحالة عقم الزوجة مع رغبة الزوج الفطرية في النسل، فإذا كان يبدو من الوهلة الأولى أن العقم مبرر موضوعي لطالب التعدد إلا أنه لا يستمد صفة الاستثنائية إلا بعد التأكد بالوسائل العلمية الحديثة و الاستعانة بذوى الاختصاص في ذلك⁷⁵⁰.

و هنا تتجلى سلطة المحكمة التقديرية في الحد من المنازعات الاسرية لأن التعدد لا بد أن تترتب عنه مجموعة من المشاكل الاجتماعية، فالتعدد قد يغري العداوة و البغضاء بين أفراد الأسرة خاصة إذا لم يكن هناك مبرر له، و هنا يجب على المحكمة أن تتأكد من أن المبرر الموضوعي الاستثنائي الذي يدعيه طالب التعدد معقول و حقيقي، و من المبررات الموضوعية الاستثنائية التي تبيح التعدد نجد طلب الإحصان " فالزوج الذي تقيم زوجته مع الأولاد في بلد و يضطر هو للإقامة في بلد آخر من أجل تجارته أو عمله لمدة طويلة، و يخشى على نفسه الوقوع في الحرام يجوز في حقه التعدد.

و الزوج الذي مرضت زوجته و لم تعد قادرة على معاشرته يكون زواجه عليها أولى من تطبيقها و التفريط فيها. و الزوج الذي يرغب في الأولاد، و زوجته عاقر أو لا تريد الأولاد⁷⁵¹ يحق له التعدد.

إذا لم يثبت الزوج الأسباب و المبررات و الاستثنائية التي اضطرت به إلى طلب الإذن بالتعدد، بالرجوع إلى مدونة نجد أن المشرع المغربي لم يحدد بكيفية واضحة المقصود بالمبرر الموضوعي الاستثنائي لذلك تخضع هذه الأسباب إلى السلطة التقديرية للقاضي بحيث إذا لم يقتنع بها لن يمنح الإذن بالتعدد⁷⁵². حيث جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الاسرة بتازة ما يلي " ... و حيث أن عدم قدرة الزوجة على مسaire زوجها المدعي فيما يخص المعاشرة الزوجية، حسب ما صرح به الزوج بجلسة الصلاح المنفذة بتاريخ 30/03/2009 يعتبر في نظر هذه المحكمة مبررا موضوعيا و استثنائيا للاستجابة للطلب"⁷⁵³

و جاء في قرار محكمة النقد الصادر بتاريخ 23/06/2015 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/276 حيث استجابة المحكمة لطلب الزوج الراغب في التعدد لأن زوجته الاولى لم تلد له البنات و هو راغب في إنجاب ولد ذكر و اعتبرت محكمة النقض بأن ذلك يشكل سببا موضوعيا و استثنائيا يبرر التعدد و قد أثار هذا القرار ردود فعل متباينة عبر وسائل الاتصال الحديثة⁷⁵⁴.

750 قضايا الاسرة من خلال اجتهادات مجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية، مكناس 8 مارس 2007 ص: 201.

751 محمد بوحزامة، سلطة القاضي في الحد من المنازعات الاسرية في ضوء مدونة الاسرة والعمل القضائي، رسالة لنيل الماستر في القضاء و التوثيق 2010 ص: 25.

752 محمد الكشور، شرح مدونة الاسرة ج 1 ص: 213.

753 حكم رقم 381/09 ملف رقم 668/2009 بتاريخ 11/05/2009 (غير منشور).

754 ادريس الفاخوري، تعدد الزوجات بين النص القانوني وواقعا لعمل القضائي تعليق على قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 23/06/2015 منشور بموقع العلوم القانونية.

و في حكم آخر رفض الاذن بالتعدد لعدم إثبات المبرر الموضوعي حيث اعتبر أن قول الزوج على أن زوجته لا تقوم على المعاشرة هو مجرد ادعاء لا يرقى إلى درجة الإثبات حيث جاء في هذا الحكم ، و حيث يتضح أول الأمر أن هناك تناقض بين الدفاع و الطالب في الأسباب المتعمدة على طلب التعدد و حتى على فرض صحة ما ادعاه الزوج من كون زوجته لا تقوى على معاشرته فإن هذا الادعاء يبقى من الامور التي يستطيع الطب الحديث معالجتها و هو مالى يسعى إليه الزوج أصلاً أضف إذا ذلك أن هذا المبرر يبقى مجرد ادعاء لم يرق إلى درجة الاثبات رغم إهمال الزوج للإدلاء بما يفيد الحالة الصحية للزوجة⁷⁵⁵.

و هكذا فإن " خضوع تعدد الزوجات لمراقبة القاضي يجعله يميز بين حالات وجود المصلحة في التعدد أو عدم وجودها لأن هناك أطفال قد يكونوا ضحية التعدد في غياب هذه المراقبة " ⁷⁵⁶. و عليه فإن إخضاع تقرير وجود هذا المبرر من عدمه، لسلطة المحكمة التقديرية يساهم في الحد من المنازعات الأسرية التي تنتج عن تعسف بعض الأزواج في التعدد، من دون مبرر سوى إتباع هوى النفس، على حساب استقرار الاسرة و وحدتها.

المبحث الثاني: سلطة القضاء في مواجهة سوء النية في مجال انحلال ميثاق الزوجية

يحرص القانون أن تكون علاقات الأفراد، علاقات تقوم على أسس التعاون والتفاهم، لحفظ كيان المجتمع، وبالأحرى في العلاقات الأسرية المبنية أصلاً على المودة والرحمة، وهو بذلك يحمل رسالة مشتركة مع الأخلاق ، وهي رسالة نشر الطمأنينة وكف العدوان وخلق الثقة ومحاربة سوء النية ، وجعل الطلاق حلاً لميثاق الزوجية يمارس من قبل الزوج والزوجة كل حسب شروطه الشرعية ، وبمراقبة القضاء ،

المطلب الاول: تدخل القاضي في اتجاه الرقابة على شرعية الطلاق

يعتبر تقييد الممارسة التعسفية لحل ميثاق الزوجية أحد رهانات المدونة الجديدة⁷⁵⁷ ، لذلك جعلته تحت مراقبة القضاء ، من أجل توفير ضمانات العدل والإنصاف وصيانة الحقوق وحماية الأسرة من التفكك⁷⁵⁸ ، وبشروط وضوابط وأحكام من شأنها حماية كل من الزوج (أولاً) والزوجة (ثانية) من الممارسات التعسفية .

الفقرة الاولى: الحماية القضائية للزوج من التعسف

عادة ما يتم الحديث عن تعسف الزوج على الزوجة دون العكس، إلا أن الواقع أثبت أن الزوج أيضاً يكون ضحية الكيد والتعسف، ورغم أن المشرع من خلال مدونة الأسرة، ساير هذا التصور⁷⁵⁹ ، إلا أن ذلك لم يمنعه من إقرار مجموعة من القواعد تحمي الزوج من تعسف الزوجة؛ خصوصاً وأن الواقع المعيشي يطعننا على حالات مأساوية كان انعدام الوازع الديني وعم الإحساس بالمسؤولية فيها السبب الرئيسي لتشتت الأسرة.

755 قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة مركز القاضي المقيم بكتامة في ملف عدد 56/3013 (غير منشور).

756 وزارة العدل المقترحات الجديدة لمدونة الأسرة منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية و القضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 4/2004 ط 1 ص: 85.

757- ديباجة مدونة الأسرة.

758- عبد السلام جادوش، إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية، طبع طوب بريس ، الطبعة الأولى 2001، ص 348.

759- مثلا المادة 81 من المدونة نتحدث عن التنازل وكأن الزوج وحده هو الذي يمكن أن يتنازل.

ولعل أبرز سبيل للزوج في مواجهة تعسف الزوجة هو الطلاق، وهو أكثر الوسائل شيوعاً لأنه متروك للزوج دونما توقف على رضا المرأة، وذلك في حدود قواعد حسن النية. إضافة إلى أن الزوج يمكنه الالتجاء إلى طلب التطليق للشقاق وقبله حق المطالبة بالتنفيذ⁷⁶⁰، بخصوص حق "المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وصيانة العرض والنسل". (النبد الأول من المادة 51 من مدونة الأسرة).

ويعتبر قطع المساكنة من طرف الزوجة أبرز مظهر لإخلالها بالتزام المساكنة⁷⁶¹.

وأهم صورة لقطع المساكنة من الزوجة ما يطلق عليه فقها النشوز⁷⁶²، والذي تتوقف بموجبه النفقة عليها شريطة رفع دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية من طرف الزوج فإذا امتنعت سقط حقها في النفقة⁷⁶³، ويمكن للزوج أن يطلب بعد ذلك بالتعويض بعد وضع حد للعلاقة الزوجية نتيجة الإخلال بالتزام الملقى عليها⁷⁶⁴، وفي هذا الصدد جاء في قرار المجلس الأعلى: كانت المحكمة على صواب حين صرحت بأن تمسك الطالبة بالإقامة في فرنسا بعيداً عن زوجها المقيم بالمغرب وإصرارها على ذلك يشكل إخلالاً بالتزامات الملقاة على عاتقها والتي تفرض عليها الإقامة مع زوجها لتحقيق شرط المساكنة الشرعية...⁷⁶⁵.

إضافة إلى أن ترك بيت الزوجية، دون سبب قاهر، قد يمثل جريمة يعاقب عليها الفصل 479 من القانون الجنائي متى تحققت شروط معينة⁷⁶⁶.

كما أنه من صور قطع المساكنة الشرعية العبث بعقد الزواج⁷⁶⁷، وعدم الإخلاص الواجب للزوج، وقد رتب المشرع المغربي على ذلك مجموعة من الآثار هي حق رفع دعوى عمومية أمام القضاء الجنائي، مع دعوى مدينة تابعة، ثم حقه في فك الرابطة الزوجية مع المطالبة بتعويض الأضرار المادية والمعنوية: لما تشكلت الخيانة الزوجية من إخلال بالتزام عقدي⁷⁶⁸.

هذا إضافة إلى أن صيانة العرض والنسل تقتضي سد الذرائع التي تؤدي إلى الزنا، كالخلوة بالرجال وسوء الأخلاق، والمدونة بذلك كان خطابها موجهاً إلى الزوجين وليس للزوجة لوحدها، وهي مبادئ عامة واجبة التطبيق ولو بدون نص⁷⁶⁹.

760- تنص المادة 52 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا أصر أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده".

761- فتية الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 2002-2003، ص182.

762- سبق تعريفه.

763- تنص المادة 195 من مدونة الأسرة على أنه: "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت".

764- فتية الشافعي، م س، ص 194 إلى 197.

765- قرار عدد 71 الصادر في 9 فبراير 2005 في الملف الشرعي عدد 2004/2/2/353 أشار إليه الدكتور محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ج1، م س، ص 300.

766- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ج1 م س، ص 301.

767- فتية الشافعي، م س، ص 240.

768- فتية الشافعي، م س، ص 238 إلى 241 مع ما نص عليه الفصل 491 من القانون الجنائي المغربي.

769- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ج1، م س، ص 303.

ولعل أبرز مستجدات مدونة الأسرة في مجال حماية الزوج من تعسف الزوجات هو ما تم النص عليه ضمن المادة 53 وقد جاء فيها : "إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر ، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية ، حالا ، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته " .

كذلك أعطى المشرع للزوج إمكانية طلب التطليق للعيب كما هو الشأن للزوجة ، وذلك في كل من المدونة الملغاة ، ومدونة الأسرة⁷⁷⁰ ، وهو ما أجاز المالكية⁷⁷¹ ، والشافعية⁷⁷² ، والحنابلة⁷⁷³ ، وخلافا للأحناف ، الذين جعلوا حق الفسخ للزوجة فقط لعيب في زوجها دون الزوج لأنه يمكن دفع ضرر العيب بحق الطلاق .

وقد استعملت مدونة الأسرة عبارات عامة في العيوب المبررة لإنهاء العلاقة الزوجية، إلا أنه لمنع التعسف في هذا المجال جاء في المادة 111 من المدونة انه : "يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض" . كما أنه يمكن الاستعانة بأحكام الفقه الإسلامي في هذا الصدد من خلال ما جاء في المادة 400 من المدونة .

ومن أهم الآثار الحمائية، حق وضع حد للرابطة الزوجية إذا توفرت الشروط المتطلبية⁷⁷⁴ ، كما أنه "لا صداق في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غدر به أو كتم العيب عنه قصدا . كما جاء في المادة 109 من مدونة الأسرة . ويبقى للزوج الذي غدر به في هذا الصدد، أن يرجع بدعوى المسؤولية على من دلس عليه⁷⁷⁵ ؛ لأن عقد الزواج مع وجود هذه العيوب أو الأمراض المدلس بها كالعقد القابل للإبطال لعيب من عيوب الإرادة⁷⁷⁶ . وتاماما كما نهى الإسلام الأزواج عن التعسف في توقيع الطلاق، نهى الزوجات عن طلب المخالعة من غير عذر مشروع، كما أنه للقضاء في هذا الصدد أن يفرض إجراءات تمنع التعسف⁷⁷⁷ .

لكن المشرع ونفيا لأي تعسف في الخلع جعله عقد رضائي⁷⁷⁸ ، فهو طلاق يشترك فيه الزوجان وتأذن به المحكمة . "وإذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ، ولم يستجب لها الزوج ، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق " . كما جاء في (الفقرة الثانية من المادة 118 من مدونة الأسرة) ، وهو ما يعني أنه لا سلطة للمحكمة على الزوج برفضه لبدأ الخلع ، ولا طلاق بالخلع للزوجة إذا رفض الزوج ، وبلجؤها إلى مسطرة الشقاق قد تستفيد من التطليق بدون مقابل⁷⁷⁹ ، وقد يثبت الزوج مسؤوليتها عما آلت إليها الأسرة ، ويبيدي حسن تصرفه من أجل استقرارها من خلال رفض مقابل الخلع .

770- المادة 107 من مدونة الأسرة

771-الخطاب، مواهب الجليل، ج 3، دار الفكر، ط2، 1978، ص 483.

772- محمد الشربيني الخطيب، المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المكتبة الإسلامية، ج3، ص202.

773- السرخسي، المبسوط، م س، ج5، ص 97، ثم ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المكتبة العلمية بيروت، ج4، ص 30 وما بعده.

774- المادة 108 من المدونة الاسرة

775- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، م س، ج2، ص155.

776- أحمد الخليلي، التعليق، م س، ج1، ص 389 والهامش 96 من ص 399 بتصرف.

777- رجا ناجي مكروي، م س، ص 115.

778- نصت المادة 115 من مدونة الأسرة على أنه : "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع..."

779- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، م س، ج2، ص96.

وقد ذهب جانب من الفقه⁷⁸⁰ إلى أن إمكانية اللجوء إلى مسطرة الشقاق هي من الحالات الممتازة التي افترض فيها المشرع قيام حالة الشقاق ومسؤولية الزوج . وعموما فإن مسطرة الشقاق أيضا من المساطر الحمائية للزوج من تعسف الزوجة، ما دام أن المحكمة "تحكم بالتطبيق...مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر". حسب ما جاء في المادة (97 من مدونة الأسرة).

الفقرة الثانية : الحماية القضائية للزوجة من التعسف

كانت قضية إنصاف المرأة قضية المسؤولين في مختلف المجالات، ومع بداية العهد الجديد بالمغرب أبان جلالة الملك في خطاب العرش اهتمامه بهذا الموضوع بقوله: "أما بالنسبة للأسرة والنهوض بأوضاع المرأة، فإنني قد أبرزت إشكالها الجوهري، غداة تحملي الأمانة العظمى، لإمارة المؤمنين، متسائلا في خطاب عشرين غشت لسنة 1999: (كيف يمكن الرقي بالمجتمع، والنساء اللواتي يشكلن نصفه، تهدر حقوقهن)... فهل يرضى أحدكم بتشريد أسرته وزوجته وأبنائه في الشارع، أو بالتعسف على ابنته أو أخته ؟ ..."781.

ويتصور هدر حقوق النساء ، وتشريدهن والتعسف عليهن ، كما جاء في الخطاب، ومن طرف الرجل وخاصة في إطار العلاقة الزوجية ، التي أحاطها الحق سبحانه بعناية فائقة، وبنائها يكون على المودة والرحمة، كما في قوله تعالى : ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾⁷⁸².

إلا أن الله سبحانه وتعالى يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن، لذلك وضع المشرع المغربي مجموعة من الأحكام في مدونة الأسرة خاصة، تخول سلطة للقاضي للحد من تعسف الزوج على الزوجة في مختلف مراحل العلاقة الزوجية، فمثلا جعل المشرع من خلال المادة 16 من المدونة "وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج". من أجل التحفيز على التوثيق لتفادي مسألة الإنكار، والتي غالبا ما تكون من فعلة الرجال، وزيادة في الحماية سمح المشرع بسماع دعوى الزوجية، إضافة إلى إمكانية إثبات نسب عقد الزواج غير الموثق، كما تفيد المادة 156 من المدونة.

وفي مسألة الصداق فإن المشرع وضع مجموعة من الأحكام تحمي المرأة من كل إخراج أو تعسف، كما هو الحال في جعل تحديد صداق المثل، ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع حسب معيار موضوعي حددته المادة 27 من المدونة⁷⁸³. وفي حالة الاختلاف في قبض حال الصداق فإن كان ذلك "قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج". (المادة 33 من المدونة) والأحرى جعله قول الزوجة يمينها في كل الأحوال، لأنه لا يختلف بشأنه عادة إلا في حالة الشقاق ولا بأس من جبر خاطرها بالصداق ولو ثانية وإدراجه في متعتها، خاصة أن المشرع اعتبره يسمو عن القيمة المادية واعتبره قيمة معنوية ورمزية⁷⁸⁴، كما أن "المطلوب شرعا تخفيف الصداق" المادة 28 من المدونة.

780- محمد الكشور، يونس الزهري، حسن فتوح، التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة رقم 11، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة، ص 81.

781- خطاب صاحب الجلالة الملك محمد السادس بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة الثانية من الولاية التشريعية السابعة للبرلمان، يوم الجمعة 10 أكتوبر 2003، منشور بمجلة مجلس النواب عدد 3 سنة 2003-2004، ص9.

782- سورة الروم، الآية 20.

783- المادة 27 من مدونة اللاس

784- جاء في المادة 26 من مدونة الأسرة :

أما في حالة كون الصداق مؤجل فإن المشرع أعطى مركزا متميزا للزوجة باعتباره أنه: "إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل فعلى الزوج إثبات أدائه" (المادة 33 في الفقرة الثانية)، وهو ما يتوافق وما جاء في الفصل 400 من ق ل ع الذي جاء فيه: "إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه".

ومن أجل حماية الزوجة من تعسف الزوج، وضع المشرع قاعدة عامة في مطلع أول مادة خاصة بالتعدد، وهي منع التعدد إذا خيف عن عدم العدل، وإذا وُجد شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها، (المادة 40)، كما استلزم في غير ذلك ثبوت المبرر الموضوعي الاستثنائي، والموارد الكافية لإعالة الأسرتين.

كما وضع مجموعة من الإجراءات المسطرية تحول دون تعسف الزوج، من خلال ما جاء في المواد 43 و 44 و 45 و 46 من المدونة. وبوأ الزوجة مركزا متميزا، كان معه من العدل عند طلبها التخليق أن يترتب حق الطرف الآخر الأتوماتيكي في الحصول على التعويض⁷⁸⁵.

ولاشك أيضا أنه لجعل الزوجة في حرز من التعسف، لا بد من تيسير سبل التقاضي، وفي ذلك تندرج المقننات الواردة في نص المادة 52 من المدونة التي جاء فيها أنه: "عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابعة يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده". وهي تتعلق بحالة الإخلال بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين⁷⁸⁶.

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم أن الأصل في توقيع الطلاق هو بيد الزوج باعتباره صاحب العصمة الزوجية⁷⁸⁷، فإن الاستجابة لطلبه يكون على وزان القاعدة الفقهية التي تقضي بأنه "لا ضرر ولا ضرار"، حتى لا تحس الزوجة أن هناك إجحافا في حقها، وأن مصيرها لعبة في يد الرجل، وإنما كل خروج عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق يكون تحت طائلة التعسف، كما هو مفهوم من المادة 84 من المدونة التي جعلت من بين عناصر تقدير المتعة "مدى تعسف الزوج في توقيعه".

كما أنه قبل الإذن بالطلاق فلا بد من إجراء محاولة الإصلاح بين الزوجين، لأن ذلك من النظام العام⁷⁸⁸، ولتوفير حق الدفاع للزوجة فقد ألزم المشرع بالتوصل الشخصي بالاستدعاء، كما جاء بعبارة (المادة 81 من المدونة).

"الصداق ما تقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرعية في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية".

785- محمد الكشور، يونس الزهري، حسن فتوح، م س، ص 54.

786- جاء في المادة 51 من المدونة أن:

"الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

- 1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحسان كل منهما وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل.
- 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة.
- 3- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال.
- 4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستئذانهم بالمعروف.
- 6- حق التوارث بينهما".

787- عبد الفتاح تقي، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى مطبعة تهالة، الجزائر، 2007، ص 56.

788- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ج 2، م س، ص 50.

وقد وضعت المدونة، وانسجاما مع المقاصد الشرعية للزواج، مجموعة من الضوابط الشرعية للطلاق، حتى يكون فعلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، كما نصت عليه المادة 70 من المدونة .

ويعد قانون الأسرة المغربي من القوانين التي تناولت تلك الضوابط بتفصيل، وذلك للتحقق من سلامة الإرادة⁷⁸⁹، وعلى سبيل المثال تنص المادة 90 من مدونة الأسرة - الفصل 48 و 49 من المدونة الملغاة- على أنه : " لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح وكذا الغضبان إذا كان مطبقا".

وكي لا يقع العبث بالرابطة الزوجية والتعسف فيها اعتبر المشرع أن " الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به الطلاق " (المادة 91) كما أن " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا " (المادة 92) و"الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع " (المادة 93).

كما أن المشرع المغربي لم يشير إلى الطلاق في مرض الموت، لأن الزوج قد يكون سيء النية بحيث لم يقصد من تصرفه سوى منع المرأة من الميراث، ويجب معاملته بنقيض قصده إلا أن ذلك مما يمكن الرجوع فيه إلى المذهب المالكي حسب ما تقضي به المادة 400 من المدونة⁷⁹⁰.

ومن بين أهم المستجدات الحمائية للزوجة، إمكانية رفض الرجعة، التي هي حق للزوج في الطلاق الرجعي في حدود حسن النية⁷⁹¹، لقوله تعالى :

﴿ولا تمسكوهن ضاررا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزوا﴾⁷⁹²، وقوله تعالى : ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾⁷⁹³.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الزوج الذي يراجع زوجته بقصد الإضرار بها زوج سيء النية وأثم بذلك⁷⁹⁴، وهو ما افترضه المشرع في الزوج، رفعا للحيث المتوقع، لذلك نصت المادة 124 من المدونة على أنه :

"يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق...". إلا أن المشرع من خلال هذا المقتضى استحضر معاملة الزوج المستهتر بالحياة الزوجية بنقيض قصده دون استحضار تعسف الزوجة في استعمال حقها في الرفض، وهو أصل جعل الرجعة حقا للزوج كما في الآيات أعلاه، وعلى كل حال فإن المعول عليه في إحقاق العدالة هو القضاء، فكيف يتصدى للنزاعات المطروحة أمامه؟.

789- بديرية العوض، م س، ص 94.

790- في هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى :

" حيث إن طالبة النقص أثبتت بعدة شهادات طبية مرض زوجها السابق... بقاء السرطان وحيث إن المدة الفاصلة بين تاريخ الطلاق والوفاة أقل من ثلاثة أشهر... وحيث إن المطلقة طلقا في مرض مخوف مات منه المطلق تعتبر في حكم الزوجة من حيث الميراث... " منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 71 ص 68 وما بعدها، قرار صادر بتاريخ 5 ماي 1993

791- عبد الحليم عبد اللطيف القوتي، م س، ص 677.

792- سورة البقرة، الآية 229.

793- سورة البقرة، الآية 226.

794- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة بيروت 1988، ص 103.

المطلب الأول : إذن القاضي الأسري ودوره في مواجهة سوء النية في مجال انحلال الرابطة الزوجية الفقرة الأولى: إذن القاضي في الطلاق والتطليق

إن الطلاق كما سبق القول، من حق الزوج بالكتاب والسنة والإجماع. ولكن بالمقابل لم يرد نص صريح في الكتاب أو في السنة بعدم جواز القضاء بالحكم بالطلاق، وأن حق الزوج هذا لا يعتبر حقاً مطلقاً وإنما يجب عليه استعماله في حدود الشرع، بحث إذا خالف أحكام الشريعة الإسلامية يعتبر لا غياً ويعد طلاقاً بدعياً. بل هناك من الفقهاء من نادى بجعل الطلاق كله بيد القاضي، ومن ثم يتعين رفع دعوى أمام المحكمة التي يكون لها سلطة تقديرية في الاقتناع أو عدمه بموجب الأسباب الداعية إلى الطلاق، وبذلك نسوي بين الرجل والمرأة في الطلاق، ونضمن استقرار الأسرة وعدم إساءة الرجل استعمال هذا الحق، فالعقد الذي تبرمه إرادتين لا تبطله الإرادة المنفردة⁷⁹⁵ كما أن الوازع الديني ضعيف لدى الناس الأمر الذي جعل الأزواج يقدمون على الطلاق بدون داع ولا مراعاة لحدود الله تعالى وأن أغلب حالات الطلاق كانت نزوات طائشة وثوراة عصبية عابرة دون تفكير في عواقب الأمور ونتائجها الخطيرة على كيان الأسرة، كما أن أغلب القوانين المقارنة جعلت الطلاق بيد القضاء، غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد بدعوى أن النصوص الشرعية الثابتة والتي سبقت الإشارة إليها تعطي للزوج حق الطلاق، ومن ثم لا يجوز للقاضي التدخل إلا إذا تدخل من أجل رفع الظلم الذي لحق الزوجة ويكون ذلك أمراً مشاعاً ومدوناً في محاضر الجلسات يطلع عليها الجميع، كما أن إرغام الزوج بالإبقاء على زوجة لا يريد شريكة لحياته في ضيق وحرَج شديد بعد انقطاع حبل المودة والتساكن. فبعد رفض طلب الزوج بالطلاق فإن القاضي لا يحل المشكلة بل يزيدها تعقداً وعمقاً واتساعاً⁷⁹⁶. "وكان القانون بذلك يفرض على الأفراد التورط في أوضاع اجتماعية شاذة مذمومة"⁷⁹⁷.

وبالمقارنة للاجتهادات السابقة هناك من يرى في الفقه المغربي⁷⁹⁸ بأن وضع الطلاق بيد الرجل مساوئه أكثر من إسناده إلى القاضي، لأن الواقع يؤكد تعسف الرجل في توقعه، وأن هناك تلاعباً بالعلاقات الزوجية فبمجرد النطق به أمام العدلين تنهدم الأسرة، والمرأة لا تحصل على حقوقها في الغالب، وإذا حصلت على جزء منها بعد عناء وإجراءات مسطرية طويلة... وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد القادر قرموش: "وقد جاء التعديل الأخير لمدونة الأسرة وفيها لروح مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1993م مع بعض التغييرات الجديدة خاصة على مستوى الجهة المختصة وكذا على مستوى الإجراءات المسطرية، وكلها تهدف إلى حماية الأسرة وتلافي تعسف المقدم على الطلاق أو غيره في استعمال حقه المشروع. إن من بين ما كرسته مدونة الأسرة الجديدة للحفاظ على وحدة الأسرة ترسيخ دور القاضي في عملية العرفة بجميع أنواعها ووحيد للنظام القانوني السابق، وهكذا نصت وبصيغة أمرة صلب المادة 78 على أن الطلاق لا يقع تحت مراقبة القضاء سواء أكان هذا الطلاق صادر عن الزوج⁷⁹⁹ أو عن الزوجة إذا ملكها الزوج حق إيقاعه⁸⁰⁰، أو صادر عن تراضي الزوجين معا بالاتفاق عليه⁸⁰¹، أو على

795 محمد علي محجوب " الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية" مطبعة دار الحرية بالقاهرة ص 347

796 إدريس الفاخوري انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحداث الاجتهادات القضائية ط 1 2012م ج 1 ص 20.

797 صلاح الدين زاكي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي. مطبعة النجاح الدار البيضاء ط 1985م ص 202.

798 أحمد الخليلشي " التعليق على قانون الأحوال الشخصية ج 1. الزواج والطلاق. مطبعة المعارف الجديدة ط 3 / 1994م ص: 262.

799 المادة 78 و79 من مدونة الأسرة

800 المادة 89 من مدونة الأسرة.

801 المادة 114 من مدونة الأسرة.

الخلع⁸⁰²، كما نصت أيضاً على أن التطليق لا يقع إلا لدى المحكمة سواء أكان هذا التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق⁸⁰³ أو كان بناء على الأسباب الأخرى التي حدتها المادة 98 من مدونة الأسرة⁸⁰⁴.

إن إسناد مراقبة الطلاق للقاضي وممارسته التطليق من طرفه كان لأهداف تصب كلها في اتجاه حماية الأسرة وضمان استقرارها دون تفككها. أو على الأقل ضمان حقوق الأطراف الضعيفة فيها وعلى الخصوص الأبناء، ومن أهم هذه الأهداف وكما يتضح من النصوص القانونية المنظمة نجد ما يلي:

- تجنب تعسف الزوج في استعمال حقه في طلاق وذلك حماية للزوجة إذ أصبح من الضروري استدعاؤها للحضور في جلسات الإذن بالطلاق وإذا توصلت الزوجة شخصياً بالاستدعاء ولم تحضر ولم تقدم ملاحظات مكتوبة أحضرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البث في الملف، وإذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة⁸⁰⁵، وهكذا بات الطلاق الغيابي غير ممكن.
- خلق نوع من التوازن في الحقوق والواجبات المخولة للزوج أو الزوجة عند إنهاء العلاقة الزوجية، ففي النظام القانوني السابق كان الزوج إذا أراد الطلاق حصل عليه في وقت وجيز وأحياناً بدون حضور الزوجة أو إعلامها، لكن الزوجة أرادت الطلاق فالأمر يتطلب سنوات من التقاضي⁸⁰⁶. لقد أصبح الطلاق في ظل مدونة الأسرة حق مشترك للزوج والزوجة يمارس وفق مسطرة وشروط محددة تحت مراقبة القضاء.

صحيح أن الرجل المطلق تنعكس عليه آثار تربوية واجتماعية وخيمة، الأمر الذي يجعله يترث ويستبعد أبغض الحلول، إلا إذا وصل إلى حالة استحالة العشرة ونفور الصحبة، فحينها تنقلب المودة والرحمة إلى التسريح بالإحسان في الحالات المعتادة، أو التصريح بالنكاح والكيد في حالات شاذة، وهي التي يجب على القضاء محاولة التقليل من آثارها على الزوجة؛ من خلال سلطته في استخلاص الوقائع وإثباتها ثم سلطته التقديرية الواسعة في مرحلة تطبيق الآثار القانونية. ففي حالة عدم تنفيذ الإذن بالإشهاد على الطلاق، تنكيلا بالزوجة، فهل من حقها طلب تنفيذه؟.

إن المشرع المغربي لم يعالج هذه الحالة⁸⁰⁷، إلا أنه يمكن لها إثارة هذه الصعوبة عند قاضي التوثيق، الذي يجب عليه استدعاء الطرف الممتنع، وإذا لم يستجب، لذلك دون عذر مقبول، رخص لطالبة التنفيذ بتحرير وتوثيق الطلاق، في غياب الطرف الممتنع⁸⁰⁸.

ويعد أن تجاوز المشرع سلبات الإيجاب في الرجعة، قد يتبين للقضاء أن ممارسة حق الرجعة كان من أجل الإضرار بالزوجة، والقرينة في ذلك: عدم رغبة الزوج في زوجته، وتطليقها مثلاً بعد الإرجاع مباشرة، وأقل ما يمكن به تدارك تلك

802 المادة 115 من مدونة الأسرة.

803 المادة 94 و95 من مدونة الأسرة.

804 عبد القادر قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربية. دار نشر المعرفة ط 2013 م ص: 91.

805 المادة 81 من مدونة الأسرة.

806 زهور الحر: سلسلة الندوات والأيام الدراسية نقلا عن عبد القادر قرموش: الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربية ص: 92.

807- أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بوجدة يومي 17 و 18 فبراير 2005، م س، ص 200.

808- الرافعة وثاب، مدى تكريس مبدأ المرونة في إجراءات الطلاق، م س، ص 130-131.

الأضرار هي مراعاة ذلك في تقدير المستحقات، ووضع حد لعدتها بعد التصريح ببراءة رحمها وبناء على خبرة طيبة في ذلك، لتفادي تفويت أي فرصة على الزوجة، وهو ما يستفاد مما رواه ابن جرير قال: قلت لعطا: الرجل يطلق المرأة فتعتد بعض عدتها ثم يراجعها في عدتها وطلقها ولم يمسه من أي يوم تعتد؟ قال: تعتد باقي عدتها⁸⁰⁹.

وحتى لا يكون اللجوء إلى مسطرة الطلاق بالاتفاق الهدف منه التملص من الالتزامات والمستحقات المالية المترتبة على الطلاق الرجعي، وكذا نية الإضرار بمصالح الطرف الآخر، فسلطة المحكمة في إشعار الطرف المتضرر بالحقوق التي قد يستفيد منها في حالة تكثيف الطلب والصك الاتفاقي المرفق به على منوال آخر، وإن كان في ذلك مس بحياة القاضي كمبدأ عام، لكنه يدخل في إطار الحياد الإيجابي خاصة إذا كان الاتفاق المبرم بين الطرفين خاليا من الشروط المتعلقة بمستحقات الزوجة بشكل صريح بمثابة تنازل عنها⁸¹⁰. وإذا لم تفضل الزوجة المطاردة تنازلها عن المستحقات، فقد تخرج من بيت الزوجية غاضبة إلى منزل والدها مثلا، فيرفع بذلك الزوج دعوى النشوز لوقف النفقة أولا، ثم الاستفادة من العطف القضائي، إلا أن المحكمة من حكمتها ورغبتها في الوصول إلى الحقيقة أن تجري بحثا اجتماعيا لإثبات النية وكشف المقاصد، وهو ما يؤدي إلى إفشال دعوى النشوز، بل ويعد ذلك من موجبات التطليق للضرر، وهنا تضمن الزوجة كامل حقوقها بالإضافة إلى التعويض⁸¹¹. أما إذا كانت الزوجة عارفة بخطة الزوج فإنها تبادر بطلب التطليق بعد مدة تكون فيها قد راكمت النفقة عليه، فإذا أراد الزوج أن يتدارك بدعوى الرجوع انعدم أساسها القانوني، وهو ما قضى به المجلس الأعلى باعتبار أن "طلب الرجوع يصح عديم الأساس بعد استجابة المحكمة لطلب المدعية التطليق"⁸¹².

وقد تثبت المحكمة سوء نية الزوج من خلال، مثلا، ما جاء في وقائع حكم لمحكمة مراكش أن الزوج طلب الرجوع لبيت الزوجية مع إيقاف النفقة، وشمول الحكم بالنفذ المعجل وتحميلها مصاريف الدعوى... ولو كانت نيته حسنة لاكتفى بطلب الرجوع، وقد جاء في المقال المعارض أن تقديم الزوج لطلب الرجوع مجرد حيلة للضغط عليها للتنازل عن النفقة، وثبت للمحكمة أن "الزوج يتعامل بنوع من الاستهتار والاستخفاف مع العلاقة الزوجية بدليل أنه لم يكلف نفسه عناء حضور جلسة الصلح"⁸¹³. وقد تقابل الزوجة دعوى الرجوع بطلب التطليق، وهي الحالة التي استنبطت المحكمة تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق، في حكم لابتدائية مراكش⁸¹⁴، وقد يكون هذا التوجه القضائي مشجعا على اختيار الزوج لمسطرة الرجوع لبيت الزوجية بعد أن يكون هو السبب في النشوز، وعلى كل حال فإن النشوز أمر "طارئ لاشك أن له موجبا فينظر في علاجه، ولا ينبغي أن تحدث له مضاعفات"⁸¹⁵.

809- عبد الرزاق، أبو بكر بن همام الصنعاني، المصنف، ط1، المجلس العلمي، بيروت، 1971، ج6/307.

810- الرافة وثاب، دور القضاء في تفعيل إجراءات الطلاق بالاتفاق والطلاق الخلعي، م س، ص 194.

811- علي عوض حسن، م س، ص 26.

812- قرار المجلس الأعلى، عدد 587 بتاريخ 2005/12/07 في الملف الشرعي عدد 2005/2/524 منشور بمجلة القصر، ع 14، ص 164.

813- حكم ابتدائية مراكش، عدد 169، ملف شرعي عدد 04-8-1860 بتاريخ 05/1/13 غير منشور.

814- حكم عدد 490، ملف شرعي عدد 04/8/1937، بتاريخ 17 / 02 / 2005، غير منشور.

815- غلال الفاسي، الأحوال الشخصية قواعد ونصوص وشروح، الدار البيضاء، مكتبة الرشاد، ط1، 1965، ص 170. مكتبة الرشاد، ط1، 1965، ص 170.

أما بالنسبة لمسطرة الشقاق، التي كثر الإقبال عليها، فإن دور القضاء فيها جوهرى لتثبيت مبدأ حسن النية فيها، فالقضاء بما له من سلطة تقديرية في هذا النوع من الدعاوى⁸¹⁶، يمكن أن يجعل منها مسطرة حامية للحقوق من بدايتها إلى نهايتها، ولعل الأمر الذي يجب التأكيد عليه هنا هو: أن طلب التطبيق للشقاق المقدم من الزوج يتعين فيه إيداع المستحقات قبل إصدار الحكم، وذلك قياساً على طلب الطلاق الرجعي ومعاملة له بنقيض القصد⁸¹⁷، لأنه يملك أصلاً الحق في اللجوء للطلاق الرجعي، وفي حالة تساهل المحكمة في ذلك سيفضل أغلب الأزواج اللجوء لمسطرة الشقاق لتفادي الأداء والإيداع بصندوق المحكمة، وهو ما سي طرح مشاكل التنفيذ، وقد يؤدي إلى إصدار حقوق الزوجة وصعوبة توصلها بالمستحقات. ثانياً: قضاء الأسرة ودوره في مواجهة سوء النية من جهة الزوجة

أمام القصور الإجرائي المنظم للطلاق والتطبيق عمل المشرع المغربي على إجراء تعديلات مهمة على مسطرتي الطلاق والتطبيق، لحماية الزوجة باعتبارها طرفاً ضعيفاً في أغلب الأحوال، وتم التوسيع في إرادة المرأة في طلب التطبيق مع إجراء أسباب جديدة للتطبيق ميسرة⁸¹⁸. وفي سلوك الزوجة لمسطرة التطبيق وأياً كان سببه، تتاح للقضاء سلطة تقديرية واسعة⁸¹⁹ خاصة في مجال إثبات الضرر بجميع أنواعه، وهو ما يتطلب من القضاء خبرة واسعة بالبيئة التي يعيش فيها الزوجان، وبالمسائل النفسية والدينية والاجتماعية لمختلف الطبقات⁸²⁰، ومعنى هذا، أن أنماط الضرر وأنواعه وصوره وأشكاله كلها أمور نسبية، وهو ما يستلزم من المحكمة الدقة والتحري في الضرر الذي يجعل الزوجة غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية. وعموماً، فإنه يتعين على القضاء التشدد والبحث، وتفعيل مقاصد المشرع في كل من مقتضيات الموضوعية والمسטרية، وأداء دوره التصالحي والإيجابي في عدم مسaire الطرفين في ادعائهما.

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى الزواج وانحلاله تبين لنا أن قاضي الأسرة يملك سلطة تقديرية واسعة، للقيام بدوره كمصلح اجتماعي للحد من المنازعات الأسرية، رغم أن هذه المهمة شاقة، فالمنازعات المتعلقة بالزواج وانحلاله على جانب كبير من التعقيد يغلب عليها طابع الخصوصية والتكتم. وكما أنها تتميز باختلاف طبائع أفرادها بحكم اختلاف المحيط الأسري والبنية الاجتماعية التي تربي وترعرع فيها أطرافها، وهو ما يجعل الحياة الأسرية أرضاً خصبة لحصول الخلافات التي قد ترتفع حدتها - إذا لم يتم تسويتها ودياً - لتتحول إلى خصومات فنزاعات والتي قد تعصف بالأسرة كلها.

816- رشيد حماد، سلطة القاضي التقديرية في تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة، م س، ص 101.

817- عبد السلام زوير، م س، ص 162.

818- عبد الخالق أحمدون، م س، ص 443، وص 463.

819- رشيد حماد، م س، ص 93.

820- عبد الخالق أحمدون، م س، ص 385.

السند القانوني للفوائد البنكية

حنان آيت إبراهيم

باحثة في سلك الدكتوراة

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة محمد الأول - وجدة

مقدمة

أصبح التعامل البنكي بالفوائد ممارسة طبيعية في الاقتصاد الوطني بين أفراد المجتمع المغربي. إلا أن هذه المسألة عند الرجوع للقوانين المنظمة لها⁸²¹ تطرح مجموعة من الإشكالات تتعلق بالأساس القانوني للتعامل بالفائدة في المجال البنكي، فهل يتجسد هذا الأساس في الفصل 871 من (ق.ل.ع) والنصوص التي تليه؟ أم يتجسد هذا الأساس في الواقع المفروض بحكم طبيعة البنوك التجارية التي تشكل الفائدة بالنسبة إليها أهم المرتكزات التي يقوم عليها نشاطها؟

فالأساس القانوني لتقاضي الفوائد في القانون المغربي، عرف جدلا فقهيًا واسعًا، وهو ما انعكس على مستوى العمل القضائي.

الفقرة الأولى: الأساس القانوني للفائدة البنكية في قانون الالتزامات والعقود

نظم المشرع المغربي موضوع الفوائد البنكية في الباب الثالث من القسم الخامس من قانون الالتزامات والعقود من الفصل 870 إلى 878 تحت عنوان "القرض بفائدة"، وجاءت هذه الفصول كسند قانوني منظم لها.

حيث نص المشرع المغربي في الفصل 870 من (ق.ل.ع) على أن: "اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحًا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذه وسيطًا له" وفي هذا الصدد ذهبت ابتدائية البيضاء في أحد أحكامها⁸²² إلى اعتبار شرط الفائدة في عقد القرض باطلاً ومبطلاً للعقد الذي يتضمنه.

وهو ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها⁸²³ الذي جاء فيه: "حيث يعيب الطاعن القرار بخرق مقتضيات الفصل 870 من ق ل ع بدعوى أن مقتضيات الفصل المذكور تقضي ببطالان عقود القروض التي تشترط الفائدة بين المسلمين ويتضح من عقد القرض أنه أبرم بين مسلمين هما و بصفتهم مشاركين في منح القرض والطاعن بصفته مقرض بفائدة

821- عبد العالي العضاوي، من أجل المساهمة في توحيد اجتهاد المحاكم التجارية في موضوع الفوائد البنكية والقانونية والتعويضات وما يدخل في حكمها -دراسة ميدانية- ص 61.

822- حكم عدد 4220، 12/26/1988، ملف تجاري عدد 88|1235، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 58، ص 91 و 92.

أشير هنا إلى أنني لن أدخل في النقاش الفقهي حول ربوية الفوائد لكون موضوعي يتعلق بالنظام القانوني فقط.

823- قرار عدد 1209، مؤرخ في 11/52003، ملف تجاري عدد 2001/1/3/684، (غير منشور).

اتفاقية قدرها 13% و يعتبر عقد القرض والحالة هذه باطلا عملا بأحكام الفصل المذكور، وأن القرار المطعون فيه لم يشر إطلاقاً لهذا الدفع ولم يعلل رفضه إياه بالرغم من تعلقه بنص جوهرى له تأثير في صحة الدعوى الأمر الذي يجعله معرضاً للنقض". كما ورد في قرار⁸²⁴ آخر له: "إن كل شرط جائز بين المسلمين إلا شرط أحل حراماً وحرم حلالاً وما دام عقد القرض المحتج به واقعا بين طرفين مسلمين وفي بلد مسلم فإن الفوائد حرام بين المسلمين وذلك ما ينص عليه الفصلان 874 و 870 من ق.ل.ع، وأن اشتراط الفائدة باطل ومبطل للعقد". وجاء كذلك في قرار⁸²⁵ آخر: "وحيث أنه بمقتضى الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود فإن الفائدة الاتفاقية بين المسلمين ولو اتخذت شكل هدية أو أي نفع للمقرض باطلة ومبطل للعقد المتضمن لها".

في حين نجد أن الفصل 871 ينص على أنه: "وفي الحالات الأخرى لا تستحق الفوائد إلا إذا كانت قد اشترطت كتابة".

ويفترض هذا الاشتراط إذا كان أحد الطرفين تاجراً⁸²⁶. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرار⁸²⁷ صادر عنها: "وحيث إن الفوائد البنكية عن المبالغ التي تتضمنها الحسابات الجارية يفترض اشتراطها إذا كان أحد الطرفين تاجراً وذلك طبقاً لمقتضيات الفصلين 871 و 872 من قانون الالتزامات والعقود" كما جاء في حكم⁸²⁸ لابتدائية البيضاء: "وحيث إن مطالبة المدعية بالحكم على المدعى عليه على وجه التضامن بالأداء مرتكز والحالة هذه على أساس قانوني. وحيث إن الفوائد القانونية يفترض اشتراطها متى كان أحد طرفي المعاملة تاجراً".

وإذا كان اشتراط الفوائد في المعاملات التجارية مفترض بقوة القانون، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمعاملات المدنية وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها⁸²⁹: "ولكن ومن جهة أولى فالإعتراف بالدين لا يتضمن اشتراط الفوائد وهذه الفوائد لا يمكن أن تكون مفترضة عملاً بالفصل 871 ق.ل.ع مادامت العلاقة بين الطرفين مدنية".

ومما سبق ذكره أعلاه تطرح العديد من التساؤلات حول الفصلين 870 و 871 من ق.ل.ع، فما المقصود بعبارة "المسلمين" الواردة في الفصل 870 المشار إليه أعلاه؟ كيف يمكن حل الإشكال بين النص في الفصل على "المسلمين" والشخص المعنوي؟ كما يثار التساؤل في هذا الصدد حول المقصود بعبارة "وفي الحالات الأخرى" الواردة في الفصل 871؟ هل يقصد بها أن الفوائد تكون جائزة ومعمول بها عندما يتعلق الأمر بمعاملات بين الأجانب غير المسلمين؟ أم يقصد بها المعاملات

824- قرار عدد 343، مؤرخ في 2006/3/22، ملف تجاري عدد 2005/1/3/632، (غير منشور).

825- عدد 1877، مؤرخ في 1999/12/22، ملف تجاري عدد 1924|89، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56، ص 255.

826- ويقابل الفصل 871 من ق.ل.ع المغربي، الفصل 1096 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذي جاء فيه: "الفائض لا يكون لازماً بالنسبة للعقود الواقعة بين غير التجار إلا إذا لشرط كتابة.

ويحمل النمر على اشتراطه إذا كان المتعاقدون من التجار".

ويقاله في التشريع المصري المادة 510 إذ جاء فيها: "على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر".

827- قرار رقم 1147، بتاريخ 1982/6/14، في الملف التجاري عدد 82|786، منشور بمجلة المعيار، العدد المزدوج 9 و 10، ص 59.

828- حكم رقم 2003/8598، بتاريخ 2003/09/24، ملف تجاري رقم 7/2002/13016، (غير منشور).

829- قرار عدد 1827، مؤرخ في 2006/5/31، في الملف المدني عدد 2004|2|1941، منشور بمجلة المحاكم التجارية عدد 118، ص 133.

التي تتم بين مسلم وغير مسلم؟ كما يثار التساؤل أيضا حول المقصود بعبارة " ويفترض هذا الإشتراط إذا كان أحد الطرفين تاجرا"؟ فهل تعني أن الفوائد لا تجوز إذا كان أحد طرفي العقد غير تاجر؟

جوابا على هذه التساؤلات ذهب أحد الفقه⁸³⁰ ومعه بعض الباحثين⁸³¹ إلى القول بأن المنطق القانوني يفرض أن تكون الفصول اللاحقة للفصل 870 من ق.ل.ع منسجمة مع بعضها البعض، ولكن هذا الأمر لم يتحقق حيث جاء الفصل 871 ليتعارض مع الفصل 870 وذلك لأنه أقر التعامل بالفائدة وأجازها من خلال شرط الكتابة وافترض في هذا الإشتراط أن يكون أحد الطرفين تاجرا، إذ يرى هذا الاتجاه أن مبدأ منع المسلمين من التعامل بالفائدة يخضع لاستثناء يقلص من مداها منصوص عليه في الفصل 871 وما يليه، ويؤكد نفس الاتجاه بأن التجار ولو كانوا مسلمين يجوز لهم بناء على هذا الفصل الأخير التعامل بالفائدة.

في حين ذهب البعض الآخر⁸³² إلى أن الفصل 870 ينفصل انفصالا تاما عن الفصل 871 ذلك أن هذا الأخير ألزم لصحة التعامل بالفائدة ودائما بين غير المسلمين أن تشترط كتابة، فإذا لم تشترط كتابة كانت باطلة، إلا إذا كان أحد الطرفين غير المسلمين تاجرا حيث يفترض اشتراط الفائدة إذا لم تشترط كتابة.

فالأمر واضح فيما يخص رسم الحدود القانونية لنطاق تطبيق كل واحد من هذين الفصلين على حدة، فالفصل 870 وضع ليحفل اشتراط الفائدة بين المسلمين باطلا ومبطلا للعقد الذي يتضمنه سواء تعلق الأمر بالتجار منهم أم غير التجار⁸³³، وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها⁸³⁴ الذي جاء فيه: " اشتراط الفائدة في عقد القرض باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه. تكون المحكمة على صواب لما قضت على المدين بأداء أصل الدين ورفضت الفوائد المترتبة عنه".

أما الفصل 871 فقد وضع ليستثني من الخضوع لأحكام سابقه الأشخاص غير المسلمين بصرف النظر عن باقي الديانات التي ينتمون إليها⁸³⁵، بالإضافة أن الفصل المذكور أقر بدوره قاعدة واستثناء، فالقاعدة الواردة في هذا الفصل هو أن الفائدة

830- أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي، الفقه الإسلامي، والقانون المقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1987، ص115.

831- محمد لعروصي، الحق في السكن بين المعاملات البنكية الجديدة والمعاملات التقليدية، مقال منشور بمجلة الأملك، العدد الثامن، شتنبر 2010، ص118.

- Amina El Ayoubi, Le prêt à l'intérêt en droit Marocain, mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures, droit privé, faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales, Agdal, rabat 1988, p 74.

832- عبد اللطيف هداية الله، مقابلة بين الفصل 870 والفصل 130 من القانون التجاري، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 34، ص 27.

- حسنة الرحموني، حماية المستهلك ضد مخاطر القروض الاستهلاكية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية: 1998-1999، ص 55.

833- امحمد لفروجي، القانون البنكي المغربي وحماية حقوق الزبناء، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 1996-1997، ص 281 و 282.

834- قرار عدد 1235، بتاريخ 01/4/4، في الملف المدني عدد 00|2016، منشور بمجلة المجلس الأعلى، عدد 57 و 58، ص 44 وما يليها.

835- امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2001، ص 399 .

لا تستحق في الحالات التي لا يتعلق فيها الأمر بالمسلمين إلا إذا كانت قد اشترطت كتابة، أما الاستثناء فهو الذي ورد في الفقرة الثانية من ذات الفصل ويتعلق بالاشتراط المفترض للفائدة إذا كان أحد الطرفين تاجرا.⁸³⁶

ويرى الأستاذ امحمد لفروجي⁸³⁷ أن الرأي القائل بأن الفقرة الثانية من الفصل 871 من ق.ل.ع تشكل استثناء من الفصل 870 من ذات القانون رأي مثير للاستغراب، ذلك أن الفقرة الواردة بشأن افتراض اشتراط الكتابة إذا كان أحد طرفي العقد تاجرا، لا تشكل إلا استثناء من القاعدة المقررة بموجب الفقرة السابقة لها، ولا تشكل استثناء للفصل 870 وأن ما يشكل استثناء لهذا الأخير كما سبقت الإشارة إلى ذلك هو الفصل 871 بأكمله. والرأي فيما أعتقد أن الاتجاه الثاني هو الأجدر بالتأييد ذلك أن الفصل 871 وإن كان قد أجاز التعامل بالفائدة، فإنه حدد الأشخاص الذين يمكنهم التعامل بالفائدة من خلال عبارة " وفي الحالات الأخرى " أي في حالات التعامل بين غير المسلمين أو التعامل بين مسلم وغير مسلم، لأن المعاملات بين المسلمين تم تنظيمها بمقتضى الفصل 870.

ولعل الهدف المتوخى من ذلك وكما يذهب أحد الباحثين⁸³⁸ هو قهر الطرف المسلم في هذا التعامل والذي كان ضعيفا في عهد الحماية، وبالتالي فبوض أن يخضع غير المسلم لأحكام الفصل 870 من ق.ل.ع لأن الطرف الآخر مسلم فإن هذا الأخير هو الذي يخضع لأحكام الفصل 871 من ق.ل.ع، باعتبار الطرف الآخر غير مسلم تكريسا لنظام الامتيازات الذي كان سائدا في عهد الحماية.

أما بخصوص السؤال المطروح حول ما إذا كانت عبارة "المسلمين" تشمل الأشخاص المعنوية أجابت على ذلك محكمة النقض في أحد قراراتها⁸³⁹ حينما ذهبت إلى أن الأبنك والشركات تعتبر أطرافا غير مسلمة بحكم أن الشخص المعنوي لا دين له، كما ذهبت في قرار آخر⁸⁴⁰ إلى أن: "... المحكمة التي ردت دفع المدين المتعلق بإسقاط الفوائد لتحريمها بين المسلمين تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما لكون أحد أطراف العقد مؤسسة تجارية فضلا عن أن الدائن عبارة عن مؤسسة مالية تخضع في احتسابها للفوائد لرقابة بنك المغرب...". وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه أحد الباحثين⁸⁴¹ إذ اعتبر أن الأبنك ومؤسسات التمويل أشخاص معنوية ومادام الإلتناء الديني يقتصر فقط على الأشخاص الذاتيين المكونين لها، فإنه لا يتصور انتماء شخص معنوي لدين معين ومادامت مقتضيات الفصل 870 تمنع اشتراط الفائدة بين المسلمين فإن غيرهم يمكنهم ذلك بناء على مفهوم المخالفة للفصل المذكور وكذا بصريح عبارات الفصل 871 من ق.ل.ع.

836- عبد النبي اللبن، الحماية القانونية للزيون عند قفل الحساب الجاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2005-2006، ص 72.

انظر أيضا:- فاتحة براني، اللتئمان البنكي- نماذج:- الفرض- فتح الاعتماد البسيط- الاعتماد المستندي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2006-2007، ص 55.

837- امحمد لفروجي، القانون البنكي المغربي وحماية حقوق الزبناء، م.س، ص 282.

838- خالد وردي، م.س، ص 240.

839- قرار عدد 983، بتاريخ 14 فبراير 1996، ملف مدني عدد 85|3219، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 52، ص 159 وما بعدها.

840- قرار عدد 254، بتاريخ 8|3|2006، ملف تجاري عدد 1|2002|3|1113، أشار إليه نبيل أبو مسلم، الدليل العملي في المنازعات البنكية من خلال رصد لأهم مواقف القضاء المغربي، دار الأفق للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، طبعة 2011، ص 113.

841- عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك- الفرض الاستهلاكي نموذجا- م.س، ص 343.

وخلافا للتوجه السابق انتقد أحد الفقه⁸⁴² فكرة الشخصية المعنوية التي ارتكزت عليها محكمة النقض ذلك أنه إذا قيل أن الشخص المعنوي لا يمكن وصفه بالمسلم لأنه لا يتصور فيه ممارسة الشعائر الدينية، فإن هذا التصور لا يمكن أن يتطلب في الشخص المعنوي بل يتطلب في من يكون هذا الشخص المعنوي، فالدولة حينما يقال أنها مسلمة ليس لأنها تدين بالإسلام انطلاقا من صفتها كشخص معنوي، ولكن انطلاقا من أفراد الشعب الذين يكونونها ونفس الشيء يمكن أن يقال في الشركة حيث تعتبر مسلمة إذا كان الشركاء فيها مسلمين وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض حينما أشارت أن الفصل 870 من (ق.ل.ع) يحرم الفوائد بين المسلمين ولا يستثنى من ذلك الشركات المعنوية.⁸⁴³

وهذا ما يوضح نوعا ما انعدام أساس قانوني لتعامل البنوك في المغرب بالفوائد مع المقترضين المسلمين في ظل الوجود التشريعي للفصل 870 من (ق.ل.ع)، على الرغم من أن الواقع العملي وكذا النصوص القانونية تنظم الفائدة وفق صياغتين بين صيغة التحريم والرغبة في ضمان تنمية الاقتصاد الوطني وحماية العملة الوطنية.⁸⁴⁴ والرأي فيما أعتقد أن أساس تقاضي الفوائد البنكية من الناحية العملية بين المغاربة المسلمين ومؤسسات الائتمان بما فيها مؤسسات التمويل والأبنك يجد سنده في مقتضيات قانونية خاصة، إذ أن منع اشتراط الفائدة لم يعد سوى نصا لم يكرس على المستوى العملي بعد.

الفقرة الثانية: الأساس القانوني للفوائد البنكية في القوانين الخاصة

إن الفائدة البنكية تعتبر ثمنا ليس كباقي الأثمان، فهي ما يحصل عليه المقرض نتيجة تخليه عن ثمن القرض للمقترض خلال فترة زمنية محددة، أي أنها ثمن التخلي عن الاستهلاك الآتي للنقود. وهكذا، لم يقتصر المشرع المغربي على تنظيم موضوع الفوائد البنكية في القواعد العامة، بل قام بتنظيمه بمقتضى القوانين البنكية (أولا) و مدونة التجارة (ثانيا).

أولا: أساس الفوائد في القوانين البنكية

إن أفراد البنوك المغربية بقواعد خاصة تتعلق بتحديد سعر الفوائد التي تتقاضاها عن القروض والتي تمنحها لزنائنها كان يتم بمقتضى المادة 19 من المرسوم الملكي المتعلق بالمهنة البنكية والقروض⁸⁴⁵ والملغى بموجب القانون البنكي لسنة 1993.⁸⁴⁶

842- عبد اللطيف هداية الله، م.س، ص 74.

843- قرار عدد 2234، مؤرخ في 28|11|1984، (دون ذكر رقم الملف)، أشار إليه احمد كويسي، محمد الهيني، م.س، ص 322.

844- محمد صادق، حماية مستهلك الخدمات البنكية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المقاولات التجارية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية: 2010-2011، ص 55.

845- تنص المادة 19 من المرسوم على أنه: "رغبة في ضمان تنمية الاقتصاد والدفاع عن العملة وحماية المودعين يمكن أن يصدر وزير المالية قرارات بما يلي بعد استشارة مجلس القرض والسوق المالية:

...

- تحديد شروط قسوى أو دنيا فيما يتعلق بمدى القروض أو بعض أصناف القروض وبمبلغها ومقدار فائدتها وغير ذلك من كيفيات منحها؛

- تحديد شروط قسوى أو دنيا لكيفيات جمع الأموال المتلقاة من العموم ولإدائها الفوائد عنها".

- مرسوم ملكي رقم 1067.66، صادر بتاريخ 10 محرم 1387 (21 أبريل 1967) المتعلق بالمهنة البنكية والقرض، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2243، بتاريخ 15 محرم 1387 (26 أبريل 1967)، ص 826.

846- تنص المادة 112 من ظهير 1993 على أنه: "تنسخ أحكام: -المرسوم الملكي رقم 1067.66 بتاريخ 10 محرم 1387 (21 أبريل 1967) (المعتبر بمثابة قانون يتعلق بالمهنة البنكية والائتمان، - الظهير الشريف رقم 1.84.145 بتاريخ 6 محرم 1405 (2 أكتوبر 1984) (المعتبر بمثابة

وقد نظم هذا القانون موضوع الفوائد البنكية في عدة فصول مستهلا ذلك بتحديد نطاق تطبيق مقتضيات هذا الظهير وما يدخل في حكم عمليات الائتمان، كما خول لوزير المالية ودون الإخلال بالسلطات المسندة إلى بنك المغرب صلاحية تحديد الشروط المتعلقة بمدى الائتمان وحكمها وأسعار الفائدة المستحقة وإجراءات منحها كما جعل هذا القانون تحديد سعر الفائدة من اختصاص السلطة المكلفة بالمالية.⁸⁴⁷

ولتحديد الإطار القانوني المطبق على الفوائد نصت المادة 105 من نفس القانون على أنه: "استثناء من أحكام الظهير الشريف الصادر في 8 ذي القعدة 1331 (9 أكتوبر 1913) المحدد بموجبه في القضايا المدنية والتجارية السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الإتفاقية كما وقع تغييره يجوز لوزير المالية أن يصدر تطبيقا للفقرتين 1 و2 من المادة 13 من ظهيرنا الشريف هذا قرارات يحدد فيها أسعار الفائدة المدينة والدائنة المعمول بها في العمليات التي تقوم بها مؤسسات الائتمان".

هذا وقد تم إلغاء قانون 1993 بمقتضى القانون البنكي لسنة 2006، وقد أبقى هذا الأخير على جميع النصوص والمراسيم المتخذة تطبيقا لظهير 1993 والتي لا تخالف مقتضياتها الأحكام الواردة في القانون الجديد⁸⁴⁸، وقد أعاد هذا الأخير التنصيص على ما منحه ظهير 1993 لوزير المالية في المادة 13 مع فارق بسيط يتمثل في استطلاع وزير المالية لرأي لجنة مؤسسات الائتمان فيما يتعلق بتحديد سعر الفائدة وهو ما يظهر لنا في المادة 42 من القانون رقم 34.03، وهنا يمكن القول أن قرارات وزير المالية المنظمة للفوائد والصادرة تطبيقا لظهير 1993 تبقى سارية المفعول وأخص بالذكر قرار 31 يناير 1996⁸⁴⁹ وقرار 20 يناير 1997⁸⁵⁰، على اعتبار أنهما لا يخالفان أحكام المادة 42 من القانون رقم 34.03، وهذه القرارات قد تم نسخها حديثا، فقرار 31 يناير 1996 قد نسخ بمقتضى قرار 17 مارس 2010⁸⁵¹ المتعلق بتنظيم الفوائد المطبقة على عمليات الائتمان،

قانون يتعلق ببنوك الاستثمار. على أن جميع النصوص التنظيمية الصادرة تطبيقا للمرسوم الملكي المشار إليه أعلاه رقم 1067.66 يظل العمل جاريا بها فيما يخص جميع أحكام النصوص غير المنافية لظهيرنا الشريف هذا. وتحل الإحالات إلى الأحكام الواردة في ظهيرنا الشريف هذا محل الإحالات إلى الأحكام الموازية لها الواردة في المرسوم الملكي المشار إليه أعلاه رقم 1067.66."

847- تنص المادة 13 من ظهير 1993 على ما يلي: "رغبة في ضمان تنمية الاقتصاد والدفاع عن العملة وحماية المودعين والمقترضين. يمكن أن يحدد وزير المالية فيما يخص جميع مؤسسات الائتمان أو بعض أصنافها، دون إخلال بالسلطات المسندة إلى بنك المغرب بالظهير الشريف رقم 159.233، الصادر في 23 من ذي الحجة 1378 (30 يوليوز 1959):...

- الشروط المتعلقة بمدى الائتمانات وحجمها وأسعار الفائدة المستحقة عليها وإجراءات منحها الأخرى.
- ..."

848- تنص الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 149 من قانون مؤسسات الائتمان على أنه: "وتظل سارية المفعول جميع النصوص التنظيمية المتخذة تطبيقا للظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون المشار إليه أعلاه رقم 1.93.147 فيما يخص جميع الأحكام غير المخالفة لأحكام هذا القانون إلى حين تعويضها وفقا لأحكام القانون المذكور.

وتعوض الإحالات إلى أحكام الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون المشار إليه أعلاه رقم 1.93.147 بالإحالات إلى الأحكام المطابقة الواردة في هذا القانون".

849- قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية رقم 143-96، الصادر بتاريخ 10 رمضان 1416 الموافق ل 31 يناير 1996 المتعلق بتنظيم الفوائد المستحقة لمؤسسات الائتمان.

850 - قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية رقم 155-97، الصادر بتاريخ 11 رمضان 1416 الموافق ل 20 يناير 1997، المتعلق بتحديد الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية المستحقة لمؤسسات الائتمان، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4474، بتاريخ 17 أبريل 1997، ص 846 .

851- تنص المادة 7 من قرار 17 مارس 2010 على أنه: "تنسخ أحكام قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية رقم 143.96 الصادر في 10 رمضان 1416 (31 يناير 1996) بتنظيم الفوائد المطبقة على عمليات الائتمان، كما وقع تغييره وتتميمه".

وبتاريخ 2010/05/12 صدرت دورية عن والي بنك المغرب تتعلق بتطبيق القرار المذكور، كما أن قرار 20 يناير 1997 تم نسخه بمقتضى قرار 29 شتنبر 2006⁸⁵² المتعلق بتعيين الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية المستحقة لمؤسسات الائتمان.

وبناء على كل ما سبق يمكن القول أن الأساس القانوني للتعامل بالفائدة يتمثل في القوانين الخاصة بالمنظمة لها من خلال إعمال قاعدة أن النص الخاص أولى بالتطبيق من النص العام، ما دام أن القانون البنكي ينظم نشاطا خاصا تتولاه مؤسسات الائتمان باعتبارها طرفا احترافيا في مجالها المهني، وأنها تتعامل بما انتهت إليه من تقنيات في ممارسة نشاطها وما استقرت عليه من عادات غير مكتوبة تعتمد عليها في ممارستها العملية، في حين يبقى ظهير الالتزامات والعقود باعتباره الشريعة العامة يلجأ إليها في حالة عدم وجود نص خاص لتنظيم مسألة معينة.⁸⁵³

وخلافا لهذا التوجه يذهب أحد الفقه⁸⁵⁴ إلى أن القول بأن البنوك المغربية تستمد جواز تعاملها بالفوائد مع زبائنها من القوانين الخاصة بتنظيم المهنة البنكية لا يمكن أن يصح تصوره، ذلك أن هذه القوانين لا تتعلق في باب تعرضها للفائدة البنكية، بتحريم أو إباحة اشتغال البنوك بها، وإنما تتعلق فقط بأسعار هذه الفائدة وكيفيات تحديدها والجهات الرسمية التي لها الصلاحية في هذا الشأن وذلك استثناء من أحكام الفصل 875 من ق.ل.ع والنصوص القانونية الصادرة لتطبيقه، مع العلم أن الفصل 875 قد ورد في سياق تحديد كيفية تطبيق مقتضيات الفصل 871 من نفس القانون الذي يجيز لغير المسلمين اشتراط الفائدة فيما بينهم والذي لا علاقة له بما يجيزه بالفصل 870 السابق له المحرم لاشتراط الفائدة فيما بين المسلمين كما سبق توضيح ذلك.

فعلى الرغم من حداثة القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، فإنه لم يتطرق لأي مقتضى قانوني يؤسس لتعامل الأبنك بفائدة حيث انطلق من منطق التسليم الفعلي بمشروعيتها.⁸⁵⁵

- قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية رقم 10-947، الصادر بتاريخ 30 ربيع الأول 1413|17 مارس 2010، المتعلق بتنظيم الفوائد المطبقة على عمليات الائتمان، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5832، بتاريخ 22 أبريل 2010، ص 2591.

852- تنص المادة السادسة من قرار وزير المالية لسنة 2006 على أنه: "تنسخ أحكام قرار وزير المالية والاستثمارات الخارجية رقم 155.97 الصادر في 11 رمضان 1417 (20 يناير 1997) بتعيين الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية المستحقة لمؤسسات الائتمان، كما وقع تغييره بالقرار رقم 1122.99 بتاريخ 8 ربيع الآخر 1420 (22 يوليو 1999)".

- قرار وزير المالية والخصخصة رقم 60-2250، صادر في 6 رمضان 1427 (29 سبتمبر 2006) المتعلق بتحديد الحد الأقصى للفوائد الإئتمانية المستحقة لمؤسسات الائتمان، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5470، بتاريخ 10 شوال 1427 (2 نونبر 2006)، ص 3368.

853- هشام البلوي، الفوائد البنكية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ووحدة البحث والتكوين قانون الأعمال والمقاولات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية: 2004-2005، ص 26.

انظر أيضا: - حسناء جبران، حماية مستهلك القرض العقاري في ضوء قانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون المقاولات التجارية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية: 2011-2012، ص 103.

854- امحمد لفروجي، القانون البنكي المغربي وحماية حقوق الزبناء، م.س، ص 283.

855- عبد المهيم حمزة، الأساس القانوني للفوائد البنكية، دراسة نقدية في ضوء الفصل 870 من ق.ل.ع، مقال منشور بمجلة القضاء التجاري، العدد الأول، شتاء| ربيع 2013، ص 98 و 99.

وتجدر الإشارة إلى أن الفوائد البنكية تستمد قوتها من الدوريات التي يصدرها والي بنك المغرب باعتباره يتولى مهمة الإشراف على النشاط الائتماني للأبنك من خلال إصدار دوريات يحدد فيها أسعار الفائدة التي يجب على الأبنك الالتزام بها لكون هذه الدوريات ملزمة للمؤسسة البنكية وإن كانت لا تحمل الصفة التشريعية، بالإضافة إلى ذلك فإن القوة الضاغطة التي تمتلكها الأبنك وواقع الحياة الاقتصادية يحتمان العمل بالفائدة.

ثانيا: أساس الفوائد البنكية في مدونة التجارة

جاءت مدونة التجارة لمواكبة التحولات الاقتصادية والتجارية التي عرفها المجال الاقتصادي، والتي عجز القانون الصادر سنة 1913 الملغى بمقتضى قانون 1996⁸⁵⁶ عن استيعابها ومواكبتها، وهكذا قام القانون الجديد بتنظيم مجموعة من المقتضيات القانونية المتعلقة بالفائدة وذلك بمقتضى المادة السادسة⁸⁵⁷ من مدونة التجارة.

وقد نظم المشرع المغربي موضوع الفوائد البنكية في نصوص متفرقة في مدونة التجارة، وهكذا نجد المادة 162 من نفس المدونة تجيز لصاحب الكميالة المستحقة عند الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع أن يشترط فائدة على مبلغ الكميالة واعتبرت المادة المذكورة هذا الشرط غير موجود في أنواع الكميالات الأخرى.

كما أقرت المادة 495 من نفس المدونة حق البنك في اقتضاء الفوائد بقوة القانون ودون حاجة إلى أي اتفاق بشأنها.

بالإضافة إلى ما سبق، أكدت المادة 497 من مدونة التجارة على حق البنك في رأسملة الفوائد كل ثلاثة أشهر، عندما نصت على أن دين الفائدة المستحقة للبنك يتم تسجيله في الرصيد المدين للحساب المحصور كل ثلاثة أشهر وهو ما يساهم احتمالا في تكوين رصيد لفائدة البنك ينتج بدوره فوائد. وهنا يطرح التساؤل حول الأساس المعتمد في تبرير التعامل بالفائدة في مدونة التجارة؟

جوابا على هذا التساؤل يمكن القول أن مدونة التجارة جاءت بدورها مخالفة لأحكام الفصل 870 من ق.ل.ع، كما هو الشأن بالنسبة لقانون مؤسسات الائتمان.

والرأي فيما اعتقد أن أساس التعامل بالفائدة يجد سنده القانوني في نصوص مدونة التجارة، خاصة وأن الفائدة البنكية من أعمال البنوك التي تعد أعمالا تجارية بطبيعتها، وبما أن مدونة التجارة هي قانون خاص بفئة معينة وينظم مسائل تنتمي أيضا إلى إطار خاص هو التجارة، فإن كل المسائل التجارية يجب أن يرجع الفصل فيها للقوانين والأعراف والعادات الخاصة بالتجارة وهذا ما تؤكد المدونة السالف الإشارة إليها في مادتها الثانية.⁸⁵⁸

856 ينص البند الأول من المادة 733 من مدونة التجارة على أنه: "إن أحكام هذا القانون تنسخ وتغوض الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها حسبما وقع تغييرها أو تميمها مع مراعاة مقتضيات المادة 735 ولاسيما أحكام النصوص الآتية:

- الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان (12 أغسطس 1913) بمثابة القانون التجاري..."

857- ينص البند السابع من المادة السادسة من مدونة التجارة على أنه: "مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري، تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

7 -البنك والقرض والمعاملات المالية".

858- تنص المادة الثانية من مدونة التجارة على أنه: "يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

مبدأ الاحتياط في عقود الخدمات السياحية - في ظل انتشار وباء كورونا -

حمزة أنوبي

طالب باحث، كلية الحقوق الحسن الأول - سطات

من خلال ما تشهده الظرفية العالمية من جراء تفشي فيروس كورونا المستجد⁸⁵⁹، والذي جعل جل الدول تنطوي على نفسها للإحاطة بالأضرار التي قد يخلفها الوباء على الوضع الاقتصادي و الاجتماعي بها، والمغرب مثله مثل باقي الدول تأثر بشكل كبير بما خلفه انتشار هذه الجائحة العالمية، حيث تعطلت مجموعة من الاستحقاقات و المعاملات الاقتصادية الدولية و الوطنية⁸⁶⁰، كما أنه أثر بشكل مباشر على حرية التنقل و التجوال و طنيا و ودوليا بسبب فرض حالة الطوارئ الصحية التي سلكتها مختلف دول العالم التي انتشر بها الفيروس من أجل تطويق المرض و الحد من سرعة انتشاره بعد إعلان منظمة الصحة العالمية أن وباء كورونا بات وباء عالمي⁸⁶¹، داعية بذلك مختلف الدول اتخاذ التدابير الاحترازية و الوقائية للحد من تفاقمه حماية للأفراد و المجتمع برمته.

859 - فيروس أو فيروسات كورونا هي فصيلة فيروسات واسعة الانتشار يعرف أنها تسبب أمراضا تتراوح من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشد حدة، مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية (MERS) و متلازمة الالتهاب الرئوي الحاد الوخيم (السارس). وفيروس كورونا المستجد (nCoV) هو سلالة جديدة من الفيروس لم يسبق اكتشافها لدى البشر. وفيروسات كورونا حيوانية المنشأ، أي أنها تنتقل بين الحيوانات و البشر. وقد خلصت التحريات المفصلة إلى أن فيروس كورونا المسبب لمرض سارس (SARS-CoV) قد انتقل من قطط الزباد إلى البشر و أن فيروس كورونا المسبب لمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية (MERS-CoV) قد انتقل من الإبل إلى البشر. وهناك عدة أنواع معروفة من فيروسات كورونا تسري بين الحيوانات دون أن تصيب عداها البشر حتى الآن. و تشمل علامات العدوى الشائعة: الأعراض التنفسية و الحمى و السعال و ضيق النفس و صعوبات التنفس. وفي الحالات الأشد و طأة قد تسبب العدوى الالتهاب الرئوي و المتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة و الفشل الكلوي و حتى الوفاة. و تشمل التوصيات النموذجية لمنع انتشار العدوى غسل اليدين بانتظام و تغطية الفم و الأنف عند العطس و السعال، و طهو اللحوم و البيض بشكل كامل. و يتعين كذلك تجنب مخالطة أي شخص تظهر عليه أعراض الأمراض التنفسية كالسعال و العطس.

- أنظر: موقع الصحة العالمي:

- <https://www.who.int/ar/health-topics/coronavirus/coronavirus>. Vu le 01/04/2020, à 15h23 min.

- 860

861 - لقد أثبتت الجائحات السابقة أنه عندما تختنق النظم الصحية بالأعباء تزداد كذلك معدلات الوفيات بسبب أمراض يمكن معالجتها أو توقيها باللقاحات. فأتداء فاشية الإيبولا خلال عامي 2014-2015، أدت إخفاقات النظام الصحي إلى تجاوز عدد الوفيات الناتجة عن الإصابة بالحصبة و الملاريا و فيروس العوز المناعي البشري/الأيديز و السل عدد تلك الوفيات الناتجة عن الإصابة بالإيبولا.

- J. W. T. Elston, C. Cartwright, P. Ndumbi et J. Wright: "The health impact of the 2014–15 Ebola outbreak", Public Health, (2017), 143, P: 60-70.

- A. S. Parpia, M. L. Ndeffo-Mbah, N. S. Wenzel & A. P. Galvani, "Effects of response to 2014–2015 Ebola outbreak on deaths from malaria, HIV/AIDS, and tuberculosis", West Africa. Emerging infectious diseases, (2016), 22(3), P: 433.

وفي زمن العولمة الذي تعددت فيه الحيل التي قد تجعل المستهلك يحتاط من محتوى الخدمة ومكونات المنتج⁸⁶² وحتى من الظروف المحيطة به⁸⁶³، وهو وضع اقتصادي فرض على الدول القيام بتوجهات اقتصادية تدعو إلى دعم جودة تقديم الخدمات⁸⁶⁴ وبتحرير الأثمان وتشجيع المنافسة بين التجار.

فقد أثبتت الدراسات التي وضعتها وزارة الصحة والأسرة والمعاقين الفرنسية (MSFPH) على موقع Le Voyageur توضح فيه مدى خطورة الأمراض التي يصاب بها المسافرين عند القيام برحلة ما⁸⁶⁵. ناهيك عن الأحداث الجوية التي تكون وراء

862 - أفاد تقرير إدارة الأغذية والأدوية الأميركية بأن كثيرا من الوجبات الغذائية التي تعدها كبرى شركات الطيران الجوية لا تحضر بشكل آمن وفي ظروف صحية غير ملائمة، ما قد يؤدي لتوعدك صحة المسافرين.

وذكرت صحيفة "USA TODAY" أمس الاثنين أن مفتشي إدارة الأغذية والأدوية الأميركية زاروا عددا من مطابخ الشركات المتخصصة في إعداد الوجبات الغذائية للمسافرين هذا العام للتأكد من سلامتها وعدم انتهاكها للقوانين الصحية، استكمالا لحملة تفتيشية بدأها في هذه الأماكن عام 2009.

وزار مفتشو الإدارة منشآت متخصصة في إعداد الوجبات الغذائية للمسافرين على متن عدد من الخطوط الجوية الكبرى في أميركا مثل: LSG، Sky Chefs، GATE GOURMET و FLYING FOOD GROUPE التي تدير 91 مطبخا وتوفر أكثر من 100 مليون وجبة للمسافرين جوا في العام سواء لركاب الخطوط الجوية الأميركية أو للخطوط الأجنبية أثناء وجودها في المطارات الأميركية.

وقد وجد المفتشون أن بعض هذه المنشآت لا يتقيد بالشروط الصحية لسلامة الأغذية، مثل تخزينها في أماكن ذات حرارة غير ملائمة، واستخدام معدات غير نظيفة أو معقمة وتوظيف عمال لا يتقيدون بقوانين النظافة الشخصية.

كما رأوا في بعض هذه المواقع حشرات مؤذية كالصراصير والذباب والفئران، مشيرين إلى عدم وجود خدمات فعالة لمكافحة هذه القوارض والحشرات، وقد تم الحصول على هذه التفاصيل بموجب قانون حرية المعلومات الأمريكي، فعلق المستشار في الصحة العامة في إدارة الأدوية والأغذية "روي كوستا" بأنه رغم جهود الإدارة فإن بعض الأغذية التي تقدم على الخطوط الجوية أمر يبعث على القلق، والأمر يزداد سوءا ويشكل خطرا صحيا حقيقيا، وهناك احتمال إصابة عشرات آلاف الركاب بالأمراض يوميا.

<http://www.albosala.com/Portals/Content/?info=YvdROU5UYzFPQ1p6YjNWeVkyVTIVM1ZpY0dGblpTWjBIWEJsUFRFbSt1.plx>, Vu le 09/04/2012, à 21h03min.

863 - وجهت دائرة الثقافة والسياحة في أبوظبي جميع الشركات السياحية الداخلية والمطاعم العائمة بإيقاف جميع الخدمات الصحراوية والبحرية بما في ذلك المخيمات البرية "سفاري" والرحلات السياحية البحرية والمطاعم العائمة.

كما سيتم وقف جميع الفعاليات المصاحبة لها بشكل مؤقت وذلك تماشيا مع التدابير الوقائية الخاصة بفيروس كورونا "كوفيد - 19". وأوضحت الدائرة أنه حرصا على السلامة العامة وصحة المقيمين والزوار والعاملين على هذه المرافق، سيتم تطبيق القرار بشكل فوري وحتى إشعار آخر.

وأشارت الدائرة إلى أنه سيتم تفتيش هذه المنشآت السياحية وجميع مرافقها من قبل مفتشي دائرة الثقافة والسياحة-أبوظبي للتحقق من الالتزام بهذه التعليمات، علما أنه سيتم اتخاذ إجراءات قانونية بشأن المخالفين وفق التشريعات النافذة.
أنظر:

-<https://www.alarabiya.net/ar/aswaq/travel-and-tourism>, vu le : 19/03/2020, à 12h35min.

864 - اتجه المغرب منذ فجر الاستقلال نحو اختيار السياحة كدعامة أساسية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وهذا الاهتمام يظهر جليا من خلال السياسة السياحية التي ينفذها وهي حصيلة لمقتضيات مختلف المخططات الثلاثية والخماسية منذ سنة 1965.
- أنظر في ذلك:

- <http://geographie.yoo7.com/t35-topic>, le :10/04/2012, à 20h39min.

865- بغض النظر عن وجهة المسافرين، وظروف السفر، كثيرا ما يصاب هؤلاء بمشاكل صحية ناتجة عن السفر، فمعدل المسافرين الذين يمرضون أثناء السفر. تتفاوت من 15% إلى 64% في جميع الدراسات، اعتمادا على وجهة وشروط الإقامة.
وأيضا كانت الدراسة، فالإسهال والأمراض الجلدية والحمى لا تزال هي المشاكل الصحية الأكثر شيوعا للمسافرين.

- <http://www.levoyageur.net/sante.php>, vu le13/04/2012, à22h32min.

حوادث لا تعلم وكالات الأسفار مثلا السياح بخطورتها، وكذلك مستوى تقديم الخدمات السياحية الرديئة أحيانا للسياح، والتي قد تضر بصحة وسلامة هؤلاء، مما يجعلنا نتساءل عن مدى ضرورة الأخذ بتدابير احتياطية في هذا المجال.

يعد مبدأ الاحتياط « le principe de précaution » مرادفا لمبدأ اتخاذ التدابير في مغزاه، وهو ما أراد المشرع المغربي أن يشيد به حينما عنون قانون 31.08 المتعلق بقانون يقضي باتخاذ تدابير لحماية المستهلكين⁸⁶⁶، مما يفهم من ذلك ضرورة اتخاذ الحيطة والحذر في علاقة المستهلك مع مورد الخدمات السياحية، وهي حسنة تحسب له من حيث منح المستهلك حماية كافية، فمبدأ الاحتياط يعني انتباه وحذر الشخص بأن يختار سلعة أو خدمة لا ترجع عليه بضرر على حياته، ومن هنا تأتي أهمية مبدأ الاحتياط والحذر في تامين مقتضيات قانون الاستهلاك 31.08، كإضافة قانونية جديدة تنضاف إلى مجموعة من القوانين منها القانون 07.28 المتعلق بضمان سلامة وصحة المواد الغذائية⁸⁶⁷، مما جعلت من هذا المبدأ التزاما ملقى على عاتق المورد بوصفه مهنيا وليس بصفته متعاقدا.

ومن هذا المنطلق، تبرز الاشكالية الرئيسية، والمتمحورة في مدى تكريس المشرع لمبدأ الاحتياط في الخدمات السياحية، وإلى أي حد قد يضمن هذا المبدأ الحماية الصحية الفعالة لمستهلك الخدمات السياحية؟

تفرض علينا هذه الاشكالية طرح مجموعة من الأسئلة المتفرعة عنها، إذ نتساءل عن تحديد مفهوم مبدأ الاحتياط، أهدافه، وطبيعته؟ (المطلب الأول)، وأثاره القانونية على الخدمات السياحية دون المنتجات الغذائية التي جاء مبدئيا لتقنينها؟ وكيف سيخدم هذا المبدأ امكانية رفع مستوى الحماية المقررة قانونا لمستهلك الخدمات السياحية؟

المطلب الأول: ماهية مبدأ الاحتياط

ستحدث في هذا المطلب عن مفهوم الاحتياط وأهدافه ومدى امكانية تطبيقه على الخدمات السياحية (الفقرة الأولى)، وكذلك طبيعة ومدى أخذ المورد السياحي بمبدأ الاحتياط (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تأصيل مفهوم مبدأ الاحتياط وأهدافه

من المعلوم أن كل مفهوم يأتي به المشرع فإن له ما يبره، ومبدأ الاحتياط لا يخرج عن هذا الأساس (أولا)، كما أن مشروعية هذا المبدأ تتيح لنا امكانية التساؤل عن الأهداف المتوخاة منه (ثانيا).

أولا: مفهوم مبدأ الاحتياط

ظهر مبدأ الاحتياط⁸⁶⁸ في قانون البيئة الفرنسي، ثم أجريت الدراسات والتقارير حول إمكانية مد نطاقه إلى مجالات أخرى، ويعني هذا المبدأ أن غياب التأكد العلمي أو المعرفة العلمية الأكيدة لا يعني التأخر في اتخاذ التدابير الفعالة والمناسبة،

866 - الصادر تنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5932، بتاريخ (7 أبريل 2011)، الصفحة 1072.

867 - ظهير شريف رقم 1.10.08 صادر في 26 من صفر 1431هـ (11 فبراير 2010) بتنفيذ القانون رقم 28.07 المتعلق بالسلامة الصحية للمنتجات الغذائية، جريدة رسمية عدد 5822، فاتح ربيع الآخر 1431 (18 مارس 2010)، الصفحة 1101.

- و أنظر كذلك: مرسوم رقم 2.10.473 صادر في 7 شوال 1432 (6 سبتمبر 2011) بتطبيق بعض مقتضيات القانون رقم 28.07 المتعلق بالسلامة الصحية للمنتجات الغذائية، الجريدة الرسمية عدد 5982 الصادرة بتاريخ فاتح ذو القعدة 1432 (29 سبتمبر 2011).

868 - تعد الجمعية العامة للأمم المتحدة أول من تحدث عن مبدأ الاحتياط من خلال الميثاق العالمي للطبيعة سنة 1982، وتم تكريس هذا المبدأ في مؤتمر قمة الأرض المنعقد آنذاك ب"Rio-dejinerio" البرازيلية من 3 إلى 14 يونيو 1992، الذي يوجب اتخاذ تدابير وقائية على نطاق واسع

وبتكلفة اقتصادية معقولة، من أجل مواجهة خطر تحقق أضرار خطيرة وغير ملموسة للبيئة « article L200-1 du code rural française »، وقد اعتمد هذا المبدأ في مجال صحة وأمن المستهلكين كالتزام مكمل للالتزام بضمان السلامة، وقد أثير بصفة خاصة في قضية جنون البقر⁸⁶⁹. وها هو اليوم يثار بشكل كبير في جائحة كورونا.

وقد تأثر ميدان السياحة بتطبيق هذا المفهوم في ما يخص بعض الخدمات السياحية المقدمة للمستهلكين من خلال وقف الدولة المغربية جميع الرحلات الجوية من وإلى المملكة اعتباراً من يوم الجمعة 13 مارس 2020 وحتى إشعار آخر للحد من انتشار فيروس كوفيد 19⁸⁷⁰، إذ أصبحت تثار مسألة الاحتياط والحذر في هذا المجال، بل أصبحت تقاس مدى جودة بعض المؤسسات السياحية بمدى أخذها بهذا المفهوم، فمبدأ الاحتياط يضمن حماية مزدوجة لكل من مورد الخدمة ومستهلك الخدمة السياحية على السواء.

ونستشهد هنا بقرار قضائي فرنسي⁸⁷¹ حول ضرورة اتخاذ كافة الاحتياطات لمنع ما قد يتعرض له مستهلك الخدمة السياحية النزول في فندق من مخاطر أثناء سيره أو تجوله في الفندق، بعدم قيامه بإنارة فناء الفندق بدرجة كافية، وأساس هذا المبدأ هو العقد الذي يوجب عليه أن يمكن النزول من الانتفاع بغرفته وأيضا الذهاب إليها دون أن يصيبه ضرر. ومن خلال هذا القرار تتجلى ضرورة تكريس مبدأ الاحتياط في مثل هذه العقود.

وإذا كان القضاء الفرنسي⁸⁷²، قد رسخ مبدأ الاحتياط وجعله مكملًا للالتزام بضمان السلامة، فإن القانون المغربي لم يعطي إلى حد الآن أهمية كبيرة لهذا المبدأ بقدر ما أعطاه للالتزام بضمان السلامة، وخاصة في العقود المتعلقة بالخدمات

من قبل الدول لحماية البيئة وفقا للإمكانيات المتوفرة، وأنه لا يعزى تبرير عدم اعتماد تدابير كفيلة بمنع التدهور البيئي للضعف والنقص الطاصل للتوقعات العلمية الكاملة. كما أكدت على هذا المبدأ أيضا وثيقة الأمم المتحدة المعتمدة من قبل اللجنة الفرعية لتعزيز حقوق الانسان في جلستها 22 المبرمة مع الموردين والمستهلكين في 12 غشت 2003.

- أنظر في ذلك، مداخلة للأستاذة عائشة فضيل: "مبدأ الحيطة والحذر وحماية المستهلك"، مجلة الدفاع، العدد السادس (خاص لأشغال الندوة العلمية التي نظمتها هيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف بسطات، بشراكة مع مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بجامعة الحسن الأول) في موضوع: (قراءة في القانون رقم 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك)، بتاريخ 17 يونيو 2011، الصفحة: 44.

869 - وقد تغلغل تطبيق مبدأ الحيطة تدريجيا في ميدان الصحة. إذ قررت السلطات الفرنسية كمبدأ أساسي العمل على الحد من مرض التهاب الكبد، حيث تم القيام بإجراء عملية التلقيح لتلاميذ المدارس كإجراء احترازي، وكذلك أيضا تم القيام بمثل هذا الإجراء بالنسبة لمرض جنون البقر (المرض الدماغى الإسفنجى البقرى). وقد أعطت هذه الحالة محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي الفرصة لتعبر أنه "يجب أن تقبل أن عندما يكون هناك شك في وجود مخاطر تشكل تهديدا لصحة الإنسان، وكان بالإمكان للمؤسسات اتخاذ تدابير وقائية من دون الحاجة إلى الانتظار حتى تتجلى تماما حدة المخاطر".

- KOURILSKI (Phillipe) et VINEY (Genviève): "Le Principe de Precaution", rapport au Premier Ministre, JACOB. O, Paris 2000.

870- أنظر مقال حول تعليق المغرب للرحلات الجوية والبحرية مع فرنسا وإسبانيا والجزائر بسبب فيروس كورونا:

- <https://www.france24.com>, vu le 01/04/2020, à 17h 30 min.

871 - "Réparation du préjudice moral de passagers d'une embarcation instable et mal équipée, du fait d'avoir assisté à la noyade de leur compagnon (1.500 Euros D.I.)".

- C.A. Paris, 7e Ch. A, 9 mai 2000 (Axa Courtagé / Pays-Fourvel; Dalloz 2000, Jur. 840, note Y.Dagorne-Labbé.

872 - أنظر بعض القرارات القضائية التي نشرها موقع <http://www.jurisques.com> والتي منها:

قرار صادر للبت في الأضرار المعنوية الناتجة عن المشاركة في مغامرة بالسفاري الإفريقية بعد أن توقفت الحافلة الصغيرة للمدعى عليه له مؤقتا من قبل رجال مسلحين

السياحية، بالرغم من تعريفه لهذا الأخير في المادة 3 من الباب الثاني من القسم الأول من القانون 07.28، المتعلق بضمان سلامة وصحة المواد الغذائية على أنه عبارة عن: "مجموعة من التدابير الوقائية المتخذة لتجنب الأخطار الممكن أن تترتب عن استهلاك منتج أولي أو منتج غذائي أو مادة معدة لتغذية الحيوانات، في غياب دلائل علمية ثابتة تضمن مستوى مقبول من سلامة هذا المنتج أو هذه المادة". حيث يخص بهذا التعريف كل منتج أولي أو غذائي معد للاستهلاك الإنساني أو الحيواني دون أن يهتم بما يجب أن تتوفر عليه الخدمة المقدمة لقدر من الاحتياط، في ظل غياب الدلائل العلمية الثابتة والضامنة للسلامة. ويلاحظ مبدئياً من خلال هذا التعريف القانوني، أنه يشير إلى اقتصر تطبيق هذا المبدأ على المنتجات دون الخدمات، مما يجعلنا نتساءل عن امكانية تطبيق هذا المبدأ على الخدمات وخاصة منها الخدمات السياحية؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل لابد لنا قبل ذلك من تحديد أهداف مبدأ الاحتياط التي فسرتها مجموعة من الدراسات القانونية.

ثانياً: أهداف مبدأ الاحتياط

تتجلى فلسفة القانون حول دورها في توجيه مبدأ الاحتياط وفي مواجهة وإدارة المخاطر، ومن أهم أهداف مبدأ الاحتياط هو حسن إدارة المخاطر وكذلك تتميم فعالية الأدوات القانونية المكملة لضمان سلامة المستهلك بصفة عامة والسائح بصفة خاصة.

- **تقوية الحماية المقررة للعقود السياحية⁸⁷³ وحسن إدارة المخاطر⁸⁷⁴**: والتي تعتبر من عقود الاستهلاك كما أنها من عقود الخدمات وهنا يكمن لغز هذه العقود، فهي وإن كانت تتمتع بالحماية المقررة بقواعد حماية المستهلك فإن هذه الحماية غير

- C.A. Paris, 8e ch. D, 8 juin 2000 (Cellerin / Nelles Frontières); D. 2000, Som. p.208, note; Dalloz 2000, Jur. 841, note Y.Dagorne-Labbé.

873 - اعتبرت الاتفاقية الدولية المتعلقة بعقد الرحلة المنعقدة ببروكسل 'Convention internationale relative au contra de voyage (ccv).bruxelles. 23-04-1970'. العقد السياحي عقدا مركبا يشمل عقد رحلة وكذلك عقد وساطة، حيث نصت في فقرتها الأولى من المادة الأولى، بأن عقد الرحلة هو: "عقد تنظيم رحلة أو عقد وساطة في الرحلة، "Contrat de voyage : soit un contrat d'organisation de voyage, soit un contrat d'intermédiaire de voyage". وفي الفقرة الثانية من المادة نفسها، بأنه: "كل عقد يتعهد بموجبه شخص بإسمه بأن يزود شخصا آخر مقابل ثمن إجمالي، بمجموعة من الخدمات المتكونة من النقل والإقامة المنفصلة عن النقل، أو الخدمات المرتبطة بهما " أما الفقرة الثالثة من المادة ذاتها فتعرف عقد الوساطة في الرحلة بأنه "العقد الذي يتعهد بموجبه شخص بأن يزود الآخر مقابل ثمن إما عقد تنظيم رحلة، وإما خدمات أو خدمات منفصلة تسمح بإتمام أية رحلة أو إقامة". ويؤخذ على هذا التعريف فيما يخص عقد الوساطة، أن مهمة تقديم خدمة أو خدمات منفصلة عن النقل والإقامة يدخل ضمن برنامج الرحلة، وبالتالي لا يعبر عن أية وساطة.

في حين ورد تعريف عقد الرحلة الشاملة في التوجيه الأوربي رقم 314/90 المؤرخ في 13/06/1990 المتعلق بالأسفار والإجازات والرحلات الشاملة في الفقرة الأولى من المادة الأولى بأنه: "هو العقد الذي تقوم فيه وكالة السياحة والأسفار بالترتيب المسبق على الأقل لعنصرين من العناصر المذكورة أدناه، مقابل سعر إجمالي، بشرط أن تتجاوز مدة الرحلة 24 ساعة، أو تستعمل على المبيت ليلة واحدة، وهي النقل والإقامة، والخدمات السياحية الأخرى الغير مرتبطة بالنقل أو الإقامة وتمثل جزءا هاما في الرحلة الشاملة.

-La Directive 90_314_CEE du conseil du 13-06-1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, (consulter cette directive sur le site Web : www .europa.eu.int.

874 - حمزة أنوي: "حماية مستهلك الخدمات السياحية في التشريع المغربي"، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم ماستر قانون المقاولات التجارية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، 2011/2012، ص:125.

كاملة لأنها تهتم بصفة أساسية بالمنتجات ولا توفر للخدمات الحماية المطلوبة⁸⁷⁵، والتي منها خدمة النزول في الفندق أو خدمة حجز مقعد بالطائرة مثلاً.

- **تتميم تنفيذ آليات الالتزام بضمان السلامة:** إذ مع ظهور أدوات قانونية أخرى لتحقيق سلامة المنتجات والخدمات، وجب التنسيق بينها وبين الالتزام بضمان السلامة. ومن أهم الأدوات الحديثة في هذا المجال مبدأ الاحتياط⁸⁷⁶، ونشير هنا إلى القرار المدني الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 ماي 1946، والذي أشار بشكل واضح على أن: "الفندقي لا يلتزم بإخراج زبونه من مؤسسته سليماً معافى، وإنما فقط يلتزم بمراعاة قواعد العناية والمراقبة التي تستلزمها سلامة مستهلك الخدمة السياحية، فهذا الأخير يعد ضحية حادثة مادية، ويتعين عليه إثبات أن الضرر الذي تعرض له كان نتيجة نقص في الرعاية والمراقبة التي يلتزم بها الفندقي، والحجة تكون سهلة الإثبات عندما تكون الأماكن أو الأدوات ملوثة"⁸⁷⁷. مما يعني من ذلك ضرورة الأخذ ببعض التدابير الاحتياطية والوقائية اللازمة من طرف الفندقي لضمان سلامة مستهلك الخدمة السياحية.

الفقرة الثانية: طبيعة مبدأ الاحتياط في عقود الرحلات

تقوم وكالة الأسفار⁸⁷⁸ بضمان سلامة السائح، أي أنها تلتزم بضمان سلامة المشاركين في الرحلة طيلة مدة الرحلة أو الإقامة⁸⁷⁹، وهو التزام يمكن اعتباره نقطة تقاطع لكل الالتزامات المفروضة على وكالة الأسفار، ومن قبيل ذلك التزامها بكافة الاحتياطات الضرورية لضمان سلامة السياح وعودتهم راضين عن الرحلة سالمين⁸⁸⁰. ومن هنا نعتبر على أن طبيعة التزام وكالة الأسفار باتخاذ الاحتياط هو في حد ذاته يوازي نفس طبيعة الالتزام بضمان السلامة.

875 -- BRUN (Phillipe) : « La sécurité », in faut-il ré codifier le droit de consommation, p : 121 et 126.

876 -- DESIRI . Jean.Pierre : " La précaution en droit privé".D . 2000, chr. 238; GODAR .O, " La précaution des hésitations aux questions", PA, 30 novembre 2000, p :4.

877- Cass.Civ 6 mai 1946, J.C.P, 1946, II, 3236, note de Rodière.

- Pierre (Py) : «Droit du Tourisme », Dalloz-Sirey , 5ème édition , 2002., P 353.

878-بالنسبة لعقد وكالة الأسفار، فإنه لا يمكن إلا الرجوع للقواعد العامة المنصوص عليها في كل من عقدي الوكالة والمقاوله بحسب التكييف الذي اعتمده القضاء، فإذا ما نظرنا لعقد وكالة الأسفار على أنه عقد وكالة، فإنه يجوز كقاعدة عامة للموكل أن يعزل الوكيل مادام أن الوكالة عقد غير لازم، كما أنه يجوز للوكيل أن يتخلى عن الوكالة، وذلك قبل إتمام التصرف القانوني محل الوكالة أو حتى قبل البدء فيه. - أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: "العقد غير اللزوم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، جامعة الكويت، 1994، ص: 27.

وجواز عزل الوكيل قاعدة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، فقد جاء في المادة 931 من ظ.ع.م: " للموكل أن يلغي الوكالة متى شاء. وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر بالنسبة إلى المتعاقدين وإلى الغير على حد سواء، ولا يمنع اشتراط الأجر من مباشرة الحق. إلا أنه إذا كانت الوكالة قد أعطيت في مصلحة الوكيل أو في مصلحة الغير، لم يسغ للموكل أن يلغيها إلا بموافقة من أعطيت في مصلحته".

879- Patrice (Jourdain) : "La responsabilité contractuelle des agences de voyages du faits des prestataires de services auxquels elles ont recours" , R.T.D. Civ. 88, Octobre/ Décembre, 1989, p 754.

880- سفيان ادريوش: المسؤولية المدنية لوكالات الأسفار والسياحة اتجاه زبائنها، دراسة مقارنة على ضوء القانون الجديد المنظم لوكالات الأسفار"، الطبعة الأولى، فبراير 2001، ص:65.

فبالنظر للمزايا التي يحققها للمستهلك الطرف الضعيف بوجه عام، فقد حاول القضاء أن يوسع من تطبيقات الالتزام بضمان السلامة⁸⁸¹، ويبرز لنا ذلك من خلال موضوعنا هذا أن القضاء اعتبر التزام باتخاذ التدابير الاحتياطية لوكيل الأسفار، بأنه التزام بضمان السلامة دون الحاجة لتكييفه على أنه عقد نقل.

ونشير إلى أن هذه النتيجة سبق لأحد الفقهاء⁸⁸² أن تحدث عنها بقوله على أن العقد الذي يربط بين وكالة السفر والسائح ليس في حاجة لتكييفه بكونه عقد نقل، للقول على أن وكيل السفر يتحمل التزاما بتحقيق نتيجة حين اتخاذه للتدابير الاحتياطية، بل يلتزم بضمان سلامة الراكب على النحو المعمول به في عقد النقل أي التزام ببذل عناية، ولو لم يعتبر ناقلا، بل ولو لم تكن بصدد عقد نقل، وإن كان يجب التمييز بين عقد النقل البري وبين عقد النقل الجوي وكذلك النقل البحري، فالتزام وكيل السفر باتخاذ احتياطاته في عقد النقل البري هو التزام بضمان سلامة السائح، أي التزام يحقق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية⁸⁸³، وعلى عكس من ذلك في النقل الجوي وكذلك البحري حيث يكون الالتزام بضمان سلامة الراكب التزام ببذل عناية وهو ما يتضح من خلال اتفاقية مونتريال في مادتها 20 التي نسخت و عدلت بمقتضى اتفاقية فارسوفيا لسنة 1955 المنعقدة آنذاك بلاهاي⁸⁸⁴.

المطلب الثاني: آثار مبدأ الاحتياط على مستهلك الخدمات السياحية

لمبدأ الاحتياط من مخاطر الأمراض الوبائية مزايا عديدة بالنسبة للمستهلك، بل هو منبع قانون الاستهلاك، على اعتبار أن جميع التدابير المتخذة لتكريس الحماية المقررة للمستهلكين تهدف إلى إبعاد المخاطر التي قد يواجهها هؤلاء في جل مراحل التعاقد، وهو ما جاء به المشرع في اطار مقتضيات عامة تلزم كل مورد للخدمة السياحية أن يقوم بها، إن الدور الوقائي الذي يلعبه مبدأ الاحتياط في قانون الاستهلاك مقرر قانونا وبصفة أساسية للسلع والمنتجات (الفقرة الأولى)، غير أن عمومية النص الذي يقره يدعو للتساؤل عن نصيب الخدمات وخاصة السياحية منها، من هذا الدور (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوظيفة الوقائية لمبدأ الاحتياط في مجال الاستهلاك

إن مكافحة الأخطار التي يمكن أن تحدث للغير من المنتجات هو أمر حديث نسبيا. وبذلك فإن القانون المصري رقم 78-23 الصادر في 10 يناير 1978، قد وضع مبدأ الاحتياط، وقرر هذا القانون التزاما بالرقابة الذاتية *l'auto-contrôle* على

881- جابر محجوب علي: "ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة"، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 1995، ص 237.

882- CHEVEAU (Pierre) : "La croisière maritime", J.C.P 1959, 1498.

883- RODIERE René : La responsabilité des agences de voyage. Recueil Dalloz, 1958, chronique, p 241.

- وتحدث هنا عن طبيعة الالتزام بضمان السلامة في عقود النقل البري وكذلك النقل البحري.

884 - نصت المادة 20 من الاتفاقية على أنه:

"في نقل الركاب والأمتعة وعن الضرر الناجم عن أي تأخير في نقل البضائع، لا يكون الناقل مسؤولا إذا أثبت أنه ورجاله قد اتخذوا جميع التدابير اللازمة لتجنب وقوع الضرر أو أنه استحال عليهم اتخاذها."

- "Article 20 Dans le transport de passagers et de bagages et en cas de dommage résultant d'un retard dans le transport de marchandises, le transporteur n'est pas responsable s'il prouve que lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il leur était impossible de les prendre.

- voir : <http://www.logistiqueconseil.org/Articles/Transport-aerien/Protocole-n4-montreal.htm>, le 20/04/2012, à 01h04min.

عاتق المورد المسؤول عن وضع أو تداول السلع في السوق لأول مرة، مؤدى هذا المبدأ على أن هذا المسؤول أن يتحرى ماذا إذا كانت هذه المنتجات أو الخدمات تستوفي الشروط المعمول بها، والتي تتعلق بسلامة وصحة الأشخاص، وهو ما جاء أيضا في قانون 07.28 المتعلق بضمان سلامة وصحة المواد الغذائية، حينما ذكر في مادته 21 على أنه: "يكلف الأعدان المؤهلون التابعون للمكتب الوطني للسلامة الصحية للمنتجات الغذائية بمهمة البحث عن المخالفات لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه وإثباتها مع مراعاة الاختصاصات المخولة قانونا لضباط الشرطة القضائية وللسلطات العمومية الأخرى. كما يمكن للبيطرة المفوضين القيام بنفس المهمة تحت مراقبة المكتب السالف الذكر".

ويعطي القانون 07.28 للمكتب الوطني لسلامة الصحية وسائل متنوعة للرقابة والتدخل في هذا المجال. كما تقوم وزارة السياحة المغربية⁸⁸⁵ بتقييد حرية مورد العقد السياحي عن طريق القيام بمراقبة المؤسسات السياحية والمرشدين السياحيين من خلال إجراء مسطرة للقيام بمراقبة فعلية لحالة المؤسسة السياحية التي عليها، وذلك من أجل تحسين جودة خدمات هذه الأخيرة وتطويرها. حيث أصدرت في يوم 13 يناير 2010، مديرية التقنين والتطوير والجودة⁸⁸⁶ التابعة للكتابة العامة للوزارة⁸⁸⁷، مسطرة المراقبة والجزاء " *Contrôle et sanction* " للقيام بمهام ميدانية لمراقبة موردي الخدمات السياحية⁸⁸⁸، وتشمل هذه العملية إعداد وإنجاز تقرير عن كل مهمة منجزة من طرف المصالح الخارجية للوزارة، يلخص عدد العمليات المنجزة ونتائجها، مع ذكر الحالات المخالفة للقانون ونوع المتابعة المقررة في حقها.

ويمكن اعتبار مهام المراقبة التي يقوم بها مراقبي المصالح الخارجية⁸⁸⁹ أحد أهم مظاهر الحماية القانونية لمستهلك الخدمات السياحية، فهي رقابة ميدانية تواكب الأنشطة التجارية التي يقوم بها موردو العقود السياحية، وتتأكد من جودة الخدمات وتقوم بمعاينة أساليب تقديم الخدمات وكيفية التعامل مع السياح ودراسة عينات من الأطعمة المقدمة إليهم. إذ تقوم لجنة المراقبة بمعرفة مدى سلامة المنتجات والخدمات، ومدى مطابقتها لمعايير القانونية للجودة، ويفترض في هؤلاء المراقبين الدراية الجيدة بهذا الميدان واجتازوا دورات تكوينية تقوم بها الوزارة الوصية.

وفي تقرير الرقابة الذاتية على السلع والخدمات في مصر، ألزم قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 المورد خلال مدة أقصاه سبعة أيام من اكتشافه أو علمه بوجود عيب في منتج أن يبلغ جهاز حماية المستهلك عن هذا العيب وأضراره المحتملة. وهو أيضا ما أشار إليه القانون 07.28 بحيث إذا ترتب عن هذا العيب إضرار بصحة أو سلامة المستهلك، التزم المورد بأن يبلغ المكتب بهذا العيب فور اكتشافه أو علمه به، وأن يعلن توقفه عن انتاجه أو التعامل به، و يحذر المستهلكين بعدم استخدام المنتج.

885- يراجع في ذلك مرجع محمد بقالي: قانون السياحة بالمغرب. دراسة تحليلية و نقدية م.س، ص 71 وما يليها.

886 - La Direction de la Réglementation, du Développement et de la Qualité.

887- أنظر موقع وزارة السياحة المغربية:

- <http://www.tourisme.gov.ma/arabe/1-Administration-tourisme/3-Organisation/Organisation.htm> le 26-03-2012 a 16h23min

888 - حمزة أنوي: " حماية مستهلك الخدمات السياحية في التشريع المغربي، دراسة مقارنة"، م.س، ص 42 و 43، وكذلك ملحق الرسالة.

889 - ونعني بالمصالح الخارجية، المندوبيات و المديريات الجهوية لوزارة السياحة، والذين يقوم بعمليات المراقبة المذكورة للمؤسسات السياحية ووكالات الأسفار.

ومن الأشياء الجيدة التي نص عليها القانون الفرنسي ما يتعلق بإنشاء لجنة لسلامة المستهلكين في فرنسا: La « Commission De La Sécurité Des Consommation، تقوم هذه اللجنة بتجميع المعلومات عن المخاطر التي تقدمها المنتجات والخدمات، وتقدم هذه المعلومات إلى جمهور المستهلكين، ثم تقترح آراء للجهات المعنية بالإجراءات الوقائية والاحتياطية التي يمكن اتخاذها من أجل الوقاية من تلك المخاطر.

وإلى جانب الإجراءات الهامة السابقة، لا يمكن إهمال النصوص التي تهدف إلى مطابقة المنتجات والخدمات لما ينتظره منها المستهلكين، حتى لو كانت السلامة ليست إلا أحد عناصر هذه المطابقة. وتبدو هذه الفكرة أكثر وضوحاً في العقود التي تبرمها المؤسسات السياحية مع زبائنها.

غير أن مبدأ الاحتياط، ومن خلال ما يستشف من خلال هذه الدراسة في إطار قانون الاستهلاك، وعلى غرار الالتزام بالمطابقة المنصوص عليه في قانون 07.28 المتعلق بضمان صحة وسلامة المواد الغذائية، ليس له هدف وحيد هو السماح لجهة الإدارة باتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات الوقائية، وإنما يمثل كذلك، الأساس القانوني لمسؤولية الموردين عن تعويض الضرر الناتج عن نقص السلامة في المنتجات والخدمات.

الفقرة الثانية: الوظيفة الوقائية لمبدأ الاحتياط في عقود الخدمات السياحية

على خلاف عقد البيع الاستهلاكي للمنتجات، والذي يشكل طائفة متجانسة، فحتى لو أطلق عليها أحيانا "بيع الخدمات"⁸⁹⁰، فإنه لا يمكن، وكما يرى اتجاه من الفقه⁸⁹¹ تشبيه الخدمة بالمال في القانون المدني، فعلى خلاف عقد البيع، فإن الأداءات التي يكون محلها خدمات لا تتضمن ضماناً قانونياً للعيوب الخفية.

وقد أعطى القانون الفرنسي الصادر في 13 يوليو 1994 مفهوم "بيع الرحلة" على الخدمة السياحية، ودون الوقوف عند التسميات فإنه يجب لمعرفة ما يتوافر لهذه الخدمة من ضمانات قانونية الرجوع إلى النصوص القانونية التي تنظمها⁸⁹².

وتقرر النصوص المنظمة للسياحة بفرنسا والمغرب قواعد لحماية مستهلك الخدمات السياحية، ويتناول هذا التنظيم، أولاً الجانب الوقائي. فالمؤسسات السياحية يجب أن تحصل على ترخيص License لممارسة نشاطها، ويتوقف الحصول على الترخيص، على توافر شروط منها الضمانات المالية والتأمين من المسؤولية المهنية. وبالنسبة لكل مشروع منتسب لإحدى الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، تتوافر هذه الشروط إذا أثبت المشروع توافر الشروط اللازمة للممارسة نشاط المؤسسات السياحية⁸⁹³.

890- R. SAVATIER, « La vente des services », D.1971, chr. 223.

891 - J.CALAIS AULOY, F, STEINMETZ, Droit de la consommation, n°244, p:267, se référant à Cass.Civ1.,2 juin 1982, Bull. civ.1, n°204, et citant que la commission de refonte proposait d'instituer une garantie applicable à la fois aux biens et aux services : Propositions pour un code de la consommation, art. L.221, La Documentation française, 1990.

892- حول موضوع المطابقة في عقود الخدمات السياحية والدور الوقائي الذي يلعبه فيها أنظر بصفة خاصة: J.CALAIS-AULOY, F.STEINMENTZ, Droit de la consommation, n°246, p:286 et s.; H.AUBRY, L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, n° 87 et suite., p.113 et suite.

893 - ومن قبيل أشهر المؤسسات الأوروبية المعروفة هناك: Sheraton, Club Marmara, Regency, Club Med.

ويتناول التنظيم القانوني للنشاط السياحي، ثانياً بعض القواعد التي تتعلق بالعقود المبرمة بين وكالة الأسفار وزبائنهم، فقد أورد تقنين السياحة الفرنسي عدداً من الأحكام الإجبارية التي يجب على وكالات الأسفار، نكتفي بذكر أمرين منها يتعلقان بالوقاية في هذا المجال:

يجب على وكالة الأسفار "الموردة للخدمة" أن تعلم ذوي الشأن كتابة، قبل إبرام العقد، بصفة خاصة عن مضمون الأدعاءات المقدمة المتعلقة بالنقل والإقامة، الثمن وطرق الدفع، شروط إلغاء العقد⁸⁹⁴، وتلك المتعلقة بعبور الحدود⁸⁹⁵.

يجب أن يتضمن العقد المبرم بين وكالة الأسفار ومستهلك الخدمة السياحية مجموعة من البيانات، وفقاً لما تحدده اللوائح، الصادرة في هذا الشأن، وتعلق بأسماء وعناوين منظم الرحلة، البائع، الضامن، ويوصف الأدعاءات المقدمة، وبالحقوق والالتزامات المتبادلة للطرفين بصفة خاصة فيما يتعلق بالثمن والمواعيد وطرق الدفع والتعديل المحتمل للثمن، وبإلغاء أو حوالة العقد، وبإعلام العميل قبل الرحلة أو الإقامة⁸⁹⁶.

بالإضافة إلى كل هذا يجب أن يتوفر مورد العقد السياحي على عقد تأمين من المخاطر، حيث أنه في إطار عقود التأمين يعد مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع، غير أن الناقل⁸⁹⁷ لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير إذا أثبت أنه اتخذ هو وتابعوه ووكلاؤه جميع التدابير اللازمة لتفادي الضرر، أو أنه استحال عليه أو عليهم اتخاذ مثل هذه التدابير⁸⁹⁸.

894 - فقد قررت شركة الخطوط الجوية البريطانية الثلاثاء 2011/05/24، "من باب مبدأ الاحتياط"، أنها لن تقدم على القيام برحلات بين لندن واسكتلندا على إثر سحابة الدخان البركاني بهذه الأخيرة الذي يغطيها ويعم بعضاً من ضواحيها قبل 14 ساعة من ذلك التاريخ. وقد تقطعت السبل بالآلاف المسافرين صبيحة ذلك اليوم. وتأثرت المطارات من Glasgow وEdimbourg ليلاً، كما تعطلت أيضاً تلك التي بـ Aberdeen و Inverness . وكشفت كل من الخطوط الجوية البريطانية، Logonair، KLM، Aer Lingus، EasyJet و نيتهم اتخاذ إجراءات إلغاء 16 رحلة جوية أخرى تربط بين أمستردام وشمال المملكة المتحدة البريطانية، بما في ذلك اسكتلندا. خوفاً على سلامة زبائنهم على إثر التأثيرات الجوية القاهرة والتي حالة دون القيام بتلك الرحلات الجوية.

- <http://www.leparisien.fr/environnement/volcan-des-milliers-de-passagers-bloques-en-ecosse-24-05-2011-1464675.php>, vu le 12/04/2012, à 20h33min.

895 - Art. L.211-9 du Code du tourisme français : « Le vendeur doit informer les intéressés, par écrit préalablement à la conclusion du contrat, du contenu des prestations proposées relatives au transport et au séjour, du prix et des modalités de paiement, des conditions d'annulation du contrat ainsi que des conditions de franchissement des frontières ».

896 - Art. L.211-11 du Code du tourisme : « Le contrat conclu entre le vendeur et l'acheteur doit comporter, selon les modalités fixées par voie réglementaire, toutes indications relatives aux noms et adresses de l'organisateur, du vendeur, du garant et de l'assureur, à la description des prestations fournies, aux droits et obligations réciproques des parties en matière notamment de prix, de calendrier, de modalités de paiement et de révision éventuelle des prix, d'annulation ou de cession du contrat, d'information de l'acheteur avant le début du voyage ou du séjour ».

897- وقد يكون الناقل إما وكيل الأسفار نفسه أو مستغل مؤسسة سياحية ممن تعاقد معه المستهلك السائح لأجل الاستفادة من خدمة النقل.

898- تنص المادة 17 من مدونة التأمينات على أنه: " يتحمل المؤمن الخسائر والأضرار الناتجة عن الحادث الفجائي أو الناتجة عن خطأ المؤمن له، عدا استثناء صريح ومحدد في العقد.

غير أن المؤمن لا يتحمل، رغم أي اتفاق مخالف، الخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ متعمد أو تدليسي للمؤمن له".

وبذلك كان لابد من تدخل المشرع حماية لمستهلك الخدمات السياحية، لفرض التأمين على مورد القطاع السياحي عموماً، فإذا رجعنا للمادة 19 من القانون المغربي رقم 61.00⁸⁹⁹، نجدتها تنص على أنه: "يجب على كل مشغل مؤسسة سياحية أن يبرم تأميناً عن مخاطر الحريق وسرقة أمتعة الزبناء والمسؤولية المدنية".

كما يجب عليه إرسال نسخة من عقد التأمين إلى الإدارة داخل الشهر الموالي لتاريخ إبرامه وكذلك الشأن بالنسبة لكل عملية تستهدف تغيير أو تجديد العقد المذكور".

وبهدف ضمان احترام هذا المقتضى، فإن المشرع المغربي قرر جزاءً ردعياً لكل مورد للعقود السياحية، يمتنع عن إبرام عقد تأمين مع مقاوله تأمين، حيث جعل العقوبة عبارة عن غرامة فقط⁹⁰⁰، فقد نصت المادة 23 من القانون رقم 61.00 السالف الذكر على أنه: "يعاقب بغرامة من 100.000 على 200.000 درهم كل مستغل مؤسسة سياحية يمتنع عن إبرام تأمين من مخاطر الحريق وسرقة أمتعة الزبناء والمسؤولية المدنية".

وخلاصة القول، أن المشرع المغربي لم يشر إلى حد الآن لهذا المبدأ 'الاحتياط' في إطار عقود الخدمات عموماً، لما له من أهمية كبيرة صراحة وفيما يهم الخدمات السياحية خصوصاً، مما يتيح لنا كباحثين في هذا الموضوع، صبر أغواره علنا نحاول امداد القارئ بما يفيد في إطار حماية المستهلك، على اعتبار أن كل واحد منا هو مستهلك بالدرجة الأولى وللخدمة السياحية بالدرجة الثانية.

كما نشير إلى ضرورة تبني تدابير احتياطية وقائية في إطار مدونة شاملة للاستهلاك، حيث تشمل هذه الأخيرة حماية مستهلك الخدمات السياحية، إن حاجة المستهلك لقانون يحمي ضعف أو جهل خبرته في التعاقد يستدعي تكريس مبدأ الاحتياط في عمومياته ك:

-ظهير شريف رقم 1.02.238، صادر في 25 من رجب 1423 الموافق ل 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 7 نوفمبر 2002.

-متمم بالظهير الشريف رقم 1.04.05 الصادر في فلتح ربيع الأول 1425 الموافق ل 21 أبريل 2004 بتنفيذ القانون رقم 09.03 القاضي بتنظيم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات. الجريدة الرسمية عدد 5207 بتاريخ 6 ربيع الأول 1425 الموافق ل 26 أبريل 2004.

-مغير ومتمم بالظهير الشريف رقم 1.06.17 الصادر في 15 من محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2006، بتنفيذ القانون رقم 39.05 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات. الجريدة الرسمية عدد 28 - 5399 محرم 1427 الموافق ل 27 فبراير 2006.

-مغير ومتمم بالظهير الشريف رقم 1.07.165 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 الموافق ل 30 نوفمبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 03.07 المتعلق بالتأمين الإجباري عن المرض لبعض فئات مهنيي القطاع الخاص والقاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات. الجريدة الرسمية عدد 2 - 5586 ذو الحجة 13 1428 ديسمبر 2007.

899- ظهير شريف رقم 1.02.176 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423، الموافق ل 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 61.00 بمثابة النظام الأساسي للمؤسسات السياحية، الجريدة رسمية عدد 5030 صادر في جمادى الآخر 1423 الموافق ل 15 أغسطس 2002.

900- وهو ما يؤديه القضاء في مجموعة من المواقف التي تتماشى مع كل هذه الاعتبارات السالفة الذكر لاسيما أن الحكم بالتعويض لا يصيب في النهاية ذمة المورد، وإنما الذي يتحملة هو المؤمن لديه، وبالتالي لا داعي للقول بأن من شأن القضاء من حيث موقفه هذا أن يؤثر سلباً على موردتي القطاع السياحي من ثم على سياسة الدولة بصفة عامة التي تسعى إلى جعل هذا القطاع أحد أهم ركائز التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

- ضرورة تسريع إنشاء المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك لإنعاش ثقافة الاستهلاك وخصوصا السياحية منها. وكذلك التعجيل بإنشاء الهيئة العليا للسياحة،
 - إنشاء جمعيات لحماية مستهلكي الخدمات السياحية، تدافع عن حقوق المستهلكين السياح وطنيا ودوليا.
 - وضع استراتيجيات ودراسات جديدة لتفعيل دور الرقابة على المؤسسات السياحية ووكالات الأسفار، وتنظيم دورات تكوينية للمتدخلين في الميدان السياحي. دون إغفال الإقصاء الكبير الذي يطال السائح المغربي سواء على مستوى الدراسات المستقبلية أو التسهيلات.
- وأیضا اتخاذ تدابير احتياطية خاصة على مستوى تكوين العقد السياحي كالالتزام بالاعلام بمكونات الخدمة والظروف التي قدمت بها مثلا. كما تجب ضرورة التشديد من المسؤولية العقدية، والإقرار بمجموعة من الالتزامات الملقاة على عاتق المهنيين، والتي من بينها التزام بالاحتياط.

المراجع

القوانين والمراسيم:

- قانون رقم 31.08 المتعلق باتخاذ تدابير لحماية المستهلكين، الصادر تنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5932، بتاريخ (7 أبريل 2011)، الصفحة 1072.
- ظهير شريف رقم 1.02.176 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423، الموافق لـ 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 61.00 بمثابة النظام الأساسي للمؤسسات السياحية، الجريدة الرسمية عدد 5030 صادر في جمادى الآخر 1423 الموافق لـ 15 أغسطس 2002.
- ظهير شريف رقم 1.10.08 صادر في 26 من صفر 1431هـ (11 فبراير 2010) بتنفيذ القانون رقم 07.28 المتعلق بالسلامة الصحية للمنتجات الغذائية، جريدة رسمية عدد 5822، فاتح ربيع الآخر 1431 (18 مارس 2010)، الصفحة 1101.
- مرسوم رقم 2.10.473 صادر في 7 شوال 1432 (6 سبتمبر 2011) بتطبيق بعض مقتضيات القانون رقم 07.28 المتعلق بالسلامة الصحية للمنتجات الغذائية، الجريدة الرسمية عدد 5982 الصادرة بتاريخ فاتح ذو القعدة 1432 (29 سبتمبر 2011).

مراجع اللغة العربية

- سامان سليمان الياس الخالتي: "عقد الرحلة السياحية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني"، ص: 89 وما يليها.
- سفيان ادريوش: المسؤولية المدنية لوكالات الأسفار والسياحة اتجاه زبائنها، دراسة مقارنة على ضوء القانون الجديد المنظم لوكالات الأسفار"، الطبعة الأولى، فبراير 2001، ص: 65.
- جابر محجوب علي: "ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة"، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 1995، ص 237.
- أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: "العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، جامعة الكويت، 1994، ص:
- عائشة فضيل: "مبدأ الحيطة والحذر وحماية المستهلك"، مجلة الدفاع، العدد السادس (خاص لأشغال الندوة العلمية التي نظمتها هيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف بسطات، بشراكة مع مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بجامعة الحسن الأول) في موضوع: (قراءة في القانون رقم 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك)، بتاريخ 17 يونيو 2011، الصفحة: 44.
- الأطروحات والرسائل:
- عبد الرحمان الشراوي: "العقد السياحي"، الفصل الثاني من الباب الأول، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، وحدة القانون المدني، أكادال / الرباط، السنة الدراسية 2008/2009.
- محمد مريني: "المسؤولية المدنية لمستغل الفندق في التشريع المغربي، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، القاضي عياض، مراكش 2007/2008، ص: 86 وما بعدها.
- حمزة أنوي: "حماية مستهلك الخدمات السياحية في التشريع المغربي"، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم ماستر قانون المقاولات التجارية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، 2011/2012.

Les Ouvrages :

- A. S. Parpia, M. L. Ndeffo-Mbah, N. S. Wenzel & A. P. Galvani, "Effects of response to 2014–2015 Ebola outbreak on deaths from malaria, HIV/AIDS, and tuberculosis", West Africa. Emerging infectious diseases, (2016).
- CHEVEAU (Pierre) : "La croisière maritime", J.C.P 1959, 1498.

- KOURILSKI .(Phillipe) et VINEY (Genviève): "Le Principe de Precaution", rapport au Premier Ministre, JACOB. O, Paris 2000.
- J. W. T. Elston, C. Cartwright, P.Ndumbi et J.Wright: "The health impact of the 2014–15 Ebola outbreak", Public Health, (2017).
- BRUN (Phillipe) : « La sécurité », in faut-il ré codifier le droit de consommation, p : 121 et 126.
- DESIRI . Jean.Pierre : " La précaution en droit privé".D . 2000, chr. 238; GODAR .O, " La précaution des hésitations aux questions", PA, 30 novembre 2000, p :4
- Pierre (Py) :«Droit du Tourisme », Dalloz-Sirey , 5ème édition , 2002., P 353.
- Patrice (Jourdain) : "La responsabilité contractuelle des agences de voyages du faits des prestataires de services auxquels elles ont recours" , R.T.D. Civ. 88, Octobre/ Décembre, 1989, p 754.
- RODIERE René : La responsabilité des agences de voyage. Recueil Dalloz, 1958, chronique, p 241.
- R. SAVATIER, « La vente des services » , D.1971, chr. 223.
- J.CALAIS AULOY, F, STEINMETZ , Droit de la consommation , n°244 ,p :267, se référant à Cass.Civ1.,2 juin 1982, Bull. civ.,I, n°204.

Les Siteweb

- <http://www.albosala.com/Portals/Content/?info=YVdROU5UYzFPQ1p6YjNWeVkyVTIVM1ZpY0dGbIpTWjBIWEJsUFRFbSt1.plx>, Vu le 09/04/2012,à 21h03min.
- <http://geographie.yoo7.com/t35-topic>, le :10/04/2012,à 20h39min.
- <http://kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/topics/71791/posts/332160>, le25/03/2012, à 17h13min.
- <http://www.levoyageur.net/sante.php>, vu le13/04/2012,à22h32min.
- [http://www.leparisien.fr/environnement/volcan-des-milliers-de passagers-bloques-en-ecosse-24-05-2011-1464675.php](http://www.leparisien.fr/environnement/volcan-des-milliers-de-passagers-bloques-en-ecosse-24-05-2011-1464675.php), vu le12/04/2012,à 20h33min.

فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية

✍️ رانيا جعفر

أستاذ مساعد تخصص القانون التجاري
جامعة الفلاح

ملخص البحث:

إن التقدم العلمي في المجال الإلكتروني وما تبعه من تنمية معلوماتية واتجاه التجارة الدولية إلى التجارة الإلكترونية الدولية التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها أثر في الكثير من جوانب المعاملات بين الأفراد ومنها التأثير البالغ على المراكز القانونية وأسس المسؤولية المدنية والجنائية، ونشأ نتيجة لذلك ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية، ونتج عن ذلك أن ثارت الكثير من التساؤلات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية مثل صفتها وتكييفها والقانون الواجب التطبيق وما إلى ذلك من تساؤلات وأعقب ذلك العديد من النزاعات المتعلقة بتلك المعاملات الإلكترونية ثار بعدها التساؤل عن كيفية حلها وأفضل الطرق وأكثرها ملائمة لحلها مما أوجد ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني أو التحكيم الرقمي كما يحب أن يطلق عليه بعض فقهاء القانون.

Research Summary:

scientific progress in the field of mail, and subsequent computer development, and the direction of international trade for international e-commerce, which is based on the speed of contracting and their implementation, the impact on Many aspects of transactions between individuals, including the effect of law centers, and the foundations of civil and criminal liability, and it has emerged as a result of electronic transactions, and the result that arises many issues related to electronic transactions, such as I have just described, to adapt and applicable law, and thus the issues that followed most Litigation related to these electronic transactions revolted beyond the issue of how to resolve and the best and most practical way to resolve them creating what is called electronic or digital arbitrage.

مقدمة

بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال الإلكترونية وإبرام العقود وتنفيذها عبر شبكة الإنترنت ، اتجه التفكير إلى استخدام نفس هذه التقنيات الإلكترونية لتسوية ما قد ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات ، بمعنى أن إجراءاتها تجري عبر شبكات الوسائل الإلكترونية .

كما أن التقدم العلمي في المجال الإلكتروني، وما تبعه من تنمية معلوماتية، واتجاه التجارة الدولية إلى التجارة الإلكترونية الدولية التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، أثر في الكثير من جوانب المعاملات بين الأفراد، ومنها التأثير البالغ على المراكز القانونية، وأسس المسؤولية المدنية والجنائية، ونشأ نتيجة لذلك ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية، ونتج عن ذلك أن ثارت الكثير من التساؤلات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية مثل صفتها وتكييفها، كيفية حل المنازعات التي قد تحدث، والقانون الواجب التطبيق، وما إلى ذلك من تساؤلات وأعقب ذلك العديد من النزاعات المتعلقة بتلك المعاملات الإلكترونية ثار بعدها التساؤل عن كيفية حلها وأفضل الطرق وأكثرها ملائمة لحلها مما أوجد ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني (أو التحكيم الرقمي كما يحب أن يطلق عليه بعض فقهاء القانون) والذي يعتبر من أكثر المواضيع إثارة للجدل القانوني في وقتنا الحاضر، كما أن له دور فعال في منازعات التجارة الإلكترونية يتمثل في الحسم الفوري لمنازعات التجارة الإلكترونية والتي نتجت عن التطور الهائل للحياة الاقتصادية وازدياد التجارة الدولية وإبرام العقود والأعمال القانونية باستخدام التقنية الإلكترونية.

ويلاقي التحكيم ازدهاراً ملحوظاً في العصر الحديث في مجال المعاملات والتجارة الدولية أمام ما يمكن أن نقول عنه عودة النزعة الفردية وحرية التبادل التجاري وسلطان الإرادة ؛ حيث يعد اللجوء إليه ادعى بالنسبة للتجارة الإلكترونية التي تقوم على السرعة في الإبرام والتنفيذ ولا تتمشى مع بطء وغموض إجراءات القضاء العادي .

ف عندما يثار إشكالات في مثل هذه العقود التي تبرم وتنفذ في العالم الافتراضي ، يرغب الأفراد في حلها بذات الطريقة ومع أن التحكيم التقليدي المتعارف عليه دولياً في حل منازعات التجارة الدولية سريع وغير مكلف مادياً بالنسبة للأطراف ، إلا أن هذا التحكيم يبقى بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئاً ومكلفاً ، وذلك بسبب ضآلة المبالغ المادية أو التعويض المطالب به في غالب الأحيان ، وما قد يؤدي إليه ذلك البطء والتكاليف من تقاعس الأفراد والمستهلكين وحتى التجار عن المطالبة بحقوقهم ، إضافة إلى ما يتطلبه من تبادل مادي للبيانات والطلبات والدفع من الأطراف والاستماع للشهود وغير ذلك من الأمور .

وعليه سوف يتم إيضاح بعض المواضيع المتعلقة بهذه الوسيلة بنوع من الإيجاز على النحو الآتي :

المطلب الأول : ماهية التحكيم الإلكتروني .

المطلب الثاني : الحاجة إلى فض منازعات التجارة الإلكترونية بالوسائل الألكترونية.

ثم يعقب ذلك خاتمة فيها بعض النتائج والتوصيات ذلك ضماناً لسلامة البحث من الناحية الشكلية .

أهداف البحث:-

يهدف البحث إلى توضيح ماهية التحكيم الإلكتروني وقراراته الصادرة في نطاق منازعات التجارة الإلكترونية وضمان فاعلية تنفيذها.

مشكلة البحث:

-يعتبر التحكيم في الوقت الحالي من أهم وسائل تسوية النزاعات التي يسعى إليها الأطراف المتنازعة في نزاعات التجارة الدولية وخاصة التحكيم الإلكتروني وما ينتج عنه من قرارات تتم بوسائل إلكترونية مختلفة، بالتالي أصبح مثار التساؤل هو مدى فاعلية قرارات التحكيم الإلكتروني باعتباره نظام قانوني حديث النشأة يفتقر إلى التأطير بشكل كبير.

منهج البحث:-

إعتمدنا في البحث المنهج التحليلي للوصول إلى حل مقنع ، والمنهج التحليلي هو الأنسب لدراسة الموضوع بكافة جوانبه القانونية .

المبحث الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني**المطلب الأول: مفهوم التحكيم**

تباينت وتعددت التعريفات الخاصة بالتحكيم وذلك وفقاً للزاوية التي يتناول كل فقيه منها التحكيم ،

فيعرفه البعض بأنه : نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضائهم ، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم ، وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم .(1)

وهناك من يعرف التحكم بأنه : الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطاً كان أم مشاركة.(2)

وعلى ذلك فالتحكيم يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى انه يجب أن يكون لإرادة الخصوم شأن فيه ، بحيث إذا محيت هذه الإرادة فلا يعتبر تحكيمياً وإنما هو قضاء دولة ، إلا أن هذه الإرادة لا تكفي دائماً ، بل لابد أن يقر المشرع اتفاق الخصوم ، بمعنى أن يجيز المشرع للخصوم اللجوء التي التحكيم ، فإرادة الخصوم مع إقرار المشرع لهذه الإرادة الجوهر القانوني للعملية التحكيمية ، ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون التزم الخصوم بحسم النزاع عن طريق التحكيم ويلتزمون بحكمه، وتنتهي اثر إراداتهم عند هذا الحد .

ولكن يثور التساؤل التالي وهو هل التحكيم الإلكتروني يشكل تطوراً للتحكيم التقليدي أم هو بديل عنه ؟

ذهبت بعض الآراء إلى التقرير بان التطور التكنولوجي تبعه تطور في كل شيء مثل الرسائل التي أصبحت الكترونية ولا تحتاج إلى أوراق أو استخدام الفاكس أو البريد .

(1) انظر : د. احمد عبد الكريم سلامة : التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 19 .

(2) انظر : د. عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي . دار النهضة العربية القاهرة ، 2000 ، ص 21 .

بينما يرى البعض الآخر بأنه لا يمكن تصور التحكيم بلا المتطلبات التقليدية مثل الكتابة على الورق، الاجتماعات المادية أي الحضور الشخصي لجلسات التحكيم لكل الأطراف والهيئة والتي هي من المظاهر اليومية للتحكيم .

في حين يقرر اتجاه ثالث بأن التحكيم التقليدي لا يجب أن يأخذ قالباً إلكترونياً، كما أن البيئة الإلكترونية لا يجب أن تستخدم التحكيم التقليدي .(3)

ويرى البعض (4) أنه لا يمكن إنكار دور قواعد ومبادئ التحكيم التقليدي في المساهمة في بزوغ التحكيم الإلكتروني، إلا أنه في نفس الوقت لا يجب إغفال وجود قواعد وأعراف جديدة شكلت نوعاً من الاستقلالية للنوع الجديد من التحكيم ، وينبغي دراستها كنوع مستقل من أنواع الحلول البديلة للمنازعات، فقد نشأ التعاقد عبر الانترنت على التحكيم قبل صدور قوانين المنظمة للتحكيم الإلكتروني ، وقد رتب آثاراً لا يمكن تجاوزها رغم عدم المرجعية إلى أي من الاتفاقيات ، ورغم إمكانية أبطال القرار التحكيمي ككل إذا ما طبقنا عليه قواعد الاتفاقيات الدولية (السابقة على نشؤ التحكيم الإلكتروني) والتي مازالت سارية بهذه الخصوص كاتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

وفي نفس الوقت فإن إمكانية عقد إجراءات ولقاءات التحكيم قد جاء نتيجة تطور التكنولوجيا، ففي بعض الحالات يتم انعقاد كامل المؤتمر أو الندوة إلكترونياً عبر الانترنت دون التقيد بشكليات قانونية، ولا شك أن آثار هذه المؤتمرات والندوات لا يمكن إنكارها .

وعليه فليس صحيحاً قصر تعريف التحكيم الإلكتروني على أنه التحكيم عبر تبادل الوثائق فقط ، حيث أن التحكيم الإلكتروني قد يتم إجراؤه بشكل كامل أو جزئي عبر الانترنت أو وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى مثل :

الفرع الأول: الاتفاق الإلكتروني على إجراء التحكيم سواء فيما بين الأطراف أنفسهم أو فيما بينهم وبين هيئة أو مركز التحكيم وذلك عبر تبادل الرسائل الإلكترونية بين الأطراف ابتداءً ، وما بينهم وبين مركز التحكيم الإلكتروني أو تعبئة نموذج خاص ببعض مراكز التحكيم التي تمارس أعمالهم من خلال الانترنت .

ثانياً : أن تتم إجراءات التحكيم عبر وسائل الكترونية ، كانعقاد الجلسات عن طريق الانترنت بواسطة استخدام الوسائل المرئية أو السمعية، أو حتى بواسطة تبادل الرسائل الإلكترونية فيما بين أعضاء هيئة التحكيم ، وفي مراحل متقدمة أكثر فإنه من الممكن سماع شهادة الشهود وإصدار القرار التحكيمي إلكترونياً .

ومن ثم يقرر البعض (1) بأن المفهوم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن المفهوم المتعارف عليه للتحكيم كإجراء خاص بحسم منازعات التجارة الدولية وإن تميز في الآلية التي يتم بها هذا الإجراء من بدايته إلى نهايته باستخدام الانترنت وغيره من وسائل الاتصال الحديثة كالكمبيوتر والفاكس وغيرها .

(3) معتصم سويلم نصير: ((مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني)) . بحث منشور بموقع :

www.arablawninfo.com

(4) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني . دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 41 .

(1) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ص 15 ، 16 .

وبعبارة أخرى فإن الإجراء كله يتم إلكترونياً بدءاً من الاتفاق على التحكيم بملء النموذج الذي يرسل بعد ذلك إلى الطرف الآخر ، فيكون بذلك قد تمت دعوته إلى التحكيم إذا قبل المشاركة فيه بقبول الدعوى التي رفعت ضده مروراً بتبادل المستندات وسماع الشهود والخبراء وانتهاءً بصدور حكم يتعهد الأطراف باحترامه أيّاً كانت القوانين والمعاهدات الواجبة التطبيق والمحكوم لصالحه الحصول على القوة التنفيذية لهذا الحكم .

وعلى ذلك يمكن تعريف التحكيم الإلكتروني بأنه « التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الانترنت ، وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين » .(2)

وقد عُيّنت التشريعات الدولية بهذا النوع من التحكيم وأشارت إليه في العديد من النصوص والتوصيات ؛ حيث أن الهدف من التحكيم الإلكتروني هو تقنية وتأمين بيئة العمل الإلكتروني ، وما يتصل بها من خلال تسوية أو حل المنازعات الإلكترونية القائمة وتقديم الخدمات الاستشارية التي من شأنها منع حدوث المنازعات من أجل مجتمع رقمي معافى .

الفرع الثاني : تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من آليات فض المنازعات إلكترونياً :

تعرّف آليات فض المنازعات إلكترونياً Alternatives Dispute Resolution بأنها صيغة لحل المنازعات تُختار فيها شبكة الإنترنت لتكون جزئياً أو كلياً المكان الافتراضي لحل النزاع ، و لكنها لا تعني بالضرورة أن عملية فض المنازعات برمتها تدار عن طريق شبكة الانترنت ، إذ أن مجرد الاستخدام الجزئي للبريد الإلكتروني كوسيلة إتصال خلال عملية التحكيم يعد آلية لفض المنازعات إلكترونياً و لكن بشكل محدود.

يُرد مصدر الحاجة لهذا النوع من وسائل فض المنازعات إلى:

1 - تباعد المسافات بين المتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية إذ يصبح اللجوء إلى الوسائل التقليدية غير مجد وباهظ التكاليف.

2 - وجود أفضل وأسرع وأرخص وسائل لفض المنازعات باستخدام الوسائل التقنية، الأمر الذي دفع البعض إلى اعتبار التقنية هي الطرف الرابع في المنازعات⁹⁰¹ (1).

و تتمثل آليات فض المنازعات إلكترونياً التي يمكن تمييزها عن التحكيم الإلكتروني في:

أ/المفاوضات الإلكترونية المبسطة: و هي أكثر الوسائل البديلة حلاً للمنازعات وأوسعها انتشاراً، حيث تصل بالأطراف إلى تسوية النزاع بطريقة مرضية لهما بتقريب وجهات النظر وإزالة العقبات التي ولدت النزاع . فهو أسلوب يساعد على الوصول إلى الاتفاق من خلال الإتصالات الثنائية المباشرة لمساعدة أنظمة تقانية عالية لنقل المعلومات وأساليب تخزينها ، وآليات إدارة جلسات عن طريق شبكة الانترنت والأقمار الصناعية وسواها من الوسائل.

(2) انظر : د. خالد ممدوح بحث منشور بموقع : www.kenanaonline.com

⁹⁰¹ عماد الدين المحمد ، ، طبيعة وأمام التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت ، عن موقع :

ب/المفاوضات ذات الطابع الآلي: هي طريقة تمنح أطراف النزاع حق تحديد مجال التسوية وتقديم الطلبات و الدفع في صيغة تسوية تتم عن طريق الكمبيوتر, من خلال مواقع إلكترونية آمنة ومحمية بحصر الدخول إليها لمن يملكون كلمة السر الرقمية⁹⁰²(2).

ج/الوساطة الإلكترونية: هي آلية تدخل طرفاً آخر يسمى بالوسيط بين طرفي النزاع لتقريب وجهات النظر بصورة محايدة و نزيهة ووفقاً لطبيعة العلاقة فيما بينهما وصولاً إلى تسوية النزاع بصورة ودية مرضية للطرفين بإجراءات إلكترونية⁹⁰³(3).

و تختلف الوساطة الإلكترونية عن التحكيم الإلكتروني من حيث:

1- اللجوء إلى الوساطة يتم غالباً بين أطراف لها صلة وثيقة في علاقاتها التجارية , رغبة منها في إنهاء اختلاف وجهات النظر التي أدت إلى حدوث منازعة , بخلاف التحكيم الذي قد يلجأ إليه أطرافه دون معرفة سابقة لإصدار حكم ملزم للطرفين دون الاكترار لاستمرار العلاقة التجارية بينهما .

2- قيام الوسيط بتقريب وجهات النظر وتسوية المنازعة بإدارة وموافقة و رضا الأطراف, في حين أن الحكم الذي تصدره المحكمة يكون لصالح أحد الطرفين و ملزماً للآخر .

3- إمكانية رفض الوساطة أو الانسحاب منها في مرحلة من مراحلها واللجوء إلى التحكيم من قبل أي من الأطراف, في حين أنه يتعذر ترك التحكيم بعد انعقاده إلا بموافقة طرفي النزاع معا.

د/التوفيق الإلكتروني: هو أحد الوسائل الودية لتسوية النزاع من خلال تدخل طرف ثالث بين طرفي النزاع الإلكتروني لتقديم مجموعة حلول مرضية للطرفين يتم اختيار إحداها حسماً له.

و يختلف التوفيق عن التحكيم عموماً في أن قرار الموفق غير ملزم لطرفي النزاع, على خلاف التحكيم الذي يصدر حكمه ملزماً للطرفين⁹⁰⁴(1).

هـ/المحاكم الإلكترونية: هي محاكم تُعقد جلساتها و يتم تقديم الدفوع والطلبات فيها وإصدار الحكم عن طريق شبكة الانترنت.

إذا من بين كل آليات فض المنازعات إلكترونياً يبدأ التحكيم الإلكتروني الوسيلة الأكثر ملاءمة لمعطيات العولمة من حيث:

1- إمكان إجراءه و إصدار الحكم فيه عن طريق الانترنت لأن معظم الوثائق اللازمة لعملية التحكيم يمكن إستبدالها بسهولة بملفات إلكترونية يمكن حفظ المعلومات فيها كتابة .

2- بإعتبار كون طرفي النزاع لا يقيم في بلد واحد فيعقل أن يوجد في طرفي الكرة الأرضية , ولكن هذا البعد الجغرافي يتلاشى تأثيره في ظل وجود شبكة الانترنت , بما يساعد على تنامي التجارة الدولية⁹⁰⁵(2).

⁹⁰² هيثم عبد الرحمن البقلي , التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات , عن موقع :

<http://www.kenanaonline.com/blog/76756/page/>

⁹⁰³ عماد الدين المحمد , المرجع السابق .

⁹⁰⁴ هيثم عبد الرحمن البقلي , التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية النزاع عن موقع :

<http://www.kenanaonline.com/blog/76756/page/3>

⁹⁰⁵ هيثم عبد الرحمن البقلي , المرجع نفسه.

الفرع الثالث: التطور التاريخي للتحكيم الإلكتروني :

إذا كان الفصل في منازعات عقود التجارة الدولية قد يتم عن طريق اللجوء إلى المحاكم الوطنية أو عن طريق اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات ، فإنها جميعها يمكن أن تُستخدم لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية الإلكترونية ، و تشكل الوسائل البديلة المتمثلة في التفاوض والوساطة والتحكيم الموجة الأولى من آليات حل النزاع غير الشكلية والتي تتم بعيدا عن اللجوء إلى القضاء الوطني.

و قد ظهرت الموجة الثانية من آليات حل المنازعات في بداية عام 1991، و الذي تجرى إجراءاته إلكترونيا باستخدام البريد الإلكتروني E- Mail أو المواقع الإلكترونية Web Sites أو المؤتمر المرئي Video Conference ، كما ظهرت وسائل أخرى منها برامج Ombudsman و الخبرة التحكيمية Expertise Arbitral والوساطة – التحكيم Med-Arb وغيرها.

فمع بداية التسعينات من القرن العشرين ظهرت فكرة فض المنازعات إلكترونيا عن طريق الانترنت ، وأصبح حلها يتم بذات الطريقة التي تتم بها إبرام التصرفات القانونية التي تنشأ عنها هذه المنازعات ، و بذلك انتقلت المعاملات التجارية الدولية من مرحلة يتم فيها حل النزاع من خلال الوسائل البديلة لحل المنازعات ADR إلى مرحلة تجرى فيها إجراءات حل النزاع بطريق إلكتروني مباشرة على شبكة الانترنت (On Line Dispute Resolution) ODR (1)⁹⁰⁶.

و بسبب كون التحكيم أكثر وسائل فض المنازعات مواءمة ليتم عن طريق شبكة الانترنت، فقد كانت بداية تطبيق التقانات الحديثة معه ، ويمكن تتبع تطور التحكيم الإلكتروني تاريخيا من حيث أنه :

في عام 1994 أنشأ David Stodolsky مشروعا عرف باسم شبكة القضاء، وتم إعداد قائمة إلكترونية بأسماء القضاة المشاركين شملت أكثر من 40 قاضيا على أساس صوت لكل قاضي ، وكان الهدف من وراء إقامة هذه الشبكة مكافحة عمليات القرصنة، وجرائم التشهير وانتهاكات حقوق المؤلف .

كما ظهر برنامج آخر هو خدمة فض المنازعات المتعلقة بالأسماء والماركات الشهيرة، تقدمها مؤسسات معتمدة من قبل هيئة الانترنت للأسماء والأرقام المشتركة ICANN، و لكن هذا الإجراء كسواه من خدمات التحكيم عبر الانترنت لا يعد ملزما لأطراف النزاع.

في عام 1996 كانت نقطة إنطلاق مشروع محكمة التحكيم الافتراضية وإن كان هذا المشروع قد تصدى لقضية واحدة لم يتم حتى البت فيها لأن أطراف النزاع كانوا قد حلوا النزاع قبل صدور حكم المحكمين.

و في عام 1998 شهد ظهور التحكيم المعجل Expedited Arbitration كنتيجة لطبيعة منازعات العقود الدولية الإلكترونية و ما تتطلبه من سرعة ، استدعت الضرورة البحث عن آلية أسرع من التحكيم الإلكتروني.

و منذ عام 2000 حتى الآن تم الفصل في قرابة 5000 دعوى أغلبها من قبل مركز الوساطة والتحكيم التابع لمنظمة حقوق الملكية الفكرية WIPO. (2).

⁹⁰⁶ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص246، ص248.

و يلاحظ أن المؤسسات التي تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني بعضها عريقة وذات تاريخ طويل في مجال فض المنازعات التجارية مثل غرفة التجارة الدولية ICC والمنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية WIPO و نقابة التحكيم الأمريكية AAA , وبعضها لا زال حديث العهد بالتحكيم عن طريق الانترنت مثل Court House و Virtual Magistrate و Cyber Court و On Line Resolution و Innately Court.

مبدئياً يتحدد الإطار والمرجعية القانونية للتحكيم عن طريق الانترنت في الإتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك والمعاهدات الثنائية والقوانين النموذجية كقوانين اليونسترال وقوانين التحكيم الوطنية بالإضافة إلى اتفاقية جنيف واتفاقية بنما واتفاقية مونتيفيديو بين الدول الأمريكية.

الفرع الرابع: أهداف و صور التحكيم الإلكتروني: توجد ثلاثة أنواع من التحكيم الإلكتروني وهي:

- 1 - التحكيم غير الملزم: وهو التحكيم الذي لا تتمتع فيه القرارات التحكيمية بقوة ملزمة على عكس القرارات التحكيمية التي تجري بصورة تقليدية.
- 2 - التحكيم الملزم المشروط: وهو التحكيم الذي يتمتع فيه أحد الطرفين أو كليهما بحرية قبول القرار التحكيمي الصادر أو رفضه خلال فترة محددة ، يصبح بعدها الحكم ملزماً إذا لم يتم رفضه من قبل الأطراف أو إذا أعلن الطرفان قبولهما له.
- 3 - التحكيم غير الملزم بطبيعته: وهو التحكيم الذي لا يستهدف إصدار حكم تحكيمي يلزم الطرفين على غرار الحكم الصادر من المحاكم الوطنية⁹⁰⁷ (1).

و يهدف التحكيم مبدئياً إلى تأمين بيئة العمل الإلكتروني بكل ما يتصل به من أمور من خلال تسوية أو حل المنازعات الإلكترونية و تقديم الاستشارات بما من شأنه الوقاية من حدوث المنازعات من أجل مجتمع رقمي مُعافي، و لذلك يمكن أن تتحدد أهداف أعمال التحكيم الإلكتروني في التالي :

- 1 - العمل على تقديم مختلف خدمات التحكيم الإلكتروني عن طريق محكمين خارجيين وعبر وسائط الاتصالات الإلكترونية لتسوية أو حل المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية في القطاع العام أو الخاص أو بينهما مكانها البيئة الرقمية.
- 2 - العمل على تقديم الخبرة الاستشارية في المعاملات الإلكترونية مثل الإستجابة لطلب جهات معينة لتكملة عقد به بعض من أوجه الخلل القانوني أو مراجعة أحكام عقد معين في ظل ظروف معينة نشأت بعد إبرامه ، بالإضافة إلى تقديم مختلف أشكال الخبرة الاستشارية في النظم التقنية المعلوماتية و الحوسبة التطبيقية للجهات القانونية مثل المحاكم⁹⁰⁸ (2).

الفرع الخامس: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني:

إن ارتكاز التحكيم على الاتفاق (العقد) في مصدره وانتهائه بقرار يشبه إلى حد كبير الحكم القضائي أدى إلى اختلاف الفقه حول طبيعته القانونية (1) وتفصيل ذلك على النحو التالي :

⁹⁰⁷ خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص256.

⁹⁰⁸ عادل حماد أبو زهرة، عن موقع http://www.drAlmarri.com/show.asp?field=res_a&id=234

(1) انظر : د. احمد عمر بوزقيا : أوراق في التحكيم . منشورات جامعة قاربنوس ، الطبعة الأولى ، 2003 ص 30 .

أ - الطبيعة التعاقدية للتحكيم :

اختلف الفقه والقضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بصفة عامة ، فاعتبر البعض التحكيم عقداً رضائياً ملزماً للجانبين من عقود المعاوضة .

وقد استند هذا الاتجاه إلى أنه طالما أن نظام التحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة ، فإن له طابع تعاقدية فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية وإتباع إجراءات سريعة واقل رسمية من إجراءات المحاكم .

هذا بالإضافة إلى أن الصفة التعاقدية يحتمها أيضاً اعتبار التحكيم من أدوات المعاملات الدولية ، ولاشك أن التجارة الدولية أو المعاملات الدولية تعترضها التشريعات والقضاء في مختلف الدول ، ولا يمكن تحرير المبادلات الدولية إلا عن طريق العقد لما يتصف به من طابع دولي ومن ثم فلن تقم للتحكيم قائمة بدون جوهره التعاقدية . (2)

فاتفاق التحكيم هو الذي يؤدي إلى إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى محكم خاص ، ويعين في ذات الوقت القواعد الإجرائية الواجب إتباعها والقانون الواجب تطبيقه ، ولذلك فإن القرار الذي يصل إليه المحكم في النهاية هو محصلة لتطبيق الشروط التي اتفق عليها الطرفان ولذلك يكتسب التحكيم الصفة التعاقدية . (3)

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن كل مراحل التحكيم تدل بوضوح على أنه ذو طبيعة تعاقدية ويتضح ذلك من خلال الآتي :

- 1 . إن الغاية أو الهدف من التحكيم هو رغبة الأطراف في حل نزاعهم بطريقة ودية عن طريق إخراج النزاع من سلطان القضاء ، وإسناده إلى محكم خاص وقبول الطرفين بالقرار الذي يصدره المحكم . (4)
- 2 . إن التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف عقد التحكيم ، وذلك عكس القضاء الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة هي إقامة العدالة . (5)
- 3 . إن مصدر سلطة المحكم في حل النزاع بين الطرفين هو اتفاق التحكيم ورضاء الخصوم بالقرار الذي يصدره المحكم وعلى ذلك فالمحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف ، وبالتالي لا يمكن أن تكون هذه السلطة قضائية . (6)
- 4 . إن المحكم يمكن أن يكون وطنياً أو أجنبياً عكس القاضي ، الذي لا بد أن يكون وطنياً بالإضافة إلى أن المحكم إذا لم يقم بواجبه فلا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة ، وإذا أخطأ فلا يخضع لقواعد المخاصمة ولا يلزم أن تتوافر في المحكم الشروط الواجب توافرها في القاضي .
- 5 . إن عمل المحكم لا يمكن اعتباره عملاً قضائياً سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية المادية .

(2) انظر : د. مختار بربري : التحكيم التجاري الدولي . دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1995 ، ص 7 .

(3) انظر : د. احمد عمر بوزقية : مرجع سابق ، ص 32 .

(4) انظر : د. احمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري . منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، 1979 ، ص 152 .

(5) انظر : د. جورجى شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية . دار النهضة العربية القاهرة ، 1999 ، ص 36 .

(6) انظر : د. احمد حسان الغندور : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات . رسالة دكتوراه ، جامعة بني سويف ، 1998 ، ص 30 .

فمن الناحية الشكلية لا يلزم المحكمون بإتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون إذا ما أعفاهم الخصوم من التقيد بها ، ومن الناحية المادية ليس للمحكم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي ، فهو لا يستطيع مثلاً إلزام شاهد بالحضور أمامه وتوقيع غرامة عليه في حالة عدم حضوره ، ولا يستطيع إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده ليكون منتجاً في الدعوى .

وفي إطار تقييم هذا الاتجاه ذهب البعض إلى القول بأن هذا الاتجاه له فضل إبراز الدور الذي يؤديه اتفاق الأطراف في مجال التحكيم ، غير أنه يتجاهل مع ذلك حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم .

فالمحكم يقوم في الواقع بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي ، وهو ينتهي في هذا الشأن إلى حكم مشابه للحكم الذي يصدره القاضي ، ولعل مرجع هذا التجاهل هو الانطلاق من ظاهرة هيمنة الدولة الحديثة على الوظيفة القضائية واحتكارها إقامة العدل بين الناس بواسطة قضاة موظفين يختارون من قبلها إذ الاستسلام لواقع هذه الهيمنة وهذا الاحتكار من شأنه أن يحول دون الاعتراف لمحكم يختاره طرفا النزاع ويحددان صلاحياته بوظيفة قضائية ويؤدي من ثم إلى البحث عن تفسير آخر لنظام التحكيم لا يتصادم مع الحقائق الواقعة .

وهذا ما تقدمه بالفعل فكرة العقد التي تدور في فلك آخر غير فلك القضاء ، هو فلك سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقود ، لكن النظر إلى هيمنة الدولة على الوظيفة القضائية واحتكارها لإقامة العدل بين الناس من خلال السياق التاريخي للأمور ، من شأنه أن يفتح الباب أمام البعض بالدور القضائي الذي يؤيده المحكم ، فاحتكار الدولة للقضاء ولتنظيم السلطة القضائية إن هو إلا مرحلة من مراحل تطور الوظيفة القضائية سبقته مرحلة كان التحكيم يستقل فيها بهذه الوظيفة أو يكاد، وتلوح في الأفق ملامح مرحلة أخرى تتوزع فيها الوظيفة القضائية بين قضاء الدولة وبين التحكيم .(1)

ب - الطبيعة القضائية للتحكيم :

حيث يرى أنصار هذا الاتجاه إسباغ الطابع القضائي على التحكيم ، وذلك على اعتبار أن التحكيم هو قضاء إجباري ملزم للخصوم حتى ولو اتفقوا عليه ، وإن التملص منه لا يجدي وإنه يحل محل قضاء الدولة الإجباري وإن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم ، كما أن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ، هذا بالإضافة إلى أن كل من المحكم والقاضي يحل النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه .(2)

وقد ذهب البعض في سبيل استظهار أوجه الشبه بين نظام التحكيم ونظام القضاء إلى الموازنة بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم ودورها في القضاء ، فإذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادة من طرفيه ، فإن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب احدهما ، ومتى تم هذا العمل تعلق به حق الآخر بحيث لا يجوز لرافع الدعوى النزول عنه إلا بموافقة خصمه ، وقد يتفق أطراف النزاع على رفعه إلى محكمة غير المحكمة المختصة به أصلاً أو إلى محاكم دولة غير الدولة التي يثبت الاختصاص لمحاكمها .

(1) انظر : د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي . دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 26 .

(2) انظر : د. إبراهيم احمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 31 .

وقد يتفق أطراف الخصومة على النزول عنها بعد رفعها ، وهذا كله دليل واضح على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلاً من القضاء ليس له من اثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة. (3)

وقد استند هذا الاتجاه في تقرير الصفة القضائية للتحكيم إلى المبررات الآتية :

1 . أن وظيفة المحكم لا تعدو أن تكون وظيفة قضائية ، وإن ما يصدر عنه من أحكام تعد أعمالاً قضائية سواء كانت صادرة طبقاً لقواعد القانون أو وفقاً لقواعد العدالة ، هذا فضلاً على المحكم يملك تصحيح أحكامه من الأخطاء المادية التي تشوبها وإن كان ذلك مقيد بتوافر الشرطين الآتيين :

الأول : ألا يكون ميعاد التحكيم قد انقضى ، لأنه بفوات هذا الميعاد تزول سلطته .

الثاني : ألا يكون قد تم إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة ولو تم هذا الإيداع قبل انقضاء ميعاد التحكيم .

2 . إن الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم ذات طبيعة قضائية ، وبالتالي يكون حكم المحكم بمثابة حكم قضائي على اعتبار أن المحكم يحل محل القاضي فتكون له وظيفته القضائية ، فأحكام المحكمين تعتبر أحكاماً قضائية سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون أو الموضوع .

3 . إن حكم التحكيم يعتبر قد صدر من تاريخ كتابته والتوقيع عليه ، والأمر الصادر بتنفيذه لا يتدخل في مضمون الحكم ، وإنما هو مجرد إجراء شكلي الغرض منه التأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ حكم التحكيم ، فالأمر الصادر من القاضي لتنفيذ حكم التحكيم يتماثل مع الأمر الصادر منه لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية .

ج - الطبيعة المختلطة للتحكيم :

يرى هذا الاتجاه إن التحكيم ليس إلا قالباً قانونياً يحتوي عملياً ، الفاعل في احدهما غير الفاعل في الآخر ، وهما اتفاق التحكيم وقضاء المحكم ، فالأول يحدثه المتنازعان ، والثاني يحدثه المحكم .

فاتفاق التحكيم ، فهو وإن كان عقداً له كل الخصائص العامة للعقود إلا أنه يتميز عنها بهدفه وموضوعه في أن واحد ، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية مبتداه بين الطرفين مالية كانت أو شخصية كما هو الحال في غيره من العقود ، وإنما تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة قائمة بالفعل وأما موضوعه فهو ليس التراضي على تسوية نهائية محددة بذاتها للنزاع ، وإنما إقامة كيان عضوي - فرداً كان أو هيئة - ترفع إليه ادعاءات الطرفين ويتولى الفصل فيها استقلالاً عنهما .

أما عمل المحكم فهو يتمثل في حسم المنازعة ، وهو يتولى بالضرورة هذا العمل وفقاً للضوابط العامة التي يضعها النظام القانوني لحسم المنازعات والتي تجد مكانها في التنظيم التشريعي لقضاء الدولة بحسبانه التنظيم العام الذي يسري على كافة الهيئات ذات الصفة القضائية - وأهمها إلى جانب قضاء الدولة - الهيئات واللجان ذات الطابع القضائي وجهات التحكيم .

(3) انظر : د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال : مرجع سابق ، ص 42 .

وصفوة القول فيما يتعلق بمدى انطباق أي من النظريات الثلاثة على التحكيم الإلكتروني نجد أن النظرية الثالثة ويُعني بها النظرية المختلطة والتي تقرر عدم خضوع التحكيم لأي قانون وطني بدءاً من اتفاق التحكيم وانتهاءً بحكم التحكيم هي أنسب وأفضل النظريات الملائمة للتحكيم الإلكتروني وذلك وفقاً لطبيعته إجراءاته حيث يتم رفع الدعوى ، وتوجيه الإخطارات بالمحرمات اللاحقة على الدعوى عبر البريد الإلكتروني ، كما أن القرارات والاطلاعات والاتصالات الأخرى تتم بنفس الطريقة ويسبق هذه الإجراءات اتفاق الأطراف على قبول عملة حلول المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية والتحكيم التجاري الدولي دون اكتفاء بما تقرره الاتفاقات الدولية والتشريعات المقارنة النافذة في الوقت الحالي . (2)

الفرع السادس: مزايا التحكيم الإلكتروني ومعوقاته :

أ- مزايا التحكيم الإلكتروني :

إذا كان الواقع يقول بأن نشأة التحكيم الإلكتروني كان مصدرها الفضاء التخليبي والانترنت ، إلا أنه لازال بالإمكان استعمال الوسائل الإلكترونية وتقنية المعلومات حل عديد من العقبات التي تواجه الحلول البديلة للنزاعات التجارية الناشئة في العالم الواقعي ، وإذا كان التحكيم يتصف بأهمية خاصة في حل المنازعات الدولية ، وذلك بالنظر إلى سهولة إجراءاته والسرعة في الفصل في المنازعات مقارنة بالإجراءات القضائية العادية ؛ ذلك أن هيئة التحكيم عادة ما تضم محكماً متخصص فنياً في مجال موضوع التحكيم ليتمكن من إيجاد الحلول الملائمة للنزاعات بطريقة أسرع وأفضل مما يجدها القضاة العاديين لأنه يعايش المهنة أو العمل مما يجعله أقدر على حل النزاع بطريقة عملية وواقعية . (3)

كما يتميز التحكيم بالسرية ، ويجنب الأطراف سلبيات طرح نزاعهم أمام الجمهور على عكس المحاكم العادية التي تخضع لمبدأ علانية المحاكمة .

فإنه بالإضافة إلى الميزات السابقة فإن التحكيم الإلكتروني يتميز بدوره بمزايا إضافية أهمها ، عدم التزام الأطراف بالانتقال من بلد إلى آخر من أجل حضور الجلسات وتبادل الوثائق والمستندات ، ويتم تبادل المستندات في التحكيم إلكترونياً بطريقة فورية وأنية على شبكة المعلومات أو الفاكس الأمر الذي يتلاءم مع كون الوقت عنصراً جوهرياً في المعاملات الاقتصادية .

أضف إلى ذلك سرعة إصدار الأحكام لسهولة الإجراءات حيث يتم تقديم المستندات والأوراق بالبريد الإلكتروني ، ويمكن الاتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الانترنت ، ويلاحظ أن المميزات العديدة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني أسهمت في فعالية الحقوق الذاتية للمستخدمين في العالم الافتراضي .

ويضيف البعض (4) أن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يجنب أطراف العقد عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الإلكترونية سواء قانونياً أو قضائياً ، حيث يجنبهم عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد المحكمة المختصة ، وهذا الأمر ليس بالأمر اليسير وفقاً للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه.

(2) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 20 .

(3) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : مرجع سابق ، ص 53 .

www.f.law.net/Law

(4) انظر : د. نبيل زيد مقابلة : ((التحكيم الإلكتروني)) . بحث منشور بموقع :

كما يتميز التحكيم الإلكتروني بقلّة التكلفة وذلك بما يتناسب مع حجم العقود الإلكترونية المبرمة التي لا تكون في الغالب الأعم كبيرة بل متواضعة ، وتستخدم أحياناً نظم الوسائط المتعددة التي تتيح استخدام الوسائل السمعية والبصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف وللخبراء ، وهذا يقلل من نفقات السفر والانتقال .

هذا فضلاً عن وجود اتفاقية دولية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين وهي اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام 1958، وذلك على خلاف أحكام القضاء حيث لا يوجد حتى الآن اتفاقية تحكيم بشأن الاعتراف والتنفيذ الدولي مثل اتفاقية نيويورك المذكورة آنفاً مع إن هناك اتفاقيات إقليمية وثنائية لتنفيذها .

ويلاحظ أن المحكم في التحكيم الإلكتروني قد يطبق قواعد تحقق مصالح أكبر من تلك التي نص عليها التشريع الوطني ، تكون موجودة في قانون الطرف الآخر أو من طبيعة الأعراف التجارية وفقاً لطائفة معينة من طوائف التجارة ، كما أن المحكم يهدف إلى تحقيق مصالح وأهداف المجتمع الدولي والوسائل التي يمكن له استعمالها لاحتزام وحماية مصالح الطرف الضعيف أو المستهلكين تكون أكثر من تلك الممنوحة للقاضي الوطني ؛ حيث يمكن للمحكم أن يختار ضمن عدة قوانين ليحدد القانون الذي يحقق الأهداف التي تحمي الطرف الضعيف أو المستهلك (1).

ب- معوقات التحكيم الإلكتروني :

على الرغم من المزايا المتعددة للتحكيم الإلكتروني ، إلا أنه توجد بعض المشكلات والمعوقات التي تعترض التحكيم الإلكتروني تتمثل في الآتي :

1 . الأهلية :

اشتراط سائر أنظمة وتشريعات التحكيم وجوب توافر الأهلية القانونية في كل من فريق النزاع والمحكمين . وبالطبع فإن مسألة بحث الأهلية بالنسبة للمحكمين لا ضرورة لها إذ تتم العملية التحكيمية عموماً عن طريق الانترنت بواسطة مراكز كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب وخصوصاً الأمور الأساسية فيها ، ويبقى مجال الحديث والبحث في الأهلية القانونية لطرفي النزاع ، وحيث أنه على فرض عدم توافر الأهلية لطرفي النزاع فإننا نكون بصدد اتفاق تحكيم باطل لنقص أو انعدام أهلية أحد أطراف النزاع عند توقيعه وما يترتب عليه من بطلان لحكم التحكيم الصادر في المنازعة التجارية . (2) ويمكن التغلب على هذه المشكلة بعمل تصميم بذات الموقع بشكل يلزم الطرف الذي ينوي الاتفاق لإحالة نزاعه لإحدى مراكز التحكيم الإلكتروني بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره ، على أنه إذا اغفل تحديد ذلك لا يسمح له بالمضي أو استكمال اتفاهه مما يضيف نوع من المصادقية أمام طرفي النزاع ويبعده عن شبهة البطلان . (3)

2 . ضمان سرية العملية التحكيمية :

حيث تعد صيانة وحفظ سرية التحكيم - وفقاً لما أُشير إليه سلفاً- احد الشروط الجوهرية لنجاح عملية التحكيم الإلكتروني والإقبال عليها ، وقد عملت مراكز التحكيم الإلكتروني على صيانة ذلك بتضمينها نصوصاً تحفظ سرية أية

(1) انظر لمزيد التفصيل عن مزايا التحكيم الإلكتروني : د. هيثم عبد الرحمن البقلي : ((التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات)) .

بحث منشور بموقع : www.kenanaonline.com

(2) انظر لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بأهلية اتفاق التحكيم : د. احمد أبو زقية : مرجع سابق ، ص 43 - 47 .

(3) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : مرجع سابق ، ص 56 .

معلومة تتعلق بالنزاع لتؤكد على كل من يطلع عليها تعهده بعدم نشر ما اطلع عليه وخصوصاً من الشهود والخبراء ، ولكن المشكلة تكمن في فرض تحدياً آخر ألا وهو الاختراق القادم من الخارج عن طريق المتطفلين ؛ وهم من يفتحمون خصوصيات الغير لمجرد إشباع الفضول ، وكذلك المخربين ممن يبحثون عن ضحايا يوقعون بهم مثل سرقة أرقام بطاقات الائتمان أو بطاقات الدفع الالكتروني واستغلالها ، والحل المطروح حالياً يكمن في تشفير البيانات المحفوظة والمتبادلة بصورة وتمنع من قراءتها إلا من قبل المرسل إليه. (4)

الفرع السابع: مخاطر اللجوء للتحكيم الالكتروني :

حيث أنه مع الأهمية المتزايدة للتحكيم الالكتروني باعتباره احد المفاهيم المرنة والأنظمة القانونية المتطورة التي تواكب التطور المتلاحق في مجال التجارة الالكترونية والتي تفي بمتطلباتها التي تميز بالسرعة ، إلا أنه قد توجد بعض المخاطر التي تصاحبه وتشكك في مدى جدواه وفعاليتها ، وتتمثل هذه الإخطار فيما يلي :

1 . عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال التجارة الالكترونية :

حيث يلاحظ أن النظم القانونية لا تشرع هذه المعاملات والتجارة الالكترونية في قوانينها ، إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من دول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الاعتراف بإجراءات التحكيم بوسائل الكترونية ، وعدم تعديل التشريع الموجود للاعتراف بأحكام التحكيم الالكترونية ومن هنا ثار التساؤل عن مدى صحة إجراءات التسوية بالوسائل الالكترونية ، ومدى الاعتراف بالحكم التحكيمي الالكتروني ؟

كذلك فإن المسألة هامة تتعلق بتحديد مكان التحكيم ، والذي يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة ، فما هو المكان الذي يعتبر انه مكان التحكيم ، هل هو مكان المحكم الفرد أم مكان المورد ؟ أو المستخدم في عقود خدمات المعلومات الالكترونية؟ هذا إذا كان المحكم فرداً ؟ ولاشك أن هذه المسائل جميعها تتطلب تدخلاً تشريعياً من جانب الدولة إضافة إلى الاتفاقيات الدولية .

2 . عدم قبول المستخدم لشرط التحكيم قبولاً واضحاً :

ويحقيق هذا الخطر بالمستهلك ، حيث يخشى من أن يكون قبول المستهلك لشرط التحكيم ناتجاً عن عدم خبرة وجهل بحقوقه ، لاسيما إذا كان اختيار هذا الشرط قبل حدوث النزاع ، لأنه لا يؤدي إلى حرمان المستهلك من اللجوء إلى القاضي الوطني قبل نشأة النزاع ، ويرجع ذلك إلى أن المستهلك لا يمكنه التفاوض على هذه الشروط حيث يقوم المورد بعرض شروطه على موقع Web ويمكن لكل من يرغب الوصول إليها .

هذا فضلاً عن أن سرعة وتعدد العقود التي تبرم في هذا المجال لا تعطي الفرصة لحدوث تفاوض حول هذه الشروط ، كما أنه لا يمكن تعديل الشروط العامة الموجودة بشكل الكتروني لحظة إبرام العقد ، علاوة على أنه من الصعوبة بمكان البحث عن بديل آخر بسبب انتشار العقود النموذجية بشكل واسع على الانترنت . (1)

(4) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية . دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2000 ، ص 300 .

(1) انظر : د. عادل أبو هشيمة : مرجع سابق ، ص 296 .

3 . الخشية من عدم المساواة الحقيقية بين الأطراف والنزاهة النسبية للمحكّمين :

ويعود ذلك إلى وجود علاقات مالية تجمع بين المهنيين ومؤسسات التحكيم تجعل المحكّمين يميلون لصالح المهنيين مراعاة لحجم الأعمال التي يخضعها هؤلاء المهنيون لمراكز التحكيم ، أما العملاء فيكون أول تعامل لهم أمام مركز التحكيم وقد يكون الأخير ، فلا توجد علاقة سابقة مع مركز التحكيم .

4 . عدم تطبيق المحكم للقواعد الأمرة :

يخشى الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة ، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الأمرة والمنصوص عليها في القانون الوطني الخاص به ، خاصة إذا كان هذا الطرف مستهلكاً مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية تطبيقه وتنفيذه على أرض الواقع .(2)

5 . خطر إنكار العدالة :

وأساس هذا الخطر هو الخشية والخوف من أن يؤدي اتفاق الأطراف على خضوع جميع المنازعات التي تحدث بينهم إلى التحكيم إلى إنكار العدالة ، وذلك خاصة وأنه يتم حرمان الشخص أو الطرف الآخر في الاتفاق من اللجوء إلى القضاء الوطني دون ضمان أن يتم حل النزاع من خلال الطرق غير القضائية .(3)

6 . الإخلال بحقوق الدفاع :

ويقوم هذا الخطر على سند من أن التقاضي أو التحكيم الإلكتروني يلغي روح القانون ، كما يلغي حقوق الدفاع في كثير من الأحيان بتقليل فرص المطلوبة في أن يستفيد من الدفوع الإجرائية والموضوعية التي هي أساس مهنة المحاماة ، كما تلغي حقه في الاستفادة من المشاعر الإنسانية التي بطبعها العفو والتسامح والظروف المخففة .(4)

المبحث الثاني: الحاجة إلى فضّ منازعات التجارة الإلكترونية بالوسائل الإلكترونية

شهد العالم وبشكل سريع تطوراً هائلاً في تكنولوجيا الاتصالات وعلي رأسها شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) والتي هي ثمار الاندماج بين ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الرقمية، التي أزال الحُدود بين الدول فالانترنت مجموعه أجهزه الحاسب الإلكتروني تتواجد في مختلف دول العالم تتصل ببعضها ويجمع بينها انظمه اتصالات الكترونية تستخدم لنقل البيانات(1)

وقد كانت تلك الشبكة في بادئ الأمر تستخدم للأغراض البحثية العلمية ثم استخدمت بالجيش الأمريكي حتي أصبحت الشبكة العنكبوتية العالمية (في نقل الملفات ، الاتصالات ، المؤتمرات ، تبادل البريد .

وإذا كانت المعاملات لا تقف عن حدود دوله ، وإنما غالباً ما تكون بين أطراف عامه أو خاصة في دول متباعدة ، فقد وجد أطراف تلك المعاملات في شبكة الانترنت وسيلة ميسره تحقق عدة مزايا لا حصر لها وان كانت أهمها علي الإطلاق

(2) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 60 .

(3) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 61 .

(4) المرجع نفسه ، ص 62 .

المكاسب المادية بتوفير الوقت والجهد والمال في إبرام العقود التجارية لتلك المعاملات عبر شبكة الانترنت وأصبحت تسمى التجارة الالكترونية ، والتي عرفتها منظمه التجارة العالمية

بأنها عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال "وبات أطراف تلك التجارة الالكترونية يبرمون التعاقدات الالكترونية(2)

ولقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوربي الصادر في 20 مايو 1997 والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة بعد أن تتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحده أو أكثر من وسائل الاتصال الالكتروني Remote communication حتى إتمام التعاقد.

حيث ذهب البعض إلى تعريف عقد التجارة الالكترونية بأنه هو العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في ذات الدولة أو دول أخرى من خلال الوسائط الالكترونية المتعددة , ومنها شبكة المعلومات الدولية "الانترنت" بهدف إتمام التعاقد(3).

المطلب الأول: ماهية التجارة الإلكترونية:

هي المبادلات التجارية التي تتم عن طريق الوسائل الإلكترونية، وعلى ذلك تشمل التجارة الإلكترونية جميع المبادلات الإلكترونية المتعلقة بالتجارة سواء الصفقات، والتدفقات المعلوماتية الخاصة، أو السلع والخدمات التي تتم بين المشروعات أو الشركات المختلفة والأفراد العاديين⁹⁰⁹(1).

وبعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال القانونية وإبرام العقود وتنفيذها أحياناً كان لابد من نشأة منازعات بين الأطراف، وهذا طبقاً للطبيعة العادية لأي مجتمع، ولكن هذا العالم الافتراضي تتسم منازعاته بطابعها الخاص، وبالتبعية سيكون كذلك طرق تسوية هذه المنازعات، وعلى الأخص طرق اللجوء للقضاء والتحكيم لفض هذه المنازعات. فاتجه التفكير لتكون هذه التسوية إلكترونية أى تجرى على الخط مباشرة (on line)⁹¹⁰(2).

في البداية فإنه يجب التنويه إلى أن، عقود التجارة الدولية هي عقود تتميز بسيادة مبدأ سلطان الإرادة أكثر من غيرها من العقود الداخلية، حيث يسرى على أطراف النزاع قواعد القانون الذي يقومون باختياره بمحض إرادتهم واتفقهم⁹¹¹(3) وهذا يدفع المتعاملين في عقود التجارة الدولية لتحرير عقودهم بشكل تفصيلي لتكون بمثابة قانون مستقل لهم. إلا أن ذلك لايسرى على كافة جوانب العقد بصورة مطلقة لأن هذا الشرط مقيد باحترام القواعد الأمرة والنظام العام في القوانين الداخلية والخارجية⁹¹²(4).

⁹⁰⁹ حسين المالح، نظرات قانونية فى التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 31 إبريل، 2003، ص 269.

⁹¹⁰ د/ صالح المنزلوى، رسالة دكتوراه فى القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 347.

⁹¹¹ احمدعبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق وأزمته، ص 264.

⁹¹² طارق الحمورى، قراءة مبسطة فى عقود التجارة الدولية، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ - جمهورية مصر العربية، 29 ديسمبر 2007 - 25، ص 4.

بالإضافة لذلك فإنه، هناك عدة مراحل لصياغة وإبرام عقود التجارة الدولية. وفي ذلك فهي مثلها مثل أى عقود أخرى في هذه المراحل والتي تتمثل في الآتي:

1_مرحلة المفاوضات والمناقشات.

2_مرحلة الإبرام.

3_مرحلة إنقضاء العقد.

وفيما يتعلق بالتحكيم لاشك أن التحكيم يُستخدم حالياً على نطاق واسع لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود التجارية، لاسيما تلك التي تجري في ظل التجارة الدولية، والتحكيم بصورته التقليدية يُلبى إلى حد ما متطلبات التجارة الوطنية والدولية من حيث السرعة في فصل المنازعات واحترام طابع السرية وتخفيض النفقات، إلا أن هذا التحكيم يبقى بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئاً ومكلفاً بالمقارنة مع التحكيم الإلكتروني الذي يُعتبر الأكثر ملائمة لعقود التجارة الإلكترونية لأنه يستطيع أن يتعايش مع هذه العقود في ذلك العالم الافتراضي، فهو يُلغي التعامل بالأوراق ولا يتطلب الحضور الشخصي لأطراف النزاع أو المحكمين⁹¹³ (5).

إذا كان حسم منازعات عقود التجارة التقليدية يتم عادةً عن طريق اللجوء إلى المحاكم الوطنية أو الوسائل البديلة لحل المنازعات (ADR : Alternatives Dispute Resolution) كالتحكيم والوساطة والتوفيق، فإن هذه الوسائل جميعها يمكن استخدامها لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية. ولكن منذ بداية التسعينيات من القرن الماضي ومع انتشار استعمال شبكة الانترنت في جميع دول العالم بدأ التفكير جدياً بحل المنازعات إلكترونياً، أي باستخدام البريد الإلكتروني (E-mail) أو المواقع الإلكترونية (Sites) أو الاجتماعات السمعية والبصرية (Videoconference)، وذلك نظراً لما تتمتع به هذه الوسائل من مزايا كبيرة من حيث السرعة والاقتصاد في الوقت والنفقات. مع العلم أن هذا الأمر لم يقتصر على الوسائل البديلة لحل المنازعات بل أفسح المجال كذلك لإنشاء محاكم الكترونية (Cyber Tribunals) وبخصوص التحكيم لاشك أن التحكيم التقليدي يُستخدم حالياً على نطاق واسع لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود التجارية لاسيما تلك التي تجري في ظل التجارة الدولية، والتحكيم بصورته التقليدية يُلبى إلى حد ما متطلبات التجارة الوطنية والدولية من حيث السرعة في فصل المنازعات واحترام طابع السرية وتخفيض النفقات، إلا أن هذا التحكيم يبقى بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئاً ومكلفاً بالمقارنة مع التحكيم الإلكتروني الذي يُعتبر الأكثر ملائمة لعقود التجارة الإلكترونية لأنه يستطيع أن يتعايش مع هذه العقود في ذات العالم الافتراضي، فهو يُلغي التعامل بالأوراق ولا يتطلب الحضور الشخصي لأطراف النزاع أو المحكمين⁹¹⁴ (1).

وبخصوص التحكيم لاشك أن التحكيم التقليدي يُستخدم حالياً على نطاق واسع لحل المنازعات التي تنشأ عن العقود التجارية لاسيما تلك التي تجري في ظل التجارة الدولية، والتحكيم بصورته التقليدية يُلبى إلى حد ما متطلبات التجارة الوطنية والدولية من حيث السرعة في فصل المنازعات واحترام طابع السرية وتخفيض النفقات، إلا أن هذا التحكيم يبقى

⁹¹³ محمد سليم العوا، التحكيم فى الأعمال المصرفية الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة من 9-11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق 10-12 مايو 2003 م ص 38.

⁹¹⁴ نضال اسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 21.

بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئاً ومكلفاً بالمقارنة مع التحكيم الإلكتروني الذي يُعتبر الأكثر ملائمة لعقود التجارة الإلكترونية لأنه يستطيع أن يتعايش مع هذه العقود في ذات العالم الافتراضي، فهو يُلغي التعامل بالأوراق ولا يتطلب الحضور الشخصي لأطراف النزاع أو المحكمين .

أنواع منازعات عقود التجارة الإلكترونية: تتنوع منازعات عقود التجارة الإلكترونية بتنوع العقود الإلكترونية التي يصنفها الكثير من الفقه إلى ثلاثة أنواع إستناداً إلى الأطراف المكونة للعقد والمجسدة في العقود الإلكترونية ما بين التجار B2B ،العقود الإلكترونية المختلطة B2C والعقود الإلكترونية المبرمة بين المستهلكين C2C ، إلا أننا سنقتصر دراستنا على أهم أنواع العقود الإلكترونية دون الأخذ بعين الاعتبار صفة الأطراف المكونة له، أو بالأحرى تلك العقود التي تبرم بسبب التجارة الإلكترونية، ومن أجل تحقيقها دون أن تكون محلاً لها والمجسدة في كل من عقد الدخول إلى الشبكة، عقد الإيواء، عقد إنشاء المتجر الافتراضي⁹¹⁵(2).

أولاً: عقد الدخول إلى الشبكة:

يمكن تعريفه بأنه « :عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الإنترنت- من الناحية الفنية - وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك، وأهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد، وذلك مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة⁹¹⁶(1).

يلاحظ من خلال التعريف أن هذا العقد ملزم لجانبين، فيقع على عاتق مقدم الخدمة التزام بتحقيق اتصال العميل بالشبكة -هو التزام بتحقيق نتيجة- والتي يستلزم إعطاء العميل اسم المستخدم (name user) وكلمة السر والعنوان الإلكتروني، بالإضافة إلى التزام تكميلي يدخل في الإطار العقدي وهو خدمة المساعدة التليفونية والمسماة بالخط الساخن (line Hot) والتي تهدف إلى حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها العميل عن طريق التليفون، أما العميل فلا يقع على عاتقه سوى دفع قيمة الاشتراكات.

تعتبر المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود من أكثر أنواع المنازعات تعقيداً، نظراً لما تثيره من مسائل قانونية تتعلق بتفسير العقد وتعديله، بسبب ما يحتاج إليه العقد من تغيير لمواجهة تطورات التقنية، صف إلى ذلك تزايد العديد من الدول التي تخصص جهات رقابية خاصة بتقنية المعلومات والاتصالات، خاصة أنها تمس مجال اختصاص القوانين المتعلقة بمنع الإحتكار أو المنافسة غير المشروعة، أو منح تراخيص خاصة بتقديم خدمة الإتصال⁹¹⁷(2).

ثانياً: - عقد الإيواء) (hébergement'd contrat Le) أو كما يسميه البعض الآخر بعقد الإيجار المعلوماتي، هو عقد من عقود تقديم الخدمات، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالإنترنت والذي يمكن تعريفه بأنه « :عقد من عقود تقديم الخدمات بمقتضاه

⁹¹⁵ نضال اسماعيل برهم، المصدر نفسه، ص22.

⁹¹⁶ حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، تخصص قانون،

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 474.

⁹¹⁷ حمودي ناصر، المرجع نفسه، ص475.

يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية، ويتمثل ذلك في إتاحة انتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين⁹¹⁸ (3).

يبرم هذا النوع من العقود كل من يرغب أن يكون له موقع، عنوان على شبكة الإنترنت أو إنشاء متجر افتراضي، فيقوم مقدم الخدمة بتخصيص حيز على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص به لتخزين معلومات المشترك (stockage de espace un information'd)، وضمن سهولة اللجوء إلى موقع المشترك على شبكة الإنترنت، أو متجره الافتراضي مثلالمدة معينة، ومقابل قيمة معينة.

لا يقع على عاتق الطرف الثاني في عقد الدخول إلى الإنترنت سوى دفع أقساط الاشتراكات، على غرار المشترك في عقد الإيواء الذي يلتزم إلى جانب التزامات دفع أقساط الاشتراك، اقتناء كل الأجهزة اللازمة لإدارة موقعه، وكذا التعهد بالخضوع إلى ميثاق حسن التصرف (comportement bon de charte) المحررة من طرف مقدم خدمة الإيواء، والتي تتضمن عدة التزامات منها عدم إدارة مواقع عرقية أو عنصرية، كما ينبه المتعامل إلى أنه من الممكن أن يتعرض إلى المسؤولية المدنية أو الجنائية في حال إخلاله بالقوانين الدولية أو الوطنية المعمول بها.

ج- عقد إنشاء المتجر الافتراضي:

يطلق البعض على هذا النوع من العقود بعقد المشاركة، إذ بموجبه يصبح المتجر مشاركا في المركز التجاري الافتراضي، والذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد وهو بذلك يشابه المركز التجاري التقليدي الذي يجمع التجار في مكان واحد.

ممكن هذا النوع من العقود للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، النفاذ إلى أسواق جديدة لصرف منتجاتها وكسر احتكار المؤسسات الكبرى لهذه الأسواق، خاصة تلك الشركات المتخصصة في البرمجيات، نشر الكتب، الصحف، المجلات، أشرطة فيديو وموسيقى، إذ يمكن لهذه الشركات أن تبيع منتجاتها بأرخص الأسعار لإتفاء تكلفة النقل والتسليم المادي، حيث يمكن المستهلك دفع الثمن المنتج عن طريق بطاقة الإئتمان وتحميل (download- télécharger) كتاب، شريط، مجلات برامج الكمبيوتر، أفلام على حاسوبه الخاص.

يتم إنشاء المتجر باتفاق مع مقدم الخدمة أو صاحب المركز التجاري الافتراضي، حيث يلتزم هذا الأخير بفتح المتجر الخاص بالمشارك على شبكة الإنترنت وما يتضمنه ذلك من الترخيص له باستخدام برنامج معين يمكن بمقتضاه مباشرة التجارة عبر الشبكة، يلتزم المشارك بدفع مبلغ مالي مع الإلتزام بالقانون الداخلي لصاحب الخدمة.

يثير هذا النوع من العقود العديد من المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية كالإلتزام بشرط الاتفاقيات المبرمة بين الشركة ومقدم خدمة المتجر الافتراضي، بالإضافة إلى منازعات ذات طبيعة غير تعاقدية، كتلك المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة أو الأسرار التجارية.

⁹¹⁸ المصدر نفسه، ص476.

تجدر الملاحظة أن هذه العقود هي أكثر المعاملات الإلكترونية شيوعاً، مما نجدها تتضمن العديد من المنازعات - خاصة مع المستهلك - ن كانت في غالبها تتضمن قيماً مالية بسيطة، هذا ما دفع العديد من الدول إلى إصدار عدة قوانين لحماية المستهلك المتعاقد عبر شبكة الإنترنت من الشروط التعسفية.

الفرع الأول: مراكز التحكيم الإلكتروني المختصة بالفصل في منازعات التجارة الإلكترونية:

لقد تعددت الهيئات التي تمارس التحكيم الإلكتروني وتكاد تكون حالياً معظم مراكز التحكيم الدولية تتيح المجال لحل نزاعات التجارة الإلكترونية بأسلوب الكتروني، ومن أهم المراكز أو الهيئات التي تتعامل بالتحكيم الإلكتروني : غرفة التجارة الدولية (ICC) وجمعية التحكيم الأمريكية (AAA) والمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO). وقد عمدت جميع هذه المراكز التحكيمية إلى وضع أنظمة خاصة بالتحكيم الإلكتروني تسمح بمباشرة التحكيم وإتمام جميع إجراءاته حتى صدور الحكم الفاصل للنزاع بوسائل الكترونية⁹¹⁹.

وفي الغالب تقضي نظم التحكيم الإلكتروني بإنشاء موقع خاص بكل قضية تحكيمية تتم حمايته ومنع الدخول إليه إلا بكلمة سر (Password) ، ليتم بعد ذلك تبليغ الأطراف بعنوان هذا الموقع وآلية الدخول إليه. ومن أهم فوائد وجود موقع الكتروني خاص بالنزاع أنه يتم تحميل كافة الطلبات والدفع والمستندات عليه من قبل الأطراف أنفسهم بدلاً من إرسالها إلى سكرتارية المركز، وبشكل تصبح معه كل وثائق القضية متاحة للإطلاع عليها من قبل طرفي النزاع وهيئة التحكيم إضافة إلى السكرتارية⁹²⁰ (2).

الفرع الثاني: مجالات تطوير التحكيم التجاري الإلكتروني:

يعتمد التحكيم الإلكتروني في تطويره بصفة أساسية على عوامل محددة، منها:

- _مدى توافر الإعراف القانوني العالمي بالتوثيق الإلكتروني.
- _ضرورة وضع حد أدنى من المعايير التقنية لإستخدام تكنولوجيا المعلومات بهدف تحقيق الأمان و السرية و السلامة في المعاملات الإلكترونية.
- _إعتماد مقدمي خدمات فض المنازعات عبر الإنترنت.
- _وضع المعايير من أجل بناء بنية سليمة لتكنولوجيا الإتصالات و المعلومات, يكون الهدف منها دعم عمليات فض المنازعات عبر الإنترنت.

زيادة الوعي بأهمية تكنولوجيا الإتصالات و المعلومات⁹²¹ (1).

و أهم هذه العوامل على الإطلاق هو توحيد السياسات العالمية و الأطر التنظيمية في القوانين الوطنية، فمن الواضح أن عدم وجود تنظيم قانوني أو عدم الرغبة في تطوير النظم القائمة سوف يزيد من حجم و حدة المنازعات المحتملة، بالإضافة

⁹¹⁹ د. آلاء يعقوب النعيمي ، الاطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني ، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد السادس ، العدد الثاني ، 2009 ، ص206

⁹²⁰ د.نبيل زيد، مقابلة التحكيم الإلكتروني على الموقع http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=81

⁹²¹ (1) أنظر، حسين الماحي، نظرات قانونية فى التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ص276

إلى صعوبة تسوية هذه المنازعات التي يتباعد فيها الأطراف مكانيا لأسباب تعود إلى المرجعية الثقافية و الإجتماعية المختلفة و المناسبة لتسوية منازعاتهم التي تعمل بنفس أسلوب البيئة الإلكترونية التي يجرون معاملاتهم فيها و بها.

غير أن الإستفادة من الوسائط الإلكترونية في تسوية المنازعات يتطلب تجهيز آليات للتسوية تسمح بمباشرة الإجراءات على الخط On Line بطريقة آمنة و غير مكلفة , و بالتالي تطوير نظم قانونية فعالة تحكم عملية التسوية الإلكترونية و تتيح نفاذ قراراتها دوليا .

و لقد إتجهت بعض من المنظمات و الهيئات المعنية بالتحكيم - في إطار سعيها لتطوير التحكيم الإلكتروني- إلى الإستجابة لمقتضيات إستخدام الوسائل الإلكترونية في الإتصال بين أشخاص التحكيم الإلكتروني , فوجد أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) قد أصدرت :

قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية سنة 1996.

قانون التوقيعات الإلكترونية سنة 2001.

إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية سنة 2005⁹²²(2).

و قد تضمنت الإتفاقية الأخيرة توجيهات بشأن تنظيم إجراءات التحكيم من بينها توصيات بشأن إستخدام القنوات الإلكترونية في نقل المستندات و تبادلها مع حجيتها في الإثبات حيث أجازت الإتفاق على تبادل المستندات في شكلها الإلكتروني.

هيئات التحكيم الإلكتروني (مصادر أحكام التحكيم الإلكتروني)

إن واقع تسوية المنازعات خارج الإطار القضائي وجد له مجالا واسعا من التطبيقات الفعلية والمتنوعة و الشاملة لمنازعات التجارة الإلكترونية, من حيث كونه نتيجة منطقية للتوجه الجاد إلى الإستفادة القصوى مما توفره الإمكانيات التي تتيحها وتوفرها البيئة الرقمية والوسائل الإلكترونية المتلاحقة التطور والتوسع، وذلك من أجل التوصل إلى النجاح في إنجاز إجراءات الطرق التقليدية لتسوية المنازعات مثل التفاوض والوساطة والتوفيق والتحكيم ولكن من خلال شبكة الإنترنت .

ولقد قامت العديد من المبادرات الخاصة بتبني بعض من التنظيمات الإقتصادية والإقليمية والاتحادات المهنية في هذا المجال المهمة أساسا بمواكبة التطور السريع, و التي تعتبر من خلال ذلك مصدرا هاما يستقي منه التحكيم الإلكتروني أحكامه, و يمكن تعداد هذه التنظيمات والهيئات فيما يلي :

أولا: الإتحاد الأوروبي:

بالنظر لأهمية التحكيم الإلكتروني و فعاليته إتجهت معظم الدول والمنظمات الدولية إلى إصدار قوانين تعنى بالموضوع و تتيح في قواعدها للأطراف اللجوء إليه عبر الإنترنت، و يلاحظ من خلال ذلك زيادة الإتحاد الأوروبي في هذا السعي من حيث اتخاذه لبعض من الخطوات الجديدة والفعالة في هذا المجال من ضمنها :

⁹²² حسين الماحي، نظرات قانونية فى التجارة الإلكترونية،المصدر نفسه ص280

المادة 17 من التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 التي نصت على السماح للدول الأعضاء في حالة النزاع بين مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية هذه الخلافات خارج المحاكم وباستخدام الوسائل الإلكترونية.

قيام الإتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء وحثهم على عدم وضع عقبات قانونية في تشريعاتهم الداخلية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات بعيدا عن القضاء، فنصت المادة الأولى من التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 " يجب أن تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم و باستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني . "

إصدار اللجنة الأوروبية المختصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالمستهلكين أساسا توصية باعتماد سلسلة من التوجيهات بخصوص حل المنازعات على الخط (Conflicts On Line) منها :

تأسيس شبكة أوروبية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط، و كذا حل كافة المنازعات المتعلقة بالمستهلك الأوروبي خاصة القطاع الخدماتي.

وضع مبادئ عامة يتوجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الإنترنت.

ولقد كان هدف هذه التوصية سد النقص في التوصية رقم 298/257 التي وضعت خطوطا إرشادية لتوفير أفضل حماية ممكنة للمستهلك الأوروبي في معاملته الإلكترونية⁹²³(1).

ثانيا: المنظمة العالمية للملكية الفكرية (World Intellectual Property Organisation)

تضطلع المنظمة العالمية للملكية الفكرية بأداء دور متعاظم الأهمية في عملية تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية و تنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت المتعلقة منها أساسا بالملكية الفكرية و أسماء الدومين و العلامات التجارية.

ولقد تمكن هذا النظام من التغلب بفعاليته على العديد من الصعوبات من حيث أنه سمح بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق كما تضمن وحدة الجزاء رغم اختلاف الجنسيات خاصة أمام واقع كون حل النزاعات التجارية ذات الصلة بحقوق الملكية الفكرية مسألة حيوية للغاية إذا ما روعي فيها سرعة الفصل والكلفة القليلة و تقديم الحلول البديلة للأساليب القضائية المتميزة بطول الأمد والكلفة العالية.

و لقد قدم مركز WIPO للتحكيم والوساطة عونا كبيرا في مجال حل النزاعات بين الأفراد والشركات في العالم بعد تزايد أهمية عقود التجارة الإلكترونية، و يضم المركز قائمة طويلة تضم أسماء المختصين من المحكمين و الوسطاء في هذا المجال من 70 بلدا، و تخضع هذه البلدان لقوانين WIPO في أساليب حل النزاعات.

تحظى الويبو واقعا بأفضلية خاصة لدى الشركات التي تتحاشى الدخول في دعاوى قضائية مكلفة وطويلة الأجل ، فقد اشتهرت الويبو بأنها المنظمة التي تقدم خدماتها السريعة في فض النزاعات المتعلقة بالتسجيل أو سوء استخدام الأسماء على

⁹²³ خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ص241.

شبكة الإنترنت، و عرضها لهذه الخدمات على نطاقات أعلى من النطاق العام مثل com و net و org وكذا على النطاقات المحلية والتي من خلالها يستطيع أصحاب العلامات التجارية إرسال شكاوهم مستخدمين نماذج القوائم المتاحة على عنوان الموقع الإلكتروني للمنظمة، حيث يتم إنجاز جميع المراحل بصورة متصلة على شبكة الإنترنت، ويتم الحصول على القرارات النافذة خلال شهرين من رفع النزاع إليها (1).

ثالثا: القاضي الافتراضي Virtual Magistrate

رغم أهمية التوصيات و القرارات الصادرة عن الإتحاد الأوروبي و الجهود النوعية الكبيرة التي بذلتها منظمة الويبو إلا أن التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الإنترنت تمثلت في برنامج القاضي الافتراضي،

وهو مشروع أطلق تجريبيا في مارس 1996 للتحكيم عبر الإنترنت بهدف فض المنازعات الناشئة بين مستخدمين الإنترنت والمتضررين من الرسائل أو الملفات غير المشروعة وبين القائمين على الأنظمة المختلفة من حيث توجيه الشكاوى والمطالبات بالتعويض ضدهم.

فمشروع القاضي الافتراضي مشروع أمريكي أعد بالتعاون بين مركز القانون وأمن المعلومات بجامعة فيلانوفيا VILLA NOVA CENTER FOR LAW AND INFORMATION POLICY و بين معهد القانون المتخصص في مجال حل المنازعات بطريقة إلكترونية CYBERSPACE LAW INSTITUTE و في عام 1999 إنتقل المشروع إلى كلية Kent Chicago للحقوق بمعهد إلينوي للتكنولوجيا و تم تدعيمه من طرف جمعية المحكمين الأمريكية (AAA) ومعهد قانون الانترنت والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي.⁹²⁴ (2).

يهدف المشروع مبدئيا إلى إعطاء حلول سريعة ومحايدة للمنازعات المتعلقة بالانترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها و قانون الإنترنت و منازعات العلامات التجارية و الملكية الفكرية، و يتم تعيين المحكم وفقا لنظام القاضي الافتراضي بواسطة جمعية التحكيم الأمريكية من بين قائمة معدة سلفا لمحكمين مؤهلين.

تتكون محكمة التحكيم وفقا لهذا النظام من محكم واحد أو ثلاث محكمين، يقوم القاضي الافتراضي المعين بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لهذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني، و يفصل في النزاع خلال 72 ساعة من عرضه ويكون قرار المحكم مجردا من القيمة القانونية حتى يقبله الأطراف. هذا و يختص نظام القاضي الافتراضي بنظر المنازعات الناشئة عن استخدام الشبكات المعلوماتية أو بين مستخدميها وبين القائمين على إدارتها، والتي يطلب من خلالها أحد المستخدمين جبر الضرر الذي لحقه نتيجة رسائل أو معلومات لا تستوفي الشكل القانوني.

رابعا: المحكمة الإلكترونية Cyber Tribunal

أنشئت المحكمة الإلكترونية في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996 تحت رعاية مركز أبحاث القانون العام، و يقدم هذا المشروع خدمات التحكيم الإلكتروني باستخدام تطبيقات البرمجيات وتقنيات التشفير التي حققت الأمان

⁹²⁴ توجان فيصل الشريدة، عن موقع slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/tojan%20alshrida.pdf

و السرية في تنفيذ الإجراءات، مستوحية القواعد الإجرائية من نظام التحكيم التجاري الدولي مثل لجنة الأونسترال وغرفة التجارة الدولية، و تعديلها بما يتناسب مع ما تقتضيه طبيعة القنوات الإلكترونية، و مراعاة الشفافية وسهولة الإستخدام.

تهدف المحكمة الإلكترونية إلى وضع نظام أو آلية لتجنب و حل المنازعات التي تنشأ عن إستخدام الفضاء الإلكتروني للمعلوماتية من خلال تقديم خدمات التحكيم عبر القنوات والوسائط الإلكترونية و وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية و تكفل سلامة بياناتها و تسوية منازعاتها وتفعيل نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية ينظم إليه أطراف النزاع و يتحقق الارتباط به بموجب إطار تعاقدى⁹²⁵(1).

هذا و تختص المحكمة الإلكترونية بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية و المنافسة و حقوق المؤلف و العلامات التجارية و المنازعات المتعلقة بحرية التعبير أو بالحياة الخاصة في الفضاء الإلكتروني، فهي تختص فقط بنظر المنازعات المتعلقة بإستخدام تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات في مجال التبادل الإلكتروني للمعلومات. و وفقا لنظام المحكمة الإلكترونية تتم كافة الإجراءات الإلكترونية على موقعها الإلكتروني، بداية من طلب التسوية مروراً بالإجراءات و إنتهاءً بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة، و هو يختلف عن نظام القاضي الإلكتروني من حيث أن جزءاً واحداً فقط من هذه الإجراءات يتم في إطار إلكتروني.

و رغبة من المحكمة في بث الثقة في نظامها قامت بإصدار شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتعامل بالتجارة الإلكترونية والتي تستوفي شروط المطلوبة من المحكمة الإلكترونية، وذلك تعبيراً عن إلتزام هذا المواقع و المسؤولين عنها بتسوية منازعاتهم مع المستخدمين وفقاً لنظامها و إجراءاتها .

خامساً: نظام تسوية منازعات أسماء الدومين Domain Names System

أتاحت شبكة الإنترنت للشركات والمؤسسات التجارية الموجودة في مختلف دول العالم إنشاء مواقع على الشبكة تعرض فيها منتجاتها على الزائرين المتصفحين للموقع لمشاهدة البضائع والخدمات المتوفرة، بما أوجد معها مشكلات قانونية من نوع جديد تتصل بحقوق الملكية الفكرية من أهمها ما يتعلق بالعلامات التجارية نتيجة لتسمية بعض المواقع على الشبكة بإتخاذ أسماء دومين Domain Names كعنوان لتلك المواقع و ما يتصل بذلك من تشابه أو تطابق أو تماثل علامات تجارية مشهورة بقصد جذب العملاء. و يسمح نظام أسماء الدومين (DNS) لمستخدمي شبكة الإنترنت الإتصال بالموقع المطلوب و تبادل البيانات معه عن طريق استخدام مجموعة من الحروف توصل إليه، وفي هذا الإطار أصدرت مؤسسة الإنترنت لتخصيص الأسماء والأرقام ICANN العديد من الوثائق المتعلقة بالموضوع منها:

وثيقة المبادئ الصادرة في 1999/8/26 دخلت حيز التنفيذ في 1999/12/1 و تضمنت السياسة الموحدة لتسوية منازعات أسماء الدومين.

لائحة الإجراءات الصادرة 1999/10/24 المتضمنة قواعد و إجراءات نظام التسوية.

يهدف نظام التحكيم الخاص لـ ICANN إلى محاربة تسجيل أسماء وعناوين لمواقع إلكترونية تتشابه أو تتطابق مع أسماء علامات تجارية مشهورة بهدف إعادة بيعها إلى مالكي هذه الأسماء أو العلامات، أو ما يسمى Cyber Squatting.

⁹²⁵ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 272.

و يمكن تحديد خصائص نظام تسوية منازعات أسماء الدومين على الإنترنت في كون إجراءات التسوية تجري من خلال آليات إلكترونية مثل البريد الإلكتروني و يوفر مركز WIPO نماذج الشكاوى و الردود عليها كما يقوم بحفظ لقواعد البيانات لإدارة القضايا , و هو لا يعتمد في تشغيل النظام على أماكن وجود أو مواطن أصحاب الشكاوى أو المدعى عليهم أو المسجلين, من حيث أنه قد روعي في تصميم النظام أن يكون نموذجياً و عالمي النطاق على الأقل بالنسبة لمنازعات أسماء الدومين من المستوى النوعي العالي، مثلما روعي فيه أن يتم تشغيله دون حاجة للوجود المادي للأشخاص في مكان محدد

الفرع الثالث: الإجراءات المتبعة في التحكيم الإلكتروني:

نصت التشريعات على أن يكون المحكم واحداً، وإن تعددوا يجب أن يكون عددهم وتراً. ويتم في التحكيم الإلكتروني إتباع إجراءات التحكيم العادية، ويضاف إليها باتفاق الأطراف قواعد إضافية خاصة بالتحكيم الإلكتروني لعل أبرزها كيفية التواصل بين المتخصصين بالمحكيم عن بعد عبر شبكة الإنترنت، وكيفية تقديم المستندات إلكترونياً وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية التي تهتم الأطراف موضوع النزاع على أنه يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني ضمن اتفاق التحكيم وذلك على النحو الآتي:-

- 1-التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق النموذج المبين على موقع الإنترنت
- 2-يقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه في نظر النزاع
- 3-تحديد وسيلة الإيصال (البريد الإلكتروني - الفاكس - التلكس - الفيديو كونفرنس).
- 4- يبدأ تاريخ نظر النزاع باستلام المركز لطلب التحكيم.
- 5-تحدد محكمة التحكيم الإلكتروني أسماء المحكّمين.
- 6- يحدد المركز موعد المحاكمة.
- 7-يقوم المركز بإخطار الطرف الآخر بوجود النزاع و بداية المحاكمة.
- 8-يتم إنشاء موقع الكتروني لكل محاكمة (له كلمة سر و كلمة مرور خاصة به تسلم للأطراف.
- 9-تتم كافة إجراءات التحكيم بطريقة الكترونية على موقع المركز الإلكتروني⁹²⁶(1).

طرق رفع النزاع

- 1- يتم رفع النزاع الكترونياً اذ تكون هناك استمارة معدة سلفاً يتم إرسالها بواسطة الانترنت مرفقا معها صورة من اتفاق الوساطة بالإضافة إلى بيانات المدعي واختياره وسيطا أو ترك ذلك للمركز مع دفع مبلغ مقدم لأجل الرسوم.
- 2- بعد استلام مراكز التحكيم للطلب المقدم للجوء للوساطة لحل النزاع يأتي دوره في قبول أو رفض نظر النزاع، ومن أشهر مراكز التحكيم الإلكترونية من مركز منظمة الملكية الفكرية وموقعه ومركز وبقبول المركز يتم إخطار الطرف الثاني (المدعى عليه) بواسطة البريد الإلكتروني مع تزويده بنموذج للرد (لائحة جوابية) فإذا رد المدعي عليه وقبل بالوساطة فإنه يتعين عليه إرفاق بياناته التي يعتمد عليها مع اختيار وسيط أو ترك الاختيار لمركز التحكيم.

⁹²⁶ دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية ، هند عبدالقادر سليمان، على الموقع الإلكتروني

3- يقوم بعد ذلك مركز التحكيم بإعداد صفحة عرض النزاع على موقع الكتروني معد لذلك ويعطي الطرفين كلمة مرور تخولهما دخول الموقع والاطلاع على صفحة النزاع ويقوم بعدها المركز بإخطار المحكم.

4- إذا رفض الوسيط نظر النزاع، يتم إخطار الأطراف لاختيار وسيط آخر أو ترك الاختيار للمركز، وبموافقة الوسيط على نظر النزاع تبدأ مهمته في النظر والاطلاع على ما قدمه الطرفان من بيانات وسؤال كل طرف عن طلباته والى أي مدى يمكنه التنازل وكذلك بهدف الوصول لحل مرض للطرفين يحقق مصالحهما وذلك ضمن مدة محددة مثلاً «10-14» يوماً كما حددها مركز Square Trade للتحكم والوساطة اعتماداً على سرعة استجابة الأطراف وقبولهما بالحل المقترح.

5- تحاط عملية التحكيم بالسرية الكاملة منذ إرسال الطلب والى إبرام التسوية النهائية المرضية للطرفين⁹²⁷ (1).

الفرع الرابع: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني :

الأصل أن مسائل الإجراءات تخضع لقانون القاضي ، أي قواعد المرافعات والإجراءات في قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات ، ولما كان المحكم ليس له قانون خاص ؛ حيث أن المحكمين لا يعملون باسم أو لحساب دولة معينة ، وإنما يتم اختيارهم عن طريق الخصوم أنفسهم ، ويستمدون سلطتهم من اتفاقهم على تنصيب حكماً بينهم ، ويفصلون في منازعة تحقيقاً للسلام الخاص بين هؤلاء الخصوم ، ومن ثم فإذا كان القانون قد اعترف بحق الأطراف المتنازعة في اللجوء إلى قضاء التحكيم ، واستبعاد قضاء الدولة فإنه يكون قد اعترف في ذات الوقت بحق التنظيم الاتفاقي لمسائل التحكيم ، غير أن الأطراف المتنازعة قد لا تقوم بتحديد القانون أو القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم ، وبالتالي القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أما يتم تحديده باتفاق الطرفين ، وفي حالة غياب إرادة هذين الطرفين يتم الاحتكام إلى معايير أخرى لتحديد ماهية هذا القانون وهذه المعايير هي :

- المعيار الأول : يستند إلى قانون دولة مقر التحكيم .

- المعيار الثاني : يستند إلى تطبيق قانون الدولة الذي يحكم موضوع النزاع .

- المعيار الثالث : يستند إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في اللوائح والأنظمة الداخلية لهيئات التحكيم المنتظم (1).

وقد تواترت نصوص الموائيق المنظمة لهذه الهيئات على تأكيد هذا الحق ، منها لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس (م 1/15) والاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري لعام 1961 (م 4) ، وهكذا يتعين على الأطراف الراغبين في إجراء التحكيم الالكتروني مراعاة أن القانون أو لائحة التحكيم التي تم اختيارها للتطبيق تسمح بمثل هذا النوع من التحكيم ، ومن ثم تعد هناك صعوبات في ظل وجود لوائح تحكيم تنص على أتباع إجراءات الكترونية من ذلك لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية ، ولائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية ، ونظامها لحل المنازعات الخاصة بالأسماء والعناوين أو المواقع الالكترونية (2).

⁹²⁷ دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية ، هند عبدالقادر سليمان، المصدر الذي تم ذكره في الصفحة السابقة نفسه.

(1) انظر : د. حسين الماحي، نظرات قانونية فى التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ص 269.

(2) انظر : د. احمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص 37 .

رابعاً: سير إجراءات التحكيم الإلكتروني :

تبدأ إجراءات التحكيم بتقديم طلب التحكيم ، ثم توالى بعد ذلك إجراءات التحكيم من إعلانات وتبليغات ومرافعات وتقديم أوجه الدفاع المختلفة وتبادل المستندات والمذكرات وذلك على النحو التالي :

أ . تقديم طلب التحكيم :

يقصد بطلب التحكيم ذلك الطلب الذي يوجهه احد طرفي اتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه أو إلى الطرف الآخر يخطره فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم ، ويطلب منه اتخاذ اللازم لتحريك إجراءات التحكيم واستكمالها ، ويحتوي هذا الطلب عادة عدة شروط منها :

الشرط الأول : أن يكون مكتوباً .

الشرط الثاني : يتمثل في تقديم الطلب خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين .

الشرط الثالث : يتعلق بالبيانات الواجب توافرها في الطلب ، حيث يتضمن الطلب نوعين من البيانات ، الأولى تتعلق بطرفي الدعوى من حيث الاسم والعنوان للمدعى والمدعى عليه ، والثانية تتعلق بموضوع الدعوى وتشمل وقائعها والمسائل المختلف عليها الطرفان . وفيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني فقد أوضح برنامج تحكيم المحكمة الافتراضية كيفية تقديم الطلب وبياناته كالآتي :

1 . عندما ينشأ نزاع يتعلق بمعاملة أو بنشاط ناشئ عن استخدام شبكة الانترنت ، يقوم المتضرر بزيارة موقع البرنامج على العنوان التالي (www.Vmag.org) لتقديم ادعاء عن طريق الضغط على العبارة (fill a complaint) والتي ستوصل المدعي إلى نموذج ليملاً الفراغات الموجودة فيه والتي تشمل :

أ . المعلومات المتعلقة بالمدعي من ناحية اسمه كاملاً ، وعنوانه الإلكتروني واسم الشركة التي يمثلها - إن وجدت- وعنوان الشركة كاملاً .

ب . المعلومات المتعلقة بالمدعي عليه من ناحية اسمه كاملاً ، وعنوانه الإلكتروني واسم الشركة التي يمثلها - إن وجدت- وعنوانها كاملاً .

ج . المعلومات المتعلقة بالنزاع ، وظروف نشأته (وقائع النزاع) بالتفصيل الممكن وحسب التاريخ ، وسبب الدعوى ، وفيما إذا كانت تتعلق بحقوق الملكية الفكرية أو بالأسرار التجارية أو أي سبب آخر يؤسس عليه دعواه .

د . الطلبات المتعلقة بحسم النزاع ، ويمكن أن يطلب المدعي أن تكون المعلومات المتعلقة بادعائه سرية .

2 . يقوم المدعي عليه بعد ملء النموذج بالضغط على عبارة عرض النزاع في نهاية النموذج .

3 . بعد أن يستلم مركز التحكيم هذا الطلب ، يبدأ في استكمال إجراءات التحكيم والاتصال بالمدعي عليه .(1)

ب- الإعلانات والتبليغات والإخطارات :

لا تخضع إجراءات التحكيم للقواعد النظامية المعروفة في نظم التقاضي الداخلية ، حيث تلعب إرادة الأطراف في التحكيم دور كبير في تنظيم تلك الإجراءات وتتابعها ، ومن ثم فللأطراف الحرية الكاملة في تحديد كيفية الإعلان أو

(1) انظر : د. مصلح الطراونة ، د. نور حمد : ((التحكيم الإلكتروني)) مجلة الحقوق ، مشار إليه لدى : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني ، ص 441 .

الأخطار أو الوسيلة التي يتم بها تبليغ الطرف الآخر بطلب التحكيم ، وكذلك التبليغ لأي أوراق أو مستندات يقدمها احد الطرفين إلى علم الطرف الآخر .

ج- خصوصيات جلسات التحكيم :

في إطار التحكيم العادي تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة (2) ، وفي هذا الصدد يثور التساؤل هل من المقبول إدارة الجلسات في الشكل الإلكتروني ؟

ذهب البعض (3) إلى أنه عملاً بمبدأ سلطان الإرادة ، فإن للأطراف الكلمة الأولى والأخيرة في تحديد لزوم عقد جلسات مرافعة شفوية من عدمه ، فإن اتفقوا على الاكتفاء بتبادل المذكرات والمستندات الشارحة والمدعمة لادعاءاتهم وطلباتهم وأوجه دفعهم ، التزمت هيئة التحكيم بذلك وإن هذا أمر متصور وقائم على الأقل في التحكيم الإلكتروني ، وهناك اتجاه آخر يرى أنه بالنظر إلى أن الوسائل الفنية متاحة في هذا المجال حيث ظهرت من خلال الانترنت وسائل حديثة للاتصال تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف ومن ثم فلا غضاظة في إدارة الجلسات إلكترونياً .(4)

_ القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني :

عقب تقديم المدعي والمدعى عليه لأوجه دفاعهم وتقديم كافة المستندات اللازمة في هذا الشأن ، تقوم هيئة التحكيم بالاطلاع عليها ، ثم تقرر الفصل في الدعوى ، ولكن يثور التساؤل عن ماهية القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني ؟

في هذا الصدد يقرر البعض (1) أن أطراف اتفاق التحكيم يتمتعون بالحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع محل التحكيم ، ويضيف بأنه في حالة انتفاء اختيار الأطراف للقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع يرجع إلى المحكم لتحديد تلك القواعد ويتعين على المحكم والحال كذلك أن يختار قواعد القانون الذي يحكم بمقتضاه .

ويرى جانب فقهي آخر (2) أن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات عبر الانترنت هي القواعد الواجبة التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني ، ويبدأ هذا الاتجاه عرض رأيه بتعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي بأنه : كيان قانون موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت ، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة إلى نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للانترنت وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات . فهو قانون تلقائي النشأة ، وجد ليتلاءم

(2) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية، المرجع السابق ص309.

(3) انظر : د. احمد عبد الكريم سلامة : مرجع سابق، ص 504 .

(4) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص55 .

(1) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 39 .

(2) انظر : د. احمد عبد الكريم سلامة : مرجع سابق ، ص 48 .

مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل ، والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحاسوب الآلية ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات .

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد وتمثلت أوجه الاعتراض عليه فيما يلي :

- 1 . أن قواعد ذلك القانون لا تشكل بوضعها المشار إليه نظاماً قانونياً متكاملًا لا يوجد فيه أي قصور ؛ حيث أن هناك بعض المسائل التي سوف تظل خاضعة لأحكام القانون الداخلي خاصة ما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات عبر الانترنت وعلى التراضي والتقدم المسقط ومقدار التعويض المستحق للمضور .
- 2 . عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي الالكتروني حيث تفتقد هذه القواعد عنصر الجزاء الذي يكفل احترامها .
- 3 . أنه لا يمكن قبول الادعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول له أحكامه وقواعده المتميزة عن القواعد القانونية السائدة في تلك الدول ؛ حيث أن الأفراد المتعاملين عبر شبكة الانترنت سواء كانوا مقدمين للخدمة أو منتفعين بها لهم موطن معلوم ، كما أن الوسائل الفنية للاتصالات تتمركز في إقليم دولة محددة ، وبالتالي أن تخضع العمليات التي تتم عبر الانترنت لقوانين تلك الأقاليم .(3)

وفي إطار لائحة المحكمة القضائية وبخصوص القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع تنص المادة (15) من هذه اللائحة على الآتي :

- 1 . يكون لأطراف النزاع الحرية في اختيار قواعد القانون التي تطبقها المحكمة على موضوع النزاع ، وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقانون ستطبقه المحكمة على موضوع النزاع ، القانون الذي تراه أكثر اتصالاً بالموضوع .
- 2 . وعلى المحكمة في كل الأحوال الالتزام بأحكام العقد والأعراف التجارية المتصلة بموضوع النزاع .
- 3 . ويجوز للمحكمة أن تفصل في النزاع باعتبارها وسيط حسن ، أو تفصل فيه بتطبيق قواعد العدل والإنصاف إذا ما اتفق الأطراف على إعطائها هذه الصلاحية فقط .

وقد أكدت على المعنى السابق المادة (1/17) من لائحة المحكمة الالكترونية التي توجب تطبيق القانون الوطني الذي يرتبط به النزاع بالروابط الأكثر وثوقاً .

ويستفاد مما سبق أن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الالكتروني وإن كان يتحدد وفقاً للإدارة المشتركة لأطراف التحكيم إلا أنه يجب أن يأخذ في الاعتبار أو يتعين عليه مراعاة عادات التجارة الدولية والأعراف التجارية، والعادات التجارية في مجال الانترنت وقواعد العدالة والإنصاف .

خامساً : سرية جلسات التحكيم :

في إطار التحكيم الالكتروني يظل مبدأ سرية الجلسات هو الأصل حيث لم تشذ أو تخرج قواعد التحكيم الالكتروني عن القواعد العامة للتحكيم في هذا الصدد ، فوفقاً للمادة (3/7) من لائحة محكمة التحكيم الالكترونية فإنها تعطى الأمانة

(3) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 450 .

العامة (السكرتارية) لكل محكم دليل للدخول وكلمة سر للدخول إلى موقع القضية ، وتقرر المادة (2/19) من ذات اللائحة أن على الأطراف الالتزام بدخول موقع القضية بطريقة شرعية وبالموافقة فقط .

وأضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة أن البيانات المنشورة على موقع القضية تعتبر سرية ولا يمكن مراجعتها إلا من خلال الأمانة العامة ومحكمة التحكيم والأطراف أو ممثليهم ، كما أنه وفقاً لإجراءات التحكيم أمام محكمة التحكيم الخاصة بنظام القاضي الافتراضي فإنه تتم إجراءات التحكيم بإنشاء موقع خاص على شبكات الانترنت يخصص لنظر كل قضية معروضة ، ولا يتاح الدخول إلى هذا الموقع إلا للأطراف في القضية ، وهيئة التحكيم فقط من خلال مفتاح شفري خاص بهم بحيث يمتنع على أي شخص آخر الدخول إلى هذا الموقع .(1).

هذا بالإضافة إلى أن تتابع إجراءات التحكيم الإلكتروني المتعلقة بعناوين المواقع الإلكترونية يشير إلى احترام مبدأ السرية ، حيث تسير إجراءات التحكيم بين الطرفين والمحكم أو هيئة التحكيم عن طريق تبادل المعلومات عبر شبكات الانترنت دون جلسات تحكيمية ، وبعد أن ينتهي المحكم أو هيئة التحكيم من تسلم جميع البيانات التي يقدمها الخصوم أو يطلبها منهم يتخذ قراراً في الدعوى على أساس البيانات المقدمة إليه وفقاً لشروط النظام الموحد لتسوية المنازعات ، ويجب عليه أن يرسل قراره في الدعوى وعلى المركز خلال أربعة أيام من تعيينه وبعد أن يتسلم المركز قرار التحكيم يقوم أيضاً بتبليغه للطرفين ولمسجل الموقع الإلكتروني ، لمؤسسة الانترنت (ICANN) .

الفرع الخامس: التحكيم الإلكتروني واحترام المبادئ الأساسية للتحكيم :

لما كان أطراف الاتفاق التحكيم الإلكتروني أو وكلاءهم ليسوا بحاجة إلى الانتقال إلى مكان بعيد لحضور جلسات تحكيمية تعقدها هيئة التحكيم في بلد أجنبي وإنما يمكنهم المشاركة في الإجراءات التحكيمية كل منهم في بلده ، ولما كانت إجراءات التحكيم الإلكتروني تسير بشكل أسرع من إجراءات التحكيم التقليدي وذلك لأن بإمكان الانترنت أن يوفر خدمة الاتصال وتبادل المستندات والمذكرات بالوسائل الإلكترونية المباشرة ، ومن ثم فإنه يثور التساؤل عما إذا كان إتمام إجراءات التحكيم كلها في الشكل الإلكتروني لا يخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم ومنها مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة باعتبار أن واقعة عدم حضور أحد الأطراف بشخصية في مواجهة الآخر منها تبعه حرمانه من الرؤية الواضحة للنزاع ، وكذلك حرمانه من إمكانية تقدير ملائمة حجج الخصم ؟ وباستقراء الوثائق الدولية والتشريعات الوطنية نجد أنها قد تضمنت عدداً من المبادئ يتعين على هيئة التحكيم مراعاتها في أدائها لمهمتها ما يلي :

1 . مبدأ احترام حق الدفاع :

ليس من السهل وضع تعريف محدد ودقيق لمفهوم حقوق الدفاع ، ولكن المفهوم التقليدي لها ينصرف إلى حق الخصم في أن يسمع القاضي أو المحكم وجهة نظره ، بحيث إذا صدر الحكم دون سماعه كان الحكم مشوباً بالإخلال بحق الدفاع (1) ولقد تطور هذا المفهوم وصار يعني حق الخصم في مناقشة خصمه فيما يقدمه من وسائل دفاع وأدلة أثناء سير الخصومة ، ولقد حرصت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية (2) وأنظمة المؤسسات الدائمة للتحكيم على النص على وجوب

(1) انظر : د. عزمي عبد الفتاح : قانون التحكيم الإلكتروني . مطبوعات جامعة الكويت ، 1990 ، ص 260 .

(2) انظر : المادة (1/5 . ب) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 .

احترام هذا المبدأ (3) ومن ثم يجب على التحكيم احتراماً لهذا المبدأ إتاحة فرصة الدفاع كاملة أمام الأطراف أما استخدام الأطراف لهذه الوسائل فأمر رهين بإرادتهم .

2 . مبدأ المواجهة :

ينصرف مدلول هذا المبدأ إلى أنه لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه ووجهة نظره ، أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات بحيث يكون الحكم نتيجة تفاعل وجهات النظر بين الخصوم .

وتحقيق هذا المبدأ لا يكن فقط في علاقة الخصوم بعضهم البعض أثناء سير الخصومة التحكيمية ، وإنما يتعين على المحكم أيضاً الالتزام به ، ومن ثم فلا يسوغ لهيئة التحكيم أن تستند في حكمها إلى وقائع وأدلة إثبات ومذكرات ومستندات قدمها احد الأطراف ولم تكن محالاً للاطلاع والحوار والمناقشة من الطرف الآخر فإذا خالفت هيئة التحكيم مبدأ المواجهة كان حكمها باطلاً لمخالفته النظام العام الإجرائي . (4)

3 . مبدأ المساواة :

يعتبر مبدأ المساواة في المعاملة بين الأطراف في خصومة التحكيم من الركائز الأساسية لضمان العدالة ، وترسيخ ثقة هؤلاء في قضاة التحكيم ، ويكون المحكم قد اخل بهذا المبدأ إذا إذن لأحد الخصوم بالحضور أمامه في غيبة الخصم الآخر ، وإذا أجرى مع احدهما اتصالات شخصية في ظروف يمكن أن يظن معها إنها تتم بشأن موضوع النزاع في غيبة الطرف الآخر . وفيما يتعلق باحترام التحكيم الالكتروني لهذه المبادئ الأساسية للتحكيم فقد أُشير إلى أنه بشأن إدارة الجلسات في الشكل الالكتروني فإن الوسائل الفنية متاحة في هذا المجال ؛ حيث ظهرت من خلال الانترنت وسائل حديثة للاتصال تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف ، كما أن البريد الالكتروني يسمح بنقل النصوص وكذلك المستندات المسموعة والمرئية المقدمة من طرفي الخصومة .

هذا فضلاً عن المؤتمرات الافتراضية المرئية تسمح بنقل الصوت والصورة والفيديو بطريقة فورية وكفي لاستخدامها أن يكون الكمبيوتر مزوداً بميكروفون وكاميرا فيديو ، وقد استخدمت تلك التقنية في الولايات المتحدة الأمريكية في إطار الخصومات القضائية ، وهكذا نلاحظ أن المداولة المرئية تلبى مقتضى احترام حقوق الدفاع واحترام مبادئ المواجهة والمساواة بين أطراف الخصومة .

الفرع السادس: إصدار حكم التحكيم الالكتروني :

يصدر قرار التحكيم بعد فض المحاكمة وإنهاء الإجراءات ما لم تطرأ ظروف استثنائية تحول دون ذلك مع توضيحها للإفراد إن وجدت ، ويشترط أن يصدر القرار كتابة وتكفي الأغلبية لصدوره مع التوقيع عليه من الرئيس والأعضاء مع ذكر رأي العضو المخالف إن لم يكن الحكم بالإجماع ، وملخص أقوال المتهم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره . (1)

(3) انظر : المادة (2/15) من لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 .

(4) انظر : د. محمد نور شحاته : سلطة التكييف في القانون الإجرائي . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ص 211 .

(1) انظر : : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق، ص460

وفيما يتعلق بإصدار حكم التحكيم الإلكتروني يرى البعض (2) أن هناك بعض الصعوبات التي تواجهه منها ما يتعلق بشكل الحكم ومنها ما يتعلق بوجوب توقيع الحكم . ففيما يتعلق بشكل الحكم فإنه يثور التساؤل عن مدى استلزام أن يكون الحكم ثابتاً بالكتابة على دعامة ورقية ؟ قفي هذا الشأن نجد أن بعض النصوص تستلزم صراحة أن يكون الحكم مكتوباً . وفيما يتعلق بوجوب توقيع الحكم، فقد تواترت الوثائق الدولية والوطنية التي تستلزم توقيع الحكم منها المادة (1/31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أن « يصدر الحكم كتابه ويوقعه المحكم أو المحكمون » .

ووفقاً لنظام القاضي الافتراضي فإنه بعد تعيين المحكم يبدأ في الاتصال بالأطراف لطلب أي معلومات إضافية تتعلق بموضوع النزاع ، ويجب عليه أن يفصل في موضع النزاع خلال 72 ساعة أي ثلاثة أيام عمل تبدأ من تاريخ تلقي المركز لرد المدعى عليه على ادعاءات المدعي ، ويقوم المحكم بإصدار حكم في النزاع بعد دراسته ، ويصدر هذا الحكم وفقاً لظروف الدعوى وما يراه عادلاً وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف ، وتتم هذه الإجراءات جميعها إلكترونياً بداية من ملء النموذج الخاص بالتحكيم وحتى صدور حكم التحكيم المهور بالتوقيع الإلكتروني للمحكم هيئة التحكيم (3) وفي هذا المعنى نصت المادة (4/25) من لائحة المحكمة الإلكترونية على أن « يتولى السكرتارية نشر الحكم على موقع القضية ، وتبليغه للأطراف بكل وسيلة ممكنة » وباعتبار أن النص جاء مطلقاً في شكل وسيلة إبلاغ الحكم للأطراف فمن المتصور أن يتم ذلك الإبلاغ بإرسال بريد إلكتروني مع الحصول على إفادة بالاستلام عند الاقتضاء . (4)

- تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني :

إن الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل في الحكم الذي يصل إليه المحكمون ، هذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه ، وتتحدد به مدى فاعليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات . (5) وفي إطار التحكيم الإلكتروني يرى البعض أن الجهات الرسمية المنوط بها التنفيذ والتي تبدأ بالمحكمة المختصة بإصدار الصيغة التنفيذية للحكم وكذلك رجال التنفيذ من محضرين وشرطة لن يقبلوا بسهولة مسؤولية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني إلا في حالة وجود قانون وطني أو اتفاقية دولية تلزم السلطات الوطنية بقبول وتنفيذ الأحكام الإلكترونية .

ويذهب اتجاه ثاني إلى أنه إذا كان طالب تنفيذ الحكم التقليدي أو العادي يلزم أن يقدم أصل ذلك الحكم أو نسخة رسمية من هذا الأصل ، وإذا كان ذلك المقترض لا يثير أية مشكلات في مجال التحكيم العادي فالأمر لا يسير على نفس المنوال في مجال التحكيم الإلكتروني وذلك لسببين هما :

الأول : يرجع إلى نظام المعلوماتية التي لا تميز بين الأصل والصورة .

الثاني : يرجع إلى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الإلكتروني .

(2) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 60 .

(3) انظر : د. هيثم عبد الرحمن البقلي : مرجع سابق ، www.kenanaonline.com

(4) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 484 .

(5) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصيف: مرجع سابق ص 63 .

ويضيف بأنه يمكن أن تماثل الوثيقة الالكترونية الأصل ، ويتم التنفيذ بمقتضاها إذا توافر شرطاً هما :

أولاً : يتعين وجود ضمان إمكان التشغيل فيما يخص كمال المعلومة .

ثانياً : يتعين أن تكون المعلومة يمكن الكشف عنها للشخص المقدمة إليه .

كما يقرر أن اقتضاء كمال المعلومة يتم استيفائه بمجرد بقاء المعلومة كاملة دون إتلاف أو تشويه . وأن مستوى إمكانية التشغيل يتم تقديره بالنظر إلى موضوع المعلومة⁹²⁸(1).

ويرى اتجاه ثالث (2) أن التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم الالكتروني أمر مرغوب فيه ، إذا أن أهم أهداف التحكيم الالكتروني هو تعزيز الثقة في التجارة الالكترونية ، وبالأخص ثقة المستهلك فالطرف القوي الذي يصدر حكم التحكيم ضده ولصالح المستهلك قد يقوم بتنفيذ الحكم على الرغم من عدم رضائه ، وذلك لأنه يسعى أن يبقى شخصاً موثقاً به في سوق التجارة الالكترونية ، ولكن في حالة عدم التنفيذ الطوعي يتعين على التنظيم الذاتي للتحكيم الالكتروني أن يوفر للمتحمكين آلية إجبار على التنفيذ تقوم مقام سلطات التنفيذ في الدولة ، أو أن يوفر حوافز خاصة للمحكوم عليه تدفعه نحو التنفيذ الطوعي لحكم التحكيم ، وعليه فإن هناك فائدة كبيرة سوف تعود على التجار الذين يقومون طواعية بتنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني ، وذلك حتى لا يفقدون المنافع الاقتصادية العديدة التي يحصلون عليها من جراء تواجدهم في السوق الالكتروني .

- آليات تنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني :

تتعد آليات التنفيذ الجبري التي يمكن لمجتمع التجارة الالكتروني أن يوفرها لضمان تنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني ، وتشمل هذه الآليات على سبيل المثال لا الحصر : خدمات التعهد بالتنفيذ ، وصناديق تمويل الأحكام وربط مراكز التحكيم الالكتروني بمصدر بطاقات الائتمان ويُعرض فيما يلي لهذه الآليات بشيء من الإيجاز :

1 . خدمات التعهد بالتنفيذ :

تفترض هذه الآلية وجود عقد بين طرفي العقد الالكتروني وهما البائع والمشتري ، وبين متعهد التنفيذ قبل إبرام عقد البيع ، ويجب يجب أن يتضمن هذا العقد شرط تنفيذ التحكيم الالكتروني تحت مظلة احد مراكز التحكيم الالكتروني .

2 . صندوق تمويل الأحكام :

من خلال هذه الآلية يتم إنشاء صندوق لتمويل الأحكام يساهم فيه تجار السوق الالكتروني ، ويتولى الإشراف عليه وإدارته مركز تحكيم معتمد من قبلهم ، ويضمن هذا الصندوق للمستهلكين حصولهم على أموالهم التي يقضي بها المحكم مباشرة ؛ ذلك لأن المركز يملك تنفيذ الحكم الصادر عنه من خلال الأموال المودعة في الصندوق .

3 . ربط مراكز التحكيم الالكتروني بمصدر بطاقات الائتمان :

وتفترض هذه الآلية قيام مركز التحكيم الالكتروني بإبرام عقد مع احد مصدري بطاقات الائتمان ، كشركة فيزا أو شركة ماستر كارد ، والذي بدوره يبرم عقد مع التاجر الذي يريد أن يستفيد من خدمة الائتمان ، ويتضمن كل عقد من

⁹²⁸ د. عصام طراونة، مرجع سابق ص154.

هذين العقدين شرطاً يخول مصدر بطاقات الائتمان ويلزمه برد الثمن إلى حساب المشتري (المستهلك) إذا تلقى قراراً تحكيمياً من المركز المتفق عليه يفيد ذلك .

- رسوم التحكيم الإلكتروني :

أوضحت لائحة مركز تحكيم ووساطة الويو التي يلتزم بها المحتكمون بداية من تقديم طلب التحكيم ونهاية بالحصول على حكم التحكيم الإلكتروني رسوم التحكيم ، وتتنوع هذه الرسوم بين رسوم التسجيل ، والرسوم الإدارية ، ورسوم المحكمين ، ففي ما يتعلق برسوم التسجيل يتم تقديرها بحسب المبلغ المتنازع عليه ، فإذا لم يكن المبلغ غير محدد يتعين دفع 1000 دولار مع طلب التحكيم ، ويتم دفع نفس المبلغ إذا كان موضوع النزاع ليس مالياً وفيما يتعلق بالرسوم الإدارية فيلتزم بها المدعي ، وتستحق هذه الرسوم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إرسال طلب التحكيم ، ويتم احتساب هذه الرسوم وفق جدول الرسوم المطبق وقت بدء التحكيم ، وفي حالة التأخير عن أداء الرسوم الإدارية يمنح من تأخر عن أدائها مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الأخطار الكتابي لأدائها ، وإلا اعتبر راجعاً عن ادعائه أو ادعائه المقابل أو عن الزيادة فيها ، وفيما يتعلق برسوم المحكمين فإنها تحتسب على أساس مجموع مبلغ النزاع ، وإذا كان هناك ادعاء مقابلاً فإنه يضاف لمجموع مبلغ النزاع ، وتشمل تلك الرسوم الأتعاب والنفقات التي تطلبها فض النزاع ، ويقوم المركز بتقدير رسوم هيئة التحكيم سواء أكانت الهيئة مكونة من ثلاثة أعضاء أو من عضو واحد بعد استشارته للمحكمين وأطراف النزاع إذا لم يكن موضوع النزاع مالياً .

ويقدر مركز التحكيم رسوم الهيئة في حالتين : الأولى : إذا لم تكن الهيئة مكونة من محكم فرد ولا ثلاثة حيث تقدير الرسوم في هذه الحالة وفقاً للجهد الذي تحمته الهيئة ومقدار المسؤوليات التي كانت على عاتقها .

والحالة الثانية : إذا لم يكن مبلغ النزاع محدد عند إحالته للتحكيم ، أو لم يكن أصل النزاع مالياً فيلتزم الأطراف بدفع ألف دولار عند إحالة النزاع ليقوم المركز بعدها بتقدير الرسوم للمحكمين بعد دارسته لموضوع النزاع والوسائل الملائمة لحاله وفي حالة فشل النزاع كونه لا يدخل ضمن اختصاص المركز فإنه يستحق رسماً مقداره ألف دولار ، وتجدر الإشارة إلى أن مراكز التحكيم تستوفي بداية وبعد إخطارها للمحكمين مبلغ التأمين يدفع خلال 30 يوماً من إحالة النزاع إليها .⁹²⁹(1).

الفرع السابع: ضمان فعالية تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني:

يثير هذا العنوان التساؤل عن مدى صحة إجراءات التحكيم الإلكتروني، و بالتالي التساؤل عن مدى إستيفاء حكم المحكمين مقومات تنفيذه في ضوء القواعد القائمة للتحكيم التقليدي من حيث إمكانية إستيعاب هذه القواعد بوضعها القائم لتطبيقات التحكيم الإلكتروني أو ضرورة تطويرها لتستجيب لطبيعة طرق الإتصال الإلكترونية المستخدمة في إنجاز إجراءات التحكيم الإلكتروني .

إن واقع انتشار تطبيقات التجارة الإلكترونية و شيوع إستخدام تقنيات الإتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني في نقل الرسائل والمستندات، يعطي للمسائل التي يثيرها إستخدام هذه التقنيات في إدارة عملية التحكيم أهمية خاصة من حيث أن الإعتراف بالحكم الصادر سيواجه عقبة تنفيذه في الدول التي لا يوجد فيها ما يلزم محاكمها بالإعتراف بالأحكام الصادرة

⁹²⁹ د. عصام الطراونة، مرجع سابق ص157.

في قضايا التحكيم التي تمت إجراءات النظر و إصدار الحكم فيها على الخط ON LINE و كذا أحكام التحكيم التي تُبنى على بنود تحكيمية واردة في عقود إلكترونية.

فحتى و إن ألزمت المادة الثانية الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك بشأن الإعراف بأحكام التحكيم الأجنبي وتنفيذها، الدول الأطراف فيها بالإعتراف باتفاقات التحكيم و الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية، و لكنها ضمنت هذا الإلتزام العديد من الشروط منها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و موقعا، و أن يكون حكم التحكيم مصادقا عليه فإن هذه الشروط تحتاج التحقق من توافر مقتضياتها في الطرق الإلكترونية لتسوية المنازعات ضرورة النظر في توسيع مفهوم الكتابة والتوقيع ليستوعب التطور الذي لحقهما.

رغم أن قواعد الاختصاص القضائي والتحكيمي الدولي تتصف بحسب الأصل العام بوطنيتها أسوة بغيرها من قواعد القانون الدولي الخاص، إلا أن الدراسة المقارنة لمختلف النظم القانونية كشفت لنا عن وجود مبادئ أساسية تشترك معظم الدول في الأخذ بها.

ويرجع ذلك إلي وحدة الأهداف التي تسعى الدول للتوصل إليها، والتي تتمثل في التنظيم بين فكرة سيادة الدولة وحاجة المعاملات الدولية بوضع القواعد التي تيسر سيرها.

وتأسيساً على ذلك، تستقل كل دولة بتنظيم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها وكذلك قواعد التحكيم الدولي فيها، أسوة في هذا الصدد بالاختصاص القضائي والتحكيمي الداخلي، فالمشرع في كل دولة يستقل برسم حدود اختصاص محاكم ومحكمين دولته، ولا يجوز لأي فرد أو دولة أجنبية أو هيئة دولية التدخل في هذا التنظيم جبراً عن الدولة، ويعتبر ذلك النتيجة المنطقية لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها. ولكن ذلك لا يعني أن تقرر الدولة اختصاص محاكمها الوطنية ومحكميها بنظر جميع المنازعات التي تنطوي على عنصر الصفة الأجنبية لتعارض ذلك مع حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة.

إن استقلال [الهيئة التحكيمية](#) عن القضاء الرسمي لا يمنع بالضرورة أي تدخل لقضاء الدولة سواء كان هذا التدخل لمساعدة الهيئة أو لممارسة نوع من الرقابة على الأحكام الصادرة عنها.

مما لا شك فيه أن الهدف النهائي للتحكيم الإلكتروني هو تمكين من سيصدر القرار لصالحه من الحصول على حقه بأيسر الإجراءات وأبسطها، ولذلك يعتبر تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني هدف نظام التحكيم كله ، فكل ما يمر به نظام التحكيم من مراحل تصب في هذه المرحلة الأخيرة التي تترجم الحل النهائي للنزاع فيما بين الأطراف المتنازعة ، والأصل أن يسارع الطرف الخاسر إلى تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني إختياريا ، وفي حالة امتناعه لابد أن تكون هناك سلطة تتدخل لإجباره على الوفاء بالتزاماته (1).

وعلى ذلك سيتم تناول الموضوع عن طريقين ، الطريق الأول: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عن طريق القضاء الوطني ، الطريق الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عن طريق الوسائل البديلة .

أولاً: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عن طريق القضاء الوطني: إن لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم الإلكتروني لتسوية نزاعاتهم الناجمة عن معاملاتهم التجارية يكون بناء على حرية إختيار أطراف النزاع له وبالتالي فإن تنفيذ أحكام المحكمين تكون بالتراضي بين أطرافه ، فالثقة في أحكام التحكيم والإطمئنان إلى نفاذها يؤثر بلاشك من الناحية العملية على التجارة الدولية ، وذلك لأن انعدام الثقة يعني تزايد المخاطر مما يكون له أثر سلبي على نطاق التحكيم وانعكاساته السيئة على حركة التجارة الدولية⁹³⁰(2).

وهذا ما أكدته لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 ، في المادة (6/28) على أن كل قرار تحكيم يكوف ذو طابع الزامي بالنسبة لأطرافه وذلك نتيجة خضوعهم طواعية للائحة الحالية، ويتعهد الأطراف بتنفيذ القرار الصادر دون إمهال ، كذلك تقرر لائحة المحكمة الإلكترونية في المادة (6/25) بأن القرار الصادر من هيئة التحكيم سيكوف حكماً نهائياً في النزاع غير قابل للطعن فيه أو الاعتراض أمام أي جهة أخرى ويتعهد الاطراف بتنفيذه بسرعة ودون تأخير، أما إذا لم يقم الطرف الخاسر بتنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني فهنا لا بد من أن يلجأ الطرف المحكوم له إلى قضاء الدولة لغرض تنفيذه.

الطريق الثاني: تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني بالوسائل البديلة: يلاقي تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني صعوبة كبيرة، حتى في الدول التي أصدرت التشريعات الإلكترونية لعدم وضعها القواعد القانونية التي تنظم إجراءات التحكيم الإلكتروني، بالإضافة إلى المشكلة التي يواجهها القضاء الوطني في حالة تنفيذ قرارات التحكيم الباطلة .

لذلك لا بد من إيجاد الوسائل البديلة الأكثر ملائمة لتنفيذ قرارات التحكيم الإلكتروني عن طريق القضاء العادي، فهناك من ذهب إلى الاعتراف بالطبيعة غير المكانية للتحكيم الإلكتروني الأمر الذي يترتب عليه تنفيذ القرارات طواعية من الطرف الخاسر، من أجل تعزيز الثقة لدى المتعاملين بالتجارة الدولية فإذا أصدر قرار لصالح أحد الأطراف فإن الطرف الآخر يقوم بتنفيذه بالرغم من صدوره لغير مصلحته حفاظاً على سمعته في سوق التجارة الإلكترونية⁹³¹(1).

وهناك من يذهب إلى أبعد من ذلك من أن تنفيذ قرارات التحكيم الإلكتروني لا ينبغي لها أن تتم أمام القضاء الوطني وذلك للطبيعة الخاصة للتحكيم الإلكتروني والذي لا يتطلب الانتقال المادي ومواجهة المحكمين وجها لوجه وإنما عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية(2). لذلك فإن مواقع التسويق الإلكترونية تعطي لمركز تحكيمي معين امكانية إضافة نقاط سلبية أمام موقع كل بائع لا ينفذ أحكام التحكيم الصادرة منه وإن إضافة مثل هذه النقاط أمام مواقعهم يسئ إلى سمعتهم التجارية ، مما يؤدي إلى فقدان الكثير من عملائهم لذلك يقومون بتنفيذ حكم التحكيم حتى يحافظوا على سمعتهم التجارية وعدم فقد عملائهم⁹³²(3).

كما وأن مراكز التسوية الإلكترونية تحث الطرف الخاسر على تنفيذ قراراتها طواعية إذ تقوم هذه المراكز بسحب علامة الثقة التي منحها للشركات والتي تضعها على موقعها الخاص بها إذا لم تنفذ أحكام التحكيم الإلكترونية الصادرة منها ، خاصة وأن علامة الثقة تلعب دوراً كبيراً في تعزيز الثقة للمتعاملين بالشركة التجارية.

⁹³⁰ د. عصام عبدالفتاح مطر، مصدر سابق، ص486.

⁹³¹ د. مصلح احمد الطراونة، التحكيم الإلكتروني ، مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد الأول :مجلد2، العدد الأول، ص239.

⁹³² عصام عبد الفتاح مطر، مصدر سابق، ص492.

لذلك تعمل هذه الشركات جاهدة للحفاظ على هذه العلامة ولهذا تلتزم بتنفيذ قرارات التحكيم الإلكتروني طواعية وبخلافه تفقد علامة الثقة والمتعاملين معها. كذلك يقوم أطراف النزاع بإنشاء صندوق لدى مراكز التسوية بإشراف منها قبل البدء في إجراءات التحكيم وإيداع مبلغ نقدي في هذا الصندوق ويبقى هذا المبلغ حتى إنتهاء إجراءات التحكيم الإلكتروني. ويضمن مركز التسوية الإلكتروني بهذا الصندوق حصول الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه على حقوقه، وبهذا قوم المركز بتنفيذ حكم التحكيم من خلال الأموال المودعة في الصندوق الذي يشرف عليه بدون تدخل الطرف الخاسر(1). تبين مما سبق أن لمراكز التسوية الإلكترونية أهمية كبيرة في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بعيدا عن القضاء الوطني وفي زيادة فعالية التحكيم الإلكتروني.

الخاتمة:

لعل إقبال المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية على التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعاتهم مقارنة بالوسائل الأخرى من جهة، ومجاوبته لخصوصية افتراضية منازعات التجارة الإلكترونية التي تستعصي على مناهج القانون الدولي الخاص مواكبتها من جهة أخرى. وهو ما يؤكد الأهمية القصوى التي يكتسبها التحكيم الإلكتروني.

إن الآثار التي ترتبها القواعد المذكورة على تحديد مكان التحكيم تتطلب بحث كيفية تحديده في حالة جريان التحكيم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية وبالمثل فإن طبيعة هذه الشبكات تثير التساؤل حول المكان والوقت اللذين يعتبر حكم التحكيم قد صدر فيهما .

وعلى العموم فإن الاستخدام الآمن والفعال لشبكات الاتصال الإلكترونية سوف يحتاج الى دراسة ومن ثم الى تنظيم الجوانب المرتبطة بإجراءات المرافعات والإثبات خصوصاً تقديم المستندات وتبادلها من حيث سلامتها وتوثيقها وحجيتها وبحث الموضوع الذي يثير الجدل الواسع وهو صلاحية الكتابة الإلكترونية لأداء وظائفها سواء فيما يتعلق بإبرام العقد وإثباتها أو فيما يتصل بتسوية منازعاتها.

إن التحكيم الإلكتروني والذي نشأ حديثاً وما زال في طور التحديث والتنظيم القانوني والتقني مازال بحاجة إلى تدخل من قبل المنظمات الدولية والدول لوضع إطار شامل يتحقق به شمولية الاعتراف والتنظيم لهذا النوع الجديد من أنواع التحكيم. في الأخير يمكن القول أن التحكيم الإلكتروني نظام فعال يوفر العديد من المزايا التي لا يوفرها التحكيم التقليدي ويجسد كل الأحكام والقواعد التي تنظمها التشريعات الذاتية بالتحكيم ولا يقف أمام تطوره وفعاليتها أكثر سوى وجود إطار قانون دولي خاص به بالإضافة إلى إقرار التشريعات الوطنية بالمعاملات الإلكترونية وبالأخص بخصوصيات التحكيم الإلكتروني.

النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

في نهاية ذلك البحث فقد تم التوصل لمجموعة من النتائج التي يتعين مراعاتها من قبل المتعاملين على شبكة الإنترنت عند نشوب نزاع بينهم. وهي كالآتي:

- 1- يعتبر التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية من أهم وسائل فض المنازعات التي تحصل بين أطراف هذه العقود وذلك لما يتمتع به من مزايا كونه الأسرع والأيسر وعدم حاجة الأطراف للانتقال إلى مكان التحكيم
- 2- إن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود تختلف عن العقود التقليدية في أنها تتم عن بعد بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان، وهذه الخصوصية كان لها دوراً فعالاً في اختلاف المعايير العامة للاختصاص القضائي المطبقة عليها.
- 3- الحدود التي كانت تفصل بين الدول وأحكامها القضائية ذابت وسقطت مع وجود المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، لأنها أنشأت عالماً افتراضياً جديداً، بل نقول أنها أنشأت قرية كونية صغيرة تجعل العالم كله طوع بنان المتعاملين عبر الشبكة.
- 4- عجز المعايير والضوابط العامة للاختصاص القضائي في العقود التقليدية عن تغطية معاملات التجارة الإلكترونية في حالة نشوب نزاع على الاختصاص القضائي في عقودها لاختلاف طبيعة الوسط المطبق فيه كلاً منهما.
- 5- إذا كانت المعايير الشخصية والموضوعية للاختصاص القضائي قادرة على حل مشكلات تنازع الاختصاص القضائي في العقود التقليدية فإن اعتمادها على التركيز والتوطن الجغرافي والمكاني يجعل تطبيقها على العقود الإلكترونية أمراً يثير العديد من الصعوبات حيث أن العالم الذي تقوم فيه عقود التجارة الإلكترونية عالمياً ينفرد من الحدود والتوطن الجغرافي.

ثانياً: التوصيات:

يوصي الباحث بالآتي:

- 1- كما يتم التوصية بضرورة التعاون بين الدول لوضع نظام محدد يبين أحكام تطبيق وتنفيذ أحكام المحكمة الصادرة في المنازعات الإلكترونية لأن الحكم لقيمة له بدون تنفيذه.
- 2- يجب على كافة الدول وخاصة الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي (لما كان لها من سبق في هذا المجال) أن تضع تنظيم جامع خاص بعقود التجارة الإلكترونية تغطي فية معايير اللجوء للقضاء وتطبيق الأحكام الصادرة في منازعاته وتنفيذها في الدول المختلفه.
- 3- العمل على توفير أمن المعلومات عبر الإنترنت والإرتقاء به وتطويره.
- 4- إعداد الدراسات والبحوث حول التجارة الإلكترونية والعقود الرقمية وعلاقتها بالتحكيم الإلكتروني بالإضافة إلى تنمية الكوادر البشرية في مجال التحكيم الإلكتروني.
- 5- إعداد محكمين تخصصين في التحكيم الإلكتروني عن طريق إقامة الدورات التدريبية وورش العمل.

القضاء الاستعجالي في المادة التجارية

محمد برهان الدين

طالب باحث بسلك الدكتوراه

مقدمة

إذا كان القضاء قديماً يمتاز بالفعالية والنجاعة، والسرعة والعجلة في إصدار الأحكام وتنفيذها، والسهولة والمرونة في الإجراءات المسطرية، فإن هذه السرعة بدأت تتضاءل حيث إننا اليوم في عصر السرعة التي شملت مختلف ميادين الحياة، إلا أن القضاء أصبح يتسم بالبطء وتنوع الإجراءات وتشعبها وتعقدها، فبقدر ما تزداد الحضارة الإنسانية تطوراً تتباطأ خطى القضاء، مما دفع رجال القانون إلى البحث عن السبل الكفيلة لاستنباط الطرق الإجرائية لتحقيق الانسجام بين سير القضاء وسير المعاملات، فظهرت مسطرة التحكيم لفض النزاعات ذات الطابع التجاري، وهي مسطرة تمتاز بالسرعة والبساطة كأحسن بديل لمسطرة القضاء العادي التي يرى البعض أنها لم تعد تناسب هذا النوع من النزاعات⁹³³.

وفي نفس هذا الإطار ظهرت الحاجة أيضاً إلى خلق قضاء من نوع آخر اسمه "القضاء المستعجل" وهي آلية فرضتها الظروف الاقتصادية والاجتماعية لحماية الحقوق. ولئن ظهرت هذه الآلية فهي تحمي الحقوق بصفة مؤقتة فقط وبمقتضى مسطرة استثنائية،

وقد عرف القضاء المستعجل لأول مرة في باريس سنة 1685، وأضحى ينمو ويتطور بوثيرة سريعة خلال القرن 19، وذلك بفضل الاجتهادات القضائية خصوصاً تلك الصادرة عن رئيس المحكمة الابتدائية بباريس.

ومن تم بدأ هذا القضاء المستعجل ينتشر في ربوع العالم، فأخذت به جل التشريعات العربية ومن ضمنها المغرب⁹³⁴. فالقضاء الاستعجالي إذن هو نوع من القضاء يبت في القضايا والمسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت، أو من خطر عاجل يتهدهدها وذلك وفق مسطرة و شروط خاصة.

و إذا كان هناك اختلاف بين الفقه المقارن حول تحديد القواعد الموضوعية العامة للقضاء المستعجل، فإن نظيره في المغرب يرى أن شروط اختصاص هذا النوع من القضاء تتلخص في شرطين هما: الاستعجال، وعدم المساس بالموضوع. فهذان الشرطان لازمان لذلك الاختصاص، فلا يتوافر أحدهما دون الآخر.

1 عرض قدم اليوم الدراسي الذي نظّمته محكمة الاستئناف بالرباط في إطار انشطتها الثقافية حول موضوع " محكمة الرئيس " وذلك يوم 2002/06/24 بالمعهد الوطني للدراسات القضائية.

934 مقال الدكتور محمد السماحي حول: " موقع القضاء المستعجل من القضاء بصفة عامة"، منشور في ندوة القضاء المستعجل المنظمة من طرف مجلس وزراء العدل العرب سنة 1986، ص: 91.

كما أن المشرع المغربي عمد إلى توسيع نطاق اختصاص القاضي الاستعجالي التجاري دون اعتبار لعنصر الاستعجال وعدم المساس بالموضوع، حسب مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 21 التي تنص على أنه: "يمكن لرئيس المحكمة التجارية ضمن نفس النطاق - رغم وجود منازعة جديدة- أن يأمر بكل التدابير التحفظية أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو وضع حد لاضطراب ثبت جليا أنه غير مشروع."

وهذا معناه أن القضاء الاستعجالي في المادة التجارية قد جاء مغايرا للقضاء الاستعجالي في المادة المدنية، ذلك أن ألفاظ وصياغة المادة 21 من ق.م.ت قد تضمنت أسلوبا مغايرا بتنصيبها على ما يلي: "يمكن لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة أن يأمر بكل التدابير التي لا تمس أية منازعة جديدة... ونشير هنا أن مصطلح (يمكن) الذي استعمله المشرع بمعنى الاختيار لا يفيد الغرض الذي من أجله أحدثت مؤسسة القضاء الاستعجالي التجاري خلافا للفصل 149 من ق.م.ت الذي استعمل مصطلح (يختص) بمعنى الإلزام.

و تظهر اهمية القضاء الاستعجالي في كونه وسيلة فعالة اوجدها المشرع لحماية الحقوق من الاخطار المحدقة بها و التي لا تتطلب طبيعتها انتظار احكام قضاء الموضوع.

و عليه كيف تعامل المشرع المغربي مع اختصاصات رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي الأمور المستعجلة ؟

للاحاطة بمختلف جوانب الموضوع حاولنا تقسيم الاشكالية الى مبحثين نتناول في المبحث الاول شروط رفع الدعوى الاستعجالية على ان نتناول مجالات تدخل رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي المستعجلات في المبحث الثاني

المبحث الأول: شروط رفع الدعوى الاستعجالية

منح المشرع المغربي لرئيس المحكمة التجارية الاختصاصات التي يمارسها رئيس المحكمة الابتدائية بموجب قانون المسطرة المدنية و كذا الاختصاصات المخولة له في المادة التجارية⁹³⁵ فمسطرة رفع الدعوى الاستعجالية كأصل عام تخضع لنفس القواعد التي أوردها المشرع بخصوص المسطرة المتبعة أمام المحاكم الابتدائية، و بذلك فإن رفع الدعوى الاستعجالية يخضع لشروط شكلية (المطلب الأول) وموضوعية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الشروط الشكلية لرفع الدعوى الاستعجالية

من خلال هذا المطلب سنتطرق الى الطلب الاستعجالي و شكلياته في الفقرة الأولى و طرق التبليغ في القضايا الاستعجالية في الفقرة الثانية

الفقرة الأولى: شكليات الطلب الاستعجالي

بالرجوع الى نص 13 من القانون المحدث للمحاكم التجارية²، نلاحظ أن المشرع المغربي حسم في شكليات الطلبات المقدمة امام المحاكم التجارية بمعنى انه استغنى عن الشكليات المنصوص عليها في الفصل 31 من ق م م بخصوص امكانية تقديم المقال الافتتاحي عن طريق التصريح الشفوي فقط و عليه لكي يكون هذا الطلب مقبولا شكلا يجب ان يتضمن

935المادة 20 من القانون المحدث للمحاكم التجارية .

2 ترفع الدعوى امام المحاكم التجارية بمقال مكتوب يوقعه محام مسجل في هيئة من هيئات المحامين بالمغرب

3 الفصل 149 من ق م م

مجموعة البيانات المنصوص عليها في الفصل 32 من ق م م, كما ان المشرع المغربي من خلال الفصل 150 من ق م م جاء بخصوصية مرتبطة بساعات العمل حيث نص على امكانية تقديم الطلب في غير الايام و الساعات المعينة للقضاء المستعجل و نص في الفقرة الاخيرة من نفس الفصل على امكانية البت في الطلب المستعجل حتى في ايام الاحاد و ايام العطل , و ينظر في الدعوى الاستعجالية رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي الامور المستعجلة كما يمكن ان ينظر في ذات الدعوى المقدمة اذا عاق الرئيس مانع اقدم القضاة, لكن يبقى امر تعيين ساعات و ايام و جلسات القضاء المستعجل من اختصاص رئيس المحكمة³.

1- بيان الوقائع والوسائل المثارة في الدعوى الاستعجالية التجارية

يقصد بالوقائع الأحداث المادية والتصرفات التي أدت إلى نشوء النزاع ويقصد بالوسائل المثارة المستندات والأسس القانونية والنصوص التشريعية والأدلة والتعليقات التي يراها المدعي مناسبة لتأييد طلبه المستعجل، وليس بالضرورة ذكر النصوص التشريعية وإنما الاكتفاء بذكر الأسس القانونية التي تبني عليها الدعوى الاستعجالية ويفيد بيان الوقائع والوسائل المثارة من تمكين المدعي عليه من إعداد دفاعه على أساس تلك الوقائع والوسائل⁹³⁶.

2- إرفاق الطلب الاستعجالي بالمستندات

طبقاً لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من ق.م.م يتضح بأن جدية الطلب لا تظهر إلا إذا كان الطلب مدعماً بالمستندات و الحجج الخطية وذلك بغية تمكين قاضي الأمور المستعجلة (في المادة التجارية) من الفصل في الدعوى بما يتناسب و حالة الاستعجال.

و يلاحظ أن المشرع استعمل عبارة المستندات و هي شاملة للمستندات الرسمية أو العرفية، تاركاً بذلك السلطة التقديرية للقاضي في مدى حجيتها أو مدى كفايتها أو عدم كفايتها لتدعيم الأسباب التي يرتكز عليها المدعي في طلبه.

الفقرة الثانية: استدعاء أطراف الدعوى المستعجلة.

تستهدف عملية الاستدعاء إحاطة المدعى عليه علماً بأن الدعوى رفعت أمام المحكمة التجارية، و أنه يتعين عليه الحضور أمامها في تاريخ و ساعة معينين، فإذا كانت طريقة استدعاء المدعي في إطار الدعوى المستعجلة لا تثير إشكالا ما دام يعلم بتاريخ الجلسة أثناء تقديمه للطلب إما إلى كتابة الضبط أو إلى قاضي المستعجلات بمكتبه أو بمحل سكنه ذلك حسب مقتضيات الفصل 150 من ق.م.م و في فقرته الأخيرة نص على أن القاضي يعين فوراً اليوم و الساعة التي ينظر فيها الطلب، كما أن الفصل 149 من ق.م.م صرح بأنه يتم تعيين أيام و ساعات جلسات القضاء المستعجل من طرف الرئيس (المحكمة التجارية) ذلك أنه يستدعي منا توضيح طرق استدعاء المدعى عليه، فقد نص الفصل 151 من ق.م.م على أن القاضي يأمر باستدعاء الطرف المدعى عليه طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصول 37 و 38 و 39. مع استثناء الحالة التي تتوفر فيها حالة الاستعجال القصوى و هي حالة متروكة لتقدير القاضي حسب ظروف كل قضية و ملاساتها حيث يث على وجه السرعة دون إجراءات أي دون استدعاء طرفي الدعوى , و مما تجدر الإشارة اليه انه خصوصية المسطرة في المادة

936الطيب الفصائلي , الوجيز في القانون القضائي الخاص ج 2 الطبعة الثانية نونبر 1999 المطبعة و الوراقة الوطني -مراكش-

التجارية تلقي بضلالها على مجموعة من الاجراءات و منها اجراءات التبليغ أو الاستدعاء لحضور الجلسات امام المحاكم التجارية إذ نجد المشرع المغربي حدد مسبقا المؤسسة المكلفة بالتبليغ في المادة التجارية⁹³⁷ وهي مؤسسة المفوضين القضائيين⁹³⁸

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لرفع الدعوى الاستعجالية

جاء في مطلع الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية: "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحدة بالبث بصفته قاضياً للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال..." وقضى الفصل 152 من نفس القانون بأنه "لا تبث الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر..."

فمن خلال هذين الفصلين يتضح أن اختصاص القاضي الاستعجالي منوط بتوفر شرطين: أولهما ضرورة توافر الاستعجال في المنازعة المطروحة أمامه (الفقرة الأولى)، و ثانيهما عدم المساس بجوهر الحق (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : توفر عنصر الاستعجال

إذا كان المشرع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة لم يضع أي تعريف لهذا العنصر الأساسي سواء في المادة 21 من ق.م.ت أو في الفصل 149 من ق.م.م والذي اكتفى فيه بإبراز عنصر الاستعجال كشرط لانعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، فإن الفقه⁹³⁹ والقضاء⁹⁴⁰ حاولا سد الثغرة بإيجاد التعريف المناسب حيث وقع الاتفاق على أن الاستعجال هو الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده.

والاستعجال مبدأ مرن وغير محدد، وهو بذلك يسمح للقاضي أن يقدر في وصفه للواقعة ظروف كل دعوى على حدة، كما أن مرونة المبدأ ذاته وعدم تحديده يتنافيان مع أي شيء من كل ذلك، ويتنافران مع أي تعريف منطقي لأن الاستعجال ليس مبدأ ثابتا، بل هو حالة تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان وتتلاءم مع التطور الاجتماعي في الأوساط والأزمنة المختلفة⁹⁴¹، ويستشفه قاضي المستعجلات من ظروف وقائع الدعوى الواردة في المقال الافتتاحي، ومناقشة الطرفين بالجلسة ويستنبطه من عناصر الملف فلا يمكن أن يكون الاستعجال من مجرد رغبة أحد الطرفين في الحصول على حكم في الدعوى بأسرع ما يمكن.

وفي هذا السياق، يطرح السؤال حول إمكانية تقديم طلب إثبات حال بواسطة خبير أمام القضاء الاستعجالي في إطار مسطرة تواجيهية طبقا لمقتضيات الفصل 149 ق م م، وما هي الآثار التي يمكن أن تترتب على ذلك؟

وجوابا عن ذلك، نشير إلى نازلة تتعلق بكون المكري تقدم بطلب ضد المكترى على إثر قيامه بتغطية الساحة التي يتوفر عليها المحل المكترى، وإدخاله تغييرات جذرية عليه دون استئذانه، والتمس تعيين خبير مختص في الأمور العقارية لأجل الوقوف على عين المكان وتقديم وصف شامل وكامل للعقار وبالخصوص لساحته والتأكد من التغييرات بما يراه من وبعد

المادة 15 من القانون المحدث للمحاكم التجارية 937

938 ظهير شريف رقم 1-06-23 صادر في 15 محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2016 بتنفيذ القانون رقم 03-81 المنظم لمهنة المفوضين القضائيين ، جريدة رسمية رقم 5400 الصادرة بتاريخ 2 مارس 2006

محمد علي راتب ومن معه - في قضاء الأمور المستعجلة - ط 7- 1985 - ج 1 - ص 26 939.

أورده محمد علي رشدي -قاضي الأمور المستعجلة- ص 48 (دون ذكر دار النشر) ط 1998 940.

941 محمد علي رشدي - قاضي الأمور المستعجلة - ص 51 (دون ذكر دار النشر) - ط 1998

جواب المدعى عليهم أصدر رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للمستعجلات أمرا برفض الطلب في غيبة الأطراف ودون استدعائهم. وبعد الطعن بالاستئناف من طرف المكري قضت محكمة الاستئناف التجارية⁹⁴² بعدم قبول الاستئناف شكلا بعلّة " أن الإطار القانوني للطلب يندرج في إطار الأوامر المبنية على الطلب والمعاينات، وأنه حسب الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية يكون الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة في حالة الرفض قابل للاستئناف داخل أجل 15 يوما من يوم النطق به عدا إذا تعلق الأمر بإثبات حال، وبما أن الأمر يرمي إلى إجراء خبرة يكون غير قابل للاستئناف..." غير أن محكمة النقض⁹⁴³ كان لها موقفا آخر من هذا الاتجاه، حيث اعتبرت الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة في إطار الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية يكون قابلا للاستئناف في حالة الرفض، والأمر الصادر عنه بناء على طلب استعجالي يتم بعد استدعاء الأطراف وجوبا وإن كان صادرا في إطار الحالات المشار إليها في الفصل 148 من نفس القانون، إذ أن إثبات حال ليس قاصرا على الفصل المذكور وإنما يمكن تقديمه في إطار الفصل 149 من نفس القانون وعليه فإن الجهة المصدرة له لا يمكنها تجاهل استدعاء الأطراف.

يتعين أن يتوافر الاستعجال من وقت رفع الدعوى حتى وقت الحكم فيها، فإذا تخلف في أي مرحلة من مراحلها ينتفي أحد شرطي اختصاص القضاء المستعجل، ويتعين القضاء بعدم اختصاصه بنظر الدعوى. وتوافر الاستعجال شرط لازم في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية، ومن تم فإن زوال الاستعجال في المرحلة الاستئنافية يؤدي إلى القضاء بعدم اختصاص القضاء المستعجل حتى ولو كان متوافرا في المرحلة الابتدائية⁹⁴⁴.

وهذا ما أكده العمل القضائي معتبرا أن "توافر الاستعجال شرط لازم سواء أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الاستئناف ومن تم فإن زوال الاستعجال أمام المحكمة الاستئنافية برغم توافره أمام محكمة الدرجة الأولى يؤدي إلى القضاء بعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظر النزاع"⁹⁴⁵

942 قرار عدد 2009/5955 الصادر بتاريخ 2009/12/8 عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في الملف عدد 2009/4074 غير منشور
943 القرار عدد 420 الصادر بتاريخ 24 مارس 2011 في الملف التجاري عدد 2010/2/3/574 منشور بالعدد 11 من مجلة النشرة المتخصصة لمحكمة النقض الذي جاء في معرض حيثياته ما يلي:

... "حيث إن الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية ينص " يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده للبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو... بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات..."، وأن محكمة الاستئناف قضت بعدم قبول استئناف الطالب شكلا بعلّة " أن الإطار القانوني للطلب يندرج في إطار الأوامر المبنية على الطلب والمعاينات وأنه حسب الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية يكون الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة في حالة الرفض قابلا للاستئناف عدا إذا تعلق الأمر بإثبات حال، وبما أن الأمر يرمي إلى إجراء خبرة يكون غير قابل للاستئناف "، مع أن الأمر المستأنف صدر بناء على طلب استعجالي يرمي إلى إجراء خبرة في إطار الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية بعد استدعاء الأطراف وأجوبتهم، والذي يعطي لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات البت بالإضافة إلى ما أشير إليه فيه إلى أنه يختص أيضا في الحالات المشار إليها في الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية وليس في إطار هذا الأخير، وفي غيبة الأطراف فإثبات حال ليس قاصرا على الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية كما جاء في تعليل القرار، مما جعله يتسم بسوء التعليل الموازي لانعدامه جعله عرضة للنقض

944 عبد العزيز توفيق، موسوعة ق م م و التنظيم القضائي ج 2 مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - طبعة 3 2001 ص 497

945 قرار مستأنف مستعجل القاهرة بمصر رقم 1081/2061 أشار إليه مصطفى مجدي هرجه - أحكام وآراء في القضاء المستعجل - ط 1989

الفقرة الثانية: عدم المساس بالموضوع

من الشروط التقليدية لاختصاص القضاء الاستعجالي إلى جانب الاستعجال اشتراط عدم المساس بالموضوع⁹⁴⁶ وهذا القيد تضمنته التشريعات العربية كذلك وغالبيتها تبنت نفس الاصطلاح، وقد أكد القانون المغربي ذلك بقوله لا تمس الأوامر الاستعجالية بما يمكن أن يقضى به في الجوهر (الفصل 152) ويعني عدم المساس بالجوهر عدم اتخاذ ما يمكنه التأثير على الحق، أي عدم تجاوز الاختصاص في اتخاذ الإجراء التحفظي لحماية الحق والبث في ذاته إيجابا أو سلبا، و معنى أصل الحق هو كل ما يتعلق به وجودا أو عدما فيدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه، أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون أو التي قصدها المتعاقدان، فأصل الحق هو صميم النزاع الموضوعي⁹⁴⁷ وعلى هذا إذا رفعت الدعوى بطلبات موضوعية فإنها تكون خارجة عن اختصاص القاضي الاستعجالي الذي يشترط لاختصاصه بنظر المسائل المستعجلة طبقا للمادة 152 من ق.م.م أن لا يكون لحكمه مساس بما يمكن أن يقضي به في موضوع الدعوى و جوهرها.

أما إذا استبان للقاضي الاستعجالي أن المنازعة القائمة بين الطرفين منازعة موضوعية بحيث لم يعد أصل الحق واضحا أمامه وضوحا يتطلب الحماية المؤقتة، أو تبين له عند بحث دفاع الخصوم و حججهم أنه لا يستطيع أن يصدر أمره دون المساس بالموضوع أو كان الخلاف القائم بين الطرفين يستلزم تفسير الاتفاقات المبرمة بينهما، فإنه في هذه الحالات ينبغي عليه أن يتخلى عن الفصل في الطلب المطروح أمامه ويقضي فيه بعدم الاختصاص لمساس الفصل فيه أصل الحق⁹⁴⁸

و يضيف الفصل 153 ق م م أن الاوامر الاستعجالية تكون مشمولة بالنفاذ المعجل إذ جاء في أمر استعجالي لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أن⁹⁴⁹ " الحكم الابتدائي الصادر في دعوى الطعن في إجراءات الإنذار العقاري يكون مشمولاً بالتنفيذ المعجل رغم كل تعرض أو استئناف طبقاً للفصلين 483 و 484 من ق.م.م، وتبعاً لذلك فإن مجرد صدور الحكم في دعوى الطعن في إجراءات الحجز التنفيذي يترتب عنه مواصلة إجراءات التنفيذ متى قررت المحكمة عدم الاستجابة لطلب الطعن في الإجراءات..."

وفي هذا الإطار قررت محكمة النقض⁹⁵⁰ أن الأحكام ولئن كانت مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون لا تقبل إيقاف التنفيذ من طرف قضاء الموضوع، فإنه لا يوجد ما يمنع من تأجيل تنفيذها عن طريق إثارة الصعوبة بشأنها سواء أمام الرئيس

946- رسالة المحاماة تصدرها هيئة المحاماة بالرباط أبريل 1988 العدد 5 ص 31

947 محمادي لمعكشوي ، الوجيز في المساطر الخاصة بالاستعجال على ضوء ق م م ، مطبعة دار الافاق المغربية -الدارالبيضاء- ط الاول 2011 و 29 ما بعدها ص

948- مؤسسة الرئيس الاختصاص و المساطر الخاصة بالاستعجال و مسطرة الأمر بالأداء لحسن الرميلي الطبعة الأولى سنة 1999

949أمر استعجالي بتاريخ 2011/9/12 في الملف رقم 1/11/4092 تحت رقم 11/3541 غير منشور

950القرار عدد 691 الصادر بتاريخ 28 يونيو 2012 في الملف التجاري عدد 2011/1/3/1469 منشور بالعدد 11 من النشرة المتخصصة لمحكمة

النقض الذي جاء في معرض حيثياته ما يلي:
حيث ولئن كانت الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون لا تقبل إيقاف التنفيذ من طرف قضاء الموضوع حسبما تقتضي به الفقرة الأخيرة للفصل 147 من ق.م.م، فإنه لا يوجد ما يمنع من تأجيل تنفيذ الأحكام المذكورة عن طريق إثارة الصعوبة بشأنها أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف عادية كانت أم متخصصة، لما يكون استئناف موضوع النزاع معروضا على محكمته وتتوافر في الطلب المعروض عليه شروط التمسك بوجود صعوبة، عملا بالفصل 149 من ق.م.م المطبق حتى أمام المحاكم التجارية بصريح نص المادة 19 من قانون إحداثها، التي تجعل قواعد المسطرة المدنية مطبقة أمامها ما لم ينص على خلاف ذلك (أي الفصل 149 من ق.م.م)، والذي ينص على اختصاص رئيس المحكمة ورئيس محكمة الاستئناف لما يكون نزاع الموضوع معروضا عليه، وكلما توفر عنصر الاستعجال، بالبت في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو

الأول لمحكمة الاستئناف عادية كانت أم متخصصة، عندما يكون استئناف موضوع النزاع معروضا على محكمته وتتوافر في الطلب المعروض عليه شروط التمسك بوجود صعوبة

المبحث الثاني : مجالات تدخل رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي المستعجلات

إذا كان الفصل 149⁹⁵¹ من ق م م حدد الحالات التي ييثر فيها رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات فإن المادة 21⁹⁵² من القانون المحدث للمحاكم التجارية أضافت اختصاصات اخرى يمارسها رئيس المحكمة التجارية في اطار القضاء الاستعجالي و عليه سنتناول اختصاصات رئيس المحكمة التجارية الواردة في قانون المسطرة المدنية في مطلب لأول على أن نتناول الاختصاص الاستعجالي لرئيس المحكمة التجارية بموجب قانون احداث المحاكم التجارية في مطلب ثان

المطلب الأول : الاختصاص الاستعجالي لرئيس المحكمة التجارية وفق قانون المسطرة المدنية

اعتمادا على مقتضيات المادة 20 من قانون 53-95 يمكن القول بان قاضي المستعجلات لدى المحكمة التجارية لا يختلف عن نظيره لدى المحكمة الابتدائية الا من حيث التخصص. و عليه سنتطرق الى التدابير التحفظية التي تدخل في ولاية رئيس المحكمة التجارية حسب الاحالة الصريحة للمادة 20 من قانون 53-95 على الفصل 149 من ق م م و ذلك عبر التطرق الى الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ في الفقرة الأولى و الحراسة القضائية في الفقرة الثانية

الفقرة الأولى : الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ .

يقصد بالصعوبة في التنفيذ تلك الوسيلة القانونية التي بواسطتها يلجأ ذو المصلحة الى القضاء ليعرض عليه وجهة نظره حول جواز أو عدم جواز التنفيذ، أو حول بطلان اجراء من اجراءاته أو حول ايقافه أو الاستمرار فيه⁹⁵³ و جاء في أمر استعجالي لرئيس المحكمة التجارية بالرباط ، أن الصعوبة بمفهومها القانوني تعني الاشكالات التي تطرأ بعد صدور الحكم و التي تشكل حجرة عثرة تحول دون تنفيذه⁹⁵⁴.

سند قابل للتنفيذ، غير أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية وهو بيت في طلب تأجيل التنفيذ لوجود صعوبة تتجلى في مقال الاستئناف المعروض على قضاة الموضوع لمحكمته، بشأن استئناف الحكم القاضي برفض طلب الطعن في إجراءات حجز العقاري المشمول بالنفاذ المعجل بمقتضى الفصل 483 من ق.م.م، اعتبر " أن طعن الطالبة في الإنذار الموجه إليها صدر فيه حكم بعدم قبول الطلب، فيترتب على ذلك مواصلة إجراءات التنفيذ ----بقوة القانون، وبالتالي يكون طلب تأجيل التنفيذ غير مرتكز على أساس قانوني"، دون تبيان وجه عدم ارتكاز الطلب على أساس رغم ما تقضي به الفصول 3 و 149 و 483 من ق.م.م، فانتسم الأمر المطعون فيه بنقص التعليل المعتبر بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض 951 ينص الفصل 149 ق م م " يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توافر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ، أو الامر بالحراسة القضائية ، أو اي اجراء اخر تحفظي ، سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا ،بالإضافة الى الحالات المشار إليها في الفصل السابق و التي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات "...

952تنص المادة 21 من القانون رقم 53-95 يمكن لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للامور المستعجلة و في حدود اختصاص المحكمة أن يامر بكل التدابير التي لا تمس أي منازعة جدية ...

953ايت فارس لحسن .اختصاص رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للامور المستعجلة. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - جامعة محمد الخامس الكدال- الرباط السنة الجامعية 2000-2001 ص 44

954أمر استعجالي رقم 174 صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط في الملف عدد 57/2005/3 بتاريخ 2005/01/31 أورده لبشوكي رضوان، اختصاصات رئيس المحكمة التجارية -وُحِثْ نهاية تمرين الملحقين القضائيين بالمعهد العالي للقضاء بالرباط سنة 2009/2011 ص 68

فالمنازعات الوقتية هي من صميم اختصاص رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للمستعجلات باصدار أمر استعجالي يقضي بالاستجابة للطلب أو رفضه من خلال المستندات و الوثائق المعززة للطلب . فمقدم الطلب اذا لم يثبت واقعة الصعوبة في التنفيذ , فإن قاضي المستعجلات يصرح برفض الطلب .

و اذا كان المشرع المغربي نص في الفصل 149 ق م م على ان اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية - المحكمة التجارية- للبت في الصعوبة المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ يتطلب توافر عنصر الاستعجال . فإن الفقه و القضاء يجمع على أن شرط الاستعجال يكون مفترضا في هذه الحالة, إذ يكفي اثبات وجود الصعوبة لان اثباتها يعد اثبات لحالة الاستعجال , فالصعوبة تفترض وجود استعجال لانها تكتسي بطبيعتها صفة استعجالية. فكلما تبثت صعوبة في التنفيذ الا و يكون قاضي المستعجلات مختصا بالبت فيها⁹⁵⁵ . ثم يجب أن تكون الصعوبة في التنفيذ التي يختص بها رئيس المحكمة التجارية مرتبطة باحكام صادرة عن المحاكم التجارية و ذلك في نطاق النزاعات التي تدخل ضمن اختصاص هذه الاخيرة و فقا لما هو منصوص عليه في القانون المحدث للمحاكم التجارية.

و إذا كان المشرع المغربي اسند اختصاص البت في صعوبة التنفيذ لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي للامور المستعجلة, فإنه لم يسلك نفس توجه المشرع الفرنسي الذي منح اختصاص البت في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الاحكام القضائية او السندات القابلة للتنفيذ لقاضي التنفيذ .

الفقرة الثانية : الحراسة القضائية

لم يعرف المشرع المغربي الحراسة القضائية تعريفا شاملا, بل اقتصر على قوله في الفصل 818 من ظ.ع.ل "إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي الغير يسمى حراسة...". وأخضعها بذلك لأحكام الوديعه الاختيارية, ولبعض أحكام الوكالة, ولبعض المقتضيات الخاصة سواء المنصوص عليها في نصوص متفرقة في ق.ع.ل أو في قانون المسطرة المدنية خصوصا في الباب المتعلق بقضاء الاستعجال في الفصل 149 من ق.م.م.

فلئن كانت الحراسة القضائية تشابه الوديعه والوكالة في بعض أحكامها, فإنها تختلف عنهما من وجوه أخرى مما يجعلها ذات طبيعة خاصة, ذلك أنها تعتبر نيابة قانونية وقضائية, على اعتبار أن القانون هو الذي يحدد نطاقها, والقضاء الذي يحدد مهمة الحارس القضائي حسب ما يسمح به القانون.

أما عن شروط الحراسة القضائية, فإنها غير واردة في نص خاص, وإنما يمكن استنباطها من نصوص قانونية متفرقة, ذلك أن الفصل 818 من ق.ع.ل نص على أن الحراسة هي "إيداع شيء متنازع عليه بين يدي أحد من الغير", وتحدث الفصل 149 من ق.م.م عن الحراسة القضائية عند تحديد اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضي المستعجلات حيث جعل الأمر بها من اختصاص هذه الجهة القضائية, شريطة توفر عنصر الاستعجال, كما تحدث الفصل 152 من نفس القانون عن الأوامر الاستعجالية بصفة عامة, حيث أعطاه صبغة "الوقتية" وعدم المساس "بجوهر الحق"⁹⁵⁶.

955 أبيت فارس لحسن م س , ص 46

956 مصطفى التراب , نظرات حول القضاء المستعجل, مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة العدد 6 فبراير 2016 ص 15

وفي هذا المعنى أصدر المجلس الأعلى (محكمة النقض) قرارا بتاريخ 1980/07/30 في الملف المدني رقم 78851 جاء فيه: "إن الحراسة القضائية إجراء مؤقت وتحفظي، يرجع الأمر في تقدير ظروفها إلى السلطة المخولة لقضاء الاستعجال.

و عموما حتى يستجيب رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للامور المستعجلة للطلب الرامي الى الأمر بالحراسة القضائية يقتضي ذلك توفر الشروط التالية⁹⁵⁷

➤ وجود نزاع : يعتبر هذا الشرط لازما للاستجابة لطلب الامر بالحراسة القضائية , و قد نص عليه المشرع المغربي صراحة في الفصل 818 ط ل ع⁹⁵⁸ و لا يكفي وجود النزاع, بل يجب أن يكون هذا النزاع جديا و مبينا على اساس من الصحة تؤكد المستندات و ظروف الحال .

➤ توفر عنصر الاستعجال : هذا الشرط المتطلب للامر بالحراسة القضائية هو نفسه المتطلب لانعقاد الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية للتدخل كقاضي للامور المستعجلة , و هو من المسائل التي يستقل قاضي المستعجلات بتقديرها و لا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض⁹⁵⁹

➤ أن تكون الحراسة القضائية هي الوسيلة الضرورية والوحيدة للمحافظة على الشيء:

لقد أظهر العمل القضائي خطورة الحراسة القضائية كإجراء سمح به القانون، واعتبارا لما يترتب عن هذه الخطورة من نتائج وخيمة سواء على مصلحة الأطراف المتنازعة أو على المصلحة العامة في بعض الأحيان، فإن القضاء بدأ يشترط لقبول الحراسة القضائية، أن تكون هي الوسيلة الوحيدة والضرورية للمحافظة على الشيء من الضياع، ويمكن تصور هذه الخطورة من عدة زوايا، بحيث أن الحراسة القضائية في حد ذاتها تقيد من حرية التملك للفرد، وتغل يده على التصرف في أمواله بعد أن يتم وضعها تحت حيازة الغير وهو الحارس القضائي الذي قد يعيث بها، ويسبب إدارته لها، فتضيع مصلحة صاحب المال ويهدر حقه، كما تضيع مصلحة طالب هذا الإجراء الذي يجني منه شيئا بعد فساد ما كان يرجو إصلاحه وتصبح بذلك الغاية التي من أجلها اتخذ هذا الإجراء، وهو حفظ الشيء وإدراته، منعدمة الأساس وغير منسجمة مع الواقع.⁹⁶⁰

فقد جاء في قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 1968/08/06 في الملف رقم 40501 "أن الأمر بوضع الشيء تحت نظام الحراسة القضائية إجراء خطير يجب أن لا يتخذ إلا في حالة الضرورة الحقيقية، كما ورد في أمر استعجالي صادر عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بالمحمدية بتاريخ 1980/05/03 في القضية الاستعجالية رقم 84/36 أنه "يجب أن تكون الحراسة القضائية هي الوسيلة الوحيدة للمحافظة على الشيء"⁹⁶¹.

957 حدد هذه الشروط الأمر الاستعجالي رقم 220 الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط في الملف عدد 89/182/3 بتاريخ 1989/11/19 وأورده رشيد وهاب و عبد اللطيف امسارد - القضاء الرئاسي و قضاء الامور المستعجلة بالمغرب خلال 84 سنة - مطبعة النجاح الدار البيضاء , الطبعة الثانية 2014 ص 211.

958 ينص الفصل 818 ط ل ع ايداع الشئ المتنازع عليه بين يدي الغير يسمى حراسة ...

959 أم كلثوم العطار - خصوصية القضاء الاستعجالي التجاري - مقال منشور بمجلة المتوسط للدراسات القانونية و القضائية عدد 1 يونيو 2016 ص 260

960 مصطفى التراب م س ص 19

961 منشور مجلة رابطة الفضاة، العددان: 12 و 13 ص: 78

و من أمثلة النزاعات التي يمكن طلب الحراسة القضائية بشأنها نورد مثال لشركة المساهمة حيث أن شركة المساهمة التي تتأسس بين عدة مساهمين لا يعرف بعضهم البعض قد تنشأ داخلها خلافات تتعلق بالتسيير الأمر الذي يدفع المساهمين الى وضع الاسهم تحت الحراسة القضائية لوجود نزاع في ملكيتها.

لكن الاشكال المطروح هنا هو هل يمكن للحارس القضائي أن يمارس الحق في التصويت داخل الجمعيات العامة ؟ خاصة و ان المشرع لم يشير الى هذه الحالة في قانون شركة المساهمة و إنما تطرق للحالة التي تكون فيها الاسهم محلا للرهن الحيازي⁹⁶²

➤ قابلية الشيء للوضع تحت الحراسة القضائية :

يتطلب لكي يامر قاضي المستعجلات بوضع الشيء تحت المراقبة القضائية ان يكون مشتركا و ان تكون طبيعته تقبل الوضع تحت الحراسة و بهذا الخصوص فهل يمكن وضع شركة مساهمة تحت الحراسة القضائية ؟

نعلم أن شركة المساهمة تختلف عن شركات الاشخاص لكونها تقوم على الاعتبار المالي، بحيث يكون الشريك في شركة المساهمة مساهما و لا يتولى ادارة الشركة التي تبقى من اختصاص مجلس الادارة تحت إشراف الجمعية العامة.⁹⁶³ و هكذا لا يجوز وضع شركة المساهمة تحت الحراسة القضائية الا إذا استحال على مجلس الادارة الاستمرار في ادارتها حيث تعين المحكمة مسيرا موقتا لها .

المطلب الثاني : الاختصاص الاستعجالي لرئيس المحكمة التجارية وفق قانون 95-53

إن دراسة اختصاص رئيس المحكمة التجارية تقتض بالضرورة الوقوف على الصلاحيات التي خولته له المادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية (فقرة أولى) على ان نرجئ الحديث عن الاختصاصات الاستعجالية في نصوص خاصة (فقرة ثانية)

الفقرة الأولى : الاختصاص الاستعجالي لرئيس المحكمة التجارية بموجب المادة 21 من قانون احداث المحاكم التجارية

تنص مقتضيات المادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية أنه يمكن لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للامور المستعجلة و في حدود اختصاص المحكمة ان تامر بكل التدابير التي لا تمس أي منازعة جدية و أضافت الفقرة الثالثة ان لرئيس المحكمة التجارية - رغم وجود منازعة جدية- أن يامر بكل التدابير التحفظية أو بارجاع الحالة الى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو لوضع حد لاضطراب تبت جليا انه غير مشروع . فالملحظ من خلال الفقرة 3 من المادة 21 أن المشرع المغربي هجر التعامل الصلب مع عناصر القضاء الاستعجالي في اتجاه الاستجابة لمتطلبات التجارة و المعاملات التجارية التي تتسم بالسرعة , حيث أصبح قاضي المستعجلات التجاري يتدخل رغم وجود منازعة جدية تدابير تحفظية أو بارجاع الحالة الى ما كانت عليه لدرء ضرر حال و بالثالي أمكن القول أن الفقرة 3 تؤسس لقضاء استعجالي مستقل و هي مقتبسة من المادة 3/873 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية⁹⁶⁴.

962 تنص المادة 129 من القانون 17-95 في الفقرة الثانية " في حالة رهن الاسهم رهنا حيازيا يمارس مالها حق التصويت و يجب على الدائن المرتهن رهنا حيازيا ايداع الاسهم المرهونة اذا طلب منه ذلك المدين و تحمل المصاريف
963 بلمحجوب ادريس. دور رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي للمستعجلات في شركة المساهمة مقال منشور بمجلة القسطاس العدد الأول أكتوبر 1997 ص 9

964 المجدوبي الادريسي محمد، المحاكم التجارية بالمغرب و اشكاليات التطبيق و افاق التجربة (دون ذكر لدار النشر و سنة النشر) ص 202

و عليه سنتناول هذه الاختصاصات كما يلي :

1- الامر باتخاذ التدابير التحفظية :

يقصد بالتدابير التحفظية كل الاجراءات الوقتية التي يتخذها قاضي المستعجلات لدرء ضرر حال يهدد الحق موضوع الطلب . و يظهر من خلال الفقرة 3 من المادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية أن المشرع لم يعط تفسيراً لعبارة الاضطراب غير المشروع و لا عبارة الضرر الحال لكن يرى البعض أن الضرر الحال هو الضرر الذي لم يتحقق بعد لكنه على وشك الحدوث لو استمرت الوضعية على ما هي عليه و يتعين درؤه بالاجراء الوقائي المناسب⁹⁶⁵ . و تجدر الاشارة أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية ليست له الصلاحية باتخاذ التدابير التحفظية ما دامت الفقرة 3 من المادة 21 من قانون احداث المحاكم التجارية لم تشر الى ذلك صراحة.

2-الأمر بارجاع الحالة الى ما كانت عليه:

منح المشرع المغربي لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضياً للأمور المستعجلة استناداً الى الفقرة 3 من المادة 21 صلاحية الأمر بارجاع الحالة الى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو لوضع حد لاضطراب تبت جلياً أنه غير مشروع حيث يتحقق قاضي المستعجلات من توفر عنصر الضرر الاضطراب غير المشروع و من أمثلة ارجاع الحالة الى ما كانت عليه طرد محتل محل تجاري بدون وجه حق أو سند⁹⁶⁶.

لكن يطرح اشكال بخصوص مدى صلاحية قاضي المستعجلات بالمحكمة التجارية من البت في الطلبات الاستعجالية التي يرفعها المشغلون لاخلاء العمال المضربين المعتمدين بالمقاولة بمناسبة اضراب تطبيقاً للمادة 21 من قانون احداث المحاكم التجارية؟

على مستوى القضاء الفرنسي نجده منح الاختصاص لقاضي المستعجلات للنظر في طلبات طرد العمال المضربين المحتلين لمقرات العمل⁹⁶⁷ . و هو نفس التوجه سار عليه القضاء المغربي حيث نجد القرار الصادر عن رئيس محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء يقضي بإخلاء مقرات العمل من طرف العمال المضربين⁹⁶⁸.

الفقرة الثانية : الاختصاص الاستعجالي لرئيس المحكمة التجارية بموجب نصوص خاصة

لقد نص المشرع المغربي على حالات محددة يبت فيها رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضياً للمستعجلات و ذلك وفق نصوص خاصة. دون أن يتحرى مدى توافر شروط انعقاد اختصاصه المتعارف عليها قانوناً و فقهاً و قضاءً لان المشرع حسم ان البت في هذه الطلبات يرجع الى رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي للمستعجلات .

و الاختصاصات الاستعجالية كثيرة و متعددة يصعب الاحاطة بها جميعاً و بالتالي سنقتصر على أهمها

965 خليفى عبد الله، القضاء المستعجل التجاري بالمغرب رسالة لنيل دبلوك الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص . جامعة محمد الخامس،

السويسى - الرباط- السنة الجامعية 2010/2009 ص 52

966 أم كلثوم العطار م س ص 263

967 خليفى عبد الله م س ص 74

968 قرار رقم 98/4973 صادر من محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 15/06/1989 اوردته بحار عبد الرحيم -الاجراءات التحفظية في

مادة العقود التجارية . مطبعة البت سلا طبعة 2009 ص 231-232

1- اختصاص قاضي المستعجلات التجاري في اطار مدونة التجارة

➤ في مجال الأصل التجاري : يعتبر الاصل التجاري ملكية تجارية يمكن التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات, غير أنه أثناء هذه التصرفات قد تثار مشاكل قانونية تستدعي تدخل القضاء. ففي حالة بيع الأصل التجاري قد يتم التعرض على هذا البيع من طرف دائني صاحب الاصل التجاري فانه لا يمكن الاحتجاج بنقل ثمن البيع اتجاه الدائنين المتعرضين داخل الاجل القانوني⁹⁶⁹, و في هذه الحالة لا يبقى امام البائع سوى اللجوء الى رئيس المحكمة التجارية للحصول على أمر استعجالي قصد تمكينه من قبض الثمنت رغم التعرض, خاصة و أن الامر يتعلق بانتقال الاصل التجاري و هي عملية تهتم عدة أطراف مع مراعاة الشروط الواردة بعده في المادة 85 و 88 من مدونة التجارة, وتضيف المادة 124 ان مشتري الاصل التجاري يصبح هو الحارس القانوني و أنه لا يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب من رئيس المحكمة التجارية تعيين حارس قضائي, غير أن الامر يقتضي توافر شروط الحراسة القضائية المنصوص عليها قانونا⁹⁷⁰.

➤ في مجال العقود التجارية : يختص رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي الامور المستعجلة في اطار العقود التجارية بالبت فيما يتعلق بعقد رهن أدوات و معدات التجهيز حيث منحت المادة 370 من م ت أن يبت في النزاعات الناشئة عن الديون المرهونة و أن يصدر امرا يسمح بموجبه للدائن المرتهن بتتبع حالة معداته المرهونة و طلب استحقاقها حسب شروط المادة 373 من م ت.

كما اسندت المادة 435 م ت الاختصاص لقاضي المستعجلات مهمة ارجاع العقار بعد معاينة واقعة عدم الاداء و ذلك في حالة عدم تنفيذ للمكتري لالتزاماته التعاقدية المتعلقة باداء المستحقات الناجمة عن عقد الإئتمان الإيجاري شريطة استنفاد الاجراءات الودية المنصوص عليها في المادة 433 من م ت, و تضيف المادة 435 من م ت أن هذه المسطرة تخص فقط الائتمان الإيجاري للعقار دون المنقول.

➤ في قانون الملكية الصناعية : منح المشرع المغربي لرئيس المحكمة التجارية امكانية اصدار الأمر باجراء الحجز أو أي شكل من اشكال التحفظ على الادوات و المواد و جميع الوثائق التي تساعد على اثبات التزيف سواء على شكل أصول او نسخ, و كذا بالمعاينة و بجميع الوسائل المفيدة للوصول الى أصل المخالفة و طبيعتها و مداها⁹⁷¹

كما ينص الفصل 203 من قانون الملكية الصناعية أنه يمكن لرئيس المحكمة التجارية أن يصدر امرا استعجاليا بوقف الاعمال غير المشروعة بصفة مؤقتة الى حين انتظار صدور حكم عن محكمة الموضوع. و هكذا اصبحت الاجراءات الوقفية و التحفظية لها اهمية قصوى في قانون الملكية الصناعية و ذلك من خلال الدور الهام الذي يقوم به رئيس المحكمة التجارية⁹⁷²

969 المادة 84 من مدونة التجارة

970 الفصل 149 ق م م

971 الفقرة الثالثة من الفصل 222 من القانون 13-23 المعدل لقانون الملكية الصناعية عدد 17-97.

972 زوقا عبد الله - الحماية القضائية لحقوق الملكية الصناعية العلامات نموذجا- اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص , جامعة

الحسن الأول , سطات السنة الجامعية 2014/2015 ص 52

خاتمة

لقد أنشأ المشرع المغربي القضاء الاستعجالي الى جانب القضاء العادي بعدما ظهر ان الاكتفاء بالالتجاء الى القضاء العادي و ضرورة اجراءاته قد يكون غير منتج في بعض الحالات الخاصة التي تستلزم الفصل فيها بسرعة, و يخشى عليها من فوات الوقت' فيحصل بذلك ضررا لا يمكن تلافيه.

فالقضاء الاستعجالي يتولى اتخاذ اجراءات وقتية سريعة لصيانة مصالح الناس دون التعرض لاصل الحقوق المتنازع عليها و يميزه عن القضاء العادي ميزتين اولهما ضرورة توفر عنصر الاستعجال و ثانيهما أن حكمه مؤقت لا يمس الموضوع و لا يؤثر في اصل الحق, فمتى تحقق هذان العنصران كان القاضي الاستعجالي مختص للبت في النزاع المعروض عليه و لكن المشرع المغربي نظرا للخصوصيات التي تمتاز بها المادة التجارية اعطى لرئيس المحكمة التجارية صلاحيات واسعة أطرتها المادة 2 من القانون 95-53.

لائحة المراجع

الكتب العامة

- - الطيب الفصايلي , الوجيز في القانون القضائي الخاص ج 2 الطبعة الثانية نونبر 1999 المطبعة و الوراقة الوطني -مراكش
- -حسن الرميلي مؤسسة الرئيس الاختصاص و المساطر الخاصة بالاستعجال و مسطرة الأمر بالأداء الطبعة الأولى سنة 1999
- - عبد العزيز توفيق , موسوعة ق م م و التنظيم القضائي ج 2 مطبعة النجاح الجديدة -الدارالبيضاء- طبعة 3- 2001
- -محمادي لعكشاوي , الوجيز في المساطر الخاصة بالاستعجال على ضوء ق م م , مطبعة دار الافاق المغربية -الدارالبيضاء- ط الاولى 2011
- محمد علي رشدي - قاضي الأمور المستعجلة (دون ذكر دار النشر) - ط 1998

الرسائل و الاطروحات

- -ايت فارس لحسن . اختصاص رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للامور المستعجلة. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - جامعة محمد الخامس اكدال- الرباط السنة الجامعية 2000-2001
- -خلفي عبد الاله, القضاء المستعجل التجاري بالمغرب رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص . جامعة محمد الخامس, السويسي -الرباط- السنة الجامعية 2009/2010
- -زوقا عبد الله -الحماية القضائية لحقوق الملكية الصناعية العلامات نموذجا- اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص , جامعة الحسن الأول , سطات السنة الجامعية 2014/2015 ص

المجلات

- -مجلة رسالة المحمة العدد العدد 6 فبراير 2016
- -مجلة القسطاس العدد الأول أكتوبر 1997
- -مجلة المتوسط للدراسات القانونية و القضائية عدد 1 يونيو 2016

حدود سلطة المشغل عند تعديل وإنهاء عقد الشغل

محمد أفكار

باحث في سلك الدكتوراه في القانون الخاص
كلية الحقوق وجدة

عولمف بلخض

باحثة في سلك الدكتوراه في القانون الخاص
كلية الحقوق وجدة

مقدمة

مما لا شك فيه وكما ينص الفصل 23 من قانون الالتزامات والعقود على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها قانونا، مما يعني أن العقد لا يمكن إلغاؤه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فليس لأحد المتعاقدين أن ينفرد بإلغاء العقد أو تعديله لكون الأخير ثمرة اتفاق بين إرادتين فلا تستطيع إرادة واحدة أن تهدم بمفردها ما بنته إرادتان، إلا أنه طبيعة عقد الشغل تختلف عن طبيعة بقية العقود وقد تقتضي مصلحة الشغل وكذا المقابلة من حين لآخر انفراد المشغل بإجراء تعديلات على عقد الشغل وهذا ما سنتطرق إليه (في المحور الأول)، كما أن الإبقاء على المقابلة التي تمر ببعض الظروف الاقتصادية أو على أثر ارتكاب الأجير لخطأ جسيم قد تفرض على المشغل أحيانا إنهاء العقد بعد سلوك المساطر المنصوص عليها قانونا (المحور الثاني)

المحور الأول: حدود سلطة المشغل عند تعديل عقد الشغل

تقتضي القواعد العامة أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث لا يجوز لأي من الطرفين تعديله ما دام تنفيذه متوقفا على احترام المقتضيات التي اتفق عليها، ومن ثم يلزم كل واحد منهما بماله من حقوق وما عليه من التزامات بعدم المساس بها عن طريق تغييرها أو تعديلها، إلا أن الطبيعة الخاصة لعقد الشغل تقتضي في بعض الحالات إحداث بعض التغييرات من طرف المشغل، رغبة منه في الزيادة في الإنتاج أو لتجاوز بعض الأزمات العابرة التي تمر منها المؤسسة وذلك من خلال سلطته في تغيير مدة ووقت العمل (الفقرة الأولى) أو سلطته في تغيير مكانه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حدود سلطة المشغل في تغيير مدة العمل

أضفى الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود على العقد قوة ملزمة، بحيث لا يجوز إلغاؤه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين، إلا أن هذا الفصل أشار إلى إمكانية تقرير استثناءات على هذه القاعدة بموجب نصوص القانون، ومن ثم يمكن تصور وجود نصوص قانونية تبيح إلغاء الاتفاقات التعاقدية أو تعديلها بالإرادة المنفردة وفي حال وجودها أساسا لسلطة المشغل في التعديل.

وفي سياق ممارسة المشغل لحقه في إدارة المشروع وما يتضمنه من قرارات فإنه لا يجب أن يخضع في تصرفاته وقراراته لمحض أهوائه، بل يجب عليه أن يراعي ما يستجد على المؤسسة من تقلبات استثنائية، وفي هذا الإطار تنص المادة 185 من مدونة الشغل في فقرتها الثانية على أنه: "يمكن للمشغل بعد استشارة مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين بالمقابلة

عند وجودهم أن يقلص من مدة الشغل العادية ولفترة متصلة أو منفصلة لا تتجاوز 60 يوما في السنة وذلك عند حدوث أزمة اقتصادية عابرة لمقاولته أو لظروف طارئة خارجة عن إرادته".

أول ما يثير الانتباه في هذه المادة هو عدم تحديد المشرع لمفهوم الأزمة الاقتصادية وإن كانت هذه البادرة من حسنات المشرع لكون التعاريف هي من صلاحيات الفقه والقضاء، فإن أحد الفقهاء ذهب إلى تعريفها بكونها الصعوبات المالية التي تعترض سير النشاط داخل المقاولة والتي قد تهدد وجودها إذا بلغت حدا يجعلها عاجزة عن الوفاء بالتزاماتها⁹⁷³ في حين عرفها ذ موسى عبود بكونها "الكساد الذي يصبح معه المؤاجر في غنى عن خدمات الأجير"⁹⁷⁴ وإذا كان بالإمكان ضبط الأزمة الاقتصادية والوقوف عند معالمها والتمكن من مراقبتها سواء من طرف السلطة المحلية أو القضاء حسب البعض⁹⁷⁵، فإن معايير اعتبار تلك الأزمة عابرة أم لا يصعب ضبطها، كما أن الأزمة الاقتصادية إن كانت تبرر التقليل من مدة الشغل الفعلية فقد تكون أيضا سببا من أسباب الفصل الجزئي أو الجماعي للأجراء طبقا للمادة 66 من مدونة الشغل⁹⁷⁶.

ومعلوم أن إجراء التقليل من مدة الشغل العادية لا يكون مقبولا إلا في الحدود اللازمة من الناحية الموضوعية والتي تشترط وجود أزمة اقتصادية عابرة تعصف بالمؤسسة الشغلية، ومن الناحية الزمنية التي تشترط ألا تتعدى مدة التقليل مبدئيا 60 يوما.

إلا أن ما يثير الانتباه هو أن الصعوبات الاقتصادية المبررة للتقليل من مدة الشغل العادية منها ما يحدث بإرادة المشغل أو نتيجة خطئه، ومنها ما يحدث نتيجة ظروف خارجية، وهو تمييز لم يشر إليه المشرع من خلال مواد المدونة، إلا أن المعالجة الحقيقية لهذا الإشكال في غياب مقتضيات تشريعية واضحة تقتضي التمييز بين مسببات الأزمة الاقتصادية تبعا لتدخل إرادة المشغل في إحداثها من عدمه، إذ لا يمكن الاستفادة من التقليل الاستثنائي لمدة الشغل العادية إلا إذا كانت الأزمة الاقتصادية العابرة ناتجة عن ظروف خارجية لا يد للمشغل فيها، وذلك استنادا على المبررات التالية:

- 1- التقليل الاستثنائي لمدة الشغل العادية تكون له آثار سلبية على الأجير كونه يمس بأجره.
- 2- تفادي تعسف المشغلين في اللجوء إلى تقليل ساعات العمل العادية باختلاف صعوبات اقتصادية بإرادتهم قصد التخلص من عملهم بطرق ملتوية.
- 3- تفادي الإعفاءات الواردة خارج المقتضيات القانونية، والحيلولة دون إتباع المسطرة الإدارية المتعلقة بالفصل لأسباب تكنولوجية وهيكلية خاصة وأن مناط التقليل هي الأزمة الاقتصادية العابرة⁹⁷⁷.

973- حسن عبد الرحمان قدوس: إنهاء علاقات العمل لأسباب اقتصادية، طبعة 1990 مطبعة الجلاء الجديدة، ص 93.

974- موسى عبود: دروس في القانون الاجتماعي، الطبعة الأولى 1987، مطبعة النجاح الجديدة البيضاء، ص 207.

975- محمد الشرفاني: علاقات الشغل بين تشريع مدونة الشغل، الطبعة الأولى 2003، مطبعة دار الحكم الرباط، ص 224.

976- عمر تيزاوي: مدونة الشغل بين متطلبات المقاولة وحقوق الأجير، الطبعة الأولى، يونيو 2011، ص 191-192.

977- محمد أوعيسى: تقليل مدة الشغل العادية، الضمانات والآثار، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 26.

وفي إطار الأزمة الاقتصادية العابرة تجدر الإشارة إلى أن المشرع ضرب عرض الحائط القيد الزمني الذي أورده عليها عندما اشترط أن تكون عابرة، عندما نصت في الفقرة الرابعة من المادة 185 من (م ش)⁹⁷⁸ على إمكانية تجاوز مدة 60 يوما المحددة في الفقرة الثانية من المادة المذكورة وإن اشترط الاتفاق بين المشغل ومندوبي الأجراء والممثلين النقابيين بالمقابلة عند وجودهم حول الفترة التي سيستغرقها التقليل تحت طائلة اللجوء إلى تطبيق المسطرة المنصوص عليها في المادة 67 من المدونة.

أما السبب الثاني المبرر للتقليل المتمثل في ظروف طارئة خارجة عن إرادة المشغل فيظل سببها غامضا قد يثير هو الآخر اختلافا في التأويل بين الفقه والقضاء طالما أن مدونة الشغل قد تعرضت بأحكام غير صريحة لبعض الحالات التي تبرر تصرفات المشغل والخارجة عن إرادته⁹⁷⁹.

والسؤال المطروح هو ما مدى تأثير التقليل من مدة الشغل على الأجر وهل يمكن للمشغل إنقاص أجر العامل إلى ما دون الحد الأدنى للأجور المنصوص عليها قانونا؟ وهل نسبة التقليل المقررة كحد أدنى في 50% تظل منحصرة في الحالة التي لا تتعدى فيها مدة التقليل 60 يوما في السنة أم تتعداها إلى الحالة التي لا تتعدى فيها مدة التقليل تلك المدة؟

بالنسبة للسؤال الأول فإن هاجس الحفاظ على مناصب الشغل يقتضي تقرير إمكانية نزول الأجر المستحق بعد التقليل من مدة الشغل إلى ما دون الحد الأدنى للأجور، خاصة وأن النص القانوني الضامن للحد الأدنى قرر في الحالات العادية، بينما تظل أحكام التقليل المنصوص عليها في المادة 185 من مدونة الشغل أحكاما استثنائية تبررها حالات خاصة، هذا علاوة على أن منطق النزول عن الحد الأدنى للأجر لم يستبعده المشرع بل أشار إليه صراحة في المادة 359 من مدونة الشغل، أما بالنسبة للسؤال الثاني فإنه يتعين حصر نسبة التخفيض 50% على الحالة الأولى التي لا تتعدى فيها مدة التقليل 60 يوما في السنة على اعتبار أن غياب أي تحديد لتلك النسبة في الحالة الثانية لم يكن اعتباريا من طرف المشرع أو إغفالا منه لهذا التحديد، وإنما تخضع أحكامها لمحض الاتفاق فقط بما فيها حجم الأجر المستحق للأجير بعد التقليل من مدة الشغل، حتى وإن لم تسفر الإشارة عن أي اتفاق حسم عامل العمالة أو الإقليم في الأمر بمنح أو رفض الإذن بالتقليل وفق المسطرة المفصلة أعلاه⁹⁸⁰.

وفي ما يخص المسطرة يظل المشغل الذي يشغل أقل من 10 أجزاء غير ملزم بسلوك مسطرة الإذن الإدارية إذا عزم على التقليل من مدة الشغل العادية حتى لو تعدى التقليل مدة 60 يوما، وذلك على عكس المشغل الذي يشغل 10 أجزاء فأكثر، وهذه الفلسفة التشريعية ستؤدي لا محالة إلى خلق نوع من اللامساواة القانونية سواء بالنسبة للأجراء أو المشغلين.

وفي بعض الأحيان يضطر المشغل إلى الزيادة في مدة الشغل اليومية وذلك لتدارك النقص الحاصل في الإنتاج وتعويض الساعات الضائعة بسبب العمل أو بسبب الحوادث الطارئة وقد نص المشرع على هذه الاستثناءات من خلال المادة

978- تنص الفقرة الرابعة من المادة 185 من (م ش) على ما يلي: "إذا كان التقليل من مدة الشغل العادية تزيد مدته عن الفترة المحددة في الفقرة الأولى أعلاه، وجب الاتفاق بين المشغل ومندوبي الأجراء والممثلين النقابيين بالمقابلة عند وجودهم حول الفترة التي سيستغرقها هذا التقليل".

979- عمر تيزاوي: م س، ص 192.

980- عمر تيزاوي: م س، ص 197-198.

175 من مدونة الشغل والتي جاء فيها: "يمكن للمشغل في حالة بطالة ناتجة عن قوة قاهرة أو توقف عارض لا يكتسي طابعا دوريا أن يخالف أحكام الفقرة الثانية من المادة 173 في حدود ما ضاع من أيام الشغل شرط أن يشعر مسبقا بذلك العون المكلف بتفتيش الشغل.

يمنع العمل بهذا الاستثناء أكثر من 12 ليلة في السنة إلا بإذن من العون المكلف بتفتيش الشغل وكذا من خلال المادة 176 منمدونة الشغل التي تنص على أنه: "يمكن للمشغل أن يخالف مؤقتا أحكام الفقرة الثالثة من المادة 172 فيما يخص الأحداث دون السادسة عشر عندما يقتضي الأمر انقاء حوادث وشيكة الوقوع أو تنظيم عمليات نجدة أو إصلاح خسائر لم تكن متوقعة".

ولا يعمل بهذا الاستثناء إلا في حدود ليلة واحدة بعد أن يقوم المشغل بإشعار العون المكلف بتفتيش الشغل فورا بذلك الاستثناء.

كما نصت المادة 196 منمدونة الشغل على أنه: "يمكن إذا تحتم على المقاولات أن تواجه أشغالا تقتضيها مصلحة وطنية أو زيادة استثنائية في حجم الشغل تشغيل أجرائها خارج مدة الشغل العادية وفق الشروط التي ستحدد بنص تنظيمي، شرط أن تدفع لهم بالإضافة إلى أجروهم تعويضا عن الساعات الإضافية".

وتؤدى للأجير كيفما كانت طريقة أداء أجره زيادة نسبتها 25% عن الساعات الإضافية إذا قضاها فيما بين السادسة صباحا والتاسعة ليلا في النشاطات غير الفلاحية وفيما بين الخامسة صباحا والثامنة ليلا في النشاطات الفلاحية، و50% إذا قضاها بين التاسعة ليلا والسادسة صباحا في النشاطات غير الفلاحية، وفيما بين الثامنة ليلا والخامسة صباحا في النشاطات الفلاحية.

وترفع هذه الزيادة على التوالي بالنسبة للحالتين إلى 50% وإلى 100% إذا قضى الأجير الساعات الإضافية في اليوم المخصص لراحته الأسبوعية حتى ولو عوضت له فترة الراحة الأسبوعية براحة تعويضية⁹⁸¹.

الفقرة الثانية: حدود سلطة المشغل في تغيير مكان العمل

يقتضي عقد الشغل أن يخضع الأجير لأوامر المشغل وأن ينفذ المطلوب منه، ذلك أن الأجير يؤجر قواه البدنية والذهنية لرب العمل، والذي يوظفها لخدمة المؤسسة الشغلية بالأسلوب الذي يراه أنفع لمصلحة الأجير والمؤسسة على حد سواء، وهذا الأمر لا يعتبر انتهاكا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وإنما هو نتيجة لوجود علاقة تبعية بين الأجير والمشغل يخضع بمقتضاها الأول طواعية لأوامر رب العمل الإدارية والفنية، وعلى العموم فإن سلطة التعديل نابعة من سلطته في إدارة المشروع وفي ليست مطلقة إذ يجب ألا تتم ممارستها بشكل تعسفي وألا تتضمن إساءة للعمال⁹⁸².

وتجدر الإشارة إلى أن كل تغيير لمكان العمل لا يعتبر تغييرا لعقد الشغل ما دام أن مكان العمل يمكن أن يكون المكان الذي تم الاتفاق عليه، أو داخل المجال الجغرافي المحدد بين طرفي العقد والذي يقتضيه تنفيذ هذا الأخير، لذلك فإن أي

981- المادة 201 من مدونة الشغل

982- أنور أحمد الفريزج: سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، السنة 12 دجنبر 1988، ص 112.

تغيير أو نقل يتم داخل هذا المجال الجغرافي لا يعد تغييراً لعقد الشغل إلا استثناء، وذلك بمقتضى شرط واضح يتغير بمقتضاه هذا المجال بحيث يضيق أو يتسع حسب الأحوال، فإذا تعلق الأمر بشركة معينة يوجد مقرها وسط البلدة ولكن لظروف معينة قررت تغيير هذا المقر وجعلته خارج هذه البلدة فإن نقل الأجير من مكان عمله الأول إلى المكان الجديد وبصفة مؤقتة لا يمكن أن يؤدي إلى تغيير العقد، خاصة متى كانت مصلحة الشركة أو المؤسسة وكذا نوعية العمل الذي تقوم به يقتضي القيام بهذا الأجراء⁹⁸³.

ويمكن القول أنه لصحة تغيير المكان المتفق عليه في عقد الشغل بين المشغل والأجير يجب احترام المقتضيات التالية:

1- ألا يكون هناك خلاف أساسي وجوهري بين العمل الذي سيكلف به الأجير والعمل الذي كان يقوم به من قبل، وفي الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى "حيث إن المشغلة لما أقدمت على نقل الأجير من عمله المعتاد إلى العمل بمخزن التبريد دون أن يكون متخصصاً في هذا العمل ودون أن تمنحه أية امتيازات فإنها بعملها هذا قد كلفت المطلوب بعمل شاق لا يستطيع القيام به وبالتالي فإن رفضه العمل داخل المخزن لا يشكل خطأ مهنيًا..."⁹⁸⁴.

2- أن تكون مصلحة المؤسسة هي التي استدعت القيام بمثل هذا التغيير دون حصول أية إساءة للأجير بسبب هذا النقل.

3- ألا يكون لهذا التغيير مساس بحقوق الأجير خاصة منها الأجر وكذا الامتيازات التي يكون قد حصل عليها بمقتضى عقد الشغل الذي تم بينه وبين المشغل.

4- أن يكون هذا التغيير قد تم برضا الطرفين واتفاقهما معا على ذلك، وفي هذا الاتجاه صدر قرار عن المجلس الأعلى جاء فيه "لكن حيث إن المطلوب في النقض قد تعاقد مع الطاعنة للعمل بمدينة الجديدة وأن اتخاذ قرار نقله للعمل بمدينة الدار البيضاء دون موافقته فيه مساس بعقد العمل ومقتضيات الفصل 230⁹⁸⁵ من قانون الالتزامات والعقود".

واستحضارا منه لحدة وصرامة النظرية المدنية في تعديل عقد الشغل لطف القضاء المغربي من حدة هذه النظرية من خلال التمييز بين تعديل العناصر الجوهرية للعقد وتعديل العناصر غير الجوهرية فيه، وحصر سلطة المشغل في تعديل المسائل غير الجوهرية فقط، أما تعديل المسائل الجوهرية فقد أضحى يتطلب الإرادة المشتركة لطرفي العقد بشكل أعيد فيه إحياء إرادة الأجير كعنصر فاعل في العلاقة الشغلية، وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى: "لكن حيث لما ثبت للمحكمة من خلال الإطلاع على وثائق الملف أن المشغلة نقلت الأجير إلى مدينة مراكش ودون أن يوجد بالعقد شرط خاص يسمح للمشغلة بذلك، فإن قيامها بهذا التعديل يعد خرقاً جوهرياً لبند العقد..."⁹⁸⁶.

983- فريدة اليوموري: إشكالية تعديل عقد الشغل بين رأي الفقه وموقف القضاء المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 17-18 يناير-يونيو 2011، ص 20.

984- قرار المجلس الأعلى عدد 1306 ملف عدد 94-8798 وتاريخ 18-04-1994 منشور بمجلة المرافعة عدد 6 يونيو 1997، ص 160.
985- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 403 وتاريخ: 15-04-1997 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 59-60، يناير-يوليوز 2002، ص 335.

986- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 426 في الملف الاجتماعي رقم 90-2005 وتاريخ: 19-04-2005، مذكور عند بشرى العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، الطبعة الثالثة، 2014، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، ص 191.

كما جاء في قرار آخر "وحيث إن المشغلة لما قامت بنقل الأجيعة من برشيد إلى مدينة الدار البيضاء فإنه رغم وضعها رهن إشارة الأجيعة وسائل النقل فإن تغيير مكان عملها يعتبر تغييراً جوهرياً في بنود العقد"⁹⁸⁷.

ويبقى استجلاء إرادة الطرفين من خلال بنود العقد هو الحل الذي يمكن قضاة الموضوع من معرفة ما إذا كان تعديل عقد شغل الأجير بنقل نشاطه من المكان الأصلي الذي تم الاتفاق عليه في بادئ الأمر إلى مكان شغل آخر بمثابة تعديل جوهري في عقد شغل الأجير، أم مجرد تمثيل لسلطة المشغل في تنظيم منشأته بالشكل الذي يراه مناسباً، ويعتبر معه التعديل ثانوياً يجوز له القيام به⁹⁸⁸. لكن طبيعة بعض الأجراء كالممثلين التجاريين ومستخدمي البنوك تصبح معه إمكانية تغيير عقود شغلهم مطروحة بكثرة، خاصة إذا ما انتقل الأجير أو المستخدم إلى مكان آخر في نفس المدينة أو إلى مدينة مجاورة، بحيث يصبح النقل غير ذي أهمية أو متوقفاً، أو كون وسائل النقل مسيرة بشكل عادي أو لا تحتاج من الأجير إلى مجهود مضاعف أو وقت أطول، خاصة إذا كانت أعراف تلك المهنة تقرر بمثل هذه التنقلات، وفي هذا الإطار صدر قرار عن المجلس الأعلى خول للمشغل الحق في ممارسة سلطاته الكاملة في التسيير بما يسمح له بتغيير توقيت الشغل دون موافقة أجراءه وله الحق في إدخال ما يمكن من تغييرات لرفع مستوى الإنتاج ونقل معمله من حين إلى آخر بنفس المدينة ولا يحتاج في ذلك إلى إذن مسبق من أجراءه، إذ يدخل في إطار تعديل ظروف الشغل دون تعديل عقد شغل الأجير⁹⁸⁹.

ويستنتج من هذا القرار أن المجلس الأعلى حاول الموازنة بين سلطة المشغل التنظيمية وبين حقوق الأجراء، وذلك بتغليب سلطة المشغل كلما تعلق الأمر بظروف مهنية تقتضي مثل هذا التعديل، ويجب على الأجير الانصياع لها وعدم الخروج عن الالتزامات التعاقدية.

والمشغل بالإضافة إلى ذلك يملك سلطة تغيير مكان عمل الأجير داخل نفس المدينة وإلى مدينة قريبة مجاورة عندما لا يترتب عن هذا النقل أي ضرر مادي للأجير مثل (تناول وجبات غذاء لبعد المسافة بين المنزل ومكان الشغل الجديد) وهو ما يدخله في إطار السلطة التنظيمية التي يتمتع بها⁹⁹⁰.

المحور الثاني: حدود سلطة المشغل عند إنهاء عقد الشغل

يمكن للأطراف في إطار المقتضيات المضمنة في مدونة الشغل أن يضع أي منهما حدا للعلاقة الشغلية بإرادته المنفردة، ويختلف تكييف هذا الإنهاء بحسب الطرف الذي أقدم عليه، بحيث يعتبر استقالة إذا أقدم عليه عليه الأجير من تلقاء نفسه دون أي سبب مرتبط بمجاله المهني، في حين يعتبر فصلاً أو طرداً إذا قام به المشغل.

وسنقتصر في هذا المطلب على الإنهاء الذي يكون من جانب المشغل لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية في (الفقرة الأولى) على أن نتطرق في (الفقرة الثانية) لإنهاء عقد الشغل من طرف المشغل بسبب ارتكاب الأجير لخطأ جسيم.

987- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 979 في الملف الاجتماعي عن رقم 2004-446، وتاريخ 2004-09-29 مذكور عند بشرى العلوي، م س، ص 192.

988- عصام الوراري: حدود سلطة المشغل في تغيير مكان عمل الأجير مجلة القضاء المدني العدد رقم 2 صيف-خريف 2010، ص 106.

989- قرار المجلس الأعلى عدد 500 وتاريخ: 16-05-1995، مذكور عند محمد سعيد بناني، م س، ص 172.

990- عصام الوراري: م س، ص 107.

الفقرة الأولى: الفصل لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية

لقد خول المشرع المغربي في إطار مدونة الشغل للمشغل الذي تمر مقاولته بظروف اقتصادية وهيكلية أو تكنولوجية سلطة فصل أجرائه كلاً أو بعضاً وذلك من خلال المادة 66 من مدونة الشغل التي تنص على أنه: "يجب على المشغل في المقاولات التجارية أو الصناعية أو في الاستغلالات الفلاحية أو الغابوية أو تابعها أو مقاولات الصناعة التقليدية الذي يشغل اعتيادياً عشرة أجراء أو أكثر والذي يعتمزم فصل الأجراء كلاً أو بعضاً لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو ما يماثلها أو لأسباب اقتصادية أن يبلغ ذلك لمدوبي الأجراء والممثلين النقابيين بالمقاولة عند وجودهم قبل شهر واحد على الأقل من تاريخ الشروع في مسطرة الفصل، وأن يزودهم في نفس الوقت بالمعلومات الضرورية التي لها علاقة بالموضوع بما فيها أسباب الفصل وعدد وفئات الأجراء المعنيين والفترة التي يعتمزم فيها الشروع في الفصل.

ويجب عليه أيضاً استشارتهم والتفاوض معهم من أجل تدارس الإجراءات التي من شأنها أن تحول دون الفصل أو تخفف من أثارها السلبية بما فيها إمكانية إعادة الإدماج في مناصب شغل أخرى.

تحل لجنة المقاولة محل مندوبي الأجراء في المقاولات التي يزيد عدد الأجراء بها عن خمسين أجراءاً".

ويقصد بالهيكلية توزيع الأنشطة الممارسة داخل المقاولة، أما إعادة الهيكلية فيقصد بها إعادة النظر في ذلك التوزيع بكيفية تخدم مصلحة الإنتاج داخل المقاولة، أما الأسباب التكنولوجية فيقصد بها تأثير الآلات المستعملة والأساليب التقنية المتبعة في المؤسسات الصناعية بالتقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي يعرفه العالم في الوقت الحالي⁹⁹¹.

في حين تعرف الأسباب الاقتصادية بكونها مجموعة من العوامل التي تعرض المقاولة إلى صعوبات مالية من شأنها أن تؤدي إلى الانخفاض الحاد في نشاط المقاولة أو التوقف التام عن ممارسته⁹⁹²، كما أنها تتمثل في تلك الصعوبات الاقتصادية أو الأزمات المالية التي قد تعرض المقاولة المشغلة بكيفية طارئة⁹⁹³، فتؤثر على نشاطها العادي وتجعلها غير قادرة على مواجهة وضعها إلا بالتقليص من نفقاتها وأعبائها، ومن ضمن ذلك تسريح كل أو جزء من أجراءها حتى تتمكن من تقويم وضعها الاقتصادي والمالي وتجاوز أزمتهما، وبالتالي مواصلة نشاطها.

ونخلص في الأخير إلى أن الظروف الاقتصادية يقصد بها غالباً الكساد، مما يصبح معه المشغل في غنى عن خدمات

الأجير⁹⁹⁴.

991- محمد الكشور: إنهاء عقد الشغل مع تحليل مفصل لاحكام الفصل التعسفي للاجير دراسة تشريعية وقضائية مقارنة، الطبعة 2008، مطبعة النجاح الجديدة البيضاء، ص 120.

992- محمد الزنجي الخمسي: نظام الإعفاء الجماعي، الندوة الثالثة للقضاء الاجتماعي، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، نشر وتوزيع مكتبة دار السلام، الرباط، مارس 2004، ص 99.

993- عبد العزيز لعتيقي-محمد الشرقاني-محمد القري اليوسفي، دراسة تحليلية نقدية لمدونة الشغل، الطبعة الأولى 1999، مطبعة دار النشر الجسور وجدة، ص 118.

994- محمد الكشور: التعسف في إنهاء عقد الشغل، أحكام التشريع ومواقف الفقه والقضاء-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى 1112، مطبعة النجاح الجديدة البيضاء، ص 76.

ويعتبر الفصل لأسباب تكنولوجية أو هيكلية واقتصادية من أعقد وسائل إنهاء عقد الشغل بالنظر إلى المساطر والإجراءات التي قيدها المشرع، ثم بالنظر إلى النتائج السلبية التي يمكن أن تترتب عنه، ذلك أن هذا السبب قد يؤدي إلى فصل عدد كبير من الأجراء في إطار المقاولات الكبرى مما يصبح معه من أسباب تفشي البطالة، لذلك ألزم المشرع المشغل في مثل هذه الحالات بتتبع مجموعة من الإجراءات سابقة على مباشرة مسطرة الفصل والإغلاق الاقتصادي، تبدأ بقيام المشغل بتبليغ مقرر الفصل إلى ممثلي الأجراء ومدّهم بالمعلومات حول المسألة ليعقب ذلك القيام بالتفاوض والتشاور معهم، والذي قد ينتهي بتحرير محضر تدون فيه جميع النتائج المتوصل إليها، ويتعين أن يوقع هذا المحضر الطرفان وتسلم نسخة منه إلى مندوبي الأجراء (أو لجنة المقابلة حسب الأحوال) وتوجه النسخة الأخرى إلى المندوب الإقليمي المكلف بالشغل.

ما يلاحظ على هذا المستوى هو تغييب طرف مهم عن هذه المراحل، ويتعلق الأمر بمفتش الشغل رغم أنه من الأجدى إشراك هذا الجهاز في جميع مراحل هذه المسطرة⁹⁹⁵.

والسؤال المطروح هو ما مدى توفيق المشرع في تحقيق التوازن بين البعدين الاقتصادي والاجتماعي على مستوى الإجراءات المسطرية السابقة على مرحلة طلب الإذن؟

انطلاقاً مما سبق فإن ما يمكن تسجيله على مستوى المراحل السابقة أنها فعلاً تشكل تجسيدا للتعاون بين المشغلين والأجراء في سبيل البحث عن الحلول الممكنة لإخراج المقابلة من وضعيتها الصعبة، إلا أن ما يجب الاحتياط منه هو أن لا تتميز تلك المراحل بمحاولة كل طرف انتزاع ما يمكن من حقوق من الطرف الآخر وعرقلة تسريع وتيرة إنقاذ المقابلة، وهذا مقتضى لن يتحقق إلا إذا اقتنع الأطراف بضرورة جعل مصلحة المقابلة فوق كل اعتبار، فهي بعيدة عن أن تسير بمجرد رغبات ونزوات المشغلين وبالتالي استبدالهم في التسريحات، كما أنها بعيدة على أن ينظر إليها من طرف الأجراء على أنها فرصة لانتزاع أكبر قدر من المنفعة المادية⁹⁹⁶.

ويجب على المشغل قبل الحصول على الإذن أن يوجه طلباً إلى المندوب الإقليمي المكلف بالشغل يتضمن جميع الإثباتات الضرورية والمتعلقة بتسريح الأجراء وكذا مبررات التسريح إلى جانب محضر نتائج المفاوضات والمشاورات وتقدير الأسباب الاقتصادية المبررة للتسريح، وبيان وضعية المقابلة إلى جانب تقرير يضعه خبير في المحاسبة أو مراقب الحسابات⁹⁹⁷.

وبعد قيام المندوب الإقليمي المكلف بالشغل بمختلف أبحاثه الضرورية فإنه يكون ملفاً يحليه على أعضاء اللجنة الإقليمية التي يترأسها العامل داخل أجل شهر من توصله بالطلب ويتوقف تسريح الأجراء على إذن يمنحه هذا الأخير داخل أجل شهرين من تاريخ تقديم الطلب من طرف المشغل إلى المندوب الإقليمي المكلف بالشغل⁹⁹⁸.

995- محمد الدكي: إنهاء عقد الشغل غير المحدد المدة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في الضمانات التشريعية في قانون الأعمال كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2005-2006، ص 244.

996- عبد الهادي طالب: تسريح الأجراء لأسباب اقتصادية بين مدونة الشغل ومدونة التجارة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون التجاري المقارن، كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2006-2007، ص 48.

997- المادة 66 من (م ش) الفقرة الثانية.

998- الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 67 من (م ش).

أما على مستوى الرد فإن النقاش الذي كان دائراً حول الآثار المترتبة عن مرور الأجل دون جواب ومدى اعتبار ذلك إذنا ضمناً قد حسم، ذلك أن قرار العامل يشترط فيه أن يكون معللاً.

وقرار العامل لا يثير أي إشكال في حالة قبول الطلب وصدور قرار بالإذن، حيث يتوجب على المشغل في هذه الحالة مباشرة عملية التسريح في المؤسسة أو المقابلة المعنية بالنسبة لكل فئة مهنية، لكن مع ضرورة مراعاة واحترام عناصر الأقدمية والقيمة المهنية للأجراء والأعباء العائلية، أما في حالة صدور قرار بعدم منع الإذن ورفض الترخيص بالتسريح فيتعين على المشغل العمل على احترامه، وألا يقدم على تسريح أجراءه وإلا اعتبر التسريح فصلاً تعسفياً وحق لكل أجير أن يرفع دعواه أمام المحكمة لاستيفاء حقوقه المقررة له قانوناً⁹⁹⁹.

إن الفقه¹⁰⁰⁰ يكاد يجمع على أن مسطرة الإذن الإداري يغلب عليها الطابع الأمني وليس ظروف المقابلة، ذلك أن الملاحظ هو عدم استجابة السلطة الإدارية لطلبات تسريح الأجراء لأسباب اقتصادية أو تكنولوجية أو هيكلية بسبب تخوفها من اندلاع حوادث شغب قد يتسبب فيها الأجراء الذين تمت الموافقة على تسريحهم، وهو رفض غير مبني على أسس موضوعية، ذلك أن المقابلة قد تكون في أمس الحاجة إلى هذا التسريح بغية إنقاذها حتى تلعب دورها في المساهمة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ورفض الطلب يعني القضاء عليها، واندلاع الشغب الماس بالأمن العمومي الذي يتخوف منه عمال العمالات والأقاليم سيكون أكثر حدة من الحالة التي يرخسون فيها بالتسريح قبل الوصول إلى هذه المرحلة لأن العدد سيكون مضاعفاً، مما يدفعنا إلى القول بأن المسطرة الإدارية تأتي بنتائج عكسية.

الفقرة الثانية: إنهاء عقد الشغل في حالة ارتكاب خطأ جسيم

يمكن إنهاء عقد الشغل من طرف المشغل في الحالة التي يتبين له فيها أن الأجير قد ارتكب خطأ جسيماً قد يؤثر سلباً على السير العادي للمقابلة وذلك بالاستناد إلى السلطة التأديبية التي يخولها له عقد الشغل على أجراءه.

وقد كان المشغل في إطار التشريع القديم يمكن له إنهاء عقد الشغل في حالة ارتكاب الأجير لخطأ جسيم بحرية تامة، لكنه مع صدور مدونة الشغل أصبح يخضع لرقابة القضاء تفادياً لاحتمال التعسف في ممارسة السلطة التأديبية للمشغل، هذه الرقابة التي لاشك أن دورها في هذه الحالة هي ضمان المساواة بين طرفي العلاقة الشغلية وإعادة التوازن إلى هذه العلاقة يحدد كل فصل تأديبي يعتقد الأجير أنه تعسفي وجائر في حقه¹⁰⁰¹.

والخطأ الجسيم هو ذلك الخطأ الذي يؤدي إلى فصل الأجير دون احترام أجل الإخطار، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قبل صدور مدونة الشغل كان يستعمل عدة مترادفات للدلالة على الخطأ الجسيم، لكنه بصدور مدونة الشغل وحدت المصطلحات لكنها لم تعرف الخطأ الجسيم، ويمكن القول أنه ذلك الخطأ أو الفصل الذي يكون من المستحيل بعده قبول الأجير داخل المؤسسة، ويجب تمييزه عن الخطأ البسيط الذي لا يستوجب عقوبة الطرد.

999- محمد الدكي: م س، ص 252.

1000- عز سعيد: العمل القضائي في مجال نزاعات الشغل الفردية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 1994، مطبعة النجاج الجديدة البيضاء، ص 84.
- عبد الحق بوكبيش: استمرارية نشاط المقابلة الخاضعة للتسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص **

باستقراء المادة 39 من مدونة الشغل نجدها عدت لنا مجموعة من الأخطاء واعتبرتها موجبة للطرد وكل تلك الأفعال ما هي إلى حصانة وحماية لمصالح المشغل فمثلا إفشاء السر المهني الذي نتج عنه ضرر للمقاولة، عندما اعتبرته مدونة الشغل خطأ جسيما عملت على حماية المشغل ومقاولته من أي خسارة قد تحصل له في حالة إفشاء سر مهني متعلق بالمقاولة، بل أكثر من ذلك أن هذا الفصل قد يؤدي إلى المتابعة الجنائية. هذا وبالإضافة إلى كل من فعل السرقة، خيانة الأمانة والسكر العلني وتعاطي مادة مخدرة والاعتداء بالضرب، والسب الفادح ورفض إنجاز شغل من اختصاص الأجير عمدا وبدون مبرر، كلها أفعال تصب في مصلحة المشغل ووضعت لحمايته.

وما تجدر الإشارة إليه أن المادة 39 وإن عدت لنا الأخطاء الجسيمة، فإنها لم توردها على سبيل الحصر وإنما فقط على سبيل المثال كما سبق وأن بينا، حيث إن المشغلين في كثير من المرات يلجؤون إلى مسطرة الفصل لارتكاب خطأ جسيم وذلك بالاستناد إلى أخطاء غير تلك المنصوص عليها في المادة 39، ويمكن أن نستشهد على ذلك بقرار صادر عن المجلس الأعلى جاء فيه "...لكن حيث إنه بالرجوع إلى محضر جلسة 2005/6/13 فإن الطاعن أقر أمام المحكمة بأنه قلد توقيع المسؤول عن المستودع، مما يؤكد ما نسب إليه من خطأ جسيم من طرف المشغلة استوجب طرده من العمل مما لا يستحق معه أي تعويض وهو ما انتهى إليه القرار والتدرج في العقوبة لا مجال لتطبيقه في النازلة ما دام الخطأ جسيما..."¹⁰⁰².

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن تقدير درجة جسامه الخطأ المنسوب للعامل مسألة موضوعية يستقل القاضي بتقديرها ولا يتقيد بالوصف الذي أعطاه المشغل للخطأ، وإذا كان الفصل كأثر مباشر للخطأ الجسيم الثابت في حق الأجير، فإنه يمكن للمشغل التنازل عنه، إذا عدل عن قراره، خاصة إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك في الحالة التي يكون فيها منصب الأجير المعرض للطرد مهما بحيث يكون من الصعب الاستغناء عنه وإيجاد من يعوضه¹⁰⁰³.

خاتمة

ويتضح لنا من خلال ما تقدم بأن سلطة المشغل ليست بسلطة مطلقة فالحق مهما كان مصدره يتقيد وفقا لقواعد القانون المدني بعدم التعسف في استعماله، وفي مجال قانون الشغل يتقيد بمبدأ أشمل وأوسع وهو مبدأ استقرار العلاقة التعاقدية بين كل من الأجير و المشغل، مما يجعلنا نطرح التساؤل التالي هل تحقق هاجس المشرع من خلال نصوص مدونة الشغل بالحفاظ على المعادلة وهي حماية الأجير وحقوق المشغل وحماية الاقتصاد الوطني والحفاظ على استمرار العمل.

وجوابا عن هذا السؤال نجد بأن الهاجس لا يزال في بداية المشوار لاصطدام تطبيق بعض النصوص القانونية بالواقع الاجتماعي ولجوء العديد من المقاولات المغربية إلى فصل الأجراء نتيجة للظروف الاقتصادية والهيكلية المرتبطة بالعمولة وانفتاح السوق الوطني على المنتوجات الأجنبية في ظل تنافسية غير متوازنة تقتضي تدخل المشرع للإسراع بإيجاد نظام خاص بالبطالة نتيجة فقدان العمل حفاظا على نوع من الاستقرار المادي للأجراء الذين تم تسريحهم للأسباب المذكورة سابقا.

1002- قرار عدد 201 المؤرخ في 2008/2/27، الملف الاجتماعي عدد 2007/422، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 69 سنة 2009، ص 224 و225.

1003- خالد الطويل: أثر الخطأ الجسيم على إنهاء عقد الشغل، مقارنة قانونية وقضائية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، وجدة، 2007/2006، ص 65.

الوساطة الجنائية على ضوء التشريعات المقارنة

فيصل كرمات

باحث بسلك الدكتوراه جامعة ابن زهر اكادير

مستشار بمركز سوس ماسة للدراسات القانونية والاجتماعية

ملخص:

أصبحت الوساطة الجنائية الآن تحظى بأهمية كبيرة من طرف الباحثين والممارسين في المجال القضائي والقانوني في اغلب دول العالم، وذلك راجع إلى تفوق الوساطة عن غيرها من الطرق التقليدية ولكونها تراعي المنافع المعنوية والنفسية للأطراف المتنازعة، ونظرا لأهمية الموضوع فإننا تناولنا في فقرته الأولى الوساطة الجنائية في الأنظمة الغربية، كما تناولنا في الفقرة الثانية الوساطة الجنائية في الأنظمة العربية.

أهمتنا مختلف النتائج التي استعرضناها أفاء، توصيات واقتراحات، نوجهها إلى المسؤولين عن السياسة التشريعية ببلادنا، لعلها تساهم في إعطاء هذه البديل الدور الذي يجب أن تؤديه كآلية قانونية حديثة في السياسة الجنائية المعاصرة، وذلك على الشكل التالي:

ضرورة التنصيص على نظام الوساطة الجنائية في التشريع الجنائي المغربي لما لهذا النظام من مزايا مهمة لاشك أنها سوف تساهم التخفيف من أزمة العدالة الجنائية المغربية. وضع الثقة في هذا البديل وتهميته كل الوسائل المادية والبشرية وتوفير الآليات القانونية الكفيلة لإنجاحه. نقترح ضرورة توعية المواطنين بمزايا سلوك بدائل الدعوى العمومية ومنها الوساطة الجنائية.

Médiation pénale à la lumière d'une législation comparative.

La médiation pénale a désormais acquis une grande importance de la part des chercheurs et praticiens dans le domaine judiciaire et juridique dans la plupart des pays du monde, en raison de la supériorité sur les autres méthodes traditionnelles et parce qu'elle prend en compte les avantages moraux et psychologiques des parties en conflit, et compte tenu de l'importance du sujet, dans le premier paragraphe on va traiter la médiation pénale dans les systèmes Occidentale, et on va traiter dans le deuxième paragraphe la médiation pénale dans les régimes arabes.

Nous avons été inspirés par les différents résultats que nous avons examinés précédemment, recommandations et suggestions, que nous adressons aux responsables de la politique législative de notre pays, contribuant peut-être à donner à cette alternative le rôle qu'elle devrait jouer en tant que mécanisme juridique moderne dans la politique pénale contemporaine.

Ces recommandations sont comme suit

- La nécessité d'institutionnaliser la médiation pénale: l'incorporation d'une telle mesure dans l'arsenal juridique permettrait d'aménager la justice et atténuer la crise judiciaire dont souffre le pays.
- La crédibilisation de cette alternative par la mobilisation des fonds et ressources Humaines nécessaires.
- La sensibilisation des justiciables à la médiation pénale comme alternative à l'action publique.

مقدمة

أصبحت الوساطة الآن تحظى بأهمية كبيرة من طرف الباحثين والممارسين في المجال القضائي والقانوني في اغلب دول العالم، كما أصبحت تخصص لها حلقات دراسية وندوات، إضافة إلى تناولها من طرف مجموعة من الرسائل الجامعية، وذلك راجع إلى تفوق الوساطة عن غيرها من الطرق التقليدية ولكونها تراعي المنافع المعنوية والنفسية للأطراف المتنازعة، بمقدار مراعاتها للمنافع المادية المباشرة، الأمر الذي يؤدي إلى ضمان استمرار العلاقات المستقبلية.

وتعد الوساطة الجنائية احد الوسائل المستحدثة من الناحية الإجراءات القانونية التي أفرزتها السياسة الجنائية المعاصرة، لتساهم في علاج الزيادة الهائلة والمستمرة في عدد القضايا التي تنظرها المحاكم ، فدور الوساطة لا يقتصر على هذا فحسب، بل إنها إحدى الوسائل التي تهدف إلى تنمية روح الصلح بين الجاني والمجني عليه، عن طريق التوصل إلى اتفاق حول كيفية قيام الجاني بإصلاح الأضرار التي لحقت بالمجني عليه من جراء جريمته، دون أن يتكبد في ذلك مشاق التقاضي وطول الإجراءات وتوفير المال والجهد من ناحية، ومن ناحية أخرى مما يحققه رضا نفوس أطراف النزاع بصورة قد لا يصل إليها الحكم القضائي¹⁰⁰⁴.

على الرغم من أن إجراء الوساطة الجنائية غير مألوف حتى يمكن تطبيقه في التشريعات الجنائية العربية، فإنه من الإجراءات التي تؤدي دورا مهما في التشريعات المقارنة الأخرى، سواء كانت تلك التشريعات تعتمد في نظامها القانوني على النظام اللاتيني أم على النظام الانجلوسكسوني، فقد عرفت تلك الأنظمة إجراء الوساطة الجنائية كأسلوب لحل بعض المنازعات الجنائية على الرغم من اختلافها البسيط في آلية تطبيقه، الأمر الذي يجعلنا نطرح معالم هذا الإجراء في كل نظام.

ونظرا لأهمية الموضوع فإننا سنتناول في فقرته الأولى الوساطة الجنائية في الأنظمة العربية، على ان نتناول في الفقرة الثانية الوساطة الجنائية في الأنظمة العربية.

الفقرة الأولى: الوساطة الجنائية في الأنظمة العربية

لاقت الوساطة الجنائية نجاحا ملحوظا في كافة النظم القانونية، لما تحققة من أهداف قد لا يصل إليها الحكم الصادر في كثير من الأحيان، وقد عرفت العديد من التشريعات المقارنة الوساطة، نذكر منها كل من النظام الانجلوسكسوني والنظام اللاتيني.

1/ الوساطة الجنائية في النظام الانجلوسكسوني

بدأت فكرة الوساطة الجنائية في الظهور عام 1974 في كندا وذلك مع تصاعد المطالبات بالمحافظة على حقوق الضحايا في عام 1970، عن طريق جمعيات أنشأت لغرض الدفع نحو إقرار هذا الإجراء، وفي عام 1973 قامت جمعيتنا "المساجين" و"اللجان" معا بتقويم دليل كامل للوساطة الجنائية يضم 32 برنامج ووصلت هذه البرامج في عام 1974 إلى 47 برنامج ثم إلى 86 في عام 1979، وعلى غرار كندا قامت جمعية "الوساطة بين الجناة والمجني عليهم في الولايات المتحدة الأمريكية"

1004 محمد صلاح عبد الرؤوف الدمياطي، بدائل الدعوى الجزائية ودورها في تحقيق العدالة في فلسطين ، بحث الحصول على درجة الماجستير في القانون العام ، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، السنة الجامعية 2012_2013، ص75.

بقيادة فكرة الوساطة الجنائية، والتي أصبحت جمعية عالمية سنة 2000 حيث تضم 350 عضوا ولها 300 مكتب في أربعين ولاية أمريكية وسبع دول، وكونت ما يقارب 1200 برنامجا للوساطة الجنائية¹⁰⁰⁵.

وظهرت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية، كجزء من الحلول البديلة لتسوية النزعات منذ 1970، ذلك أنه في العشرين سنة الماضية، شعر المدراء في الولايات المتحدة الأمريكية بارتفاع تكاليف النزعات، والتأخر في إجراءات التقاضي، وهو ما يتعارض وسرعة المعاملات بهذه الدولة، وفي نفس الوقت توسعت المؤسسات القانونية، التي تمثل الشركات، مما أدى إلى ارتفاع الأجور، مع زيادة عدد القضايا، وكل ذلك دفع بنقابة التحكيم الأمريكية لوضع أول قانون للوساطة بتاريخ 1 شتنبر 2000¹⁰⁰⁶.

يمكن القول، من جهة أولى، أن نشر الوسائل البديلة عبر النظم القانونية والقضائية الدولية، واتساع مجالات اختصاصات الوسطاء، وتزايد نسبة نجاح الوساطة، وإشعاع المؤسسات المختصة، على غرار مراكز الوسائل الفعالة لحل المنازعات الكائن مقره بلندن (CEDR)، كلها عوامل ساعدت على تطور هذه الطرق وإشعاعها، والتخفيف على القضاء، ومن جهة ثانية، أن مظاهر نجاح المركز المذكور في إشعاع ونشر الوساطة داخل المملكة المتحدة قيام أطره والوسطاء العاملين به بحملة تحسيسية على مستوى المجتمع المدني والمنظمات، والقطاعات الحكومية وغير الحكومية، واكبتها جهود رسمية للحكومة البريطانية بإجراء تعديل على قانون المسطرة المدنية، وحث القضاة، على مستوى مختلف درجات التقاضي، الأطراف على سلوك الوساطة عوض التقاضي، ومنح المحكمة صلاحية إيقاف البت في الدعوى لمنح الأطراف فرصة سلوك الوساطة، وتحميل الجانب الراض لها مصاريف الدعوى، ومن جهة ثالثة أن من مظاهر نجاح المركز في إشعاعه ونشر الوساطة خارج المملكة المتحدة، تقديمه لاستشارات قانونية وعملية للحكومات والأنظمة القضائية في مجال تخصصه، وتنظيمه لحلقات وورشات تكوينية داخل وخارج بريطانيا لفائدة مهنيين من قضاة ومحامين ورجال أعمال ووسطاء ممارسين ومتمرنين، وإبرامه لعلاقات شراكة وتعاون مع هيئات ومراكز دولية عبر العالم، وعادة ما يرتبط مجال عمل المركز في التكوين بتقديم الاستشارات اللازمة للدول والجهات التي ترغب في إدماج الوساطة ضمن نظامها القضائي، كما هو الحال بالنسبة للتجربة الحالية للملكة المغربية، وكما حصل بكرواتيا والبوسنة والهرسك ومقدونيا¹⁰⁰⁷.

ومن الملاحظ أنه لا يوجد أي نص قانوني مستقل وقائم بذاته ينظم الوساطة ببريطانيا، كما هو الحال بالنسبة للتحكيم، بل توجد نصوص متفرقة تشير إليها في قانون المسطرة المدنية، أما القضايا التي يمكن حلها عن طريق الوساطة، حسب التجربة البريطانية، فهي القضايا المدنية والتجارية ونزعات الأسرة، خاصة ما يتعلق منها بحضانة الأبناء وزيارتهم والإنفاق عليهم، باستثناء الطلاق الذي يفصل فيه القضاء.

وهكذا، فالنظام الانجلوسكسوني عامة يعتمد على السوابق القضائية والقانون غير المدون، كما أن الوساطة لا توجد لها أرضية قانونية أو تشريعية، وفي هذا النظام تجري الوساطة حتى في المجال الجنائي، حيث يتم التفاوض من أجل

1005 ابراهيم العسري، العدالة التصالحية: مبررات بروزها وآفاقها بالمغرب، الوساطة الجنائية نموذجا، مجلة القبس المغربية، العدد الثالث، يوليو 2012، ص 265.

1006 امحمد براءة غزيول، تقنيات الوساطة لتسوية النزعات دون اللجوء إلى القضاء، ص 167.

1007 بنسالم اوديغا، الوساطة كوسيلة من وسائل البديلة لفض النزعات، مطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2009.

العقوبة، وهي تجربة بدأت باتفاق مجموعة من المحامين والقضاة في سان فرانسيسكو، ولاية كاليفورنيا، على تشكيل جمعية انبثقت عنها مؤسسة الوساطة، واستمر العمل بالوساطة إلى غاية سنة 1990 حيث صدر عن الكونغرس الأمريكي قانون يتضمن ثلاث مواد فقط تنص على أن للمحكمة أن تعين وسيطا إذا لم يتفق عليه الأطراف، و أن الوسيط يمكنه أن يتولفص النزاع.

تبقى الإشارة إلى أن الوساطة الجنائية في النظام الانجلوسكسوني تتميز بكونها نظاما قضائيا، على عكس النظام اللاتيني، ولذلك يطلقون عليها 'بدائل قضائية'¹⁰⁰⁸.

2/ الوساطة الجنائية في النظام اللاتيني

لم يمض على ظهور أسلوب الوساطة الجنائية في النظام الانجلوسكسوني كثيرا من الوقت، حتى انتقل إلى النظام اللاتيني، إذ ونظرا لما تلعبه هذه الوسيلة من دور كبير في الحفاظ على العلاقات الاجتماعية وتسوية المنازعات وتخفيف العبء على الأجهزة القضائية، سارعت أغلبية التشريعات الأوروبية إلى إقرار هذه الآلية في أنظمتها الجنائية وذلك على غرار الأنظمة الانجلوسكسونية.

ويتصدر هذه التشريعات النظام الجنائي الفرنسي، حيث كان للنيابة العامة في فرنسا دور كبير في ظهور الوساطة الجنائية وكذلك في منتصف العقد الثامن من القرن التاسع عشر، حينما دعا جهاز النيابة العامة إلى إنشاء جمعية تسعى إلى الإمساك بعملية الوساطة الجنائية وهي جمعية "مساعدة الضحايا والرقابة القضائية"، والتي تلتها مجموعة من الجمعيات الأخرى كجمعية "مساعدة الضحايا بالمعلومات"، وجمعية "مساعدة ضحايا الجريمة" وغيرها من الجمعيات، لتتحدد بعد ذلك المعالم النهائية لهذه الوسيلة في القانون الفرنسي رقم 93-02 الصادر 04 يناير 1993 والذي تم تعديله بمقتضى القانون 99-515 الصادر في 23 يونيو 1999 والقانون رقم 2004-204 الصادر سنة 2004.

ولإقناع السلطة التشريعية بتقنين إجراء الوساطة الجنائية وجعلها نظاما مشروعاً بالنظر إلى أنها تمارس في الواقع دون نصوص قانونية واضحة وصريحة، قدم وزير العدل الفرنسي أمام الجمعية الوطنية مبررات تبني هذا النظام معتبرا إياه طريقا ثالثا تلتجئ إليه النيابة العامة للتصدي للجريمة، يقع بين الأمر بحفظ الملف وبين تحريك الدعوى العمومية، مبرزا أنه نظام يتيح معالجة ملائمة للجرائم قليلة ومتوسطة الخطورة لكنها كثيرة الوقوع من الناحية العملية، كما أنه يتضمن رد فعل سريع وفعال ومفيد للمجني عليهم¹⁰⁰⁹.

وطبقا لمقتضيات المادة 41 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، فإن الوساطة الجنائية يضطلع بها نائب أو وكيل الجمهورية ويتخذها قبل تحريك الدعوى العمومية برضى جميع الأطراف ومع مراعاة الشروط التالية:

* أن تفضي الوساطة الجنائية إلى إصلاح الضرر الحاصل بالمجني عليه.

* أن تضع حدا للاضطراب الحاصل الناتج عن الجريمة.

1008 هناء جبوري، الوساطة الجنائية كطريقة من طرق انقضاء الدعوى الجزائية، ص 213.

1009 بدر الدين يونس، الوساطة في المادة الجزائية، قراءة تحليلية في الامر رقم 02-15، مجلة البحوث والدراسات الانسانية العدد 12-2016، ص 96.

* أن تساهم في إعادة إصلاح و إدماج الجاني في المجتمع.

وانطلاقا من المادة أعلاه يتبين أن نظام الوساطة الجنائية في القانون الفرنسي إجراء يتم خارج إطار القضاء لكن غير منفصل عن سلطات الدولة، فهي التي تتولاه وتراقبه عن طريق جهاز النيابة العامة، ولكن بالرغم من أن النيابة العامة هي التي تتولى القيام بهذه المهمة، إلا أن المشرع الفرنسي لم يعتبر نظام الوساطة الجنائية نظاما قضائيا مثل ما هو الحال عليه في النظام الانجلوسكسوني، وإنما بقي هذا الإجراء محتفظا بتسمية الوساطة الجنائية « Médiation pénal » ولم يسم إصلاحا قضائيا¹⁰¹⁰ Réparatrice justice.

ويعتبر النظام القضائي البلجيكي من الأنظمة التي تلعب فيها الوسائل البديلة لحل المنازعات، ومنها الوساطة، دورا كبيرا في فض النزعات، وقد خصص المشرع البلجيكي للوساطة نصا قانونيا مستقلا يتكون من 25 مادة، وهو القانون الصادر في 2005/2/21، الذي عدل بمقتضاه مجموعة من المواد ومقتضياتها مع حذف وإضافة مواد جديدة تنظم مجموعة من الجوانب المتعلقة بالوساطة بنوع من الدقة والتفصيل، علما بأن الوساطة كانت قائمة في مجموعة من قضايا حوادث الشغل والنزعات ذات الطابع الأسري.

وبالرجوع إلى مقتضيات القانون البلجيكي الجديد المنظم للوساطة يتضح أن هذا القانون نص صراحة على الوساطة الاتفاقية والوساطة القضائية، وحدد نوعية القضايا التي يمكن أن تكون محلا لهذه الوساطة، ووضع قاعدة عامة لذلك، كتلك المنصوص عليها في مشروع القانون رقم 08.05 المعروض على برلمان المغرب بشأن التحكيم والوساطة الاتفاقية، مفادها أن الوساطة تجوز في كل ما يجوز فيه الصلح¹⁰¹¹.

ولقد أشار بعض الباحثين لمجموعة من الممارسات العملية للوساطة الجنائية في بلجيكا قبل تقنين سنة 1994، حيث عرفت بعض المقاطعات البلجيكية تجربة رائدة في مجال الوساطة الجنائية والتي تقوم على ثلاثة أنماط من الوساطة:

- **وساطة التعويض:** الذي تقوم فيه الشرطة بدور مهم من خلال انتقاء عميد الشرطة الملفات المتعلقة بالجرائم غير الخطيرة تم تحويلها إلى وسيط الذي يسعى لإجراء الوساطة الهادفة إما لتعويض جزئي أو كلي للضرر، وذلك بناء على ضوابط موضوعة من طرف النيابة العامة.

- **وساطة الحي:** والتي تتم بتفويض من وكيل الملك إلى وسطاء تابعين للحي الذي ارتكبت فيه الجريمة موضوع الوساطة، وقد كان أول مشروع لها كان سنة 1983 م بمدينة لاهاي البلجيكية.

- **وساطة الإصلاح:** وهي التي يقوم بها وكيل الملك، حيث يقترح الوساطة بين الفاعل والضحية، وهي تكون في القضايا المعروضة على القضاء الجنحي، وهي التي تتم في الفترة الممتدة بين الاستدعاء والمثول أمام المحكمة¹⁰¹².

1010 ابراهيم العسري، العدالة التصالحية: مبررات بروزها وآفاقها بالمغرب، الوساطة الجنائية نموذجا، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، مرجع سابق ص 189.

1011 بنسالم اوديجا، الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات، مرجع سابق، ص 164.

1012 لطيفة المهدياتي، الشرعية في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، الشركة الشرقية، الرباط، ص 2005، ص 97،

وقد قام المشرع البلجيكي بتقنين الوساطة الجنائية من خلال المادة 216 مكرر 3 من قانون التحقيقات الجنائية البلجيكي بمقتضى القانون الصادر في 10 فبراير 1994، الذي عرف تعديلين بموجب قانون الصادر في 7 ماي 1999 وكذا قانون الصادر سنة 6 غشت 2005.

فالمشرع خول للنيابة العامة سلطة اللجوء إلى الوساطة الجنائية، باستثناء إذا انتقلت القضية إلى قاضي التحقيق أو المحكمة، وبالتالي يتبين أن النطاق الزمني للوساطة الجنائية في بلجيكا يتحدد في مرحلة ما قبل تحريك الدعوى العمومية. أما النطاق الموضوعي للوساطة الجنائية في بلجيكا، فهو لا يهتم المخالفات والجنح فقط، بل يشمل كذلك الجنايات المعاقب عليها بالأشغال الشاقة لمدة لا تزيد على عشرين سنة¹⁰¹³.

الفقرة الثانية: الوساطة الجنائية في التشريعات العربية

إذا كانت التطور التشريعي العالمي يتجه نحو تكريس تسوية النزعات بالطرق الودية، ومنها الوساطة الجنائية التي استطاعت أن تفرض وجودها عبر العالم فحققت نجاحا مشهودا اعتبارا للفوائد التي أبانت عنها التجربتين الانجلوسكسونية واللاتينية، فإن الأنظمة القانونية والقضائية العربية حاولت بدورها أن تستفيد من هذه التجربة، وتستلهم من عناصر نجاحها لكون القضاء بها يشكو من نفس المعوقات التي يشكو منها نظيره بالأنظمة الأخرى، ولكن مزايا الوساطة الجنائية، وتحفيزها لتأجيلها المشجعة، وتكريسها للحل الودي، دفعت بعض الدول العربية إلى تبني نظام الوساطة الجنائية.

سنعرض في هذه الفقرة لتجربة الوساطة الجنائية في التشريعات العربية، في كل من دولة تونس و الجزائر والمغرب.

1/ الوساطة الجنائية في القانون التونسي

يعد القانون التونسي نموذج التشريعات العربية التي أقرت نظام الوساطة الجنائية ضمن القانون الإجراءات الجنائية وقانون حماية الطفل، وذلك تأثرا بالمشرع البلجيكي.

وقد تم اعتماد الوساطة بصورة تدريجية، فقد تم تكريسها بداية ضمن القوانين المتعلقة بالاقتصاد العام للدولة كالقانون القمري، وقانون المنافسة والأسعار الصادر بتاريخ 1991/7/29 تحت فصله 09، وقانون حماية المستهلك عدد 117 الصادر في 1992/12/7.

وقد أقر المشرع التونسي إجراء الصلح عن طريق الوساطة الجنائية حسب القانون 93 لسنة 2002 بإضافة بند تاسع على الكتاب الرابع من مجلة الإجراءات الجنائية التونسية بعنوان " الصلح بالوساطة في المادة الجزائية " وقد تضمن الباب ستة مواد تتعلق بنطاق وإجراءات وأثار الوساطة الجنائية في القانون التونسي، وقد وضع المشرع التونسي الأسباب الموجبة لإقرار هذا القانون، بأن الهدف من إقرار الوساطة الجنائية هو ضمان تعويض الأضرار الناجمة عن الجريمة، وإعادة تأهيل واندماج الجناة في المجتمع، وتدعيم الشعور لديهم بالمسؤولية¹⁰¹⁴.

1013 حمزة الرنقي، الوساطة الجنائية كآلية بديلة للدعوى العمومية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم الجنائية، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2013/2014.

1014 صباح احمد نادر، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية وامكانية تطبيقها في العراق دراسة مقارنة، بحث مقدم الى مجلس القضاء في اقليم كردستان-العراق، س 2014، ص 26.

ونص الفصل 335 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية على أنه "يهدف الصلح بالوساطة في المادة الجزائية إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر من الأفعال المنسوبة للمشتكى به مع إذكاء الشعور لديه بالمسؤولية والحفاظ على إدماجه في الحياة الاجتماعية".

فمن منطوق هذا الفصل نستنتج أن الصلح بالوساطة في المادة الجنائية يقوم على ازدواجية الهدف المتمثل في حصول جبر الضرر للضحية، والحفاظ على إدماج الجاني في المجتمع، وبالتالي فإن الصلح بالوساطة الجنائية في التشريع التونسي يقتضي توفر مجموعة من الشروط متمثلة في : ضرورة وجود جريمة معينة ونسبتها لشخص معين ووجود ضرر حاصل لشخص معين، أي شروط مرتبطة بوجود جريمة معينة وأخرى بأطراف النزاع.

بخلاف التشريع الفرنسي الذي لم يحدد الجرائم التي تخضع لنظام الوساطة الجنائية، فإن الفصل 335 ثالثا من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية أكد على أن "لوكيل الجمهورية عرض الصلح بالوساطة في المادة الجزائية على الطرفين وذلك في مادة المخالفات وفي الجناح المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 218 و الفصول 220 و 225 و 247 و 248 و 255 و 256 و 277 و 280 و 282 و 286 و 293 و الفقرة الأولى من الفصل 297 و الفصول 298 و 304 و 309 من المجلة الجزائية وفي القانون عدد 22 لسنة 1962 المؤرخ في 24 ماي 1962 المتعلق بجريمة عدم إحضار المحضون".

و من خلال منطوق هذا الفصل نستنتج أن المشرع التونسي أجاز الصلح بالوساطة في المادة الجزائية في كل المخالفات دون استثناء أو حصر، والمخالفة هي كل جريمة ينص عليها القانون بالسجن لمدة لا تتجاوز 15 يوما أو بغرامة لا تتجاوز ستين دينارا وذلك مهما كان نوع المخالفة سواء وردت في المجلة الجزائية أو في القوانين الخاصة بقانون الطرقات.

أما الجناح التي يمكن أن تخضع لنظام الصلح بالوساطة فقد حددها المشرع على سبيل الحصر وهي:

العنف الشديد (الفصل 218) المشاركة في المعركة (الفصل 220) إحداث أو التسبب في أضرار بدنية للغير عن غير قصد (الفصل 225) النميمة والقذف (الفصل 247) الإدعاء الباطل (الفصل 248) افتكاك حوز بقوة (الفصل 255) الدخول لمحل الغير بالرغم من إرادة صاحبه (الفصل 256) عدم القدرة على الدفع (الفصل 282) تكسير حد (الفصل 286) تتبع استخلاص دين مرتين (الفصل 293) الخيانة المجردة (الفصل 297) الامتناع عن تنفيذ اتفاق (الفصل 298) الإضرار عمدا بملك الغير (الفصل 304) إحداث حريق عن غير قصد بمنقول أو بعقار الغير (الفصل 309) وعدم إحضار محضون (القانون عدد 22 الصادر بتاريخ 24 ماي 1962¹⁰¹⁵).

ومن خلال هذا التصنيف نستنتج أن المشرع التونسي نص على نظام الصلح بالوساطة في جرائم متعددة وتمس مجالات مختلفة على سبيل الحصر، ولكنها جرائم لا ترقى إلى درجة الجنائيات و ذلك لكون الجنائية يصعب جبر الضرر فيها بالصلح بالوساطة، بل تقتضي تدخل الدولة بأجهزتها الجزائية لوضع حد للخلل الذي أحدثته الجريمة ومعاينة الجاني.

1015 العابد العمراني الملودي، الوساطة الجنائية-التشريع الفرنسي و التونسي نموذجا، مجلة القانون والأعمال ، 6 أكتوبر 2014، <http://www.droitentreprise.com> تم الدخول إلى هذا الموقع يوم الأربعاء 07 مارس 2018 على الساعة 12:20 بعد الزوال.

كما أن هذه الجرائم التي أجاز فيها المشرع الصلح بالوساطة هي جنح تنطوي على أضرار إما بدنية، كالتى تحصل عن العنف الشديد و المشاركة في المعركة، أو أضرار مادية كالتى تنتج عن افتكاك حوز بالقوة أو الإضرار بملك الغير أو أضرار معنوية كالنميمة أو القذف.

2/الوساطة الجنائية في التشريع الجزائري

أحدث المشرع الجزائري نظام الوساطة الجنائية كبدل عن الدعوى العمومية بمقتضى الأمر 02/15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 حيث خصص لها فصل مكرر من المواد 37 مكرر إلى 37 مكرر9، وبالرجوع لمجمل هذه المواد فإن القانون اقتصر فقط على تحديد أطراف الوساطة، والجهة المؤهلة لإجرائها، كما حدد نطاق الوساطة من حيث الموضوع.

وهناك عدة شروط ينبغي توافرها لتطبيق نظام الوساطة الجنائية بعضها موضوعية وأخرى إجرائية، الشروط الموضوعية تتمثل في:

➤ مشروعية الوساطة: وهي السند القانوني لهذا الإجراء تطبيقاً لمبدأ الشرعية، حيث تستمد الوساطة مشروعيتها من نصوص المواد 37 مكرر إلى 37 مكرر9 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بمقتضى الأمر 02/15 المؤرخ في 15 يوليو 2015.

➤ وجود دعوى عمومية مطروحة أمام النيابة العامة: يشترط لتطبيق الوساطة وجود دعوى عمومية، تتطلب افتراض تحريكها نظراً لوقوع جريمة ونسبتها إلى شخص معين ووجود مجني عليه، وأن يكون هناك ضرر واقع عليه بسبب الجريمة، ويشترط ألا تكون النيابة قد اتخذت قرارها بالتصرف في الدعوى في المرحلة السابقة لتحريكها والتي تبدأ من لحظة علم النيابة بالجريمة إلى لحظة تحريك الدعوى.

➤ ملائمة النيابة العامة لإجراء الوساطة: يتمتع وكيل الجمهورية بسلطة الملائمة في اتخاذ إجراء الوساطة، ومنه فإن هذا الأخير له مطلق الحرية في ملائمة اللجوء للوساطة وهو ما أشارت إليه المادة 37 مكرر من القانون الإجراءات الجزائية الجزائري، فلا يجوز للأطراف إجبار النيابة على قبول الوساطة، كما أنه لا يجوز طرح النزاع للوساطة دون موافقة وكيل الجمهورية.

كما تجوز الوساطة بناء على طلب الضحية، وهو كل شخص أصيب بضرر من الجريمة، سواء كان ضرراً مباشراً أو غير مباشر، وطلبه يقتصر على التعويض المالي حتى ولو بعد تحريك الدعوى العمومية كما تتم الوساطة بطلب من المشتكى منه وهو كل شخص توجه إليه الضحية بالشكوى، وذلك بعد موافقة وكيل الجمهورية والضحية¹⁰¹⁶.

➤ قبول الأطراف لمبدأ الوساطة: يشترط للسير في عملية الوساطة قبول الأطراف الضحية والمشتكى منه فلا يمكن أن تتجح عملية الوساطة بدون توافر رضا أطرافها، وقد نصت على ذلك صراحة المادة 37 مكرر1 على أن: (يشترط لإجراء الوساطة قبول الضحية و المشتكى منه...).

1016 يعقوب فايزي ومحمد موادنة، نظام الوساطة القضائية، في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة الجزائر، السنة الجامعية 2015/2016، ص 42.

بالنسبة لرضا الضحية، يعتبر الهدف من إجراء الوساطة هو تفعيل مشاركة الضحية في الإجراءات الجزائية لذلك كان قبوله بالوساطة شرطاً أساسياً وضرورياً لقيامها، وفي الواقع أن بقاء إجراءات العدالة الجزائية التقليدية واحتمال عدم متابعة الجاني في الغالب هو ما يدفع الضحية لقبول الوساطة.

كما يشترط لإجراء الوساطة قبول المشتكى منه، وفي حالة رفضه يمكن السير في إجراءات الدعوى العمومية ولا يجوز إجباره على قبول الوساطة، فله الحق في اللجوء إلى القضاء.

أما بالنسبة للشروط الإجرائية: فتتمثل الشروط الإجرائية للوساطة الجزائية في ضرورة توافر الأهلية الإجرائية والرضا والشكلية.

الأهلية الإجرائية: وهي صلاحية كل طرف من أطراف النزاع في مباشرة الإجراءات الجزائية بصفة عامة والموافقة على إجراء الوساطة، وتتحد الأهلية في القانون الجزائي طبقاً لسن الشخص، ويكون الشخص كامل الأهلية إذا كان بالغاً سن 18 سنة، واستثناءات يمكن للطفل الجانح أن يلجأ إلى الوساطة الجزائية عن طريق ممثله الشرعي.

الرضا: تقوم الوساطة الجزائية على مبدأ حرية الإرادة، أي حرية الأفراد في اللجوء لهذه الآلية، وأن تكون هذه الإرادة صحيحة غير مشوبة بعيوب الإرادة، كالغلط والتدليس والإكراه، فلا يتصور قيام الوساطة إذا كان قبول المشتكى منه أو الضحية نتيجة إكراه أو غلط أو تدليس.

الشكلية: يقصد بها إفراغ اتفاق الوساطة في شكل معين، وهذا استناداً لنص المادة 37 مكرر 2 حيث تنص على ضرورة أن تتم الوساطة باتفاق مكتوب وليس شفهي بين مرتكب الجريمة والضحية، يدون هذا الاتفاق في محضر يتضمن هوية الأطراف وعنوان الأطراف، كما يتضمن الاتفاق جبر الأضرار المترتبة عن الفعل الإجرامي، وإذا لم يتم تنفيذ الوساطة في الوقت المحدد في الاتفاق، يتم تحريك الدعوى العمومية، ولم يحدد المشرع الشكل الذي تتم فيه الوساطة ما يفتح المجال لاجتهاد النيابة العامة، أو انتظار تعليمات وزارية تحدد كيفية ذلك.

وتتم الوساطة بثلاث مراحل المرحلة الأولى الاقتراح الذي يكون في شكل استدعاء يتضمن الجريمة موضوع الوساطة، والتدابير المقترحة، والمدة القانونية لهذا الإجراء وتاريخ الحضور، والتنبيه بالاستعانة بمحامي، أما المرحلة الثانية هي جلسة الوساطة والتي لم يبين المشرع كيفية تنظيمها، لكن مبدئياً تقسم إلى مرحلة التفاوض ومرحلة الاتفاق، فمرحلة التفاوض تتوقف على ما يبيده أطراف النزاع من تفاهم وتوافق من أجل الوصول إلى حل النزاع بمكتب وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه، أما الخطوة الثانية هي الاتفاق على حل النزاع عن طريق إجراء الوساطة، وإذا لم يتم الاتفاق يحرر وكيل الجمهورية محضر عدم الاتفاق ويعلن صراحة فشل الوساطة ويتخذ الإجراءات اللازمة لتحريك الدعوى العمومية في إطار مبدأ الملائمة¹⁰¹⁷.

1017 مغني دليل، نظام الوساطة الجزائية في الجزائر على ضوء القانون رقم 12/15 والامر رقم 02/15، مجلة افاق للعلوم، جامعة الجلفة، العدد العاشر يناير 2018، ص 11.

و في حالة الاتفاق على حل النزاع عن طريق هذا الإجراء يحزر وكيل الجمهورية محضر الاتفاق الذي يتضمن صياغة التزامات الأطراف، والتأكد من تنفيذها في الوقت المحدد، والتوصل لاتفاق الوساطة والذي يدون في محضر يشمل طبقا للمادة 37 مكرر 3 من ق إ ج هوية وعنوان الأطراف، وعرضا وجيزا للأفعال وتاريخ ومكان وقوعها، ومضمون اتفاق الوساطة وأجل تنفيذها، ويوقع المحضر من وكيل الجمهورية وأمين الضبط والأطراف وتسلم نسخة لكل طرف).

إلى جانب الشروط أعلاه يجب أن يتضمن اتفاق الوساطة على الخصوص ما يلي:

✚ إعادة الحال إلى ما كانت عليه، بمعنى أن يقوم الجاني مثلا في جريمة عدم تسليم طفل بتسليمه إلى من له حق الحضانة، أو رد أموال الإرث إذا استولى عليها بطريق الغش.

✚ تعويض مالي نقدي أو عيني بمعنى أن يخير الجاني في جنحة التخريب العمدي لأموال الغير إما بدفع مبلغ مالي للضحية مقابل الأموال المخربة، أو التعويض العيني عن طريق إصلاح الأضرار التي لحقت بممتلكات الضحية.

و يقتصر نطاق الوساطة الجنائية في الجزائر على بعض الجناح المعاقب عليها بالحبس أو بالغرامة، كما تجوز الوساطة في مواد المخالفات، وحدد المشرع هذه الجناح على سبيل الحصر ويمكن تقسيمها لعدة فئات:

✓ الجرائم التي تمس بالشخص واعتباره: وحددها في المادة 37 مكرر 2 من القانون الإجراءات الجزائية الجزائي، وهي جرائم السب المادة 297، القذف المادة 296، جنحة الاعتداء على الحياة الخاصة المادة 303 مكرر، التهديد والأفعال المنصوص عليها في المواد 187، 186، 185، الوشاية الكاذبة المادة 303، ترك الأسرة المادة 330، جريمة الامتناع العمدي عن تقديم مبالغ النفقة 331، عدم تسليم طفل المادة 328، الضرب والجرح غير العمدي المادة 289، الضرب والجرح دون سبق الإصرار والترصد المادة 264 قانون الإجراءات الجزائية الجزائي.

✓ جرائم الأموال: جنحة إصدار شيك بدون رصيد المادة 374، جنحة الاستيلاء على أموال التركة قبل قسمتها المادة 363، الاستيلاء على أموال الشركة المادة 1/363، الاعتداء على الملكية العقارية المادة 386، التخريب والإتلاف العمدي لأموال الغير المادة 407، إتلاف المحاصيل الزراعية والرعي في أملاك الغير المادة 413، استهلاك مأكولات أو مشروبات من خدمات أخرى عن طريق التحايل (الباب الرابع من الكتاب الثالث: الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية).

أما في جرائم الأحداث فإن الوساطة تجوز في الجناح والمخالفات وتستننى من هذا الإجراء الجنائيات طبقا لنص المادة 111 من القانون المتعلق بحماية الطفل¹⁰¹⁸.

3/ الوساطة الجنائية في مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربي

في إطار تنزيل بنود ميثاق إصلاح منظومة العدالة الجنائية، ومن منطلق الوعي بأهمية العدالة الإجرائية والقواعد المسطرية في ضمان النجاعة القضائية، تمت مراجعة قانون المسطرة الجنائية بهدف تحيين نصوصه لتتلاءم ومقتضيات الدستور الجديد وميثاق إصلاح منظومة العدالة وتطعيمها بمختلف المجهودات المعرفية والاجتهادات القضائية والممارسات

1018 نورة بن بو عبد الله، الوساطة الجنائية في القانون الإجراءات الجزائية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية-العدد 10، يناير 2017، ص 134.

الفضلى للمحاكم، من أجل تكوين لجنة موسعة لأجل الاشتغال على إعداد مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية، ضمت هذه اللجنة مجموعة من المسؤولين القضائيين والقضاة بالوزارة ومختلف المحاكم إضافة إلى محامين و مسؤولين من كتابة الضبط وأساتذة جامعين ومفوضين قضائيين عقدت عدة اجتماعات أسفرت عن وضع المسودة الأولى لمشروع قانون التي تم نشرها بموقع الوزارة الإلكتروني، ولقد أسفر ذلك عن تسجيل مجموعة من الملاحظات قامت لجنة الصياغة باعتماد المنتج منها، وبالتالي وضع مسودة قانون يقضي بتغيير وتتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، تضمنت ضمن طياتها مجموعة من المستجدات الهامة التي تشكل ثورة حقوقية في مجال تعزيز ضمانات المحاكمة العادلة و الارتقاء بأداء العدالة الجنائية، وفق ما أقرته المبادئ والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان ودستور المملكة.

ومن بين أهم المستجدات التي جاءت بها مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية تبسيط إجراءات التقاضي و سير الدعوى العمومية أمام المحاكم في إطار العدد الكبير للقضايا المعروضة عليها، بالإضافة إلى ضمان نجاعة آليات العدالة الجنائية وتحديثها، من خلال وضع أساليب أخرى لحل المنازعات الجنائية تتميز ببساطة وسهول الإجراءات، وتبسيط المساطر المنصوص عليها وتجاوز الانتقادات الموجهة إليها.

حيث جاء في المادة 41 من مشروع قانون المسطرة الجنائية المغربي:

(يعتبر الصلح بديلا عن الدعوى العمومية إذا توفرت شروط إقامتها، ولا يمس بقرينة البراءة.

يمكن للمتضرر أو المشتكي به قبل إقامة الدعوى العمومية أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر.

يمكن لوكيل الملك إذا بدت له مؤشرات كافية لإقامة الدعوى العمومية وقبل تحريكها، أن يقترح الصلح على الطرفين ويسعى إلى تحقيقه بينهما أو يمهلها لإجرائه.

كما يمكنه أن يعهد بذلك إلى محامي الطرفين أو وسيط أو أكثر يقترحه الأطراف أو يختاره وكيل الملك.

يمكنه كذلك أن يستعين بالموظفين المكلفين بمهام المساعدة الاجتماعية بخلايا التكفل بالنساء و الأطفال بالمحاكم إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة والأطفال).

يستفاد من خلال تحليل المقتضيات السابقة، توجه المشرع المغربي نحو الانفتاح على رهانات جديدة منها الاعتماد على الوساطة الجنائية، وذلك من خلال ما تضمنته المادة 41 من المشروع التي نصت على إمكانية إجراء الصلح بالوساطة الجنائية، يعد بحق بادرة مهمة من طرف التشريع الجنائي المغربي، الأخذ بنظام الوساطة الجنائية والذي جاء استجابة للعديد من المرجعيات الأساسية في مقدمتها الخطاب الملكي السامي لصاحب الجلالة الملك محمد السادس بمناسبة الذكرى 56 لثورة الملك والشعب في 20 غشت 2009، والمتعلق بإصلاح القضاء والذي أكد من خلاله صاحب الجلالة على تطوير الطرق القضائية البديلة، وكان من بينها هذه الطرق الوساطة والصلح، ويليه التوصيات التي خلص إليها الميثاق الوطني حول إصلاح منظومة العدالة لسنة 2013 والتي أبانت هي الأخرى عن تشجيع اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات من خلال إقرارها بدائل للدعوى العمومية.

لا شك أن تشابك العلاقات الإنسانية وتعقيدها ألقى بظلاله لبروز وجه جديد للعدالة الجنائية ومن ابرز هذه الوجوه هي الوساطة الجنائية، لما لها من أهمية ودور فعال في معالجة الآثار السلبية للجريمة عن طريق وضع حد لحالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة مع نبد مشاعر الكراهية والبغضاء وإيجاد مساحة للنقاش والتحاور بين المتخاصمين، وهو الأمر الذي يساهم في تيسير سير العدالة الاجتماعية، ومساعدتها في إصلاح الجاني وتأهيله وإعادة إدماجه في المجتمع إلى جانب تعويض المجني عليه بما يجبر عنه الضرر، ويتم هذا كله تحت إشراف ورقابة السلطة القضائية صاحبة الاختصاص، ولا يسلب منها اختصاصها الأصيل في سعيها نحو تطبيق مبادئ العدالة الاجتماعية

ويتمثل جوهر الوساطة الجنائية ليس فقط في علاج الآثار النفسية التي تخلفها الجريمة أو مباشرة الإجراءات القضائية، والتي عادة ما تقع على عاتق طرفي الدعوى، بل إضافة ذلك الشعور بالرضا بنظام العدالة الجنائية.

فالوساطة الجنائية هي توجه بديل للإجراء الجنائي العادي في حالات معينة، فالنظام القضائي ليس هو الإجراء الوحيد الذي يجب أن يعالج ظاهرة الجناة المخالفين للقانون في كل الحالات، ففي حالات معينة من الأفضل إجراء حوار ووساطة بين الجناة والمجني عليهم، بهدف التوصل لتصحيح الضرر وتأهيل الجاني وفق تدابير خارج النظام القضائي.

ألهمتنا مختلف النتائج التي استعرضناها أنفا، توصيات واقتراحات، نوجهها إلى المسؤولين عن السياسة التشريعية ببلادنا، لعلها تساهم في إعطاء هذه البديل الدور الذي يجب أن تؤديه كآلية قانونية حديثة في السياسة الجنائية المعاصرة، وذلك على الشكل التالي:

✚ ضرورة التنصيص على نظام الوساطة الجنائية في التشريع الجنائي المغربي لما لهذا النظام من مزايا مهمة لاشك أنها سوف تساهم التخفيف من أزمة العدالة الجنائية المغربية.

✚ وضع الثقة في هذا البديل وتهيئة كل الوسائل المادية والبشرية وتوفير الآليات القانونية الكفيلة لإنجاحه.

✚ نقتح ضرورة توعية المواطنين بمزايا سلوك بدائل الدعوى العمومية ومنها الوساطة الجنائية.

التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة.

المستشار أحمد محمد براك حمد

أستاذ القانون الجنائي المشارك

رئيس هيئة مكافحة الفساد الفلسطينية

الملخص : يعد الفساد في الوقت الحالي بمثابة ظاهرة عالمية، نظراً لأن أثاره السلبية تعتبر عابرةً للحدود، حيث تمتد تلك الآثار لتشمل أكثر من دولة، على نحو يستوجب ضرورة تفعيل التعاون بين الدول، وذلك بغية الوقاية من آفة الفساد ومحاربتها، وهذا ما أكدته الاتفاقيات الدولية والإقليمية الخاصة بمكافحة الفساد، وعلى رأسها الاتفاقية الأممية لعام 2003، حيث كرست تلك الاتفاقيات عدة آليات للتعاون الدولي في مجال محاربة الفساد، وذلك على نحو يشمل التعاون في مجال تسليم المجرمين، والمساعدة القانونية المتبادلة، والتحريات والتحقيقات المشتركة، والتعاون في إطار استرداد الأصول، ونقل الإجراءات الجزائية، ونقل المحكوم عليهم والمتهمين، والتعاون في مجال إنفاذ القانون. وعلى الرغم من التكريس القانوني سابق الذكر، إلا أن التعاون الدولي في مجال محاربة الفساد لا يزال يشهد ركوداً على صعيد الفاعلية التطبيقية؛ لذا، فإنه يتوجب على الدول أن تعمل على تعزيز وتدعيم سبل وآليات التعاون المذكور، ولا يكون ذلك ممكناً إلا من خلال ربط إجراءات مكافحة الفساد بمنظومة حقوق الإنسان الملزمة قانوناً، إذ لا أحد ينكر أن الفساد يؤثر سلباً على حقوق الإنسان، والعكس صحيح، إذ أن المواجهة الفعالة لظاهرة الفساد تؤدي إلى صون حقوق الإنسان وحرياته؛ وبذات الوقت، فإن قيام الدول بتفعيل أدوات التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد يتضمن تلقائياً الوفاء بالالتزامات المنصبة على حماية حقوق الإنسان، بما يضمن عدم انتهاك هذه الأخيرة أو التعدي عليها.

الكلمات المفتاحية : مكافحة الفساد، التعاون الدولي، تسليم المجرمين، المساعدة القانونية المتبادلة، التحريات والتحقيقات المشتركة، استرداد الأصول، نقل الإجراءات الجزائية، نقل المحكوم عليهم والمتهمين، إنفاذ القانون.

Abstract: Corruption is considered a global phenomenon now a days, since its negative impacts are transnational. Accordingly, this requires the necessity of activating the cooperation between the countries in the aim of preventing the scourge of corruption and fighting it. This was actually affirmed by the international and regional conventions related to anti-corruption, on top of them the United Nations Convention against Corruption. Those conventions dedicated number of international cooperation mechanisms in the field of combating corruption in manner to include the cooperation in the field of extradition, the mutual legal assistance, joint investigations and enquiries, the cooperation in the field of asset recovery, transfer of criminal proceedings, transfer of sentenced people and defendants, in addition to the cooperation in law enforcement. Despite of the aforementioned legal dedication, the international cooperation in anti-corruption is still insufficient on the practical level, for this purpose the countries should work on enhancing and supporting the methods and mechanisms of the mentioned cooperation. This cannot be possible without connecting the anti-corruption procedures to the legally-binding human rights system. No one can deny the negative impact of corruption to the human rights and visa-versa. Considering the effective confrontation to the corruption leads to safeguard human rights and freedoms, and at the same time the countries to activate the international cooperation tools in the field of anti-corruption shall automatically contain fulfilling the commitments related to human rights protection in manner, it shall ensure not to be violated or infringed.

Keywords: anti-corruption, international cooperation, extradition, mutual legal assistance, joint investigations and enquiries, criminal proceedings transfer, transfer of sentenced people and defendants, law enforcement.

مقدمة:

أصبحت مخططات الفساد معقدة بشكل متزايد وغالبا ما تنطوي على ارتكاب الأعمال الإجرامية في ولايات قضائية متعددة، وهذا يجعل إنفاذ التشريعات الجزائية يمثل تحديا لجهات إنفاذ القانون، ونتيجة لذلك أصبح التعاون الدولي يتمتع بأهمية حاسمة من أجل التحقيق والملاحقة القضائية البارزة لردع عمليات الفساد، ولعل الشعور بخطورة الفساد لم يعد ينذر باستمرارية مؤسسات الدولة بل والمجتمع ككل ظل هاجسا يؤرق الحكومات بشكل فردي على اعتبار أن الظاهرة أمر داخلي يخص كل دولة بذاتها، ولذا وجب معالجته والتصدي له بأليات وأساليب داخلية، ولكن هذا الشعور تغير مع بداية التسعينات حين أدركت الكثير من الدول أن جرائم الفساد ليست بمنأى عن الجريمة المنظمة والجرائم الاقتصادية والمالية التي هي جرائم عابرة للحدود ومن المؤكد أن العديد من المتورطين بقضايا الفساد يلجئون إلى تحويل مكتسباتهم من جرائم الفساد إلى خارج حدود دولتهم، أو يعملون على إخفائها أو تداولها في سوق العمل من خلال سلسلة من أنشطة غسل الأموال التي تخفي هوية هذه المتحصلات، على نحو يؤدي تحول هذه المتحصلات أو الأصول، أو إيداعها في أرصدة بنكية محصنة.

وقد نتجت عن اتساع دائرة الفساد وعالميته عواقب وخيمة، أعاقت في البلدان الفقيرة، بشكل أو بآخر، خطط التنمية الاقتصادية عن تحقيق غاياتها، وعرقلت جهود الاستثمار فيها، وشوهت سياسة السوق المفتوحة¹⁰¹⁹، وأساءت إلى الإصلاحات المعززة للديمقراطية، وكادت، في أحيان كثيرة، أن تقوض الشرعية السياسية، وهي عواقب تضاعف معاناة المواطنين، في هذه الدول، وتؤدي إلى زعزعة الاستقرار والأمن في شتى مناحيه، إذ لا تقتصر عواقب الفساد على الدول النامية فحسب، بل تمتد بصورة أقل حدة إلى البلدان الغنية، فتخفض من مستوى المعيشة، وتساعد على تفاقم التفاوت في الدخل بفعل الإثراء غير المشروع الناتج عن صور السلوك الفاسد، وتؤدي إلى زيادة النفوذ السياسي لمرتكبه.

فعلى المستوى الدولي، يؤدي الفساد إلى تشويه التجارة الدولية والتدفقات الاستثمارية، ويسهل ارتكاب الجرائم المنظمة العابرة للحدود الإقليمية، وأخصها غسل الأموال الناتجة عن صور بالغة الخطورة من الأنشطة الإجرامية، وكلها أثارت استقرار المجتمعات وأمنها، وتقوض القيم الديمقراطية والأخلاقية، وتعرض التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي على مستوى العالم لأخطار قد يعجز عن مواجهتها إذا تجاوزت حدود السيطرة.

وعليه ووفقاً لما سلف، فإن الفساد تحول من مجرد هاجس وطني وإقليمي إلى قضية سياسية عالمية أدرك العالم خطورتها، وازداد قلقه وتضاعفت مخاوفه إزاء تداعياتها وعواقبها، واستقر في يقينه الحاجة الماسة إلى سياسات فعالة للتصدي لها من خلال تعاون إقليمي ودولي جاد لا يقتصر على الحكومات بل يمتد إلى المنظمات الدولية والإقليمية.

ولقد حظيت مكافحة الفساد باهتمام المنظمات الدولية والإقليمية مؤخراً بشكل كبير، بعد أن تأكد ارتباط الفساد بالعديد من الجرائم. وقد أبرم في هذا الشأن العديد من المعاهدات والاتفاقيات سواء على المستوى الإقليمي أو الدولي لعل أبرزها

¹⁰¹⁹ مضر ياسين سعيد، المواجهة الجنائية لجرائم الفساد في الاتفاقيات الدولية والتشريع الجنائي العراقي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2017، ص. 19.

على الإطلاق "اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد"¹⁰²⁰، التي تعد بمثابة إعلاناً عن إرادة دولية صادقة لمناهضة شاملة للفساد، والتزاماً بتعديل التشريعات الوطنية وفاءً بالالتزامات الدولية التي تفرضه هذه الاتفاقية بتجريم أنشطة وأفعال الفساد كافة، وملاحقة مرتكبيه، وتوقيع الجزاءات الرادعة عليهم، فضلاً عن اتخاذ تدابير المنع والوقاية التي عنيت الاتفاقية ببيانها.

أما على المستوى العربي، فقد فطن مجلس وزراء الداخلية العرب في وقت مبكر لظاهرة الفساد وارتباطها بالجريمة المنظمة، وقد تم بلورة جهود مجلس وزراء الداخلية العرب في خطط و برامج واعدة لمواجهة ظاهرة الفساد تمثلت في اعتماد الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد¹⁰²¹.

إشكالية الدراسة : تتمثل إشكالية الدراسة في وضع تساؤل جامع؛ مانع؛ غير مركب، ألا وهو : **كيف نظم التشريع الدولي والعربي أحكام ووسائل وأدوات التعاون في مجال مكافحة ظاهرة الفساد المؤتممة ؟**

وينبثق عن هذا التساؤل الرئيسي عدة تساؤلات فرعية تتمثل بالآتي ذكره :

- ما هي الجهود الدولية المكرسة في مجال تعزيز التعاون على صعيد محاربة آفة الفساد ؟
- ما هي طبيعة الجهود العربية الداعمة للتعاون في إطار الوقاية من الفساد ومحاربتة ؟
- كيف نظمت التشريعات الدولية والإقليمية العربية وغير العربية وسائل وأدوات التعاون الدولي ؟
- إلى أي مدى يتم التعويل على أدوات ووسائل التعاون الدولي في مجال محاربة الفساد على الصعيد الفلسطيني؟

أهمية الدراسة

• **الأهمية النظرية (العلمية) :** تبرز الأهمية النظرية لموضوع البحث بالنظر لأكثر من جانب، حيث يشكل موضوع التعاون الدولي في مجال محاربة الفساد انعكاساً للتطور الواقع في الميدان السياسي، وذلك نظراً لأن الملاذ الحيوي للتعاون يرتبط بأكثر من دولة، ولعل هذه المسألة هي التي تجعل من موضوع الدراسة يتصل بالميدان السياسي، على اعتبار أن تفعيل أدوات ووسائل التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد يتطلب تعاوناً دولياً بين الوحدات السياسية المختلفة (الدول)¹⁰²²، على نحو يحتك بالمبادئ الأساسية التي يقوم النظام السياسي في تلك الدول، وعلى رأس هذه المبادئ، مبدأ السيادة الداخلية، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فمن المسلم به بأن مسألة إجراء التعاون الدولي تحتكم للاعتبارات السياسية الخاصة بالدول في أغلب الأحيان، حيث يمكن للدولة - تبعاً لمصلحتها السياسية - أن تتذرع بعدم توافق طلب التعاون مع منظومتها القانونية، وهذه المكنة يمكن استنباطها من نصوص الفصل الرابع من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد¹⁰²³.

بالمقابل؛ فإن موضوع الدراسة يمثل انعكاساً للتطور المنصب على الميدان الاقتصادي، وذلك نظراً لإرتباطه بمقومات التنمية، وتحديدًا في نطاق الدولة النامية، التي تعاني من فقر الموارد وهشاشة الإقتصاد، وذلك تبعاً لما تسببه آفة الفساد من

¹⁰²⁰ اعتمدت بواسطة الجمعية العامة للأمم المتحدة في 31 أكتوبر عام 2003، ودخلت حيز النفاذ في 14 ديسمبر عام 2005.

¹⁰²¹ قرار مجلس وزراء الداخلية العرب، رقم (2003/384)، الدورة العشرون.

¹⁰²² Digest of Asset Recovery Cases, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Vienna, August 2015, p. 39 et seq.

¹⁰²³ ينظر في : المواد (44-50) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003م.

آثار مدمرة على صعيد المجتمع والدولة؛ لذا، فإن مسألة تفعيل أدوات ووسائل التعاون الدولي تساهم بشكل أساسي في تجنب التبعات السلبية المذكورة أعلاه، إذ أن تعزيز التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد يؤدي إلى الحد من آفة الفساد ومحاربتها، على نحو يضمن استدامة تدفق الموارد الاقتصادية، ويحقق - في الوقت ذاته - أهداف التنمية المستدامة.

• **الأهمية العملية:** ترجع الأهمية العملية للبحث في موضوع الدراسة إلى سببين رئيسيين، وهما: السبب الأول، أن التطبيق الفعال لمنظومة التعاون الدولي يساهم مساهمة أصيلة في تحقيق أصول السياسة التشريعية الرشيدة في مكافحة الفساد؛ وذلك على اعتبار أن فاعلية وسائل وأدوات التعاون الدولي تؤدي إلى تعزيز منظومة محاربة الفساد، على نحو يتضمن محاسبة الجناة عن أفعالهم المؤثمة، واستعادة الموجودات والأصول المتحصل عليها بفعل جرائم الفساد، بما يضمن التدفق لمقومات النظام الاقتصادي في الدولة¹⁰²⁴، ويساهم - في ذات الوقت - في تحقيق عوامل التنمية والإزدهار، على كافة الأصعدة، بما يعود بالنفع على أفراد المجتمع ومكونات الدولة.

أما السبب الثاني، وهو الأكثر أهمية، إذ كشف الواقع العملي - في أغلب الأحيان - عن هشاشة منظومة التعاون الدولي في مجال محاربة الفساد، وذلك نتيجة عدة أسباب، لعل أبرزها مسألة العقبات التي تواجه تفعيل المنظومة المذكورة، على نحو يشمل غالبية أدوات ووسائل التعاون الدولي. فعلى سبيل المثال لا الحصر، تواجه منظومة التعاون الدولي في مجال استرداد الموجودات عدة عقبات تهدد فاعليتها، حيث تتمحور تلك العقبات حول ضعف أنظمة الرقابة المصرفية، وعدم جدية إجراءات تجميد الممتلكات في الدولة المضيفة، وكذلك القصور التشريعي في القواعد الناظمة للاسترداد في دولة المنشأ، وإحباط جهود إعادة الأموال المنهوبة من قبل المتنفذين في هذه الأخيرة، وأيضاً عدم رغبة الدول المضيفة في إعادة الأموال المنهوبة إلى البلد المنشأ، وذلك بفعل عدة اعتبارات، هي في غالبيتها سياسية، مع عدم إغفال الاعتبارات الاقتصادية، على اعتبار أن تلك الأموال أو العائدات الجرمية ستصبح - بشكل أو بآخر - جزءاً من اقتصاد الدولة المضيفة¹⁰²⁵.

وأخيراً، فإن مسألة اشتراط ازدواجية التجريم (dual criminality) تعد من قبيل العقبات التي تعيق فاعلية منظومة التعاون الدولي في مجال محاربة الفساد، إذ تشترط بعض الدول لغايات التعاون الدولي ضرورة أن يكون فعل الفساد المستوجب لإجراء التعاون مجرمًا بموجب قانونها الداخلي؛ ويعني ذلك، عدم الاكتفاء بأن يكون ذلك الفعل مؤثماً بموجب قانون الدولة طالبة للتعاون فحسب، بل ضرورة أن يكون الفعل خاضعاً لإزدواجية التجريم، على نحو يشمل الدولة طالبة التعاون والدولة المطلوب إليها على حد سواء¹⁰²⁶، وقد وضعت اتفاقية الأمم لمكافحة الفساد أساساً قانونياً للتخفيف من وطأة شرط ازدواجية التجريم، حيث نصت المادة (2/43) من الاتفاقية المذكورة على أن " في مسائل التعاون الدولي، كلما اشترط

¹⁰²⁴ Wodage, W. Burdens and standards of proof in possession of unexplained property prosecutions. Mizan Law Review, 8(1), (2014), p. 13.

¹⁰²⁵ Oni, B. Restitution and repatriation of stolen funds in Nigeria: An examination of international legal impediments. US-China Law Review, 14(8), (2017), p. 559 et seq.

¹⁰²⁶ Smith, J & others. The Recovery of stolen assets: A Fundamental Principle of the UN Convention against Corruption, U4 BRIEF, (2), February 2007, p 3. Available at :

<https://www.u4.no/publications/the-recovery-of-stolen-assets-a-fundamental-principle-of-the-un-convention-against-corruption.pdf>, viewed on 28- 3-2020, 1:30 Am.

توافر ازدواجية التجريم وجب اعتبار ذلك الشرط مستوفى بصرف النظر عما إذا كانت قوانين الدولة الطرف متلقية الطلب تدرج الجرم المعني ضمن نفس فئة الجرائم التي تدرجه فيها الدولة الطرف طالبة أو تستخدم في تسميته نفس المصطلح الذي تستخدمه الدولة الطرف طالبة، إذا كان السلوك الذي يقوم عليه الجرم الذي تلمس بشأنه المساعدة يعتبر فعلاً إجرامياً في قوانين كلتا الدولتين الطرفين¹⁰²⁷.

أهداف الدراسة: تهدف الدراسة إلى محاولة ترسيخ الأسس السليمة لمنظومة التعاون الدولي في مجال محاربة الفساد، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال الآتي ذكره:

- 1- التعريف الجهود الدولية المبذولة في إطار تعزيز التعاون على صعيد محاربة آفة الفساد، ويشمل ذلك البحث في الاتفاقيات والمعاهدات والمبادرات الدولية والإقليمية غير العربية المكرسة لوسائل وأدوات التعاون المذكور.
- 2- التطرق إلى الجهود العربية الداعمة للتعاون الدولي في مجال مكافحة ظاهرة الفساد.
- 3- البحث في وسائل وأدوات التعاون الدولي المتعلق بمناهضة آفة الفساد، مع التركيز على النصوص الناظمة لتلك الآليات في الاتفاقية الدولية والعربية والأمريكية والأفريقية والأوروبية لمكافحة الفساد.
- 4- الوقوف على الواقع الفلسطيني من منظور التعويل على أدوات التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد، والبحث كذلك في العقبات التي تواجه تفعيل منظومة التعاون المذكورة.

منهجية الدراسة: تعتمد الدراسة - في مجال معالجتها لموضوع البحث - على أكثر من منهج في آن واحد، حيث تعول الأولى على المنهج التأصيلي، وكذلك المنهج التحليلي، وأخيراً المنهج المقارن، وتحديداً المقارنة الأفقية؛ تجنباً للتكرار.

خطة الدراسة:

في ظل الإمعان بالأهمية التي تعبر عنها الدراسة، ولتحقيق الأهداف المرجوة منها، وفي إطار الإجابة على الإشكالية الرئيسية التي فرضتها، وسعيًا للبحث في مدى تطابق فرضيات الدراسة مع نتائجها، فقد قمنا بتقسيم الدراسة وفق الترتيب المنهجي إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول: الإطار القانوني للتعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد
- المبحث الثاني: الإطار الإجرائي للتعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد

المبحث الأول

الإطار القانوني للتعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد

تعد أهمية المساعدة القانونية المتبادلة فيما يتعلق بالقضايا الجزائية أهم السبل لمحاربة المجرمين في ظل انتهاكهم حدود الدولة لدولة أخرى لسعيهم لتهرب الأموال والتهرب من المساءلة الجزائية جراء اقترافهم الفعل المجرم احد وسائل التعاون الدولي، إذ إن الجريمة الدولية تتخطى الحدود الوطنية بشكل متسارع، وهو ما جعل التعاون الدولي حتمية للتصدي لها، وقد أسهمت الاتفاقيات الدولية والتشريعات المحلية بوضع عدد لا بأس به من آليات التعاون ولقد كانت الخطوات الأولى في الحقيقة عبارة عن مبادرات متفرقة بشكل إقليمي توجت في الأخير باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي وقفت على بيان مجالات التعاون بجلاء في بابها الرابع. وأنشأت البلدان أدوات جديدة لتبادل المعلومات

¹⁰²⁷ المادة (2/43) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003م.

المتعلقة بالقضايا الجزائية عبر الحدود، وقد تم تضمين بعض هذه الأدوات في المعاهدات الدولية - سواء على أساس متعدد الأطراف أو ثنائي.

ويتمثل الأساس القانوني للتعاون القضائي الدولي في مجال مكافحة الفساد بالنظام القانوني الداخلي للدولة الطرف في الاتفاقية بما يشمل هذا النظام من التشريعات الداخلية للدولة وقد ترتبط به عبر اتفاقيات ثنائية وهو ما يعتبر إعلاءً لمفهوم السيادة التشريعية الوطنية، وقد أشارت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلى ذلك في أكثر من موضع¹⁰²⁸، ناهيك عن الإشارة التي أوردتها النصوص الواردة في الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد سواء فيما يتعلق بالمساعدة القانونية المتبادلة أو تسليم المجرمين وغيرها من الوسائل.

ويعتبر التعاون الدولي ضرورة عملية اقتضتها سهولة ارتكاب الجريمة خارج حدود إقليم الدولة ومصلحة مشتركة للدول، ذلك أن الجرائم المستحدثة لا سيما العابرة للحدود الوطنية تُعدّ تحد كبير للأسرة الدولية، فلا سبيل لمكافحتها إلا من خلال التعاون الدولي وفق منهج قانوني منظم، وتعددت آليات وأدوات التعاون الدولي في المسائل الجنائية، ومن أبرزها¹⁰²⁹

- تسليم المجرمين.
 - المساعدة القانونية المتبادلة.
 - نقل الإجراءات الجنائية.
 - نقل المحكوم عليهم.
 - تجريد وحجز ومصادرة الأموال المتحصلة عن الجرائم.
 - تبادل المعلومات بين أجهزة إنفاذ القانون (التعاون الأمني والاستخباراتي).
- ويهدف التعاون الدولي في المسائل الجزائية، إلى سرعة جمع المعلومات والأدلة خوفاً من ضياعها، وتبسيط الإجراءات وتذليل الصعوبات وصولاً للملاحقة وتعقب وضبط ومحاكمة مرتكبي الجرائم وضمان عدم إفلاتهم من العقاب، بالإضافة إلى ضبط متحصلات الجرائم وعائداتها، فهو ضرورة عملية اقتضتها سهولة ملاحقة مرتكب الجريمة خارج حدود إقليم الدولة ومصلحة مشتركة للدول، وهو بذلك يمثل آلية رئيسية للتصدي للجريمة بمختلف أنواعها وأبعادها، وخاصة المنظمة منها على غرار الفساد والإرهاب والاتجار غير المشروع بالأسلحة والمخدرات والأشخاص وغسل الأموال، وغير ذلك من الجرائم التي يرتكبها اليوم أشخاص أو مجموعات أو تنظيمات إجرامية.
- وللوقوف على فحوى هذا البحث من الدراسة سنقوم بمشيئة الله بتقسيمه إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:
- المطلب الأول: الجهود الدولية لتعزيز التعاون في مجال مكافحة الفساد.**
- المطلب الثاني: الجهود العربية لتدعيم التعاون في إطار مكافحة الفساد.**

¹⁰²⁸ سليمان عبد المنعم، الجوانب الموضوعية والإجرائية في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2015، ص.145.

¹⁰²⁹ ناصر السلامات، الدليل التطبيقي بشأن التعاون الدولي في المسائل الجنائية لمسؤولي العدالة الجنائية وإنفاذ القانون، منشورات مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الأردن، 2017، ص. 10.

المطلب الأول

الجهود الدولية لتعزيز التعاون في مجال مكافحة الفساد

ترتب على تنامي ظاهرة الفساد وما ينجم عنها من أضرار بالغة، تنبّه المجتمع الدولي إلى ضرورة التكاتف والتعاون واتخاذ الإجراءات اللازمة للحد من هذه الظاهرة، إذ أنه وأمام تزايد مخاطر وتأثيرات جرائم الفساد على اقتصاديات الدول ورفاهية الشعوب، أصبح لزاماً وضع حد لهذه الجرائم، وذلك عن طريق بذل جهود متواصلة من مختلف الجوانب لمحاصرة الجريمة دولياً وعلى المستوى الوطني¹⁰³⁰.

وقد ترجمت الجهود الدولية للتعاون الدولي بظهور عدة اتفاقيات ومبادرات عالجت موضوع مكافحة الفساد بشكل عام، والتعاون الدولي بشكل خاص، بيد أن فاعلية تلك الاتفاقيات والمبادرات ضلت محدودة نوعاً ما، وذلك نتيجة عدة معوقات، لعل أبرزها مسألة سيادة الدول، إذ أن هذه الأخيرة هي التي تجعل تنفيذ المساعدة القانونية وكافة صور التعاون القضائي غير ملزمة للدولة المطلوب إليها، حيث تكون مخيرة بين التنفيذ أو الرفض، ويستند ذلك في معظم الحالات إلى حسن وقوة العلاقات الكائنة بين الدولتين المنبئة والمنابة.

ويستند الأساس القانوني للتعاون الدولي؛ إما على الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها، وإما يتم وفقاً للمعاملة الدولية أو المعاملة بالمثل، مع الأخذ بعين الاعتبار أن تنفيذ صور التعاون الدولي يتصف بعدم الإلزامية بناءً على مبدأ المعاملة الدولية "مبدأ المعاملة بالمثل" بحسب الأفكار التقليدية لغالب الفقه، وذلك على اعتبار أن كل دولة لها أن تمارس سيادة مطلقة على إقليمها، وبالتالي أي دولة غير ملزمة بان تجيب سلطة قضائية أجنبية فيما تطلبه منها بشأن إتخاذ إجراء معين من إجراءات التحقيق أو غيره متى لم يكن ثمة اتفاق دولي ثنائي أو متعدد الأطراف يلزمها بهذا التعاون¹⁰³¹.

وانطلاقاً من كون الفساد يمثل عقبة أمام التنمية وأن له مضاعفات محلية ودولية خطيرة، فقد ذهبت هيئة الأمم المتحدة إلى اعتماد الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد، وقد أكدت هذه الأخيرة على ضرورة التعاضد بين الدول في مجال مكافحة الفساد، حيث خصصت الباب الرابع منها لموضوع التعاون الدولي، دون إهمال الإشارة إلى هذا التعاون عبر كامل أجزاء الاتفاقية¹⁰³². وبالرغم من أن مجالات التعاون غير محصورة، إلا أن الاتفاقية حاولت أن تركز على مجموعة من المجالات، وذلك انطلاقاً من المادة (44) إلى المادة (50) منها¹⁰³³، وهو ما أشارت إليه الاتفاقية حيث جاء فيها: (تتعاون الدول الأطراف

¹⁰³⁰ هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص. 322.

¹⁰³¹ صالح عبد الله محمد راشد الواراد، الإنابة القضائية في قانون الإجراءات الجنائية القطري، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة قطر، 2017، ص. 17.

¹⁰³² تامري عمر، التعاون الدولي في مكافحة الفساد، بحث متوافر على الرابط الإلكتروني التالي:-

<https://dspace.univadrar.dz/jspui/bitstream/123456789/1865/1/%D9%85%D8%AF%D8%A7%D8%AE%D9%4%D8%A9%20%D9%83%D8%A7%D9%85%D9%84%D8%A9%20%D8%A3.%20%D8%AB%D8%A7%D9%85%D8%B1%D9%8A.pdf>

تمت زيارة الموقع في 2020/4/3، الساعة 1:01 صباحاً.

¹⁰³³ الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، ط.2، 2012، ص.143.

في المسائل الجنائية وفقاً للمواد 44 إلى 50 من هذه الاتفاقية، وتتنظر الدول حينما كان ذلك مناسباً ومتسقاً مع المسائل المدنية والإدارية ذات الصلة بالفساد¹⁰³⁴.

وبنظرة متفحصة للفصل الخاص بالتعاون الدولي الوارد في الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد، نجد بأنه قد جاء على ذكر وسائل واليات التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد، وهذه الأخيرة هي: تسليم المجرمين، نقل الأشخاص المحكوم عليهم، المساعدة القانونية المتبادلة، نقل الإجراءات الجزائية، التعاون في مجال إنفاذ القانون، التحقيقات المشتركة، أساليب التحري الخاصة، وهناك أيضاً التعاون لأغراض المصادرة والاسترداد الوارد ضمن الفصل الخامس من الاتفاقية المذكورة¹⁰³⁵.

وتقدم اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وسيلة فعالة لتعزيز التعاون الدولي في مجال محاربة الفساد، والحديث عنا عن مؤتمر الدول الأطراف، حيث تنص الاتفاقية المذكورة على أن " يُنشأ بمقتضى- هذا الصك مؤتمر للدول الأطراف في الاتفاقية من أجل تحسين قدرة الدول الأطراف وتعاونها على تحقيق الأهداف المبينة في هذه الاتفاقية ومن أجل تشجيع تنفيذها واستعراضه"¹⁰³⁶. ويهدف المؤتمر المذكور إلى تدعيم التعاون بين الدول الأطراف، وذلك على نحو يشمل تبادل الخبرات، والمعلومات، وتقديم المساعدة القانونية والتقنية، وذلك على اعتبار المؤتمر يتضمن عرضاً لتجارب الدول في مجال مكافحة الفساد، على نحو يمكن معه الاستفادة من تلك التجارب والممارسات، وهذا ما يمكن استنباطه مما نصت عليه المادة (63) من الاتفاقية الأممية، حيث أكدت الأخيرة على أن " تقوم كل دولة طرف بتزويد مؤتمر الدول الأطراف بمعلومات عن برامجها وخططها وممارساتها وكذلك عن تدابيرها التشريعية والإدارية الرامية إلى تنفيذ هذه الاتفاقية، حسبما يقضي به مؤتمر الأطراف. وينظر مؤتمر الدول الأطراف في أنجع السبل لتلقي المعلومات واتخاذ الإجراءات المبينة عليها، بما في ذلك المعلومات المتلقاة من الدول الأطراف ومن المنظمات الدولية. ويجوز للمؤتمر أيضاً أن ينظر في المساهمات المتلقاة من المنظمات غير الحكومية ذات الصلة، المعتمدة حسب الأصول وفقاً للإجراءات التي يقرها المؤتمر"¹⁰³⁷.

وإذا كان الفصل الرابع من الاتفاقية الأممية يمثل الأساس القانوني للتعاون الدولي في إطار محاربة الفساد، فإن هذا الأخير لا يعتبر الوحيد الذي يسعى لتكريس مبادئ واليات التعاون الدولي في مجال مكافحة آفة الفساد؛ لذا، فإنه لا ضير من الإشارة لبعض الاتفاقيات الدولية والإقليمية غير العربية، وتحديداً تلك التي تعنى بتعزيز وتدعيم نظم التعاون الدولي الهادفة للوقاية من الفساد ومحاربه، وهي على النحو الآتي ذكره:

1- الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين لعام 1957: اعتمدت الجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا في دورتها السابعة والثلاثين، وتحديداً في 8 كانون الأول / ديسمبر 1951، التوصية رقم (16/51) بشأن "التدابير التحضيرية الواجب

¹⁰³⁴ للمزيد ينظر في: المادة (1/43) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

¹⁰³⁵ للمزيد ينظر في: المادة (55) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

¹⁰³⁶ المادة (1/63) من نفس الاتفاقية.

¹⁰³⁷ المادة (6/63) من نفس الاتفاقية.

اتخاذها لإبرام اتفاقية أوروبية بخصوص تسليم المجرمين¹⁰³⁸، وقد بقيت الاتفاقية المذكورة في طور التحضير إلى أن تم اعتمادها في باريس، وذلك في 13 ديسمبر من العام 1957.

وتعتبر الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين من أوائل المعاهدات المكرسة في مجال التعاون الدولي على صعيد المسائل الجزائية، وأطراف الاتفاقية هم أعضاء في مجلس أوروبا، وهي تطبق على حيثية تسليم الجناة في قضايا الفساد، وذلك بالاستناد على موادها الناظمة لإجراءات التسليم، حيث تشمل الاتفاقية المذكورة على ما يقارب 32 مادة، إذ تبين تلك المواد مفهوم الالتزام بتسليم المجرمين، وحالاته، وشروطه، وإجراءاته، وموانعه، وكل المسائل الموضوعية والشكلية والإجرائية المتعلقة بالتعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين¹⁰³⁹.

2- الاتفاقية الأوروبية بشأن المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية لعام 1959 : تعتبر المساعدة القانونية المتبادلة من أبرز أشكال التعاون الدولي في الأمور الجزائية، ومن ضمنها قضايا الفساد؛ لذا، فقد عمد مجلس أوروبا إلى اعتماد هذه الاتفاقية، وتحديدًا بتاريخ 20 أبريل 1959، في مدينة ستراسبورغ. وقد جاء في ديباجة الاتفاقية المذكورة أن " الحكومات الموقعة على الاتفاقية، كونها أعضاء في مجلس أوروبا، تعتبر أن هدف المجلس هو تحقيق أكبر قدر من الوحدة بين أعضائه؛ وبذات الوقت فإن المجلس يؤمن بأن اعتماد قواعد مشتركة في مجال المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية سيساهم في تحقيق الوحدة المنشودة..."¹⁰⁴⁰.

أما المادة (1) من الاتفاقية المذكورة، فقد أكدت على مبدأ التعاون الدولي في مجال المساعدة القانونية المتبادلة، حيث جاء فيها بأنه " تتعهد الأطراف المتعاقدة بأن توفر لبعضها البعض، وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، أكبر قدر من المساعدة المتبادلة في الإجراءات المتعلقة بالجرائم التي تقع وقت طلب المساعدة ضمن الولاية القضائية لسلطات القضائية للطرف الطالب"¹⁰⁴¹.

3- اتفاقيات التعاون الدولي في التحقيقات والملاحقات الجنائية بين الدول الأعضاء في منظمة التعاون الاقتصادي في منطقة البحر الأسود (BSEC)، والمؤسسة في العام 1992 : دخل ميثاق هذه المنظمة حيز التنفيذ بتاريخ 1 مايو 1999،

¹⁰³⁸ European Convention on Extradition, Explanatory Report, COETSER(2), (13 December 1957), Available at :

<http://www.worldlii.org/int/other/treaties/COETSER/1957/2.html>, Viewed on 20-4-2020, At 1:50 Pm.

¹⁰³⁹ للمزيد حول نصوص الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين لعام 1957 ينظر في :

European Convention on Extradition, (ETS No. 24), Paris, 13.XII.1957, Available at :

<https://rm.coe.int/1680064587>, Viewed on 20-4-2020, At 1:57 Pm.

¹⁰⁴⁰ تشمل الاتفاقية الأوروبية بشأن المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية على ما يقارب 30 مادة، للمزيد حول تلك النصوص ينظر في :

European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, (ETS No.30), Strasbourg, 20.IV.1959, Available at :

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800656ce>,

Viewed on 20-4-2020, At 1:24 Pm.

¹⁰⁴¹ European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, supra note, art. 1.

وهي تضم في عضويتها عدة أطراف، ألا وهي: ألبانيا، أرمينيا، أذربيجان، بلغاريا، جورجيا، اليونان، مولدوفا، رومانيا، روسيا، صربيا، تركيا وأوكرانيا.

وتهدف المنظمة إلى تعزيز التعاون بين الدول الأطراف في عدة مجالات، ومن ضمن هذه الأخيرة مجال مكافحة الجريمة، وعلى وجه التحديد الجريمة المنظمة، بما يشمل جرائم الاتجار بالبشر- والمخدرات والأسلحة والمواد المشعة، وجرائم الفساد، وتهريب السيارات، والجرائم السيبرانية، وكذلك الجرائم المنصبة على غسل الأموال والأنشطة المالية غير المشروعة.

وتتعدد الوثائق المكرسة للتعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة على صعيد المنظمة المذكورة¹⁰⁴²، ومن ضمنها الآتي ذكره :

- اتفاق حكومات الدول الأطراف في منظمة التعاون الاقتصادي في منطقة البحر الأسود بشأن التعاون في مكافحة الجريمة، وتحديدًا في أشكالها المنظمة (كورفو، 1998).
- البروتوكول الإضافي للاتفاق بين حكومات الدول الأطراف في منظمة التعاون الاقتصادي في منطقة البحر الأسود بشأن التعاون في مكافحة الجريمة، ولا سيما في أشكالها المنظمة (كيبف، 2002).
- البروتوكول الإضافي المتعلق بمكافحة الإرهاب الملحق بالاتفاق بين حكومات الدول الأطراف في منظمة التعاون الاقتصادي في منطقة البحر الأسود بشأن التعاون في مكافحة الجريمة، وعلى وجه الخصوص الجريمة المنظمة (أثينا، 2004).

4- اتفاقية مينسك (The Minsk Convention) بشأن المساعدة القانونية والعلاقات القانونية في المسائل المدنية والأسرية والجنائية لعام 1993 : وقعت هذه الاتفاقية في مدينة مينسك، بتاريخ 22 يناير من العام 1993، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 19 مايو من العام 1994. وتضم الاتفاقية المذكورة مجموعة دول، ألا وهي: أرمينيا، روسيا البيضاء، كازاخستان، قيرغيزستان، مولدوفا، الاتحاد الروسي، تركمانستان، طاجيكستان، أوكرانيا وأوزبكستان. وتنظم نصوص الاتفاقية أحكام التعاون الدولي في عدة مجالات، ومن ضمنها المجال الجزائي، على نحو يشمل قضايا الفساد، إذ تحدد الأولى قواعد التعاون القانوني بين محاكم الدول الأعضاء في القضايا المدنية والأسرية والجنائية، وعلى وجه الخصوص، تلك القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي لمحاكم الدول الأعضاء، والاعتراف بالأحكام المحاكم الأجنبية وإنفاذها، وقواعد تنازع القوانين¹⁰⁴³.

¹⁰⁴² للمزيد حول الوثائق المذكورة ينظر في :

Black Sea Economic Cooperation Organization (BSEC), official website, Crime Prevention, Available at : <http://www.bsec-organization.org/areas-of-cooperation/combating-crime>, Viewed on 21-4-2020, At 4:10 Am.

¹⁰⁴³ تشتمل اتفاقية مينسك على ما يقارب 87 مادة، للمزيد حول تلك النصوص ينظر في :

The Convention on Legal Assistance and Legal Arrangements in Civil, Family and Criminal Matters (The Minsk Convention), Available at : <http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2017/02/Minsk-Convention-on-Legal-Assistance-and-Legal-Relations-in-Civil-Family-and-Criminal-Matters-english.pdf>, Viewed on 21-4-2020, At 3:50 Am.

5- اتفاقية الدول الأمريكية لمكافحة الفساد لعام 1996 : وقعت هذه الاتفاقية بتاريخ 29 مارس 1996، ودخلت حيز التنفيذ في العام 1997، وهي تضم 33 دولة حالياً. وتشتمل الاتفاقية المذكورة على ما يقارب 28 مادة¹⁰⁴⁴، وقد أكدت الأولى على أهمية تعزيز التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد، إذ نجدها تصرح ضمن ديباجتها بأن "... الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية... إذ تدرك أن للفساد، في بعض الحالات، أبعاداً دولية تتطلب اتخاذ إجراءات عملية من جانب الدول لمكافحة بفعالية؛ واقتناعاً منها بضرورة التعجيل باعتماد صك دولي لتعزيز وتيسير التعاون الدولي في مكافحة الفساد، وخصوصاً في اتخاذ الإجراءات المناسبة ضد الأشخاص الذين يرتكبون أفعال الفساد في مجال أداء الوظائف العامة... وكذلك التدابير المناسبة فيما يتعلق بعائدات هذه الأفعال..."¹⁰⁴⁵.

وقد نظمت الاتفاقية المذكورة أحكام التعاون الدولي ضمن نصوصها، حيث أشارت إلى جملة من الموضوعات المتصلة بهذا الأخير، وهي على النحو الآتي :

- تسليم المجرمين¹⁰⁴⁶.
- المساعدة القانونية المتبادلة والتعاون في مجال الإجراءات، والتحريات، وتبادل الخبرات، والتعاون التقني¹⁰⁴⁷.
- السلطات المركزية المختصة بأغراض التعاون والمساعدة في الدول الأطراف¹⁰⁴⁸.
- السرية المصرفية وعلاقتها بالتعاون الدولي¹⁰⁴⁹.

6- اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية لعام 1997 : اعتمدت هذه الاتفاقية بتاريخ 21 نوفمبر من العام 1997، حيث تشتمل على ما يقارب 17 مادة¹⁰⁵⁰، وقد تطرقت الاتفاقية المذكورة إلى موضوع التعاون في أكثر من موقع، إذ أكدت على ضرورة تعزيز المساعدة القانونية المتبادلة¹⁰⁵¹، وتدعيم إجراءات تسليم

¹⁰⁴⁴ للاطلاع على نصوص الاتفاقية ينظر في :

Inter-American Convention against Corruption, (B-58), Adopted at the third plenary session, held on March 29, 1996, Available at :

http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf, Viewed on 21-4-2020, At 6:10 Am.

¹⁰⁴⁵ Inter-American Convention against Corruption, Preamble, supra note.

¹⁰⁴⁶ Inter-American Convention against Corruption, supra note, art. 13.

¹⁰⁴⁷ Supra note, art. 14.

¹⁰⁴⁸ Supra note, art. 18.

¹⁰⁴⁹ Supra note, art. (17/1).

¹⁰⁵⁰ للمزيد حول نصوص الاتفاقية ينظر في :

Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Adopted by the Negotiating Conference on 21 November 1997, Available at : https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf, Viewed on 21-4-2020, At 5:00 Am.

¹⁰⁵¹ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, supra note, art. 9.

المجرمين¹⁰⁵²، إضافة حتمية قيام الدول الأطراف بتسمية السلطات الوطنية المختصة في مجال تنفيذ إجراءات التعاون، وتحديدًا تلك المنصبة على المساعدة القانونية المتبادلة وتسليم المجرمين¹⁰⁵³.

7- اتفاقية مجلس أوروبا للقانون الجنائي بشأن الفساد لعام 1999 : اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل مجلس أوروبا بتاريخ

27 يناير من العام 1999، وذلك في مدينة ستراسبورغ، وتشتمل الاتفاقية المذكورة على ما يقارب 42 مادة¹⁰⁵⁴، وقد نظمت الأولى موضوعات التعاون الدولي ضمن الفصل الرابع منها، وذلك على النحو الآتي :

- المبادئ والتدابير العامة للتعاون الدولي¹⁰⁵⁵.
- المساعدة المتبادلة¹⁰⁵⁶.
- تسليم المجرمين¹⁰⁵⁷.
- تبادل المعلومات¹⁰⁵⁸.
- السلطة المركزية في الدول الأطراف¹⁰⁵⁹.
- التعاون بواسطة الاتصال المباشر¹⁰⁶⁰.
- واجب الإبلاغ بالمعلومات¹⁰⁶¹.

8- اتفاقية مجلس أوروبا للقانون المدني بشأن الفساد لعام 1999 : اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل مجلس أوروبا بتاريخ

نوفمبر من العام 1999، وذلك في مدينة ستراسبورغ، وتشتمل الاتفاقية المذكورة على ما يقارب 23 مادة¹⁰⁶²، وقد نظمت الأولى موضوعات التعاون الدولي ضمن المادة 13 منها، حيث تنص تلك المادة على " يتعاون الأطراف بشكل فعال في المسائل المتعلقة بالإجراءات المدنية في قضايا الفساد، وخاصة فيما يتعلق بخدمة تقديم المستندات أو الوثائق، والحصول على الأدلة من الخارج، والولاية القضائية والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتكاليف التقاضي وإنفاذها، وذلك

¹⁰⁵²Supra note, art. 10.

¹⁰⁵³ Supra note, art. 11.

¹⁰⁵⁴ للمزيد حول هذه المواد ينظر في :

Criminal Law Convention on Corruption, The Council of Europe, ETS 173 ,Strasbourg, 27.1.1999, Available at :

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f3f5>, Viewed on 21-4-2020, At 1:24 Am.

¹⁰⁵⁵ Criminal Law Convention on Corruption, The Council of Europe, supra note, art. 25.

¹⁰⁵⁶ Supra note, art. 26.

¹⁰⁵⁷ Supra note, art. 27.

¹⁰⁵⁸ Supra note, art. 28.

¹⁰⁵⁹ Supra note, art. 29.

¹⁰⁶⁰ Supra note, art. 30.

¹⁰⁶¹ Supra note, art. 31.

¹⁰⁶² للمزيد حول تلك النصوص ينظر في :

Civil Law Convention on Corruption, The Council of Europe, No. 174, Strasbourg, 4.XI.1999, Available at :

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f3f6>, Viewed on 21-4-2020, At 1:43 Am.

وفقاً لأحكام الصكوك الدولية ذات الصلة، والمتعلقة بالتعاون الدولي في المسائل المدنية والتجارية، وتحديدًا الصكوك التي يكون أعضاء مجلس أوروبا أطرافاً فيها، وكذلك يعول على القانون الداخلي للدول الأطراف في هذه الاتفاقية¹⁰⁶³.

9- اتفاقية الاتحاد الأوروبي بشأن المساعدة القانونية المتبادلة في المسائل الجنائية لعام 2000 : جاءت هذه الاتفاقية من أجل استكمال وتميم الاتفاقيات الأوروبية السابقة، وهذه الأخيرة هي : الاتفاقية الأوروبية بشأن المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية المؤرخة في 20 نيسان / أبريل 1959، البروتوكول الإضافي المؤرخ في 17 آذار / مارس 1978، والمتعلق باتفاقية المساعدة الأوروبية المتبادلة، والأحكام المتعلقة بالمساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية الواردة في اتفاقية 19 يونيو 1990 المنفذة لاتفاق شنغن المؤرخ في 14 يونيو 1985، وكذلك الأحكام الواردة في سياق العلاقات بين الدول الأعضاء في اتحاد بنلوكس الاقتصادي¹⁰⁶⁴.

وتشتمل الاتفاقية المذكورة على ما يقارب 30 مادة¹⁰⁶⁵، حيث وضحت هذه الأخيرة الأحكام العامة للاتفاقية، وتحديدًا في المواد (7-1)، وكذلك نماذج وطلبات المساعدة القانونية المتبادلة، وذلك في المواد (8-16)، وأيضاً بينت الاتفاقية المسائل المتعلقة باعتراض الاتصالات السلكية واللاسلكية في مجال المساعدة القانونية، وعلى وجه الخصوص في المواد (17-22)، وقد جاءت الاتفاقية - في المادة (23) - على تفصيل القواعد المتصلة بحماية البيانات الشخصية، وأخيراً، فقد تحدثت الاتفاقية في المواد (24-30) عن الأحكام الختامية للاتفاقية.

10- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000 : اعتمدت هذه الاتفاقية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/55، الصادر بتاريخ 15 نوفمبر من العام 2005. وتشتمل الاتفاقية المذكورة على ما يقارب 41 مادة¹⁰⁶⁶، وقد أشارت الأولى إلى موضوعات التعاون الدولي في أكثر مواقع، حيث أكدت على ضرورة تعزيز

¹⁰⁶³ Civil Law Convention on Corruption, The Council of Europe, supra note, art. 13.

¹⁰⁶⁴ The EU Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters of 2000, Official Journal of the European Communities, C 197/3, 12.7.2000, art. (1-1). Available at :

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:EN:PDF>, Viewed on 21-4-2020, At 3:24 Am.

تجدر الإشارة إلى أن المادة (2/1) من اتفاقية الاتحاد الأوروبي المذكورة تنص على أن " لا تؤثر هذه الاتفاقية على تطبيق الأحكام الأكثر ملاءمة المنصوص عليها في الاتفاقات الثنائية أو متعددة الأطراف بين الدول الأعضاء ، أو على الترتيبات المنصوص عليها في المادة 26 (4) من الاتفاقية الأوروبية للمساعدة المتبادلة، وتحديدًا تلك المتعلقة بمجال المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية المتفق عليها على أساس تشريع موحد أو نظام خاص ينص على التطبيق المتبادل لتدابير المساعدة المتبادلة ...".

¹⁰⁶⁵ للمزيد حول هذه المواد ينظر في :

The EU Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters of 2000, supra note.

¹⁰⁶⁶ للمزيد حول نصوص الاتفاقية ينظر في : قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/55، الصادر بتاريخ 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000، بشأن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، منشورات المكتب المعني بالمخدرات والجريمة، نيويورك، 2004، ص. 1 وما بعدها.

التعاون الدولي في مجال المصادرة والاسترداد¹⁰⁶⁷، وتسليم المجرمين¹⁰⁶⁸، ونقل الأشخاص المحكوم عليهم¹⁰⁶⁹، والمساعدة القانونية المتبادلة¹⁰⁷⁰، والتحقيقات والتحريرات المشتركة ونقل الإجراءات الجزائية¹⁰⁷¹، وكذلك التعاون في مجال إنفاذ القانون¹⁰⁷²، والتدريب وتبادل الخبرات والمعلومات¹⁰⁷³، وغير ذلك من المجالات.

11 - اتفاقيات التعاون الدولي المكرسة في نطاق منظمة الديمقراطية والتنمية الاقتصادية (GUAM)، والمؤسسة في العام 2001: تتكون هذه المنظمة من أربعة دول، ألا وهي: جورجيا، أوكرانيا، أذربيجان ومولدوفا. وقد بدأت المنظمة المذكورة كملتقى استشاري في العام 1997، ولاحقاً تم تأسيسها كمنظمة مستقلة، وتحديداً في العام 2001، وقد أعيد تنظيمها في العام 2006، حيث تم تسميتها بمنظمة الديمقراطية والتنمية الاقتصادية. وتتمحور أهداف المنظمة حول تعزيز سيادة القانون وتسهيل "التعاون العملي". ولهذه الغاية، أبرمت المنظمة عدة اتفاقات للتعاون الدولي، ففي العام 2002، عقد أعضاء المنظمة اتفاقاً للتعاون الدولي في مجال مكافحة الإرهاب والجريمة المنظمة والجرائم الخطرة الأخرى، وقد سمي ذلك الاتفاق بـ (اتفاق جوام)، وقد أكد هذا الأخير على التعاون الدولي فيما يتعلق بمجموعة واسعة من الأنشطة الإجرامية، بما في ذلك الفساد. وقد ألحق بالاتفاق المذكور بروتوكول إضافي، وتحديداً في العام 2004، حيث أسس هذا البروتوكول نظاماً إلكترونياً لتبادل المعلومات بين الدول يسمى نظام جوام لإدارة المعلومات بين الدول. وفي العام 2012، وضع أعضاء المنظمة خطاب نوايا بالشراكة مع مركز إنفاذ القانون بجنوب شرق أوروبا (SELEC) بشأن التعاون الدولي بين المنظمين، وتحديداً من خلال تبادل المعلومات والخبرات¹⁰⁷⁴.

12 - اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته لعام 2003: اعتمدت هذه الاتفاقية في الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي، في مدينة مابوتو (11 يوليو 2003)، وتشتمل الاتفاقية المذكورة على ما يقارب 28 مادة¹⁰⁷⁵. وقد أشارت اتفاقية الاتحاد الإفريقي لموضوع التعاون الدولي بين الدول الأطراف في مجال مكافحة الفساد، حيث أكدت على جملة من المسائل بهذا الخصوص، ولعل أهمها مسألة إقرار تسليم المجرمين¹⁰⁷⁶، والتعاون الدولي في مجال

¹⁰⁶⁷ المادة (13) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000.

¹⁰⁶⁸ المادة (16) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁶⁹ المادة (17) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁷⁰ المادة (18) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁷¹ المواد (19-21) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁷² المادة (27) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁷³ المادة (29) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁷⁴ International co-operation in corruption cases, OECD Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia, 2017, p. 14, Available at :

https://www.oecd.org/corruption/acn/OECD-International-Cooperation-in-Corruption-Cases_2017.pdf, Viewed on 21-4-2020, At 4:17 Am.

¹⁰⁷⁵ للمزيد حول نصوص الاتفاقية ينظر في: اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المعتمدة في الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي في مابوتو (11 يوليو 2003)، منشورات المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية - جامعة الدول العربية، 2016.

¹⁰⁷⁶ المادة (15) من اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته لعام 2003.

الاسترداد¹⁰⁷⁷، والمساعدة القانونية المتبادلة¹⁰⁷⁸، والتعاون في مجال التحقيقات والإجراءات الجزائية¹⁰⁷⁹، وعدم جواز التذرع بالسرية المصرفية لغايات رفض التعاون¹⁰⁸⁰، بالإضافة لتبادل الخبرات والدراسات والبحوث، ومشاركة قواعد الأخلاقيات الوظيفية بين الدول الأطراف، وغير ذلك من الأمور¹⁰⁸¹.

13 - اتفاقية مجلس أوروبا بشأن غسل الأموال والتقصي والاستيلاء والمصادرة المتعلقة بالأموال الناجمة عن الجريمة

وعن تمويل الإرهاب لعام 2005 : اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل مجلس أوروبا بتاريخ 16 مايو من العام 2005، وذلك في مدينة وارسو، وتشتمل الاتفاقية المذكورة على ما يقارب 56 مادة¹⁰⁸²، وقد نظمت الأولى موضوعات التعاون الدولي ضمن الفصل الرابع منها، وذلك على النحو الآتي :

- القسم الأول : ويشمل المبادئ والتدابير العامة للتعاون الدولي¹⁰⁸³.
- القسم الثاني : ويشير هذا القسم إلى التعاون عن طريق المساعدة الاستقصائية، وتحديدًا من حيث التتبع، والتحري، والحصول على معلومات عن الحسابات والمعاملات المصرفية، ومراقبتها¹⁰⁸⁴.
- القسم الثالث : وينصب هذا القسم على الإجراءات المؤقتة، كالتجميد، والحجز، والمنع من التصرف، وآلية تنفيذ تلك الإجراءات¹⁰⁸⁵.
- القسم الرابع : التعاون الدولي في مجال إجراءات المصادرة والاسترداد المتعلقة بالعائدات الجرمية¹⁰⁸⁶.
- القسم الخامس : رفض التعاون أو تأجيله¹⁰⁸⁷.
- القسم السادس : التعاون في مجال التبليغات القضائية، وحماية حقوق الأشخاص المتأثرين بفعل الإجراءات المؤقتة، والاعتراف بالقرارات الأجنبية¹⁰⁸⁸.
- القسم السابع : ويتعلق هذا القسم بالقواعد الإجرائية والأحكام العامة الأخرى المتصلة بالتعاون الدولي، وتشمل القواعد المذكورة التنظيم القانوني للسلطة المركزية المختصة بالتعاون، وقواعد الاتصال المباشر، والمسائل المتعلقة بطلب

¹⁰⁷⁷ المادة (16) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁷⁸ المادة (18) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁷⁹ المادة (5/19) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁸⁰ المادة (3/17) من نفس الاتفاقية.

¹⁰⁸¹ للمزيد حول مجالات التعاون الدولي المكرسة في الاتفاقية الإفريقية لمكافحة الفساد ينظر في :

Snider, Thomas R. and Kidane, Won. "Combating Corruption through International Law in Africa: A Comparative Analysis," Cornell International Law Journal: Vol. 40: Iss. 3, Article 4, 2007, p. 739 et seq.

¹⁰⁸² Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, No. 198, Warsaw, 16.V.2005, Available at : <https://rm.coe.int/168008371f>, Viewed on 22-4-2020, At 5:00 Am.

¹⁰⁸³ Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, supra note. art. 15.

¹⁰⁸⁴ Supra note. arts. (16-20).

¹⁰⁸⁵ Supra note. arts. (21-22).

¹⁰⁸⁶ Supra note. arts. (23-27).

¹⁰⁸⁷ Supra note. arts. (28-30).

¹⁰⁸⁸ Supra note. arts. (31-32).

التعاون، وتحديدًا من حيث شكل الطلب، ولغته، ومحتواه، وموضوعه، وسببه، بالإضافة لحالة لتعدد الطلبات، والطلبات المعيبة، والواجبات المنعقدة نتيجة رفض أو تأجيل طلب التعاون أو تقييده بشرط، وكذلك السرية المرتبطة بما أفرزه التعاون، وتكاليفه، والتعويض عن الأضرار المرتبطة به، وغير ذلك من الأمور والمسائل الشكلية والإجرائية¹⁰⁸⁹.

وبعدما فرغنا من بيان الجهود الدولية الخاصة بتعزيز التعاون في مجال مكافحة الفساد، وتحديدًا الاتفاقيات الدولية والإقليمية غير العربية ذات العلاقة¹⁰⁹⁰، نتقل الآن للبحث في الجهود العربية لتدعيم التعاون في إطار مكافحة الفساد (المطلب الثاني).

¹⁰⁸⁹ Supra note. arts. (33-45).

تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية المجلس الأوروبي حول غسل الأموال والتقصي والاستيلاء والمصادرة المتعلقة بالأموال الناجمة عن الجريمة وعن تمويل الإرهاب لعام 2005، قد تحدثت عن موضوع التعاون الدولي بين وحدات المتابعة المالية في الدول الأطراف تنفيذًا لأهداف الاتفاقية. للمزيد ينظر في :

Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, supra note. arts. (46-47).

¹⁰⁹⁰ تجدر الإشارة إلى أن هناك العديد من الجمعيات والمبادرات ذات الصلة بتعزيز التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد، وتجسيد مبادئ الحكم الرشيد والحوكمة الفعالة، ومن ضمن ذلك - على سبيل المثال لا الحصر - الآتي ذكره :

- **جمعية الكومنولث (The Commonwealth):** وهي جمعية تطوعية مكونة من 54 دولة مستقلة ومنتسوبة، وتهدف إلى تدعيم التشاور والتعاون من أجل المصالح المشتركة للشعوب، وكذلك تعزيز التفاهم الدولي والسلام العالمي، والتأثير على المجتمع الدولي لصالح الجميع. وتسعى الكومنولث كذلك إلى تفعيل آليات التشاور وتبادل الخبرات، وخاصة من خلال التعاون العملي، وذلك بغية تحقيق أهداف الجمعية، وأبرزها تكريس الديمقراطية، والحكم الرشيد، والتنمية المستدامة، وغير ذلك من المبادئ التي تساهم في رفعة الشعوب، واستقرارها على كافة الأصعدة. للمزيد حول الجمعية، ينظر في :

The Commonwealth, official website, available at: <https://thecommonwealth.org/>, Viewed on 23-4-2020, At 5:00 Am.

- **مبادرة ستار (STAR):** البنك الدولي والأمم المتحدة عام 2008 مبادرة استرداد الأموال المنهوبة "ستار" والتي تعد من المبادرات الريادية في هذه الجهود، حيث ترمي إلى وقف "نهب الموجودات العامة"، وتسعى إلى التسهيل على حكومات الدول النامية استعادة الأموال المنهوبة التي هربها المسؤولون الفاسدون إلى الخارج، من خلال تقديم المساعدة والمشورة وبناء القدرات واستثمارها، والمميز في هذه المبادرة أنها تسقط أية حصانات سياسية أو دبلوماسية على مهربي الأموال، بشرط أن تتقدم حكومته بطلب التحفظ على هذه الأموال الموجودة في أي بلد من البلدان الدول الأعضاء في اتفاقية البنك الدولي، حتى يتم التحقق من حجمها وكيفية تتبع أثرها. للمزيد ينظر في : زهير المالكي، "آليات استرداد الأموال العراقية المهربة إلى الخارج"، موقع الحوار المتمدن، ع. 4264، 2013/11/3. وفارزانا نواز: استرداد الموجودات: مشكلة نطاق وبعد (برلين: منظمة الشفافية الدولية، 2011)، متوافر على الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.transparency.org.kw.au-ti.org/upload/books/323.pdf>، تاريخ الزيارة 2020/4/5، الساعة 1:30 صباحاً.

- **مجموعة الدول الثمان (G-8):** أطلقت مجموعة الدول الثمان بفرنسا عام 2011 جهداً دولياً تحت اسم "شراكة دوفيل" من أجل مساندة الدول العربية التي تمر في مرحلة انتقالية، وتعهدت هذه الدول الثمان بمواصلة دعمها للدول العربية المذكورة نحو تحقيق الاستقرار والحكم الرشيد والاندماج في الاقتصاد العالمي، وقد جاء في بنود هذا الشراكة ما يشير إلى ضرورة تعزيز التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد، فنجد تلك الشراكة على أن أهمية "تسهيل استرداد الأصول المنهوبة من خلال خطة عمل استرداد الأصول، وذلك بناءً على التعاون وتدابير بناء القدرات، بغية تحديد واسترداد عائدات الفساد المهربة خارج نطاق دولة المنشأ". للمزيد ينظر في :

G-8 Action on the Deauville Partnership with Arab Countries in Transition, The fact Sheet, The White House, Office of the Press Secretary, May 19, 2012, available at:

<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/05/19/fact-sheet-g-8-action-deauville-partnership-arab-countries-transition>, Viewed on 23-4-2020, At 5:20 Am.

المطلب الثاني

الجهود العربية لتدعيم التعاون في إطار مكافحة الفساد

إن مسألة تكريس التعاون الدولي ترتبط - وجوداً وهدماً - بتفشي آفة الفساد في نطاق الدول والمجتمعات؛ ويعني ذلك أن المواجهة الحقيقية لظاهرة الفساد المؤثمة تقتضي - حتماً تعاوناً دولياً فعالاً، بحيث يستهدف الأخير تحقيق الوقاية من الفساد ومحاربه على حدٍ سواء؛ لذا، فقد سعت الدول العربية إلى تجسيد قواعد التعاون الدولي في مجال محاربة الفساد، وقد أوكلت هذه المهمة لجامعة الدول العربية، وتحديدًا مجلسي وزراء الداخلية والعدل العرب، حيث ذهب هذين المجلسين نحو تشريع الأحكام المعززة والداعمة لجهود التعاون الدولي في إطار مكافحة الفساد، وقد تجلّى ذلك الجهد في ظهور عدد من الاتفاقيات الإقليمية ذات العلاقة، حيث تولت هذه الأخيرة مهمة تنظيم سبل وآليات ووسائل التعاون الدولي المنصب على الوقاية من آفة الفساد ومحاربتها.

وتعتبر الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010 من أبرز النتائج التي انبثقت عن الجهود العربية في مجال محاربة الفساد، وقد أكدت الاتفاقية المذكورة على ضرورة تدعيم أسس وآليات التعاون الدولي في إطار الحد من آفة الفساد ومكافحتها، حيث نصت في المادة (2) منها على أنه " تهدف هذه الاتفاقية إلى: ... تعزيز التعاون العربي على الوقاية من الفساد ومكافحته وكشفه واسترداد الموجودات".

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد نجدها لا تعدو أن تكون ترديدًا لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، حيث يلاحظ بعدم مراعاتها لخصوصية الدول العربية، ناهيك عن بعض صياغتها لعبارة مبهمّة وفضفاضة غير محددة يستطيع أي طرف من أطراف الاتفاقية الاحتجاج بها. ويمكن سياق العديد من الملاحظات على الاتفاقية المذكورة نجملها بما يلي:¹⁰⁹¹

- **الالتزام "ديران"** بالتحرك الفعال ضد الفساد: تم توقيع هذا الالتزام في مدينة ديربان - جنوب أفريقيا، في 15 أكتوبر عام 1999، وقد كتب هذا الالتزام من قبل 1600 مشارك في "المؤتمر الدولي التاسع ضد الفساد"، والذين ينتمون إلى 135 دولة. وانعقد المؤتمر تحت شعار "النزاهة العالمية: عام 2000 وما بعده". وقد تم التأكيد على ضرورة تعزيز التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد في إطار نصوص هذا الالتزام، حيث صرح هذا الأخير بأنه " ... سنعمل على تعزيز التعاون الإقليمي والدولي في مكافحة الفساد بطرق عملية، وتعزيز ترتيبات المساعدة القانونية المتبادلة، وتعزيز وتطوير اتفاقيات مكافحة الفساد في المنطقتين الأفريقية والآسيوية. ونود أن نرى الموضوع العام لمكافحة الفساد مدرجا في جداول أعمال المنظمات التجارية الدولية الكبرى، ومنظمة التجارة العالمية والأونكتاد. بالإضافة إلى ذلك، سنعمل على تحقيق التنفيذ الكامل لاتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لمكافحة رشوة المسؤولين الأجانب، واتفاقيات مكافحة الرشوة لمجلس أوروبا ومنظمة الدول الأمريكية (OAS)... وسندعم الإجراءات التي تتخذ في الأمم المتحدة لتشجيع تجريم جميع أشكال الفساد". للمزيد حول الالتزام المذكور أعلاه ينظر في:

Durban commitment to take effective action against corruption, Durban, South Africa, 15 October 1999, available at: <http://www.contentafrica.net/test/Tisa/images/stories/iacc%20durban.pdf>, Viewed on 23-4-2020, At 5:20 Am.

¹⁰⁹¹ إياد هارون محمد الدوري، الآليات الجنائية المستحدثة لمكافحة الفساد "دراسة مقارنة"، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص. 116.

- لم تقدم الاتفاقية تعريفاً محدداً لجرائم الفساد، وقد سارت النهج الذي سارت عليه إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003.¹⁰⁹²
- لم تجرم الاتفاقية أفعال الفساد، بل دعت الدول إلى اتخاذ تدابير تشريعية لعملية التجريم.¹⁰⁹³
- إن الاتفاقية لا تغدو أن تكون ميثاق شرف أو مذكرة تفاهم أكثر منها إتفاقية قانونية ملزمة، حيث طغت عليها عبارات تناشد الدول الأطراف أن (تعتمد، تتخذ، تسعى، تقوم، تتعاون) وندرة وجود عبارة (تلتزم) وهو أمر غير مستغرب في ظل تقديس مبدأ السيادة الوطنية في نهج الجامعة العربية.
- تتسم الاتفاقية بضعف تأثيرها المتأني من قلة عدد الأطراف التي صادقت عليها، فندرة عدد الدول التي صادقت عليها لغاية تاريخه، بقرار الإتفاقية الأممية التي صادقت عليها العديد من الدول، فإن جدوى وتأثير الإتفاقية العربية تتلاشى لاسيما وأنها لم تأتي بجديد يذكر سوى ترديدها لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- وجود عدد من الإتفاقيات العربية التي نظمت العديد من الجوانب التي تضمنتها الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد، أدى إلى إفراغ الكثير من جوانبها، ومنها الإتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب¹⁰⁹⁴، والإتفاقية العربية لتسليم المجرمين، والإتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية¹⁰⁹⁵، وإتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي¹⁰⁹⁶.

وقد خصصت الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد المواد (16-29) منها لتناول وسائل واليات وطرق التعاون الدولي بين الدول الأطراف في مجال مكافحة الفساد، وهذه الوسائل والآليات هي: التعاون في مجال إنفاذ القانون، والمساعدة القانونية المتبادلة، والتعاون لغايات المصادرة والاسترداد، ونقل الإجراءات الجزائية، وتسليم المجرمين، ونقل الأشخاص المحكوم عليهم والمتهمين، والتحقيقات والتحريات المشتركة، وغير ذلك من سبل وآليات التعاون التي تستهدف تحقيق الغرض من الإتفاقية، والذي يتمحور حول الوقاية من ظاهرة الفساد والحد منها.

وقد جاءت الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد بوسيلة فعالة لتعزيز التعاون الدولي بين الدول الأطراف، وهذه الوسيلة تتمثل بمؤتمر الدول الأطراف، حيث نصت الإتفاقية المذكورة على أن " 1- يُنشأ بمقتضى هذه الإتفاقية مؤتمر للدول الأطراف من أجل تحسين قدرة الدول الأطراف وتعاونها على تحقيق الأهداف المبينة في هذه الإتفاقية ومن أجل تشجيع تنفيذها واستعراضه"¹⁰⁹⁷. ويعتبر مؤتمر الدول الأطراف مجالاً حيويًا للتعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد، ويتضح ذلك جلياً من خلال النظر بما يفرزه المؤتمر من مسائل تتعلق بتبادل المعلومات والخبرات والتجارب الناجحة بين الدول الأطراف، ولعل هذا ما يمكن استنباطه مما نصت عليه المادة (4/33) من الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد، حيث أكدت

¹⁰⁹² وليد إبراهيم الدسوقي، مكافحة الفساد في ضوء القانون والاتفاقيات الإقليمية والدولية، ط1، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، 2012، ص. 67.

¹⁰⁹³ للمزيد ينظر في: مواد الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد لسنة 2010 التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 2013/6/29.

¹⁰⁹⁴ الإتفاقية العربية لتسليم المجرمين لسنة 1952، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1954/5/28، وهذه الإتفاقية قد جرى إلغائها بموجب (72) من إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983.

¹⁰⁹⁵ الإتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لسنة 2010، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 2013/10/5.

¹⁰⁹⁶ إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983، حيث دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1985/10/30.

¹⁰⁹⁷ ينظر في: المادة (1/33) من الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010.

الأخيرة على أن " 4- يتفق مؤتمر الدول الأطراف على أنشطة وإجراءات وطرائق عمل لتحقيق أهداف الاتفاقية بما في ذلك: أ- تيسير تبادل المعلومات بين الدول الأطراف عن نمط واتجاهات الفساد وعن الممارسات الناجحة في منعه ومكافحته وفي إرجاع العائدات الإجرامية، بوسائل منها نشر- المعلومات ذات الصلة. ب- التعاون مع المنظمات والآليات الدولية والإقليمية والمنظمات غير الحكومية ذات الصلة. ج- استخدام المعلومات ذات الصلة التي تعدها الآليات الدولية والإقليمية الأخرى من أجل مكافحة الفساد ومنعه. د- استعراض تنفيذ هذه الاتفاقية من جانب الدول الأطراف فيها. هـ- تقديم توصيات لتحسين هذه الاتفاقية وتحسين تنفيذها. و- الإحاطة علماً باحتياجات الدول الأطراف من المساعدة التقنية فيما يتعلق بتنفيذ هذه الاتفاقية والإيحاء بما قد يراه ضرورياً من إجراءات في هذا الشأن" ¹⁰⁹⁸. وكذلك نفس المادة في فقرتها (6)، حيث تؤكد هذه الأخيرة على أن " 6- تقوم كل دولة طرف بتزويد الدول الأطراف بمعلومات عن برامجها وخططها وممارساتها وكذلك عن تدابيرها التشريعية والإدارية الرامية إلى تنفيذ هذه الاتفاقية، حسبما يقضي- به مؤتمر الدول الأطراف. وينظر مؤتمر الدول الأطراف في أنجع السبل لتلقي المعلومات واتخاذ الإجراءات المنبئة عليها، بما في ذلك المعلومات المتلقاة من الدول الأطراف ومن المنظمات الدولية. ويجوز للمؤتمر أيضاً أن ينظر في المساهمات المتلقاة من المنظمات غير الحكومية ذات الصلة، المعتمدة حسب الأصول وفقاً للإجراءات التي يقرها المؤتمر" ¹⁰⁹⁹.

وإذا كانت المواد (16-29) من الاتفاقية العربية تمثل الأساس القانوني للتعاون الدولي في إطار محاربة الفساد، فإن هذه الأخيرة لا تعتبر الوحيدة التي تسعى لتكريس مبادئ واليات التعاون الدولي في مجال مكافحة آفة الفساد؛ لذا، فإنه لا ضير من الإشارة لبعض الاتفاقيات العربية، وتحديداً تلك التي تعنى بتعزيز وتدعيم نظم التعاون الدولي الهادفة للوقاية من الفساد ومحاربه، وهي على النحو الآتي ذكره :

1- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983 : تمت الموافقة على هذه الاتفاقية من قبل مجلس العدل العرب، وذلك بموجب قراره رقم (1)، والصادر بتاريخ 1983/4/6، ودخلت الاتفاقية المذكورة حيز التنفيذ بتاريخ 1985/10/30، وقد اشتملت الأولى على ما يقارب 72 مادة¹¹⁰⁰. حيث كان الهدف منها تعزيز التعاون القضائي بين الدول العربية، ولعل هذا ما يمكن استنباطه صراحة مما جاء في ديباجة الاتفاقية المذكورة، حيث صرحت هذه الأخيرة بأن حكومات الدول العربية "... واقتناعاً منها بأن التعاون القضائي بين الدول العربية ينبغي أن يكون تعاوناً شاملاً لكل المجالات القضائية، على نحو يستطيع أن يساهم بصورة إيجابية وفعالة في تدعيم الجهود القائمة في هذا المجال، وحرصاً منها

¹⁰⁹⁸ المادة (4/33) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010.

¹⁰⁹⁹ المادة (6/33) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010.

¹¹⁰⁰ اشتملت هذه الاتفاقية على ثمانية أبواب، حيث جاء الباب الأول والثامن في نطاق الحديث عن الأحكام العامة والختامية، أما الباب الثاني فقد خصص للحديث عن إعلان الأوراق القضائية وغير القضائية وتبليغها، فيما اندرج الباب الثالث في نطاق بيان الموضوعات المتصلة بالإبادة القضائية، والباب الرابع لموضوع حضور الشهود والخبراء في القضايا الجزائية، والباب الخامس للاعتراف بالأحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية وتنفيذها، والباب السادس، فقد خصص لإجراءات تسليم المتهمين والمحكوم عليهم، وأخيراً الباب السابع المتعلق بتنفيذ عقوبات المحكوم عليهم لدى الدول التي ينتمون إليها. للمزيد حول الاتفاقية المذكورة ينظر في : اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983، متوافرة على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/>، تمت الزيارة بتاريخ 2020/4/26، الساعة 2:22 صباحاً.

على توثيق علاقات التعاون القائمة بين الدول العربية في المجالات القضائية والعمل على دعمها وتنميتها وتوسيع نطاقها...".

2- اتفاقية نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 2006 : أجريت الموافقة على هذه الاتفاقية من قبل مجلس التعاون الخليجي بتاريخ 2006/5/23، وقد اشتملت الاتفاقية على ما يقارب 17 مادة¹¹⁰¹، حيث نظمت هذه الأخيرة مسألة نقل المحكوم عليهم بعقوبات مقيدة للحرية، على نحو يتضمن بيان الأحكام الخاصة بطلبات النقل، من حيث شروط النقل، وحالاته، وإجراءاته، وأسباب رفضه، وكل المسائل المتعلقة فيه، وذلك تحقيقاً للغرض المنشود من الاتفاقية، والذي جرى تكريسه في إطار ديباجة هذه الأخيرة، حيث جاء في تلك الديباجة أنه "...إن الدول الأعضاء في مجلس التعاون لدول الخليج العربية، إيماناً منها بأهمية تنمية علاقات التعاون القائمة بينها، وسعيًا لبلوغ أهداف مجلس التعاون المنصوص عليها في المادة الرابعة من نظامه الأساسي، واستكمالاً للتعاون القانوني والقضائي والأمني، وإدراكاً لأهمية الاستقرار النفسي والاجتماعي، وأثره في تأهيل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية عند قضاء عقوبتهم في بلدانهم بين أسرهم وذويعهم ولما ينطوي عليه ذلك من جوانب إنسانية، فقد اتفقت على...".

3- الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام 2010 : تمت الموافقة على هذه الاتفاقية من قبل مجلسي وزراء الداخلية والعدل العرب في اجتماعهما المشترك المنعقد بتاريخ 2010/12/21، ودخلت الاتفاقية المذكورة حيز التنفيذ بتاريخ 2013/10/5، وقد اشتملت الأولى على ما يقارب 41 مادة¹¹⁰²، على نحو تضمن الإشارة إلى موضوعات التعاون الدولي في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وذلك وفقاً للآتي ذكره :

- التعاون الدولي في إطار تبادل المعلومات، والمساعدة في التحريات المشتركة، وتبادل الدراسات والخبرات والبحوث، وكذلك التعاون في مجال التدريب والمساعدة التقنية¹¹⁰³.
- التعاون في مجال المساعدة القانونية المتبادلة¹¹⁰⁴، والاعتراف بالأحكام الأجنبية¹¹⁰⁵، والتعاون لأغراض المصادرة والاسترداد¹¹⁰⁶.
- التعاون الدولي في نطاق نقل الإجراءات الجزائية¹¹⁰⁷، وتسليم المتهمين والمحكوم عليهم¹¹⁰⁸.

¹¹⁰¹ للمزيد حول نصوص الاتفاقية ينظر في : اتفاقية نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 2006، وهذه الاتفاقية تقع على ما يقارب 17. للمزيد حول الاتفاقية المذكورة ينظر في : البوابة القانونية القطرية - الميزان، تتوافر الاتفاقية على الرابط الإلكتروني التالي :

<https://www.almeezan.qa/AgreementsPage.aspx?id=1243&language=ar>، تمت الزيارة بتاريخ 2020/4/26، الساعة 2:47 صباحاً.

¹¹⁰² للمزيد حول نصوص هذه الاتفاقية ينظر في : الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، متوافرة على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/>، تمت الزيارة بتاريخ 2020/4/25، الساعة 11:00 مساءً.

¹¹⁰³ ينظر في : المواد (18-22) من الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

¹¹⁰⁴ ينظر في : المواد (23-26) من نفس الاتفاقية.

¹¹⁰⁵ ينظر في : المادة (27) من نفس الاتفاقية.

¹¹⁰⁶ ينظر في : المادتين (28-29) من نفس الاتفاقية.

¹¹⁰⁷ ينظر في : المادة (30) من نفس الاتفاقية.

¹¹⁰⁸ ينظر في : المواد (31-36) من نفس الاتفاقية.

- 4- الاتفاقية العربية لنقل نزلاء المؤسسات العقابية والإصلاحية في إطار تنفيذ الأحكام الجزائية لعام 2010 : أُجريت الموافقة على هذه الاتفاقية من قبل مجلسي- وزراء الداخلية والعدل العرب في اجتماعهما المشترك المؤرخ بـ 2010/12/21، ودخلت الاتفاقية المذكورة حيز التنفيذ بتاريخ 2013/10/5، وقد اشتملت الاتفاقية على ما يقارب 12 مادة¹¹⁰⁹، حيث نظمت الطلبات والتدابير المتعلقة بنقل النزلاء بقصد تنفيذ الأحكام الباتة القاضية بعقوبة أو تدبير ساليين للحرية، وفقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقية.
- 5- الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام 2010 : تمت الموافقة على هذه الاتفاقية من قبل مجلسي- وزراء الداخلية والعدل العرب في اجتماعهما المشترك المنعقد بتاريخ 2010/12/21، ودخلت الاتفاقية المذكورة حيز التنفيذ بتاريخ 2013/10/5، وقد اشتملت الأولى على ما يقارب 40 مادة¹¹¹⁰، حيث أشارت المواد المذكورة إلى التعاون الدولي في أكثر من موقع، وذلك على النحو الآتي :
- التعاون الدولي في مجال المساعدة القانونية المتبادلة، والتحقيقات المشتركة¹¹¹¹.
 - التعاون على صعيد نقل الإجراءات الجزائية، وتسليم المتهمين والمحكوم عليهم¹¹¹²، والاعتراف بالأحكام الجزائية الأجنبية¹¹¹³.
 - التعاون بين الدول الأطراف في مجال مصادرة العائدات الجرمية واستردادها¹¹¹⁴.

بالمقابل، فقد كرست جامعة الدول العربية بعض القوانين النموذجية في مجال مكافحة الفساد، ومنها ما يتصل بشكل مباشر بموضوع تعزيز التعاون الدولي للوقاية من الفساد ومكافحته، وهذه القوانين على النحو الآتي :

- القانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية لعام 2006 : اعتمد هذا القانون من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثانية والعشرين، وذلك بموجب القرار رقم (653-22د)، الصادر بتاريخ 2006/11/29، ويشتمل القانون المذكور على ما يقارب 49 مادة، ومذكرة إيضاحية¹¹¹⁵، ويقدم هذا القانون إرشادات للدول

¹¹⁰⁹ للمزيد حول الاتفاقية المذكورة ينظر في : الاتفاقية العربية لنقل نزلاء المؤسسات العقابية والإصلاحية في إطار تنفيذ الأحكام الجزائية لعام 2010، متوافرة على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.lasportal.org/>، تمت الزيارة بتاريخ 2020/4/26، الساعة 3:20 صباحاً.

¹¹¹⁰ للمزيد حول نصوص هذه الاتفاقية ينظر في : الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، متوافرة على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.lasportal.org/>، تمت الزيارة بتاريخ 2020/4/25، الساعة 11:20 مساءً.

¹¹¹¹ ينظر في : المواد (26-28) من الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية.

¹¹¹² ينظر في : المواد (29-31) من نفس الاتفاقية.

¹¹¹³ المادة (38) من نفس الاتفاقية.

¹¹¹⁴ المادة (32) من نفس الاتفاقية.

¹¹¹⁵ للمزيد حول نصوص هذا القانون ومذكرته الإيضاحية ينظر في : القانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية لعام 2006، متوافر على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.lasportal.org/>، تمت الزيارة بتاريخ 2020/4/26، الساعة 5:00 صباحاً.

من أجل تدعيم التعاون الدولي في الميدان الجزائي بشكل يضمن تعزيز سيادة القانون ومكافحة الجريمة وتدعيم العدالة الجزائية وضماناتها¹¹¹⁶.

- **القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الفساد لعام 2011** : تم إعداد هذا القانون في الفترة ما بين 18-20/9/2011، فيما تم اعتماده من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الرابعة والثلاثين، وذلك بموجب القرار رقم (1150-34د)، الصادر بتاريخ 22/1/2018، ويشتمل القانون المذكور على ما يقارب 69 مادة¹¹¹⁷، حيث تقدم تلك المواد إرشادات للدول في مجال مكافحة الفساد، على نحو يتضمن تعزيز وتدعيم التعاون الدولي في المجال المذكور، بما يشمل التأكيد على ضرورة التعاون في إطار التحريات والتحقيقات المشتركة، ونقل الإجراءات الجزائية، إضافة لتعقب العائدات الجرمية واستردادها¹¹¹⁸، وغير ذلك من المجالات التي تستهدف الحد من ظاهرة الفساد ومحاربتها.
- **القانون العربي الاسترشادي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام 2013** : اعتمد هذا القانون من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته التاسعة والعشرين، وذلك بموجب القرار رقم (1000-29د)، الصادر بتاريخ 26/11/2013، ويشتمل القانون المذكور على ما يقارب 27 مادة، ومذكرة إيضاحية¹¹¹⁹، حيث تشير هذه المواد إلى جملة من الإرشادات الخاصة بمكافحة جريمة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، على نحو يشمل تعزيز التعاون الدولي في مجال الحد من الجرائم المذكورة، وذلك عن طريق تعزيز التحقيقات والتحريات المشتركة بين الدول، والمساعدة القانونية المتبادلة، والانبات القضائية، وتسليم المتهمين أو المحكوم عليهم، وكذلك التعاون الدولي في مجال استرداد العائدات الجرمية¹¹²⁰.

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن الإطار الإجرائي للتعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد (المبحث الثاني).

المبحث الثاني

الإطار الإجرائي للتعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد

تأتي جرائم الفساد كأحد الجرائم العابرة للحدود في مقدمة أشكال الجرائم جرائم المستحدثة التي تصاعدت وتيرتها في السنوات الأخيرة، مستغلة في ذلك التطورات السريعة لوسائل النقل والاتصال، ولهذا كان المجتمع الدولي متنبه إلى ضرورة تبني سياسية جنائية عالمية لمكافحة التداعيات السلبية للإجرام المنظم العابر للحدود، تعتمد على مقارنة متكاملة من خلال تحديث التشريعات الوطنية وتعزيز التعاون الدولي في الميدان الجنائي¹¹²¹، وينبغي التعاون الدولي في الميدان

¹¹¹⁶ المادة (1) من القانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية لعام 2006.

¹¹¹⁷ للمزيد حول نصوص هذا القانون ينظر في : القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الفساد لعام 2011، متوافر على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/> ، تمت الزيارة بتاريخ 26/4/2020، الساعة 5:35 صباحاً.

¹¹¹⁸ المواد (63-69) من القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الفساد لعام 2011

¹¹¹⁹ للمزيد حول نصوص هذا القانون ينظر في : القانون العربي الاسترشادي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام 2013، متوافر على الموقع الرسمي للمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية - جامعة الدول العربية / مجلس وزراء العدل العرب، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي: <https://carjj.org/laws> ، تمت الزيارة بتاريخ 26/4/2020، الساعة 5:50 صباحاً.

¹¹²⁰ ينظر في : المواد (7، 11، 24) من القانون العربي الاسترشادي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام 2013.

¹¹²¹ ناصر السلامات، المرجع السابق، ص. 26.

الجنائي على الاتفاقيات سواء كانت اتفاقيات ثنائية أم إقليمية أم دولية، وفي كافة الأحوال على مبدأ المعاملة بالمثل، بتطبيق القانون الداخلي للدولة المطلوبة في التعاون الدولي¹¹²².

نظرا لما تتمتع به جريمة الفساد من خصائص، تجعلها بمنأى عن أيدي العدالة الجنائية، فقد تأكدت ضرورة إيجاد نوع من الاتفاق يهدف حشد وتكثيف الجهود بشكل منظم بما يحسن أداء أجهزة إنفاذ القانون، سلطات التحقيق والقضاء لمواجهة هذه الآفة وذلك بإقرار مجموعة من المعايير والمبادئ في مجال مكافحة الجريمة ككل والفساد خاصة والعدالة الجنائية، واستحداث آليات فعالة وتدعيم التعاون الثنائي والجماعي في مجالات العدالة الجنائية وتنفيذ القوانين لسد القصور التشريعي الذي يتيح الفرصة للتهرب من الوقوع تحت طائلة العقاب، ومنع المنظمات الإجرامية ومرتكبي جرائم الفساد من التسلسل بإقرار سياسة موحدة في مجال تبادل المعلومات والبيانات لتطوير وسائل الملاحقة القضائية، ولضمان محاكمة الفاسدين وإشعار المواطنين والشهود بالثقة في نظام العدالة الجنائية وأجهزة إنفاذ القوانين¹¹²³.

وللوقوف على فحوى هذا البحث من الدراسة سنقوم بمشيئة الله بتقسيمه إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

- **المطلب الأول: طرق ووسائل التعاون الدولي**
- **المطلب الثاني: أدوات التعاون الدولي الفعالة في مجال مكافحة الفساد على الصعيد الفلسطيني.**

المطلب الأول

طرق ووسائل التعاون الدولي

تتعدد وسائل وأشكال التعاون الدولي فهناك التعاون الشرطي الدولي والتعاون الدولي القضائي، ويقصد به تعاون السلطات القضائية في الدول المختلفة لمكافحة الجريمة، وهذا التعاون يهدف إلى التقريب من الإجراءات الجزائية فيما بين الدول، من حيث إجراءات التحقيق والمحاكمة، إلى حين صدور الحكم على المجرم وعدم إفلاته من العقاب، وان يتم التنسيق بين السلطات القضائية لكل دولة للاتفاق على معايير موحدة في هذا الشأن.

وباستعراض نصوص الاتفاقيات الأممية والعربية لمكافحة الفساد نجد أنها قد حددت وسائل التعاون في المجالات الجنائية والتحقيقات الإدارية والمدنية ذات الصلة بالفساد تتمثل بالتعاون في مجال إنفاذ القانون، والتعاون في مجال التحقيقات المشتركة وأساليب التحري الخاصة، والتعاون في مجال تسليم المجرمين، والتعاون في مجال المساعدة

¹¹²² وتطبيقاً لذلك، فقد نصت المادة (25) من اتفاقية مجلس أوروبا للقانون الجنائي بشأن الفساد لعام 1999 على أن "1- تتعاون الدول الأطراف مع بعضها البعض، وفقاً لأحكام الصكوك الدولية ذات الصلة بشأن التعاون الدولي في المسائل الجنائية، أو الترتيبات المتفق عليها على أساس تشريعات موحدة أو متبادلة ... على أوسع نطاق ممكن لأغراض التحقيقات والإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية المحددة وفقاً لهذه الاتفاقية. 2- في حالة عدم وجود صك أو ترتيب دولي مشار إليه في الفقرة 1 بين الأطراف، تنطبق المواد 26 إلى 31 من هذا الفصل. 3- تنطبق المواد من 26 إلى 31 من هذا الفصل أيضاً عندما تكون أفضل من تلك التي تنص عليها الصكوك أو الترتيبات الدولية المشار إليها في الفقرة 1 من هذه المادة". ينظر في :

Criminal Law Convention on Corruption, The Council of Europe, supra note, art. 25.

¹¹²³ الباشا فايزة يونس، الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 118.

القانونية المتبادلة، والتعاون في نقل الأشخاص المحكوم عليهم، التعاون في مجال نقل الإجراءات الجنائية، والتعاون في مجال استرداد الموجودات، حيث أن الاتفاقيات المذكورة قد رسمت طرقاً للدول الأطراف في مجالات التعاون الدولي بين الدول المنضمة إضافة إلى قواعد القانون الدولي والمواثيق الدولية التي حددت وقتت آليات وطرق التعاون بين الدول في إطار تحقيق مساعيها للحد من عدم إفلات مرتكب الفعل الجرمي.

وسوف نتطرق في دراستنا هذه إلى وسائل وطرق التعاون الدولي التي رسمتها الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد، على نحو يشمل الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد، وكذلك الاتفاقية العربية، والأفريقية، والأوروبية، والأمريكية، وذلك وفقاً للآتي ذكره :

أولاً: التعاون في مجال إنفاذ القانون

يمكن القول بأن الدولة التي ترغب في تفعيل عملية التعاون الدولي في هذا المجال يتوجب عليها أن تضع القوانين والإجراءات الداخلية بالطريقة التي تسهل المساعدة في إنجاح عملية التبادل الدولي للمعلومات والتعاون، كما ينبغي تسهيل الترتيبات المؤسسية وغيرها للسلطة المسؤولة عن تنفيذ القوانين وتبادل المعلومات مع نظيرتها على الصعيد الدولي فيما يتعلق بمواضيع التحريات والتحقيقات، وينبغي إسناد هذه الترتيبات إلى اتفاقيات سارية المفعول¹¹²⁴، كما ينبغي على السلطات الوطنية تسجيل رقم مصدر وغرض طلب المعلومات وأيضاً وجه التصرف فيه¹¹²⁵.

حيث تلزم الاتفاقيات الدول الأطراف بان تتعاون فيما بينها تعاوناً وثيقاً من اجل تعزيز فاعلية تدابير إنفاذ القانون الخاص بمكافحة جرائم الفساد، ولذلك على الدول الأطراف اتخاذ تدابير فعالة للتعاون في إجراء التحريات بشأن جرائم الفساد المشمولة بالاتفاقية¹¹²⁶، وتعزيز قنوات الاتصال بين سلطاتها ودوائرها والعمل على تيسير تبادل المعلومات بطريقة آمنة وسريعة في جوانب الجرائم، والتعاون في إجراء التحريات بشأن هوية الأشخاص المشتبه بهم، وحركة العائدات الجرمية والممتلكات المتأتية من جرائم الفساد، ويشمل أيضاً التعاون بالتنسيق الفعال بين السلطات وأجهزة الدولة لتبادل المعلومات، والنظر لإبرام اتفاقيات ثنائية.

وتجدر الإشارة إلى أن عملية التحريات تتم من خلال الأجهزة المختصة في الدولة كهيئة مكافحة الفساد أو أي جهة مختصة أخرى يتم تحديدها للأمين العام للأمم المتحدة وشبكة المنظمة الدولية للشرطة الدولية "الانتربول" ليتم من خلالها تبادل المعلومات لا سيما المتعلقة بالمتهمين لدى الدول من خلال ما تبثه من نشرات لدى كافة البلدان ليتم تعميمها في سبيل ملاحقة المجرمين الخطرين ومرتكبي الجرائم، أو أشخاص مفقودين، وذلك من خلال نشرات تحدد وفقاً لهذه المنظمة حسب أنواعها فمنها نشرة حمراء يكون الغرض منها البحث عن مكان شخص مطلوب، وقد تكون نشرة زرقاء الغرض منها الكشف عن مكان شخص ذو أهمية لتحقيق جنائي أو عن هويته أو الحصول على معلومات عنه، وقد تكون نشرة خضراء الغرض منها التنبيه عن إلى أنشطة إجرامية ارتكبها شخص ما وان الشخص يعتبر خطر على السلامة العامة، ونشرة صفراء والغرض منها العثور على شخص مفقود، ونشرة سوداء الغرض منها الحصول على معلومات عن جثة

¹¹²⁴ احمد محمد براك حمد، مكافحة الفساد في التشريع الفلسطيني والمقارن "دراسة مقارنة"، دار الشروق، رام الله، 2019، ص. 449.

¹¹²⁵ ليندا بن طالب، غسل الأموال وعلاقته بمكافحة الإرهاب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص. 391.

¹¹²⁶ تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته لعام 2003 قد نصت في هذا المجال، وتحديدًا في المادة (5/19) منها على أن " بروح التعاون الدولي تلتزم الدول الأطراف بما يلي: 5- التعاون طبقاً للمواثيق الدولية ذات الصلة بشأن التعاون الدولي في المسائل الجنائية لأغراض التحقيقات والإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية التي تندرج في نطاق هذه الاتفاقية.

مجهولة، وقد تكون نشرة برتقالية الغرض منها التنبيه إلى حدث أو شخص أو عمل يشكل خطر¹¹²⁷، علماً بأنه يتم تعيين مندوب من هيئة مكافحة الفساد لدى الانتربول لتلك الغايات.

ثانياً: التعاون في مجال التحقيقات المشتركة وأساليب التحري الخاصة

التحقيقات المشتركة تندرج في إطار أعمال البحث الجنائي المشترك والمنصوص عليه بمقتضى- التشريعات الخاصة بالتحقيق أو بمقتضى- اتفاقيات أو ترتيبات بين الدول، وذلك عند التعامل مع إجراءات تتعلق بالتحقيق أو الملاحقة أو إجراءات قضائية أخرى في جرائم محددة في اتفاقيات دولية ثنائية أو إقليمية أو جماعية ويجوز القيام بها في كل حالة على حدة¹¹²⁸.

وتعد التحقيقات المشتركة من أهم الأحكام الخاصة بتفعيل جهود مكافحة الإجرام المنظم على المستويين الوطني والدولي وهذا ما أقرته الاتفاقيات الدولية¹¹²⁹ وهذا النص يسمح للدول الأطراف في اتفاقية مكافحة الفساد عقد الاتفاقات الثنائية والمتعددة الأطراف تجاه المسائل الخاصة بالبحث الجنائي أو الإجراءات القضائية في دولة أو أكثر بهدف إنشاء أجهزة للتحقيق المشترك¹¹³⁰.

ويدخل في هذا المجال تبادل المعلومات بين أجهزة تنفيذ القوانين ومتابعة الأنشطة الإجرامية المختلفة ومصادر تمويلها. لذلك أوصى مؤتمر الأمم المتحدة السادس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين بتطوير التبادل المنهجي للمعلومات، وأوصى بضرورة إنشاء قاعدة معلوماتية لإعلام الدول الأطراف بالاتجاهات العالمية بشكل يتوافق مع اتجاهات السياسة الجنائية الدولية لمكافحة الجريمة لتشمل كل ما يتعلق بتحركات المجرمين والوثائق المزورة والمسروقة التي يلجئون لاستعمالها وكافة المعلومات المتصلة.

ومن أجل مكافحة الفساد بشكل فعال فقد نصت الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد على أن تقوم كل دولة طرف ضمن حدود إمكانياتها ووفقاً للشروط المنصوص عليها في قانونها الداخلي باتخاذ تدابير مناسبة لتمكين سلطاتها المختصة من استخدام أسلوب التسليم المراقب على النحو المناسب، وإتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الإلكتروني وغيره من أشكال الترسد والتعقب والعمليات السرية، استخداماً مناسباً داخل إقليمها، وكذلك لقبول المحاكم ما يستمد من تلك الأساليب من أدلة، ولغرض التحري عن جرائم الفساد تشجع الاتفاقيات الدولية إبرام اتفاقيات ثنائية والامثال التام لمبدأ تساوي

¹¹²⁷ حسين فتحي الحامولي، التعاون الدولي الأمني في تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص. 536.

¹¹²⁸ تجدر الإشارة إلى ما أكدت عليه اتفاقية مجلس أوروبا للقانون الجنائي بشأن الفساد لعام 1999، وتحديداً بخصوص إرسال المعلومات بصورة تلقائية دون تقديم طلب للتعاون، حيث نصت تلك الاتفاقية في المادة (28) منها على أنه "دون المساس بالتحقيقات أو الإجراءات الخاصة بها، يجوز للدولة الطرف دون طلب مسبق إحالة معلومات مبنية على حقائق إلى الطرف الآخر عندما يكون الكشف عن هذه المعلومات قد يساعد الطرف المتلقي إما في بدء أو إجراء التحقيقات أو الإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية المنصوص عليها في هذه الاتفاقية؛ أو أن ذلك قد يؤدي بالطرف المتلقي إلى طلب المساعدة، استناداً لهذا الفصل من الاتفاقية". ينظر في :

Criminal Law Convention on Corruption, The Council of Europe, supra note, art. 28.

¹¹²⁹ محمود شريف بسيوني، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، دار الشرق، القاهرة، 2004، ص. 67.

¹¹³⁰ حيث نصت المادة (49) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ما يلي: (تنظر الدول الأطراف في إبرام اتفاقات أو ترتيبات ثنائية أو متعددة الأطراف تجيز للسلطات المعنية أن تنشئ هيئات تحقيق مشتركة، فيما يتعلق بالأمور التي هي موضع تحقيقات أو ملاحقات أو إجراءات قضائية في دولة واحدة أو أكثر وفي حال عدم وجود اتفاقات أو ترتيبات من هذا القبيل، يجوز القيام بتحقيقات مشتركة بالاتفاق حسب الحالة وتكفل الدول الأطراف المعنية مراعاة الاحترام التام لسيادة الدولة الطرف التي سيجري ذلك التحقيق داخل إقليمها).

الدول في السيادة، ويجوز بموافقة الدول الأطراف المعنية أن تشمل القرارات المتعلقة باستخدام أسلوب التسليم المراقب على الصعيد الدولي.

ومن الجدير ذكره انه من ضمن أساليب التعاون المشترك التسليم المراقب¹¹³¹ المنصوص عليه في الاتفاقيات الدولية باعتباره أحد أساليب التحريات الخاصة وذلك من خلال اتخاذ الدول الأطراف ووفق إمكانياتها المتاحة ووفق ما يسمح بها نظامها القانوني الداخلي استخدام هذا الأسلوب.

وأكدت الاتفاقية الأممية على اعتبار أسلوب التسليم المراقب من أهم الأساليب في مكافحة جرائم الفساد وتتبع المفسدين، وتعتبر هذه الاتفاقية أول اتفاقية دولية خاصة أولت عناية خاصة بالتسليم المراقب كأحد الآليات الدولية المعنية بمكافحة الفساد، وقد وسعت الاتفاقية من مجال استخدام أسلوب التسليم المراقب، فبعد أن كان قاصراً على الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، امتد نطاقه ليشمل مكافحة جرائم الفساد¹¹³².

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن اتفاقية باليرمو¹¹³³ سبقت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بتجريم بعض أفعال الفساد واتخاذ التدابير التشريعية والإدارية أو أية تدابير أخرى لمكافحة الفساد من خلال ما نصت عليه الاتفاقية حول ذلك في المادتين (8) و (9) منها ويعتبر أسلوب التسليم المراقب أحد هذه التدابير¹¹³⁴.

لقد جاء المشرع الفلسطيني منسجماً مع الاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بالتسليم المراقب لا سيما توصيات مجموعة العمل المالي الأربعين والتي تسمى (FATF)، وذلك من خلال تعريف التسليم المراقب في القرار بقانون رقم (9) لسنة 2007

¹¹³¹ حيث نصت المادة (4/26) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد على ما يلي: (يجوز بموافقة الدول الأطراف المعنية أن تشمل القرارات المتعلقة باستخدام أسلوب التسليم المراقب على الصعيد الدولي طرائق مثل اعتراض سبيل البضائع أو الأموال والسماح بمواصلة السير سالمة أو إزالتها أو إبدالها كلياً أو جزئياً).

¹¹³² سيد أحمد إبراهيم عبد القادر، النظام القانوني الدولي لاسترداد الأموال المهربة، ط. 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 219.
¹¹³³ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000، حيث انضمت لها دولة فلسطين بتاريخ 31/ديسمبر 2014.

¹¹³⁴ نصت المادة (8) "1" تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية جنائياً عندما ترتكب عمداً: أ. وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص آخر أو هيئة أخرى، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما ضمن نطاق ممارسته مهامه الرسمية؛ ب. التماس موظف عمومي أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص آخر أو هيئة أخرى، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما ضمن نطاق ممارسته مهامه الرسمية.

(2)-تنظر كل دولة طرف في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم السلوك المشار إليه في الفقرة 1 من هذه المادة الذي يكون ضالعا فيه موظف عمومي أجنبي أو موظف مدني دولي. وبالمثل، تنظر كل دولة طرف في تجريم أشكال الفساد الأخرى جنائياً (3). تعتمد أيضا كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير للتجريم الجنائي للمشاركة كطرف متواطئ، في فعل مجرم بمقتضى هذه المادة (4) لأغراض الفقرة 1 من هذه المادة والمادة 9 من هذه الاتفاقية، يقصد بتعبير "الموظف العمومي" أي موظف عمومي أو شخص يقدم خدمة عمومية، حسب تعريفها في القانون الداخلي وحسبما تطبق في القانون الجنائي للدولة الطرف التي يقوم الشخص المعني بأداء تلك الوظيفة فيها.

نصت المادة (9) "1" بالإضافة إلى التدابير المبينة في المادة 8 من هذه الاتفاقية، تعتمد كل دولة طرف، بالقدر الذي يناسب نظامها القانوني ويتسق معه، تدابير تشريعية أو إدارية أو تدابير فعالة أخرى لتعزيز نزاهة الموظفين العموميين ومنع فسادهم وكشفه والمعاقبة عليه (2). تتخذ كل دولة طرف تدابير لضمان قيام سلطاتها باتخاذ إجراءات فعالة لمنع فساد الموظفين العموميين وكشفه والمعاقبة عليه، بما في ذلك منح تلك السلطات استقلالية كافية لردع ممارسة التأثير غير السليم على تصرفاتها.

بشأن مكافحة غسل الأموال¹¹³⁵ حيث عرف القرار بقانون التسليم المراقب في المادة الأولى منه بأنه "الأسلوب الذي يمكن من خلاله التحقق من جرائم التهريب وإثباتها بجميع وسائل الإثبات، ولا يشترط أن يكون الأساس في ذلك حجز بضائع ضمن النطاق الجمركي أو خارجه، ولا يمنع من تحقق جرائم التهريب بشأن البضائع التي قدمت بها بيانات جمركية أن يكون قد جرى الكشف عليها وتخليصها دون أية ملاحظة أو تحفظ من الدائرة يشير إلى جريمة التهريب". ولكن يؤخذ على المشرع الفلسطيني بأنه لم يتناول أحكام وإجراءات وآليات التسليم المراقب ضمن متن القرار بقانون المذكور، وبقي الوضع على ما عليه حتى إقرار القرار بقانون رقم (20) لسنة 2015 بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب عندما نص في المادة (36) على أن التسليم المراقب بشأن مكافحة جرائم التهريب والكشف عنها من صلاحية دائرة الجمارك، والأمر ذاته انتهجه المشرع عندما واثم قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 مع الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، وذلك من خلال تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 بموجب القرار بقانون رقم (37) لسنة 2018 حيث عرف القانون التسليم المراقب ونص عليه ضمن أحكام المادة¹¹³⁶.

ثالثاً: التعاون في مجال تسليم المجرمين

يعد تسليم المجرمين من أهم المواضيع التي تجسد التعاون بين الدول في مكافحة جرائم الفساد، خاصة وأن معظم المتورطين في مثل هذه الجرائم يلجئون إلى الفرار إلى دولة أخرى بمجرد انكشاف أمرهم، أو قبل ذلك على اعتبار أنه لن يتابع في هذه الدولة. ويهدف التسليم إلى الحيلولة دون إفلات المجرم من العقاب في حالة ما إذا كان القانون الداخلي للدولة المتواجد على إقليمها المتهم لا يسمح لها بمحاكمته عن جريمته.

ونظراً لحساسية الموضوع فقد رصدت له الاتفاقية الأممية مجموعة من الشروط وذلك باختلاف الظروف¹¹³⁷، وهو ما تبينه فقرات المادة (44) منها، حيث تشير في فقرتها الأولى إلى وجوب أن يكون الفعل الذي تستند عليه الدولة طالبة

¹¹³⁵ للمزيد ينظر في القرار بقانون رقم (9) لسنة 2007 بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الفلسطيني.

¹¹³⁶ حيث نصت المادة (22) مكرر من القرار رقم (37) لسنة 2018 المعدل لقانون مكافحة الفساد الفلسطيني على ما يلي: (مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، وفي حدود ما تسمح به التشريعات السارية، والمعاهدات والاتفاقيات مجال التحريات والمتابعة والإجراءات القضائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون).

¹¹³⁷ تجدر الإشارة إلى النص الناظم لتسليم المجرمين في اتفاقية مجلس أوروبا للقانون الجنائي بشأن الفساد لعام 1999، حيث تنص المادة (27) من هذه الاتفاقية على أن "1- تعتبر الجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية مدرجة في عداد الجرائم الخاضعة للتسليم في أي معاهدة لتسليم المجرمين بين الأطراف... ويتعهد الأطراف بإدراج الجرائم التي يجوز تسليم مرتكبيها في أي معاهدة تسليم تبرمها...2- إذا تلقى الطرف الذي يجعل تسليم المجرمين مشروطاً بوجود معاهدة طلب تسليم من طرف آخر ليس لديه معاهدة تسليم معه، يجوز له أن يعتبر هذه الاتفاقية بمثابة الأساس القانوني لتسليم المجرمين فيما يتعلق بأي جريمة جنائية واردة في نطاق هذه الاتفاقية.3- على الأطراف التي لا تجعل تسليم المجرمين مشروطاً بوجود معاهدة أن تعتبر الجرائم الجنائية المنصوص عليها في هذه الاتفاقية جرائم قابلة للتسليم فيما بينها.4- يخضع تسليم المجرمين للشروط المنصوص عليها في قانون الطرف المطلوب أو بموجب معاهدات التسليم المعمول بها، بما في ذلك الأسس التي يجوز للطرف متلقي الطلب رفض التسليم على أساسها.5- إذا تم رفض التسليم عن جريمة جنائية محددة بموجب هذه الاتفاقية فقط على أساس جنسية الشخص المطلوب، أو لأن الطرف متلقي الطلب يرى أن لديه الولاية القضائية على الجريمة، فإنه يتعين على الطرف متلقي الطلب تقديم القضية إلى السلطات المختصة لغرض المقاضاة ما لم يتم الاتفاق مع الطرف الطالب على خلاف ذلك، وتبلغ النتيجة النهائية إلى الطرف الطالب في الوقت المناسب". ينظر في:

Criminal Law Convention on Corruption, The Council of Europe, supra note, art. 27.

وجدير بالذكر كذلك أن اتفاقية الدول الأمريكية لمكافحة الفساد لعام 1996، قد جاءت متطابقة بشكل تام مع ما ورد أعلاه، وذلك في المادة (13) منها، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الفقرة السابعة من المادة (13) قد ذكرت مسألة لم ترد في نطاق الاتفاقية الأوروبية، حيث نصت تلك

التسليم مجرماً لديها ولدى الدولة المطلوب منها تسليم المتورط في جريمة الفساد¹¹³⁸، ولكن مع إبقاء إمكانية التسليم ولو لم يكن الفعل مجرماً لدى الدولة المسلمة إذا كان قانونها الداخلي يسمح بذلك.

ولأن تسليم المجرمين عادة ما يكون منظماً بين الدول بمعاهدات ثنائية خاصة فقد أشارت الاتفاقية إلى وجوب إدراج الجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية في كل معاهدة خاصة بتسليم المجرمين بين الدول الأطراف في اتفاقية مكافحة الفساد.

وفي حالة عدم وجود معاهدة خاصة بالتسليم بين الدول الأطراف أمكن اعتماد هذه الاتفاقية أساساً للتسليم. أما بالنسبة لشروط التسليم فإنه وحسب الفقرة (8) من المادة (44) فإن التسليم يخضع للشروط التي ينص عليها القانون الداخلي بما فيها الشروط المتعلقة بالعقوبة الدنيا، و يلاحظ أن الاتفاقية من خلال نفس المادة قد أكدت على ضرورة سعي الدول إلى التعجيل بالتسليم وذلك وفقاً للنظام القانوني الداخلي لكل دولة.

وفي حالة رفض التسليم على اعتبار المجرم المطلوب من مواطني الدولة التي طلب منها التسليم وجب اتخاذ الإجراءات اللازمة التي تضمن إدانة المطلوب وعدم إفلاته من سيادة القانون، وهنا يمكن للدولة طالبة التسليم أن تتقدم بطلب النظر في إنفاذ العقوبة.

من جهة أخرى فقد راعت الاتفاقية وجوب مراعاة الإجراءات المنصفة والعادلة في حق المطلوب وفق ما ينص عليه قانون الدولتين أثناء القيام بإجراءات التحقيق أو التسليم، وفي هذا المجال إذا لاحظت الدولة الطرف المطلوب منها التسليم، أن هذا الطلب إنما يتعلق بأغراض مخالفة لما جاءت به الاتفاقية كغرض الملاحقة لأسباب تتعلق بجنس المطلوب أو عرقه أو دينه فوجب عدم تسليمه.

وقد حذا بهذه السبل في أطر التعاون الدولي الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد وسارت بذات اتجاه الاتفاقية الأممية ورسمت الأحكام العامة وشروط التسليم ما بين الدول الأطراف¹¹³⁹.

رابعاً: التعاون في مجال المساعدة القانونية المتبادلة

لا احد يتناسى الأهمية الكبيرة التي يوليها التعاون الدولي لمواجهة جريمة الفساد خصوصاً انه وبسبب التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال أصبحت هذه الجريمة تتخطى الحدود الإقليمية ما يجعل من الواجب تضافر الجهود الدولية لمكافحةها، عن طريق إبرام معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف للتعاون في المسائل الجنائية ضامناً للملاحقة الشبكات الإجرامية إذ اعتبرت الاتفاقية الدولية التي لها علاقة بجرائم الفساد أن تبادل المساعدة في المسائل الجنائية هو الأسلوب الناجح للتغلب على الطابع الدولي لجرائم الفساد والجرائم المنظمة، ومن هذه الاتفاقية فيينا 1988 واتفاقية باليرمو 2000، والتي نصت على المساعدة في مجال التحقيقات والملاحقات.

الفقرة على أن " 7 - رهناً بأحكام قانونها الداخلي ومعاهدات تسليم المجرمين، يجوز للدولة المطلوب إليها، عند اقتناعها بأن الظروف تبرر ذلك، وفي حالة الاستعجال، وبناء على طلب الدولة الطالبة، أن تحتجز أي شخص مطلوب تسليمه، وهو موجود على أراضيها، أو تتخذ إجراءات مناسبة أخرى لضمان وجوده في إجراءات التسليم". ينظر في :

Inter-American Convention against Corruption, supra note, art. (13/7).

¹¹³⁸ تامري عمر، التعاون الدولي في مكافحة الفساد، المرجع الإلكتروني السابق.

¹¹³⁹ للمزيد ينظر في : المادة (23) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.

كما أن المعاهدة النموذجية لعام 1990 لتبادل المساعدة في المسائل الجنائية الصادرة عن الأمم المتحدة¹¹⁴⁰ تمثل إطاراً بإمكانه مساعدة الدول التي تتفاوض بشأن اتفاقية ثنائية ترمي لتعزيز التعاون في هذا المجال ويمكن توضيح مسألة التعاون في تبادل المساعدة في المسائل الجنائية من خلال النقاط التالية¹¹⁴¹:

أ- الالتزام بالمساعدة:

أكدت كل من اتفاقية فيينا والمعاهدة النموذجية أهمية الالتزام من قبل الدول الأطراف بأن تقدم كل منها للأخرى أقصى ما يمكنها من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات وإجراءات المحاكمة في جريمة غسل الأموال، كذلك اهتمت اتفاقية باليرمو بالتشديد على أهمية التزام الدول الأطراف بأن تمد كل منها الأخرى بالمساعدة القانونية، وخاصة عندما يكون لدى الدولة الطرف الطالبة للمساعدة دواعٍ منطقية للشك بأن الجريمة ذات طابع غير وطني.

ب- نطاق التطبيق

نصت المادة 7/3 من اتفاقية فيينا عام 1988 على أنه يجوز أن تطلب المساعدة القانونية المتبادلة التي تقدم طبقاً لهذه المادة لأي من الأغراض الآتية:

- اخذ شهادة الأشخاص أو اعترافاتهم.
- إجراء التفتيش والضبط.
- فحص الأشياء وتفقد المواقع.
- الإمداد بالمعلومات والأدلة.
- توفير النسخ الأصلية أو الصور المصادق عليها من المستندات والسجلات.
- السجلات المصرفية أو المالية، وسجلات العمليات التجارية.
- تحديد نوع المتحصلات أو الأموال أو الوسائط أو غيرها من الأشياء أو اقتضاء أثرها للحصول على أدلة.

وبذات الصدد فقد نصت الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد وكذلك العربية بان على الدول الأطراف أن تقدم بعضها إلى بعض أكبر قدر من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية المتصلة بجرائم الفساد¹¹⁴²، كذلك نصت اتفاقية فيينا على أنه يجوز للأطراف أن تقدم لبعضها البعض أي أشكال أخرى من المساعدة القانونية غير تلك

¹¹⁴⁰ للمزيد ينظر في: المعاهدة النموذجية لتبادل المساعدة في المسائل الجنائية، بصيغتها المنقحة، عملاً بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 53/112، المؤرخ 9 كانون أول/ ديسمبر 1998.

¹¹⁴¹ دليلا مباركي، غسيل الأموال، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2007، ص. 296-297

¹¹⁴² للمزيد ينظر في المادة (46) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي نصت على ما يلي: (1- تقدم الدول الأطراف بعضها إلى بعض أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية المتصلة بالجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية. 2- تقدم المساعدة القانونية المتبادلة على أتم وجه ممكن بمقتضى قوانين الدولة الطرف متلقية الطلب ومعاهداتها واتفاقاتها وترتيباتها ذات الصلة، فيما يتعلق بالتحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية الخاصة بالجرائم التي يجوز أن تنسب عليها شخصية اعتبارية، وفقا للمادة 26 من هذه الاتفاقية، في الدولة الطرف الطالبة.

والمادة (20) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد حيث نصت (تقدم الدول الأطراف بعضها إلى بعض أكبر قدر من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية المشمولة بهذه الاتفاقية...).

التي وردت في الاتفاقية، بشرط أن يكون قانونها الداخلي يسمح بذلك¹¹⁴³، ويفهم من ذلك انه يمكن للدولة الطرف المطالبة بأشكال أخرى من المساعدة غير تلك الواردة في الاتفاقية إذا كان قانونها يسمح بذلك وفي هذا الصدد ذكرت المادة 14 من المعاهدة النموذجية 1990 بأنه "يجوز للدولة الطالبة طلب مساعدة الدولة المطالبة في دعوة شخص:

- للمثول في الإجراءات القانونية المتعلقة بمسالة جنائية في الدولة الطالبة.
- للمساعدة في التحقيقات المتعلقة بمسالة جنائية في الدولة الطالبة.

وعدا عن ذلك فإن من متطلبات التعاون في طلبات المساعدة القانونية المتبادلة تسمية سلطة المركزية لتلقي طلبات المساعدة، حيث تلتزم الدول الأطراف بأن تسمي سلطة مركزية تستند إليها مسؤولية وصلاحيات تلقي طلبات المساعدة القانونية المتبادلة وتنفيذ تلك الطلبات أو إحالتها إلى السلطات المعنية لتنفيذها بسرعة وبطريقة سليمة، ويتعين إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة باسم السلطة المركزية المسماة لهذا الغرض¹¹⁴⁴، وعادة ما تكون السلطة المركزية وزارة العدل إلا أننا نرى بأن تكون السلطة المركزية هي هيئة مكافحة الفساد.

ومن الجدير ذكره أن الاتفاقية قد حتمت على الدولة الطرف الطالبة بحظر نقل المعلومات أو الأدلة التي تزود بها الدولة الطرف متلقية الطلب، أو أن تستخدمها في تحقيقات أو ملاحقات أو إجراءات قضائية غير تلك المذكورة في الطلب، وقد

¹¹⁴³ تجدر الإشارة إلى النص الناظم للمساعدة القانونية المتبادلة في إطار اتفاقية مجلس أوروبا للقانون الجنائي بشأن الفساد لعام 1999، حيث تنص المادة (26) من هذه الاتفاقية على أن "1 - يتكفل الأطراف مع بعضهم البعض بأكثر قدر من المساعدة المتبادلة عن طريق معالجة الطلبات المقدمة من السلطات التي تتمتع - وفقاً لقوانين المحلية للأطراف - بسلطة التحقيق أو الملاحقة القضائية في الجرائم الجنائية المنصوص عليها في هذه الاتفاقية. 2- يجوز رفض المساعدة القانونية المتبادلة بموجب الفقرة 1 من هذه المادة إذا اعتقد الطرف متلقي الطلب أن الامتثال للطلب من شأنه أن يقوض مصالحه الأساسية أو سيادته الوطنية أو أمنه القومي أو نظامه العام. 3- لا يجوز للأطراف التذرع بالسرية المصرفية كأساس لرفض أي تعاون بموجب هذا الفصل. وحيثما يقتضي القانون الداخلي ذلك، يجوز للدولة الطرف أن تشترط أن يتم الحصول على إذن من القضاء المختص أو أي سلطة قضائية أخرى، بما في ذلك المدعون العامون... وذلك بخصوص طلب التعاون الذي ينطوي على رفع السرية المصرفية". ينظر في:

Criminal Law Convention on Corruption, The Council of Europe, supra note, art. 26.

وبنفس الاتجاه، فقد أكدت المادة (14) من اتفاقية الدول الأمريكية لمكافحة الفساد لعام 1996 على أن "1 - وفقاً لقوانينها الداخلية والمعاهدات المنطبقة، تمنح الدول الأطراف بعضها البعض أوسع قدر من المساعدة المتبادلة عن طريق معالجة الطلبات المقدمة من السلطات التي لها - وفقاً للقوانين المحلية - سلطة التحقيق في أعمال الفساد الموصوفة في هذه الاتفاقية أو ملاحقتها قضائياً، وذلك للحصول على أدلة واتخاذ الإجراءات اللازمة الأخرى لتسهيل الإجراءات والتدابير القانونية المتعلقة بالتحقيق أو المقاضاة المرتبطة بأعمال الفساد. 2- تزود الدول الأطراف بعضها البعض أيضاً بأكثر قدر من التعاون التقني المتبادل بشأن أنجع السبل والوسائل لمنع أعمال الفساد وكشفها والتحقيق فيها والمعاقبة عليها. وتحقيقاً لهذه الغاية، يتعين عليها تعزيز تبادل الخبرات عن طريق الاتفاقات والاجتماعات بين الهيئات والمؤسسات المختصة، وإبلاء اهتمام خاص لأساليب وإجراءات مشاركة المواطنين في مكافحة الفساد". ينظر في:

Inter-American Convention against Corruption, supra note, art. (14).

وعلى نفس المنوال، فقد أكدت اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته لعام 2003، حيث جاء في المادة (18) منها بأنه "1- طبقاً لقوانينها المحلية والمعاهدات القابلة للتطبيق، تلتزم الدول الأطراف بتحقيق أكبر قدر ممكن من التعاون الفني وتقديم المساعدات فيما بينها عند القيام فوراً ببحث الطلبات المقدمة من السلطات المخولة بمقتضى قوانينها الوطنية لمنع أعمال الفساد والجرائم ذات الصلة والكشف عنها والتحقيق فيها والمعاقبة عليها... 4- تلتزم الدول الأطراف بالتعاون فيما بينها، كلما أمكن، على تقديم أي مساعدات فنية متاحة عند وضع البرامج ومدونات السلوك، أو على القيام، عند اللزوم ولصالح العاملين فيها، بتنظيم دورات تدريبية مشتركة بين دولة أو عدة دول في مجال مكافحة الفساد والجرائم ذات الصلة... 6- لا تنص هذه المادة على أي أحكام تمنع الدول الأطراف من أن تقدم إحداها للأخرى أفضل أشكال المساعدات القانونية المتبادلة المسموح بها في ظل قوانينها المحلية".

¹¹⁴⁴ للمزيد ينظر في المادة (13/46) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والمادة (5/20) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.

عالجت الاتفاقية الحالات التي تجيز للدولة الطرف متلقيه الطلب برفض تقديم المساعدة القانونية إذا لم يقدم الطلب أصولاً ووفق ما تم رسمه في الاتفاقيات الدولية¹¹⁴⁵ كأن يكون تنفيذ الطلب يمس بسيادتها، أو أمنها أو نظامها العام، أو في حال كان تلبية الطلب يتعارض مع النظام القانوني للدولة الطرف متلقيه الطلب فيما يتعلق بالمساعدة القانونية المتبادلة القضائية.

خامساً: التعاون في نقل الأشخاص المحكوم عليهم

نظمت الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد آلية التعاون في نقل الأشخاص الذين يحكم عليهم بالحبس أو بأشكال أخرى من الحرمان من الحرية لإرتكابهم أفعال مجرمة، إلى إقليمها لكي يكمل أولئك الأشخاص مدة عقوبتهم، ويعد عملية نقل المحكوم عليهم من الأمور الجوازية في الاتفاقيات الدولية أنفة الذكر.¹¹⁴⁶

ووفقاً للقواعد المتعارف عليها يعتبر نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية إجراء إدارياً لا يتطلب صدور أي قرار قضائي وفي ذلك تحقيقاً لأهداف اجتماعية وإنسانية وإصلاحية أهمها تقريب المحكوم عليه من ذويه وإزالة الخطورة الإجرامية الكامنة لديه، ولضمان إعادة دمجه في المجتمع بعد انقضاء العقوبة المحكوم بها، مراعاة الظروف الأسرية للمحكومين، ولا يمكن تقديم هذا النوع من أنواع التعاون الدولي في المسائل الجنائية، إلا إذا كانت هنالك اتفاقية ثنائية أو إقليمية أو دولية مصادق عليها وفقاً للإجراءات الوطنية المعمول بها، تسمح القيام بهذا الإجراء أو تكون بموجب ترتيبات ثنائية بناءً على مخاطبات مباشرة.¹¹⁴⁷

وتُجمع الاتفاقيات الدولية عند عملية نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية وجود شروط عامة وأهمها أن يكون طلب النقل خطياً، ومقدم من المحكوم عليه أو أحد أقاربه إلى الدولة مصدرة الحكم أو الدولة طالبة النقل، وان يكون المحكوم عليه من مواطني الدولة التي سينقل إليها، وان يكون الحكم قطعياً، وبأن يكون قد تبقى من مدة العقوبة المحكوم بها سنة واحدة على الأقل، وان يوافق المحكوم عليه أو ممثله القانوني على النقل، وبأن توافق الدولتان مصدرة الحكم وطالبة النقل على عملية طلب النقل، ويشترط بهذه الطلبات توافر جميع الوثائق والمستندات المعززة لها.

سادساً: التعاون في مجال نقل الإجراءات الجنائية

إن آليات التعاون الدولي لمكافحة الفساد متعددة وذلك لإتاحة الفرصة للدول للتغلب على هذه الجريمة ذات البعد العالمي ومن بينها نقل الإجراءات الجنائية، إذ نصت الاتفاقيات الدولية الأممية والعربية على هذه الآلية بهدف التركيز على ملاحقة المتهم،¹¹⁴⁸ ونرى أن الهدف من هذا التعاون هو ترسيخ أساس مبادئ احترام السيادة الوطنية والولاية القضائية الوطنية وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، والإيمان بأن هذا التعاون من شأنه أن يدعم أهداف العدالة

¹¹⁴⁵ للمزيد ينظر في المادة (46) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والمادة (11/20) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.

¹¹⁴⁶ للمزيد ينظر في المادة (45) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والمادة (24) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.

¹¹⁴⁷ ناصر السلاطات، المربع السابق، ص. 61.

¹¹⁴⁸ حيث نصت المادة (47) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ما يلي: (تنظر الدول الأطراف في إمكانية نقل إجراءات الملاحقة بفعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية إلى بعضها البعض بهدف تركيز تلك الملاحقة في الحالات التي يعتبر فيها ذلك النقل في صالح حسن سير العدالة، وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بعدة ولايات قضائية)، وكذلك ما نصت عليه المادة (22) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، حيث أكدت على أن: (تنظر الدول الأطراف في إمكانية نقل إجراءات الملاحقة بفعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية إلى بعضها البعض بهدف تركيز تلك الملاحقة في الحالات التي يعتبر فيها ذلك النقل في صالح حسن سير العدالة، وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بعدة ولايات قضائية).

وإعادة الاستقرار الاجتماعي للمجرمين ويعزز مصالح ضحايا الجريمة، ويضع في الاعتبار أن نقل الإجراءات في المسائل الجنائية تسهم في إقامة العدل بصورة فعالة وفي الحد من تنازع الاختصاصات.

والجدير ذكره أن الجمعية العامة المتحدة قد اعتمدت نموذجاً للمعاهدات الثنائية التي يجب أن تبرم في سبيل تحقيق هذا التعاون وأولت فيه ضرورة توفير وثائق ومستندات عند عملية النقل ومراعاة لحقوق وضمانات المتهم التي يجب احترامها دون المساس بإتخاذ مجريات تحقيق العدالة¹¹⁴⁹.

سابعاً: التعاون الدولي في مجال استرداد الموجودات

يعتبر مجال التعاون الدولي المحرك الأساسي لضمان نجاح عملية استرداد الأصول، سواء على صعيد تجميع الأدلة أو تنفيذ التدابير المؤقتة أو المصادرة النهائية، وتبرز أهميته بشكل كبير عندما تتم مصادرة الأصول، ويندرج التعاون في مجال المساعدات غير الرسمية¹¹⁵⁰ وفي مجال طلبات المساعدة القانونية المتبادلة¹¹⁵¹، فهو المساند لعملية الاسترداد ابتداءً من عملية تعقب الأصول وحفظها، وصولاً إلى إنفاذ الأمر بالمصادرة وإرجاع الموجودات.

وتحدد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الإجراءات التي تتبع من أجل التعاون الدولي في مسائل المصادرة، وهذه صلاحيات مهمة¹¹⁵²، حيث أن المجرمين كثيراً ما يسعون إلى إخفاء عائدات الجرائم وأدواتها، وكذلك الأدلة المتعلقة بها في أكثر من ولاية قضائية، من أجل إحباط جهود إنفاذ القانون الرامية إلى تحديد مكانها وحصرها، وأوجب المادة 54 على كل دولة طرف أن تتخذ جملة من التدابير الرامية إلى إنجاح استرداد الموجودات المكتسبة بارتكاب أفعال فساد أو المرتبطة بها، وهي تدابير إما ترمي إلى حجز وتجميد تلك الممتلكات أو تهدف إلى مصادرتها¹¹⁵³.

أما بخصوص التدابير الرامية على حجز وتجميد الممتلكات فقد نصت الفقرة 2 من المادة 54 الدول الأطراف إلى القيام بعدة إجراءات تمكنها من تقديم المساعدة القانونية المتبادلة بناء على طلب مقدم عملاً بالفقرة 2 من المادة 55، واتخاذ ما يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بتجميد أو حجز الممتلكات بناء على أمر تجميد أو حجز صادر عن محكمة أو

¹¹⁴⁹ للمزيد ينظر في: نموذج المعاهدة المعتمدة بشأن نقل الإجراءات في المسائل الجنائية المعتمدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 118/45 المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1990.

¹¹⁵⁰ المساعدة غير الرسمية تشمل: أي نوع من المساعدة لا تتطلب طلباً رسمياً بالمساعدة القانونية المتبادلة، وتستخدم غالباً بين الوكالات النظيرة لتجميع المعلومات والتحريرات لتيسير التوفيق بين الاستراتيجيات والإجراءات التالية لاسترداد الأصول. للمزيد ينظر في: البنك الدولي، دليل لاسترداد الأصول المنهوبة: مرشد الممارسين، 2011، ص. 6.

¹¹⁵¹ طلب المساعدة القانونية المتبادلة: هو طلب مكتوب يستخدم في تجميع الأدلة وفي الحصول على تدابير مؤقتة، والسعي لإنفاذ أوامر محلية في ولاية قضائية أجنبية. للمزيد ينظر في: البنك الدولي، دليل لاسترداد الأصول المنهوبة: مرشد الممارسين، المرجع السابق، ص. 7.

¹¹⁵² للمزيد ينظر في: المادتين 54 و55 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والمادة (27) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.

¹¹⁵³ أشارت اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته لعام 2003 إلى بعض النصوص المتعلقة بالتعاون الدولي في مجال استرداد الموجودات، حيث نصت المادة (16) منها على أن " 2- تلتزم الدولة الطرف المطلوب منها، بقدر ما تسمح به قوانينها وبناء على طلب الدول الطرف الطالبة، بمصادرة وارجاع أي شيء، : أ- قد يكون مطلوباً كدليل على ارتكاب الجريمة موضوع البحث. ب- تم اكتسابه نتيجة الجريمة المطلوب التسليم بشأنها ووجد في حوزة الشخص المطلوب عن اعتقاله أو تم اكتشافه بعد ذلك. 3- يجوز تسليم الأشياء المشار إليها في الفقرة من هذه المادة إذا طلبت ذلك الدولة الطرف حتى في حالة رفض تسليم الشخص المطلوب أو تعذر تسليمه بسبب وفاته أو إختفائه أو فراره. 4- عندما تتعرض الأشياء المذكورة للحجز أو المصادرة في أراضي الدولة الطرف المطلوب منها، يجوز لهذه الدولة أن تحتفظ مؤقتاً بالأشياء المطلوبة أو تسلمها إلى الدولة الطرف الطالبة شريطة ردها حتى يتم استكمال الإجراءات الجنائية الجارية".

سلطة مختصة في الدولة الطرف الطالبة، يوفر أساساً معقولاً لاعتقاد الدولة الطرف متلقية الطلب بأن هناك أسباباً كافية لاتخاذ إجراءات من هذا القبيل، وبأن تلك الممتلكات ستخضع في نهاية المطاف لأمر مصادرة لأغراض الفقرة 1 (أ) من المادة 54.

ولكن الاستجابة لرغبة الدولة الطالبة المتمثلة بتجميد أو حجز الممتلكات تتطلب توفر الشروط التالية توفر أمر تجميد أو حجز صادر عن محكمة أو سلطة مختصة في الدولة الطرف الطالبة، وأن يوفر أمر التجميد أو الحجز أو الحكم القاضي بأحدهما أساساً معقولاً لاعتقاد الدولة الطرف متلقية الطلب، بأن هناك أسباباً كافية لاتخاذ إجراءات من هذا القبيل، وبأن الممتلكات ستخضع في نهاية المطاف لأمر مصادرة، وأن يكون الهدف من تلك المصادرة تحقيق أحد أغراض الفقرة 1 (أ) من المادة 54 من الاتفاقية¹¹⁵⁴.

ولقد أثبتت التجارب العملية أن اختلاف الأنظمة القانونية بين البلدان شكل أهم العقبات أمام استرداد الموجودات، وذلك فيما يتعلق بالحصول على الأوامر الداخلية بالتجميد والمصادرة، التي توفر الأساس المعقول لتقديم الطلب الدولي والحصول على إنفاذ تلك الأحكام. وحتى بعد الحصول على تلك الأوامر وإنفاذ الأحكام تظهر مشاكل ذات علاقة بالمعايير الإثباتية والإجرائية عالية المستوى المطلوبة من بعض الدول المتقدمة. غير أن التشريع الدولي قد وفق في المادة 54 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بدعوتها الدول الأطراف لاتخاذ التدابير للسماح لسلطاتها بتجميد أو حجز الممتلكات، بناء على طلب يوفر أساساً معقولاً، وذلك لتجاوز مساوئ اشتراط صدور حكم قضائي أو أمر داخلي للقيام بالتجميد أو الحجز¹¹⁵⁵.

بالإضافة إلى دعوة الدول الأطراف إلى تسهيل عملية التجميد أو الحجز، دعت الفقرة (2، ج) من نفس المادة الدول الأطراف إلى النظر في اتخاذ تدابير إضافية للسماح لسلطاتها المختصة بأن تحافظ على الممتلكات من أجل مصادرتها، وهنا يمكن ملاحظة الرغبة الدولية في دعوة الدول الأطراف إلى الاعتراف بأحقية الدول الطالبة في التماس التحفظ على الموجودات لغاية صدور الأمر بمصادرتها، وذلك بناء على توجيه اتهام جزائي ضد من يشتبه في قيامه بتهريب تلك الممتلكات أو حكم بإدانتها، مما ييسر منع تسريب هذه الأموال ويسهل مصادرتها واستردادها فيما بعد¹¹⁵⁶، أما على صعيد الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد 2010، فقد خصصت أيضاً جزءاً كاملاً، كما وضحنا سابقاً، لتنظيم المسائل المتعلقة بالتجميد والحجز والمصادرة، وتضمنت تفصيلاً لما يتعين على الدولة الطرف اتخاذه من تدابير حيال الطلبات بشأن حجز أو تجميد عائدات جرمية، واتخاذ ما يلزم من تدابير لتمكين من كشف العائدات الجرمية أو اقتفاء أثرها أو تجميدها أو حجزها لغرض مصادرتها¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁴ نزمين مرمش وآخرون، الإطار الناظم لاسترداد الأصول بين التشريع والتطبيق دولياً ومحلياً، معهد الحقوق، رام الله، 2013، ص. 135
¹¹⁵⁵ زغاب المنصف : الإطار التشريعي المنظم لاسترداد عائدات الفساد على الصعيدين الدولي والإقليمي، (ورقة عمل مقدمة من قاضي مستشار بمحكمة الاستئناف بنابل، تونس، ضمن ورشة العمل التي نظمتها جامعة الدول العربية حول موضوع استرداد الموجودات)، القاهرة، 2011، ص. 28.

¹¹⁵⁶ زغاب المنصف، الإطار التشريعي المنظم لاسترداد عائدات الفساد على الصعيدين الدولي والإقليمي، المرجع السابق، ص. 32.
¹¹⁵⁷ للمزيد ينظر في : أحكام الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد 2010.

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، نتقل للحديث عن أدوات التعاون الدولي الفعالة في مجال مكافحة الفساد على الصعيد الفلسطيني (المطلب الثاني).

المطلب الثاني

أدوات التعاون الدولي الفعالة في مجال مكافحة الفساد على الصعيد الفلسطيني

إن مكافحة الفساد تتطلب تعزيز أساليب النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير وإدارة الأموال العامة والخاصة، وتدعيم وسائل التعاون القضائي الدولي في ملاحقة مرتكبي جرائم الفساد وإحالتهم على القضاء لتقرير الجزاءات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في حقهم، في حال ثبوت ارتكابهم جرائم الفساد وإحالتهم للقضاء لتقرير الجزاءات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في حقهم، والعمل على تجميد حجز هذه الممتلكات وإعادةها لأصحابها الشرعيين ولا يتأتى ذلك إلا بواسطة وسائل التعاون الدولي وسن التشريعات الوطنية لمكافحة جرائم الفساد أيضاً كانت طبيعتها. إذ يترتب على تصدير العائدات الجرمية إلى الخارج، صعوبة استعادتها، وفضلاً عن ذلك تقلل نفس هذه العقبات من قدرتها على تقديم طلبات دولية وافية للسلطات القضائية الأجنبية التي توجد لديها الأموال، في حين أن الطلب الكافي قد يمكن تلك السلطات من الشروع في إجراءات تقييد العوائد أو إنفاذ أمر الحجز أو مصادرة أجنيين، ومن ناحية أخرى قد لا تستجيب نفس السلطات وغالباً ما تكون بلدنا متقدمة لطلبات المساعدة القانونية فتستطيع بلدان كثيرة أن تجمد العوائد ولكنها لا تستطيع إعادةتها، وفي حالات أخرى فإن المعايير الإجرائية التي تشترطها قوانين السلطة القضائية الأجنبية معقدة ومن ثم يصعب أو يستحيل على الدولة الطالبة أن تفي بها. وقد نصت الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد على أن استرداد الموجودات هو مبدأ أساسي من الاتفاقيات، وان على الدول الأطراف أن تمد بعضها البعض بأكبر قدر من العون والمساعدة في هذا المجال، وقد تبين انه لا يمكن محاربة الفساد إلا من خلال جهود دولية ومنسقة تستند إلى الالتزام الحقيقي من جانب الدول.

وقد تعددت الاتفاقيات الدولية المكرسة للتعاون القضائي والتي ذكرنا جزء كبير منها في معرض دراستنا هذه واتخذت أبعاداً مختلفة، فمنها متعددة الأطراف ومنها ذات طابع ثنائي، ومن محتوى مختلف أصناف الاتفاقيات وبغض النظر عن الأطراف المبرمة لها يتبين أن اتخاذ الجريمة طابعاً سياسياً يمثل حائلاً دون إقرار العمل بأوجه التعاون القضائي الدولي، إذ أن الاتفاقيات الدولية تؤسس على جملة مبادئ من أهمها: دولة القانون، الطبيعة الجزائية للقضية، المصلحة العليا للدولة، دعم حقوق الإنسان والحريات الأساسية، جدية الطلب، المعاملة بالمثل، عدم انقضاء الدعوى أو سقوطها بمرور الزمن، التجريم المزدوج، الثقة، السرعة في الانجاز، وحدة الأثر القانوني، الامتياز.

وخلاصة ذلك انه وفي صورة عدم وجود أحكام معينة في اتفاقية تعاون قضائي يمكن أن يستند هذا التعاون إلى القانون الداخلي للدولة المطلوب لديها التعاون إذا كان أفضل وأنجع لمجال التعاون القضائي الدولي، وفي ظل غياب اتفاقيات تعمل الدول على اعتماد قاعدة المعاملة بالمثل وهي قاعدة مستمدة من مبدأ الثقة وحسن النية الذي يفترض أن تتسم به علاقات التعاون بين البلدان، وتتخذ هذه القاعدة عموماً شكل التصريح بالمعاملة بالمثل يصدر إما عن الممثلة الدبلوماسية

أو عن النياية العامة المختصة بالمتابعة أو من وزارة العدل للدولة الطالبة وذلك لفائدة الدولة المطلوب لديها التعاون القضائي¹¹⁵⁸.

وتعتبر فلسطين حالة استثنائية نظراً لعدد من الظروف كونها لا تمتلك أي سيطرة على المعابر والحدود، وهذا بحد ذاته يشكل احد العوائق أمام إمكانية فلسطين القانونية والفعلية للتعاون على الصعيد الدولي، والجدير بالذكر أن فلسطين لم تبرم اتفاقيات ثنائية بشأن تسليم المجرمين أو المساعدة القانونية المتبادلة باستثناء الاتفاقية الجنائية مع دولة الإكوادور للعام 2017¹¹⁵⁹، إلا انه بالإمكان تطبيق الأحكام ذاتية النفاذ الواردة في المعاهدات الدولية، حيث قد نفذت عمليات تسليم للمجرمين المطلوبين على أساس مبدأ المعاملة بالمثل، غير انه يوجد قانون بشأن تسليم المجرمين الفارين معمول به في الضفة الغربية¹¹⁶⁰، إلى جانب قانون آخر بشأن تسليم المجرمين الفارين معمول به في قطاع غزة¹¹⁶¹، وهما قانونان مر عليها الزمن ولا يلبوا الحاجة.

بالمقابل، تعتبر فلسطين عضواً كاملاً في جامعة الدول العربية، وقد انضمت إلى عدد من المعاهدات الإقليمية، ومنها الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، والاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي¹¹⁶²، والى جانب ذلك فإن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تعتبر بالنسبة لفلسطين أول اتفاقية دولية ذات نطاق عالمي تعمل على تنظيم أوجه التعاون الدولي، ويمكن أن تطبق فلسطين بشكل مباشر الأحكام الذاتية الواردة في المعاهدات الدولية.

وعلى الرغم مما سبق، فإن التساؤل الأهم يبقى مطروحاً، ألا وهو: إلى أي مدى تعتبر الاتفاقيات الدولية والإقليمية النازمة للتعاون الدولي ملزمة بالنسبة للدول الأطراف - ومن ضمنها دولة فلسطين - على صعيد التطبيق الواقعي؟ إن الإجابة عن التساؤل السابق تحتم النظر في نصوص تلك الاتفاقيات، حيث يلاحظ المتفحص لتلك النصوص بأنها تختلف من حيث الصياغة، فمنها ما يرتبط بالصياغة الوجوبية؛ أي التي تتضمن معنى الإلتزام، وبالتالي يقع على الدول التقيد بها، وعدم الخروج عليها تحت طائلة المسؤولية. أما أغلب تلك النصوص فتتصف بالطابع الاختياري، الذي يحتكم دوماً للقانون الداخلي بالنسبة للدولة الطرف، وفي هذا المجال، فإنه لا مفر من الاعتراف بأن تلك النصوص الاختيارية لا تتمتع بالطابع الإلزامي، وعليه، فإن الدول لا تقع تحت طائلة المسؤولية عند مخالفتها، وذلك باستثناء المسؤولية الدولية الأخلاقية.

¹¹⁵⁸ احمد محمد براك حمد، المرجع السابق، ص 480.

¹¹⁵⁹ تجدر الإشارة إلى أنه قد تم توقيع العديد من مذكرات التفاهم في المسائل الجنائية بين النياية العامة الفلسطينية ونظيرتها مع العديد من الدول مثل تركيا والصين وروسيا والبحرين والمغرب وفنزويلا واسبانيا وايطاليا ورومانيا والجزيل الأسود. للمزيد ينظر في: احمد محمد براك حمد، المرجع السابق، ص. 412.

¹¹⁶⁰ للمزيد ينظر في قانون بشأن تسليم المجرمين الفارين لسنة 1927 معمول به في الضفة الغربية.

¹¹⁶¹ للمزيد ينظر في قانون بشأن تسليم المجرمين الفارين لسنة 1924 معمول به في قطاع غزة.

¹¹⁶² تعد اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الدولي من أهم الاتفاقيات التي تستند إليها دولة فلسطين في التعاون القضائي بين الدول العربية في المسائل الجنائية بحيث تشمل نطاق الإنابة القضائية والية إرسال طلب الإنابة عن طريق وزارة العدل لدى كل دولة طرف، ويتضمن الطلب البيانات كافة المتعلقة بنوع القضية ووقائعها والمهمة موضوع الطلب، الجهة الصادرة عنها الطلب، الجهة المطلوب إليها التنفيذ، وسماع الشهود، وتحديد مكان إقامتهم. للمزيد ينظر في: ناصر السلمات، المرجع السابق، ص26

ولأن صيغة غالبية الالتزامات الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد- وكذا غالبية الاتفاقيات الدولية والإقليمية - لم تأتي بالإلزام الحتمي، فإنه يصعب القول بأن الدولة الطرف ستصبح مسؤولة دولياً إذا فشلت في الوفاء بالتزاماتها، أو نفذت التزامها بشكل ملائم. لكن إذا ما فسرنا الالتزامات الواردة في نطاق الاتفاقيات الدولية والإقليمية لمكافحة الفساد وفقاً لقانون حقوق الإنسان، وذلك في ضوء المادة (31/3-ج من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات)¹¹⁶³، عندئذٍ يصبح من الواضح أن التدابير المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والإقليمية لمكافحة الفساد يجب أن تتخذ بطريقة فعالة من أجل الوفاء بالالتزامات المتعلقة بحماية حقوق الإنسان ومتطلباتها، على نحو يؤدي إلى حظر انتهاكها، استناداً للقانون الذي ينظم هذه الحقوق¹¹⁶⁴.

وبصرف النظر عن إلزامية النصوص النازمة للتعاون الدولي، فإن دولة فلسطين لم تقف مكتوفة الأيدي وعملت على تطبيق النصوص الاختيارية في الاتفاقية الدولية وإبرام العديد من المذكرات الثنائية بين الدول سعياً منها في التطبيق الأمثل لأحكام الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد، إلا أننا ننوه بهذا الصدد أن بعض الوسائل التي استخدمتها فلسطين مقتصرّة على بعض الوسائل دون الأخرى وذلك بقدر الإمكانيات التي تتاح أمامها لاسيما وأن أهم عائق حائل دون ممارسة سبل التعاون يتمثل بعدم اعتراف جزء من الدول بعضويتها الكاملة، وسيطرة الاحتلال الإسرائيلي على المعابر يعد احد العوائق التي تحول دون إمكانية ونجاحة إجراء التعاون الفعال في مجال مكافحة الفساد.

وفي هذا المقام، فإننا نجد أنه من المفيد أن نخرج على الواقع التطبيقي لوسائل وأساليب التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد على الصعيد الفلسطيني، وذلك على من خلال النقاط الآتية :

أولاً: التعاون في مجال إنفاذ القانون

إن مجرد الانضمام للاتفاقيات الدولية يلقي عبأً على الدول بالالتزام بمضمون نصوصها التشريعية، حتى وإن لم يكن هنالك أي تقنين داخلي ينظم سبل التعاون الدولي. وعلى الرغم من عدم وجود قانون لدى دولة فلسطين يحدد سبل التعاون الدولي والياته، إلا أنها التزمت بأحكام الاتفاقيات الدولية وقدمت المستطاع للتعاون مع بعض الدول في ضوء تسهيل وتمرير بعض المعلومات في مجال إنفاذ القانون، ولعل انضمام فلسطين للشرطة الدولية الانتربول¹¹⁶⁵ أضحى يمثل اعترافاً في مجال إنفاذ القانون وتبادل المعلومات عن المجرمين وطلب إحضارهم.

ثانياً: التعاون في مجال التحقيقات المشتركة وأساليب التحري الخاصة

¹¹⁶³ تنص المادة (31/3-ج) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على أن " 3- يؤخذ في الاعتبار، إلى جانب سياق المعاهدة، ما يلي: (ج) أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف". والمقصود هنا أنه يأخذ إلى جانب سياق الاتفاقيات الدولية والإقليمية لمكافحة الفساد القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان، على اعتبار أن هذه القواعد تعتبر واجبة التطبيق على صعيد العلاقات بين الدول الأطراف في اتفاقيات مكافحة الفساد، إذ يتوجب على كل الدول التعاون في مجال مكافحة الفساد، وذلك احتراماً لمنظومة حقوق الإنسان؛ تبعاً للتأثيرات السلبية التي يحدثها الفساد على صعيد منظومة حقوق الإنسان.

¹¹⁶⁴ Anne Peters, Corruption as a Violation of International Human Rights, The European Journal of International Law Vol. 29, no. 4, 2018, p. 1260.

¹¹⁶⁵ حيث انضمت فلسطين لمنظمة الشرطة الجنائية الدولية "الانتربول" بتاريخ 27 / 09 / 2017 وتم قبول دولة فلسطين عضواً فيها، بعد تصويت 74 دولة على القرار مع العلم أن هذا الانضمام سيفتح المجال لدولة فلسطين بملاحقة بعض الفارين من العدالة، شريطة أن تكون الدولة الموجود فيها الفار من وجه العدالة عضواً بمنظمة الانتربول.

تعد هذه الطريقة احد وسائل التعاون الدولي لمكافحة الجريمة العابرة للحدود، وبما أن هذه الوسيلة هي إحدى الخيارات للدول الأطراف فإن ما يعزز أعمال هذه الوسيلة ضرورة وجود اتفاقيات ثنائية بين دولة فلسطين ودول أطراف أخرى لتحقيق أكبر قدر من فعالية في مجال التحقيقات. وقد قامت النيابة العامة بإبرام العديد من المذكرات الثنائية في سبيل التحقيقات المشتركة لأحد المتهمين بجرائم الفساد من خلال إتباع الطرق الدبلوماسية في تقديم الطلبات. وعلى الرغم من ذلك، وتحديدًا بالنسبة أعمال التحري الخاصة، فإنه بالإمكان تنفيذها بين الدول والجهات المختصة ضمن أعمال التحقيقات الأولية التي تجريها هيئة مكافحة الفساد عند وصول معلومات أولية خلال أعمال تحقيقاتها الأولية عن احد المشتبه بهم والطلب من الجهات المختصة فيها كهيئات النزاهة ومكافحة الفساد التي أبرمت معها اتفاقيات ثنائية لتقديم معلومات وتفصيل عن مكان أو عمل معين أو أية بيانات تراها مهمة لأحد المشتبه فيهم لاستكمال تحرياتهم وتحقيقاتها الأولية، ولعل ابرز ما قامت به هيئة مكافحة الفساد الفلسطينية بهذا الصدد هو إبرام العديد من مذكرات التعاون الثنائية للعديد من الدول في سبيل تفعيل هذا الجانب.

ثالثاً: التعاون في مجال تسليم المجرمين

فيما يتعلق بمسائل تسليم المجرمين تشترط دولة فلسطين بشكل عام ازدواجية التجريم، ومع ذلك يعتبر التجريم المزدوج أمراً يتواءم والاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد وهو الأساس القانوني لتسليم المجرمين¹¹⁶⁶. ومن خلال استعراض المعوقات التي تقف حجر عثرة أمام دولة فلسطين ومن ضمنها وجود احتلال يسيطر على الجسور والمعابر وهذا العائق يشكل قيداً على استخدام هذا الأسلوب لتحقيق التعاون الدولي الذي بالإمكان الاستفادة منه كون فلسطين احد الدول الأطراف التي وقعت على اتفاقية الرياض¹¹⁶⁷، ومن الجدير ذكره وجود قوانين فلسطينية تنظم تسليم المجرمين، حيث يوجد قانون مطبق في الضفة الغربية¹¹⁶⁸، وآخر مطبق في قطاع غزة¹¹⁶⁹، إلا أن هذين القانونين لا يواكبان التطورات الحديثة التي حددتها الاتفاقيات الدولية على صعيد الآليات الخاصة بتسليم المجرمين، وبمعنى آخر فإن هذه الوسيلة - أي إجراءات تسليم المجرمين - لا تطبق على ارض الواقع بشكل فاعل نظراً للعوامل المذكورة أعلاه.

رابعاً: التعاون في مجال المساعدة القانونية المتبادلة

تعد المساعدة القانونية المتبادلة احد الطرق التي بالإمكان استخدامها كإطار لتفعيل سبيل التعاون الدولي لمكافحة الفساد، حيث أن دولة فلسطين وبموجب هذه الطريقة عملت على تسمية وزارة العدل كنقطة مركزية لاستلام وتسليم طلبات التعاون للمساعدة القانونية المتبادلة، إذ تم إنشاء وحدة التعاون الدولي في وزارة العدل كوحدة متخصصة لاسترداد الموجودات، حيث كلفت بكل القضايا المتعلقة بالمساعدة القانونية المتبادلة والتعاون القضائي الدولي، بما فيه متابعة طلبات تسليم المجرمين واسترداد الأصول المسروقة وتنفيذ الأحكام القضائية. وتبدأ إجراءات المساعدة القانونية المتبادلة في حالة فلسطين من خلال قيام هيئة مكافحة الفساد بإحالة الملف إلى نيابة مكافحة الفساد للقيام بإجراءات التحقيق، وتقوم النيابة بإعداد مذكرة الاسترداد أو طلب حجز التحفظي على أموال المتهم، وتحال المذكرة إلى وحدة التعاون الدولي التي

¹¹⁶⁶ تقرير استعراض دولة فلسطين للفصل الثالث والفصل الرابع، للدورة 2010-2015، الدولة المستعرضة: سلطنة عُمان وجمهورية مكرونيزيا.

¹¹⁶⁷ اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983.

¹¹⁶⁸ قانون بشأن تسليم المجرمين الفارين لسنة 1927 معمول به في الضفة الغربية.

¹¹⁶⁹ قانون بشأن تسليم المجرمين الفارين لسنة 1924 معمول به في قطاع غزة.

تقوم بمهمة التنسيق على المستوى الدولي من خلال وزارة الشؤون الخارجية والمغتربين، وباستخدام هذه الوسيلة تكون فلسطين قد نجحت في مكافحة الفساد حالما قبل طلبها وتم الرد عليه من الدولة الطرف ومساندتها في تقديم المعلومات.

خامساً: التعاون في نقل الأشخاص المحكوم عليهم

اشرنا فيما سبق إلى آلية تنظيم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الفساد لوسيلة التعاون بين الدول في عملية نقل المحكوم عليهم، وأهمية ذلك، والأهداف التي قننتها القواعد العامة، وضرورة أن يكون هنالك اتفاقيات ثنائية بين الدول في بحث سبل وطريقة النقل، إلا أن هذه الطريقة من الصعب على دولة فلسطين استخدامها، نظراً للعوائق التي تحيط بها من سيطرة فعلية على حدودها، وحتى إن أبرمت اتفاقيات ثنائية، فإن الطبيعة التي تعيشها فلسطين في ظل عوامل الاحتلال تتطلب تدخل وإجراء تنسيقات لتحقيق هذه الغاية.

سادساً: التعاون في مجال نقل الإجراءات الجنائية

تعد هذه الوسيلة احد الوسائل التي تعتمد عليها الدول للتغلب على الجريمة والتركيز على ملاحقة المتهم، إذ أن الهدف من هذه الوسيلة دعم العدالة وتأمين الاستقرار الاجتماعي للمتهمين، وتم التنويه أن الجمعية العامة قد وضعت نموذجاً لمثل هذه المعاهدات، حيث أن مسألة نقل الاختصاص القضائي تمثل أحد آليات التعاون القضائي الهامة وذات التطبيق الضروري لتمكينها من تركيز المتابعة القضائية، بموجب السلب الإرادي لاختصاص الدول المتعاقدة، لصالح دولة مكان وجود المتهم، وهو الأمر الذي يؤدي إلى فعالية تنفيذ الحكم الصادر في الدولة التي نقل إليها الاختصاص، بل القضاء على مشكلة الاختصاص القضائي الدولي، وقد فرضت الطبيعة الخاصة للجريمة وتجاوزها حدود الدولة الواحدة، ضرورة التعاون الدولي والإقليمي، والذي ظهر جلياً في اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، واتفاقية المؤتمر الإسلامي، حيث اعتمدت جملة من الضوابط الموضوعية والإجرائية لإنفاذ هذا النظام، وتجنب ما قد يثور بشأنه من تعقيدات قد تقلل من فاعليته وتحيده عن أهدافه، من خلال إيجاد آليات قانونية تتناسب مع الخروج من مبدأ الإقليمية، ومتطلبات التعاون القضائي حيث تظهر قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي، وقاعدة خضوع الإجراءات لقانون المكان الذي صدرت فيه، وأيضاً خضوع الشكل لقانون المحل، وهي ضرورات قانونية تقوم بانتقاء القانون الأكثر ملائمة والأكثر عدالة ليطبق أثناء المحاكمة، إلا أننا نرى أن مثل هذا التعاون قد يكون من الصعب أن يتم استخدامه وتطبيقه في دولة فلسطين، وذلك لعدم الاعتراف بها كدولة كاملة العضوية من جهة، وللأسباب المتعلقة بوجود الاحتلال من جهة أخرى.

سابعاً: التعاون الدولي في مجال استرداد الأصول

إن خصوصية الوضع الفلسطيني في موضوع التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد، والذي يعرقله جملة من العوامل الهامة، والتي من أهمها الافتقاد لوجود الدولة كاملة السيادة، الأمر الذي يتطلب الانضمام للاتفاقيات الدولية والالتزام بالعلاقات الدولية المختلفة، وذلك كنتيجة لسيطرة الاحتلال الإسرائيلي على الأراضي الفلسطينية، مما أفقد فلسطين تمتعها بالسيادة الكاملة على أراضيها لمحدودية سلطاتها بموجب اتفاقية أوسلو، أما الآن وبعد انضمام فلسطين لأحكام الاتفاقية في العام 2014 فقد رتب ذلك حقوقاً والتزاماً عليها، إذ أعطى الاعتراف بفلسطين كدولة إمكانية أن تعتلي مركزاً قانونياً جيداً في مجال الانضمام للاتفاقيات والبروتوكولات الإقليمية والاتفاقيات الثنائية ذات العلاقة¹¹⁷⁰.

¹¹⁷⁰ ناصر الرئيس، الممارسات التطبيقية للسلطة الوطنية الفلسطينية في مكافحة الفساد واسترداد الموجودات من خلال التعاون الدولي، الأنتلاف من أجل النزاهة والمساءلة (أمان)، رام الله، نيسان 2011، ص. 6.

ولقد أقرت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد طريقة ثالثة لتيسير الاسترداد، وهي استرداد الممتلكات من خلال التعاون الخاص، بالإضافة إلى الاسترداد المباشر للموجودات والتعاون الدولي في مجال المصادرة، وذلك بموجب المادة 56 منها، والتي دعت من خلالها الدول الأطراف أن تسعى دون إخلال بقانونها الداخلي إلى اتخاذ تدابير تجيز لها أن تحيل المعلومات عن العائدات المتأتية من الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية إلى دولة طرف أخرى دون طلب مسبق، وذلك عندما ترى أن إفشاء تلك المعلومات من شأنها مساعدة الدول الطرف المتلقية على إجراء تحقيق أو ملاحقة أو إجراءات قضائية أو قد يؤدي إلى تقديم طلب، فهو بذلك تعاون تلقائي لا يستند على تلقي الطلب، وينبع من ضرورة مواجهة الفساد بشكل عالمي وفعال.

وتأتي طرق إرجاع الموجودات المتأتية من الفساد، باعتبار ذلك آخر إجراء في عملية استرداد الموجودات، حيث نظمت أحكام المادة 57 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والمادة 57 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد المسائل المتعلقة بإرجاع الموجودات المتأتية من جرائم الفساد، كآخر إجراء في عملية استرداد الموجودات، وأكثرها أهمية وجدوى، ولذلك خولت اتفاقية الأمم المتحدة لكل دولة طرف تولت مصادرة ممتلكات وفقاً لأحكام المادتين 31 و 55 منها من التصرف فيها، بما في ذلك إرجاعها إلى مالكيها الشرعيين السابقين.

وعلى هامش الصلاحيات المنوطة بهيئة مكافحة الفساد الفلسطينية لاسيما المنصوص عليها في المادة (8/9) من قانون مكافحة الفساد¹¹⁷¹، فقد أبرمت الهيئة العديد من الاتفاقيات الثنائية مع نظيرتها وذلك بهدف تعزيز وتعميق التعاون القضائي وتبادل الخبرات التدريبية والمصالح الوثيقة بهدف محاربة آفة الفساد وتبادل الخبرات والممارسات الفضلى للتصدي لجرائم الفساد، وتوحيد كافة الجهود المبذولة وبناء جسور الشراكة على المستوى الإقليمي والدولي، ويعد هذا الأسلوب في إبرام الاتفاقيات الثنائية أحد الطرق التي من شأنها تعزيز سبل التعاون الدولي التي تبذلها الهيئة في السعي لمحاربة الفساد وفق الأوضاع والإمكانات التي تتاح لها قانونياً.

وعلى صعيد آخر، وكنقطة ختام، فإن دولة فلسطين قد سعت لإستخدام كافة وسائل التعاون الدولي المتاحة في مجال مكافحة الفساد، وعلى الرغم من الظروف التي تعيشها فلسطين فقد قامت بالتوقيع على العيد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بمحاربة ظاهرة الفساد، وسعت في إطار ما تتمتع به من صلاحيات وإمكانات لإتباع الطرق القانونية مع الجهات المركزية الأخرى في سبيل تقديم الطلبات والنظر بما يقدم لها طلبات بخصوص مرتكبي جرائم الفساد، وفي هذا المجال، نشير إلى أن من ضمن أكثر وسائل التعاون التي عملت بها فلسطين هي تبادل المعلومات مع الجهات الدولية، كالمعلومات التي يتم تبادلها بين وحدات المتابعة المالية بين فلسطين ونظيرتها وتقديم المعلومات عن الحركات المالية المشبوهة، والتحقيقات المشتركة التي تقوم بها النيابة العامة المتخصصة بقضايا الفساد وكذلك التحريات والتحقيقات الأولية التي تقوم بها هيئة مكافحة الفساد ضمن صلاحياتها القانونية، وتبادل الخبرات والاستفادة من التجارب الدولية لمحاربة ظواهر الفساد، ومن الجدير ذكره في هذا المقام أنه تم إبرام العديد من مذكرات التفاهم بين هيئة مكافحة الفساد الفلسطينية في

¹¹⁷¹ حيث نصت على ما يلي: (التنسيق والتعاون مع الجهات والمنظمات والهيئات العربية والإقليمية والدولية ذات الصلة بمكافحة الفساد، والمشاركة في البرامج الرامية إلى الوقاية من هذا النوع من الجرائم).

سبيل تعزيز التعاون الدولي والتحقيقات الثنائية والتحريرات وجمع الاستدلالات وتبادل الخبرات ونظيرتها الأردنية والبولندية والكويتية والتونسية والفرنسية والمغربية.

بالمقابل، فإن بعض وسائل التعاون، كوسيلة تسليم المجرمين والتسليم المراقب ونقل المجرمين، تعد أقل استخداماً، نظراً للصعوبات التي تواجه دولة فلسطين، وذلك بحكم خصوصية الوضع الراهن الذي تعيشه من احتلال وسيطرة على الحدود، وضغوط دولية لصالح الجانب الإسرائيلي.

الخاتمة

يعتبر التعاون الدولي لمكافحة أي جريمة مهما كان نوعها وطبيعتها من الالتزامات الهامة الملقاة على عاتق الدول، وهو ما تقره النصوص للاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد سواءً الأممية أم العربية التي توجب على الدول الأطراف أن تقدم لبعضها البعض أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية المتصلة بهذه الجرائم.

وتبعاً لذلك، نظمت الاتفاقيات الدولية وسائل وطرق وأساليب التعاون الدولي التي يتحتم على كل دولة طرف تقديمه للدول الأطراف الأخرى حال اللجوء وتقديم طلبات للمساعدة والتعاون، وقد بينا الإطار القانوني لعملية التعاون الدولي وتم استعراض الجهود الدولية والعربية لمكافحة الفساد والتي انبثقت عنها الاتفاقيات الدولية المعززة لوسائل التعاون الدولي وموقف دولة فلسطين إزاء تلك الجهود التي عملت لتجسيد أصول التعاون الدولي التعاون على المستوى الدولي والإقليمي والوطني لمكافحة جريمة الفساد وتم الوقوف على أهمية تكاتف الجهود الدولية للتعاون الدولي لتحقيق غاياته وتضييق مسألة إفلات الجاني من العقاب وذلك في المبحث الأول، كما وتطرقنا إلى الإطار الإجرائي للتعاون الدولي وبحثنا الأساليب والطرق المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية من حيث تقديم طلبات التعاون في إنفاذ القانون وتسليم المجرمين واسترداد الأصول وأعمال التحريات الخاصة والتعاون في مجال المساعدة القانونية المتبادلة ومن ثم التطرق إلى أفضل الأساليب التي تتبعها دولة فلسطين إجرائياً بحكم عضويتها في الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد التزاماً بما انضمت إليه وكل ذلك ما هو إلا سعيًا إلى تجسيد الجهود الدولية في المساندة بين الدول الأطراف لمكافحة آفة الفساد .

ومن الجدير ذكره أن الاتفاقيات الدولية جاءت لتعزيز تلك الخطوات والمبادرات الإقليمية في مجال التعاون الدولي لمكافحة الفساد، ولذا كان من المفترض أن يتجسد هذا التعاون على أرض الواقع بمبادرة جميع الدول للمصادقة على اتفاقيات مكافحة الفساد، إلا أن الأمر كان خلاف ذلك حيث أننا نلاحظ أن هناك دول كبرى لم تصادق لغاية تاريخه على الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد وهذا ما من شأنه أن يثبط هذه الإرادة الدولية الجادة في مكافحة الفساد، لذا يجب في هذا الظرف بالذات أن يكون هناك تحفيز للدول حتى تصادق على هذه الاتفاقية، وذلك من خلال تفعيل أدوات وآليات التعاون الدولي من حيث الالتزام الدولي بتنفيذها، كما الحال بالنسبة لتسليم المجرمين، أو استرداد الموجودات و غيرها من وسائل التعاون الدولي.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى **النتائج** التي توصلت إليها الدراسة، وهي على النحو التالي:-

- إن الفساد ظاهرة متأصلة في كافة المجتمعات والدول سواء كانت نامية أو متقدمة، وتعد أنها جريمة متجددة ومتطورة ولا تقل أهمية وخطورة عن الجرائم الأخرى، كالجرائم التي تقع على الأشخاص أو تلك التي تقع على الأموال، لأنها تؤثر في الأمن القومي، والمصالح الدولية، والقيم الأخلاقية.
- تأتي "اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد" لتكمل سلسلة من القرارات والاتفاقيات الدولية التي سبقتها وتشجع الجهود الوطنية والدولية في مجال مكافحة الفساد، وتتسم بشموليتها وتكامل أحكامها، وتعد الاتفاقية العالمية الوحيدة التي تتناول ظاهرة الفساد وتسعى لتشجيع الدول الأطراف على إيجاد الأطر الفعالة لمكافحةها.
- أتت "اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد" لتضع نظاماً غير مسبوق للتعاون الدولي في مكافحة الفساد يضم لأول مرة تعاوناً في التحقيقات المشتركة، وفي أساليب التحري الخاصة، وفي تدابير تعزيز التعاون مع أجهزة إنفاذ القوانين، وفي مجال إنفاذ القوانين وجمع المعلومات المتعلقة بالفساد والعمل على تبادلها وتحليلها، وسارت على هديها الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.
- يعد مصطلح التعاون الدولي لمكافحة الجريمة من المفاهيم التي يصعب وضع تعريف جامع مانع له، لعدة أسباب: منها اتساع المجال والصور والأشكال التي يمكن أن يتخذها هذا التعاون، عدم إمكان حصرها أو حصر الوسائل الجديدة والمتجددة التي تجعل هذا التعاون ظاهرة متغيرة ومتطورة بشكل مستمر، كذلك ارتباط هذا التعاون بمفاهيم الجريمة والإجرام ومكافحة الجريمة، وهي مفاهيم يصعب معها وضع تصور محدد وإطار ثابت لأي منها.
- إن أحكام التعاون الدولي بكافة صورها وأشكالها المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية والإقليمية تحتل مكان الصدارة بين أساليب مكافحة أعمال الفساد، وتمثل ردعاً عظيم الشأن لمن تسول له نفسه أن يتردى في هاوية الفساد مهما كانت سطوته ومهما استفحل نفوذه.
- يعد مبدأ التعاون الدولي في العالم المعاصر من أهم المبادئ القانونية الدولية التي لا يتطرق إليها الشك، وقد ظهر أهمية هذا المبدأ في مجال مكافحة الفساد، مع تعدد وتشعب التطورات التي لحقت بظاهرة الجريمة وأساليب ارتكابها لا سيما أنها عابرة للحدود.
- إن أي دولة مهما بلغت درجة قوتها وصلابتها لا تستغني عن الدخول في علاقات تعاون متبادلة مع غيرها من الدول، خاصة وأن جهودها الداخلية في مكافحة أو الملاحقة للجرائم لم تعد كافية لمنع الجريمة أو تقليص حجمها، وذلك بسبب التقدم التكنولوجي، الذي ساعد على ظهور أنماط جديدة من الجريمة وتفاقم حجمها على المستويات الوطنية والإقليمية والعالمية.
- يمثل التعاون الدولي بين أجهزة الشرطة الدولية "الانتربول" الدول أحد الوسائل الهامة التي يمكن من خلالها منع الجرائم أو الإقلال منها، وتؤكد الدراسات على أهمية التعاون الدولي، حيث يستحيل على الدولة بمفردها القضاء على هذه الجرائم الدولية العابرة للحدود، لأن جهاز الأمن لا يمكنه تعقب المجرمين وملاحقتهم إلا في حدود الدولة التابع لها.
- يعد اختلاف الأنظمة القانونية للدول إشكالية كبيرة تعترض سبيل التعاون الدولي بين تلك الدول في مجال مكافحة جرائم الفساد، لما يترتب على ذلك الاختلاف من مشكلات تطبيق القانون، وما يثيره هذا الاختلاف من مشكلات في الواقع العملي، يجعل التعاون الدولي أمراً صعباً.

أما التوصيات التي تم التوصل إليها خلال الدراسة تتمثل بما يأتي:

- ضرورة سن تشريع فلسطيني ينظم مسائل التعاون الدولي.
- الحاجة إلى تعديل قانوني لقانون تسليم المجرمين المطبق في دولة فلسطين بشكل يتواءم والاتفاقيات الدولية.
- اعتبار هيئة مكافحة الفساد نقطة اتصال مركزية لموضوع طلبات المساعدة الدولية المتعلقة بالتعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد.
- ضرورة تدخل المشرع الفلسطيني لتنظيم مسألتها المساعدة القضائية الدولية والإنابة القضائية الدولية، حيث لم يتطرق إليهما في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني والافتقار بما ورد بالاتفاقيات الدولية في هذا الشأن.
- الانضمام إلى المعاهدات الدولية التي تعمل على زيادة التعاون والتنسيق بين الجهود التي تبذلها الدول في مكافحة الفساد.
- أن الجهود العربية المبذولة لمكافحة أفعال وجرائم الفساد على المستوى العربي جهودا متواضعة، لذا فإننا بحاجة إلى تعزيز الجهود والتعاون بين الدول العربية من أجل مكافحة أفعال الفساد، ولاسيما أنه إذا تهاونت الدول العربية في كبح جماح الفساد، فإنه سيتحول إلى قضية يصعب علاجها والتصدي لها.

تداعيات كورونا وخيار الشغل عن بعد

✍️ لحسن بنبوحة

باحث بسلك الدكتوراه في القانون الخاص
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية،
جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء

مقدمة:

أبانت جائحة كورونا "كوفيد19" عن بروز خيار جديد لعقود الشغل يتمثل في الشغل عن بعد، الذي أملتته الضرورة القصوى التي فرضتها تداعيات هذا الوباء على المستويين الوطني والدولي، وأثرت بشكل كبير في مجالات الحياة العامة والخاصة للأفراد والجماعات، خيار ظل خجولا ومنحصرا في بعض الدول والمؤسسات لارتباطه الهيكلي بالتطورات المعلوماتية والرقمية وأجهزة الاتصال والتواصل الحديثة، ومدى قدرة المؤسسات والمقاولات على الانخراط في هذه الدينامية التكنولوجية واستثمارها في إبرام عقود الإنتاج والترويج والخدمات وإنشاء علاقات العمل عن بعد، في إطار الملاءمة الوثيقة بين اقتصاد الطاقة و حوكمة التدبير، وبين تلبية الحاجات المتجددة في سوق الشغل في الآونة الأخيرة التي أضحت تشكل انعكاسا حقيقيا لتأثير العوامل الرقمية وتقنيات التواصل والإعلام في قطاع التشغيل، وفرض إعادة نظر عميقة في مفهوم الشغل وأنواعه وطرق إبرام عقود تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، وكذا في مساطر معالجة وتسوية المنازعات المنبثقة عن علاقاته، بالإضافة إلى أدوار الهيئات المتدخلة فيه. مما يعني معه إعادة النظر في القواعد الاجتماعية بما يتوافق ومقومات العمل عن بعد، وتعديل مقتضياتها التنظيمية والزجرية، ووضع تشريع اجتماعي يستحضر مفهوم الشغل عن بعد و يوطره بالصيغ التي تضمن الحماية القانونية لأطراف علاقته الشغلية و تنسجم مع خصائصه الأساسية التي حددها الأستاذ They BRETON¹¹⁷² في بعد مكان العمل عن مكان تواجد المقولة، وتسخير وسائل العمل الحديثة في تنفيذ العمل، ثم صعوبة المراقبة إن لم نقل استحالة المراقبة المادية المباشرة للمشغل.

فعقد الشغل عن بعد يقتضي سن قواعد أكثر تقدمية وواقعية تساير التوجه الرقمي والتكنولوجي وأثار العولمة، وتأخذ بعين الاعتبار الوجود القوي لوسائل الاتصال والإعلام الحديثة المتمثلة في الأنترنيت والهاتف النقال والحاسوب النقال، والمسطحات الرقمية، والمواقع الالكترونية، وصفحات التواصل الاجتماعي، ثم البطاقات الذكية للمرور وبطاقة فتح الشفريات و بطاقات الأداء المسبق و غيرها...، سواء التي تعد من ممتلكات المقولة وأدوات العمل بها، أو تلك التي تدخل ضمن

1172- مصطفى المنصوري: "تقرير حول رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص تحت عنوان: العمل عن بعد-دراسة مقارنة"، موقع مجلة

العلوم القانونية <https://www.marocdroit.com>

ممتلكات أجراء المنازل¹¹⁷³، فهي أضحت تمثل مظهرا من مظاهر التطور التكنولوجي والمعلوماتي داخل المقاول، سيما بعد أن تم تقنين التوقيع الإلكتروني الذي اعتبرته التشريعات المقارنة والوطنية أنه يحمل ضمانات أكثر بالنسبة إلى الأجير من عقد العمل التقليدي، وأعدت النظر في طرق إبرامه وفي المساطر الخاصة به...، وبالتالي تعديلها للمنظور التقليدي الذي كانت تتأسس عليه علاقات الشغل خاصة القواعد المتعلقة بزمكانية العمل وبقاعدة الوحدات الثلاث المؤسسة للنظام التقليدي للإنتاج، وهي:

- وحدة المكان أو مركز المقاول الذي أصبح افتراضيا؛
- وحدة الزمان المجسدة في الشهر واليوم و الساعة، حيث ساهمت التكنولوجيات الحديثة في الخلط ما بين وقت العمل ووقت الراحة بالإضافة إلى أوقات العطل؛
- وحدة العمل المرتبطة بالإنتاج، التي أصبحت تتسم بالليونة القصوى لتنظيم العمل الذي يتطلب منتجات متنوعة، تقتضي بدورها ذكاء وروح مبادرة.

لقد ورطنا "كوفيد 19" كرها وجها لوجه مع تداعيات ما أسهمت به الثورة المعلوماتية من تأثير في التغيير الجذري لمبادئ عقد العمل وشروط تنفيذه، من خلال هيمنة أجهزة الإعلام والاتصال الحديثة كوسائل بديلة لأدوات العمل التقليدية، وجابها أيضا مع مدى فعالية هذه الثورة التكنولوجية في ضمان استمرار علاقات الشغل واستقرارها، وتحقيق التنمية الشمولية في ظل بروز أنواع جديدة للشغل كالشغل المؤقت والشغل عن بعد، كما وضعنا هذا الفيروس المستجد في امتحان مساءلة الذات عبر تناسل الأسئلة في شأن الحماية التشريعية والقضائية لعقد الشغل عن بعد من زاوية مدى قدرة النصوص التشريعية المغربية والمقارنة المنظمة لعلاقات الشغل ونظم الحماية الاجتماعية على تنظيمه وتأطير الالتزامات والآثار الناشئة عنه، و النفاذ إلى عمق المشكلات الواقعية المؤثرة في إبرام وتنفيذ هذا العقد من أجل وضع الترسنة القانونية المؤطرة لها، وإعمالها من طرف القضاء للحد من أثارها السلبية، والبحث في مظهر أثر التحولات التكنولوجية في فعالية القاعدة القانونية الاجتماعية لتنظيم علاقات الشغل وعقد الشغل عن بعد، و مظاهر حماية المشرع لعقود الشغل عن بعد، ثم حدود ضمانات استمرار مناصب الشغل عن بعد في ظل نظام صعوبات المقاول، بالإضافة إلى حدود وفاعلية الأجهزة القضائية والإدارية والوظيفية المتدخلة في علاقات الشغل في الحفاظ على استقرار مناصب الشغل عن بعد واستمرار العقود المتصلة بها.

وعليه سنركز في هذه الورقة على بعض أبرز الإشكالات التي لازمت تفشي فيروس كورونا "كوفيد19" في المغرب، خاصة عنصر التبعية والرقابة عن بعد وما تطرحه من تساؤلات حقوقية وقانونية، ثم حدود الوفاء بالالتزامات الناشئة عن عقد الشغل عن بعد، بالإضافة إلى الحماية القانونية لصحة وسلامة الأجراء كتدابير احترازية في اللحظة الراهنة، بحيث سنتطرق للشغل عن بعد ومصير التبعية العقدية والوفاء بالالتزام في المبحث الأول، ونخصص المبحث الثاني للحماية القانونية لصحة وسلامة الأجراء ولمناصب شغلهم.

1173- تنص المادة 8 من القانون رقم 65.99 بمثابة مدونة الشغل على أنه: "يعتبر أجراء مشغولين بمنزلهم، في مدلول هذا القانون، من توفر فيهم الشرطان أدناه، دون داع إلى البحث عن وجود أو انتفاء علاقة تبعية قانونية تربطهم بمشغلهم، ولا عن كونهم يشتغلون أو لا يشتغلون مباشرة واعتياديا تحت إشراف مشغلهم، ولا عن كون المحل الذي يعملون فيه والمعدات التي يستعملونها ملكا لهم أو لا...".

المبحث الأول: الشغل عن بعد ومصير التبعية العقدية والوفاء بالالتزام.

لم يعرف القانون رقم 65.99 بمثابة مدونة الشغل عنصر التبعية، لكنه أشار إليها في المادة 6 م.ش¹¹⁷⁴ بتشخيصها في خضوع الأجير لإشراف وتوجيه ورقابة مشغل أو عدة مشغلين خلال سريان مدة عقد الشغل، وقوى هذا القانون عنصر التبعية من خلال منح المشغل الحق في إصدار التعليمات والأوامر وكذا ممارسة السلطة التأديبية في حق الأجير أثناء تنفيذ الشغل أو بمناسبة، وقيدها بجزاءات في حالة الشطط في استعمالها من طرف المشغل، لكن هذه الرقابة والتبعية ستجد لها وضعا مختلفا في عقد الشغل عن بعد، من حيث إمكانية التحقق وحدود تجلياتها خاصة في ظل الوضع الاستثنائي الحالي.

المطلب الأول: التبعية و مراقبة الشغل عن بعد.

فرضت أزمة كورونا "كوفيد19" ضرورة البحث في وظيفة عقد الشغل عن بعد كنتاج للتطور التكنولوجي في مجال المعلومات والاتصال بالنسبة إلى أطراف علاقة الشغل عن بعد، على مستوى تجويد الإنتاج وتخفيض تكاليفه وتسريع وثيرة العمل بمرونة وفعالية، وتمكين الأجراء عن بعد من حقوقهم و مكتسباتهم، ومنحهم هامش من الحرية في الشغل والاستقلالية في إنجازهم بعيدا عن المراقبة المباشرة والميدانية للمشغل، وتحت المراقبة الافتراضية رغم ما تشكله من اختلال من حيث إمكانية تداخل بين الحياة المهنية والحياة الخاصة للأجير المشغل عن بعد أثناء تفعيل هذه المراقبة عن بعد من طرف المشغل بواسطة وسائل الاتصال والإعلام الحديثة.

و عرى فيروس كورونا المستجد "كوفيد19" عن تأثير الشغل عن بعد كنظام اجتماعي جديد في أهم ركن من أركان العلاقة الشغلية، المتمثل في ركن التبعية الذي كان يفترض التواجد الفعلي للمشغل والأجير معا لتيسير المراقبة والتتبع وتوجيه النصح إذ لا يلزم أداء العمل فعلا لقيام هذا العقد، بل يكفي تواجد الأجير في مكان العمل واستعداده للعمل حتى ولو لم ينجزه لسبب خارج عن إرادته كما إذا انقطع التيار الكهربائي أو تعطلت آلة المصنع¹¹⁷⁵ أو للتأكد من القيام بالعمل شخصيا دون أن ينب عن غيره في أدائه، لأن شخصية الأجير وكفاءته هي التي دفعت المشغل إلى التعاقد معه¹¹⁷⁶، حيث انتفت التبعية بالمنظور التقليدي، وانتفى معها التسلسل المهني داخل المقولة، وأصبح التنقل الافتراضي بديلا عن التنقل المادي للمقولة أو مقر العمل. سواء في حالة العمل في محل يوجد فيه عدة أجراء مجتمعين ينتمون إلى نفس المؤسسة بعيدا عن المقولة الأم، أو في حالة العمل في محل إقامة الأجير كليا أو جزئيا، بالإضافة إلى حالة العمل المتنقل عبر استعمال وسائل التيليماتيك والهاتف والبريد الإلكتروني والبت المباشر وغيرها من وسائل العمل عن بعد.

ونظرا لكون مفهوم عقد الشغل عن بعد قد طفا بشكل ملحوظ في تنظيم علاقات الشغل الفردية والجماعية، وانطلاقا من كونه عقدا باتت الحاجة ملحة إليه في ظل هيمنة الثورة الرقمية والتكنولوجية على مجال المقولة والإنتاج والخدمات، ونظرا لما يشكله هذا العقد من أهمية في الحياة القانونية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وخاصة في مجال العقود والالتزامات الناشئة عنه، وفي مثل هذا الوضع الاستثنائي الذي حول اهتمام دول المعمور إلى مفهوم العمل عن بعد، فقد

1174- تنص المادة 6 من م.ش على أنه: " يعد أجيروا كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني، تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين، لقاء أجر، أيا كان نوعه، وطريقة أدائه....".

1175- محمد بنحساين، القانون الاجتماعي المغربي، علاقات الشغل الفردية والجماعية، الجزء الأول، طبعة 2017، مطبعة كوب بريس، الرباط، ص102.

1176- محمد بنحساين، المرجع نفسه، ص 102.

أصبح لزاما على المشرع الوطني تعديل القانون رقم 65.99 بمثابة مدونة الشغل الذي جاء في ظل تحولات دولية تميزت بالروح الاقتصادية والتكنولوجية في جوهرها و بالسلم الاجتماعي في مقاصدها، لكن النص الوطني استجاب آنذاك للعمق الاقتصادي بشكل كبير وخضع للثورة الاقتصادية، مع إغفال واضح للتأطير القانوني لعقد الشغل عن بعد رغم مجيئ مدونة الشغل في خضم الثورة المعلوماتية والرقمية حينئذ، وهو اقتراح بات العمل به ضرورة ملحة، خاصة بعد أن اختبر فيروس كورونا تشريعنا الوضعي و مارس على الأدمية الحجر الجبري بعيدا عن المقاولات والأوراش والمصانع، لتجد فئة عريضة من الأجراء ذاتها في عزلة تامة عن مقرات عملها، أو بدون عمل¹¹⁷⁷، مما يشكل مساسا بالسلم الاجتماعي عبر توالدا الظواهر الاجتماعية والاقتصادية والأمنية المحيطة به من بطالة وتدني المستوى المعيشي، واختلال ميزان العرض والطلب وتفشي السلوك الإجرامي. ويقوي من الإشكالات المطروحة على مستوى توقيف وإنهاء علاقات الشغل والوفاء بالالتزامات وأداء الأجور زيادة على التأطير القانوني لأهلية التقاعد في الشغل عن بعد خاصة عن طريق التعاقد الإلكتروني¹¹⁷⁸ العابر للدول، ثم طرق فض المنازعات وجهات الاختصاص وغيرها.

المطلب الثاني: كورونا و أزمة الوفاء بالالتزام في العمل عن بعد.

وضعنا فيروس كورونا "كوفيد19" أمام وضع قانوني جدير بالدراسة والاهتمام، يتعلق الأمر بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن الشغل بين طرفي عقده، أو بين الدائن والمدين، و في هذا السياق نصوص مثلا لحالتين مختلفتين تماما على الرغم من انتمائهما إلى القطاع نفسه، قطاع التربية والتكوين¹¹⁷⁹، والذين انخرطوا في ممارسة مهامهم عن بعد تبعا لتوجيهات الوزارة الوصية بعد أن تحولت علاقاتهم المهنية من العمل المباشر في الفصول الدراسية إلى العمل عن بعد؛ والأمر يتعلق بحالة أطر وأساتذة القطاع العام الذين يخضعون لنظام الوظيفة العمومية و نظام الأطر الأكاديميات، حيث لن يطرح أي مشكل في شأن

1177- تفاديا لآثار جائحة كورونا المستجد الذي يشهده العالم ومعه المغرب، وفي التدخلات الاحترازية التي تشهدها المملكة وضمانا للاستقرار الاجتماعي والاقتصادي والأمني أيضا، فقد قررت لجنة اليقظة الاقتصادية، التي شكلتها الحكومة لوقف الآثار السلبية لفيروس كورونا المستجد على مناصب الشغل في المغرب، منح جميع الأجراء الذين جرى تسريحهم من الشغل ما مجموعه 2000 درهم صافية شهريا مع الحفاظ على التعويضات العائلية المدفوعة لصالح الأجراء المصرح بهم في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ما بين شهر مارس ويونيو 2020، ويشمل هذا الإجراء المقاولات والشركات المنخرطة في الضمان الاجتماعي التي أرغمت على الإغلاق الكلي أو الجزئي لأنشطتها بسبب فيروس كورونا، مع استمرار استفادة الأجراء من التأمين الصحي الإجباري (AMO) خلال الفترة نفسها. وتجدر الإشارة إلى أن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وتمشيا مع قرار الحظر الصحي وحظر التنقل المتخذ من طرف المملكة فقد اكتفى بوضع بوابة إلكترونية رهن إشارة المشغلين للتصريح بأجرائهم الذي لحقهم التوقف، كما يتعين على المشغل تدوين تصريح بالشرف على البوابة يفيد بان التوقف الكلي أو الجزئي لأنشطته، هو ناتج عن تفشي جائحة كوفيد19، وذلك ابتداء من يومه الثلاثاء 24 مارس 2020.

1178- ينص الفصل 5-65 من الفرع الثالث من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية على أنه: "يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله.

يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة إلكترونية، ودون تأخير غير مبرر، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه.

يصح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه.

يعتبر قبول العرض وتأكيد الإشعار بالتسلم متوصلا بها إذا كان بإمكان الأطراف المرسلة إليهم الولوج إليها".

1179- عملت وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي بقطاعها العام والخصوصي على سبيل المثال، في إطار خطة الاستراتيجية البيداغوجية بعد توقيف الدراسة والتكوين استثنائيا، على تعبئة كل الفاعلين من أجل وضع برامج و برنام و مواد تعليمية وتكوينية عن بعد، ضمانا للسير العادي للدراسة خارج أسوار المؤسسات التعليمية والجامعات والمعاهد التكوينية، مؤكدة على أنه الأمر لا يتعلق بعطلة بقدر ما هو تدبير احترازي لمواجهة وباء كورونا.

استمرار مناصب الشغل و أداء الأجور باستثناء الأعباء الإضافية التي تتقل كاهل هذه الأطر على مستوى أدوات التواصل عن بعد وتكاليف الأترنيت وغيرها من مستلزمات العمل في هذه الظرفية، عكس الحالة الثانية المتعلقة بأطر التعليم والتكوين الخصوصي الذين وجدوا أنفسهم تحت رحمة مشغليهم الذين يربطون أداء الأجر بأداء العمل، و سيتمسكون لا محالة بحالة القوة القاهرة تبعا للفصل 269 من ق.ل.ع.¹¹⁸⁰ أو أمر القانون¹¹⁸¹ الذي جاء عملا بمقتضيات الفصل 21 من الدستور وذلك في مواجهة مطالب الأجراء، بيد أن الأمر يكاد يتعلق بتوقف تنفيذ الالتزامات واستمرار علاقة الشغل بين الطرفين لسبب خارج عن إرادتهما معا إعمالا للمواد 32 و543 م.ش، التي ترجع التوقف المؤقت لأسباب قد تتصل بالأجير بسبب المرض أو الإصابة المثبتة قانونا من طرف الطبيب، وقد ترتبط بالمشغل بسبب الإغلاق القانوني للمقاولة بصفة مؤقتة، ما دام أن شروط القوة القاهرة والحادث الفجائي متوفرة حيث أن وباء كورونا لا يستطيع أي من طرفي العقد توقعه، ولا بدل العناية لدفعه، ولم ينتج عن خطأ سابق لأحدهما، وفي هذا الصدد وتبعا للفصل 268 ق.ل.ع فلا محل لأي تعويض¹¹⁸²، ولا يكون الدائن في حالة مطل بسبب عدم قدرة المدين على أداء الالتزام طبقا للفصل 271 ق.ل.ع الذي ينص على أنه: "لا يكون الدائن في حالة مطل إذا كان المدين، في الوقت الذي يعرض فيه أداء الالتزام، غير قادر في الواقع على أدائه".

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ اختيارية توقيف عقد الشغل من قبل أحد طرفي عقد العمل لم يعد قائما بعدما سلكت الدولة مبدأ الإلزامية في تطبيق الحجر الصحي وحظر التنقل والتجول وحظر التجمعات العمومية وإلغاء جميع التظاهرات واللقاءات الرياضية و الثقافية والدينية والعروض الفنية تفعيلا للمنظومة الوطنية لليقظة والرصد الوبائي، وانتهاء بإغلاق المجال الجوي والحدود البرية¹¹⁸³، وذلك حفاظا على صحة وسلامة الأجراء والمواطنين على حد سواء، مع الإبقاء على بعض الاستثناءات ذات الصلة بالخدمات والمناصب الشغل الضرورية لاستمرار الحياة الاقتصادية والاجتماعية في البلاد، وفي هذه الحالة فكل توقيف اختياري لتنفيذ الالتزام من طرف الأجير يعد بمثابة خطأ جسيم طبقا للمادة 39 م.ش، وكل فصل غير مبرر من قبل المشغل يعد فصلا تعسفيا.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن صعوبة الوفاء بالالتزام امتدت إلى كل العلاقات التي تربط المؤسسات التعليمية الخصوصية بينها وبين الأغيار من أسر و وكالات التأمين والوكالات البنكية والصدوق الوطني للضمان الاجتماعي والخواص...، بعد أن أوقف قانون الطوارئ توقيف أعمال الأجل التي تتكلم عليها الفقرة الأولى من المادة السادسة منه التي تعني كل الأجل المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية¹¹⁸⁴.

1180- ينص الفصل 269 من ق.ل.ع على أن: " القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية(الفيضانات والجفاف و العواصف والحرائق والجراد)وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.....".

1181- مرسوم قانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة ببال الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.

1182- ينص الفصل 268 ق.ل.ع على أنه: " لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مطل المدين.

1183- إبراهيم أطباب، فيروس كورونا "كوفيد 19" بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، موقع مجلة العلوم القانونية، <https://www.marocdroit.com>

1184- عبد الكبير طيبخ: " قراءة في مرسوم القانون رقم 2/20/292 المتعلق بحالة الطوارئ الصحية، موقع العمق المغربي، <https://al3omk.com/514587>

المبحث الثاني: الحماية القانونية لصحة وسلامة الأجراء ولمنصب الشغل عن بعد في زمن كورونا.

بغض النظر عن باقي الضمانات القانونية لمختلف جوانب عقد الشغل عن بعد، فإن الحق في حماية صحة الأجراء وسلامتهم، وكذا سلامة ذويهم قد شكل مناط اهتمام الجميع مع انتشار فيروس "كوفيد19"، وهو ما دفع بالسلطات إلى التدخل الفوري لضمان هذه الحماية التي تمتد لتشمل كافة المواطنين والمواطنات والأجانب أيضاً، حماية اكتفت فقط بفرض الحظر الصحي وحظر التنقل في أوقات حالة الطوارئ الصحية، ولم تشمل الحماية القانونية للأجراء عن بعد في الأوقات العادية من حوادث الشغل والأمراض المهنية.

المطلب الأول: حفظ صحة وسلامة أجراء الشغل عن بعد.

لا شك أن للوسائل التكنولوجية والمعلوماتية المعتمدة في الشغل عن بعد تأثير سلبي في صحة وسلامة الأجراء التي يفترض معها الدقة المتناهية لحماية السلامة الجسدية للأجير من الأمراض والمخاطر الناجمة عن استعمال الآلات والأدوات التكنولوجية التي قد تخلق اضطرابات صحية بالسمع والبصر وعلى مستوى الظهر والضغط وغيرها من مختلف الأمراض التي لا يتضمنها الجدول الرسمي للأمراض المهنية المنصوص عليه تشريعياً¹¹⁸⁵، وكذا الحماية من المخاطر الناجمة عن استعمال هذه الوسائل مثل الحرائق التي تحصل بسبب التماس الكهربائي أو بسبب عطل في معدات رقمية متصلة بالكهرباء وغيرها من المخاطر، ثم التأطير القانوني لمفهوم الخطأ المرتكب في إطار عقد الشغل الفردي عن بعد، و مستوى الحماية التشريعية للحياة الخاصة للأجراء عن بعد من الخرق الذي قد يعمده المشغل أو باقي الأجراء والهيئات التمثيلية.

وبالرجوع دائماً لمدونة الشغل نجد أن المشرع قد أحاط سلامة وصحة الأجراء بضمانات قانونية في مواطن عديدة¹¹⁸⁶ و أقرن قرار الإغلاق المؤقت للمقاولات بخرق المقتضيات التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بمراعاة شروط السلامة وحفظ الصحة، مع إمكانية الإغلاق النهائي في حالة العود إعمال لفصلين 90 و324 من القانون الجنائي مع العقوبة الحبسية من شهر واحد إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم¹¹⁸⁷، وذلك تبعاً للمواد 300 و301 و534 م.ش. وفي هذا الصدد نتساءل عن

1185- انظر قرار وزير التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني رقم 919.99 صادر في 14 من رمضان 1420 (23 ديسمبر 1999) بتغيير وتتميم قرار وزير التشغيل والشؤون الاجتماعية رقم 100.68 بتاريخ 20 ماي 1967 بتطبيق الظهير الشريف الصادر في 26 من جمادى الأولى 1362 (31 ماي 1943) بتمديد مقتضيات التشريع المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل إلى الأمراض المهنية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4788 بتاريخ 20 أبريل 2000.

1186- أبرزها ما تطرق إليه المشرع في القسم الرابع من الكتاب الثاني من القانون رقم 65.99 بمثابة مدونة الشغل من المادة 281 إلى المادة 344 في موضوع حفظ صحة الأجراء وسلامتهم والهيئات المحدثة لهذه الغاية.

1187- ينص الفصل 90 من القانون الجنائي على أنه: "يجوز أن يؤمر بإغلاق محل تجاري أو صناعي نهائياً أو مؤقتاً، إذا كان قد استعمل لارتكاب جريمة، إما بإساءة استغلال الإذن أو الرخصة المحصل عليها، وإما بعدم مراعاة النظم الإدارية.

وينتج عن الحكم بإغلاق محل تجاري أو صناعي، أو أي مؤسسة أخرى في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك، منع المحكوم عليه من مزاوله نفس المهنة أو النشاط بذلك المحل. ويشمل المنع أفراد أسرة المحكوم عليه أو غيرهم ممن يكون المحكوم عليه قد باع له المحل أو أكرهه أو سلمه إليه. كما يسري المنع في حق الشخص المعنوي أو الهيئة التي كان ينتمي إليها المحكوم عليه أو كان يعمل لحسابها وقت ارتكاب الجريمة. ومدة الإغلاق المؤقت لا يجوز أن تقل عن عشرة أيام ولا أن تتجاوز ستة أشهر، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وينص الفصل 324 من القانون الجنائي على ما يلي: "كل شخص، ممن أشير إليهم في الفقرة الثانية من الفصل 90، خرق أحكام تلك الفقرة، مخالفاً بذلك القرار الصادر بإغلاق مؤسسة تجارية أو صناعية، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم.

مدى إمكانية إعمال المادة 295 م.ش التي تحيل على مقتضى نص تنظيمي في شأن القواعد الصحية السارية على الأجراء المشتغلين بمنزلهم، والالتزامات المنوطة بالمشغلين الذين يستنجزون أشغالا منزلية.¹¹⁸⁸

ويشكل الحق في سلامة الأفراد وأقربائهم وسلامة الوطن مسؤولية دستورية على عاتق الدولة تبعا لمنطوق الفصل 21 من دستور المملكة الذي ينص على أنه: " لكل فرد الحق في سلامة شخصه وأقربائه، وحماية ممتلكاته"، كما ينص الفصل نفسه أيضا على أنه: "تضمن السلطات العمومية سلامة السكان، وسلامة التراب الوطني، في إطار احترام الحريات والحقوق الأساسية المكفولة للجميع". كما يجرم الدستور المغربي المس بالسلامة الجسدية والمعنوية لأي شخص وفي أي ظرف، ومن أي جهة، كانت خاصة أو عامة¹¹⁸⁹ بما في ذلك أعمال السخرة أو العمل القهري¹¹⁹⁰ كسغل إلزامي مفروض من قبل الدولة أو من قبل بعض وكالات الدولة وغيرها بعقوبة على جريمة جنائية¹¹⁹¹، تبعا للفقرة الأولى من الفصل 22 من الدستور¹¹⁹².

لقد ساهم فيروس كورونا "كوفيد19" اليوم وبشكل جبري في فرض الاشتغال عن بعد كمقاربة استراتيجية للحد من انتشاره، بعدما أثر بشكل مباشر في المعاملات الدولية البشرية والتجارية والسياسية¹¹⁹³ وأعاد النظر في علاقات الشغل باعتباره ظرفا طارئا أو قوة قاهرة أرخت بظلالها على عالم المال والأعمال وشكلت منعطفا جديدا في المسار الاقتصادي والاجتماعي الكوني بعدما تسربت وبصور سريعة إلى دواليب الإنتاج والخدمات، وشلت حركية العمل قهرا حيث وجدت الأنظمة والحكومات نفسها مضطرة لفرض حالي الحجر الصحي وحظر التنقل والتجوال في وجه مواطنيها والعابرين منها وإليها، كمنهج احترازي للحد من انتشار هذا الوباء الصحي الخطير في انتظار إيجاد اللقاح الكفيل بمحاربتة.

فالاحتراز الذي عملت به المملكة المغربية يقوم على أساس مسؤولية الدولة تجاه مواطنيها على قدم المساواة تبعا لما يتضمنه الفصل 31 من الدستور، حيث تسهر الدولة على حماية مواطنيها وضمان سلامتهم من أي تهديد أو وباء، وتسخر الدولة كل الإمكانيات وتعيئ كل الوسائل المتاحة لضمان استفادة المواطنين والمواطنات من الحق في العلاج والعناية الصحية¹¹⁹⁴ إلى جانب باقي مختلف الحقوق الدستورية. ويتأسس هذا الاحترازي أيضا على مسؤولية الأفراد تجاه

1188- مرسوم رقم 2.12.262 صادر في 20 شعبان 1433 (10 يوليو 2012) بتحديد القواعد الصحية السارية على الأجراء المشتغلين بمنزلهم، والالتزامات المنوطة بالمشغلين الذي يستنجزون أشغالا منزلية، صدر بالجريدة الرسمية عدد 6067 بتاريخ 23 يوليوز 2012، ص 4266.

1189- يعد تسخير الأجراء لداء الشغل قهرا وجبرا مسا بسلامتهم الجسدية والمعنوية، وهو أمر محسوم في تجريمه دوليا ووطنيا، حيث منعت المادة 10 من مدونة الشغل المغربية ذلك وعاقبت في المادة 12 كل مشغل خالف أحكام المادة 10 م.ش بغرامة من 25000 إلى 30000 درهم، وفي حالة العود تضاعف الغرامة والحكم بالحبس لمدة تتراوح ما بين 6 أيام و3 أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين.

1190- تعرف اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 29 التي صادق عليها المغرب في 20 مايو 1957 العمل الجبري أو الإلزامي باعتباره " كل أعمال أو خدمات تغتصب من أي شخص تحت التهديد بأي عقوبة ولم يتطوع الشخص بأدائها بمحض إرادته".

1191- أمينة رضوان: المنتقى في المنازعات الشغلية على ضوء الفقه والعمل القضائي، الجزء الأول، مطبعة الأمانة بالرباط، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد بسطات، 2019، ص 120.

1192- ينص الفصل 22 من الدستور المغربي في فقرته الأولى على أنه: " لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، وفي أي ظرف، ومن قبل أي جهة، كانت خاصة أو عامة".

1193- محمد طارق: " أثر جائحة كورونا على علاقات الشغل"، مجلة العلوم القانونية، بتاريخ 23 مارس 2020، <https://www.marocdroit.com>

1194- ينص الفصل 31 من الدستور المغربي على أنه: " تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة، من الحق في:

وطنهم سواء في الظروف العادية أو في الحالات الاستثنائية التي تستوجب مساهمتهم وتحملهم حسب استطاعة كل فرد التكاليف العمومية التي تتطلبها تنمية البلاد وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد¹¹⁹⁵.

المطلب الثاني: مناصب الشغل عن بعد ورهان الكفاءات والمهنة في زمن "كوفيد19".

إن تداعيات "كوفيد 19" قد أربكت حسابات الدول في شأن مخططاتها الرامية إلى حماية مناصب الشغل وتقويتها، وأثر في استقرارها بصورة واضحة، مما يشكل اختلالا في توازن الاقتصاد الوطني وفي استقرار السلم الاجتماعي، هذا الوضع مس بشكل مباشر مبدأ استقرار مناصب الشغل، حيث خلف ركودا اقتصاديا وفاقم المشاكل الاجتماعية من تسريح وفصل وإنهاء للعلاقات الشغلية¹¹⁹⁶، وإغلاق للمقاولات والمؤسسات الإنتاجية والخدماتية والتقليص من ديمومتها، وذلك في إطار أمر القانون للحفاظ على الأمن والنظام العام¹¹⁹⁷ وضمان الحقوق والحريات التي يأتي حق الحياة في مقدمتها¹¹⁹⁸.

وللحد والتخفيف من التداعيات الاجتماعية لهذه الجائحة الكورونية عملت دول المعمور ومعها المغرب على اتخاذ تدابير استعجالية واستثنائية وفق برنامج شمولي يستهدف ضمان الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والصحي¹¹⁹⁹، وأصبح خيار

- الحماية الاجتماعية والتغطية الصحية والتضامن التعاضدي أو المنظم من لدن الدولة؛

- الحصول على تعليم عصر ميسر الولوج وذي جودة؛

- التنشئة على التشبث بالهوية المغربية والتوابث الوطنية الراسخة؛

- التكوين المهني والاستفادة من التربية البدنية والفنية؛

- السكن اللائق؛

- الشغل والدعم من طرف السلطات العمومية في البحث عن منصب شغل، أو في التشغيل الذاتي؛

- ولوج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق؛

- الحصول على الماء والعيش في بيئة سليمة؛

- التنمية المستدامة".

1195- ينص الفصل 39 من الدستور على أنه: "على الجميع أن يتحمل، كل على قدر استطاعته، التكاليف العمومية، التي للقانون وحده إحداثها وتوزيعها، وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور". كما ينص الفصل 40 من الدستور على أنه: "على الجميع أن يتحمل، بصفة تضامنية، وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد".

1196- محمد طارق، مرجع سابق..

1197- ينص القانون رقم 65.99 بمثابة مدونة الشغل في ديباجته أنه: "...ويمكن من منع العمل بواسطة قرار تتخذه السلطة المختصة طبقا للقانون وذلك في حالة المس بحقوق الغير أو الإخلال بالأمن والنظام العام".

1198- يكفل الدستور المغربي حماية حق الحياة من خلال الفصل 20 الذي ينص على أن: "الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان، ويحمي هذا القانون هذا الحق".

1199- في هذا الصدد تقدمت لجن المالية بمجلس النواب النواب باقتراح 57 إجراء صحيا واقتصاديا واجتماعيا لتفعيل صندوق "كورونا" إلى رئيس الحكومة سعد الدين العثماني ووزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة محمد بنشعبون لعمل "الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا"، بعد الاجتماع الذي عقده الأربعاء 18 مارس لتقديم مشروع المرسوم بإحداث هذا الحساب الذي أمر به الملك محمد السادس، بمبلغ أولي قيمته 10 ملايين درهم، قبل أن يتم تجاوزه بكثير من خلال تبرعات مجموعة المؤسسات والأشخاص، في مذكرة مفصلة، وقعها رئيس مجلس النواب الحبيب المالكي، قدمت اللجنة 57 مقترحا حول الإجراءات والتدابير لتأهيل القطاع الصحي ودعم الاقتصاد الوطني والمحافظه على مناصب الشغل والتخفيف من التداعيات الاجتماعية لجائحة كورونا.

الدولة ومؤسساتها ومقاولاتها هو اللجوء إلى العمل عن بعد والتواصل عن بعد في العديد من القطاعات التي تعرف وجودا بشريا مشتركا ومكتنظا، وتجمعات بشرية متواثرة طيلة اليوم.

كما تأزم الوضع بعد أن أدى انتشار عقد الشغل عن بعد إلى اندثار العديد من المهن لدى الأجراء الذين لا يمتلكون الكفاءات المناسبة للعمل التكنولوجي والرقمي بعد ظهور مهن أخرى كتلك المتعلقة بالتصميم الجرافيكي والتواصل وتصميم المنتج والمحيط، ومهن البرمجيات والمعالجة الرقمية والصيانة الرقمية عن بعد، ثم المحاسبة والتوثيق والأرشفة المعلوماتية، وإنشاء وإدارة المواقع والمسطحات الإلكترونية، بالإضافة إلى مهن الترجمة والتحرير، والتسويق الإلكتروني وخدمات الاتصال وغيرها من المهن التي تناسلت عن عولة الاقتصاد، وذلك أمام تفضيل المقاولات للشباب المؤهل عوض إعادة تأهيل عمالها، وبالتالي ترشيد النفقات وتكاليف الإنتاج، وتحقيق التواصل الفعال، بالإضافة إلى توفير المرونة والاستقلالية لدى الأجراء عن بعد.

و يتماشى هذا الخيار مع التوصيات الدولية في مجال ترشيد الطاقة وحماية البيئة مخاطر التلوث الصناعي وتقليل الازدحام المروري في المدن والمناطق الصناعية، فتوقف العديد من الأنشطة والأعمال بمختلف المجالات والمقاولات بسبب جائحة كورونا "كوفيد19" اليوم وما فرضته من حجر صحي وحظر للتجول يعد مشهدا واقعا لهذا التوجه الجديد في علاقات الشغل، إذ بات من الضروري التفكير في صيغ تقدمية لبرامج التكوين والتأهيل المهني للكفاءات والمهنيين، تستجيب للتحولات التكنولوجية والرقمية وتساير إيقاعاتها المتجددة، والتفكير أيضا في الحرف والمهنيين والأنشطة البديلة التي توفر إمكانية العمل عن بعد، ليس كإجراء استثنائي ولكن كخيار اعتيادي وفق منظور جديد يفتح الباب على مصراعيه أمام سلطان الإرادة في انتظار قواعد قانونية أمرة توازن بين مصلحتي طرفي التعاقد في ظل حماية النظام العام الاجتماعي، إلى جانب التعاقد التقليدي في مجال الشغل الذي يركز على عنصر التبعية القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ويفترض التواجد الفعلي للمشغل والأجير معا للعمل ولتيسير المراقبة والتتبع وتوجيه النصح.

فالتدابير التي عملت بها الحكومة استثنائيا تأتي في إطار الحفاظ على استقرار مناصب الشغل من خلال القرار القاضي بتحويل المشغلين الذين توقف بعض أو كل أجراءهم عن مزاولة مهامهم داخل المقاولات بسبب تفشي فيروس كورونا "كوفيد19" بالتصريح بذلك لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من أجل الاستفادة من تعويض مؤقت إلى حدود شهر يونيو 2020 محدد في 2000 درهم¹²⁰⁰،

في إطار دعم موجه لهذه الفئة من أجراء القطاع الخاص، ثم التدابير المتخذة لتعويض أجراء القطاع غير المهيكل عن توقف أو فقدان مناصب شغلهم المتراوحة ما بين 800 و1200 درهم بحسب عدد الأفراد، وهي خطوة محمودة للطمأنة الاجتماعية وحماية السلم الاجتماعي من طرف الدولة، وإن كانت هذه المنح محدودة الأثر الاقتصادي والاجتماعي بالنظر إلى قيمتها الرمزية في مواجهة الأعباء والتكاليف المتراكمة على كاهل الشغيلة، والغلاء المعيشي الذي تشهد الأسواق والمواد الغذائية في مثل هذه الظروف الاستثنائية.

1200- وضع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وتماشيا مع قرار الحظر الصحي وحظر التنقل المتخذ من طرف المملكة بوابة الإلكترونية رهن إشارة المشغلين للتصريح بأجراءهم الذي لحقهم التوقف، كما يتعين على المشغل تدوين تصريح بالشرف على البوابة يفيد بان التوقف الكلي أو الجزئي لأنشطته، هو ناتج عن تفشي جائحة كوفيد19، وذلك ابتداء من يومه الثلاثاء 24 مارس 2020.

خاتمة:

اعتبارا لمكانة عقد الشغل عن بعد وجاذبيته المؤثرة في مبادئ التعاقد الحديثة التي شكلت نوعا من الردة عما كان عليه الوضع في المنظور الكلاسيكي لعقد الشغل، وانطلاقا من الآثار الذي فرضها هذا الصنف من العقود في مجال الشغل على مستوى تنفيذ الالتزامات والخلافات الناشئة عنه خاصة في ظل جائحة كورونا "كوفيد19"، فقد أضحت الضرورة ملحة لمقارنته ومناولته، والإحاطة به تعريفا وتمييزا، وإبراز خصائصه وأحكامه، ورصد أهم الإشكالات التي يطرحها أمام ندرة النصوص التشريعية واجتهاد العمل القضائي، واستحضار أهم الدراسات التي عالجت موضوع الشغل عن بعد في علاقته بالتطور التكنولوجي والعقود الالكترونية واستعمال الوسائل الحديثة للإعلام والاتصال في الإنتاج وكذا الجرائم الإلكترونية في مجال المقابلة والشغل. بالإضافة إلى الانفتاح على مختلف المجالات البحثية ذات الارتباط بمفهوم العمل عن بعد و مقارنتها وفق ما تقتضيه الضرورة القانونية نظريا وعمليا لإثراء هذا الموضوع و إغناؤه في إطار التكامل الممكن بين شتى العلوم الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها مثل علم الاقتصاد، علم الاجتماع وعلم السياسة...، وتجميع أهم الخلاصات القانونية النظرية المتعلقة بعقد الشغل عن بعد، في أفق تأسيس قانون معلوماتي وسن مقتضياته من قبل التشريع المغربي لتنظيم عقد الشغل عن بعد وتأطير علاقاته الشغلية وفق ما تقتضيه الضرورة الراهنة والمستقبلية للالتزام في مجال العمل.

لقد بات من الملح تكريس البحث في الموضوع بجدية واستعجال وذلك عبر تحليل مضامين النصوص التشريعية والأحكام والاجتهادات القضائية المقارنة الموجهة لعلاقات الشغل عن بعد من أجل استنباط قوتها التنظيمية لها، و رصد نقط قصور النصوص التشريعية الاجتماعية الوطنية والمقارنة في ضمان استقرار مناصب الشغل عن بعد وحماية عقود الشغل المتصلة بها، مع تحديد مظاهر الموازنة بين ضمان استقرار مناصب الشغل عن بعد واستمرارية نشاط المقابلة في التشريع و القضاء، و الأخذ بالاجتهاد القضائي المقارن في أعمال النصوص التشريعية وتفسير قواعدها في سبيل حماية علاقات الشغل عن بعد، هذا بالإضافة إلى إعادة التفكير في تحديد وضبط دور وفعالية الهيئات الإدارية والاستشارية وفعاليتها في الحفاظ على عقود و علاقات الشغل عن بعد¹²⁰¹، و رصد مدى إمكانية الحد من ظاهرتي الهجرة الداخلية والخارجية في صفوف الأجراء بفضل اعتماد الشغل عن بعد.

1201- نذكر على سبيل المثال: المصالح الطبية للشغل، مجلس طب الشغل، الوقاية من المخاطر المهنية، لجان السلامة وحفظ الصحة، النقابات المهنية، مندوبو الأجراء، الممثل النقابي، لجنة المقابلة، الوكالات الفنية، مقاولات التشغيل المؤقت، وكالات التشغيل الخصوصية، مصالح الوساطة في التشغيل، المجلس الأعلى لإنعاش التشغيل، المجالس الجهوية والإقليمية لإنعاش التشغيل، مفتشيات الشغل، الأعراف المكلفون بتفتي الشغل، اللجان الإقليمية والوطنية للمصالحة، المحكمين في منازعات الشغل، وغيرها من الأشخاص والهيئات ذات الارتباط بالشغل والتشغيل في القطاع الخاص.

المراجع المعتمدة:

- أمينة رضوان، المنتقى في المنازعات الشغلية على ضوء الفقه والعمل القضائي، الجزء الأول، مطبعة الأمنية بالرباط، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد، 2019، سطات.
- محمد بنحسايين، القانون الاجتماعي المغربي، علاقات الشغل الفردية والجماعية، الجزء الأول، مطبعة كوب بريس، طبعة 2017، الرباط.
- اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 29 التي صادق عليها المغرب في 20 مايو 1957 في شأن العمل الجبري أو الإلزامي.
- الدستور المغربي لسنة 2011.
- القانون الجنائي المغربي.
- القانون رقم 65.99 بمثابة مدونة الشغل.
- قانون الالتزامات والعقود.
- القانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.
- مرسوم قانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحال الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.
- مرسوم قانون رقم 2.20.293 بإعلان حالة الطوارئ بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي كورونا "كوفيد 19".
- مرسوم رقم 2.12.262 صادر في 20 شعبان 1433 (10 يوليو 2012) بتحديد القواعد الصحية السارية على الأجراء المشتغلين بمنزلهم، والالتزامات المنوطة بالمشغلين الذي يستنجزون أشغالا منزلية.
- محمد طارق، "أثر جائحة كورونا على علاقات الشغل"، مجلة العلوم القانونية، بتاريخ 23 مارس 2020، <https://www.marocdroit.com>
- إبراهيم أحطاب، فيروس كورونا "كوفيد 19" بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، موقع مجلة العلوم القانونية، <https://www.marocdroit.com>
- مصطفى المنصوري: "تقرير حول رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص تحت عنوان: العمل عن بعد-دراسة مقارنة"، موقع مجلة العلوم القانونية <https://www.marocdroit.com>
- عبد الكبير طيبح: "قراءة في مرسوم القانون رقم 2/20/292 المتعلق بحالة الطوارئ الصحية، موقع العمق المغربي، <https://al3omk.com/514587.html>
- موقع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي www.cnss.ma
- نص لجنة المالية بمجلس النواب النواب المتعلق باقتراح 57 إجراء صحيا واقتصاديا واجتماعيا لتفعيل صندوق "كورونا" الموجه إلى رئيس الحكومة ووزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة.

أزمة المالية العمومية في زمن كورونا

حسن بوغشي

باحث بسلك الدكتوراه

في القانون العام بجامعة ابن زهر- أكادير

عضو منتدى الباحثين بوزارة الاقتصاد والمالية

شهد المغرب في الفصل الأول من سنة 2020 عدت متغيرات جوهرية، تمثلت بالأساس في ضعف التساقطات المطرية التي لها انعكاس سلبي على الموسم الفلاحي. هذا بالإضافة إلى وقع تداعيات وباء كورونا "كوفيد-19" على المجال الاقتصادي والاجتماعي والصحي. وفي هذا الإطار تندرج هذه المقالة التي سيتم فيها مساءلة التدابير التي اتخذتها الحكومة لمواجهة الوضع وتأثير ذلك على توازن المالية العمومية.

Le Maroc a connu au premier semestre de l'année 2020, plusieurs changements fondamentaux, principalement dues à la faible pluviométrie, qui a impactée négativement la campagne agricole. Ceci s'ajoute aux répercussions de l'épidémie de Corona virus "Covid-19" sur le plan économique, social et sanitaire. Dans ce cadre, on va essayer dans cet article de remettre en cause les mesures prises par le gouvernement pour faire face à cette situation critique et leurs impacts sur l'équilibre des finances publiques.

شكلت الظرفية الحرجة التي يمر منها المغرب، على غرار باقي دول العالم، جراء تفشي وباء كورونا "كوفيد-19" اختباراً حقيقياً لمدى جدية العديد من المفاهيم التي تتبناها الدولة. فمنذ ظهور الوباء بالمغرب سارعت الحكومة إلى اتخاذ العديد من التدابير الرامية إلى مواجهته والحد من مخاطر تفشيه. وبحكم الطابع الفجائي للوباء، وعلى الرغم من الصدى الإيجابي للعديد من التدابير التي اتخذتها الحكومة المغربية لمواجهة، إلا أن ذلك لم يحجب مدى الارتجالية التي اتسم بها التعامل الحكومي مع هذه الظرفية الحرجة، مما يدل عن غياب رؤية واضحة للتعامل مع مثل هذا النوع من الأزمات.

ومن تجليات الارتباك والارتجالية في اتخاذ القرارات نشير إلى الإشكالات التي طرحها قرار توقيف الدراسة واعتماد التعليم عن بعد، حيث أن تفعيل هذا القرار كشف عن هشاشة ومحدودية الوسائل اللوجيستية والفنية والبيداغوجية الضرورية لرفع هذا التحدي هذا فضلا عن غياب رؤية واضحة حول أفاق الموسم الدراسي هذه السنة. كما أن قرار فرض حالة الطوارئ الصحية هو الآخر طرح أزمة قانونية (غياب الأساس القانوني للقرار)¹ ومجتمعية (غياب استراتيجية متكاملة لضمان العيش الكريم لعموم المواطنين) ولا زالت التدابير المتخذة لمحاولة تصحيح الأمور هي الأخرى يطبعها الارتجال والترقيع.

1202- مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.

- مرسوم رقم 2.20.293 يتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية في سائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا المستجد "كوفيد 19".

وبحكم أن البعد المالي يبقى المحدد الأساسي لإمكانية النجاح في إنجاز وتنفيذ مختلف أهداف السياسات العمومية، فإن هذه الورقة سنحاول من خلالها تناول الإشكالات القانونية والواقعية التي طرحها التعامل الحكومي مع أزمة وباء كورونا على مستوى المالية العمومية. وذلك بالنظر للكلفة المالية لمختلف التدابير المتخذة وآثارها على استقلالية السيادة الوطنية وعلى مستقبل الأجيال القادمة.

لهذا، وأخذاً بعين الاعتبار للمتغيرات الجوهرية التي ميزت الربع الأول من السنة والتي خلخلت أغلب الفرضيات والتوقعات التي تأسس عليها قانون المالية لسنة 2020، ألم يكن من الأجدى حرص الحكومة على بلورة مشروع قانون مالية تعديلي لإعادة ضبط توازن المالية العمومية، واستعمال صلاحياتها الدستورية للتعجيل بالمصادقة عليه؟

أولاً: الضرورة القانونية لإقرار قانون مالية تعديلي برسم سنة 2020.

1- التدابير ذات البعد القانوني لمواجهة وباء كورونا ووقعها على المالية العمومية.

تميز الأساس القانوني للتدابير والإجراءات التي أقدمت عليها الحكومة لمواجهة تحدي وباء كورونا بارتكازه على العديد من المراسيم والمناشير الوزارية. وذلك تفعيلاً لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 70 و 81 من الدستور¹²⁰³ ومضمون الفقرة الأخيرة من المادة 26 من القانون التنظيمي لقانون المالية¹²⁰⁴ التي تسمح للحكومة بأن تتخذ تدابير يختص القانون باتخاذها وذلك في الحالات الطارئة والضرورة الملحة وغير المتوقعة وخلال الفترة الفاصلة بين الدورات التشريعية. وفي هذا السياق يندرج المرسوم المحدث لصندوق خاص بتدبير جائحة فيروس كورونا "كوفيد-19"،¹²⁰⁵ بالإضافة إلى مرسوم الأحكام الخاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.¹²⁰⁶

بقراءة للمراسيم، سألقة الذكر، لا بد من الوقوف على آثارها وتكلفتها على المالية العمومية. خاصة فيما يخص المبالغ المرصودة من الميزانية العامة لتمويل الصندوق المحدث لتدبير هذا الوباء والتدابير الاقتصادية والمالية والاجتماعية والبيئية التي يجوز للحكومة اتخاذها في مثل هذه الظروف، هذا بالإضافة إلى وقف سريان الآجال القانونية خلال فترة الطوارئ. وهو الأمر الذي يصعب معه الاستمرار في العمل بمقتضيات قانون المالية لسنة 2020.

وأخذاً بعين الاعتبار لمشروع المرسوم بقانون رقم 2.20.320 المتعلق بتجاوز سقف التمويلات الخارجية،¹²⁰⁷ والذي بموجبه سيسمح للحكومة بتجاوز سقف المبلغ الاقتراض الخارجي المنصوص عليه في المادة 43 من قانون المالية لسنة 2020، والمحدد في 31 مليار درهم،¹²⁰⁸ فرغم المبررات التي المرتبطة بضرورة توفير الرصيد الكافي من العملة الصعبة في ظل تزايد الطلب على الاستيراد وتراجع مداخيل المغرب

تجدد الإشارة إلى أن هذه المراسيم جاءت على خلفية سد الفراغ القانوني الذي صاحب إعلان السلطات العمومية حالة الطوارئ الصحية ومواجهة ما صاحب ذلك من أحداث خرق لطرة الطوارئ التي شهدتها مجموعة من المدن المغربية.

1203- دستور 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011) ص 3600.

1204- القانون التنظيمي رقم 130.13 المتعلق بقانون المالية، الجريدة الرسمية عدد 6370 الصادرة بتاريخ فاتح رمضان 1436 (18 يونيو 2015) ص 3105.

1205- مرسوم رقم 2.20. الصادر في 21 من رجب 1441 (16 مارس 2020) بإحداث حساب مرصد لأموال خصوصية يحمل اسم «الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا "كوفيد-19"»

1206- مرسوم بقانون رقم 292.20.2، سبق ذكره.

1207- مشروع مرسوم بقانون رقم 2.20.320 يتعلق بتجاوز سقف التمويلات الخارجية، الذي أُحيل على مجلس النواب يوم الاثنين 6 أبريل 2020 وأحيل في نفس اليوم على لجنة المالية والتنمية الاقتصادية والذي فاقت عليه بالأغلبية لتتم إحالته إلى رئيس الحكومة ومجلس المستشارين بتاريخ 07 أبريل 2020، كما هو مبين بالموقع الإلكتروني لمجلس الذي تم تصفحه يوم 07 أبريل 2020 على الساعة 18:00

<https://www.chambredesrepresentants.ma/ar>

1208- قانون المالية رقم 70.19 للسنة المالية 2020، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6838 مكرر بتاريخ 17 ربيع الآخر 1441 (14 ديسمبر 2019)، ص 11087.

من العملة الصعبة جراء تضرر العديد من القطاعات الاقتصادية من هذا الجائحة مثل السياحة والاستثمارات الأجنبية المباشرة، بالإضافة إلى تراجع تحويلات المغاربة المقيمين بالخارج، إلا أن ذلك لا يجب أن يغيب عنا التأثيرات السلبية للاقتراض الخارجي غير المعقلن. والذي قد يفضي إلى رهن السيادة الوطنية ومستقبل الأجيال القادمة للمؤسسات المالية الدولية. لهذا كان يفترض أن يتخذ هذا القرار الحساس وفق مقارنة شمولية ومتكاملة من خلال قانون مالية تعديلي يأخذ في الحسبان المتغيرات الطارئة ويعيد ترتيب التوازنات المالية حسب ما تقتضيه الظروف المعطيات الماكرو-اقتصادية.

إن إفراط الدولة في الاقتراض الخارجي، من شأنه أن يخضع السيادة الوطنية للتبعية للمؤسسات الدولية المانحة من خلال ما ستفرضه من شروط وإملاءات. كذلك، فالاقتراض غير المعقلن من شأنه أن يفضي إلى تفكير البلاد جراء ما ينجم عنه من تدهور في قيمة النقود. ولنا في سياسة التقويم الهيكلي التي فرضت على المغرب في فترة الثمانينات والتسعينات من القرن الماضي، نموذجاً على مدى إضعاف سلطة الدولة ورهن سياساتها العمومية لإملاءات صندوق النقد والبنك الدوليين¹²⁰⁹.

2- تأثير التدابير ذات البعد التنظيمي تدبير المالية العمومية

وإلى جانب التدابير القانونية، نجد المراسيم والدوريات¹²¹⁰ ذات البعد التنظيمي التي أقرتها الحكومة بناء على الفصل 90 والفصل 92 من الدستور¹²¹¹ والمادة 68 من القانون التنظيمي لقانون المالية¹²¹²، والتي تجيز للحكومة اتخاذ كل التدابير التنظيمية الضرورية بما في ذلك تلك التي من شأنها ضمان التدبير الجيد للمالية العمومية. وبقرائنا لمضامين المراسيم والمذكرات الوزارية المرتبطة بالصفقات العمومية وتدبير المؤسسات العمومية نجد أنها، بذريعة تحديات مواجهة فيروس كورونا، أقرت العديد من الإجراءات الضامنة للكثير من المرونة في تدبير المؤسسات والمقاولات العمومية. فمن خلال هذه المرونة الموصى بها سيتم ضرب العديد من البادئ المرتبطة بحكامة وشفافية النفقات والصفقات العمومية والمساواة في الولوج لها والحرص على المنافسة الشرفية. وهو الأمر الذي يخشى معه من توفير الغطاء القانوني لتبذير المال العام وتكريس الزبونية والمحسوبة فيما يخص المستفيدين.

واستثناسا بالتجارب الدولية مثل القمة الافتراضية التي جمعت قادة دول مجموعة العشرين الصناعية الكبرى المنعقدة بتاريخ 26 مارس 2020،¹²¹³ ومادام أن الدولة عملت على اعتماد إستراتيجية الرقمنة والعمل عن بُعد، مستفيدة من الإمكانيات التي تتيحها التكنولوجيا والذكاء الاصطناعي، والتي أعطت أكلها على صعيد المؤسسات التعليمية والعديد من الإدارات العمومية رغم بعض التذبذبات التي تبقى مقبولة في بداية أية تجربة، ألم يكن حري بالحكومة الحرص على اعتماد نفس النهج فيما يخص الإعلان عن الصفقات وطلبات العروض والولوج إليها، وفي ما يخص اجتماعات الهيئات التداولية المختصة في المصادقة على ميزانية المؤسسات والمقاولات العمومية فيما يخص الموافقة القبلية والنوعية على نفقاتها؟ فمن خلال إمكانية الاجتماع عن طريق تقنية الفيديو واعتماد التوقيع

1209- حسن بوغشي، تعدد رهانات القرار الجبائي وأزمة العدالة الجبائية بالمغرب، المجلة الدولية للدراسات الاقتصادية: العدد الأول - مارس - آذار - سنة 2018، تصدر عن المركز الديمقراطي العربي. ألمانيا-برلين. ص 58-59.

1210- مرسوم رقم 270.20.2 صادر في 21 من رجب 1441 (16 مارس 2020) يتعلق بمساطر تنفيذ النفقات المنجزة من لدن وزارة الصحة. أنظر أيضاً: - دورية وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة، بتاريخ 31 مارس 2020 (C9/2020/DEPP)، حول موضوع إجراءات مواكبة لفائدة المؤسسات والمقاولات العمومية من أجل ضمان المرونة في التدبير خلال فترة الطوارئ الصحية المرتبطة بجائحة فيروس كورونا "كوفيد-19". 1211- دستور 2011، سبق ذكره.

1212- القانون التنظيمي رقم 130.13، سبق ذكره

1213- القمة الطارئة لقادة دول مجموعة العشرين الصناعية الكبرى التي انعقدت بتاريخ 26 مارس 2020 التي تمت عبر تقنية الفيديو بإشراف السعودية التي تتولى الرئاسة الدورية للمجموعة، وذلك بغاية تنسيق الجهود للتصدي لوباء فيروس كورونا المستجد كوفيد-19.

الإلكتروني يمكن الجمع بين الإسهام في تحقيق الوقاية من تفشي الوباء وضمان السرعة المطلوبة في اتخاذ القرار مع ضمان ترسيخ مبدأ الشفافية والمساواة والحرص على حماية المال العام وعقلنة تدبيره.

وبناء على ما سبق، نستشف أنه على الرغم من اجتهاد الحكومة في توفير الأساس القانوني للتدابير التي اتخذتها، إلا أن هذه الأخيرة تبقى لحظية وتفتقر للانسجام والرؤية المستقبلية. وذلك بالنظر لما تشكله من إخلال بتوازن المالية العامة وخط كل التوقعات والحسابات التي جاء بها قانون المالية لسنة 2020، وما لذلك من انعكاس على الأمن المالي للبلاد ورهن لمستقبل الوطن والمواطنين. فالإشكال المثار من خلال اعتماد مراسيم قانون في المجال المالي يتمثل في أنه رغم أنها ستعرض على البرلمان للمصادقة عليها خلال دورته العادية الموالية، تبقى الصفة التي يمكن أن نعطيها لهذه القوانين بعد مصادقة البرلمان عليها محط إلتباس، هل هي قوانين مكملة لقانون المالية أم قوانين معدلة أم قوانين موازية له؟.

إن الحرص على مبدأ سمو القانون، باعتباره المعبر الأسمى عن إرادة الأمة حسب تنصيب الفقرة الأولى من الفصل السادس من دستور 2011،¹²¹⁴ كان يستوجب على الحكومة العمل على إعداد مشروع قانون مالية تعديلي برسم سنة 2020. وبحكم طابع الاستعجال الذي يميز الظرفية كان بإمكان الحكومة دعوة البرلمان للمصادقة على مشروع القانون في دورة استثنائية طبقا للفصل 66 من الدستور.¹²¹⁵ فالقانون التعديلي لقانون المالية هو الذي من شأنه أن يقدم تصورا قانونيا شموليا ومتكاملا يأخذ بعين الاعتبار لهذا الوضع الطارئ ومختلف المتغيرات المرتبطة به والتي لها انعكاس على مستوى الموارد والنفقات. وذلك إعمالا لمضمون المادة الرابعة من القانون التنظيمي لقانون المالية التي تنص على أنه لا يمكن تعديل مقتضيات قانون المالية لسنة إلا من خلال قوانين المالية التعديلية.¹²¹⁶ وهنا، تجدر الإشارة إلى أن معنى "مقتضيات قانون المالية" يشمل كل ما يتعلق بالموارد والنفقات والمساطر والأجال المرتبطة بها.

لهذا، فإن كل محاولة ترمي إلى إقرار قوانين مكملة أو موازية لقانون المالية تبقى بدون أساس. كما أن دستورية القواعد القانونية وتراتبيتها التي تعد من المبادئ الملزمة حسب الفقرة الثالثة من الفصل السادس من الدستور،¹²¹⁷ تستوجب أن لا يتم تعديل قانون من حجم قانون المالية إلا بقانون من نفس الدرجة، نظرا لما تشكله التعديلات الجزئية المتكررة من إخلال بتوازن المالية العمومية وتهديد للأمن المالي للبلاد.

ثانيا: المبررات الواقعية المستوجبة لقانون مالية تعديلي برسم سنة 2020.

1- المتغيرات التي شهدتها الفرضيات التي قام عليها قانون المالية لسنة 2020.

تأسس قانون المالية لسنة 2020 على العديد من الفرضيات التي عصفت بها المتغيرات التي شهدها الربع الأول من السنة. وهو الأمر الذي يستوجب إعادة النظر في كل التوقعات والأرقام التي بنيت عليها الميزانية، لا من حيث الموارد ولا من حيث النفقات المرتقبة. فإلى جانب شح التساقطات المطرية هذه السنة، مما ينبئ بتواضع الموسم فلاحي وما لذلك من انعكاس على نسبة النمو، فإن الظروف الطارئة المرتبطة بتفشي وباء فيروس كورونا "كوفيد-19"، كان لها انعكاسات هائلة على الاقتصاد الدولي والوطني، الأمر الذي أفقد فرضيات وتوقعات قانون المالية لسنة 2020 صديقتها، ويحثم على الحكومة ضرورة التعجيل بإعداد مشروع قانون تعديلي للمالية لإنقاذ ما يمكن إنقاذه قبل فوات الأوان.

1214- دستور 2011، سبق ذكره.

1215- دستور 2011، سبق ذكره.

1216- القانون التنظيمي رقم 130.13، سبق ذكره

1217- دستور 2011، سبق ذكره.

فيما يخص القطاع الفلاحي فإن قانون المالية لسنة 2020 قام على فرضية التحسن النسبي للقطاع متوقعا بلوغ محصول الحبوب لما يناهز 70 مليون قنطار هذه السنة عوض 52 مليون قنطار فقط المسجلة سنة 2019، هذا بالإضافة إلى توقع تحسن الإنتاجية في باقي الزراعات وتربية المواشي بحكم استفادتها من التدابير التي جاءت في إطار مخطط المغرب الأخضر.¹²¹⁸ لكن بحكم استمرار سوء الظروف المناخية وشح التساقطات المطرية فإن الموسم الفلاحي لهذه السنة سيتسم بالجفاف مسجلا المزيد من التراجع في القدرة الإنتاجية لزراعات الحبوب والخضر والقطاني. هذا بالإضافة إلى ما يشكله ذلك من تهديد للفرشة والمخزون المائي للبلاد. الأمر الذي سينعكس سلبا لا محالة على معدل النمو رغم التحسن الذي يرتقب تسجيله بالقطاعات الفلاحية التصديرية المستفيدة من ارتفاع الطلب الخارجي جراء تراجع الإنتاج ببعض الدول الأوروبية كإسبانيا وفرنسا وإيطاليا المتأثرة بتفشي وباء فيروس كورونا "كوفيد-19".¹²¹⁹

وعلى صعيد آخر، ففي الوقت الذي كانت فيه التوقعات التي قام على أساسها قانون المالية تشير إلى أن سعر النفط سيعرف نوعا من الاستقرار على المستوى الدولي، حيث قدر سعر البرميل من النفط بـ 67 دولار،¹²²⁰ نجد أن سعر البترول على مستوى السوق العالمية قد شهد تقلبات جوهرية تميزت بتراجع الطلب العالمي في مقابل ارتفاع العرض جراء المخاوف الناتجة عن تطور تفشي وباء "كوفيد-19". فممنذ بداية تفشي الوباء في الصين بدأت أسعار النفط في التراجع لتعرف انهيارا شبه تام في شهر مارس مع تفشي الوباء في مختلف دول العالم خاصة في الدول الأوروبية والأمريكية والآسيوية، حيث وصل سعر البرميل في أواخر شهر مارس إلى نحو 22,5 دولار فقط كما هو مبين في الرسم البياني أدناه.

La source : Le cours officiel du pétrole (<https://prixdubaril.com>) au 08 avril 2020



أما بالنسبة لمعدل النمو العام فإن قانون المالية لسنة 2020 توقع نسبة نمو تصل إلى 3.7% مسجلا تحسنا بالمقارنة بسنة 2019 التي سجلت 2,9%. ويعزى ذلك إلى تزايد القيمة المضافة التي كان من المرتقب تسجيله بالقطاعات غير الفلاحية، والتي كان ينتظر منها أن تسجل زيادة في الناتج الداخلي الخام بنحو 3,7% سنة 2020 عوض 3,3% سنة 2019.¹²²¹ غير أن

الفصل الأول من السنة تميز بالركود على مستوى العديد من القطاعات الصناعية والتجارية والسياحية والنقل... جراء تأثرها بتداعيات الوباء "كوفيد-19" جراء تباطؤ الاقتصاد العالمي وانخفاض الطلب الخارجي والداخلي.¹²²² هذا فضلا على ما نجم عن التدابير الوقائية

1218- التقرير الاقتصادي والمالي 2020 المرفق بمشروع قانون المالية لسنة 2020.

1219- Délégation de l'Union européenne au Maroc - Section commerciale, « Note sur les impacts économiques du Covid-19 au Maroc au 26/03/2020 »

1220- التقرير الاقتصادي والمالي 2020 المرفق بمشروع قانون المالية لسنة 2020.

1221- التقرير الاقتصادي والمالي 2020، سبق ذكره.

1222- المندوبية السامية للتخطيط، موجز الظرفية الاقتصادية خلال الفصل الأول من 2020 وتوقعات الفصل الثاني.

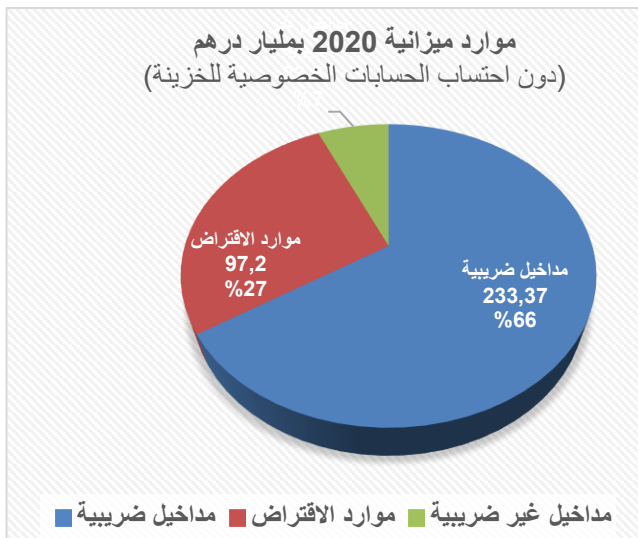
التي اتخذتها السلطات العمومية التي أغلقت على إثرها العديد من المنشآت الإنتاجية والخدماتية.¹²²³ وهو ما انعكس سلبا على معدل النمو المسجل في الفصل الأول من السنة ومرشح إلى للمزيد من التراجع في الفصل الثاني من السنة، حيث يرتقب أن لا يتعدى معدل نمو الاقتصاد الوطني 1,1% خلال الفصل الأول من 2020 عوض 1,9% التي كانت متوقعة، ليتراجع في الفصل الثاني مسجلا 1,8-، عوض 2,1% التي كان يرتقب تسجيلها قبل ظهور وباء كوفيد-19 وما صاحبه من تداعيات على الاقتصاد الوطني.¹²²⁴

2- انعكاس تدابير مواجهة الوباء "كوفيد-19" على موارد ونفقات الميزانية.

تمثلت الأهداف الأساسية لقانون المالية في مواصلة الجهود المبذولة على مستوى المالية العمومية الرامية إلى تحسين عملية تعبئة الموارد والتحكم في النفقات. وهو ما تمت ترجمته على مستوى العديد من المقتضيات التي جاء بها والتي تمثلت بالأساس في توسيع الوعاء عبر مراجعة مجموعة من الإعفاءات الضريبية وإقرار مجموعة من التدابير الرامية إلى الحد من القطاع غير المهيكل، فضلا على تدابير العفو الضريبي.

أ- تأثير موارد الميزانية بسبب تداعيات وباء "كوفيد-19"

على غرار أغلبية الدول الحديثة، تشكل الموارد الجبائية المصدر الأساسي لتمويل الميزانية العامة بالمغرب. وذلك نتيجة تراجع عائدات الأملاك والمنشآت العامة جراء تفويت أغليبتها للقطاع الخاص في إطار سياسة ليبرالية قائمة على تحرير السوق وما رافقها من خصوصية للمنشآت العامة.¹²²⁵ لهذا وبناء على الفرضيات التي تأسس عليها قانون المالية لسنة 2020 توقع هذا الأخير أن يبلغ صافي الموارد العادية لسنة 2020 حوالي 257,1 مليار درهم،¹²²⁶ أي زيادة تصل إلى 7% مقارنة بتوقعات سنة 2019، وهذا دون احتساب الحصة المحولة للجماعات الترابية من الضريبة على القيمة المضافة ومدخيل الحسابات الخصوصية للخزينة.



وبقراءة لبينية الموارد العادية للميزانية العامة، نستشف أن الزيادة التي كانت مرتقبة تعود بالأساس إلى العائدات الجبائية. لقد كان ممن المنتظر أن تشهد هذه الأخيرة ارتفاعا بنسبة 3,5% سنة 2020 بالمقارنة مع توقعات سنة 2019، حيث كان من المرتقب أن تدر على خزينة الدولة نحو 233,4 مليار درهم (19% من الناتج الداخلي الخام). في حين أن الموارد غير الضريبية فكانت مساهمتها المتوقعة تبقى في حدود 23,7 مليار فقط.¹²²⁷ وذلك على إثر تسجيل تراجع في حصيلة الخصوصية وموارد الهبات وتواضع مساهمة المؤسسات والأملاك العامة نتيجة النهج النيولبرالي الذي "اختاره" المغرب كما أسلفنا الذكر.

المصدر: تركيب ذاتي انطلاقا من معطيات قانون المالية لسنة

2020.

1223- مرسوم رقم 2.20.293، سبق ذكره. بالإضافة إلى بلوغ وزارة الداخلية بخصوص قرار إغلاق المقاهي، والمطاعم، والقاعات السينمائية، والمسارح، وقاعات الحفلات، والأندية والقاعات الرياضية، والحمامات، وقاعات الألعاب وملعب القرب، في وجه العموم. الصادر في 16 مارس 2020.

1224- المندوبية السامية للتخطيط، موجز الظرفية الاقتصادية خلال الفصل الأول من 2020 وتوقعات الفصل الثاني.

1225- حسن بوغوشي، مرجع سبق ذكره.

1226- قانون المالية رقم 70.19 للسنة المالية 2020، سبق ذكره.

1227- المرجع نفسه.

غير أن المغيرات التي تترتب عن تفشي الوباء "كوفيد-19" وما صاحبها من قرارات السلطات العمومية، ستكون لا محالة كلفتها ثقيلة على حجم موارد الميزانية العامة ذات المصدر الجبائي. فعلى مستوى الضريبة على الشركات، فإن التوقف التام أو الشبه التام للعديد من القطاعات الاقتصادية (السياحة، الصناعة، النقل، الخدمات) سيؤثر سلبا على معدل أرباحها إن لم نقل على وجودها وهو ما سينعكس بالضرورة على إمكانيات مساهمتها الضريبية. كما التدابير المرتبطة بتأجيل وضع التصريحات الضريبية حتى 30 يونيو 2020 بالنسبة للمقاولات التي يقل رقم معاملاتها للسنة المالية 2019 عن 20 مليون درهم وتعليق المراقبة الضريبية والاشعار لغير الحائز حتى 30 يونيو 2020،¹²²⁸ كلها تدابير من شأن تأثيرها أن يخلق نوع من الارتباك في استفاء الموارد الضرورية لسد ولو جزء من النفقات التي تحتتمها الظرفية. هذا طبعا بالإضافة إلى الركود الاقتصادي المرتقب في ظل ظروف الحظر الصحي وتراجع الطلب الخارجي المتأثر بتداعيات تفشي وباء كورونا "كوفيد-19".¹²²⁹

في نفس السياق، ستشهد الموارد الضريبية المرتبطة بالضريبة على الدخل هي الأخرى تراجعا هاما على إثر فقدان مناصب الشغل الناجم عن الركود الاقتصادي والتوقف الكلي أو الشبه كلي للعديد من المقاولات. هذا بالإضافة إلى توقف العديد من الأنشطة المهنية والحرفية نتيجة التدابير الوقائية التي اتخذتها السلطات العمومية. وارتباطا بهذا الركود الاقتصادي وما سينجم من تدني في مستويات دخل الأفراد، فمن البديهي أن تسجل عائدات الضريبة على الاستهلاك وعلى رأسها الضريبة على القيمة المضافة هي الأخرى تراجعا في مستوى عائداتها على خزينة الدولة.

ب- تداعيات وباء كوفيد-19 على النفقات العامة.

كان مبلغ الإجمالي للنفقات العامة المتوقعة في قانون المالية لسنة 2020 تصل إلى 396,33 مليار درهم.¹²³⁰ وهو ما يعادل 32,6% من الناتج الداخلي الخام. وهذا دون احتساب نفقات مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة والحسابات الخصوصية للخزينة التي كانت مواردها الخاصة تعادل إجمالا نفقاتها. وتتوزع بشكل عام بين نفقات التسيير بنحو 221,59 مليار درهم، ونفقات الاستثمار بنحو 78,21 مليار درهم، في حين يبلغ مجموع النفقات المرتبطة بالدين العمومي (الفوائد والعملات بالإضافة إلى استهلاك الدين العمومي) 96,54 مليار درهم.

ومن أجل محاولة التخفيف من وقع تردي الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والصحية الناجمة عن تداعيات الوباء "كوفيد-19"، فإن حجم ونطاق النفقات العامة سيعرف تزايدا مطردا. وذلك راجع إلى شمولها لنفقات عامة مستجدة وليدة هذه الظرفية الطارئة التي لم تكن ضمن التوقعات التي قام عليها قانون المالية لسنة 2020. لهذا، ونتيجة وضع الركود الاقتصادي الذي يعيشه المغرب وما سيرترب عنه من تراجع مرتقب على مستوى موارد الميزانية فإنه لم يبق هناك مجال للمزيد من التدابير الارتجالية ضيقه الأفق التي يبقى هاجسها هو محاولة تدبير المرحلة دون الأخذ بعين الاعتبار لتداعيات ذلك على مستقبل التوازن والأمن المالي للبلاد.

إن مراهنة الحكومة على الحلول "السهلة" والإنجرار خلف إجراءات الاقتراض الخارجي لتمويل عجزها الميزانياتي سيفضي إلى مفاقمة حجم التكاليف العامة. وذلك بالنظر لما ستشكله عملة استرداد أصل الدين والفوائد والعملات المترتبة عليه من استنزاف للميزانية العامة، والتي تبقى الموارد الجبائية هي مصدرها الرئيس. وهذا ما يزيد من تكريس لا عدالة السياسة الجبائية نظرا لارتهاؤها بالهاجس المالي. كما أن الاقتراض الخارجي غير المعقلن من شأنه أن يخضع السيادة الوطنية لشروط المؤسسات الدولية المانحة وإمكانية إعادة

1228- تدابير مقرر من طرف لجنة اليقظة الاقتصادية في اجتماعها الثاني المنعقد بمقر وزارة الاقتصاد والمالية يوم 19 مارس 2020.

1229- المندوبية السامية للتخطيط، موجز الظرفية الاقتصادية خلال الفصل الأول من 2020 وتوقعات الفصل الثاني.

1230- قانون المالية رقم 70.19 للسنة المالية 2020، سبق ذكره.

التجربة المريرة لبرامج إعادة التقويم الهيكلي. فبمثل هذه الاختيارات ستساهم الحكومة في رهن مستقبل الأجيال القادمة، عبر تحميلها أعباء مالية ناتجة عن قروض لم تستفد بالضرورة منها ولم تساهم في اتخاذ قرار اللجوء إليها.

لهذا فإن الظرفية تقتضي العمل بشكل مستعجل مع افتتاح الدورة التشريعية المنتظرة يوم الجمعة 10 أبريل 2020، على تحضير مشروع قانون مالية تعديلي متكامل من شأنه معالجة الإشكالات القانونية والاقتصادية والاجتماعية التي نجمت عن هذه الظرفية الطارئة التي يمر منها المغرب جراء تفشي وباء كورونا "كوفيد-19" على الصعيد العالمي. والذي من خلاله يجب إعادة ترتيب الأولويات والاعتمادات المالية ومراجعة التوجهات العامة للسياسات العمومية.

تستوجب الظرفية الحرجة التي يمر منها المغرب، على غرار باقي دول العالم، والدروس والعبر المستخلصة منها، ضرورة التحلي بالشجاعة اللازمة لمراجعة التوجهات الكبرى للسياسة العامة. خاصة فيما يخص تهميش القطاع العام والتماهي في سياسة الخصخصة وما نتج عن ذلك من تفكير للدولة وتقديمها قربانا للمؤسسات المالية الدولية. فعبر تاريخ، كانت المنشآت والمؤسسات العامة هي الدعامات الأساسية التي تستند عليها الدول في عز الأزمات.

إن هذه الظرفية الصعبة تقتضي تكاتف الجهود لتحضير الشروط الضرورية لتسطير تعاقد اجتماعي جديد يقوم على بعث روح التضامن والمواطنة، حيث يتخلى فيه كل مواطن عن أنانيته. إن التحلي بأكبر قدر من الموضوعية هو الكفيل بالمساعدة على ابتكار مشاريع حلول كفيلة بإخراج البلاد من هذه الظرفية العصيبة وتفاذي الدفع بها نحو المجهول. ومن أجل ذلك، يجب مرحليا استثمار الحس التضامني الذي برهنت عنه مختلف الفئات المجتمعية. وذلك من أجل بلورة مالية عمومية تضامنية تقوم على الحرص بشكل حازم على تفعيل المبدأ الدستوري القاضي بضرورة مستاهمة الجميع في تحمل الأعباء الوطنية كل حسب استطاعته.¹²³¹

1231- الفصل 39 من دستور 2011، سبق ذكره.

المراجع المعتمدة:

- Délégation de l'Union européenne au Maroc - Section commerciale, « Note sur les impacts économiques du Covid-19 au Maroc au 26/03/202 »
- التقرير الاقتصادي والمالي 2020 المرفق بمشروع قانون المالية لسنة 2020.
- القانون التنظيمي رقم 130.13 المتعلق بقانون المالية، الجريدة الرسمية عدد 6370 الصادرة بتاريخ فاتح رمضان 1436 (18 يونيو 2015) ص 3105.
- المندوبية السامية للتخطيط، موجز الظرفية الاقتصادية خلال الفصل الأول من 2020 وتوقعات الفصل الثاني.
- بلاغ وزارة الداخلية بخصوص قرار إغلاق المقاهي، والمطاعم، والقاعات السينمائية، والمسارح، وقاعات الحفلات، والأندية والقاعات الرياضية، والحمامات، وقاعات اللعاب وملاعب القرب، في وجه العموم. الصادر في 16 مارس 2020.
- تدابير مقرر من ظرف لجنة اليقظة الاقتصادية في اجتماعها الثاني المنعقد بمقر وزارة الاقتصاد والمالية يوم 19 مارس 2020.
- حسن بوغشي، تعدد رهانات القرار الجبائي وأزمة العدالة الجبائية بالمغرب، المجلة الدولية للدراسات الاقتصادية: العدد الأول - مارس - آذار - سنة 2018، تصدر عن المركز الديمقراطي العربي. ألمانيا-برلين.
- دستور 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011) ص 3600.
- دورية وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة، بتاريخ 31 مارس 2020 (C9/2020/DEPP)، حول موضوع إجراءات مواكبة لفائدة المؤسسات والمقاولات العمومية من أجل ضمان المرونة في التدبير خلال فترة الطوارئ الصحية المرتبطة بجائحة فيروس كورونا "كوفيد19".
- قانون المالية رقم 70.19 للسنة المالية 2020، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6838 مكرر بتاريخ 17 ربيع الآخر 1441 (14 ديسمبر 2019)، ص 11087.
- مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.
- مرسوم رقم 2.20.270 صادر في 21 من رجب 1441 (16 مارس 2020) يتعلق بمساطر تنفيذ النفقات المنجزة من لدن وزارة الصحة.
- مرسوم رقم 2.20.293 يتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية في سائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا المستجد "كوفيد19".
- مرسوم رقم 2.20.269 الصادر في 21 من رجب 1441 (16 مارس 2020) بإحداث حساب مرصد لأمر خصوصية يحمل اسم «الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا "كوفيد-19"»
- مشروع مرسوم بقانون رقم 2.20.320 يتعلق بتجاوز سقف التمويلات الخارجية، الذي أحيل على مجلس النواب يوم الاثنين 6 أبريل 2020 وأحيل في نفس اليوم على لجنة المالية والتنمية الاقتصادية والذي فاقت عليه بالأغلبية لتتم إحالته إلى رئيس الحكومة ومجلس المستشارين بتاريخ 07 أبريل 2020، كما هو مبين بالموقع الإلكتروني لمجلس الذي تم تصفحه يوم 07 أبريل 2020 على الساعة 18:00 - <https://www.chambredesrepresentants.ma/ar>

الحفل ضحية الاعتداءات الجنسية بين أوجه الحماية الجنائية والمحدودية

✍️ كوثر زركان

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه مختبر الأسرة و الطفل و التوثيق
كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية
-جامعة سيدي محمد بن عبد الله - بفاس

تلخيص:

حاولت من خلال هذا المقال تسليط الضوء على موضوع: "الطفل ضحية الاعتداءات الجنسية بين أوجه الحماية الجنائية و المحدودية" و قد عمدت إلى إبراز مكان قوة هذه الحماية دون إغفال مواطن ضعفها. فموضوع الدراسة يثير عدة تساؤلات قانونية، لذلك حاولت قبل مناقشة الفصول القانونية المتعلقة ببعض جرائم الاعتداءات الجنسية ضد الأطفال، الوقوف على الاحصائيات المتعلقة ببعض الجرائم الجنسية المرتكبة ضد الأطفال مثل جرائم اغتصاب قاصرة و هتك العرض التي تعتبر من أخطر الجرائم مساسا بحرمة جسد الطفل و أخلاقه فهي تهدر أدميته و تخدش حياءه .

ثم بعد ذلك قمت بتسليط الضوء على مظاهر قصور الحماية الجنائية للطفل ضحية الاعتداءات الجنسية ، كما هو الأمر بالنسبة لغياب نصوص خاصة تجرم الزنا بين المحارم الذي أصبح هذا النوع من الجرائم منتشرا داخل المجتمع المغربي بسبب الانحلال الخلقي و تراجع القيم الاجتماعية و ضعف الوازع الديني، و كذلك الحديث عن المحدودية القانونية لحماية الطفل من الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت .

مقدمة :

يتصدر الاستغلال الجنسي المشاكل العالمية التي تعاني منها جميع الدول، نظرا لآثاره الوخيمة على كل فئات المجتمع، لا سيما الأطفال لأنه يمس براءتهم و يطال حرمة أجسادهم التي لا يستطيعون الدفاع عنها لصغر سنهم. و ظاهرة الاستغلال الجنسي للأطفال لطالما ظل مسكوتا عنها لعدة سنوات، إلا أنه بفضل التحولات التي شهدتها المجتمعات و ما صاحب ذلك من وعي جعل العنف المرتكب ضد الأطفال يخرج من دائرة المسكوت عنه. و تعالت الأصوات المنادية بضرورة التدخل الدولي لإقرار حماية للأطفال ، فكان إعلان جنيف الصادر بتاريخ 1924 و إعلان 1959 الانطلاقة الحقيقية لحماية الطفل، ثم بعد ذلك تواصلت المجهودات إلى أن توجت اتفاقية الامم المتحدة لحقوق الطفل 1989/11/20.

و لقد تعرضت اتفاقية 1989 لحقوق الطفل للجرائم الجنسية ضد الأطفال، حيث خصصت الفصلين 19 و 34 منها للتصدي لها، مؤكدة على الدول وجوب اتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية الأطفال من الاعتداءات الجنسية¹²³².

ووعيا كذلك من الدولة بخطورة الاستغلال الذي يتعرض له الطفل بعدما أصبح معطى اجتماعي تؤكد الاحصائيات و التقارير الرسمية و غير الرسمية، بادرت إلى حماية فئة الأطفال عن طريق مجموعة من الإصلاحات التشريعية من خلال ملائمة التشريعات الوطنية مع توصياته شملت بالخصوص القانون الجنائي .

و هكذا فقد تطرق المشرع المغربي من خلال القانون الجنائي إلى العديد من الجرائم التي تستهدف حماية الطفل من كل أشكال العنف خاصة الاستغلال الجنسي الذي أصبح يتصدر أنواع العنف التي يقع ضحيتها أطفال، و تتعدد الأفعال التي تشكل انتهاكا كعرض الطفل، إلا أنه تجمع بينهما صفة مشتركة و هي الصفة الجنسية للفعل، و هي ذات مدلول واسع و تشمل جميع الممارسات و الأفعال الجنسية الطبيعية و غير الطبيعية التي كيفها المشرع حسب خطورتها إلى جنائيات و جنح.

و من هذا المنطلق ، فموضوع الطفل ضحية الاعتداءات الجنسية بين أوجه الحماية الجنائية و المحدودية يكتسي أهمية خاصة لأنه يثير موضوعا لا طالما ظل مسكوتا عنه لعدة سنوات، إلا أنه بفضل التطور و التحولات التي شهدتها المجتمع المغربي و ما احب ذلك من وعي جعل هذه الجرائم تخرج من دائرة المسكوت عنه إلى دائرة العلن ، و هو ما دفعني للكشف عن موقف الطفل الضحية في المنظومة الجنائية المغربية من خلال استخلاص مكامن الحماية و القصور من نصوصها القانونية المجرمة.

لذا فالإشكال الذي يطرحه هذا الموضوع:

ما مدى توفيق المشرع المغربي في توفير حماية ناجعة و كفيلة لحماية الطفل من الاعتداءات الجنسية؟

ولالإجابة عن هذه الإشكالية، ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين

المبحث الأول: مظاهر الحماية الجنائية للطفل من الاعتداءات الجنسية

المبحث الثاني: مظاهر قصور الحماية الجنائية للطفل من الاعتداءات الجنسي

المبحث الأول: مظاهر الحماية الجنائية للطفل من الاعتداءات الجنسية

يعتبر حق الطفل في صيانة عرضه و أخلاقه ، من بين أسمى الحقوق التي اهتمت بها التشريعات و المواثيق الدولية بسبب الضعف الذي يتميز به الأطفال مما يجعلهم عرضة لجرائم تمس أعراضهم و أخلاقهم. و نظرا لجسامة الأخطار الجسدية و النفسية التي قد تلحق الطفل جراء المساس بعرضه و أخلاقه، فقد جرم المشرع المغربي العديد من الأفعال من أجل حمايته .

و سوف أقتصر على دراسة الاغتصاب في (المطلب الأول)، على أن أخصص (المطلب الثاني) للحديث عن هتك العرض.

1232: : محمد المساوي ، مركز الضحية في السياسة الجنائية المغربية، رسالة لنيل شهادة الماستر ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة سيدي عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006/2007، ص 22

المطلب الأول: جريمة اغتصاب قاصرة

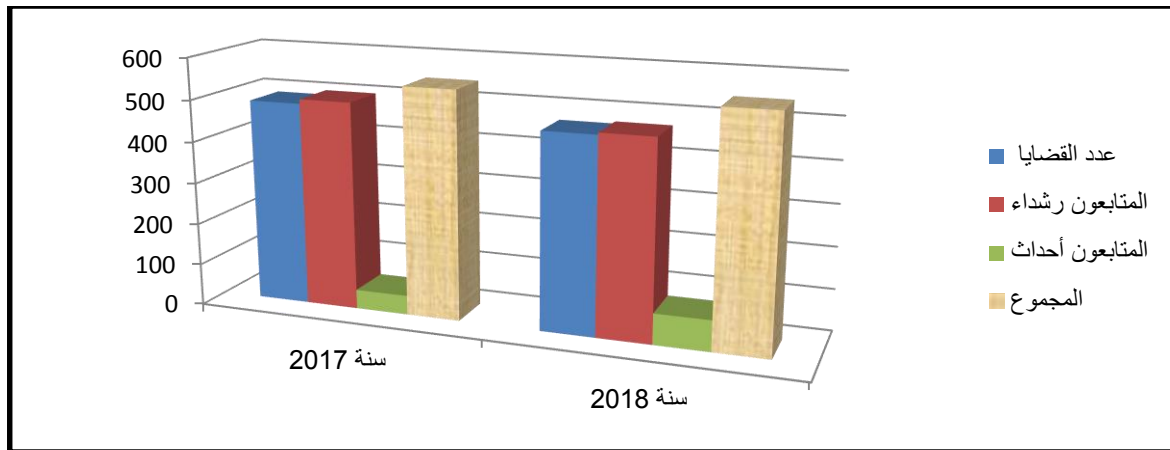
تعد جريمة الاغتصاب من أخطر جرائم العرض التي تلحق الأنثى، فتجعلها ضحية بين يدي وحش كاسر يدنسها و يخلف لها أسوء الآثار، و تبلغ خطورة الجريمة أشدها إذا استهدفت قاصرة¹²³³. و عليه سوف اخصص (الفقرة الأولى) للحديث عن حجم جريمة اغتصاب قاصرة، على أن أتطرق (للفقرة الثانية) لأوجه الحماية الجنائية التي يقرها القانون الجنائي لهذه الفئة.

الفقرة الأولى: احصائيات متعلقة بجريمة اغتصاب القاصرين

و قد أوضحت ظاهرة اغتصاب الأطفال بالمغرب كشكل من أشكال سوء المعاملة الأطفال ، تتفاقم في أوساط المجتمع المغربي سنة بعد أخرى، و ما يزيد من استفحالتها هو كونها ظاهرة صامتة ، نظرا للأعراف التي تداولتها الأسر المغربية فيما يخص الجانب الجنسي ، بحيث تكاد تجده من المحرمات بل و من نقط العار، فأغلب الضحايا و أسرهم يختارون الصمت و التستر عوض فضح هذه الجريمة خوفا من التشهير¹²³⁴.

و على الرغم من أن أغلب جرائم الاغتصاب تحاط بسرية تامة، فإنه توجد بعض الإحصائيات¹²³⁵ لحالات اغتصاب القاصرات على الصعيد الوطني تعكس إلى حد ما انتشار هذه الجريمة .

السنوات	عدد القضايا	الأشخاص المتابعون		مجموع المتابعين
		ذكور رشداء	ذكور أحداث	
سنة 2017	489	500	46	546
سنة 2018	467	472	74	546



1233: محمد مصباح القاضي ، الحماية الجنائية للطفولة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، القاهرة سنة 1998، ص 50

1234: محمد الصديق، حماية الطفل من الجرائم الجنسية، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة

محمد الخامس، الرباط، سنة 2013، ص 12

1235: تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية و سير النيابة العامة لسنة 2017-2018، منشور بموقع رئاسة النيابة العامة ، ص

من خلال الاطلاع على الاحصائيات الخاصة باغتصاب القاصرات على الصعيد الوطني خلال سنتين 2017 و 2018 ، يلاحظ انها عرفت نوع من الاستقرار ، مع تسجيل أعلى نسبة لها سنة 2017 بحوالي 489 قضية توبع خلالها أكثر من 500 راشد و 46 حدث .

و كذلك بعد استقراء معطيات الجدول أعلاه يتبين أنه في سنة 2017 بلغ عدد حالات الاغتصاب 489 و ذلك بمعدل 40 حالات كل شهر أي ما يمثل % 8.17 كل شهر .

أما سنة 2018 بلغ عدد حالات الاغتصاب 467 و ذلك بمعدل 39 حالات كل شهر أي ما يمثل % 8.35 كل شهر .

فبعد التعرف على حجم جريمة اغتصاب القاصرين ، فما هي اوجه الحماية الجنائية التي يقرها المشرع للمغتصبة القاصر ؟

الفقرة الثانية: أوجه الحماية الجنائية للطفلة ضحية الاغتصاب

نص الفصل 486 من القانون الجنائي على ان : " الاغتصاب هو موقعة رجل لإمرأة بدون رضاها و يعاقب عليه بالسجن من خمس إلى عشر سنوات .

غير أنه إذا كان سن المجني عليها يقل عن 18 سنة أو كانت عاجزة، أو معاقة، أو معروفة بضعف قواها العقلية أو حاملا فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة".

فمن خلال قراءة الفقرة الأولى من الفصل أعلاه يتضح أنه حتى تتم حماية القاصرة ضحية الاغتصاب لا بد من فعلا الموقعة و انعدام رضا الضحية التي يجب أن يقل سنها هن 18 سنة .

- موقعة قاصرة

تعتبر الموقعة من أهم عناصر الركن المادي لجريمة الاغتصاب، و هو ما يميز هذه الجريمة عن باقي جرائم العرض، و يقصد به حسب مقتضيات الفقرة الاولى من الفصل 486 من قانون الجنائي اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا بإيلاج عضوه الذكري في محل الوطأ الشرعي¹²³⁶، و بذلك لا يتصور اغتصاب قاصرة إلا من ذكر.

و على خلاف المشرع المغربي الذي لا يعتد بجريمة الاغتصاب إلا إذا كان طرفاها من جنسين مختلفين و تم الإيلاج في فرج أنثى، فإن نظيره الفرنسي¹²³⁷ منح لجريمة الاغتصاب مفهوما واسعا ، و اعتبر كل ايلاج جنسي مهما كانت طبيعته ارتكب على ذات الغير بالعنف ذكرا كان أو أنثى اغتصابا، و شدد العقوبة إذا كانت ضحيته أطفالا أيا كان جنسهم.

1236 : مكان الوطأ الشرعي هو المكان المعد لموقعة الرجل للمرأة و المتمثل في فرج المرأة دون أي مكان آخر في جسدها

- حافظ العبيدي، الركن المادي لجريمة الموقعة، مجلة القضاء و التشريع ، العدد الثاني ، فبراير، 2010، ص 145

1237: الفصل 222-23 من المجلة الجنائية الصادرة بمقتضى قانون 22 يوليوز 1992 الذي ينص على :

« toute acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit commis sur la personne d'autrui par violence ; contrainte ; menace ou surprise un viol »

كما لم يشترط المشرع في الفصل 486 من ق ج ان تكون القاصرة المجني عليها بكرا من عدمه طالما ان العبرة باحترام إرادة القاصرة و حمايتها من أي تصرف غير قانوني يلحق بها ، كما ان مادية الجريمة لا تشترط في الرجل القوة و الكفاءة الجنسية بل تقوم بفعل الايلاج و القدرة الطبيعية على ذلك، و تنفيذ الجريمة لا يتوقف على الايلاج الكامل أو الجزئي ، كما لا تنتفي بعدم إنهاء الاتصال الجنسي و عدم إشباع الشهوة الجنسية و لو لم يحدث إنزال المادة المنوية¹²³⁸ .

- انعدام رضا القاصرة

بقراءة مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 486 من ق ج نجد ان المشرع وسع من الحماية المكفولة للقاصرين و ذلك بالرفع من السن المشمول بها ، و الذي كان مقررا في 15 سنة حسب الفصل 486 من ق ج قبل التعديل ليصبح حاليا محمدا في 18 سنة، إلا أنه بالرغم من ذلك لم يستثنى القاصرة بمقتضيات خاصة فيما يتعلق بركن الرضا الذي تنتفي بتحقيقه جريمة الاغتصاب، إذ يثار الاشكال في حالة واقعة الجاني للقاصرة برضاها، فهل يعتبر في هذه الحالة رضاها غير صحيح لصغر سنها و تسري عليه مقتضيات الفصل 486 من ق ج ؟ ام يعتبر رضاها ذا قيمة قانونية كاملة مما من شأنه أن ينفي الجريمة لعدم توفر أحد شروطها الأساسية و يمنح للفعل تكييفاً آخر لحمايتها ؟

يفهم من منطوق الفقرة الأولى من الفصل 486 من ق ج ان المشرع المغربي اعتبر انعدام الرضا شرطا ضروريا لقبم جريمة الاغتصاب، و بالتالي ففي هذه الحالة تخرج القاصرة التي واقعها الجاني برضاها من نطاقها، إلا انه بالرجوع للفقرة الثانية من نفس الفصل يتضح بأن المشرع و بالرغم من تخصيصه حماية خاصة للقاصرة التي يقل عمرها عن 18 سنة أو كانت عاجزة أو معاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية أو حاملا ، عن طريق تشديد العقوبة إذا كانت ضحية، إلا أنه لم يوضح ما إذا كانت هذه الحماية تطالها إذا تمت الواقعة برضاها خصوصا و أن القانون يعتبرها ناقصة الإرادة و من غير السانغ ان يسوي في الرضا بين الراشدة و القاصر، خاصة إذا كانت لا تزال صغيرة السن و سهلة الاغراء و غير مميزة و لم تبلغ بعد 12 سنة¹²³⁹ فلا شك في هذه الحالة تحقق جريمة الاغتصاب على الرغم من عدم ممانعتها واقعة الجاني ، حيث أن إرادتها مجردة من القيمة القانونية و لا يمكن أن يقوم بها رضاه صحيح¹²⁴⁰ .

وحتى لا تبقى القاصرة خلال هذه الفترة العمرية دون حماية، و يتم انتهاك حرمة جسدها بعلة رضاها ، كان ضروريا منح تكييف آخر لهذا الفعل الجرمي الشنيع ، و هو ما جعل القضاء يعتبر كل واقعة لقاصر لم تبلغ 18 سنة برضاها هتكا لعرضها طبقا للفصل 486 من القانون الجنائي، ليكون بذلك لم يأخذ رضاها على إطلاقه مراعاة لصغر سنها. و في هذا الصدد قضت غرفة الجنايات الاستئنافية بأكادير¹²⁴¹ بتأييد القرار الصادر عن غرفة الجنايات الابتدائية بإدانة المتهم الذي قام

Luc michèl nivoise , les éléments constitutifs du viol, rapport sur la l'arrêt de la chambre criminelle du 9 décembre 1993 , revue droit pénal 1994 , page 1 et suiv..

1238: حسن الورياعلي، الجرائم الماسة بالاخلاق ، مساهمة في فهم العوامل الاجتماعية و الضوابط القانونية، مطبعة السليكي الاخييين ، طنجة، 2012 ، ص 27

1239: ينص الفصل 214 من مدونة الاسرة " الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة".

1240 : عبد الفتاح بهيج ، جريمة خطف الاطفال و الاثار المترتبة عليها بين الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الاولى ، سنة 2010 ، ص 860 .

: محكمة الاستئناف باكادير، قرار عدد 534، ملف رقم 2614/41، الصادر بتاريخ 2014/05/26، غير منشور 1241

بافتراض بكاره الضحية القاصرة المزداة سنة 1995 برضاها ، و اعتبرت هذا الفعل يشكل العناصر التكوينية لجناية هتك عرض قاصر بدون عنف نتج عنه افتراض.

و يجب الاشارة في الأخير ان المشرع أقر كذلك حماية خاصة للقاصرة في الفصول 487 و 488 من القانون الجنائي و ذلك بتشديد عقوبة الاغتصاب حسب صفة الجاني وظروف الاغتصاب و النتائج المترتبة عنه .

و لابد من الاشارة أيضا أن التعديل الأخير للفصل 475 من القانون الجنائي يدخل في إطار تعزيز الحماية الجنائية للقاصر، حيث تم حذف الفقرة الثانية من هذا الفصل و التي كانت تمنح للشخص الذي اختطف قاصرة أو غرر بها، إمكانية الزواج بها إذا كانت بالغة و بالتالي الافلات من العقاب . و يأتي هذا التعديل بعد موجة احتجاجات للجمعيات الحقوقية على إثر قضية أمينة الفيلاي بعد تزويجها من مغتصبها.

المطلب الثاني: جريمة هتك عرض قاصر

جعل المشرع المغربي جريمة هتك العرض مجالا لتجريم جميع الاعتداءات التي يقع ضحيتها الأطفال سواء تمت برضاها أو بدونها و تخرج عن نطاق الاغتصاب، و ذلك للحيلولة دون بقاء بعض الممارسات دون تجريم.

لذلك سأطرق (للفقرة الأولى) لمعرفة حجم جريمة هتك عرض قاصر ، على أن أخصص (الفقرة الثانية) للحديث عن الحماية الجنائية للطفل من جريمة هتك العرض.

الفقرة الأولى : حجم جريمة هتك عرض الاطفال

لقد أضحت ظاهرة هتك عرض الاطفال بالمغرب كشكل من أشكال العنف المرتكب ضد الأطفال تتفاقم في أوساط المجتمع المغربي، و هذا ما تؤكد الإحصائيات¹²⁴² المتوصل بها لسنة 2017 و 2018 و هي كالتالي :

السنوات	نوع الجريمة	عدد القضايا	عدد المتابعين			
			ذكور		إناث	
			راشد	حدث	راشدة	حدث
2017	هتك عرض قاصر بالعنف	1476	1425	219	6	1
	هتك عرض قاصر بدون عنف	391	379	19	7	1
2018	هتك عرض قاصر بالعنف	1729	1636	234	12	0
	هتك عرض قاصر بدون عنف	381	354	48	2	1

1242: تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية و سير النيابة العامة لسنة 2017 و 2018 ، منشور بموقع رئاسة النيابة العامة ، ص 109 .

و من خلال الجدول المسجل أعلاه ، نسجل بخصوص هذه الاحصائيات أن عدد القضايا المعروضة سنة 2017 بخصوص هتك عرض قاصر وصل مجموعها 1867 منها 1476 بخصوص هتك عرض قاصر بالعنف أي بنسبة 79.05 % من مجموع عدد القضايا المعروضة ، و 391 قضية هتك عرض بدون عنف أي بنسبة 20.94 % .

كما نلاحظ أيضا أن عدد القضايا المسجلة بالنسبة لهتك عرض قاصر بالعنف مقارنة بقضايا هتك عرض بدون عنف سجلت نسبة جد مرتفعة سواء من حيث عدد القضايا المعروضة أو من حيث عدد المتابعين ، في حين بلغت قضايا هتك العرض بدون عنف تسبا متوسطة. أما بخصوص سنة 2018 ، يلاحظ أن عدد قضايا هتك عرض بالعنف يفوق هتك عرض بدون عنف ، إذ بلغ مجموع عدد القضايا المعروضة 2210 منها 381 بخصوص هتك عرض بدون عنف أي بمعدل 32 حالة كل شهر أي ما يمثل 8.40 % ، بينما عدد قضايا هتك عرض بالعنف سجل 1729 أي بنسبة 78.23 % .

الفقرة الثانية : الحماية الجنائية للطفل من جريمة هتك العرض

تناول المشرع المغربي جريمة هتك العرض في الفصلين 484 و 485 من القانون الجنائي، و بالنظر إلى هذين الفصلين نلاحظ أنه لم يعرفها على غرار مجموعة من التشريعات تاركا المجال للفقه و القضاء.

و يقصد بهتك العرض كل فعل مخل بالحساء يقع على شخص ، أي كل فعل مناف للأداب يقع عمدا و مباشرة على المجني عليه، ووفقا لهذا التعريف يشترط في الفعل المخل بالحياء أن يكون على درجة من الفحش و الجسامة ، و أن يكون هذا الإخلال عمديا ، فلا يعد هتك عرض ذلك الفعل الذي يقع بصورة غير عمدية مهما كان خادشا بالحياء ، و لا يشترط أن يقع المساس بعورة المجني عليه من قبل الجاني، و إنما يتصور و لو كان المجني عليه أجبر على المساس بعورة الجاني¹²⁴³.

و عكس جريمة الاغتصاب الي لا يمكن أن تقع إلا على أنثى، فإن هتك العرض يمكن أن تقع على أنثى كما يمكن أن يقع على ذكر، بل يمكن أن تقع هذه الجريمة من أنثى على أنثى أو من أنثى على ذكر. و قد استهدف المشرع المغربي من تجريمه لأفعال هتك العرض حماية المناعة الأدبية للأشخاص نظرا لما قد يلحقهم من أذى جراء هتك أعراضهم ، خاصة إذا كان سن المجني عليه قاصرا، لسهولة خداع الطفل أو تهديده أو إكراهه على المساس بعرضه بسبب ضعفه البدني، و أيضا لعدم نضج قدراته التي تمكنه من فهم طبيعة الفعل الذي يرتكب عليه¹²⁴⁴. و لهذه الأسباب عاقب الفصل 484 من القانون الجنائي بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات كل من هتك دون عنف أو حاول هتك عرض قاصر تقل سنه عن ثمان عشرة سنة أو عاجز أو معاق أو شخص معروف يضعف قواه العقلية سواء كان ذكرا أو أنثى.

و تشد هذه العقوبة لتصبح السجن من خمس إلى عشر سنوات إذا كان الفاعل من أصول الضحية أو ممن لهم سلطة عليها أو وصيا عليها أو خادما بالأجرة عندها او عند أحد الأشخاص السالف ذكرهم، أو كان موظفا أو رئيسا دينيا و كذلك أي شخص استعان في اعتدائه بشخص أو عدة أشخاص أو إذا نتج عن هتك عرض الضحية افتضاؤها.

و إذا كان المشرع المغربي قد نص على عقوبة موحدة لجريمة هتك عرض قاصر مهما كان سنه، فإن المشرع المصري ميز في هذا الخصوص بين القاصر الذي لم يتجاوز سنه سبع سنوات و ذلك الذي تجاوز سبع سنوات ، حيث نصل المادة

أحمد أجويد، الموجز في شرح القانون الجنائي الخاص المغربي ، الجزء الثاني ، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2004/2005، ص 83 1243

: محمد الصديق ، م س ، ص 14 1244

269 من على أنه كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة كاملة ، بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس، و إذا كان سنه لم يبلغ سبع سنين كاملة أو كان الجاني من اصول المجني عليه أو ممن يتولون تربيته، فإن العقوبة هي الأشغال الشاقة المؤقتة¹²⁴⁵.

و من خلال هذا المقتضى يتضح أن المشرع المغربي أقل تشددا من نظيره المصري في العقاب على جرائم هتك عرض قاصر دون قوة، و أقل تشددا من نظيره الفرنسي الذي يرفع الحد الأدنى للعقوبة في هذه الجريمة إلى ثلاث سنوات¹²⁴⁶.

المبحث الثاني : مظاهر قصور الحماية الجنائية للطفل ضحية الاعتداءات الجنسية

على الرغم من تعدد النصوص الحمائية للطفل ضحية الاستغلال الجنسي داخل المنظومة القانونية، إلا انه توجد بعض النواقص التي تؤثر سلبا على الحماية، كما هو الأمر بالنسبة لغياب نصوص خاصة تجرم الزنا بين المحارم (المطلب الأول)، و أيضا عدم تأطير الجرائم التي ترتكب عبر الانترنت خاصة ضد الاطفال و التي أصبحت ظاهرة متفشية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطفل ضحية زنا المحارم

نظرا لخطورة جريمة زنا المحارم على الفرد و الاسرة و المجتمع ، أتساءل عن موقف المشرع المغربي من هذه الجريمة ؟ (الفقرة الأولى)، و ما هي انعكاسات هذه الجريمة على حياة الطفل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : موقف المشرع المغربي من جريمة زنا المحارم

تشكل جريمة زنا المحارم من أخطر الجرائم الواقعة على الأسرة ، و معاقب عليها في غالبية القوانين الوضعية و التشريعات السماوية و مبادئ الأخلاق. فالأسرة هي نواة المجتمع و رابطة القرابة و النسب و بالتالي فكل اعتداء على أحد هذه الصلات يشكل جريمة يعاقب عليها.

و المشرع المغربي لم يجرم هذا الفعل وإنما اتبع سياسة القانون الفرنسي في هذا الخصوص و ذلك بنصه في الفصل 487 من القانون الجنائي على اعتباره ظرفا من ظروف التشديد لعقوبة اغتصاب القاصر إذا ما كان الفاعل من أصول الجني عليها، و هذا الظرف يقتصر فقط على الأب و الجد دون الفروع و الحواشي القريبة و البعيدة و الأقارب سواء بالمصاهرة أو بالرضاعة ، و هذا توجه غير سليم للمشرع المغربي لمخالفته أحكام الشريعة الاسلامية بل حتى أحكام العديد من التشريعات المقارنة . و في نفس السياق أجد قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس¹²⁴⁷ الذي أدان المتهم بغرامة

اغتصاب أخت زوجته القاصرة، البالغة من العمر 14 سنة و عاقبه بسنتين سجنا بعد تمتيعه بظروف التخفيف ، في حين أن أدنى عقوبة يمكن تطبيقها على مرتكب اغتصاب قاصر في السجن من 10 إلى 20 سنة حسب الفصل 468 من القانون الجنائي. و انطلاقا من هذا القرار يتبين أن العقوبة الصادرة في حق الجاني هي عقوبة دون المستوى ، لأن النازلة تضمنت أكثر من ظرف تشديد و عليه يمكن القول أن هناك خروج عن القواعد و النصوص القانونية الواردة الإطار.

: هلاي عبد الله، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي ، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996، ص 206 1245

: محمد مصباحي ، م س ، ص 51 1246

: محكمة الاستئناف بفاس، قرار عدد 528/712، صادر بتاريخ 2001/11/13، غير منشور 1247

كما يجب الإشارة أنه لا يوجد مبرر منطقي يمكن أن يستند عليه المشرع المغربي لعدم عقابه على زنا المحارم ، فإذا كانت أغلب القوانين الغربية تأخذ بمبدأ الحرية الجنسية كأصل لها في مجال العرض قد جرمته و عاقب عليه كالقانون الألماني¹²⁴⁸. الأمر الذي يدفعني للتساؤل هل المشرع بهذا السكوت قد تبنى مبدأ الحرية الجنسية أم أنه لم يرى في زنا المحارم ما يستوجب العقاب؟

لذا يجب على المشرع أن يتدخل في أقرب وقت لتدارك هذه الثغرة و لإقرار حماية خاصة للطفل من الاعتداءات الجنسية المدمرة التي قد يتعرض لها داخل محيطه الاسري.

الفقرة الثانية: انعكاسات جريمة زنا المحارم على الطفل

من المعلوم أن زنا المحارم من أخطر أشكال الاعتداءات الجنسية التي يمكن أن يقع الطفل ضحيتها، و ذلك لسببين على الأقل: الاول هو أن لكل اعتداء جنسي انعكاسات بدنية و نفسية خطيرة على الطفل¹²⁴⁹ ، أما الثاني أن الاعتداء الجنسي في هذه الحالة يصدر عن أشخاص يفترض فيهم حماية الطفل و ليس الإضرار به و هو ما يدفع الطفل إلى فقدان الثقة في كل الأشخاص المحيطين به.

المطلب الثاني: الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت

قبل الحديث عن قصور الحماية الجنائية للطفل ضحية الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت (الفقرة الثانية)، لابد من الإشارة إلى تجليات الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت (الفقرة الاولى).

الفقرة الاولى : تجليات الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت

خلافا للجرائم الجنسية المباشرة و التي تسلط مباشرة على جسد الطفل بهدف إشباع رغبة الجاني الجنسية أو بهدف إشباع رغبته في التشفي أو التحقير. فإن جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت تندرج في خانة الجرائم الجنسية غير المباشرة و التي لا تسلط مباشرة على جسد الطفل و تهدف إلى استغلال جسد هذا الأخير بالتحريض على ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة بغاية تحقيق نفع مادي أو بدونه¹²⁵⁰.

و من صور الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت نجد:

- تحريض القاصرين على الأعمال الجنسية: التحريض عن طريق الرموز أو الرسوم التي قد تكون دعوى صريحة أو تحمل في طياتها مما لا يدع مجالاً للشك معنى التحريض على الفسق.
- عرض الصور و الأفلام و المحادثات المنافية للأداب العامة: جرائم إشاعة الصور و الأفعال الفاحشة المخلة بالأداب العامة على شبكة الانترنت تتحقق من خلال العديد من الأفعال المادية التي تتجسد في غرض نشر أو توزيع أي

1248 : المادة 173 من القانون العقوبات الألماني: " كل من ارتكب فعلا مع أحد أصوله الصليبيين على عمود النسب و إن علوا يعاقب بالحبس حتى 3 سنوات أو بالغرامة.

1249 : Inges Ange Lino ; L'enfant la famille la maltraitance ; Dunod ; 2ème Edition ; paris 2001 ; page 120

1250 : يوسف ربحي، الحماية الجنائية للطفل ضحية الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بين عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2013/2013، ص 38

صور أو أقوال أو أفعال فاحشة ، كما تتحقق أيضا من خلال إنشاء العديد من المواقع الجنسية على شبكة الانترنت و الترويج لها أو استقطاب الزائرين لها خاصة الأطفال منهم¹²⁵¹.

الفقرة الثانية: محدودية حماية الطفل من الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت

نص المشرع المغربي من خلال الفصل 503-2 من القانون الجنائي على أنه يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة عشرة آلاف إلى مليون درهم كل من حرض أو شجع أو سهل استغلال أطفال تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية، و ذلك بإظهار أنشطة جنسية بأي وسيلة كانت سواء أثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية".

بقراءة الفصل أعلاه يتضح أن المشرع جرم أي تحريض أو استغلال جنسي للقاصرين كيفما كانت الوسيلة المستعملة، فكان على المشرع أن يحدد الوسيلة المرتكبة بها الفعل الجرمي لحصرها في تلك الوسيلة بعينها .

كما يلاحظ أن ندرة القوانين المنظمة لجرائم التحرش الجنسي بالأطفال عبر الانترنت دفعت بالقضاء إلى الاستناد بالقواعد المنظمة لهذه الجريمة في القانون الجنائي التقليدي من أجل سد الفراغ، لكون نصوص القانون الجنائي غير قادرة على استيعاب الجرائم الالكترونية و ضمنها جريمة الاستغلال الجنسي للقاصرين عبر شبكة الانترنت.

كما يلاحظ أن المشرع تعامل مع الجرائم المتعلقة بالاستغلال الجنسي للقاصرين عبر الانترنت بتحفظ، إذ لا نجد أي فصل يعاقب على الاستغلال الجنسي للأطفال في السياحة الجنسية، و يساهم هذا الغموض في إفلات كل من سولت له نفسه ارتكاب هذه الجريمة.

خاتمة:

بالوقوف على ما تقدم من طرح للجرائم الجنسية ضد الأطفال في التشريع المغربي، تظهر الخطورة البالغة لمثل هذه الجرائم لما لها من أثر على نفسية الطفل و سلامته الجسدية، لذا حاول المشرع المغربي التصدي لها من خلال التنصيص على

مجموعة من العقوبات في القانون الجنائي. إلا أن هذه النصوص لا زالت تحتاج إلى العديد من التعديلات حتى تلائم التطور الكمي و النوعي لهذه الجرائم.

و من جانب آخر، و حتى تكون للنصوص القانونية أثر على تغيير السلوك العدواني اتجاه الأطفال لابد من التحسيس و التوعية من طرف المجتمع ككل بخطورة هذه الأفعال الإجرامية.

1251: سعيدة حليمي ، الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال بين الواقع و التشريع ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بين عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2014/2015، ص 71.

لائحة المراجع

الكتب باللغة العربية

- حسن الورياغلي، الجرائم الماسة بالأخلاق ، مساهمة في فهم العوامل الاجتماعية و الضوابط القانونية، مطبعة السليكي الاخويين ، طنجة، 2012.
- عبد الفتاح بهيج ، جريمة خطف الاطفال و الاثار المترتبة عليها بين الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الاولى ، سنة 2010.
- أحمد أجويد، الموجز في شرح القانون الجنائي الخاص المغربي ، الجزء الثاني ، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2004/2005.
- هاللي عبد الله، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي ، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996.

المجلات :

- حافظ العبيدي، الركن المادي لجريمة الواقعة ، مجلة القضاء و التشريع ، العدد الثاني ، فبراير، 2010.

الرسائل :

- سعيدة حلومي ، الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال بين الواقع و التشريع ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بين عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2014/2015.
- يوسف ربحي، الحماية الجنائية للطفل ضحية الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بين عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2013/2013.
- محمد الصديق، حماية الطفل من الجرائم الجنسية، رسالة لنيل دبلوم الماستر ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد الخامس، الرباط، سنة 2013.

مراجع باللغة الفرنسية

- Luc Michel nivose , les éléments condit tifs du viol, rapport sur la l'arrêt de la chambre criminelle du 9 décembre 1993 , revue droit pénal 1994 .
- :Inges Ange Lino ; L'enfant la famille la maltraitance ; Dunod ; 2éme Edition ; paris 2001

الأمراض المهنية والمرض المترتب عن فيروس كورونا أية علاقة ممكنة؟

✍ عبد الإله شني

باحث في سلك الدكتوراه، تخصص قانون الأعمال،
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- المحمدية

الملخص: تعالج المقالة الإشكالية المتعلقة بمدى اعتبار فيروس كورونا كوفيد 19 مرضا مهنيا، تستلزم تفعيل مقتضيات القانون 12-18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، أم يعد مرضا عاديا يقتضي إثارة أحكام القواعد العامة للمسؤولية، أو الاهتداء إلى مقتضيات قانون الضمان الاجتماعي، وبناء على ذلك قسمنا الموضوع إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول ماهية المرض المهني، حيث حاولنا تعريفه في ضوء الفقه، ثم ميزنا بينه وبين المرض العادي، بعد ذلك عرجنا على تصنيف الأمراض المهنية، مع إبراز الشروط المتطلبية في ذلك، وتناولنا في المبحث الثاني الأساس القانوني للتعويض عن الإصابة بفيروس كورونا كوفيد 19 من خلال أحكام القواعد العامة للمسؤولية سواء مسؤولية المشغل التقصيرية عن أخطائه المتسببة في نقل الفيروس المذكور، أو مسؤولية المشغل عن أخطاء تابعيه، وعن الأشياء باعتباره حارسا لها، ثم توقفنا عند إثارة إمكانية التعويض عن الإصابة بفيروس كورونا كوفيد 19 باعتباره مرضا غير مهني، وفق نظام الضمان الاجتماعي، حيث تطرقنا إلى التعويضات اليومية وإعانة الوفاة المترتبين عن المرض المستجد، وفي نهاية المقالة عززناها باقتراحات عملية تفاديا لانتشار الجائحة المذكورة.

Article: Maladies professionnelles et coronavirus quelle relation possible?

L'article aborde la question problématique de la mesure dans laquelle le coronavirus covid 19 est considéré comme maladies professionnelles, nécessitant l'activation des exigences de la loi 12-18 relative à l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles, ou s'agit-il d'une maladie régulière qui nécessite de relever les dispositions des règles générales de responsabilité, ou de s'inspirer des exigences de la loi sur la sécurité sociale, et en conséquence Nous avons divisé le sujet en deux sujets, nous avons discuté dans le premier sujet de ce qu'est la maladie professionnelle, où nous avons essayé de le définir à la lumière de la jurisprudence, puis l'avons distingué de celui-ci et de la maladie ordinaire, après quoi nous nous sommes arrêtés pour classer les maladies professionnelles, tout en mettant en évidence les conditions requises, et nous avons discuté dans le deuxième sujet de la base juridique de l'indemnisation pour Infection par Corona Covid 19 par le biais des dispositions des règles générales de responsabilité, que ce soit la responsabilité par défaut de l'opérateur pour ses erreurs causées par la transmission du virus mentionné, ou la responsabilité de l'opérateur pour les erreurs de ses personnes à charge, et les choses en tant que gardien pour eux, nous nous sommes arrêtés lorsque nous avons soulevé la possibilité d'indemnisation pour une infection par Corona Covid 19 en tant que maladie Non professionnel, selon le système de sécurité sociale, où nous avons discuté de l'indemnisation quotidienne et des prestations de décès de la maladie émergente, et à la fin de l'article, nous l'avons renforcée avec des suggestions pratiques pour lutter contre la propagation de la pandémie mentionnée.

تقديم

تعد جائحة فيروس "كورونا- كوفيد19" كارثة خطيرة تواجه دول العالم، وذلك بسبب سرعة انتشارها، وما تخلفه من آثار وخيمة بشريا واقتصاديا، وإذا كانت قرارات معظم دول المعمورة تنصب على لزوم المنازل "الحجر الصحي"، وحفاظا على الاقتصاد الوطني، وتنافسية المقاوله واستمرارية عقود الشغل، فإن بعض الأجراء في حل من هذه الإجراءات، وحماية لهؤلاء فإن المشرع المغربي قد أولى اهتماما كبيرا لموضوع إلزام المشغل لحفظ صحة تابعيه "الأجراء" وسلامتهم عند تأديتهم للعمل. ومهما كانت الاحتياطات المتخذة، فإن الأجير يبقى مهددا بالإصابة بسبب نقل الفيروس المذكور سواء عبر أدوات العمل، أو بسبب المشغل أو أحد تابعيه.

ولئن كان المشرع المغربي قد سن تقنيننا يضمن للأجراء حق الاستفادة من التعويضات عن الأمراض المهنية، وذلك بصريح المادة 11 الناصة على أن أحكام القانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل تطبق على الأجراء والمستخدمين المصابين بأمراض مهنية طبقا للشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالأمراض المهنية، فإن موضوع هذه المقالة يثير إشكالية تتعلق بمدى اعتبار فيروس كورونا كوفيد 19 مرضا مهنيا، يقتضي تفعيل أحكام القانون المشار إليه، أم يعد مرضا عاديا يستوجب تطبيق مقتضيات نصوص حماية أخرى.

لمعالجة الإشكالية ارتأينا تقسيم الموضوع إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول تحديد المفهوم القانوني للمرض المهني، ثم نتطرق بعد ذلك إلى الأساس القانوني للتعويض عن الإصابة بفيروس "كورونا" سواء بالنسبة للأجير أو ذوي حقوقه بعد وفاته، وذلك من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول: المفهوم القانوني للمرض المهني.

لنتناول هذا المبحث، سنبحث أولا تحديد مفهوم المرض المهني، وتمييزه عن المرض العادي (المطلب الأول)، ثم نتطرق لأصنافه، وشروطه، للإجابة عن التساؤل المتعلق بعلاقة كورونا كوفيد 19 بالمرض المهني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المرض المهني، وتمييزه عن المرض العادي.

سنتولى تسليط الضوء على مفهوم المرض المهني من خلال الفقرة الأولى، ثم نميزه عن المرض العادي وفق فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: مفهوم المرض المهني.

يجمع الفقه على أنه من الصعوبة وضع تعريف دقيق، جامع ومانع لمفهوم المرض المهني، ذلك أنه من الناحية الطبية ليس من السهل وضع حدود فاصلة بين المرض المهني والمرض العادي، وذلك لصعوبة إثبات علاقة المرض بطبيعة العمل المنجز من قبل الأجير، نظرا لاختلاف فترة التعرض لمخاطر المهنة ومدى مزاولتها، فضلا عن اختلاف الأجراء أنفسهم من ناحية الاستعداد لتقبل المرض إيجابا أو سلبا، لاختلاف الحالة البيولوجية من شخص لآخر¹²⁵².

وإذا كان المشرع المغربي لم يعرف، ولم يتعرض في القانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل للمقتضيات المطبقة على الأمراض المهنية، وإنما اكتفى في المادة 11 بالنص على تطبيق أحكام القانون المذكور على الأجراء، والمستخدمين

1252 عبد اللطيف خالفي: "حوادث الشغل والأمراض المهنية"، المطبعة والوراقة الوطنية- الوداديات، مراكش، الطبعة الأولى 2003، الصفحة

المصابين بأمراض مهنية، طبقاً للشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالأمراض المهنية، فإنه وأمام غياب تشريعي، اكتفى المشرع المغربي في الفصل 2 من ظهير 31 ماي¹²⁵³ بإبراز أنواع الأمراض المعتبرة مهنية حيث ورد فيه أنه: "تعتبر كأمراض مهنية حسب معنى ظهيرنا الشريف هذا كل العلل المؤلمة والأمراض المتسببة عن الجرائم التعفنفة وكذلك الأمراض المبيئة في قرار وزير الشغل والشؤون الاجتماعية المتخذ بعد استشارة وزير الصحة العمومية والعائلة، ويشمل هذا القرار جداول يبين فيها بدقة ووضوح مايلي:

أولاً: مظاهر أمراض التسميم الحادة أو المزمنة التي تتجلى في العملة المعرضين عادة لعوامل مواد سامة بسبب إنجاز أشغال تتطلب ممارسة أو استخدام عناصر سامة وقد أشير في القرار على سبيل الإرشاد إلى أهم تلك العناصر.

ثانياً: الأمراض المتسببة عن الجرائم التعفنفة والتي تدهم من يشتغل عادة بالأعمال المبيئة في الجداول المشار إليها أعلاه.

ثالثاً: الأمراض الناتجة عن الوسط الذي يوجد فيه العامل أو عن الوضعيات التي يلزمه اتخاذها لإنجاز شغل من الأشغال المبيئة بنفس الجداول المذكورة".

تأسيساً على ما سبق، نقول على أن المرض المهني كل مرض يحل بالأجبر بسبب مزاولته للشغل أو بمناسبته، وكل تسمم يلحقه بسبب نوعية المواد المستعملة.

الفقرة الثانية: تمييز المرض المهني عن المرض العادي.

يتميز المرض المهني عن المرض العادي في أن الأول يكون نتيجة مزاولة الأجبر لنشاطه المهني في ظل ظروف أو بيئة، أو أوضاع غير صحية، أو نتيجة الاحتكاك بمواد ذات عناصر سامة مضررة بصحة الإنسان، أو نتيجة الإصابة داخل المؤسسة المشغلة بالتهابات ميكروبية، في حين أن المرض العادي لا تكون له أية علاقة بالنشاط المهني للأجبر، وإنما هو مجرد اعتلال يطرأ على صحة أي إنسان¹²⁵⁴.

وتتجلى فائدة التمييز بين المرضين المشار إليهما في كون الإصابة بمرض مهني تخول للأجبر المضور الاستفادة من التعويض على أساس مقتضيات القانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، بخلاف المرض العادي، الذي يعوض عنه في إطار التعويضات اليومية عن المرض الممنوحة من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي¹²⁵⁵.

المطلب الثاني: تصنيف الأمراض المهنية، وشروطها.

مما لا شك فيه أن المرض المهني لا يمكن التعرف عليه انطلاقاً من قاعدة علمية، أو معيار قانوني، وإنما يمكن استخراجها من ضمن التعداد الوارد في القوائم التي حصر بواسطتها المشرع أنواع الأمراض المهنية وصنفها (الفقرة الأولى)، وبناء عليه فلا يعتبر أي مرض يلحق بالأجبر إلا بتوافر شروط محددة قانوناً (الفقرة الثانية).

1253 ظهير شرف في تغيير وتتميم الظهير الشريف الصادر يوم 31 ماي 1943 والممتدة بمقتضاه إلى الأمراض الناشئة عن الخدمة المهنية مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 يونيو 1927 بشأن المسؤولية الناتجة عن النوازل الطارئة التي تصيب العملة أثناء الخدمة والعمل، الجريدة الرسمية عدد 2088 بتاريخ 31 أكتوبر 1952، الصفحة 6480.

1254 عبد اللطيف خالفي: "حوادث الشغل والأمراض المهنية"، المرجع السابق، الصفحة 120.

1255 الفصل الأول من ظهير 27 يوليو 1972، المعدل بظهير 9 أبريل 1993، الخاص بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعية.

الفقرة الأولى: تصنيف الأمراض المهنية.

تولى المشرع المغربي تقسيم الأمراض المهنية إلى ثلاثة أصناف¹²⁵⁶ نوردتها على النحو أدناه:

أولاً: أمراض التسمم المزمنة أو الحادة، وهي الأمراض التي تصيب الأجراء الذين يشتغلون باحتكاك دائم مع مواد سامة، ويلاحظ أن هذا التصنيف ينقسم إلى لاثنتين: لائحة بأسماء الأمراض وارداة على سبيل الحصر لا الإرشاد، ولائحة بأسماء الأشغال التي قد تتسبب فيها، وارداة على سبيل المثال لا الحصر.

ثانياً: الالتهابات الميكروبية، وهي أمراض تدهم الأجراء الذين يشتغلون بانتظام في أنواع الأشغال التي تسببها، وقد أوردتها المشرع على سبيل الحصر، ونذكر منها: أمراض الجمرة الخبيثة (مرض الشاربون) والكزاز المهني...

ثالثاً: الأمراض الناجمة عن المحيط أو الوسط الذي يوجد فيه الأجير، وهي أمراض مرتبطة بمحيط وبيئة الشغل وظروفه كما في حالة الاشتغال بمكان شديد البرودة، أو الاشتغال في أماكن ضعف الإضاءة... ويقدم هذا التصنيف على سبيل الحصر لا المثال.

الفقرة الثانية: شروط اعتبار المرض مهنياً.

من أجل أن يتمكن الأجير من المطالبة بالتعويضات المنصوص عليها في القانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، فلا يكفي أن يكون مصاباً بأي مرض بل لابد من أن تتوفر في هذا الأخير الشروط المنصوص عليها قانوناً، وبالرجوع إلى ظهير 31 ماي 1943 كما وقع تغييره أو تنميته يتضح أن على الأجير المصاب بالمرض:

أولاً: أن يثبت بواسطة الشهادة الطبية المضافة إلى التصريح عن المرض، أنه مصاب بإحدى الأمراض المهنية الوارد تعدادها في اللوائح الملحقة بظهير 31 ماي 1943 المشار إليه.

ثانياً: أن يثبت أنه عمل بانتظام في الشغل أو الاشتغال التي حددها المشرع كأسباب لهذا المرض أو في الأعمال التي يمكن أن تؤدي إلى ظهوره.

ثالثاً: أن يرفع الأجير المصاب للدعوى خلال مدة قيام مسؤولية المشغل، فلا يكفي الأجير المصاب بمرض أن يثبت أن هذا المرض مرض مهني بنص القانون وأنه اشتغل طيلة الفترة اللازمة بمحيط ينتج عنه الإصابة بمثل هذا المرض للحصول على تعويض، بل لا بد له من إقامة دعوى في مواجهة المشغل أو مؤمنه خلال الأجل التي يبقى فيها المشغل مسؤولاً عن تلك الأمراض.

مما سبق نلاحظ على أنه لكي يعد المرض مرضاً مهنياً، يخول الأجير المصاب به أو ذوي حقوقه في حالة وفاته الحق في التعويض أو الإيراد حسب الحالة، يتعين أن تنطبق عليه الشروط التي حددناها أعلاه، لكن السؤال المطروح يتعلق بمدى اعتبار الإصابة بفيروس "كورونا كوفيد 19" مرضاً مهنياً، يخول الأجير المصاب به أو لذوي حقوقه في حالة وفاته الاستفادة من مقتضيات القانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل.

1256 انظر في تفصيل ذلك :

- آمال جلال: " مسؤولية المؤجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، 1977.
- بلال العشري: " حوادث الشغل والأمراض المهنية دراسة نظرية وتطبيقية"، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 2011.

عطفا على التصنيف المحدد سلفا، وبناء على الشروط المبينة أعلاه، وبالرجوع إلى قرار وزير التشغيل¹²⁵⁷ المحددة للأمراض المهنية من خلال الجداول المضمنة فيه نستنتج على أن فيروس كورونا كوفيد 19، الذي يصيب الجهاز التنفسي¹²⁵⁸ لا يعد مرضا مهنيا، اللهم فيما يتعلق بالأعمال المنجزة من قبل الأعوان الطبيين أو ممائليهم في المختبر أو مصلحة الصيانة أو المصالح الاجتماعية، والتي يترتب عنها إصابة هؤلاء بالفيروس المذكور¹²⁵⁹.

وترتبا عليه فإنه وباستثناء إجراء الأوساط الاستشفائية الذين يمكنهم الاستفادة من مقتضيات القانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل في حالة إصابتهم بالفيروس المشار إليه، وعند توافر الشروط المبينة أعلاه، فإن المصابين بكوفيد 19 من إجراء القطاعات الأخرى لا يستفيدون من أحكام القانون 18.12 المذكور، باعتباره مرضا عاديا يخول المصاب مادام ناتجا عن الشغل، الرجوع على المشغل وفق القواعد العامة للمسؤولية، وإذا أخفق فإن حقوقه لا تتضرر كثيرا مادام بإمكانه الحصول على تعويضات الضمان الاجتماعي، المقدمة عن العجز الناتج عن مرض غير المرض المهني. وهذا ما سنفصل فيه من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الإصابة بفيروس كورونا كوفيد 19.

إذا كانت مقتضيات القانون المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية لا تسعف الأجير المصاب بفيروس كورونا كوفيد 19، باعتبار هذا الأخير مرضا عاديا، فإن العدالة تقتضي تمكين المصاب في هذه الحالات من رفع دعوى التعويض على مشغله وفق القواعد العامة للمسؤولية (المطلب الأول)، وإلا فيمكنه اللجوء إلى أحكام الضمان الاجتماعي لاقتضاء حقه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية.

سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين نتناول في الفقرة الأولى المسؤولية التقصيرية للمشغل عن أخطائه المتسببة في نقل فيروس كورونا كوفيد 19، ثم نتطرق في الفقرة الثانية إلى مسؤولية المشغل باعتباره مسؤولا عن أخطاء من هم في عهده، وحارسا للشيء.

الفقرة الأولى: مسؤولية المشغل التقصيرية عن أخطائه، المتسببة في نقل فيروس كورونا كوفيد 19.

إن الأجير الذي لا يكتف مرضه أو وفاته الناجم عن الإصابة بفيروس كورونا كوفيد 19، بالمرض المهني رغم اتصاله بشغله الذي يوجد في حلقة مفرغة ناتجة عن تحديد الأمراض المهنية على سبيل الحصر، يمكنه الرجوع على مشغله، وقد أصيب جراء الشغل، وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، وخصوصا مقتضيات الفصولين 77 و78 من ظهير الالتزامات والعقود، وبالتالي فإن الأجير المصاب أو ذويه من بعده، لا يستطيع الحصول على التعويض إلا إذا أثبت خطأ في جانب مشغله، ونشوء ضرر عن هذا الخطأ وقيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

1257 قرار لوزير التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني رقم 919.99 صادر في 23 دجنبر 1999 بتغيير وتتميم قرار وزير التشغيل والتنمية الاجتماعية رقم 100.68 بتاريخ 20 ماي 1967 بتطبيق الظهير الشريف الصادر في 31 ماي 1943 بتمديد مقتضيات التشريع المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل إلى الأمراض المهنية، الجريدة الرسمية عدد 4788 بتاريخ 20 أبريل 2000، الصفحة 905.

<https://www.who.int/ar>

1258 موقع منظمة الصحة العالمية

1259 يحدد الجدول رقم 52 الذي أورده قرار وزير التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني رقم 919.99 المشار إليه في الهامش. الأمراض المعدية التي يمكن التعرض لها في الأوساط الاستشفائية، والمسببة للتهاب الرئة.

وإذا كان من السهل إقامة الدليل على الشرطين الأخيرين (الضرر والعلاقة السببية)، فإن كل الصعوبات تكمن بالنسبة للأجير المصاب في إثبات خطأ مشغله، إذ غالبا ما يستحيل عليه الوصول إلى هذا الإثبات لعدم وجود شهود عاينوا الفعل الضار، الذي يعزى إلى المشغل، أو لقلة الأدلة الدامغة أو انعدامها¹²⁶⁰.

إذا كان المشغل قد يتعرض لعقوبة مالية تتراوح ما بين 2000 و 5000 درهم، عند عدم اتخاذ التدابير اللازمة لحماية سلامة الأجراء وصحتهم¹²⁶¹، وعدم السهر على نظافة أماكن الشغل، وعدم الحرص على توفير شروط الوقاية الصحية¹²⁶². وإذا كان المشرع قد أقر عقوبة مالية تتراوح ما بين 10000 و 20000 درهم¹²⁶³، في حالة إذا لم يعرض المشغل الأجراء على الفحص الطبي، عملا بأحكام المادة 290 من مدونة الشغل.

ولئن كان للمحكمة في حالة خرق المقتضيات التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بمراعاة شروط السلامة وحفظ الصحة، أن تصدر حكما بالإدانة، مقرونا بقرار الإغلاق المؤقت للمؤسسة طيلة مدة لا يمكن أن تقل عن 10 أيام، ولا تتجاوز 6 أشهر، سواء كانت مسطرة الإنذار سارية أم لا، ويستوجب الإغلاق مراعاة المنع المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة 90 من القانون الجنائي. وفي حالة عدم احترام هذه المقتضيات، تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفصل 324 من القانون الجنائي. كما يمكن للمحكمة في حالة العود، أن تصدر حكما بالإغلاق النهائي للمؤسسة وفقا للفصلين 90 و 324 من القانون الجنائي¹²⁶⁴.

وإذا كان المشرع قد أصغ صفة النظام العام¹²⁶⁵ الحفاظ على صحة وسلامة الأجراء وحمايتهم من الإصابات الناجمة عن العمل وتجنبيهم مخاطر العمل في أماكن غير مألوفة، هي من الالتزامات الرئيسة للمقاة على عاتق المشغل.

فإن هذه المحددات المشار إليها تعد قرينة على وجود خطأ شخصي اقترفه المشغل، يثير المسؤولية التقصيرية في مواجهته، كما يمكن أن تنتفي هذه المسؤولية طالما كان الضرر قد نشأ عن خطأ المضرور نفسه أو حادث فجائي أو قوة قاهرة، وإذا توافرت شروط المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي، ترتب على ذلك أن يلتزم المسؤول (المشغل) بتعويض المضرور للحصول على التعويض¹²⁶⁶.

الفقرة الثانية: مسؤولية المشغل عن أخطاء تابعيه، وعن الأشياء باعتباره حارسا لها، في نقل فيروس كورونا كوفيد 19.
إذا كان المتسبب في نقل فيروس كورونا كوفيد 19 أجيرا آخر تابعا لنفس المشغل، وكان من مصلحة الأجير المصاب أو ذوي حقوقه بعد وفاته، الرجوع على مشغله الذي هو في نفس الوقت مشغلا للمتسبب في نقل الفيروس المذكور، طبقا للفصل

1260 للمزيد من التوضيح يرجى مراجعة: آمال جلال: "مسؤولية المؤجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، 1977.

1261 المادتان 24 و 25 من مدونة الشغل.

1262 المادتان 281 و 296 من مدونة الشغل.

1263 المادة 297 من مدونة الشغل.

1264 المادة 300 من مدونة الشغل.

1265 قرار عدد 1203 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 14 ماي 2015 في الملف الاجتماعي عدد 2014/5/661، السلسلة رقم 4 العدد 19، مطبعة ومكتبة الأمانة، 2015، الصفحة 46.

1266 للتفصيل في موضوع التعويض عن المسؤولية التقصيرية، يرجى مراجعة: مأمون الكزبري، "نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بيروت 1974، الصفحة 419 وما بعدها.

85 من ظهير الالتزامات والعقود باعتباره متبوعاً مسؤولاً عن عمل تابعيه، وباعتبار ذمته عامرة كذلك خلافاً للتابع الذي قد يكون معسراً، فإن من حق المشغل المتبوع دفع المسؤولية عنه بإثبات ضرر الأجير لا يد للتابع فيه، أو أنه ناشئ عن خطأ المضرور مثلاً.

أما إذا قام المضرور أو ذوي حقوقه من بعده بمطالبة المشغل بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء اشتغاله في الأشياء التي يكون المشغل حارساً لها طبقاً للفصل 88 من ظهير الالتزامات والعقود (مثلاً كعدم تعقيم أسطح الأشياء المستخدمة)، وكان هذا الأجير يعفى من إثبات خطأ في جانب مشغله لأن مسؤولية حارس الشيء قائمة على أساس قرينة قاطعة، فإن بإمكان مشغله أن يدفع عنه المسؤولية إذا أثبت أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع نقل الفيروس المذكور وأن الإصابة ترجع إلى خطأ المضرور كنقله للعدوى من مكان غير مكان الشغل. ترتيباً على ما سبق نقول على أن الأجير المتضرر أو ذوي حقوقه من بعده إذا لم يتمكن من التعويض وفق القواعد العامة، فإن مصالحة لا تتضرر، وبالتالي يحق له اللجوء إلى حل يتمثل في الضمان الاجتماعي.

المطلب الثاني: إمكانية التعويض عن الإصابة بفيروس كورونا كوفيد 19 باعتباره مرضاً غير مهني، وفق نظام الضمان الاجتماعي.

تجدر الإشارة في البداية إلى أن صندوق الضمان الاجتماعي لا يقدم سوى تعويضات عن الأمراض غير المهنية، أي تلك التي لا يسري عليها قانون 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين نتناول في الفقرة الأولى التعويضات اليومية عن الإصابة بفيروس كورونا كوفيد 19، ثم نتطرق في الفقرة الثانية إلى إعانة الوفاة.

الفقرة الأولى: التعويضات اليومية عن المرض الناجم عن الإصابة بفيروس كورونا كوفيد 19.

بالرجوع إلى الفصلين 32 و33 من ظهير 1972 يتبين لنا أن المشرع المغربي يتطلب بعض الشروط لمنح التعويض اليومي عن المرض غير المهني، وهذه الشروط القانونية التي يجب أن تتوفر عليها العامل المؤمن عليه هي:

- 1- يجب أن يؤدي المرض إلى إصابة العامل بعجز صحي يمنعه من استئناف العمل.
- 2- ويجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون العامل المريض قد أدى واجب الاشتراك وذلك عن مدة 54 يوماً خلال 6 أشهر المدنية السابقة على العجز.
- 3- وبالإضافة إلى ذلك يتطلب المشرع إشعار الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من قبل العامل وذلك داخل 15 يوماً الموالية لتوقفه عن العمل¹²⁶⁷.

وبخصوص مبلغ التعويض اليومي الذي يستحقه العامل المصاب بعجز صحي نجم عن الإصابة بفيروس

كورونا كوفيد 19، يساوي ثلثي الأجر اليومي المتوسط، ولا يمكن أن يقل عن ثلثي الحد الأدنى القانوني للأجر¹²⁶⁸.

1267 للمزيد من الإيضاح يرجى مراجعة:

الحاج الكوري: "قانون الضمان الاجتماعي دراسة تحليلية ومقارنة"، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى 2001.
آمال جلال: "الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، دبلوم الدراسات في القانون الخاص"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال الرباط، 1972.

1268 الفصل 35 من ظهير 1972، (الخاص بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي) المعدل بواسطة ظهير نوفمبر 1992.

الفقرة الثانية: إعانة الوفاة.

بالرجوع إلى الفصل 43 من ظهير 1972 المتعلق بالضمان الاجتماعي فإننا نقف على الشروط الرئيسية التي يتطلبها المشرع للاستفادة من إعانة الوفاة، وقد ورد في الفصل المذكور على أنه: "تمنح إعانة الوفاة في حالة وفاة مؤمن له كان يستفيد عند وفاته من تعويضات يومية أو كانت تتوفر فيه الشروط المطلوبة لاكتساب الحق فيها..."

وتجدر الإشارة إلى أن إعانة الوفاة لا تمنح لأي شخص ينسب إلى أسرة الأجير، وإنما يجب أن يكون هذا الشخص من الأفراد الذين ذكرهم المشرع في الفصل 45 من ظهير 1972 المتعلق بالضمان الاجتماعي الذي جاء فيه: "إن إعانة الوفاة تؤدى حسب الترتيب الآتي للأشخاص الذين كان المؤمن له يتكفل بهم فعليا عند وفاته وهؤلاء الأشخاص¹²⁶⁹ هم:

- 1- الزوج المتوفى عنه أو الزوجات.
- 2- الفروع عند عدم وجود الزوج.
- 3- الأصول عند عدم الفروع.

أما بخصوص مبلغ إعانة الوفاة، فقد أشار إليه الفصل 44 من ظهير 1972 المشار إليه، إلى أن إعانة الوفاة تقدر بستين مرة معدل الأجرة اليومية الذي تحتسب على أساسه التعويضات اليومية التي استفاد منها أو كان في إمكانه أن يستفيد منها وقت وفاته.

خاتمة:

توقفنا بداية هذا البحث المتواضع، والذي نرجو أن يشكل أرضية للنقاش، إلى تقريب مفهوم المرض المهني، باعتباره كل مرض يحل بالأجير بسبب مزاولته للشغل أو بمناسبته، وذكرنا الشروط الأساس كمعيار لاعتبار المرض مرضا مهنيا، وتتجلى في إثبات الأجير بواسطة الشهادة الطبية أنه مصاب بإحدى الأمراض، الواردة على سبيل الحصر، وعليه إثبات اشتغاله بصفة منتظمة، كما يتعين عليه رفع الدعوى خلال مدة قيام مسؤولية المشغل.

وفي ضوء هذه الشروط استنتجنا على أن الإصابة بفيروس كورونا كوفيد19 ليس مرضا مهنيا، اللهم فيما يتعلق بالأعمال المنجزة من قبل الأعوان الطبيين أو مماثلهم في المختبر أو مصلحة الصيانة أو المصالح الاجتماعية. وبالتالي فإن الأجير المصاب أو ذوي حقوقه بعد وفاته يحق له الاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وإذا لم يسعفه ذلك يلتجئ إلى مقتضيات الضمان الاجتماعي.

ترتبا على ما سبق، وإغناء للبحث المتواضع نقترح التوصيات الآتية:

- إعادة النظر في مبدأ حصريّة الأمراض المهنية، واعتبارها واردة على سبيل الإرشاد، لمواكبة الأمراض المستجدة.
- التشديد في الغرامات المالية الواردة في مدونة الشغل، حماية لصحة وسلامة الأجراء.
- تعزيز دور مفتشية الشغل في الرقابة على تطبيق المقتضيات المتعلقة بحفظ الصحة داخل المؤسسات الشغلية.
- تعزيز العمل بالتناوب تفاديا لانتشار العدوى.

1269 للتفصيل أكثر يرجى مراجعة: الحاج الكوري: "قانون الضمان الاجتماعي دراسة تحليلية ومقارنة" المرجع السابق، الصفحة 181 وما بعدها.

المراجع المعتمدة

- عبد اللطيف خالفي: " حوادث الشغل والأمراض المهنية"، المطبعة والوراقة الوطنية- الوداديات، مراكش، الطبعة الأولى 2003.
- أمال جلال: " مسؤولية المؤجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، 1977.
- بلال العشري: " حوادث الشغل والأمراض المهنية دراسة نظرية وتطبيقية"، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 2011.
- مأمون الكزبري، " نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بيروت 1974.
- الحاج الكوري: " قانون الضمان الاجتماعي دراسة تحليلية ومقارنة"، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى 2001.
- أمال جلال: " الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، دبلوم الدراسات في القانون الخاص"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال الرباط، 1972

مضمون الآليات الوضعية للقانون الدولي الإنساني

✍️ نعمان عطا الله الهيتي

أستاذ القانون المشارك بجامعة الشارقة، كلية القانون،
الشارقة- دولة الإمارات العربية المتحدة

✍️ حمد علي عبد الله الزعابي

باحث بدرجة الماجستير
حقل التخصص: القانون العام

ملخص الدراسة

ترسخ قواعد القانون الدولي الإنساني مجموعة من الآليات بهدف جعل قواعده موضع التنفيذ، وإن هذه الآليات منها ما يتصل بقواعد القانون الدولي الإنساني بشكل مباشر أي منصوص عليها بشكل صريح في اتفاقيات لاهاي واتفاقيات جنيف الأربع مثل التزام الدول باحترام القانون الدولي الإنساني والتعريف بأحكامه وبدائل الدول الحامية واللجنة الدولية للصليب الأحمر، ومنها ما هو غير منصوص عليه بشكل مباشر في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني مثل تدخل مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، وقد اختلفت الآليات باختلاف طبيعتها القانونية، ونطاق استخدامها، ووقت اتخاذها إلى عدة فئات، وعليه يمكن تقسيم هذه الآليات من حيث طبيعتها القانونية واحتوائها لعنصر الجزاء إلى آليات يغلب عليها الطابع الإرادي أي أنها تخضع لضمان تنفيذها إلى موافقة أطراف النزاع وإلى آليات يغلب عليها الطابع الموضوعي ولا تخضع في تطبيقها إلى موافقة أطراف النزاع.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي الإنساني، آليات، احترام الإلتزامات، اتفاقيات جنيف 1949، النشر، مبدأ، الإنسانية والمساواة، السلام السياسي والاجتماعي.

Abstract

The rules of international humanitarian law establish a set of mechanisms with a view to making its rules into effect, and these mechanisms are directly related to the rules of international humanitarian law, i.e. explicitly stipulated in the Hague Conventions and the four Geneva Conventions, such as the commitment of states to respect international humanitarian law and the definition of its provisions and alternatives of the Protecting Powers and the Committee The International Committee of the Red Cross, some of which are not directly stipulated in international humanitarian law agreements such as the intervention of the Security Council and the International Criminal Court, the mechanisms differed according to their legal nature, the scope of their use, and the time they were taken to several Categories, and accordingly, these mechanisms can be divided in terms of their legal nature and their containment of the penalty element into mechanisms of a voluntary nature, that is, they are subject to ensuring their implementation to the consent of the parties to the conflict and to mechanisms that are of a substantive nature and are not subject in their application to the consent of the parties to the conflict.

Keywords: international humanitarian law, mechanisms, compliance with obligations, 1949 Geneva Conventions, publication, Principle, humanity and equality, political and social peace

مقدمة

يأتي الالتزام باحترام القانون الدولي الإنساني وحمل الآخرين على احترامه في مقدمه التزامات الأطراف المتعاقدة تطبيقاً لنص المادة الأولى المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949، والتي نصت على تعهد الأطراف السامية بأن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال، وأن تنفيذ القانون الدولي الإنساني وفقاً لما ورد باتفاقيات جنيف الأربعة والبروتوكول الإضافي الأول يقع على من الدول الحامية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المنظمات الدولية الحكومية، وغير الحكومية، الأشخاص الذين يتحملون مسؤولية أي انتهاك لحقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة⁽¹²⁷⁰⁾. ومن أجل توضيح مضمون الآليات الوطنية لتنفيذ القانون الدولي الإنساني سوف نستعرض في المبحث الأول مضمون الآليات الوطنية للقانون الدولي الإنساني من حيث ماهية الالتزام بالنشر في قواعد القانون الدولي الإنساني ومبدأ احترام تنفيذ القانون الدولي الإنساني والمبحث الثاني نوضح كفاءة احترام القانون الدولي الإنساني من حيث مبدأ الإنسانية والمساواة، ومبدأ السلام السياسي والاجتماعي.

أهمية الدراسة

تتمثل أهمية الدراسة في توضيح آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيدين الدولي والداخلي وبيان دورها وفعاليتها في مجال تطبيق القانون الدولي الإنساني من خلال النقاط التالية:

1. إن إنحراف الآليات الدولية الناشطة يعتبر خرقاً وانتهاكاً لسيادة الدول الوطنية، فالقانون الإنساني الدولي يمثل مجموعة المبادئ والقواعد التي تحد من استخدام العنف أثناء المنازعات المسلحة أو من الآثار الناجمة عن الحرب تجاه الإنسان عامة فهو فرع من فروع القانون الدولي العام لحقوق الإنسان غرضه حماية الأشخاص المتضررين في حالة نزاع مسلح كحماية الممتلكات والأموال التي ليست لها علاقة بالعمليات العسكرية وهو يسعى إلى حماية السكان غير المشتركين بصورة مباشرة أو الذين كفوا عن الاشتراك في النزاعات المسلحة مثل الجرحى والغرقى وأسرى الحرب.
2. إن فكرة الانتهاكات لآليات القانون الدولي الإنساني تؤثر على القاعدة القانونية وعلى مدى احترامها من قبل المخاطبين بها كالأحكام التي تحظر الانتقام من الأفراد بالمعاهدات.
3. إن علاقة القانون الدولي الإنساني هي علاقة الفرع بالأصل، فقواعد القانون الدولي الإنساني مستمدة من القانون الدولي وتكرس لصالح الأفراد والأعيان من جراء العمليات العسكرية العدائية سواء الدولية منها أو الداخلية كما تتوجه بالمسؤولية إلى الأفراد الذين يرتكبون الجرائم الدولية الخطيرة كجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية والعدوان.
4. توضيح الأسباب الحقيقية وراء استمرار الانتهاكات التي تتعرض لها آليات وقواعد القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة، ودور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في مهمتها الإنسانية على حماية حياة وكرامة ضحايا الحرب وأعمال العنف الداخلي وتقديم يد العون ودعم القانون الدولي الإنساني.

(1270) اتفاقية جنيف الأولى: نص المادة 1/1 من البروتوكول الإضافي لعام 1977 على أن تتعهد الأطراف السامية بأن تحترم وأن تفرض احترام هذا الملحق في جميع الأحوال.

مشكلة الدراسة

إن فعالية تنفيذ أحكام وقواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني في التأكيد على المبادئ الإنسانية مما يطرح الإشكالية في كفاءة احترام القواعد القانونية التي تحكم تطبيق آليات التنفيذ الدولية للقانون الدولي الإنساني في حالة انتهاكها؟ وإلى أي مدى حققت هذه الآليات أهدافها في تطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني؟ وتتفرع عن هذه المشكلة التساؤلات التالية

1. ما مدى التزام آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيد الوطني؟
2. ما معنى الالتزام بالنشر في قواعد القانون الدولي الإنساني؟
3. هل تلتزم الدول بتنفيذ كفاءة احترام القانون الدولي الإنساني؟
4. هل يتساوى مبدأ الإنسانية والمساواة ومبدأ السلام السياسي والاجتماعي؟

أهداف الدراسة

يكمن الهدف الرئيسي للدراسة في معرفة فاعلية آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيدين الدولي والداخلي ومدى حمايتها لحياة وكرامة الإنسان من أعمال العنف الخارجي والداخلي من خلال تحقيق الأهداف الفرعية التالية:

1. إن الإنسانية ليست مقصورة على الجرحى والأسرى والغرقى والمدنيين والأعيان المدنية فقط، بل تشمل الأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز، والنساء والأطفال والغرقى، وأسرى الحرب وكذلك جثث الموتى أو الحماية المدنيين، ومعاملتهم معاملة إنسانية دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون أو الدين أو المعتقد أو الجنس أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر.
2. مدى التزام آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيد الوطني فأن القصد بتطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيد الوطني أن تتخذ الدولة كافة التدابير والإجراءات اللازمة لضمان الاحترام الكامل للقانون الدولي الإنساني ونفاذه في نظامها القانوني الداخلي وتعد مسألة تطبيق ونفاذ القانون الدولي الإنساني على الصعيد الداخلي امتداد لبحث مسألة قديمة هي تحديد العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي والتي تنافس في تحديدها مذهبان أساسيان وهما مذهب ثنائية القانون ومذهب وحدة القانون فاحترام هذا القانون الدولي الإنساني والتقيد بأحكامه يتطلب التعرف به والتدريب عليه لكي تتم فاعلية.
3. التعرف على معنى الالتزام بالنشر في قواعد القانون الدولي الإنساني فأن تنفيذ القانون الدولي الإنساني وفقاً لما ورد باتفاقيات جنيف الأربعة والبروتوكول الإضافي الأول يقع على من الدول الحامية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المنظمات الدولية الحكومية، وغير الحكومية، الأشخاص الذين يتحملون مسؤولية أي انتهاك لحقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة.
4. التزام الدول بتنفيذ كفاءة احترام القانون الدولي الإنساني لأن معرفة القواعد القانونية واجبة التطبيق يعد من أهم عوامل تحقيق فاعليتها ومن هنا تأتي أهمية نشر قواعد القانون الدولي الإنساني وتدريبها، لذلك نصت الاتفاقيات على تعهد أطرافها بنشر نصوصها على أوسع نطاق ممكن في بلدانها في وقت السلم وزمن الحرب وبأن تدرج

دراستها ضمن برنامج التعليم العسكري والمدني إذا أمكن، حيث تكون معروفة لجميع السكان وخصوصاً القوات المسلحة وأفراد الخدمات الطبية والدينية، فالأنشطة الإنسانية هي تعبير عن الإرادة السياسية للحكومات، مما يستدعي ضرورة الفصل بين تقديم المساعدات العاجلة لإنقاذ الأرواح وحماية حقوق الإنسان الجوهرية وبين المجال السياسي.

5. توضيح مؤدى مبدأ الإنسانية والذي يشكل جوهر القانون الدولي الإنساني في تجنب استخدام أعمال القسوة والوحشية في القتال ومحاصرة السكان المدنيين وإخضاعهم لظروف معيشية قاسية وتجويعهم ومنع إمدادهم بمواد البناء والغذاء وحليب الأطفال يتنافى مع مبدأ الإنسانية وكافة قواعد وأعراف الحرب مبدأ الإنسانية والمساواة ومبدأ السلام السياسي والاجتماعي،

الدراسات السابقة

1-دراسة بعنوان: آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني وأثرها على سيادة الدول، المغرب، 2016، تناول الباحث أثر آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني على سيادة الدول، في حين ان رسالتي تتناول الآليات الدولية والوطنية من حيث مدى فعاليتها في احترام وتطبيق وتنفيذ القانون الدولي الإنساني بغض النظر عن أثرها على السيادة الوطنية للدول⁽¹²⁷¹⁾.

2-دراسة بعنوان: آليات إنفاذ مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني بالتطبيق على الانتهاكات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية، ركز الباحث على الانتهاكات الإسرائيلية للقانون الدولي الإنساني أكثر من تركيزه على تحديد الآليات وأثرها، على عكس دراستي التي ستركز على ماهية آليات تطبيق مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني وأثرها في احترام قواعده على الصعيدين الدولي والوطني⁽¹²⁷²⁾.

3-دراسة بعنوان: دور مجلس الأمن الدولي في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، الجزائر، 2005، ركز الباحث على الية واحدة من الآليات الدولية وهي مجلس الامن ودوره في تنفيذ القانون الدولي الإنساني، في حين ستتناول دراستنا مجمل هذه الآليات⁽¹²⁷³⁾.

منهجية الدراسة

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي بهدف تحليل نصوص اتفاقيات القانون الدولي الإنساني فيما يخص آليات القصور في تنفيذها على المستوى الدولي، والوطني لبعض الدول وتحليل نصوص اتفاقيات القانون الدولي الإنساني فيما يخص آليات تنفيذ هذا القانون

(1271) مصعب مصطفى المكي: آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني وأثرها على سيادة الدول، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي، جامعة الرباط، المغرب، 2016م

(1272) محمد محمود المرسي: آليات إنفاذ مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني بالتطبيق على الانتهاكات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، القاهرة 2012

(1273) لعمامرة لبندة: دور مجلس الأمن الدولي في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، أطروحة للحصول على درجة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2005

المبحث الأول: الالتزام بالنشر

يأتي الالتزام باحترام القانون الدولي الإنساني وحمل الآخرين على احترامه في مقدمه التزامات الأطراف المتعاقدة تطبيقاً لنص المادة الأولى المشتركة بين اتفاقيات جنيف لسنة 1949، والتي نصت على تعهد الأطراف السامية بأن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال، وأن تنفيذ القانون الدولي الإنساني وفقاً لما ورد باتفاقيات جنيف الأربعة والبروتوكول الإضافي الأول يقع على من الدول الحامية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المنظمات الدولية الحكومية، وغير الحكومية، الأشخاص الذين يتحملون مسؤولية أي انتهاك لحقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة⁽¹²⁷⁴⁾ وتوضيح ذلك قسمنا المبحث إلى المطلب الأول نوضح ماهية الالتزام بالنشر في قواعد القانون الدولي الإنساني، وفي المطلب الثاني نوضح مبدأ احترام وتنفيذ القانون الدولي الإنساني

المطلب الأول: ماهية الالتزام بالنشر في قواعد القانون الدولي الإنساني

النشر التزام يعود إلى الطرف المتعاقد (الدول) وهو التزام قانوني اتفاقي مؤسس على ما التزمت به الدول عند التصديق أو الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية بالعمل على احترامها في كل الظروف، فعند انضمام الدول والمصادقة على الاتفاقية يعني أنها وافقت على تنفيذها، وعليه فتكون مقتضيات التنفيذ النشر بين الأوساط المعنية المختلفة⁽¹²⁷⁵⁾ فإن معرفة القواعد القانونية واجبة التطبيق يعد من أهم عوامل تحقيق فاعليتها ومن هنا تأتي أهمية نشر قواعد القانون الدولي الإنساني وتدريبها، لذلك نصت الاتفاقيات على تعهد أطرافها بنشر نصوصها على أوسع نطاق ممكن في بلدانها في وقت السلم وزمن الحرب⁽¹²⁷⁶⁾ وبأن تدرج دراستها ضمن برنامج التعليم العسكري والمدني إذا أمكن، حيث تكون معروفة لجميع السكان وخصوصاً القوات المسلحة وأفراد الخدمات الطبية والدينية⁽¹²⁷⁷⁾ فالأنشطة الإنسانية هي تعبير عن الإرادة السياسية للحكومات، مما يستدعي ضرورة الفصل بين تقديم المساعدات العاجلة لإنقاذ الأرواح وحماية حقوق الإنسان الجوهريه وبين المجال السياسي⁽¹²⁷⁸⁾. وسوف نوضح الالتزام بالنشر من خلال ما يلي:

أولاً: الالتزام بالنشر التزام قانوني اتفاقي: أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة على ضرورة نهوض الدول بالتزامها بنشر القانون الدولي الإنساني⁽¹²⁷⁹⁾، وقد أبرزت المؤتمرات الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر أهمية نشر القانون الدولي الإنساني، وطالبت الدول بتنفيذ التزاماتها في برلين عام 1869⁽¹²⁸⁰⁾ وكذلك نص النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب

(1274) اتفاقية جنيف الأولى: نص المادة 1/1 من البروتوكول الإضافي لعام 1977 (على أن تتعهد الأطراف السامية بأن تحترم وأن تفرض احترام هذا الملحق في جميع الأحوال

(1275) ورد نص الالتزام في اتفاقية جنيف لعام 1949 بشأن تحسين حال المرضى والجرحى من أفراد القوات المسلحة في المادة (6) ، (7) ، (8) محمد عبد الكريم حسن عزيز: القانون الدولي الإنساني، تطوره، مبادئه، آليات تنفيذه، ط1، مصر، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2016 ص 130

(1277) المادتان (47، 48) من اتفاقية جنيف الأولى، والمادة (127) من اتفاقية جنيف الثالثة، والمادة (144) من اتفاقية جنيف الرابعة، والمادتان (83، 87) من البروتوكول الإضافي الأول.

(1278) لاري منيار: الحيات نظرياً وفي التطبيق بعض الأفكار عن التوترات، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد عام 1999 ص 111

(1279) قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3032/37 عام 1972، والقرار رقم 3102/28 لعام 1973، والقرار رقم 44/32 لعام 1977

(1280) في المؤتمر الدولي الثاني للصليب الأحمر في برلين عام 1869، والمؤتمر الثلاثين للصليب الأحمر والهلال الأحمر عام 2008 في جنيف.

الأحمر والهلال الأحمر على أن تقوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالعمل على نشر القانون الدولي الإنساني وإعداد ما يلزم من تحسينات لتطويره⁽¹²⁸¹⁾ فالالتزام بالنشر التزام قانوني اتفاقي مؤسس على ما التزمت به الدول عند تصديقها وانضمامها بالتوقيع على الاتفاقيات والعمل على احترامها في كل الظروف⁽¹²⁸²⁾، وقد ورد الالتزام بالنشر في اتفاقية جنيف الأولى 1906 بشأن تحسين حال المرضى والجرحى في المادة (47)⁽¹²⁸³⁾، وكذلك في المادة (48) من نفس الاتفاقية الأولى أن تتبادل الأطراف السامية المتعاقدة بنشر قواعد القانون الدولي الإنساني عن طريق مجلس الاتحاد السويسري ومن خلال الدول الحامية أثناء الأعمال العدائية وكذلك القوانين واللوائح التي قد تعتمد ككفالة تطبيقها، ويلتزم كل طرف متعاقد بملاحقة المتهمين باقتراح مثل هذه المخالفات الجسيمة أو بالأمر باقتراحها وتقديمهم إلى محاكمه أياً كانت جنسيتهم⁽¹²⁸⁴⁾.

وكذلك في المواد (47، 48، 49) من اتفاقية جنيف الثانية⁽¹²⁸⁵⁾، ويجب أن تبقى أطراف النزاع ملتزمة بأدائها طبقاً لمبادئ القانون الدولي الناشئة من الأعراف الراسخة بين الأمم المتقدمة وقواعد القانون الإنساني، وما يمليه الضمير العام ويكون الالتزام بالنشر قد أدخل لأول مرة في إطار التنظيم الدولي للنزاعات المسلحة غير الدولية، وكذلك المادة (19) من البروتوكول الإضافي الثاني والتي نصت على أن ينشر هذا البروتوكول على أوسع نطاق⁽¹²⁸⁶⁾. إلا أن صياغة المادة (19) تركت للدول تقديرها في تحديد نطاق الالتزام بالنشر الذي تعهدت به وخاصة في عبارة (... على أوسع نطاق ممكن.) والتي لا تنقص من التزام الدول بالنشر ولا يمكن للدول أن تحتمي وراءها لكي تتهرب من تطبيق الأحكام الإنسانية إلا إنها يمكن أن تحتفظ للدول بسلطة تقديرية فيما يتعلق بالتدابير التي يتعين اتخاذها في مجال النشر⁽¹²⁸⁷⁾، وجاءت المادة (3) المشتركة خالية من أي نص مماثل، وبناء على ذلك حدث التطور في مواقف الدول لموقفهم من المادة المشتركة في البروتوكولات لاتفاقية جنيف وأصبح أحكام هذه المادة يمثل التزام لجميع الدول⁽¹²⁸⁸⁾. ولم تتأخر الجمعية العامة للأمم المتحدة بدورها في التركيز على الالتزام بالنشر لقواعد القانون الدولي الإنساني الذي لما ورد عنها في قراراتها رقم (155) / (51) على الحاجة إلى تدعيم

(1281) محمد عبد الكريم حسن عزيز: القانون الدولي الإنساني، تطوره، مبادئه، آليات تنفيذه، مرجع سابق ص 131

(1282) محمد حسين عيضة عبد الله الزيايدي: استخدام الدولة للقوة المسلحة ضد الجماعات المتمردة على سيادتها الإقليمية، دراسة في ضوء أحكام ومبادئ القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه في القانون الدولي، كلية الحقوق جامعة القاهرة عام 2015 ص 446

(1283) المادة (47) تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تنشر نص هذه الاتفاقية على أوسع نطاق ممكن في بلدانها في وقت السلم كما في وقت الحرب وتتعهد بصفة خاصة بأن تدرج دراستها ضمن برامج التعليم العسكري والمدني إذا أمكن، بحيث تصبح المبادئ التي تتضمنها معروفة لجميع السكان وعلى الأخص للقوات المقاتلة المسلحة وأفراد الخدمات الطبية والدينية.

(1284) أن تلتزم الأطراف المتعاقدة على اتخاذ التدابير لوقف جميع الأفعال التي تتعارض مع أحكام اتفاقية جنيف الأولى وينتفع المتهمون في جميع الأحوال بضمانات للمحاكمة والدفاع الحر لا تقل ملاءمة عن الضمانات المنصوص عنها بالمادة 105 وما بعدها من اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949

(1285) اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى، القوات المسلحة في البحار، المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949 المعقود في جنيف من 21 نيسان/ أبريل إلى 12 آب/أغسطس 1949، بقصد مراجعة اتفاقية لاهي العاشرة، المؤرخة في 18 تشرين الأول/أكتوبر 1907، بشأن تطبيق مبادئ اتفاقية جنيف لعام 1906 على الحرب البحرية.

(1286) وكذلك المادة (25) من اتفاقية لاهي لعام 1954 والتي نصت على هذا الالتزام باعتبار أن هذه الاتفاقية تطبق على النزاعات المسلحة بنوعها الدولية وغير الدولية.

(1287) Gabrielle McIntyre : The International Residual Mechanism and the Legacy of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda & Goettingen Journal of International Law 3 (2011) 3, 923-983

(1288) محمد يوسف علوان: نشر القانون الدولي الإنساني، دراسات في القانون الدولي الإنساني، ط1، القاهرة، دار المستقبل العربي، 2000 ص 489

مجموعة القواعد التي تؤلف القانون الدولي الإنساني من خلال قبولها على نطاق كبير والحاجة إلى نشر هذا القانون على نطاق واسع وتنفيذه على الصعيد الوطني، لذلك فإنها تطلب إلى جميع الدول الأطراف في الملحقين البروتوكولين الإضافيين كفالة نشرهما على نطاق واسع، وتنفيذها تنفيذاً كاملاً، وهو ما أكدته ثانية في توصيتها رقم 53/96 الصادرة عام 1998⁽¹²⁸⁹⁾.

فإن الهدف العام من نشر القانون الدولي الإنساني هو تحقيق احترام القانون والوصول إلى الضحايا الذين يحميهم، كما إن الغرض من أنشطة النشر يختلف تبعاً للمرحلة التي فيها، وقد يتم أثناء النزاع ويسمى بالوقاية المباشرة، ويكون الهدف منه الحد من التوسع أعمال العنف أو التخفيف من عدد الضحايا ومن معاناة البشر، وقد يتم في المرحلة اللاحقة للنزاع ويكون الغرض منه فتح الباب أمام العودة إلى حالة السلم ومنع تكرار النزاع مرة أخرى⁽¹²⁹⁰⁾، وقد تؤدي النزاعات إلى بعض الظواهر التي توحى بتأزم الوضع كالتجمعات والمظاهرات، مما يوجب القيام بأنشطة النشر لقواعد القانون الدولي الإنساني للحيلولة عن نشوء النزاعات، وذلك للبحث عن أسباب التوتر ومحاولة علاجها قبل تفاقمها، فضلاً عن الإعلام بخطورة الحرب وزرع السلام بين مختلف الأوساط باعتبار أن النشر يؤدي إلى تجنب وقوع الخسائر، فقد انعكست الزيادة الهائلة في العمل الذي تؤديه الهيئات الإنسانية في زيادة الأنشطة الميدانية التي يقدمها مكتب المفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة، وبرنامج الغذاء العالمي والمكتب الإنساني للاتحاد الأوروبي واللجنة الدولية للصليب الأحمر، وعدد كبير من المنظمات غير الحكومية في مشاركة قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة وغيرها في العمل الإنساني بصورة متزايدة⁽¹²⁹¹⁾.

ثانياً: الجهات المستهدفة من النشر: فإذا كان العلم بأحكام القانون الدولي الإنساني شرطاً أساسياً لتطبيقه فإن الالتزام بالنشر يتعين أن يشمل كافة الأوساط المعنية التي تكون ملزمة بالامتثال لأحكام القانون الإنساني إذا واجهت أوضاع تتطلب تطبيقه وحتى يؤدي ثماره فإنه يتعين أن يتم وقت السلم لأن الجهات المستهدفة قد تكون القوات المسلحة، والسكان المدنيون، فقد تضمن القانون الدولي الإنساني عدد من كبير القواعد التي يجب على المقاتل اتباعها في ميدان المعركة كعدم توجيه العمليات العدائية إلى المدنيين والعاملين بالخدمات الطبية والدينية والجرحى⁽¹²⁹²⁾. وفقاً للمواد (14، 15، 16) من اتفاقية جنيف الأولى 1949، فضلاً على تحذيرها للقوات المسلحة استخدام أسلحة معينة، والذي يتعين أن يتم ذلك أيضاً وقت السلم إذا قام النزاع المسلح غير الدولي فيكون من غير الممكن أن يمسك الجندي السلاح بيد وقانون النزاعات المسلحة بيد أخرى، ولذلك يجب ضرورة تدريب أفراد القوات المسلحة من جنود وضباط وعاملين على برامج تدريبية ومحاضرات وندوات وتعريفهم بواجباتهم المتعلقة بالقتال وكذلك تدريبهم على معرفة قواعد القانون الدولي الإنساني⁽¹²⁹³⁾.

(1289) القرارات التي اتخذها الجمعية العامة في دورتها (51) المجلد الأول، الوثائق الرسمية، الملحق رقم A/51/49 ص 431
(1290) ماريوت هاروف تافل: الإجراءات التي تتخذها اللجنة الدولية للصليب الأحمر إزاء ارتكاب أعمال العنف داخل البلاد، تشجيع وضع حدود للعنف في حالات الأزمات في عالم متغير، المجلة الدولية للصليب الأحمر العدد (31) مايو/ يوليو 1993 ص 19
(1291) أدام روبرتس: دور القضايا الإنسانية في السياسة الدولية في التسعينات، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد عام 1999 ص 150.

(1292) عبد الكريم محمد الداوول: حماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998 ص 175

(1293) دافيد لويد روبرس: تدريب القوات المسلحة على احترام القانون الدولي الإنساني المجلة الدولية للصليب الأحمر العدد 56 ص 440.

وعلى الصعيد الوطني قدمت دولة الإمارات العربية المتحدة الدعم لأنشطة المفوض السامي لحقوق الإنسان في الأمم المتحدة⁽¹²⁹⁴⁾، والتزمت دولة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع الإجراءات الخاصة لمجلس حقوق الإنسان⁽¹²⁹⁵⁾، في تلقي الزيارات واستقبال العديد من المقررين الخاصين المعني بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والمقرر الخاص المعني بمسألة بيع الأطفال وبغاء الأطفال والمواد الإباحية، وتعتبر الإمارات العربية المتحدة طرفاً في الجهود الدولية الرامية إلى وضع حد للعنف الجنسي في حالات الصراع⁽¹²⁹⁶⁾.

المطلب الثاني: مبدأ احترام وتنفيذ القانون الدولي الإنساني

جاءت المادة الأولى المشتركة بصفة عامة للإلزام لجميع الأطراف المتعاقدة وليس أطراف النزاع فقط، وكانت المهام التقليدية لقوات حفظ السلام هي الفصل بين المتحاربين أو مراقبة وقف إطلاق النار⁽¹²⁹⁷⁾، وبناء على هذه القاعدة يحق لجميع الدول المتعاقدة مطالبة جميع الأطراف الأخرى باحترام التزاماتها ومساعدتها في تنفيذ هذه الالتزامات⁽¹²⁹⁸⁾، فلم تكتف بمنح الدول حق فرض احترام القانون الدولي الإنساني على الدول الأخرى، بل أنها تلقي عليهم واجب الالتزام بفرض احترام هذا القانون فإذا قصرت دولة ما في تنفيذ التزاماتها كان لباقي الأطراف المتعاقدة سواء متحالفة أو محايدة أو عدوة أن تسعى إلى إلزامها باحترام وتنفيذ القانون الدولي الإنساني⁽¹²⁹⁹⁾.

وقد يتم الالتزام في إطار تحالف دولي أو تحت إشراف منظمة دولية كالأمم المتحدة، وهو ما نصت عليه المادة (89) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977⁽¹³⁰⁰⁾، التي تضع التزاما على الدول الأطراف بأن تعمل في حالات الانتهاكات الجسيمة للاتفاقيات الإنسانية مجتمعة أو منفردة بالتعاون مع الأمم المتحدة وبما يتلاءم مع ميثاقها على ضمان تنفيذ

(1294) ففي العام 2010 وتقدم الإمارات العربية المتحدة ما يقرب من 90000 دولار أمريكي سنويا من التبرعات لدعم عمل المفوضية، وأعلنت الإمارات العربية المتحدة عن التزام جديد بقيمة 1 مليون دولار لدعم مفوضية حقوق الإنسان في جلسة مجلس حقوق الإنسان المنعقدة في مارس 2015.

(1295) أيدت دولة الإمارات العربية المتحدة قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 1325 (2000) بشأن المرأة والسلام والأمن، والذي يركز على أربعة أعمدة رئيسية هي: المشاركة، والحماية، والوقاية، والإغاثة والإنعاش. وقد ظلت الإمارات العربية المتحدة ملتزمة بالمساهمة بشكل كبير في إجراء دراسة عالمية بشأن تنفيذ القرار رقم 1325 من خلال استضافة سلسلة من حلقات النقاش حول المرأة والسلام والأمن بالشراكة مع الأمم المتحدة للمرأة ومعهد جورج تاون للمرأة والسلام والأمن.

(1296) Humann Right Council Twenty-Ninh session Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, Economic, social and cultural rights, including the right to développement Witten Statement submitted by Amnesty International, a non-gouvernemental organisation in Special consultative stratus The Secretary-General has received the following Witten Statement which is circulated in accordance with Economic and Social Council résolutions 1996/31

(1297) آن رينيكور: احترام قوات الأمم المتحدة للقانون الدولي الإنساني، ملاحظات بشأن الكتاب الدوري للأمين العام للأمم المتحدة بتاريخ 6/أغسطس 1999، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد عام 1999 ص 89 وما بعدها

(1298) أن اللاتزام الذي نتحدث عنه المادة المشتركة باتفاقيات جنيف هو التزام غير مشروط وغير خاضع لقيود المعاملة بالمثل

(1299) عمر سعد الله: نظام اللاتزام بتنفيذ القانون الدولي الإنساني، المجلة الجزائرية القانونية والاقتصادية والسياسية الجزء 35 لعام 1997، ص 954.

(1300) تنص المادة (89) على ان تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تعمل مجتمعة أو منفردة في حالات الخرق الجسيم للاتفاقيات والبروتوكول بالتعاون مع الأمم المتحدة وبما يتلاءم مع ميثاق الأمم المتحدة.

واحترام القانون الدولي الإنساني⁽¹³⁰¹⁾. ويدعم ذلك نص المادة (61) من اتفاقية جنيف الرابعة التي تقضي بوجود مراقبة توزيع المساعدات الإنسانية للمدنيين في الأراضي المستعمرة، سواء من طرف بلد محايد، أو اللجنة الدولية للصليب الأحمر، أو من طرف جهاز إنساني محايد، مما يسمح لأحد أجهزة الأمم المتحدة القيام بذلك وإن التزام الدول باحترام قواعد القانون الدولي الإنساني وفقاً لقواعد اتفاقية جنيف عام 1949 ورد في نص المادة الأولى (.. التزام الدول بقواعد القانون الدولي الإنساني) فهو التزام بالنص الصريح بأن تفعل الدول كل ما في وسعها لضمان أن تكون القواعد المعنية بكفالة الاحترام لقواعد القانون الدولي الإنساني سواء كانت مشتركة أم غير مشتركة في نزاع وأن تتخذ كافة التدابير الممكنة التي تكفل احترام قواعد القانون⁽¹³⁰²⁾.

وبالتالي فإن قيام الأمم المتحدة وعلى رأسها مجلس الأمن بتنفيذ القانون الدولي الإنساني يجد أساسه القانوني في نص المادتين (89، 61)، لأن التزام الدول بالتنفيذ مشتركة يكون في شكل تحالف أو تعاون بين أعضاء الأمم المتحدة، وأن هذا التعاون يفهم منه التدابير السلمية أو الردعية لوضع قواعد القانون حيز التنفيذ، وإن واقع المجتمع الدولي الحالي أثبت انتهاج الوسائل الردعية من طرف مجلس الأمن لفرض الالتزام بقواعد القانون الدولي الإنساني⁽¹³⁰³⁾.

وقد تفشل المساعي في تفادي النزاعات قبل حدوثها فيصبح الهدف الوقائي في الحد من استمرارها على نطاق أوسع والعمل على الحد من أعداد الضحايا وبذلك يتعين على القائمين بالنشر بذل أقصى الجهود الممكنة لدعم الاحترام الذاتي الإنساني والمبادئ الإنسانية التي وضعها القانون الدولي الإنساني، عن طريق وسائل الاتصال المختلفة كالتليفزيون والإذاعة والندوات والمؤتمرات والنداءات الموجهة عبر الصحف وفي الأماكن العامة بهدف نشر الوعي اللازم للقاعدة الإنسانية لكافة الشعوب⁽¹³⁰⁴⁾ أو قد تمر الدول بحالة انتقالية يسودها اللاأمن مما يعرقل إقرار السلام فتقع على الدول في هذه الحالة العمل على حل المشاكل الاجتماعية والثقافية والنفسية عن طريق محاولة إشاعة روح التسامح مثل حالة اللاأمن في اليمن وما قامت به دولة الإمارات العربية المتحدة في توفير منصة للسلطات الشرعية للتعبير عن وجودها على الأرض ومخاطبة مواطنيها وعرض نفسها على المجتمع الدولي كطرف فاعل في المعادلة اليمنية، وتصدت دولة الإمارات ضد محاولة المتطرفين لتسويق حكومتهم الموازية التي قاموا بتشكيلها في صنعاء وتمسكت بالحكومة المعترف بها دولياً كطرف شرعي مؤهل لمخاطبة المجتمع الدولي باسم اليمنيين.

وعلى الصعيد الوطني نظمت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالتعاون مع الهلال الأحمر الإماراتي حملات لتحذير الأهالي من أخطار المتفجرات المنتشرة في ضواحي مدن اليمن، وتعليم الأطفال والنساء والمدنيين السلوكيات اللازم اتباعها في هذه الحالات، والاهتمام الشعبي والإعلامي في دعم الشرعية وإعادة الاستقرار إلى اليمن، من خلال عمل إغاثي وتنموي لإعادة إعمار المناطق اليمنية المحررة وتوفير مقومات الاستمرار لها، وبناء وهيكلية الجيش والشرطة اليمنية وتوفير

(1301) وهذا ما تم تأكيده في الاجتماع الدوري الأول للخبراء بشأن القانون الدولي الإنساني المنعقد بجنيف في يناير وفبراير 1998 ضمن الحلول الممكنة، والذي نص على مساندة الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية لإدارة النزاعات المسلحة ذات الطابع الفوضوي، ولا سيما التدابير التي يتخذها مجلس الأمن لإحلال ظروف ملائمة للمساعدة الإنسانية.

(1302) نبيل محمد خليل إبراهيم العزازي: القانون الدولي الإنساني وآليات تطبيقه، القاهرة، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 52، 2012 ص 18

(1303) عمر سعد الله: نظام الالتزام بتنفيذ القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق ص 953

(1304) محمد حسين عيضة عبد الله الزيايدي: استخدام الدولة للقوة المسلحة ضد الجماعات المتمردة على سيادتها الإقليمية، مرجع سابق ص 450.

المعدات اللازمة لها للقيام بدورها في المحافظات المحررة التي شهدت دماراً هائلاً نتيجة للحرب التي خاضتها ميليشيات الحوثيين وقوات علي عبدالله صالح منذ مارس 2015⁽¹³⁰⁵⁾.

وشاركت دولة الإمارات العربية المتحدة في المؤتمر الدولي للوقاية من جرائم الإبادة الجماعية للوقاية من جرائم الإبادة الجماعية في العاصمة البلجيكية بروكسل وفتح الحوار بين ممثلي الحكومة والخبراء في مسائل حقوق الإنسان ودراسة وضع آليات عمل وقائية لمنع نشوب نزاعات دينية وعرقية وسياسية تؤدي إلى خلق مناخ يؤدي إلى وقوع جرائم مثل الإبادة الجماعية⁽¹³⁰⁶⁾. وتعتبر الإمارات العربية المتحدة واحدة من الدول الـ 155 التي وقعت على إعلان الالتزام بإنهاء العنف الجنسي في حالات الصراع والتصدي للعنف الجنسي في حالات الصراع كجزء من استراتيجية شاملة لتمكين المرأة من المشاركة الكاملة في جميع جوانب المجتمع ودعمت دولة الإمارات العربية المتحدة عمل الممثل الخاص للأمين العام المعني بالعنف الجنسي في حالات النزاع⁽¹³⁰⁷⁾.

المبحث الثاني: كفالة احترام القانون الدولي الإنساني

جاءت اتفاقيات جنيف في القانون الدولي الإنساني عام 1949 للتأكيد على تلك المبادئ الإنسانية ونظم مجموعة القواعد القانونية الدولية المكتوبة ووضع آليات خاصة لحماية النساء والأطفال والصحفيين والمدنيين نوعاً من الحماية، كما نظم مبادئ لكفالة حماية الحقوق المقررة للفئات المحمية، ولضمان إمكانية تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني على أرض الواقع تم التفكير في اللجوء إلى آليات لتنفيذ القانون الدولي الإنساني والتأكد من مدى احترام الدول لهذه القواعد سواء كانت هذه الآليات دولية أم وطنية يتم استخدامها وقت السلم والحرب وبدأت الجهود الدولية المتمثلة في اللجنة الدولية للصليب الأحمر بوضع مشروع القواعد التي تكمل القواعد القائمة حالياً للقانون الدولي الإنساني، وقامت بإجراء مشاورات مع عدد من المنظمات الدولية والإقليمية أسفرت عن ضرورة وضع قواعد الحماية من حالات المنازعات المسلحة الدولية وقواعد الحماية في حالات المنازعات المسلحة غير الدولية، وعينت قواعد القانون الدولي الإنساني بأسرى الحرب وتنظيم العمليات القتالية وحماية المدنيين والأعيان المدنية وذلك بفضل قانون لاهاي المنصوص عليه في معاهدة لاهاي 1899 وكذلك اتفاقيات لاهاي 1907، ومن أجل توضيح ذلك قسمنا المبحث في المطالب التالية: في المطلب الأول: مبدأ الإنسانية والمساواة وفي المطلب الثاني: مبدأ السلام السياسي والاجتماعي

(1305) الدور الذي قامت به دولة الإمارات العربية المتحدة في إحياء مؤسسات الدولة اليمنية وتوفير الجهاز اللوجستي والكادر البشري اللازم لتشغيلها، لتثبيت الشرعية باليمن وتوفير قاعدة للحكومة المعترف بها دولياً للتعبير عن وجودها على الأرض ومنصة لمخاطبة المجتمع الدولي وإقناعه بأنها طرف فاعل في المعادلة اليمنية جريدة العرب نُشر في 20/03/2017، العدد: 10577، ص(3) الموقع الإلكتروني تاريخ الزيارة 2017/12/28.

<http://alarab.co.uk/article/1/104686/manifest.html>

(1306) المؤتمر الدولي للوقاية من جرائم الإبادة الجماعية المقام في بروكسل بتاريخ 01 أبريل 2014 احتفالاً بمرور 65 عاماً على اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن منع معاقبة جماعة الإبادة الجماعية لعام 1948 وإحياءاً لذكرى مرور 20 عاماً على الإبادة الجماعية في رواندا سنة 1993 و ذلك بالتعاون مع معهد إجمونت الملكي للدراسات وبمشاركة الاتحاد الأوروبي والاتحاد الأفريقي و الأمم المتحدة (1307) في عام 2013، التزمت الإمارات العربية المتحدة بمبلغ 1.5 مليون دولار أمريكي، بالتضامن مع المملكة المتحدة، لدعم جهود الحكومة الصومالية الرامية إلى مكافحة العنف الجنسي في حالات النزاع، وفي القمة العالمية بشأن القضاء على العنف الجنسي في حالات الصراع، المنعقدة في لندن في يونيو 2014، أعلنت دولة الإمارات عن الالتزام بمبلغ مليون دولار إضافية لدعم الأمم المتحدة في تعزيز قدرة البلدان المتأثرة بغية المعالجة.

المطلب الأول : مبدأ الإنسانية والمساواة

اتجهت رغبة المجتمع الدولي في العمل على تطوير قواعد قانون الحرب للوصول بالبشرية إلى مستوى أفضل من الرخاء والسلام، فعقد مؤتمر للسلام في أبريل عام 1919، وأخذت القوانين الدولية بفرض مجموعة من القواعد والالتزامات القانونية على الأطراف المتنازعة أو المتحاربة، وقرر العالم وضع حد للحروب وتجريم اللجوء إليها وظهر ذلك في ميثاق الأمم المتحدة في 1945 في المادة (2 / الفقرة 4) فتم منع اللجوء للقوة واللجوء لوضع اتفاقيات تدون الأعراف السائدة لحماية الجرحى والأسرى والمرضى وكانت أهمها اتفاقيات جنيف الأربع في 1949، لما تكبده العالم من آثار الحرب البشرية من خسائر وويلات سواء على الأفراد أو الأموال⁽¹³⁰⁸⁾.

وقد أُرست قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني إنجازاً في حق البشرية، وذلك بوقف أعمال السلب والنهب في المدن ومنح النساء والأطفال نوعاً من الحماية، وتتابع الجهود الدولية من خلال قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني لتقنين عادات وأعراف الحرب ووضع القواعد القانونية المنظمة للحرب والتي تضع بعض القيود على سلوك المحاربين بهدف الحد من الآثار التدميرية للحرب والتي انتهت بتقنينها دولياً مع إقرار مبادئ احترامها وحمايتها وإعطاء وضع قانوني خاص لأشخاص بعينهم سواء كانوا أفراداً أم جماعات ولتدعيم السلام بين الدول وتوطيد الأمن فكانت الخطوة الأولى فيما جاء به عصبة الأمم عام 1919

حيث إن تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني يمثل ضرورة قصوى باعتباره قانون يتعين تطبيقه بهدف تخفيف معاناة ضحايا الحرب قدر الإمكان، وبالنظر إلى قواعد القانون الدولي الإنساني فهي تعمل على التخفيف من حدة الآلام الناجمة عن النزاعات المسلحة عن طريق المبادرة وتوفير الحماية وتقديم المساعدات اللازمة للفئات المشمولة بالحماية، بوجود آليات تحقق فعالية قواعد القانونية التي توفر هذه الحماية والتطبيق الجيد لها، وتجسيد قواعد القانون الدولي الإنساني في أرض الواقع والعمل على ضمان تنفيذها في زمن السلم⁽¹³⁰⁹⁾. وتنبثق التدابير والآليات الوطنية لتنفيذ القانون الدولي الإنساني⁽¹³¹⁰⁾ من التعهد الذي قطعه الدول الأعضاء في المعاهدات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني على نفسها، باحترام معاهداته وكفالة تنفيذها، وقد نصت معاهدات القانون الدولي الإنساني صراحة على التزام الدول الأطراف باتخاذ تدابير خاصة بالتنفيذ، وإن هذه المعاهدات شأنها شأن باقي المعاهدات الدولية يتطلب إدراجها في منظومة التشريعات الوطنية⁽¹³¹¹⁾، فإن وضع قواعد خاصة في ميدان حقوق الإنسان أو في ميدان القانون بوجه عام لا يكفي لضمان ممارستها من الناحية العملية، الفعلية والواقعية، وإنما لا بد من السهر على تطبيقها وحمايتها، وذلك بإيجاد طرق ووسائل تكفل تحقيق ذلك⁽¹³¹²⁾.

(1308) محمد فهاد الشلalde: القانون الدولي الإنساني، ط1، الإسكندرية، منشأة المعارف الناشر 2011، ص 11-12

(1309) كزار صالح حمودي: الحماية الدولية للأطفال والنساء في النزاعات المسلحة، ط1، بيروت لبنان، منشورات زين الحقوقية، 2015 ص 31

(1310) عصام عبد الفتاح مطر: القانون الدولي الإنساني، مصادره، مبادئه، وأهم قواعده، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008 ص 121

(1311) Human Rights Council (HRC) the report of the Special Rapporteur on the Independence of judges and lawyers Gabriela Knaul on her visit to the United Arab Emirates (UAE) from 28 January to 5 February 2014

(1312) نبيل محمد خليل إبراهيم العزازي: القانون الدولي الإنساني وآليات تطبيقه، مرجع سابق ص 31

على اعتبار مسألة تقديم المساعدات الإنسانية تطبيقاً عملياً لمبدأ احترام القانون الدولي الإنساني فقد ذهب مجلس الأمن في قراراته إلى التأكيد على أن حرمان الضحايا من المساعدات الإنسانية يعد تهديداً للسلام والأمن الدولي⁽¹³¹³⁾ الأمر الذي منحه سلطه اتخاذ أية إجراءات يراها مناسبة من أجل تسهيل عملية إيصال المساعدات الإنسانية⁽¹³¹⁴⁾ وتتمثل إجراءات مجلس الأمن في المساعدات الإنسانية مطالبة الأطراف بأسلوب حاسم إلى حد ما بتنفيذ التزاماتها ومنح صلاحيات لعمليات حفظ تسهيل توفير المساعدات الإنسانية من قبل المنظمات الإنسانية ومساعدة التوسط بين الأطراف على خلق مساحة إنسانية تسهل عملية توفير المساعدات الإنسانية، وحماية ومرافقة الإغاثة الإنسانية والعاملين في المجال الإنساني وقوافلها ومبانيها ويتم السماح باستخدام القوة من أجل الدفاع عن النفس ضد هجمات أطراف النزاع أو عناصر القوات المتحاربة التي لا يمكن السيطرة عليها أو المجرمين أو اللصوص أو الأشخاص الذين يتضورون جوعاً⁽¹³¹⁵⁾

وتلتزم النظم الأساسية للقانون الدولي الإنساني بالعمل على احترام قوات الأمم المتحدة، على أن تحترم هذه القوات أثناء قيامها بعملياتها احتراماً كاملاً للمبادئ والقواعد المنصوص عليها في الاتفاقيات العامة الواجبة التطبيق، واتخاذ كافة الاحتياطات لتفادي الخسائر في الأرواح بين السكان المدنيين على قدر الإمكان⁽¹³¹⁶⁾ وبذلك يقع على عاتق مجلس الأمن التزام أخلاقي وقانوني وفقاً للمادة (89) من البرتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف عام 1977 لحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة بوجهيها الدولي والداخلي والذي يدخل ضمن المسؤولية الرئيسية له في حفظ السلام والأمن الدوليين⁽¹³¹⁷⁾، إذ يطلب من الدول التي في نزاع احترام قانون حقوق الإنسان واحترام قواعد القانون الدولي الإنساني⁽¹³¹⁸⁾

وقد أكدت محكمة العدل الدولية على ضرورة تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني في رأيها الاستشاري بمشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها وعلى جميع الدول احترام هذه القواعد الأساسية سواء كانت قد صدقت على الاتفاقيات المتضمنة لها أم لم تصدق عليها⁽¹³¹⁹⁾ كما أوضحت المحكمة نفسها في قضية الأنشطة العسكرية وشبه

(1313) القرار رقم 687 الصادر بتاريخ 1991/4/2 بشأن حرب الخليج الثانية، القرار رقم 794 الصادر بتاريخ 1992/12/3 بشأن الوضع المأساوي في الصومال، القرارات 941 بتاريخ 1994/9/23، القرار رقم 1019 الصادر بتاريخ 1995/11/9 في شأن البوسنة والهرسك
(1314) القرار رقم 859 الصادر بتاريخ 1993/8/24، القرار رقم 1034 الصادر بتاريخ 1995/12/21، القرار رقم 1239 الصادر بتاريخ 1999/5/14، والخاصة بتقديم المساعدات الإنسانية لضحايا النزاعات المسلحة من أجل كفالة احترام القانون الإنساني
(1315) قرار مجلس الأمن رقم 1497 الصادر بتاريخ 2003/8/1 بشأن الصراع الدائر في ليبيريا
(1316) الكتاب الدوري للأمين العام للأمم المتحدة رقم 13/1999 / SGB / ST بتاريخ 6/أغسطس 1999
(1317) قرار مجلس الأمن رقم 1265 الصادر بتاريخ 1999/9/17 المادة (4) والمادة (3) من القرار رقم 1296 الصادر بتاريخ 2000/4/19
(1318) قرار مجلس الأمن رقم 1265 الصادر بتاريخ 1999/9/17 في المادة (2) بالنص (يدين بقوة تعمد استهداف المدنيين في حالات النزاع فضلا عن الهجمات التي تشن على أهداف تخضع لحماية القانون الدولي، وبهيب بجميع الأطراف إنهاء هذه الممارسات). وفي المادة (3) يؤكد أهمية منع نشوب النزاعات التي يمكن أن تعرض للخطر السلم والأمن الدوليين، ويركز في هذا السياق على أهمية تنفيذ التدابير الوقائية الملائمة لتسوية النزاعات بما في ذلك الاستعانة بالأمم المتحدة وسائر آليات تسوية النزاعات وعمليات النشر العسكرية والمدنية والوقائية، وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة وقرار مجلس الأمن والصكوك الدولية ذات الصلة) والقرار 1296 لسنة 2000 المادة (2)
(1319) فتوى محكمة العدل الدولية الصادرة بتاريخ 8 يوليو 1996، الفقرة 79 بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية 1996

العسكرية داخل نيكاراغوا ضرورة تطبيق القواعد الميينة في المادة المشتركة رقم (3) في اتفاقيات جنيف الأربعة على اعتبار أن الولايات المتحدة ملزمة باحترام الاتفاقيات وهذا الالتزام مستمد من المبادئ العامة للقانون الإنساني⁽¹³²⁰⁾.

وعلى الصعيد الوطني في دولة الإمارات العربية المتحدة أنشأت لجان وطنية للقانون الدولي الإنساني في دولة الإمارات العربية المتحدة، ومصر، سوريا، الأردن، فلسطين، اليمن، والمغرب، وكانت هناك خطوات جادة في العديد من الدول العربية لاستكمال الإجراءات الخاصة بتشكيل لجان وطنية في تونس والجزائر وليبيا والكويت ولبنان، المملكة العربية السعودية، الصومال، العراق، سلطنة عمان، قطر، جزر القمر، وموريتانيا وعقد اجتماعين في مجال إنفاذ القانون الدولي الإنساني على الأصعدة الوطنية وكان الاجتماع الأول بمدينة الرباط خلال الفترة من 2-5 ديسمبر 2004 وكان بموضوعه الجوانب التشريعية لتطبيق القانون الدولي الإنساني، وعقد الاجتماع الرابع بمدينة القاهرة خلال الفترة من 26-28 فبراير 2005 والذي اعتمد خطة العمل الإقليمية لعام 2005 وتطرق لأساليب وطرق عمل اللجان الوطنية للقانون الدولي الإنساني في العالم العربي⁽¹³²¹⁾.

وعقدت العديد من الدورات للتدريب الإقليمي فكانت الدورة الإقليمية الثالثة لضباط الشرطة العرب في مجال القانون الدولي الإنساني، وقانون حقوق الإنسان، والدورة الإقليمية الثالثة لمسؤولي وزارات التربية والتعليم حول برنامج التعرف بالقانون الدولي الإنساني بمدينة القاهرة في ديسمبر 2004، كما عقدت دورة في المركز الإقليمي للقضاة العرب هلال الفترة من 5-9 مارس 2005 في معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية كما سعت دولة الإمارات العربية المتحدة في مجال نشر أحكام القانون الدولي الإنساني على الصعيد المدني بجمعية الهلال الأحمر الإماراتي بلجنة نشر القانون الدولي الإنساني ضمت عدة خبراء وأساتذة جامعات في القانون الدولي، حيث أعدوا المحاضرات وعقدوا ندوات تعريفية بالقانون الدولي الإنساني لمختلف شرائح المجتمع، وتم إدراج مادة القانون الدولي الإنساني كمادة مستقلة لطلاب كلية القيادة والأركان في القوات المسلحة اعتباراً من عام 2002.

وأنشأت اللجنة الوطنية للقانون الدولي الإنساني بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (32) لعام 2004، وتضمنت المبادئ التوجيهية الخاصة بنظام ومناهج عمل الأجهزة الوطنية المعنية بتنفيذ القانون الدولي الإنساني، من حيث النظام والبنية والهيكلية والاختصاص والصلاحيات، والتقييم وتقديم المقترحات والمشورة والمراقبة والدعم والتنسيق والتوحيد القياسي، والإجراءات التشغيلية والتعاون وعقد الاجتماعات وتنظيم وحضور اجتماعات متعددة الجنسيات والسعي إلى الحصول على دعم منظمات إقليمية ودولية، وإن أفضل طريقة لعمل اللجنة الوطنية بتقسيمها إلى ثلاثة لجان فرعية أو نوعية لتسهيل عملها في مختلف المجالات كلجنة التشريع التي تعمل على تحقيق التناغم بين التشريعات الوطنية وأحكام القانون الدولي الإنساني، ولجنة الإعلام التي تقوم بعملية الترويج والتعريف بالقانون الدولي الإنساني ولجنة التدريب،

(1320) حكم محكمة العدل الدولية الصادر في 27 يونيو 1986 في القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية

(1321) التقرير السنوي الثالث عن تطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيد العربي لعام 2004 الصادر من الأمانة العامة لجامعة الدول العربية واللجنة الدولية للصليب الأحمر في 2004 ص 4

بالإضافة إلى لجنة إدارية تقوم باتخاذ الإجراءات الإدارية. وقد ورد في قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987 أحكاماً خاصة بالعقاب لبعض جرائم الحرب في الفصل الأول من الباب الأول الجرائم الماسة بالأمن الخارجي للدولة، وفي التشريع الخاص بحماية الشارة⁽¹³²²⁾ في المواد (22، 23، 25، 26، 27) من القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 2002 بشأن هيئة الهلال الأحمر لدولة الإمارات العربية المتحدة⁽¹³²³⁾، وقد وقعت دولة الإمارات العربية المتحدة على اتفاقية حظر استحداث وإنتاج الأسلحة البكتريولوجية (البيولوجية) والتكسينية وتدمير هذه الأسلحة وكذلك النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998⁽¹³²⁴⁾،

المطلب الثاني: مبدأ السلام السياسي والاجتماعي

أصبحت فكرة احترام حقوق الإنسان والشعوب أساس للسلام السياسي والاجتماعي داخل كل دولة وللسلام العالمي⁽¹³²⁵⁾، وجاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام 1948، تأكيداً بالكرامة الإنسانية والمساواة بين بني البشر في الحقوق باعتبارها أساس الحرية والعدل والسلام⁽¹³²⁶⁾ لذلك أوجب القانون الدولي الإنساني على الدول في وقت السلم احترام إنسانية الإنسان وعدم الاعتداء عليها سواء بالإلغاء أو النقصان وهذه الحقوق التي تمس الإنسان في الحق في الحياة، وسلامة شخصه فلا يجوز استرقاقه أو تعذيبه⁽¹³²⁷⁾، مما يعزز الحرية واحترام الذات الإنسانية، وقد شاركت كافة الدول في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كأول وثيقة دولية تتضمن النص على احترام الإنسان الأساسية والتي جاءت مرتبطة بميثاق الأمم المتحدة 1945.

وجاءت المادة الأولى من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بالتأكيد على حق تقرير المصير على أن يكون لجميع الشعوب الحق في تقرير مركزها السياسي والحرية في السعي لتحقيق نمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، سعياً وراء أهدافها الخاصة، والتصرف الحر بثرواتها ومواردها الطبيعية دون إخلال بأية التزامات منبثقة عن مقتضيات التعاون الاقتصادي الدولي القائم على مبدأ المنفعة المتبادلة وعن القانون الدولي ولا يجوز في أية حال حرمان أي شعب من أسباب عيشه الخاصة على الدول الأطراف في هذا العهد، بما فيها الدول التي تقع على عاتقها مسؤولية إدارة الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي والأقاليم المشمولة بالوصاية، أن تعمل على تحقيق حق تقرير المصير وأن تحترم هذا الحق، وفقاً لأحكام

(1322) القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 2002 بشأن هيئة الهلال الأحمر لدولة الإمارات العربية المتحدة المادة (1) التعريفات الشارة هي شارة الهيئة نشر في الجريدة الرسمية صدر عن في قصر الرئاسة بأبوظبي بتاريخ 18 جمادى الأول 1423 هـ. الموافق 28 يوليو 2002 م
(1323) نص المادة (4) الهيئة هي الجهة الوطنية التي تقوم بنشاطات الهلال الأحمر داخل الدولة وخارجها وتعمل باعتبارها هيئة أغانة طوعية تساعد وتساند السلطات العامة في الدولة في زمن السلم والحرب، وتدعمها في أعمالها في المجال الإنساني وفقاً للتشريعات المعمول بها في الدولة، واتفاقيات جنيف لعام 1949 م وأية اتفاقيات أخرى تكون الدولة طرفاً فيها، والمبادئ الأساسية للحركة الدولية من القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 2002 بشأن هيئة الهلال الأحمر لدولة الإمارات العربية المتحدة
(1324) اتفاقية حظر استحداث وإنتاج الأسلحة البكتريولوجية والتكسينية وتدمير هذه الأسلحة والمرفق الخاص بها في 10 أبريل 1972، وقعت دولت الإمارات العربية المتحدة على التصديق عليها في يناير 2014

(1325) محمد مصطفى يونس: ملامح التطور في القانون الدولي الإنساني، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989 ص31

(1326) توفيق بو عشيبة: القانون الدولي الإنساني، ط1، القاهرة، دار المستقبل العربي، 2003م ص 356

(1327) محمد مصطفى سليمان: قضايا سياسية، ط1، القاهرة، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 2000 ص 216

ميثاق الأمم المتحدة⁽¹³²⁸⁾ وتأكيداً لهذا ورد في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادرة أعوام 1974 & 1975 & 1976 و 1977 & 1984، تسوية الكفاح المسلح من أجل حصول الشعوب على استقلالها، وإنشاء دولها المستقلة ذات السيادة كأشخاص قانونية دولية تتمتع بالمساواة مع باقي الأشخاص القانونية الدولية، ودعمت ذلك عن طريق قبول منظمات التحرير كعضو مراقب بذات الصفة الشرعية على تلك المنظمات⁽¹³²⁹⁾

وحظرت المادة (7) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التعذيب والمعاملة اللاإنسانية على إنه لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، وحظر إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر⁽¹³³⁰⁾ وضمنا لتنفيذ وتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني يوجب احترام الدول لمبدأ الوفاء بالعهد، حيث أن الدول عندما وافقت وصادقت وانضمت إلى اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكولات الملحق بها فإنها قد التزمت بضمان احترام هذه الاتفاقيات من جانب كل منها في إطار سلطتها، وهذا الالتزام المترتب على الدول باحترام القانون الدولي الإنساني والعمل على احترامه من طرف الآخرين قد تضمنته المادة الأولى المشتركة للاتفاقيات الأربع وكذلك المادة الأولى من البروتوكول الأول⁽¹³³¹⁾

لذلك يتعين على الدول الأطراف في وثائق القانون الإنساني اتخاذ التدابير والإجراءات الضرورية لتنفيذ التزاماتها اتجاه تطبيق وتنفيذ القانون حيث أن المادة (80) من البروتوكول الأول لاتفاقيات جنيف حددت إجراءات التنفيذ والتعليمات الكفيلة بتأمين احترام الاتفاقيات والبروتوكولات والإشراف على تنفيذها⁽¹³³²⁾ وتستند حصانة العاملون في المجال الإنساني إلى حيادهم المطلق وحماية أفراد الخدمات الطبية وأفراد الهيئات الدينية، واحترام وحماية أفراد الخدمات الطبية المدنيين أمر واجب ولا يجوز إرغام هؤلاء الأفراد على أداء أعمال لا تتلاءم مع مهمتهم الإنسانية ويحق لأفراد الخدمات الطبية المدنيين التوجه إلى أي مكان لا يستغنى عن خدماتهم فيه مع مراعاة إجراءات المراقبة والأمن ويجب احترام وحماية أفراد الهيئات الدينية المدنيين وتطبق عليهم بالمثل أحكام الاتفاقيات المتعلقة بحماية أفراد الخدمات الطبية وبكيفية تحديد هويتهم، وفقا للمادة (15) من البروتوكول الأول إلى اتفاقيات جنيف، 1977⁽¹³³³⁾.

(1328) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49

(1329) سعيد سالم جويلي: المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، لسنة 2002 ص 139 وما بعدها

(1330) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية مرجع سابق

(1331) محمد فهاد الشلالده: القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق ص 311

(1332) تنص المادة (80) من البروتوكول الأول لاتفاقيات جنيف إجراءات التنفيذ (1- تتخذ الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع دون إبطاء، كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ التزاماتها بمقتضى الاتفاقيات وهذا للحق البروتوكول، 2- تصدر الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع الأوامر والتعليمات الكفيلة بتأمين احترام الاتفاقيات وهذا للحق "البروتوكول"، وتشرف على تنفيذها.

(1333) المادة (15) من البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، 1977 الملحق بالبروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة 12-08-1949 معاهدات نص (حماية أفراد الخدمات الطبية وأفراد الهيئات الدينية 1- احترام وحماية أفراد الخدمات الطبية المدنيين أمر واجب. 2- تسدى كل مساعدة ممكنة عند الاقتضاء لأفراد الخدمات الطبية المدنيين العاملين في منطقة تعطلت فيها الخدمات الطبية المدنية بسبب القتال. 3- تقدم دولة الاحتلال كل مساعدة ممكنة لأفراد الخدمات الطبية المدنيين في الأقاليم المحتلة لتمكينهم من القيام بمهامهم الإنسانية على الوجه الأكمل. ولا يحق لدولة الاحتلال أن تطلب إلى هؤلاء الأفراد، في أداء هذه المهام، إثارة أي شخص كان بالأولوية في تقديم العلاج الاعتبارية طبية. ولا يجوز إرغام هؤلاء الأفراد على

فقد طور بروتوكول 1977 حماية أفراد الخدمات الطبية من أطباء وممرضون وعاملون على قدر ما يبذلون من مساعدات في تقديم العلاج والمهام الطبية لضحايا النزاعات وعلي اعتبار تشكيل واعداد مثل هؤلاء الأشخاص من صميم الولاية الوطنية وهو ما يعني أن تشكيل هؤلاء الأفراد وتدريبهم يرتبط بالأطراف السامية المتعاقدة بمساعدة الجمعيات الوطنية كما أشارت إلي ذلك الفقرة الأولى من المادة (6) من البروتوكول الأول حيث يتطلب من هؤلاء الأفراد الإلمام بمعارف تأخذ في الاعتبار الجوانب العسكرية وتغطي الجوانب القانونية والطبية والإدارية والتقنية وأعمال الإغاثة حتى يمكنهم تقديم المساعدات المطلوبة تحت مسؤولية الحكومات ومن ثم فالمساعدات التي يجب أن تقوم بها الجمعيات الوطنية في مسالة الحكومات واعداد وتأهيل الأفراد المؤهلون، وهم أشخاص متطوعين من الأطباء والمحامين والمساعدين الطبيين⁽¹³³⁴⁾. وقد نظمت اللجنة الدولية بالتعاون مع الصليب الأحمر البوليفي تأهيل مسؤولي النشر والإعلام والعلاقات العامة وتعميق المعرفة التاريخية والقانونية للقانون الدولي الإنساني ولحركة الصليب الأحمر والهلال الأحمر في عام 1984⁽¹³³⁵⁾ ويقوم المستشارون القانونيون بدور هام في كفالة تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني فهم ملزمون بإسداء النصح للقادة العسكريين وتفسير النصوص القانونية والعمل على تحديد كفاءتها وفقاً لنص المادة (82) من البروتوكول الأول⁽¹³³⁶⁾.

ويتعين على الأطراف السامية المتعاقدة وعلى أطراف النزاع وفقاً للمادة (87) أن تكلف القادة العسكريين بمنع الانتهاكات وإبلاغها إلى السلطات المختصة، ولأفراد القوات المسلحة الذين يعملون تحت إمرتهم وغيرهم ممن يعملون تحت إشرافهم، ويجب على الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع أن يتطلبوا من القادة كل حسب مستواه من المسؤولية التأكد من أن أفراد القوات المسلحة، الذين يعملون تحت إمرتهم على بينة من التزاماتهم كما تنص عليها الاتفاقيات بغية منع وقمع الانتهاكات، يجب على الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع أن يتطلبوا من كل قائد يكون على بينة من أن بعض مرؤوسيه أو أي أشخاص آخرين خاضعين لسلطته أن يقتروا أو اقتروا انتهاكات للاتفاقيات أن يطبق الإجراءات اللازمة ليمنع مثل هذا الخرق للاتفاقيات وأن يتخذ، الأسلوب المناسب، والإجراءات التأديبية أو الجنائية ضد مرتكبي هذه الانتهاكات⁽¹³³⁷⁾.

أداء أعمال لا تتلاءم مع مهمتهم الإنسانية 4- يحق لأفراد الخدمات الطبية المدنيين التوجه إلى أي مكان لا يستغنى عن خدماتهم فيه مع مراعاة إجراءات المراقبة والأمن التي قد يرى الطرف المعني في النزاع لزوماً لاتخاذها. 5- يجب احترام وحماية أفراد الهيئات الدينية المدنيين، وتطبق عليهم بالمثل أحكام الاتفاقيات وهذا الملحق البروتوكول المتعلقة بحماية أفراد الخدمات الطبية وبكيفية تحديد هويتهم.

(1334) المادة (6) العاملون المؤهلون 1- تسعى الأطراف السامية المتعاقدة في زمن السلم أيضاً بمساعدة الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر (الهلال الأحمر، الأسود والشمس الأحمرين) لإعداد عاملين مؤهلين بغية تسهيل تطبيق الاتفاقيات وهذا الملحق البروتوكول وخاصة فيما يتعلق بنشاط الدول الحامية، 2- يعتبر تشكيل وإعداد مثل هؤلاء من صميم الولاية الوطنية 3- تضع اللجنة الدولية للصليب الأحمر رهن تصرف الأطراف السامية المتعاقدة قوائم بالأشخاص الذين أعدوا على النحو السابق، التي تكون قد وضعتها الأطراف السامية المتعاقدة وأبلغتها إلى اللجنة لهذا الغرض، 4- تكون حالات استخدام هؤلاء العاملين خارج الإقليم الوطني في كل حالة على حدة، محل اتفاقات خاصة بين الأطراف المعنية.

(1335) التقرير السنوي للجنة الدولية للصليب الأحمر لعام 1984 في الفترة من 11 إلى 17 نوفمبر 1984 جنيف، ص 91

(1336) المادة (82) المستشارون القانونيون في القوات المسلحة تعمل الأطراف السامية المتعاقدة دوماً، وتعمل أطراف النزاع أثناء النزاع المسلح على تأمين توفر المستشارين القانونيين، عند الاقتضاء، لتقديم المشورة للقادة العسكريين على المستوى المناسب، بشأن تطبيق الاتفاقيات وهذا الملحق البروتوكول وبشأن التعليمات المناسبة التي تحظى للقوات المسلحة فيما يتعلق بهذا الموضوع.

(1337) المادة (87) واجبات القادة 1- يتعين على الأطراف السامية المتعاقدة وعلى أطراف النزاع أن تكلف القادة العسكريين بمنع الانتهاكات للاتفاقيات ولهذا الملحق البروتوكول، وإذا لزم الأمر، بقمع هذه الانتهاكات وإبلاغها إلى السلطات المختصة، وذلك فيما يتعلق بأفراد القوات

وتعمل الدول المستخدمة لنظام المستشارين القانونيين على تفعيل قواعد القانون الدولي الإنساني على الصعيد الوطني وفي المنازعات المسلحة على إجراء التحقيق الفوري وقت وقوع أي انتهاكات، والبحث عن الأشخاص الذين ارتكبوا الانتهاكات لتقديمهم للمحاكمة ومعاقبتهم، أو تسليمهم إلى أية دولة أخرى وفق معاهدة تسليم المجرمين حيث يفرض القانون الدولي الإنساني على أطراف النزاع (المعتدي والمعتدى عليه) قيوداً في استخدام القوة، ليقصر ذلك على حال الضرورة اللازمة لإضعاف القوة العسكرية للخصم وفرض إرادته السياسية ومن هذا المنطلق، يحرم استخدام الأسلحة التي لا تطلبها ضرورات المعركة لتحقيق النصر، وينص على تجنب استهداف الذين لا يشاركون في العمليات العسكرية كالمدنيين والجرحى والمرضى وإلحاق الضرر أو المعاناة بهم كذلك يحظر استهداف الأماكن والأهداف غير المعدة لأغراض عسكرية، كالأعيان المدنية، والبنية التحتية المدنية، والمراكز التاريخية والأثرية والثقافية وتقدم الأطراف السامية المتعاقدة كل منها للآخر أكبر قسط من المعاونة فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية التي تتخذ بشأن الانتهاكات الجسيمة لأحكام الاتفاقيات، كما تتعاون الأطراف السامية المتعاقدة فيما بينها بالنسبة لتسليم المجرمين عندما تسمح الظروف بذلك ومع التقيد بالحقوق والالتزامات التي أقرتها الاتفاقيات والفقرة الأولى من المادة (85) وتتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تعمل مجتمعة أو منفردة في حالات الخرق الجسيم للاتفاقيات بالتعاون مع الأمم المتحدة وبما يتلاءم مع ميثاق الأمم المتحدة⁽¹³³⁸⁾.

وقد نتج عن الحروب ترسيخ قناعة مفادها أن الحماية الدولية الفعالة لحقوق الإنسان هي من بين الشروط الضرورية للسلام والتقدم الدوليين⁽¹³³⁹⁾، فالقانون الدولي الإنساني يحمي أساساً الصفة المدنية في الشيء وتوافر الصفة المدنية في الشخص الطبيعي وفي المكان، فقد نظمت اتفاقيات 1949 والبروتوكولات الملحق بها فئات الأشخاص المحميين من الجرحى والمرضى من القوات المسلحة في الميدان، والغرقى والجرحى والمرضى من القوات المسلحة في البحار، وأسرى الحرب، والأشخاص المدنيين، ودرجت اتفاقيات جنيف الأربعة والبروتوكولات الملحق بها التمييز بين المدنيين والعسكريين⁽¹³⁴⁰⁾.

المسلحة الذين يعملون تحت إمرتهم وغيرهم ممن يعملون تحت إشرافهم، 2- يجب على الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع أن يتطلبوا من القادة كل حسب مستواه من المسؤولية- التأكد من أن أفراد القوات المسلحة، الذين يعملون تحت إمرتهم على بينة من التزاماتهم كما تنص عليها الاتفاقيات وهذا الملحق البروتوكول، وذلك بغية منع وقمع الانتهاكات، 3- يجب على الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع أن يتطلبوا من كل قائد يكون على بينة من أن بعض مرؤوسيه أو أي أشخاص آخرين خاضعين لسلطته على وشك أن يقتربوا أو اقتربوا انتهاكات للاتفاقيات أو لهذا الملحق البروتوكول، أن يطبق الإجراءات اللازمة ليمنع مثل هذا الخرق للاتفاقيات أو لهذا الملحق البروتوكول، وأن يتخذ، عندما يكون ذلك مناسباً، إجراءات تأديبية أو جنائية ضد مرتكبي هذه الانتهاكات من البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، 1977 الملحق البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة 1949-08-12 معاهدات.

(1338) المادة 88 : التعاون المتبادل في الشئون الجنائية (1- تقدم الأطراف السامية المتعاقدة كل منها للآخر أكبر قسط من المعاونة فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية التي تتخذ بشأن الانتهاكات الجسيمة لأحكام الاتفاقيات أو هذا الملحق "البروتوكول 2- تتعاون الأطراف السامية المتعاقدة فيما بينها بالنسبة لتسليم المجرمين عندما تسمح الظروف بذلك ومع التقيد بالحقوق والالتزامات التي أقرتها الاتفاقيات والفقرة الأولى من المادة 85 من هذا الملحق "البروتوكول"، وتولي هذه الأطراف طلب الدولة التي وقعت المخالفة المذكورة على أراضيها ما يستأمله من اعتبار 3- ويجب أن يطبق في جميع الأحوال قانون الطرف السامي المتعاقد المقدم إليه الطلب. ولا تمس الفقرات السابقة، مع ذلك، للالتزامات الناجمة عن أحكام أية معاهدة أخرى ثنائية كانت أم جماعية تنظم حالياً أو مستقبلاً كلياً أو جزئياً موضوع التعاون في الشئون الجنائية.

(1339) عبد العزيز رمضان الخطابي: وسائل إنفاذ القانون الدولي الإنساني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2014، ص 92

(1340) نبيل محمد خليل إبراهيم العزازي: القانون الدولي الإنساني وآليات تطبيقه، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة المنوفية، القاهرة

2007، ص 49

وتضافرت جهود الأمم المتحدة واللجنة الدولية للصليب الأحمر من أجل كفالة احترام القانون الدولي الإنساني في كل من راوندا وأفغانستان، فالقانون الدولي الإنساني هو مجمل القواعد القانونية التي تكون الدول باحترامها والتي تستهدف توفير الحماية لضحايا النزاعات المسلحة الدولية (المادة 1/ المشتركة في اتفاقية جنيف الأربع لعام 1949) والتي نصت على أن تتخذ الأطراف السامية المتعاقدة بأن تحترم وأن تفرض احترام القانون الدولي الإنساني في جميع الأحوال، فقد عانت الإنسانية من انتهاكات عديدة لحقوق الإنسان وحرياته وأظهرت الحرب بوضوح العلاقة القائمة بين احترام حقوق الإنسان والمحافظة على السلام والأمن الدوليين⁽¹³⁴¹⁾. وقد وضعت اتفاقيات جنيف الأربعة تحت رعاية اللجنة الدولية للصليب الأحمر وكانت نتيجة جهود متواصلة منها لتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني⁽¹³⁴²⁾، وعلى الرغم من تلك الاتفاقيات إلا إنه لم يتحقق السلام في العالم بعد الحرب العالمية الثانية، ونشبت العديد من الحروب، وتطورت وسائل وأساليب الحرب والتي أدت إلى زيادة الضحايا، وانتشرت حروب المرتزقة والعصابات وأدت كل هذه المتغيرات إلى تكوين عقيدة تستهدف إعادة النظر في قواعد القانون الدولي الإنساني⁽¹³⁴³⁾.

وبناء على القرار الذي اتخذته اللجنة الدولية للصليب الأحمر انعقد المؤتمر الدبلوماسي في جنيف من أجل تطوير القانون الدولي الإنساني⁽¹³⁴⁴⁾، وأبرمت العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات المتصلة بالقانون الدولي الإنساني⁽¹³⁴⁵⁾، ثم تطور دور الجهات القائمة على حفظ وبناء السلام حتى أدى إلى تطور التعاون المدني والعسكري وبالتالي ادخال برامج عمل سياسية فضلاً عن أن إلى برامج العمل الاقتصادي أصبحت عاملاً مهماً بشكل متزايد في حالات النزاعات المسلحة، وفي الآليات الدولية فإن العديد من الهيئات الدولية قامت بالعديد من المهام المختلفة قبل النزاع المسلح واثناؤه وبعد انتهائه للحفاظ على القيم الإنسانية وضمان حماية الأشخاص الذين لا يشاركون في هذا النزاع والأعيان والممتلكات التي لا تعد أهدافاً عسكرية من آثار الهجمات العسكرية

كما يتضح من نص المادة (82) سالفة الذكر أن المستشارين القانونيين يتولون مهمة تقديم المشورة للقادة العسكريين ويبدون وجهة نظرهم حول اتفاقيات الأسلحة الجديدة والتصديق عليها ويؤدون دور مهم في زمن السلم والحرب ويمنحون رتبا عليا في بعض الدول، فالمستشار القانوني للقوات المسلحة يفترض أن يقدم آراء استشارية للتأكد من مدى مطابقة الأوامر الصادرة للقوانين الدولية وعليه فإن دور المستشار يقتصر على تقديم المعلومة لكبار الضباط العاملين في بيئة قانونية معقدة

(1341) نبيل محمد خليل إبراهيم العزازي: القانون الدولي الإنساني وآليات تطبيقه، مرجع سابق ص 50

(1342) أحمد محمد رضا: دراسة النظام القانوني لحماية المدنيين في زمن النزاعات المسلحة من خلال اتفاقية جنيف الرابعة 1949 والملحق الإضافي الأول لعام 1977م، القاهرة، دار النهضة العربية 2011، ص 7

(1343) سعيد سالم جويلي: المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق ص 54

(1344) مؤتمر جنيف الدبلوماسي المعقود في الفترة من 1974 إلى 1977 والذي أقر بروتوكولين إضافيين لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، اختص البروتوكول الأول بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة وضم 102 مادة، واختص البروتوكول الثاني بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية وضم 28 مادة

(1345) اتفاقية لاهاي والخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح في 14/ مايو/ 1954، اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والتي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة رقم (2391 ألف - د) (23) والمؤرخة في 26/نوفمبر/ 1968 بتاريخ نفاذ 1970/11/11 مادة (8)، اتفاقية حظر استحداث وإنتاج الأسلحة البكتريولوجية (البيولوجية) والتكسينية المبرمة بتاريخ 10/4/1972، اتفاقية جنيف لحظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية المبرمة بتاريخ 10/10/1980، اتفاقية أوتواوا لحظر استعمال وتخزين وانتاج ونقل الألغام المضادة لعام 1997

ومع ذلك لا يعفى القادة العسكريين من المسؤولية الجنائية إذا كانت أوامرهم العسكرية الصادرة بتنفيذ عمليات معينة ينطوي عليها انتهاكات جسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني ولا يجوز للقائد العسكري أن يتذرع بأن أفعاله المخالفة للقانون كانت مستندة لرأي المستشار القانوني وكذلك عدم توفر مستشار قانوني في الجيش من غير الممكن أن يكون عذراً لارتكاب أي انتهاك لأحكام القانون الدولي الإنساني⁽¹³⁴⁶⁾.

وإضافة إلى ذلك إن محكمة العدل الدولية في التقرير لعام 1993 المتعلق بالنظام الأساسي للمحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة أبدت رأيها أن تطبيق مبدأ لا جريمة دون نص يقتضي من المحكمة الدولية أن تطبق قواعد القانون الدولي الإنساني التي تعد جزءاً من القانون العرفي، وأن الجزء الاتفاقي من القانون الدولي الإنساني يمثل جزءاً من القانون الدولي العرفي وهو القانون المطبق على النزاعات المسلحة الذي جسده اتفاقيات جنيف لعام 1949 الخاصة بحماية ضحايا الحرب واتفاقية لاهاي الرابعة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية واللائحة المرفقة بها بتاريخ 1907/10/18 واتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها بتاريخ 9 ديسمبر 1948 والنظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية بتاريخ 8 أغسطس 1945⁽¹³⁴⁷⁾.

وعلى الصعيد الوطني قدمت دولة الإمارات العربية المتحدة الدعم لأنشطة المفوض السامي لحقوق الإنسان في الأمم المتحدة⁽¹³⁴⁸⁾ وتم انتخاب دولة الإمارات في عام 2012 عضواً في مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة⁽¹³⁴⁹⁾ وشاركت في عمل المجلس من أجل تعزيز احترام حقوق الإنسان في جميع أنحاء العالم، والتزمت دولة الإمارات العربية المتحدة

(1346) إبراهيم أحمد خليفة: الرقابة الدولية على تطبيق القانون الدولي الإنساني، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى 2015، ص 75

(1347) ولد نظام المحكمة الجنائية الدولية في 1998/7/17، إثر انتهاء المؤتمر الدولي الذي عقد في روما لنفاش المشروع الذي قدمته لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة، لتعلن اختصاصها في ملاحقة من يرتكب إحدى الجرائم الآتية بعد استبعاد الجرائم التي نصت عليها الفقرة الخامسة من المادة 20 من هذا المشروع وجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، جريمة إبادة الجنس، جريمة العدوان، وولدت هذه المحكمة الدولية نتيجة اتفاق وقعت عليه 126 دولة، ودخلت حيز التنفيذ في يوليو عام 2002، وصادقت على ميثاقه 89 دولة، حتى نهاية مارس 2003 واختصاص المحكمة الجنائية الدولية كقضاء مكمل للاختصاص الوطني، وهذا ما أكدته المادة الأولى من نظام المحكمة بقولها (وتكون المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية) وتلافت هذه المحكمة ما وقع من أخطاء سابقة من حيث محاولة تقيدها بالمبادئ العامة للقانون الجنائي الدولي (الباب الثالث - المواد من 22 إلى 33)، فالمادة 22 مثلاً تنص على أنه لا جريمة إلا بنص، والمادة 23 تنص على أنه لا عقوبة إلا بنص، أما المادة 24 فقد كرست مبدأ عدم رجعية الأثر على الأشخاص، والمادة 29 نصت على عدم سقوط الجرائم بالتقادم، لكن للعديد من الدول مأخذ على هذا النظام الأساسي ومنها لم ترض العديد من الدول بالمادة 16 من نظام المحكمة، الذي ينص على حق مجلس الأمن وفق قرار يتم اتخاذه بموجب أحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة بعدم السماح في البدء أو المضي في تحقيق أو المقاضاة لمدة 12 شهراً قابلة للتديد طالما شاءت ذلك إحدى الدول الدائمة العضوية، رغم أن العديد من الشراح يصرّون على أن الفيتو والفيتو المضاد يمكنهما أن يعطلا اتخاذ مثل هذا القرار، وأما الفيتو المضاد فهو تختل سبع دول غير دائمة العضوية على الأقل ورفض التصويت على القرار إيجاباً، بحيث تمنع حصول القرار على تسعة الأصوات المطلوبة حتى ولو كانت الدول الخمس الدائمة العضوية موافقة على هذا القرار

(1348) ففي العام 2010 وتقدم الإمارات العربية المتحدة ما يقرب من 90000 دولار أمريكي سنوياً من التبرعات لدعم عمل المفوضية، وأعلنت الإمارات

العربية المتحدة عن التزام جديد بقيمة 1 مليون دولار لدعم مفوضية حقوق الإنسان في جلسة مجلس حقوق الإنسان المنعقدة في مارس 2015

(1349) وهو الهيئة الرئيسية المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة لمدة ثلاث سنوات للفترة ما بين (2013-2015) وبتاريخ 28 أكتوبر عام 2015، تم إعادة انتخاب الإمارات العربية المتحدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة لولاية ثانية، عضواً في مجلس حقوق الإنسان للفترة 2018-2016

بالتعاون مع الإجراءات الخاصة لمجلس حقوق الإنسان⁽¹³⁵⁰⁾ وتلقى الزيارات واستقبال العديد من المقررين الخاصين المعني بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والمقرر الخاص المعني بمسألة بيع الأطفال وبغاء الأطفال والمواد الإباحية، وتعتبر الإمارات العربية المتحدة طرفاً في الجهود الدولية الرامية إلى وضع حد للعنف الجنسي في حالات الصراع⁽¹³⁵¹⁾

كما تلتزم الإمارات العربية المتحدة بتعزيز وحماية حقوق الإنسان في أرض الوطن وفي كافة أرجاء العالم، وعملت الدولة على الارتباط الوثيق ما بين القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان وأولت دولة الامارات العربية المتحدة للقانون الدولي الإنساني اهتماما خاصا لتكون عضوا فاعلا في الحراك الحقوقي الدولي والمصادقة على كافة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني والتعاون مع مكتب اللجنة الدولية للصليب الاحمر والتعاون مع اللجنة الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها والتي تتمتع بالعضوية في اللجنة الوطنية للقانون الدولي الإنساني حيث تقوم ركائز سياسة دولة الإمارات العربية المتحدة على مبادئ العدالة والمساواة ومراعاة حقوق الإنسان، كما عقدت العزم على إحداث فرق إيجابي على الصعيد العالمي من خلال العمل البناء لدعم تنفيذ مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فإن دولة الإمارات تعتبر احترام حقوق الإنسان أولوية قصوى وفقاً للمعايير الدولية لحقوق الإنسان⁽¹³⁵²⁾، كما وتلتزم بإجراء تحسينات مستمرة على قوانينها وممارساتها، ويستمد ذلك كله جذوره من التراث الثقافي لدولة الإمارات والقيم الدينية التي تركز مبادئ العدالة والمساواة والتسامح والتزمت دولة الإمارات العربية المتحدة التزاماً عميقاً بتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية في العام 2010 أنشأت اللجنة الدائمة لمتابعة الاستعراض الدوري الشامل وعملت اللجنة كمنصة دائمة لعملية التشاور مع المجتمع المدني في دولة الإمارات وتم تطبيق أكثر من 90% من التوصيات والتعهدات الطوعية المقبولة من الاستعراض الدوري الشامل الأول للإمارات العربية المتحدة⁽¹³⁵³⁾.

الخاتمة

(1350) أيدت دولة الإمارات العربية المتحدة قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 1325 (2000) بشأن المرأة والسلام والأمن، والذي يركز على أربعة أعمدة رئيسية هي: المشاركة، والحماية، والوقاية، والإغاثة والإنعاش. وقد ظلت الإمارات العربية المتحدة ملتزمة بالمساهمة بشكل كبير في إجراء دراسة عالمية بشأن تنفيذ القرار رقم 1325 من خلال استضافة سلسلة من حلقات النقاش حول المرأة والسلام والأمن بالشراكة مع الأمم المتحدة للمرأة ومعهد جورج تاون للمرأة والسلام والأمن.

(1351) Humann Right Council Twenty -ninth session Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to développement Witten statement submitted by Amnesty International, a non-gouvernemental organisation in special consultative stratus The Secretary-General has received the following Witten Statement which is circulated in accordance with Economic and Social Council resolution 1996/31

(1352) في عام 2013، التزمت الإمارات العربية المتحدة بمبلغ 1.5 مليون دولار أمريكي، بالتزامن مع المملكة المتحدة، لدعم جهود الحكومة الصومالية الرامية إلى مكافحة العنف الجنسي في حالات النزاع، وفي القمة العالمية بشأن القضاء على العنف الجنسي في حالات الصراع، المنعقدة في لندن في يونيو 2014، أعلنت دولة الإمارات عن الالتزام بمبلغ مليون دولار إضافية لدعم الأمم المتحدة في تعزيز قدرة البلدان المتأثرة بغية المعالجة.

(1353) كلمة الإمارات أمام الدورة الـ 34 لمجلس الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في جنيف. (وام) بتاريخ الأربعاء 01 مارس 2017. وقد قدمت الإمارات العربية المتحدة استعراضها الدوري الشامل الأول في 2008-2009. وكان الاستعراض الدوري الشامل الثاني في العام 2013 في ديسمبر 2013 قدمت دولة الإمارات العربية المتحدة تقريرها الدوري الأول للجنة العربية لحقوق الإنسان، ولعبت دولة الإمارات دوراً بارزاً في تأسيس وتعزيز الآليات الفعالة المعنية بمراعاة لحقوق الإنسان في إطار جامعة الدول العربية، كما دعمت الجهود الرامية إلى تعزيز وحماية حقوق الإنسان من خلال مجلس التعاون الخليجي ومنظمة التعاون الإسلامي.

استهدفت الدراسة توضيح مضمون آليات القانون الدولي الإنساني وأهم المساهمات التي قامت بها على الصعيد الوطني أو الدولي، وإبراز مدى تأثير هذه الآليات في حال انتهاك تنفيذ عمل هذه الآليات، وقد

وضحت مضمون الآليات الوطنية للقانون الدولي الإنساني وتقييمها من خلال التزام الاطراف المتعاقدة باحترام وكفالة احترام القانون الدولي الإنساني، الالتزام بالنشر، وتوصلت الدراسة إلى أن قواعد القانون الدولي الإنساني قواعد أمرتتسم بالعمومية والتجرد لأن مصدرها العرف الدولي الملزم، والمعاهدات الدولية وأهمها قانون جنيف لعام 1949 ولاهاي لعام 1899-1907، إلا انه يوجد قصور في تنفيذها على المستوى الدولي، والوطني لبعض الدول وخلاصة ما انتهت إليه هو إلزامية تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني بما يحتويه من طابع جنائي يعاقب من يخالفه وما تمتلكها من آليات تضمن تنفيذه على المستوى الوطني، ليخرج من دائرة الجمود إلى التطبيق الفعلي، ويجب أن تتعاون الجهود الدولية لمطالبة جميع الدول باحترام مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني لإيجاد آلية لمعاقبة الدول التي تنتهك هذه المبادئ

النتائج والتوصيات

أولاً النتائج: توصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى بعض النتائج التي يمكن ذكرها كما يلي:

1. إن التطور التاريخي الذي صاحب تطبيق قواعد وأحكام القانون الدولي الإنساني أضحى يركز على التدابير التي يتخذها المجتمع الدولي لمواجهة الأزمات والكوارث والمأسوية الإنسانية يوجب أن يتلاءم مع ضرورة رفع الآلام والمعاناة الإنسانية التي تسببت فيها
2. أن الالتزام بنشر قواعد القانون الدولي الإنساني في المرحلة اللاحقة للنزاع كان الغرض منه فتح الباب أمام العودة إلى حالة السلم ومنع تكرار النزاع مرة أخرى، فالنزاعات قد تؤدي إلى بعض الظواهر التي توحى بتأزم الوضع كالتجمعات والمظاهرات، مما يوجب القيام بأنشطة النشر لقواعد القانون الدولي الإنساني للحيلولة دون نشوء النزاعات
3. إن إنحراف الآليات الدولية الناشطة يعتبر خرقاً وانتهاكاً لسيادة الدول الوطنية وأن الأسباب الحقيقية وراء استمرار الانتهاكات التي تتعرض لها آليات وقواعد القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة تؤثر على القاعدة القانونية وعلى مدى احترامها من قبل المخاطبين بها
4. على الرغم من أن القانون الدولي الإنساني قد حرم وحظر اللجوء إلى الحرب واستخدام القوة أو التهديد بها في كافة أشكالها وصورها إلا ما تم استثناءه، إلا أنه قد تصدى بالتنظيم لحالات وقوع حروب أو نزاعات مسلحة
5. قد تفشل المساعي في تفادي النزاعات قبل حدوثها فيصبح الهدف الوقائي في الحد من استمرارها على نطاق أوسع والعمل على الحد من أعداد الضحايا وبذلك يتعين على القائمين بالنشر بذل أقصى الجهود الممكنة لدعم الاحترام الذاتي الإنساني والمبادئ الإنسانية التي وضعها القانون الدولي الإنساني

6. على الرغم من أن دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في مهمتها الإنسانية حماية حياة وكرامة ضحايا الحرب وأعمال العنف الداخلي وتقديم يد العون ودعم القانون الدولي الإنساني، إلا أنه أصبح اللجوء إلى الحرب أو استعمال القوة لتسوية المنازعات الدولية في حالة القمع التي يتخذها مجلس الأمن للمحافظة على السلام العالمي لم ينجح المجتمع الدولي حتى الآن في التمكن من فهم السلوك الإنساني ولم تتوفر الحماية الكافية على الأرض حيث لا يزال المجتمع الدولي يشهد انتشار أعمال وحشية واسعة النطاق وانتهاكات جماعية لحقوق الإنسان
7. إن معظم الأعمال الوحشية الكبرى التي ارتكبتها البشر عبر التاريخ سواء ارتكبت خلال نزاع مسلح أو خلافه، بدأت بتوجهات، وأيديولوجيات، وأفعال متقطعة أو غيرها من الأحداث التي أشعلت الفتيل ثم تطورت لاحقاً لتصبح من أفظع الجرائم التي شهدتها البشرية على الإطلاق
8. أن مستوى تأثير وفعالية البعد الأدبي في قمع الانتهاكات على قواعد القانون الدولي الإنساني يختلف من دولة إلى أخرى حسب قوة الرأي العام المحلي والدولي وطبيعة نظام الحكم فعلى الرغم من توقيع ومصادقة بعض الدول على اتفاقيات جنيف الأربع والالتزام بنشر قواعد القانون الدولي الإنساني إلا أن لا تزال الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني ولحقوق الإنسان

ثانياً التوصيات

وفقاً لما توصل إليه البحث من نتائج هذه الدراسة فيوصي بما يلي:

1. إعداد ونشر مدونة قواعد سلوك تحرر بأسلوب وأفكار بسيطة تخاطب السلطات المسؤولة والأطراف الفاعلة في النزاعات المسلحة غير الدولية تتضمن في طياتها مجموعة الأحكام والقواعد الواجبة التطبيق
2. نشر المفاهيم الحديثة لفقهاء القانون الدولي العام بشأن المفهوم التقليدي المعلق على تدخلها بموافقة الدول الأطراف لتقديم الإغاثة والخدمات الإنسانية
3. ضرورة مراقبة اللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر بصفة مستمرة للتطبيق الفعلي للقانون الدولي الإنساني وزيادة منسوبيها في شتى مناطق العالم
4. أهمية اضطلاع الهيئات واللجان والمنظمات الدولية وعلى رأسها الأمم المتحدة إلى تنمية قدرات الدول الأعضاء على اتخاذ التدابير اللازمة لمعالجة وتفادي الكوارث والمأسوية الإنسانية بهدف إزالة أسباب التوترات والاضطرابات التي تؤدي إلى وقوع نزاعات مسلحة غير دولية
5. العمل على دعم جهود الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر المنتشرة في العديد من الدول في حملات توعية خاصة من الجانب الإعلامي

المراجع والمصادر

أولاً: الكتب

- إبراهيم أحمد خليفة: الرقابة الدولية على تطبيق القانون الدولي الإنساني، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ط الأولى 2015.
- أحمد محمد رضا: دراسة النظام القانوني لحماية المدنيين في زمن النزاعات المسلحة من خلال اتفاقية جنيف الرابعة 1949 والملحق الإضافي الأول لعام 1977م، القاهرة، دار النهضة العربية 2011.
- توفيق بو عشيبة: القانون الدولي الإنساني، ط1، القاهرة، دار المستقبل العربي، 2003م
- سعيد سالم جويلي: المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، ط1، القاهرة، دار النهضة المصرية، 2002.
- عصام عبد الفتاح مطر: القانون الدولي الإنساني، مصادره، مبادئه، وأهم قواعده، ط1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008
- عبد العزيز رمضان الخطابي: وسائل إنفاذ القانون الدولي الإنساني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2014
- كرار صالح حمودي: الحماية الدولية للأطفال والنساء في النزاعات المسلحة، ط1، بيروت لبنان، منشورات زين الحقوقية، 2015.
- محمد عبد الكريم حسن عزيز: القانون الدولي الإنساني، تطوره، مبادئه، آليات تنفيذه، ط1، القاهرة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2016
- محمد فهد الشلالدة: القانون الدولي الإنساني، ط1، الإسكندرية، منشأة المعارف الناشر 2011.
- محمد مصطفى يونس: ملامح التطور في القانون الدولي الإنساني، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989 ص 31
- محمد مصطفى سليمان: قضايا سياسية، ط1، القاهرة، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، 2000.
- محمد يوسف علوان: نشر القانون الدولي الإنساني دراسات في القانون الدولي الإنساني، ط1، القاهرة، دار المستقبل العربي، 2000

ثانياً: الرسائل العلمية

- عبد الكريم محمد الداخول: حماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998
- محمد حسين عيضة عبد الله الزيايدي: استخدام الدولة للقوة المسلحة ضد الجماعات المتمردة على سيادتها الإقليمية، دراسة في ضوء أحكام ومبادئ القانون الدولي الإنساني، رسالة دكتوراه في القانون الدولي، كلية الحقوق جامعة القاهرة عام 2015
- مصعب مصطفى المكي: آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني وأثرها على سيادة الدول، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي، جامعة الرباط، المغرب، 2016م
- محمد محمود المرسي: آليات إنفاذ مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني بالتطبيق على الانتهاكات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، القاهرة 2012
- لعامرة ليندة: دور مجلس الأمن الدولي في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، أطروحة للحصول على درجة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2005

ثالثاً: المجلات والأبحاث

- أدام روبرتس: دور القضايا الإنسانية في السياسة الدولية في التسعينات، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد عام 1999 ص 150.
- آن رينيكرو: احترام قوات الأمم المتحدة للقانون الدولي الإنساني، ملاحظات بشأن الكتاب الدوري للأمين العام للأمم المتحدة بتاريخ 6/أغسطس 1999، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد عام 1999 ص 89 وما بعدها

- دافيد لويد روبرس: تدريب القوات المسلحة على احترام القانون الدولي الإنساني المجلة الدولية للصليب الأحمر العدد 56 ص 440.
- عمر سعد الله: نظام الالتزام بتنفيذ القانون الدولي الإنساني، المجلة الجزائرية القانونية والاقتصادية والسياسية الجزء 35 لعام 1997، ص 954.
- لاري منيار: الحياد نظرياً وفي التطبيق بعض الأفكار عن التوترات، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد عام 1999 ص 111 وما بعدها
- ماريوت هاروف تافل: الاجراءات التي تتخذها اللجنة الدولية للصليب الأحمر إزاء ارتكاب أعمال العنف داخل البلاد، تشجيع وضع حدود للعنف في حالات الأزمات في عالم متغير، المجلة الدولية للصليب الأحمر العدد (31) مايو/ يوليو 1993 ص 19
- نبيل محمد خليل إبراهيم العزازي: القانون الدولي الإنساني وآليات تطبيقه، القاهرة، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 52، 2012 ص 18

رابعاً: المؤتمرات

- المؤتمر الدولي الثاني للصليب الأحمر في برلين عام 1869، والمؤتمر الثلاثين للصليب الأحمر والهلال الأحمر عام 2008 في جنيف.
- المؤتمر الدولي للوقاية من جرائم الإبادة الجماعية المقام في بروكسل بتاريخ 01 أبريل 2014 احتفالاً بمرور 65 عاماً على اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن منع معاقبة جماعة الإبادة الجماعية لعام 1948 وإحياءاً لذكرى مرور 20 عاماً على الإبادة الجماعية في رواندا سنة 1993 وذلك بالتعاون مع معهد إجمونت الملكي للدراسات وبمشاركة الاتحاد الأوروبي والاتحاد الأفريقي والأمم المتحدة
- كلمة الإمارات أمام الدورة الـ 34 لمجلس الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في جنيف. (وام) بتاريخ الأربعاء 01 مارس 2017. وقد قدمت الإمارات العربية المتحدة استعراضها الدوري الشامل الأول في 2008-2009.
- الاستعراض الدوري الشامل الثاني في العام 2013 في ديسمبر 2013 قدمت دولة الإمارات العربية المتحدة تقريرها الدوري الأول للجنة العربية لحقوق الإنسان
- مؤتمر جنيف الدبلوماسي المعقود في الفترة من 1974 إلى 1977 والذي أقر بروتوكولين إضافيين لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949

خامساً: الاتفاقيات والقوانين

- اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949
- اتفاقية جنيف الثانية لعام 1949 لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى، القوات المسلحة في البحار، المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949 المعقود في جنيف من 21 نيسان/ أبريل إلى 12 آب/أغسطس 1949، بقصد مراجعة اتفاقية لاهاي العاشرة، المؤرخة في 18 تشرين الأول/أكتوبر 1907، بشأن تطبيق مبادئ اتفاقية جنيف لعام 1906 على الحرب البحرية.
- اتفاقية لاهاي لعام 1954 في حالة نزاع مسلح في 14 مايو/1954.
- اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية والتي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة رقم (د - 23) 2391 ألف (د - 23) والمؤرخة في 26/نوفمبر/1968 بتاريخ نفاذ 11/11/1970
- اتفاقية حظر استحداث وإنتاج الأسلحة البكتريولوجية (البيولوجية) والتكسينية المبرمة بتاريخ 10/4/1972، اتفاقية جنيف لحظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية المبرمة بتاريخ 10/10/1980، اتفاقية أوتاوا لحظر استعمال وتخزين وانتاج ونقل الألغام المضادة لعام 1997
- البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، 1977 الملحق بالبروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة 12-08-1949 معاهدات.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49
- الكتاب الدوري للأمين العام للأمم المتحدة رقم 13/1999 / SGB / ST بتاريخ 6/أغسطس 1999
- القرارات التي اتخذها الجمعية العامة في دورتها (51) المجلد الأول، الوثائق الرسمية، الملحق رقم A/51/49
- قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3032/37 عام 1972، والقرار رقم 3102/28 عام 1973، والقرار رقم 44/32 لعام 1977
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 1325 (2000) بشأن المرأة والسلام والأمن
- القرار رقم 687 الصادر بتاريخ 1991/4/2 بشأن حرب الخليج الثانية، القرار رقم 794 الصادر بتاريخ 1992/12/3 بشأن الوضع المأساوي في الصومال، القرارات 941 بتاريخ 1994/9/23، القرار رقم 1019 الصادر بتاريخ 1995/11/9 في شأن البوسنة والهرسك
- القرار رقم 859 الصادر بتاريخ 1993/8/24، القرار رقم 1034 الصادر بتاريخ 1995/12/21، القرار رقم 1239 الصادر بتاريخ 1999/5/14، والخاصة بتقديم المساعدات الإنسانية لضحايا النزاعات المسلحة من أجل كفالة احترام القانون الإنساني
- قرار مجلس الأمن رقم 1497 الصادر بتاريخ 2003/8/1 بشأن الصراع الدائر في ليبيريا
- قرار مجلس الأمن رقم 1265 الصادر بتاريخ 1999/9/17 أحكام ميثاق الأمم المتحدة وقرار مجلس الأمن والصكوك الدولية ذات الصلة) والقرار 1296 لسنة 2000
- فتوى محكمة العدل الدولية الصادرة بتاريخ 8 يوليو 1996، الفقرة 79 بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية 1996
- حكم محكمة العدل الدولية الصادر في 27 يونيو 1986 في القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية
- التقرير السنوي الثالث عن تطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيد العربي لعام 2004 الصادر من الأمانة العامة لجامعة الدول العربية واللجنة الدولية للصليب الأحمر في 2004
- التقرير السنوي للجنة الدولية للصليب الأحمر لعام 1984 في الفترة من 11 إلى 17 نوفمبر 1984 جنيف،
- القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 2002 بشأن هيئة الهلال الأحمر لدولة الإمارات العربية المتحدة المادة (1) التعريفات الشارة هي شارة الهيئة نشر في الجريدة الرسمية صدر عن في قصر الرئاسة بأبوظبي بتاريخ 18 جمادى الأولى 1423 الموافق 28 يوليو 2002م
- القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 2002 بشأن هيئة الهلال الأحمر لدولة الإمارات العربية المتحدة

سادساً: المراجع الأجنبية

- Gabrielle McIntyre : The International Résiduel Mechanism and the Legacy of the International Criminel Tribunals for the Former Yougoslavie and Rwanda& Goettingen Journal of International Law 3 (2011) 3, 923-983.
- Humann Right Council Twenty -Ninh session Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, Economic, social and cultural rights, including the right to dévoppent Witten Statement submitted by Amnesty International, a non-gouvernemental organisation in Special consultative stratus The Secretary-General has received the following Witten Statement which is circulated in accordance with Economic and Social Council résolutions 1996/31
- Human Rights Council (HRC) the report of the Special Rapporteur on the Independence of judges and lawyers Gabriela Knaul on her visit to the United Arab Emirates (UAE) from 28 January to 5 February 2014

إثارة الصعوبة في تنفيذ المقررات القضائية من قبل المحافظ العقاري

✍ حمزة بوعلايلة

طالب باحث بسلك الدكتوراه

تخصص القانون العقاري.

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

إن السندات القابلة للتقييد بالسجلات العقارية عديدة ومتنوعة ومنها المقررات القضائية، ويقصد من هذه الأخيرة الأحكام والقرارات القضائية المكتسبة لقوة الشيء المقضي به الصادرة عن المحاكم الوطنية والأجنبية. إذ الأصل أن هذه المقررات ينبغي تنفيذها مباشرة لما تتمتع به من حجية، لكن الأمر يختلف في المادة العقارية باعتبار أنها تحال على سلطة إدارية متمثلة في المحافظ على الأملاك العقارية الذي ألزمه المشرع بضرورة مراقبة السندات المقدمة إليه شكلا وجوهرا قبل تقييدها بالسجلات العقارية تطبيقا لمقتضيات الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري، كما يتعين عليه التحقق من أن التقييد موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري، وذلك تحت طائلة المسؤولية الشخصية عن فساد وبطلان ما ضمن بالرسم العقاري حسب الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري. بمعنى أن المحافظ العقاري يجب عليه أن لا يضمن بالرسم العقاري إلا السندات والعقود الصحيحة والمستوفية لشروطها الشكلية والجوهرية.

إلا أن المحافظ العقاري قد يجد صعوبة في تنفيذ هذه المقررات القضائية وبالتالي يتعذر عليه تقييدها بالرسم العقاري المتعلقة بها، وهذه الصعوبات عديدة ومتنوعة فهي قد تكون صعوبات قانونية مثل تعارض منطوق المقرر القضائي المطلوب تقييده مع مقتضيات قانونية معينة وقد تكون صعوبات مادية وهي التي تتكون من الوقائع التي تحدث بعد صدور الحكم ولم يسبق عرضها على أنظار المحكمة أثناء مناقشة الدعوى.

وللإشارة فصعوبة تنفيذ المقررات القضائية التي تواجه المحافظ على الأملاك العقارية قد تتعلق بالعقارات التي توجد في طور التحفيظ خاصة تلك المتعلقة بالتعرضات، كما قد تتعلق بالعقارات المحفوظة وهذه الأخيرة هي التي سأقتصر على دراستها في هذه المقالة. لقد تم تنظيم صعوبة التنفيذ في صلب قانون المسطرة المدنية وخاصة الفصول 26 و 149 و 436 منه، أما بالنسبة لظهير التحفيظ العقاري فإنه لم يتطرق لهذا الموضوع ويرجع فيه للقواعد العامة، التي تخول للمحافظ العقاري صلاحية قبول طلبات التقييد الواردة عليه متى كانت مستوفية لشروطها الشكلية والجوهرية أو رفضها في غير ذلك من الحالات مع تعليل قرار الرفض وبيان أسبابه.

إن موضوع إثارة الصعوبة بشأن تنفيذ المقررات القضائية من طرف المحافظ العقاري له أهمية كبيرة سواء من الناحية القانونية والمتمثلة في القصور التشريعي المنظم لها، أو من الناحية العملية المتمثلة في كيفية تعامل المحافظ على الأملاك العقارية مع المقررات القضائية التي تنطوي على صعوبات في التنفيذ وكيف يمكن للأطراف حماية حقوقهم خاصة في حالة رفض المحافظ العقاري تقييد طلباتهم الرامية إلى تقييد المقررات القضائية الصادرة لفائدتهم بدعوى وجود صعوبة في التقييد.

من هنا يمكن لنا أن نتساءل: إلى أي حد يمكن للمحافظ العقاري إثارة الصعوبة عند تنفيذه للمقررات القضائية المرتبطة بالتقييدات الواردة على الرسم العقاري، وما هي الإشكالات القانونية والعملية التي تنتج عن إثارة المحافظ العقاري للصعوبة في تقييد حق على الرسم العقاري؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات والإشكاليات تتمثل في :

- هل للمحافظ العقاري أن يثير الصعوبة تلقائيا أم لا بد للمتضرر من إثارتها أمام القضاء؟
- مدى صلاحية المحافظ العقاري في مراقبة الأحكام القضائية شكلا وجوهرا؟
- القرارات التي يتخذها المحافظ العقاري عند تنفيذه للمقرر قضائي؟
- الجهة القضائية المختصة بالبت في الصعوبة المثارة، هل القضاء الإستعجالي أم قضاء الموضوع، وهل المحاكم الابتدائية أم محاكم الإستئناف؟
- ما هي الجهة القضائية المختصة للبت في الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ العقاري طبقا للفصل 96 من ظات ع هل يكون الاختصاص للمحاكم العادية أم المحاكم الإدارية ؟

للإجابة على هذه الإشكاليات سوف أعمل على تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين حيث سأخصص المبحث الأول للمحافظ العقاري بين واجب البت في طلبات تقييد المقررات القضائية وإشكالية الصعوبة في تقييدها، بعد ذلك سأنتقل إلى معالجة الآثار القانونية المترتبة عن إثارة المحافظ العقاري لصعوبات التقييد في المبحث الثاني.

المبحث الأول: المحافظ العقاري بين واجب البت في طلبات تقييد المقررات القضائية وإشكالية الصعوبة في تقييدها
لا بد لنا قبل مناقشة مدى إمكانية إثارة الصعوبة من طرف المحافظ العقاري (المطلب الثاني) أن نتطرق أولا لدور المحافظ في مدى إمكانية بسط رقابته على المقررات القضائية بمناسبة البت في طلبات تقييدها (المطلب الأول).

المطلب الأول: مدى إمكانية مراقبة المقررات القضائية من طرف المحافظ العقاري

إن المحافظ العقاري يعتبر الجهة الساهرة على تقييد المقررات القضائية بالرسم العقاري، غير أن مسؤوليته في هذا الصدد تخضع لمقتضيات ظهير التحفيظ العقاري وخاصة الفصول 72 و 74 و 76 التي وردت بصيغة آمرة لمخاطبة المحافظ العقاري، وهي تفيد نية المشرع، التشدد في عملية التقييد من جهة، ولفت نظر المحافظ إلى خطورة هذه العملية من جهة ثانية¹³⁵⁴. إذ يكون عليه مراقبة الوثائق المدلى بها تأييدا لطلبات التقييد من حيث الشكل والجوهرا على حد سواء.

غير أن مهمة المحافظ العقاري في هذا الصدد ليست دائما باليسيرة، على أساس أن التعارض القائم أحيانا بين الأحكام القضائية والرسم العقاري، يجعل المحافظ يرفض تقييدها، الأمر الذي يقتضي البحث عن الإطار الذي يمارس فيه المحافظ اختصاصه، أثناء تنفيذه للأحكام القضائية، وبعبارة أدق هل تمتد رقابته إلى معرفة مدى صحة الأحكام شكلا وجوهرا¹³⁵⁵.

1354 . محمد خيرى ، العقار وقضايا التحفيظ العقاري، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، طبعة 2014 ، ص 434

1355 . سمرة محدوب: "الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري - على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 07-14 -"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة ، 2012-2013، ص 281.

من أجل ذلك سنعمل على تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين حيث سنحاول التطرق في الفقرة الأولى لصلاحيات المحافظ العقاري لمراقبة الأحكام القضائية من حيث الشكل، في حين سنخصص الفقرة الثانية لمعالجة النقطة المتعلقة بصلاحيات المحافظ لمراقبة الأحكام القضائية من حيث الجوهر.

الفقرة الأولى: صلاحية المحافظ لمراقبة الأحكام القضائية من حيث الشكل

إن الرقابة الشكلية التي يمارسها المحافظ العقاري على الأحكام القضائية، تقتصر على كون نسخة الحكم مشهود بمطابقتها للأصل من طرف كاتب الضبط وحاملة لتوقيعه وخاتم المحكمة، إضافة إلى ضرورة التأكد من كون الحكم قد اكتسب قوة الشيء المقضي به وأصبح قابلاً للتقييد¹³⁵⁶.

والأحكام التي اكتسبت قوة الشيء به هي الأحكام النهائية التي أصبحت لا تقبل أي طعن من طرق الطعن العادية وهي التعرض والاستئناف. ويستوي في ذلك أن يكون الحكم نهائياً لصدوره في مرحلة الاستئناف أو بفوات ميعاد الطعن فيه بهذا الطريق دون أن يطعن فيه في المرحلة الابتدائية¹³⁵⁷.

لقد نص الفصل 361¹³⁵⁸ من قانون المسطرة المدنية على أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في قضايا التحفيظ، وبالتالي فالمحافظ يكون ملزماً بالتأكد من كون الحكم المقدم إليه أصبح قابلاً للتنفيذ وذلك إما بفوات أجل الطعن أو عدم ممارسته بالمرّة، غير أنه في هذه الحالة لا بد من استصدار شهادة من كتابة ضبط المحكمة تفيد عدم الطعن في الحكم، لأنه يصعب على المحافظ معرفة ذلك، لأن سريان أجل الطعن في الحكم يبدأ من تاريخ تبليغ الحكم وليس من تاريخ صدوره، وإما بصدور القرار الاستئنافي وقرار محكمة النقض، في الحالة التي يختار فيها المدعي استنفاد جميع طرق الطعن¹³⁵⁹.

لهذا فإن المحافظ العقاري يعمد إلى مطالبة المعني بالأمر بأن يرفق طلب التقييد بنسخة من الحكم مصحوبة بشهادة عدم التعرض أو عدم الاستئناف تسلّم من طرف المحكمة للتأكد من عدم وجود طعن ومن كون الحكم أصبح نهائياً¹³⁶⁰.

1356 - هاجر الشايب ، صلاحيات المحافظ العقاري في مراقبة المحررات وتقييد الأحكام، بحث لنيل شهادة ماستر أحكام العقار بين الفقه المالكي والقانون المغربي، جامعة القرويين كلية الشريعة فاس ، السنة الجامعية 2014.2015 ، ص 38

1357 - والحكمة التي جعلت المشرع يحرص على أن يكون الحكم قد اكتسب قوة الشيء المقضي فيه هو أن باب الطعن بالطرق العادية في هذه الأحكام أصبح غير ممكن وهذا ينطوي على تأكيد للحق الثابت في هذا الحكم بدرجة يرجع معها احتمال تأييده فيما لو طعن فيه بطريق غير عادي فضلا عن أن الطعن بالطريق غير العادي لا يجوز إلا في أحوال خاصة ولأسباب معينة نص عليها القانون على عكس الطرق العادية للطعن التي يجوز اللجوء إليها كوسيلة للتظلم من الحكم دون التقييد بأسباب مخصوصة.

- محمد خيري ، مرجع سابق ص 458

1358 - ينص الفصل 361 من م م م على أنه " لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:

. في الأحوال الشخصية

. في النزور الفرعي

. في التحفيظ العقاري

يمكن علاوة على ذلك للمجلس الأعلى بطلب صريح من رافع الدعوى وبصفة استثنائية أن يأمر بإيقاف تنفيذ القرارات والأحكام الصادرة في القضايا الإدارية ومقررات السلطات الإدارية التي وقع ضدها طلب الإلغاء"

1359 - سمرة محدوب ، مرجع سابق ، ص 282

1360 - هاجر الشايب ، مرجع سابق ص 39.

وعند الحديث عن شهادة عدم الطعن فإن الأمر يطرح إشكالات بخصوص مدى كفاية الشهادة التي تسلمها المحكمة مصدرة الحكم، أم أن الأمر يلزم التأشير المزدوج وذلك بطلب شهادة أخرى من المحكمة المختصة بتلقي الطعن ؟

إن هذا الإشكال تمخض عنه في البداية صدور دورية المحافظ العام تحت عدد 267 صادرة بتاريخ 10 فبراير 1975، أكدت على ضرورة طلب شهادة من المحكمة مصدرة الحكم، وأخرى من طرف المحكمة المختصة بتلقي الطعن، غير أن هذا الأمر لا يخدم مسألة تسريع مسطرة التحفيظ، لذلك تم التراجع عن هذا الموقف في الدورية الصادرة عن المحافظ العام عدد 290 بتاريخ 29 مارس 1984¹³⁶¹، إذ اعتبرت شهادة المحكمة مصدرة الحكم كافية لوحدها.

ويطرح إشكال كذلك بخصوص مدى صلاحية المحافظ على الأملاك العقارية في مراقبة شواهد التبليغ للتحقق من الصفة النهائية للأحكام القضائية الصادرة ؟

لقد عرف هذا الإشكال أخذا وردا بخصوص الفقه بين من يقر بواجب المحافظين في مراقبة صحة التبليغات وصحة شواهد عدم الطعن، غير أن الأستاذ محمد خيرى انتقد ذلك معتبرا إياها تجاوزا لسلطاتهم على حساب سلطات كتابة ضبط المحكمة، التي تتحمل مسؤوليتها عن الشواهد الصادرة عنها، فالإدلاء بشهادة عدم الطعن لدى المحافظ، تعفي هذا الأخير من المطالبة بشواهد التبليغ لأنه يفترض أن رئيس كتابة الضبط لم يقدم على منح شهادة بعدم الطعن إلا بعد التأكد من صحة التبليغات وسلامة إجراءاتها ومن مرور أجل الطعن.

يبدو هذا الرأي منطقي وله ما يبرره إلا أن المحكمة الإدارية بمكناس¹³⁶² اعتبرت أن المحافظ مسؤول عن مراقبة شواهد التبليغ إذ جاء فيه: "...وبذلك وقعت المحافظة العقارية في خطأ تجلى في اعتباره للشهادة المدلى بها بعدم الطعن رغم أن أجل الطعن لم ينته بعد، ولم تقم المحافظة بالتحريات اللازمة في قراءة الشهادة المذكورة..." غير أن الممارسة الإدارية السائدة لدى مصالح المحافظة العقارية تذهب في اتجاه مراقبة شواهد التسليم وصحة التبليغ واستيفائه للشروط المطلوبة قانونا لاعتماده كأساس للتقييد في الرسم العقاري.

الفقرة الثانية: صلاحية المحافظ في مراقبة الأحكام القضائية من حيث الجوهر

إن هذا الإشكال يطرح بخصوص نطاق الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري، وبعبارة أخرى هل الأحكام القضائية الموجهة للمحافظ تدخل في نطاق هذه المادة حتى نقول بصلاحيته المحافظ في مراقبتها من حيث الجوهر ؟

بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري يتضح أن عباراته بخصوص الوثائق المقدمة إليه جاءت شاملة " وكذا من صحة الوثائق " ولم تستثن الأحكام القضائية، وبالتالي يمكن القول في بداية الأمر إن المراقبة الجوهرية التي يقوم بها المحافظ العقاري يمكن أن تطال حتى المقررات القضائية لأنه ليس هناك ما يمنع ذلك في ظهير التحفيظ العقاري.

1361 . جاء فيها " يشرفني أن أنهى إلى علمكم بأن تأشير كتابة ضبط المحكمة المصدرة للأحكام على شهادة عدم التعرض والاستئناف أصبح كاف ولا مجال لاستلزام التأشير المزدوج من كتابة ضبط كل من المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف أو النقض.... " سمرة محدوب مرجع سابق ص 283 .

1362 . حكم المحكمة الإدارية بمكناس ملف رقم 3/2002/70 غ رقم 3/2003/24 غ بتاريخ 2003/02/06 ، أوردته سمرة محدوب ، مرجع سابق ص 284

لكن بالرجوع إلى طبيعة المقررات القضائية والجهة الصادرة عنها يمكن القول خلاف ذلك، وهذا ما جعل مسألة مدى صلاحية المحافظ لمراقبة الأحكام من حيث الجوهر يعرف تضاربا واختلافا هاما، حيث ذهب الأستاذ حسن فتوخ¹³⁶³ إلى كون الأحكام الصادرة في نزاعات التحفيظ العقاري، تصبح بعد حيازتها لقوة الشيء المقضي به عنوانا للحقيقة وأنه ليس للمحافظ أن يتحقق من صحتها بل يكون ملزما بتنفيذ منطوق الحكم القضائي دون مناقشة مضمونه وحيثياته، استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية.

وفي مقابل ذلك هناك من يذهب إلى إعطاء الوثائق المنصوص عليها في الفصل 72 مدلولاً واسعاً وبالتالي من حق المحافظ التحقق من المقررات القضائية من حيث الجوهر¹³⁶⁴. غير أنني أعتقد أنه ليس من حق المحافظ العقاري مراقبة المقررات القضائية من حيث الجوهر احتراماً لمبدأ الفصل بين السلط¹³⁶⁵، وهو ما كرسه صراحة منشور المحافظ العام رقم 286 المؤرخ في 1983 /02/26 بكون أنه لا يسوغ للمحافظ بأي شكل من الأشكال التحقق من صحة الأحكام القضائية بالنسبة للجوهر، بل عليه أن يقتصر في تدقيقه على الصفة النهائية والتنفيذية للحكم¹³⁶⁶.

وفي نفس التوجه تم توجيه رسالة من الكاتب العام للحكومة إلى المحافظ العام بتاريخ 15 فبراير 1989 جاء فيها: " إنه بعد استشارة وزير العدل اعتبر أنه عملاً بمبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والإدارية ليس من صلاحية المحافظ على الأملاك العقارية بأي شكل من الأشكال التحقق من نظامية الأحكام القضائية من حيث الجوهر وعليه فقط التحقق من صفاتها التنفيذية والنهائية"¹³⁶⁷، وقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط¹³⁶⁸ والذي جاء فيه: "...أما من حيث الجوهر فيقتصر واجب المحافظ على التحقق من تمتع القرار القضائي المطلوب تسجيله بالقوة التنفيذية أو النهائية وبعبارة أخرى فإن دوره في هذا المجال مجرد دور سلبي أي أنه لا صلاحية له في تدقيق صحة أسباب الحكم ولا ما قد يشوبها من أسباب البطلان..."

المطلب الثاني: إمكانية إثارة الصعوبة من قبل المحافظ العقاري والجهة القضائية المختصة لبت فيها

سوف نحاول الوقوف في هذا المطلب عند إثارة الصعوبة من قبل المحافظ العقاري (الفقرة الأولى) ثم نتطرق بعد ذلك للجهة القضائية المختصة بالبت في هذه الصعوبة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إثارة الصعوبة من قبل المحافظ العقاري

يعتبر المحافظ على الأملاك العقارية من أنشط وأبرز الأشخاص بالنسبة لعملية تنفيذ الأحكام العقارية، بحيث يبرز دوره في إثارة الصعوبة في التنفيذ في بعض الأحيان أكثر من المحكوم عليه¹³⁶⁹. وقد تطرق المشرع المغربي لصعوبة تنفيذ الأحكام

1363 - إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية من طرف المحافظ العقاري، مجلة المحامي، العدد 48، ص 156.

1364 - رضوان درازي، المحافظ بين المسؤولية المدنية والإدارية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002/2001، ص 75.

1365 - ينص الفصل 107 من الدستور في فقرته الأولى على أنه " السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية".
1366 - وكذا الدورية الصادرة عنه بتاريخ 5 يونيو 1996 التي أكد فيها أن دور المحافظ يقتصر على تطبيق الحكم القضائي، وليس له أن يتدخل في مضمونه عن طريق مناقشته والتعليق عليه، ثم إنه يلتزم بتطبيق الأحكام القضائية كما هي وإن اختلفت الأطراف في رفع الدعوى إلى ديباجة الحكم القضائي.
1367 - سمرة محدوب، مرجع سابق، ص 285.

1368 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 456 ملف عدد 96/852 بتاريخ 12/02/1998 أشارت إليه سمرة محدوب مرجع سابق ص 285.
1369 - حسن زرداني، وجهة نظر حول مدى إثارة الصعوبة من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، مقال منشور بمجلة المحاكمة، العدد 2، ص 142.

القضائية في الفصول 26 و 436 و 149 من قانون المسطرة المدنية، حيث حدد الأشخاص الذين يحق لهم إثارة الصعوبة في تنفيذ الأحكام العقارية وهم المحكوم عليه والمحكوم له وكذا العون المكلف بتبليغ أو تنفيذ الحكم القضائي.

غير أن هذه المقتضيات التشريعية جاءت بمبادئ عامة لا ترقى إلى احتواء كافة الحالات المثارة بشأن الأحكام العقارية، إذ نتساءل هل من حق المحافظ العقاري إثارة الصعوبة للقضاء من أجل رفعها أم لا يحق له ذلك؟ وهذا ما فتح الباب على مصراعيه للتأويل واختلاف المواقف وتعدد الآراء الفقهية والقضائية.

فالأصل أن المحافظ على الأملاك العقارية يعتبر غيرا في التنفيذ بسبب وظيفته، غير أن القانون أزمه بالاشتراك في إجراءات التنفيذ دون أن يكون من أطراف الحق في التنفيذ، ودون أن تتعلق له مصلحة شخصية بموضوع الحق المراد اقتضاؤه، ولا يعود عليه نفع أو ضرر من جراء التنفيذ¹³⁷⁰.

وبذلك فقد تعددت الآراء الفقهية بخصوص مدى إمكانية إثارة المحافظ على الأملاك العقارية لصعوبة التنفيذ، حيث يذهب أحد الباحثين¹³⁷¹ إلى أن المحافظ على الأملاك العقارية يعد طرفا في الحكم وليس غيرا في التنفيذ كما هو الأمر في حالة الطعن في قراره أمام القضاء، فالحكم الصادر في هذه الدعوى يكون في مواجهة المحافظ على الأملاك العقارية، وبالتالي يكون من حقه أن يرفع دعوى صعوبة التنفيذ الوقتية في إطار الفصلين 149 و 436 من قانون المسطرة المدنية، وصعوبات التنفيذ الموضوعية في إطار الفصل 26 من نفس القانون.

وفي نفس السياق يعتبر باحث آخر¹³⁷² أنه يمكن للغير إثارة الصعوبة الوقتية استنادا لمقتضيات الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية، حيث إن مقتضيات هذا الفصل لا تتحدث عن جهة معينة يمكنها إثارة الصعوبة كما هو الشأن بالنسبة للفصل 436 من ق.م.م بل يهم كل شخص تضرر من الحكم المستشكل بشأنه سواء كان طرفا فيه أم غيرا. وبذلك يحق للمحافظ العقاري بالرغم من كونه غيرا أن يثير الصعوبة في التنفيذ.

وقد ذهب باحث آخر¹³⁷³ للقول إن كل من ليس طرفا في خصومة التنفيذ دون أن تكون له سلطة على المال المحجوز، فإنه لا تكون له الصفة فيما يتعلق بالتنفيذ الذي يتم بين أشخاص بعيدين عنه، فلا يمكن له أن يتمسك ببطان التنفيذ أو يدعي عدالته وبالتالي فلا صفة له في طلب وقف التنفيذ أو استمراره.

أما بخصوص العمل القضائي فإننا نجد من ذهب إلى تخويل المحافظ العقاري إمكانية إثارة الصعوبة، وكذلك هناك من ذهب إلى رفض تخويله هذه الإمكانية، كما يوجد اتجاه ثالث وهو الراجح الذي يميز بين تنفيذ المحافظ العقاري للحكم القضائي وتقييده له.

1370 حسن زرداني، صعوبة التنفيذ الوقتية في القانون المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2005-2006، ص 190.

1371 حسن زرداني " وجهة نظر حول مدى إثارة الصعوبة في التنفيذ من طرف المحافظ على الأملاك العقارية " مقال منشور بمجلة المحاكمة، العدد 2، ص 142.

1372 عبد الرحمان مزور، " مناط تطبيق الفصلين 436 و 149 من قانون المسطرة المدنية بشأن إثارة الصعوبة في تنفيذ الأحكام، مجلة القضاء والقانون العدد 153، سنة 2006، ص 41.

1373 أحمد هندي " الصفة في التنفيذ، دراسة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2000 ص 276.

1: الإتجاه المؤيد لإثارة الصعوبة من طرف المحافظ العقاري

يذهب هذا الاتجاه القضائي إلى إعطاء المحافظ على الأملاك العقارية إمكانية إثارة صعوبة التقييد أمام القضاء إذ جاء في حكم لابتدائية الدار البيضاء " حيث إن الطلب يرمي إلى التصريح بوجود صعوبة تعترض تنفيذ الحكم الابتدائي بالملف عدد 98/700 الصادر عن ابتدائية عين الشق الحسني بتاريخ 16/03/1998 في الملف عدد 95/2 وكذا القرار الاستئنائي المؤيد له تحت عدد 01/01/03 إلى حين تصفية مسطرة التحفيظ.... وحيث إن البادي من ظاهر وثائق الملف ومحتوياته أن ما أثاره السيد المحافظ على الأملاك العقارية لم يظهر إلا أثناء تنفيذ الحكم الابتدائي والقرار الاستئنائي المشار إليهما وحيث إن ما أثاره المحافظ من كون الحكم بصحة تعرض السيد (...) والحال أنه لم يكن متعرض إلى جانب باقي المتعرضين طبقاً لظهير 12 غشت 1913 يشكل فعلاً صعوبة من الناحية القانونية تتجلى في اختلاف الآراء القانونية لكلا الحالتين " ¹³⁷⁴.

كما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بمراكش أنه " ... حيث وإن كان المحافظ يملك الصفة لإثارة الصعوبة التي تعترض تنفيذ الأحكام الصادرة في القضايا العقارية المأمور بتنفيذها، فإن ما يثيره من صعوبة يجب أن تطبق عليه المواصفات القانونية للصعوبة وهي أنه يجب أن تكون وقتية تقتضي عنصر الإستعجال وتشتت عدم المساس بجوهر الحق " ¹³⁷⁵. إن هذا الحكم فضلاً عن كونه يناقض الفصل 436 من ق.م.م الذي حدد الأطراف الذين لهم الحق في إثارة صعوبة التنفيذ وليس من بينهم المحافظ العقاري، فإنه اشترط في الصعوبة أن تكون صعوبة مادية أو قانونية تواجه المحافظ العقاري وأن تكون وقتية تقتضي عنصر الاستعجال، وأن لا تمس بالجوهر.

2: الإتجاه الرافض

هناك اتجاه يرفض بالبت والمطلق تخويل الإمكانية للمحافظ على الأملاك العقارية بإثارة الصعوبة في التنفيذ على اعتبار أن هذا الأخير يعتبر غيراً في تنفيذ الأحكام العقارية بسبب وظيفته الإدارية بالرغم من مشاركته في إجراءات خصومة التنفيذ، فهو لا يعتبر طرفاً من أطراف الحق في التنفيذ حتى يمكنه طلب إيقاف التنفيذ لوجود صعوبة في تنفيذ الحكم لأن ذمته المالية لا تتضرر من جراء التنفيذ ¹³⁷⁶.

إذ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط في إحدى حيثياته على أنه " وحيث من جهة أخرى إذا كان المحافظ هو الذي يقوم بمهمة المنفذ للحكم القاضي بصحة التعرض كلياً أو جزئياً، وتحت مسؤوليته طبقاً للفصل 37 من ظهير التحفيظ العقاري، فإن إثارة الصعوبة في التنفيذ لا يثبت الحق فيها إلا لأطراف الحكم المراد تنفيذه وليس لعون التنفيذ أو للمحافظ الذي يقوم بدور المنفذ، حسبما استقر عليه رأي المجلس الأعلى في تطبيق الفصل 436 من قانون المسطرة المدنية، كما ورد في قراره الصادر بتاريخ 1991/3/6 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 45 ص 27.

وبناء عليه فما دام أي من أطراف الحكم المطلوب تنفيذه لم يثر أي صعوبة في التنفيذ، فإنه لا صفة للسيد المحافظ في إثارتها أساساً ولكونه قدمها أمام محكمة الاستئناف ولم يقدمها إلى المحكمة الابتدائية بالرماني المؤيد حكمها من طرف

1374 . أمر عدد 03/93 صادر عن المحكمة الابتدائية بعين الشق الحسني، بتاريخ 30 يناير 2003 في الملف عدد 04/493، أورده حسن زرداني وجهة نظر حول مدى إثارة الصعوبة في التنفيذ من طرف المحافظ على الأملاك العقارية ص 138.

1375 . حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، ملف مدني عدد 14/12 بتاريخ 1995/03/22،

1376 . حسن زرداني، وجهة نظر حول مدى إثارة الصعوبة في التنفيذ من طرف المحافظ على الأملاك العقارية مرجع سابق ص 38

محكمة الاستئناف والذي هو موضوع التنفيذ بصحة التعرض، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطلب¹³⁷⁷. كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء " وحيث إنه من جهة أخرى وإذا ما اعتبر المحافظ أنه لا يمكن له تقييد الحكيم المذكورين على الحالة الراهنة بالرسم العقاري المذكور، فإن القانون لا يسمح بتقديم مقال من أجل الصعوبة في التنفيذ بل يتعين عليه طبقاً لأحكام الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري أن يتحقق تحت مسؤوليته من صحة الوثائق المدلى بها لتأييد مطلب التقييد المضمن في السجل العقاري طبقاً للفصل 74 من نفس القانون، وأنه إذا ما رأى المحافظ بأن الوثائق المقدمة له لا تسمح له بالتقييد، فإنه يتعين عليه أن يصدر قراراً بالرفض ويكون معللاً بالفصل 96 من نفس القانون، وعليه أن يبلغ هذا القرار بدون تأخير لطالب الإجراء، كما يأمر بذلك الفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915، حتى يتسنى للمعني بالأمر أن يمارس ضد هذا القرار الطعن المخول له بموجب الفصل 96 من ظهير 12 غشت 1913.

ولقد جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - في إحدى حيثياته " وحيث يستخلص من ذلك وكما استقر عليه اجتهاد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى أن الطعن في قرار المحافظ القاضي بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به لا يكون وارداً إلا إذا لم تكن هناك صعوبات قانونية تحول دون هذا التنفيذ والحالة أنه في النازلة الحالية تمسك المحافظ بأن هناك صعوبة تعترض الاستجابة للقرار النهائي المراد تسجيل محتواه على الرسم العقاري المذكور والتي تتمثل في تسجيل حقوق عينية أخرى عليه لفائدة الغير مما يعني أنه كان على المستأنف عليه أن يرجع أمام المحكمة التي أصدرت القرار المذكور لرفع الصعوبات المشار إليها وأن المحكمة الإدارية قد أخطأت عندما قضت بإلغاء قرار المحافظ مما يجب معه إلغاء الحكم المستأنف¹³⁷⁸.

يتضح إذن من خلال هذه القرارات أن المحافظ العقاري لا يكون له في حالة وجود صعوبات تحول دون تنفيذ الحكم القضائي أن يثيرها بل يكون عليه رفض تقييدها بقرار معلل، وعلى الأطراف إثارة الصعوبة أمام الجهة القضائية المختصة للبت فيها وفقاً للقوانين المعمول بها.

3: الاتجاه المعتدل

يذهب هذا الاتجاه إلى التساؤل حول طبيعة عمل المحافظ على الأملاك العقارية بالنسبة لتنفيذ المقررات القضائية، وهو ما يستدعي التمييز بين حالتين: الأولى التي يكون فيها المحافظ بصدده تقييد المقرر القضائي والثانية التي يكون فيها المحافظ بصدده تنفيذ الحكم القضائي.

وفي هذا الصدد جاء في قرار المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - عدد 1027 المؤرخ في 2000/07/06 " وحيث إنه من الضروري وجوب التمييز بين التنفيذ والتقييد الذي يجري على الرسم العقاري، فالتقييد على الرسم العقاري يخضع للشروط والمقتضيات التي قررها ظهير 12 غشت 1913 الذي يلزم المحافظ بالتحقق تحت مسؤوليته الشخصية من صحة أو عدم صحة الوثائق المدلى بها شكلاً وجوهراً، ومن كون مضمونها لا يتعارض مع مضمون الرسم العقاري المعني ومن كونها

1377 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، مدني تحت رقم 41 المؤرخ في 2005/02/09، رقم الملف بمحكمة الاستئناف 6/04/648 منشور بمجلة محكمة العدد السادس أبريل - يونيو 2009 ص 191.

1378 - قرار عدد 401 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2002/04/04 ملف إداري عدد 1057 و 1103 أورده يوسف الغوناجي "صعوبة القيد بالسجلات العقارية بين مسببات الاستشكال وآفاق الحل،" إدكل للطباعة والنشر " بالرباط، الطبعة الأولى 2013، ص 34 - 35.

تجيز تقييد الحقوق التي تتضمنها. " 1379 فالمجلس الأعلى في هذا القرار ميز بين التقييد وجعله خاضعا لمقتضيات ظهير 1913/08/12، والتنفيذ الذي يبقى خاضعا للمقتضيات العامة وهي قانون المسطرة المدنية أي الفصول من 411 وما يليه¹³⁸⁰.

انطلاقا مما سبق فإن المحافظ العقاري يكون بصدد تقييد المقررات القضائية في الحالة التي لا يكون فيها طرفا في الدعوى ، بمعنى في الحالة التي يصدر فيها حكم بين أطراف النزاع المدعي والمدعى عليه من دون المحافظ العقاري ، وتتم إحالة هذا الحكم على المحافظ من أجل العمل على تقييده .

ففي هذه الحالة يعتبر المحافظ غيرا ولا يحق له إثارة الصعوبة بالاستناد على مقتضيات قانون المسطرة المدنية¹³⁸¹ بل يتعين عليه العمل بالصلاحيات المخولة له بمقتضى ظهير التحفيظ العقاري، خاصة المراقبة التي يجريها على الوثائق المقدمة إليه شكلا وجوهرا طبقا لمقتضيات الفصل 72 وكذلك تحققه من أن التقييد موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري¹³⁸² . وإذا رأى على أن المقرر القضائي لا يمكن تقييده فله رفض ذلك بقرار معلل مع تبليغه للمعني بالأمر وهو ما نص عليه الفصل 96 من ظ.ت.ع، الذي جاء فيه " يجب على المحافظ على الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها تقييد حق عيني أو التشطيب عليه أن يعلل قراره ويبلغه للمعني بالأمر....."

وهو ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء على أنه " وحيث إنه من جهة أخرى وإذا ما اعتبر المحافظ أنه لا يمكن له تقييد الحكمين المذكورين على الحالة الراهنة بالرسم العقاري المذكور فإن القانون لا يسمح له بتقديم مقال من أجل الصعوبة في التنفيذ بل يتعين عليه طبقا لأحكام الفصل 72 من ظهير 12 غشت 1913 أن يتحقق تحت مسؤوليته من صحة الوثائق المدلى بها لتأييد مطلب التقييد في الشكل والجوهر.... وأنه إذا ما رأى المحافظ بأن الوثائق المقدمة له لا تسمح له بالتقييد فإنه يتعين عليه أن يصدر قرارا بالرفض.... وحيث إن المحافظ لم يمارس سلطاته واختصاصاته المخولة له قانونا وبذلك فليس من حقه أن يتقدم بطلب إلى قاضي المستعجلات من أجل إيقاف التنفيذ لوجود الصعوبة...." ¹³⁸³

ونفس التوجه أكدته دورية المحافظ العام عدد 3380¹³⁸⁴ والتي جاء فيها " يشرفني أن ألفت انتباهكم إلى أن المحافظ على الأملاك العقارية بصفته الإدارية يعتبر غيرا في تنفيذ الأحكام العقارية بالرغم من مشاركته في إجراءات خصومة التنفيذ،

1379 . (قرار محكمة النقض رقم 1027 في الملف عدد 99/742 بتاريخ 06/07/2000 .
 1380 مصطفى حفصيد " سلطة المحافظ على الأملاك العقارية في إثارة صعوبة تنفيذ المقررات القضائية"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 1 ، سنة 2012. "إشكالية عدم تنفيذ الأحكام القضائية من طرف المحافظ العقاري"، مجلة المحامي، العدد 48، ص 136 .
 1381 . الفصل 436 من قانون المسطرة المدنية
 1382 . ينص الفصل 74 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه " يجب على المحافظ على الأملاك العقارية أن يتحقق من أن التقييد موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري ومقتضيات هذا القانون وأن الوثائق المدلى بها تجيز التقييد "
 1383 . قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 5274 في الملف عدد 96/420 بتاريخ 03/07/1996 أشارت إليه سمرة محذوب ، الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري – على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 07-14 – مرجع سابق ص 309 .
 ونفس التوجه أكدته الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية ببركان رقم 2001/1844 بتاريخ 28/01/2003 الذي جاء فيه " ... وأن الصعوبة في التنفيذ طبقا للفصل 436 من قانون المسطرة المدنية يثيرها أطراف النزاع وأن المراجعة والطعون تكون فيما بينهم وأن السيد المحافظ ليس طرفا في النزاع القائم حتى يثير صعوبة التنفيذ وأن المحافظ حين يجد صعوبة في الحكم... أن يرفض التنفيذ وحينذاك تنشأ الصعوبة ويستطيع المنتفع من قرار المحكمة إما أن يطعن في قرار الرفض طبقا للفصل 96 من ظهير التحفيظ وإما أن يثير صعوبة التنفيذ..."
 1384 . الدورية رقم 3380/ و م م ع م ع م خ / م صادرة بتاريخ 30/08/2005 من المحافظ العام للمملكة إلى السادة المحافظين ، منشور بمجلة الحقوق المغربية ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول مطبوعة الأمنية 2010 ، ص 290

فالمحافظ ليس له مصلحة شخصية في موضوع الحق المراد اقتضاؤه ولا يعود عليه نفع أو ضرر من جراء التنفيذ أمام القضاء، غير أنه يمكنه رفض الإجراء المطلوب بقرار معلل يمكن الأطراف اللجوء إلى القضاء لتدليل الصعوبة المثارة "

ويكون المحافظ بصدد تنفيذ المقررات القضائية عندما تصدر في مواجهته، وهي الحالة التي يتم الطعن في قراره حيث إنه يكون طرفاً في الدعوى، ومسألة إثارة الصعوبة في هذه الحالة لا تطرح إشكالا على أساس أنه سيكون مشمولاً بمقتضيات الفصل 436 من قانون المسطرة المدنية الذي أعطى الحق لأطراف الدعوى أن يثيروا الصعوبة في التنفيذ وبما أن المحافظ العقاري يعتبر في هذه الحالة مدعى عليه وقد صدر الحكم في مواجهته فإنه يكون له الحق في إثارة الصعوبة في التنفيذ وفق القواعد العامة أو تفادي تنفيذ المقرر عملاً بالصلاحيات المخولة له بمقتضى ظهير التحفيظ العقاري وهي الرفض مع التعليل. ومن ثم يتضح أنه إذا كان المحافظ العقاري بصدد تقييد مقرر قضائي فإنه لا يمكن له إثارة الصعوبة بل يكون له رفض التنفيذ بقرار معلل طبقاً للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري ومن ثم تنشأ الصعوبة ويحق للأطراف إثارتها، أما عندما يتعلق الأمر بتنفيذ مقرر قضائي وهي الحالة التي يكون فيها المحافظ طرفاً في الدعوى فإن له إمكانية إثارة الصعوبة أمام الجهة القضائية المختصة للعمل على رفعها.

عموماً يمكن القول على أن هذا التمييز قد لا نجده عملياً عند بث المحافظ العقاري في طلبات التقييد بالسجلات العقارية لأن دور المحافظ يتجلى في البث وفق المسطرة المقررة في قانون التحفيظ العقاري سواء كان طرفاً في المقرر القضائي المطلوب تقييده أم لم يكن طرفاً فيه، وبالتالي فقد يتجلى دور هذا التمييز السابق في المركز القانوني للمحافظ العقاري في علاقته بالحكم القضائي المراد تقييده، خاصة في استعمال طرق الطعن القانونية.

الفقرة الثانية: الجهة المختصة للبث في الصعوبة

كما هو معلوم فإن صعوبة تنفيذ المقررات القضائية نظمها المشرع في الفصول 26 و 149 و 436 من قانون المسطرة المدنية ، والاستشكال في التنفيذ قد يكون واقعياً أو قانونياً استناداً إلى الفصل 436 من ق م م ، وقد يكون وقتياً حسب الفصل 149 من ق م م ، وقد يكون متعلقاً بتأويل أو تنفيذ الأحكام والقرارات حسب الفصل 26 من ق م م ،

ينص الفصل 26 من ق م م على أنه " تختص كل محكمة مع مراعاة مقتضيات الفصل 149 بالنظر في الصعوبات المتعلقة بتأويل أو تنفيذ أحكامها أو قراراتها وخاصة في الصعوبات المتعلقة بالمصاريف المؤداة أمامها... " يتضح إذن من خلال هذا الفصل أن صعوبة التنفيذ الموضوعية لا تطرح إشكال على مستوى الاختصاص القضائي، حيث يرجع الاختصاص إلى نفس المحكمة مصدرة الحكم أو القرار، وهو ما أكدته المجلس الأعلى في أحد قراراته¹³⁸⁵ إذ جاء فيه " إن ادعاء الغموض وعلى فرض وجوده ليس من أسباب النقض الواردة على سبيل الحصر في الفصل 359 من ق م م وإنما يلجأ لنفس المحكمة التي أصدرته لتفسير الغموض طبقاً للفصل 26 من قانون المسطرة المدنية " ¹³⁸⁶ غير أن التساؤل الذي يطرح هو في الحالة

1385 . قرار المجلس الأعلى بتاريخ 23/9/1985 ، لم تتم الإشارة إلى بياناته ، نقلنا عن سمرة محدوب الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري - على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 07-14 - مرجع سابق ص 301

1386 . كما جاء في أمر صادر عن قاضي المستعجلات بالمحكمة الابتدائية بأريلا على أنه " أما السبب المرتكز على كون الحكم لم يتضمن... قد تبين بأن البث فيه يؤدي إلى تفسير الحكم وهو إجراء يرجع النظر فيه للمحكمة مصدرة الحكم عملاً بمقتضيات المادة 26 من قانون المسطرة المدنية ولذلك لا يمكن لقاضي الصعوبة اعتماده كسبب للقول بوجود صعوبة تستوجب إيقاف تنفيذ الحكم "

التي يتم فيها استئناف الحكم الابتدائي ويتم تأييده من قبل محكمة الاستئناف ، ويتم رفع الصعوبة وفقا للفصل 26 من ق م م ، هل سترفع إلى المحكمة الابتدائية على أساس أن القرار الاستئنافي أيد فقط الحكم الابتدائي أم سيتم رفعها أمام محكمة الاستئناف ؟

أعتقد أنه في هذه الحالة ينبغي رفع الصعوبة أمام محكمة الاستئناف المؤيدة للحكم الابتدائي لأنه وإن كانت فقط أيدت الحكم إلا أنها قد أصدرت قرارها بناء على تكوين قناعتها الخاصة فضلا عن أنها بتت في جوهر النزاع، وهو ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء¹³⁸⁷ إذ جاء فيه "...إنه ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى محكمة الاستئناف لطلب تأويل حكم أو تفسيره من طرف أي واحد من أطراف النزاع سواء مستأنفا أو مستأنفا عليه... فضلا على أن المشرع لم يحدد ميعادا للإدلاء خلاله بطلب التفسير أو التأويل ولأن الحكم بعد الاستئناف يعتبر صادرا عن محكمة الدرجة الثانية ولو صدر بالتأييد..."

غير أن مسألة الاختصاص قد تطرح بخصوص صعوبة التنفيذ الوقتية في إطار الفصل 436 في علاقته بالفصل 149 من ق م م . فالفصل 436 ينص على أن الجهة المختصة للبت في صعوبة التنفيذ هو الرئيس، إلا أن هناك خلاف حول المقصود بكلمة "الرئيس". هل رئيس المحكمة الابتدائية التي باشرت إجراءات التنفيذ، أم الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف عندما يعرض النزاع أمامها، وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 149 من ق م م ؟. فقد ثار الخلاف بخصوص هذه النقطة بين من يذهب إلى اختلاف الفصلين 436 و 149 من ق م م "كالأستاذ الغماد" و"الأستاذ إبراهيم بحماني" حيث ذهبا إلى التمييز بين الصعوبة المثارة قبل مرحلة البدء في التنفيذ وهي التي أشار إليها الفصل 149 من ق م م وتعرض أمام قاضي الأمور المستعجلة ويشترط فيها عنصر الاستعجال ، والصعوبة المثارة أثناء التنفيذ وهي المقصودة بالفصل 436 من ق م م ، حيث إن رئيس المحكمة الابتدائية لمكان التنفيذ هو المختص فيها ولو كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف ويستدل على هذا التمييز على أن الفصل 149 موجود في القسم الرابع من قانون المسطرة المدنية الخاص بمساطر الاستعجال، في حين أن الفصل 436 من ق م م ، ورد في الباب الثاني المتعلق بالتنفيذ الجبري للأحكام ، وأعطى الصلاحية حتى لعون التنفيذ لإحالة الصعوبة ومما لا شك فيه أن هذه الإحالة لا تكون إلا عند مباشرته للتنفيذ¹³⁸⁸ .

وهو ما أكده الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالحسيمة والذي جاء فيه " وحيث دفع المدعى عليه بعد اختصاصنا للبت في الطلب بعلّة أن النزاع معروض أمام محكمة الاستئناف .

وحيث إن مثل هذا الدفع كان سيؤتي أكله لو أننا نبت في إطار الفصل 149 من ق م م أما وأنا نبت في نطاق المادة 436 ق م م فإن الدفع يبقى غير ذي أساس قانوني ذلك لأن الصعوبة في التنفيذ قد أثيرت بعد البدء في التنفيذ وليس قبله

أمر صادر عن المحكمة الابتدائية بأزيلال في الملف عدد 2004/44 رقم 2004/52 بتاريخ 2004/10/07 أورده حسن زرداني ، في صعوبة التنفيذ الوقتية مرجع سابق ص 69

1387 . قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 3299 ملف عدد 97/7302 بتاريخ 1998/04/16 ، أورده سمرة محذوب اللزواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ العقاري - على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات القانون رقم 07-14 - مرجع سابق ص 302

1388 . سمرة محذوب، مرجع سابق ، ص 303

وهذا النوع من الصعوبة يبت فيها رئيس المحكمة بهذه الصفة فقط وليس بصفته قاضيا للمستعجلات كما هو الشأن في نطاق المادة 149 من ق م م....."

وفي مقابل ذلك يذهب الرأي الداعي إلى التكامل بين مقتضيات الفصلين 436 و 149 من ق م م¹³⁸⁹ إلى أن الصعوبات الوقتية المتعلقة بالتنفيذ يعود اختصاص تقدير جديتها إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات، بغض النظر عن الشروع في التنفيذ من عدمه، غير أنه إذا كان النزاع معروضا أمام محكمة الاستئناف انتقل الاختصاص إلى رئيسها الأول وسندهم في ذلك أن الفصل 149 من ق م م، صريح في أن الاختصاص بالبت في صعوبات التنفيذ يرجع إلى رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، كما أن الفصل 436 ليس فيه ما يفيد أنه يقتصر على الصعوبات المثارة بعد الشروع في التنفيذ، كما اعتبروا أن الإطار العام لدعوى الصعوبة في التنفيذ هو الفصل 149 الذي يضيف عليها الصبغة الإستعجالية طبيعة واختصاصا، وهو ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته¹³⁹⁰ إذ جاء فيه أنه " حيث بالفعل لقد صح ما عابه الطالبون على القرار المطعون فيه ذلك أن الاختصاص بشأن الصعوبات في التنفيذ يرجع إلى رئيس المحكمة الابتدائية بصفته صاحب الولاية في هذا الشأن سواء بمقتضى الفصل 149 أو 436 إلا إذا كان النزاع معروضا أمام محكمة الاستئناف...."

وأعتقد أن الاتجاه الأول هو الأقرب إلى الصواب الذي يميز بين الفصل 149 و الفصل 436 من ق.م.م، ذلك أن رئيس المحكمة الابتدائية يكون مختصا في حالتين :

الأولى ، في حالة الصعوبة المثارة في إطار الفصل 149 من ق م م إذا لم يكن النزاع قد عرض على محكمة الاستئناف، ويستند هذا الرأي إلى أن الفقرة الأولى من المادة 149 جاء فيها عبارة " يختص رئيس المحكمة الابتدائية ..."

والحالة الثانية ، في حالة البث في الصعوبة في التنفيذ المثارة في إطار الفصل 436 من ق م م، ولو كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف، وذلك باعتبار الفصل 436 إنما يتعلق بالمحكمة التي يباشر فيها التنفيذ وهي المحكمة الابتدائية¹³⁹¹.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن إثارة المحافظ العقاري للصعوبة

إن عدم تقييد المقررات القضائية في الرسم العقاري يخلق آثار وخيمة على العديد من المستويات سواء الاجتماعي أو الاقتصادي أو القانوني، لذلك نجد المشرع أوجد آلية من أجل ضمان حقوق الأطراف المتضررة من جراء عدم تنفيذ حكم قضائي متمثل في التقييد الاحتياطي إذ من خلاله وخوفا من فقدان الرتبة في التسجيل وحماية لتقييد الحق بشكل نهائي يتم تقييده مؤقتا إلى حين رفع الصعوبة المثارة.

ويكون من حق الطرف المتضرر من عدم تقييد المقرر القضائي من الطعن في قرار المحافظ العقاري (المطلب الأول)، الشيء الذي من خلاله يمكن أن يرتب مسؤولية المحافظ (المطلب الثاني).

1389 حسن زرداني: "صعوبة التنفيذ الوقتية في القانون المغربي والمقارن"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة الحسن الثاني، شعبة القانون الخاص وحدة البحث والتكوين في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2005-2006، ص 271.

1390 - قرار المجلس الأعلى عدد 18 في الملف المدني رقم 2003/7/1260 بتاريخ 2005/01/5 أشار إليه حسن زرداني، مرجع سابق ص 270
1391 إبراهيم بحماني: "تنفيذ الأحكام العقارية"، طبع ونشر وتوزيع مكتبة دار السلام الرباط، الطبعة الثالثة 2012. ص 216

المطلب الأول: الطعن في قرار المحافظ العقاري الراض لتفويض مقرر قضائي

إن الطعن القضائي في قرار المحافظ العقاري الراض لتفويض مقرر قضائي له أهمية بالغة نظرا لتشتت نصوصه القانونية المنظمة، وعموم بعض مقتضياته، وكذلك من خلال الخصوصيات التي تتميز بها قرارات المحافظ العقاري، فعلى الرغم من كونها تعتبر قرارات إدارية إذ المبدأ هو رقابة القضاء الإداري، إلا أن المشرع أخضع البعض منها للطعن أمام القضاء العادي (الفقرة الثانية).

وفي مقابل الطعن المخول للمتضرر أمام القضاء هناك نوع آخر من الرقابة، وهي الرقابة الإشرافية أو التسلسلية التي يخضع لها المحافظ على الأملاك العقارية من قبل المحافظ العام، والتي تتم إما عن طريق التظلمات الإدارية، أو عن طريق سلطة الإشراف والمتابعة المنوطة بقسم المنازعات العقارية كرقابة من نوع خاص (الفقرة الأولى)

من تم نتساءل عن ما هي مكونات ومضامين هذه الرقابة؟.

إلى أي حد تشكل الرقابة المباشرة للمحافظ العام على المحافظ العقاري ضمانا أساسية تساهم بشكل جلي في تجاوز العديد من الصعوبات ومن بينها صعوبات تقييد المقررات القضائية؟.

الفقرة الأولى: التظلم الرئاسي

إن المحافظ العام يعتبر الرئيس التسلسلي للمحافظين أحدث منصبه بمقتضى ظهير 24 يونيو 1942 المعوض بظهير 29 دجنبر 1953 ، وهو بالإضافة إلى مراقبته للمحافظين وتزويدهم بالأوامر والمنشورات، والإشراف على سير النظام العقاري، يتولى توحيد النهج الإداري في ميدان التحفيظ العقاري، ولهذا الغرض ولكي يتسنى له اتخاذ القرارات اللازمة، يحق له إما بناء على طلب أصحاب المصلحة أو تلقائيا أن يطلب فحص ومراقبة أية عملية من عمليات التحفيظ، وقد جعل المشرع لمن يعتبر نفسه متضررا من بعض قرارات المحافظ حق طلب مراجعة هذه القرارات أمام المحافظ العام ويعتبر هذا الطريق بمثابة تظلم رئاسي¹³⁹²

إذن فالمحافظ العام يؤدي دورا هاما على عمل المحافظين الإقليميين خدمة لحسن سير إدارات المحافظة العقارية من خلال الرقابة الملقاة على عملهم، وحرصه على توحيد الرأي الإداري، فهو يعتبر جهة يمكن لمن تضرر من قرار المحافظ الإقليمي من إثارة الصعوبة تبعا لعدم تنفيذه المقرر القضائي أن يطعن فيه أمامه، وقد جاء في دورية للمحافظ العام عدد 145 التي بينت الغاية التشريعية من إنشاء هذا الاختصاص كان هو " وضع سلطة ذات طابع تقني جديد يلعب دور الوساطة بين المحافظين والقضاء، وليس الهدف من ذلك إضعاف سلطات كلا الطرفين، بقدر ما كان الغرض هو تقريب النظام المغربي من النموذج الذي اعتمده في إرساء قانون التحفيظ عقد طور انس " ¹³⁹³

غير أنه في هذا الإطار نتساءل عن حدود سلطة المحافظ العام أثناء رقابته لقرارات المحافظ الإقليمي من جهة وبالنظر إلى استقلالية المحافظ في اتخاذ قراراته المنسوبة على الملكية العقارية من جهة أخرى. مما لا شك فيه أن المحافظ يخضع

1392 . بخيت اسماعيل، الطعن في قرارات المحافظ على الأملاك العقارية، بحث نهاية التمرين، وزارة العدل والحريات المعهد العالي للقضاء،

الفوج 37 السنة الدراسية 2011-2013 ص 55

1393 . دورية عدد 145 صادرة عن المحافظ العام بتاريخ 10 / 08 / 1942، متعلقة بدور واختصاصات المحافظ العام على الملكية العقارية (باللغة الفرنسية) ، أوردها يوسف العوناجي ، صعوبة القيد بالسجلات العقارية بين مسببات الاستشكال وآفاق الحلول ، مرجع سابق ص 124.

لسلطة المحافظ العام ما دام هذا الأخير هو الذي اقترح تعيينه وهو الذي يتولى تنقيطه وترقيته من رتبة أو درجة إلى رتبة أو درجة أعلى، كما أنه ينضبط لجميع التعليمات الإدارية التي توجه إليه وتخضع أعماله كذلك لرقابة المحافظ العام. فكيف يمكن للمحافظ العام أن يمارس مهمته الرقابية والرئاسية على المحافظ دون المساس باستقلالية هذا الأخير في اتخاذ قراراته المتعلقة بالملكية العقارية؟¹³⁹⁴ إنها بالفعل مهمة صعبة جعلت السؤال يثار حول حدود تدخل المحافظ العام في تعديل أو إلغاء قرارات المحافظين، فهل تقتصر سلطته في أمر المحافظ وتوجيهه إلى القرار الصحيح أم أن سلطته تتسع وتمتد إلى الحلول محل المحافظ لاتخاذ القرار الصائب؟¹³⁹⁵

لقد اختلفت الآراء بخصوص هذه النقطة، بحيث ذهب البعض إلى القول بأن سلطة المحافظ العام تقتصر على حمل المحافظ للتراجع عن قراراته بالرفض، دون أن تتعدى سلطته إلى إمكانية الحلول محله في اتخاذ القرار المناسب.

في حين ذهب رأي آخر إلى أن المحافظ العام لا يمكنه أن يمارس أية سلطة رئاسية على المحافظ العقاري فيما يخص القرارات التي يمكن لهذا الأخير أن يتخذها، وكل ما يملكه من الناحية القانونية الصرفة هو حق التصدي، أي أن يحل محل المحافظ في اتخاذ قرار التحفيظ أو التقييد أو التشطيب وتحت مسؤوليته الشخصية¹³⁹⁶.

وأعتقد أن الاتجاه الثاني هو الأقرب إلى الصواب على اعتبار أنه يتلاءم واستقلالية المحافظ في اتخاذ القرارات المنصبة على الملكية العقارية، كما يتوافق مع المسؤولية التي يتحملها عن هذه القرارات. كما أن هناك تساؤل يطرح بخصوص الطعن في قرارات المحافظ العقاري يتمثل في كون المتضرر هل يحق له الطعن فيها أمام القضاء وفي نفس الوقت، رفع التظلم أمام المحافظ العام، بمعنى هل يمكن للمتضرر سلوك المسطرتين في آن واحد؟

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي وضع الفرضية التالية، في حالة ما إذا تم سلوك المسطرتين في آن واحد، فكيف سيكون موقف المحافظ العقاري في حالة توصله بأمر من المحافظ العام يقضي بتأييد قراره ويعزز من موقفه، ثم يتوصل بحكم قضائي يقضي بإلغاء القرار المطعون فيه؟

أرى على أن الحل هو عدم سلوك المسطرتين في آن واحد، لأن المحافظ سيجد نفسه في موقف محرج أمام المحافظ العام الذي يعتبر بمثابة رئيس إداري للمحافظين وعليه الالتزام بتعليماته، وسيقع نفس الحرج حينما يجد المحافظ نفسه أمام حكم نهائي يتعين تنفيذه، بالرغم من أن لا شيء يمنع من سلوك المسطرتين في آن واحد. غير أن الأمر ليس بالتعقيد المتصور على اعتبار أن الكل في نهاية المطاف يركن للحكم القضائي بالنظر للجهة التي صدر عنها وللقوة التي يتمتع بها¹³⁹⁷.

1394. أحمد أجيون- المحافظ العقاري : اختصاصاته، مسؤولياته، ووضعياته الإدارية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 54 - 55، يناير- أبريل 2004، ص 186-187.

1395. فاطمة الداودي، تداخل الاختصاص بين قاضي التحفيظ والمحافظ العقاري بشأن مسطرة التحفيظ ن رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، قامون العقود والعقار، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. وجدة. السنة الجامعية 2005 - 2006 ص 89

1396. محمد شتان، خصوصية الرقابة القضائية على مشروعية أعمال المحافظ، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية، عدد 21، ص 186
1397. وهو الأمر الذي أكده لي السيد السكيتوي محمد، بقسم المراسلات والمنازعات بالمحافظة العقارية بفاس، في زيارة ميدانية قمت بها بتاريخ 2017/05/31

الفقرة الثانية: إشكالية الطعن في قرارات المحافظ في مجال إثارة الصعوبة بين القضاء العادي والإداري.

إذا كان المشرع المغربي قد أعطى للمحافظ سلطة تقديرية واسعة في مراقبة ودراسة كل ما له ارتباط بتقييد الحقوق بالرسوم العقارية، ففي المقابل أعطى الحق لمن يهمهم أمر التقييد أن يطعنوا في قراره عند الرفض¹³⁹⁸

ينص الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون 14-07 على أنه " يجب على المحافظ على الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها تقييد حق عيني أو التشطيب عليه أن يعلل قراره ويبلغه للمعني بالأمر يكون هذا القرار قابلاً للطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبث فيه مع الحق في الاستئناف وتكون القرارات الاستئنافية قابلة للطعن بالنقض "

إن أول ما يمكن ملاحظته بخصوص هذا الفصل أن المشرع أدرج عبارة جميع الحالات، ما يمكن القول لأول مرة أن الطعن في قرار المحافظ العقاري يكون في جميع الحالات أمام المحكمة الابتدائية. وينبغي الإشارة إلى أن قرارات المحافظ بحكم طبيعتها الإدارية تخضع للمحاكم الإدارية كأصل عام لكن ما استثنى بنص خاص يخضع للمحكمة العادية وهذا التمييز هو المستقر عليه فقا وقضاء.

ولالإشارة فالمشرع لم يقيم بتحديد اختصاص القضاء الإداري للبث في القرارات الصادرة عن المحافظ العقاري بشكل صريح ولعل السبب يرجع لصعوبة حصر هذه القرارات من جهة ولكون الاختصاص يعود في الأصل إلى المحاكم الإدارية اعتباراً لكون قراراته صادرة عن جهة إدارية ولانعدام الدعوى الموازية . ولذلك نقول أن المشرع المغربي عندما قرر اختصاص المحاكم العادية للبث في بعض القرارات بصريح النص القانوني يكون ضمناً قد صرح باختصاص القضاء الإداري بالنسبة لباقي القرارات¹³⁹⁹

كما أنه بخلاف ما يبدو من خلال الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري أنه بخصوص رفض تنفيذ حكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به، فإن الاختصاص يكون للقضاء الإداري وليس العادي، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 909 صادر بتاريخ 17-07-2014¹⁴⁰⁰ الذي ميز بين رفض تقييد حق عيني ورفض تنفيذ حكم قضائي والذي ورد فيه " لكن حيث إنه وكما انتهت إليه المحكمة الإدارية عن صواب، فإنه إذا كان المشرع أعطى للمحاكم الابتدائية الاختصاص النوعي للبث في الطعون المقدمة ضد قرارات المحافظ على الأملاك العقارية برفض تقييد حق عيني تطبيقاً لمقتضيات الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري، فإن الأمر قاصر عن الحقوق العينية دون الأحكام القضائية النهائية، وأن موضوع الطلب يرمي إلى إلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية بتارودانت برفض تقييد حكم قضائي نهائي في الرسم العقاري عدد 3943/39، وليس بتقييد حق عيني، مما يرجع أمر البث فيه للقضاء الإداري وأن المحكمة الإدارية حينما بنت قرارها على التعليل المذكور جعلته مبنياً على أساس سليم من القانون وما أثير غير مرتكز على أساس "

1398 . محمد معترف . الطعن في قرارات المحافظ على الأملاك العقارية أمام القضاء العادي والقضاء الإداري، مقال منشور في سلسلة

منشورات مختبر البحث حول الدراسات العقارية والتعمير، كلية الحقوق سطات، الطبعة الأولى 2016 ، ص 68

1399 . محمد معترف ، مرجع سابق ص 78

1400 . قرار لمحكمة النقض عدد 909 صادر بتاريخ 17.07.2014 في الملف الإداري رقم 1891.14.2014، غير منشور.

كما قضت محكمة النقض في قرار آخر صادر بتاريخ 11-09-2014 عدد 932¹⁴⁰¹ بما يلي " حيث إن فحوى الطلب في نازلة الحال يهدف إلى إلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية القاضي برفض تنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، وبذلك فإن الأمر يتعلق بقرار إداري صادر عن المحافظ باعتباره سلطة إدارية مكلفة بتنفيذ الأحكام القضائية النهائية الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري تختص بالنظر في النزاع بشأنه نوعياً للمحاكم الإدارية طبقاً للفصل 8 من القانون رقم 90-41 المحدثة بموجبه محاكم إدارية، والمحكمة الإدارية لما قضت بعدم اختصاصها نوعياً للبث في الطلب تكون قد جانبت الصواب، ويكون حكمها بالتالي واجب الإلغاء "

وبذلك يتضح المبدأ العام الذي استقرت عليه محكمة النقض والمتمثل في كون قرار المحافظ القاضي برفض تنفيذ حكم قضائي هو قرار إداري يطعن فيه أمام المحاكم الإدارية.

وهذا تكريسا للأصل وهو أن جميع القرارات التي تصدر عن المحافظ العقاري هي قرارات إدارية تقبل الطعن أمام القضاء الإداري، إلا ما استثنى صراحة وأسند إلى جهة أخرى والاستثناء كما هو متعارف عليه لا يتوسع في تفسيره، وبذلك فالقرار الذي يتخذه المحافظ العقاري والقاضي برفض تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء، هو قرار إداري يختص القضاء الإداري بالبت فيه¹⁴⁰² لكن في الحالة التي يرفض المحافظ تنفيذ حكم قضائي استناداً على وجود صعوبة قانونية أو واقعية حالت دون قيامه بالإجراء المطلوب، حيث يجد المحكوم لهم أنفسهم أمام قرار إداري ما يجعلنا نتساءل هل يقبل قرار المحافظ هذا، الطعن بالإلغاء للتجاوز في استعمال السلطة ؟

في هذه الحالة ينبغي استحضار نظرية الموازنة¹⁴⁰³ حيث جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية " لا يقبل طلب الإلغاء الموجه ضد المقررات الإدارية إذا كان في استطاعة من يعينهم الأمر المطالبة بحقوقهم لدى

1401 - قرار محكمة النقض صادر بتاريخ 11-09-2014 عدد 932 في الملف الإداري رقم 2014.14.2032، غير منشور

1402 - سهام الدريوش ، قرارات المحافظ العقاري ومدى قابليتها للطعن، بحث نهاية التمرين ، وزارة العدل والحريات المعهد العالي للقضاء، الفوج 36 السنة الدراسية 2009 - 2011 ص 38

1403 - وهي عبارة عن دعوى قضائية أخرى تمارس لدى جهة أخرى غير الجهة الألوقة لممارسة دعوى الإلغاء.

ويعتبر شرط الدعوى الموازية في الأصل نظرية قضائية بحته من صنع مجلس الدولة الفرنسي وتجد أساسها في اعتبارات قانونية وقضائية وعملية وسياسية.

فالاتحاد القانوني يتمثل في أن دعوى الإلغاء كانت توصف بكونها دعوى احتياطية لا تقبل من رافعها إلا إذا لم يكن أمامه وسيلة قضائية أخرى لتوقي آثار القرار المعيب، خاصة وأن اختصاصات مجلس الدولة الفرنسي القضائية هي مجرد امتداد لامتيازات الملك القديمة. أما الاعتبارات القضائية فمرجعها أن مجلس الدولة ولو كان يحتكر قضاء الإلغاء فلم يكن وحده الذي يقدر مشروعية القرارات الإدارية، أي أن الجهات القضائية الأخرى كان لها الحق في كثير من الأحيان بأن تتصدى لبحث مشروعية القرارات الإدارية التي يثيرها النزاع المعروض أمامها وأن تجنب الأفراد آثارها الضارة إذا ما رأت أنها معيبة.

ويتجلى الاعتبار العملي في الرغبة من التخفيف على عاتق المجلس لاسيما بعد صدور مرسوم 2 نونبر 1964 الذي تقرر بموجبه الإعفاء من الرسوم القضائية وتوكيل محام مجاناً في إطار دعوى الإلغاء ، فقد تراخمت القضايا المتعلقة بإلغاء قرارات الإدارة غير المشروعة مما حدا بالمجلس إلى أن يستبعد الطلبات التي يمكن تحقيق الغاية منها بواسطة طريق قضائي آخر. =

= كما أن الدافع السياسي بدوره كان وراء ظهور هذه النظرية بنسبة أكبر من الدافع العملي أو القضائي على أساس أن السلطة الإدارية الفرنسية آنذاك كانت تدافع أكثر ما يمكن عن حصانة قراراتها وإن كانت غير مشروعة.

ومند أن أخذ مجلس الدولة بفكرة الدعوى الموازية قيد الدفع المثار بشأنها بقيود عامة يمكن إجمالها فيما يلي:

- يجب أن يكون الطعن الموازي دعوى قضائية حقيقية لا مجرد دفع أو تظلم استعطافي أو رئاسي

المحاكم العادية " وكذلك المادة 23 من قانون 90-41 في فقرتها الأخيرة على أنه " لا يقبل الطلب الهادف إلى إلغاء قرارات إدارية إذا كان في وسع المعنيين بالأمر أن يطالبوا بما يدعونه من حقوق بطريق الطعن العادي أمام القضاء الشامل " يتضح إذن من خلال الفقرتين المذكورتين أنه لا تقبل دعوى الإلغاء سواء أمام المحاكم الإدارية أو أمام محكمة النقض، ولو استوفت باقي شروطها الشكلية إذا كان للمخاطب بالقرار المطعون فيه وسيلة قضائية أخرى تمكنه من شل آثار هذا القرار وإبطاله والحصول بالتالي على نفس النتائج العملية التي توخاها من دعوى الإلغاء.¹⁴⁰⁴

إن قبول القضاء الإداري الطعن بالإلغاء ضد قرارات المحافظ العقاري برفض تنفيذ حكم قضائي نهائي من شأنه تكريس نزاع أبدي بين المحكوم له والمحكوم عليه من جهة وبين المحكوم له والمحافظ من جهة ثانية، فإذا كان هذا الأخير قد امتنع عن تنفيذ حكم صريح وجه له أوامر محددة، فكيف عساه أن ينفذ حكما آخر صادر عن قضاء آخر بإلغاء قراره برفض تنفيذ الحكم الأول؟ فماذا إن لم ينفذ الحكم الثاني؟ هل سيتم اللجوء من جديد إلى القضاء الإداري للبث في الطعن ضد القرار اللاحق برفض التنفيذ أيضا؟، مما سيؤدي في النهاية للدخول في حلقة مفرغة وإطالة أمد المنازعات وإفراغ الأحكام القضائية من حجيتها وقديستها.

خاصة وأن دعوى الإلغاء هي دعوى تهدف إلى إلغاء قرار إداري، وبالتالي فإن دور قاضي الإلغاء يقتصر على مجرد إلغاء مقرر المحافظ متى ثبت لديه عدم مشروعيته دون أن يملك الحق في أن يوجه لهذا الأخير أية تعليمات أو أوامر عما ينبغي فعله¹⁴⁰⁵. لذلك على القضاء الإداري التصدي لرفع المحكوم له نزاع جديد أمامه مرة أخرى من أجل تنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، وذلك بعدم قبوله من الناحية الشكلية لوجود دعوى موازية ستحقق للمحكوم له نفس نتائج دعوى الإلغاء إن لم تكن أفضل.

فالمحافظ العقاري عند رفضه تنفيذ حكم قضائي صادر عن القضاء الإداري يستند دوما على وجود مبررات وأسباب يتعذر عليه في ظل وجودها تنفيذ منطوق الحكم المذكور، لذا فإنه من الأفيذ بالنسبة للمحكوم له، بدلا من اختيار طريق الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية، اللجوء إلى رئيس المحكمة مصدره الحكم المطلوب تنفيذه قصد عرض النزاع عليه لإيجاد حل قانوني له إما بإلزام المحافظ بالتنفيذ، وإما بإيقاف التنفيذ إلى حين البث في الأمر إذا ظهر بأن الصعوبة جدية، وذلك عملا بأحكام الفصل 436 من قانون المسطرة المدنية في فقرته الأولى¹⁴⁰⁶.

- يجب أن يكون من شأن الطعن الموازي أن يشل آثار القرار المعيب بالنسبة لرافع الدعوى ويحقق له عملا ما تحققه دعوى الإلغاء من نتائج وآثار قانونية

1404 حلمي نعطاطة، قرارات المحافظ العقاري برفض تنفيذ حكم قضائي نهائي بين الطعن فيها بالإلغاء للتجاوز في استعمال السلطة وطريق الطعن الموازي، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 93 يوليوز - غشت 2010 ص 81
1405 محمد رضوان - تنفيذ المقررات القضائية الصادرة في مادة التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الدار البيضاء - السنة الجامعية 2009 - 2010
1406 تنص الفقرة الأولى من الفصل 436 من قانون المسطرة المدنية على أنه " إذا أثار الأطراف صعوبة واقعية أو قانونية لإيقاف تنفيذ الحكم أو تأجيله أحييت الصعوبة على الرئيس من لدن المنفذ له أو المحكوم عليه أو العون المكلف بتبليغ أو تنفيذ الحكم القضائي ويقدر الرئيس ما إذا كانت الإبداعات المتعلقة بالصعوبة مجرد وسيلة للمماطلة والتسويف ترمي إلى المساس بالشيء المقضي به حيث يأمر في هذه الحالة بصرف النظر عن ذلك، وإذا ظهر أن الصعوبة جدية أمكن له أن يأمر بإيقاف التنفيذ إلى أن يبيث في الأمر "

وتكريسا لنفس التوجه سبق وأن صدر عن المجلس الأعلى سابقا - محكمة النقض حاليا - قرارا حاول فيه الإجابة على السؤال المطروح على هامش النزاع وهو هل يعتبر المحافظ رغم تمسكه بوجود صعوبات قانونية ومادية تحول دون تنفيذ حكم قضائي، ممتنعا عن تنفيذه، مع ما يترتب عن ذلك من القول بوجود قرار إداري قابل للإلغاء؟ وفي هذا الإطار ميز القرار المذكور بين التنفيذ والتقييد الذي يجري على الرسم العقاري، معتبرا بأن التقييد على الرسم العقاري يخضع للشروط والمقتضيات التي قررها ظهير 12 غشت 1913، والذي يلزم المحافظ بالتحقق تحت مسؤوليته الشخصية من صحة الوثائق المدلى بها شكلا وجوهرا، ومن كون مضمونها لا يتعارض مع مضمون الرسم العقاري المعني، ومن كونها تجيز تقييد الحقوق التي تتضمنها، وخلص القرار إلى أنه كان من المفروض أمام الصعوبات التي أثارها المحافظ وتمسك بها تجاه طلب المعني بالأمر أن يلجأ هذا الأخير إلى القاضي الذي أصدر الحكم المذكور لرفع الصعوبات والعراقيل المشار إليها، مادام أن دور قاضي الإلغاء يقتصر على مراقبة مشروعية القرار المطعون فيه، وأنه لا يمكنه تعويض القرار الملغى بقرار آخر بديلا عنه ليستنتج من ذلك وجود دعوى موازية أمام القضاء العادي للبث في النزاع المذكور، مرتبا على ذلك كون المحكمة الإدارية قد أخطأت حينما صرحت ضمنا باختصاصها نوعيا بالبث في الطلب رغم وجود تلك الدعوى الموازية، ليقضي بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصديح بعدم اختصاص المحكمة الإدارية نوعيا¹⁴⁰⁷.

وبالتالي يمكن أن نخلص إلى أن قرار المحافظ العقاري سواء برفض تنفيذ حكم قضائي وهي الحالة التي يكون فيها طرفا في النزاع أو برفض تقييد مقرر قضائي وهي الحالة التي يتم الطعن في قراره ويصدر في مواجهته بمعنى عندما يكون طرفا من أطراف الدعوى، يبقى متصلا بعملية التنفيذ التي تباشرها المحكمة مصدرة الحكم لا منفصل عنها حتى يكون بإمكان قضاء الإلغاء بالمحكمة الإدارية البث في مشروعية القرار المذكور، مما ينبغي معه على هذه المحكمة إعمال مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 23 من القانون رقم 41-90 والتصريح بعدم قبول الطعن شكلا دون أن تنفذ إلى جوهر الدعوى وموضوعها لتبدي رأيها فيه، سواء تعلق قرار المحافظ برفض التنفيذ بوجود صعوبة واقعية أو قانونية تعيق التنفيذ، أو بأي سبب آخر.

فإن تحويل مسار القضية وهي في طورها النهائي، أي في طور التنفيذ إلى قضاء آخر والحال أن قانون المسطرة المدنية عالج إشكاليات تنفيذ الأحكام وتطرق إلى عدة حلول لها في إطار التنفيذ الجبري لن يسعف المحكوم له ولن يخوله الحصول على نفس النتائج العملية التي تضمنها فصول الباب الثالث من القسم التاسع من قانون المسطرة المدنية المتعلق بالقواعد العامة بشأن التنفيذ الجبري للأحكام.

المطلب الثاني: إثارة مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية

سنحاول في هذا المطلب التطرق لطبيعة مسؤولية المحافظ العقاري الممتنع عن تنفيذ مقرر قضائي (الفقرة الأولى) ثم لدعوى التعويض في إطار مسؤولية المحافظ العقاري (الفقرة الثانية)

1407 - قرار المجلس الأعلى سابقا - محكمة النقض حاليا - عدد 1027 بتاريخ 2000.07.06 في الملف الإداري رقم 1999.14.747.
كما استحضرت محكمة النقض نظرية الدعوى الموازية في قرار لها صدر بتاريخ 2014.11.13 تحت عدد 1249 في الملف الإداري رقم 4.1807.
1 - 2014، قرار غير منشور.

الفقرة الأولى: طبيعة مسؤولية المحافظ الممتنع عن تقييد مقرر قضائي

إن متابعة المحافظ العقاري بسبب الأخطاء التي يرتكبها رهين بتمييز الخطأ الشخصي عن الخطأ المصلحي، فهذا الأخير يقصد به الخطأ الذي يصعب أن ينسب إلى الموظف إذ يكون مرتبطاً بالمرفق العام حتى وإن ارتكبه أحد الموظفين، أما الخطأ الشخصي فهو الخطأ الذي ينفصل عن العمل مادياً، وظيفياً أو فكرياً، سواء تم اقتترافه بعيداً عن أداء وظائفه، أي لا توجد رابطة بينه وبين مزاوله هذه الوظائف.

إن مسؤولية المحافظ العقاري مسؤولية تجد أساسها في الخطأ المهني الناتج عن عدم القيام بالالتزامات المفروضة قانوناً، والتي تؤدي إلى إلحاق أضرار بالغير¹⁴⁰⁸ فالطبيعة القانونية لمسؤولية المحافظ العقاري الممتنع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به، أثارت زوبعة خلاف فقهي بين قائل بأنها مسؤولية تقصيرية وبين متشبث بكونها مسؤولية عقدية.

ولقد ذهب البعض إلى القول أن مسؤولية المحافظ العقاري مسؤولية عقدية لوجود عقد يربط طالب التقييد وبين المحافظ العقاري، بينما اعتبر رأي آخر أنها مسؤولية تقصيرية ناتجة عن عدم تنفيذ المحافظ للالتزامات الملقاة على عاتقه¹⁴⁰⁹.

وأعتقد على أنه لا يمكن اعتبار مسؤولية المحافظ العقاري في هذا الصدد مسؤولية عقدية لأنه لا يتعاقد مع طالب التقييد، فالمحافظ العقاري يقوم بواجب مهني عليه وضعيته كسلطة إدارية.

واعتبار مسؤولية المحافظ العقاري مسؤولية تقصيرية تستلزم قيام الخطأ وحصول الضرر نتيجة هذا الخطأ ووجود علاقة سببية بين خطأ المحافظ العقاري في رفض تقييد مقرر قضائي وبين الضرر الحاصل للمتضرر. وقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة¹⁴¹⁰ أنه "... وحيث إن امتناع المحافظ على الأملاك العقارية عن تنفيذ منطوق هذا القرار الاستئنافي يدخل في باب العنت وتعطيل تنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر باسم جلالة الملك، مما يجعل امتناعه ذا طابع شخصي لا علاقة له بتسيير المرفق العمومي الذي يرأسه وهو ما يبرر تقديم طلب تحديد الغرامة التهديدية في مواجهته شخصياً...."

يتضح من خلال هذا القرار أن المحافظ المتعنت عن تنفيذ حكم قضائي تترتب في حقه مسؤولية شخصية تستوجب التعويض، غير أنه ينبغي الإشارة إلى أننا لا يمكن الحديث عن مسؤولية المحافظ العقاري عن إثارته للصعوبة إلا في الحالة التي يكون في وضعية غير مشروعة، أي كأن يثير الصعوبة وهو ليس بطرف بحيث يخرج من مقتضيات الفصل 436 من قانون المسطرة المدنية التي تعطي لأطراف الدعوى الحق في إثارة الصعوبة، أو في الحالة التي يكون طرف كأن يطعن في قراره ويصدر في حقه قرار قضائي إلا أنه يثير الصعوبة والحال أنها غير موجودة، بحيث أن أي ضرر ينتج عن هذا القرار يتحمل المحافظ مسؤوليته، الشيء الذي يعطي للمتضرر حق مقاضاته للحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه.

1408. أفلعي درويش عبد القادر، مسؤولية محافظ الملكية العقارية، مجلة الإشعاع، العدد 12، يونيو 1995، ص 89

1409. حسناء قبلي " تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مادة التحفيظ العقاري "، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، ماستر

الأسرة والتوثيق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس - السنة الجامعية 2014-2015، ص 132

1410. قرار محكمة الاستئناف عدد 403 الصادر بتاريخ 2010/04/12 بالملف المدني 10/1201/383، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 38.37، دجنبر

وبالتالي يمكن القول أن مسؤولية المحافظ العقاري الممتنع عن تنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به بدون مبرر لا تقوم إلا في ضوء ما جاء به الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري، ولا تتحقق إلا إذا ارتكزت على الخطأ الجسيم أو التدليس، ولعل أصعب مسألة إثبات حصول التدليس، حيث يمكن إثباته بجميع الوسائل والتدليس في هذا المجال يجب أن يؤخذ بمفهومه الواسع، بالإضافة إلى ضرورة وقوع ضرر ووجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر بمعنى خطأ المحافظ هو السبب المباشر في وقوع الضرر.

وانطلاقاً مما سبق تعتبر مسؤولية المحافظ المثير للصعوبة بطريقة غير مشروعة، في هذا المجال مسؤولية تقصيرية قوامها خطأ مصلحي أحدث ضرراً بالغير أثناء قيامه بأداء مهامه.

والإشارة فالخطأ الشخصي الذي يرتكبه المحافظ على الأملاك العقارية لا بد أن يكون جسيماً وأن تكون سوء النية فيه واضحة وبارزة مع تبيان عنصر التدليس، وقلما تثار عملياً مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية الشخصية، وحتى في الحالات التي يلجأ فيها فعلاً إلى هذه الدعوى فإن المحاكم غالباً ما لا تقضي بمسؤولية المحافظ الشخصية، ويعزى ذلك إلى عدة أسباب نذكر منها القراءات المتعددة للنصوص القانونية، وصعوبة إيجاد الأساس الملائم لمسؤولية المحافظ، كما أن هناك من يرى بأنه من الصعب إثبات وجود خطأ جسيم بصفة عامة، فغالباً ما تعتبر المحكمة الخطأ الصادر عن المحافظ مجرد خطأ مصلحي تتحمل الدولة مسؤوليته¹⁴¹¹

فبالرغم من أن رفض المحافظ العقاري تنفيذ مقرر قضائي بدون مبرر مقبول يرتب عليه المسؤولية الشخصية إلا أن القضاء غالباً ما يكيف هذه المسؤولية على أساس أنها مسؤولية مرفقية على اعتبار أن المحافظ العقاري غالباً ما لا يكون له سوء النية في اتخاذ هذا القرار، أضف إلى ذلك أنه دائماً عند اتخاذه قرار الرفض فإنه ملزم بتعليل قراره.

غير أن السؤال الذي يطرح هو هل في هذه الحالة التي تترتب فيها مسؤولية المحافظ العقاري المثير للصعوبة هل تشمل حتى الموظفين التابعين له أم تشمله هو فقط؟

بالرجوع إلى المقتضيات القانونية وخاصة ظهير التحفيظ العقاري، يتبين أن المشرع لم يتحدث عن مسؤولية الموظفين التابعين للمحافظ العقاري، بل أثار فقط مسؤولية المحافظ، ولكن الأمر على خلاف ذلك في الحياة العملية فقد تثار مسؤولية الموظفين التابعين له إذا ثبت ارتكابهم لخطأ، غير أن الأمر بخصوص الامتناع عن تقييد مقرر قضائي فهو إجراء يختص به المحافظ على الأملاك العقارية وبالتالي من الصعب تصور قيام مسؤولية الموظفين التابعين له في هذا المجال.

الفقرة الثانية: دعوى التعويض في إطار مسؤولية المحافظ العقاري

بداية لا بد من الإشارة إلى أن دعوى التعويض في قضايا التحفيظ العقاري تخضع لشروط تختلف باختلاف نوع المسؤولية، ويتبين من نصوص ظهير التحفيظ العقاري أن المتضرر له الحق في المطالبة بالتعويض عن طريق دعويين:

1411 . سعيد أبرباش: "دعوى التعويض في نظام التحفيظ العقاري بين مسؤولية المحافظ الشخصية والمرفقية"، مقال منشور بدفاتر محكمة النقض عدد 26، الندوة الوطنية في موضوع الأمن العقاري، 2015، ص 575

الأولى: مرفقية وترفع بسبب الخطأ المصلحي في إطار مسؤولية الدولة وهي التي يمكن توجيهها ضد المصلحة أو المرفق المنسوب إليه الخطأ في شخص ممثله القانوني مع إدخال الدولة والوكيل القضائي للمملكة لاحتمال التصريح بمديونيتها.

الثانية: شخصية بسبب التدليس وترفع ضد مرتكبه باسمه الشخصي ويمكن إزاءها إدخال صندوق التأمينات بصفة احتياطية لأداء التعويضات التي من المحتمل أن يحكم بها عن المسؤول في حالة عسره سواء تعلق الأمر بالمحافظ العام أو المحافظ على الأملاك العقارية¹⁴¹².

تخضع مسؤولية المحافظ عن تنفيذ المقررات القضائية لنفس القواعد التي تؤطر مسؤولية المحافظ عموماً، فظهير التحفيظ العقاري لا يفرد أي خصوصية لتنفيذ المقررات القضائية من طرف المحافظ، فهو يعتبرها سنداً مثبتة للحق مثلها مثل باقي المستندات التي تعرض عليه في إطار اختصاصاته، والقرارات المتخذة اعتماداً عليها سواء في التحفيظ أو التقييد أو التشطيب قرارات يتحمل المحافظ فيها المسؤولية الشخصية عن كل فساد أو بطلان يعترها.

وهذا ما تؤكد عليه مقتضيات الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري والتي تنص على أنه: " يمكن للمتضررين في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء تعويضات " كما أن الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري ينص على أن أي تقصير من جانب المحافظ في مراقبة مستندات التقييد، من شأنه أن يخول لكل متضرر من ذلك التقصير الحق في إثارة المسؤولية الشخصية للمحافظ والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه¹⁴¹³.

وكتأكيد لما سبق جاء في الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري أن المحافظ على الأملاك العقارية مسؤول شخصياً عن الضرر الناتج...3. عن فساد أو بطلان ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب...". فالمحافظ لا يكون مسؤولاً عن فساد وبطلان ما ضمن بالرسم العقاري إلا إذا ثبتت سوء نيته أو قصر تقصيرا واضحا في واجب المراقبة الملقى على عاتقه¹⁴¹⁴ فمناط هذه الدعوى هو جبر الضرر اللاحق بالمتضرر من جراء خطأ المحافظ العقاري، إذ الأصل أن التعويض يقع على المسؤول الذي ارتكب الخطأ. وتبعاً لذلك فإن المحافظ إذا ارتكب خطأ في تنفيذه لمهمته أثناء سريان مسطرة التحفيظ، أو القيام بالالتزامات التي تفرضها عليه مهنته، كامتناعه عن تنفيذ حكم عقاري نهائي، يكون للمتضرر من قرار المحافظ المطالبة بالتعويض¹⁴¹⁵.

ويعد المتضرر مبدئياً - أو نائبه أو ذوي حقوقه - هو المدعي في دعوى التعويض أما المدعى عليه فهو المحافظ لأنه هو وحده من يتحمل المسؤولية عن سير أعمال المحافظة ومراقبة أعمال التقييد، وغيرها من العمليات الموكولة إليه، ولا مجال هنا لإدخال أي موظف من الموظفين التابعين له حتى ولو كان هذا الموظف هو المرتكب الحقيقي للخطأ¹⁴¹⁶.

1412 - سعيد أبرباش ، مرجع سابق ص 577

1413 - كمال عون: " تنفيذ المحافظ على الأملاك العقارية للمقررات القضائية "، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ووحدة التكوين والبحث

في قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ووجدة السنة الجامعية 2012.2013، ص 328

1414 - عبد الحفيظ أبو الصبر الخطأ الشخصي للمحافظ بين الخصوصية والخضوع للمبادئ العامة، مجلة التحفيظ العقاري، العدد 5، أكتوبر 1995، ص 15

1415 - عبد الغني مفتاح ، سلطات المحافظ العقاري في تنفيذ الأحكام العقارية ، بحث لنيل دبلوم الماستر الدراسات الميتودولوجية المطبقة

على القانون المدني، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس ، السنة الجامعية 2010.2011 ص 109

1416 - رشيد النخيلي ، المحافظ العقاري بين واجب المراقبة وإشكالات تقييد الأحكام القضائية، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص -

ماستر قانون الأعمال - جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، مراكش ، السنة الجامعية 2012.2013 ، ص 58

وعبارة المحافظ هنا تشمل كل من المحافظ رئيس المصلحة، ونائب المحافظ عندما ينوب عنه حالة غيابه - والنائب قد يكون هو المحافظ المساعد المعين بجانبه وقد يكون موظفا يختار لهذه الغاية - وكذا المحافظ رئيس مكتب من المكاتب التي تتكون منها المحافظة عادة، كمكتب التقييدات مثلا، والمحافظ رئيس المكتب يكون مسؤولا في حدود اختصاصات مكتبه ولو في حضور المحافظ رئيس المصلحة، خلافا لنائب المحافظ الذي لا يمكن إثارة مسؤوليته، إلا في حالة غياب رئيس المصلحة وحلوله محله في تسيير المحافظة¹⁴¹⁷. القضائية

والمحاكم المختصة نوعيا للبت في الدعاوى الموجهة ضد المحافظ بسبب أخطائه الشخصية هي المحاكم العادية، ذلك أن القاعدة العامة تقضي بأن دعاوى التعويض الموجهة ضد الموظفين عموما بسبب أخطائهم الشخصية ترفع أمام المحاكم العادية، حيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء¹⁴¹⁸ والذي جاء في إحدى حيثياته " وحيث إنه بذلك فالمسؤولية المتمسك بها من طرف المدعين هي مسؤولية شخصية و متميزة عن الخطأ المصلي للموظف المنصوص عليها في المادة 79 من ق.ل.ع...وحيث تكون بذلك المحكمة الإدارية غير مختصة نوعيا للبت في الطلب "

أما دعاوى التعويض المقامة بسبب الأخطاء المصلحية فترفع أمام المحاكم الإدارية طبقا لمقتضيات المادة 8 من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية¹⁴¹⁹، وهذا ما أكده قرار لمحكمة النقض عدد 685 الذي جاء فيه بأن دعوى التعويض بسبب الخطأ الشخصي المبني على التدليس تكون من اختصاص القضاء العادي¹⁴²⁰

وبالتالي بما أن مسؤولية المحافظ العقاري وكما سبق بيانه مسؤولية شخصية عن عدم تنفيذه للمقررات القضائية المكتسبة لقوة الشيء المقضي به بدون مبرر مشروع فإن الاختصاص للبت في دعوى التعويض يكون للمحكمة الابتدائية.

ويعود الاختصاص الترابي للنظر في دعوى المسؤولية الشخصية أو الإدارية عند توفر حالاتها حسب الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية إما أمام محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المسبب لضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه باختيار المدعي. وقد حدد القرار الوزاري المؤرخ في 4 يونيو 1915 في الفصل 8¹⁴²¹ موطن المحافظ على الأملاك العقارية في المكتب الذي يمارس فيه مهامه أي المحافظة العقارية.

يتضح إذن من خلال الفصلين 28 من قانون المسطرة المدنية والفصل 8 من القرار الوزاري المذكور أن للمدعي الخيار في إقامة الدعوى إما أمام محكمة محل وقوع الفعل الضار وإما أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها المحافظة التي يمارس فيها المحافظ مهامه.

1417 . أنظر الفصل 18 من القرار الوزاري المؤرخ في 4 يونيو 1915 والمعدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 4 دجنبر 1926

1418 . حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 428، صادر في الملف عدد 2004/827 بتاريخ 2005/04/27، غير منشور.

1419 . الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.25.225 الصادر بتاريخ 10 شتنبر 1910

1420 . قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 685 الصادر بتاريخ 2000/12/07 ملف إداري رقم 2000/4/1/1698 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 3 ص 135

1421 . تنص الفقرة الثالثة من الفصل 8 من القرار الوزاري على ما يلي " يكون مقر المحافظ على الأملاك العقارية بالمبنى الذي يباشر فيه مهامه وذلك بالنسبة للدعاوى التي تترتب عن مسؤوليته، وتستمر هذه الإقامة بقوة القانون مادام يمارس مسؤوليته، ويجوز في هذا الصدد مقاضاة المحافظ على الأملاك العقارية أو خلفه بنفس المقر حتى ولو غادره "

وبما أن مسؤولية المحافظ العقاري في هذا المجال تعتبر مسؤولية تقصيرية، ناتجة عن عدم تنفيذه لالتزاماته المهنية المكلف بها، فإن رفع دعوى التعويض ضده تخضع لمقتضيات الفصل 106¹⁴²² من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على أن دعوى التعويض تتقادم بمضي 5 سنوات يبدأ احتسابها من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه. وهذا يعني أن الشخص الذي تضرر من عدم تنفيذ المحافظ العقاري للمقرر القضائي أن يرفع دعوى التعويض ضده داخل أجل خمس سنوات من تاريخ علمه بالضرر الذي تسبب فيه المحافظ على الأملاك العقارية.¹⁴²³

وبعد أن يتأكد القضاء من احترام جميع الضوابط المسطرية لتحريك دعوى المسؤولية، وبعد التأكد من توفر مختلف أركان مسؤولية المحافظ من خطأ¹⁴²⁴ شخصي وضرر¹⁴²⁵ وعلاقة سببية¹⁴²⁶

والتعويض بوجه عام يمكن أن يكون ماديا أو معنويا، وقد يكون عينيا أو بمقابل، والتعويض بمقابل قد يكون نقديا أو غير نقدي. إلا أنه في إطار مسؤولية المحافظ الشخصية في الغالب ما يكون التعويض نقديا ويصعب تصور أن يكون غير ذلك¹⁴²⁷ وينبغي أن يكون التعويض كاملا وكافيا لتغطية: " الخسائر التي لحقت المدعى عليه والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به وكذلك ما حرم من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل المرتكب.

وبالنسبة لتقدير التعويض فإنه يراعى في تقديره أن يكون كاملا، بالإضافة إلى القيمة الحقيقية للضرر، طلبات المتضرر، بمعنى أن القضاء يقضي فقط في حدود ما هو مطلوب منه¹⁴²⁸، مع الحرص على عدم تجاوز القيمة الحقيقية للضرر حتى وإن نجح هذا المتضرر إلى الرفع من قيمة طلباته.

1422 - ينص الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي " إن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر"

1423 - جاء في قرار محكمة النقض رقم 1026 بتاريخ 1980/12/24 ملف رقم 82554 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى أشار إليه سعيد أبرباش مرجع سابق ص 588 على أنه " حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بخرق الفصل 106 من ق ل ع ذلك أنه تمسك بتقادم حق خصمه في طلب التعويض بمضي المدة المسقطه وهي خمس سنوات وأن الحكم المطعون فيه اعتمد تاريخ تنفيذ الحكم 1973/12/14 لكن حيث أن التقادم ينقطع بكل إجراء تنفيذي ولا يحسب في مدة التقادم الزمن السابق بحصول ما أدى إلى انقضاء عملا بمقتضيات الفصلين 381 و 383 من ق ل ع لذلك فإن المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت مدة التقادم المسقط لا تبتدئ إلا من آخر يوم وقع فيه تنفيذ الحكم ... "

1424 - الخطأ هو كل سلوك يعتبر انحرافا عن سلوك الشخص المعتاد، وهذا الانحراف يكون واضحا لا لبس فيه إذا كان ينطوي على قصد إحداث الضرر بالغير، أي إذا كان الخطأ عمدا، وهو يكون في مثل هذا الوضوح في بعض صور الخطأ غير العمدي إذا كان الخطأ جسيما، وعلى العكس من ذلك يدق الحكم على السلوك بأنه خطأ أو صواب إذا كان الانحراف يسيرا، أي في حالات الخطأ اليسير، وكل أنواع الخطأ العمدي واليسير والجسيم، كلها سواء في ترتيب الالتزام بتعويض الضرر الحادث عن أي منهما.

1425 - الضرر حسب المادة 98 من قانون الالتزامات والعقود هو " الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل"

1426 - والعلاقة السببية شرط أساسي لقيام المسؤولية أي أن يكون الخطأ هو السبب المباشر لوقوع الضرر،

1427 - كمال عون، مرجع سابق ص 342

1428 - الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية ينص على أنه " يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات ويبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة. "

ويثار تساؤل هنا يتعلق بلحظة تقدير المحكمة للتعويض، هل هي لحظة نشوء الحق في التعويض - تحقق الضرر - أم لحظة صدور الحكم؟

الرأي الراجح بخصوص هذه المسألة، يعتبر أن تاريخ صدور الحكم هو الذي يعتد به كتاريخ للتقدير النهائي للتعويض، خاصة وأن قضايا التحفيظ العقاري غالبا ما تتطلب وقتا طويلا للفصل فيها هذا ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته¹⁴²⁹ حيث جاء فيه ما يلي " إن تحديد مبلغ التعويض يجب أن يكون بناء على القيمة الحقيقية للعقار أي قيمته الكاملة ساعة الحكم، وأن عدم أخذ القرار الاستثنائي الصادر في 81/12/17 هذا بعين الاعتبار واعتماده فقط على تقرير الخبير المؤرخ في 75/2/26 يجعله معرضا للنقض " ، لذلك فقبل النطق بالحكم يتعين اللجوء إلى خبرة قضائية لتقدير القيمة النقدية للحقوق العقارية التي وقع الإضرار بها من قبل المحافظ¹⁴³⁰،

غير أنه قد يتعذر على المحافظ على الأملاك العقارية أداء التعويضات التي قد يحكم بها عليه لصالح المتضرر، لذلك أوجد المشرع المغربي آلية لضمان أداء هذه التعويضات في حالة عسر المحافظ على الأملاك العقارية، وتتمثل هذه الآلية في إحداث صندوق للتأمين حسب الفصل 100¹⁴³¹ من ظهير التحفيظ العقاري، غايته ضمان استخلاص المتضرر للمبالغ المالية الموجبة للتعويض التي يحكم بها ضد المحافظ المعسر وهذا يفيد بأن هذا الصندوق يعتبر بمثابة ضامن احتياطي لا يتدخل إلا بعد إثبات إعسار المحافظ، وهذا ما نص عليه قرار لمحكمة النقض عدد 299¹⁴³² الذي جاء فيه " ارتكاب المحافظ خطأ جسيم يؤدي إلى تحفيظ معيب يتسبب في حرمان أشخاص من حقوقهم يقتضي حلول صندوق التأمينات المنصوص عليه في ظهير التحفيظ العقاري في حالة عسر المحافظ "

والدعوى التي تقام ضده تعتبر دعوى احتياطية لا دعوى أصلية، لأن الصندوق لم ينشأ لتغطية مسؤولية المحافظ وإنما لتغطية عسره حيث يحل محله في الأداء مع إمكانية الرجوع عليه¹⁴³³.

خاتمة

من خلال ما تقدم بخصوص هذا البحث يمكن القول إن إشكالية إثارة الصعوبة من قبل المحافظ العقاري هي إشكالية ليست بالهينة، على اعتبار التداخل الذي يعرفه الموضوع على مستوى قانون المسطرة المدنية وظهير التحفيظ العقاري .

1429 - قرار الغرفة الإدارية عدد 14 الصادر بتاريخ 18/2/1983، أورده عبد الحفيظ أبو الصبر، مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية والرهون ص 151.

1430 - رشيد النخيلي، مرجع سابق ص 61

1431 - ينص الفصل 100 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه " يؤسس صندوق للتأمين الغاية منه أن يضمن، في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية، أداء المبالغ المالية التي قد يحكم بها عليهم لصالح الطرف المتضرر من جراء خطأ في التحفيظ أو في تقييد لاحق. يحدد السقف الأقصى للصندوق المذكور في مبلغ مائة مليون درهم.

يعوض كل نقص نتيجة تنفيذ حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به من ميزانية الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية للسنة الموالية لتلك التي وقع فيها هذا النقص "

1432 - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 299 الصادر بتاريخ 17/02/2000، دون ذكر الملف، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 3 سنة 2009 ص 135.

1433 محمد خيري، العقار وقضايا التحفيظ العقاري، مرجع سابق ص 684

فالمحافظ على الأملاك العقارية حينما يثير صعوبة في الحالة التي يكون فيها طرفا فإن ذلك في حقيقة الأمر يشكل نوع من الرقابة التي يجريها على المحررات بشكل عام والمقررات القضائية بشكل خاص، فهو يعمل على ضمان حقوق المتعاملين من جهة، وتجنب مسؤوليته الجسيمة من جهة أخرى.

فإثارة الصعوبة من قبل المحافظ العقاري عرف تذبذبا قضائيا وفقهيا إذ تارة يرفض القضاء إعطاء المحافظ العقاري الحق في إثارة الصعوبة والحال أنه من الواجب عليه أحيانا إثارة الصعوبة في التنفيذ إما بالنظر لطبيعة اختصاصاته وإما بالنظر للضرر الذي قد يلحقه في حالة عدم التنفيذ، وتارة أخرى يعطيه الحق في إثارتها بالرغم من أنه يكون غير مالك للصفة في إثارتها أي الحالة التي لا يكون فيها طرف من أطراف الدعوى.

عموما إن المحافظ على الأملاك العقارية عند إثارته للصعوبة ورفضه تنفيذ حكم قضائي نهائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به، فإنه غالبا ما يكون في إطار المشروعية، بمعنى من الصعب إثبات مسؤوليته الشخصية في هذا المجال، وحتى لو تبثت مسؤوليته الشخصية فإن المحافظ العقاري غالبا ما يكون حسن النية.

وبالتالي فعدم تنفيذ المقررات القضائية من قبل المحافظ العقاري بدعوى وجود صعوبة هي مسألة مشتركة بين القضاء والمحافظ العقاري، حيث أن القضاء في العديد من الحالات يصدر أحكاما مخالفة تماما لمقتضيات قانونية خاصة كالقانون رقم 90.25 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، كما أن المحافظ العقاري بدوره دائما ما يسعى لتحسين قراره خوفا من المسؤولية وبالتالي من الصعب أن نتصوره متعسفا في استعمال حقه، ومن ثم أعتقد أن أصل المشكل هو القضاء لأنه غالبا ما يصدر أحكام قضائية مخالفة تماما لبعض النصوص القانونية ما يجعلنا نتساءل هل من الممكن التأسيس لمسؤولية القضاء في هذا الجانب، حتى يؤخذ بعين الاعتبار هذه القوانين والعمل على احترام مقتضياتها، وبالتالي فإننا سنتجاوز إشكالية الصعوبة في التنفيذ والعمل على تقييد الأحكام القضائية بالسجلات العقارية ؟

ضوابط إستعمال المحامي لوسائل التواصل الإجتماعي والإعلام

محمد بوجنادي

محام متمرن بهيئة تطوان

مقدمة:

قد تنتقد العولة من قبل البعض¹⁴³⁴ وقد يعتبرها البعض ظاهرة من الصعب تجنبها، وهي في النهاية لا يمكن أن تمر دون أن يكون لها أثر على المحامي، فالعولة التي قادتها منظمة التجارة العالمية تمس بصورة خاصة مهنة المحاماة، فمختلف الاتفاقيات ومنها اتفاقية مراكش بتاريخ 15 أبريل 1994 بمناسبة مرور 12 عام على جولة أوروغواي وإنشاء منظمة التجارة العالمية في 1 يناير 1995 وما سبقها من نقاشات كان من أهدافها الكبرى إدخال قواعد جديدة وحديثة في مجال تبادل الخدمات ومنها الخدمات القانونية والقضائية¹⁴³⁵.

كل هذا حمل موجة من التطورات المتسارعة في ميدان العلم و المعرفة وبالأخص عالم تكنولوجيا المعلومات¹⁴³⁶ ووسائل التواصل المتعددة والمنصات الإعلامية الرقمية والتي شملت كل جوانب الحياة المعاصرة علمية واقتصادية وثقافية واجتماعية وسياسية، وحتى القانونية القضائية، كل هذه التحديتات الجديدة جعلت البعض¹⁴³⁷ يرى أنه يصعب على المحامين تحديد الأخلاقيات والمبادئ وبشكل أدق الحفاظ على مرتكزات وثوابت هذه المهنة النبيلة تقاليدا وأعرافا متجذرة وضاربة منذ القدم، في ظل الممارسات الإلكترونية الافتراضية للمحامي في نشاطه المهني .

ولا يختلف اثنان أن هذه الوسائط التواصلية الاجتماعية فرضت نفسها في حياة المحامي المهنية¹⁴³⁸ والتي حملت معها عاصفة من متغيرات في مهنة المحاماة قد تأثر سلبا وبشكل كبير على تقاليد وأعرافها، تجعل معها العديد من الإشكالات تطفو من خلال ممارسته لمهنة المحاماة المعاصرة، إشكالات سوف نحاول تبيانها والخصوص فيها في مثن هذا الموضوع.

1434 هانس بيتر مارتين وشومان، فخ العولمة، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، عدد 238، الكويت 1998، ص 7 .
1435 العولمة وآثارها على مهنة المحاماة، مقال منشور بمجلة المواضيع المعروضة على المؤتمر العام السادس و العشرين لجمعية هيئات المحامين بالمغرب، الجزء الأول، طنجة أيام 15.16.17 ماي 2007، ص 169 .
1436 نحو مجتمع المعرفة، منظمة التجارة العالمية، دراسات المركز الإعلامي لجامعة عبد العزيز، الإصدار الرابع عشر، دون ذكر المطبعة، 1428هـ 2007م، ص 5.

1437 kristen marquiq dennis, Ethics social media and lawyers ; 8 tips to stay in line with the ABA
https://webpresenceeq.com/ethics/ethics-social-media-and-lawyers-8-tips-to-stay-in-line-with-the-aba/?fbclid=IwAR1z3jm5WdDXlv1fmza3tklEoxFht5UtaGAC6_6AUzb9hpwh3tgH8sB1AmU.

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2.05.2020 على الساعة 19.09.

1438 Social media networking for lawyers, LAWR PRACTICE , january/february 2012,
https://www.americanbar.org/groups/law_practice/publications/law_practice_magazine/?fbclid=IwAR06D-W6is3S9KZo9sYhyXk9WOUQ4v6SQfkJYneBM1uxHPSD2j1zvjtY6U

وعليه فإن كل ما سبق ذكره يستفزنا لنطرح عدة تساؤلات سنستقر على أبرزه كالتالي:

ما هي حدود تعاطي المحامي مع وسائل التواصل الاجتماعي ووسائل الإعلام؟

وللإجابة عن هذا التساؤل المحوري نقترح تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين:

مبحث أول سوف نناقش فيه "تقيد المحامي بالسر المهني في استعماله لوسائل التواصل الاجتماعي" وفي المبحث الثاني سنحاول أن نبين فيه "أهيمية تثبت المحامي بواجب التحفظ أثناء تعاطيه مع وسائل التواصل الاجتماعي وحتى الإعلام نظرا لترابطهما في إعتقادنا المتواضع.

المبحث الأول: تقيد المحامي بالسر المهني في وسائل التواصل الاجتماعي و الإعلام

تطرح في هذا الصدد مجموعة من الاشكالات في مواجهة المحامي من خلال استعماله لوسائل التواصل الاجتماعي الحديثة وكذا تعاطيه مع الإعلام، والتي بدون شك فإن عدم التحوط منها والتحفظ في التعاطي معها قد يشكل خطرا على المحافظة على مبدأ شبه مقدس تقوم عليه مهنة محاماة وهو السر المهني (مطلب أول) والذي يعتبر من المسؤوليات الأساسية للمحامي في ممارسته المهنية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: خطورة إفشاء السر المهني في استعمال المحامي لوسائل التواصل الاجتماعي

لقد أصبح استخدام المحامي لوسائل التواصل الاجتماعي جزء لا يتجزأ من ممارسته المهنية اليومية وأصبحت بشكل متزايد في الآونة الأخيرة¹⁴³⁹، لكن في المقابل فإن هناك عدة مخاطر محاطة بهذا النشاط تتعلق أساسا بالأمن الرقمي والمتمثلة في القرصنة والاختراق غير المشروع للرسائل النصية والصوتية وكذا الوثائق المصورة للمفات، وغير ذلك من خصوصيات التي قد تكون بين المحامي والمتداخلين معه موكلين وزملاء ومؤسسات ومجتمع ككل، والتي قد تضعه في المحذور بإفشائه للسر المهني كأهم التزام على عاتقه وأقدس مبدأ من مبادئ مهنة المحاماة.

فمبدئ المحافظة على السر المهني كمفهوم فقد اكتفى المشرع المغربي فقط في المادة 36 من القانون المنظم للمهنة 28.08 بتأكيد "منع المحامي من إفشاء أي سر مهني في جميع القضايا و بالخصوص في القضايا الجزرية كما يتعين عليه أن يحترم سرية التحقيقات وبأن لا يبلغ معلومات مستخرجة من الملف ولا ينشر مستندات أو وثائق أو رسائل لها علاقة ببحت ما زال جاريا"، وهو ما تأكده جميع الأنظمة الأساسية لهيئات المحامين بالمغرب، لكن يبقى هذا المقتضى مفتقرا لما واصلت إليه وضعية السر المهني في ظل وسائل التواصل الاجتماعي، ومن خلال تفحصنا الدقيق للنظام الداخلي الوطني الفرنسي بإصداره الموحد شتنبر 2019 طبقا لمقتضيات المادة 1-21 من قانون المحاماة 71-1130 نجده هو الآخر لم يعط تعريفا

تم الإطلاع عليه بتاريخ 04.5.2020 على الساعة 18.00

1439 Social media, Marketing and personal Use - للتفصيل أكثر تفحص مقال 1439

تاريخ النشر نوفمبر 2016، تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-05-2020 على الساعة 02.40

<https://www.dcb.org/bar-resources/legal-ethics/opinions/Ethics-Opinion->

370.cfm?fbclid=IwAR2pfYj0ggcUw3IYR0hvQ3ztW5rYCbFgZFWihpz7NHQEmfh_ReNjreUoOE

للسر المهني لكن برجعنا للمادة 2.2 من نفس القانون والمعونة بنطاق السرية المهنية¹⁴⁴⁰ نجدها قد استفادت في التطرق لنطاق السر المهني والتي نصت على أنه: "السرية المهنية تشمل العديد من الأمور، من بينها الطرق الإلكترونية...". التي يستعملها المحامي في ممارسته المهنية.

وإذا كان بعض الباحثين¹⁴⁴¹ قد عرف السر المهني "بأنه أمر عهد به الموكل لمحامييه لكتمه" إلا أن هذا التعريف حتما يبقى ناقصا بسبب تطور ممارسة مهنة المحاماة نتيجة تأثرها بالهولة وما صاحبها كما أسلفنا من ثورة رقمية تمثلت في خلق وسائط التواصل الاجتماعي الإلكترونية والتي يتردد إليها المحامي كأي فرد، لكن في استعمال المحامي لهذه الوسائط فالوضع مغاير، لكون المحامي ملزم بالمحافظة على السر المهني، وفي هذا الصدد قام الموقع الرسمي للموارد القانونية بالولايات المتحدة الأمريكية بدراسة خلصت إلى أن إمكانية الحفاظ على السر المهني في ظل استخدام المحامي لمنصات التواصل الاجتماعي تنخفض إلى درجات لا متناهية تقريبا، بحيث في سنة 2017 وصل عدد محامين جميع الولايات الأمريكية الذين استعملوا وسائط التواصل الاجتماعي لأغراض مهنية بـ 81 بالمائة وقد استدعت نقابات المحامين 4 بالمائة منهم لخرقهم القاعدة رقم 1.6 المتعلقة بسرية المعلومات النصوص عليها بالقواعد الأخلاقية المتعلقة بالوسائط الاجتماعية للولايات المتحدة الأمريكية¹⁴⁴²، بالرغم من أن نظام المحاماة النقابي الأمريكي مفتوح في مجال التسويق الإعلامي والوسائط الاجتماعية.

والتالي فوسائط التواصل الاجتماعي أضحت ساحة لإفشاء الأسرار المهنية للأسف وذلك من شأنه أن يضر كثيرا مصالح الأفراد وإساءة لمهنة المحاماة تقاليدا وأعرافا، تجعل المحامي في موضع مسائلة على المستوى الأخلاقي والمهني والجنائي، وتجعله مضطرا للتطبيع مع ثقافة تأمين خصوصية إعداداته بوسائط التواصل الاجتماعي¹⁴⁴³ في كل مرة يستعملها بهاتفه المحمول أو حاسوبه خاصة البريد الإلكتروني كمفعل رئيسي لكل هاته الوسائط.

المطلب الثاني : مسؤولية المحامي عن السر المهني في استعماله لوسائط التواصل ووسائل الإعلام

إن التزام المحامي بالسر المهني وحماية أسرار موكله هو التزام مطلق وعام في جميع أنشطته سواء المهنية أو الشخصية وحتى السياسية لا يقبل أي استثناءات ولا يعلو عليه أي اعتبار كيف ما كان ومهما كانت ظروفه، فالمحامي يستمد قوته من الأمانة والإخلاص للسر المهني¹⁴⁴⁴، وإذا كان سلاح الجندي في ساحة المعركة يساوي حياته فالأمر ينطق أيضا على المحامي في مقاومته للحفاظ على السر المهني، ويأتي هذا التعبير المزاجي نظرا لما وصلت إليه مواقع التواصل الاجتماعي من تطور رهيب، إذ في اعتقادي تبقى الخطر الأكبر على السر المهني، إذ بنقرة بسيطة سواء عن قصد أو عن غير قصد قد تجعل من السر المهني للمحامي علنا للعموم، ونحن نعلم في هذه الآونة الأخيرة كيف أصبحت سرعة انتشار أخبار وأسرار الأفراد والموكلين بالخصوص وكم أصبحت ثمينة عند صفحات التواصل الاجتماعي والمنابر الإعلامية، إذ يبقى على المحامي بنشاطه

1440 -Article 2.2 de Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN), version consolidé au 12 septembre 2019.

1441- الأستاذ عبد الجليل أبو سلهام، المحاماة بالمغرب، الشركة المغربية للطباعة والنشر-الرباط الطبعة الأولى لسنة 1993، ص 52.

1442.-موقع منشور <https://www.hg.org/legal-articles/confidentiality-problems-with-lawyers-on-social-media-sites-52595>

مقال الموارد القانونية الأمريكية، تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-05-2020 على الساعة 01.44

1443-Michael E.lackey JR, Joseph P.Minta, Lawyers and Social Media, volume 28 Number Article 7, July 2012 P 11.

1444- أورده النقيب الطيب بن لمقدم بهيئة الرباط سابقا، المحاماة في أقوال فقهية و نماذج تطبيقية، دار السلام للطبع والنشر والتوزيع.

الرباط ، الطبعة الأولى 2005، ص 42 و 43.

في مواقع للوسائط الاجتماعية سوى الحذر الشديد والعقلنة في استعمال هذه الوسائط وذلك في عدم النشر فيها أو مشاركة أي معلومات وأخبار أو تلميحات تخص زملائه وموكليه، وليس ذلك فحسب بل حتى بمجريات اللقاءات والزيارات في إطار الممارسة المهنية، وما يحز في النفس أن هذه الممارسات الغير الأخلاقية تجدها فعلا واقع بين زملاء المهنة عبر دردشات التواصل الاجتماعي وكذا خروجهم الإعلامي والأخلاقي والمسيء حقا لهذه المهنة النبيلة، ذلك ما سنحاول رصد لاحقاً.

وأعتقد أنه إذ كان للموكل الحق مسائلة محاميه عن إفشاء أسرار، فإنه لا حق له في المطالبة محاميه أن يمكنه من مراسلات تداولها زملائه، إلا إذا رأى في ذلك ضرورة ملحة فيمكن حينئذ أن يحيطه بها فقط بمضمونها وخلاصتها دون أن يمنحه إيها عينا، وحبذا لو تكون بشكل شفهي ومباشر دون إرسالها عبر الوسائط الإلكترونية، والعلة في ذلك هو أن المحامي له الحق وبقوة القانون في احتكار السر المهني لنفسه سواء في علاقته مع موكله وحتى مع زملائه المحامين. وقد اعتبر العمل القضائي المغربي في العديد من أحكامه وقراراته أن السر المهني يشكل كل ما يروج وكل ما يسمع، كما ذهب البعض¹⁴⁴⁵ إلى أن السر المهني يشمل أيضا حيثيات زيارة الموكل للمحامي بمكتبه.

كما أن محكمة النقض اعتبرت أيضا في قرار لها بملف إداري عدد 2003.1.4.3077 بتاريخ 16.2.2005 "أنه يكون إفشاء للسر المهني كلما استعمل المحامي معلومات موكله القديم ضده في ملف آخر كان خصما له"¹⁴⁴⁶، كما أن الاجتهاد القضائي والفقهاء المقارن سار أبعد من ذلك وأقر بالتزام المحامي بكتمان أسرار موكله حتى ولو كان الأمر سيؤدي إلى إظهار الحقيقة¹⁴⁴⁷. وإذا كان إفشاء المحامي للسر المهني يعتبر مخالفة مهنية تستوجب العقوبة التأديبية طبقا للمادة 62 من قانون المحاماة¹⁴⁴⁸ 28.08 والتي تصدر عن مؤسسة النقيب والمجلس، فإن ذلك يكون أيضا تحت طائلة المسؤولية الجنائية المنصوص عليها بمقتضيات الفصل 446 من القانون الجنائي والتي تعاقب بالزجر حسبا على إفشاء السر المهني بحكم المهنة من شهر إلى ستة أشهر مع غرامة ألف ومائتين إلى عشرين ألف درهم.

وعموما فإن المحامي في مراعاته بالحفاظ على السر المهني وعدم إفشائه هو التزام لا يجد مصدره في العلاقات التعاقدية التي تربط بينه وبين موكله فحسب، وإنما يتعدى هذا الإطار ذلك أنه ملزم بموجب أحكام المادة 12 من قانون المهنة المتعلقة بأداء قسم بالله العظيم¹⁴⁴⁹، والذي يتضمن الحفاظ على السر المهني وهو أول الكلمات التي يبدأ بها المحامي في ممارسته لهذه المهنة النبيلة، وبالتالي تبقى المسائلة الإلاهية أعظم وأجل من المسائلة الدنيوية.

1445 - R.Brazier, la tradition du barreau Bordeau, Edition 1910, p157.

1446 - د عمر أزوغار، المحاماة من خلال العمل القضائي، رصد لأكثر من 200 قرار لمحكمة النقض وقضاء الموضوع، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012، ص 101 و102.

1447 - محمد عبد الظاهر حنين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1993 ص 144.

1448 - نصت المادة 62 من ظهير شريف رقم 1.08.101 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008) بتنفيذ القانون رقم

28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة. بأن العقوبات التأديبية هي:

· الإنذار،

· التوبيخ،

· الإيقاف عن ممارسة المهنة لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات .لتشطيب من الجدول أو من لائحة التمرين، أو سحب الصفة الشرفية.

1449 - لا يقيد المترشح المقبول في لائحة التمرين ، ولا يشرع في ممارسته ، إلا بعد أن يؤدي القسم الآتي:

" أقسم بالله العظيم أن أمارس مهام الدفاع والاستشارة بشرف وكرامة وضمير ونزاهة واستقلال وإنسانية ، وأن لا أجيد عن الاحترام الواجب

ولأننا كمحامون فرسالتنا الأسمى هي الائتمان على حقوق الناس، وكحماة للعدالة أيضا يفترض فينا أن ندافع باستماتة قوية على هذه الحقوق وذلك بالإخلاص للسر المهني وإخلاصا لهذه المهنة الشريفة .

المبحث الثاني : تثبت المحامي بواجب التحفظ أثناء التعاطي مع وسائل الاعلام ووسائل التواصل الاجتماعي.

مر معنا أن المحامي ملزم بالحفاظ على السر المهني باستقلاليته في علاقاته خاصة مع موكله وزملاء والمجتمع أيضا، إلا أن هناك مبدأ آخر يتعين عليه أن يتقيد به وهو واجب التحفظ والتشبهت بوقار أخلاقيات المهنة، مقارنة مع أصول وجذور مهنة المحاماة تقاليدا وأعرافا.

ولقد أبانت الممارسة اليومية لمهنة المحاماة في الفترة الأخيرة، أن أكبر خطر يعرض التقاليد والأعراف وكرامة هذه المهنة النبيلة من التلاشي والاندثار هو تخلي المحامي عن مبدأ التحفظ والوقار في تعاطيه مع وسائل الإعلام (مطلب أول) وفي استعماله أيضا لوسائل التواصل الاجتماعي وذلك تجاه زملائه والمجتمع ككل (مطلب ثاني).

ولنتحدث بشكل واضح وواقعي كوافدين جدد على أسرة المحاماة المجيدة، مبرزين أبرز تجليات واقع الممارسات اللاأخلاقية على أرض واقع ممارسة مهنة المحاماة.

المطلب الأول: إلزامية التحفظ والتشبهت بالوقار في تعاطي المحامي مع الإعلام

فلأصل أن المحامي له الحصانة يمارس مهنته بكل حرية أثناء الجلسة وخارجها¹⁴⁵⁰ وله سلطة التعبير بكل حرية عن آرائه وأفكاره سواء تعلقت بالمهنة ومشاكلها وإكراهاتها ومستقبلها، أو بتكليفه بنقل معلومات حول ملف ذي رأي عام، وأيضا التعبير في الشأن السياسي والحقوقى والاقتصادي والاجتماعي ببلدنا الحبيب، وذلك راجع لطبيعة هذه المهنة التي تفترض الحرية والاستقلالية من أي تأثير داخلي أو خارجي، وذلك ما يؤكد قانون مهنة المحاماة المغربي 28.08 في مادته الأولى والتي اعتبرت المحاماة مهنة حرة مستقلة، نفس الأمر نص عليه المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 1 من القانون المنظم لمهنة المحاماة 71-1130 في إصداره الأخير¹⁴⁵¹.

لكن في المقابل فإن سلطة رجل الدفاع في حرية التعبير وأبداء رأيه وتصاريحه لها ضوابط و خصوصيات وكما لهذه السلطة خطوط حمراء يراعاها فيها الأعراف والتقاليد والقانون، ومرد ذلك جاء في المادة 3 من قانون المحاماة 28.08 والتي ألزمت المحامي في سلوكه المهني بمبدأ التجرد والنزاهة والكرامة والشرف، لكن رغم ذلك أصبح بعض الزملاء وهو قلة للأمانة يمارسون سلوكيات مشينة للمهنة بتصريحاتهم اللامسؤولة عبر المنابر الإعلامية، وصلت لحد تراشق الاتهامات بينهم والسب والقدف وبأسماء الزملاء داخل قاعات المحاكم وخارجها، هذه الخرقات تجد صداها بملفات الرأي العام، إذ كان آخرها في

للمؤسسات القضائية وقواعد المهنة التي أنتمي إليها وأن أحافظ على السر المهني ، وأن لا أبوح أو أنشر ما يخالف القوانين والأنظمة والأخلاق العامة ، وأمن الدولة ، والسلم العمومي."

يؤدي هذا القسم أمام محكمة الاستئناف في جلسة خاصة يرأسها الرئيس الأول ويحضرها الوكيل العام ، وكذا نقيب الهيئة الذي يتولى تقديم المترشحين المقبولين

1450- حصانة الدفاع، مقال منشور بمجلة رسالة المحامي، العدد 10، لسنة 1994، ص 9.

1451 -Loi n° 71-1130 DU 31 décembre 1971 portant réformes de certaines professions judiciaire et juridiques, version consolidée au 14 mai 2020.

صيف سنة 2018 بمحاكمة الصحفي توفيق بوعشرين والذي لقبها البعض بمحاكمة القرن، وأمام مرأى جميع أفراد المجتمع والرأي العام في مشاهد لا تليق بتاتا بمهنة المحاماة في انتهاك صارخ لقواعد وأصول الدفاع وسمو مهن المحاماة، حيث قام بعض الزملاء أطراف هذا الملف ومنهم لا علاقة له بالملف أصلا، بخرجات إعلامية لا تعدو إلا أن تكون في خدمة أجندة ما تترى بحرية المهنة وتريد لها السوء والضعف، وهو ما قض مضاجع السادة المحامون الأحرار الغيورين على هذه المهنة الشريفة في استنكارهم لهذه الممارسات، والتي لا تمت بصلة لمهنة المحاماة النبيلة و يجب أن يضرب بها بيد من حديد، ذلك أن واجب التحفظ يلزم المحامي أن لا ينعت ولا يقذف أي طرف من أطراف التقاضي سواء الموكل أو الزملاء أو السادة القضاة عبر وسائل الإعلام، وذلك تحت طائلة مسائلة السيد النقيب والمجلس، ولأننا كمحامون نعتبر صناع اللغة وذلك بالتعبير الدقيق عند الكلام بلباقة واحترام للمخاطب، وقد جاء في إحدى حيثيات قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش في ملف رقم 1509 عدد 2007.537.12، بتاريخ 14.07.2009 بأنه: "نعت المحامي الخصم بأقوال نابية يجعلها متجاوزة حدود الأخلاق الحميدة لأن مهنة المحاماة مهنة شريفة يجب تنزيهها عن تجاوز حدود اللياقة والأدب والأخلاق الحميدة"¹⁴⁵².

وفي خضم ما صدر من تجاوزات للسادة المحامون قامت مؤسسة النقيب بهيئة تطوان وكذا هيئة الدار البيضاء بتاريخ 20 فبراير 2018 بإصدار بلاغات منعت فيها المحامين من تقديم أي تصريحات لوسائل الإعلام دون الحصول على إذن من نقبيها الممارسين، وذلك لما يشكل نوعا من أنواع الدعاية والإشهار والتي تتنافى والقانون المنظم للمهنة في مادته 35، وإذ نتطلع أن تحدد كل الهيئات الأخرى حدو إصدار نفس القرار، والذي يبقى الغاية منه الحفاظ على قوة ومكانة مهنة المحاماة بين أفراد المجتمع وجميع المؤسسات، ولنطمئن نحن كوافدين جدد للمهنة النبيلة أن المؤسسات النقابية بخير وجاهزة لحماية في كل مكان وزمان وأنها حازمة في التصدي وردع المظاهر المشينة للمحاماة الشريفة.

المطلب الثاني: ضرورة التحفظ والتشبه بالوقار في استعمال المحامي لوسائل التواصل الاجتماعي

كما أشرنا أنفا أن المحامي ملزم في استعماله لوسائل التواصل الاجتماعي بواجب التحفظ والوقار، وإذا كانت مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 35 من القانون المنظم للمهنة تجيز للمحامي أن يتوفر على موقع من مواقع الاتصال الإلكترونية يشير فيها إلى سيرته الذاتية وجميع معلوماته بإذن مسبق من النقيب بمضمون ذلك، فإن نفس المقتضى بفقرته الأولى منع على المحامي القيام بأي إشهار كيف ما كانت وسيلته.

وللأسف الشديد تجد بعض الزملاء في ممارسات غير محمودة يعرضون مذكراتهم عبر وسائل التواصل الاجتماعي وما يصاحبه من ردود وتعقيبات عبر خانات التعليقات بينهم في استعراض للعضلات وأمام العموم تصل إلى حد المشادات الكلامية، والذي من المفترض أن يكون هذا الإستعراض للقضاء أو أمامه بمنصة الدفاع وليس للعموم، والمحامي بعرضه مذكراته ومراسلاته عبر مختلف الوسائل في ذلك تشهيرا للمحامي¹⁴⁵³ وما يتنافى مع المقتضيات أعلاه، والتي تمنع على المحامي الإشهار والدعاية، كما أن في ذلك إفشاء للسر المهني والذي كما سبقنا القول أن السر المهني محتكر من قبل المحامي نفسه.

1452- د عمر أزوغار، المحاماة من خلال العمل القضائي، مرجع سابق، ص من 359 إلى 365.

1453- Article 3.1 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN), version consolidée au 12 septembre 2019 Principes : Tous les échanges entre avocats, verbaux ou écrits quel qu'en soit le support (papier, télécopie, voie électronique ...), sont par nature confiden

إضافة تجد أحيانا زملاء يتحدثون عبر وسائط التواصل الاجتماعي في ملف لزميهم له النيابة فيه، بشكل من التطاول بمناقشة معلومات ومعطيات ملف زميلهم وباسمهم الشخصي، في حين أن هذا الأخير هو الأجدر بالتصريح بشأن الملف إن اقتضى الحال، لأن له الصفة من خلال النيابة فيه والمؤهل والأدري بتفاصيل وقائع ملفه، وأعتقد أنه لا يحق لأي محامي أن يناقش ملف زميله ليست له أي نيابة فيه، غير أن هذا لا يمنع سائر الزملاء من مناقشة واقعة قانونية عبر وسائط التواصل الاجتماعي بذلك الملف قد تكون موضوع إشكال وجدل لكن بشكل مجرد وبمعزل عن الملف وذلك حفاظا على نخوة المحامي وكذا التزامه بأعرافه وتقاليده النبيلة.

ومما لا شك فيه أن تقديم الاستشارات القانونية تشكل الأدوار الطلائعية والأبرز في مهام المحامي المنصوص عليها في قانون المحاماة وذلك في المادة 30 بفقرتها الخامسة من قانون 28.08 والتي أناطت بالمحامي "إعداد الدراسات والأبحاث وتقديم الاستشارات وإعطاء الفتاوى والإرشادات في الميدان القانوني"، وأن هذه الاستشارات هي موكولة حكرا على السادة المحامون وبقوة القانون.

لكن برجعنا إلى المادة 35 من نفس القانون نجدها لا تجيز للمحامي أن يمارس أي عمل يستهدف جلب الأشخاص واستمالتهم ولا أن يقوم بأي إشهار كيفما كانت وسيلته" غير أن ما تشهده الممارسة الواقعية لمهنة المحاماة أن وسائط التواصل الاجتماعي بمختلفها أصبحت ملاذا للجوء بعض الزملاء المحامون لتقديم استشارات قانونية للعموم وإن كانت عبر خانة الخاص، ولما فيه من إشهار ودعاية لجلب الموكلين تخالف المقتضيات أعلاه وتستوجب المسائلة من قبل النقيب، والأكثر من هذا أن القيام بإعطاء الاستشارات يمكن أن تترتب عنها نتائج وخيمة بمصالح وحقوق الأفراد، ذلك أن الاستشارة أو الفتوى التي يقدمها المحامي قد تكون خاطئة أو لا تنطبق على النازلة المعروضة عليه، وليس بالضروري أن يكون ذلك راجع لعدم كفاءة المحامي أو قلة خبرته، بل أن طبيعة إعطاء الاستشارة تكون في أغلب الأحيان فورية إما برسالة نصية أو بمقطع صوتي وهو الأخطر دون الاطلاع على النازلة ودراسة وثائقها والتي تفترض أن تكون بالمكتب وبزيارة، وهذا فيه انتهاك لواجب السر المهني ومخالفة لقواعد المهنة وأنظمتها الداخلية¹⁴⁵⁴، وقد نصت عليه المادة 2.2 من قانون المحاماة الفرنسي¹⁴⁵⁵ بشكل صريح بأن نطاق السرية يشمل أيضا إعطاء الاستشارات للعموم، فإعطاء الاستشارة بهذه الشاكلة فهو بجانب التقاليد والأعراف ذلك أن المحامي أيضا حينما يمارس الاستشارة في ملف قد صدر فيه حكم أو قررا معين وهو ما من شأنه أن يحدث ارتباكا للمحامي ومتلقي الاستشارة، ذلك في نفس الإطار فالمحامي عند قيامه بتقديم هذه الاستشارة أو الفتوى في ملف ما قد يكون لزميله النيابة فيه، وقد سبق أن تحدثنا في هذه المسألة وهي في الحقيقة شائعة بين الزملاء، وغيرها من الممارسات المنتشرة عبر وسائط التواصل الاجتماعي وحتى في الإعلام.

وإذا كنا قد نوهنا في ما سبق بالقرار الحكيم للسيد النقيب بهيئة الدار البيضاء والذي منع فيه الخروج الإعلامي للسادة المحامون إلا بإذنه، فإننا نوه كذلك بقرار السيد النقيب هيئة الرباط بتاريخ 11 أكتوبر 2019 بمنع السادة المحامون من تقديم

1454- المماهي و الممامية بين تالوث القانون والعرف والأخلاق المهنية، مقال منشور بالمواضيع المعروضة على المؤتمر التاسع والعشرين، الجديدة أيام 5 و6 و7 ماي 2016 ص 133.

1455 -Article 2.2 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN), version consolidée au 12 septembre 2019Principes : les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci.

الاستشارات القانونية للعموم، ولم يبلغ البعض حين وصف إعطاء الاستشارات مجانية وللعموم بأنها "كالكنز الضائع"¹⁴⁵⁶، وأعتقد أن هذه القرار الصادرة عن السادة النقباء هي ليس كمن يراها البعض حجر وتضييق على المحامي في ممارسته المهنية وحرية التعبير، بل فيها حماية للمحامي بالدرجة الأولى وتطبيق للقانون وتكريس للتقاليد والأعراف ورفع من مؤسسة النقيب، كما أن قرارات وطلبات السادة النقباء هي أوامر لا تعقيب عليها، وهذا ما عرف به السلف الصالح عبر عصور مهنة المحاماة الشريفة.

وصفوة القول أن المحامي بإعطائه للاستشارات القانونية عبر الفضاءات العمومية إلكترونية أو إعلامية يجب أن يستحضر مع نفسه القسم القانوني الذي أداه والمنصوص عليه في المادة 12 بإلزام المحامي أن يمارس الدفاع والاستشارة بشرف وكرامة وضمير ونزاهة واستقلال وإنسانية.

خاتمة:

نخلص مما سبق أن استعمال المحامي لوسائل التواصل الاجتماعي وكذا تفاعله مع وسائل الإعلام والصحافة ينبغي أن يكون تعاملًا مقيدًا بضوابط أخلاقية لا يفرضها القانون فحسب بل يفرضها أيضا الضمير المهني باعتباره حاملاً لرسالة الدفاع عن الحقوق والحريات ومناصرة ومأزرة المستضعفين، فالمحامي لا ينبغي له أن يستعمل وسائل التواصل الاجتماعي كما يستعملها العوام، لأن المحامون هم إحدى أجنحة العدالة التي لا تقوم للعدالة قائمة بدونها، فإذا ما أخل المحامي بواجب التحفظ والسر المهني ومبدأ التعاطي الحذر والمقنن مع هذه الوسائط، فإنه من حيث لا يدري يمس بمنظومة العدالة، إذ أن المحامي ومنظومة العدالة لا ينفكان عن بعضهما البعض.

بناء على هذا الاستنتاج نقترح أن تصدر جمعية هيئات المحامون بالمغرب مدونة أخلاقية لسلوك المحامي في تعاطيه مع وسائل التواصل الاجتماعي ووسائل الإعلام، تنكب على إنجازها وتتوافق عليها كل الهيئات الوطنية ببلدنا الحبيب، ميثاق أخلاقي أرى أنه سيعيد الاعتبار للأعراف والتقاليد في ظل الممارسة المهنية للمحاماة المعاصرة.

1456- للتوسع أكثر شاهد د. وليد صالح، الاستشارات القانونية الكنز الضائع، قناة المحامي و الحكيم، محاضرة على موقع يوتيوب.

<https://www.youtube.com/watch?v=TBOs0qzKo5g&t=542s>

التعاون الضريبي الدولي في إطار تبادل المعلومات الجبائية

✍ زروالي جهمان

باحثة بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق

جامعة محمد الأول، وجدة

ملخص المقال:

إن تبادل المعلومات الضريبية بين الدول المتعاقدة في إطار الاتفاقيات الدولية لمكافحة التهرب و الازدواج الضريبي يحقق غايات مهمة تشمل تحقيق التعاون بين الإدارات الضريبية و تعزيز لمبدأ الشفافية المعلوماتية. وكانت منظمة الأمم المتحدة و منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية سباقة في هذا المجال حيث وضعت الحجر الأساس لتقنيات تبادل المعلومات بالإضافة إلى تشريعات الدول الداخلية التي تنص على سن قوانين تسير التطورات الجبائية الدولية وذلك من خلال تحديث آليات الإدارة الجبائية و تقوية دور المعلومات في الميدان الجبائي و كذلك مد جسور التواصل بين الإدارات بشأن المعلومات التي تهتم دخول الملتزمين أو رؤوس أموال الملتزمين.

L'échange d'informations fiscales entre les pays contractants dans le cadre d'accords internationaux de lutte contre la fraude et la double imposition atteint des objectifs importants, notamment la coopération entre les administrations fiscales et le renforcement du principe de transparence de l'information.

L'ONU et l'Organisation de coopération et de développement économiques ont été des pionniers dans ce domaine, jetant les bases des techniques d'échange d'informations en plus de la législation des États internes stipulant la promulgation de lois qui accompagnent les évolutions fiscales internationales en modernisant les mécanismes d'administration fiscale et en renforçant le rôle de l'informatique dans le domaine fiscal et Il a également élargi les ponts de communication entre les départements concernant les informations importantes pour l'entrée des contribuables ou de leurs capitaux obligatoires.

أصبحت الضرائب ومع اختلاف الأهداف المتوخاة منها تؤدي دورا أساسيا في تقليص الفوارق بين الأفراد وتستعملها الدولة للمحافظة على الاستقرار الاقتصادي ومعالجة ظاهرتي الازدواج و التهرب الضريبي. و تعد الضرائب أحد الموارد الهامة التي تساعد الدولة على بناء قدرتها على الإنفاق العام و زيادة معدل النمو الاقتصادي و تمويل الميزانية كمظهر من مظاهر سيادة الدولة.

ويبرز دور الضرائب وأهميتها على المستوى الدولي من خلال تبادل المعلومات الضريبية بالنسبة للإدارات الضريبية، لما لها من أثر في تعزيز قدراتها في تطبيق التشريعات الضريبية حيث أن تزايد و اتساع المعاملات العابرة للحدود بفعل تأثير العولمة وقيام الدول بالتنافس لغايات جذب الاستثمار الأجنبي يستدعي تعزيز التعاون الضريبي وتبادل المعلومات لغايات ضريبية. مما جعل منظومة تبادل المعلومات الضريبية وسيلة للتعاون الضريبي الدولي في مجال مكافحة التهرب الضريبي والحد من الازدواج الضريبي.

و الملاحظ أن المشرع المغربي من خلال المصادقة على مجموعة من الاتفاقيات الضريبية كان يهدف من وراء ذلك تعزيز نظام معلوماتي بين مختلف الدول المتعاقدة. وتتجلى الإشكالية المحورية لهذا الموضوع في مدى أهمية المعلومة الضريبية ودورها كوسيلة في تحقيق التعاون الضريبي الدولي؟ ولمعالجة هذا الموضوع ارتأينا الاعتماد التصميم التالي:

المبحث الأول: الأساس القانوني لتبادل المعلومات الضريبية

الفقرة الأولى: تبادل المعلومات بين الدولتين المتعاقدين

الفقرة الثانية: المساعدة الإدارية

المبحث الثاني: انعكاسات المعلومة الضريبية للحد من ظاهرتي التهرب و الازدواج الضريبي و السر البنكي

الفقرة الأولى: التهرب و الازدواج الضريبي

الفقرة الثانية: السر البنكي

المبحث الأول: الأساس القانوني لتبادل المعلومات الضريبية

إن عملية تبادل المعلومات و المساعدة الإدارية يعتبران من بين المبادئ التي اعتمدها اتفاقية الأمم المتحدة النموذجية للازدواج الضريبي¹⁴⁵⁷، و كذلك الاتفاقية النموذجية للتعاون و التنمية الاقتصادية، ولهذا سنحاول تناول مسطرة تبادل المعلومات بين الدول (مطلب الأول) ثم مرحلة المساعدة الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تبادل المعلومات بين الدولتين المتعاقدين

حددت المادة 26 من اتفاقية الأمم المتحدة للازدواج الضريبي بين الدول المتقدمة و الدول النامية على انه: "تبادل السلطات المختصة في الدولتين المتعاقدين المعلومات اللازمة لتطبيق أحكام هذه الاتفاقية وأحكام القوانين المحلية للدولتين

1457 منشورات الأمم المتحدة، رقم XVI.01.A.2. يمكن الاطلاع على المنشور في الموقع التالي:

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=ST/ESA/PAD/SER.E/21&referer=/english/&Lang=A

المتعاقدين بشأن الضرائب المشمولة بالاتفاقية ما دامت الضرائب المنصوص عليها فيها لا تتعارض مع الاتفاقية، و القيام على وجه الخصوص بمنع الغش أو التهرب الضريبي من هذه الضرائب.

وتضع السلطات المختصة عن طريق التشاور الشروط و الطرق و الأساليب الملائمة فيما يتعلق بالمسائل التي يجري بشأنها تبادل المعلومات، بما في ذلك عند الاقتضاء بتبادل المعلومات بشأن التهرب من الضرائب".

و في هذا الإطار وتماشيا مع أحكام الفقرة الأولى من المادة 26 فإنها لا تفرض على دولة متعاقدة التزامها بما يلي:

- (أ) اتخاذ تدابير تتنافى مع القوانين و الممارسات الإدارية لتلك الدولة أو الدولة المتعاقدة الأخرى؛
- (ب) تقديم معلومات يتعذر الحصول عليها بموجب القوانين أو في إطار الممارسة الإدارية العادية لتلك الدولة أو الدولة المتعاقدة الأخرى؛
- (ت) تقديم معلومات من شأنها أن تكشف عن سر تجاري أو صناعي أو مهني أو عن عملية تجارية، أو أي معلومات يكون الكشف عنها مخالفا للنظام العام¹⁴⁵⁸.

كما أن إرادة و عزيمة الإدارة الجبائية لكلا الدولتين في العمل الفعال و الجدي يبقى الصورة الأولى لنجاح عملية تبادل المعلومات و يتخذ ثلاث صور:

- **الاطلاع التلقائي للمعلومات:** ينتج خاصة في حالة المراقبة، و التي تحول الإدارة الضريبية من اطلاع ممثلتها في الدولة الأخرى على أمور يفترض طابع عام يمكن تحويلها بين الإدارات الجبائية. ولعل أهم المعلومات التي يتم تبادلها وتحويلها بين الدول المتعاقدة هي ما تعلقت بالتحويلات العادية للأموال من دولة لأخرى و المتكونة أساسا من الفوائد و المكافآت و التسيقات و الأكرية و غيرها¹⁴⁵⁹.
- **إعطاء المعلومات تحت الطلب العاجل:** تتمثل هذه الطريقة في قيام الدولة المتعاقدة بإرسال طلب مستعجل للدولة المتعاقدة معها تطلب فيه إيفادها وتزويدها بالمعلومات الضرورية، و قد تكون خاصة إما بتحديد الوعاء الضريبي أو التأكد من الدخل المصرح به.
- **تقديم المعلومات بشكل اختياري:** يتميز هذا النوع بكونه يتم بطريقة تلقائية و اختيارية، وهكذا تقوم دولة الإرسال بإخبار دولة الاستقبال بمعلومات ترى أنها تهتم البلد المرسل إليه الذي يتواجد به الملمزم بالضريبة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. فحينما تصادف الإدارة الضريبية لإحدى الدولتين وهي تباشر عمليات الفحص و الاطلاع و المراقبة إلا و تزودها إلى الدولة الأخرى¹⁴⁶⁰.

المادة 26 من اتفاقية الأمم المتحدة النموذجية للزواج الضريبي بين البلدان المتقدمة، البلدان النامية. 1458
1459 ماجدولين انكر، الاصلاح الجبائي المغربيوملاء، مته مع اتفاقيات التعاون الجبائي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية فاس، 2018-2019، ص440.

1460 تم التنصيص في مختلف الاتفاقيات الجبائية الدولية على أن السلطات المكلفة بطلب هذه المعلومات هي :

- السلطات الجبائية المكلفة بالتحصيل الضرائب المنصوص عليها في الاتفاقيات
- المسئولون عن القباضات و الجمارك و المسئولون عن مراقبة الصرف

ولعل أهم عامل للإحالة الفعالة لهذه المعلومات هو الإدارة الضريبية التي قد تضطلع بهذه المهمة و تقوم بها عن وجه صحيح أو دقيق أو العكس، فالإدارة الجبائية في دولة الإرسال هي الوسيط المركزي بين الدولتين، إذ تتلقى تصريح الدافع عن الحجز في المنبع الذي قام به لفائدة الخزينة لقاء الأعمال و الأشغال التي أنجزتها الشركة الأجنبية، و كذلك قيمة و ثمن الأشغال وتكلفتها... كما أن دولة الاستقبال عليها بفضل منظومتها الإدارية استقبال هذه المعلومات و استغلالها لتصحيح الوضعية الجبائية للملزم على ضوء المعلومات التي تحمل في طياتها دخولا أو أرباحا خاضعة للضرائب أو وضعية قانونية تجعله لا يستفيد من إعفاء كلي أو نسبي، وهذا أيضا يتوقف على فعالية الإدارة الضريبية في الاستقبال و الاستغلال للمعلومة¹⁴⁶¹.

لكننا نرى تفعيل هذه الوسائل يبقى واقفا أساسا على مدى العلاقة الاقتصادية و السياسية التي توجد بين الدولتين، فأغلب الحالات لا يتم فيها تعجيل هذه العمليات نتيجة اضطراب العلاقات فيما بين الدول.

المطلب الثاني: المساعدة الإدارية

إن هذه الآلية التي نص عليها الفصل 26 من نموذج اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2011، والمتعلقة بالتعاون الضريبي الدولي فيما يخص تبادل المعلومات، وكذا في الفصل 25 من هذا النموذج المتعلقة بإجراء الاتفاق المتبادل¹⁴⁶²، أي مسطرة التعاون الإداري الدولي في هذا المجال.

كما تعتبر منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية النموذج الثاني الذي تعتمد الدول في إنشاء الاتفاقيات الجبائية، وقد تم إبرام اتفاقية المساعدة الإدارية في المجال الجبائي الذي دخلت حيز النفاذ في 1 يناير 2011¹⁴⁶³، واستوتحت أغلب نصوصها من قانون الضرائب الأمريكي "فاتكا"، فكان من أهم بنودها تحديد نطاق المساعدة الإدارية بين الإدارات الضريبية في تبادل المعلومات الضريبية و التفتيش الضريبي المشترك و التحصيل الضريبي و تبادل البيانات.

و بالنظر لأهمية حماية المعلومات الخاصة للمكلف وأسراره التجارية و الصناعية، نصت الاتفاقية الإطار على واجب حماية خصوصيات المكلف، و عدم استغلالها إلا لأغراض جبائية بحثية¹⁴⁶⁴. غير أن تأسيس الضريبة يفترض مساعدة إدارية ذات أوجه متعددة، و لا يمكن أن تتمتع بدعم السلطات و رأي المجتمع إلا إذا أسست على قاعدة متبادلة، و لا يمكنها أن تتجاوز الحدود التي وضعها القانون الداخلي فيما يخص قواعد التشريع الجبائي¹⁴⁶⁵.

المحاكم الإدارية.

1461 ماجدولين انكر، مرجع سابق، ص.441.

1462 كمال مرصالي، الوجيز في القانون الضريبي المغربي، مطبعة الخليج العربي، الطبعة الثانية، سنة 2014، ص.64-65.

1463 ففي 15 أكتوبر 2013، وصل عدد الدول الموقعة على الاتفاقية 58 دولة، فيما تعهدت 80 دولة خلال المنتدى العالمي حول الشفافية و تبادل المعلومات الجبائية المنعقد عام 2014 بتكييف نظامها الجبائي وفق متطلبات التبادل التلقائي للمعلومات.

1464 عبد القادر مهداوي، الآليات الاتفاقية لمكافحة التهرب الضريبي الدولي، مجلة دفاتر السياسة و القانون، 2015-12، ص.7.

1465 Pierre LEVINE. la lutte contre l'évasion fiscale de caractère internationale en l'absence et en présence de conventions internationales ; thèse de doctorat paris.1986.P.311

كما يمكن القول أن المساعدة الإدارية في المجال الجبائي الدولي هي الميكانيزمات الاتفاقية التي تساعد على إيجاد تعاون *une collaboration* مؤسساتي بين المصالح الجبائية وتنفيذ بناء على طلب أحادي أو ثنائي للدولتين غير أن هذا يصطدم بمفهوم قائم بذاته هو المعاملة بالمثل *Réciprocité* كما أن المعلومات المتبادلة يقتضي تقاسما للمسؤوليات.

إن تأسيس الضريبة يفترض مساعدة إدارية ذات أوجه متعددة و لا يمكن أن تتمتع بدعم السلطات ورأي المجتمع إلا إذا أسست على قاعدة متبادلة و لا يمكنها أن تتجاوز الحدود التي وضعها القانون الداخلي فيما يخص قواعد التشريع الجبائي¹⁴⁶⁶

المبحث الثاني: انعكاسات المعلومة الضريبية للحد من ظاهرتي التهرب و الازدواج الضريبي و السر البنكي
تسمح الاتفاقيات الجبائية بتفادي مخاطر كل من ظاهرتي التهرب و الازدواج الضريبي (المطلب الأول) والسر البنكي (المطلب الثاني) من خلال البنود الخاصة بتبادل المعلومات الجبائية.

المطلب الأول: التهرب و الازدواج الضريبي

تتمتع كل دولة بسيادتها و نظامها القانوني المستقل، ولها بموجب هذه السيادة أن تسن ما يترأى لها من تشريعات وفقا للأهداف التي تسعى إلى تحقيقها دون أن تشكل النظم القانونية للدول الأخرى قيда على سلطتها في هذا المجال. فقد تباينت النظم الضريبية واختلفت فيما بين الدول، و بدا في نظر أي مستثمر أجنبي يتجه نحو الاستفادة إلى أقصى حد من ذلك التباين وهذا الاختلاف لتحقيق مصلحته الخاصة¹⁴⁶⁷.

ولا تقتصر آثار التهرب و الازدواج الضريبي الدولي على الدول النامية فقط بل تمتد جذوره إلى التأثير على الاقتصاد الدولي، وذلك لارتباط الاقتصاد الوطني بالاقتصاد الرأسمالي الدولي، حيث أصبحت الشركات متعددة الجنسية تتعامل اليوم بالمعلومات بشكل كبير، سواء داخل مقراتها الاجتماعية أم مكاتبها ومراكزها وفروعها الخارجية، وهذا يعني أن التهرب الضريبي تطور من فعل تقليدي عبر الوثائق المحاسبة إلى فعل عصري عبر استعمال المعلومات أو ما يسمى بالتهرب الضريبي المعلوماتي الذي أصبح يشكل خطرا على الدول التي تستثمر بها الشركات المختصة في هذا النوع من التهرب الضريبي.

ومن هنا يمكن القول، أن التهرب و الازدواج الضريبي يعكس صورة سلبية لواقع الاستثمار بالدول النامية، لكون الممارسات التي تقوم بها الشركات المتعددة الجنسية عن طريق استغلال ضعف و عدم قدرة الإدارات الجبائية على الاطلاع على جميع المعلومات الضريبية التي تخص الشركات و التي تسعى إلى استعمال طرق تقنية عالية منطوية تحت لواء تعسفات قانونية من أجل التهرب من أداء الضرائب.

كما أن ظاهرة الازدواج الضريبي تعتبر عائقا أمام تنمية المبادلات الاقتصادية الدولية، فضلا عن اعتباره مشكلا معقدا أمام الأنظمة الجبائية الدولية، وذلك لان خضوع المستثمر لنفس الضرائب على نفس الدخل في بلد إقامته و كذلك في البلد الذي يمارس فيه نشاطا، سيؤدي إلى تراكم الضرائب المستحقة على نفس الدخل، و إلى ثقل العبء الضريبي الذي يتحمله المستثمر، مما يؤدي إلى تقليص العوائد التي كان يأمل في تحقيقها، الشيء الذي يجعل المستثمر يحجم عن إعادة استثمار

1466 Pierre LEVINE ,opcit, P : 311 .

1467-سوزي عدلي ناشد، ظاهرة التهرب الضريبي الدولي و آثارها على اقتصاديات الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، 1995، ص.2.

تلك العوائد ويكون عائقا أمام انتقال رؤوس الأموال بين مختلف الدول. كما يؤدي الازدواج الضريبي إلى هروب رؤوس الأموال ونزوحها إلى الدول التي تفرض ضرائب أقل أو قد تنعدم فيها الضرائب. وكما سبق الذكر أن تبادل المعلومات الجبائية بين مختلف مصالح الدول المتعاقدة يحقق نوعا من الشفافية و القدرة على تفادي ظاهرتي التهرب و الازدواج الضريبي.

وفي الأخير، يمكن القول أنه مازالت الدول تعاني من قصور على مستوى المعلومة الضريبية، إذ تجد صعوبة تطبيق تبادل المعلومات و الذي يتمثل في كون الاتفاقيات الثنائية التي تنص على تبادل المعلومات لا تتمتع بالصفة الإلزامية فيما يتعلق بعملية تزويد بالمعلومات، وهو ما أكده الأستاذ CHRETIEN حيث قال: " أن المساعدة الإدارية واجب معنوي أكثر منه التزام قانوني " ¹⁴⁶⁸.

المطلب الثاني: السر البنكي

إن أغلبية التشريعات تحمي سرية المعلومات المتعلقة بالأشخاص الملزمين وخاصة في المجال المالي لذلك فدولة ما لا يمكنها أن تسلم معلومة إلى أي دولة أخرى عن ملزم معين إلا بوجود مبرر قانوني يسمح بذلك على أن هذه المعلومات لا يجب نشرها حماية لحقوق الملزم مما يتطلب حماية الأسرار وعدم تسريبها إلا للسلطات الموكول إليها قانونا ذلك فان اتفاقية منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية تفرض ضرورة إعلام و تبصر الملزم بتسريب المعلومات عليه مسبقا.

ويعتبر السر البنكي أهم مثال على حدود السرية للتعريف بالملزم Identification du contribuable و يعتبر نموذج منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية سباقا في هذا المجال ففي التعديل الجديد للمادة 26 يمكن الحصول على معلومة بنكية لأغراض جبائية. وعليه فأغلب الدول العضوة في منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية يمكنها الحصول على المعلومات البنكية، و في نفس الإطار عملت أغلب الدول على تعديل قوانينها الداخلية و التنظيمية و تطبيقاتها الإدارية و المتعلقة بالحصول على المعلومات البنكية.

كما أن الإدارة الضريبية المغربية بموجب قوانينها الداخلية و الخارجية تمتلك حق الاطلاع في المسائل الضريبية ابتغاء تحقيق عدالة ضريبية و منع التهرب من الضرائب و ذلك بحصر هذه المهمة في مجموعة من الموظفين محددين على سبيل الحصر.

خاتمة

لقد راهن واضعو نموذج الأمم المتحدة للاتفاقيات الجبائية ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية على خدمة الدول المتعاقدة، و تمكينها من الاستفادة من المداخل الجبائية عبر توسيع مفهوم المنشأة الثابتة وحل مشكل الإسناد الضريبي، وذلك للحد من ظاهرتي الازدواج و التهرب الضريبي.

وبخصوص الإدارة الجبائية المغربية، فقد حاولت استخدام النظام المعلوماتي و تسهر على تعميمه على جميع المصالح الجبائية و درك النقص على المستوى المعرفي في مجال الإعلاميات بالنسبة لموظفي الإدارة الجبائية من خلال اقتراح التعديلات و التشريعات الجبائية التي ترمي إلى الارتقاء بالنظام الجبائي إلى درجات عالية من الإتقان و الكمال. وتسهر

1468 أحمد النميلي، التهرب الضريبي الداخلي و الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية وجدة، 2006|2007، ص.155.

على إعطاء المعلومات حول النظام الضريبي و بالعمليات المعقدة و الكثيرة التي تسبق عملية تحصيل الجباية، و تقوم في نفس الآن بالتدخل الاقتصادي لدرجة أنها يمكن أن تساهم في تغيير البنية الصناعية عن طريق السياسة الضريبية اتجاه الاستثمارات.

كما أن تبادل المعلومات الضريبية من شأنه تحقيق مجموعة من الأهداف ومنها:

- زيادة الوعي الضريبي بالتطورات الدولية في مجال أساليب تبادل المعلومات الضريبية؛
- إبراز التزامات كل من الدول المتعاقدة المتعلقة بتبادل المعلومات الضريبية؛
- مد جسور التواصل بين الدول في إطار تقريب المعلومة؛
- تحقيق لمبدأ عالمية الضريبة.

لائحة المراجع

مراجع بالعربية

الكتب:

- كمال مرصالي، الوجيز في القانون الضريبي المغربي، مطبعة الخليج العربي، الطبعة الثانية، سنة 2014.

المجلات:

- سوزي عدلي ناشد، ظاهرة التهرب الضريبي الدولي و آثارها على اقتصاديات الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، 1995.
- عبد القادر مهداوي، الآليات الاتفاقية لمكافحة التهرب الضريبي الدولي، مجلة دفاتر السياسة و القانون، 2015-12، 2.

الأطروحات و الرسائل :

- أحمد النميلي، التهرب الضريبي الداخلي و الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية وجدة، 2006|2007.
- ماجدولين انكر، الاصلاح الجبائي المغربي وملاءمته مع اتفاقيات التعاون الجبائي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، 2018-2019.

مراجع باللغة الفرنسية

Les Thésés :

- -Pierre LEVINE. la lutte contre l'évasion fiscale de caractère internationale en l'absence et en présence de conventions internationales ; thèse de doctorat paris.1986
- http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=ST/ESA/PAD/SER.E/21&referer=/english/&Lang=A

المشاركة السياسية للنساء في الانتخابات الجماعية والجهوية المنظمة يوم 4 شتنبر 2015،

على مستوى إقليمي مكناس وبرشيد

✍ نجود مخرانبي

دكتورة في الحقوق

كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بسطات

مدخل:

في بلد عربي إسلامي كالمغرب، حيث التقاليد الوطنية لا تتنافى مع التفتح على الغرب، يتدعم حضور المرأة الباهت في الحكومة بنفس الحضور في البرلمان، في الوقت الذي لا يعدو أن يكون تواجدها -العددي- في المجالس المنتخبة المحلية وفي الأحزاب السياسية رمزيا ليس إلا - رقية المصدق¹⁴⁶⁹.

قضية مشاركة المرأة في الحياة السياسية، قضية تختلط فيها الرؤية بالتقاليد والقيم المجتمعية المعاصرة، [خلط] نتج عنه حواجز متعددة، حالت دون قيام المرأة بدور فعال في عملية التنمية المستدامة مثلما أبعدها عن إدراك المتغيرات المحيطة بها. محمد زين الدين¹⁴⁷⁰.

إن ملامسة موضوع المشاركة السياسية للمرأة في الحقل السياسي. يحيلنا إلى تسليط الأضواء على الإشكالية على المستويين الجماعي والجهوي¹⁴⁷¹، مع الأخذ بعين الاعتبار لسياسة الملك محمد السادس - طيلة فترة حكمه- التي تولي الاهتمام بقضايا النوع¹⁴⁷²، والترسانة القانونية الجذ متقدمة على مستوى الحقوق والحريات عربيا وإسلاميا¹⁴⁷³. عوامل يبدوا

1469- رقية المصدق: " المرأة والسياسة، التمثيل السياسي في المغرب"، مطبعة دار توبقال للنشر، الطبعة الأولى 1990.

1470- محمد زين الدين: " المؤسسة الملكية في المغرب العهد الجديد"، قراءة دستورية سياسية في مسار عشرية ملك، مطبعة النجاح، ط 1 2009، ص:123.
1471- تركيزنا على الانتخابات الجماعية و الجهوية مرده إلى سببين أساسيين الأول، يندرج في كون موضوع الدراسة كان موضوع تكوين في إطار اعتماد ملاحظين وطنيين. وهي فرصة لتوظيف ما تم تسجيله من الممارسات والملاحظات عن طريق الملاحظة الميدانية، والسبب الثاني يندرج في كون النتائج المسجلة على الصعيد الجماعي بالخصوص هي الأكثر تعبيراً عن مدى إهتمام المرأة المغربية بالشأن المحلي كما أن عدد المشاركين يكون أكبر وعدد المقاعد المخصصة للترشح أكثر.

1472- سمو المؤسسة الملكية بمكانة المرأة المغربية ترجم على مستوى العديد من الخطابات الملكية لعل أهمها نص الرسالة التي وجهها الملك محمد السادس إلى المشاركين في الندوة الإسلامية الدولية حول موضوع " المرأة المسلمة والعلوم" بتاريخ 22 مارس 2000، مشيراً إلى " ... أن للمرأة في تاريخ حضارتنا وثقافتنا منزلة رفيعة تستمددها من مبادئ ديننا الحنيف الذي سواها مع الرجل في الحقوق والواجبات واعتبرها شقيقة له في الأحكام و فتح لها أبواب المعرفة دونما قيد أو شرط و في غير حيف أو ضغط...". وكذلك خطابه بمناسبة افتتاح الدورة التشريعية الأولى للبرلمان: 2008-2009، في 10 أكتوبر 2008، حيث جاء فيه "....إننا ندعو الحكومة والبرلمان إلى التعاون المثمر، من أجل إيجاد الآليات الناجعة لتشجيع حضور ملائم وأوسع للمرأة في المجالس الجماعية؛ ترشيداً وانتخاباً، غايتنا المثلى، ضمان التمثيلية المنصفة للنساء في الجماعات المحلية، وبالأساس تمكين مجالسها من الاستفادة من عطاء المرأة المغربية المؤهلة؛ بما هو معهود فيها من نزاهة وواقعية وغيره اجتماعية".

1473- المرأة تشارك منذ 1960 في الاستشارات الشعبية، والدساتير التي تعاقبت منذ 1962 نصت على مساواتها مع الرجل في التمتع بالحقوق السياسية. للإستزادة في هذه النقطة ينظر مؤلف:- رقية المصدق: المرأة والسياسة، التمثيل السياسي في المغرب، مطبعة دار توبقال للنشر، الطبعة الأولى 1990.

أنها محط تشجيع ودعم لمشاركة المرأة في مسلسل اتخاذ القرار، ولانخراطها في تسيير الشؤون العامة على كافة المستويات. وتبقى عملية تنظيم انتخابات حرة ونزيهة مناسبة لتقييم المكتسبات وقياس مدى نجاعة الإجراءات وقيمة التطلعات والشعارات المساندة لدور المرأة، وبما أن المغرب يستند في ثوابته كما هو معلن عنه على الاختيار الديمقراطي¹⁴⁷⁴ فإنه لا مناص من أن يتبنى مقاربة إشراك المرأة في كل مناحي الحياة.

في الشكل واستنادا إلى ما سبق. تقرر تنظيم الانتخابات الجماعية والجهوية يوم 4 شتنبر 2015 بعد عدة تأجيلات وتعثرات. ارتبطت تارة، بتعيين حكومة جديدة وبعتماد دستور جديد للأمة دستور 2011، الذي شكل إطارا معياريا وطنيا رافقه في سياق مشحون بتحديات همت مجموعة من النصوص القانونية المنظمة لعمل الجماعات الترابية¹⁴⁷⁵، وتارة أخرى انهماك المغرب في التمهيد لنموذج الجهوية المتقدمة وإعادة برمجة تقسيم إداري جديد، تقلص معه عدد الجهات من 16 جهة إلى 12 جهة. وتنزيل مجموعة من النصوص التنظيمية والمراسيم المنظمة لسير عمل بعض الهيئات والمؤسسات المتدخلة. وإن كان ذلك لم يراعى الحيز الزمني الكافي لتكييف المواطن والممارس مع القاعدة القانونية بل حتى العلم بها. حيث تم تنزيل التعديلات الأخيرة المنظمة لانتخاب المجالس الجهوية والاقليمية والجماعية بفترة وجيزة قبل الانتخابات¹⁴⁷⁶.

يمكن القول أن الدراسة المقدمة تحت عنوان "المشاركة السياسية للنساء في انتخابات 4 شتنبر 2015 دراسة حالة إقليمي سطات وبرشيد" هي عصارة استنتاجات تم استيقاها من تجربة الملاحظة الميدانية لجميع أطوار العملية الانتخابية، تحت إشراف اللجنة الخاصة المكلفة باعتماد ملاحظين وطنيين تابعين للمجلس الوطني لحقوق الإنسان¹⁴⁷⁷. وقد أفرزت النتائج المرتبطة بمشاركة المرأة السياسية في الانتخابات مجموعة من الملاحظات تجيب عن إشكالية واقع مشاركة المرأة السياسية في الانتخابات الجماعية والجهوية المنظمة يوم 4 شتنبر 2015، سنحللها انطلاقا من إدراجها ضمن سياقها القانوني وفق مقاربتين: المشاركة السياسية للنساء على مستوى تشخيص النتائج وانتخاب المجالس الجماعية (نقطة أولى)، تجاوز أسباب ضعف مشاركة المرأة والإجراءات المؤسسية الداعمة لذلك في (نقطة ثانية).

ويطيب لنا في هذا المقام، قبل الشروع في تحليل مخرجات الملاحظة الانتخابية أن نشير إلى أن هذه الدراسة وإن كانت تنطلق من المشاركة السياسية لتطرح مسألة الإرادة السياسية لكل الفاعلين في بعدها الحقيقي، فإنها تنحصر في رصد

1474- يعتمد المجتمع والدولة المغربية الاختيار الديمقراطي كمرجع مبدئي وآلية إستراتيجية لتصرف الشؤون العامة، وأرضية فلسفية في التدبير اليومي الحديث لحياة الأفراد والجماعات وعيا بالحقوق وتحمل الواجبات الأساسية. أنظر:

كريم لحرش: "الدستور الجديد للمملكة المغربية شرح وتحليل"، سلسلة العمل التشريعي والاجتهاد القضائي، مطبعة النجاح، 2012، ص: 16.

1475- يتعلق الأمر بقانون 111.14 المتعلق بالجهات 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، وقانون 113.14 المتعلق بالجماعات. وذلك من أجل التنزيل السليم للجهوية وتكملة المبادئ المؤطرة لها، المتمثلة في دعم استقلالية الجماعات الترابية إداريا وماليا وتمكينها من ممارسة اختصاصاتها في طار مبدأ التدبير الحر مع تقوية مبدأ التمثيلية. أنظر:

عبد الحق بلفقيه: "قراءة دستورية في القانون التنظيمي للجهات"، مسالك العدد 33 و34، ص: 74.

1476- ونقصد هنا قانون 34.15 المعدل والمتمم لقانون 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية.

1477- يعتبر إصدار نص قانوني ينظم شروط وكيفية الملاحظة المستقلة والمحايدة للانتخابات، تطبيقا لمقتضيات الفصل 11 من الدستور، خطوة أساسية في مسار استكمال وتأهيل الإطار القانوني والتنظيمي المنظم للعملية الانتخابية وتقريبه من المعايير والممارسات الفضلى على المستوى الدولي.

- الظهير الشريف رقم 1.11.162 بتاريخ فاتح ذو القعدة 1432 الموافق ل 29 شتنبر 2011 الصادر بتنفيذ القانون رقم 30.11 القاضي بتحديد شروط وكيفيات الملاحظة المستقلة والمحايدة للانتخابات.

الواقع دون أن تتجاوز هذا الإطار لتضع مسألة المرأة وكأنها مطروحة أساسا ضد الرجل، وفي نفس الوقت لا تتبنى موقف الحياء من الدراسات والكتابات التي تقف موقفا هجوميا ضد قضية المرأة¹⁴⁷⁸، كقضية سياسية موجهة لكل الأطراف المؤمنة بعدالة تمكين المرأة كجزء من المجتمع، من أجل تحرير مجتمعي حقيقي وتنمية سياسية حقيقية.

أولا- المشاركة السياسية للمرأة في الانتخابات:

حققت المرأة المغربية أشواطا إلى حد ما مقبولة من حيث التمكين السياسي والاجتماعي¹⁴⁷⁹ مقارنة مع البلدان الإسلامية والعربية¹⁴⁸⁰، فمغرب اليوم يتوفر على ترسانة قانونية جد مهمة تعتبر مكسبا للمرأة، حيث نجد دستور 2011 حسب بعض المحللين السياسيين قد رفع سقف المكتسبات سيما في الفصل 19، كما نجده ولأول مرة نص على مصطلح المواطنين تصريحا وليس تلميحا في 19 فصلا، كذلك يمكن الحديث عن مدونة الأسرة وتعديل قانون الجنسية والقوانين التنظيمية للانتخابات الأخيرة وغيرها من الإجراءات والقوانين، لكن هل معنى هذا أننا ضمنا تمثيلية نسائية متوازنة؟ يمكن الوقوف على هذه المعطيات من خلال التشخيص الميداني.

1.1 على مستوى تشخيص النتائج

بعدها مرت عملية التصويت في سياق مزج نوعا ما بين ضوابط المقتضيات القانونية الجاري العمل بها، وتأرجح الناخب المغربي بين التجاهل والتفاعل مع روح القاعدة القانونية وتطبيقاتها بكل ما تضمنته من انضباط أحيانا وانفلات أحيانا أخرى، بمعدل ترشيحات وصل على مستوى إقليم سطات إلى 2910 مرشح ومرشحة، منها 2814 ترشيح لانتخابات المجالس الجماعية و96 لانتخابات المجالس الجهوية التي بموجبها خصصت 6 مقاعد لإقليم سطات في المجلس الجهوي الدار البيضاء سطات، منها مقعدين للنساء. وحسب المعطيات الواردة من المصالح المختصة بعمالة إقليم سطات فقد بلغ عدد الدوائر الانتخابية برسم اقتراع 4 شتنبر 630 دائرة انتخابية و 753 مكتب تصويت بينما بلغت عدد اللوائح المرشحة التي تتبارى للفوز 848 منها 186 مقعد مخصص للنساء.

بخصوص نوعية الاقتراع تعتبر بلدية سطات المدينة الوحيدة على صعيد تراب الإقليم التي يعتمد فيها التصويت باللائحة، وقد بلغت عدد اللوائح المرشحة 39 لائحة تمثل أطيافا سياسية مختلفة¹⁴⁸¹.

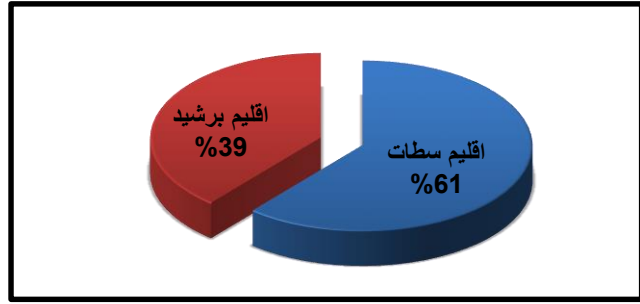
1478 - Ghita El Khayat-Bennai : « Le monde arabe au féminin », L'harmattan, Paris, 1985, p161-162.

1479 - في إطار الممارسة السياسية والربط بين ماهو سياسي وماهو اجتماعي، وبعيدا عن متاهات التصورات المختلفة المحددة لعلم السياسة في كونه علما (للدولة) أو علما (للسلطة)، نتبناه كعلم مرتبط بتطور المجتمع ككل باعتباره أن كل ماهو اجتماعي يعد سياسيا، يتجاوز التقسيم التقليدي للأدوار الذي يعتبر المجال العام محصورا على الرجال وهو مجال الإنتاج والمجال الخاص مخولا للنساء والمحصور في إعادة الإنتاج، وفي الوقت الذي يحدد السياسة في مؤسسات الحكم أو في المؤسسات السياسية للدولة فإنه يزيح من مجالها ممارسات اجتماعية تيقن موصوفة بمجال خاص. يتعارض مع ما هو سياسي. يبراجع بهذا الصدد: - رقية المصدق: المرأة والسياسة، التمثيل السياسي في المغرب، مطبعة دار توبقال للنشر، الطبعة الأولى 1990. ص.6.

1480 - وإذ كنا نعتقد هنا انه من الأصح الاستدلال بالتجربة التونسية الرائدة في مجال تمكين المرأة من التمدرس وولوج سوق الشغل، حيث أبانت النساء التونسيات استعدادا كبيرا لقلب الصورة النمطية الثقافية المسوقة عنهن، وإعادة إنتاج الشروط الاجتماعية والبنس الموضوعية المحركة للعلاقة بين النوعين، وللأطر المرجعية المتكحمة في وضع النساء داخل المجتمع و الثقافة بشكل عام.

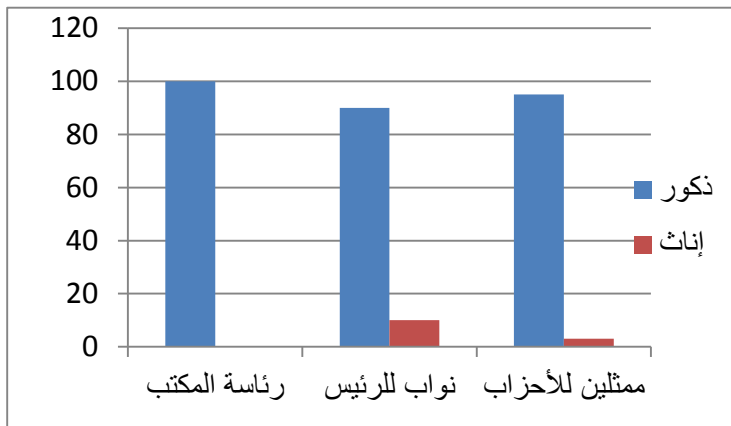
1481- تجدر الإشارة إلى أن عمالة إقليم سطات تضم 46 جماعة ترابية منها 5 بلديات و هي بلدية سطات وبلدية أولاد أمراج بلدية ابن احمد وبلدية البروج و بلدية لولاد و 41 جماعة قروية.

بإقليم برشيد. بلغ عدد الدوائر المحدثة برسم انتخابات 4 شتبر 2015، 479 دائرة انتخابية حصلت فيها النساء على ما يناهز 99 مقعد جماعي في مقابل مقعدين جهويين، والرسم البياني المبين أسفله يوضح الأرقام المحصل عليها:



رسم توضيحي رقم (1): عدد مكاتب التصويت المصدر: المصالح المختصة بعمالة الإقليمين .

رسم توضيحي رقم (2): تشكيلة مكتب التصويت



المصدر: تركيب شخصي باعتماد الملاحظة.

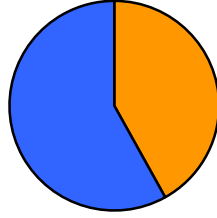
يظهر من خلال ما تم ملاحظته بالإقليمين قيد الدراسة، فيما يرتبط بمشاركة المرأة في تدير عملية الاقتراع. أن حضورها لم يستجيب للمعايير المطلوبة المتمثلة في توفير حد أدنى من ولوجية النساء إلى مكاتب التصويت كممثلات وكفالات في تتبع مختلف مراحل العملية الانتخابية، بدءاً من تواجدها في الحملات الانتخابية¹⁴⁸² ومكاتب التصويت .

المبانيين أعلاه رقم (1) و(2) يوضحان كيف أن مشاركة المرأة لم ترقى إلى المستوى المطلوب، حيث تم رصد ضعف كبير في هذا الجانب، فالنساء لم يتأسسن ولا مكتب من أصل 1232 مكتبا، أي ما يشكل نسبة منعدمة من مجموع مكاتب التصويت، بالإضافة إلى الغياب شبه التام على مستوى الحضور بصفتهم نائبات بنسبة 10 في المائة و 3 في المائة كممثلات عن الأحزاب. وبطبيعة الحال يعزى الأمر إلى سيادة خطاب الأولويات بمفهومه الخاطئ، الذي غالبا ما يضع حقوق النساء واحتياجاتهن في أدنى السلم مقارنة مع القضايا الوطنية العامة، إلى جانب غياب رؤية ولغة برنامجية لدى الأحزاب السياسية تولى الاهتمام بالنوع الاجتماعي وتستحضر قضاياها بشكل هادف في الإعلام وفي لعب الأدوار الطلائعية على مستوى المؤسسات التمثيلية والأحزاب.

1482- للحملة الانتخابية أصول وقواعد سياسية تحتم على الفاعلين السياسيين اللاتزام بمقتضياتها، فالتزام الإدارة بتطبيق القانون ونهج مبدأ المساواة مع كافة المترشحين وإقرار هؤلاء بضروة وضع برامج واقعية ومحددة تحترم مقتضيات مدونة الانتخابات، تشكل عناصر لإنجاح هذه الحملات، والواقع أن الحملة الانتخابية تشكل مدرسة حقيقية لتعلم الديمقراطية . إذ تمكن المناظرات من معرفة الرأي والرأي الآخر مع احترام اختلاف وجهات النظر، كما تسمح للمواطن من معاينة دقة البرامج المعتمدة، ومعرفة المستوى الثقافي للمرشح ومن خلال التجربة في المنطقتين المذكورتين فقد اتاحت لنا فرصة المعاينة من الداخل للمستوى الثقافي المتدني لجل المرشحين، ولجهلهم التام بكيفية وقواعد صياغة برامج انتخابية تهدف إلى استمالة وإقناع الناخبين، بالإضافة إلى عدم القدرة على التواصل داخل التجمعات الخطابية. وارتباطا دائما بموضوع الإشكالية فقد سجلنا استحضار باهت لقضايا النساء في البرامج الانتخابية واقتصار هذا المعطى على أحزاب دون الأخرى.

رسم توضيحي رقم (3): الكثافة السكانية بالإقليمين.

Maroc



milieu urbain (58%)
milieu rural (42%)

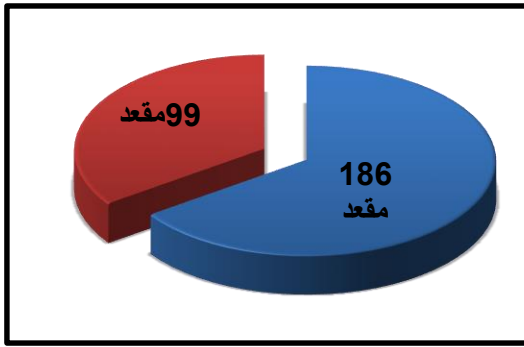
Settat et Berrechid



milieu urbain (55,1 %)
milieu rural (44,9 %)

source : HCP

المصدر: المندوبية السامية للتخطيط



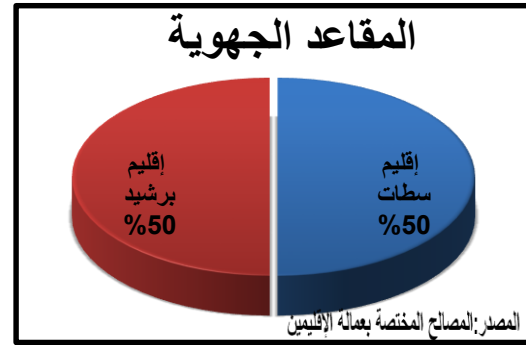
النسب المحصل عليها في الترشيحات، لا تعكس النمو الديمغرافي بالمنطقة، بل هناك تفاوت صارخ بين عدد الترشيحات المقدمة ونسب الكثافة السكانية خاصة على المستوى القروي. الأمر الذي يفسر باستمرار ظاهرة العزوف عن الانتخابات، والتي يبدو أنها أصبحت ظاهرة لصيقة وملازمة لعملية الانتخابات بالمغرب.

رسم توضيحي رقم (4): يوضح عدد المقاعد المخصص للنساء على

مستوى الجماعات

رسم توضيحي رقم (5): المقاعد الجهوية

أفرزت النتائج المحصل عليها 186 مقعدا جماعيا ومقعدين جهويين بإقليم سطات في مقابل 99 مقعدا جماعيا ومقعدين جهويين بالإقليم الثاني والنسبة المحصل عليها لم تتجاوز ما هو مقرر بنص القانون طبقا للفصلين 76 و77 من قانون 11.59. كما تم تغييره و تتميمه بالقانون 34.15¹⁴⁸³، وهذه النسبة لا يمكن تحليلها دون ربطها بنص القانون.



المصدر: المصالح المختصة بعمالة الإقليمين

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 76 من قانون 34.15 نجدتها تقر بإحداث على صعيد كل عمالة أو إقليم أو عمالة المقاطعات دائرة انتخابية واحدة عوض اثنتين في ظل القانون المعدل (59.11)، ويخصص الجزء الثاني من اللائحة للنساء.

1483- أنظر مقتضيات القانون التنظيمي 59.11 بشأن انتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، كما تم تتميمه وتغييره بالقانون التنظيمي 34.15 .

وتستتبع المادة 77 من نفس القانون على أنه يخصص ثلث المقاعد للنساء دون أن يحول ذلك في حقهن للترشح برسم المقاعد المخصصة للجزء الأول من لائحة الترشيح . وتشتمل كل لائحة ترشيح على جزأين، يتضمن الأول عددا من الأسماء يطابق عدد المقاعد المخصصة لهذا الجزء مع بيان ترتيبهم فيه. (المادة 85 من نفس القانون).

هذا التنصيص هو إجراء عملي. يهدف إلى مساندة مشاركة المرأة السياسية والرفع من انخراطها في الحياة السياسية تماما كنظيره من المحاولات والنصوص الأخرى المنصوص عليها في قوانين مختلفة ونقصد المادة 36 من الميثاق الجماعي لسنة 2009 ، التي أقرت اختصاصات جديدة وتدابير من شأنها تعزيز مشاركة المرأة في العمل التنموي المحلي من خلال إلزام المجالس المنتخبة بإدماج مقاربة النوع والمقاربة التشاركية في اعتماد مخططاتها التنموية، وكذا إحداث لجان لتكافئ الفرص والمساواة (المادة 14¹⁴⁸⁴ منه).

المادة (26)¹⁴⁸⁵ من قانون الأحزاب 29.11، أقرت بضرورة توفر حد أدنى من نسبة تمثيلية النساء الواجب إشراكهن في الأجهزة المسيرة للحزب. ويمكن اعتبار هذا المقتضى مندرجا ضمن تحقيق الأهداف ذات القيمة الدستورية المنصوص عليها في الفصول 19؛30؛33 من الدستور.

بمناقشة المادة الأخيرة من قانون الأحزاب، نؤكد على معطى أساس يتمثل في كونها وإن نصت على حد أدنى من نسبة تمثيلية النساء وكذلك الشباب داخل أجهزتها المسيرة كنقطة قوة، فلم تسلم من ضعف طال محتواها، ففي نفس الوقت،¹⁴⁸⁶ الذي تتيح فيه الأحزاب السياسية إمكانية العمل بجميع الوسائل المعيارية عبر القوانين الأساسية والأنظمة الداخلية والعملية على توسيع وتعميم مشاركة النساء والشباب، فإن نظام الحد الأدنى من الالتزامات المنصوص عليها قانونا لتحقيق هذا الهدف لا يعتبر متكافئا بالنظر إلى أن الفقرة الأخيرة من المادة 26 لا تلزم الحزب بأن يتضمن نظامه الأساسي نسبة النساء الواجب إشراكهن في الأجهزة المسيرة للحزب، وإنما ينصب الإلزام على تضمن النظام الأساسي للحزب نسبة الشباب فقط.

المادة 28 من نفس القانون لا تخرج عن هذا النطاق، فعلى الرغم من كونها تتيح عيانية أكثر *visibilité* عبر الترسيم القانوني للمعايير المتعلقة ببناء عرض الترشيحات، التي تتقدم بها الأحزاب السياسية لمختلف العمليات الانتخابية، فإن الضعف يطالها بالأساس في كونها لا تنص على ضرورة التزام الحزب، بالتنصيص في قوانينه الأساسية وأنظمتها الداخلية بتحديد تدابير التمييز الإيجابي للرفع من التمثيلية السياسية للنساء، فيما يتعلق بعرض الترشيحات لمختلف الانتخابات الانتخابية¹⁴⁸⁷.

1484- المادتين 36 و14 من الميثاق الجماعي 17.08 الصادر في 2009.

1485- " يعمل كل حزب سياسي على توسيع و تعميم مشاركة النساء والشباب في التنمية السياسية للبلاد، ولهذه الغاية يسعى كل حزب سياسي لبلوغ نسبة الثلث لفائدة النساء داخل أجهزته المسيرة و طينيا و جهويا في أفق التحقيق التدريجي لمبدأ المناصفة بين النساء والرجال". ينظر: الظهير الشريف رقم 1.11.166 الصادر في 24 من ذي القعدة 1432 (22 أكتوبر 2011)، المتعلق بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 29.11 بشأن لأحزاب السياسية.

1486- ملاحظة الانتخابات التشريعية ليوم 25 نونبر 2011، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان سلسلة "التقارير الموضوعاتية"، مطبعة المعارف الجديدة، 2013، ص:49.

1487- المادة 28 من القانون التنظيمي للأحزاب السياسية 29.11. وتعلق إلى جانب المادة 29 على التوالي بالتزام الحزب بمعايير اختيار مرشحيه لمختلف العمليات الانتخابية والمقتضيات الواجب تضمينها في النظام الأساسي للحزب.

فإذا كان التزام الحزب بشروط الترشيح المتعلقة بتدابير التمييز الإيجابي المكرسة بمختلف النصوص القانونية. يعتبر شرطا من شروط قبول الترشيح، فإن عدم التنصيص على هذه المقتضيات الواردة في المادة 28، يؤدي مستقبلا إلى نهج الأحزاب سياسة لترشيح النساء، لا تتجاوز حدود ما هو معتبر قانونا، كشرط لقبول الترشيح. في حين أن التنصيص على تدابير إضافية للتمييز الإيجابي المتخذة طوعا من قبل الأحزاب السياسية، من شأنه تحفيز هذه الأخيرة على اتخاذ تدابير تمييز إيجابية في إطار ما يسمى بالكوتا الطوعية voluntary quotas والتخلي المتزايد عن استراتيجيات الترشيح التعويضية أو التكميلية أو الاستكشافية الضارة بالتمثيلية السياسية للنساء¹⁴⁸⁸.

لقد سقنا هذه المواد، لنضع الأصبغ على إشكالية رئيسية تفسر النتائج المحصل عليها، فمضمون جل هذه المواد يرتبط بتدابير التمييز الإيجابي للرفع من التمثيلية السياسية للنساء، أو ما يعرف بنظام الكوتا أو نظام الحصص¹⁴⁸⁹، كشكل من أشكال التمييز الإيجابي لمساعدة المرأة للتغلب على العوائق التي تحد من مشاركتها السياسية، كما تساهم في تقليص الفجوة بين الجنسين في هذا الجانب. تقول إحدى الباحثات¹⁴⁹⁰ أنه لولا آلية الكوتا لما تمكنت المرأة من ولوج المؤسسات المنتخبة.

بالطبع تضاعف عدد المقاعد الذي حصلت عليها النساء وطنيا في الانتخابات الحالية 6673 مقعدا جماعيا من إجمالي عدد المقاعد المتبارى عليها¹⁴⁹¹، في مقابل 3406 مقعدا في الانتخابات الجماعية ل 2009، يدل على أن رفع القانون من نسبة تمثيلية النساء في اللوائح الانتخابية أتى أكله، بحيث أصبح لزاما على الأحزاب أن ترشح النساء في لوائحها، لكن النتيجة المحققة لا تعني أن مطلب مشاركة المرأة في الحياة السياسية قد بلغ منتهاه، بل لا يزال بعيدا عن المناصفة المنصوص عليها في دستور 2011.

نكرر، تأكيدا لما سبق على أن آلية الكوتا وعلى الرغم من أهميتها مرحليا، يجب التحذير من تحولها إلى سقف لتمثيلية النساء، لذلك وجب تطبيقها في ظل إستراتيجية ورؤية واضحة تمكن أثناء توظيفها من زيادة مشاركة المرأة في الحياة السياسية وصولا إلى تمكين النساء من الممارسة الحقيقية للعمل السياسي، وهذا ما تم الوقوف على نقيضه في بعض الممارسات الحزبية التي طبعت نتائج الانتخابات الجماعية والجهوية ل 2015 وهي كالتالي:

1488- المادة 29 من القانون التنظيمي للأحزاب. ينظر:

ملاحظة الانتخابات التشريعية ليوم 25 نونبر 2011، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان سلسلة "التقارير الموضوعاتية"، مطبعة المعارف الجديدة، 2013، ص:50.

1489-يشمل نظام الكوتا أربع أنواع:

1: حصة دستورية للبرلمانات الوطنية،

2: بند تنظيمي للحصص في القانون الانتخابي للبرلمانات الوطنية مع وجود جزاءات،

2: بند تنظيمي للحصص في القانون الانتخابي للبرلمانات الوطنية مع عدم وجود جزاءات.

3: حصة دستورية أو تشريعية على المستوى دون الوطني.

4: حصة للأحزاب السياسية للمرشحات.

1490- مارية الشرقاوي، م.س، ص: 38.

1491- محمد الراجحي: " هل نجح رابع شتنبر في تعزيز المشاركة السياسية للمغربيات؟"، مقال منشور بهسبريس، الأربعاء 09 شتنبر 2015

الرابط: www.hespress.com

1. نهج الأحزاب السياسية لاستراتيجيات ترشيح للنساء لا تتجاوز حدود ما هو معتبر قانونا كشرط لقبول الترشيح. يفرز عدم تجاوز ترشيح النساء الدائرة الانتخابية الواحدة المنصوص عليها في الفصل 76 من قانون 11.59 ، وأيضا عدم تجاوز ثلث المقاعد المنصوص عليها في المادة 77 منه بالرغم من ورود عبارة "على الأقل". ونسطر هنا على هذه العبارة، حيث نرى أنها تنطوي على تشجيع صريح وإيجابي للنساء من أجل الرفع الكمي من عدد النساء المرشحات، إلا أننا في ذات الوقت نتخوف من تغليب المقاربة الكمية على حساب المقاربة النوعية، فإعطاء صورة حقيقية عن مشاركة النساء في السياسة لا يقاس بالعدد والنسب المئوية بقدر ما يستشف ويلمس من خلال المردودية والقيمة المجتمعية المضافة، وقد أبانت بعض تجارب التسيير الجماعية والانتخابية على أن النساء لا يلجأ لهن إلا في فترات التصويت على الحساب الإداري أو الميزانية أو تشكيل بعض اللجان، أو كورقة انتخابية توظف من أجل الفوز¹⁴⁹². وفعلا تم تسجيل هذه الملاحظة من خلال الحضور الوزن للنساء يوم اقتراع الرابع من شتنبر لأجل الإدلاء بالصوت، حيث وصلت نسبة مشاركة النساء في التصويت إلى 41.82 في المائة في مقابل 59.18 في المائة للذكور¹⁴⁹³. وهي نسبة جد متقاربة تتناقض مع الحضور الضعيف للمرأة في المراحل الانتخابية الأخرى (الترشيحات، الحملات الانتخابية، التمثيلية في المكاتب، والتمثيلية في المجالس)؛

2. طغيان استراتيجيات الترشيح التعويضية أو التكميلية والاستكشافية الضارة بتمثيلية النساء؛

3. استمرارية صعوبة ولوج النساء إلى الدوائر الانتخابية المحلية لعدم وعيهن بأهمية المشاركة في العمل السياسي؛

4. صعوبات مرتبطة بعدم التمكن من بلوغ مواقع ذات حظوظ انتخابية في الدوائر (مثلا على مستوى وكالة اللوائح).

2-1- على مستوى انتخاب المجالس الجماعية

نجم أغلب الملاحظات المسجلة من خلال المعاينة المباشرة في النقاط الآتية:

1. بالرغم من حصول النساء على ما مجموعه 286 مقعدا جماعيا فلم تظفر أي منهن بمنصب رئيس جماعة بالإقليمين؛

2. الاقتصار على حضورهن كمستشارات بالمجلس؛

3. الاكتفاء بنائبة أو نائبتين للرئيس بمكتب المجلس؛

1492- تتساءل هنا الدكتورة رقية المصدق كسؤال استنكاري عن تجاوز المرأة الناجبة لأهميتها من الناحية الكمية إلى الناحية النوعية، خاصة وأن الممارسات الانتخابية تواترت على اختزال حقوق المرأة السياسية في التصويت. ففي الاستشارات التي عرفها المغرب بمناسبة الاستفتاء حول الدساتير المتعاقبة (1972، 1970، 1962) وحول تعديل دستور 1972 (ماي 1980)، وكذا بمناسبة الانتخابات المباشرة، (البلدية والقروية 1983، 1976، 1969، 1960)، والبرلمانية (1984، 1977، 1970، 1963) كانت نسبة المرأة في الهيئة الناجبة مهمة، ونذكر على سبيل المثال بأن المرأة شكلت في الهيئة الناجبة في الانتخابات البرلمانية المباشرة بتاريخ يونيو 1977 نسبة 49,69 في المائة بمقابل 52,31 بالمائة من الرجال. للاطلاع أكثر حول حضور المرأة السياسي في تلك الفترة، يراجع مؤلف:- رقية المصدق: المرأة والسياسة، التمثيل السياسي بالمغرب، دار توبقال للنشر، الطبعة الأولى 1990، ص. 29.

1493- التقرير الأولي للمجلس الوطني لحقوق الإنسان حول ملاحظة استحقاقات 04 شتنبر 2015. منشور على الرابط: www.elections.ma

4. إخضاع نظام الكوتا للعديد من التأويلات على مستوى الترشيحات، يفرز مرشحات غير مناضلات. فبغض النظر عن عدد النساء المضمون بمقتضى آلية التمييز الايجابي، نسجل غياب تام لصف النساء التي تناضل من أجل ضمان مقاعدهن عبر خوض غمار المنافسة الانتخابية على مستوى الجزء الأول من المقاعد الانتخابية؛

5. أغلب النساء المرشحات والفائزات بمقاعد على مستوى المجالس المنتخبة، لا يتوفرن على دراية كافية بالعمل السياسي الأمر الذي يؤدي إلى القبول والافتاء بالوجود في مواقع الظل عوض مواقع الاحتكاك بتدبير الشأن المحلي وتحمل المسؤولية.

ثانيا- تجاوز أسباب ضعف مشاركة المرأة السياسية:

قبل البحث في سبل التجاوز ينبغي الإشارة إلى نقط أخرى لا تقل أهمية تشكل عبئا أمام المرأة يحول دون جعلها عنصرا فاعلا في الحياة السياسية.

1-2- عوامل ضعف المشاركة السياسية للنساء

يعزى ضعف مشاركة المرأة أو بالأحرى عزوفها عن العمل السياسي وتجاوزا للأسباب القانونية التي لخصنا بعضها سابقا في غياب إرادة سياسية حقيقية، إلى عوامل أخرى لا تقل أهمية، نلخصها في:

1-1-2- العامل الثقافي

استمرار مفعول مقولات الثقافة الذكورية وتمثلات التنشئة التمييزية والتقسيم الجنسي التقليدي للعمل. يختزل المرأة في كونها عنصر غير مؤهل فيزيولوجيا للمشاركة في الحياة العامة والعمل السياسي وولوج مراكز القرار. قص على ذلك مشاطرة النساء ذواتهن لهذه المقولات بفعل عوامل التشريب والترسيخ التي يخضعن لها عبر مسلسل التنشئة الاجتماعية¹⁴⁹⁴.

2-1-2- العامل الاقتصادي والاجتماعي

يظل للعاملين الاقتصادي والاجتماعي الأثر الكبير في المساهمة في عدم خروج النساء للشارع والمطالبة بحقوقهن، حيث أصبحن نسمع اليوم بمقولة "تأنيث الفقر" لكون أغلب النسب المسجلة في هذا المضمار تشمل صفوف النساء، فالمرأة داخل المجتمع المغربي لازالت تعاني من ظروف الفقر والأمية والبطالة بنسب أكبر من الرجل، ومع أن الدولة وهيئات المجتمع المدني اتخذت خطوات ملموسة في هذا الإطار تمثلت في التشجيع على امتهان المشاريع الصغيرة على مستوى القرى والبوادي الفقيرة، وتشجيع الإنتاج المحلي والمقاولات الصغرى. إلا أن هذه الإجراءات تبقى غير كافية في ظل الظروف الاقتصادية الحالية المرتبطة بحالة العجز، حيث أفرزت السياسة المالية المتبعة بالمغرب في السنوات الأخيرة، تحولات جديدة في مسار وبنية المالية العمومية، فبعد التحسن للموسم للمداخيل إلى حدود سنة 2008، عرفت هذه المداخيل عجزا وتراجعا واضحا خلال الفترة الأخيرة (2014)، وعامل ضغط على مجموعة من النفقات. الأمر الذي انعكس وبشكل مباشر على جميع الفئات الهشة والمتوسطة¹⁴⁹⁵.

1494- مقال منشور على الرابط التالي: www.minbaralhurriyya.org حول المشاركة السياسية للمرأة المغربية المكتسبات والمعوقات.

1495- وزارة الاقتصاد والمالية، مديرية الدراسات والتوقعات المالية، التقرير الاقتصادي والمالي 2014، ص:6.

يقول أحد الباحثين السوسولوجيين وهو يناقش التحول في وضعية المرأة اليوم- يقصد المرأة المتعلمة - نظرا إلى ارتفاع نسب التمدرس في صفوف النساء، وارتفاع نسب النساء حاملات الشهادات الجامعية مقارنة دائما بالعقدين الماضيين، نرصد ارتفاع نسب عمالة المرأة واختراقها لسوق الشغل، بالتالي، بروز نسق من الاستقلالية المادية النسائية، الأمر الذي ينعكس على الشروط الاجتماعية للموقع الاقتصادي (...). للمرأة داخل الأسرة والمجتمع المغربي المعاصر¹⁴⁹⁶.

صحيح ممكن أن نجد من بين هذا الصنف من النساء المتعلقات والعاملات نماذج نساء رائدات في العمل السياسي باعتماد متغير الاستقلال المادي. لكن تبقى نسبة قليلة ولا تسلم من مجابهة مجموعة من العوامل الضاغطة، تتجاوز التمدرس والحصول على وظيفة في القطاع العام أو الخاص.

في المقابل، يطرح إشكال آخر أكثر صعوبة، عندما يرتبط الأمر بوضعية النساء العاملات في القطاع غير المهيكل، إذ بالرجوع إلى نسبة نشاط المرأة برسم سنة 2013 الذي لا يتعدى 26 بالمائة¹⁴⁹⁷، يتبين لنا أن ما تنتجه 3/4 من النساء الناشطات من ثروة يوجد خارج التغطية المحاسبية¹⁴⁹⁸، بمعنى أن الثروة التي يتم مسكها في إطار الناتج الداخلي الخام ثروة ذكورية.

إن حجب ما تبدله المرأة من جهد وتعب ما تنتجه من ثروة من سمات الاقتصاديات المغربية. هذا التغييب يعرض المرأة إلى استغلال مضاعف، فهي تنتج قيمة مضافة غير مرئية بدون مقابل، الشيء الذي يفقدها استقلالها المالي وبالتالي يجعل تطلعها المشروع إلى المساواة تطلعا صعب المنال. فمادام ما تخلقه المرأة الناشطة داخل الاقتصاد غير المرئي من قيمة مضافة يستعصى الإمساك به محاسباتيا¹⁴⁹⁹، فإن كل ما تحققه من مكاسب على درب المساواة سيظل محصورا على مستوى التطبيق نظرا لوضعيتها داخل الحقل غير المرئي، ليقصر بالأساس على شريحة نسوية محدودة تتمتع إلى حد ما باستقلالها المالي

سوسولوجيا، تظل الأغلبية الصامتة من النساء المتأثرة بصفة مباشرة بالعوامل المذكورة غير معنية بقضايا المشاركة السياسية، لأن ثقل الحمل الأسري والعائلي يثنيها عن كل عزم، وتبقى الحركة النسائية غير متجددة في النسيج المجتمعي، ومنعزلة عن جماهير النساء خاصة القروية، الأمر الذي يزيد من عمق الإقصاء والهامشية ومعاتهن المزدوجة من ثقل التقاليد الأبوية واستفحال مظاهر الفقر والامية وضعف مستويات التمدرس¹⁵⁰⁰.

1496- كيف يمكن تفسير هذا الوضع سوسولوجيا؟ سؤال، طرحه الدكتور عبد الصمد الديالمي، في كتابه "سوسولوجيا الجنسانية العربية"، دار الطليعة للطباعة والنشر بيروت، ط: الأولى، 2009. وهو يناقش أثر الموروث الثقافي على بناء الهويات الجنسانية للإنسان العربي، بين قطب المهيمون وقطب المهيمون عليه، الذي أصبح يعرف تحول شمولي مع بروز الشغل كونه مؤشرا بنويا لانتقال الأدوار النوعية وتبادلها داخل الأسرة والمجتمع. للاستزادة أكثر ينظر:

- محمد الإدريسي، "التحولات الجنسانية في المغرب المعاصر النساء نموذجا"، مؤمنون بلا حدود، الرباط - أكادال، المملكة المغربية، 4 يوليوز 2017، ص: 8. 1497- ملاحظة جوهريّة ينبغي الإشارة لها في هذا المقام، نسبة النساء العاملات في الحقل غير المرئي، لا تقتصر على النساء الأميات بل تظم حتى النساء العاملات ومنهن حاملات الشواهد ممن بحثن على وظيفة ولم يجدن، وهن بمنطق الإحصاء وطريقة احتساب مؤشر البطالة يعتبرن غير عاطلات عن العمل.

1498- وتحدث هنا عن نسبة النساء العاملات "ياقتصاد القبو" المشكل من الأنشطة " المنزلية " كُنلك التي تقوم بها ربوات البيوت والخدامات أو كالإنتاج الذاتي والشغل الأسري الذي لا يؤدي عنه. ويصنف ضمن مكونات الاقتصاد غير المرئي، الذي يتشكل بالإضافة إلى ذلك من الاقتصاد غير المهيكل والاقتصاد غير المشروع.

1499- محمد شيكر: "الاقتصاد المغربي السياق العام والوضعية والآفاق"، مطبعة دار المناهل، طبعة نونبر 2015، ص: 49.

1500- مقال منشور على الرابط التالي: www.minbaralhurriyya.org حول المشاركة السياسية للمرأة المغربية المكتسبات والمعوقات.

يظهر أنه من الصعب عزل الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للنساء عن سياسات الدولة، كما أن التحليل الواقعي يشير إلى تداخل العوائق سواء القادمة من أعلى أو من أسفل، وعلى نفس المنوال من الصعب أيضا افتراض أن الثقافة بقيودها تمثل نسقا مجتمعيًا مغلقًا، فهي في تفاعل مستمر مع سياسات الدولة من ناحية والحراك المجتمعي من ناحية أخرى.

2-2- إجراءات مؤسسية لدعم مشاركة المرأة السياسية

تدرج هذه النقطة ضمن الآليات القمينة بتحقيق مشاركة مؤثرة للمرأة في الانتخابات، وتستمد مصداقيتها انطلاقًا من تقديم مقترحات وإشارات إلى النقص الحاصل على مستوى دور المؤسسات والأحزاب وجمعيات المجتمع المدني والحركات النسائية... الخ. ذلك أن اتخاذ تدابير حقيقية وفعالة في طريق تمكين المرأة، يعد مدخلا مهما لمعالجة إشكالات ومعضلات سياسية، اقتصادية واجتماعية كبرى. والتمكين بهذا المعنى يتجاوز رعاية النساء، إلى جعلهن مالكات لعناصر القوة النفسية والاجتماعية والاقتصادية التي تتيح لهن الاعتماد على مقاومتهن الذاتية في تحسين أوضاعهن المختلفة بصورة مستمرة والتأثير في القرارات التي تهم شؤونهن.¹⁵⁰¹

ومن جملة المقترحات المقدمة في هذه الدراسة نذكر:

1. تبسيط الإجراءات المتعلقة بصندوق الدعم لتمثيلية النساء، ورفع حجم دفتر تحملاته لكي يستطيع الاضطلاع بمهمة تأهيل المرأة المغربية وتكوينها في المجال السياسي والارتقاء بوعيها اجتماعيا وثقافيا وسياسيا إذا ما اعتبرناها بالفعل نصف المجتمع¹⁵⁰². ونؤكد على المعطى الثقافي بشكل كبير لأنه في اعتقادنا وحسب تعبير المهدي المنجرة¹⁵⁰³: "سيكون ذا دلالة أكبر اليوم أن نصف البلدان، لا على أساس أنظمتها السياسية أو الاقتصادية وتبعًا لمستواها في التنمية الاقتصادية، بل على أساس ثقافتها وحضارتها"؛
2. استقلالية المنظمات النسوية من التبعية لأحزاب سياسية غير داعمة لتحرر المرأة ولقدرتها على الاندماج الكلي في المسلسلات الانتخابية واتخاذ القرارات. وقد أبانت النساء في مناسبات عديدة عن مؤهلات وإمكانات تضعها في مواقع المسؤولية وتدحض كل موقف سلبي اتجاهها. وهنا نحيل إلى ما أشار إليه الأستاذ "عبد الرحيم العماري" في مؤلفه "نسق التواصل السياسي"، كتذكير بالموقف السلبي المتبنى من طرف العدالة والتنمية في عهد التناوب والذي لا زالت الذاكرة السياسية تحتزنه¹⁵⁰⁴. موقف وثق للصراع بين الثنائية الضدية، ثنائية (كتلة # وفاق)، وكيف أن أحزاب القطب الأخير تنعت في القاموس السياسي المغربي بكونها "إدارية وجدت نتيجة تدخل الدولة (الإدارة، خصوصا وزارة الداخلية). وتفترق للشرعية التاريخية. الأمر الذي لم يتح لها إمكانية لعب دور المعارضة بقدر ما استطاعت تنظيمات

1501- إدريس الكريني: "الكوطا ودورها في تمكين المرأة"، مسالك العدد 24/23، ص:49.

1502- بحسب تعبير الدكتور مصطفى السباعي أحد رواد الرواية في الأدب العربي الحديث، حيث يقول أن: "المرأة هي قضية كل مجتمع في القديم والحديث، فهي تشكل نصف المجتمع من حيث العدد، و أجمل ما في المجتمع من حيث العواطف، وأعقد ما في المجتمع من حيث المشكلات، ومن تم كان من واجب المفكرين أن يفكروا بقضيتها على أنها قضية المجتمع كله". أنظر: - ليليس بن سدرين الشريف الكتاني: "حقوق المرأة بين الفقه والقانون مدونة الأسرة في المغرب و المواثيق الدولية"، مطبعة النجاح، الطبعة الأولى 2015، ص:9.

1503- المهدي المنجرة: "حوار التواصل من أجل مجتمع معرفي عادل"، الطبعة السابعة مزيدة، 2001، ص:34 و35.

1504- عبد الرحيم العماري في مؤلفه: "نسق التواصل السياسي بالمغرب المعاصر خطاب الكتلة الديمقراطية من الميثاق إلى التناوب 17 ماي 1992-14 مارس 1998"، منشورات زاوية للفن والثقافة، مطبعة دار القرويين، 2005، ص:297.

أخرى¹⁵⁰⁵ لعب هذا الدور عند مناقشة خطة إدماج المرأة في التنمية¹⁵⁰⁶. وفي نفس السياق تناقش الدكتور " رقية المصدق " أهمية المرأة كناخبة في مؤلفها " المرأة والسياسة"¹⁵⁰⁷، بإقرارها بأن وزن المرأة في هيئة الناخبين من الناحية العددية لا يخلو من أهمية، إنه يفسر لنا تهافت الأحزاب السياسية على أصوات النساء، هذا التهافت لا يكتسي نفس الصيغة والدلالة بالنسبة لجميعها، إنه بالعكس من هذا يقتضي التفريق بين الأحزاب المبتقة عن الحركة الوطنية، التي ينبع اهتمامها بقضية المرأة من محاولات طرحها لها في برامجها الحزبية، والأحزاب التي تم خلقها من طرف الإدارة أثناء الاستعداد لإجراء المسلسلات الانتخابية والتي لا يعدو أن يكون اهتمامها بقضية المرأة ظرفيا. في المقابل نتوقف عند موقف من مواقف الرجل [عبد الرحمان اليوسفي]¹⁵⁰⁸، فأثناء التحضير للانتخابات التشريعية والمحلية لسنة 2002، وكانت آخر ولاية لحكومة التناوب التوافقي التي ترأسها، كانت كل الأحزاب السياسية، بما فيها حزبه، متشبثة بالحفاظ على الترشيح الفردي، فيما أصر الأستاذ عبد الرحمان على أن يكون الترشيح باللائحة النسبية هو المعتمد، باعتبارها الأسلوب المأمول للحد من التزوير وشراء الذمم، وتعبيد الطريق، لدخول المرأة المغربية قبة البرلمان، بواسطة لائحة وطنية، تؤسس للمنافسة¹⁵⁰⁹.

3. دعم النساء المرشحات لعضوية البرلمان أو المجالس البلدية ماديا ومعنويا وإعلاميا. والمقصود بالإعلام هنا ذلك المجال المعرفي الواسع مصدر المعلومة الهادفة والمستقلة التي تشكل في حد ذاتها أداة للتنمية. وما التنمية إلا معلومات صارت معرفة، ويربط "كريكوري بيتسون" بين الإعلام والتنمية باعتباره إياه ذلك "الاختلاف الذي يخلق الاختلاف"، إنه مورد ذو أهمية حيوية في عصرنا بالنسبة لعملية التنمية¹⁵¹⁰؛
4. المطالبة بتوفير الدعم الكافي من قبل الحكومة لإيجاد مراكز أبحاث المساواة في المجتمع؛
5. اهتمام أكبر تشريعا بالمؤسسات الداعمة والمهتمة بتحسين وضعية المرأة (هيئة المناصفة، صندوق التكافل الاجتماعي، الآليات القانونية والتنظيمية المتعلقة بمحاربة العنف ضد النساء)؛
6. استخدام وسائل الإعلام المختصة للكشف بدقة عن ظاهرة العنف المسلط على النساء وتقديم صورة جديدة ومختلفة عن الصور السائدة في الإعلام والتي تركز دونية النساء، مع إعداد مدربين ومدربات للتعامل مع قضايا العنف والمشاركة السياسية بما فيهم القضاة والأطباء ورجال الشرطة وجهات الضبط، مع استهداف المناطق النائية والقروية بحملات التوعية لمناهضة العنف ضد المرأة؛
7. ارتقاء المنظمات الدولية بالإعلام العالمي للقضاء على العنف المسلط على النساء، وتفعيل اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة وكل الآليات الدولية وآليات الرقابة في هذا المجال.

1505- (خصوصا حزب العدالة والتنمية).

1506- عبد الرحيم العمري: " نسق...."، م.س، ص: 297.

1507- رقية المصدق: المرأة والسياسة، م.س. ص.30.

1508- امبارك بودرقة وهو يحكي سيرة عبد الرحمان اليوسفي.

1509- امبارك بودرقة (عباس): "أدائيت في ما جرى شذرات من سيرتي كما رويتها لبودرقة"، مطبعة دار النشر المغربية- عين السبع الدار البيضاء، الطبعة الأولى فبراير 2018، ص 20.

1510- إن الإعلام كما أفصح عن ذلك " غريغوري باتسن-BATESON GREGORY " هو: " التباين الذي يصنع التباين ". فليس من العجيب إذن أن يكون في نفس الوقت معين السلطة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وأداتها، وذلك على المستويين الوطني والدولي، أنظر:- المهدي المنجرة: " حوار التواصل.... " م.س.ص:ص.21 و22.

خاتمة:

كخلاصة لهذه النبذة المختصرة عن وضعية المرأة المغربية من خلال المشاركة في الانتخابات الجهوية والجماعية الأخيرة، والتي يبدو على أنها تستدعي أكثر من السابق عقلنة القوانين وعقلنة الأحزاب وعقلنة المجتمع بل أكثر من ذلك العقلنة الشاملة لكل مسارات الحياة الاجتماعية، كما يقر بذلك عالم الاجتماع الألماني " ماكس فيبر " عندما يربط نشأة جهاز الدولة الحديثة بالعقلنة Rationalité.

العقلنة تقع مرادفا للتنظيم العقلاني ولا تقتصر عليه وحده بل تتطلب عنصر آخر هو الصورية Formalism¹⁵¹¹، فمن متطلبات التنظيم صياغة قوانين شكلية أو صورية، وهذه القوانين لا تتجه نحو زيد أو عمرو، إيجابا أو سلبا بل تتجه نحو الجميع بنفس القدر من التساوي، إنها قوانين عامة لا يهتمها مضمون الشخص الموجهة إليه، فالكل مطالب باحترامها احتراماً شكلياً قريبا من المعنى الكانطي، فمثلا يتعين على الجميع أن يقف أمام الضوء الأحمر مهما كانت مكانته أو نسبه أو موقعه، حتى ولو كانت الطريق المقابلة فارغة. شكلاية القانون العقلاني شكلاية صارمة لاتهمها الذوات أو المضامين، بل القانون من حيث هو قانون. وعقلنة المشاركة السياسية للمرأة حسب هذا الطرح تقضي بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات على أساس مبدأ المواطنة دونما التأسيس على أساس النوع أو الجنس، وأن يتم تناول الحقوق السياسية في تكامل وتوافق مع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية لا بمعزل عنها، فتنظيم العملية برمتها تنظيماً محكماً يضبط مراحلها ومصاريقها ومكاسبها، ويحدد بيروقراطيتها وأجهزتها ومكامن الضعف فيها بدءاً من العوامل السابقة ومحاولة تجاوزها سيسمح بالتحكم الكامل فيها وتأهيلها وتهيين أرضية تعد فيها المساواة وسيلة تطرح في إطار أوسع وهو التنمية وتطوير الامكانيات والمكتسبات في أفق تحرر مجتمعي حقيقي، ينأى بالمرأة عن العقلنة الثالثة، التي تجمع جمعاً رقيقاً بين التنظيم والفوضى، بين الشكلاية والمضمونية، بين التساوي والتميز أمام القانون.

1511- محمد سبيلا " للسياسة بالسياسة في التشريع السياسي"، إفريقيا الشرق، الطبعة الثانية 2010، ص: 108.

لائحة المراجع:

- امبارك بودرقة (عباس): "أحاديث في ما جرى شذرات من سيرتي كما رويتها لبودرقة"، مطبعة دار النشر المغربية- عين السبع الدار البيضاء، الطبعة الأولى فبراير 2018.
- المهدي المنجرة: "حوار التواصل من أجل مجتمع معرفي عادل"، الطبعة السابعة مزيدة، 2001.
- عبد الرحيم العماري: "نسق التواصل السياسي بالمغرب المعاصر خطاب الكتلة الديمقراطية من الميثاق إلى التناوب 17 ماي 1992-14 مارس 1998"، منشورات زاوية للفن والثقافة، مطبعة دار القرويين، 2005.
- محمد الإدريسي، "التحولات الجنسانية في المغرب المعاصر النساء أنموذجا"، مؤمنون بلا حدود، الرباط - أكادال، المملكة المغربية، 4 يوليوز 2017.
- محمد زين الدين "المؤسسة الملكية في مغرب العهد الجديد"، قراءة دستورية سياسية في مسار عشرية ملك، مطبعة النجاح، ط 1 | 2009.
- محمد سيلا "للسياسة بالسياسة في التشريع السياسي"، إفريقيا الشرق، الطبعة الثانية 2010.
- كريم لحرش: "الدستور الجديد للمملكة المغربية شرح وتحليل"، سلسلة العمل التشريعي والاجتهاد القضائي، مطبعة النجاح، 2012، ص: 16
- محمد شيكر: "الاقتصاد المغربي السياق العام والوضعية والآفاق"، مطبعة دار المناهل، طبعة نونبر 2015
- ليلي بن سدرين الشريف الكتاني: "حقوق المرأة بين الفقه والقانون مدونة الأسرة في المغرب والمواثيق الدولية"، مطبعة النجاح، الطبعة الأولى 2015.
- إدريس الكريني: "الكوفا ودورها في تمكين المرأة"، مسالك العدد 24/23.
- عبد الحق بلفقيه: "قراءة دستورية في القانون التنظيمي للجهات"، مسالك العدد 33 و34، ص: 74. القانون التنظيمي 59.11 بشأن انتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، كما تم تنميته وتغييره بالقانون التنظيمي 34.15
- رقية المصدق: المرأة والسياسة، التمثيل السياسي في المغرب، مطبعة دار توبقال للنشر، الطبعة الأولى 1990.
- الظهير الشريف رقم 1.11.162 بتاريخ فاتح ذو القعدة 1432 الموافق ل 29 شتنبر 2011 الصادر بتنفيذ القانون رقم 30.11 القاضي بتحديد شروط وكيفيات الملاحظة المستقلة والمحايطة للانتخابات.
- الظهير الشريف رقم 1.11.166 الصادر في 24 من ذي القعدة 1432 (22 أكتوبر 2011)، المتعلق بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 29.11 بشأن لأحزاب السياسية.
- ملاحظة الانتخابات التشريعية ليوم 25 نونبر 2011، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان سلسلة "التقارير الموضوعاتية"، مطبعة المعارف الجديدة، 2013.
- الميثاق الجماعي 17.08 الصادر في 2009.
- وزارة الاقتصاد والمالية، مديرية الدراسات والتوقعات المالية، التقرير الاقتصادي والمالي 2014.
- محمد الراجي: "هل نجح رابع شتنبر في تعزيز المشاركة السياسية للمغربيات؟"، مقال منشور بهسبريس، الأربعاء 09 شتنبر 2015 الرابط: www.hespress.com
- التقرير الأولي للمجلس الوطني لحقوق الإنسان حول ملاحظة استحقاقات 04 شتنبر 2015. منشور على الرابط: www.elections.ma
- Ghita El Khayat-Bennai : « Le monde arabe au féminin », L'harmattan, Paris, 1985, p161-162.

الاحتيايل المعلوماتي على الذمة المالية للأشخاص

عن الدين بوزلماله

باحث بصف الدكتوراه

جامعة عبد المالك السعدي - طنجة

Resumé:

L'informatique n'est plus seulement un moyen de communication interpersonnelle. Au contraire, sa capacité à traiter et à transmettre des données, que ce soit sous la forme de nouveaux produits ou services, a porté une valeur commerciale de nature financière, ce qui a créé la possibilité d'émerger de nouvelles valeurs économiques et nombre d'entre elles ont abusé de ces nouvelles technologies. L'utilisation de la révolution technique ne se limite plus contre les gens, mais plutôt s'est élargie pour atteindre la divulgation financière pour eux, ce qui constitue une agression contre leurs droits dont la loi garantit la protection.

Si la problématique de l'attaque de fonds dans le cadre du traitement automatisé des données est centrée sur l'ordinateur lui-même et les fils et accessoires associés, elle ne pose pas de difficulté dans l'application des textes pénaux traditionnels déjà évoqués puisque c'est une question d'argent matériel et transféré, mais si l'attaque s'est produite sur ce qui est lié à l'art informatique «des logiciels et des systèmes», alors l'affaire n'est pas sans difficulté. Il est considéré comme une fraude électronique sur le développement financier des personnes, l'une des formes les plus importantes d'agression contre l'argent d'autrui.

Alors qu'entend-on par fraude électronique sur la responsabilité financière des personnes? Dans quelle mesure les textes traditionnels sont-ils adéquats pour les contrer? Alors, comment ces crimes peuvent-ils être prouvés? Quelles en sont les contraintes?

Pour ce faire, nous allons diviser notre sujet en deux : Les aspects de la fraude électronique sur la responsabilité financière des personnes (Premier sujet) et ensuite prouver la fraude électronique sur la responsabilité financière des personnes et ses implications (deuxième sujet).

مقدمة

لم تعد المعلومات مجرد وسيلة للتواصل بين الأشخاص، بل إن قدرتها على معالجة البيانات ونقلها، سواء في شكل منتجات أو خدمات مستحدثة، ألبستها قيمة تجارية ذات طابع مالي وهو ما هيا الفرصة لظهور قيم اقتصادية مستحدثة وكثير ما يساء استخدام هذه التقنيات الجديدة فلم تقتصر أساليب إساءة استخدام الثورة التقنية في أن عنان على الأشخاص أحيانا، بل تعدتها لتتال الذمة المالية لهم، مما يشكل اعتداء على أموالهم المادية التي كفل القانون حمايتها، فإذا كان موضوع الاعتداء على الأموال في نطاق المعالجة الآلية للمعطيات ينصب على الحاسب ذاته وما يرتبط به من أسلاك وما يتصل به من ملحقات، فإنه لا يثير أية صعوبة في تطبيق النصوص الجنائية التقليدية كما سبق القول. لكون الأمر يتعلق بمال مادي منقول، أما إذا وقع الاعتداء على ما يتعلق بفن الحاسب الآلي " من برمجيات ونظم، فإن الأمر لا يخلو من

صعوبة.

ويعتبر الاحتيال الالكتروني على التنمية المالية لأشخاص. أحد أهم صور الاعتداء على أموال الغير. إذن ماذا نقصد بالاحتيال الإلكتروني على الذمة المالية للأشخاص؟ وما مدى كفاية النصوص التقليدية لمواجهةها؟

ثم كيف يمكن إثبات هذه الجرائم؟ وما هي إرهاباته؟

ومن أجل ذلك سوف نعمل على تقسيم موضوعنا هذا إلى: أوجه الاحتيال الإلكتروني على الذمة المالية للأشخاص - المبحث الأول ثم إثبات الاحتيال الإلكتروني على الذمة المالية للأشخاص وإرهاباته - المبحث الثاني.

المبحث الأول : أوجه الاحتيال المعلوماتي على الذمة المالية للأشخاص :

يعد احتيال المعلوماتي و أحد من أهم الجرائم التي ترتكب في مجال التكنولوجيا الحديثة. فقد أثبتت التجربة مؤخرًا أن التطور التكنولوجي الكبير أسفر عن ظهور البنوك الإلكترونية، والتحويل الإلكتروني للأموال، و أجهزة الصرف الآلي وماكينات البيع الآلي وغيرها من صور التطور التكنولوجي، قد أنشأ مجال خصبا للجريمة المعلوماتية ، ومن صور الاحتيال المعلوماتي على الذمة المالية للأشخاص : الغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال - المطلب الأول - ثم الاحتيال المعلوماتي في بطاقات الائتمان الممغنطة - المطلب الثاني -.

المطلب الأول : الغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال

وفي هذا الإطار سوف نتطرق إلى مفهوم الغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال - فقرة أولى - لننتقل بعد ذلك لتحدث على الغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني لأموال من حالات التشريع المغربي و بعض التشريعات المقارنة - فقرة ثانية .

فقرة أولى : مفهوم الغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال:

يعد الغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال واحدا من أهم حالات الاحتيال في قطاع البنوك، الذي يشهد مجموعة من الأشكال المختلفة للاحتيال التي يساهم الحاسب الآلي في تحقيقها على نحو كبير¹⁵¹²، ونذكر منها على سبيل المثال الاعتماد على الحاسب الآلي في خلق ضمانات وهمية للحصول على قروض، والتلاعب في أنظمة البنوك عن طريق العاملين بها بمساعدة الحاسب الآلي، فالاعتماد المتزايد في محيط المعاملات المالية على هذا النوع من التحويل ، بحيث أصبح نقل الأموال يتم بشكل أساسي عبر الحاسبات الآلية خالقا بذلك ما سمي بمجتمع اللانقود ، فتح المجال لسلسلة من التلاعبات التي يتم في أغلب حالاتها الاستيلاء على مبالغ مالية ضخمة¹⁵¹³. وغالبا ما يتم ولوج محترفي في نظم المعالجة الآلية للمعطيات إلى بيانات حساب الآخرين من خلال الحصول على كلمة المرور المدرجة في أنظمة الكمبيوتر الخاصة بالمجني عليهم، والحصول على المعلومات والبيانات المتعلقة بالأشخاص قد

¹⁵¹² - ليلي حمي " الإجرام المعلوماتي والقانون الجنائي " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص / كلية الحقوق

طنجة / 2007 - 2006 / ص 103 .

¹⁵¹³ - نائلة عادل محمد فريد قورة : " جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية ، دراسة نظرية و تطبيقية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، الطبعة

الأولى، 2005 ص 490

يتم من قبل العاملين في البنوك على إدخال هاته البيانات في ذاكرة الحاسوب أو من قبل المتواجدين في الشبكة العنكبوتية أثناء عملية تبادل المعطيات.

الغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال يتم بوسيلتين:

الوسيلة الأولى : وتسمى بـ " بيريك " وتكمن آلية عملها في إستقطاع بعض السنتيمات من الإبداعات الدورية ، وتحويلها إلى حسابات الجناة السرية .

الوسيلة الثانية : ويطلق عليها اسم " سلامي " وتكمن في تقنية اقتطاع مبالغ مالية صغيرة من حسابات بنكية ضخمة وتحويلها أليا عبر الفضاء الإلكتروني أي حسب الجناة الشخصية لاستخدامها فيما بعد¹⁵¹⁴.

فقرة ثانية : الغش المعلوماتي في أنظمة التحويل الإلكتروني من خلال التشريع المغربي وبعض التشريعات المقارنة :

لم يتطرق المشرع المغربي من خلال القانون رقم 07.03 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات إلى جريمة الغش المعلوماتي في مجال أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال¹⁵¹⁵، شأنه في ذلك شأن الكثير من القوانين الأجنبية، الأمر الذي كان له أثر كبير في وجود انقسام وتضارب في الآراء الفقهية. نتج عنه محاولات للتطبيق النصوص التقليدية على الصور المختلفة للغش المعلوماتي.

وفي هذا الإطار، فقد أثار التحويل الإلكتروني غير المشروع الأموال تطبيق النص الخاص بجريمة النصب أمام القضاء في كثير من الدول، إلا أن تطبيق النصوص الخاصة بجريمة النصب على الغش المعلوماتي في مجال التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال تعترضه بعض الإشكالات ، وتمثل أساسا في أن المشرع المغربي ومعها الفرنسي في ذلك يستلزم لقيام عناصر جريمة النصب أن يكون الجاني قد خدع إنسان مثل، ومن ثم لا يتصور وفقا لهذا الاتجاه خداع الحاسب الآلي بوصفه آلة¹⁵¹⁶.

كما أنه لقيام جريمة النصب كذلك ينبغي أن يكون تسليم المال قد تم بناء على الطرق الاحتمالية التي قام بها الجاني و المنصوص عليها في الفصل 540 من القانون الجنائي المغربي، فالاحتيال يسبق تسليم المال ومن ثم فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال تطبيق النص الخاص بجريمة النصب على حالات الاحتيال المعلوماتي التي تنطوي على تلاعبات بالبيانات المبرمجة أليا من أجل إخفاء ما تم الحصول عليه من أموال بطرق غير مشروعة.

وكتنتيجة منطقية لعجز النصوص التقليدية سواء المتعلقة بالنصب أو باقي الجرائم الأخرى، اتجهت بعض الدول إلى أفراد نصوص خاصة تجرم الغش المعلوماتي في مجال أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال بنص خاص ومن أمثلتها:

في الولايات المتحدة الأمريكية صدر على المستوى الفيدرالي قانون يتصل مباشرة بنظم التحويل الإلكتروني للأموال وهو قانون نظم التحويل الإلكتروني للأموال سنة 1978.¹⁵¹⁷

نفس الأمر ينطبق على المملكة المتحدة، التي تعاقب في المادة 15 من القانون الصادر سنة 1996 المتعلق بنظم

¹⁵¹⁴ - محمد امين احمد شوابكة : " جرائم الحاسوب و الأنترنت، الجريمة المعلوماتية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، الطبعة الأولى،

2004، ص 178

¹⁵¹⁵ - نائلة عادل محمد فريد قورة . مرجع سابق - ص 557 .

¹⁵¹⁶ - ليلى حمي - مرجع سابق - ص 104 .

¹⁵¹⁷ - ليلى حمي - مرجع سابق - ص 105 .

التحويل الإلكتروني للأموال كل من يحصد سن طريق الاحتيال على تحويل إلكتروني للأموال له أو للغير.

المطلب الثاني: الاحتيال المعلوماتي في بطاقات الائتمان المغنطة وأجهزة الصرف الآلي

سنحاول معالجة هذا المطلب من خلال فقرتين، نتناول في الأولى حالة الاحتيال في استعمال البطاقات الائتمانية من قبل صاحبها، وفي الفقرة الثانية، نتناول الاحتيال في استعمال البطاقة الائتمانية من قبل الغير.

فقرة أولى: الاحتيال في استعمال البطاقة الائتمانية من قبل صاحبها:

يتمثل الاستعمال التعسفي الغير المشروع للبطاقة البنكية من قبل صاحبها في شكلين اثنين على الشاكلة التالية:

1- إساءة استخدام بيانات البطاقة الائتمانية أثناء مدة صلاحيتها:

تتم إساءة استخدام بيانات بطاقة الدفع الالكترونية من قبل صاحبها عبر أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وشبكات الانترنت عن طريق دفع ثمن السلع والخدمات رغم علم الحبابي بأن رصيده غير كاف لتغطية هذه المبالغ، أو أن يقوم بإجراء تحويل إلكتروني من رصيد إلى آخر متجاوزا رصيده في البنك مصدر البطاقة.

وقد تأرجح موقف القضاء الفرنسي بخصوص تكييف هذا الفعل أمام غياب تشريع خاص حيث ذهبت بعض الأحكام إلى اعتبار الفعل سرقة، بينما ذهبت أحكام أخرى إلى اعتبار هذا الفعل من قبيل الطرق الاحتيالية التي تقوم بها جريمة النصب¹⁵¹⁸.

وقد تباينت مواقف الفقه في شأن تكييف الواقعة بين مؤيد ومعارض فقد عارض أغلبية الفقه اعتبار فعن صاحب البطاقة المتجاوز الرصيد نصب، استنادا إلى الجهاز المبرمج بواسطة البنك وهو القائم بالسماح للعميل بالسحب من عدمه، فإذا سمح الجهاز بتسليم النقود فلا تتوافر الطرق الاحتيالية لحمل الجهاز على تسليمه النقود، لأن العميل قد اتبع الطرق الاعتيادية لاستعمال البطاقة البنكية، ولم يحدث أن أستعمل طرق احتيالية لإقناعه بوجود ائتمان وهمي.

وينكر الفقه الآخر إضفاء وصف السرقة على الفعل، إذ أنه من المتعذر القول بأن حامل البطاقة قد اختلس المبالغ التي حصل عليها عن طريق بطاقته دون رضا البنك. كما ينكر أيضا هذا الفقه تطبيق وصف خيانة الأمانة، على هذا الفعل، حيث أنه وإن صح القول أن البطاقة تظل بمقتضى العقد ملكا للجهة المصدرة لها. وبإمكانها إلغاؤها و طلب استردادها في أي وقت يتعين على الزبون في هذه الحالة إعادتها وإلا اعتبر مرتكب الجريمة خيانة الأمانة، لأن الاختلاس أو التفريط الذين يكونان العنصر المادي لهذه الجريمة لا ينصب على البطاقة ولكن على مبلغ من المال لا علاقة له بذلك¹⁵¹⁹.

وقد أدانت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حائز بطاقة ائتمان وأداء استعمالها بصورة تعسفية استنادا للفصلين 540 و 547 المتعلقين بالنصب وخيانة الأمانة. غير أن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء لم ترى وجوب تطبيق الفصلين المذكورين وألغت بالتالي الحكم الابتدائي على أساس أن تلك الأفعال لا تشكل لا النصب ولا خيانة الأمانة، واعتبرت الفعل إخلال بالتزام تعاقدية¹⁵²⁰. وقد أثار بهذا الحكم صعوبة إدخال الاحتيال المعلوماتي في مجال بطاقات الائتمان في التجريم التقليدي.

2- الاستعمال غير المشروع لبطاقة ائتمان غير مقبولة من قبل حاملها :

¹⁵¹⁸ - ليلس حمي - مرجع سابق - ص 108-167.

¹⁵¹⁹ - ليلس حمي - مرجع سابق - ص 108.

¹⁵²⁰ - عبد اللطيف الشوقيري، الجريمة الالكترونية جرائم البطاقات البنكية، مجلة المراجعة، العدد 17، 2006 ص 56

إن عدم صلاحية بطاقة الائتمان قد يتأتى بسبب انتهاء مدة صلاحيتها أو بسبب قيام البنك بإلغائها وهذا لا بد من التطرق لكل حالة على حدة.

أ. الاستخدام غير المشروع للبطاقة المنتهية الصلاحية:

إن استخدام بطاقة بنكية منتهية الصلاحية وعدم إرجاعها إلى مصدرها أثار خلافا فقهيًا على مستوى التكييف، فكيفها البعض على أنها تشكل جريمة نصب، بتحقيق ركنها المادي، باستخدام بطاقة انتهت صلاحيتها مع عدم وجود رصيد كاف، وبالتالي يكيف على أنه وسيلة احتيالية الغرض منها إقناع التاجر بوجود رصيد وهمي لحامل البطاقة. في حين ذهب البعض الآخر إلى أنه قد تثور في هذه الحالة فكرة الجريمة المستحيلة.

ب. الاستعمال غير المشروع للبطاقة الممغاة:

إن القول بأن هذا الاستعمال يشكل جريمة النصب. لم يستسغه البعض نظرا لأن الكذب المجرد لا يشكل النصب لوحده بل لا بد من طرق احتيالية أخرى لها كيان مستقل عن الكذب وإنهاء الخلاف الفقهي حول مدى تحقيق الطرق الاحتياطية في حالة استعمال بطاقة وفاء غير مقبولة في فرنسا تم تكييف سلوك الفاعل، بأنه صفة غير صحيحة، فالغاء البطاقة يرفع عن مستعملها صفة الحامل المشروع. وهو ما يشكل اتخاذ صفة غير صحيحة تقوم به جريمة النصب. وفي المغرب نلاحظ تبني نفس الاتجاه الفرنسي، خصوصا إذا علما أن الفصل 540 ق.ج يقتضي أنه من بين الأفعال المكونة للنصب وجود فعل إخفاء وقائع صحيحة¹⁵²¹.

فترة ثانية: الاحتيال في استعمال البطاقة الائتمانية من قبل الغير:

ستتطرق من خلال هذه الفقرة لنقطتين، يمكن من خلالهما للغير أن يمارس عملية الاحتيال في استعمال البطاقة الائتمانية على الشكل الآتي:

أولا : استعمال البطاقة المزورة:

وضع المشرع المغربي بنصه على تجريم تزوير الوثائق المعلوماتية واستعمالها، في الفصل 7-607 من القانون رقم 03-07 المتعلق بالمرسوم بنظم المعالجة الآلية للمعطيات¹⁵²². حدا للجدال الفقهي والقضائي بشأن مدى اعتبار جريمة التزوير قائمة في حالة المعلومات المخزنة بطريقة الكترونية، ويكون بهذا قد وضع عقوبة لجريمة تزوير بطاقات الوفاء و استعمال بطاقات مزورة من قبل الغير¹⁵²³.

ثانيا : البطاقة المسروقة أو المفقودة:

لم تثر هذه الحالة خلافا في الفقه حول التكييف القانوني لها، حيث استقر الرأي على أن الجاني الذي يستعمل البطاقة المسروقة أو المفقودة لسحب النقود من أجهزة الصرف الآلي يسأل عن جريمة النصب. واستبعدت السرقة لأن التسليم الذي تم بعد إدخال البطاقة والرقم السري كان إراديا. في حين أن جريمة السرقة تنطوي على عنصر اختلاف من دون رضا المجني عليه مما يعني أنه يكون مسلوب الإرادة.

إن النتيجة التي يمكن الخروج بها من خلال هذا المطلب في وجود فراغ تشريحي ناتج عن قصور النصوص

¹⁵²¹ - ليلس حمي: مرجع سابق ص 110

¹⁵²² - هذه النقطة لن نطيل فيها نظرا لكونها موضوعا لعرض مستقل .

¹⁵²³ - انظر القانون رقم 07-03 المتعلق بالمرسوم بنظم المعالجة الآلية للمعطيات

التقليدية في تغطية بعض حالات الاحتيال المنصبة على بطاقات الائتمان المغنطة، وهذا الفراغ ينعكس بدوره على الاجتهادات الفقهية والقضائية، بحيث تتسم بالتضارب والتعارض فيما يخص هذا الموضوع.

**المبحث الثاني : اثبات الاحتيال المعلوماتي على الذمة المائبة للأشخاص وإرهاصاته:
المطلب الأول : وسائل الإثبات:**

فقرة أولي: إجراءات البحث والتحقيق في بيئة المعالجة الآلية للبيانات:

إذا كان الأصل أن المشرع الجنائي لم يحصر أدلة الإثبات تطبيقاً لمبدأ حرية الدليل، فإنه نظم كيفية استنباطها عن طريق إجراءات تتبع وصولاً لهذه الغاية ورتب البطلان على كل الأعمال والأحكام المناهية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو القواعد الإجرائية الأساسي¹⁵²⁴.

معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية : أن المعاينة في مثل هذه الحالة صعبة و غير ذات جدوى بسبب صالة الآثار المادية التي قد تتركها تلك الأفعال الم تكن منعدمة.

التفتيش في مجال الجريمة المعلوماتية : قانون م.ج بالرغم من حداثة لا يتضمن استجابة صريحة لمتطلبات البحث والتفتيش في قواعد المعطيات الآلية باستعمال الشبكة الشيء الذي يفسح المجال للجنات لإتلاف جميع المعطيات والأدلة الرقمية قبل السماح لأي وافد بالدخول إلى منزله أو مكتبه الإجراء التفتيش بداخله.

الحجز والضبط في بيئة الحاسب الآلي: ويجب أن تشمل عملية الحجز والضبط كل اللوازم والمعطيات المادية وغير المادية.

الشهادة مجال الجريمة المعلوماتية: ويقصد بالشاهد صاحب الخبرة والتخصص ويصطلح على هذه النوعية من الشهود مصطلح الشاهد المعلوماتي.

فقرة ثانية : سلطة القاضي الجنائي في قبول وتقييم الأندية الرقمية:

إذا كانت الأداة ليست سوى وسائل التواصل و البلوغ إلى الحقيقة يمكن من حيث المبدأ إقامتها أمام القضاء الجنائي وتأسيس اقتناع القاضي عليها مادامت مشروعة، إلا أن قبول ما يكون منها مستمداً من أنظمة الحاسبات الآلية كمخرجات الحاسب أو البنات المكتوبة على الشاشة تصادف في مختلف النظم الإجرائية صعوبات قانونية و عملية عدة.

ويعد نظام الاقتناع الذاتي للقاضي من أكثر الأنظمة شيوعاً في التشريعات الإجرائية ومن بينها المغرب بمقتضى المادة 286 من ق م ج¹⁵²⁵.

المطلب الثاني : صعوبات الإثبات:

إن أهم ما يميز جرائم تقنية المعلومات عامة و الاحتيال المعلومات على الأمة المالية خاصة هو صعوبة اكتشافها، و إذا اكتشفت فيصعب ملاحقتها و ضبطها و إثباتها ، ذلك أن الأدلة التقليدية لا تلائم إثبات هذه النوعية من الجرائم كما أن أجهزة العدالة تصطدم عند جمع الأدلة و ضبطها بتكنيك معلوماتي عالي الكفاءة يستخدمه الجناة لإخفاء جرائمهم و

¹⁵²⁴ - احمد ايت الطلب. تقنيات البحث وإجراءات المسطرة المتبعة في جرائم الانترنت المعلومات - الملف. عدد9 ص 25

¹⁵²⁵ - عبد الكريم غالي - الحماية الجنائية للمعلومات على ضوء القانون المغربي الملحق القضائي- ص 67

طمس ما قد يوجد من أدلة على ارتكابها¹⁵²⁶.

وترجع صعوبة إثبات جرائم الاحتيال المعلوماتي إلى خصائص هذه التقنية ذاتها وبصفة خاصة للسرعة الفائقة التي ترتكب بها ، وهو ما يسهل عملية اقترافها و طمس معالمها ومحو آثارها قبل اكتشافها، إذ يستطيع الجاني ارتكاب جريمته دون أن يترك وراءه أي أثر خارجي ملموس، وإذا وجد دليل على الإدانة بالإمكان تمييزه في ثوان معدودة، خاصة وأن المجرم المعلوماتي يتميز بالذكاء وبمهارة تقنية عالية، وعليه وللوقوف على مكامن صعوبات الثبات سنعمل على تقسيم هذا المطلب إلى الفقرات التالية:

فقرة أولى : الصعوبات المتعلقة بأدلة الجريمة:

تتسم الجرائم التي تقع على الحاسب الآلي و شبكات المعلومات بصفة عامة و خاصة منها الاحتيال المعلوماتي الواقع على الذمة المالية الغير بأنها غير مرئية في العديد من حالاتنا و صعوبة الوصول إلى الدليل و افتقاد الاثر المؤدية إليه في الفضاء المعلوماتي وسهولة محوه و تدميره في فترة زمنية قصيرة:

دليل غير مرئي : وهو من أهم الصعوبات التي تعترض أجهزة البحث و التحقيق يثبت هذه الجرائم ذلك أنها تقع على بيئة افتراضية غير مادية لا تعتمد التعاملات فيها أصلا على الوثائق والمستندات المكتوبة بل على نبضات الكترونية غير مرئية لا يمكن قراءتها بواسطة الحاسب¹⁵²⁷. فالمعطيات متداولة من صوت و صورة وكتابة سواء اتخذت شكل بيانات مجمعة أو برامج تتمثل كلها في شكل الكتروني يتجسد في وحدات حسابية و لا يترك التعديل أو التلاعب فيها أي أثر مما يقطع الصلة بين المجرم و جريمته و يعوق أو يحول دون كشف شخصيته¹⁵²⁸.

صعوبة الوصول إلى الدليل : يشكل استخدام تقنية التشفير لهذا الغرض أحد أكبر العقبات التي تعوق رقابة البيانات المخزنة أو المنقولة عبر حدود الدولة والتي تقلل من قدرة جهات التحري و التحقيق و الملاحقة على الاطلاع عليها، الأمر الذي يجعل حماية حرمة البيانات الشخصية المخزنة في مراكز الحاسبات والشبكات أو تلك المتعلقة بالأسرار الاقتصادية أمر بالغ الصعوبة.

سهولة محو الدليل : من الصعوبات التي يمكن أن تعترض عملية الإثبات سهولة محو الجاني أو تدميره لأدلة الإدانة في فترة زمنية وجيزة فضلا عن سهولة تنصله عن هذا العمل بإرجاعه إلى خطأ في نظام الحاسب أو الشبكة أو في الأجهزة.

افتقاد الآثار المؤدية للدليل : قد يتم في بعض العمليات إدخال البيانات مباشرة في نظام الحاسب الآلي دون تطلب وجود وثائق خاصة بالإدخال مثلا، بحيث أنه في مجال العمليات المالية قد يباشر المحاسب بعض العمليات الحسابية بغير حاجة إلى إدخالها كما هو الحال في احتساب الفوائد على الايداعات البنكية وقيدها آليا بأرصدة حسابات العملاء. وبهذا يكون من السهل اختلاس الأموال بإدخال بيانات غير معتمدة في أنظمة الحاسبات الآلية أو تعديل برنامجها أو البيانات المخزنة داخلها ، دون أن يترك أي أثر يشير الى حدوث هذا الإدخال أو التعديل.

¹⁵²⁶ - سعيد عبد اللطيف حسن: اثبات جرائم الكمبيوتر و الجرائم المرتكبة عبر الأنترنت ، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الأولى 1999

ص68.

¹⁵²⁷ - أسامة أحمد المناعسة ، بلال محمد الزعبي، هايل فاضل الهواوشة جرائم الحاسب الآلي والانترنت ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار وائل

للنشر، عمان، الطبعة الأولى ، 2001ص289

¹⁵²⁸ - عبد الله حسين علي محمود سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي ، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الثانية، 2002، ص 344

فقرة ثانية : صعوبات متعلقة بالعمل البشري:

نقص أجهزة متخصصة للتحري عن جرائم الاحتيال المعلوماتي على الذمة المالية للغير، حيث يتطلب كشف هذا النوع من الجرائم والاهتداء إلى مرتكبيها استراتيجيات خاصة متعلقة بالتحقيق والتدريب ومهارات خاصة تسمح بتفهم و مواجهة التقنيات المعلوماتية المتطورة، وأمام نقص الخبرة والتدريب كثيرا ما تخفق أجهزة الشرطة في تقدير أهمية هذه الجرائم

المعلوماتية بل إن المحقق قد يدمر الدليل بمحوه للبيانات المخزنة في الاسطوانات الصلبة عن خطأ أو إهمال أو نتيجة التعامل بخشونة مع الأقراص المرنة¹⁵²⁹.

لدا أصبح من الضروري استخدام أساليب وتقنيات تحقيق جديدة و مبتكرة لتحديد نوعية الجريمة المرتكبة و شخصية مرتكبيها وكيفية ارتكابها، ويستوجب على الشرطة القضائية التي هي إحدى أهم آليات العدالة الجنائية أن تستحضر دوما جانب تطوير أساليبها في البحث ومواكبة ما يستجد من تقدم في مجال الشرطة العلمية لدى نظيراتها في الدول المتقدمة. كما يلاحظ إغفال القاضي في تعليل حكمه عن ذكر النصوص المتعلقة بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات وهو ما يستتج من القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط عدد 884 بتاريخ 2006/9/11، والمتعلق بتزوير بطاقة الائتمان واستعمالها والولوج إلى أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال، وأوخذ المتهم من أجل ذلك بأربع سنوات حبا نافذا واستند القاضي في ذلك إلى فصول متفرقة منها الفصل 509 المتعلق بالسرقة - قرار غير منشور-.

عزوف المجني عليه عن التبليغ : و تلاحظ هذه الظاهرة أكثر لدى المؤسسات المالية كالبنوك و المؤسسات الادخارية و مؤسسات الاقتراض حيث تخشى مجانس أدارتها عادة من أن تؤدي الدعاية السلبية التي قد تنجم عن كشف هذه الجرائم أو اتخاذ الاجراءات القضائية إلى الإضرار بسمعتها ومكانتها وزعزعة الثقة فيها من جانب المتعاملين معها و انصرفهم عنها.

فقرة ثالثة : الصعوبات المتعلقة بالتعاون الدولي

بعد ظهور شبكة المعلومات لم يعد هناك حدود مرئية ولموسة تقف أمام نقل المعلومات عبر الدول المختلفة و التي قد تفصل بينها آلاف الأميال وقد تنقل بينها كميات كبيرة من المعلومات عبر الحواسب الآلية ويتم ذلك في ظرف وجيز جدا وهذا يؤدي إلى نتيجة مفادها أن أماكن متعددة في دول مختلفة تتأثر بالجريمة المعلوماتية في آن واحد لذا يستوجب التعاون الدولي للكشف عن تلك الجرائم و البحث عن مرتكبيها باعتماد وسائل الإثبات المناسبة لتأمين الحماية الجنائية للأنظمة والشبكات المعلوماتية من كل أشكال الاعتداء لكون الجريمة المعلوماتية لا تقف عند حدود جغرافية معينة.

والحقيقة أن هناك عقبات عديدة تقف أمام تحقيق ذلك و أبرزها ما يلي:

- عدم وجود مفهوم عام مشترك بين الدول حول نماذج النشاط المكون لجريمة الاحتيال المعلوماتي على الذمة المالية للغير.
- عدم الاتفاق على مفهوم عام حول التعريف القانوني للنشاط الذي يفترض الاتفاق على تجريمه.
- اختلاف مفاهيم الجريمة لاختلاف التقاليد القانونية وفلسفة النظم القانونية المختلفة.
- عدم التناسق بين قوانين الإجراءات المختلفة فيها يتعلق بالتحري والتحقيق في الجرائم المعلوماتية.
- تعقد المشاكل القانونية والفنية الخاصة بتفتيش نظام معلوماتي خارج حدود الدولة أو ضبط معلومات مخزنة

¹⁵²⁹ - هشام محمد فريد رستم الجوانب الاجرائية للجرائم المعلوماتية دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة اسبوط، طبعة 1994، ص28

فيه.

- عدم وجود معاهدات للتسليم أو التعاون الثنائي أو الجماعية بين الدول تسمح بالتعاون الدولي أو عدم كفايتها إن وجدت، لمواجهة المتطلبات الخاصة للجرائم المعلوماتية وديناميكية وسرعة التحريات فيها¹⁵³⁰.

خاتمة :

صفوة القول، ففي اعتقادنا فإنه وبالرغم من المجهودات الجبارة المبذولة إن على الصعيد الوطني أو الدولي لمكافحة الإجرام المعلوماتي، فإننا نعتقد أن النصوص القانونية، سيما تلك المتعلقة بجانب البحث والتحقيق، لم تواكب بعد التطور الذي عرفه - ونعرفه - هذا النوع من الإجرام، بل التطور الإجرامي في البيئة المعلوماتية يسير بسرعة كبيرة قد لا تواكبه القنوات التشريعية التقليدية عن سن النصوص ووضعها والمصادقة عليه ونشره في الجريدة الرسمية عدت تحولات في ميدان الإجرام المتطور، وهو ما سيجعلنا في دوامة مفرغة بين ظهور نمط جديد من الأفعال المضرة، سيما في مجال المعلومات، وبين وضع النصوص التشريعية الملائمة.

لائحة المراجع:

الكتب :

- ✓ أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزعبي، صايل فاضل الهواوشة: "جرائم الحاسب الالي و الأتريتي دراسة تحليلية مقارنة"، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2001.
- ✓ سعيد عبد اللطيف حسن: "إثبات جرائم الكمبيوتر و الجرائم المرتكبة عبر الانترنت"، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 1999.
- ✓ عبد الله حسين علي محمود: "سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي"، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، 2002.
- ✓ محمد أمين أحمد شوابكة: "جرائم الحاسوب و الانترنت، الجريمة المعلوماتية"، مكتبة دار الثقافة للنشر و توزيع عمان، الطبعة الأولى، 2004.
- ✓ نائلة عادل محمد فريد قورة: "جرائم الحاسب الالي الاقتصادية، دراسة نظرية و تطبيقية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.
- ✓ هشام محمد فريد رستم: "الجوانب الاجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة"، مكتبة الآلات الحديثة أسيوط، طبعة 1994.

¹⁵³⁰ - ضياء نعمان، مرجع سابق، ص 348.

المقالات :

- ✓ احمد ابن الطلب: تقنيات البحث واجراءات المسطرة المتبعة في جرائم الانترنت المعلومات "مجلة الملف، عدد9 نونبر 2006.
- ✓ عبد اللطيف الشوقبري: " الجريمة الالكترونية جرائم البطاقات البنكية"، مجلة المرافعة، العدد 117 2006.
- ✓ عبد الكريم غالي : "الحماية الجنائية للمعلومات على ضوء القانون المغربي " مجلة الملحق القضائي، عدد 34، مارس 2002.

الرسالات :

- ليلي حمي: " الإجرام المعلوماتي و القانون الجنائي ،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، طنجة ، السنة الجامعية 2006-2007

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitentreprise.com



محور التعليق على القرارات القضائية

تعليق على حكم محكمة التمييز القطرية الدائرة المدنية والتجارية

رقم 212 / 2011 تاريخ الجلسة 28/02/2012

د. شاكرا المزوغي

كلية القانون - جامعة قطر

المقدمة

الفسخ كما هو معلوم هو الأثر المترتب على عدم قيام أحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين بتنفيذ التزامه¹⁵³¹. ومن ثمّ إذا أُخْلَّ صاحب العمل أو العامل بأيّ من الالتزامات الملقاة على عاتقه فإنّه يصبح من حق الطرف الآخر أن يطالب بفسخ العقد¹⁵³². والأصل ألاّ يقع الفسخ بالإرادة المنفردة للعاقِد، بل لا بدّ من اللّجوء إلى القضاء للحكم به، إلاّ إذا كان هناك شرط فاسخ صريح في العقد يعطي أحد المتعاقدين أو كلاهما الحق في اعتبار العقد مفسوخاً بقوة القانون دون حاجة لحكم أو إنذار¹⁵³³.

1531. جابر محجوب علي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون القطري، (المصادر الإرادية وغير الإرادية، منشورات جامعة قطر، 2016، محمود السيد عبد المعطي خيال، النظرية العامة للالتزام في القانون القطري، المجلد الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1991، عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، (دراسة مقارنة)، دار الكتب العربية، بيروت، 2015، علي نجيدة ومحمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني القطري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات جامعة قطر، 2011،

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, Les effets du contrat, L.G.D.J., 3ème édition, Paris, 2001 ; MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), Droit des obligations, L.G.D.J., 10ème édition, Paris, 2018 ; CARBONNIER (J.), Droit civil, Tome 4, Les obligations, PUF, 22ème édition, Paris, 2000 ; CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 7ème édition, Paris, 2005 ; GENICON (Th.), La résolution du contrat pour inexécution, L.G.D.J., Paris, 2007.

1532. علي حسين نجيدة، الوافي في قانون العمل القطري، منشورات جامعة قطر، 2017، محمد لبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، مكتبة الوفاء القانونية، 2010، سمير يوسف البهي، قانون العمل القطري، عقد العمل الفردي، النص، الشرح، الأحكام، دار الفكر القانوني، المنصورة، 2013، زكية الصافي، قانون الشغل، عقد الشغل، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006،

DANGAREITH (I), La résiliation judiciaire du contrat de travail, Dr. Sc. 1992, p.805 ; GHESTIN (J.) et LANGLOIS (Ph.), Droit du travail, Editions Sirey, Paris, 1981.

1533. عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، المنهل، 2010، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2000، محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الثاني، دراسة مقارنة في ضوء تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2018، مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، منشورات دار القلم،

إلا أن قانون العمل خرج على هذه القواعد العامة¹⁵³⁴، حين أعطى للعامل ولصاحب العمل الحق في فسخ عقد العمل بإرادته المنفردة، عند إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه¹⁵³⁵. وهو ما يفسر أن اللجوء إلى الفسخ القضائي للعقد في قانون العمل نادر في فقه القضاء ذلك أن المشرع يقرّ بإمكانية نقض العقد بالإرادة المنفردة دون حاجة إلى المرور بالجهاز القضائي. لهذا لا نجد القاضي¹⁵³⁶ يتدخل إلا لاحقا بعد أن يتم إنهاء العقد حيث يتمثل دوره أساسا في مراقبة الصبغة التعسفية أم لا لإنهاء العقد¹⁵³⁷. وفي هذا الإطار يتنزل حكم محكمة التمييز رقم 2011.212 والصادر عن الدائرة المدنية والتجارية لمحكمة التمييز القطرية بتاريخ 2012.02.28.¹⁵³⁸

وتتمثل وقائع هذا الحكم في فصل عامل عن عمله لارتكابه خطأ تسبّب في خسارة جسيمة للشركة. فأقام العامل دعوى ضد الشركة مطالبا بالتعويض عن فصله التعسفي على أساس أن الفصل حصل بدون مبرر. فأقرت المحكمة بقبول الدعوى. فاستأنفت الشركة على أساس ان العامل ارتكب مخالفة تمثلت في حرمان الشركة من تحصيل قيمة صفقة نفذها العامل وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بالتعويض عن الفصل التعسفي. فطعن المدعي في الطور الابتدائي في الحكم الاستئنافي بطريق التمييز ناعيا عليه إقرار الطرد التعسفي دون التثبت في مدى توفر خطأ في جانب العامل. وهو ما اعتبرته محكمة التمييز كافيا لتمييز حكم محكمة الاستئناف.

ومن ثم فإن السؤال الذي يطرحه هذا الحكم يتمثل فيما يلي: ما هو النظام القانوني لفسخ عقد العمل نتيجة خطأ العامل تسبّب في خسارة جسيمة لصاحب العمل؟

من خلال هذا الحكم يمكن ان نستخلص أن محكمة التمييز أقرت ضرورة إثبات خطأ جسيم في جانب العامل لفسخ عقد العمل (المبحث الأول) في حين اعتبرت إجراءات الفصل ثانوية ذلك أن الاخلال بها لا يؤثر على شرعية فصل العامل (المبحث الثاني)

دمشق، الطبعة الثانية، 2004 ؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980؛ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، تونس، 1993. 1534. المادة 49 من القانون رقم (14) لسنة 2004 بإصدار قانون العمل: " إذا كان عقد العمل غير محدد المدة، جاز لكل من طرفيه إنهاؤه دون إبداء الأسباب..." والمادة 51 من نفس القانون: " يجوز للعامل أن ينهي عقد العمل قبل انتهاء مدته إذا كان محدد المدة، ودون إعلان صاحب العمل إذا كان غير محدد المدة...في أي من الحالات التالية: 1. إذا أخلّ صاحب العمل بالتزاماته المقررة بموجب عقد العمل أو بموجب أحكام هذا القانون.. " والمادة 61 من نفس القانون: " يجوز لصاحب العمل أن يفصل العامل دون إنذار...في الحالات التالية..."

1535. حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، الطبعة الثالثة، 1983؛ عبد الناصر العطار، شرح أحكام قانون العمل، 1989؛ عبد الرزاق يس، الوسيط في شرح قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، 1992؛ فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، 1985؛ حسام الدين الأهواني، شرح قانون العمل، 1991؛ إسماعيل غانم، قانون العمل، مطبعة كريدية، بيروت، 1963؛ علي العريف، شرح قانون العمل، القاهرة، 1963؛ محمد حلمي مراد، قانون العمل، مطبعة النهضة، القاهرة، 1950.

1536. النوري مزيد، القاضي وقانون الشغل، منشورات رؤوف يعيش، تونس، 2002.

1537 . POUSSON (A.), La volonté du salarié de rompre le contrat de travail, in De la volonté individuelle, Presses Universitaires de Toulouse et L.G.D.J., 2018, p. 285 ; ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M-N.), Le juge et le contrat de travail, Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat, L.G.D.J., Paris, 2014 ; BENTO DE CARVALHO (L.), L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique, L.G.D.J., Paris, 2018.

1538. يمكن الاطلاع على نص الحكم على موقع الميزان القطري، البوابة القانونية القطرية.

المبحث الأول: خطأ العامل شرط أساسي لفسخ عقد العمل

بالرجوع إلى حكم محكمة التمييز يتبين أن المحكمة أكدت المبدأ القاضي بشرعية فصل العامل متى أثبت رب العمل ارتكاب العامل لخطأ نشأ عنه خسارة جسيمة لصاحب العمل (المطلب الأول). إلا أن تقدير الخطأ من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اثبات رب العمل خطأ العامل

أكدت المحكمة على ضرورة أن يثبت رب العمل ارتكاب العامل لخطأ نشأ عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل لكي يعتبر فصل العامل من العمل جزاء تأديبيا شرعيا. ومن ثم فإن المحكمة تكون قد طبقت بصفة صحيحة المادة 261 من القانون رقم 14 لسنة 2004 والتي تقيّد فصل العامل بارتكابه "لخطأ نشأت عنه خسارة جسيمة لصاحب العمل".

وهو ما يستنتج معه أن اثبات الخطأ يقع على كاهل صاحب العمل الذي عليه أن يثبت أن ما صدر عن العامل يشكل خطأ وأن هذا الخطأ قد تسبّب له في خسارة وأن هذه الخسارة اتسمت بالجسامة. وهي العناصر التي تقوم على أساسها المسؤولية المدنية أي الخطأ، الضرر والعلاقة السببية بينهما¹⁵³⁹.

إنّ تحليل موقف محكمة التمييز يستشف منه أنّ هذه الأخيرة تقيّد شرعية فصل العامل بوجوب اثبات رب العمل لخطأ ارتكبه العامل والعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي لحق صاحب العمل. "يبين الخطأ الذي ارتكبه... وما تبعها من خسارة ألت بالمطعون ضدها".

لكن السؤال الذي يطرح بمناسبة هذا الحكم هو متى يشكّل الفعل الصادر عن العامل خطأ ومتى يمكن وصفه بالجسامة حتى يجيز فسخ عقد العمل بالإرادة المنفردة لصاحب العمل؟

بالرجوع إلى وقائع الحكم يتبين أن المطعون ضدها اكتفت أمام محكمة الاستئناف بالإشارة إلى أن العامل ارتكب مخالفة تمثلت في تنفيذ صفقة بيع دون تحصيل قيمة الصفقة. في حين تمسك العامل بأن الشركة لم تقدّم ما يفيد الخطأ وإنه لم يتم الصفقة إلا بعد موافقتها باعتباره تابعا لها، كما أنه لا يملك التوقيع على العقد أو تحصيل مبالغ البيع.

فإلى أي مدى يمكن اعتبار الأفعال المنسوبة للعامل مكونة لخطأ وتوجب الفصل عن العمل دون إنذار ودون منح مكافأة نهائية الخدمة؟

بعبارة أخرى هل يمكن اعتبار ادعاءات الشركة أمام محكمة الاستئناف كافية لإثبات ارتكاب العامل خطأ نتج عنه خسارة جسيمة للشركة؟

1539. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثامن، عقد العارية. عقد المقاولة. التزام المرافق العامة عقد العمل، المواد 635. 698، دار محمود، القاهرة.

أجابت محكمة التمييز عن هذا السؤال بقولها إن ما ادّعتته الشركة أمام محكمة الاستئناف لم يبين الخلل في أداء الطاعن أو الخطأ الذي ارتكبه في إتمام الصفقة وما تبعها من خسارة ألّت بالمطعون ضدها. وهي بذلك تعطي تعريفاً جديداً لمفهوم الخطأ. حيث أنّها تعتبر أنّ خطأ العامل يتمثل في "الخلل في الأداء".

وتبعاً لذلك قامت محكمة التمييز تطبيقاً لهذا المفهوم للخطأ "بالتثبت" في مدى قيام الشركة في الطور الاستثنائي بإثبات الخلل في أداء العامل واعتبرت أنّ المستأنفة لم تقدم "تبريراً مقبولاً" أي أنّ الشركة لم تثبت وجود خطأ في جانب العامل وأنّه كان على محكمة الاستئناف عدم اعتبار ما صدر عن العامل خطأً تسبّب في خسارة جسيمة للشركة. وبناءً عليه فإنّ العامل يكون قد ارتكب خطأً إذا اتسم الفعل الذي قام به¹⁵⁴⁰ بخلل في الأداء. فكيف يمكن تقييم هذا التعريف الذي قدمته محكمة التمييز للخطأ الموجب لفصل العامل؟

إنّ المفهوم الذي قدّمته المحكمة بالرغم من وضوحه الظاهري إلاّ أنّه لا يساهم في إبراز المقصود بخطأ العامل. وبالرجوع إلى المادة 61 من القانون فإننا نلاحظ أنّ المشرع القطري لم يقدّم تعريفاً لخطأ العامل بل اكتفى بتقديم مجموعة من الحالات التي يمكن أن تشكّل خطأً يجيز فصل العامل دون إنذار ودون مكافأة نهائية الخدمة. وبالاطلاع على هذه الحالات التي وردت على سبيل الحصر وعددها عشرة فإنّه يمكن القول بأنّه لا يجوز للقاضي التوسع فيها كما يمكن تقسيمها إلى صنفين:

أما الصنف الأول فإنّه يضم جميع الحالات المذكورة بالمادة 61 باستثناء الحالة الثانية وتتشرك هذه الحالات التسعة في عدم اشتراط حصول خسارة جسيمة لصاحب العمل لقيام خطأً في جانب العامل. أما الصنف الثاني والذي يقتصر على حالة وحيدة ألا وهي الحالة الثانية فهي تتمثل في ارتباط الخطأ الذي صدر عن العامل بحصول خسارة جسيمة لصاحب العمل. وهو ما يدفعنا إلى تنسيب المعيار أو التعريف الذي قدمته محكمة التمييز من خلال تعريفها الخطأً بكونه إخلالاً في الأداء في حين أنّه وبالرجوع إلى مختلف الحالات المذكورة بالمادة 61 يصعب إثبات خلل في الأداء في بعض الحالات المذكورة

ويمكن أن نذكر تدعيماً لذلك وعلى سبيل المثال لا الحصر الحالتين الأولى والعاشره والثتان بالتمحيص فيهما يتبين بوضوح أنّ لا علاقة لهما بالخلل في الأداء باعتبار أنّ الخلل في الأداء يحيلنا إلى طريقة القيام بالعمل كأن يقع إنجازه بكيفية مخالفة لما كان يجب على العامل القيام به من حيث الوقت المخصص للإنجاز مثلاً أو المواد المستهلكة أو جودة الإنتاج أو خلافاً لتعليمات صاحب العمل أو غيره ممن لهم سلطة الرقابة الفنية على العامل... إلى غير ذلك من العناصر المتدخلة في عملية الإنتاج. ويعتدّ في تقدير ذلك بمعيار موضوعي أي حسب معيار العامل العادي على ضوء ما يتوفر لديه من إمكانيات. وبالتالي فإنّ المحاولة التي قامت بها محكمة التمييز لتعريف خطأ العامل وإن وضعت لبنة في بناء هذا التعريف فإنّه يجب تدعيمها بمحاولات أخرى من خلال مزيد من الوضوح في أحكام لاحقة.

1540. ولئن لم تشر محكمة التمييز صراحة لذلك لكن من باب التأويل يمكن أن نضيف الامتناع عن القيام بفعل.

وبتطبيق هذا التعريف على قضية الحال فإن المحكمة انتهت إلى غياب أي خلل في أداء العامل باعتبار أن العامل لم يتم الصفقة إلا بعد موافقة صاحب العمل باعتباره تابعاً له، كما أنه لا يملك التوقيع على العقد أو تحصيل مبالغ البيع. وهو ما ينفي قيام خطأ في جانبه.

ولئن حاولت محكمة التمييز من خلال هذا الحكم توضيح مفهوم الخطأ إلا أنها فوتت بالمقابل فرصة توضيح المقصود بعبارة الخسارة الجسيمة الناتجة عن الخطأ وربما يكون ذلك راجع لكون هذا المفهوم متداول جدا في النصوص القانونية وفي فقه القضاء مما يعفي المحكمة من تعريفه إما تفاديا للتكرار أو تجنباً لخلق التباس. إلا أنه ولئن كان تحديد مفهوم الخسارة التي قد تلحق بصاحب العمل يمكن أن نطبق عليه المفهوم العام والمتمثل في ما فات المتعاقد من ربح وما كان يمكن تفاديه من خسارة¹⁵⁴¹ إلا أن الصبغة الجسيمة للخسارة أو تقدير درجة الخسارة قد تختلف من عقد إلى آخر وكان على محكمة التمييز انتهاز قضية الحال لتوضيح المقصود بالخسارة الجسيمة.

وتبرز الحاجة من تحديد المقصود بالخسارة الجسيمة في ضرورة وضع ضوابط لسلطة صاحب العمل عند فصل العامل تفاديا للتعسف في ممارسة هذا الحق. لذلك فإنه يؤخذ على محكمة التمييز عدم قيامها بذلك عند النظر في قضية الحال.

ويمكن أن نذكر على سبيل المثال أن محكمة التعقيب الفرنسية تعتبر أن خطأ العامل يكون جسيماً إذا كان يستحيل معه مواصلة العلاقة التعاقدية¹⁵⁴². إلا أن هذا التعريف الذي استقر عليه فقه القضاء الفرنسي وبالرغم من وضوحه لا يسلم من النقد نظراً لقصوره عن تقديم تعريف حقيقي واضح. فهذا التعريف يفتقد للنجاعة حيث أنه يعرف الخطأ الجسيم الذي يبرر إنهاء عقد العمل بالخطأ الذي يستحيل معه مواصلة عقد العمل! وهي عبارات عامة ولا تقدم أية إضافة للمفهوم ولا تساهم بالخصوص في توحيد الاجتهادات القضائية حول هذا المفهوم. بالإضافة إلى أن هذا التعريف يتعلّق بالخطأ الجسيم للعامل لا بالخسارة الجسيمة لصاحب العمل. فهل أن الأمر يتعلق بنفس الشيء أم يوجد فرق بينهما؟

للتمييز بينهما يمكن القول أن الخطأ الجسيم يتعلّق بخطورة أو فداحة الفعل المرتكب في حين أن الخسارة الجسيمة تخصّ درجة أو قيمة الضرر الحاصل لصاحب العمل. ومن ثمّ فإنه يمكن للخطأ أن يكون جسيماً دون أن تترتب عنه بالضرورة خسارة جسيمة لصاحب العمل¹⁵⁴³ ومثال ذلك الحالات الأولى أو الثالثة أو العاشرة الواردة بالمادة 61 من القانون والتي ولئن كانت من صنف الأخطاء الجسيمة والتي تجيز فصل العامل دون إنذار ومكافأة نهاية الخدمة إلا أنه لا يترتب عنها بالضرورة خسارة جسيمة. إلا أن ذلك لا ينفي وجود بعض الحالات الأخرى التي قد يلتقي فيها الخطأ الجسيم مع الخسارة الجسيمة ومثال ذلك إفشاء العامل لأسرار المنشأة التي يعمل بها مما نتج عنه أن فقد صاحب المنشأة بعض عملائه... الخ. بالإضافة إلى أن حصول خسارة جسيمة قد تكون مؤشراً أو دليلاً لإثبات وجود خطأ جسيم. إلا أن هذه

1541. المادة 201 من القانون المدني القطري.

1542. Cass. Soc. Fr. 26 février 1991, n°88-44908 et constamment rappelé par la Cour de Cassation française. V° à titre d'exemple Cass. 24 mars 2010.

1543. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه الواردة في قانون العمل، القاهرة، 1979.

العلاقة ليست ضرورية بل تنتفي في غالب الحالات المشار إليها في المادة 61. خاصة وأن المشرع لم يشترط إثبات حصول ضرر لصاحب العمل نتيجة خطأ ارتكبه العامل سواء كان ضرراً بسيطاً أو جسيماً.

وفي هذا الإطار يمكن التساؤل إن كان إثبات الخطأ كاف لإضفاء الشرعية على فصل العامل أم لا بدّ إلى جانب ذلك من إثبات حصول ضرر. وهو ما لم تقم به محكمة التمييز في هذا الحكم نظراً ربّما لأن المسألة تتعلق بالفقرة الثانية من المادة 61 والمتعلقة بحصول خسارة جسيمة لصاحب العمل وهو ما يعني بالضرورة ثبوت ضرر في جانبه. إلا أن السؤال يظلّ مطروحاً بخصوص اشتراط وقوع ضرر لصاحب العمل نتيجة الخطأ الصادر عن العامل وكان من الممكن أن تقوم المحكمة عند تعرّضها لمسألة الخسارة الجسيمة انتهاز الفرصة لإبداء موقفها حول هذه المسألة الشائكة. بعبارة أخرى هل يعتبر فصل العامل نتيجة خلل في الأداء غير تعسفي ولم لم يترتب عن هذا الإخلال ضرر لصاحب العمل؟ بالرجوع إلى المادة 61 من القانون، يمكن القول أن المشرع، باستثناء الحالة الثانية، فإنه لم يشترط عنصر الضرر وهو بذلك يكون قد رتب عن خطأ العمل في صورة إثباته - مسؤولية مدنية تمثلت في فسخ العقد بالرغم من عدم حصول ضرر للمتعاقد معه. وهو ما قد يبدو مجحفاً بحق العامل في بعض الحالات على غرار إدانة العامل بحكم نهائي في جريمة ماسة بالشرف أو ادعائه جنسية غير جنسيته. ففي هذه الأمثلة المذكورة بالإضافة إلى غياب العلاقة بين هذه الأفعال والخلل في الأداء، فإن حصول الضرر لصاحب العمل نتيجة لهذه الأعمال غير مؤكد أو كذلك إفساء بعض أسرار المنشأة قد لا يترتب عنه بالضرورة حصول ضرر لصاحب العمل أو للمنشأة. أو كذلك مخالفة العامل لبعض تعليمات السلامة قد يكون نتيجة إثباته عدم تحقيق قواعد السلامة الموجودة بالمنشأة للغرض من حيث تهديدها لسلامته أو سلامة العمال الآخرين.

يبدو أن المشرع قد تغافل عن هذه التفاصيل المهمة في تقدير قيام مسؤولية العامل مكتفياً بإقرار جزاء الفسخ ربّما على أساس قرينة الخطأ في جانب العامل في كل هذه الحالات وهو ما يتنافى وقواعد العدالة خاصة وأن العامل هو الطرف الضعيف في العقد ويسهل على صاحب العمل ادعاء وجود هذه الأسباب. وبالتالي فإن اشتراط حصول الضرر لصاحب العمل قد يشكل خير ضمان قانوني ضد تعسف صاحب العمل عند فصل العامل. وهو ما يترتب عنه عدم شرعية فصل العامل إلا في صورة إثبات صاحب العمل لخطأ ارتكبه العامل مع ضرورة إثبات حصول ضرر لصاحب العمل نتيجة لذلك الخطأ مع الدعوة إلى ضرورة توضيح مفهوم الخطأ لتوحيد الاجتهادات القضائية.

ومن خلال هذا التحليل للمادة 61 من القانون تبرز الحاجة للدور التفسيري لمحكمة التمييز من خلال الأحكام التي تصدرها وهو ما يدفعنا إلى القول بأنه كان عليها بمناسبة قضية الحال تحديد المقصود بالخسارة الجسيمة التي تصيب صاحب العمل نتيجة خطأ ارتكبه العامل حتى يعتبر فصله غير تعسفي خاصة وأن المحكمة تعرضت لمسائل يمكن اعتبارها خارجة عن نطاق اختصاصها ألا وهي تقدير خطأ العامل في حين أن ذلك يعدّ من مسائل الواقع التي تستقلّ محكمة الموضوع بتقديرها.

المطلب الثاني: تقدير الخطأ من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها بالرجوع إلى الحكم يتبين أن المحكمة تقرّ بأنّ " تقدير قيام المبرر لفصل العامل لأي سبب من الأسباب الواردة بالمادة (61) ... هو من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها" وهو ما أكدّه الفقه واستقرّ عليه فقه القضاء¹⁵⁴⁴

إلا أنها تستدرك وتقيّد سلطة محكمة الموضوع بضرورة "أن تورد الأسباب السائغة لما انتهت إليه" وكأنّ محكمة التمييز بهذا الاستدراك قامت بالتمهيد للولوج إلى مجال اختصاص محكمة الموضوع على أساس أنّ تدخلها سوف يكون فقط لمراقبة مدى احترام محكمة الموضوع للشرط المتمثل في ذكر الأسباب التي دفعتها للقول بوجود خطأ.

وتأكيداً لهذا القول نجد محكمة التمييز مباشرة بعد التأسيس لتدخلها في مجال اختصاص محكمة الموضوع، تشرع في تقييم ما وقع تقديمه من حجج ومن حجج مضادة ضاربة عرض الحائط مبدأ الفصل في الاختصاص بين محاكم الموضوع ومحكمة القانون¹⁵⁴⁵.

"وإذ كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم مسؤوليته عما شاب الصفقة المنسوب إليه عدم اتخاذه الحيطة بشأنها وعدم تحصيل قيمتها، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى رفض طلب الطاعن للتعويض عن فسخ عقد العمل على سند من مجرد عدم تحصيل قيمة الشيكين عن الصفقة،

1544. أحمد أبو شنب، شرح قانون العمل، دار الثقافة، عمان، 2006؛ عامر محمد علي، شرح قانون العمل الأردني، المركز القومي للنشر، 1999؛ هيثم المصاروة، المنتقى في شرح قانون العمل، دار الطامد، عمان، 2008؛ رمضان جمال كامل، شرح قانون العمل الجديد، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الخامسة، 2008؛ يحيى عبد الودود، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1989؛ السيد محمد عمران، شرح قانون العمل الكويتي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1997؛ فريدة العبيدي، السلطة التأديبية لصاحب العمل، دار الكتب القانونية، مصر، 2008؛ حكم محكمة التمييز القطرية، رقم 2008/105 بتاريخ 2008/12/16، طعن مصري، رقم 34، جلسة 1999/02/25؛ تمييز أردني رقم 2009/2220، بتاريخ 2009/12/24، منشورات مركز عدالة، تمييز أردني رقم 2009/2184، بتاريخ 2009/04/23، منشورات مركز عدالة، تمييز أردني رقم 2007/469، بتاريخ 2007/05/31، منشورات مركز عدالة، تمييز أردني رقم 2004/1303، بتاريخ 2004/10/20، منشورات مركز عدالة، Cass. Soc. Fr. 9 avril 1987, n°84-40. 461 Bull. Civ. V, n°204; Cass. Soc. Fr., 26 juin 1991, n°90-41. 219, Bull. Civ. V, n°329, Cass. Soc. Fr. 25 octobre 2017, n° 16-11. 173, Bull. Civ. V, n°529.

1545. تعقيب مدني تونسي عدد 22538 مؤرخ في 8 ماي 2003، نشرية محكمة التعقيب، 2003، ص. 292؛ تعقيب مدني تونسي عدد 10352 مؤرخ في 23 أكتوبر 2003، نشرية محكمة التعقيب، 2003، ص. 233؛ تعقيب مدني تونسي عدد 6454 مؤرخ في 2 أكتوبر 2003، نشرية محكمة التعقيب، 2003، ص. 255؛ تعقيب مدني تونسي عدد 17711 مؤرخ في 6 أكتوبر 1987، نشرية محكمة التعقيب، 1987، ص. 231؛ Cour de cassation française, Rapport annuel, 23 mai 2014, p.2 dans lequel il est affirmé « elle ne juge pas les faits » ; BORE (J.) et BORE (L.), La cassation en matière civile, Dalloz, 4ème édit., Paris, 2008-2009 ; Centre National de Recherche de Logique, Le fait et le droit, Etude de logique juridique, Bruylant, Bruxelles, 1961 ; CORNU-THENARD (N.), La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 2, 2011 ; DEA de droit privé fondamental, Université Montpellier 1, Promotion 1999-2000, La distinction du fait et du droit au regard des cas d'ouverture à cassation, Cahiers de l'Ecole doctorale, Mélanges DEA, Faculté de Droit de Montpellier, n°2, novembre 2001 ; KERNALEGUEN (F.), L'extension du rôle des juges de cassation, Thèse de doctorat, Université de Rennes, 1979 ; VIDALIN (J.), Le droit et le fait, Remarque sur l'articulation du procès romain, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Bordeaux, n°8, 1975.

وهو ما لا يصلح بمجرد تبريراً مقبولاً لفسخ العقد طالما لم يبين الخلل في أداء الطاعن الذي أدى إلى عدم تحصيل الشيكين عن الصفقة أو الخطأ الذي ارتكبه في إتمام الصفقة وما تبعها من خسارة أُلْت بالمطعون ضدها".

فبعد أن ذُكرت المحكمة بالمبدأ " تقدير قيام المبرر لفصل العامل لأي سبب من الأسباب الواردة بالمادة (61) سالفه البيان هو من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها" قامت مباشرة بخرقه وهو ما يمثل تناقضاً صارخاً في موقفها صلب هذا القرار خاصة وأن هذا الجزء من الطعن دون غيره من الطعون هو الذي اكتفت به المحكمة لتمييز الحكم الاستثنائي. في حين أنه كان بإمكان محكمة التمييز انتهاز فرصة القضية المعروضة لإبداء رأيها في بعض المسائل القانونية التي يطرحها تطبيق قانون العمل لسنة 2004 على غرار مفهوم الخسارة الجسيمة وهو مفهوم يختلف من شخص لآخر ومن منشأة لأخرى.

إنّ الحكم الصادر عن محكمة التمييز يطرح إشكالا يتمثل في قبول الاثبات من عدمه واستخلاص النتائج المترتبة عن ذلك للقول بشرعية أو بالطابع التعسفي لفصل العامل نتيجة خطأ تسبب في خسارة جسيمة لصاحب العمل.

ويبدو أنّ محكمة التمييز جانبت الصواب في هذا الجانب من الحكم نتيجة تأثرها بالأدلة المعاكسة التي قدّمها في الطور الاستثنائي الطاعن وكلفت نفسها عناء البحث في وسائل الاثبات المقدّمة من الشركة وكذلك الوسائل المضادة والنظر في مدى "صلوحيه" ما قدّمته الشركة في الطور الاستثنائي لإثبات خطأ العامل وذهبت محكمة التمييز إلى حدّ تغليب حجج على حجج أخرى واعتبار ما قدّم من حجج غير مبرر لقبول الفسخ.

وبذلك تكون محكمة التمييز قد حادت عن وظيفتها الأصلية وهي مراقبة حسن تطبيق القانون. فهي لم تكتف بمراقبة مدى احترام محكمة الاستئناف للشرط القانوني لشريعة الفصل كما كان يتوجّب عليها بل قامت بالتأكد بنفسها من مدى صلوحيه الحجج المقدّمة لإثبات الخطأ أي تقدير فعل العامل وهل يرتقي أم لا لدرجة الخطأ الموجب للفصل دون إنذار ولا مكافأة بالرغم من أنها أكّدت في حيثيات الحكم على أنّ تقدير الخطأ يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

وتبرز أهمية هذا الحكم في أنّ محكمة التمييز القطرية تعيد إلى النقاش¹⁵⁴⁶ مسألة تحديد دور محاكم النقض أو التمييز في تقدير الوقائع خلافاً لما استقرّ عليه الفقه من إقصاء تدخل المحاكم العليا من مجال تقدير الوقائع ومن خلال ذلك

1546. مصطفى المتولي قنديل، نحو دور جديد لمحكمة النقض كدرجة من درجات التقاضي، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد الحادي والستون، يناير 2015، نذير بن عمّو، محكمة التعقيب محكمة أصل؟ مؤلف جماعي الشغف بالقانون، مجموعة أعمال مهداة لروح الفقيه محمد العربي هاشم، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006؛ حسين السالمي، التعقيب ووحدة القضاء، مؤلف جماعي، أعمال الملتقى حول التعقيب، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس، 1989؛ الهادي الجديدي، سلطة محكمة التعقيب في تقدير الخطأ الجزائي، أعمال الملتقى حول التعقيب، المرجع المذكور، ص. 417.

MARTY (G.), La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, Sirey, Paris, 1929 ; BOURAOUI (S.) et MECHRI (F.) ; La Cour de cassation en Tunisie, Revue tunisienne de Droit, 1987, p.299 ; BEN AMMOU (N.), Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, Thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Faculté de Droit et d sciences politiques de Tunis, 1996, p. 117 ; BATIFFOL (H.), Problèmes de base de philosophie du droit, L.G.D.J., 1976, p.236 ; DESCHENAUX (H.), La distinction du fait et du droit dans les procédures de

الإشكالية القديمة والمتجددة والمتعلقة بالتمييز بين المسائل القانونية والمسائل الواقعية. فمحكمة التمييز كما هو ثابت في قوانين المرافعات ليست بدرجة ثالثة للتقاضي باعتبار أنّها في صورة الطعن أمامها لا تعيد النظر في الوقائع بل يقتصر دورها على مراقبة حسن تطبيق القانون دون الدخول في الوقائع بل تبني حكمها على ما حصل لدى حكام الأصل أو الموضوع من قناعة حول الوقائع. ومن ثمّ فإنّ هذا الحكم لا يشكل في حقيقة الأمر استثناء أو قراراً منعزلاً بل يمكن القول بأنّ هذا الموقف يندرج ضمن تيار فقه قضائي ضمني لكنه ثابت في التدخّل في المسائل الواقعية والتي يفترض أن تستقلّ محاكم الموضوع بتقديرها. حيث تجيز أغلب المحاكم العليا لنفسها صلاحية تقييم الوقائع والتثبت من مدى توفرها.

وبالتالي فإنّ هذا الحكم يشكل فرصة سانحة للتساؤل عن سبب هذا الانحراف بالدور المنوط بعهدة المحكمة من محكمة قانون تسهر على حسن تطبيق القانون من طرف محاكم الأصل إلى محكمة موضوع تقوم بتقييم الوقائع والتثبت من مدى صحّتها؟

من البديهي الجزم أن هذا التمشي غير الاستثنائي في كل الأنظمة التي تبنت التنظيم القضائي المبني على هذا التقسيم لا يمكن

أن يكون نتيجة لبس في ذهن القضاة أو عدم قدرة على التمييز بين الواقع والقانون. إنّ السبب الرئيسي يعود إلى هاجس قضاة التمييز في تحقيق فكرة العدالة والانصاف بتأييد حكم أو نقضه من خلال التثبت في مسائل تتصل بالواقع. وهو مما يدفعنا إلى التساؤل في مرحلة موائية عن آثار مثل هذا التمشي من حيث المحافظة على خصائص النظام القضائي القائم والتمسك بثوابته وضمّان تناسقه. وبذلك فإنّ الحكم الصادر عن محكمة التمييز يشكل أهمية واضحة من حيث ما ورد به من مبادئ على غرار تقييم المحكمة العليا لإجراءات فسخ عقد العمل في صورة ارتكاب العامل لخطأ نتج عنه خسارة جسيمة لصاحب العمل.

المبحث الثاني: الدور الثانوي لإجراءات فسخ عقد العمل

أكدت محكمة التمييز من خلال هذا الحكم ما ورد بقانون العمل لسنة 2004 من أنّه وإنّ جاز فسخ عقد العمل دون مكافأة ودون إنذار العامل في حالة ارتكاب العامل خطأ نشأ عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل فإنّه بالمقابل يشترط أن يبلغ صاحب العمل الإدارة بالحادث خلال مدة لا تتجاوز يوم العمل التالي من علمه بوقوعه، مع وجوب إبلاغ العامل بما نُسب إليه والتحقيق معه كتابة.

وبمناسبة هذا الحكم قامت محكمة التمييز بتأويل المواد المتصلة بالإجراءات التي يجب على صاحب العمل اتباعها عند فصل العامل نتيجة ارتكابه خطأ تسبب في خسارة جسيمة لصاحب العمل. ويتلخص موقف محكمة التمييز في أن هذه

recours au Tribunal fédéral, Librairie de l'Université, Fribourg, Suisse, 1948 ; PERELMAN (Ch.), Logique formelle, logique juridique, in Logique et analyse, 11-12, 1960, p. 226 ; LOUIS-CAPORAL (D.), La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé, Thèse de doctorat en droit privé, Université Montpellier 1, 2014.

الإجراءات وإن كان يتعين على رب العمل اتباعها إلا أن عدم مراعاتها (المطلب الأول) لا يمنع من اعتبار العقد مفسوخاً (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إجراءات يجوز عدم مراعاتها

من نتائج خطأ العامل الذي يتسبب في خسارة جسيمة لصاحب العمل أن يعطي لهذا الأخير إمكانية فصل العامل دون ضرورة اتباع الإجراءات¹⁵⁴⁷ والشروط القانونية التي أقرها قانون العمل لسنة 2004 في شكل ضوابط لممارسة صاحب العمل لسلطته التأديبية والتي تهدف بالأساس لحماية العامل من تعسف¹⁵⁴⁸ صاحب العمل في ممارسة هذه السلطة¹⁵⁴⁹.

ولكن بالمقابل أقر القانون التزامات¹⁵⁵⁰ بديلة على كاهل صاحب العمل في صورة فصل العامل نتيجة خطأ تسبب في خسارة جسيمة لصاحب العمل وتتمثل أساساً في ضرورة أن يبلغ صاحب العمل الإدارة بالحادث خلال مدة لا تتجاوز يوم العمل التالي من علمه بوقوعه، وإبلاغ العامل¹⁵⁵¹ بما نسب إليه والتحقيق معه كتابة¹⁵⁵². وإن كان قانون 2004 لم يحدد بصفة صريحة الجزاء المترتب عن الإخلال بهذه الإجراءات فإن محكمة التمييز اعتبرت بمناسبة هذا القرار أنه يمكن عدم احترامها باعتبار أن هذه المحكمة أقرت غياب كل أثر لعدم احترام هذه الإجراءات. وهو ما يدفعنا إلى مناقشة هذا الموقف الواضح لمحكمة التمييز.

بالرغم من وجود بعض القواعد الإجرائية المكتملة فإن العديد من قواعد الإجراءات لها طابع أمر. إن أغلب الإجراءات ذات طابع حمائي وبالتالي فإن لها صفة النظام العام وتبعاً لذلك فهي قواعد أمر لا يجوز للأطراف ولا للقاضي تجاوزها أو

1547. زهران همام، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

1548. حول مفهوم التعسف ومعايير أنظر أنس محمد عبد الغفار سلامة، الحماية القانونية للعامل من تعسف صاحب العمل في قانون العمل الإماراتي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018، صفحة 1؛ محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، الهيئة المصرية للكتاب، 1979.

1549. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، صفحة 79؛ محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية، 1982، صفحة 161؛ دنيا مباركة، الانهاء التعسفي لعقد العمل، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987؛ السيد عبد نابل، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008؛ علي عوض حسن، الفصل التأديبي في قانون العمل، دراسة مقارنة، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1975.

COURTOIS-CHAMPENOIS (E.), L'organisation du droit du licenciement aux Etats-Unis, Approche comparative des droits américains et français, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, FLICHY (H.) et GAMET (L.), Licenciement : procédure, indemnités, contentieux, Delmas, 10ème édition, Paris, 2005 ; LYON-CAEN (G.), PELISSIER (J.) et SOUPIOT (A.), Précis de droit du travail, Dalloz, 25ème édition, 2008 ; MAZEAUD (A.), Droit du travail, Montchrestien, 7ème édition, Paris, 2008.

1550. أيمن عبد العزيز مصطفى، قيود السلطة التأديبية لصاحب العمل، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2009.

1551. سمير يوسف البهي، قانون العمل القطري، عقد العمل الفردي (النص، الشرح، الأحكام)، دار الفكر القانوني، المنصورة، الطبعة الأولى، 2013، صفحة 183.

1552. أحمد منصور محمد علي، الدليل العملي في المطالبات والدعاوى العمالية في ضوء قانون العمل رقم 14 لسنة 2004 وتعديلاته وأحكام محكمة التمييز والاستئناف بدولة قطر والأحكام العربية، محكمة التمييز، المكتب الفني، الطبعة الأولى 2014. وللوقوف على أهمية التحقيق كشكل من أشكال حماية العامل عند فصله من العمل يمكن على سبيل المثال ومن باب الاثراء الاطلاع على قانون الموارد البشرية المدنية القطري رقم 15 لسنة 2016، نجوى رمضا إبراهيم عوض، التحقيق الإداري كضمانة لتوقيع العقوبة التأديبية في القانون القطري، رسالة الماجستير في القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر، 2019.

عدم احترامها. وهو ما يترتب عنه أنّ محكمة التمييز بمخالفتها لهذه القاعدة الاجرائية الواضحة تكون قد خالفت قاعدة تهّم النظام العام.

بالإضافة إلى أن الإجراءات المقررة في صورة فصل العامل بصفة عامة وفي حالة فصله نتيجة خطأ بصفة خاصة لها طابع حمائي ووقائي للعامل بوصفه الطرف الضعيف في العقد من تعسف صاحب العمل عند ممارسة هذا الأخير لسلطته التأديبية¹⁵⁵³. ومن المعلوم أنّ القواعد الحمائية تعتبر ذات طابع أمر ومحكمة التمييز عندما تجاوزت هذه القاعدة الحمائية تؤكد خرقها الصريح لقاعدة أمر. كما أنّ إهمال هذا الاجراء من شأنه حرمان العامل من التعبير عن موقفه والدفاع عن مصالحه تطبيقاً لمبدأ أساسي ألا وهو مبدأ المواجهة بين الخصوم¹⁵⁵⁴.

هذا ولقد أقرّ قانون العمل لسنة 2004 في مادته الرابعة بأنّ الحقوق المقررة في هذا القانون تمثل الحد الأدنى لحقوق العمال، ويقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون، ولو كان سابقاً على تاريخ العمل به، ما لم يكن أكثر فائدة للعامل. ويقع باطلاً كل إبراء أو مصالحة أو تنازل عن الحقوق الناشئة للعامل بموجب هذا القانون.

وبالتالي فإن كانت الحقوق المقررة في هذا القانون - والإجراءات ذات الطابع الحمائي تعتبر إحدى هذه الحقوق - لا يجوز للعامل نفسه بموجب إرادته الحرّة التنازل عنها فإنّه من باب أولى وأحرى ألا يُحرم من هذه الحقوق بموجب إرادة الغير بما في ذلك القاضي وهو الذي يُفترض فيه أن يكون الساهر على حماية الحقوق لا أن يقوم بالحدّ منها بدون أساس قانوني.

وبالتالي فإنه في إهمال محكمة التمييز لهذه الإجراءات التي تقرّ حقوقاً للعامل خرق واضح للمادة الرابعة من قانون العمل لسنة 2004.

كما أنّه وبالرجوع إلى الغاية التي من أجلها أقرّ المشرّع هذه الإجراءات فإنه يمكن القول من خلال سياق تحرير المواد المتعلقة بفصل العامل نتيجة الخطأ في قانون العمل بأنّ هذه الإجراءات لها طابع بدلي جاءت كتعويض لإعفاء صاحب العمل من واجب إنذار العامل وحرمانه من مكافأة نهاية الخدمة¹⁵⁵⁵. وهو ما يستشف منه تحريف أو تنكّر من طرف محكمة التمييز لإرادة المشرّع عند إقراره لهذه القواعد.

1553. أيت أفنان نادية، العقوبة التأديبية بين السلطة التقديرية لصاحب العمل وضمن محاكمة عادلة للعامل، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، المجلد 4، العدد 2، صفحة 249.

1554. NDOYE (N.), Le licenciement pour motif personnel en France et au Sénégal, étude de droit comparé, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Strasbourg, 2012, p. 146.

1555. عباد وليد مبارك الشمالي، النظام القانوني لحق العامل القطري في مكافأة نهاية الخدمة، رسالة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، 2019، صفحة 65، فاروق الأباصيري، حق العامل في مكافأة نهاية الخدمة في القانون القطري، المجلة القانونية القضائية، وزارة العدل، دولة قطر، العدد الثاني، السنة العاشرة، ديسمبر 2016، صفحة 44، عبد الباسط عبد المحسن، أحكام مكافأة نهاية الخدمة في قانون العمل، دراسة في القانونين المصري والأردني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، جمال فاخر النكاس، مكافأة نهاية الخدمة في قانون العمل الكويتي بين الجدوى والجدية، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 20، العدد 4، ديسمبر 1996.

ومن ناحية أخرى فإنّ هذه الإجراءات تتجاوز اعلام العامل والتحقيق معه لتشمل كذلك إعلام الإدارة. لذلك فإنّ محكمة التمييز لما أجازت لصاحب العمل التخلّي عن هذا الإجراء فإنّها حرمت الإدارة من ممارسة دور أساسي في حماية العامل ألا وهو الدور الرقابي على شرعية القرار وخاصة على تناسب العقوبة مع المخالفة والذي وقع إقراره ضمنا لحقوق العامل من الطرد التعسفي¹⁵⁵⁶.

ثمّ إنّ القول بجواز عدم ضرورة احترام هذه الإجراءات يطرح تساؤلا عمليا هاما يتمثل في تحديد دور هذه الإجراءات¹⁵⁵⁷ التي أقرّها المشرع أي بعبارة أخرى ما هي القيمة القانونية لهذه الإجراءات التي ذكرها المشرع في صيغة الالتزام من خلال عبارة "يراعى"؟

ولو كان الأمر خلاف ذلك أي تأويل عبارة يراعى على أنّها تفيد الخيار لا الالتزام لأثارها محكمة التمييز لتبرير موقفها لأن هذه الحجة النصية كان بالإمكان أن تشكّل حجة دامغة في تحديد طبيعة أو القيمة القانونية لتلك الإجراءات التي لا يحول عدم احترامها دون فسخ عقد العمل على حدّ تعبير محكمة التمييز.

المطلب الثاني: إجراءات لا يمنع عدم اتباعها من اعتبار العقد مفسوخاً

أقرّت محكمة التمييز في إحدى حيثياتها صلب هذا الحكم بأنّ "هذه الإجراءات وإن كان يتعين على رب العمل اتباعها إلا أن عدم مراعاتها لا يمنع من اعتبار العقد مفسوخاً". هذا الموقف الواضح والجريء من محكمة التمييز والذي يقرّ بفسخ العقد من طرف صاحب العمل الذي لم يحترم الإجراءات التي يفرضها القانون يدفعنا إلى التساؤل عن الجزاء المترتب عن عدم احترام صاحب العمل لهذه الإجراءات¹⁵⁵⁸.

يتبيّن من خلال هذا الموقف للمحكمة أنّ محكمة التمييز لا ترتب أيّ أثر لغياب إجرائي الاعلام أو التحقيق. حيث أنّ الأثر الأساسي الذي يُفترض أن ينتج عن إهمال الإجراءات المستوجبة عند فصل العامل تتمثل في بطلان قرار فصل

1556. عبد الله فواز حمادنة، سلطة المحكمة في تقدير التعسف عند إنهاء عقد العمل، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير في القانون اخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، فاخر بن سالم، المراقبة القضائية كوسيلة لحماية التشغيل، مجلة القانون الاجتماعي، العدد 2، 1987، مغاوري محمد شاهين، القرار التأديبي وضمائنه ورقابته القضائية بين الفاعلية والضمان في نظام العاملين المدنيين بالدولة والقطاعين العام والخاص، دار الطباعة الجديدة، القاهرة، 1986، علي حسين الجيلاني حسين، السلطة التأديبية لصاحب العمل على العامل، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، مج 14، ع 155، 2019.6.15،

https://www.researchgate.net/publication/335827618_alsltt_altadybyt_Isahb_alml_ly_alaml_Chastisement_Authority_for_Employer_Against_the_labour

1557. علي عوض حسن، الفصل التأديبي في قانون العمل، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الثانية، القاهرة، 1975. 1558. مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، دار هومة، الجزائر، 2010، فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، دار النهضة للطباعة، الطبعة الأولى، 1985، محمد علي عمران، الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد، دار النهضة للطباعة، القاهرة، 1985، محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010، صفحة 144.

العامل وهو ما لم تقرّه المحكمة. في حين أن عدم احترام الإجراءات المنصوص عليها بالقانون يترتب عنه بطلان التصرفات المبنيّة على أساس هذه الإجراءات.

وبالتالي فإنّ اهمال الإجراءات المنصوص عليها في قانون العمل لسنة 2004 والمتعلّقة بإعلام العامل و التحقيق معه وكذلك إعلام الإدارة بفصل العامل الذي ارتكب خطأ نتج عنه خسارة جسيمة لصاحب العمل ينتج عنه بطلان قرار فصل العامل.

إلاّ أنّه وتغاديا لهذا الاشكال القانوني فإنّ محكمة التمييز فضّلت عدم الخوض في مسألة تحديد الجزاء المترتب عن احترام إجراءات الفصل واعتبرتها إجراءات ثانوية لا ترقى إلى درجة الشرط الذي يترتب عن مخالفته بطلان التصرف الوارد دون احترام الإجراءات وهو ما شكّل خلافا في موقف محكمة التمييز يتجه تعديله في قرارات لاحقة. حيث تجدر الإشارة هنا إلى أنّ صلاحية صاحب العمل في فسخ عقد العمل بإرادة منفردة تجد حدودها¹⁵⁵⁹ في رقابة القضاء لمشروعية هذا الفسخ¹⁵⁶⁰. والرقابة القضائية على الجزاءات التأديبية التي هي في الأصل رقابة ملائمة¹⁵⁶¹ بين الخطأ والجزاء تمتدّ إلى رقابة المشروعية بمعنى مدى احترامها للشروط والإجراءات القانونية¹⁵⁶². ذلك أنّ المشرع أقرّ السلطة التأديبية لصاحب العمل اقتناعا منه بأنّها الوسيلة الناجعة لضمان سلطة صاحب العمل التي تشكل خاصية من خصائص عقد العمل. إلاّ أنّه أخضع هذه السلطة للرقابة اللاحقة للقضاء باعتبار ان القضاء هو الضامن الحقيقي للتوازن بين طرفي العقد حتى لا تحيد السلطة التأديبية عن الغاية التي جعلت من اجلها.

إنّ تمسك محكمة التمييز بفسخ العقد بالرغم من عدم احترام صاحب العمل للإجراءات التي ينص عليها القانون ينمّ عن سوء تطبيق للقانون وهي المحكمة المؤهلة لرقابة حسن تطبيق القانون. ولتوضيح المسألة يجدر البحث في الأساس الذي من أجله أقرّ المشرع هذه الإجراءات. حيث أنّه من المعلوم أنّ الفسخ لا يكون مبدئيا وحسب النظرية العامة للفسخ إلاّ قضائيا وما خروج قانون العمل عن هذه القاعدة إلاّ باحترام الضوابط التي جعلت لتحقيق حماية الطرف الآخر في عقد العمل (العامل) في صورة فسخ عقد العمل من طرف صاحب العمل، وصاحب العمل في صورة فسخ العقد من طرف العامل)¹⁵⁶³. ومن ثمّ فإنّ اعتبار المحكمة عقد العمل مفسوخا بالرغم من عدم احترام صاحب العمل لهذه الضوابط يشكّل خلافا قانونيا باعتبار أنّه

1559. عبد القادر بوبكري، حدود السلطة التأديبية للمشغل في ضوء مدونة الشغل، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2012. 2013. خالد أيت علل، حدود السلطة التأديبية للمشغل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، 2005. 2006.

1560. بشرى العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، دراسة ميدانية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، 2004. 1561. حنان محمد القيسي، الرقابة القضائية عللا الملائمة في القرارات التأديبية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، 2017. 1562. محمد الكشور، التعسف في إنهاء عقد الشغل، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1992، عبد الرحمن حموش، سلطة المشغل التأديبية في ضوء مدونة الشغل وقضاء محكمة النقض، مجلة العلوم القانونية والشؤون القضائية والسياسية، العدد الثالث، حسن هروش، الرقابة القضائية على السلطة التأديبية للمشغل، مجلة المحاكم المغربية، الدار البيضاء، 2007، العدد 104.

1563. محمد الذنبيات، شرح قانون العمل، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2012، صفحة 133؛ هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح قانون العمل، دراسة مقارنة بالقانون المدني، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008، صفحة 185.

يقرّ الجزاء المسلّط من صاحب العمل على العامل ولو لم يقدّم الأول بما يملّيه عليه القانون من إعلام وتحقيق. وفي ذلك تجاوز من المحكمة العليا عن التعسف الصادر من صاحب العمل.

في الختام يمكن القول إن محكمة التمييز من خلال هذا الحكم قد تميّز موقفها بالتضارب حيث لئن سمحت لنفسها بالتدخل في مسائل خارجة عن نطاق اختصاصها كتقدير وجود الخطأ من عدمه الذي يعدّ من المسائل التقديرية لحكام الأصل فإنّها تنكّرت لدورها في مجال اختصاصها من حيث رقابة مشروعية فسخ عقد العمل.

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN I^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

Fusion- Acquisition :

L'assise juridique de l'acte de garantie existe –elle en Droit Marocain ?

✉ zineb Fassi Fihri

.Enseignante chercheur –FSJESF
Département du Droit privé-Fès
USMBA-FSJESF

L'acte de garantie- de l'actif, du passif ou encore de l'actif et du passif, c'est une convention par laquelle une opération de transfert de titres sociaux dans le cadre des Fusions- Acquisitions, il s'agit généralement d'une personne, dite cédante, couvre une autre personne, généralement dite cessionnaire, contre des risques qui varient en fonction de l'objet de garantie.

La garantie d'actif et de passif comprend une déclaration solennelle du garant (ou des garants) concernant les éléments essentiels de la société. Contrairement à une opération d'acquisition de fonds de commerce où l'acquéreur fait une acquisition nette de tout passif, en matière d'acquisition de parts sociales ou d'actions, l'acquéreur prend également à sa charge le passif de la société reprise.

Dès lors que toute augmentation du passif ou diminution de l'actif aura un impact sur la valeur des titres de l'acquéreur, ce dernier doit donc se prémunir contre une telle variation qui serait imputable à la gestion du cédant.

Dans la pratique, la mise en place d'une clause de garantie de passif facilite la transaction, elle rassure l'acquéreur et contribue à moraliser la vie des affaires.

L'acheteur doit procéder à des Audits (financier, juridique, etc ...) ne pourront jamais le prémunir contre l'intégralité des risques qu'il encourt en achetant une société, et la signature d'une convention de garantie d'actif et de passif reste donc indispensable malgré les audits¹⁵⁶⁴ .

Les clauses de la convention de l'acte de garantie de l'actif et du passif doivent être rédigées d'une manière claire, afin d'éviter toutes contestations divergentes sur leur contenu .Les questions suivantes doivent être traités avec parcimonie :

-y- a t -il garantie ?-a défaut d'engagement clair, il n'y a pas de garantie.

-Qui est débiteur de la garantie : le cas des pluralités des cédants garants, doit être pris en considération ;

-Quelle est la nature de l'engagement du cédant ? : Garantie du passif, de l'actif ou du bilan .

-La garantie est elle assurée, par une clause de garantie du passif, par exemple, ou par une clause de révision du prix ? , les enjeux ne sont pas identiques. ;

-Un préambule n'est il pas nécessaire ? : Pour les principales qui gouvernent l'opération et pour définir l'opération et pour définir les termes qui sont dans la convention.

1564 Comment Aborder la garantie d'actif et de passif ?,Blog du Maitre, Emmanuel ravut, avocats .Fr,28/01/10.

I- Absence de support Juridique en matière de garantie

En Droit marocain ,Il existe un vide juridique en matière de garantie ;la raison d'être de la convention de garantie concerne essentiellement des opérations de cession de contrôle ,c'est à dire la vente des titres sociaux .A ce titre deux types de règles légales peuvent être interprétés pour assurer la protection des droits des cessionnaires ;les règles de protection du consentement -les vices du consentement et les règles de garantie en matière de vente - la garantie contre les vices cachés et la garantie contre l'éviction- mais toutes ces règles livrent leurs limites en matière d'opérations de transfert des titres sociaux .

En l'absence d'une telle garantie, la garantie légale à laquelle le cédant est tenu à l'égard du cessionnaire est limitée.

On trouve certes des garanties légales attachées à la formation du contrat, le Dahir des obligations et contrats –DOC- distingue les vices du consentement, à l'instar : le dol, l'erreur sur le prix ou bien la chose, néanmoins ces garanties sont difficiles à mettre en œuvre.

Il n'existe pas de texte qui régit d'une manière spécifique le régime d'actif et de passif. En effet, il s'agit simplement d'une pratique qui n'a rien d'obligatoire et dont les conséquences sont uniquement réglées par les conventions des parties.

Il existe de multiples possibilités d'une clause de garantie d'actif et de passif dans la mesure où chacune est fonction d'une situation bien particulière.

/L'inadaptation des mécanismes du droit commun aux risques inhérents à l'acte de garantie

Le régime des vices du consentement est inadapté en matière de transfert des titres sociaux, le vice entraîne la rescision, or le cessionnaire ne vise pas forcément ce résultat ; en outre l'objet des opérations est constitué par les titres et non par l'actif.

Les garanties contre les vices cachés et l'éviction ne peuvent assurer la protection escomptée.

Concernant la garantie des vices cachés ; l'objet des opérations porte sur des titres et non sur des biens objectifs, seule l'existence des créances est garantie et non la solvabilité du débiteur, l'action en matière des vices cachés a une durée très courte.

Concernant la garantie contre l'éviction, deux aspects sont à distinguer : l'éviction par un tiers et l'éviction par le cédant ; l'éviction par un tiers ,il n'y a pas d'éviction à proprement parler ,car les titres transférés sont dans le patrimoine du cessionnaire dans toutes les hypothèses ,les biens concernés sont les titres et non pas les actifs sociaux ;l'éviction par le cédant :inexécution de son obligation de non concurrence devant obéir à certaines conditions¹⁵⁶⁵ .

B – L'Acte de garantie à l'épreuve de la pratique

Les personnes qui souscrivent une garantie d'actif et de passif sur le plan pratique sont celles qui ont participé activement à la gestion et la direction de la société.

En pratique , la garantie est le plus souvent calquée sur les délais de prescriptions fiscale et social : elle porte ainsi sur l'année en cours, plus les 3 exercices antérieurs¹⁵⁶⁶ .

Il y a autant de types de garanties que de cessions de contrôle, les différentes catégories offertes peuvent être distinguées en fonction de leur objet et du mode de détermination du prix. Le recours aux

1565 Séminaire, Le Partenariat, structures sociétaires personnalisées, Contrats et Actes A. Azergui , Conseil Juridique ,Groupe BDO Sarl, 31 Août 2010 .

1566 L indispensable garantie d'actif et de passif, Beau regard, avocat -Associé spécialisé en fusions-acquisitions, cabinet Brunswick.

multiples actes de garantie dont la pratique jurisprudentielle en France s'avère très abondante par rapport à la jurisprudence au Maroc ¹⁵⁶⁷ :

La garantie du passif, c'est garantir la diminution de la valeur des actions et des parts découlant de la sous-évaluation du passif de la société dont les titres sont transférés ;

La garantie de l'actif, veiller aux actifs circulants -créance et stocks- et s'assurer de la naissance des créances et de leur caractère recouvrable et, à défaut, qu'elles sont suffisamment provisionnées ;

La garantie de l'actif et du passif ou de bilan, compensation entre les suppléments d'actifs non comptabilisés et les suppléments du passif ;

La garantie de rentabilité, les résultats nets des exercices à venir devront atteindre un certain niveau ;

La garantie de résultat : remboursement par le cédant de toute différence entre le bénéfice net de l'exercice et celui retenu lors des négociations ;

La garantie de recouvrement des créances.

Pour le mode de détermination du prix ; on trouve, *la garantie du passif stricto sensu*, rembourser le passif qui se révélerait pendant une durée déterminée dont l'origine remonte à un événement antérieur au transfert et *la garantie de révision du prix*, la prise en charge, sous forme d'indemnité, de toute dégradation de la valeur ou de toute moins value due à un événement antérieur à la cession ¹⁵⁶⁸.

1567 Le Contentieux des garanties d'actif et de passif en France est aussi abondant que riche d'argumentation inventive. Depuis le 1er janvier 2011, environ 150 arrêts ont été rendus en la matière par la Cour de cassation et les cours d'appel.

1568 La garantie de passif stipulée au seul profit de l'acquéreur de titres constitue une créance personnelle de ce dernier sur le cédant, de sorte qu'il peut toujours invoquer la garantie même s'il a revendu ses titres. A l'occasion d'une cession d'actions, les parties avaient conclu une garantie couvrant l'apparition d'un passif antérieur à la cession. L'acquéreur ayant mis en œuvre cette garantie à la suite d'un redressement fiscal notifié à la société, le cédant avait fait valoir que l'acquéreur, dont les actions avaient fait l'objet d'une vente sur saisie, n'avait plus qualité à se prévaloir de ladite garantie. La cour d'appel de Paris a au contraire estimé qu'en perdant la qualité d'actionnaire de la société, l'acquéreur n'avait pas perdu les droits qu'il tenait de la convention de garantie :

il résultait des termes de la garantie que les parties étaient convenues d'un mécanisme indemnitaire au profit de l'acquéreur ; en effet, par cette convention, le garant (le cédant) garantissait personnellement le poste de passif de la société arrêté au jour de la cession et s'engageait à indemniser le bénéficiaire (l'acquéreur) du montant de tous passifs supplémentaires qui seraient supportés par la société après cette date qui trouveraient leur origine dans des actes, faits ou événements quelconques antérieurs au jour de la cession ; l'acte précisait en outre que la mise en œuvre de la garantie se ferait par paiement du passif supplémentaire non pas à la société mais au bénéficiaire, les sommes dues à ce titre pouvant, au choix de ce dernier, se compenser avec toutes sommes dues par lui au garant ; une clause de la garantie prévoyait une faculté de transmission du bénéfice de la convention de garantie au cessionnaire du bénéficiaire (était employé le terme « transmissible » et non pas « transmis ») ; la cession forcée des actions détenues par l'acquéreur n'avait pas pu entraîner de fait une transmission des droits de créance personnels de celui-ci contre le cédant ; il ne s'agissait ni d'une garantie de délivrance, ni d'une garantie des vices cachés qui serait attachée à la chose cédée ; d'ailleurs au jour de l'adjudication, l'actif de la société avait déjà subi l'impact de ce passif fiscal, si bien que le nouveau propriétaire des titres n'aurait pas pu prétendre obtenir compensation d'une diminution de la valeur de la société antérieure à son acquisition.

• à noter : Dans cette affaire, la cour d'appel de Paris avait tout d'abord estimé que la garantie litigieuse constituait une garantie de passif qui, faisant « suite à la cession », était attachée aux actions cédées et qu'elle ne pouvait donc pas être invoquée par l'acquéreur dépossédé de ses actions à la suite d'une saisie (CA Paris 20-6-2006 n° 05-12465 : BRDA 18/06 inf. 5). La Cour de cassation avait cassé cette décision, estimant qu'en l'absence de stipulation pour autrui au profit de la société dont les titres sont cédés, une garantie de reprise de passif conclue entre le cédant et l'acquéreur, désigné comme bénéficiaire de cette garantie, est une convention de garantie de prix profitant à ce dernier indépendamment de la cession des titres (Cass. com. 11-3-2008 n° 06-20.738 : BRDA 15-16/08 inf. 21 n° 3). Sur la distinction entre garantie de passif et garantie de prix (ou clause de révision de prix), voir BRDA 15-16/08 inf. 21. C'est sur renvoi de la Cour de cassation que la cour d'appel de Paris se prononçait à nouveau dans ce contentieux. Si elle suit la ligne directrice imposée par la Haute Juridiction, la cour d'appel prend soin de ne pas qualifier la garantie (garantie de passif ou clause de révision de prix) et elle ne s'attache qu'à ses caractéristiques : la garantie a pour seul bénéficiaire l'acquéreur et elle constitue une créance personnelle

Comparée à la garantie du passif stricto sensu, la garantie de la révision du prix présente les différences suivantes :

- Le cédant ne peut assumer une indemnité supérieure au prix de cession,
- La possibilité de faire jouer la compensation, en cas de paiement échelonné du prix de cession entre les fractions du prix et l'indemnité à laquelle donne lieu la révision du prix,
- Les minoritaires et les tiers sont lésés, car la perte demeure subie par eux, seul le bénéficiaire profite de la garantie,
- Le cédant ne peut surévaluer ces capitaux propres¹⁵⁶⁹.

C/L'étendue de la garantie : Les marges de négociations

Tout en matière de garantie d'actif et de passif relève de la volonté des parties. Il n'existe aucune règle ni référence en la matière. Tout est donc négociable. Les aménagements les plus fréquemment seront discutés. Cette étendue peut être envisagée de deux points de vue : *du point de vue des affirmations faites par le cédant et du point de vue de la portée stricto sensu de la garantie*.

Les affirmations faites par le cédant : les affirmations structurelles, ces affirmations ont généralement trait aux risques d'irrégularités ou de sincérité des documents sociaux, aux risques liés aux difficultés d'information, aux risques en termes d'environnement ; et les affirmations fonctionnelles, ces affirmations sont relatives à la pérennité de la société et des sociétés contrôlées par elle, absence de cessation de paiement ou de dettes susceptibles d'entraîner la dissolution de la société.

La portée stricto sensu de la garantie, elle doit être appréciée par rapport à l'assiette de la garantie et le temps de la garantie :

de celui-ci sur le cédant. Cette garantie n'est donc pas un accessoire des titres cédés et elle n'est pas transmise de plein droit au sous-acquéreur. A l'inverse, lorsque la garantie a pour bénéficiaire la société (le cédant s'engageant à verser le montant du passif garanti directement à la société ou à l'un de ses créanciers, le cas échéant sur demande de l'acquéreur), la Cour de cassation a jugé que la garantie est attachée aux titres cédés et ne peut plus être invoquée par l'acquéreur après la revente de ceux-ci (Cass. com. 12-2-2008 n° 06-15.951 CA Paris 14 mai 2009 n° 08-8152, 3e ch. B, Diallo c/ Andrieu / Abonnement au site Francis lefévre.,

1569 Par un arrêt du 2 février 2010, la Chambre commerciale de la Cour de cassation en France, a rappelé la portée des déclarations d'usage relatives à la sincérité et l'exactitude des comptes de référence.

Le débat concernait la portée d'une déclaration par laquelle le cédant avait déclaré sincères et fidèles les comptes sociaux et situations versées à l'appui de la cession d'une société. Le cessionnaire avait constaté, après la cession, que l'actif net figurant dans les comptes de référence était surévalué par rapport à la réalité. Le cessionnaire a poursuivi l'indemnisation de son préjudice sur le double fondement de la garantie de passif, en se référant à la déclaration de sincérité des comptes et, sur celui des vices du consentement, en faisant valoir un dol. Concrètement, une dissimulation par le cédant de la réalité de l'actif social.

Le cédant s'est opposé à cette demande en faisant valoir d'une part, en ce qui concerne la déclaration de sincérité, que son éventuelle inexactitude ne l'obligeait pas à garantir l'insuffisance d'actif et que, d'autre part s'agissant du dol, cette demande revenait à demander la révision du prix, en principe exclue. Il est vrai, qu'au cas d'espèce, le prix avait été fixé par référence à l'actif net de sorte que l'indemnisation de son insuffisance équivalait, en fait à réviser le prix.

La Cour de cassation a rendu un arrêt remarqué sur cette question. L'arrêt rappelle, d'une part, que la déclaration de sincérité des comptes oblige le cédant à indemniser le cessionnaire en cas d'inexactitude, et ce en application de la garantie d'actif et de passif. Il précise, d'autre part, que la demande d'indemnisation de l'insuffisance d'actif sur le fondement du dol n'équivaut pas à une demande de révision du prix et donc qu'elle est recevable, parallèlement à la demande d'indemnisation sur la garantie d'actif et passif.

Cela confirme que le cessionnaire peut poursuivre l'indemnisation de l'inexactitude d'une déclaration du cédant sur le fondement de la convention de garantie et sur celui du droit commun des contrats. Cette solution n'est pas nouvelle mais est rappelée avec suffisamment de clarté pour être soulignée.

Le recours au dol présente toutefois des obstacles au stade de sa mise en œuvre, dont s'affranchissent plus aisément les conventions de garantie.

L'assiette de la garantie : quel est l'objet de la garantie ? Sur quoi porte les affirmations du cédant ? Afin d'éviter toutes contestations ultérieures, mieux vaut bien préciser les termes de la garantie.

Le temps de la garantie : la garantie nette peut juger que pour une durée déterminée, généralement la durée de la prescription, elle peut être unique pour tous les risques ou être différenciée selon les risques¹⁵⁷⁰.

En pratique, opter pour une déchéance conventionnelle de la garantie ou laisser la sanction dans le silence, voire limiter conventionnellement la déchéance au seul cas de démonstration d'un préjudice par le cessionnaire. En effet, la jurisprudence estime régulièrement mais pas systématiquement, que le retard de notification est sanctionné (et non pas réparé) par la déchéance de garantie.

Les bénéficiaires de l'acte de garantie : en présence d'absence d'une stipulation expresse : le principe c'est le cessionnaire, l'exception c'est la société elle-même. En l'absence de toute stipulations expresse : pour la société est ce qu'il s'agit d'une stipulation pour autrui tacite ? et pour le bénéficiaire est déterminée en fonction du risque –l'actif : le cessionnaire ; le passif ; la société-.

L'extinction de la garantie : dans cette clause, il faut prévoir que la garantie du cédant prendra fin à l'expiration de la durée souhaitée dans la convention de la garantie. Le cédant doit s'engager également que ses successeurs et ayants cause respectent l'objet de la convention à laquelle constituera tous ses effets sans restriction, ni réserve à l'encontre de ses héritiers et ses ayants droit.

II/ Le palliement au vide juridique de l'acte de garantie

Des précautions pour la mise en œuvre de la garantie devront être prises :

-A/ Les précautions d'ordre procédural

A la survenance d'un événement justifiant la mise en jeu de la garantie, le cédant sera informé par le cessionnaire en insistant sur le rôle positif que doit jouer le cessionnaire dans ses rapports avec les

1570 La Cour de cassation en France, s'est prononcée le 15 mars 2011 (n° 09-13.299), sur la sanction du non-respect du délai contractuellement prévu pour la mise en œuvre de la garantie, question classique du contentieux des garanties de passif.

Dans cette affaire, la convention de garantie stipulait que toute réclamation formée par un tiers à l'encontre de la société et couverte par la garantie devait être notifiée au cédant dans un délai de quinze jours au plus tard à compter de la réclamation du tiers. Ce délai est expressément stipulé « sous peine de déchéance des droits » à la garantie. A la suite d'une réclamation d'un tiers, le bénéficiaire de la garantie a notifié cette réclamation hors délai. Le cédant n'en avait souffert aucun préjudice, celui-ci ayant été en mesure, compte tenu de la nature de la réclamation du tiers, de faire valoir toutes observations et de participer à la défense. Le cédant a tout de même opposé la déchéance de garantie au cessionnaire.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui s'était justement appuyé sur l'absence de préjudice pour estimer que la garantie était due nonobstant le dépassement de délai. La position solution est inverse : même en l'absence de préjudice, il convient d'appliquer la convention qui sanctionnait le non respect du délai par la déchéance de la garantie. Selon la Cour de cassation, cette déchéance contractuelle prévaut alors même que l'augmentation du passif ou l'insuffisance d'actif résulterait de faits frauduleux et que le non respect du délai de notification de la réclamation du tiers ne cause aucun préjudice au cédant.

Cette solution doit être approuvée sur le terrain du droit. En effet, l'objet même des clauses de déchéance de garantie est précisément de déterminer une sanction contractuelle autre que celle qui résulterait du seul droit commun, qui implique, en principe, la démonstration d'un préjudice (article 1147 C. civ.). Dès lors que les parties à la garantie ont indiqué les conséquences du non respect du délai, il n'y a pas lieu d'exiger que soient remplies d'autres conditions. La solution de la Cour d'appel revenait, en fait, à priver d'effet la stipulation de la convention de garantie sanctionnant le retard de notification car elle renvoyait aux conditions de droit commun de la responsabilité contractuelle, que les parties étaient convenues d'encadrer conventionnellement. Cette décision s'inscrit dans un courant jurisprudentiel relativement établi.

www. Ligner - rochelet .com, cabinet Jérôme Rochelet, Avocat au barreau de Paris .

créanciers sociaux ou l'administration fiscale, en vue d'éviter que le cessionnaire soit tenté de se retrancher derrière la garantie et de manquer à toute diligence¹⁵⁷¹,

Les formalités d'information peuvent être simples ou complexes en fonction du choix opéré dans la convention de garantie : le non respect du formalisme prévu à cet effet doit pouvoir donner lieu à la déchéance de toute garantie ; en cas de mauvaise foi du cédant, cette déchéance encourue, même si le formalisme informationnel n'a pas été observé,

Une clause de direction du procès conditionnant l'indemnisation du cessionnaire par la faculté offerte au cédant de suivre toutes procédures jugées utiles contre tout créancier social,

Le cédant puisse intervenir dans toutes transactions menées par la société pour éviter toute complaisance, discuter le bien fondé de toutes réclamations, résister à la mise en œuvre de toute garantie, et faire sanctionner toutes ces facultés par la perte de la garantie pour le cessionnaire en faute de celui-ci.

B- Les précautions relatives aux seuils de sensibilité

- Déterminer des seuils au-delà ou en deçà desquels la garantie ne jouera pas ;
- Prévoir des franchises qui resteront assumées par le cessionnaire : les franchises par événement, les franchises par cumulés, les franchises absolues, des franchises relatives
- Envisager un plafond lorsqu'il s'agit d'une garantie du passif
- Stipuler une clause « d'économie d'impôt » .

C- Les précautions ayant trait aux mécanismes de compensation entre les dettes et les créances

- Au niveau de la garantie elle-même : prévoir des valeurs nettes ,
- Au niveau du prix : prévoir la compensation de la garantie avec le prix du par le cessionnaire .cette compensation peut elle jouer en dehors de toute stipulation conventionnelle ?

En matière de clause de révision du prix, la réponse ne peut se faire que par l'affirmative, en raison de l'identité des parties : débiteur et créancier ;en revanche, en matière de garantie du passif, le bénéficiaire de la garantie est la société et non pas le cessionnaire, alors que le prix est du par celui-ci au cédant.

D- Les précautions induites des clauses usuelles : La garantie de la garantie¹⁵⁷²

La garantie de la garantie entraîne souvent l'arrêt brutal des négociations... « Après avoir négocié la garantie d'actif et de passif, le cédant peut percevoir la demande d'une garantie de la garantie comme la demande "de trop" »¹⁵⁷³. La garantie contre le non-respect par le cédant de l'obligation de garantie peut être assurée par plusieurs clauses usuelles :

- Le séquestre de tout ou partie du prix¹⁵⁷⁴ ;

1571 Opcit, Séminaire, Le partenariat, structures sociétaires personnalisées, Contrats et Actes A. Azergui Conseil Juridique ,Groupe BDO Sarl, 31 Août 2010 .

1572 Notons enfin, que le cessionnaire peut également demander du cédant une garantie de la garantie, il s'agit tout simplement d'une caution bancaire donnée par le vendeur- cédant, pour une certaine durée.

1573 Opcit, L'indispensable garantie d'actif et de passif, Beau regard, avocat -Associé spécialisé en fusions-acquisitions, cabinet Brunswick.

1574 Le Défaut de paiement d'une partie du prix d'acquisition des actions d'une société commerciale dans l'attente de la réalisation d'un audit doit être considéré comme une condition suspensive du contrat de vente.

- Le nantissement des droits appartenant au cédant ;
- Le recours à des sûretés personnelles -cautionnement- ou à des garanties autonomes ;
- Assurance du passif auprès d'une compagnie d'assurances ; dans la pratique internationale, il existe deux types d'assurances : « warranty an indemnity- couvrant les risques non connus et non identifiés et « warranty replacement and acquisition protection » assurant les risques identifiés et connus, mais pour lesquels aucune garantie de passif n'est accordée.

Le reliquat du prix de vente conservé en attendant la réalisation de l'audit n'est pas considérée comme une garantie de passif. L'absence de conformité des pièces comptables qui ont une incidence négative sur le prix des actions cédées doit conduire le juge du fond à prendre en considération le rapport d'audit réalisé et l'incidence sur le reliquat du prix de vente conservé entre les mains de l'acheteur.

Arrêt, Cour de Cassation, Rabat 29/04/2009, chambre commerciale, Gazette des Tribunaux du Maroc مجلة المحاكم المغربية N°124 et 125, Cabinet Bassamat §associée.

La pandémie COVID-19 et situation socio-économique marocaine: quel impact ?

✉ Sami KANOUNI

*Doctorant chercheur en droit des transports,
de distribution et de la logistique - F.S.J.E.S-Fès*

Sans aucun doute, la Covid-19 ¹⁵⁷⁵ continue de faire des milliers de victimes à travers le monde. Mais pas seulement. Cette crise sanitaire est également responsable de l'hémorragie économique mondiale qui est entrée en récession. Le Maroc n'étant pas épargné des conséquences économiques de la pandémie. Bien que des mesures aient été prises pour alléger les entreprises et pour absorber, tant soit peu, le choc de la crise sur les ménages, force est de constater que le plus dur reste à venir¹⁵⁷⁶.

Heureusement, Le Maroc a opté pour une stratégie sous l'égide de Sa Majesté le Roi, tout en déclarant l'état d'urgence sanitaire le 20 mars dernier, avec un confinement obligatoire accompagné de mesures de restriction des déplacements entre villes et régions marocaines. Ces mesures courageuses ont donné notre pays une grande chance pour éviter le pire, mais c'était au détriment de l'activité économique marocaine.

Dans le cadre de ses travaux de suivi des effets socio-économiques de la pandémie Covid-19 sur l'économie nationale, le Haut-Commissariat au Plan a réalisé une enquête qualitative auprès des entreprises organisées dont l'objectif principal est d'évaluer l'impact immédiat de cette crise sur la situation des entreprises au Maroc. A la base de cette étude, près de 142000 entreprises, soit 57% de l'ensemble des entreprises, ont déclaré avoir arrêté définitivement ou temporairement leurs activités. Sur ce total, plus de 135000 entreprises ont dû suspendre temporairement leurs activités tandis que 6300 ont cessé leurs activités de manière définitive. Par catégorie d'entreprises, les TPE (très petites entreprises) représentent 72%, les PME (petites et moyennes entreprises) 26% et les GE (grandes entreprises) 2% des entreprises en arrêt d'activité de façon temporaire ou définitive¹⁵⁷⁷.

Le haut-commissariat au plan affirme que les économies les plus touchées par ladite pandémie sont l'hébergement et la restauration avec 89% d'entreprises en arrêt, les industries textiles et du cuir et les industries métalliques et mécaniques avec 76% et 73%, respectivement, ainsi que le secteur de la construction avec près de 60% des entreprises en arrêt¹⁵⁷⁸.

1575 Selon l'Organisation Mondiale de la Santé, la COVID-19 a côté des coronavirus forment une vaste famille de virus qui peuvent être pathogènes chez l'animal ou chez l'homme. On sait que, chez l'être humain, plusieurs coronavirus peuvent entraîner des infections respiratoires dont les manifestations vont du simple rhume à des maladies plus graves comme le syndrome respiratoire du Moyen-Orient (MERS) et le syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS). Le dernier coronavirus qui a été découvert est responsable de la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19), disponible en ligne sur le site web de l'O.M.S : <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> , consulté le 20.05.2020.

1576 BOUMAHROU Lamiae, « COVID-19 les premiers résultats de l'enquête sur la situation économique des PE et PME », publié le 06.04.2020, disponible en ligne sur le site web : <https://www.ecoactu.ma/covid-tpe-pme/> , consulté le 12.05.2020

1577 HAUT COMMISSARIAT AU PLAN, « Principaux résultats de l'enquête de conjoncture sur les effets du Covid-19 sur l'activité des entreprises », rapport publié en ligne sur le site officiel du H.C.P : https://www.hcp.ma/Principaux-resultats-de-l-enquete-de-conjoncture-sur-les-effets-du-Covid-19-sur-l-activite-des-entreprises_a2499.html, consulté le 20.05.2020, P.1.

1578 H.C.P, op.cit., P.2

On déduit donc que cette crise sanitaire est un nouveau fardeau qui se rajoute à la liste des maux dont souffre cette catégorie du tissu économique très fragile pour ne citer que le retard flagrant des délais de paiement, les charges sociales et fiscales, le manque de liquidités.

L'entreprise marocaine, cellule de base au sein au niveau du tissu économique interne, demeure influencée par son environnement et son contexte, dans la mesure où son sort est lié au climat des affaires. Sa situation favorable, constitue un bon indice relatif à la prospérité du pays, et quand les circonstances sont à l'opposé, chaque fois que l'entreprise est exposée à des problèmes et à des crises fatales, cette situation exige la mise en place de mécanismes de prévention et de redressement mis en place par le législateur marocain. La crise dont souffre l'entreprise marocaine actuellement, peut atteindre des niveaux extrêmes de complexité et d'enchevêtrement lorsque des catastrophes ou des crises économiques se produisent, comme c'est le cas avec la pandémie de COVID-19.

On s'attend à ce que les cas d'entreprises insolvable augmentent d'une manière qui soulève de véritables interrogations sur leur sort et leur sécurité, les problématiques liées au climat des affaires, la confiance de l'investisseur étranger et le taux du chômage élevé, l'économie nationale se trouve confrontée à des défis à plusieurs niveaux¹⁵⁷⁹, face à ces défis, peut-on considérer que les mesures prises par le Maroc sont-elles efficaces et efficientes ?

Pour bien cerner cette problématique, deux axes seront traités successivement :

I. Une réflexion sur la situation socio-économique marocaine face à la pandémie COVID-19

Cette réflexion porte sur deux points ;

L'état de l'économie marocaine à l'épreuve du COVID-19 (A), et l'intervention du droit de travail durant la période de crise (B).

A. Une appréciation de l'état de l'économie marocaine à l'épreuve du COVID-19

Les secteurs les plus touchés par la pandémie mondiale sont l'hébergement et la restauration, suivis par les industries textile et de cuir, les industries métalliques et mécaniques ainsi que la construction, selon l'étude du HCP¹⁵⁸⁰ qui n'inclut pas le secteur informel ni l'agriculture. Cette étude centrée sur les entreprises organisées souligne un impact sur 726.000 postes, ce qui correspond globalement au nombre de demandes de compensations financières déposées auprès de la sécurité sociale par des salariés touchés par le chômage. Reste à mesurer les effets sur le secteur informel qui représente près de 80% des emplois dans un pays où les trois-quarts des travailleurs ne bénéficient d'aucune couverture sociale.

De ce qui précède, le contexte de crise aggrave la situation d'un tissu économique déjà vulnérable. La survie d'entreprises est compromise, beaucoup d'entre elles étant en cessation de paiement. A celles-ci, la loi en vigueur n'offre que deux possibilités : le redressement ou la liquidation judiciaire, deux procédures contraignantes à des degrés différents. Certes, lorsqu'on parle des difficultés de l'entreprise, il vient à l'esprit qu'il s'agit d'un régime bien précis, organisé par le livre V du code de commerce marocain¹⁵⁸¹.

Le nouveau régime des entreprises en difficulté fête ses deux années d'existence au Maroc. L'une des principales nouveautés de ce dispositif, qui relève du livre V du Code de commerce, est la mise en place du plan de sauvegarde.

1579 OULAARBI Saïd, « صعوبات المقاول في زمن كورونا-كوفيد 19 محاولة في رصد المخاطر و الفرص », article publié en ligne sur le site web : <https://www.marocdroit.com/>, consulté le 20.05.2020, P. 2&3.

1580 H.C.P : Haut-Commissariat au Plan ; v. le site web <https://www.hcp.ma/>.

1581 La loi n° 17-73, modifiant et complétant la loi n° 15-95 relative au code de commerce dans son volet lié aux difficultés de l'entreprise.

L'appréciation de la situation de l'entreprise est un critère déterminant pour décider de l'ouverture de la procédure qui lui est adéquate. Cependant, cette appréciation peut s'avérer injuste compte tenu des nouvelles circonstances engendrées par la crise sanitaire.

La sauvegarde demeure donc une solution qui permet au chef d'entreprise de préserver l'ensemble de ses pouvoirs dans la gestion de son entité économique. Cette autonomie est l'une des spécificités de la procédure. On l'a vu avec l'expérience *Stroc Industrie*¹⁵⁸².

L'entreprise peut alors élaborer un plan, validé plus tard par le tribunal, ce dernier qui détermine les modalités de remboursement du passif de l'entreprise et les conditions de poursuite de l'activité. Le tribunal, lui, joue un rôle de supervision. Il contrôle le respect, par l'entreprise en difficulté, des termes du plan de sauvegarde durant la période d'exécution du plan.

De ce fait, et à notre avis, la crise sanitaire serait une grande épreuve pour évaluer l'efficacité de l'arsenal juridique adopté par le Maroc pour aider les entreprises en difficultés, en l'occurrence via la loi n° 73.17, et de le renforcer aussi surtout à la lumière du droit comparé spécialement le droit français.

Fort heureusement, d'autres secteurs d'activité profitent de la situation délicate, en particulier des produits alimentaires, de l'épicier du coin jusqu'aux grandes surfaces et chaînes de distribution, les produits d'hygiène (savon, antiseptiques, papier hygiénique, serviettes en papier et gants en plastique) et l'industrie sanitaire (masques, appareil de respiration et gel hydro alcoolique).

La crise épidémiologique du coronavirus a joué un rôle moteur au profit des entreprises qui développent une stratégie en ligne. Le confinement a encouragé les gens à effectuer des achats en ligne et certains magasins physiques ont décidé de se connecter et de diffuser en direct leurs produits.

B. l'intervention du droit de travail durant la période de crise

Le droit social se trouve en principe influencée par la pandémie COVID-19, et ce à travers deux points, un premier point portant sur les accidents du travail et maladies professionnelles, ensuite un deuxième point lié aux relations du travail durant la pandémie.

Trois hypothèses distinctes ont été abordées relativement aux accidents de travail et maladies professionnelles durant la pandémie COVID-19. L'article 3 de la loi n° 12-18¹⁵⁸³ définit un accident du travail comme étant tout accident soudain causant une invalidité partielle survenu pendant l'exercice du travail¹⁵⁸⁴.

Difficile d'assimiler la Covid-19 à une maladie professionnelle qui suppose une longue exposition à des substances toxiques ou nocives sur le lieu de travail. Ce qui n'est pas le cas du coronavirus. D'autant que les ministères du Travail et de la Santé ont établi une liste des maladies professionnelles¹⁵⁸⁵.

1582 V. Sami KANOUNI, le plan de sauvegarde : étude comparative franco-marocaine, mémoire présenté pour l'obtention du Master juriste d'affaires (F.S.J.E.S-FES), sous la direction du professeur M. Bouchta ALOUI, promotion 2017-2019.

1583 Loi n° 18.12 du 29 décembre 2014 relative à la réparation des accidents du travail au Maroc.

1584 L'article 3 de la loi n° 18.12 du 29 décembre 2014 relative à la réparation des accidents du travail au Maroc affirme que : « Est considéré comme accident de travail, quelle qu'en soit la cause, tout accident entraînant un dommage, au bénéficiaire des dispositions de la présente loi, qu'il soit salarié ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, survenu à l'occasion, par le fait ou lors de l'exercice du travail, même si cet accident résulte d'un cas de force majeure ou si les conditions du travail ont causés ou aggravé les effets de cette force, à moins que l'employeur ou son assureur justifie, selon les règles générales du droit, que la maladie de la victime a été la cause directe de l'accident.... »

1585 EL ARIF Hassan, « Contrat de travail/Covid-19 : Que de questions non tranchées ! », publié par l'économiste, édition n° 5766 Le 21/05/2020, P.3.

Le troisième courant d'idées milite pour que la Covid-19 soit considérée comme une simple maladie. La qualification de cette maladie reste freinée par le volet indemnisation. Les accidents du travail et les maladies professionnelles restent du ressort des compagnies d'assurances selon les contrats qui les lient avec leurs clients, tandis que les maladies «simples» sont prises en charge par la CNSS dans le cadre de la suspension du contrat de travail¹⁵⁸⁶, certificat médical à l'appui. Le débat reste donc ouvert sur la qualification de la maladie et les tribunaux devraient s'attendre à être inondés de litiges à ce sujet¹⁵⁸⁷.

Avec la pandémie de Covid-19, la relation de travail s'en trouve fortement impactée, à la fois par les mesures du gouvernement pour arrêter sa propagation, et par l'obligation de l'entreprise de protéger les salariés. Le Covid-19 a des implications certaines sur l'éventuelle adaptation du télé-travail, non défini par la loi, mais rendu obligatoire par les circonstances pour certaines entreprises. Enfin, il y a la possibilité de mettre en chômage partiel les salariés, par la réduction du temps de travail dans les termes définis par le code du travail¹⁵⁸⁸. De même, le ministère du travail et de l'insertion professionnelle a publié « *un guide explicatif* »¹⁵⁸⁹ visant essentiellement à gérer des situations de crise que connaît le Maroc, et ce, pour assurer la continuité d'exploitation, de l'activité économique et la sauvegarde des emplois.

II. Les mesures prises par le Maroc pour lutter contre la propagation de Covid-19

Dans le cadre de son analyse des impacts et des conséquences de la pandémie du coronavirus sur les vies et les sociétés, l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques OCDE¹⁵⁹⁰ a produit de brèves études qui font le point sur les réponses apportées par chaque pays à cette crise sanitaire majeure. Deux parmi ces études concernent le Maroc. En effet, la première étude évoque le Maroc en traitant du Covid-19 et les mesures prises en la matière.

En exécution des hautes instructions que SM le Roi Mohammed VI a données au gouvernement, le Maroc a opté pour une stratégie comportant plusieurs mesures.

A. Le Fonds spécial pour la gestion de la pandémie du Coronavirus Covid-19

Le Fonds spécial pour la gestion de la pandémie du Coronavirus Covid-19, a été créé en vertu du décret n° 2.20.269 publié au Bulletin officiel le mardi 22 Rajab 1441 (17 mars 2020), après avoir été approuvé par un conseil extraordinaire du gouvernement le 16 mars 2020. Il est à souligner également que les deux commissions chargées des finances au Parlement ont été également informées de la

1586 L'article 32 précise que : « Le contrat est provisoirement suspendu :

1° pendant la durée de service militaire obligatoire ;

2° pendant l'absence du salarié pour maladie ou accident dûment constaté par un médecin ;

3° pendant la période qui précède et suit l'accouchement dans les conditions prévues par les articles 154 et 156 ci-dessous;

4° pendant la période d'incapacité temporaire du salarié résultant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle;

5° pendant les périodes d'absence du salarié prévues par les articles 274, 275 et

277 ci-dessous ;

6° pendant la durée de la grève ;

7° pendant la fermeture provisoire de l'entreprise intervenue légalement... ».

1587 E.A Hassan, op.cit., P.3& 4.

1588 AOUIDY Saad & NDIYAE Mar Bassine, « Coronavirus : quel impact sur le contrat de travail ? », disponible en ligne le <https://fr.le360.ma/economie/video-coronavirus-quel-impact-sur-le-contrat-de-travail-ep1-211718>, publié par le 360, le 25/03/2020.

1589 V. également « Le guide explicatif portant des réponses aux questions éventuelles induites par le risque de l'épidémie du Corona virus dans le contexte du travail », publié par le ministère du travail et de la formation professionnelle, disponible en ligne sur le site web du ministère : www.travail.gov.ma, P. 1 & s.

1590 L'O.C.D.E est l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques, fondée en 1948 dont le siège se situe actuellement à Paris, L'OCDE a succédé à l'Organisation européenne de coopération économique (OECE) issue du plan Marshall et de la Conférence des Seize (Conférence de coopération économique européenne) qui a existé de 1948 à 1960. Son but était l'établissement d'une organisation permanente chargée en premier lieu d'assurer la mise en œuvre du programme de relèvement commun (le plan Marshall), et, en particulier, d'en superviser la répartition ; v. le site officiel de l'O.C.D.E : <https://www.oecd.org/fr/>.

création de ce Fonds, à savoir la Commission des finances et du développement économique à la Chambre des représentants et la Commission des Finances, de la Planification et du Développement économique relevant de la Chambre des Conseillers, et ce conformément aux dispositions légales.

En application des Hautes Instructions de Sa Majesté le Roi, que Dieu l'assiste, un Compte d'Affectation Spéciale intitulé « Fonds spécial pour la gestion de la pandémie du Coronavirus "La Covid-19" » est créé. Doté de 10 milliards de dirhams, Ce fonds sera réservé, d'une part, à la prise en charge des dépenses de mise à niveau du dispositif médical, en termes d'infrastructures adaptées et de moyens supplémentaires à acquérir, dans l'urgence.

Il servira, d'autre part, au soutien de l'économie nationale, à travers une batterie de mesures qui seront proposées par le Comité de Veille Économique, notamment en termes d'accompagnement des secteurs vulnérables aux chocs induits par la crise du Coronavirus, ainsi qu'en matière de préservation des emplois et d'atténuation des répercussions sociales de cette crise¹⁵⁹¹.

Ces procédures s'inscrivent dans le cadre des mesures urgentes à mettre en œuvre pour faire face aux répercussions de l'épidémie du Covid-19, et des mesures de précaution et de prévention mises en place par le Royaume pour préserver la sûreté et la sécurité des citoyens.

B. La dématérialisation de l'administration marocaine

Mohamed Benchaâboun, ministre de de l'économie des finances et de la réforme de l'administration, adresse une nouvelle circulaire destinée à ses collègues ministres et aux hauts commissaires. Le document porte sur la dématérialisation des correspondances administratives¹⁵⁹². Ladite circulaire tend essentiellement à encourager le recours aux nouvelles technologies, la crainte de la propagation de la pandémie Covid-19 a accéléré cette opération.

1. Un bureau d'ordre digital

Il s'agit d'une plateforme numérique qui permettra aux administrations et aux établissements publics de créer ces bureaux destinés à la gestion électronique des courriers entrants et sortants.

2. Guichet électronique des courriers

L'autre solution proposée porte sur le guichet électronique des courriers. Elle permet l'automatisation du processus de traitement des courriers au sein d'une administration.

3. La dématérialisations de la justice

La crise du coronavirus pourrait motiver la mise en place de ce projet maintes fois annoncé, mais jamais officialisé. Aujourd'hui, des audiences en visioconférence constituent une nécessité majeure. Le ministère de la Justice fournit l'équipement, le pouvoir judiciaire décide de son usage. La mise en place de ce dispositif suscite quelques résistances¹⁵⁹³.

Aujourd'hui, le dispositif va de pair avec les mesures *de prévention* décrétées par les autorités marocaines. Certes, le ministère de la justice assure de son part que son département mettra tous les moyens techniques et logistiques à la disposition du pouvoir judiciaire, le déploiement de l'équipement a débuté le mardi 21 avril. L'usage du dispositif sera géré, selon les juridictions, par les premiers présidents et les procureurs généraux et ce, en coordination avec les bâtonniers des différents barreaux.

1591 Communiqué du ministère de l'économie, des finances et de la réforme de l'administration, portant sur « La Création d'un fonds spécial dédié à la gestion de la pandémie du Coronavirus "La Covid-19" », publié en ligne sur le site officiel du ministère : <https://www.finances.gov.ma/Fr/Pages/detail-actualite.aspx?fiche=4970>, consulté le 23.05.2020.

1592 CHAOUI Mohamed, « Le Covid-19 accélère la dématérialisation de l'administration », édition n° :5734, publié par l'économiste le 06/04/2020, P. 1.

1593 « Covid-19. Procès à distance : ce que l'on sait », publié le 24 avril 2020 par média24, disponible en ligne sur le site web : <https://www.medias24.com/covid-19-proces-a-distance-ce-que-l-on-sait-9751.html>, consulté le 29.05.2020.

La pandémie du Covid-19 : Quel impact sur les relations commerciales?

✉ ZAHRAOUI Naima

Juriste et doctorante chercheuse en droit privé à la FSJES de Oujda

L'émergence du coronavirus (Covid -19), provoquée par le [coronavirus SARS-CoV-2](#), en [17 novembre 2019](#) dans la [ville chinoise de Wuhan](#), dans la [province du Hubei](#), en [Chine centrale](#) et sa rapide propagation aux autres régions du monde entraîne une crise sanitaire et sociétale d'envergure mondiale. Le 30 janvier 2020, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a qualifié le Covid -19 d'urgence de santé publique de portée internationale, à savoir un événement extraordinaire selon l'article premier¹⁵⁹⁴ du Règlement Sanitaire International¹⁵⁹⁵. Puis le 11 mars 2020, l'OMS le qualifiait de pandémie.

Plus de la moitié de la population mondiale est confinée, afin de limiter la prorogation de la maladie, car il a été démontré que la contamination ne se fait que par contact entre personnes, ou en touchant un objet contaminé par le virus. Selon le Secrétaire général de l'ONU Antonio Guterres, c'est la pire crise mondiale qu'a connue l'ONU depuis sa création¹⁵⁹⁶.

Fort heureusement notre pays le Maroc a été moins touché à ce jour par la pandémie, comparé à l'Italie, l'Espagne, les Etats-Unis, la France et la Chine, qui ont eu à déplorer le plus de victimes. On ne peut que se féliciter de la stratégie adoptée par le Maroc sous l'égide du Roi Mohammed VI pour lutter contre cette pandémie. Tous les acteurs officiels ont joué leur rôle avec dévouement, avec une mention particulière pour le personnel soignant et les forces de sécurité.

Le premier cas confirmé au Maroc d'infection par le nouveau virus Corona a été enregistré, après confirmation de l'Institut Pasteur lundi 2 mars dans la soirée. Il s'agit d'un Marocain provenant de foyers italiens. Selon le dernier bilan du ministère de la santé publié le Lundi 11 Mai 2019 à 10h00, le Maroc compte 6226 cas confirmés de contaminations au Covid-19, le nombre total de guérisons est de 2759 pour 188 décès.

Aux impacts sanitaires s'ajoutent des conséquences économiques et financières pouvant affecter profondément les relations commerciales tant au niveau domestique que sur le plan international. Depuis le début de la crise, de nombreuses entreprises se voient en effet confrontées à des difficultés dans l'exécution de leurs contrats, se manifestant, entre autres, sous la forme de retards de livraison, difficultés de paiement, impossibilité d'approvisionnement, augmentation du prix des matières premières ou autres. Celles-ci ont vraisemblablement été exacerbées par les mesures restrictives d'interdiction de se déplacer et de confinement, ainsi que de fermeture d'établissements et de frontières aux non-nationaux dans certains pays. Confrontées à ces difficultés, les parties à un contrat commercial seront en premier lieu appelées à vérifier le mode de résolution de litiges ainsi que

1594 . L'urgence de santé publique de portée internationale est définie comme un « événement extraordinaire » qui « constitue un risque pour la santé publique dans d'autres États en raison du risque international de propagation des maladies et qui peut requérir une action internationale coordonnée » (OMS, Règlement sanitaire international, 2005, art. 1er).

1595 . Le Règlement sanitaire (2005), RSI 2005 ou le « Règlement » est l'instrument juridique international destiné à aider et à protéger les Etats de la propagation internationale des maladies. LE RSI 2005 est entré en vigueur le 15 Juin 2007. Il est actuellement, juridiquement contraignant pour 194 Etat Parties (dont tous les Etats Membres de l'OMS).

1596 . J. KARDOUDI, président de l'IMRI (Institut Marocain des Relations Internationales), « La pandémie du Coronavirus : Quel impact sur le Maroc et le monde ? », EcoActu, le 2 Avril 2020.

le droit applicable.

Si les parties ont désigné le droit marocain, ce dernier prévoit un mécanisme permettant tout particulièrement d'appréhender des événements imprévisibles qui surviendraient en cours d'exécution du contrat et qui en rendraient l'exécution impossible ou excessivement onéreuse : la force majeure et du cas Fortuit. Dès lors, l'enjeu juridique est d'évaluer si et comment cette pandémie pourrait être appréhendée sous les prismes de la force majeure.

A : L'identification préalable du droit applicable au contrat et du mécanisme de règlement des litiges

Les contractants souhaitant identifier l'arsenal juridique dont ils pourront se prévaloir à l'égard du Covid -19 et de ses conséquences devront en premier lieu déterminer le tribunal (arbitral ou étatique) compétent pour connaître des litiges relatifs au contrat en question. La grande majorité des contrats commerciaux contient, à cet égard, une clause expresse désignant la compétence d'un tribunal arbitral ou d'une juridiction étatique¹⁵⁹⁷. Ou ils s'engagent via une convention appelée convention d'arbitrage qui est, selon l'article 307 du code de procédure civile, un engagement des parties de recourir à l'arbitrage pour régler un litige né au susceptible de naître concernant un rapport de droit déterminé, de nature contractuelle ou non contractuelle, cette convention revêt la forme d'un compromis d'arbitrage ou d'une clause d'arbitrage. Si tel n'est pas le cas, les règles de conflit de juridictions pourront permettre de déterminer le ou les tribunaux compétents¹⁵⁹⁸. Si le juge marocain est compétent, le droit applicable pourra être déterminé en vertu des règles de conflit de lois, et ce en fonction du cas d'espèce. Un contrat de vente régi par la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises pourrait néanmoins, en cas d'établissement du vendeur et de l'acheteur sur les territoires d'États parties, être directement appréhendé par les règles matérielles uniformes de cette convention¹⁵⁹⁹, sauf si le vendeur et l'acheteur ont exclu son application.

À défaut, toujours pour le cas du contrat de vente d'objets mobiliers corporels, la convention de La Haye de 1955 reconnaît comme applicable la loi choisie par les parties contractantes¹⁶⁰⁰. Sans choix exprimé par les parties, cette convention prévoit une série de dispositions permettant d'aboutir à la désignation de la loi applicable sur la base de critères objectifs.

1597 . Ces clauses prévoient parfois des phases préalables de règlement amiable. Si la phase amiable est obligatoire, elle devra être respectée sous peine d'irrecevabilité de la demande. V., à cet égard :

- Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, D. 2003. 1386, et les obs., note P. Ancel et M. Cottin RTD civ. 2003. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ;
- JCP 2003. I. 142, n° 13, obs. G. Virassamy ;
- JCP E 2003. 707, note H. Croze et D. Gautier ; Rev. arb. 2003. 403, note C. Jarrosson ;
- Civ. 3e, 19 mai 2016, n° 15-14.464, D. 2016. 2377 ;
- RTD civ. 2016. 621, obs. H. Barbier ;
- Civ. 3e, 6 oct. 2016, n° 15-17.989, Civ. 3e, 6 oct. 2016, n° 15-17.989, D. 2016. 2071 ;
- RTD civ. 2017. 146, obs. H. Barbier ;
- Com. 30 mai 2018, n° 16-26.403, D. 2018. 1212 ;
- RTD civ. 2018. 642, obs. H. Barbier.

1598 . À titre d'exemple, le règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et < commerciale >, JOUE, n° L. 351, 20 déc. (Bruxelles I bis).

1599 . Civ. 1re, 25 oct. 2005, n° 99-12.879, D. 2005. 2872, obs. E. Chevrier ;

- Rev. crit. DIP 2006. 373, note D. Bureau ;
- RTD civ. 2006. 268, obs. P. Remy-Corlay ;
- RTD com. 2006. 249, obs. P. Delebecque ;
- Com. 20 févr. 2007, n° 04-17.752, D. 2007. 795, obs. E. Chevrier ;
- RTD civ. 2007. 302, obs. P. Remy-Corla ;
- RTD com. 2007. 586, obs. B. Bouloc.

1600 . Un tel choix peut être exprès ou résulter « indubitablement des dispositions du contrat » (Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, art. 2).

Lorsque la convention de La Haye de 1955 désigne la loi d'un État partie à la convention de Vienne¹⁶⁰¹, le juge marocain fera application des dispositions de la convention de Vienne précitée, à condition, là encore, que les parties ne l'aient pas exclue. Pour les autres contrats, il faudra se tourner vers le règlement Rome I¹⁶⁰² ou, pour ceux conclus avant le 17 décembre 2009, la convention de Rome de 1980¹⁶⁰³. Là aussi, il sera nécessaire de rechercher en premier lieu la loi choisie par les parties, de manière expresse ou tacite et, à défaut d'accord, de mettre en œuvre les critères objectifs prévus par ces instruments. Si le droit marocain régit le contrat commercial en cause, il convient d'analyser comment sa conception de la force majeure peut appréhender le Covid -19 et ses conséquences.

B : L'impact du Covid -19 sous le prisme de la force majeure

Dans une note circulaire datée du 14 Avril 2020, le ministre de l'Économie et des Finances M. BENCHABOUNE Mohamed a, en fixant les règles à respecter dans l'exécution des marchés publics, précisé que la pandémie de Covid -19 est un cas de « force majeure ».

Parmi les propositions apportées par l'agenda portant la signature du M. ELMALKI Lehib le Président de la Chambre des Représentants, et validées par la Commission des Finances et de Développement Économique, on trouve la mise en application des dispositions de « la force majeure » au niveau des marchés publics effectués par l'État ainsi que pour les procédures administratives, bancaires et judiciaires relatives au non paiement des chèques et les lettres de change pendant cette période.

Le 28 février 2020, Bruno Le Maire, ministre de l'Économie et des Finances français, a déclaré que le Covid -19 sera considéré comme un « cas de force majeure » et en conséquence, que pour tous les marchés publics de l'État, si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME ou des entreprises, l'État n'appliquera pas de pénalités¹⁶⁰⁴. D'autres gouvernements ont effectué des déclarations similaires, à l'instar de différents ministères indiens qui ont affirmé que le Covid -19 ainsi que les mesures de confinement prises seront considérés comme un cas de force majeure pour certains types de contrats publics¹⁶⁰⁵.

Par ailleurs, le Conseil chinois pour la promotion du commerce international accepte de délivrer des certificats de force majeure aux sociétés chinoises dont l'activité serait affectée par le Covid -19¹⁶⁰⁶. Le ministère du Développement économique italien a également prévu que les chambres de commerce italiennes puissent délivrer des certificats similaires¹⁶⁰⁷. Ces prises de position ne semblent toutefois pas pouvoir lier les juridictions, qui restent libres de déterminer si, au regard des circonstances du litige dont elles seraient saisies, les éléments permettent

1601 . Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

1602 . Règl. CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOUE, n° L. 177, 4 juill. (Rome I).

1603 . Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE, n° C. 27, 26 janv.

1604 . B. Le Maire, « Coronavirus et monde du travail : réunion avec les partenaires sociaux », 28 févr. 2020.

1605 . Ministry of Finance, Department of Expenditure, Procurement Policy Division, N°. F. 18/4/2020-PPD, 19 févr. 2020 (< contrats > publics pour l'achat de bien et la fourniture de services) ; Ministry of New & Renewable Energy, Grid Solar Power Division, N°. 283/18/2020, 20 mars 2020.

1606 . http://en.ccpit.org/info/info_40288117668b3d9b0170671f67f30716.html. Le premier certificat de force majeure semble avoir été délivré à une société de fabrication dans la province de Zhejiang qui avait affirmé ne pas pouvoir respecter ses obligations contractuelles à l'encontre de Peugeot, pour un montant d'environ 4 millions de dollars (G. Lee, « China offers force majeure escape clause for factories that breach supply contracts as coronavirus shutdowns leave assemblies idle », South China Morning Post, 3 févr. 2020. Il semblerait qu'au début du mois de mars, le China Council for the Promotion of the International Trade (CCPIT) avait déjà délivré environ 5 000 certificats de ce type.

1607 . Circolare MISE n° 0088612, 25 mars 2020. Ces certificats, tout comme ceux délivrés par le CCPIT, ne sauraient néanmoins être interprétés comme contenant un avis juridiquement contraignant, bien que pouvant être utilisés comme moyen de preuve en cas de contentieux. V., concernant les certificats du CCPIT, A. Discours, S. Qu et J. Buhart, « L'impact du < Covid >-19 sur l'exécution des < contrats >. Étude comparative droit chinois / droit français », JCP 2020. 329.

de caractériser l'existence d'un cas de force majeure. À cet égard, il est intéressant de rappeler que la jurisprudence française a écarté à de multiples reprises la caractérisation d'un cas de force majeure en cas d'épidémie. Ainsi, à titre d'exemple :

- dans un arrêt du 29 décembre 2009, la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion a considéré que le caractère imprévisible d'une épidémie de « chikungunya » faisait défaut, car celle-ci avait débuté quatre mois avant la signature du contrat en question¹⁶⁰⁸;

- dans un arrêt du 8 janvier 2014, la cour d'appel de Besançon a écarté la qualification de force majeure en présence d'une épidémie de grippe H1N1, dès lors que ladite épidémie avait été « largement annoncée et prévue, avant même la mise en oeuvre de la réglementation sanitaire »¹⁶⁰⁹;

- la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 29 mars 2016, s'est abstenue de retenir, à nouveau s'agissant de l'épidémie de virus Ebola, la qualification de force majeure et a affirmé que « la propagation du virus Ebola en Afrique de l'Ouest et la présence du djihadisme au Sénégal ne rendent pas l'exécution des obligations du preneur impossible »¹⁶¹⁰

Toutefois, plusieurs arrêts récents - rendus précisément au sujet du Covid -19 retiennent la qualification de force majeure:

- dans plusieurs arrêts de mars 2020, la cour d'appel de Douai a indiqué que l'annulation d'un vol par les autorités italiennes « en raison du risque de pandémie liée au coronavirus »¹⁶¹¹, « en raison des événements sanitaires liés au coronavirus »¹⁶¹² ou encore « en raison de la situation sanitaire due à la propagation du coronavirus »¹⁶¹³ constituait un cas de force majeure ;

- dans un arrêt du 12 mars 2020, la cour d'appel de Colmar a retenu que l'absence à l'audience d'une personne faisant l'objet d'une rétention administrative était due à un cas de force majeure, en raison de la présence, dans le centre de rétention, d'une autre personne atteinte de Covid -19¹⁶¹⁴ ;

- dans deux arrêts du 23 mars 2020, la cour d'appel de Colmar a retenu l'existence d'un cas de force majeure en raison « de la pandémie < Covid >-19 en cours et des mesures de confinement prises par l'autorité publique »¹⁶¹⁵.

Les derniers arrêts cités, certes relatifs à des cas assez spécifiques de rétention administrative, permettent d'avoir un premier aperçu de l'appréciation qui pourrait être portée par les juridictions au sujet de la qualification de force majeure du Covid -19 et de ses conséquences en présence d'un contrat commercial .

Au vu de l'ampleur et de la rapidité de la propagation du Covid -19, des conséquences graves et potentiellement mortelles de celui-ci, mais également des mesures très strictes et sans précédent prises par de nombreux pays ainsi que de son impact délétère sur l'économie, il est en effet fort probable que les juridictions se montrent réceptives et favorables à prendre en considération les difficultés rencontrées par les parties à un contrat commercial qui en serait affecté, sous réserve bien entendu des circonstances particulières d'espèce.

1608 . Saint-Denis de La Réunion, 29 déc. 2009, n° 08/02114.

1609 . Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/02291.

1610 . Paris, 29 mars 2016, n° 15/05607.

1611 . Douai, 4 mars 2020, n° 20/00395.

1612 . Douai, 5 mars 2020, n° 20/00400.

1613 . Douai, 5 mars 2020, n° 20/00401.

1614 . Colmar, 12 mars 2020, n° 20/01098.

1615 . Colmar, 23 mars 2020, n° 20/01206 ; Colmar, 23 mars 2020, n° 20/01207

Il convient donc d'analyser si le Covid -19 et/ou les mesures étatiques prises afin de limiter sa propagation et ses conséquences pourraient constituer un cas de force majeure en présence d'un contrat commercial et, dans l'affirmative, d'en déterminer les effets sur ce contrat.

1. L'existence d'un cas de force majeure

Aux termes de l'article 269 du DOC, «La force majeure est tout fait que

l'homme ne peut pas prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation » Dans le même aspect l'article 1218 du code civil français stipule que « il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». Selon les cas de figure, le Covid -19 ou tout au moins les mesures mises en œuvre par les différents gouvernements semblent remplir les conditions d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité et sont donc susceptibles de caractériser un cas de force majeure au sens des deux articles susvisés.

En ce qui concerne la condition tenant à l'existence de « tout fait que l'homme ne peut prévenir, tels que les phénomènes naturels... » et d'un « événement échappant au contrôle du débiteur », en fonction des circonstances, l'émergence et la propagation du Covid -19, qui a été considérée par l'OMS comme une urgence de santé publique de portée internationale, puis une pandémie et les mesures étatiques qui ont suivi (interdiction de déplacement, interdiction de vente de certains produits médicaux, fermeture d'établissements, etc.) pourraient être considérées comme remplissant cette condition. Quant au Covid -19 stricto sensu, il semble en effet difficile de considérer qu'il n'échapperait pas au contrôle du débiteur.

Certaines des mesures étatiques qui ont été adoptées pour lutter contre la propagation du Covid -19 semblent également pouvoir avoir un impact sur différents types de contrats et devoir être considérées comme échappant au contrôle du débiteur. À titre d'exemple, un certain nombre d'arrêtés ont été pris, depuis début mars 2020, en vue d'interdire les rassemblements au-delà d'un certain seuil ou encore afin d'ordonner la fermeture au public de tous les commerces jugés non indispensables. Or la fermeture d'un commerce qui serait imposée par arrêté semble de nature à être qualifiée par les juges d'événement échappant au contrôle du débiteur¹⁶¹⁶.

Quant à la condition d'un événement « empêchant l'exécution d'une obligation et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées » et « qui rend impossible l'exécution de l'obligation », en fonction des circonstances, l'apparition du Covid -19 et les mesures étatiques qui ont suivi peuvent avoir pour effet d'empêcher l'exécution d'une obligation contractuelle. Le Covid -19 s'est en fait révélé avoir des conséquences potentiellement létales et a entraîné une série de mesures restrictives sans précédent, limitant les déplacements, imposant le confinement et la fermeture d'établissements, ainsi que de frontières.

L'impossibilité d'exécuter une obligation risque de générer des effets en cascade en cas de chaîne contractuelle. Dans ce cas-là, les conditions de la force majeure devront être appréhendées et démontrées contrat par contrat, sans se livrer à une appréciation globalisante.

2. Les conséquences en cas de force majeure

Quelle que soit la durée de l'événement de force majeure, celui-ci a pour effet d'exonérer le débiteur placé dans l'impossibilité d'exécuter sa prestation de sa responsabilité. À cet effet exonératoire, s'ajoutent des conséquences qui varient en fonction de la durée de l'empêchement.


1616 . par ex., Amiens, 20 déc. 2016, n° 15/01482.

Aux termes du second alinéa de l'article 1218 du code civil français, en effet, « l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations .

Ainsi, si l'impossibilité d'exécuter l'obligation contractuelle n'est que temporaire, l'exécution de l'obligation en question sera uniquement suspendue, sans que cela engage la responsabilité du débiteur. En d'autres termes, les obligations qui ne peuvent être exécutées seront reportées et devront être réalisées dès que la situation le permettra (par exemple lorsque le pic de l'épidémie sera passé et que l'interdiction de circuler ou d'ouvrir certains établissements non essentiels sera levée)¹⁶¹⁷. L'effet suspensif sera néanmoins écarté lorsque le retard justifiera la résolution du contrat

En revanche, en cas d'empêchement définitif, le contrat sera résolu de plein droit , sans que la responsabilité du débiteur puisse être engagée à cet égard, et les parties auront le droit, le cas échéant, de réclamer la restitution des contreparties contractuelles déjà exécutées.

Toutefois, certaines stipulations contractuelles pourraient permettre aux parties d'appréhender juridiquement les difficultés créées par la situation de crise actuelle. Même pour les contrats conclus avant l'émergence du Covid -19, les parties peuvent en effet avoir prévu des clauses visant à régir contractuellement la survenance d'événements imprévisibles affectant le contrat afin de tenir compte des difficultés d'exécution résultant de l'état d'urgence sanitaire.

1617 . Civ. 3e, 22 févr. 2006, n° 05-12.032, D. 2006. 2972, obs. Y. Rouquet, note S. Beaugendre ;
- RTD civ. 2006. 764, obs. J. Mestre et B. Fages , dans lequel la Cour de cassation française retient que « la force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé ». En l'espèce, un délai de neuf mois s'était écoulé entre la fin de l'évènement (tempête) et l'exécution de l'obligation.

la procédure et les effets du recours en annulation de la sentence arbitrale en Droit Marocain

✉ **Ihoussaine OUHSSAINE**

*Doctorant en Droit privé à la faculté de Droit ain sbaa
Casablanca*

Introduction

Le développement du commerce international a mis fin aux barrières entre les peuples, les marchés, les capitaux, les marchandises mais aussi les actes juridictionnels. En effet, par le biais de la mondialisation, de nombreux contentieux économiques opposant des sociétés ou des individus d'horizon différents et de culture juridique différente, ont vu le jour.

L'Etat, par le biais de l'institution judiciaire, devrait être, le garant de la justice, de l'équité et, partant, de la paix sociale. Mais les juridictions étatiques n'arrivent plus à satisfaire les justiciables et ce à cause des procédures plus longues et des conditions défavorisant la justice et le règlement étanche des litiges.

De ce fait, les parties au litige préfèrent recourir aux règlements des litiges d'une manière pacifique par le biais de l'arbitrage, par conséquent elles préservent leur relations commerciales ainsi que trancher leur différends dans un délai convenables.

Après que la sentence tranchant le litige soit rendue, ladite sentence peut parfois faire l'objet d'un recours en annulation de la part de la partie estimant avoir été lésée par le rendu de l'instance. Cependant, le recours en annulation est une procédure, et comme toute procédure, elle est soumise à des règles pouvant affecter sa validité en cas de violation. Si l'arbitrage reste d'usage universel, les règles qui régissent le recours en annulation restent d'une part à la discrétion du législateur étatique pour les sentences internes.

En droit Marocain, pour annuler une sentence arbitrale, la compétence de statuer sur l'annulation est conférée à la cours d'appel du lieu où cette sentence a été rendue, au lieu de donner cette compétence au tribunal de première instance. Etant donné que l'organisation judiciaire Marocain connaît le deuxième degré de juridiction.

- Pourquoi la similitude entre le tribunal arbitral et les tribunaux de première instance en matière de compétence ?

- L'effet du recours en annulation est-il uniquement suspensif ?

- Quelle est l'incidence du recours en annulation sur la sentence arbitrale ?

Pour répondre à ces interrogations, il faut que les conditions d'exercer le recours en annulation soient remplies et que le recourant serait tenu de suivre une procédure pour demander l'annulation de la sentence devant la juridiction compétente pour que ce recours soit recevable. A l'occasion de l'exercice de ce recours, plusieurs effets s'engendrent.

Le législateur prévoit le recours en annulation dans l'article 327-36 de la loi 08-05 réglementant l'arbitrage et la médiation conventionnelle.

Pour mettre en exergue la particularité du recours en annulation de la sentence arbitrale il convient de traiter les points suivants :

- La compétence en matière de recours en annulation
- les incidents du recours sur la sentence arbitrale

Plan

I : l'exercice du recours en annulation

Paragraphe 1 : la compétence d'exercer le recours

Paragraphe 2 : le délai du recours en annulation

II : les effets du recours en annulation de la sentence arbitrale

Paragraphe1 : la suspension de l'exécution de plein droit

Paragraphe2 : La suspension fondée sur la demande

I : la procédure du recours

Le régime procédural du recours en annulation est considéré un élément essentiel pour demander l'annulation d'une sentence arbitrale, car la sentence arbitrale exige un respect rigoureux de la procédure pour qu'elle soit annulée. Le suivi de cette procédure exige également un délai légal et devant une juridiction compétente en matière de l'annulation.

Paragraphe 1 : la compétence d'exercer le recours

La compétence avec ses différents types se considère comme une question juridique complexe, elle pose plusieurs problèmes en matière de procédure devant les juridictions.

En effet, La compétence de statuer sur le recours en annulation de la sentence arbitrale connaît deux aspects, l'un qui est lui spécifique et l'autre général dans lequel le recours aux règles générales de la compétence sera exigé.

La compétence territoriale

Concernant la compétence territoriale, l'analyse de l'esprit de la loi devrait conduire à l'attribuer à la cour d'appel dans le ressort de laquelle se situe la juridiction du premier degré qui aurait connu de l'affaire s'il n'y avait pas eu de convention d'arbitrage. Il conviendrait par conséquent de lui appliquer, en matière de compétence rationneloi, la solution prescrite par le législateur concernant les deux autres voies de recours pouvant être exercées à l'encontre de la sentence arbitrale, à savoir la rétractation et la tierce opposition¹⁶¹⁸.

Toutefois, le législateur n'a pas jugé opportun de suivre le raisonnement précité, et a préféré conférer la compétence territoriale, de manière expresse, à la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue.

Précisons par ailleurs que la même règle a été retenue en matière d'arbitrage international, un auteur en a déduit, à bon droit, que « le législateur marocain n'a permis d'exercer le recours en annulation qu'à l'encontre des sentences arbitrales internationales rendues au Maroc. Si elles ont été rendues à l'étranger, elles ne sont donc pas susceptibles de recours en annulation au Maroc ¹⁶¹⁹».

A la vérité, la loi 08-05, qui a inséré cet article au sein du CPC, s'est contenté de formaliser la construction jurisprudentielle antérieure à son adoption. La revue des décisions qui s'étaient prononcées à ce sujet sous l'empire de l'ancienne réglementation relative à l'arbitrage révèle en effet que la jurisprudence marocaine était orientée en ce sens, même si elle se fondait sur une assise textuelle

1618 Voir les articles : 327-36 et 327-52 de la loi 08-05.

1619 A. BOULAALAF, Abdallah BOULAALF, Le recours en annulation d'une sentence arbitrale en Droit Marocain et Droit comparé, édition ANAJAH ALJADIDA, Casablanca, 2011, page121, (En arabe).

différente, en l'occurrence la convention de New York. L'on peut ainsi lire sous la plume des magistrats de la cour d'appel de commerce de Casablanca : « la compétence pour connaître de la demande d'annulation d'une sentence arbitrale internationale appartient à l'Etat dans le ressort duquel ladite sentence a été rendue, et ceci conformément à la convention de New York qui prévaut sur la législation nationale, ce qui rend inapplicables les dispositions des articles 306 et suivant du CPC¹⁶²⁰».

A cet égard, la cour de cassation Marocaine¹⁶²¹ a précisé que les règles de la compétence territoriale sont soumises à la volonté des parties. Autrement dit : les parties ont le droit de se mettre d'accord sur le lieu où la sentence sera rendue. Mais il se peut qu'une sentence arbitrale s'observe par l'inexistence de cette condition ni aucune mention prouvant le lieu où elle a été rendue, dans un tel cas une autre jurisprudence affirme que le lieu est celui où l'ordonnance de l'exéquatur a été rendu¹⁶²².

□ **Compétence d'attribution**

A s'en tenir à la lettre des articles précités, le recours en annulation exercé contre la sentence arbitrale interne devrait être porté devant la première juridiction. D'aucuns pourraient en revanche soutenir qu'il convient d'attribuer compétence aux cours d'appel de commerce, en prenant notamment appui sur l'article 312 qui prescrit qu'il faut entendre par « le président de la juridiction »¹⁶²³, le président du tribunal de commerce.

Nous sommes d'avis qu'il faudrait plutôt privilégier la position médiane, en ayant égard à la nature du différend tranché par le tribunal arbitral, et identifier ainsi la juridiction qui aurait été compétente, s'il n'y avait pas eu de convention d'arbitrage.

La nature du litige commandera, dès lors, en ce qui a trait au recours en annulation, de saisir la cour d'appel – prise dans son acception générale, à savoir la juridiction du second degré compétente pour statuer sur les appels formés à l'encontre des jugements des tribunaux civils ou sociaux – ou la cour d'appel de commerce, voire la cour d'appel administrative¹⁶²⁴, au regard des dispositions légales régissant la compétence en raison de la matière ainsi que des applications jurisprudentielles.

A ce niveau la jurisprudence précise également que selon la nature de l'affaire, cela veut dire que la cour d'appel de commerce est compétente si la nature de l'affaire est commerciale, de même que la cour d'appel administrative si la nature du litige est administrative¹⁶²⁵. Il faut préciser par ailleurs que cette compétence est d'ordre public, la juridiction soulève sa violation d'office surtout en matière administrative.

1620 CAC Casablanca, 6 sept.2011, rev. Al Widadiya Al Hassaniyalilkoudat, n°3, mars 2012, p 219. Il est vrai que cette décision a été rendue postérieurement à l'adoption de la loi 08-05, toutefois, le litige qu'elle a tranché était soumis à l'ancien encadrement régissant l'arbitrage.

1621 Arrêt N°430 dossier commercial, numéro 1387/3/1/2004 (non publié)

1622 Arrêt de la jurisprudence libanaise N° 45/2007 rendu le 20/03/2007 publié dans la revue d'arbitrage, numéro2, Avril 2009, P370.

1623 Article 312 de la loi 08-05 prévoit dans son al 3 que : “ le « président de la juridiction » désigne le président du tribunal de commerce, sauf précisions contraires”

1624 Notamment lorsqu'il s'agit d'un litige visé à l'article Article 310 de la loi 08-05 qui dispose « Les litiges relatifs aux actes unilatéraux de l'Etat, des collectivités locales ou autres organismes dotés de prérogatives de puissance publique ne peuvent faire l'objet d'arbitrage ».

1625 En fait, la question du président de la cour d'appel soulevée par la loi 08-05 fait l'objet d'un grand débat du fait que le vice-président de la cour d'appel de commerce de Casablanca considère que l'ordonnance de l'exequatur doit se rendre par chaque président de juridiction selon la nature de l'affaire . Ordonnance Numéro 569 dossier n° 261.1.2008 rendu le 05/03/2008 (non publié).

Mais l'intervention du Docteur « RIAD FAKHRI », lors d'un colloque international organisé à la faculté de Droit de Settat le 24/04/2008 sur “ la lecture sur la loi d'arbitrage et de la médiation conventionnelle dans la nouvelle loi”, affirme l'existence, dans ce qui est précède, d'une confusion entre l'ordonnance de l'exéquatur et les voies de recours contre une sentence arbitrale. (Cette intervention n'est pas publiée).

La situation est différente en matière d'arbitrage international. La combinaison des articles 327-46, 327-49, 273-50, 327-51, 327-52¹⁶²⁶ de la loi 08-05 commande d'attribuer la compétence à la cour d'appel de commerce, et ceci en adoptant un raisonnement par analogie.

Observons tout d'abord que l'article 327-46 accorde au président de la juridiction commerciale compétente le pouvoir de revêtir la sentence arbitrale internationale de l'exequatur. L'appel de cette ordonnance ne saurait de ce fait être soumis qu'à la cour d'appel de commerce, quand bien même l'article 327-50 ne fait état que de la cour d'appel d'une manière générale.

Force est de connaître qu'en l'absence d'une disposition expresse conférant la compétence – pour connaître des recours en annulation exercés à l'encontre des sentences arbitrales internationales – aux cours d'appel de commerce, il n'est guère exclu que les juridictions marocaines s'en tiennent à la lettre de l'article 327-52 de la loi 08-05, ou qu'elles se réfèrent à la nature du litige pour déterminer la juridiction d'appel compétente pour statuer sur le recours précité.

Soulignons enfin que dans un souci de célérité, l'article 327-36 de la loi 08-05 dispose : « la cour d'appel statue selon la procédure d'urgence ». Contrairement à l'impression qui se dégage de cet article, lequel édicte de manière péremptoire un devoir mis à la charge des conseillers de la cour d'appel, l'aspect contraignant de cette règle n'est en vérité qu'un leurre.

La pratique judiciaire démontre en effet que des « obligations » similaires, imposées aux magistrats dans d'autres contextes, ne sont que rarement respectées lorsque nulle sanction n'y est attachée. L'encombrement des tribunaux prend alors le pas, et l'instance qui devait se dérouler avec célérité dégénère en une procédure ordinaire, et devient aussi fastidieuse que cette dernière.

A ce niveau la cour d'appel de commerce de Marrakech dans un arrêt rendu le 5/2/2015 affirme que la cour d'appel qui reste uniquement l'organe compétent pour trancher la question de l'annulation de la sentence arbitrale et même elle peut déterminer la loi applicable au litige¹⁶²⁷.

Paragraphe 2 : le délai du recours en annulation

L'article 327-36 de la loi 08-05 prévoit dans son paragraphe 2 que « le recours en annulation est recevable dès le prononcé de la sentence ; il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans les quinze jours de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur ». Et les mêmes dispositions prévues par l'article 327-52 concernant la sentence arbitrale internationale. D'après ces deux textes, le délai du recours en annulation d'une sentence arbitrale nationale ou internationale est unique. Mais pour mettre en exergue ce délai, il convient d'étudier la date à laquelle il commence à courir et sa nature juridique.

La nature de délai du recours

Conformément à la règle générale procédurale, le délai des recours demeure un délai de forclusion. Dans le cas où le prétendant n'en exerce pas dans le délai légal, il sera déchu définitivement de son droit quoiqu'ils en soient les motifs dudit recours.

Le recours en annulation d'une sentence arbitrale soumis également à ce principe de forclusion dans le cas de son exercice hors le délai fixé par la loi.

Ce délai engendre plusieurs effets :

- * Le délai de forclusion n'est pas susceptible d'être suspendu ni interrompu ce qui n'est pas le cas pour le délai de prescription.

1626 Voir à ce niveau une ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce de Casablanca le 05/03/2008 numéro 569 (non publiée).

1627 Arrêt rendu par la cour d'appel de commerce de Marrakech n°206, daté 5/2/2015, dans le dossier 1848/2/2014, (Voir l'annexe)

Le délai de forclusion peut être nommé parfois «délai de déchéance» mais ce rapprochement est justifié. La forclusion est normalement définie comme une sanction pour défaut d'accomplissement dans un délai déterminé d'une formalité : le titulaire du droit qui est forclos ne peut alors plus accomplir cette formalité.

La déchéance quant à elle est la perte d'un droit résultant d'une indignité, incapacité, fraude... Ainsi, le seul élément qui distingue la forclusion de la déchéance est le temps. La forclusion n'est qu'une forme particulière de déchéance pour écoulement du temps, elle correspond à l'introduction du temps dans le concept de déchéance. Le délai de forclusion est animé par l'idée de sanctionner un comportement peu diligent¹⁶²⁸.

Cependant, le législateur prévoit que le recours en annulation est susceptible d'être suspendu et ce dans l'article 327-30 qui annonce que « La demande en vue de rectifier ou d'interpréter la sentence suspend l'exécution et les délais de recours jusqu'à la notification de la sentence rectificative ou interprétative »

* Le délai de forclusion est d'ordre public, le tribunal contrôle et soulève d'office cette irrégularité sans qu'elle ne soit pas demandée par les parties¹⁶²⁹, ces dernières peuvent également soulever la déchéance de ce délai durant toutes l'instance sans être restreintes par les dispositions de l'article 49 CPC.

Dans ce cas si le recours est exercé hors le délai légal le tribunal doit annoncer le rejet de la demande et non pas l'irrecevabilité de la demande. Comparativement au délai de prescription qui n'est pas d'ordre public, donc le tribunal n'en soulève pas d'office mais à la diligence de celui qui en a intérêt.

II : les effets du recours en annulation de la sentence arbitrale

Il est incontestable que les sentences arbitrales acquièrent la force de la chose jugée dès qu'elles soient prononcées, sauf dans le cas d'une sentence arbitrale dont l'une de ses parties est une personne de droit public qui doit être revêtue de l'exequatur pour acquérir cette force.

Mais dès que le recours en annulation est exercé, l'exécution de la sentence sera suspendue. Cette suspension peut être se fait soit de plein droit (paragraphe1) comme elle peut être également avoir lieu sur la demande de la partie qui en a l'intérêt.

Paragraphe1 : la suspension de l'exécution de plein droit

En matière d'arbitrage interne, le législateur Marocain prévoit dans le paragraphe 7 de L'article 327-36 CPC que le délai durant lequel le recourant exerce le recours en

annulation suspend l'exécution de la sentence arbitrale. Et il ajoute également dans le même article que Le recours exercé dans le délai est également suspensif.

L'article 327-53 relatif à l'arbitrage international affirme que les mêmes dispositions de l'article précité s'appliquent également au recours contre une sentence internationale. Toutefois, il précise que si la décision du tribunal arbitral est assortie de l'exécution provisoire, l'exercice du recours en annulation ne suspend pas l'exécution de la sentence arbitrale internationale ; l'opportunité de prononcer le sursis relèvera dans ce cas du pouvoir discrétionnaire de la juridiction d'appel.

1628 Voir : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01141901/document> , page 6.
1629 احمد الفرولي مجلة التحكيم الداخلي ص 374.

Plusieurs auteurs soutiennent que cette exception à l'effet suspensif du recours en annulation vaut également pour les sentences internes revêtues de l'exécution provisoire¹⁶³⁰.

Ils relèvent ainsi, à juste titre, que par dérogation à la règle selon laquelle il ne peut être procédé à l'exécution de la sentence arbitrale tant que le délai pour former un recours en annulation n'est pas écoulé, l'article 327-26 CPC al 3 prévoit que « Les règles sur l'exécution provisoire des jugements sont applicables aux sentences arbitrales pour lesquelles l'exequatur n'est pas exigible ». De ce fait, il convient de juger que les textes précités ont conféré au recours en annulation son effet suspensif de plein droit de la sentence attaquée.

Le recours en annulation ne saurait non plus suspendre l'exécution de cette sentence ; il convient pour ce faire de mettre en œuvre la procédure de défense à exécution provisoire prévue par l'article 147 CPC¹⁶³¹.

La Cour d'appel de Paris adopte la même position. Elle a en effet décidé que « le recours en annulation contre la sentence arbitrale dès lors qu'elle est assortie de l'exécution provisoire, n'a pas pour effet de paralyser les effets de l'ordonnance d'exequatur, peu important que cette ordonnance ne soit pas elle-même assortie de l'exécution provisoire »¹⁶³²

Signalons par ailleurs un autre effet, découlant de l'exercice du recours en annulation. Il est annoncé par les articles 327-32 et 327-51 relatif respectivement à l'arbitrage interne et international – après avoir posé le principe selon lequel l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours – que le recours en annulation emporte de plein droit dans les limites de la saisine de la cour d'appel du recours contre l'ordonnance d'exequatur, ou dessaisissement immédiat du président de la juridiction au cas où il n'aurait pas encore rendu son ordonnance.

Le législateur marocain assimile le recours en annulation à l'appel surtout dans l'effet suspensif, et que le législateur français prévoit les mêmes effets à ce recours car il annonce dans l'article 1486 CPC.F, que « Ces recours sont recevables dès le prononcé de la sentence ; ils cessent de l'être s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la signification de la sentence revêtue de l'exequatur.

Le délai pour exercer ces recours suspend l'exécution de la sentence arbitrale. Le recours exercé dans le délai est également suspensif ». A cet égard, un courant doctrinal en France déclare l'obligation d'éliminer l'effet suspensif de plein droit en faveur du recours en annulation en conférant à la juridiction compétente le pouvoir de suspendre dans le cas de l'existence d'une justification¹⁶¹⁶³³. Il faut noter que Les dispositions qui s'appliquent à l'ordonnance de l'exequatur s'appliquent également au jugement du tribunal administratif compétent pour conférer l'exequatur aux sentences arbitrales dont l'une des parties est personne morale de droit public, conformément à l'article 327-26 CPC qui fait renvoi aux effets prévus par l'article 327-32 et suivant du même code.

On peut déduire, que l'effet suspensif du recours en annulation des sentences arbitrales influence de plein droit sur la force exécutoire de la sentence arbitrale nationale ou internationale.

A cet égard, La jurisprudence marocaine affirme que la rectification de la sentence arbitrale interne suspend du plein droit l'exécution de ladite sentence conformément à l'article 327-30¹⁶³⁴.

1630 O.AZOGGAR A .EL ALAMI, Guide pratique de l'arbitrage au Maroc, Annajah Al Jadida, 1re édition, 2012, PP 198-199.

1631 Voir chapitre VIII du CPC relatif à l'exécution provisoire.

1632 CA Paris, 1rech, P, ord, 2juin 2005, Rev. Arb, 2005, P1015, repp par M. D.TOUMLILT et A.T, op.cit,P 569.

1633 احمد خليل: قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

1634 Arrêt n°2190/2013 rendu par la cour d'appel de commerce de Casablanca le 16/04/2013, dossier n° 3429/2011/14 (non publié)

En revanche, le recourant peut poursuivre une autre procédure pour suspendre l'exécution, car ce principe de l'effet suspensif de plein droit des recours ne s'applique pas sur les décisions relevant d'une exécution provisoire conformément aux règles générales¹⁶³⁵, mais la suspension de l'exécution se fonde dans ce cas sur une demande de l'intéressé en remplissant un certain nombre de conditions.

Paragraphe2 : La suspension fondée sur la demande

La question de l'exécution provisoire sera posée dès que la décision est susceptible d'être attaquée par un recours ayant l'effet suspensif. Le législateur marocain dans le dernier paragraphe de l'article 327-36 de la loi 08-05 précise que Les règles sur l'exécution provisoire des jugements sont applicables aux sentences arbitrales pour lesquelles l'exequatur n'est pas exigible.

Ce texte indique expressément que les sentences arbitrales bénéficient de l'exécution provisoire, mais une ambiguïté demeure dans le fait que le législateur ajoute la condition que ces sentences ne soient pas exigibles d'être revêtues de l'exequatur. Cette condition porte un problème qui réside dans la distinction entre les sentences arbitrales dont l'exequatur est exigible et celles dont l'exequatur n'est pas exigible et cela vient de l'absence d'un texte qui en prévoit d'une manière rigoureuse.

Comparativement au législateur français qui prévoit sans aucune ambiguïté que les règles sur l'exécution provisoire sont applicables à la sentence arbitrale¹⁶³⁶.

Pour mettre en exergue les règles sur l'exécution provisoire, il est nécessaire de mettre l'accent sur l'article 147 du CPC qui constitue une règle générale de cette exécution, il prévoit d'une manière détaillée la suspension devant la juridiction statuant sur l'appel et l'opposition. Dès que la juridiction qui statue sur l'appel est la même celle qui est compétente pour statuer sur le recours en annulation et que l'article 327-26 fait renvoi à l'article 147 d'une manière assez tacite, alors que la suspension de l'exécution d'une sentence arbitrale peut être se faite sur une demande de l'intéressé devant la juridiction de l'annulation¹⁶³⁷. Il convient de noter à ce niveau que la sentence arbitrale ne peut faire l'objet d'une exécution forcée que par une ordonnance qui en ordonne l'exequatur.

Relativement à l'arbitrage international, l'article 327-53 dispose « Le recours exercé dans le délai est également suspensif, à moins que la sentence arbitrale ne soit assortie de l'exécution provisoire. Dans ce cas, l'autorité qui examine le recours peut surseoir à l'exécution si elle le juge justifié. » D'après ce texte, le législateur confère à la juridiction compétente le pouvoir de suspendre l'exécution de la sentence. Mais est ce que cette suspension doit être faite sur demande ? Ou la juridiction peut en suspendre d'office lors d'existence d'une justification ?

En fait, la juridiction n'intervient pas d'office pour protéger les intérêts des particuliers car cela paraît contre le principe de la neutralité qui doit être respecté, alors que cette suspension se faite sur demande de celui qui en a l'intérêt.

Alors que les dispositions applicables sont celle de l'article 147 tel que la cour suprême affirme dans son arrêt rendu le 29/04/1991¹⁶³⁸.

1635 La jurisprudence libanaise confirme dans son arrêt que l'exécution des sentences arbitrales rendue d'une manière normale est suspendue dès l'exercice du recours ou même durant le délai fixé pour son exercice, mais les décisions arbitrales rendues avec une exécution provisoire leur exécution ne sera pas suspendue ni par l'exercice ni dans le délai, elle peut être suspendue uniquement par la juridiction statuant sur le recours en annulation ou sur l'appel. - voir l'arrêt de la haute juridiction libanaise, n° 99/112 du 21/12/1999 publié dans la Revue libanaise d'arbitrage arabe et international N°14 et15, P116.

1636 Voir l'article 1479 du code procédure français.

1637 Voir le paragraphe 3 de l'article 147 qui dispose : « Toutefois, des défenses à exécution provisoire peuvent être formées par requête distincte de l'action principale, devant la juridiction saisie, soit de l'opposition, soit de l'appel. »

1638 Cette arrêt affirme que « les décisions que la cour peut suspendre leur exécution, sont celles rendues avec l'exécution provisoire selon le pouvoir d'appréciation du juge, mais les décisions qui sont exécutoires de plein droit ne font pas l'objet

Pour demander la suspension de l'exécution, conformément aux règles générales, d'une part il faut remplir les conditions générales qui sont : la capacité, la qualité et l'intérêt¹⁶³⁹ de même que payer la taxe judiciaire¹⁶⁴⁰. D'autre part, cette demande est soumise à un certain nombre de conditions spécifiques :

* Premièrement, il faut que l'exécution n'ait pas eu lieu avant la présentation de la demande. Vue la complexité et la pluralité des procédures, l'opération d'exécution a

toujours besoin d'une durée assez longue pour qu'elle soit effectuée¹⁶⁴¹. Or, dans le cas où l'exécution est achevée, la demande n'arrivera point à atteindre son objectif et il sera sans effet.

* Deuxièmement, il faut que le recours en annulation soit exercé pour présenter la demande de la suspension de l'exécution provisoire de la décision attaquée, car il n'est pas possible de demander la suspension de l'exécution tant que le recours contre ladite décision n'a pas été exercé. Cela a été annoncé par le troisième paragraphe de l'article 147 CPC qui dispose que « Toutefois, des défenses à exécution provisoire peuvent être formées par requête distincte de l'action principale, devant la juridiction saisie, soit de l'opposition, soit de l'appel .»

Ces conditions doivent être remplies pour que la demande de la suspension d'exécution soit recevable, mais certains auteurs ajoutent deux autres conditions qui sont : l'élément de l'urgence et la pondération de la nullité de la décision attaquée¹⁶⁴².

Après sa saisine, la juridiction compétente statue sur la demande devant la chambre de conseil. Et ce dans le délai de trente jours, ainsi qu'elle a le pouvoir soit de rejeter la demande, soit faire défense d'exécuter jusqu'à la décision sur le fond, soit ordonner qu'il sera sursis à l'exécution pendant un temps qu'elle fixe ou que l'exécution provisoire ne sera poursuivie pour la totalité ou pour partie seulement de la condamnation qu'à charge par le demandeur à l'exécution de fournir un cautionnement²⁶.

de l'application des dispositions de l'article 147 CPC al 2... » Arrêt de la cour suprême Marocaine (aujourd'hui la cour de cassation) n° 1105 du 29/04/1991, publié dans la revue ALECHAA, n° 6, P61.

1639 محمد شبيب: إيقاف تنفيذ الأحكام المدنية في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية الحقوق بمراكش لسنة 1999-2000، ص 51 إلى 65.

1640 جودية خليل: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق بمراكش، 2007-2008، ص 64.

1641 يونس الزهري: مسطرة وقف تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل القضائي، مقال منشور في مجلة محاكمة، عدد 2 مارس/ماي 2007 ص 83.

1642 Voir paragraphe 5 de l'article 147 de CPC.

Les entreprises en difficulté à la lumière de l'état d'urgence sanitaire au Maroc

✉ Meftouh Hajar

Etudiante chercheuse au cycle doctoral DROIT PRIVEE

Signalée pour la première fois à Wuhan, en Chine, le 31 décembre 2019, la pandémie¹⁶⁴³ de la maladie infectieuse appelée Covid-19 et qui est due à la propagation d'un coronavirus¹⁶⁴⁴, a pris un ampleur impressionnant et s'est répandue dans le monde entier et a poursuivi son expansion notamment en Italie, l'Espagne, la France... Et c'est ainsi qu'elle a été rapidement diffusée dans le reste du monde.

A la mi-Mars 2020, le virus a été qualifié d'« ennemi de l'humanité » par le directeur de l'OMS¹⁶⁴⁵, et il pourrait cependant produire des effets encore plus catastrophiques. C'est pour ce que la seule crainte de plusieurs pays était de protéger la population au détriment de l'économie.

Dans ce contexte extraordinaire, des mesures fortes étaient prises par les autorités des Etats les plus touchés¹⁶⁴⁶. Le Maroc, à son tour, devait limiter drastiquement la propagation du virus et réduire ses risques par la prise de quelques mesures imposantes, des contraintes considérables aux individus¹⁶⁴⁷ ; dont les libertés les plus fondamentales ont été réduites à un point qui n'a jamais été atteint depuis la Seconde Guerre mondiale.

En effet, bien qu'il soit trop tôt pour apprécier ou applaudir les effets de ces changements radicaux, on a pu constater que ceci induit une certaine diminution de la pollution atmosphérique. Et dans ce contexte, les autorités marocaines nationales, régionales et communautaires ont déjà annoncé des mesures sans précédents de soutien à l'économie ainsi qu'aux ménages¹⁶⁴⁸.

L'anxiété qu'à provoquer cette épidémie est peut-être excessive, pourtant, elle s'explique, entre autres, par les répercussions de la pandémie et leurs impacts sur l'économie nationale et internationale¹⁶⁴⁹.

1643 Depuis le 11 Mars 2020, l'organisation mondiale de la santé (OMS) a qualifié la maladie Covid-19 de « pandémie ».

1644 Coronavirus du syndrome respiratoire aigu sévère 2 (en abrégé, SARS-CoV-2).

1645 « Enemy against humanity ».

1646 Beaucoup d'événements et d'activités ; culturels et sportifs (comme des concerts, des pièces de théâtre, la projection de films dans les cinémas, des cortèges, les compétitions sportives nationales, le Championnat d'Europe de football et les jeux olympiques d'été...) ont été suspendus, annulés ou reportés.

Entre outre, des interdictions d'entrer ou de sortir ont été décrétées dans de nombreux Etats, d'où la réduction draconienne du transport aérien, terrestre et maritime.

1647

✉ Le décret-loi n°2-20-292 du 23 mars 2020, relatif à la déclaration de l'état d'urgence sanitaire.

✉ Le décret-loi n°2-20-293 du 24 mars 2020, qui réglemente l'état d'urgence sanitaire pour endiguer l'épidémie de Covid-19.

✉ Circulaire du Ministère de l'Economie, des finances et de la Réforme de l'Administration n°2-20-269 du 16 mars 2020.

1648 La pratique révèle qu'il est difficile de trouver un équilibre entre les mesures à prendre pour freiner la progression de la pandémie et celles destinées à préserver l'économie.

1649 L'impact économique de cette épidémie est immense et difficile à cerner ; aussi bien sur la production industrielle, vu que plusieurs services et commerces ont été soit mis à l'arrêt, soit contraints de tourner au ralenti, ou encore sur les

A cette fin, le Maroc a annoncé des mesures exceptionnelles budgétaires et fiscales pour soutenir les entreprises particulièrement touchées par la pandémie¹⁶⁵⁰, car ces entreprises ont un impact social fondamentale ; et donc, il est nécessaire que le législateur marocain réponde à toutes leurs contraintes réglementaires pour pérenniser durablement leurs activités face à la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19, tel est le cas en France¹⁶⁵¹.

Et parmi les mesures spécifiquement prises par l'état Marocain, on peut citer : le report d'échéances des crédits amortissables, la suspension du cours de tous les délais légaux et réglementaires en vigueur pendant toute la durée de l'état d'urgence, le versement d'indemnités même pour les salariés qui sont en arrêt d'activité (la CNSS a fixé les modalités d'octroi de l'indemnité forfaitaire à leur profit).

Cependant, il n'en demeure pas moins que de nombreuses entreprises soient en difficultés et certaines d'entre elles peuvent même se trouver en état de cessation de paiement. De ce fait, et afin de limiter ces défaillances, il existe dans notre arsenal juridique des procédures préventives à la disposition des entreprises en difficultés pour garantir leur sauvetage¹⁶⁵². Se rajoute à ceci des mesures récentes édictées par le gouvernement pour faire face à l'épidémie de Covid-19¹⁶⁵³.

A cet effet, on se demande si l'arsenal juridique, adopté par le Maroc, est efficace et suffisant pour sauvegarder les entreprises en difficulté et répondre à l'obligation juridique de réagir face à la crise sanitaire liée à l'épidémie de COVID-19 ?

Pour éclairer le débat sur : les répercussions de l'épidémie du covid-19 sur l'activité des entreprises en difficultés. Il est indispensable de discerner les conditions spécifiques de l'ouverture des procédures préventives endéans la crise (I), avant d'estimer l'assouplissement des contraintes procédurales connues durant l'état sanitaire (II).

services médicaux et autres qui à leurs tours sont mis sous forte pression par la nécessité de faire face à la lutte contre la pandémie.

1650 Un fonds spécial pour la gestion de l'épidémie de Covid-19 a par ailleurs été créé par le décret n°2-20-269 du 16 mars 2020 par suite des instructions du Roi Mohammed VI.

La direction générale des impôts (DGI), a préparé toute une circulaire détaillant les modalités d'application de l'article 6 du décret-loi sur l'état d'urgence sanitaire. Cet article prévoit la suspension de tous les délais légaux en vigueur pendant la période de l'état d'urgence sanitaire.

Ainsi, le comité de veille économique avait décidé que les mesures concernant le report des échéances fiscales des entreprises sont prises uniquement au détriment des TPE et PME réalisant un capital inférieur à 20 millions de dirhams. chose qui est difficile à trouver au Maroc, vu que la plus part des entreprises ont un fonds limité et sont des fois en sous-traitance et fragile devant n'importe quelle difficulté juridique, économique ou social. Et donc il est époustoufflant de les gérer et les sauver de la crise.

1651 Pour pallier aux effets secondaires de la crise sanitaire, un comité de veille économique a été mis en place pour contribuer à l'accompagnement socio-économique des entreprises affectées.

1652 Le législateur marocain a introduit une nouvelle philosophie relative à la loi actuelle des difficultés d'entreprise (Dahir n°1-18-26 du 19 Avril 2018 portant promulgation de la loi 73-17 modifiant et remplaçant le livre V de la loi n°15-95 formant le code de commerce), axé sur la notion de l'entreprise dont le principe de base est désormais l'intérêt général ; rétablir l'équilibre social économique et financier des entreprises en difficultés, tout en protégeant le patrimoine des personnes physiques qui ont consenti un cautionnement.

On dit que cette loi est formellement juridique avec un fond et contenu économique.

1653 Pour prendre en compte des conséquences de la crise sanitaire sur la trésorerie des entreprises des mesures devaient être révisées autour des trois axes suivants : l'appréciation de la date de l'état de cessation des paiements, l'assouplissement des règles procédurales, et enfin la prorogation des délais et des durées.

I. les conditions spécifiques de l'ouverture des procédures préventives endéans la crise :

Afin de protéger au mieux les entreprises en difficulté pour leur permettre de surmonter cette crise sanitaire et ses effets collatéraux, le gouvernement a prévu un dispositif exceptionnel de soutien, qui répond à un double objectif de continuité économique et surtout de préservation des emplois.

Il est donc nécessaire de détailler ces mesures d'adaptation du droit du traitement des difficultés des entreprises au contexte actuel de la crise sanitaire.

Tout d'abord, il faut apprécier la situation de l'entreprise pour pouvoir choisir et décider l'ouverture d'une procédure appropriée (A), pour ensuite, adapter la date de l'état de cessation des paiements aux circonstances engendrées par la crise sanitaire (B).

A. Le recours à la procédure préventive :

Le législateur marocain, avant l'entrée en état sanitaire, avait prévu des procédures à la disposition des entreprises en difficultés leur offrant la possibilité de négocier avec leurs principaux partenaires un échelonnement ou une restriction des dettes, éventuellement des remises, et qui leur permettront de ne pas se retrouver en état de cessation de paiements ou de ne pas solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Cette procédure dite préventive est issue de la loi 73-17 ; il s'agit notamment de la procédure de conciliation et de la procédure de sauvegarde. Le dirigeant peut ainsi solliciter la désignation d'un conciliateur, pour engager des négociations avec ses créanciers et ses cocontractants en toute confidentialité et il suffit que l'accord intervenu dans le cadre de la conciliation soit constaté ou homologué par le juge pour être à l'abri de toutes poursuites envisagées par les créances visées par l'accord.

En outre, le dirigeant a également la possibilité de solliciter l'ouverture d'une procédure dite de sauvegarde ; il suffit que l'entreprise ne soit pas en cessation de paiement mais plutôt en difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter. Contrairement à la procédure précédente, celle-ci est plus contraignante et moins confidentielle mais plus efficace.

Toutefois, malgré la diversité de choix des procédures, leur contexte est-il adéquat à l'État d'urgence sanitaire et la crise économique actuelle ?

Dans ce contexte, le gouvernement marocain n'a pas prévu grande chose pour protéger les débiteurs pouvant rencontrer des difficultés pendant cette période et dans les mois à venir. Ce dernier, et dans le cadre des mesures préventives prises par les autorités publiques pour limiter la propagation du nouveau coronavirus (Covid-19), à opter le 22 mars dernier des projets publiés au bulletin officiel n° 6867 du 24 mars 2020. On dit qu'une entreprise est éligible à la procédure de sauvegarde quand elle justifie être en difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter sans être en état de cessation des paiements¹⁶⁵⁴. Et donc il est nécessaire d'adapter la date de l'état de cessation aux circonstances de l'état d'urgence sanitaire actuel.

B. L'adaptation de la date de l'état de cessation des paiements aux circonstances engendrées par la crise sanitaire :

Au Maroc, aucune disposition n'a été dictée dans la mesure de cristalliser et geler l'état de cessation des paiements à la date d'ouverture de l'état d'urgence sanitaire et jusqu'à après sa levée. Le législateur s'est contenté d'annoncer que dès la levée de l'état d'urgence et la reprise des audiences judiciaires,

¹⁶⁵⁴ L'état de cessation des paiements a connu sa définition légale par les dispositions du code de commerce, et ça signifie : « qu'un débiteur soit dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible ».

les tribunaux pourront déclarer les entreprises en cessation de paiement ; même si cette situation est intervenue à cause des circonstances et dispositions contraignantes imposées par l'état d'urgence¹⁶⁵⁵.

Cependant ces entreprises ne pourront en aucun cas bénéficier d'une procédure de sauvegarde ou de conciliation, et elles se retrouveront directement placées soit en redressement soit en liquidation judiciaire. En conséquence, il ne sera tenu compte de l'aggravation de la détérioration de la trésorerie de l'entreprise postérieurement à cette crise. Et ceci va nonobstant leur porter préjudice et suscitera des cessations de paiement en cascade en raison des difficultés engendrées par l'engourdissement général des activités économiques, pesant très fortement sur leur trésorerie.

Passé la crise sanitaire, le Maroc va sans doute connaître une crise économique majeure aux proportions et durée inconnues, et sera ainsi frappé par une forte augmentation du nombre de défaillances. Contrairement aux dispositions prises par la France, dont l'ordonnance n°2020-341, précise que :

« l'état de cessation des paiements est apprécié en considération de la situation du débiteur à la date du 12 mars 2020, et ce jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire ». Ce délai de cristallisation est un moyen efficace de protéger même les chefs d'entreprise du risque de la mise en jeu de leur responsabilité pour n'avoir pas déposé le bilan de leur entreprise dans le délai légal.

D'autre part, le gel de situation au 12 mars 2020 permet aux entreprises en difficulté de solliciter l'ouverture d'une procédure préventive, et c'est sans doute l'impact le plus important de cette mesure; vu que ces procédures préventives ont démontré leur large efficacité.

Tout le monde se demande pourquoi le Maroc et dans de tels circonstances c'est contenter de faire une copie pal des textes conçus de la France ? Et pourquoi laisser le contexte et bailler le contenu ?

En effet le gouvernement marocain devait lui-même opter pour ces mesures de prolongement des délais pour la période postérieure à corona.

S'ajoute à ceci que l'entreprise doit connaître des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter. Ces difficultés peuvent être de tous ordres ; et c'est au juge d'apprécier leurs natures. La plupart du temps il s'agit de difficultés financières, mais il peut s'agir d'autres.

Alors peut-on dire que l'épidémie du covid-19, est-elle aussi une cause suffisante pour demander l'ouverture d'une sauvegarde ?

A l'heure actuelle, l'ouverture d'une procédure préventive peut s'avérer nécessaire lorsque l'entreprise ne dispose pas de la trésorerie suffisante pour faire face à ses charges courantes, principalement le paiement des salaires. Cela va lui permettre de bénéficier de mesures protectrices ; telles que la prise en charge des salariés impayés par la Caisse Nationale de Sécurité Sociale, s'ils sont déclarés, ou sinon par le fonds spécial pour la gestion de l'épidémie de Covid-19

II. L'assouplissement des formalités dues à certaines contraintes chronologiques :

L'état d'urgences sanitaire chamboule les modes de travail de nombreux secteurs, notamment celui de la justice et des différentes institutions judiciaires. En effet, la question se pose plus particulièrement

1655 Le décret n° 2.20.292 relatif à l'état d'urgence sanitaire et aux déroulements de sa déclaration prévoit dans son article 6 que : « Pendant et jusqu'au premier jour suivant la levée de l'état d'urgence sanitaire, le cours de tous les délais légaux (y compris fiscaux) prévus par les textes législatifs et réglementaires en vigueur est suspendu, à l'exception des délais de recours en appel des jugements pénaux rendus à l'encontre des prévenus poursuivis en état de détention, ainsi que les délais relatifs à la garde à vue et à la détention préventive ».

pour les procès revêtant un caractère urgent et qui doivent être traités malgré l'état d'urgences et les exigences du confinement, Dont les procédures citées par la loi 73-17 en font partie¹⁶⁵⁶.

Et donc il a fallu accélérer la mise en place du chantier du tribunal numérique pour sauver l'économie nationale (A), et consolider les garanties vis-à-vis des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective (B).

A. L'ouverture des procédures par voie dématérialisée :

Généralement le président du tribunal de commerce ouvre la procédure, soit de sa propre initiative ; s'il constate qu'une entreprise fait face à certaines difficultés, soit à la demande du débiteur.

Cette procédure est urgente et oblige le président du tribunal de commerce de convoquer sans délai le chef d'entreprise pour l'interroger ou désigner un expert ou demander la communication de tous les documents nécessaires qui sont de nature à lui donner une idée claire sur la situation financière et économique de l'entreprise. Et vu que dans les circonstances actuelles de l'état d'urgence sanitaire la levée des audiences judiciaires est exclue et que l'ouverture de la procédure nécessite, par ailleurs, obligatoirement qu'un jugement soit rendu. La déclaration de cessation des paiements pourra donc être déposée par un débiteur par voie dématérialisée. Et c'est ainsi que le débiteur peut demander à être autorisé à formuler ses prétentions et ses moyens par écrit et que le président du tribunal peut recueillir les observations du demandeur par tout moyen.

En toute hypothèse, ceci ne devrait pas être une difficulté. Car c'est vrai que le procès à distance est un projet qui démarre dans ces circonstances exceptionnelles, mais il n'en constitue pas moins une base pour des projets à venir pour le développement de la justice numérique à laquelle a appelé sa majesté le Roi à plusieurs occasions¹⁶⁵⁷.

Désormais, la saisine du tribunal se fait provisoirement par acte remis au « greffe » par tout moyen. Et la tenue des audiences, n'exige plus la présence physique des parties ; il suffit qu'un échange soit rétabli à distance par le truchement d'une communication électronique ou téléphonique. De manière générale, et très concrètement, la situation actuelle a montré le besoin pressant de développer cette initiative et de la généraliser, tout en exigeant des conditions techniques et des garanties juridiques.

Nonobstant, on se demande que peut le juge faire pour sauvegarder à son tour les entreprises en difficulté et est-ce que son interprétation peut être flexible durant la situation d'urgence actuelle ?

Le président du tribunal de commerce n'est en effet pas un simple juge mais plutôt un juge gérant, c'est le chef d'orchestre qui accompagne l'entreprise afin de la sauver. Et donc il est libre d'interpréter à son propre champ de vision, il peut ainsi, et dans de telles circonstances d'urgence fermer l'œil sur certaines mesures pour ne pas tomber dans les pires situations économiques nationales.

B. Le sort de la créance postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective :

Lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective, sa vie ne s'arrête pas totalement. En effet, le débiteur (chef d'entreprise) même dessaisi peut effectuer certains actes avec l'assistance de l'administrateur(syndic).

1656 Rappelons que, par instruction n° 1/151 du 16 mars 2020, le Président délégué du Conseil supérieur du pouvoir judiciaire a annoncé que toutes les audiences au niveau de toutes les juridictions du Royaume sont suspendues et reportées jusqu'à nouvel ordre, sauf celles concernant : (1) les affaires criminelles et délictuelles concernant les prévenus en détention provisoire ; (2) les instructions pour déterminer si les accusés seront mis en examen en détention provisoire ou en liberté ; (3) les affaires de mineurs pour déterminer s'ils seront mis dans des centres de réhabilitation ou remis à leurs parents ; et (4) les référés visant l'urgence.

1657 Il faut rappeler que la cour de cassation a entamé depuis des années cette opération qui concerne la numérisation de cette institution judiciaire, les procès et les délibérations électroniques ainsi que les archives électroniques.

Pour ce, législateur marocain à prévu dans l'article 558 de la loi 73.17 ce qui suit : « les personnes qui avaient consenti un nouvel apport en trésorerie à l'entreprise, dans le cadre de la procédure de conciliation donnant lieu à un accord, en vue d'assurer la poursuite de son activité et sa pérennité, sont payées par privilège, pour le montant de cet apport, avant toutes créances.

Et dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, dans l'accord homologué, sont aussi payées pour le prix de ce bien ou de ce service par privilège avant toutes créances ».

On sait tous que contrairement aux dispositions précédents, les créances antérieures au jugement ne peuvent pas être payées. Mais les créances et les prestations nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, sont payées à leur échéance. Et à défaut d'être payées à l'échéance, ces créances bénéficieront du privilège de procédure.

Ainsi, il existe trois conditions pour que la créance bénéficie du privilège institué par le législateur :

Tout d'abord, la créance **doit être postérieure au jugement d'ouverture**, et **doit également être régulier** ; car si ce dernier est conclu au mépris des règles de la procédure collective, cet acte devient inopposable à la procédure. Cela a été confirmé récemment par la cours de cassation ; qui a statué sur le critère de la régularité de la créance postérieure. Ensuite, la créance **doit être née pour aider au déroulement de la procédure** ; cela signifie que si la procédure n'avait pas été ouverte, ces créances ne seraient pas nées. Et en fin, les créances signataires de l'accord amiable ne peuvent bénéficier de ces avantages qu'à l'ouverture de la conciliation.

Malheureusement, le législateur ne devait pas imposer cette dernière condition, afin de faciliter le déroulement de la procédure et sauver le plus grand nombre possible d'entreprises. Surtout, qu'aujourd'hui on se retrouve devant un état d'urgence sanitaire difficile à gérer. Le gouvernement doit cependant intervenir le plus tôt possible pour arrêter provisoirement l'exécution de cette obligation. Car la période de conciliation peut arriver et peut au contraire ne pas être rétabli et l'entreprise passe outre la procédure préventive de sauvegarde et se retrouver en plein liquidation judiciaire.

Sachons que la France a dédié un fonds spécial pour soulager la trésorerie des entreprises dont l'activité est impactée par la propagation de l'épidémie du nouveau coronavirus¹⁶⁵⁸ ; c'est ainsi que les banques commerciales et publiques d'investissement ont activés des mesures ad hoc afin d'accompagner les entreprises en difficulté.

Pour conclure, il est évident de rappeler que la nouvelle loi 73.17 pour la sauvegarde des entreprises en difficulté est entrée en vigueur Pour sauver le Maroc du classement « Doing Business » ; vu que ce dernier figurait à la 134^{ème} position sur 190 pays. Et son climat des affaires était déjà tirée vers le bas par le niveau des faillites de ses entreprises.

Cette loi a pu en quelque sorte améliorer la situation du Maroc au niveau internationale, mais malheureusement les nouveaux mécanismes d'accompagnement prévues étaient insuffisants, compte tenu de la nature exceptionnelle liée à l'état d'urgence sanitaire. Et en saison du caractère évolutif de la situation certaines dispositions doivent être mise à jour régulièrement.

Actuellement un certain nombre entreprises sont en mode « panique », il faut alors que les banques et les assurances jouent le jeu. Et donc, le gouvernement doit consigner des dispositifs pour venir à leur aide et éviter les faillites, et renforcer le plan de garantie avant que ça ne soit trop tard.

1658 Le président de la fédération bancaire française A assurer qu'il y aura du crédit pour toutes les entreprises affectées par le coronavirus, et l'Etat va garantir les prêts bancaires à hauteur de 300milliards d'euro.

Il faut également mobiliser de nouvelles institutions pour accompagner les entreprises frappées par la crise et leur offrir de l'oxygène en accélérant leurs procédures et en suspendant les pénalités fiscales.

À cet égard, même les juges doivent recevoir des formations en matières de difficultés d'entreprise. Ainsi, un arsenal juridique et administratif doit voir jour, car le juge ne peut pas porter plus qu'une casquette et représenter tantôt les créances tantôt l'entreprise. Et arrêter de faciliter l'accès aux liquidations judiciaires, par peur que les chefs d'entreprise soient en mauvaise foie pour trompé les créanciers. Et que le livre 5 de commerce ne soit un livre de fraude aux banques.

Il est temps de prendre les bonnes décisions au bon moment ! Et réviser l'écosystème de ses entreprises en difficulté.

La numérisation des services publics face à la propagation du coronavirus et ses effets juridiques

✉ Imane EL youssfi

Doctorante en Droit privé à la
faculté des sciences juridiques économiques et sociales
Mohamed Premier Oujda

Résumé:

Since the developed countries began to formulate the concept of public service, the public administration has continued to enrich itself in terms of service provision, which has become more and more significant.

In Morocco, which is considered a developing country, the priority has been given to the public services, as decreed.

Moreover, driven by the current unprecedented global health crisis caused by COVID 19 virus, the Moroccan government started encouraging the public sector, private businesses individuals to embrace digital tools. This initiative will help guarantee the continuation of all activities which do not require the physical presence of their members, especially those whose cessation or simple dysfunction would have a significant impact on the functioning of society as a whole.

We are therefore talking about generalized digitization of the functioning of public services. This process can apply to the entire legal system, which must face Coronavirus today.

In the case of online courses, they have multiplied until probably becoming the default operating mode of the service for an educational audience.

ملخص:

لقد عرف العالم مع نهاية سنة 2019 ظهور فيروس يسمى بفيروس كورونا (كوفيد 19) كانت أول دولة ظهر بها هي الصين خصيصا بمدينة ووهان، ويعتبر المغرب من البلدان التي لحقها هذا الوباء حيث سجلت فيه أول إصابة بتاريخ 02 مارس 2020م لمهاجر مغربي وافد من الديار الأوروبية .

ومع ظهور هذا الوباء عرف المرفق العام عدة تغييرات تتجلى في ما يلي:

-إغلاق المرافق العامة من مؤسسات عمومية وخصوصية احترازا من تفشي الوباء في وسط الموارد البشرية و العديد من الإجراءات الاحترازية . وفي ظل هذا التوقف استعان المغرب بالوسائل التكنولوجية الحديثة لتدبير شؤونه الداخلية في علاقة الدولة مع المواطنين، ومن تجليات استعمال هذه الوسائل ما يلي:

-انتقال الإدارات العمومية وبعض الشركات الخاصة إلى عالم الرقمنة والاشتغال عن بعد، وفتح مواقع خاصة بخدمات المواطنين.

-الانتقال إلى التعليم عن بعد بفتح منصات إلكترونية خاصة بالتعليم كما تم الاستعانة بالقنوات المغربية لإيصال الدروس إلى المتعلمين عامة.

-عقد اللقاءات الحكومية عبر تطبيقات إلكترونية احترازا من تفشي الوباء.

وغيرها من تجليات هذه الوسائل في خدمة الصالح العام.

Introduction

Depuis que les pays développés ont commencé à formuler le concept de Service public, l'administration continue à s'enrichir en termes de prestations toujours plus nombreuses de service public.

Au Maroc qui est considéré comme un pays en voie de développement, on a accordé une priorité aux prestations offertes par le service public comme il a été édicté dans la constitution de 2011.

Toutefois, suite aux circonstances sanitaires exceptionnelles actuelles causées par la propagation du virus COVID 19, l'État a déclaré l'état d'urgence sanitaire¹⁶⁵⁹ et les personnes publiques et les personnes privées sont invitées à généraliser les outils numériques pour garantir la poursuite de toutes les activités ne nécessitant pas une présence physique de leurs membres surtout celles dont l'arrêt ou le simple dysfonctionnement aurait un impact très important sur le fonctionnement de la société dans son ensemble.

On parle donc d'une numérisation généralisée du fonctionnement des services publics. Cette évolution semble pouvoir s'appliquer à l'ensemble des services dont le fonctionnement doit faire face aujourd'hui au Coronavirus. C'est le cas par exemple du recours à des cours en ligne fournis par des écoles publiques qui se sont multipliés jusqu'à devenir sans doute la modalité de fonctionnement par défaut du service public de l'enseignement.

L'analyse de ce sujet nous pousse à soulever la question suivante : quel est l'impact de cette numérisation sur les principes du fonctionnement des services publics, ainsi que sur les droits et les libertés garantis aux individus ?

Le traitement de cette problématique se fera en deux volets, en commençant par l'impact de cette numérisation sur les principes du fonctionnement des services publics, et par la suite l'impact de cette numérisation sur les droits et les libertés garantis aux individus.

Partie I : L'impact de la brusque numérisation des services publics sur les principes de leur fonctionnement

Il ne fait nul doute que les services publics étaient déjà en voie de numérisation bien avant l'apparition de la pandémie, en tant que nouveau système de fonctionnement des services publics et ce, bien sûr, en conformité avec le principe de mutabilité desdits services. De ce fait, la numérisation actuelle du fonctionnement des services publics ne peut être analysée que comme un moyen dû à la nécessité d'assurer le respect du principe de la continuité des services publics, suite à la proration croissante de COVID 19.

A- Le maintien du principe de la continuité des services publics comme justification de la mobilisation de l'outil numérique.

Les événements actuels liés au Covid19 et les mesures de confinement poussent les États et les entreprises à prendre des mesures sanitaires et à changer leur manière de travail. Face à une telle situation, le Maroc n'a d'autres choix que de doubler les efforts afin de généraliser les outils de numérisation des services publics particulièrement lorsque les activités ne nécessitent pas une présence physique.

Dans ce sens, Le Maroc a pris des initiatives permettant aux usagers de demander leurs documents et d'effectuer certaines formalités en ligne. Dans cette perspective, la CNSS a mis en place une plateforme en ligne qui permettra aux employeurs de déclarer leur situation et leurs salariés qui sont en arrêt

1659 Le décret-loi n° 2.20.292 édictant des dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire a été publié ce mardi 24 mars au Bulletin officiel

de travail sans se déplacer, dans le but de faire face à la propagation de cette pandémie.

C'est pourquoi, l'Agence de développement du digital (ADD) a pris, en coordination avec le ministère de l'Économie, des Finances et de la Réforme de l'administration, un ensemble de mesures visant à appuyer les administrations publiques dans l'adoption de ce type de solutions. Ainsi, un portail du bureau d'ordre numérique des correspondances administratives a vu le jour, en vue de permettre aux administrations et aux administrés de déposer leurs correspondances administratives à distance, en échange d'un accusé numérique de réception. Un service électronique de correspondances administratives a également été mis en place pour assurer la gestion des courriers entrants et sortants, ainsi que ceux échangés entre les services internes, au niveau central et décentralisé des administrations. Dans une circulaire, l'ADD et le Département de la réforme de l'administration mettent également en avant un service "parapheur électronique", qui permet aux administrations impliquées la dématérialisation des documents administratifs.¹⁶⁶⁰ Citons également le lancement de l'opération de l'enseignement à distance, via le portail électronique TelmidTice et sur la chaîne TV Athaqafia.

Tout service public doit fonctionner de manière régulière, sans interruption autre que celles prévues par la réglementation en cours, et en fonction des besoins et des attentes des usagers, jusque dans les zones rurales et les quartiers en difficulté.¹⁶⁶¹

Cependant si le principe de continuité est perçu comme l'obligation première s'imposant avec force à tous les services publics considérés comme essentiels, il n'en est pas de même pour le principe d'égalité devant les services publics qui reste limité en raison de plusieurs contraintes qui le mettent parfois en échec.

B- Les restrictions du principe d'égalité résultant de la numérisation brusque des services publics.

L'article 154 de la Constitution marocaine dispose : « Les services publics sont organisés sur la base de l'égal accès des citoyennes et citoyens, de la couverture équitable du territoire national et de la continuité des prestations. Ils sont soumis aux normes de qualité, de transparence, de reddition des comptes et de responsabilité, et sont régis par les principes et valeurs démocratiques consacrés par la Constitution. »¹⁶⁶².

Ce principe d'égalité impose qu'aucune discrimination ne soit faite entre les usagers : chacun doit pouvoir bénéficier des services de l'administration sans se trouver pénalisé ou infériorisé en raison de sa condition sociale, de son handicap, de son lieu de résidence, ou de tout autre motif tenant à sa situation personnelle ou à celle du groupe social auquel il appartient.¹⁶⁶³

Cette égalité d'accès et de traitement n'interdit pas de différencier les modes d'action en fonction de la diversité des situations et des besoins des usagers, afin de lutter contre les inégalités économiques et sociales. On parle alors plutôt d'équité.¹⁶⁶⁴

1660 La numérisation de l'administration s'accélère, publié le 04 avril 2020, Source : <http://www.maroc.ma>
Ainsi que le Circulaire de Monsieur le Ministre de L'Economie, des Finances et de la Réforme de l'Administration n° 2020/2 concernant les services numériques pour les correspondances administratives, en date du 01 avril 2020.

1661 La gouvernance des services publics, Rapport du Conseil Economique, Social et Environnemental, Auto-Saisine n° 1/2013, p 17, source : www.cese.ma.

1662 Article 154 de la Constitution marocaine de 2011.

1663 Rapport du conseil économique, social et environnemental, la gouvernance des services publics, auto saisine 1/2013, p 17 et 73, source : www.cese.ma.

1664 E. Michel, Le fossé numérique. L'Internet, facteur de nouvelles inégalités ? Problèmes politiques et sociaux, La Documentation française, n° 861, août 2001, p. 32 : « D'une manière générale, le fossé numérique peut être défini 4/5

Le principe d'égalité est affecté par la volonté des autorités publiques visant à assurer la continuité des services publics. En effet, l'emploi des moyens numériques n'est pas suffisant pour l'effectivité de ce principe qui est pourtant lui aussi un principe à valeur constitutionnelle.

L'accessibilité, la simplicité sont aussi essentielles pour un service dédié à tous. L'administration doit en effet s'efforcer de répondre à des demandes de plus en plus nombreuses, complexes et personnalisées, tout en produisant des textes et des procédures faciles à comprendre par l'utilisateur. La simplification et la clarification des démarches administratives garantissent la neutralité, l'égalité, le respect de la loi et la qualité de la relation de l'utilisateur avec les services publics. Il en est de même concernant l'accessibilité géographique. Les services publics doivent se donner les moyens d'assurer une présence administrative sur tout le territoire national.¹⁶⁶⁵

La mise en place de la numérisation des services publics n'est pas aussi facile qu'on le croit. Il est possible d'observer dans ce cadre deux contraintes de cette brusque numérisation desdits services :

- ❖ Premièrement, l'égalité d'accès aux services publics est remise en cause par une fracture numérique qui est à la fois sociale et géographique qui risque d'exclure certaines catégories de personnes du bénéfice de cette numérisation ;
 - Sociale, car certains usagers ne sont pas internautes ou l'absence de maîtrise de l'outil informatique peut même être une cause de renonciation aux prestations.¹⁶⁶⁶
 - Géographique, car cette égalité d'accès est aussi relativisée par la présence des zones blanches sur le territoire national qui ne disposent d'aucune couverture mobile et/ou Internet.¹⁶⁶⁷
- ❖ Deuxièmement, certaines prestations de services publics sont totalement numérisées notamment celles du service public de l'enseignement. Or, il est possible de s'interroger sur la validité juridique de cette solution vis-à-vis des dernières évolutions. En particulier, l'enseignement en ligne satisfait-il à l'exigence d'égalité devant l'examen ?

Partie II : La protection des données personnelles en situation de crise sanitaire exceptionnelle : L'hypothèse du traçage géographique des citoyens

En effet, la lutte contre la pandémie se manifeste par une utilisation accrue d'outils numériques. La confiance et la fiabilité imposent de se comporter en toute circonstance en partenaires loyaux.

L'utilisateur a droit à la sécurité juridique, et à la fiabilité dans ses relations avec l'administration. Les modalités et les conditions de fonctionnement des services publics doivent être clairement définies.

comme une inégalité face aux possibilités d'accéder et de contribuer à l'information, à la connaissance et aux réseaux, ainsi que de bénéficier des capacités majeures de développement offertes par les TIC. Ces éléments sont quelques-uns des plus visibles du fossé numérique, qui se traduit en réalité par une combinaison de facteurs socio-économiques plus vastes, en particulier l'insuffisance des infrastructures, le coût élevé de l'accès, l'absence de formation adéquate, le manque de création locale de contenus et la capacité inégale de tirer parti, aux niveaux économique et social, d'activités à forte intensité d'information ».

1664 Rapport du conseil économique, social et environnemental, la gouvernance des services publics, auto saisine 1/2013, p 18, source : www.cese.ma

1665 Rapport du conseil économique, social et environnemental, la gouvernance des services publics, auto saisine 1/2013, p 18, source : www.cese.ma

1666 L'article : La numérisation de l'administration va-t-elle trop vite ? Source : <https://www.la-croix.com/Journal/La-numerisation-ladministration-elle-trop-vite-2017-03-06-1100829772>.

1667 Il existe aussi des « zones grises », où la couverture Internet est médiocre, et rend difficile voire impossible toute démarche administrative en ligne. V. Défenseur des Droits, Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics, 2019.

Toute nouvelle règle doit être accompagnée de modalités permettant à l'utilisateur de s'adapter dans les meilleures conditions.¹⁶⁶⁸

A- L'encadrement juridique de l'exploitation des bases de données personnelles pour lutter contre le Covid19.

De récents travaux de recherche en mathématiques prédisent la possibilité de mettre un terme à l'épidémie de Covid-19 en procédant au traçage géographique des citoyens au moyen de leur téléphone mobile. Face au défi éthique que constitue le choix de recourir ou non à un tel traitement de données à caractère personnel, c'est aux autorités publiques qu'il appartient, en toute responsabilité, de trancher. Néanmoins, la marge d'appréciation dont celles-ci disposent ne doit pas les conduire à remettre en cause certains fondements de la démocratie.¹⁶⁶⁹

Il est apparu très tôt durant la période de la crise du coronavirus que le traitement des données personnelles (Les données personnelles sont définies comme « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres »)¹⁶⁷⁰ représentait une solution pour limiter l'ampleur et la rapidité de la contagion.

Les données de santé renvoyaient traditionnellement à une information sur l'état de santé de la personne lors d'un parcours de soin. La notion de données de santé est désormais définie de manière large par le RGPD (Le règlement no 2016/679, dit règlement général sur la protection des données) et elle devient commune aux États de l'Union européenne : « Les données à caractère personnel relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique y compris la prestation de services de soins de santé qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne ».¹⁶⁷¹

D'une part, les données de santé du malade du coronavirus permettent évidemment d'améliorer les connaissances médicales sur le virus et notamment, sur son historique de contagion, ce qui permettra de soutenir les services publics de santé pour lutter contre la pandémie. D'autre part, les données personnelles sont de plus en plus utilisées dans les États touchés par la pandémie par les services de police afin de s'assurer que la mesure de distanciation sociale soit respectée.

Dans ce sens les autorités sanitaires françaises ont essayé de respecter les principes de proportionnalité et de minimisation des données collectées dans leur traitement de suivi des cas d'infection. Seules les données des personnes présentant des symptômes de la maladie ou déjà infectées seront collectées et limitées aux données cliniques et biologiques en lien avec le virus, aux données d'exposition à l'infection et, le cas échéant, aux données d'identification des personnes avec qui elles ont pu être en contact. Leur durée de conservation, comme le précise l'Agence nationale de santé publique, ne devra pas aller au-delà de la fin des investigations nécessaires à la maîtrise de l'épidémie et il appartiendra ensuite de les anonymiser dans un délai maximum d'un an après la fin de ces investigations.¹⁶⁷²

1668 La gouvernance des services publics, Rapport du Conseil Economique, Social et Environnemental, Auto-Saisine n° 1/2013, p 17, source : www.cese.ma

1669 Par Yoann Gonthier Le Guen, article ; la protection des données personnelles en situation de crise sanitaire exceptionnelle : l'hypothèse du traçage géographique des citoyens à fin de lutte épidémique, Doctorant en droit public, Université Paris-Saclay, IEDP (EA 2715).

1670 . Article 2 loi « Informatique et Liberté »

1671 A.Basdevant & J.-P. Mignard, L'empire des données , Essai sur la société, les algorithmes et la loi, Don Quichotte, 2018 p.80.

1672 Regnault, Sylvie, avocat et Guyot, Marine article ; les traitements des données personnelles dans le cadre de la lutte contre le covid-19. <https://www.village-justice.com/articles/les-traitements-des-donnees-personnelles-dans-cadre-lutte-contre-covid,34458.html>

Le régime du traitement individuel des données personnelles en Europe est régi par le RGPD qui définit des principes et limites pour leur utilisation. Les informations relatives à la santé des personnes sont qualifiées de « données sensibles » par l'article 9 du RGPD qui proscrit par principe leur utilisation. L'article 9 § 2 liste néanmoins une série d'exceptions permettant l'utilisation de ces données dans certains cas. Deux de ces exceptions pourraient fonder juridiquement la mise en place d'une application de suivi individualisé. D'une part, le consentement explicite donné par la personne faisant l'objet du traitement de ses données personnelles peut permettre au gouvernement d'y avoir recours.

En France, par exemple, les données de localisation sont exploitées car les smartphones sont partout, ce qui facilite, par voie de conséquence, d'avoir une information précise sur les déplacements des individus grâce à l'accès aux données de la localisation. Mais, il faut juste préciser que l'accès à ces données est restreint et n'aura lieu que dans des circonstances bien limitées.

Les médias rapportent que le traçage géographique des citoyens à des fins de lutte épidémique est déjà mis en œuvre dans quelques pays d'Asie tels que la Chine, Taïwan et Singapour¹⁶⁷³. Bien que cette pratique ait d'ores et déjà donné lieu à de graves violations de la vie privée¹⁶⁷⁴, les États-Unis étudient eux aussi l'usage qui pourrait être fait d'une telle technologie¹⁶⁷⁵.

Dans le contexte actuel où l'efficacité de ces applications mobiles pour lutter contre l'épidémie reste encore à démontrer, elles peuvent être un moyen utile pour sortir de la crise, notamment en tant que support d'information et d'alerte pour éviter la propagation et aider à un déconfinement progressif. Ainsi le succès des applications mobiles dans la lutte contre la COVID-19 nécessitera qu'elles soient utilisées par le plus grand nombre, ce qui suppose une confiance des utilisateurs, laquelle dépendra des garanties qui seront apportées dans leur mise en œuvre pour protéger leurs droits fondamentaux.¹⁶⁷⁶

En effet, les traitements des données personnelles rappelés précédemment ont été souvent mis en place en urgence afin de lutter rapidement contre la propagation du virus.

B- Le règlement général de protection des données : vers la lutte épidémique

Le droit au respect de la vie privée est un droit humain fondamental. La vie privée des individus doit être protégée contre toutes les atteintes qui peuvent l'affecter, notamment celles qui portent sur leurs informations personnelles.¹⁶⁷⁷

C'est dans ce cadre que le Maroc a pris des mesures importantes par le traçage des personnes potentiellement atteintes de COVID-19. Ainsi, le gouvernement a émis sa volonté d'utiliser, pendant la crise sanitaire, une application lui permettant le traçage des atteintes de COVID-19 afin de mieux gérer le dépistage des contaminations. Le traçage consiste à identifier les personnes ayant été en contact avec des cas confirmés. Cette protection des données personnelles reste soumise aux dispositions légales en vigueur, et notamment à la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.¹⁶⁷⁸

1673 Timberg C. ET Harwell D., « Government efforts to track virus through phone location data complicated by privacy concerns », The Washington Post (édition numérique) 19 mars 2020.

1674 Nemo K., « 'More scary than corona virus: South Korea's health alerts expose private lives », The Guardian (édition numérique) 6 mars 2020.

1675 Romm T., Dwoskin E. et Timberg C., « U.S. government, tech industry discussing ways to use smartphone location data to combat corona virus », The Washington Post (édition numérique) 18 mars 2020.

1676 <https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/partenaire/partenaire-2406-covid19-le-traitement-des-donnees-mobiles-des-individus-un-moyen-de-repondre-a-la-crise-sanitaire-1-3>

1677 Mehdi Kettani ; régime juridique de la protection des données personnelles par Client brief rédigé , Associé, DLA Piper Casablanca.

1678 Ghizlane El Idrissi ; COVID-19 et protection des données personnelles au Maroc , Veille juridique - Avril 2020.

Ces derniers jours, le gouvernement a semblé se prononcer en faveur d'une telle technique, annonçant notamment que des réflexions étaient en cours sur le lancement de l'application « WIQAYTNA ». Il s'agirait d'une application mobile téléchargée volontairement par les citoyens, qui consentiraient à l'utilisation de leurs données personnelles dans un objectif de lutte contre le Covid-19.

Ce nouveau dispositif aidera à notifier et prendre en charge plus rapidement les personnes exposées à des cas confirmés Covid-19 et limiter ainsi la circulation du virus, souligne le ministère dans un communiqué, indiquant qu'il s'agit d'un dispositif complémentaire mais qui s'avère utile à la veille du début de l'assouplissement progressif des mesures de confinement. L'application, basée sur la technologie Bluetooth et dont l'utilisation est volontaire, notifie ses utilisateurs en cas de proximité physique prolongée avec un autre utilisateur qui s'avère positif au Coronavirus dans les 21 derniers jours qui suivent le contact. Cette solution mobile, inscrite dans le sillage des efforts de lutte contre la propagation du nouveau Coronavirus, est lancée dans le cadre d'une campagne nationale de sensibilisation, sous le thème « Restons vigilants, protégeons-nous mutuellement », dont l'objectif est d'inciter les citoyens à continuer à adopter les mesures de prévention limitant la propagation de ce virus.¹⁶⁷⁹ De même, elle est autorisée par la Commission Nationale de Contrôle de la Protection des Données à Caractère Personnel (CNDP).

Conclusion :

Depuis quelques années, le Maroc a établi un programme de numérisation des services sociaux, des services de santé publique et de l'éducation nationale sans oublier les impôts qui se sont rapidement et efficacement numérisés. Mais dans un pays comme le nôtre, la numérisation ne peut avancer que grâce à une volonté politique. A titre d'exemple au lieu d'accorder à chaque personne une carte pour qu'elle puisse faire ses achats et retirer sa pension ou son aide sociale, on constate encore des scènes affligeantes de queues interminables devant les guichets et les bureaux de poste.

Pour terminer, une dernière question se pose : une fois cette crise majeure surmontée, quel sera le sort de la numérisation des services publics ?

Il est évidemment impossible de se prononcer avec certitude. Cependant il paraît probable que la crise du coronavirus accélère la numérisation des services publics notamment en pérennisant l'utilisation des procédures de télétravail par exemple, ou l'accès des usagers à certains services à distance.

1679 <https://leseco.ma/application-wiqaytna-plus-dun-million-de-telechargements-en-moins-dune-semaine/>

Bibliographie :**Ouvrages :**

- Michel, E, Le fossé numérique. L'Internet, facteur de nouvelles inégalités ? Problèmes politiques et sociaux, La Documentation française, n° 861, août 2001
- Timberg C. ET Harwell D., « Government efforts to track virus through phone location data complicated by privacy concerns », The Washington Post (édition numérique) 19 mars 2020.
- Nemo K., « 'More scary than corona virus: South Korea's health alerts expose private lives », The Guardian (édition numérique) 6 mars 2020.
- Romm T., Dwoskin E. et Timberg C., « U.S. government, tech industry discussing ways to use smartphone location data to combat corona virus », The Washington Post (édition numérique) 18 mars 2020.
- MEHDI KETTANI ; RÉGIME JURIDIQUE DE LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES par Client brief rédigé, Associé, DLA Piper Casablanca.
- GHIZLANE EL IDRISSE ; COVID-19 et protection des données personnelles au Maroc, Veille juridique - Avril 2020.
- ,Gonthier le Guen, Yoann, article sur ; la protection des données personnelles en situation de crise sanitaire exceptionnelle l'hypothèse du traçage géographique des citoyens à fin de lutte épidémique doctorant en droit public, université Paris-Saclay, IEDP.
- Revue : principes d'administration publique : prestation de services administratifs, Maroc
- La mise en œuvre du programme de réforme de l'administration 2017 – 2021
- Rapport du Conseil Economique, Social et Environnemental Auto-Saisine n° 1/2013.

Textes juridiques ;

- La loi sur l'Informatique et la Liberté
- Le décret-loi n° 2.20.292 édictant des dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire a été publié ce mardi [24 mars au Bulletin officiel](#).
- Circulaire de Monsieur le Ministre de L'Economie, des Finances et de la Réforme de l'Administration n° 2020/2 concernant les services numériques pour les correspondances administratives.
- la Constitution marocaine.

Sites web :

- <http://www.maroc.ma>.
- <https://www.invest.gov.ma>
- <https://www.rtbef.be>
- www.la-croix.com
- <https://www.doc-etudiant.frl>
- <https://www.medias24.com>
- www.village-justice.com
- www.Lesecho.ma

Saveurs exquises en quête de label Produits du terroir Région Est du Maroc

Asmae HLAL

Docteur en Langues, Cultures et Communication

L'ensemble des terres du Maroc Oriental possèdent des aptitudes agricoles indéniables et fournissent plusieurs produits caractéristiques. Les campagnes sont considérées comme le refuge d'habitudes culinaires rurales et de goûts typiquement régionaux qui permettent de sentir et d'apprécier les produits du terroir. Ces produits sont cultivés ou fabriqués dans la plus pure tradition du terroir.

Certains produits du terroir de l'Oriental pourraient participer efficacement aux efforts de développement socio économique. Face à ces perspectives de développement on pourrait relever un certain nombre de facteurs handicapants :

Faible présence dans les commerces structurés.

Transformation peu adaptée aux usages de consommation.

Packaging peu attractif.

Prix éloignés des attentes des consommateurs.

Absence de courroie de transmission entre l'amont et l'aval.

Faiblesse des exportations.

Forte présence des circuits de commercialisation informels.

Tous ces facteurs entravent l'épanouissement du secteur des produits du terroir.

D'autre part, les produits du terroir ne sont pas estimés à leur juste valeur. Au niveau de la demande régional, il y a encore l'ignorance de la valeur économique et culturelle de certains produits comme l'huile d'olive, ainsi que la mauvaise perception de la qualité à la fois nutritive et sanitaire des produits. Le pouvoir d'achat reste limité pour la demande de produits différenciés avec une faible consommation des produits potentiellement terroir.

La question de la différenciation reste posée au niveau régional. Il n'y a, à notre connaissance, aucun inventaire du patrimoine culinaire régional à l'image de ce qui a été fait dans d'autres régions marocaines comme le Haouz de Marrakech ou le Saïs de Fès-Meknès.

S'agissant de la concurrence, on note un certain nombre de facteurs qui sont susceptibles d'entraver les efforts de développement des produits à fortes identités. Le secteur formel

est vigoureux dans la région. Il est soutenu par le consommateur et l'influence directe et indirecte des grandes sociétés commerciales implantées récemment dans la région.

Pour lever les contraintes et exploiter les potentialités offertes, le MAPM1680 a lancé, à travers l'Agence de Développement Agricole (ADA), la mise en œuvre d'une stratégie de Développement et de Commercialisation des produits du terroir. Malheureusement cette stratégie ne touche que partiellement les zones rurales pauvres où les produits du terroir n'ont aucun impact direct sur le commerce extérieur national et sur les entrées de devises qui s'en suivent.

La valorisation des produits du terroir est d'actualité pour de nombreuses raisons dont les plus importantes sont les suivantes :

La vive concurrence sur les marchés régionaux des produits standards et la recherche de voies alternatives.

Le souci de valoriser des produits issus de savoir faire spécifique.

La volonté institutionnelle de valoriser les activités en milieu rural défavorisé.

Clémentine des Triffas, les nèfles du Zeg Zel, les raisins de table des plaines de Nador, les olives de Laïoune, figue sèche de Sefrou de l'Oriental, figue fraîche d'Ahfir, la menthe d'Aïn Béni Mathar, l'absinthe du pays Zkara, le terfesse des Hauts Plareaux, les abricots de Taourirt, les amandes d'Aïn Sfa, les lentilles de Rhislane, Les petits pois de Tencherfi, les haricots verts de Berkane, la menthe d'Aïn Béni Mathar, les navets de Debdou, la viande ovine de Tendrara, la viande caprine de Tafoughalt, le miel des Monts de Jerada... On les appelle communément les «produits de terroir» et ils sont très prisés pour leurs vertus nutritives et sanitaires.

produit	région	Conditions climatiques	Caractères des sols
Clémentine	Triffa (Berkane)	Moyenne et grande irrigation	Sols argileux
Nèfles	Vallée su Zeg Zel	Petite irrigation de vallée.	Terrasses Alluviales
Lentilles	Rhislane.	Semi aride	Sols hamri.
Raisins	Plaines du Rif Oriental	Irrigation en milieu semi aride.	Sol alluvial.
Olives	Laïoune, Zaïou	Semi aride	Sols marno-calcaires

¹⁶⁸⁰ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche Maritime (MAPM).

Abricots	Plaine de Taoutirt.	Irrigation en milieu semi aride.	Sols marno-calcaires.
Figue sèche	Sefrou	Petite irrigation traditionnelle.	Terrasses Alluviales
Amandes	Dir sud des Béni Snassen.	Semi aride.	Sols calcaires.
La menthe	Aïn Béni Mathar	Irrigation en milieu aride	Terrasses alluviales
Haricots verts	Bassin de Tencherfi.	Irrigation traditionnelle en Milieu Semi-aride.	Sols marno-calcaires
L'absinthe	Pays Zkara.	Petite irrigation de vallée.	
Navets	Debdou	Petite irrigation de vallée.	Sols marno-calcaire
Viande ovine	Hauts Pateaux		
Terfesse (Truffe du Désert)	Hauts Plateaux.		
Viande caprine	Sidi Bouhria		
Miel à romarin	Monts de Jerada.		

Ils constituent un véritable gisement d'«or vert» qui attend d'être judicieusement exploité. Mais faute d'un travail de valorisation soutenu et en raison d'une politique de labellisation qui tarde à se mettre en place, les produits agricoles de terroir du Maroc Oriental peinent à concurrencer ceux des autres régions du Maroc, en particulier ceux du Maroc atlantique.

Au-delà de l'aspect proprement technique et des approximations sémantiques, il faut dire que ce type de produits a le vent en poupe ces dernières années.

A l'instar de ce qui se passe à l'échelle nationale, des changements environnementaux importants se produisent au Maroc oriental. Au niveau de la demande régionale en produits du terroir, on observe l'émergence d'un marché de consommateurs exigeant en qualité, de nouveaux changements dans les modes de vie alimentaire des citoyens. Le nouveau consommateur citoyen a un niveau d'instruction plus élevé et une perception importante des

risques sanitaires. Il se réfère souvent aux sources d'information étrangères et manifeste son insatisfaction vis-à-vis de l'information interne nationale et sur les produits alimentaires.

Les enquêtes¹⁶⁸¹ et les études réalisées par les services spécialisés du Ministère de l'Agriculture et de l'IAV¹⁶⁸² de Rabat révèlent que les motivations des nouveaux consommateurs sont par ordre croissant le goût, le caractère naturel, l'absence de risque sanitaire et l'apport nutritionnel.

C'est que de plus en plus de consommateurs marocains prennent conscience de l'importance, sinon de «manger bio», à tout le moins de manger «sain». Et si, en prime, on y ajoute la petite touche culturelle, affective, le petit côté «Madeleine de Proust», le zeste de tradition, forcément la chose prend encore plus de sens.

Les consommateurs marocains, d'une manière générale, et ceux de l'oriental en particulier, attachent beaucoup d'importance aux conditions de production des produits du terroir. Ils cherchent à connaître leurs origines géographiques et s'impliquent de plus en plus aux conditions du développement rural dans les campagnes marocaines. Cet intérêt joue un rôle important dans la promotion, à la fois qualitative et quantitative, des produits du terroir et met en évidence leurs signes de qualité.

L'accroissement de la demande urbaine en produits du terroir, stimulé par l'augmentation du niveau de vie et par le développement des moyens de communication inter urbaines et inter régionales, ouvre des opportunités de commercialisation importantes¹⁶⁸³. Pour les consommateurs nationaux et surtout étrangers¹⁶⁸⁴ les signes de qualité amélioreraient leur perception de la qualité des produits alimentaires du terroir et leur permettraient de satisfaire leurs exigences en matière d'informations crédibles et pertinentes à propos des risques alimentaires, particulièrement ceux liés aux produits d'origine animale.

Mais d'abord, qu'est-ce que l'on entend exactement par «produits de terroir»? «Un produit de terroir, comme son nom l'indique, est issu d'un terroir, et qui dit terroir, dit terre, dit localité, dit caractéristiques géographiques, techniques, climatiques, écologiques et sociales d'un territoire», explique les techniciens agricoles de la DPA d'Oujda et de Bouarfa.

¹⁶⁸¹ Pour plus de détail, voir l'article de Rachid Hammimaz de l'IAV Hassan II intitulé « Le Développement des Produits du Terroir au Maroc, quelques préalables ».

¹⁶⁸² Institut Agricole et Vétérinaire Hassan II, Rabat.

¹⁶⁸³ Les marchés ruraux sont envahis par les citadins pour s'approvisionner en produits de terroir réputés de meilleures qualités que ceux commercialisés en ville.

¹⁶⁸⁴ Il s'agit essentiellement des touristes qui sont de plus en plus nombreux à visiter la région et surtout les membres de la diaspora marocaine à l'étranger.

Fonds de terroirs.

Un recensement non exhaustif des produits de terroir donne à voir un large éventail de ressources naturelles où se mêlent fruits et légumes, viandes ovines et même les plantes aromatiques et médicinales.

Il faudrait entreprendre une étude exhaustive pour mettre en valeur la large gamme de produits ayant une qualité, une origine et une réputation spécifiques. L'objectif est d'inclure les produits du terroir dans le processus de développement régional et local

On note essentiellement les produits végétaux typiquement méditerranéens comme les agrumes (navel, mandarine, clémentine, citron), les raisins de table, l'olive de bouche et l'huile d'olive, les fruits et légumes (tomate, haricot, petits pois, les fèves, la pomme de terre, les primeurs et extra-primeurs, l'abricot, la pomme, la grenade, la figue sèche, la figue fraîche, la figue de barbarie...) et enfin les produits de cueillette comme les plantes aromatiques et médicinales (thym, coriandre, jasmin, orange amère, géranium, sauge bleue, câpre, menthe, lavande sauvage. On voit apparaître, sur des marchés formels, mais aussi sur des marchés encore informels, des produits qui sont fortement appréciés par les consommateurs citadins comme l'huile d'olive et les figues sèches de la zone tellienne, le miel de montagne multiflore et celui uniflore des plantes médicinales (romarin, thym, armoise), des galettes de pain faites à partir de différentes céréales locales en particulier du blé dur, d'orge et de maïs. Il y a également différents types de pain traditionnel très appréciés à la fois par les gourmets et les gourmands. On peut citer Al Matlouâ, Al Harcha, Al Madfouna. Les céréales servent, également, à préparer de nombreux plats, de gâteaux et dérivés de pain qui sont très appréciés par les habitants de la région et par les visiteurs. (Lamsamman, Am Batbouth, Al Meloui, Taâm, Barkoukech, Al Kaâk).

Les pouvoirs publics, à l'échelle régionale et locale, devraient intervenir pour promouvoir et valoriser les produits du terroir qui font partie de notre culture et de notre patrimoine à la fois matériel et immatériel. C'est une partie importante de notre passé culturel et de notre présent socio économique qui vont nous aider à améliorer notre condition de vie dans le futur. On pourrait classer les produits du terroir de la région est du Maroc en trois catégories :

- Les produits d'origine végétale.
- Les produits d'origine animale.
- Les produits dérivés et mixtes.

Parmi les produits végétaux, on trouve beaucoup de fruits de terroir : le raisin de table du Rif Oriental et des vallées des Monts des Béni Snassen (variété Ahmar Bouamar, bazzoult Al Aouda et Mokrani), l'abricot de Taoutirt et des Triffas, la Grenade de Gafaït, la Poire de Saïdia, la figue d'Ahfir, la figue de Barbarie d'El Garbouz et d'Aïn Sfa.

Pour la deuxième catégorie, retenons la viande de mouton des races Béni Guil, Ouled Djellel» et «Rembi». Elles sont élevées essentiellement sur les hauts plateaux steppiques de Tendirara, Maâtarka, Bouarfa et Aïn Béni Mathar. La viande de mouton de la race «Hamra» se retrouve sur les versants sud des Monts de Jerada et dans la Gaâda de Debdou. On retrouve également la viande de caprin produite dans des zones d'élevage de montagne, en particulier dans le Rif oriental, les Monts Béni Snassen et les Monts de Jerada.

Pour les produits dérivés on peut citer tous les produits laitiers (Dhane des Hauts Plateaux, fromage de brebis, Klila, différents fromages de chèvre), l'huile d'olive et le miel. Ces deux derniers produits sont très appréciés car ils constituent les produits phares des différents terroirs du Maroc Oriental.

- L'olivieraie du Maroc Oriental : d'après les services de la DPA d'Oujda, l'olivieraie du Maroc Oriental, comme celles de tout le Maroc est formée à plus de 80% par la variété dénommée « **la picholine marocaine** ». Les autres variétés sont formées par deux dérivés de la picholine, à savoir « **la Ménara et la Haouzia** ». La picholine est très charnue et possède un tout petit noyau. En bouche elle représente un goût aux arômes de beurre et d'amande.

Nos concitoyens travaillant dans l'agriculture à l'étranger, particulièrement ceux d'Espagne et d'Italie, ont tendance à ramener avec eux des variétés européennes. Il s'agit de **la picholine du sud de la France, de l'Arbequina et de la Manzanille d'Espagne** ou encore **la Leccino d'Italie**. Ces variétés commencent à couvrir des surfaces de plus en plus importantes dans les Plaines des Angads, dans les Triffas, dans les plaines du Rif Oriental et dans la vallée de la Moulouya et celle de son affluent l'Oued Za.

- Types de miel : On trouve de nombreuses variétés de miel au Maroc Oriental. Chacune possède un goût caractéristique en plus des propriétés du miel en général. La spécificité de chaque miel est fonction du type de plantes à partir duquel on fait du miel.
- Le pain traditionnel : les céréales font partie de l'alimentation de base dans le Maroc Oriental. Elles servent essentiellement à préparer le pain, le couscous appelé localement « **At Aâm** » et différentes galettes et crêpes traditionnelles dont les plus emblématiques sont « **Al Harcha et Lemsammen** ».

Type de miel	Principales caractéristiques	Terroir de production
Miel d'Acacia.	Saveur douce. Il est approprié pour les nourrissons, les enfants et les diabétiques.	Monts de Tafoughalt et de Jerada.
Miel d'Eucalyptus	Possède des propriétés comme désaffectant des voies urinaires et soulage les infections des et de la toux.	Zones des plantations d'eucalyptus dans plusieurs régions du Maroc Oriental.
Miel d'oranger.	Il est indiqué pour l'asthme et les rhumatismes	Les Triffas.
Miel de Romarin.	Il a de nombreuses propriétés. Il tonifie l'estomac, favorise la fonction du foie, améliore l'asthme et les maux de gorge et atténue la fatigue physique et mentale.	Versants sud des Monts de Jerada et la Gaada de Debdou.

Rihet lebled (Senteur du pays).

Force est de le constater que les produits du terroir rencontrent un certain succès auprès des consommateurs citadins depuis quelques années. La demande en consommation de ces produits est sans cesse croissante sur les marchés régionaux de l'Oriental, ce qui offre d'importantes opportunités pour leur commercialisation. La demande s'exprime, également, de l'étranger de la part, notamment, de la «diaspora» maghrébine, de plus en plus friande de ces produits qui réaniment les sens profonds du pays, «rihet lebled». Les produits du terroir participent activement au maintien des liens d'appartenance affective et à celle des sens, particulièrement les sens culinaires révélateurs des goûts et des odeurs de la cuisine traditionnelle.

La tendance nutritionnelle et culinaire à la mode dans les pays développés, qui utilise les produits du terroir, commence à se généraliser à l'échelle mondiale et arrive même à pénétrer dans des pays émergents comme le Maroc. Elle traduit une nouvelle façon de vivre des gens et de faire revivre les régions et leurs terroirs. Il s'agit d'inciter les citadins et les étrangers de découvrir une nouvelle façon de mieux se nourrir tout en soutenant l'agriculture locale.

Ce qui manque, c'est la mise en place de circuits de commercialisation qui achètent les meilleurs produits aux agriculteurs et aux artisans et les mettent à la disposition des consommateurs dans de bonnes conditions avec des prix abordables.

Il faudrait valoriser les bons aliments issus d'une agriculture traditionnelle de qualité comme les légumes, les fruits, les viandes, les œufs, les produits laitiers, le pain, le miel et l'huile d'olive. On peut tout trouver dans les campagnes du Maroc oriental.

Et l'on ne compte pas le nombre de foires, de salons, d'expos-ventes, de colloques, de séminaires, de pages Facebook et autres événements dédiés à la promotion de ces produits très prisés.

On voit aussi apparaître des boutiques spécialisées qui proposent toute une gamme de produits «traditionnels», réputés plus authentiques» et plus respectueux de l'environnement. Les plateformes de vente de produits «100% DZ» fleurissent sur Internet, ciblant sans complexe le marché international.

Cet intérêt accru pour un régime nutritionnel de qualité pousse de plus en plus de professionnels de l'agroalimentaire à exploiter ce filon. On note par ailleurs l'émergence d'initiatives citoyennes soucieuses d'améliorer le contenu de notre panier. Retenons à ce propos le formidable travail du Collectif Torba qui inscrit sa démarche dans l'agroécologie.

Outre le développement de l'agriculture familiale, l'organisation d'ateliers pour encourager les citoyens à pratiquer l'agriculture urbaine et à «verdir» nos cités, l'éducation environnementale auprès des enfants, Torba œuvre ardemment pour inciter les Algériens à «consommer terroir».

Dans son document fondateur, avec pour devise «Cultivons notre santé», le Collectif Torba relève : «Un engouement certain du consommateur pour les produits de terroir est constaté ces dernières années.

Contrastant avec la vie urbaine et les produits industriels de large consommation, le terroir attire aujourd'hui une clientèle de plus en plus intéressée par des produits de qualité et renforçant la santé». Et d'exhorter nos concitoyens à changer leur modèle de consommation : «Comment valoriser ces produits de terroirs ? Il suffit à chacun de nous de privilégier les aliments cultivés localement, produits dans le respect de l'environnement, de la santé et du patrimoine local.

Il y a les miels, l'huile d'olive, les céréales locales, le poulet et les œufs de ferme, le lait de vache et de chèvre, la viande ovine de nos steppes, les dattes, les variétés locales de légumes, et fruits cultivés sans produits chimiques...Il faut se donner les moyens de consommer ces produits locaux avant que les pratiques traditionnelles ne se perdent.

Notre collectif a pour ambition de faire connaître toute la richesse des produits de terroir à travers l'organisation ou la participation aux expositions, la médiatisation et, bien sûr, la consommation sans modération, pour notre plaisir, notre santé et celle de nos enfants !»

De l'or vert dans nos campagnes.

S'ils sont fortement prisés pour leur valeur nutritive et leurs vertus sanitaires, les produits de terroir, insistent les spécialistes, sont une aubaine pour développer les zones marginalisées. La valorisation de ces gisements d'or «vert» que recèlent nos campagnes est de nature à changer sensiblement le quotidien de nos régions délaissées.

Dans un rapport sur le développement local élaboré par un groupe d'experts pour le compte du ministère de l'Industrie, une attention particulière est portée sur «la promotion des produits du terroir». Sous-titré «51 mesures visant le développement économique local», le rapport qui date de décembre 2011 note : «Le développement et la promotion des différents produits du terroir est une alternative prometteuse pour le développement local».

«Au Maroc, il faudrait une politique volontariste pour identifier, labelliser, protéger, encourager et commercialiser le produit de nos terroirs», recommandent les auteurs de ce rapport. Ils invitent en conséquence les pouvoirs publics à «identifier les gisements divers des localités permettant d'améliorer l'attractivité du territoire pour attirer les investisseurs» (proposition 32) et à «instaurer des signes et des labels officiels de qualité» (proposition 33). «L'attribution d'Indications géographiques (IG) ou d'Appellation d'origine protégés (AOP) à des produits typiques comme les produits de montagne (les dattes Deglet Nour, raisins de table et huile d'olive) permet leur meilleure identification».

Aucun produit n'est officiellement labellisé.

Reste que le processus de labellisation en est encore à ses balbutiements et tarde à porter ses fruits. A l'heure actuelle, aucun produit de terroir n'est officiellement labellisé. En 2013, un décret a été promulgué (le décret exécutif 13-260 du 7 juillet 2013 fixant le système de qualité des produits agricoles ou d'origine agricole) balisait juridiquement le terrain pour la mise en place d'un dispositif institutionnel de labellisation.

Le décret dispose en son article 2 qu'il est «entendu par système de qualité des produits agricoles ou d'origine agricole, leur reconnaissance par les signes distinctifs suivants : l'appellation d'origine (AO), l'Indication géographique (IG), l'Agriculture biologique (AB) ; les labels agricoles de qualité».

Le décret annonçait dans la foulée l'instauration d'un «système national de labellisation» (art.4) Celui-ci est «organisé en un comité national de labellisation, un secrétariat permanent, des sous-comités spécialisés et des organismes de certification». Le 30 juillet 2015, le «Comité national de labellisation» a été officiellement installé. Pour le moment, seuls trois

produits pilotes font l'objet d'une démarche de labellisation : la Deglet Nour de Tolga, la figue sèche de Béni-Maouche et l'olive de table de Sig.

Ce projet est mené de concert avec l'Union européenne «dans le cadre des projets de jumelage entre l'Algérie et l'Union européenne lancés en octobre 2014», rapporte l'APS (dépêche datée du 30 juillet 2015) qui précise que l'UE finance cette opération à hauteur de 6 millions d'euros.

Un financement destiné notamment à parachever le dispositif institué par le décret de 2013 et au «renforcement des capacités des acteurs concernés et à la reconnaissance de trois produits pilotes par les signes distinctifs liés à l'origine». Des experts européens, indique-t-on, ont encadré des équipes dans les trois régions concernées «pour former les techniciens et les professionnels à s'organiser autour de ces produits pilotes».

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN I^{er}

www.Droitentreprise.com



محور الدراسات والأبحاث باللغة الإنجليزية

Reflections on the health emergency in Morocco

✉ **Amina Radwane**

Researcher in legal sciences

The Moroccan constitution conferred to the Parliament the right to exercise legislative power, it gave it the right to vote on laws, monitor the work of the government, and establish public policies. However, the government is authorized to take within a limited period of time, and for a specific purpose according to decrees, measures that (the law usually specializes to take), and these decrees are effective upon their publication, and they must be presented to Parliament with the intention of ratification, at the end of the period specified by the law to authorize their issuance. And the (permission law) is abolished if one or both houses of Parliament is dissolved.

The government can issue decrees during the inter-sessional period, and in agreement with the committees concerned with the matter in both houses, and it must be presented with the intention of approval by Parliament, during its next regular session .

In this regard, the Minister of the Interior, Mr. Abdelwafi Laftit, announced the state of health emergency in Morocco, as approved by the Extraordinary Governmental Council on Sunday, March 22nd 2020.

The Moroccan legislator has organized the health emergency according to:

- Decree-Law No. 2.20.292 issued on 28 Rajab 1441 (March 23, 2020) related to the enactment of provisions related to the state of health emergency and the procedures for announcing it,
- Decree No. 2.20.293 issued on 29 Rajab 1441 (March 24, 2020) declaring a state of health emergency in all parts of the national territory to counter the outbreak of the Covid 19 .

What is meant by a health emergency? What are similar systems that may be mixed up with? What are the procedures that the health emergency law came up with? What are the penalties to be taken against those who violate them?

This is what we will try to approach by dividing this research into two requirements:

- **The first requirement: What is a health emergency?**
- **The second requirement: the provisions contained in the health emergency in Morocco**

The first requirement

What is a health emergency

Morocco, like the rest of the world, has declared a state of health emergency due to the outbreak of the Corona pandemic, which doctors and scientists have struggled to find medicine to reduce.

So, what do we mean by a state of health emergency (first paragraph), which may be mixed with similar situations (second paragraph)

first paragraph :what do we mean by a state of health emergency

This is the sixth time in the history of the World Health Organization where it declares a state of health emergency due to the outbreak of the Corona virus, and the aforementioned organization made this decision after the meeting of the emergency committee, which consists of international experts who provide technical advice to the Director-General of the organization.

A health emergency is defined as: “an exceptional event that poses a threat to the public health of other countries through the spread of the disease between countries, and may require a coordinated international response .

Thus, it is a situation that requires the occurrence of a serious, sudden, unusual or unexpected health situation, and that this event carries public health implications outside the national borders of the affected country, and that it requires immediate international action.

second paragraph: Distinguishing the health emergency from the exceptions and sieges

Chapter 59 of the Constitution of the Kingdom of Morocco states the following: “If the national territory is threatened, or if events occur that impede the normal functioning of the constitutional institutions, the king can announce (the state of exception) at back, after consulting both the Prime Minister, the Speaker of Parliament, and Chairman of the House of Counselors, President of the Constitutional Court, and directing a speech to the nation; and thereby empowering the King to take the measures imposed by the defense of territorial integrity, and requiring it to return to the earliest deadlines, to the normal functioning of constitutional institutions.

Chapter 74 of the Constitution states that: "A siege can be announced for thirty days, by virtue of a Dahir signed by the Prime Minister . and this period can be extended only by law."

It is clear through these two chapters that the two exceptions and sieges cases are constitutional prerogatives, in which the Royal Institution exercises exceptional powers that guarantee taking the necessary measures to face every threat to the Kingdom, and Chapter 59 of the Constitution has linked the establishment of the exception state with formal conditions that begin with the King’s consultation with both the Prime Minister and the President The House of Representatives, the Speaker of the House of Counselors, and the President of the Constitutional Court and addressing the nation, and it ends according to these conditions as well.

There are also objective conditions represented in the announcement of this situation whenever the national territory is threatened, or occurred events that impede the normal functioning of the constitutional institutions. As for the state of siege, the specified time period is shorter than the first case.

So the health emergency remains as an announcement of a health crisis for the affected state as a result of an unexpected serious pandemic, dealing with it requires urgent measures to be taken to fight it, in line with the state’s guarantee for each of its members the right to safety within the framework of respecting the freedoms and fundamental rights guaranteed to everyone as stipulated In Chapter 21 of the Constitution.

What are the provisions that came with the health emergency in Morocco?

The second requirement: the provisions contained in the health emergency in Morocco

Decree-Law No. 2.20.292 issued on 28 Rajab 1441 (March 23, 2020) related to the enactment of provisions related to the state of health emergency and the procedures for announcing it, and Decree No. 2.20.293 issued on 29 Rajab 1441 (March 24 2020) related to declaring a state of Health emergency in all parts of the territory to counter the spread of Corona virus, came with a set of measures imposed by the current circumstances through which the world passes, in order to prevent the Corona pandemic (first paragraph) that the legislator required respecting under the penalty of imposing sanctions against those violating it (second paragraph)

first paragraph :The procedures accompanying the health emergency in Morocco

Through the aforementioned decrees related to the state of health emergency, the procedures accompanying the state of health emergency in Morocco can be summarized as follows:

First: The rule adopted by the Moroccan government to declare a state of health emergency is an exceptional rule, as long as the right to legislate is guaranteed to Parliament in the normal case as stipulated in Chapter 71 of the Constitution, and it is difficult to apply the ordinary legislative rule in light of this exceptional circumstance that requires speed to face The deadly Corona epidemic,

Second: The state of health emergency is imposed on all Moroccan soil due to the threat that the Corona epidemic carries to people's lives and safety.

Third: A period has been set for the state of health emergency that starts from 03/20/2020 and ends on 04/20/2020 with the possibility of extending it.

Fourth: The measures taken by the government during the health emergency period do not prevent the continuity of vital public facilities and the provision of services to the citizens.

Fifth: Individuals must abide orders and decisions issued by public authorities

Sixth: The Health Emergency Law authorized public authorities to take the following measures: Not leaving the place of residence, Preventing any movement of any person outside his domicile except in the most necessary and strict cases specified in Paragraph B of Article Two of Decree No. 2.20.293 issued on 29 Rajab 1441 (March 24, 2020) relating to declaring a state of health emergency in all parts of the national territory to counter the outbreak of the Corona virus. Preventing gatherings, and meetings unless they are for a professional purpose and preventive measures are taken. Closing shops and any place that receive and gather people.

Seventh: In the event of extreme necessity, the government can take, on an exceptional basis, any economic, social, or environmental procedure of an urgent nature that would contribute directly to facing the negative effects of declaring a state of emergency.

The second paragraph: the penalties for violators of a health emergency

Any legal rule guarantees its proper application and respect by providing injunctive provisions

Thus, Morocco's health emergency law stipulated a set of penalties for violators of this law, which lie in punishing violators of orders and decisions issued by public authorities by imprisonment from one to three months, and a fine between 300 and 1300 dirhams, or one of these two penalties (without prejudice to the most serious crime.)

Whoever obstructs the implementation of the decisions of the public authorities through violence, threat, fraud, or coercion, is equally punished.

And is also punished anyone who incites others to violate these decisions by speeches, shouting, or threats voiced in public places or meetings, or by written, printed, documents, or photos or tapes sold or distributed or displayed in public places or meetings, or by posters displayed in public view or through the various audio-visual media Other.

The contribution of Islamic financial institutions to achieving economic well-being (the role of Islamic banks in achieving economic growth)

✉ **Sebaa fatma Zahra**

Center for Research
in Islamic Sciences and Civilization
Laghouat, Algeria

✉ **NADIA NAHLI**

University of fés

Abstract

In this research paper, we try to explain the role of Islamic finance in general, in economic life and growth, and since its inception, Islamic finance through its institutions and services has achieved increasing rates of growth due to the special nature of the Islamic financial system, which differs from other financial systems.

In this research, we try to study the various profitable and not-for-profit Islamic financial institutions, and demonstrate the central role of these institutions in achieving economic growth, and in the end, we have tried to study the role of Islamic banks in achieving economic growth.

Keywords: Islamic Finance, Islamic Banks, Zakat, Waqf, Takaful Insurance.

ملخص

نحاول في هذه الورقة البحثية تبين دور التمويل الإسلامي بشكل عام، في الحياة الاقتصادية ونموه، ومنذ نشأته حقق التمويل الإسلامي من خلال مؤسساته وخدماته معدلات نمو متزايدة بسبب الطبيعة الخاصة للنظام المالي الإسلامي الذي يختلف عن الأنظمة المالية الأخرى.

ونحاول في هذا البحث دراسة مختلف المؤسسات المالية الإسلامية الربحية وغير الهادفة للربح، وإثبات الدور المحوري لهذه المؤسسات في تحقيق النمو الاقتصادي، وفي الأخير حاولنا دراسة دور المصارف الإسلامية في تحقيق النمو الاقتصادي.

الكلمات المفتاحية: التمويل الإسلامي. البنوك الإسلامية؛ زكاة؛ الوقف؛ تأمين التكافل.

Introduction

Tracking the typical structure of the Islamic financial system enables us to note that there are rules and mechanisms that apply at the level of parts of this system, so that by collecting and linking them we can observe the essence and the distinction of this type of financing; which combines profitable and non-profit economic activity. Islamic finance is mainly based on not trading the mechanisms that underpin traditional financing based on the use of interest rate give and take, and as such it can be considered a distinct financial system "model" that is generally consistent with the basic principles of Islam. It was of great importance to establish Islamic banks and financial institutions that achieve the legitimate purposes that are considered a condition for their establishment and survival.

Many statistics indicate that, since decades of the establishment of banks and financial institutions, their total financial assets have increased at significant rates, registering about \$ 200 billion at the end of 2003 AD, and then rose to about \$ 1.8 trillion at the end of 2016, and it is expected to reach about 3 trillion dollars in 2019. Despite this increasing rate every year, the Islamic financial industry needs to expand more, especially as Islamic finance assets are still concentrated in the Gulf Cooperation Council countries, Iran, and Malaysia, and represent less than 1% of global financial assets ⁱ.

In addition to the rapid development witnessed by Islamic banking, and its emergence as an alternative to traditional banks, especially in Islamic countries, it was not a coincidence, but rather was a necessity to respond to the desire of clients who refuse to deal with usury, and also due to its role in achieving economic and social development, in addition to the current global developments. And among the most notable are the global financial crisis that the world went through in 2007-2008, which led to increasing voices calling for the adoption of the Islamic banking system, by providing a set of requirements, which differ in different countries and take into account the prevailing conditions.

For this we will try in this research paper to answer the following problem:

To what extent can Islamic finance in its institutions achieve economic growth?

Research themes

We tried to divide the research into four sections, as follows:

The first axis: the conceptual framework for Islamic finance

The second axis: Islamic finance institutions

The third axis: The role of Islamic banks in achieving economic growth

1. the conceptual framework for Islamic finance

Islamic finance is not a new thing, but it has been practiced for several years in various parts of the world, but it has gained a great demand in recent times, especially after the global financial crisis 2008, where the total assets of Islamic finance are estimated at about 1.81 trillion US dollars, an increase of ten times what it was Ten years ago, with a growth rate that exceeds traditional financing in many countries, it will reach, according to experts, more than \$ 3.25 trillion at the beginning of 2020 ⁱⁱ.

1.1 Definition of Islamic finance:

The first definition: that "a person provides something of financial value to another person either as a donation or as a means of cooperation between the two parties in order to invest in order to obtain profits divided between them by a percentage agreed upon in advance according to the nature of each of them and the extent of their contribution to the capital and decision-making Administrative and investment ⁱⁱⁱ. "

The second definition: "Cash or in-kind financing that is provided to individuals or to various establishments in formulas and controls consistent with the provisions and principles of Islamic Sharia^{iv}."

The third definition: "Providing in-kind or moral funding to the various establishments in formulas that are consistent with the provisions and principles of Islamic Sharia, and in accordance with legal and technical criteria and controls to contribute to an effective role in achieving economic and social development."^v Fourth definition: "It is a comprehensive framework of different patterns, models and formulas that include providing financial resources for any economic activity through adherence to Islamic Sharia regulations^{vi}."

• It can be defined according to what is mentioned from the previous definitions and by linking it with the subject of our research: "Islamic finance is the provision of a financial value from one of its institutions to an individual or facility with the intention to profit, while ensuring the juristic judgment and the legal intent of the method of profitability followed."

2. The difference between traditional finance and Islamic finance

Depending on the general characteristics of Islamic economics and Islamic banks, and the distinctive nature of their financing methods, one can highlight the most striking distinctions of Islamic financing methods from conventional financing methods as follows^{vii}:

- The multiplicity of Islamic financing methods compared to the traditional financing methods, and this multiplication is followed by a multiplication in the secondary characteristics of the financing methods, for example, that financing in the Islamic system may take a monetary or in-kind picture. To meet the needs of funders more than in traditional financing;
- The focus of Islamic finance is on trade in goods and services, advocacy for profit and risk sharing, unlike conventional bank based financing, and thanks to these characteristics Islamic finance offers wise financing options;^{viii}
- The legal nature for Islamic financing methods compared to traditional financing methods, and in general, Islamic financing methods have general Sharia controls, and there are also special controls, unlike traditional financing methods that are governed by physical controls (such as profitability, liquidity, and security);
- Islamic financing is based on sharing in the profits and losses between the bank and the customer (the principle of sheep in fine) as opposed to traditional financing based on the relationship of the loan (creditor and debtor), or the so-called usurious lending method ;
- Islamic finance dominates the ownership of the money for its owner, unlike the traditional system, as the ownership of the money is transferred to the borrower.
- The disposal of money in the traditional system is almost absolute, but in the Islamic system, freedom is not absolute. ^{ix}
- Providing financing for a wide segment of individuals and companies. Islamic banks provide financial products and services that are compatible with Islamic law, and then persuade individuals and Islamic companies with religious concerns to obtain financing or move from an informal financial system to an official financial system, and thus the introduction of Islamic banks in banking systems, it can reduce financial exclusion and help provide financial services to a larger proportion of the population, especially in Islamic countries.^x

2. Islamic finance institutions

Islamic financial institutions are the ones that are based in their goals and operations on the Qur'anic principles, where there are many Islamic financial institutions, but we will address in this element three important institutions and the most common for all people, and they are divided into profit and semi-profit institutions which are the Zakat and Endowment Institution And Islamic banks, as they are considered one of the important and major institutions for Islamic finance, noting that this does not mean excluding other forms of carrying out this task, as we will summarize the role of these institutions in achieving the purposes of Sharia from money.

2.1 The Zakat Foundation

2.1.1 Definition of Zakat

Zakat in the language indicates growth^{xi}, rent, and increase. Zakat is said to be something if its rent increases, and zakat is the kindness of the thing, and what you took from your money to purify it with^{xii}.

As for the terminology, many definitions of zakat were provided, all of which revolve around the obligation of the money in which zakat is due, in addition to the time for zakat, and for whom zakat is paid, and the collective definition of that is what Al-Bahwati mentioned, where he said about zakat: Specific time^{xiii}. "

2.1.2 The role of the Zakat Foundation in achieving economic growth

There is no doubt that God Almighty when he imposed Zakat on Muslims that it has several benefits that cannot be counted, as we will notice in this element the role of Zakat in achieving the interest of the individual, society and economy through the following^{xiv}:

- Increase employment and stability opportunities: Zakat moves the money from the rich to the poor, thereby bridging the gap and reducing the disparity between them, which leads to social security, and by operating the funds of the rich saved, the wheel of economic growth increases, and Zakat provides good loan opportunities that are accessible to the poor by giving them capital For trade or small industry financing;
- Equitable distribution and increasing national income and investment: Zakat is comprehensive and broadly applied. When zakat transfers the purchasing power from the rich to the poor, it works in the long run on equality in national income rates. It also works to fight the recession to stimulate it and move it to the spending cycle between the poor and the rich, which It stimulates and drives the economy, which in turn ensures that investors are encouraged to enter the production process;
- Supporting fiscal policy: Zakat plays an important role in compensatory fiscal policy when its surpluses are posted for years to come after its banks are satisfied. Zakat represents the solution to many thorny economic and social problems such as poverty, unemployment, inflation, hoarding, etc.
- A pivotal role in the financial system: In addition to the fact that Zakat is the third pillar of religion that provides it with spiritual support and support, the characteristics of Zakat give it a pivotal role in the overall Islamic economic system^{xv}.
- Zakat's role in redistributing income: Zakat is the financial resource and the first financial legislation in which Islam confronts the imbalance in income distribution between individuals, through which it works to narrow the gap between the rich and poor classes^{xvi} So let Zakat succeed in achieving its humanitarian and social goals, It is: good distribution and establishing it on sound foundations, so that the one who deserves it is not deprived of Zakat, and the one who does not deserve it takes it ^{xvii}. it transfers the money paid from the rich to the poor with the aim of returning income between individuals, by its effect on the income of the individuals who give them the Zakat And the entry of those who have to pay zakat ^{xviii}, and among the reasons for success Zakat as a means of redistribution of income and wealth they impose on all developing funds, amounting to a quorum, and thus a comprehensive, wide application base, because it recurs every year, that makes them a permanent tool for the redistribution of income and wealth^{xix}.

2.2 The Endowment Foundation

2.2.1 Definition of the endowment

The endowment is defined economically as: "converting part of the private income and wealth into permanent symbiotic resources that allocate its benefits from goods, services and returns to meet the needs of the multiple beneficiaries and groups, which contributes to increasing the productive capacities necessary to form and grow the symbiotic charitable sector which is the basis of the social economy in the economy Islamic^{xx}."

2.2.2. Endowment properties

Through the above, the most important characteristics of the endowment can be explained as follows^{xxi}:

The endowment is an Islamic ritual: it is one of the types of ongoing charity with which a person draws close to his Lord, and the effect of this comes on the necessity of adhering to the legality of establishing and

managing the endowment, by making the best money^{xxii}, and by moving away from the forbidden things, in himself and his eye, or in terms of earning him from fraud, wiping or usury And we must avoid the forbidden methods of investing it and the necessity to abide in the establishment of the endowment and invest it in the legal provisions of the endowment.

- Basic imprisonment: This property is part of the definition of the endowment in all schools, and this means in the investment language that the establishment of the endowment is in itself an investment process and in the language of accounting that it ^{xxiii}(money is not expendable), and therefore it must be done that the endowment remains in the state in which it was established in terms of preservation On his productive capacity and this is what requires continued reconstruction for him with renewal and replacement, just as it is not permissible to spend the eye of the endowment money on those who are entitled to it, and this all means that the establishment of the endowment itself represents the investment process.
- Explanation of the fruit: This property is the second part of the definition of the endowment, and its impact on the investment is that the endowment money must be invested to obtain the yield, and that this yield is the property of those who are entitled to the agreement and does not return to the origin of the endowment. He spent it first on his owed faces.
- Ownership: The ownership of the endowment eye is different in it among the jurists, the Hanafis and the Maliki say that the ownership of the waqf remains, and the Shafi'is and the Hanafis say that the ownership of the endowment is removed from the endowment eye and transferred to either the property of the arrested person if they are concerned or to the property of God Almighty, and whatever perception of the ownership of the endowment is agreed upon Not to act in the endowment eye by selling or gifting, just as the yield by agreement belongs to the beneficiaries, and therefore there are two rights in the endowment investment and two goals are a right in the eye and the goal to preserve it, and the right to yield and the goal is to invest the eye to obtain the yield.
- The endowment is money: and the money is spent and economically everything is beneficial, and this benefit may be the disappearance of money by using it and this is not permissible to stop it in agreement, and it may be that its survival is able to generate benefits times and in a future time and this may be stopped, but the jurists have disagreed about the concept of survival, some people see survival The eye itself, and others see the survival of the eye in terms of its productive capacity, and accordingly they differed on the permissibility of stopping the money.

2.2.3. The relationship between the endowment and investment:

The relationship between the endowment and investment is a fundamental and solid relationship, and investment includes the assets of the endowment, the endowment allowance, and the income and endowment of the endowment. This hadith requires two basic matters, which are the two pillars of investment, namely: preserving the original, and the continuation of the fruit for close association between them, so that the fruit and the benefit cannot continue and benefit only with the origin, preservation and permanence of the original, and that the presence of the original properly leads to reaping the fruits and benefits, and this is confirmed by the jurists may God have mercy on them Almighty, investment is adding profits to the capital, so that the benefit will be from profit only while preserving the capital, and some profit may be added to it for the future^{xxiv}. The endowment is a financing source from two sides^{xxv}: the first side is the origin of the endowment itself, and the second side is what the original income generates in revenues directed to charitable works. As for the endowment as an apparent investment in the fact that its owner - i.e. the financier - seeks through it to preserve the suspended asset and its growth, and that what is consumed is revenue, as well as an investment for those who wanted to obtain the reward of the ongoing charity, but the beneficiaries of the endowment financing are^{xxvi}:

- Private financing where this type of endowment is established by the founder, known as the endowment. Where he appoints his family as the main beneficiaries, the income of these endowments is allocated to the family^{xxvii}.

- Charitable financing: It is a financing that is suspended on the public good works for the interests of society, such as the poor, science students and public utilities in the community. This includes what has been

stopped to invest in investment projects for the purpose of obtaining revenue that is spent in various aspects of good^{xxviii}.

Funding through the Endowment Foundation is more appropriate than financing through the individual endowment, due to the diversity of sources of funds in the Endowment Foundation that may be appropriate to financing various fields of projects, in addition to that the Endowment Foundation is basically an institution whose goal is to increase the per capita income by funding it For profit projects, although the Endowment Foundation is originally an investment institution that seeks to achieve profit by funding it for profit projects, it can be classified as one of the cooperative financing sources due to the specificity of the sources of funds in it in addition to its prominent role in social development, since the return from these projects is not They are to raise the level of the individual socially by meeting the necessary needs.

2.2.4 The role of the endowment and endowment funds in achieving economic growth

The Endowment Fund is the collection of cash funds for a number of people by donating or shares, to invest these funds, then spending or spending their proceeds and their yield on a public interest that benefits individuals and society, and the endowment has many advantages that achieve economic growth, whether in the form of a traditional endowment or through funds The endowment that is currently in force in most countries of the Islamic world, and its role is shown in the following:

- The endowment funds participating in the efforts that serve the revival of the endowment year through development projects in Islamic formulas that meet the needs of the contemporary society, and request the suspension of them, and work to spend the proceeds of the suspended funds to meet the social and development needs that the community needs through the work programs that take into account the achievement of the highest development return And the correlation between other endowment projects undertaken by government agencies and public benefit societies was achieved^{xxix}.
- Investing endowment funds achieves a set of purposes, including:
 - ✓ Filling the investor's need to finance his investment instead of usurious loans or unemployment^{xxx}.
 - ✓ Providing job opportunities for the poor and the needy;
 - ✓ clarity of ways to invest endowment funds through endowment management;
 - ✓ The endowment's contribution to the redistribution of income in society

2.3 Islamic insurance companies

The idea inherent in insurance is in reality not only interdependence and cooperation between members of society being codified and arranged in an organized way in designing a modern system that is consistent with financial and economic developments so the insurance contract is from new contracts. In all its types, and it has no objection to it of all kinds, a barrier to life insurance, a permissible for other than that, a barrier to commercial insurance, and a permissible for cooperative insurance, and numerous researches and books have been issued on this subject, as well as collective fatwas issued in conferences and jurisprudence councils.

2.3.1 Definition of Islamic cooperative insurance

The insurance practiced by Islamic insurance companies is called a set of the following terms: (cooperative insurance, symbiotic insurance, Islamic insurance, reciprocal insurance), and the term cooperative insurance occupies the first rank in terms of frequent use, it is the familiar term known to juristic councils and conferences on the Islamic economy^{xxxi} based on In the following lines, we seek to reach a definition of Islamic cooperative insurance:

2.3.1.1 Definition of insurance: Insurance is: "An insurance contract is a contract in which the insured commits, on behalf of the insured, to lead to the insured, or to the beneficiary, an amount of money or any compensation in the event of the insured accident against him, or the risk indicated in the contract is achieved in exchange for an amount A specified payment made by the insured to the insured in the form of a donation to meet the insured's obligations^{xxxii} .

2.3.1.2 Definition of Takaful: Takaful is: person insurance, which is "a contract in which the insurer commits on behalf of the subscribers to pay the recipient an amount of money or a periodic income if the reason for payment of the takaful benefit is achieved in return for a specific premium that the subscriber pays to the insured in the form of a donation to meet obligations believer ^{xxxiii} .

2.3.1.3 The definition of mutual cooperative insurance:

The first definition: "A system based on cooperation between groups or individuals who pledge in solidarity to compensate the damages that may be caused to any of them for the achievement of similar risks, and these are those who contribute to bear similar risks.

The second definition: as "a donation contract in accordance with the provisions of Islamic Sharia, based on clearing, to provide an insurance / symbiotic service, for a legitimate interest, between two parties: the insured as a subscriber and before paying the subscription premium, and the insurer as a worker and agent for the subscribers and before receiving the subscription premium and pledging accordingly Pay the beneficiary an amount of money, for example: optimal compensation, or periodic revenue ^{xxxiv}

Table No. 01: The size of Islamic cooperative insurance by regions for the year 2016 AD (billion dollars)

Region	the value
Asia	4.4
GCC	11.7
Middle East and North Africa	8.4
Northern, eastern and southern Africa	0.6

Source : Islamic Financial Services Board (IFSB) Secretariat Workings,2017,p20

Through the table, we note that the total contributions in the takaful sector witnessed an increase of 13.1 percent and achieved an amount of \$ 25.1 billion at the end of 2016, as the countries of the Gulf Cooperation Council are the largest contributor to the size of Islamic cooperative insurance in the world, and the size of its contribution to Islamic cooperative insurance has reached In 2016, about \$ 11.7 billion, or 47%, is followed by countries in the Middle East and North Africa with about \$ 8.4 billion, or 33%, and the Asian region, about \$ 4.4 billion, at 18%, and the North, East, and South Africa region, with 2% of the total contributions of the Takaful sector. World level.

2.3.2 Principles and foundations of Islamic cooperative insurance

We can summarize the principles and foundations of Islamic cooperative insurance as follows ^{xxxv}:

2.3.2.1 Islamic cooperative insurance contract a donation contract

There is no disagreement that ambiguity involves both contracts, the Islamic insurance contract and the traditional or commercial insurance contract, and it was mentioned in the authentic hadith prohibiting the sale of ambiguity. And vanity is a term that means "what is hidden" consequence, according to Al-Sarsakhi, and to al-Kasani means "the danger in which the party of existence and non-existence equals suspicion. In terms of juristic judgment, deception spoils contracts by consensus of the imams, but the Maliki scholars excluded donation contracts. The exception of Al-Malikiyah This is the way out to make the insurance contract conform to Islamic law by establishing it to donate the subscription premium to redress the harm that occurs to other subscribers.

And it must be stipulated in the insurance contracts that the subscriber or the policyholder must pay it as a donation of the full amount of the subscription or enough of it to pay compensation to those who were injured by the other subscribers and cover the expenses necessary to manage the solidarity fund.

2.3.2.2 Payment of compensation from the donated funds of the insured:

This principle means that Islamic cooperative insurance is a fund in which participants contribute money that is used to redress the damage that may be caused to any of the participants. This principle is one of the

prominent and basic signs that distinguish Islamic cooperative insurance from traditional commercial insurance, as Islamic cooperative insurance is a subscription between every policyholder in bearing risk, and not transferring the risk to another party's liability as it is in traditional commercial insurance.

In practical terms, we find that this principle faces, upon application, some technical and supervisory problems, especially when insufficient funds are donated, that is, the funds of the integration fund, to pay compensation.

2.3.2.3 Distributing the insurance surplus to the subscribers

The insurance surplus is the remaining financial balance in the account of the subscribers (policy holders) from the sum of the premiums they made, their investments, and the reinsurance returns, after settling the claims, monitoring technical reserves and covering all expenses and expenses.

2.3.3 The role of cooperative insurance in achieving economic growth

The establishment and establishment of cooperative insurance companies are among the important aspects of investment, and they constitute an important tool of economic development, and the achievement of the purposes of Shari'a from money in several ways, including^{xxxvi}:

- Provides important employment opportunities for a large number of employees, which contribute to combating unemployment and poverty;
- provide the necessary financing for the projects through the available liquidity from the insurance premiums;
- Provides security for economic projects when exposed to hazards.
- An investment opportunity for the founders of these companies through what they take from the wages of the believers on the basis of the wage agency, and through legitimate speculation work, whether with its capital or with the funds of the believers and the surplus of insurance premiums.

Auditing and oversight in general contributes to an important role in economic life, as it is one of the practices that professional societies around the world lend particular importance to, and its study is considered one of the academically advanced subjects. As for the Sharia Supervisory Authority, it is one of the most important bodies working in Islamic financial institutions, which helped to The success of these institutions to a large extent, and even distinguish them from those that operate with financial instruments that are not subject to legal opinion, in addition to that they have become the desire of quite a few private and public institutions, individual and collective. Which is one of the bodies that ensure the application of the purposes of Islamic Sharia in the dealings of Islamic banks and financial institutions automatically and periodically.

3. The role of Islamic banks in achieving economic growth

Islamic banks have become a reality not only in the life of the Islamic Ummah, but also in most parts and regions of the world, spread in most of their countries and thus providing economic thought of a special nature.

3.1. The first definition:

It is defined as "an Islamic financial institution that performs banking and financial services. It also undertakes financing and investment activities in various fields in the light of the rules and provisions of Islamic Sharia with the aim of contributing to instilling Islamic values, ideals and ethics in the field of transactions and helping to achieve social and economic development by operating funds with the intention of Contribute to achieving a good and decent life for the Islamic nation^{xxxvii}.

The second definition: Mohsen Ahmed Al-Khudairi defines it as: "Those financial monetary institutions that work to attract cash resources from members of society and make effective use of them in order to maximize and grow them within the framework of the stable rules of Islamic Sharia in a way that serves the peoples of the nation and works to develop its economies^{xxxviii}.

The third definition: It is a type of financing that respects the principles of Islamic Sharia that includes a series of instructions that govern all financial and economic aspects of its activity^{xxxix}. Or "It is the bank that is committed to applying the provisions of Islamic Sharia in all its banking and investment transactions, through the application of the concept of financial intermediation based on the principle of sharing in profit and loss, and through the framework of the agency, both public and private."

- It can be defined according to what came from the previous definitions and by linking it with the subject of our research as "financial institutions that collect financial resources and employ them according to the controls and purposes of Islamic law from money."

3.2 The basic characteristics of Islamic banks

We summarize the main characteristics of Islamic banks in the following points^{xl}:

- ✓ excluding interest-bearing transactions, which distinguishes them from conventional banks;
- ✓ The banking system in the Islamic economy is based on the principle of sharing in profit and loss, and these banks will have to share the loss with the institution as well if they wish to obtain a return on their capital.
- ✓ Attention to social aspects, where economic development is not seen separately from it. Islamic banking is based on two elements:

- A technician is financial intermediation between savers and investors - or money users in general.
- Legitimate and means that this mediation is done in accordance with the legal controls.

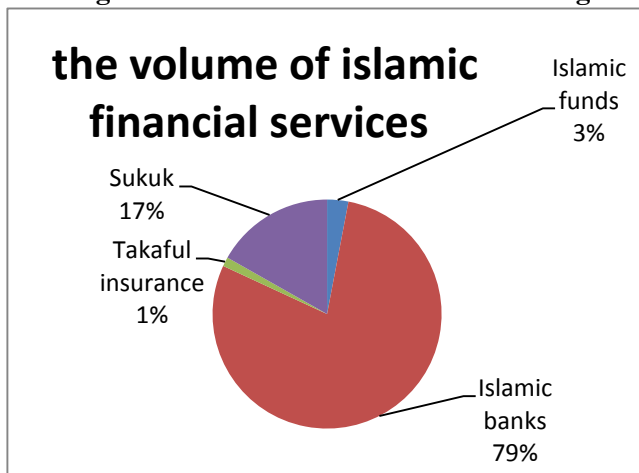
Table No. 02: Islamic Banking Assets by Region for the year 2016 AD (billion dollars)

Region	the value
Asia	218.6
GCC	650.8
Middle East and North Africa	540.5
Northern, eastern and southern Africa	26.6
Other regions	56.9

Source : Islamic Financial Services Board (IFSB) ,Secretariat Workings,2017,p20.

Through the table, we note that the total contributions in the banking sector witnessed an increase, and achieved a sum of \$ 1493 billion at the end of 2016, as the countries of the Gulf Cooperation Council are the largest contributor to the size of the size of the Islamic banking sector in the world, and the size of its contribution in the year 2016 reached about 651 billion 4 dollars, or 43%, followed by the countries of the Middle East and North Africa with about 541 billion dollars, or 36%, and the Asian region, with about 219 billion dollars, 15%, and the North, East and South Africa region, with a value of 27 billion dollars, representing 2% of the total contributions of the takaful sector worldwide, while 4 The rest was distributed over the rest Other regions

Figure 01: The size of the Islamic banking sector compared to the rest of the Islamic financial sectors



Source : Islamic Financial Services Board (IFSB) Secretariat Workings,2017,p21.

The banking sector is considered the largest and most important institution in the Islamic financial system, where the size of the Islamic banking sector is 79% of the total Islamic financial assets worldwide, followed by sukuk at 17%, and 3% of Islamic investment funds, while the Islamic Takaful Cooperative Insurance reached about 1 % Of the total

Islamic financing assets, and despite this place that Islamic banks have reached in the field of Islamic finance, they face many challenges.

3.3 Challenges facing Islamic banks

The challenges facing Islamic banks are divided into internal and external challenges. We summarize them as follows:

3.3.1 Internal challenges facing Islamic banks

The internal challenges are not meant to be local and regional. Rather, they are intended to be from within the banking industry. The internal challenges include several factors, the most important of which are:

- Limited awareness of Islamic banking, whether at the level of the general public or their own, including some of those in charge of the Sharia Supervisory Board^{xli};
- Jurisprudence tricks: The Islamic banks' resort to using financing formulas with a guaranteed return, which is almost without risk on the one hand, and the spread of mock operations in these banks on the other hand, making their financing operations closer to traditional financing, many of which are predominant in character Fraud more than real financing operations^{xlii};
- incomplete perception of the proper functioning of Islamic banks, especially the internal procedures in place;
- Insufficient mechanisms for organizing practical coordination between Islamic banking institutions, despite the existence of supporting institutions on a practical scale;
- Failure to keep pace with the mechanisms for controlling Sharia compliance, in terms of quantity and quality, due to the rapid growth of Islamic banks, without accompanying finding an adequate number and purpose of these mechanisms, whether they are represented in Sharia supervisory bodies, Sharia audit departments, or external auditors^{xliii}.

3.3.2 external challenges facing Islamic banks

The environment requires Islamic banks to face various challenges. We summarize them as follows^{xliiv}:

Challenging laws: most Islamic banks suffer from the failure to develop bank laws to take into account the privacy of the Islamic bank in terms of its compliance with legal texts that contradict its legal obligation;

- Challenging accounting standards: Central banks have generally obligated banks to international accounting standards, or some countries have derived from them local standards that are not essentially out of them, and when Islamic banks found themselves under pain of that obligation, international accounting standards, while some of those standards Contrary to legal provisions, such as the standard of leasing, which mixes the terms of sale with tenancy.
- Documentary profiling: The documents of Islamic banking operations differ greatly between financial institutions, and the wording is not intended to be different. This is normal, as each institution has its legal and legal advisors who undertake the renewal of principles and choice of formula, but the note about the fundamental difference in terms of meeting some of the documents with all the practical requirements and their shortage .
- Rehabilitation of human resources: Islamic banks continue to rely on the rehabilitation of human resources on separate efforts to acquire their employees with an adequate amount of knowledge about their privacy, through public banking institutes that began a short time ago to include training in Islamic banking in their interests in Bahrain and Kuwait, the Emirates, Jordan, Syria and Sudan have not yet been aware of what is available to traditional banks from having specialized colleges for them, and this has resulted in Islamic banks relying on highly qualified traditional banking expertise unless training courses succeed in transferring and developing them in line with the needs of the Egyptian business The Islamic^{xliv}.

3.4 The role of Islamic banks in achieving economic growth

In this element, we will observe the apparent role of Islamic banks in achieving economic growth, through the facilities provided by banks to encourage investment, especially in necessities, then needs, improvements, and we supply them as follows^{xlvi}:

- Islamic banks are guiding investment for the necessary needs, as it is considered a legal obligation to make investment a worship to be rewarded, as it leads to solving the problems of society;
- The Islamic banking business, with the forms it provides for financing, and the institutions it proposes for the same purpose, are better able to mobilize resources and direct them for development purposes^{xlvii};
- Islamic banks play an active and positive role in financing small projects in compliance with their principles which are incitement of the Muslim individual and urge him to work, which results in its liberation and rid it of negativity, laziness and dependence of the owners of exploited capital, through the methods and tools that he uses, which are compatible with the nature of projects Small and the most important of them is the diminishing participation formula (ending in ownership), the financing leasing formula, and the good loan formula, these and other forms that develop in the Muslim individual a spirit of independence and self-confidence, which is one of the basics of the success of the small project, whether it is dead Eg in the professions or craftsmen or youth projects and graduates of university projects or projects of women projects, experiments have revealed practical projects funded by the success of Islamic banks^{xlviii}.
- Banking transactions that are compatible with the provisions of Sharia are witnessing either in the form of the opening of new Islamic banks or in the conversion of some traditional banks to work in accordance with the provisions of Islamic Sharia, as these Islamic banks have achieved high growth rates both in the financial resources that flow to them, or from which they flow. To invest on the basis of profit or loss, and was able to penetrate the walls of traditional banking activity, so its mechanisms and tools developed to deal internationally with the largest known banks, and even to attract some of these banks to open Islamic branches for them, and the biggest success recorded to date for the financial industries Islam On the level of business volume and diversity of banking products in the Arab Gulf countries, then Malaysia and Sudan^{xlix}.

Conclusion

The Islamic finance industry has achieved rapid growth during the past years, which has increased the penetration of Islamic banking in many markets and across different countries of the world. In general, the rapid development of Islamic finance has proven the quality of the solutions, methods and services that it provides, which would be an alternative to traditional finance.

Islamic finance is one of the topics that receives great attention not only in the Middle East, but in many other countries as well, especially over the past ten years. The main focus of these principles is on avoiding the financing of investments that are inappropriate or forbidden by Islam to produce or consume, and this may constitute a crossroads between the Islamic economy and the positional economy that does not recognize the side of values in the economic process, and the study shows the role of financing institutions Profitability of Islamic and non-profit zakat, suspension, and Takaful insurance and Islamic banks in economic development.

The experience of Islamic banks as executive vessels, field training centers, and practical laboratories for the Islamic economic movement enriched theorizing, by testing it in the field and advancing the problems and obstacles that hinder the march, which require realistic priority solutions in human life. Islamic banks in this regard can be considered the applied centers for theoretical studies. It represents one of the practical steps in trying to translate the principles into programs, and has an effective role in achieving development and economic growth.

لائحة المراجع

- ¹ The Banker
- ¹ Siddesh Suresh Mayenkar , Islamic Finance Market Set to Reach \$3.25 Trillion by 2020 , Gulf News Economy , January 7, 2018 .
- ¹ فؤاد عبد اللطيف السرطاوي ، التمويل الاسلامي و دور القطاع الخاص ، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، عمان ، ط 1 ، 1999 م ، ص 97 .
- ¹ محمد مصطفى غانم ، واقع التمويل الأصغر الإسلامي و آفاق تطويره في فلسطين "دراسة تطبيقية على قطاع غزة " ، رسالة ماجستير ، منشورة ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2010م ، ص 28 .
- ¹ محمد البلتاجي ، صيغ مقترحة لتويل المنشآت الصغيرة و المعالجة المحاسبية لصيغة المشاركة المنتهية بالتملك ، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر السنوي الثاني عشر للأكاديمية العربية للعلوم المالية و المصرفية ، عمان - الأردن ، 29 - 31 ماي 2005 م ، ص 14
- ¹ عبد المجيد قدي ، عصام بوزي ، التمويل الإسلامي- المفهوم و المبادئ، ورقة بحثية مقدمة للملتقى الدولي الثاني الأزمة المالية الراهنة و البدائل المالية و المصرفية النظام المصرفي الاسلامي نموذجا، 5-6 ماي 2009م، ص 4.
- ¹ فتح الرحمن ناصر أحمد عبد المولى ، ضوابط الاقتصاد الإسلامي و دورها في علاج الأزمات الاقتصادية ، رسالة ماجستير منشورة ، معهد بحوث ودراسات العالم الاسلامي ، جامعة أم درمان ، جمهورية السودان ، 2009 - 2010 م ، ص 130.
- ¹Nagaoka Shinsuke ,Islamic Finance in Economic History: Marginal System or Another Universal System? a paper presented at Second Workshop on Islamic Finance: What Islamic Finance Does (Not) Change. March 17th, 2010, EM Strasbourg Business School,P3.
- ¹ فتح الرحمن ناصر أحمد عبد المولى ، مرجع سبق ذكره ، ص 130.
- ¹ Pejman Abedifar, Iftekhar Hasan, Amine Tarazi, Finance-Growth Nexus and Dual-Banking Systems: Relative Importance of Islamic Banks ,St. Andrews, Scotland, U.K, P5.
- ¹ الموسوعة الفقهية ، رقى- زكاة الفطر ، وزارة الأوقاف و الشؤون الاسلامية ، الكويت ، ج 23 ، ط 2 ، 1412/هـ 1992 م ، ص 226 .
- ¹ مجد الدين الفيروز الآبادي، مرجع سبق ذكره ، ص 1292 .
- ¹ شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي ، الإقناع في فقه الإمام ابن حنبل ، تصحيح و تعليق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان ، ج 1 ، ص 242.
- ¹ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين و تزكية نخبة من العلماء ، النظام العالمي للزكاة ؛ رؤية مستقبلية لتفعيل الدور الاقتصادي و الاجتماعي للزكاة ، ط 1 ، دت ، ص 135 .
- ¹ Monzer Kahf, Zakat and Prohibition of Riba in The Islamic Economic System, Plainfield, Indiana: The Muslim Students' Association of the U.S. and Canada, November 7, 2009, P2.
- ¹ مصطفى محمد مسد ، دور الزكاة في تحقيق العدل الاجتماعي ، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر العالمي التاسع للاقتصاد والتمويل الإسلامي (ICIEF) النمو والعدالة والاستقرار من منظور إسلامي، اسطنبول تركيا ، يومي 09-10 سبتمبر 2013م ، ص 4 .
- ¹ يوسف القرزاوي ، لكي تنجح الزكاة في التطبيق المعاصر ، سلسلة محاضرات العلماء الفائزين بجائزة البنك 01 ، البنك الاسلامي للتنمية المعهد الاسلامي للبحوث و التدريب ، دت ، ص 47 .

- ¹ فلاح محمد، سماعي صليحة ، دور الزكاة في التنمية الاقتصادية و تحقيق الاستقرار الاقتصادي ، ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر العلمي الدولي الأول حول تمييز أموال الزكاة و طرق تفعيلها في العالم الإسلامي ، جامعة البليدة ، يومي 18 و 19 جوان 2012 م ، ص 17.
- ¹ كمال توفيق محمد الحطاب، منهجية البحث في الاقتصاد الاسلامي و علاقته بالنصوص الشرعية ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الاسلامي، مركز النشر العلمي، م 12 ، عدد 2 ، 1424هـ / 2003م، ص18.
- ¹ صالح صالح، الدور الاقتصادي والاجتماعي للقطاع الوقفي ، مجلة العلوم الإنسانية - جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد السابع، فيفري 2005م ، ص 160.
- ¹ محمد عبد الحليم عمر ، الاستثمار في الوقف و في غلاته وريعه ، ورقة بحثية مقدمة للدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الاسلامي الدولي ، المنعقد بمسقط ، سلطنة عمان ، 9 - 11 / 3 / 2004 م ، ص 3 .
- ¹ شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، ج 12 ، ط 1 ، بيروت ، 1409هـ / 1989م ، ص 32 .
- ¹ سلطان محمد السلطان ، وصفى أبو المكارم ، المحاسبة فى الوحدات الحكومية والتنظيمات الاجتماعية الأخرى ، دار المريخ ، 1990م، ص 467 . حيث ينص فى هذا المرجع المأخوذ عن نظام المحاسبة على أموال الأمانة فى معايير المحاسبة الأمريكية على أن مال الوقف مال غير قابل للإنفاق.
- ¹ وليد هويمل عوجان ، استثمار الوقف في سد حاجة المشاريع المجتمعية و الجهات الخيرية ، ورقة بحثية مقدمة لدائرة الشؤون الاسلامية و العمل الخيري ، منتدى فقه الاقتصاد الاسلامي ، حكومة دبي الإمارات العربية المتحدة ، 2017 م ص 34 .
- ¹ أشرف محمد دوابه، تصور مقترح للتمويل بالوقف، مجلة أوقاف، العدد 9 ، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2006م ، ص 50-51 .
- ¹ لخضر مرغاد ، كمال منصورى ، التمويل بالوقف :بدائل غير تقليدية مقترحة لتمويل التنمية المحلية ، ورقة بحثية مقدمة للملتقى الدولي حول تمويل التنمية الاقتصادية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة - الجزائر ، 22- 23نوفمبر 2006م ، ص8.
- ¹ Paul Stibbard, David Rusell, Blake Bromley, Understanding the Waqf in the World of the Trust, a Paper on the waqf given to the international Academy of Estate and Trust law Annual meeting in Istanbul, Turkey, 21-24 May 2012 ,P4.
- ¹ أشرف محمد دوابه، تصور مقترح للتمويل بالوقف، مرجع سبق ذكره، ص 52 .
- ¹ وليد هويمل عوجان ، مرجع سبق ذكره ، ص 61 .
- ¹ عبد القادر جعفر جعفر ، الوقف النقدي تأصيله و سبل تفعيله في تمويل المشروعات الصغيرة ، ورقة بحثية مقدمة لدائرة الشؤون الاسلامية و العمل الخيري ، منتدى فقه الاقتصاد الاسلامي ، حكومة دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، 2017 م ، ص 37 .
- ¹ عماد محمد فهيم المرسين، التأمين على الديون، دراسة مقارنة بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري، رسالة ماجستير، تخصص اقتصاديات التنمية، الجامعة الإسلامية- غزة - فلسطين، 2014، ص38.
- ¹ قانون التأمين و التكافل السوداني للعام 2003م ، الفصل الثاني ، المادة 3، ص 2.

- ¹ سيد حامد حسن محمد ، التأمين التعاوني "الأحكام والضوابط الشرعية" ، ورقة بحثية مقدمة للدورة العشرين لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، دت ، ص 16.
- ¹ نفس المرجع السابق .
- ¹ عادل عوض بابكر ، المتطلبات الفقهية والقانونية لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي مقترح لإطار قانوني مناسب لشركة التأمين الإسلامي يحقق التوافق بين المتطلبات الشرعية و القانونية ، ورقة بحثية مقدمة للدورة العشرين لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي تحت عنوان التأمين التعاوني الأحكام و الضوابط الشرعية ، دت ، ص 5.
- ¹ القرني محمد علي ، الفائض التأميني، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر التأمين التعاوني، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب، السعودية، 2009م، ص 5.
- ¹ قادري محمد الطاهر و آخرون ، المصارف الاسلامية بين الواقع و المأمول ، مكتبة حسن العصرية للطباعة و النشر، بيروت-لبنان ، دط ، 2014 م ، ص 26 .
- ¹ محسن أحمد الخضيرى ، البنوك الاسلامية ، إيتراك للنشر و التوزيع ، القاهرة ، ط 2 ، 1995 م ، ص 17 .
- ¹ Mohammad Bitara, Mohammad Kabir Hassanb, Kuntara Pukthuanthongc, Thomas Walkerd, the performance of Islamic vs. conventional banks: a note on the suitability of capital requirements, Concordia University, Canada, P2.
- ¹ شهاب أحمد سعيد العززي ، إدارة البنوك الإسلامية ، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن ، ط 1 ، 1433 هـ / 2012 م ، ص 20
- ¹ شوقي بورقبة ، الكفاءة التشغيلية للمصارف الاسلامية دراسة تطبيقية مقارنة ، أطروحة دكتوراه منشورة ، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ، جامعة فرحات عباس – سطيف ، الجزائر ، 2010 / 2011 م ، ص 16 .
- ¹ سليمان ناصر ، التحديات الراهنة للمصرفية الإسلامية، ورقة بحثية مقدمة للمعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيردن – فرجينيا – الولايات المتحدة الأمريكية، 2015م ، ص 5.
- ¹ شوقي بورقبة، مرجع سبق ذكره، ص 16.
- ¹ عبد الستار أبو غدة ، بحوث في المعاملات و الأساليب المصرفية ، مجموعة البركة المصرفية البحرين ، ج 10 ، 2009 م ، ص 99-103
- ¹ شوقي بورقبة ، مرجع سبق ذكره ، ص 17 .
- ¹ أحمد بن محمد حسني الجفري ، مرجع سبق ذكره ، ص 14 .
- ¹ محمد فرحي، أهمية التمويل الإسلامي وجذوره التاريخية، ورقة بحثية مقدمة لليوم الدراسي الذي نظمه مخبر العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير بالتنسيق مع كلية الاقتصاد والتسيير والعلوم التجارية حول (التمويل الإسلامي: الواقع والتحديات)، جامعة الأغواط- الجزائر ، 9 ديسمبر 2010م، ص 2.
- ¹ محمد عبد الحميد محمد فرحان ، التمويل الاسلامي للمشروعات الصغيرة : دراسة لأهم مصادر التمويل ، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية للعلوم المالية و المصرفية ، كلية العلوم المالية و المصرفية – قسم المصارف الاسلامية ، 2003 م ، ص 68 .
- ¹ أحمد سامي شوكت ، سلام مجيد فاخر ، دور المصارف الاسلامية في عملية التنمية الشاملة ، مجلة كلية الأدب ، العدد 99 ، دت ، ص 602.

ⁱ The Banker

ⁱⁱ Siddesh Suresh Mayenkar , Islamic Finance Market Set to Reach \$3.25 Trillion by 2020 , Gulf News Economy , January 7, 2018 .

ⁱⁱⁱ فؤاد عبد اللطيف السرطاوي ، التمويل الإسلامي و دور القطاع الخاص ، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، عمان ، ط 1 ، 1999 م ، ص 97 .

^{iv} محمد مصطفى غانم ، واقع التمويل الأصغر الإسلامي و آفاق تطويره في فلسطين " دراسة تطبيقية على قطاع غزة " ، رسالة ماجستير ، منشورة ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2010 م ، ص 28 .

^v محمد البلتاجي ، صيغ مقترحة لتويل المنشآت الصغيرة و المعالجة المحاسبية لصيغة المشاركة المنتهية بالتمليك ، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر السنوي الثاني عشر للأكاديمية العربية للعلوم المالية و المصرفية ، عمان - الأردن ، 29 - 31 ماي 2005 م ، ص 14 .

^{vi} عبد المجيد قدي ، عصام بوزي ، التمويل الإسلامي- المفهوم و المبادئ، ورقة بحثية مقدمة للملتقى الدولي الثاني للأزمة المالية الراهنة و البدائل المالية و المصرفية النظام المصرفي الإسلامي نموذجا، 5-6 ماي 2009م، ص 4.

^{vii} فتح الرحمن ناصر أحمد عبد المولى ، ضوابط الاقتصاد الإسلامي و دورها في علاج الأزمات الاقتصادية ، رسالة ماجستير منشورة ، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي ، جامعة أم درمان ، جمهورية السودان ، 2009 - 2010 م ، ص 130 .

^{viii} Nagaoka Shinsuke ,Islamic Finance in Economic History: Marginal System or Another Universal System? a paper presented at Second Workshop on Islamic Finance: What Islamic Finance Does (Not) Change. March 17th, 2010, EM Strasbourg Business School,P3.

^{ix} فتح الرحمن ناصر أحمد عبد المولى ، مرجع سبق ذكره ، ص 130 .

^x Pejman Abedifar, Iftekhar Hasan, Amine Tarazi, Finance-Growth Nexus and Dual-Banking Systems: Relative Importance of Islamic Banks ,St. Andrews, Scotland, U.K, P5.

^{xi} الموسوعة الفقهية ، رقى- زكاة الفطر ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الكويت ، ج 23 ، ط 2 ، 1412 هـ/ 1992 م ، ص 226 .

^{xii} مجد الدين الفيروز التبادي، مرجع سبق ذكره ، ص 1292 .

^{xiii} شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي ، الإقناع في فقه الإمام ابن حنبل ، تصحيح و تعليق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان ، ج 1 ، ص 242 .

^{xiv} عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين و تزكية نخبة من العلماء ، النظام العالمي للزكاة ، رؤية مستقبلية لتفعيل الدور الاقتصادي و الاجتماعي للزكاة ، ط 1 ، دت ، ص 135 .

^{xv} Monzer Kahf, Zakat and Prohibition of Riba in The Islamic Economic System, Plainfield, Indiana: The Muslim Students' Association of the U.S. and Canada, November 7, 2009, P2.

^{xvi} مصطفى محمد مسد ، دور الزكاة في تحقيق العدل الاجتماعي ، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر العالمي التاسع للاقتصاد و التمويل الإسلامي (I C I E F) النمو و العدالة والاستقرار من منظور إسلامي ، اسطنبول تركيا ، يومي 09-10 سبتمبر 2013م ، ص 4 .

^{xvii} يوسف القرضاوي ، لكي تنجح الزكاة في التطبيق المعاصر ، سلسلة محاضرات العلماء الفائزين بجائزة البنك 01 ، البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب ، دت ، ص 47 .

^{xviii} فلاح محمد ، سماعي صليحة ، دور الزكاة في التنمية الاقتصادية و تحقيق الاستقرار الاقتصادي ، ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر العلمي الدولي الأول حول تمييز أموال الزكاة و طرق تفعيلها في العالم الإسلامي ، جامعة البليدة ، يومي 18 و 19 جوان 2012 م ، ص 17 .

^{xix} كمال توفيق محمد الحطاب، منهجية البحث في الاقتصاد الإسلامي و علاقته بالنصوص الشرعية ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، مركز النشر العلمي، م 12 ، عدد 2 ، 1424 هـ / 2003م، ص 18.

^{xx} صالح صالح، الدور الاقتصادي والاجتماعي للقطاع الوقفي ، مجلة العلوم الإنسانية - جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد السابع ، فيفري 2005م ، ص 160 .

^{xxi} محمد عبد الحليم عمر ، الاستثمار في الوقف و في غلاته وريعه ، ورقة بحثية مقدمة للدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، المنعقد بمسقط ، سلطنة عمان ، 9 - 11 / 3 / 2004 م ، ص 3 .

- ^{xxii} شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، ج 12، ط 1، بيروت، 1409هـ / 1989م، ص 32.
- ^{xxiii} سلطان محمد السلطان، وصفى أبو المكارم، المحاسبة فى الوحدات الحكومية والتنظيمات الاجتماعية الأخرى، دار المريخ، 1990م، ص 467. حيث ينص فى هذا المرجع المأخوذ عن نظام المحاسبة على أموال الأمانة فى معايير المحاسبة الأمريكية على أن مال الوقف مال غير قابل للإنفاق.
- ^{xxiv} وليد هويلم عوجان، استثمار الوقف فى سد حاجة المشاريع المجتمعية و الجهات الخيرية، ورقة بحثية مقدمة لدائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي، حكومة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2017م، ص 34.
- ^{xxv} أشرف محمد دوايه، تصور مقترح للتمويل بالوقف، مجلة أوقاف، العدد التاسع، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2006م، ص 50-51.
- ^{xxvi} لخضر مرغاد، كمال منصوري، التمويل بالوقف: بدائل غير تقليدية مقترحة لتمويل التنمية المحلية، ورقة بحثية مقدمة للملتقى الدولي حول تمويل التنمية الاقتصادية، جامعة محمد خيضر، بسكرة- الجزائر، 22-23 نوفمبر 2006م، ص 8.
- ^{xxvii} Paul Stibbard, David Rusell, Blake Bromley, Understanding the Waqf in the World of the Trust, a Paper on the waqf given to the international Academy of Estate and Trust law Annual meeting in Istanbul, Turkey, 21-24 May 2012, P4.
- ^{xxviii} أشرف محمد دوايه، تصور مقترح للتمويل بالوقف، مرجع سبق ذكره، ص 52.
- ^{xxix} وليد هويلم عوجان، مرجع سبق ذكره، ص 61.
- ^{xxx} عبد القادر جعفر جعفر، الوقف النقدي تأصيله و سبل تفعيله فى تمويل المشروعات الصغيرة، ورقة بحثية مقدمة لدائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي، حكومة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2017م، ص 37.
- ^{xxxi} عماد محمد فهيم المرسيين، التأمين على الديون، دراسة مقارنة بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري، رسالة ماجستير، تخصص اقتصاديات التنمية، الجامعة الإسلامية- غزة - فلسطين، 2014، ص 38.
- ^{xxxii} قانون التأمين و التكافل السوداني للعام 2003م، الفصل الثاني، المادة 3، ص 2.
- ^{xxxiii} سيد حامد حسن محمد، التأمين التعاوني "الأحكام والضوابط الشرعية"، ورقة بحثية مقدمة للدورة العشرين لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، دت، ص 16.
- ^{xxxiv} نفس المرجع السابق.
- ^{xxxv} عادل عوض بابر، المتطلبات الفقهية والقانونية لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي مقترح لإطار قانوني مناسب لشركة التأمين الإسلامي يحقق التوافق بين المتطلبات الشرعية والقانونية، ورقة بحثية مقدمة للدورة العشرين لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي تحت عنوان التأمين التعاوني الأحكام و الضوابط الشرعية، دت، ص 5.
- ^{xxxvi} القرى محمد علي، الفائض التأميني، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر التأمين التعاوني، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب، السعودية، 2009م، ص 5.
- ^{xxxvii} قادري محمد الطاهر و آخرون، المصارف الإسلامية بين الواقع و المأمول، مكتبة حسن العصرية للطباعة و النشر، بيروت- لبنان، دت، 2014م، ص 26.
- ^{xxxviii} محسن أحمد الخيزري، البنوك الإسلامية، إيتراك للنشر و التوزيع، القاهرة، ط 2، 1995م، ص 17.
- ^{xxxix} Mohammad Bitara, Mohammad Kabir Hassanb, Kuntara Pukthuanthongc, Thomas Walkerd, the performance of Islamic vs. conventional banks: a note on the suitability of capital requirements, Concordia University, Canada, P2.
- ^{xl} شهاب أحمد سعيد العززي، إدارة البنوك الإسلامية، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، ط 1، 1433هـ / 2012م، ص 20.
- ^{xli} شوقي بورقبة، الكفاءة التشغيلية للمصارف الإسلامية دراسة تطبيقية مقارنة، أطروحة دكتوراه منشورة، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة فرحات عباس - سطيف، الجزائر، 2010 / 2011م، ص 16.
- ^{xlii} سليمان ناصر، التحديات الراهنة للمصرفية الإسلامية، ورقة بحثية مقدمة للمعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيردن - فرجينيا - الولايات المتحدة الأمريكية، 2015م، ص 5.
- ^{xliii} شوقي بورقبة، مرجع سبق ذكره، ص 16.
- ^{xliv} للمزيد أنظر: عبد الستار أبو غدة، بحوث فى المعاملات و الأساليب المصرفية، مجموعة البركة المصرفية، البحرين، ج 10، 2009م، ص 99-103.
- ^{xlv} شوقي بورقبة، مرجع سبق ذكره، ص 17.

- ^{xlvi} أحمد بن محمد حسني الجفري ، مرجع سبق ذكره ، ص 14 .
- ^{xlvii} محمد فرحي، أهمية التمويل الإسلامي وجذوره التاريخية، ورقة بحثية مقدمة لليوم الدراسي الذي نظمه مخبر العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير بالتنسيق مع كلية الاقتصاد والتسيير والعلوم التجارية حول (التمويل الإسلامي: الواقع والتحديات)، جامعة الأغواط- الجزائر ، 9 ديسمبر 2010م، ص2.
- ^{xlviii} محمد عبد الحميد محمد فرحان ، التمويل الاسلامي للمشروعات الصغيرة : دراسة لأهم مصادر التمويل ، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية ، كلية العلوم المالية و المصرفية – قسم المصارف الاسلامية ، 2003 م ، ص 68 .
- ^{xlix} أحمد سامي شوكت ، سلام مجيد فاخر ، دور المصارف الاسلامية في عملية التنمية الشاملة ، مجلة كلية الأدب ، العدد 99 ، دت ، ص 602.